

مجلة العلوم القانونية

دورية نصف سنوية متخصصة محكمة دواية

يصدرها معهد العلوم القانونية والإدارية بالمركز الجامعي بالوادي - الجزائر

ISSN2170-0435

في هذا العدد:

- ◆ ملكية القصر وتصرفات الولي (دراسة فقهية، قانونية، مدعمة بالمواثيق الدولية).
أ. د. أبو بكر لشهب (المركز الجامعي بالوادي)
- ◆ انضمام الحكومة الجزائرية المؤقتة لاتفاقيات جنيف لعام 1949 وآثاره على صعيد القانون الدولي.
أ. عبد القادر حوبه (المركز الجامعي بالوادي)
- ◆ حدود الدفع بتنفيذ أوامر الرئيس الأعلى في القانون الدولي الجنائي.
أ. د. مازن ليلو راضي (جامعة دهوك - العراق)
- ◆ الاختصاص الجنائي العالمي ودوره في تفعيل العدالة الدولية الجنائية.
د. بدر الدين شبل (المركز الجامعي بالوادي)
- ◆ الاضطرابات والتوترات الداخلية في القانون الدولي الإنساني.
أ. عمار جبابلة (جامعة سطيف)
- ◆ دور الالتزام بالإعلام قبل التعاقد في حماية رضا المستهلك.
أ. أحمد بومدين (جامعة سعيدة)

العدد الأول - السنة الأولى : رجب 1431 هـ / جوان (يونيو) 2010 م

منشورات المركز الجامعي بالوادي



منشورات المركز الجامعي بالواحد

مجلة العلوم القانونية

مجلة علمية سنوية متخصصة محكمة دولية
يصدرها معهد العلوم القانونية والإدارية بالمركز الجامعي بالواحد - الجزائر
العدد الأول - السنة الأولى : رجب 1431 هـ / جوان (يونيو) 2010 م

ISSN 2170-0435

الرئيس الشرفي :
د. عز الدين حفطاري

مدير المجلة :
أ. محمد الصالح خراز

مدير التحرير :
د. إبراهيم رحمانى

رئيس التحرير :
أ. عبد القادر حوبه

أعضاء هيئة التحرير :
أ. د. أبو بكر لشهب
أ. د. عبد الرزاق زوينة
د. علي قريشي
د. بدر الدين شبل
د. فاروق خلف
أ. آمنة سلطاني

من أعضاء الهيئة العلمية الاستشارية

- أ.د. أبو بكر لشهب (جامعة الوادي)
أ.د. أحمد عبد الرحمن اللحام (جامعة الكويت)
أ.د. الكوني علي اعبودة (جامعة الفاتح - ليبيا)
أ.د. جمال عبد الناصر مانع (جامعة عنابة)
أ.د. جون بيار كوربان (فرنسا)
أ.د. حسين الدوري (العراق)
أ.د. شفيق السامرائي (جامعة لاهاي - هولندا)
أ.د. شفيق سعيد (تونس)
أ.د. عبد الرزاق زوينة (جامعة الجزائر)
أ.د. علي محي الدين علي القره داغي (جامعة قطر)
أ.د. عمار بوضياف (جامعة تبسة)
أ.د. عمر سعد الله (جامعة الجزائر)
أ.د. فريدة مزياني (جامعة باتنة)
أ.د. فوزي أوصديق (جامعة قطر)
أ.د. مازن ليلو راضي (جامعة دهوك - العراق)
أ.د. مبروك غضبان (جامعة باتنة)
أ.د. محمد الصغير بعلي (جامعة عنابة)
أ.د. محمد الغالي (جامعة القاضي عياض - المغرب)
أ.د. محمد الناصر بوغزالتة (جامعة الجزائر)
أ.د. محمد مروان (جامعة وهران)
أ.د. محمد ناصر الواد (تونس)
أ.د. محمد يوسف الزعبي (جامعة البحرين)
أ.د. نادية فوضيل (جامعة الجزائر)
أ.د. وهبي محمد مختار (السودان)
أ.د. بلس شاوش بشير (جامعة وهران)
- تتعاون المجلة مع أكثر من مائة محكم متخصص من داخل وخارج الوطن من لهم درجة الأستاذية في التعليم العالي.
توجه جميع المراسلات باسم السيد:

رئيس تحرير مجلة العلوم القانونية - المركز الجامعي بالوادي
معهد العلوم القانونية والإدارية بحي النور - ص . ب : 789 الوادي 39000 الجزائر
هاتف - فاكس : 032 21 72 15
- البريد الإلكتروني للمجلة: rev.sci.juri@gmail.com
- الموقع الإلكتروني للمعهد: www.facdroit39.com

قائمة المحتويات

مجلة العلوم القانونية - العدد الأول - السنة الأولى

رجب 1431 هـ / جوان (يونيو) 2010 م

الموضوع رقم الصفحة

□ كلمة مدير المجلة:

07 بقلم الأستاذ محمد الصالح خراز

□ افتتاحية العدد:

09 بقلم رئيس التحرير
الأستاذ عبد القادر حوبه

□ ملكية القصر وتصرفات الولي « دراسة فقهية، قانونية، مدعمة
بالمواثيق الدولية».

11 بقلم : أ.د. أبو بكر لشهب (المركز الجامعي بالوادي)

□ انضمام الحكومة الجزائرية المؤقتة لاتفاقيات جنيف لعام 1949
وأثاره على صعيد القانون الدولي.

33 بقلم : أ. عبد القادر حوبه (المركز الجامعي بالوادي)

□ حدود الدفع بتنفيذ أوامر الرئيس الأعلى في القانون الدولي الجنائي.
بقلم : أ.د. مازن ليلوراضي (جامعة دهوك. العراق)

57

□ الاختصاص الجنائي العالمي ودوره في تفعيل العدالة الدولية
الجنائية.

107 بقلم : د. بدر الدين شبل (المركز الجامعي بالوادي)

□ الاضطرابات والتوترات الداخلية في القانون الدولي الإنساني.

143 بقلم : أ. عمار جبالمة (جامعة سطيف)

□ دور الالتزام بالإعلام قبل التعاقد في حماية رضا المستهلك.

163 بقلم : أ. أحمد بومدين (جامعة سعيدة)

قواعد النشر في المجلة

- أن لا يكون البحث منشورا أو مقديما للنشر في مجلة أخرى.
- أن لا يكون البحث مستلا من رسالة جامعية أو من كتاب سبق نشره.
- أن يكون البحث في نطاق اختصاص المجلة (العلوم القانونية) وأن يتسم بالجددة والإضافة.
- يشترط في البحوث ذات الصيغة النقدية التزام الموضوعية وتجنب العبارات الجارحة .
- أن يتراوح عدد صفحات البحوث من خمسة عشر صفحة إلى ثلاثين صفحة من الحجم A4.
- أن يلتزم الباحث بمعايير البحث العلمي وقواعده مع مراعاة التصحيح الدقيق للبحث.
- أن يرقن بحثه بخط "تراديسيونال أرابيك" صفحات A4 ، وأن يستعمل حجم الخط 16 بالنسبة لل متن، و12 بالنسبة للحاشية وفق صيغة وورد، وأن تكون الحواشي والإحالات آخر البحث وفق ترقيم تسلسلي مع ذكر البيانات الكاملة للمصادر والمراجع المعتمدة.
- يرفق البحث بملخص في حدود مائة كلمة. مع ترجمته إلى إحدى اللغتين الفرنسية أو الإنجليزية .
- يرسل البحث عبر بريد المجلة الإلكتروني، أو يرسل في قرص مغنط CD مع نسختين ورقيتين عبر العنوان البريدي للمجلة.
- يرفق الباحث خطاباً موقعاً منه يطلب فيه نشر بحثه، متضمناً تصريحاً بكون بحثه ليس جزءاً من رسالة جامعية أو كتاب منشور أو أرسل للنشر في دورية أخرى.
- يرفق البحث بالسيرة الذاتية للكاتب متضمنة درجته العلمية ووظيفته وعنوانه الكامل (المهني - الشخصي) البريدي والإلكتروني ورقم الهاتف.
- تعرض البحوث على لجنة فحص أولي للنظر في مدى استيفائها لشروط النشر، ثم توجه إلى التحكيم المتخصص بشكل سري.
- ترسل المجلة وعدا بالنشر بمجرد وصول التقارير إيجابية. كما ترسل اعتذاراً عن النشر إذا كانت التقارير غير إيجابية دون الالتزام بإعادة إرسال الأبحاث إلى أصحابها أو بيان مبررات الامتناع عن النشر.
- يعطى الباحث في حالة نشر بحثه ثلاث نسخ من العدد الذي نشر فيه بحثه.
- تمتلك المجلة حقوق نشر البحوث المقبولة فيها للنشر، ولا يجوز نشرها لدى جهة أخرى إلا بعد الحصول على ترخيص رسمي من المجلة.
- لا يحق للباحث طلب عدم نشر بحثه بعد تحكيمه وقبوله للنشر.
- ما ينشر في المجلة يعبر عن رأي كاتبه، ولا يمثل بالضرورة رأي المجلة.
- يخضع ترتيب الموضوعات بالمجلة لاعتبارات فنية لا ترتبط برتبة الباحث ولا بمكانته العلمية.



تندرج مجلة العلوم القانونية التي يصدرها معهد العلوم القانونية والإدارية بالوادي، ضمن وسائل نشر المعرفة القانونية المتخصصة. وتشكل واحدة من آليات تحفيز الفكر وشد الهمة من أجل المزيد من الإنتاج والإبداع في مجال العلوم القانونية، بهدف إيجاد مناخ يلائم نمو وتنمية الفكر القانوني، بما يضمن انبعاث حركة فقهية جادة، تواكب المستجدات المتسارعة، ضمن أصالة مرجعيات وثوابت المجتمع وتراثه، وتستعد لاستشراف المستقبل برصيد متفتح على العلوم والمعارف.

وستحقق رسالتها لا محالة، إذا ما تضافرت جهود أهل الاختصاص من أقطاب العملية القانونية، وارتقوا بها لأن تكون جسر تواصل فعال بينهم، ومحك تفاعل إيجابي يثري البحث ويؤصل لنظرية تكاملية، سواء على مستوى التصور الفكري المجرد، أو على مستوى مناهج وآليات التطبيق والتنفيذ، بما يرسخ قيم العدل ومبادئ العدالة، ويدعم الحريات ويصون الحقوق، ويرشد عمل الفرد والجماعة.

إن المجلة ستواصل سعيها في دفع كثير من الباحثين والمهتمين والمختصين - داخل الوطن وخارجه - للمساهمة فيها بالكتابة والرأي والتوجيه، بغرض الاستفادة من التجارب والخبرات، في تحد مشروع، يلزمنا بأن يكون العدد اللاحق، أكثر تميزا وإحكاما من العدد الذي سبقه.

وعلى هذا الأساس، ومن أجل بلوغ تلك الأهداف، فإن المجلة
ترحب بكل الأقسام الجادة والمبدعة، ضمن الضوابط العلمية،
والمنهجية الأكاديمية للبحث القانوني. وتتعهد بنشر كل عمل ارتقى
إلى ذلك.

كما ترحب بكل الملاحظات والنقد البناء، وتسعى إلى التكيف
كلما كان ذلك ممكناً.

مدير المجلة
الأستاذ محمد الصالح خراز



افتتاحية العدد :

بقلم : رئيس التحرير

تعيش القضية الفلسطينية حالياً مأزقاً كارثياً، هذه القضية التي كانت ولا تزال تشكل أحد التحديات الراهنة للقانون الدولي، الذي يعترف بشرعية المقاومة المسلحة وحركات التحرر الوطني ضد الاحتلال الأجنبي. وكان الكيان الصهيوني قد أقام خلال السنوات القليلة الماضية جداراً عازلاً في الأراضي الفلسطينية المحتلة بما في ذلك القدس الشرقية وحولها، وطرح المسألة على محكمة العدل الدولية التي أصدرت فيها فتوى بتاريخ 20/07/2004 ، وصوتت الدول الأعضاء بأغلبية ساحقة (بموافقة مائة وخمسين دولة ومعارضة ست دول وامتناع عشر دول عن التصويت) على مطالبة إسرائيل بالإذعان إلى أمر محكمة العدل الدولية الذي أشار إلى عدم شرعية بناء الجدار العازل.

وقد تصدت المحكمة من جانب آخر في رأيها الاستشاري لمسألة تحديد الوضع القانوني للأراضي المحتلة، وقررت أن الأراضي الواقعة بين الخط الأخضر والحدود الشرقية السابقة لفلسطين زمن الانتداب احتلتها إسرائيل أثناء النزاع المسلح الذي وقع عام 1967 بين إسرائيل والأردن. وبموجب القانون الدولي العرفي، فإن هذه الأراضي تعتبر أراضٍ محتلة ووضع إسرائيل فيها أنها السلطة القائمة بالاحتلال.

وها هو الكيان الصهيوني يقوم مرة أخرى بتصرف جديد مناف للقانون الدولي، ويضرب حصاراً على قطاع غزة، إلا أن المجتمع المدني الدولي ممثلاً في هيئات المجتمع المدني، ومنظمات مدنية، وهيئات حقوق الإنسان لم يتحمل هذا الوضع وحاول كسر هذا الحصار من خلال عملية بحرية ضخمة أطلق عليها بـ " قافلة الحرية "، إلا أن هذا الكيان ضرب مجدداً

بمعاهدات القانون الدولي عرض الحائط، واعتدى على هذه السفن، بل واعتدى على كل دول المجتمع الدولي عندما هاجم هذه السفن في عرض المياه الدولية في خرق صارخ للقانون الدولي للبحار.

والحقيقة أن هذا الموضوع يستحق أكثر من كلمة، بل أكثر من بحث، وهو ما لا يسمح به الحال في هذه الكلمة الموجزة التي نفتح بها العدد الأول من مجلة العلوم القانونية بمعهد العلوم القانونية بالمركز الجامعي بالوادي، وهذا بهدف دعم الدراسات القانونية والفقهية، ومن أجل دعم أخلة القانون وأنسته والعمل على تجسيد مبادئ القانون فوق الجميع والعدالة فوق القانون.

رئيس التحرير
الأستاذ عبد القادر حويه



« ملكية القصر وتصرفات الولي دراسة فقهية ، قانونية ، مدعمة بالمواثيق الدولية »

بقلم

أ. د / أبو بكر لشهب

معهد العلوم القانونية والإدارية - المركز الجامعي بالوادي



ملخص :

إنّ محبة التملك غريزة وفطرة أقرت بها الديانات، ولم تخرج عنها الأعراف، ودونتها الأفكار والنظريات. هذا الطرح يفرز أحد مظاهر الحياة، ممثلا في غريزة الملك والحق في التملك، والتي نشأت بنشأتها وتطورت بتطورها. تلكم هي مجموعة الأفكار التي يمكن صياغتها في سؤال أو أكثر حول حق القصر في الملكية، والطرق والأشكال التي تحصل بها، ثم القيود الواردة عليها، لتشكل في الأخير إشكالية بحث، نحاول معالجتها في هذه الورقة البحثية.

Résumé :

Le desir de propriété est une instinct reconnue par les religions, approuvé par les coutumes, et codifié par les idées et les théories. Cette approche produit un des aspects de la vie, représentée par l'instinct de la propriété. C'est l'ensemble des idées qui peuvent être formulées dans une question ou plus sur le droit des mineurs à la propriété, et les restrictions des leur contenu. Et ce qui est traité dans cet article. C'est ce que nous essayons d'y répondre dans cet article.

التمهيد

الملكية منحة ربانية ثابتة للإنسان باستخلافه في الأرض وتكليفه بإعمارها، وفق ما شرع الله له من الأحكام، وعلى رأسها النفع العام والخاص.

فكل تصرف في الملك من شأنه أن يضر بالغير يعرض المالك إلى نزع أهليته في التصرف، وإلا ثبت الحجر⁽¹⁾ في حقه، لأن الملكية مصالح مستحقة شرعا، واختصاص يثبت بموجبه التصرف بشرط انتفاء الموانع، وتحقق مبادئ ثلاث لا تقوم إلا عليها:

1. دفع الضرر، وجلب النفع.
2. ليست حقا خالصا، لما فيها من الحقوق الضرورية للجماعة.
3. تحفظ حرية صاحبها وحقوق الآخرين في آن واحد.

المبحث الأول

تعريف الملكية وطرق اكتسابها

المطلب الأول: في تعريف الملكية

في اللغة: مصدر صناعي منسوب إلى الملك (بكسر الميم) للدلالة على ملكية الأشياء، وشاع استعماله بالضم في الولاية العامة (أي السلطة العامة للسلطان)، وملكه يملكه ملكا بمعنى احتواه وهو قادر على الاستبداد به.⁽²⁾

وفي الاصطلاح الفقهي: لا تخرج عن كونها:

1. مصالح مستحقة بالشرع.⁽³⁾
2. اختصاصا يثبت بموجبه التصرف للمالك بشرط انتفاء الموانع⁽⁴⁾.
3. حيازة للشيء مع القدرة على التصرف عند انتفاء المانع الشرعي⁽⁵⁾.

لهذا عرفها الإمام القرافي بأنها: حكم شرعي قدر وجوده في عين أو في منفعة يقتضي تمكين من أضيف إليه من الأشخاص من انتفاعه بالعين أو بالمنفعة أو الاعتياض عنهما ما لم يوجد مانع من ذلك.⁽⁶⁾

وعرفها علي الخفيف بقوله: الملكية تمكين لإنسان شرعا بنفسه أو بنائبه من الانتفاع بالعين أو المنفعة ومن أخذ العوض عنها⁽⁷⁾.

فهي إذن إما : مصالح مستحقة شرعا⁽⁸⁾.

أو حيازة الشيء مع قدرة الحائز على التصرف فيه والانتفاع به بمفرده عند انتفاء المانع الشرعي⁽⁹⁾.

واختصاص بالمالك المتصرف سواء بنفسه أو بالنيابة، والقاصر قد يختص بالتصرف من غير أن تكون له سلطة تامة عليه فيتصرف بنائبه ولا تزول عنه صفة أنه مالك وإنما تقيده.

لهذا ركز علماء القانون على أن الملكية⁽¹⁰⁾:

1. سلطة تمكن صاحبها من استعمال الشيء المملوك والاستفادة منه.
2. وأنها حق يعطي ولاية ومكنة تخوله جميع وجوه الاستعمال والانتفاع ما لم يترتب على ذلك ضرر بالغير.
3. وأنها تفيد حق الانتفاع بالمال المملوك على وجه التأييد.
4. وأنه بإمكان المالك ملكية تامة التصرف المطلق في العين المملوكة ومنفعة العين، بشرط الجواز.

فالمالك مختص، ويستأثر بالعين المملوكة بكل أنواع التصرف والانتفاع بشرط عدم الإضرار بالغير، وعدم التبذير، وتنحصر أوصاف الملكية في الشريعة الإسلامية⁽¹¹⁾ في كونها: حكم، ووصف، وقدرة، وينسب الثلاثة للشرع.

وعلى اعتبار أن الملك اختصاص فإن للمالك حق شرعي في منع غيره من الانتفاع منه والتصرف فيه إلا بإذن أو توكيل أو نيابة لأنه مالك للعين والمنافع التابعة لها، والحقوق المترتبة عنها لدخول الكل تحت مفهوم الاختصاص.

إلا أن كلا من الحق والاختصاص والانتفاع... ثابت بالحكم الشرعي، فوجب تقييد الكل بأحكام الشرع والتي منها ما يقتضيه القياس والمصالح المرسلة والعرف والاستحسان.

وبهذا يثبت حق ولي الأمر في أن يقيد تصرف المالك عند الاضطرار دفعا للإخلال إما بالنظام العام والمنفعة العامة، أو الإخلال بأصل الحكم - الحق - الثابت له شرعا لوجود مخالفة شرعية من جهة أخرى⁽¹²⁾.

لأن المالك يستخلف على المال وليس له مطلق التصرف أو مطلق الانتفاع⁽¹³⁾، حتى الملكية الخاصة ذات الطابع الاجتماعي الشرعي⁽¹⁴⁾، لقوله ﷺ: " الأرض لله تعالى جعلها وقفا على عباده، فمن عطل أرضا ثلاث سنين متوالية لغير ما علة أخذت من يده ودفعت إلى غيره"⁽¹⁵⁾.

وهذا المفهوم العام للملكية يشمل القاصر وغيره من أفراد المجتمع، والآن نتقل إلى طرق اكتساب الملكية.

المطلب الثاني: في طرق اكتساب الملكية

النظر إلى الملكية إما أن يكون في المحل أو في الصورة أو إلى قابلية العين للتملك.

أولا: فبالنظر للمحل، فإن الملكية إما أن تكون للعين بحيث يكون المالك فيها مالكا للذات ملكا تاما. وهذه مسألة محل نقاش بين العلماء وخلاصته: الملكية الفردية موازنة بين مصالح المالك ومصالح الجماعة، والتقييد بأحكام الشرع في أصل الملك والانتفاع وطرقه.

لأن ملكية الفرد الثابتة بالشرع تحمل معنى الاختصاص لا الملك المطلق، والمالك الحقيقي هو الله سبحانه وتعالى⁽¹⁶⁾، فهي وظيفة اجتماعية ودينية على الأشياء والمنافع، لهذا قلنا بأنها سلطة واختصاص.

ثانيا: وبالنظر إلى الصورة فإن الملك إما أن يكون متميزا معينا في موضعه، بحيث يشمل جميع أجزائه والمالك واحد غير متعدد، أو أن يكون شائعا بين متعددين، فيكون ملك الفرد في هذا الشائع منصب على جزء نسبي غير معين من الشيء بسبب ازدحام المالكين فيه دون تمييز.

ومثال الأول كأن يملك شخص دارا بعينها أو سيارة.. ومثال الثاني: حق الفرد في الطرقات والأرصفة والساحات العمومية.

ومن خصائص الملكية الفردية أنها تكون على وجه الاختصاص والتعيين، وهي مسaire لما وجد في طبيعة الإنسان من محبة للتملك والاختصاص، ولما كانت كذلك فهي أسبق من الجماعية، وهو ما تقرره الشريعة والعقول السليمة.

والملكية الجماعية ثابتة كذلك بالشرع⁽¹⁷⁾ والعقل السليم.

ثالثا: قابلية المال للملك الخاص⁽¹⁸⁾: بالنظر السابق ينحصر المال في ثلاثة أقسام:

الأول: ما لا يقبل الاختصاص بحال من الأحوال وهو ما كانت منافعه عامة لا يختص بها فرد بعينه، والجماعة لا يمكنها الاستغناء على تلك المنافع، وهذا يبقى ملكا مشاعا لكل محتاج إلى النفع منه بقدر حاجته من غير مساس بحقوق غيره فيها، ويمثل هذا النوع: الطرق العامة، والأنهار والحدائق والمساجد.⁽¹⁹⁾

النوع الثاني: ما لا يقبل الانفراد بالاختصاص ابتداء، إلا أنه يقبله إذا وجد السبب الشرعي. أو الشرط الشرعي. بالأوصاف، أو بالتعيين، ويمكن التمثيل لهذا النوع بالأعيان الموقوفة على سبيل التبرع ورجاء الثواب من الله، فلا يختص بها فرد دون غيره إلا بوجود الشرط، كأن يكون الوقف على معين

فإن خص ولي الأمر أحدا بعينه بعطاء ملكه بوجود السبب الشرعي وهو هنا التخصيص.

النوع الثالث: ما عدا النوعين السابقين فإنه يجوز ملكه وتمليكه متى وجدت أسباب التملك، سواء كان المالك صغيرا أو كبيرا مسلما أو غير مسلم، فردا أو هيئة بشرط التقيد بأحكام الشرع ومقاصده، وإلا منع التصرف المباشر الكامل بتحواله. التصرف - إلى غيره، مع بقاء أصل الملك ثابتا له لأن الملكية وسيلة وليست غاية⁽²⁰⁾، خلافا للأئمة التي تعتبرها غاية؟.

وحق الملك والتمليك حكم ووصف شرعيان، كما سبقت الإشارة، وقدرة شرعية، لأن الحقوق ثابتة بالشرع لأصحابها فتحصر آثارها كذلك بما رتبته الشارع لها دون زيادة.⁽²¹⁾

وبمقتضى هذا الوصف والحكم، يكون للمالك حق التصرف فيما يملك بشرطين:

أولهما إباحة العين. وثانيهما انتفاء الموانع.

ومن الموانع: أن يكون تصرف المالك فيما يملك ضرر بغيره. ومن هذا الباب تكلم الفقهاء وفصلوا أحكام التصرفات - العقود - الحاصلة في مرض الموت، فهي موقوفة على ظهور القرينة التي تثبت ضررها بالورثة⁽²²⁾ أو عدمه، فتصرف المالك في ملكه مقيد بعدم الإضرار بغيره، فليس للمالك أن يوصي بماله إلا في حدود الثلث⁽²³⁾، كما أنه ليس له أن يخصص أو يمنع وارث من حقه في التركة.⁽²⁴⁾

وهذه القيود لتصرف المالك في ملكه من أجل ضمان حقوق المالك مستقبلا وهو الوارث هنا.

ويتحقق شروط صحة الوصية، تثبت ملكية الموصى له مهما كان عمره، ويتصرف بنائبة إن لم يكن أهلا لذلك.

ثبوت الملك بالوقف: وكما ينقل ويثبت الملك بالإرث والوصية، يثبت بالوقف ولو كان الموقوف عليه - عند التعيين - جنينا في بطن أمه⁽²⁵⁾. ويتولى ولي الطفل النظر في الوقف، وإلا عين القاضي قيما له على ماله - الوقف - وينقل الملك إلى الموقوف عليه بمجرد حصوله من الواقف، ولا يحتاج إلى رضي الموقوف عليه، واشترط بعض الحنابلة القبول حتى يثبت الاستحقاق والانتفاع من الوقف⁽²⁶⁾.

هذا والوقف الذي هو حبس للعين وتصديق بمنفعتها، إرادة الثواب من الله، فيه تثبت ملكية المنفعة للموقوف عليه، بخلاف الوصية التي هي تملك للعين مع منفعتها، إلا أنه مع ذلك فإن الوقف يحمل معاني التملك سواء بما سبق من تملك للمنفعة أو أن في تملك المنفعة معنى - تملك العين..! والطفل مهما كان عمره أهل لذلك، ويثبت الملك منجزا ولو كان حملا⁽²⁷⁾. وهو الرأي الذي نراه ونرتاح إليه.

ثبوت الملك بالهبة: الهبة من جنس الوقف بالنظر إلى تملك المنفعة وإرادة الثواب، ومن جنس الإرث والوصية إذا نظرنا إلى انتقال الملك وفي الكل الملك ثابت للطرف الثاني (الوارث في الإرث، والموصى له في الوصية...). فالملك يثبت بالهبة، مثل ما ثبت في الوصية والإرث والوقف...، لاشتراك الجميع في معاني مشتركة وهي:

- إرادة انتقال الملك.
- إرادة الثواب.
- إياحة الانتفاع.

المطلب الثالث: في ثبوت الملكية (وطرق إثباتها)

الطريق الأول: الإرث

إذا مات مالك المال، انتقلت ملكيته إلى ورثته بشرط وجود الأسباب⁽²⁸⁾، وانتفاء الموانع⁽²⁹⁾، وإن كان الوارث جنينا في بطن أمه، على تفصيل في توريث الجنين يناسب حاله ووضعه.

الطريق الثاني: الوصية

الوصية هي: تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع⁽³⁰⁾، يملك الموصى له بموجبها الموصى به بمجرد تحقق الشروط ومنها موت الموصي، وانتفاء الموانع وأن لا يكون للموصي له وارثا، وأن لا تكون في أكثر من الثلث.⁽³¹⁾

فالوصية سبب من أسباب اختصاص الموصى له بملك العين والانتفاع بالموصى به، بعد التأكد من تحقق الشروط وانتفاء الموانع التي ليس هنا محل التفصيل فيها.

الطريق الثالث: الشفعة

بالشفعة تنتقل حصة الشريك إلى شريكه بمثل العوض الذي انتقلت به إلى غيره، فيصبح مالكا بغض النظر على كونه كبيرا أو صغيرا، لهذا اختلف الفقهاء في حق الجنين في الشفعة، لأنهم اشتروا وجود المشفوع له، والرأي الراجح له حق في الشفعة، أما غيره فبالاتفاق.⁽³²⁾

الشفعة التي شرعت لدفع ضرر محتمل على الشريك باستحداث شريك جديد معه. والقاصر إذا كان شريكا لغيره فإنه أحق بغيره لهذا الحكم، وعلى وليه أن يدفع عنه الشريك الجديد بتمليكه حصة الشريك بنفس الثمن الذي استقر عليه العقد، بل وله دون غيره المطالبة بهذا الحق متى رشد، لأنه مالك شرعا لحصته، وبالتالي تكون الشفعة سببا آخر في انتقال الملكية، واكتسابها للقاصر أسوة بغيره.

الطريق الرابع: العمل

العمل من أسباب اكتساب الملكية لأنه ثمرة جهد ولهذا ثبت في الشريعة الإسلامية:

امتلاك الأرض بإحيائها والاستمرار في خدمتها والانتفاع منها، عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "من أحيا أرضا ميتة فهي له"⁽³³⁾، والذي يهمنا هنا أن الأرض الميتة تملك بإحيائها، وليس التفصيل في الخلاف في جزئيات الموضوع⁽³⁴⁾. وقد ثبت فنتقل للطريق التالي.

أشارت المادة 32 اتفاقية حقوق الطفل⁽³⁵⁾ إلى ذلك حيث نصت على :

1. تعترف الدول الأطراف بحق الطفل في حمايته من الاستغلال الاقتصادي ومن أداء أي عمل يرجح أن يكون خطيرا أو أن يمثل إعاقة لتعليم الطفل، أو أن يكون ضارا بصحة الطفل أو بنموه البدني، أو العقلي، أو الروحي، أو المعنوي، أو الاجتماعي.

2. تتخذ الدول الأطراف التدابير التشريعية والإدارية والاجتماعية والتربوية التي تكفل تنفيذ هذه المادة. ولهذا الغرض، ومع مراعاة أحكام الصكوك الدولية الأخرى ذات الصلة، تقوم الدول الأطراف بوجه خاص بما يلي:

(أ) تحديد عمر أدنى أو أعمار دنيا للالتحاق بعمل،

(ب) وضع نظام مناسب لساعات العمل وظروفه،

(ج) فرض عقوبات أو جزاءات أخرى مناسبة لضمان بغية إنفاذ هذه المادة بفعالية.

وفي المادة 15 من الميثاق الإفريقي لسنة 1990 جاء النص على ما يلي⁽³⁶⁾:

1- تتم حماية كل طفل من كافة أشكال الاستغلال الاقتصادي، ومن أداء أي عمل يحتمل أن ينطوي على خطورة، أو يتعارض مع النمو البدني أو العقلي أو الروحي أو الأخلاقي أو الاجتماعي للطفل.

2- تتخذ الدول أطراف هذا الميثاق كافة الإجراءات التشريعية والإدارية الملائمة لضمان التنفيذ الكامل لهذه المادة التي تغطي كلا من القطاعين الرسمي وغير الرسمي للعمل، وبعد دراسة الأحكام ذات الصلة لمواثيق منظمة العمل الدولية التي تتعلق بالأطفال، تقوم الدول الأطراف على وجه الخصوص بما يلي:

(أ) توفير - من خلال التشريعات - الحد الأدنى للأجور للالتحاق بأي عمل.

(ب) سن التشريعات لساعات وظروف العمل.

(ج) سن العقوبات المناسبة أو الجزاءات الأخرى لضمان التطبيق الفعال لهذه المادة.

(د) تشجيع نشر المعلومات بشأن أخطار تشغيل الطفل على كافة قطاعات المجتمع.

الطريق الخامس: الصدقات والتبرعات.

للقاصر حق أموال الزكاة والصدقات بدافع الاحتياج وهذا فيه كل معاني التمليك التام للمحتاج على التفصيل السابق في مفهوم الملكية.

كما أنه يحمل معنى التراضي الواجب في عقد التمليك.

وكل هذه الطرق صالحة للتمليك بشرط الإباحة وانتفاء الموانع الشرعية والعقلية، وصلاحيية المحل.

المبحث الثاني

عقود القصر وواجبات الولي

لكل طور من أطوار حياة الإنسان أهلية مناسبة له إذ باستقراره في الرحم يكتسب أهلية وجوب ناقصة، وبميلاده تكتمل له أهلية الوجوب ويكتسب أهلية أداء ناقصة وذمة، وبلوغه سن التمييز تثبت له أحكام مناسبة وهكذا إلى أن يبلغ عاقلا راشدا ولكل طور من هذه الأطوار ما يناسبه من الواجبات على الولي.

المطلب الأول: تصرفات القصر في الأموال:

وفيه ثلاثة فروع:

الفرع الأول: التصرفات النافعة للطفل:

إذا كان تصرف يعود عليه بالنفع له التام فإنه معتبر في نظر الشرع وبالتالي تكون ملكيته صحيحة لما ينجر عنه، فيصح منه قبول الهدايا والهبات.

مع أن القياس أن هذه تحتاج إلى معاوضة من جهة وإلى إيجاب وقبول من جهة أخرى، وهو لم يدفع العوض ولا أهلية تامة له يعتبر قبوله.

إجارة القاصر نفسه: اعتبر الفقهاء عقد الإجارة من الصبي المميز على نفسه صحيحا إذا كان لا غبن فيه والصبي مأذونا له من وليه، خلافا للشافعية الذين منعوها مطلقا فإن وقعت استحق أجرا واختلفوا هل هو المسمى أم أجر المثل⁽³⁷⁾.

وإذا خرج القاصر عن الوصف برشده قبل انتهاء مدة الإجارة ففي لزوم العقد اتجاهين:

الأول: لزوم العقد لأنه عقد لازم بحق الولاية فلم يبطل، وهو قول الشافعية وأحد قولي الحنابلة والحنفية.

والثاني: عدم اللزوم ويخير في الإجارة لأنه بالبلوغ انتهت الولاية، وهو مذهب المالكية وأحد أقوال الشافعية والحنابلة ومذهب الحنفية في إجارة نفس الصغير⁽³⁸⁾.

ونرى بأن العبرة في كل ذلك للنفع الحاصل للقاصر، فإن دخل شيء في ملكه فهو صحيح منه دون توقف على إجازة ولي أو وصي، وخاصة إذا كان من غير مقابل ما لم يتعارض مع حقوق الآخرين.

ولا يجوز للمستأجر ضربه أو تحميله ما لا يطيق، أو عدم إنصافه حقه في الأجر، وترتفع أجرته بتقدمه - الأقدمية - ومهارته - الخبرة⁽³⁹⁾.

الفرع الثاني: التصرفات الضارة للقاصر:

أما التصرف الذي يعود على القاصر بالضرر فإنه غير معتبر شرعا.

أما إذا كان التصرف منه ضار ضررا لا يحتمل النفع كإهداء منه أو تبديل بما لا يصلح للمبادلة أصلا كأن يبادل شيء ثمين بلعبة زهيدة، فإنه غير معتبر من الأصل. لأنه في كل ذلك أضر بنفسه، وذلك منهى عنه شرعا، وتصرف بما لا يجوز له إلا بالإذن⁽⁴⁰⁾.

الفرع الثالث: التصرفات الدائرة بين النفع والضرر

وإذا كان تصرف دائرا بين النفع والضرر له: فيه ثلاثة مذاهب إجمال.⁽⁴¹⁾

1. الحنفية، يصح صدورهما باعتبار أصل الأهلية ولاحتمال النفع له، وتكون موقوفة على إجازة الولي أو الوصي بسبب نقص الأهلية.

2. المالكية تقع صحيحة غير لازمة إلا بإجازة الولي.

3. الشافعية والحنابلة لا يصح صدورهما من القاصر فإذا وقعت كانت باطلة لا يترتب عليها أي أثر.

ولعل الأصوب في المسألة ما ذهب إليه المالكية وهو غير بعيد عن مذهب الحنفية، لما فيه من ضمان لحق القاصر في التصرف، ولما فيه أيضا من دفع احتمال الضرر عليه باعتبار تصرفه غير لازم إلا بإجازة الولي أو الوصي⁽⁴²⁾.

جاءت الإشارة إلى هذا في المادة 7 و8 من إعلان القاهرة لحقوق الإنسان:

أ- لكل طفل عند ولادته حق علي الأبوين والمجتمع والدولة في الحضانة والتربية والرعاية المادية والصحية والأدبية كما تجب حماية الجنين والأم وإعطاؤهما عناية خاصة.

ب- للآباء ومن يحكمهم، الحق في اختيار نوع التربية التي يريدون لأولادهم مع وجوب مراعاة مصلحتهم ومستقبلهم في ضوء القيم الأخلاقية والأحكام الشرعية. للأبوين علي الأبناء حقوقهما وللأقارب حق علي ذويهم وفقا لأحكام الشريعة.

وفي المادة 8: لكل إنسان التمتع بأهليته الشرعية من حيث الإلزام والالتزام وإذا فقدت أهليته أو انتقصت قام وليه. ⁽⁴³⁾ مقامه.

المطلب الثاني: في تصرفات القاصر في أموال غيره

يكون القاصر ضامنا لما أتلفه من أموال غيره، ويتحمل أداؤها، وإلا أداها عنه وليه. ⁽⁴⁴⁾

والطفل - مطلقا - يضمن بفعله وإن كان لا يضمن بقوله ⁽⁴⁵⁾، لأن حقوق العباد قائمة على المطالبة والمشاحة بخلاف حقوق الله تعالى فإنها قائمة على الرحمة والعفو والتسامح. ⁽⁴⁶⁾

واتفق الفقهاء على وجوب الحجر على اليتامى حتى يبلغوا ⁽⁴⁷⁾، لقوله تعالى ﴿وَابْتَلُوا الَّذِينَ يَدْعُونَ إِلَى الْبَيْتِ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾ ثم قال عز وجل: ﴿فَإِنْ ءَأَسْتُم مِّنْهُمْ رُّشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ ⁽⁴⁸⁾.

ذكر الزيلعي في التبيين أن أساس الحجر هو ضعف العقل ⁽⁴⁹⁾ والطفل قبل بلوغه أول من يتناوله هذا الوصف.

وإذا بلغ سن التمييز، فإن تصرفاته النافعة نفعاً محضاً منه تكون معتبرة من غير حاجة إلى إجازة الولي فيقبل الهدايا والأوقاف والوصايا، إذا كانت لا توجب التزاماً في المقابل.

أما إذا كانت ضارة لا تحتمل النفع له فهي باطلة وغير قابلة للإجازة، وإذا كانت دائرة بين النفع والضرر فهي موقوفة على إجازة وليه. ⁽⁵⁰⁾

والولاية في اللغة: بمعنى: النصرة والإعانة. وهي من أسماء الحق تبارك وتعالى، الناصر المعين لجميع مخلوقاته والمالك لجميع الأشياء المتصرف

فيها، فهي تشعر بالتدبير والقدرة والفعل وما لم يجتمع فيها ذلك، لا يصح إطلاق الاسم عليها⁽⁵¹⁾، قال عز وجل: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾⁽⁵²⁾، ولا يبلغون هذه الدرجة إلا إذا تحملوا تكاليف الولاية ومنها التعاون والنجدة⁽⁵³⁾، وتأتي بفتح الواو وكسرها، ولهذا قرأ قوله تعالى: ﴿هُنَالِكَ الْوَلِيَّةُ لِلَّهِ الْحَقُّ﴾⁽⁵⁴⁾ بالفتح والكسر، وقال بعض المفسرين، بالفتح: النصر، وبالكسر: القدرة والسلطان، والمعنيان ثابتان لله تعالى بالكمال، ومطلوبان في الولي من البشر بما يناسبه.

فالولي إذا هو النصير والحليف، القائم على شؤون غيره.

وجاءت الإشارة إلى ذات المعنى إعلان القاهرة سالف الذكر المادة 23:

أ- الولاية أمانة يحرم الاستبداد فيها وسوء استغلالها تحريماً مؤكداً
ضماناً للحقوق الأساسية للإنسان.

ب- لكل إنسان حق الاشتراك في إدارة الشؤون العامة لبلاده بصورة مباشرة أو غير مباشرة، كما أن له الحق في تقلد الوظائف العامة وفقاً لأحكام الشريعة.

وعند الفقهاء هي سلطة شرعية مستلزمة لنفاذ التصرف على الغير (إما أصلية أو بالنيابة). قيام شخص مقام آخر في التصرف عنه⁽⁵⁵⁾، والولاية على الصغير إجبارية لأن الشرع هو الذي يقرها أو القضاء، يقوم بمقتضاها الولي أو النائب مقام القاصر في كل ما يقبل النيابة⁽⁵⁶⁾.

المادة 26 من اتفاقية حقوق الطفل للأمم المتحدة لعام 1990 جاء النص على: تعترف الدول الأطراف لكل طفل بالحق في الانتفاع من الضمان الاجتماعي، بما في ذلك التأمين الاجتماعي، وتتخذ التدابير اللازمة لتحقيق الإعمال الكامل لهذا الحق وفقاً لقانونها الوطني.

2. ينبغي منح الإعانات، عند الاقتضاء، مع مراعاة موارد وظروف الطفل والأشخاص المسؤولين عن إعالة الطفل، فضلا عن أي اعتبار آخر ذي صلة بطلب يقدم من جانب الطفل أو نيابة عنه للحصول على إعانات.

ثم أكدت ذلك في المادة 27: تعترف الدول الأطراف بحق كل طفل في مستوى معيشي ملائم لنموه البدني والعقلي والروحي والمعنوي والاجتماعي.

2. يتحمل الوالدان أو أحدهما أو الأشخاص الآخرون المسؤولون عن الطفل، المسؤولية الأساسية عن القيام، في حدود إمكانياتهم المالية وقدراتهم، بتأمين ظروف المعيشة اللازمة لنمو الطفل.

3. تتخذ الدول الأطراف، وفقا لظروفها الوطنية وفي حدود إمكانياتها، التدابير الملائمة من أجل مساعدة الوالدين وغيرهما من الأشخاص المسؤولين عن الطفل، علي أعمال هذا الحق وتقدم عند الضرورة المساعدة المادية وبرامج الدعم، ولا سيما فيما يتعلق بالتغذية والكساء والإسكان.

4. تتخذ الدول الأطراف كل التدابير المناسبة لكفالة تحصيل نفقة الطفل من الوالدين أو من الأشخاص الآخرين المسؤولين ماليا عن الطفل، سواء داخل الدولة الطرف أو في الخارج. وبوجه خاص، عندما يعيش الشخص المسؤول ماليا عن الطفل في دولة أخرى غير الدولة التي يعيش فيها الطفل، تشجع الدول الأطراف الانضمام إلى اتفاقات دولية أو إبرام اتفاقات من هذا القبيل، وكذلك اتخاذ ترتيبات أخرى مناسبة.

الولاية على النفس وعلاقتها بالولاية على المال:

الولاية على النفس هي التي يكون بها للولي سلطة على القاصر في شخصه.

ومهمة الولي على النفس الحماية والتربية، والإصلاح الجسمي والعقلي، لأن القاصر أمانة واجبة الحفظ والصيانة في يد الولي على النفس⁽⁵⁷⁾.

والولاية على المال لا تستقل عن الولاية عن الولاية على النفس.

والمعتبر في الولاية على المال الحفظ والصيانة، وعليه فإنه مهما كان الولي على المال لا بد من توفر فيه شروط منها.

1. كمال الأهلية، لأن فاقد الأهلية الكاملة - أو ناقص الأهلية - ليس أهلا للولاية على نفسه، فمن باب أولى أن لا يكون أهلا للولاية على مال غيره.⁽⁵⁸⁾

2. الاتحاد في الدين، فإن كان الأب غير مسلم فلا ولاية له على مال ابنه المسلم⁽⁵⁹⁾، وعلى القاضي أن يعين من يتولى حفظ وصيانة مال الطفل، لأن القاضي والي من لا والي له، ويلحق بغير المسلم من كان غير صالح في دينه.⁽⁶⁰⁾

3. أن لا يكون مبذرا، أو سيء التدبير، لأن ولايته على المال ولاية حفظ وصيانة، وسيء التدبير لا يمكنه ذلك، كما أن المبذر يتلف المال ويضيعه، فليس لواحد منهما ولاية على مال القاصر.

4. أن يكون حسن التدبير أمين غير مبذر حتى يكون له مطلق التصرف في المال.

وتتوفر هذه الشروط في الولي على المال يجوز له الإنفاق على الطفل القاصر من ماله والتصرف في المال بكل ما يحفظه وينميّه، من بيع، وأجرة وصيانة.⁽⁶¹⁾

سلطة الولي في مال القاصر محددة ب: الإنفاق من غير إسراف، والحفظ من غير إضرار.

لهذا ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز بيع مال - عقار - القاصر متى دعت الحاجة إلى بيعه، فإن كان للقاصر مثلا عقار في مكان لا يجز عليه نفعا كثيرا جاز بيعه من الولي وشراء له - استبدال - غيره إن كان فيه أكثر نفع من الأموال.⁽⁶²⁾

وأنة يجوز للولي الشرعي أن يستأجر العقار، أو يعمل به وفيه تنمية له، إلا أنهم قيدوه بولاية الأب.

والذي نراه: أن هذه السلطة ليست خاصة بالأب دون غيره كما ذهب أكثر الفقهاء⁽⁶³⁾، وإنما تعم كل ولي. توفرت فيه شروط الولاية. على مال قاصر سواء كان أبا أو غيره. لعموم قوله عز وجل: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾⁽⁶⁴⁾ لأن اليتيم هو كل من فقد أباه دون البلوغ، وسمي بهذا لانفراده، فيصبح معنى اليتيم متحقق في كل طفل. دون سن البلوغ. له مال محتاج إلى من يعتني به، وإنما متى وجد الأب فهو الأصل والأولى (في مثل هذه الولاية) لقوله ﷺ: "أنت ومالك لأبيك"⁽⁶⁵⁾ أصالة وإن لم يوجد، إما بفقدانه. بحيث يتحقق معنى اليتيم المذكور في الآية في الطفل صورة ومعنى، أو بعدم أهليته للولاية على المال، فيوجد معنى اليتيم معنى فقط، وفي الحالتين لا يسقط حق الطفل في الولاية على ماله.

الخاتمة

في تصرفات الولي أو الوصي في مال القاصر:

إذا باع الوصي أموال - عقار أو غيره - من هو في وصايته وولايته بغير مسوغ شرعي، فالبيع باطل، والوصي مطالب بالرد، كما أن المشتري ملزم بإعادة ما أخذه بعينه إن كان عينيا وبتعويض ما فات⁽⁶⁶⁾، ومثل المثلي، أما إذا ادعى القاصر بأن بيع الوصي أو تصرفه كان فيه غبن فاحش ولو بعد سنوات فإن دعواه تقبل وعقد الولي أو الوصي يفسخ بسبب الغبن، وللمشتري أن يأخذ ما زاده على الأصل إن كان بناء مثلا، ويعوض النقص، ويضمن المتلف وأجرة العمل على المشتري⁽⁶⁷⁾، إلا أن يغرر به فيتحمل من غرر الكل.

ويستعان في كل هذا بالخبرة وتحليل الأمان، مع الاحتياط الواجب و هو الحفاظ على حق الطفل⁽⁶⁸⁾ لأن المجتمع ملزم برعاية مصالح وأحوال المحتاجين إلى الرعاية من فقراء ومساكين ویتامی ولقطاء ومشردين.⁽⁶⁹⁾

فالحجر شرع صيانة لمال المحجور عليه، وتحقيقا للنفع له، كما أنه يحتمل معنى التدريب والتعليم. لهذا اعتبر الفقهاء الحجر على الصغير حقا له على غيره.⁽⁷⁰⁾، ويترتب على ذلك التقصير في القيام بهذا الحق من المجتمع ممثلا في الأولياء والأوصياء يعرضهم إلى العقوبة المعنوية بوصفهم بالتقصير أو الخيانة. والمادية بإلزامهم التعويض.

وتجدر الإشارة إلى أن واجبات الولي لا تتوقف عند مجرد الحفاظ على الأموال من التلف، وإنما تتعدى ذلك إلى الصيانة والتنمية.

ما يشترط في الولي على مال القاصر:

1. أن يكون كامل الأهلية: لأن ناقص الأهلية غير أهل للولاية على نفسه، ومن باب أولى أن لا يكون وليا على غيره.⁽⁷¹⁾

2. الاتحاد في الدين.

القدرة على حفظ المال وتنميته: ولا يكون ذلك إلا إذا كان صالحا في دينه، حكيما في تدبيره.

ونقصان أهلية القاصر لا يستلزم نفي حقه في الملك والتملك.

والله أعلم وإليه المرجع والمآب

- الهوامش :

- 1- الحجر: منع مالك من مطلق التصرف في ملكه، لغيب في تدبيره.
- 2- ابن منظور لسان العرب مادة [ملك] 482/10 والمقري في المصباح المنير 246/2 وتاج العروس 108/7 وانظر أيضا عبد الوهاب الشيشاني في حقوق الإنسان ص 402.
- 3- وهو تعريف علي الخفيف في الملكية وتحديدها في الإسلام ص 9.
- 4- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام - ح1، ص 240 وبعدها.
- 5- ينظر محمد يوسف موسى، الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي، ط 1952 ص 156.
- 6- القرافي في الفروق - فرق 180، 208/2.
- 7- علي الخفيف. الملكية وتحديدها في الإسلام ص 9.
- 8- وهو تعريف علي الخفيف المرجع أعلاه، ومصطفى أحمد الزرقا في المدخل الفقهي العام ح1، ص 240 وبعدها.
- 9- د. محمد يوسف موسى، الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي، ط 1952 ص 156.

- 10 . الشيخ علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين الوضعية ص 26.
- 11 .د.عبد الوهاب الشيشاني، حقوق الإنسان ص 404.
- 12 . لأن الإسلام يوازن بين العدالة ومصالح الفرد ومصالح المجتمع وفي تغليب مصلحة الفرد جنوح نحو النظام الرأسمالي، وفي تغليب مصلحة المجتمع على حساب مصلحة الفرد ميل نحو النظام الاشتراكي وفي الاثنين قصور في الموازنة والعدل. ينظر: د.محمد عبد المنعم الجمالي في موسوعة الاقتصاد الإسلامي ج 1 ص 152 و 153 (ط 2) 1406.
- 13 .د.عبد الوهاب الشيشاني، حقوق الإنسان ص 405.
- 14 . موسوعة الاقتصاد الإسلامي ص 198.
- 15 . الحديث من ألفاظه عند الإمام البخاري: "من كانت له أرض فليزرعها أو ليمنحها أخاه، فإن أبي فليمسك أرضه". الفتح 22/5.
- 16 - في كل هذه المعاني ينظر: د. منذر عبد الحسين الفضل في الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ط 2. ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ص 64 و 65. ود.فتحي الدريني. الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، ونظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط 1 جامعة دمشق 1967 ص 24 و 25.
- 17 - وما يدل عليها مشروعية الوقف، وتقسيم الغنائم (البخاري 137/3)، والمساجد، وإحياء الأراضي الموات، (نيل الأوطار 269/5)
- 18 .والمراد بالمال كل متمول له قيمة يمكن الانتفاع به.
- 19 . وهذا لا يمنع، ولا ينفي اختصاص مجموعة بالانتفاع من المساجد بالمسلمين دون غيرهم، أو اختصاص الانتفاع بطريق من أهل قرية دون غيرهم... أو اختصاص أهل ناحية بالسقي . سقي الزروع . من نهر دون آخرين.
- 20 - د. منذر عبد الحسين الفضل، الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ط 1988 الجزائر، ص 47 وما بعدها و ص 130 وما بعدها.
- و.د.محمد عبد المنعم الجمال. موسوعة الاقتصاد الإسلامي، ط 2 1406 هـ 1986م، دار الكتاب المصري، دار الكتاب اللبناني، ص 198. وحسن الشيخ الفاتح الشيخ قريب الله، الحريات الأساسية للمواطنين، ط 1، ص 72 و 73.
- 21 . د.عبد الوهاب الشيشاني، حقوق الإنسان ص 404، فهو الملك حق ثابت للمالك بإقرار الشارع له وليس محضر صفة ناشئة عن طبيعة الأشياء. عبد الوهاب الشيشاني المرجع نفسه ص 404.
- 22 - د.بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري 248/2، 249. د.محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف ص 55 وما بعدها.
- 23 .د.شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف ص 55 وما بعدها. د.بلحاج العربي- الوجيز ص 270.
- 24 .د.شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف، ص 89 وما بعدها. د.بلحاج العربي الوجيز ص 248.
- 25 . على قول جمهور الفقهاء، خلافا للحنفية الذين ذهبوا إلى أن الجنين وان ثبت له الوقف فليس له حق في الاستحقاق إلا بعد ميلاده، وبهذا يكون رأي جميع الفقهاء أن الوقف على الأولاد جائز، انظر: المغني والشرح الكبير 187/6 وما بعدها، و ص 183. ابن رجب الحنبلي في قواعده

- ص 183 القاعدة 84، وشرح منتهى الإرادات 496/2 وشلبي في أحكام الوصايا والأوقاف ص 325.
26. ابن رجب الحنبلي في قواعده. ص 183 القاعدة 84، وابن قدامة، المغني والشرح الكبير 183/6.
27. ابن رجب الحنبلي في قواعده القاعدة 84، ويترتب على هذا الرأي جواز انتفاع الحامل من الموقوف لحملها إن احتاجت إلى ذلك.
28. أسباب الميراث إجمالاً: أ. الزوجية. ب. القرابة: وتشمل الأبوة والنبوة وكل من له اتصال بالميت عن طريق الأبوة أو النبوة. ج. الولاء.
29. الموانع إجمالاً: أ. الرق. ب. القتل. ج. اختلاف الدين. وهناك موانع أخرى مختلف فيها. انظر الأسباب والموانع: محمد محي الدين عبد الحميد في: أحكام الموارث في الشريعة الإسلامية على مذاهب الأئمة الأربعة ط 1404 هـ 1984 دار الكتاب العربي لبنان ص 13 وما بعدها. وسعيد بوزير أحكام الميراث بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، ط 1995 الجزائر، ص 2 وما بعدها.
30. د. محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف ط 4، 1402 هـ 1982 لبنان ط 22 وما بعدها.
31. د. الشيخ محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف. ص 129 وما بعدها.
32. -يراجع: سبل السلام للصنعاني 94/3. وابن رشد في المقدمات 68/1 وما بعدها، وبداية المجتهد 253/2. وابن رجب الحنبلي في القواعد ص 183، والمدونة الكبرى للإمام مالك برواية سحنون 236/4.
33. الحديث ذكره البخاري معلقاً في صحيحه بصيغة التمرّض 15/4 وقال الحافظ في الفتح: وصله أحمد، وصححه الترمذي، الفتح 14/5. والترمذي برقم 1378 و1379. في الأحكام باب ما ذكر في إحياء أرض الموت، وعن يونس روايته بزيادة " وليس لعرق ظالم حق".
34. ينظر التفصيل في: الأحكام السلطانية لأبي يعلى الحنبلي. تعليق محمد حامد الفقي ط I القاهرة: مطبعة البابي الحلبي 1938م ص 194 و 156 و 157. والفروق للقرافي ط 1، 1346 هـ 18/1 وما بعدها وص 41 وما بعدها، والأحكام السلطانية للماوري ص 177 وما بعدها.
35. اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25/44 المؤرخ في 20 تشرين الثاني/نوفمبر 1989 تاريخ بدء النفاذ: 2 أيلول/سبتمبر 1990، وفقاً للمادة 49.
36. الميثاق الأفريقي لحقوق ورفاهية الطفل 1990 بدأ العمل به في 29 نوفمبر 1999.
37. الموسوعة الفقهية 258/1. أما إذا كان الطفل محجوراً عليه فإن العقد موقوف على إجازة الولي أو الوصي عند الحنفية، والراجح عند المالكية ورواية عن الإمام أحمد، لأن الولاية شرط للنفاذ لا للصحة. وكان العقد غير صحيح عند الشافعية وفي قول المالكية ورواية لأحمد لأن الولاية عندهم شرط لصحة العقد وانعقاده لا نفاذه. ينظر: البدائع 178/4 والفتاوى الهندية 411/4، والتوضيح على التنقيح 159/2.
38. الموسوعة الفقهية 258/1 و 259 وانظر: البدائع 178/4 والمهذب 407/1 والمغني 45/6، وكشاف القناع 475/3. والشرح الصغير 181/4-182.
39. المرجع السابق 476 و 477. والفتاوى الهندية 468/6.

- 40 - محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام ص 59 و 109 ، ود. وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي 164/1 و 166 ، ود. إسحاق إبراهيم منصور. نظريتا القانون والحق ص 228 وما بعدها.
41. الموسوعة الفقهية 159/7.
42. وهناك تفصيل وتمثيل في المسألة لا نذكره، حتى لا نخرج عن السياق العام للموضوع.
43. إعلان القاهرة حول حقوق الإنسان في الإسلام تمت إجازته من قبل مجلس وزراء خارجية منظمة مؤتمر العالم الإسلامي، القاهرة، 5 أغسطس 1990.
44. الموسوعة الفقهية 159/7.
45. تأسيس النظر للدبوسي (وفي آخره رسالة الكرخي...) ص 112.
46. الشاطبي في الموافقات... وتأسيس النظر للدبوسي ص 113.
47. ابن رشد. بداية المجتهد 275/2 و 276.
48. سورة النساء الآية 6.
49. الشيخ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 437. وبعد بلوغه يجب توفر الرشد العقلي فيه.
50. الشيخ أبو زهرة، الأحوال الشخصية ص 439-440.
51. ينظر: ظافر القاسمي، نظام الحكم في الشريعة. 473/1.
52. سورة التوبة الآية 71.
53. سيد قطب، في ظلال القرآن 1674/3.
54. سورة الكهف الآية 44.
55. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل 817/2.
56. المرجع السابق 817/2 والهامش 1 من نفس الصفحة، والشاطبي في الموافقات 227/2-240. ويتولى ولاية القاصر الأقرب فالأقرب من أقارب القاصر العصبات على ترتيب الإرث والحجب مع مراعاة الأصحح. وتبدأ الولاية بالميلاد إذ لا ولاية لأحد على الجنين قبل ميلاده والقاضي ولي من لا ولي له وإنما له حقوق مضمونة بالشرع.
57. أبو زهرة، الولاية على النفس ص 21.
58. بداية المجتهد 12/2.
59. بداية المجتهد 12/2.
60. د. أمين عبد المعبود زغلول، رعاية الطفولة في الشريعة الإسلامية 319 (نقلا عن بن عابدين في حاشيته).
61. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 299/3، المغني والشرح الكبير 242/5.
62. انظر المغني والشرح الكبير 242/5، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير 299/3 وحاشية ابن عابدين 174/6 و 175، وكشاف القناع 447/3-451.
- نصت المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري على أنه على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحر، ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام، ونصت من جهة أخرى على أن هناك أحوال يجب فيها على الولي أخذ الإذن من القاضي وهي: (1) بيع العقار وقسمته ورهنه وإجراء المصالحة. (2) بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة. (3) استثمار أموال

- القاصر بالأقراص، أو الاقتراض أو المساهمة في شركة. 4) إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد.
- وفي المادة الموالية (89) من نفس القانون: على القاضي أن يراعي في الأذن: حالة الضرورة والمصلحة وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني. وفي المادة (90) إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة.
63. ينظر تفصيل ذلك عند الفقهاء في مثل: بدائع الصنائع 3031/6، ونهاية المحتاج 264/4 والمدونة الكبرى 327/4، وحاشية بن عابدين 495/6 والمغني والشرح الكبير 397/4.
64. سورة الأنعام الآية 153 والإسراء الآية 34، واليتم هو فقدان الأب وفي البهائم فقدان الأم، وجاء في القاموس: اليتيم هو الصبي أو الولد الذي فقد أباه قبل البلوغ. القاموس المحيط مادة «يتم» والمعجم الوسيط نفس المادة.
65. أخرجه أبو داود عن عبد الله بن عمرو بن العاص رقم 3530 في البيوع وابن ماجه رقم 2291 و2292. وقال الحافظ بن حجر في الفتح 155/5 لمجموع طرقه لا تحطه عن القوة وجواز الاحتجاج به.
66. مجلة البحوث الفقهية المعاصرة السنة 5 العدد 18 ص 212 و213 والفتاوى الخيرية لنفع البرية على مذهب الإمام الأعظم ابن حنيفة 217/2.
67. مجلة البحوث الفقهية، ص 211 و212، والفتاوى الخيرية 216/2.
68. تأسيس النظر للدبوسي ص 113.
69. د. محمد عبد المنعم الجمال، موسوعة الاقتصاد الإسلامي، ص 327 وما بعدها.
70. ابن قدامة في المغني. المغني والشرح الكبير 508/5.
71. ينظر: بداية المجتهد، لابن رشد 12/2. وكشاف القناع للبهوتي 446/3.

انضمام الحكومة الجزائرية المؤقتة لاتفاقيات جنيف لعام 1949 وأثاره على صعيد القانون الدولي

بقلم

أ. عبد القادر حويبه

معهد العلوم القانونية والإدارية - المركز الجامعي بالوادى - الجزائر



ملخص

شهدت الفترة ما بعد الحرب العالمية الثانية نزاعات مسلحة في العديد من المناطق الخاضعة للاستعمار بقيادة حركات التحرر الوطني. وفي الوقت الذي كان القانون الدولي التقليدي ينص على وجوب انتماء حركات المقاومة المنظمة إلى أحد أطراف النزاع، وجدت هذه الحركات نفسها غير معترف بها من الدول الاستعمارية على أساس أنها لا تشكل دولاً، وأن اتفاقيات جنيف تنظم النزاعات المسلحة بين الدول، أو بين الدولة وأطراف متمردة فيها تطبق عليهم في هذه الحالة المادة الثالثة المشتركة لاتفاقيات جنيف لعام 1949. غير أنه نتيجة لتنامي كفاح حركات التحرر من أجل التخلص من السيطرة الاستعمارية، بدأت الكثير من الجهات تدعم هذه الحركات وضرورة اعتبارها طرفاً في نزاع مسلح دولي، وتشكل بذلك عرفاً دولياً، تم تقنينه فيما بعد بموجب البروتوكول الإضافي الأول لسنة 1977 المتعلق بحماية ضحايا النزاعات المسلحة الدولية.

Abstract :

The period after the second world war was the scene of many armed conflicts that accrued in different occupied territories by combatants of national liberation movements. The traditional international law stipulated that the organized resistance movements have to be belonging to a party to the conflict. The colonial powers did not recognize to these movements on the basis of they are not states, and the Geneva conventions regulate the armed conflicts between states, or between state and insurgents. In this case, the article 3 common of Geneva conventions is applicable. As a result of developing of struggle of national liberation movements in order to getting rid of colonial domination, many international parties start to supporting these movements, and they considered them as parties in international armed conflicts. This case formed an international custom witch has been codified according to protocol additional (I) 1977, to the Geneva conventions relating to the protection of victims of international armed conflicts.

مقدمة

اندلعت الثورة الجزائرية في 01 نوفمبر 1954، واعتبرت فرنسا هذا الأمر مجرد اضطرابات وتوترات سيتم القضاء عليها، إلا أن الأمر اشتد وتوسع نطاقه، مما أجبر فرنسا على الاعتراف بأن ما يحصل في الجزائر هو نزاع مسلح غير دولي بمفهوم المادة الثالثة المشتركة لاتفاقيات جنيف لعام 1949، معتبرة أن هذا النزاع هو نزاع داخلي ويخضع لسلطان الدولة الفرنسية، ولا يمكن لأية جهة أخرى أن تتدخل فيه.

إلا أن انضمام الحكومة الجزائرية المؤقتة إلى اتفاقيات جنيف أحدث ثورة قانونية واسعة، حيث لم يسبق أن انضمت حركة مقاومة مسلحة (حركة تمرد بالمفهوم القانوني آنذاك) إلى هذه الاتفاقيات التي تسمح فقط للدول بالانضمام إليها من أجل تحمل الالتزامات الناشئة عن نزاع مسلح ذي طابع دولي محتمل.

وقد أخرج هذا الانضمام الجمهورية الفرنسية في مواجهة حركة التحرير الوطني الجزائرية التي طرحت إشكالا قانونياً دولياً جديداً لم يكن معروفاً من قبل، وأدى هذا الجدل فيما بعد إلى تغيير المنظومة القانونية للقانون الدولي للنزاعات المسلحة، من خلال صدور البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977 المتعلق بحماية ضحايا النزاعات المسلحة الدولية، معترفاً بحركات التحرر الوطني كطرف في النزاع المسلح الدولي.

من خلال هذه المداخلة أحاول أن أبرز دور الثورة الجزائرية عموماً والحكومة الجزائرية المؤقتة خصوصاً بصفتها ممثلة للدولة الجزائرية في ممارسة مهامها المشروعة في إطار الدولة الجزائرية ككيان موجود وثابت رغم الوجود الاستعماري.

من خلال ذلك نتناول في هذه الورقة البحثية النقاط التالية :

أولاً : إشكالية تكييف النزاع المسلح في الجزائر أثناء الثورة التحريرية.

ثانياً : انضمام الحكومة الجزائرية المؤقتة إلى اتفاقيات جنيف لعام 1949.

ثالثاً : آثار الانضمام إلى اتفاقيات جنيف لعام 1949.

أولاً : إشكالية تكييف النزاع المسلح في الجزائر أثناء الثورة التحريرية
 كان قانون لاهاي وقانون جنيف لا يعترفان بتكييف النزاع الناجم عن المقاومة المسلحة بأنه نزاع مسلح دولي، إلا إذا كانت هذه المقاومة تنتمي إلى أحد أطراف النزاع المسلح، أو كانت أثناء فترة الغزو وقبل سيطرة قوات الاحتلال على المنطقة. غير أن تنامي النزاعات المسلحة التي كانت تقوم بها حركات التحرير الوطني بعد الحرب العالمية الثانية أدت إلى حدوث جدال كبير على مستوى الفقه الدولي بشأن تكييف هذه النزاعات من أجل تحديد الوضع القانوني لأفراد هذه الحركات. وتمخض عن هذا الجدل ظهور ثلاثة اتجاهات يمكن إجمالها فيما يلي:

1. الاتجاه الأول : عدم الاعتراف بحركات التحرر الوطني

يقوم هذا الاتجاه على أساس أن القانون الدولي الإنساني قد نص على الفئات التي يمكنها أن تستفيد من الوضع القانوني لأسرى الحرب، وهم المقاتلون المنصوص عليهم في المادة الرابعة من الاتفاقية الثالثة المتعلقة بأسرى الحرب وهم :

- أفراد القوات المسلحة لأحد أطراف النزاع، والمليشيات أو الوحدات المتطوعة التي تكل جزء من هذه القوات المسلحة.
- أفراد المليشيات الأخرى والوحدات المتطوعة، بمن فيهم أعضاء حركات المقاومة المنظمة الذين ينتمون إلى أحد أطراف النزاع .
- أفراد القوات المسلحة النظامية الذين يعلنون ولاءهم لحكومة أو سلطة لا تعترف بها الدولة الحاضرة .
- سكان الأراضي غير المحتلة الذين يحملون السلاح من تلقاء أنفسهم عند اقتراب العدو لمقاومة القوات الغازية دون أن يتوفر لهم الوقت لإعداد أنفسهم وتشكيل وحدات مسلحة نظامية .

ويرى أنصار هذا الاتجاه أن هذه الفئات هي التي تستفيد وحدها من الوضع القانوني لأسرى الحرب، وأنه لا يجوز للسكان المدنيين أن يقوموا بدور في مقاومة الاحتلال، وأن قيام السكان بذلك يجعلهم خارج الحماية المنصوص عليها في الاتفاقية الثالثة لعام 1949 . ومن ثم يحق لسطات الاحتلال أن تعتقل كل من يقوم بعمليات ضدها بدعوى الإخلال بالأمن والنظام العام.

ويرجع أنصار هذا الاتجاه أساس ذلك إلى أن للسكان حق واحد ووحيد في مقاومة الاحتلال وهي حالة الهبة الجماهيرية، وذلك قبل سيطرة سلطات الاحتلال على الإقليم المحتل . ويستند هؤلاء إلى أن الاحتلال واقعة قانونية تؤدي إلى وجود علاقة قانونية بين سلطة الاحتلال والسكان، ويتبع عن ذلك التزام سلطات الاحتلال بالمحافظة على الأمن والنظام العام وحماية السكان المدنيين، وفي المقابل يلتزم السكان بطاعة الأوامر والتعليمات الصادرة عن سلطة الاحتلال .

إن هذا الاتجاه يكرس ما كان عليه القانون الدولي التقليدي الذي أخذ في الاندثار أمام نضال الشعوب من أجل نيل استقلالها.

2. الاتجاه الثاني : حروب حركات التحرر نزع مسلح غير دولي

إذا كان النزاع المسلح الدولي قد تم تقنينه بموجب اتفاقيات جنيف لعام 1949 وحدد أصناف المقاتلين الذين يكون من حقهم الاستفادة من الوضع القانوني لأسرى الحرب، ومن بينهم أفراد المقاومة المسلحة الذين تتوافر فيهم شروط معينة، فإن أفراد المقاومة (حركات التحرر) في النزاع المسلح غير الدولي يستفيدون من الحد الأدنى من المعاملة الإنسانية المقررة بموجب المادة الثالثة المشتركة.

من خلال ذلك، فإن أنصار هذا الاتجاه يرون أن النزاعات المسلحة التي تكون حركات التحرير الوطني طرفاً فيها تعتبر نزاعات مسلحة غير دولية، ويستندون في ذلك إلى العلاقة بين سلطة الاحتلال والإقليم المحتل، وأن

سلطة الاحتلال مسؤولة عن كل ما يدور في الإقليم المحتل، وأن ذلك يتعلق بالاختصاص الداخلي لدولة الاحتلال¹.

ويرى هذا الاتجاه أنه في حالة نضال الشعوب من أجل التحرير يستلزم تطبيق أحكام المادة الثالثة المشتركة في اتفاقيات جنيف لعام 1949 .

لقد قامت فرنسا عند اندلاع الثورة التحريرية بالموافقة على تطبيق أحكام المادة الثالثة المشتركة، وهذا يعتبر اعترافاً منها بأن هذا النزاع يندرج ضمن النزاعات المسلحة غير الدولية، وبالتالي التزامها بتطبيق المادة الثالثة المشتركة .

وقد سمحت السلطات الفرنسية بتدخل اللجنة الدولية للصليب الأحمر على أساس المادة الثالثة المشتركة لتقوم بأداء واجباتها الأساسية، ثم اعترفت تلك السلطات بأن النزاع القائم يندرج في مفهوم النزاعات المسلحة المنصوص عليها في المادة الثالثة المشتركة لاتفاقيات جنيف لعام 1949.

ومنذ قيام الثورة الجزائرية، تقدمت اللجنة الدولية للصليب الأحمر بطلب للحكومة الفرنسية من أجل السماح لها بأداء واجباتها الإنسانية، واستجابت الحكومة الفرنسية عام 1955 لنداء اللجنة، وقام وفد مكون من ثلاثة من مندوبيها بزيارة الجزائر من أجل مراقبة أوضاع المعتقلين الجزائريين في ثلاثة وأربعين معتقلاً وتقديم تقرير بذلك إلى الحكومة الفرنسية يقضي بضرورة معاملة المعتقلين الجزائريين معاملة إنسانية .

من جهة أخرى، قامت اللجنة الدولية بالاتصال مع ممثلي جبهة التحرير الوطني بالقاهرة، من أجل السماح لها بممارسة نشاطها الإنساني ومراقبة أوضاع المعتقلين العسكريين الفرنسيين الذين وقعوا في قبضة جيش التحرير الوطني .

3. الاتجاه الثالث : كفاح حركات التحرير الوطني نزاع مسلح دولي

بدأت النظرة التقليدية التي تسيطر على القانون الدولي التقليدي تسمح مكانها للمستجدات الدولية الجديدة، ويرجع ذلك إلى الجهود الكبيرة

المبدولة من طرف الفقه، وجهود اللجنة الدولية للصليب الأحمر، وكذا جهود الأمم المتحدة. وأثر ذلك على التعامل الدولي تجاه هذه النزاعات التي تكون حركات التحرير الوطني طرفاً فيها.

- جهود الفقه :

كانت الفترة التي تلت الحرب العالمية الثانية بمثابة اللبنة الأولى التي أدت بالفقه الدولي إلى تغيير نظرته تجاه حروب التحرير الوطني، خاصة وأن اتفاقيات جنيف لعام 1949 كانت إلى حد ما تناقض ما نص عليه ميثاق الأمم المتحدة الذي أكد على حق الشعوب في تقرير مصيرها ، ومن ثم بدأ الفقه يتطلع إلى نصوص جديدة تتماشى والواقع الدولي الجديد آنذاك.

إضافة إلى ذلك، بدأ الفقه الدولي يفسر اتفاقيات جنيف لعام 1949 تفسيراً يتماشى والتطورات الجديدة، فوفقاً للفقرة الأولى من المادة الثانية المشتركة، فإن اتفاقيات جنيف تطبق بين الأطراف المتعاقدة، كما أنها تطبق بين طرف متعاقد وطرف غير متعاقد يقبل تطبيق أحكام هذه الاتفاقيات. واتفق الفقهاء أمثال؟ روس الفنلندي، وأبي صعب المصري، وشندلر السويسري على تفسير ما ورد في المادة الثانية المشتركة بشأن مصطلح " القوى " الذي يدل في معناه التقليدي على " الدولة "، كما يدل في معناه الواسع على قوى أخرى ليس لها صفة الدولة بشكلها التقليدي، ومنها حركات التحرر الوطني، باعتبارها ممثلة للشعب المستعمر. واستند هؤلاء الفقهاء على ما جاء في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 من أنه يجب تفسير نصوص المعاهدات طبقاً للمعنى العادي الذي يعطى للمصطلح في ضوء محتوى أهداف وأغراض الاتفاقية. ومن ثم يمكن أن يشمل هذا المصطلح كيانات أخرى مثل حركات التحرر الوطني.

- جهود اللجنة الدولية للصليب الأحمر :

تعتبر اللجنة الدولية منظمة غير حكومية، نشأت في مطلع الستينيات من القرن 19 من أجل تحقيق أغراضها الإنسانية. وهي تتمتع بشخصية قانونية

وفقاً للقانون المدني السويسري، إلا أنها مستقلة عن الحكومة السويسرية. وبالرغم من ذكر اتفاقيات جنيف لها إلا أن هذه اللجنة لا تعد شخصاً من أشخاص القانون الدولي².

لعبت اللجنة الدولية دوراً مهماً من أجل تطوير قواعد القانون الدولي الإنساني، وكان المؤتمر الحادي والعشرين الذي عقد في اسطنبول من 06 إلى 13 سبتمبر 1969 بمثابة توجه جديد في عمل اللجنة الدولية، حيث دعت إلى ضرورة تطوير قواعد القانون الدولي الإنساني ليطبق على جميع النزاعات المسلحة³.

وقد شددت اللجنة الدولية على أوجه القصور في قواعد القانون القائم الذي يحكم الحروب أنذاك، والدعوة إلى إعادة النظر في تلك القواعد على النحو الذي يكفل امتداد قانون الحرب إلى حركات التحرر الوطني، بمعنى امتداد قانون الحرب ليشمل إضافة إلى حركات المقاومة في النزاع المسلح الدولي ليشمل حركات المقاومة في النزاع المسلح غير الدولي .

إضافة إلى ذلك، انتقدت اللجنة الدولية الشروط الأربع التي تحكم حركات المقاومة المسلحة، وأن هذه الشروط لم تعد تتماشى والواقع الدولي آنذاك، ودعت إلى وجوب تفسيرها تفسيراً واسعاً أو التخلص منها كلية، خاصة في حالات المقاومة التي تجري في مواجهة سلطة قائمة بالاستعمار .

ورأى فريق من خبراء اللجنة الدولية أنه لا بد من القضاء على التفرقة بين حالات المقاومة المسلحة في ظل نزاع مسلح دولي، وحالات المقاومة التي تجري في ظل نزاع مسلح غير دولي التي كانت تطبق في شأنها المادة الثالثة المشتركة من اتفاقيات جنيف .

استجاب المؤتمر في توصياته الختامية إلى هذه الاتجاهات، وأكد على ضرورة تطوير قواعد القانون الدولي الإنساني المطبقة في جميع أنواع النزاعات المسلحة. وقد مهدت توصيات هذا المؤتمر إلى الجهود التي تلتها، فقد عقد في جنيف مؤتمر الخبراء الحكوميين عام 1971 للعمل على تطوير

قواعد القانون الدولي الإنساني المطبق في النزاعات المسلحة، وذلك تنفيذاً لتوصيات مؤتمر اسطنبول. وقد عملت اللجنة على إحداث تغيير على مستوى المنظومة القانونية للقانون الدولي الإنساني، حيث قدمت وثائق تنطوي على مشروعات تتعلق بروتوكولات أربع لاتفاقيات جنيف، وكانت حركات التحرر قد أخذت حيناً واسعاً من الدراسة والمناقشات أثناء المؤتمر⁴.

كان الرأي الغالب بين أعضاء اللجنة الثانية بالمؤتمر قد ذهب إلى القول بضرورة اعتبار حروب حركات التحرر الوطني نزاعات مسلحة دولية يستدعى تطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني بكامله.

إضافة إلى ذلك، دعت اللجنة إلى ضرورة إعادة النظر في شروط استفادة المقاومة المسلحة من الوضع القانوني لأسرى الحرب المنصوص عليه في المادة الرابعة من اتفاقية جنيف الثالثة لعام 1949، وذلك بما يتلاءم مع ظروف الحرب الحديثة. واقترحت اللجنة وجوب الأخذ بالشروط المقررة في حالة الهبة الجماهيرية، وهما شرطا احترام قوانين وأعراف الحرب، وحمل السلاح ظاهراً، حيث أنه يتعين على أفراد المقاومة أن يكونوا ظاهرين سواء تحققت هذه العلانية عن طريق علامة مميزة وزي عسكري، أو عن طريق حمل السلاح ظاهراً.

أما فيما يتعلق بشرط الانتماء إلى أحد أطراف النزاع، فإنه تم تفسيره تفسيراً واسعاً، وذلك عن طريق الاكتفاء بنوع من العلاقة الواقعية بين حركة التحرير ودولة أخرى، أو الاعتراف لهذه الحركة بالشخصية الدولية من قبل دولة أو مجموعة من الدول.

وهكذا، كان الإجماع حول منح الوضع القانوني لأسرى الحرب لجميع المقاتلين في حالة توافر شرطين هما: شرط المسؤولية عن التنظيم، وشرط احترام قوانين وأعراف الحرب.

وفي عام 1972 عقد مؤتمر الخبراء الحكوميين، وتقدمت اللجنة الدولية بمشروع بروتوكولين ملحقين باتفاقيات جنيف لعام 1949، يتعلق الأول بحماية ضحايا النزاعات المسلحة الدولية، ويتعلق الثاني بحماية ضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية، الذي يكمل المادة الثالثة المشتركة لاتفاقيات جنيف لعام 1949 .

وقد عبر هذا التوجه عن الرغبة التي كانت تسعى اللجنة لتجسيدها وهي امتداد حماية قانون الحرب لتشمل أفراد حركات التحرر الوطني وكذا التوسع في الحد الأدنى من الحماية المطبقة في النزاعات المسلحة غير الدولية .

- جهود الأمم المتحدة :

كان للجمعية العامة للأمم المتحدة دور كبير في تغيير النظرة التقليدية للمقاومة المسلحة، وبالرغم من نص الميثاق على حق الشعوب في تقرير مصيرها إلا أن اتفاقيات جنيف لعام 1949 لم تدرج نضال الشعوب ضد السيطرة الاستعمارية ضمن مفهوم المقاومة المسلحة، غير أن ذلك المفهوم سرعان ما بدأ يتغير نتيجة تنامي الكفاح المسلح لحركات التحرر ضد السيطرة الاستعمارية. ونتيجة للدور الكبير الذي لعبه الفقه الدولي في تكييف الكفاح من أجل تقرير المصير، دفع ذلك الجمعية العامة للأمم المتحدة إلى العمل على السير على خطى هذا التوجه.

نتيجة لذلك، أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة قرارها الشهير رقم 1514 في دورتها الرابعة عشر في 14/12/1960، الذي تضمن الإعلان عن منح الشعوب والأقاليم المستعمرة حق تقرير مصيرها، واعتبر الكفاح المسلح من هذا النوع كفاحاً مشروعاً⁵.

وفي عام 1968 عقد بطهران المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان الذي دعت إليه الجمعية العامة للأمم المتحدة، وقد أيد هذا المؤتمر الدعوة إلى إحداث التغيير في المنظومة القانونية للقانون الدولي الإنساني بما يتماشى مع الظروف الجديدة، وأيد مطالب حركات التحرر الوطني، ودعا الدول إلى

مساندة الشعوب التي تزرع تحت الاستعمار، وأكد على حق المناضلين من أجل الحرية والاستقلال في الأقاليم المستعمرة، أن يستفيدوا عند القبض عليهم من الوضع القانوني لأسرى الحرب طبقاً لاتفاقيات جنيف لعام 1949.⁶

وكان من نتائج هذا المؤتمر أن أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها 23 التوصية رقم 2444، دعت من خلالها الأمين العام للأمم المتحدة لدراسة الخطوات التي تكفل أحسن تطبيق للاتفاقيات والقواعد الإنسانية في جميع النزاعات المسلحة⁷. والحاجة إلى قواعد جديدة تدعم قواعد القانون الدولي الإنساني لتطبيقه في كل النزاعات المسلحة .

وظلت جهود الجمعية العامة مستمرة من أجل إحداث التغيير بما يتوافق والتطورات الدولية الجديدة، وكان أهمها إصدار الجمعية العامة للقرار رقم 3103 في دورتها 28 عام 1973، وجاءت هذه التوصية تحت عنوان " المبادئ الأساسية المتعلقة بالمركز القانوني للمقاتلين الذين يكافحون السيطرة الاستعمارية والأجنبية والنظم العنصرية ". وتضمنت هذه التوصية اعتبار النزاعات المسلحة التي تتعلق بكفاح الشعوب ضد السيطرة الاستعمارية والأجنبية والنظم العنصرية نزاعات مسلحة دولية، وأن مناضلي هذا الكفاح يعتبرون أسرى حرب في حالة القبض عليهم ويعاملون طبقاً لأحكام اتفاقية جنيف الثالثة المتعلقة بأسرى الحرب لعام 1949⁸ .

من خلال كل هذه الجهود المبذولة سواء أكانت من طرف الفقه أو اللجنة الدولية للصليب الأحمر أو جهود الجمعية العامة للأمم المتحدة، يمكن القول أن كل هذه الجهود مهدت للإطار القانوني الدولي المتمثل في البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977.

لكن هل أن توصيات الجمعية العامة للأمم المتحدة ليست لها أية قيمة قانونية ؟

إن توصيات الجمعية العامة لا تعد ملزمة للدول الأعضاء، غير أنها يمكن أن تكون منشئة لعرف دولي، وذلك بشروط هي :

- أن تتضمن التوصية ما يمكن أن يعتبر قواعد قانونية، بحيث يجب أن تكون التوصية عامة وموجهة إلى الدول الأعضاء في مجموعها .
- يجب أن تكون التوصية معبرة عن رغبة عامة وحقيقية، بحيث تكون مؤيدة من عدد كبير من الدول .
- يجب أن تجد التوصية طريقها إلى التطبيق العملي⁹ .

إن هذه الشروط نجدها متوافرة من حيث وجود الرغبة الحقيقية في تطوير المنظومة القانونية للقانون الدولي الإنساني، كما أن الجانب العملي متوافر من خلال محاولات اللجنة الدولية للصليب الأحمر المطالبة بضرورة معاملة أفراد حركات التحرر الوطني معاملة أسرى الحرب، وذلك انطلاقاً من النظرة الجديدة للنزاعات المسلحة¹⁰ .

وعموماً، فإن النصر كانت لأنصار هذا الاتجاه، ذلك أن غالبية دول المجتمع الدولي كانت تدعو إلى تغيير النظرة التقليدية لصالح التطورات الجديدة، وبذلك فإن التعامل الدولي بدأ يظهر نوعاً من القبول نحو هذا الاتجاه، بل أن الأمر بدأ يسير نحو تشكيل عرف دولي. نتيجة لذلك، فإن التعامل الدولي يقضي بضرورة التزام حركات التحرر الوطني بتطبيق اتفاقيات جنيف لعام 1949، وذلك عن طريق وسيلتين : الانضمام والموافقة الخاصة .

ثانياً : انضمام الحكومة الجزائرية المؤقتة إلى اتفاقيات جنيف لعام 1949

نتطرق في هذه الفقرة إلى الحكومة الجزائرية المؤقتة كمؤسسة قانونية، ثم نعرض على عملية الانضمام إلى اتفاقيات جنيف المتعلقة بالقانون الإنساني.

1- الطابع القانوني للحكومة الجزائرية المؤقتة:

جاء في إعلان تشكيلة الحكومة الجزائرية المؤقتة ما يلي:

" باسم الشعب الجزائري:

إن لجنة التنسيق والتنفيذ، التي حولها المجلس الوطني للثورة الجزائرية هذه السلطة (قرار 28 أوت 1957) قد قررت تشكيل حكومة مؤقتة للجمهورية

الجزائرية ... ". وقد خضعت هذه الحكومة للبيعة من الشعب الجزائري الذي كان يجدد دوما هذه البيعة في صورة إضرابات عامة، ودفع الاشتراكات للثورة طواعية، ومساعدة المجاهدين بكل الوسائل.

ويمكننا أن نحكم على هذه الحكومة من خلال الظروف التي عاشتها الثورة الجزائرية، حيث أدى بالمجلس الوطني للثورة الجزائرية في 27 من شهر أوت 1957 إلى تفويض لجنة التنسيق والتنفيذ بتشكيل حكومة مؤقتة وذلك من أجل مواجهة التصريحات الفرنسية القائلة بأنها لم تجد ممثلاً شرعياً للتفاوض معها لحل النزاع القائم.

وفي مجال الطبيعة القانونية لرئاسة الحكومة المؤقتة، يلاحظ من خلال الممارسة العملية أن هذه الرئاسة تمثل رئاسة حكومة كما هو الحال في النظام الرئاسي، بحكم أن رئيس الحكومة المؤقتة الجزائرية كان يجمع بين وظيفة رئيس الدولة ووظيفة رئيس الحكومة حيث كان فرحات عباس وبن يوسف بن خدة يوقعان على مراسيم تسمية الوزراء، ويوقعان بالاشتراك مع مجلس الوزراء على المراسيم التي تحدد اختصاص كل منهم، كما يوقعان على مراسيم ترقية ضباط جيش التحرير الوطني.

2- عملية انضمام الحكومة الجزائرية المؤقتة إلى اتفاقيات جنيف المتعلقة بالقانون الإنساني.

أحدثت الثورة الجزائرية ثورة حقيقة في سبيل انضمام حركات التحرر لاتفاقيات جنيف لعام 1949، وبددت كل التصورات التي توقف الانضمام على الدول ذات السيادة فحسب¹¹.

لقد أدخلت الحكومة الجزائرية المؤقتة قواعد تعامل ثنائية جديدة بين حركة تحرير ودولة، حيث تلقت وزارة الخارجية السويسرية أوراق انضمام الجزائر¹² عن طريق وزارة الخارجية الليبية، ثم قامت سويسرا بالرد على طلب الانضمام بالإيجاب في 20/09/1960 بصفتها سلطة مكلفة بإدارة هذه الاتفاقيات¹³، في حين أبدت تحفظها على الانضمام بصفتها السلطة التي

تتولى الشؤون الخارجية لسويسرا، كما أبدت فرنسا كذلك تحفظها على هذا الانضمام¹⁴.

وكان هدف الحكومة الجزائرية المؤقتة من هذا الانضمام هو الاعتراف بثورة التحرير كطرف في نزاع مسلح، وقامت الحكومة على إثر ذلك بتحمل مسؤوليات أخرى ناتجة عن هذا الانضمام تتمثل في ضرورة احترام قواعد القانون الدولي الإنساني، وتعليمها لأفراد جيش التحرير الوطني.

إن انضمام الجزائر إلى اتفاقيات جنيف لعام 1949 أثر على التعامل الدولي، وأدخل اضطرابا لدى الحكومة الفرنسية التي ظلت مستمرة في عدم اعترافها بصفة النزاع المسلح الدولي في الجزائر. ومن نتائج هذا الانضمام أن وضع النزاع القائم وجهها لوجه بين طرفين موقعين على الاتفاقيات، بالتالي التزامهم بما ورد فيها، وأدى ذلك إلى قبول دول العالم بالصفة الدولية للنزاع المسلح¹⁵.

ثالثاً : آثار الانضمام إلى اتفاقيات جنيف لعام 1949.

أدى انضمام الحكومة الجزائرية المؤقتة إلى اتفاقيات جنيف لعام 1949 إلى إحداث آثار هامة، كانت هذه الحكومة تسعى إلى تحقيقها، ويتمثل ذلك في الاعتراف بثورة التحرير كطرف في نزاع مسلح، ويؤدي إلى ضمان احترام قواعد القانون الدولي الإنساني، ووقوع التزامات على عاتق فرنسا، بالإضافة إلى الخروج من حالة النزاع الداخلي كما كانت فرنسا تصفه. كما أدى هذا الانضمام إلى التزام الجزائر باتخاذ التدابير اللازمة بما يتوافق وقواعد القانون الدولي الإنساني، بالإضافة إلى التعاون مع اللجنة الدولية للصليب الأحمر. والأهم من كل ذلك، هو أثر الانضمام في تغيير المنظومة القانونية الدولية للقانون الدولي الإنساني.

1- الاعتراف بثورة التحرير كطرف في نزاع مسلح

إن هدف الحكومة الجزائرية المؤقتة في انضمامها إلى اتفاقيات جنيف كان يتمثل في إجبار فرنسا على الاعتراف بالثورة الجزائرية كطرف في النزاع

المسلح. وقد أصدرت الحكومة المؤقتة الجزائرية العديد من التعليمات والقرارات تؤكد انطباق اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949 المتعلقة بحماية المدنيين وقت الحرب على الوضع في الجزائر.

2- ضمان احترام قواعد القانون الدولي الإنساني

من حيث المبدأ، فإن عملية انضمام الحكومة الجزائرية المؤقتة لاتفاقيات جنيف يؤدي إلى وضع قيود على عاتق الطرفين، وهو ما يعود بالنفع على الحكومة الجزائرية المؤقتة في إرغامها لفرنسا بضرورة التقيد بمحتوى هذه الاتفاقيات، كما يضع التزاما على عاتق الدول الأخرى بكفالة احترام قواعد القانون الدولي الإنساني طبقاً للمادة الأولى المشتركة من اتفاقيات جنيف.

3- الخروج من حالة النزاع الداخلي

إن انضمام الحكومة الجزائرية المؤقتة إلى اتفاقيات جنيف أدخل فرنسا في إحراج كبير، فقد عارضت فرنسا دوماً أن تصف الحالة في الجزائر بأنها نزاع مسلح دولي أو حتى داخلي، بل كانت تعتبره مجرد اضطرابات وتوترات لا ترقى إلى حالة النزاع المسلح، إلا أن عملية الانضمام وضعت النزاع في الجزائر يدور بين طرفين كلاهما موقع على اتفاقيات جنيف، وهو ما أدى إلى قبول دول العالم بالصفة الدولية لهذا النزاع.

4- التعاون مع اللجنة الدولية للصليب الأحمر

بدأت العلاقة الرسمية بين اللجنة الدولية للصليب الأحمر والحكومة الجزائرية المؤقتة بعد انضمام هذه الأخير إلى اتفاقيات جنيف، وأدى ذلك بطبيعة الحال، إلى ظهور تعاون بين الطرفين فيما يتعلق بقضايا تتعلق بالقانون الدولي الإنساني، مثال ذلك قضية مساعدة اللاجئين في الاتصال بأهاليهم الذين افرقوا عنهم نتيجة النزاع، بالإضافة إلى العمل كوسيط محايد ومستقل.

5- أثر الانضمام في تغيير المنظومة القانونية الدولية للقانون الدولي الإنساني:

إن الجهود الدولية المبذولة - السابقة الذكر - أثرت على البيئة الدولية، ومهدت لوضع إطار قانوني دولي يكفل تطبيق التوجه الجديد، واعتبار حروب حركات التحرير بمثابة نزاعات مسلحة دولية، وبالتالي انطباق اتفاقية أسرى الحرب على مقاتلي حركات التحرر الوطني. لذلك، نحاول أن نعرف بالبروتوكول الإضافي الأول لعام 1977 المتعلق بحماية ضحايا النزاعات المسلحة الدولية، الذي كان وجوده نتيجة لأعمال المؤتمر الدبلوماسي المنعقد بجنيف لتطوير قواعد القانون الدولي الإنساني، ثم نتطرق إلى انطباق نظام أسرى الحرب على مقاتلي حركات التحرر الوطني بموجب هذا البروتوكول.

5-1 - البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977 :

يشكل البروتوكول الإضافي الأول ملحقاً لاتفاقيات جنيف لعام 1949، وهو يتعلق بحماية ضحايا النزاعات المسلحة الدولية، ويحتوي على 102 مادة مقسمة على ستة أبواب، فضلاً عن ملحقين اثنين تابعين له. وما يعيننا هو الباب الثالث، القسم الثاني الذي يتعلق بتحديد مفهوم المقاتلين ووضعهم القانوني¹⁶.

يسري البروتوكول الأول على نفس أوضاع النزاع المسلح الدولي والاحتلال التي تسري عليها اتفاقيات جنيف لعام 1949 (المادة 3/1). وتعلن الفقرة 4 أن هذه الأوضاع تشمل حروب التحرير الوطني، وهذا ما هو إلا تكريس للعرف الدولي الذي تشكل قبل تقنينه في هذا البروتوكول. وتعرف الفقرة هذه الحروب على النحو التالي :

" المنازعات المسلحة التي تناضل فيها الشعوب ضد التسلط الاستعماري والاحتلال الأجنبي وضد الأنظمة العنصرية، وذلك في ممارستها لحق الشعوب في تقرير المصير كما كرسه ميثاق الأمم المتحدة والإعلان المتعلق

بمبادئ القانون الدولي الخاصة بالعلاقات الودية والتعاون بين الدول طبقاً لميثاق الأمم المتحدة¹⁷ .

من خلال هذا النص، فإن هذه الصياغة ترمي إلى إدراج " حروب التحرير الوطني " ضمن مفهوم النزاعات المسلحة الدولية، وهي النزاعات التي كانت الجمعية العامة للأمم المتحدة قد اعترفت لها بالصفة الدولية من خلال قراراتها المتعددة¹⁸ .

ونتيجة للجهود المبذولة السابق ذكرها، جاء البروتوكول الأول لينص على وجوب توافر شرطين فقط في القوات المسلحة وهما القيادة المسؤولة، واحترام قوانين وأعراف الحرب، وشرطين بالنسبة للأشخاص المشاركين في القتال وهما العلامة المميزة، وحمل السلاح بشكل ظاهر، غير أنها خففت من مقتضيات الشرطين، حيث اكتفت بتمييز المقاتلين أنفسهم عن السكان المدنيين أثناء الاستعداد للهجوم فقط، ولم يعد حمل السلاح واجبا باستمرار، بل فقط عند كل عملية وعند مشاهدة الخصم لحامل السلاح وهو يستعد للهجوم¹⁹ .

وبالتالي فإن نص المادة 43 لا يفرق بين القوات المسلحة النظامية التابعة لأحدى الدول وبين القوات المسلحة غير النظامية لحركة مقاومة أو لحركة تحرير أو غيرها من القوات المنخرطة في حرب العصابات . ويتبين من خلال هذا النص أنه ولأول مرة أصبحت القوات المسلحة النظامية تخضع لاشتراطات صريحة²⁰ .

وإذا كان الالتزام باتفاقيات جنيف لعام 1949 كان يتم - وفقاً للتعامل الدولي - قبل إقرار البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977 عن طريق آلية الانضمام أو الموافقة الخاصة، فإن البروتوكول الأول نص على عملية الإعلان الانفرادي الذي تضمنته المادة 3/96 التي تنص على أنه " يجوز للسلطة الممثلة لشعب مشتبك مع طرف سام متعاقد في نزاع مسلح من الطابع المشار إليه في الفقرة 4 من المادة الأولى أن تتعهد بتطبيق الاتفاقيات

وهذا الملحق (البروتوكول) فيما يتعلق بذلك النزاع وذلك عن طريق توجيه إعلان انفرادي إلى أمانة الإيداع، له الآثار التالية فيما يتعلق بذلك النزاع :

- تدخل الاتفاقيات وهذا الملحق في حيز التطبيق بالنسبة للسلطة المذكورة بوصفها طرفاً في النزاع وذلك بأثر فوري.

- تمارس السلطة الحقوق ذاتها وتحمل الالتزامات عينها التي لطرف سام متعاقد وهذا الملحق.

- تلزم الاتفاقيات وهذا الملحق أطراف النزاع جميعاً على حد سواء²¹.

ويعتبر الالتزام بالإعلان الانفرادي أسلوباً جديداً في الملحق الأول يمتاز بالسهولة والسرعة بالمقارنة بنظام الانضمام في اتفاقيات جنيف 1949.

وتشترط المادة 4/1 من البروتوكول الإضافي الأول من أجل منح حق الإعلان الانفرادي لحركة التحرير الوطني عن التزامها بتطبيق اتفاقيات جنيف والبروتوكول الإضافي الأول أن تكون هناك سلطة ممثلة للشعب المشتبك في النزاع، والاعتراف بحركة التحرير الوطني من قبل منظمة إقليمية، وأن يكون طرف النزاع الذي تشتبك معه حركة التحرير الوطني طرفاً سامياً متعاقداً²².

2-5 - انطباق نظام أسرى الحرب على مقاتلي حركات التحرير الوطني

إن النزاع المسلح الدولي هو نزاع بين دولتين، وبالتالي فإن الأفراد الذين يقعون في قبضة الطرف المعادي لا يكونون تحت سلطة الأفراد أو الوحدات العسكرية التي أسرتهم، وإنما تحت سلطة الدولة نفسها التي يتبعها هؤلاء الأفراد أو الوحدات العسكرية²³. لذلك سنتطرق إلى أهم المبادئ التي جاءت بها الاتفاقية الثالثة من جهة، ثم نتعرض إلى الحقوق التي أقرتها الاتفاقية لصالح أسرى الحرب من جهة أخرى.

5-2-1 - المبادئ العامة لحماية أسرى الحرب

تشتمل المبادئ العامة على مجموعة من الأفعال التي يحظر على سلطات الدولة الحاجزة إتيانها ضد الأسير أثناء فترة الأسر، بحيث تفرض هذه المبادئ ضرورة المحافظة على شخص الأسير وكرامته، ويدخل في هذا الإطار عدم الاعتداء على حياة أسير الحرب، وتحريم تعذيبه، وتحريم الجرائم الماسة بالشرف والاعتصاب.

ففيما يتعلق بعدم الاعتداء على حياة أسير الحرب، فإنه يمكن القول أن هذا المبدأ يعتبر الركيزة الأساسية للنصوص المتعلقة بحماية أسرى الحرب. ويدخل في هذا الإطار جريمة قتل أسير الحرب. ويعتبر القتل العمد جريمة معروفة في كافة الشرائع والنظم القانونية سوى أكانت النظم القانونية الداخلية أو على الصعيد الدولي، شريطة أن يثبت أن نية الفاعل قد اتجهت إلى ارتكاب هذه الجريمة. ويتضمن القتل العمد أي تصرف أو فعل أو امتناع يمكن أن يؤدي إلى إنهاء الحياة البشرية لأي شخص من الأشخاص المحميين بموجب تلك الاتفاقيات ممن يكونون في قبضة الطرف المعادي.²⁴

أما جريمة التعذيب التي يحظر على الدولة الحاجزة ارتكابها، فيقصد بها إخضاع الشخص لآلام جسدية أو نفسية بقصد الحصول منه على اعترافات أو معلومات تتعلق بجيشه، أو تدخل ضمن الأسرار التي تحرص عليها دولته.²⁵ ولقد نص النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على هذه الجريمة واعتبرها جريمة ضد الإنسانية في المادة 7 من نظام المحكمة. وحتى تقوم جريمة التعذيب كجريمة حرب لا بد أن يكون المجني عليهم من الأشخاص المشمولين بالحماية حسب اتفاقية أو أكثر من اتفاقيات جنيف المبرمة عام 1949، وأن يكون الجاني على علم بالظروف الواقعية التي تثبت ذلك الوضع المحمي، ومع ذلك يقدم على تعذيب المجني عليهم ويقبل النتائج المترتبة على ذلك.²⁶

فيما يتعلق بتحريم الجرائم الماسة بالشرف والاعتصاب، فإنها تعتبر من الظواهر الاجتماعية التي أداؤها مختلف الشرائع سواء أكان ذلك وقت السلم أو وقت الحرب. وترتكب هذه الجرائم في أوقات النزاع المسلح كنوع من الاهانة بهدف الحط من القدر²⁷.

2-2-5 - حقوق أسرى الحرب

نصت اتفاقية جنيف الثالثة المتعلقة بأسرى الحرب على مجموعة من الحقوق التي يجب أن يتمتع بها أسير الحرب يمكن إجمالها فيما يلي:

- الحق في المأوى والغذاء والملبس :

اشتطت الاتفاقية الثالثة أن توفر الدولة الحاجزة لأسير الحرب المأوى الصحي الذي يجب أن يكون مماثلاً لما يوفر لقوات الدولة الحاجزة التي تقيم في المنطقة ذاتها²⁸. وقررت الاتفاقية ضرورة توفير الغذاء للأسرى بكميات كافية ومناسبة من حيث نوعيتها وتنوعها بحيث تكفل المحافظة على صحة الأسير²⁹. كما قررت الاتفاقية ضرورة أن تزود الدولة الحاجزة أسير الحرب بكميات كافية من الملابس، والملابس الداخلية والأحذية الملائمة لمناخ المنطقة التي يحتجز فيها الأسرى³⁰.

- الحق في الرعاية الطبية والصحية:

توجب الاتفاقية على الدولة الحاجزة ضرورة توفير الرعاية الطبية للأسرى وفقاً لما تتطلبه حالتهم الصحية . كما تتطلب الاتفاقية أن توفر الدولة الحاجزة في كل معسكر عيادة مناسبة لعلاج الأسرى، وأن ينقل الأسرى إلى المستشفيات العسكرية أو المدنية إذا اقتضت حالتهم ذلك³¹.

- الحق في ممارسة الشعائر الدينية:

ترك لأسرى الحرب حرية كاملة لممارسة شعائرهم الدينية، شريطة أن يحترموا النظام الذي تضعه السلطات العسكرية³².

بعد أن تعرضنا لأهم مبادئ حماية أسرى الحرب من جهة ثم لأهم الحقوق التي نصت عليها الاتفاقية الثالثة، فإن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية أكد على حماية أسرى الحرب واعتبر الأفعال الآتية الموجهة للأسرى جرائم حرب:

- إرغام أسير أو أي شخص مشمول بالحماية على الخدمة في صفوف قوات دولة معادية.
- تعمد حرمان أي أسير حرب أو أي شخص مشمول بالحماية من حقه في أن يحاكم محاكمة عادلة ونظامية .
- قتل أو جرح مقاتل ألقى سلاحه أو لم تعد لديه وسيلة للدفاع واستسلم مختاراً³³.

خاتمة

يمكن القول أخيراً، أن انضمام الحكومة الجزائرية المؤقتة لاتفاقيات جنيف لعام 1949 المتعلقة بالقانون الإنساني أدى إلى إحداث تطور كبير على صعيد القانون الدولي، ويتمثل ذلك في الوضع القانوني لحركات التحرر الوطني الذي كان قد شكّل عرفاً دولياً في إطار التعامل الدولي قبل عام 1977، وساهم في تشكيل هذا العرف الجهود الدولية الكبيرة المبذولة من طرف العديد من الجهات، كما كان للثورة الجزائرية الدور الكبير في تغيير المنظومة القانونية للقانون الدولي الإنساني، خاصة بعد قيام الجمهورية الجزائرية، والاعتراف بها من طرف العديد من دول المجموعة الدولية، وأصبحت حركة التحرير الوطني الجزائرية شخصاً من أشخاص القانون الدولي . ومن ثم فإن جاز القول - في ظل قانون جنيف - بأن النزاع المسلح في الجزائر هو نزاع مسلح غير دولي، فإن إعلان قيام الجمهورية الجزائرية وتكوين حكومتها المؤقتة في 19 سبتمبر 1958، والاعتراف بها من عدد كبير من دول المجموعة الدولية لا يدع مجالاً للشك بتكون الشخصية الدولية

للجزائر، ويجعل النزاع المسلح نزاعاً دولياً، رغم عدم اعتراف الحكومة الفرنسية بذلك صراحة.

- الهوامش:

1 - محمد حمد العسلي ، المركز القانوني لأسرى الحرب، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص ص 156 - 157 .

2 - انظر رسالتنا للماجستير: الحماية الدولية للصحفيين ووسائل الإعلام في مناطق النزاع المسلح، مطبعة مزوار، الجزائر، 2008، ص 134 وما بعدها .

3 - صلاح الدين عامر، المقاومة الشعبية المسلحة، دار الفكر العربي، القاهرة، دون سنة النشر، ص ص 406 - 408.

4 - المرجع نفسه، ص، 419.

Abdewahab BIAD, Droit international humanitaire, ellipses, Paris, 2006, p. 25-5

6 - صلاح الدين عامر ، المرجع السابق، ص 435.

7 - محمد فهاد الشالدة، القانون الدولي الإنساني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص 47 .

8 - باسيل يوسف بجك، العراق وتطبيقات الأمم المتحدة للقانون الدولي ، دراسة توثيقية وتحليلية، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2006، ص 524 .

- أنظر أيضاً :

- Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, ICRC, p. disponible :

9 - صلاح الدين عامر ، المرجع السابق، ص 451.

10 - اعترفت محكمة العدل الدولية في فتاها المتعلقة بقضية الصحراء الغربية عام 1975 بأن سلسلة قرارات الجمعية العامة التي صدرت في شأن الكفاح المسلح لحركات التحرر الوطني وتمر عليها عدة سنوات يكون لها نتائج قانونية خاصة أن معظمها يعبر عن رأي عام للمجتمع الدولي، ورأت المحكمة أن هناك قرارين لهما الصفة الإلزامية وفقاً للقانون الدولي العرفي هما : القرار 2625 المتعلق بإعلان مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالعلاقات الودية والتعاون الدولي الصادر عام 1970 الذي اعترف بمبدأ تقرير المصير كحق قانوني، والقرار 3314 المتعلق بتعريف العدوان.

- Mohamed BEDJAOUI , La révolution Algérienne et le droit, Bruxelles, ed. Association 11 Internationale des Juristes Démocrates 1961, pp. 183.

12 - نص وثيقة الانضمام :

الحكومة المؤقتة للجمهورية الجزائرية :

بعد النظر والتدقيق على ضوء النص الوارد في مجموعة معاهدات الأمم المتحدة تحت

الأرقام 970، 971، 972، 973، المجلد 75 ص 31 و 85 و 135 و 287، الاتفاقات المبرمة في جنيف بتاريخ 12/08/1949 وهي :

1- اتفاقية (مع ملاحق) بشأن تحسين حال الجرحى والمرضى بالقوات المسلحة في الميدان.

2- اتفاقية (مع ملاحق) بشأن تحسين حال جرحى ومرضى وغرقى القوات المسلحة في البحار.

3- اتفاقية (مع ملاحق) بشأن عاملة أسرى الحرب.

4- اتفاقية (مع ملاحق) بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب.

صدقت الاتفاقيات المشار إليها بموجب المرسوم رقم 60-21 المؤرخ في مجلس الوزراء بتاريخ 1960/04/06 .

وهي تعلن بالنتيجة أن هذه الاتفاقيات سيكون لها قوة القانون وستكون مرعية الإجراء. ووفقاً للمواد 61 من الاتفاقية الأولى و60 من الاتفاقية الثانية و 140 من الاتفاقية الثالثة و 156 من الاتفاقية الرابعة ترجو الحكومة المؤقتة للجمهورية الجزائرية بواسطة مملكة ليبيا المتحدة أن يتفضل المجلس الفدرالي السويسري، فيعتبر هذه الأوراق انضماماً نهائياً صريحاً لا تحفظ فيه عن الاتفاقيات المذكورة.

وبناء على ذلك :

نحن فرحات عباس، رئيس الحكومة المؤقتة للجمهورية الجزائرية مهربنا هذه الوثائق بخاتم الحكومة المؤقتة للجمهورية الجزائرية ووقعنا عليها في السبعين بعد الثلاث مائة والألف هجري، الموافق للحادي عشر من أبريل/نيسان للعام ستين بعد التسع مائة والألف.

الإمضاء : فرحات عباس

13 - الرد على طلب الانضمام :

" لقد شئتم سيادتكم أن تبعثوا إلينا بوثيقة صادرة عن الحكومة المؤقتة للجمهورية الجزائرية تتضمن الانضمام إلى اتفاقيات جنيف الأربع المؤرخة في 12/08/1949 بشأن حماية ضحايا الحرب. فلنا الشرف أن نشعركم بوصول هذه المراسلة الجارية تطبيقاً لأحكام المواد 60 و 61 و 141 و 156 من الاتفاقيات المذكورة.

وسنبلغ ذلك إلى الحكومات الموقعة على هذه الاتفاقيات أو المنضمة إليها.

ومن جهة أخرى، نرسل في طيه، إلى حكومة الجمهورية الجزائرية المؤقتة :

1- نسختين من جدول بأسماء الدول المشتركة حتى اليوم في الاتفاقيات .

2- صورة مطابقة للأصل عن جميع المحاضر المنظمة تباعاً عند إيداع وثائق التصديق.

ونرجو أخيراً أن تتفضلوا فتعتبروا هذه المراسلة بمثابة تبليغ المملكة المتحدة الليبية انضمام حكومة الجمهورية الجزائرية المؤقتة ... "

14 - عمر سعد الله، القانون الدولي الإنساني والاحتلال الفرنسي للجزائر، دار هومة، الجزائر 2007، ص 252 - 259 .

15 - إن قبول دول العالم للصفة الدولية للنزاع المسلح في الجزائر، مهد لتشكيل عرف دولي بأن النزاع المسلح الذي تكون حركات التحرر طرفاً فيه يعتبر نزاعاً مسلحاً دولياً سواء أكان ذلك في إطار التعامل الدولي أو في إطار التفسير الجديد لاتفاقيات جنيف لعام 1949.

16 - عمر سعد الله ، تطور تدوين القانون الدولي الإنساني، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1997، ص ص 185، 187 .

- 17 - شريف عتلم و محمد ماهر عبد الواحد ، موسوعة اتفاقيات القانون الدولي الإنساني، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة، الطبعة السادسة، بدون سنة الطبع، ص 265 .
- 18 - فريتس كالسهوفن ، ليزابيث تسغفلد ، ضوابط تحكم خوض الحرب (مدخل للقانون الدولي الإنساني)، ترجمة أحمد عبد الحليم، منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر، جنيف، 2006، ص ص 99 - 100 .
- إن الإشارة إلى " التسلط الاستعماري " و " الاحتلال الأجنبي " و " الأنظمة العنصرية " ، وكذلك إلى " حق الشعوب في تقرير المصير " ، فالمقصود بها هو تحديد نطاق الحكم الذي تورده هذه الفقرة . فلم يكن قصد واضعي البروتوكول أن أي نزاع تصفه مجموعة ممن ينصبون أنفسهم " مناضلين من أجل الحرية " بأنه " حرب تحرير " يمكن أن يندرج، تلقائياً، في عداد النزاعات الدولية المسلحة.
- أنظر: المرجع السابق، ص 100 .
- 19 - عامر الزمالي ، مدخل للقانون الدولي الإنساني، منشورات المعهد العربي لحقوق الإنسان واللجنة الدولية للصليب الأحمر، تونس، الطبعة الثانية، 1997، ص 46 .
- أنظر أيضاً : عامر الزمالي، الفئات المحمية بموجب القانون الدولي الإنساني، ، في دراسات في القانون الدولي الإنساني ، (مؤلف جماعي تحت إشراف مفيد شهاب) ، مصر القاهرة ، دار المستقبل العربي، ص 117-118 .
- وقد كان هذا الطرح موضع نقاش حاد في المؤتمر الدبلوماسي الذي أدى إلى اعتماد البروتوكولين الإضافيين، ونتيجة لذلك، تم قبول المادة 44 بصالح 73 صوتاً ومعارضة صوت واحد، وامتناع 21 عن التصويت. وقد عبرت الدول الممتنعة عن التصويت وبشكل عام، عن قلقها من التأثير السلبي الذي قد يحدثه هذا الحكم على السكان المدنيين. وفي غضون ذلك صدقت الدول الممتنعة عن التصويت، ما عدا دولتين، على البروتوكول الإضافي الأول، دون أية تحفظات بهذا الشأن.
- أنظر : جون هنكرتس - ماري، لويز دوزوالد بك ، القانون الدولي الإنساني العرفي ، المجلد الأول: القواعد ، اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، القاهرة ، 2007 ، ص ص 339 - 340 .
- 20 - فريتس كالسهوفن ، ليزابيث تسغفلد، المرجع السابق، ص 102.
- 21 - شريف عتلم و محمد ماهر عبد الواحد، المرجع السابق، ص ص 320 - 321 .
- 22 - في حالة إذا كان طرف النزاع الذي تشتبك معه حركة التحرير الوطني ليس طرفاً في اتفاقيات جنيف لعام 1949، فإنه يمكن إصدار الإعلان بقبول احترام اتفاقيات جنيف من طرف حركة التحرير الوطني استناداً إلى القانون الدولي الإنساني العرفي، حيث يمكن سريان اتفاقية على دولة ليست طرفاً فيها باعتبارها قاعدة عرفية معترف بها من المجموعة الدولية على وجه العموم. وفي هذا الإطار يمكن القول أن اتفاقيات جنيف أصبحت جزءاً من القانون الدولي العرفي.
- أما في حالة الدولة التي ليست طرفاً في البروتوكول الإضافي الأول لعام 1977 ، فإنه يتعذر على حركة التحرير إصدار الإعلان الانفرادي إذا وجدت دول عديدة لم تصادق أو تنضم إلى هذا البروتوكول.

- 23 - تنص المادة 12 من الاتفاقية الثالثة المتعلقة بأسرى الحرب على أن : " يقع أسرى الحرب تحت سلطة الدولة المعادية وليس تحت سلطة الأفراد أو الوحدات التي أسرتهم "
- شريف عتمل و محمد ماهر عبد الواحد، المرجع السابق، ص 122.
- 24 - عبد الواحد محمد الفار، الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها، مركز جامعة القاهرة للطباعة والنشر، 1996، ص ص 219 - 220 .
- 25 - المرجع نفسه، ص 220 - 221 .
- تنص المادة الأولى من اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة الصادرة في 10 ديسمبر 1984 على أن: " أي عمل ينتج عنه ألم أو عذاب شديد، جسدياً كان أم عقلياً، يلحق عمداً بشخص ما لأغراض مثل : الحصول من هذا الشخص، أو من شخص ثالث على معلومات أو على اعتراف، - معاقبته على عمل ارتكبه أو يشتهب في أنه ارتكبه، هو أو شخص ثالث، - تخويله أو إرغامه هو أو أي شخص ثالث، أو عندما يلحق به مثل هذا الألم أو العذاب لأي سبب من الأسباب يقوم على التمييز أيأ كان نوعه " .
- فرانسواز بوشيه سولينييه ، القاموس العملي للقانون الإنساني، ترجمة أحمد مسعود، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، 2005، ص 205 .
- 26 - عبد الفتاح بيومي حجازي ، المحكمة الجنائية الدولية ، دار الكتب القانونية، 2007 ، ص ص 689 - 890 .
- Erika de Wet , " The Prohibition of Torture As An International Norm of Jus Cogens And Its Implications For National And Customary Law " , In E.J.I.L.L. , vol.15 , N° 1, 2004 , pp. 97 - 121 .
- 27 - محمد حمد العسيلي ، المرجع السابق، ص 417.
- لقد توسع مفهوم الاغتصاب في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لعام 1998 في مفردات الركن المادي للاغتصاب من حيث طبيعة الضحية التي تشمل النساء والرجال على حد سواء خلافاً للاتفاقية الرابعة لعام 1949 والبروتوكولين الإضافيين لعام 1977 حيث اقتصر الاغتصاب على النساء فقط.
- محمد حمد العسيلي، المرجع السابق، ص 429 .
- 28 - المادة 25 من الاتفاقية الثالثة المتعلقة بأسرى الحرب .
- 29 - أنظر المادة 26 من الاتفاقية الثالثة المتعلقة بأسرى الحرب .
- 30 - أنظر المادة 27 من الاتفاقية الثالثة المتعلقة بأسرى الحرب .
- 31 - أنظر المواد 29 و 30 من الاتفاقية الثالثة المتعلقة بأسرى الحرب .
- 32 - أنظر المادة 34 من الاتفاقية الثالثة المتعلقة بأسرى الحرب .
- 33 - حسام علي عبد الخالق الشبيخة ، المسؤولية والعقاب على جرائم الحرب (مع دراسة تطبيقية على جرائم الحرب في البوسنة والهرسك) ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص 332 .

حدود الدفع بتنفيذ أوامر الرئيس الأعلى في القانون الدولي الجنائي

بقلم

د / مازن ليلو راضي

كلية القانون - جامعة دهوك - العراق



ملخص

إن المشرع الجنائي في العديد من الدول لاسيما المشرع العراقي يسعى إلى محاكمة مرتكبي الجرائم الدولية والحد من ظاهرة إفلاتهم من المسؤولية ومن ذلك دفعهم بتنفيذ أمر الرئيس الأعلى وعدم إمكان مناقشة هذه الأوامر، وهو ما دفع به بعض قادة نظام الحكم السابق أمام المحكمة الجنائية العراقية العليا وكان للمحكمة رأي في هذا الموضوع في قضيتي الدجيل والأنفال. وفي هذا البحث سنتناول الآثار القانونية للأوامر الصادرة من القادة والرؤساء والتي من الممكن أن تترتب عليها انتهاكات للقانون الدولي. وسنحاول التأكد من مدى موافقة هذه المبادئ للمبادئ المعترف بها في القوانين العراقية الوطنية ومدى التزام المشرع العراقي في قانون المحكمة بالمعايير الدولية بهذا الخصوص .

Abstract :

The criminal legislator in many countries, especially the Iraqi legislature seeks to prosecute perpetrators of international crimes and the reduction of escaping responsibility and get them to obey a Chairman and not possible to discuss these orders, which was prompted by some leaders to the former regime before the Supreme Iraqi Criminal Tribunal was Court opinion on the subject in the cases of Dujail and Anfal. In this research paper we will discuss the legal implications of the orders issued by commanders and superiors, which could give rise to violations of international law. We will try to ensure the suitability of these principles with the principles recognized in the national laws of Iraqi and the commitment of of the Iraqi legislature in the law of the court of international standards in this regard.

مقدمة

لا يمكن لأي مجتمع إنساني متحضر أن يقف مكتوف الأيدي أمام ما يتعرض له الإنسان اليوم من انتهاك لحقوقه وحرياته، ولا يمكن للمجتمع الدولي أن يتغاضى عن الجرائم التي تشكل تهديداً للأمن والسلم الدوليين لخطورة هذه الجرائم وما ترتبه من أضرار جسيمة واحتمال إفلات مرتكبيها بسبب الحصانة التي يتمتع بها أغلبهم أمام القضاء الجنائي الداخلي.

وقد حظيت الجرائم الدولية بصفتها أحد أكثر الجرائم خطورة وتأثيراً على المجتمعات البشرية باهتمام فقهي وعالمي خاصة عقب المآسي التي تعرضت لها الإنسانية عقب الحرب العالمية الثانية، سواء تلك التي كانت ترتكب في النزاعات المسلحة الدولية أو غير الدولية، وقد ساهمت محاكمات نورمبرغ وطوكيو بتركيز الاهتمام على مسؤولية الأفراد في القانون الدولي وازداد هذا الاهتمام عقب النزاع المسلح في البوسنة والهرسك، وانتشار الفضاعات والمآسي التي ارتكبتها الصرب ضد المدنيين العزل من المسلمين.

فتم إنشاء محكمة جنائية دولية خاصة لمحاكمة مجرمي الحرب في البوسنة والهرسك واتخذت لاهاي مقراً لها. بموجب القرار 808 الصادر عن مجلس الأمن بتاريخ 1993/2/22 وقد مارست هذه المحكمة مهمتها في محاكمة القادة من المجرمين في يوغسلافيا السابقة عن مخالفتهم لقواعد القانون الدولي الإنساني كالقتل الجماعي والطرود والاعتصاب والاحتجاز والاعتداء والتطهير العرقي.

وبموجب قرار مجلس الأمن رقم 955 في 1994/11/8 تم إنشاء محكمة دولية أخرى. هي محكمة رواندا لمحاكمة الأشخاص المسؤولين عن جرائم إبادة الجنس وغيرها من الانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الإنساني عام 1994.

وقد شعرت الدول بضرورة وجود نظام قضائي دولي دائم يتولى مهمة النظر في الجرائم الدولية الخطيرة ومعاقبة مرتكبيها ، وقد تكفل مسعى الأمم المتحدة في مواجهة انتهاكات القانون الدولي بتأسيس المحكمة الجنائية الدولية وتبني النظام الأساسي للمحكمة في 17/7/1998.

ويمكن القول بأن هذه المحاكم قد اعتمدت في تقرير قواعد المسؤولية في محاكمة مرتكبي الجرائم الدولية على قواعد القانون الدولي، دون النظر في قواعد المسؤولية المقررة في القانون الجنائي الداخلي للحيلولة دون إفلات المجرمين من العقاب . مما دعا إلى البحث في تقرير مسؤولية الأفراد عن الجرائم التي ترتكب وتشكل اعتداءً على الأسس التي تقوم عليها الجماعة الدولية، فلم تعد المسؤولية الناشئة عن الجرائم الدولية تنحصر في علاقة الدول وحدها، وإنما أصبحت مسؤولية الفرد الجنائية على الصعيد الدولي سمة العصر الحديث وكان لا بد منها وعدم ترك الجناة بلا عقاب.

أولاً: أهمية البحث:

تأتي أهمية البحث في أن المشرع الجنائي في العديد من الدول لاسيما المشرع العراقي يسعى إلى محاكمة مرتكبي الجرائم الدولية والحد من ظاهرة إفلاتهم من المسؤولية، ومن ذلك دفعهم بتنفيذ أمر الرئيس الأعلى وعدم إمكان مناقشة هذه الأوامر، وهو ما دفع به بعض قادة نظام الحكم السابق أمام المحكمة الجنائية العراقية العليا وكان للمحكمة رأي في هذا الموضوع في قضيتي الدجيل والأنفال وفي هذا البحث سنتناول الآثار القانونية للأوامر الصادرة من القادة والرؤساء والتي من الممكن أن تترتب عليها انتهاكات للقانون الدولي أو جرائم الحرب.

وسنحاول التأكد من مدى موافقة هذه المبادئ للمبادئ المعترف بها في القوانين العراقية الوطنية، ومدى التزام المشرع العراقي في قانون المحكمة بالمعايير الدولية بهذا الخصوص.

ثانياً: هدف البحث:

نسعى في هذا البحث المتواضع إلى التطرق إلى موضوع تنفيذ أمر الرئيس الأعلى في القانون الدولي الجنائي وسنجيب عن التساؤل الآتي: هل تمثل أوامر الرؤساء سبباً لإعفاء مرتكب الجريمة على المستوى الوطني أو الداخلي، كما سنتطرق بشيء من التفصيل إلى أثر هذه الأوامر وطاعتها عندما تشكل جريمة دولية ومدى إمكان اعتبار تنفيذ أوامر الرؤساء مانعاً من موانع المسؤولية.

ثالثاً: منهجية البحث:

يعتمد البحث على المنهج التحليلي المقارن لتحليل النصوص القانونية وأحكام المحاكم الدولية وأنظمتها الأساسية لاسيما النظام الأساسي للمحكمة الدولية الجنائية الدائمة والنظام للمحكمة الدولية الجنائية في يوغسلافيا ورواندا و قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا، وأراء الفقهاء التي تتعلق بالموضوع.

رابعاً: هيكلية البحث:

لغرض الإلمام بالموضوع ارتأينا أن نقسمه إلى ثلاثة مباحث :

المبحث الأول: تقرير المسؤولية عن تنفيذ أوامر الرؤساء.

المبحث الثاني: أمر الرئيس الأعلى في النظام الأساسي للمحكمة الدولية الجنائية.

المبحث الثالث: أمر الرئيس الأعلى في قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا.

المبحث الأول

تقرير المسؤولية عن تنفيذ أوامر الرؤساء

لقد حاول الفقه والقضاء منذ وقت طويل، وضع حدود لهذا الدفع، ومن ذلك أن قوانين العقوبات العسكرية قد درجت على معالجته، فقد نص قانون العقوبات العسكري الألماني لسنة 1940م على مسؤولية الشخص عن فعله

الجنائي إذا ارتكب هذا الفعل في مدى أبعد مما يتضمنها لأمر أو أنه ارتكب الفعل المأمور به وهو يعلم بالصفة الجنائية له.

في حين قررت المادة 43 من قانون العقوبات العسكري العراقي الملغى رقم 13 لسنة 1940م إعفاء العسكري الذي يحدث بفعله ضرراً للغير من أية مؤاخذه ما دام نفذ بفعله أمر الرئيس المباشر، وتنصرف المسؤولية عن الضرر إلى رئيسه، ولا يحق للمرؤوس أن يمتنع عن تنفيذ الأمر أو مناقشته إلا إذا علم أن الأمر الذي تلقاه يقصد منه ارتكاب جريمة عسكرية أو مدنية.

كما قرر المشرع في المادة 24 من قانون العقوبات العسكري العراقي النافذ رقم 19 لسنة 2007 «ولا: إذا كون الأمر الصادر لتنفيذ واجب عسكري جريمة فترتب المسؤولية الجزائية عن هذه على الأمر.

ثانيا : يعد الأدنى رتبة شريكا في ارتكاب الجريمة في إحدى الحالات الآتية:

أ- إذا تجاوز حدود الأمر الصادر إليه.

ب- إذا علم إن الأمر الذي تلقاه يقصد به ارتكاب جريمة عسكرية أو مدنية».

ويبدو أن هذا التوجه من المشرع كان عاماً في التشريعات العسكرية الدولية، ويستند في الغالب إلى الضرورات التي تملها طبيعة النظام العسكري وهو ما قضت محكمة القضاء الإداري المصري أنه «ليس من الجائز في النظم العسكرية الامتناع عن الأوامر متى كانت صادرة ممن يملكها، وإنما يتظلم منها بالطريق الذي رسمه القانون، إذ لو أبيع لكل من يصدر إليه أمر أن يناقش مشروعته أو سببه، وأن يمتنع عن تنفيذه متى تراءى له ذلك لاختل النظام وشاعت الفوضى وقد جعل قانون الأحكام العسكرية جريمة عدم طاعة الأوامر من الجنائيات التي شددت العقوبة عليها»⁽¹⁾.

وبعد أن ناقش البروفسور Shedon Glueek هذا التساؤل في ضوء القوانين المختلفة اقترح حلا مفاده : إن الفعل غير المشروع الذي يرتكبه الجندي أو

الضابط الأعلى تنفيذاً لأمر حكومته أو رئيسه العسكري لا يكون معذوراً إذا كان مرتكب الفعل في لحظة ارتكابه لم يعلم أو إذا كانت لديه - مع ملاحظة الظروف - من الأسباب الكافية ما يجعله يعلم بأن الأمر غير مشروع بالنسبة إلى قوانين الحرب وعاداتها أو بالنسبة إلى مبادئ القانون الجنائي التي تطبقها الأمم المتحدة أو بالنسبة إلى قوانين بلاده الخاصة.⁽²⁾

أما على صعيد القانون الدولي الجنائي فقد تطرقت المادة الثامنة من النظام الأساسي لمحكمة نورمبرغ إلى تأثير الأمر الصادر من الرئيس الأعلى فنصت «إن ادعاء المتهم بأنه تصرف وفقاً لأوامر حكومته أو رئيسه الأعلى لا يعفيه من المسؤولية ولكن يمكن أن يعتبر ذلك سبباً يخفف العقوبة إذا رأت المحكمة أن العدالة تقتضي ذلك».

وقد طبقت المحكمة هذا المبدأ بالنسبة إلى Keitel رئيس أركان حرب الجيش الألماني الذي ادعى انه كان خاضعاً لواجب الطاعة ومما ورد في الحكم «... تجاه مثل هذه الوثائق لم ينف كيتل اشتراكه في الأعمال التي سردت آنفاً، إلا أنه يدفع المسؤولية بصفة كونه جندياً ويتمسك بحجة تسلمه الأمر وهي الحجة التي ترفضها المادة الثامنة من النظام كوسيلة دفاع فضلاً عن هذا ليس هناك أي ظرف مخفف يمكن أن يقدم في صالحه. إن الأوامر العليا حتى التي تعطى للجندي لا يمكن أن تكون ظرفاً مخففة في حالات ارتكاب جرائم فظيعة وعديدة بعزم وإصرار بدون أي ضرورة حربية».⁽³⁾

وعلى العموم فإن الاحتجاج بالأمر الرئاسي الصادر إلى الشخص وإن لم يصل إلى مرتبة أسباب الإباحة، فإنه وبمقتضى نص المادة الثامنة من نظام المحكمة كان يمكن أن يعد سبباً مخففاً للعقوبة: وتقدير ذلك من سلطة المحكمة، غير أن اللجنة التي صاغت المبادئ التي جاءت بها أحكام المحكمة والتي كان لها شأن في تطوير قواعد القانون الدولي المتعلقة بمحاكمة مجرمي الحرب، قد حذفت الشرط الأخير من المادة السابعة، ونصت على عدم رفع المسؤولية فقط دون أن تتطرق إلى تخفيف العقوبة.

وقد تم تكرار هذا المبدأ مرة أخرى من قبل اللجنة الدولية للصليب الأحمر سنة 1949م حيث كانت تعمل على إعداد اتفاقيات جنيف بالتزامن مع عمل لجنة صياغة المبادئ، فقد كانت المادة (40) مكرر تنص على (أنه لا يمكن اعتبار أمر الرئيس عذراً قانونياً معنياً بل إذا كانت الظروف في صالح المتهم فإن العقوبة يمكن تخفيفها). غير أن هذا النص استبدل بنص عام وضع في اتفاقيات جنيف الأربع وهو نص المادة (51) في اتفاقية جنيف الأولى، والمادة (52) من اتفاقية جنيف الثانية والمادة (131) من اتفاقية جنيف الثالثة والمادة (148) من اتفاقية جنيف الرابعة.⁽⁴⁾

ومقتضاه أنه لا يجوز لأي طرف متعاقد أن يتحلل أو يحل طرفاً متعاقداً آخر من المسؤوليات التي تقع عليه أو على أي طرف متعاقد آخر فيما يتعلق بالمخالفات المشار إليها في السابقة.⁽⁵⁾

ومن ثم فإن أمر الرئيس الأعلى لا يمكن أن يعد عذراً مقبولاً في دفع المسؤولية استناداً إلى مبادئ محكمة نورمبرغ، وقد ترك للمحكمة سلطة تقديرية في قياس مدى حرية الاختيار التي يتمتع بها الشخص عند تنفيذ الأمر المكون للجريمة الدولية. ولاشك أن حرية الاختيار تختلف حسب وظيفة ومركز الممثل إلى الأمر ومدى سلطة صاحب الأمر عليه.

فلا يمكن أن تبرر الضرورات العسكرية ارتكاب الأعمال الإجرامية، فالمرؤوس يملك غالباً أن يرفض طاعة رؤسائه أو قاداته إذا ما خالفت المشروعية، وهو ما تم تأكيده في النظام الأساسي للمحكمة الدولية الجنائية ليوغسلافيا وكذلك محكمة رواندا، إذ نصت المادة (4/7) من نظام محكمة يوغسلافيا (لا يعفي المتهم من المسؤولية الجنائية لكونه تصرف بناء على أمر صادر من حكومته أو من رئيس أعلى، على أن للمحكمة الدولية أن تنظر في تخفيف العقوبة. إذا رأت ذلك استيفاء للعدالة).

فقد ثبت بأن محكمة يوغسلافيا السابقة قد تساءلت أثناء التحقيق مع المتهم (درازن أردوموفيك) بتاريخ 19 تشرين الثاني 1996م. واعترافه بارتكاب جرائم في قرية بيليسيا.

- هل تعرف أحداً قتل بسبب عدم إطاعته الأوامر؟

أجاب: أنا سوف أخبركم، أنا متأكد إنني كنت سأقتل لو أنني كنت قد رفضت الانصياع للأوامر.⁽⁶⁾

وعلى هذا يمكن أن نستنتج أن المحكمة قد بحثت في دفع المتهم بأنه إنما ينفذ أوامر رؤسائه ولا يملك عدم الامتثال إلى أوامره خشية التعرض للقتل.

كما ورد هذا المبدأ في المادة الرابعة من مدونة الجرائم المخلة بسلم الإنسانية وأمنها لعام 1966م حيث ورد (لا يعفى الفرد المتهم بجريمة مخلة بسلم الإنسانية وأمنها من المسؤولية الجنائية لكونه تصرف بناء على أمر صادر من حكومته أو من رئيس أعلى، ولكن يجوز النظر في تخفيف العقوبة إذا اقتضت العدالة ذلك).

المبحث الثاني

أمر الرئيس الأعلى في النظام الأساسي للمحكمة الدولية الجنائية

سعى المجتمع الدولي إلى الحيلولة دون أن يفلت مرتكبو الجرائم الدولية من العقاب مستندين إلى أوامر رؤسائهم على أنها سببا لإباحة أفعالهم، لما يؤدي إليه ذلك من القضاء على الحماية الدولية الجنائية التي يضيفها القانون الدولي الجنائي على حقوق الأفراد ويشجع على ارتكاب الأعمال الوحشية بحقهم.

وفي هذا السياق نصت المادة 33 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على أنه:

1- في حالة ارتكاب أي شخص لجريمة من الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة، لا يعفى الشخص من المسؤولية الجنائية إذا كان

ارتكابه لتلك الجريمة قد تم امتثالاً لأمر حكومته أو رئيساً عسكرياً كان أم مدنياً عدا الحالات الآتية:

أ - إذا كان على الشخص التزام قانوني بإطاعة أوامر الحكومة أو الرئيس المعني

ب - إذا لم يكن الشخص على علم بأن الأمر غير مشروع.

ج - إذا لم تكن مشروعية الأمر ظاهرة.

2- لأغراض هذه المادة تكون عدم المشروعية ظاهرة في حالة أوامر ارتكاب جريمة الإبادة أو الجرائم ضد الإنسانية).

ويبدو من هذا النص أن المشرع الدولي قد سلك مسلكاً مغايراً إلى ما درج عليه القضاء الدولي الجنائي في محاكم نورمبرغ ويوغسلافيا.

المطلب الأول: تنفيذ الأوامر مانعاً للمسؤولية

ذهب نص المادة (33) إلى اعتبار تنفيذ أوامر الرؤساء مانعاً من موانع المسؤولية في الفقرة الأولى منه. وهنا خالف النص الوثائق الدولية المستقرة في القانون الدولي الجنائي والتي اعتبرت أمر الرئيس الأعلى مخففاً للعقوبة وليس معفياً للعقاب. لاسيما ما أخذت به مبادئ محكمة نورمبرغ ومحاكمات يوغسلافيا وراوندا، ومشروع مدونة الجرائم المخلة بسلم الإنسانية.

ويتبين من النص أن الفقرة الأولى منه قد أوردت ثلاث فرضيات اعتبرت كلا منها سبباً مانعاً من مساءلة مرتكب الجريمة الدولية وهي:

أولاً: إذا كان الجنائي ملزماً قانوناً بإطاعة أوامر الحكومة أو الرئيس المعني:

يتعلق هذا النص بالوظيفة العسكرية التي تلقى على المرؤوس واجباً قانونياً بتنفيذ الأوامر الصادر إليه دون مناقشته.

وقد بينا أن اعتبار تنفيذ أمر الرئيس مانعاً من المسؤولية في القانون الدولي الجنائي سيؤدي إلى نتائج سلبية وإفلات كثير من المجرمين من العقاب، لأن الأمر لا يعدو أن يضعنا في حلقة مفرغة لأن كل رئيس هو في الحقيقة مرؤوس لرئيسه الأعلى. وإذا ما رجعنا بالمسؤولية على أحد منهم سيدفع بأنه ينفذ أوامر رئيسه، ويدفع الأخير بذلك أيضاً، مما يصعب معه تحديد المسؤول الرئيس عن الفعل المكون للجريمة، مما يشجع على التمادي في ارتكاب المجازر والأعمال الوحشية.

كما أن الفقه لم يجمع على اعتبار تنفيذ أوامر الرؤساء العسكريين مانعاً من موانع المسؤولية فقد ظهرت ثلاثة نظريات في هذا الخصوص هي:

أ- نظرية الطاعة العمياء:

وتذهب هذه النظرية إلى أن العسكري يجب أن يطيع رئيسه طاعة عمياء، ولا يجوز له التردد في التنفيذ حتى ولو كان مخالفاً للقوانين واللوائح. ومن الفقهاء الذين اتجهوا إلى ذلك Berthelmy الذي يرى أن أمر الرئيس يغير من طبيعة الخطأ الذي يرتكبه المرؤوس فهو مطالب بالطاعة حين يصدر إليه أمر الرئيس ولا يملك إلا أن ينفذه، وبعد ذلك لا يسأل عن نتائجه.⁽⁷⁾ ويذهب هذا الاتجاه إلى أن أمر الرئيس الأعلى يعد سبب إباحة ينفي عن فعل الموظف أو الجندي صفة الجريمة، ومؤدى هذه النظرية أن العسكري عليه واجب طاعة رئيسه وأن الطاعة لهذا الأمر يجب أن تكون عمياء وبناء على ذلك فإنه يجرم تردد العسكري في تنفيذ الأمر مهما كانت عدم مشروعيتها. ويستند أنصار هذا المذهب إلى ضرورات النظام العسكري الذي يقوم على أساس الطاعة الكاملة التي يدين بها المرؤوسون إلى رؤسائهم ولا يجروون على مخالفتها وإلا تعرضوا إلى المساءلة فالمرؤوس حسب هذا القول خاضع إلى حالة من الإكراه لا يمكن تجاهلها، ولا يمكن للقانون الدولي الجنائي أن يغفل عنها.⁽⁸⁾

كما إن هذا القول لا يؤدي - حسب أنصاره - إلى تقويض بنيان القانون الدولي لأن المسؤولية الجنائية تظل قائمة على عاتق الرئيس الذي أصدر الأمر غير المشروع.⁽⁹⁾

وقد عزز أنصار هذه النظرية آراءهم بتسويغات منها قرينة الرشاد أو المشروعية، وفادها أن أوامر الرؤساء تحمل شهادة بالمشروعية بحكم مسؤولية الرؤساء عن تحقيق الصالح العام وخبرتهم الوافية التي تجعلهم أكثر إداركاً للعمل وحاجاته وتمكنهم من إصدار الأوامر السديدة.⁽¹⁰⁾ غير أن هذه النظرية تجعل الموظف آلة تنفذ ولا تناقش ولا يخفى ما لذلك من أثر سلبي فقد ذهب متقدو هذه النظرية إلى أنها تجرد المرؤوسين من صفاتهم الإنسانية وتشبههم بالآلات العمياء الصماء . كما أنها تسلب من المرؤوسين روح التفكير وتلغي الشجاعة الأدبية ومواجهة الرئيس . علاوة على أنها تهدر مبدأ الشرعية . كما أنها تخلق اشتراكاً جبرياً في الجريمة بين الرئيس والمرؤوس.⁽¹¹⁾

ب- نظرية المشروعية:

ومؤدى هذه النظرية أنه يحق للمرؤوس أن يراقب مشروعية الأوامر الصادرة إليه من رئيسه. على اعتبار أن العسكريين ليسوا أدوات عمياء. وتعرف هذه النظرية أيضا باسم نظرية الطاعة النسبية أو الطاعة العاقلة للمرؤوسين، فالواجب عليهم مراقبة الأوامر المتلقاة، ويرى أنصار هذه النظرية أن العسكريين ليسوا آلات صماء بل هم محاربون وهم عقلاء مميزون يقومون بواجباتهم لتحقيق العدالة والحرية للجميع وبمقتضى هذه النظرية أن على العسكريين واجب عدم إطاعة الأوامر غير الشرعية . غير أن هذه النظرية لم تسلم من النقد من حيث:

أ- إن هذا الاتجاه وإن كان يبدو للوهلة الأولى مرضيا وكافيا إلا أنه صعب التطبيق، لأنه ليس من السهل أن يطلب من كل مرؤوس أن يقدر مشروعية الأمر المتلقى.

ب- إن هذه النظرية مدمرة لكل نظام في الجيش والجيش هو أداة حرب ودرع الأمان وكل قوته تكمن في الطاعة . فإن الأخذ بإطلاقها يؤدي إلى إعاقة سير العمل في المرافق العامة لاسيما العسكرية منها والتي بسبب طبيعتها الخاصة لا يمكن أن تسمح للمرؤوسين أن يكونوا «قضاة مشروعية» يبحثون في مشروعية الأوامر الصادرة إليهم عن رؤسائهم، ويمتنعون عن تنفيذ الأوامر التي يعتقدون عدم مشروعيتها، وهم في الغالب أقل دراية في هذه الأمور.⁽¹²⁾

ج- إن إعطاء الموظف حق مراقبة مشروعية الأمر المتلقى سوف يؤدي في النهاية إلى إعطاء القرار النهائي لا إلى المحكمة العليا ولا إلى الوزير المختص وإنما إلى الموظف الذي يقوم بالتنفيذ.⁽¹³⁾

د- النظرية الوسط:

في محاولة للتوفيق بين النظريتين السابقتين ظهرت هذه النظرية لتكون حلاً وسطاً يحافظ على حسن سير العمل وانتظامه واطراده في ظل ما يمليه مبدأ المشروعية من احترام للقانونين والأنظمة.

وتقوم هذه النظرية على أساس أن يطيع المرؤوس ما يتلقاه من أوامر مشروع. أما إذا خرجت هذه الأوامر عن المشروعية بصورة ظاهرة أو كان تنفيذها يلحق بالمصلحة العامة ضرراً جسيماً فلا مجال لتنصل المرؤوس من مسؤوليته عند التنفيذ، إذ عليه أن يمتنع عن الطاعة حتى لو أصر الرئيس على التنفيذ.⁽¹⁴⁾

فهذه النظرية تفرق بين الأوامر المشروعة والأوامر غير المشروعة فإذا كان الأمر الصادر غير مشروع وواضح عدم المشروعية ويشكل تنفيذه جريمة جنائية، فإنه يجب التسليم بإعطاء المرؤوس المنفذ حق رفض طاعة مثل هذه الأوامر، أما إذا كان عدم المشروعية غامضاً وغير واضح فإنه بافتراض حسن نية المرؤوس ينبغي عدم مؤاخذته .

ويؤيد الفقيه الفرنسي جارسون هذا الاتجاه «وفق المبدأ، فإن العسكري عليه واجب الطاعة لرؤسائه ولا يوجد من يخالف هذه القاعدة إلا وقع في المحال أيا كانت الضرورة للنظام، وإذا كان الأمر واضح عدم المشروعية، وإذا كان جناية أو جنحة جسيمة، فيجب التسليم بأن للمرؤوس أن يرفض طاعته، ويكون مذنباً إذا هو نفذ الأمر»⁽¹⁵⁾.

. موقف الفقه الدولي الجنائي:

يرى فقهاء القانون الدولي الجنائي أنه لا يمكن اعتبار أمر الرئيس الأعلى سبباً لإباحة فعل المرؤوس، فلا يمكن تطبيق نظام القانون الجنائي الداخلي على الصعيد الدولي. لاختلاف نطاق تطبيق القانونين فيجوز للقانون الدولي أن يعد فعل المرؤوس المستند إلى أمر رئيسه الأعلى عدواناً على المصالح التي يحميها، فيعتبره جريمة دون النظر إلى ما يقرره القانون الجنائي الداخلي بهذا الشأن.

ويرى أنصار هذا الاتجاه أن القول بأن أمر الرئيس سبب إباحة في القانون الدولي الجنائي سيؤدي إلى نتائج غير مقبولة تتمثل في إهدار وجود القانون الدولي الجنائي وتسمح بمخالفتها، وكذلك الاعتداء على أهم الحقوق والمصالح التي تحميها، لمجرد كون الفعل قد ارتكب بناءً على أمر الرئيس.⁽¹⁶⁾

وكنا نتمنى على المحكمة الدولية الجنائية أن لا تخرج عن هذا الاتجاه، لاسيما وأن العديد من التشريعات الوظيفية الوطنية تبنته وكذلك بعض التشريعات العسكرية.

فقد أكد المشرع الفرنسي في المادة (28) من القانون رقم 634 لسنة 1983م الخاص بالوظيفة العامة على أن يلتزم الموظف بالامتنال لجميع التعليمات الصادرة إليه من رئيسة، إلا إذا كانت هذه التعليمات والأوامر غير مشروعة ومن شأنها أن تلحق ضرراً فادحاً بالمصلحة العامة.⁽¹⁷⁾

أما على صعيد القوانين العسكرية فقد أشار القانون العسكري البلجيكي الصادر في 1993/6/16م إلى حق المرؤوسين في رفض الأوامر غير المشروعة.

فقد جاء في المادة الخامسة منه (1- لا يمكن لمنفعة ما تجبى ولا لضرورة عسكرية أو سياسية أو وطنية أن تبرر حتى وإن يكن على سبيل الاقتصاد المخالفات المنصوص عليها في المواد...

2- لا يخلى مسؤولية المتهم كونه تصرف بناءً على أمر من حكومته أو من أحد رؤسائه، إذا تبين في ضوء الظروف المحيطة أن الأمر الصادر قد يؤدي إلى ارتكاب مخالفة جسيمة للاتفاقيات الدولية).

كما نصت لائحة الانضباط العام للقوات المسلحة الفرنسية لعام 1966م على أن (من حق وواجب المرؤوس رفض بعض الأوامر)، وأوجبت التحديدات اللاحقة لهذا النص بموجب المرسومين الصادرين عام 1978م و 1982م على المرؤوسين عدم تنفيذ أمر مخالف لقواعد القانون الدولي المطبق على النزاعات المسلحة في الاتفاقيات الدولية المصادقة أو الموافقة عليها.⁽¹⁸⁾

ثانياً:- إذا كان الجاني لا يعلم بأن الأمر غير مشروع.

الحالة الثانية التي يمكن من خلالها الدفع بعدم مسؤولية المرؤوس عن تنفيذ أمر رئيسه غير المشروع هي تنفيذ المرؤوس الأمر غير المشروع وهو لا يعلم بعدم مشروعيته.

ففي هذه الحالة لا تنهض المسؤولية الجنائية على المرؤوس لانعدام القصد الجنائي المتمثل بعلم الفاعل بالصفة غير المشروعة لعمله المكون للجريمة الدولية والنتائج من تنفيذه لأوامر رؤسائه، أما إذا كان المرؤوس عالماً بعدم مشروعية الأمر ومع ذلك أقدم على تنفيذه فإنه يسأل في هذه الحالة لانصراف إرادته إلى ارتكاب فعل يعد جريمة مع علمه بذلك.

وفي هذا المجال يذهب جانب من الفقه إلى القول أن الاعتقاد بمشروعية الفعل عند صدور أمر من الرئيس بتنفيذه هو أمر طبيعي، لأن المرؤوس يفترض في رئيسه الدراية القانونية والخبرة بما تقتضي أحكامه، خاصة وأن جانباً كبيراً من قواعد القانون الدولي لا زالت في صورة عرفية. وعلى ذلك

يمكن أن يوصف الفعل نفسه بالمشروعية في نظر البعض في حين يعتبره فقهاء آخرون غير مشروع. (19)

وعلى هذا الأساس يكون من المنطقي أن يعذر المرؤوس عندما يعتقد أن فعله مشروع وأن يقبل منه الدفع بانتفاء القصد الجنائي لديه.

وقد يحصل أن يعلم المرؤوس أن فعله غير مشروع أصلاً، لكنه يعتقد أن هناك سبب إباحة يجرد فعله من صفة الجرمية ويدخله في نطاق الإباحة، فهل ينتفي قصده الجنائي في هذه الحالة ويشمله نص الفقرة الأولى من المادة (33) من نظام المحكمة الدولية الجنائية ؟

درج فقهاء القانون الجنائي على قاعدة مقتضاها بأن الغلط في الإباحة لا يعدل أو يساوي الإباحة ذاتها لأن أسباب الإباحة ذات طبيعة موضوعية يتعين أن تتحقق فعلاً وتكتمل لها شروطها حتى تنتج آثارها.

ومع ذلك فإن الغلط في الإباحة ينفي القصد الجنائي، لأنه ينفي العلم بعناصر الجريمة الذي يقوم عليه القصد الجنائي ومن الممكن أن تتحقق المسؤولية غير العمدية عن الفعل. وقد نص المشرع الجنائي في بعض الدول ومنها العراق على نفي المسؤولية عن الفعل في بعض الحالات إذا كان اعتقاد الفاعل بتحقق الوقائع التي يقوم عليها سبب الإباحة مبنياً على أسباب معقولة. ومن هذه الحالات، إذا اعتقد الموظف أو المكلف بخدمة عامة وهو ينفذ أمراً صادراً إليه من رئيسه أن طاعته واجبة عليه وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة وانه لم يرتكبه إلا بعد اتخاذ الحيطة المناسبة. (م 40 عقوبات)، كما أجاز المشرع مقاومة أفراد السلطة العامة فيما إذ أضيف أن ينشأ عن فعله موت أو جراح بالغة وكان لهذا التخوف أسباب معقولة (م 46 عقوبات).

أما في نطاق القانون الدولي الجنائي فقد طبقت المحكمة العليا الألمانية هذه الفكرة، فبرأت قائد غواصة ألمانية اتهم بإغراق سفينة - مستشفى - إنجليزية دون إنذار. وكان قد دفع بأنه تلقى أمراً بذلك من قيادة الأسطول ولم يفعل غير تنفيذه، وقد قررت المحكمة أن المرؤوس إذا نفذ أمر الرئيس

فإنه لا يعفى من العقاب إذا أدرك الصفة غير المشروعة لفعله، ثم أسست حكمها بالبراءة على اعتقاد المتهم، وكان لاعتقاده في نظرها الأسباب التي تبررها هو أن فعله هو معاملة بالمثل، من ثم فهو فعل مشروع في نظر القانون الدولي.⁽²⁰⁾

ويبدو أن المادة (32) من النظام الأساسي للمحكمة الدولية الجنائية أجازت في حدود معينة الاعتداء بالغلط في القانون باعتباره مانعاً من موانع المسؤولية، فقد ورد (1- لا يشكل الغلط في الوقائع سبباً لامتناع المسؤولية الجنائية إلا إذا نجم عنه انتفاء الركن المعنوي المطلوب لارتكاب الجريمة.

2- لا يشكل الغلط في القانون من حيث ما إذا كان نوع معين من أنواع السلوك يشكل جريمة تدخل في اختصاص المحكمة سبباً لامتناع المسؤولية الجنائية إذا نجم عن هذا الغلط انتفاء الركن المعنوي المطلوب لارتكاب تلك الجريمة، أو كان الوضع على النحو المنصوص عليه في المادة (33).

وعلى ذلك فإن عدم علم المرؤوس بعدم مشروعية الأمر الرئاسي الصادر إليه أو اعتقاده اعتقاداً مبنياً على أسباب معقولة بأن الأمر مشروع، ينفي عنه المسؤولية أمام المحكمة الدولية الجنائية. ويمكن التثبت من هذا الاعتقاد من الظروف التي أحاطت بالمرؤوس أثناء تلقيها الأمر وتنفيذه له، ويجب على المرؤوس أن يتحمل عبء إثبات ما يدعيه.

ثالثاً:- إذا لم تكن عدم مشروعية الأمر ظاهرة.

الحالة الثالثة التي يمكن أن تنفي مسؤولية المرؤوس عن تنفيذ الأمر الرئاسي غير المشروع أمام المحكمة الدولية الجنائية هي ما إذا لم تكن عدم مشروعية الأمر ظاهرة. فإذا كان الجاني لا يدرك أن الفعل غير مشروع إما بسبب طبيعة الفعل عندما لا يكون من السهولة تبين ما إذا كانت مشروعة من عدمه، أو بسبب الحالة الذهنية للمرؤوس التي قد لا تسعفه في ملاحظة الصفة غير المشروعة للأمر الرئاسي الصادر إليه، فإن مسؤوليته تنتفي عند تنفيذه للأمر.

فوفقاً للقواعد العامة لتحقق الجريمة الدولية ينبغي أن تتجه نية الفاعل إلى تحقيق الجريمة التي يريد تحقيقها عن طريق ارتكابه الأفعال المؤدية إليها، وأن يكون هذا الفعل صادراً عن إرادة قصدت الإضرار بالمصالح التي يحميها القانون الدولي الجنائي، وهو ما لم يحصل في هذه الحالة على فرض أن المروّوس لم يكن يعلم بعدم مشروعية الأمر بسبب عدم وضوح عدم مشروعيته لأن عدم مشروعية الأوامر لم تكن ظاهرة.

وهنا لا بد من القول أن من المناسب تعديل الفقرة 1 من المادة 33 بحذف الفرع (ج) منها، فلم تعد الجرائم الدولية وأحكام القانون الدولي الإنساني مجهولة من أحد. خاصة وأن المحكمة الدولية الجنائية قد ضيقت من اختصاصها عندما لم تقرر المسؤولية عن الجريمة الدولية الناتجة عن بعض صور الخطأ فقد ميزت في المادة (30) من نظامها الأساسي بين الخطأ الواعي و الخطأ غير الواعي وأقرت المسؤولية عن الجرائم التي ترتكب على الخطأ الواعي في حين استبعدت مساءلة الفاعل إذا ارتكبت هذه الجرائم بناءً على الخطأ غير الواعي تأسيساً على علة توافر الخطر في الخطأ الواعي وانعدامه أو ضآلته في الخطأ غير الواعي.⁽²¹⁾

فقد ورد في النص (1- ما لم ينص على غير ذلك لا يسأل الشخص جنائياً عن ارتكاب جريمة تدخل في اختصاص المحكمة ولا يكون عرضة للعقاب على هذه الجريمة إلا إذا تحققت الأركان المادية مع توافر القصد والعلم.

2- لأغراض هذه المادة يتوافر القصد لدى الشخص عندما:

أ- يقصد هذا الشخص، فيما يتعلق بسلوكه، ارتكاب هذا السلوك.

ب- يقصد هذا الشخص، فيما يتعلق بالنتيجة، التسبب في تلك النتيجة أو يدرك أنها ستحدث في إطار المسار العادي للأحداث.

3- لأغراض هذه المادة تعني لفظة «العلم» أن يكون الشخص مدركاً أنه توجد ظروف أو ستحدث نتائج في المسار العادي للأحداث، وتُفسر لفظنا «يعلم» أو «عن علم» تبعاً لذلك).

وفي الجزء التالي من الدراسة نتناول الجرائم الدولية وعدم مشروعية الأوامر الصادرة بارتكابها وموقف المحكمة الدولية الجنائية من ذلك .

المطلب الثاني

الجرائم الدولية وعدم مشروعية الأوامر بارتكابها

بعد أن أوضحت الفقرة (1) من المادة (33) أن الشخص لا يعد مسؤولاً إذا نتج من تنفيذه للأمر الرئاسي جريمة دولية وكانت عدم مشروعية الأمر غير ظاهرة. عاد واعتبر في الفقرة (2) من المادة ذاتها أن عدم مشروعية الأمر الصادر من الرئيس الأعلى تكون ظاهرة إذا ما تعلق بارتكاب جريمة الإبادة الجماعية أو الجرائم ضد الإنسانية فقد ورد (2- لأغراض هذه المادة تكون عدم المشروعية ظاهرة في حالة أوامر ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية أو الجرائم ضد الإنسانية).

ولا نرى مسوغاً لإفراد هاتين الجريمتين بمعاملة خاصة دون الجرائم الدولية الأخرى واعتبار عدم مشروعية الأمر الصادر بارتكابها ظاهرة. في حين لا يمكن اعتبار تنفيذ الأوامر المتضمنة ارتكاب جرائم الحرب والعدوان كذلك.

إن هذه الأفكار لاشك في أنها تعطي التبرير لارتكاب الجرائم من خلال القوات المسلحة للدول ذات النزعة العدوانية كالولايات المتحدة وإسرائيل مما يتيح إفلات مرتكبي هاتين الجريمتين (جريمة الحرب والعدوان) من المتابعة، متذرعين بأن الأوامر الصادرة إليهم لم تكن ظاهرة عدم المشروعية.

ونرى أن نتطرق باختصار إلى هذه الجرائم لبيان مضمونها للتعرف على الأسباب التي دعت المشرع الدولي إلى أفراد هاتين الجريمتين بالتشديد على مسؤولية مرتكبيها دون غيرها.

أولاً:- الجرائم المشمولة بعدم مشروعية الأوامر الظاهرة بارتكابها .

يتبين من نص الفقرة 2 من المادة (33) أن جريمتي الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية لا يمكن الاستناد إلى أن الأمر الصادر بارتكابهما غير ظاهرة عدم المشروعية.

1- جريمة الإبادة الجماعية:

يمكن وصف جريمة إبادة الجنس البشري أو الإبادة الجماعية بأنها أهم الجرائم التي ترتكب ضد الإنسانية، وهذه الجريمة ليست وليدة العصر الحديث، فقد تعرضت الشعوب إلى مختلف أشكال الإبادة الجماعية ومن ذلك ما تعرض له أقباط مصر على يد الإمبراطور (دقلديانوس) بعد توليه حكم الإمبراطورية الرومانية سنة 284 حتى اعتبرت الكنيسة القبطية في مصر هذا التاريخ بداية التقويم القبطي وأطلق على عصر دقلديانوس بعصر الشهداء.⁽²²⁾

كما تعرض المسلمون في أسبانيا سنة 1492م إلى الإبادة الجماعية، والإبادة تصيب جماعة بعينها إما بسبب انتمائها الديني أو العرقي أو القومي أو لروابط أخرى معينة تدفع الآخرين إلى ممارسة أقصى درجات الوحشية والهمجية في مواجهتهم.

وقد أشار الفقيه البولوني Lemkin إلى خطورة هذه الأعمال ودعا عام 1933م إلى تجريمها ويرجع إليه تسميتها باسم Genocide وترجع هذه التسمية إلى أصلها اليوناني Genos الجنس و Cide ويعني القتل.

وقد عرف هذه الجريمة بقوله: (بأن كل من يشترك أو يتآمر للقضاء على جماعة وطنية بسبب يتعلق بالجنس أو اللغة أو الدين أو يعمل على إخفائها أو يتعدى على حياة أو حرية أو ملكية أعضاء تلك الجماعة يعد مرتكباً لجريمة إبادة الجنس).⁽²³⁾

وبسبب المجازر التي تعرضت لها الإنسانية نتيجة هذه الجريمة والتي تسببت في مقتل أكثر من 170 مليون شخص وهذا الرقم يفوق عدد الضحايا

الذين سقطوا في الحروب التي دارت رحاها في القرن العشرين مجتمعه. (24)
 كان لا بد من وضع حد لها ومن هنا كان اهتمام منظمة الأمم المتحدة
 بموضوع منع جريمة إبادة الجنس البشري والعقاب عليها، وفي 11/10/1946م
 أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة قرارها رقم 49 الذي جاء فيه أن إبادة
 الجنس البشري هي إنكار حق الوجود لجماعات بشرية بأكملها كالقتل الذي
 يمثل إنكارا لحق الشخص في الحياة، وهذا الإنكار لحق الوجود يتنافى مع
 الضمير العام ويصيب الإنسان بأضرار جسيمة سواء من ناحية الثقافة أو
 الأمور الأخرى التي تساهم بها هذه الجماعات البشرية الأمر الذي لا يتفق
 والقانون الأخلاقي وروح الأمم المتحدة ومقاصدها.

واستجابة لقرار الجمعية المذكورة تم إعداد مشروع اتفاقية دولية بشأن
 الجريمة المذكورة، وطرح المشروع على أعضاء الأمم المتحدة وتمت
 الموافقة عليه بالإجماع في 9/10/1948م وأصبحت نافذة المفعول ابتداءً من
 12/1/1951م.

وجاء في الديباجة: إن جريمة إبادة الجنس هي جريمة دولية وفقاً للقانون
 الدولي العام تتنافى مع روح الأمم المتحدة وأهدافها ويدينها العالم
 المتحضر.

كما ورد في المادة الأولى منها: إن الإبادة الجماعية هي جرائم في نظر
 القانون الدولي سواء ارتكبت هذه الأفعال في زمن السلم أم في وقت الحرب
 وتتعهد تلك الدول باتخاذ التدابير اللازمة لمنع ارتكابها والعقاب عليها. في
 حين ورد في المادة الثانية من الاتفاقية إن الإبادة الجماعية تعني أياً من
 الأفعال المرتكبة التي تقصد التدمير الكلي أو الجزئي لجماعة قومية أو إثنية
 أو عرقية أو دينية.

كما أنه وفي أعقاب الحرب العالمية الثانية وعندما قرر الحلفاء إنشاء
 محكمة نورمبرغ لمحكمة قادة النظام النازي عن الجرائم التي ارتكبوها في
 زمن الحرب، وحددت المادة 6 من النظام الأساسي لهذه المحكمة الجرائم

التي تدخل في اختصاصها حيث نصت على انعقاد اختصاص المحكمة بالنظر في الجرائم ضد الإنسانية وجرائم الحرب و الجرائم ضد الإنسانية.

وأثناء تلك المحاكمات استخدم للمرة الأولى مصطلح جريمة «الإبادة الجماعية» كاتهام موجه إلى القادة النازيين على المذابح التي زعم أنها ارتكبت بحق الغجر واليهود أثناء الحكم النازي، ويبدو أن هذه المحكمة قد عالجت جريمة الإبادة الجماعية ضمن الجرائم ضد الإنسانية.⁽²⁵⁾

وقد تولى تطبيق اتفاقية منع جريمة إبادة الجنس البشري والعقاب على ارتكابها بعد المجازر التي تعرض لها المسلمون على يد الصرب في يوغسلافيا السابقة في تسعينيات القرن الماضي، وجرائم الإبادة الجماعية التي وقعت في رواندا بين قبائل الهوتو والتوتسي.⁽²⁶⁾

يمكن القول أن جريمة الإبادة مصدرها العرف الدولي، وهو الأمر الذي يجعل أحكام هذه الاتفاقية ملزمة لجميع الدول حتى غير المصدقة عليها.⁽²⁷⁾

كما يتصور وقوع جريمة الإبادة في أثناء السلم كما في زمن الحرب، أي أنه لا مجال لاعتبار النزاع المسلح ركنا لوقوع هذه الجريمة، وبهذا تتطابق مع الجرائم ضد الإنسانية، ولكن لأهمية هذه الجريمة أفردت لها اتفاقية خاصة بها دون إلحاقها بالأفعال التي تشكل جريمة ضد الإنسانية.

هذا، وقد أقرت المحكمة الجنائية الدولية في المادة السادسة تعريف الإبادة الجماعية وفقاً لاتفاقية عام 1948 الخاصة بمنع جريمة الإبادة الجماعية كما ذكرت ذات الأفعال التي نصت عليها المادة الثانية من الاتفاقية باعتبارها تمثل الركن المادي لهذه الجريمة.

وفي ذلك جاء في المادة السادسة من النظام الأساسي للمحكمة الدولية الجنائية (لغرض هذا النظام الأساسي تعني «الإبادة الجماعية» أي فعل من الأفعال التالية يرتكب بقصد إهلاك جماعة قومية أو إثنية أو عرقية أو دينية، بصفاتها هذه، إهلاكا كلياً أو جزئياً:

أ- قتل أفراد الجماعة.

ب- إلحاق ضرر جسدي أو عقلي جسيم بأفراد الجماعة.
ج- إخضاع الجماعة عمداً لأحوال معيشية بقصد إهلاكها الفعلي كلياً أو جزئياً.

د- فرض تدابير تستهدف منع الإنجاب داخل الجماعة.
هـ- نقل أطفال الجماعة عنوه إلى جماعة أخرى.

ومن الجدير بالذكر إن إضفاء صفة الجريمة الدولية على هذه الأفعال يعود إلى المصالح الجوهرية الممتدى عليها، فالحفاظ على الجنس البشري وحمايته من أي عدوان يمثل مصلحة عليا واجبة الرعاية من القانون الدولي الجنائي، إذ إن احترام جميع الأجناس البشرية وعدم إبادة جنس من الأجناس تشكل قاعدة من قواعد النظام الدولي ويعد انتهاكها جريمة دولية.

ولاشك أن جريمة الإبادة الجماعية ترتكب غالباً إن لم يكن دائماً بناء على أمر صادر من سلطة عليا أو تدير من الدولة أو تحت رقابتها، وكل ذلك يقتضي وضع السبل الكفيلة بعدم تحلل مرتكبيها من المسؤولية استناداً إلى تلقيهم أوامر رئاسية لا يعلمون عدم مشروعيتها أو لم تكن عدم مشروعيتها ظاهرة، فالجميع يعلم اليوم الأفعال التي قد تشكل جريمة دولية، ومن ثم فإن نص الفقرة الثانية من المادة (33) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الذي يمنع مرتكبي جريمة الإبادة من الاستفادة من الدفع بأن الأوامر الصادرة إليهم بارتكاب هذه الجريمة لم تكن ظاهرة عدم المشروعية، محموداً في هذا المجال، لأنه يساهم في عدم الإفلات من العقاب ولا يشجع على ارتكاب هذا النوع من الجرائم الوحشية.

2- الجرائم ضد الإنسانية:

إن مفهوم الجرائم في حق الإنسانية مفهوم حديث وردت أول الإشارات إليه في محاكمات مجرمي الحرب بعد الحرب العالمية الثانية، فقد عرفت المادة السادسة من النظام الأساسي للمحكمة العسكرية الدولية الجرائم ضد الإنسانية Crimes Against Humanity بقولها (الجرائم ضد الإنسانية: القتل

العمد، إفناء الشخص والاسترقاق والإقصاء عن البلد وكل عمل لا إنساني مرتكب ضد السكان المدنيين قبل الحرب أو أثنائها أو الاضطهادات لأسباب سياسية أو عرقية أو دينية حين تكون هذه الاضطهادات مرتكبة في إثر جنائية داخلية في اختصاص هذه المحكمة أو ذات صلة بها سواء شكلت خرقاً للقانون الداخلي أم لم تشكل).

وقد تم تأكيد هذا المفهوم لجرائم ضد الإنسانية في قراري الجمعية العامة للأمم المتحدة I / 3 في 1946/2/13 م و I / 95 في 1946/1/11.

ومن الجدير بالذكر أن هذه الجرائم لا بد أن تتسم بالخطورة النسبية وتتجاوز النطاق الوطني لتشمل الإنسانية قاطبة، مما يتطلب تضافر المجتمع الدولي لقمعها ومعاقبة مرتكبيها / وكذلك تأسيس محاكم دولية جنائية.⁽²⁸⁾

وقد تطور مفهوم الجرائم ضد الإنسانية، منذ عام 1946 م و ميثاق نورمبرغ، ومن ذلك أن الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها الثالثة والعشرين أصدرت قراراً نصت فيه على عدم تقادم جرائم الحرب المرتكبة وجرائم ضد الإنسانية.⁽²⁹⁾ وفي عام 1973 أصدرت الأمم المتحدة قراراً ينص على التعاون الدولي لتعقب واعتقال وتسليم ومعاقبة الأشخاص المذنبين بارتكاب جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية.⁽³⁰⁾

هذا ولم يشترط النظام الأساسي للمحكمة الدولية الجنائية ليوغسلافيا السابقة أي رابطة ما بين الجرائم ضد الإنسانية والجرائم الأخرى المرتكبة واستنتجت دائرة الاستئناف بأن محدودية نطاق الجرائم ضد الإنسانية والتي اعترفت بها من قبل محاكمات نورمبرغ لا تؤثر في القانون الدولي المعاصر، وبذلك فإن المحكمة الدولية تعتمد على أحدث الشروحات حول الجرائم ضد الإنسانية.⁽³¹⁾

ومن الجدير بالذكر أن إدراج الجرائم ضد الإنسانية في نظام روما الأساسي بوصفها جريمة مستقلة يُعدُّ علامة مضيئة في مسيرة القانون الجنائي الدولي⁽³²⁾، إذ إن الجهود السابقة كافة بدءاً من اتفاقية لاهاي لعام 1907

ومروراً بمعاهدة فرساي لعام 1919 التي أبرمت بعد الحرب العالمية الأولى ، و اتفاقية لندن عام 1945 الخاصة بإنشاء محكمة نورمبرغ ، لم تثمر في إخراج الجرائم ضد الإنسانية من ضمن جرائم الحرب ، إذ كان يشترط لقيام هذه الجريمة أن ترتكب في أثناء الحرب أو أن تكون مرتبطة بجريمة من الجرائم ضد السلام⁽³³⁾. كما يعتبر نص نظام روما الأساسي على الجرائم ضد الإنسانية مثالا لتطور المبادئ والأعراف الدولية وعلى الأخص مبادئ القانون الجنائي الدولي⁽³⁴⁾.

وقد عرفت المحكمة الدولية الجنائية الجرائم ضد الإنسانية من خلال تعداد جرائم معينة أوردتها النظام الأساسي للمحكمة في المادة السابعة حيث جاء (1- لغرض هذا النظام الأساسي، يشكل أي فعل من الأفعال التالية «جريمة ضد الإنسانية» متى ارتكبت في إطار واسع النطاق أو منهجي موجه ضد أية مجموعة من السكان المدنيين، وعن علم بالهجوم:

أ- القتل العمد

ب- الإبادة

ج- الاسترقاق

د- إبعاد السكان أو النقل القسري.

هـ- السجن أو الحرمان الشديد على أي نحو آخر من الحرية البدنية بما يخالف القواعد الأساسية للقانون الدولي.

و- التعذيب.

ز- الاغتصاب أو الاستعباد الجنسي أو الإكراه على البغاء. أو الحمل القسري، أو التعقيم القسري أو أي شكل آخر من أشكال العنف الجنسي على مثل هذه الدرجة من الخطورة.

ح- اضطهاد أية جماعة محددة أو مجموع محدد من السكان لأسباب سياسية أو عرقية أو قومية أو إثنية أو ثقافية أو دينية، أو متعلقة بنوع الجنس

على النحو المعروف في الفقرة 3، أو لأسباب أخرى من المسلّم عالمياً بأن القانون الدولي لا يجيزها، وذلك فيما يتصل بأي فعل مشار إليه في هذه الفقرة أو جريمة تدخل في اختصاص المحكمة.

ط- الاختفاء القسري للأشخاص.

ي- جريمة الفصل العنصري.

ك- الأفعال ألا إنسانية الأخرى ذات الطابع المماثل التي تتسبب عمداً في معاناة شديدة أو أذى خطير يلحق بالجسم أو بالصحة العقلية أو البدنية.⁽³⁵⁾

ويبدو من هذا النص أن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية قد عد الأفعال السابقة جرائم ضد الإنسانية إذا ما ارتكبت ضد أي من السكان المدنيين، على خلاف جريمة إبادة الجنس البشري التي ترتكب في حق الجماعات، كما يجب أن تشكل هذه الأفعال جزءاً من اعتداءات واسعة النطاق أو منظمة.⁽³⁶⁾

ومن الجدير بالذكر أن المحكمة الجنائية الدولية قد توسعت في مفهوم الجرائم ضد الإنسانية، بل إنها قد تركت الباب مفتوحاً أمام إضافة جرائم أخرى كما يتبين من عجز الفقرة (1) من المادة السابعة من النظام الأساسي للمحكمة. ويبدو أن هذا الاتجاه كان بسبب التزايد المطرد في الأفعال المرتكبة من الأفراد جنائياً أمام المحكمة الدولية الجنائية.

ولضمان عدم إفلات مرتكبي هذه الجرائم من المسؤولية بالاستناد إلى الدفع بأنهم قد ارتكبوا هذه الجرائم تنفيذاً لأوامر الرئيس الأعلى وأن عدم مشروعية هذه الأوامر لم تكن ظاهرة، فقد اعتبرت الفقرة (2) من المادة (33) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بأن عدم مشروعية الأمر الصادر من الرئيس الأعلى تكون ظاهرة في حالة ارتكاب الجرائم ضد الإنسانية، ومن ثم لا يمكن الإفلات من العقاب استناداً إلى هذا الدافع.

ثانياً: الجرائم غير المشمولة بعدم مشروعية الأوامر الظاهرة

بمفهوم المخالفة لنص الفقرة الثانية من المادة (33) من النظام الأساسي يمكن القول بأنه يجوز لمرتكب جرائم الحرب وجريمة العدوان أن يدفع بحجة تنفيذه لأوامر الرئيس الأعلى، وأن عدم مشروعية هذه الأوامر لم تكن ظاهرة.

ونرى أنه من المناسب أن نتطرق إلى مفهوم هاتين الجريمتين. لعلنا نصل إلى الأسباب التي دفعت النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية إلى عدم شمولهما بنص الفقرة الثانية من المادة (33).

1- جرائم الحرب:

يمكن أن نعرف جرائم الحرب بأنها الانتهاكات الجسيمة لقواعد القانون الدولي الإنساني وترتكب ضد أشخاص أو ممتلكات تحميهم الاتفاقيات الدولية.⁽³⁷⁾

وهي جرائم خطيرة وردت في اتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1949م (1) وبموجب أحكام هذه الاتفاقيات تعد جرائم الحرب حصراً هي :

- 1- القتل العمد.
- 2- التعذيب أو المعاملة اللا إنسانية بضمنها التجارب الخاصة بعلم الحياة.
- 3- تعمد إحداث الألم الشديد أو الأضرار الخطيرة بالسلامة البدنية أو بالصحة.
- 4- تدمير الممتلكات أو الاستيلاء عليها على نطاق واسع لا تبرره الضرورات الحربية.
- 5- إرغام أسرى الحرب أو المدنيين على الخدمة في القوات المعادية.
- 6- تعمد حرمان أسير الحرب أو المدنيين من حقه في أن يحاكم بصورة عادلة ومنتظمة.
- 7- النفي أو النقل أو الحجز غير مشروع للمدنيين.
- 8- أخذ المدنيين كرهائن.

وتنص المادة الثانية المشتركة لاتفاقيات جنيف لعام 1949 على أن جريمة الحرب يمكن أن تتحقق سواء أكان هناك نزاع مسلح دولي أو داخلي، فقد ورد (علاوة على الأحكام التي تسري وقت السلم تنطبق هذه الاتفاقية في حالة الحرب المعلنة وأي اشتباك آخر ينشب بين طرفين أو أكثر من الأطراف السامية المتعاقدة، حتى لو لم يواجه هذا الاحتلال مقاومة مسلحة، وإذا لم تكن أحد دول النزاع طرفاً في هذه الاتفاقية فإن دول النزاع الأطراف فيها تبقى مع ذلك ملتزمة بها في علاقتها المتبادلة كما أنها تلتزم بالاتفاقية إزاء الدولة المذكورة إذا قبلت هذه الأخيرة أحكام الاتفاقية وطبقتها).

وقد حددت المادة الخامسة من نظام روما الأساسي الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة بنصها: «1- يقتصر اختصاص المحكمة على أشد الجرائم خطورة موضع اهتمام المجتمع الدولي بأسره، وللمحكمة بموجب هذا النظام الأساسي اختصاص النظر في الجرائم التالية:

- أ- جريمة الإبادة الجماعية.
- ب- الجرائم ضد الإنسانية.
- ج- جرائم الحرب.
- د- جريمة العدوان...».

وقد أفرد النظام الأساسي للمحكمة الدولية الجنائية المادة الثامنة إلى جرائم الحرب فأورد أنه يكون للمحكمة اختصاص فيما يتعلق بجرائم الحرب، ولاسيما عندما ترتكب في إطار خطة أو سياسة عامة أو في إطار عملية ارتكاب واسعة النطاق لهذه الجرائم. وبين النظام في الفقرة (2) من المادة الثامنة منه أنه «لغرض هذا النظام الأساسي تعني «جرائم الحرب».

أ- الانتهاكات الجسيمة لاتفاقيات جنيف المؤرخة 1949/8/12م أي فعل من الأفعال التالية ضد الأشخاص والممتلكات الذين تحميهم أحكام اتفاقية جنيف ذات الصلة:

- 1- القتل العمد
- 2- التعذيب أو المعاملة اللا إنسانية، بما في ذلك إجراء تجارب بيولوجية.
- 3- تعمد إحداث معاناة شديدة أو إلحاق أذى خطير بالجسم أو بالصحة.
- 4- إلحاق تدمير واسع النطاق بالممتلكات والاستيلاء عليها دون أن تكون هناك ضرورة عسكرية تبرر ذلك وبالمخالفة للقانون وبطريقة عابثة .
- 5- إرغام أي أسير حرب أو أي شخص آخر مشمول بالحماية على الخدمة في صفوف قوات دولة معادية.
- 6- تعمد حرمان أي أسير حرب أو أي شخص آخر مشمول بالحماية من حقه في أن يحاكم محاكمة عادلة ونظامية.
- 7- الإبعاد أو النقل غير المشروعين أو الجنس غير المشروع.
- 8- أخذ الرهائن

من الجدير بالذكر أن المادة الثانية المشتركة لاتفاقيات جنيف لعام 1949 قد نصت على أن جريمة الحرب يمكن أن تتحقق سواء أكان النزاع المسلح دوليا أو غير دولي وقد بينت الفقرة (ب) من المادة الثامنة من النظام الأساسي للمحكمة الدولية الجنائية الانتهاكات الخطيرة للقوانين والأعراف السارية على المنازعات الدولية المسلحة في النطاق الثابت للقانون الدولي والتي تشكل جرائم حرب وهي ما يلي:

- 1- تعمد توجيه هجمات ضد السكان المدنيين بصفتهم هذه أو ضد أفراد مدنيين لا يشاركون مباشرة في الأعمال الحربية.
- 2- تعمد توجيه هجمات ضد مواقع مدنية، أي المواقع التي لا تشكل أهدافا عسكرية.

3- تعمد شن هجمات ضد موظفين مستخدمين أو منشآت أو مواد أو وحدات أو مركبات مستخدمة في مهمة من مهام المساعدة الإنسانية أو حفظ السلام عملاً بميثاق الأمم المتحدة ما داموا يستحقون الحماية التي توفر للمدنيين أو للمواقع المدنية بموجب قانون المنازعات المسلحة.

4- تعمد شن هجوم مع العلم بأن هذا الهجوم سيسفر عن خسائر تبعية في الأرواح أو عن إصابات بين المدنيين أو عن إلحاق أضرار مدنية أو عن إحداث ضرر واسع النطاق وطويل الأجل وشديد للبيئة الطبيعية يكون إفراطه واضحاً بالقياس إلى مجمل المكاسب العسكرية المتوقعة الملموسة المباشرة.

5- مهاجمة أو قصف المدن أو القرى أو المساكن أو المباني العزلاء التي لا تكون أهدافا عسكرية، بأية وسيلة كانت.

6- قتل أو جرح مقاتل استسلم مختاراً، يكون قد ألقى سلاحه أو لم تعد لديه وسيلة للدفاع.

7- إساءة استعمال علم الهدنة أو علم العدو أو شارته العسكرية وزيه العسكري أو علم الأمم المتحدة أو شاراتها وأزيائها العسكرية، وكذلك الشعارات المميزة لاتفاقيات جنيف مما يسفر عن موت الأفراد أو إلحاق إصابات بليغة بهم.

8- قيام دولة الاحتلال على نحو مباشر أو غير مباشر، بنقل أجزاء من سكانها المدنيين إلى الأرض التي تحتلها، أو إبعاد أو نقل كل سكان الأرض المحتلة أو أجزاء منهم داخل هذه الأرض أو خارجها.

9- تعمد توجيه هجمات ضد المباني المخصصة للأغراض الدينية أو التعليمية أو الفنية أو العلمية أو الخيرية، والآثار التاريخية والمستشفيات وأماكن تجمع المرضى والجرحى، شريطة ألا تكون أهدافا عسكرية.

10- إخضاع الأشخاص الموجودين تحت سلطة طرف معاد للتشويه البدني أو لأي نوع من التجارب الطبية أو العلمية التي لا تبررها المعالجة

الطبية أو معالجة الأسنان أو المعالجة في المستشفى للشخص المعني أو تعريض صحتهم لخطر شديد.

11- قتل أفراد متممين إلى دولة معادية أو جيش معاد أو إصابتهم غدرًا.

12- إعلان أنه لن يبقى أحد على قيد الحياة.

13- تدمير ممتلكات العدو أو الاستيلاء عليها ما لم يكن هذا التدمير أو الاستيلاء مما تحتمه ضرورات الحرب.

14- إعلان أن حقوق ودعاوى رعايا الطرف المعادي ملغاة أو معلقة أو لن تكون مقبولة في أية محكمة.

15- إجبار رعايا الطرف المعادي على الاشتراك في عمليات حربية موجهة ضد بلدهم حتى وإن كانت قبل نشوب الحرب في خدمة الدولة المحاربة

16- نهب أي بلدة أو مكان حتى وإن تم الاستيلاء عليه عنوه.

17- استخدام السموم أو الأسلحة المسمومة.

18- استخدام الغازات الخائقة أو السامة أو غيرها من الغازات وجميع ما في حكمها من السوائل أو المواد أو الأجهزة.

19- استخدام الرصاصات التي تتمدد أو تتسطح بسهولة في الجسم البشري مثل الرصاصات ذات الأغلفة الصلبة التي لا تغطي كامل جسم الرصاصات أو الرصاصات المحززة الغلاف.

20- استخدام أسلحة أو قذائف أو مواد أو أساليب حربية تسبب بطبيعتها أضرارًا زائدة أو آلامًا لا لزوم لها أو أن تكون عشوائية بطبيعتها المخالفة للقانون الدولي للمنازعات المسلحة، بشرط أن تكون هذه الأسلحة والقذائف والمواد والأساليب الحربية موضع حظر شامل وأن تدرج في مرفق هذا النظام الأساسي، عن طريق تعديل يتفق والأحكام ذات الصلة الواردة في المادتين 121 و 123.⁽³⁸⁾

21- الاعتداء على كرامة الشخص، وبخاصة المعاملة المهينة والحاطة بالكرامة.

22- الاغتصاب أو الاستعباد الجنسي أو الإكراه على البغاء أو الحمل القسري على النحو المعرف في الفقرة 2 (و) من المادة 7 أو التعقيم القسري، أو أي شكل آخر من أشكال العنف الجنسي يشكل أيضاً انتهاكاً خطيراً لاتفاقيات جنيف.

23- استغلال وجود شخص مدني أو أشخاص آخرين متمتعين بحماية لإضفاء الحصانة من العمليات العسكرية على نقاط أو مناطق أو قوات عسكرية معينة.

24- تعمد توجيه هجمات ضد المباني والمواد والوحدات الطبية ووسائل النقل والأفراد من مستعملي الشعارات المميزة الميمنة في اتفاقيات جنيف طبقاً للقانون الدولي.

25- تعمد تجويع المدنيين كأسلوب من أساليب الحرب بحرمانهم من المواد التي لا غنى عنها لبقيتهم، بما في ذلك تعمد عرقلة الإمدادات الغذائية على النحو المنصوص عليه في اتفاقيات جنيف.

26- تجنيد الأطفال دون الخامسة عشرة من العمر لإزامياً أو طوعياً في القوات المسلحة الوطنية أو استخدامهم للمشاركة فعلياً في الأعمال الحربية.

أما بشأن النزاعات المسلحة غير الدولية فقد عدد النظام الأساسي للمحكمة الدولية الجنائية في الفقرة (ج) من المادة الثامنة منه الانتهاكات التي تشكل جرائم حرب وهي الانتهاكات الجسيمة للمادة (3) المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربع ضد أشخاص في 12/ آب/ 1949م. وهي أي من الأفعال التالية المرتكبة ضد أشخاص غير مشتركين اشتراكاً فعلياً في الأعمال الحربية بما في ذلك أفراد القوات المسلحة الذين ألقوا سلاحهم وأولئك الذين أصبحوا عاجزين عن القتال بسبب المرض أو الإصابة الاحتجاز أو لأي سبب آخر.

- 1- استعمال العنف ضد الحياة والأشخاص، وبخاصة القتل بجميع أنواعه، والتشويه والمعاملة القاسية، والتعذيب.
- 2- الاعتداء على كرامة الشخص، وبخاصة المعاملة المهينة والحاطة بالكرامة.
- 3- أخذ الرهائن.

4- إصدار أحكام وتنفيذ إعدامات دون وجود حكم سابق صادر عن محكمة مشكلة تشكلاً نظامياً تكفل جميع الضمانات القضائية المعترف عموماً بأنه لا غنى عنها. هذا وقد بينت الفقرة (د) من المادة الثامنة أن الفقرة 2/ج تنطبق على المنازعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي وبالتالي فهي لا تنطبق على حالات الاضطرابات والتوترات الداخلية مثل أعمال الشغب أو أعمال العنف المنفردة أو المتقطعة وغيرها من الأعمال ذات الطبيعة المماثلة.

في حين نصت الفقرة (هـ) من المادة ذاتها على انتهاكات أخرى خطيرة للقوانين والأعراف السارية على المنازعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي وهي:

- 1- توجيه هجمات ضد السكان المدنيين بصفتهم هذه أو ضد أفراد مدنيين لا يشاركون مباشرة في الأعمال الحربية.
- 2- تعمد توجيه هجمات ضد المباني والمواد والوحدات الطبية ووسائل النقل والأفراد من مستعملي الشعارات المميزة الميمنة في اتفاقيات جنيف طبقاً للقانون الدولي.
- 3- تعمد شن هجمات ضد موظفين مستخدمين أو منشآت أو مواد أو وحدات أو مركبات مستخدمة في مهمة من مهام المساعدة الإنسانية أو حفظ السلام عملاً بميثاق الأمم المتحدة ما داموا يستحقون الحماية التي توفر للمدنيين أو للمواقع المدنية بموجب القانون الدولي للمنازعات المسلحة.

4- تعمد توجيه هجمات ضد المباني المخصصة للأغراض الدينية أو التعليمية أو الفنية أو العلمية أو الخيرية، والآثار التاريخية، والمستشفيات، وأماكن تجمع المرضى والجرحى، شريطة ألا تكون أهدافاً عسكرية.

5- نهب أي بلدة أو مكان حتى وإن تم الاستيلاء عليه عنوة.

6- الاغتصاب أو الاستعباد الجنسي أو الإكراه على البقاء أو الحمل القسري على النحو المعرف في الفقرة 2 (و) من المادة 7 أو التعقيم القسري، أو أي شكل آخر من أشكال العنف الجنسي يشكل أيضاً انتهاكاً خطيراً للمادة 3 المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربع.

7- تجنيد الأطفال دون الخامسة عشرة من العمر إجبارياً أو طوعياً في القوات المسلحة أو استخدامهم للمشاركة فعلياً في الأعمال الحربية.

8- إصدار أوامر بتشريد السكان المدنيين لأسباب تتصل بالنزاع ما لم يكن ذلك بداع من أمن المدنيين المعنيين أو لأسباب عسكرية ملحة.

9- قتل أحد المقاتلين من العدو أو إصابته غدرًا.

10- إعلان أنه لن يبقى أحد على قيد الحياة.

11- إخضاع الأشخاص الموجودين تحت سلطة طرف آخر في النزاع للتشويه البدني أو لأي نوع من التجارب الطبية أو العلمية التي لا تبررها المعالجة الطبية أو معالجة الأسنان أو المعالجة في المستشفى للشخص المعني والتي لا تجري لصالحه وتتسبب في وفاة ذلك الشخص أو أولئك الأشخاص أو في تعريض صحتهم لخطر شديد.

12- تدمير ممتلكات العدو أو الاستيلاء عليها ما لم يكن هذا التدمير أو الاستيلاء مما تحتمه ضرورة الحرب.

هذا، وتنص الفقرة (و) من المادة الثامنة على أن الفقرة 2 (هـ) لا تنطبق على حالات الاضطرابات والتوترات الداخلية مثل أعمال الشغب والعنف المنفردة أو المتقطعة أو غيرها من الأعمال ذات الطبيعة المماثلة. وإنما

تنطبق على المنازعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي والمنازعات المسلحة التي تقع في إقليم دولة عندما يوجد صراع مسلح متطاول الأجل بين السلطات الحكومية وجماعات مسلحة منظمة أو فيما بين هذه الجماعات.

2- جريمة العدوان:

نصت الفقرة الأولى من المادة (5) من النظام الأساسي للمحكمة الدولية الجنائية على أنه «يقتصر اختصاص المحكمة على أشد الجرائم خطورة موضع الاهتمام الدولي بأسره، وللمحكمة بموجب هذا النظام الأساسي اختصاص النظر في الجرائم الآتية:

1- جريمة الإبادة الجماعية.

2- الجرائم ضد الإنسانية.

3- جرائم الحرب.

4- جريمة العدوان».

وقد بين النظام الأساسي للمحكمة المقصود بالجرائم الثلاث الأولى من النص إلا أنه أجل اختصاص المحكمة في النظر في الجريمة الرابعة (جريمة العدوان)، بحجة الاتفاق على تعريفها.⁽³⁹⁾

وفي ذلك نصت الفقرة (2) من المادة (5) من النظام الأساسي للمحكمة على: «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».

ويبدو من ذلك أن النظام قد أجل اختصاص المحكمة في جريمة العدوان حتى يتم الاتفاق على تعريف للعدوان ويتم بعد ذلك تعديل النظام الأساسي وفقاً للمادتين 121، 123 الخاصة باتفاق الدول الأطراف على تعريف محدد لهذه الجريمة وإجراء التعديل وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في

المواد أعلاه. إلا أن ذلك لا ينفي أن هذه الجريمة هي من أقسى وأخطر الجرائم الدولية المرتكبة، بل إن الجرائم الدولية الأخرى غالباً ما تكون نتائج متفرعة من هذه الجريمة، مما يستلزم تحديد مضمونها وفرض العقاب المستحق لمركبيها.

ومن الجدير بالذكر أن تعريف جريمة العدوان لم يجمع على تحديده رغم المحاولات الكثيرة في هذا الشأن. ففي عهد عصبة الأمم المتحدة لم تعرف العصبة جريمة العدوان إلا أنها ميزت بين الحرب العدوانية والحرب غير العدوانية، فموجب نصوص عهد العصبة لا تعد حرباً عدوانية إذا شنتها دولة طرف في نزاع ضد طرف آخر وكانت الدولة الأولى قد سبق أن قبلت حكم محكمة العدل الدولية الدائمة أو قرار التحكيم أو توصية، وبذلك فإن عصبة الأمم لم تعرف العدوان إلا إنها عرفت الحرب العدوانية.⁽⁴⁰⁾

وبقيام الأمم المتحدة أخذت محاولات وضع تعريف للعدوان تتزايد، رغم أن ميثاق الأمم المتحدة جاء خالياً من تعريف له، ففي عام 1953م قدم الاتحاد السوفيتي إلى الجمعية العامة مشروعاً لتعريف العدوان. شكلت الجمعية على أثره لجنة من 19 عضواً لدراسة المشروع وقدمت اللجنة تقريرها في عام 1957 إلا أن ردود الدول حول المشروع كانت ضعيفة ولم تؤد إلى وضع هذا التعريف.

وتكررت المحاولات ففي عام 1968 أصدرت الجمعية العامة قرارها المرقم 22/2330 الخاص بتشكيل لجنة من 35 عضواً لدراسة مسألة تعريف العدوان وقدمت اللجنة ثلاثة مشاريع في هذا الخصوص.⁽⁴¹⁾

وفي عام 1974م أصدرت الجمعية العامة قرارها المرقم 3314 الخاص بتعريف العدوان والذي جاء في المادة الأولى منه «إن العدوان هو استخدام القوة المسلحة من قبل دولة ما ضد دولة أخرى أو سلامتها الإقليمية أو استقلالها السياسي أو بأية صورة أخرى تتنافى مع ميثاق الأمم المتحدة وفقاً لنص هذا التعريف». لم يكتف قرار الجمعية العامة بتعريف العدوان وإنما

ذكر أفعالا قال إن كلا منها يكيف بأنه فعل عدواني ، حيث نصت المادة (7) من التعريف على تكييف الأفعال الآتية بأنها عدوانية :

أ. غزو أو مهاجمة أراض دول ما عن طريق القوات المسلحة لدولة أخرى أو احتلال عسكري مهما يكن مؤقتا ، ناجم عن مثل هذا الغزو أو المهاجمة أو أي ضرر باستخدام القوة ، لأراض دولة أخرى أو جزء منها .

ب. قصف أراضي دولة أخرى عن طريق القوات المسلحة لدولة ما أو استخدام أية أسلحة من جانب دولة ما ضد أراضي دول أخرى .

ج. حصار موانئ أو سواحل دولة ما عن طريق القوات المسلحة لدولة أخرى .

د. أي هجوم تقوم به القوات المسلحة لدولة ما على القوات البرية أو البحرية أو الجوية ، أو على الأساطيل البحرية أو الجوية لدولة أخرى .

هـ. استخدام القوات المسلحة لدولة ما الموجودة داخل أراضي دولة أخرى بموافقة الدولة المستقبلة ، على نحو يناقض الشروط المنصوص عليها في الاتفاق أو أي مد لوجودها إلى ما بعد انتهاء الاتفاق .

و. تصرف دولة ما بالسماح باستخدام أراضيها التي وضعتها تحت تصرف دولة أخرى من جانب تلك الدولة الأخرى لارتكاب عدوان ضد دولة ثالثة .

ز. إرسال عصابات أو جماعات أو جنود غير نظاميين أو مرتزقة مسلحين من جانب دولة أو نيابة عنها، ينفذون أعمالا ينطوي عليها استخدام القوة المسلحة ضد دولة أخرى وعلى درجة من الخطورة بحيث ترقى إلى مصاف الأفعال المذكورة أعلاه أو مشاركتها في ذلك .

وقد عدت المادة (3) من القرار المذكور هذه الأفعال عدوانية «بغض النظر عما إذا كان يوجد إعلان للحرب» هذا يعني أن معيار الأسبقية في استخدام القوة المسلحة سيؤخذ به في تكييف أي فعل من هذه الأفعال ، كما

ستبقى لمجلس الأمن صلاحية عدم عد هذه الأفعال عدوانية في ضوء الظروف الواقعة فيها⁽⁴²⁾.

هذا وقد نصت المادة (4) من التعريف على: (لمجلس الأمن أن يقرر بأن أفعالا أخرى تؤلف عدوانا بموجب نصوص الميثاق .

ومن المهم القول بأن ميثاق المحكمة العسكرية لنورمبرغ عام 1945 ذهب إلى اعتبار العدوان جريمة دولية ورتب على ذلك المسؤولية الجنائية للأفراد المسؤولين عن التحضير لحرب عدوان أو شنّها فضلاً عن المسؤولية الدولية للدولة. كما وصف مشروع مدونة الجرائم المخلة بسلم الإنسانية في المادة (16) منها العدوان بأنه جريمة دولية وأدرجتها ضمن الجرائم الواردة فيها وتبنت القرار رقم 33314 لعام 1974م.

إلا أن كثير من الدول لم تقبل إدراج العدوان كجريمة دولية ضمن النظام الأساسي للمحكمة الدولية الجنائية على أساس عدم وجود تعريف محدد للعدوان والأفعال المكونة له ولعل أشد المعارضين لذلك تمثل في دولتي الولايات المتحدة الأمريكية وإسرائيل.

3- أسباب عدم شمول جرائم الحرب والعدوان بعدم مشروعية الأوامر الظاهرة.

استثنى النظام الأساسي للمحكمة الدولية الجنائية جرائم الحرب والعدوان من مبدأ عدم جواز الدفع بالمسؤولية الناتجة عن تنفيذ أوامر الرؤساء. الواردة في المادة الثالثة والثلاثون من النظام الأساسي. مما سمح بالتحلل من المسؤولية المترتبة عن ارتكابهما وإفلات مرتكبهما من العقاب بحجة تنفيذ أوامر الرئيس الأعلى وعدم معرفته المسبقة بان هذه الأوامر غير مشروعة.

ولاشك أن الفقرة 2 من المادة 33 من النظام الأساسي تتناقض مع المنطق، فما الذي يجعل جريمتي الإبادة والجرائم ضد الإنسانية ظاهرتي عدم المشروعية في حين لا يمكن اعتبار جرائم الحرب وجريمة العدوان كذلك؟

إن هذا الاستثناء إنما يتيح للدول العدوانية وقواتها المسلحة التحلل من المسؤولية والإفلات من العقاب بحجة أن الأمر الصادر من الرئيس الأعلى لم يكن ظاهر عدم المشروعية.

ومعرفة أن الولايات المتحدة الأمريكية وإسرائيل التي تمارس قواتها عدوانا واحتلالاً عسكرياً لدول أخرى تعارضان إدراج العدوان في نظام المحكمة الدولية الجنائية، يتفهم الأسباب الحقيقية وراء إفساح المجال لمركبي هذه الجرائم للتحلل من المسؤولية.⁽⁴³⁾

لذا نجد أنه من الضروري تعديل الفقرة (2) من المادة 33 بما يجعل عدم مشروعية الأوامر الصادرة من الرؤساء أو القادة بارتكاب جميع الجرائم الخاضعة لاختصاص المحكمة ظاهرة، مما لا يسمح بالتمسك بهذا الدفع للإفلات من العقاب على ارتكابها، لاسيما جرائم الحرب أو العدوان.

المبحث الثالث

أمر الرئيس الأعلى في قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا

إذا كان للقضاء الدولي الجنائي الأثر الكبير في تقرير مبدأ مسؤولية الأفراد عن الجرائم التي ترتكب وتشكل اعتداءً على الأسس التي يقوم عليها المجتمع الدولي، فالأولوية تنعقد دائماً للقضاء الجنائي الوطني بحسب الأصل، ويمكن القول بأن هذه النتيجة تتفق مع تلك الرابطة التي تنشأ بين المتهم والدولة التي انتهكت قوانينها .

ويلاحظ في هذه العلاقة أنها تمثل رابطة بين أطراف تتمتع بالصفة الوطنية، وهم الجنائي، والإدعاء العام، والمحكمة الوطنية. ويبرر هذه العلاقة الاعتراف بمبدأ حق الإنسان في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، ويعد هذا المبدأ استنتاجاً منطقياً من مبدأ استقلال القاضي وحيدته الذي ينصرف إلى أن الاختصاص ينعقد للقضاء الوطني بحكم أنه صاحب الاختصاص الأصيل للفصل في الدعاوى، كما أن اعتبارات السيادة تقتضي أن يكون القضاء الوطني صاحب الاختصاص الأول عن أي اختصاص جنائي آخر. فإذا ما عجزت السلطات القضائية الوطنية عن تحقيق العدالة الجنائية لأي سبب مما

عرضنا له، انتقل الاختصاص إلى المحاكم الدولية الجنائية لتحقيق العدالة الجنائية على المستوى الدولي.

وفي هذا المجال يعمل المجتمع الدولي دائما على تحفيز القضاء الوطني لتولى مهامه ومباشرتها بمحاكمة الأشخاص المتهمين بارتكاب جرائم دولية، كلما كان ذلك ممكناً. وفي هذا الجزء من البحث سنتناول موضوع تنفيذ أمر الرئيس الأعلى في قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا.

والمحكمة الجنائية العراقية العليا محكمة مشكلة بقانون وطني وقضاتها وهيئة الادعاء العام فيها وطينيون إلا أنه ومن خلال استقراء نصوصها يتبين اعتمادها قواعد القانون الدولي الجنائي الخاصة بالجريمة الدولية من حيث أنواع الجرائم الدولية الخاضعة لاختصاصها والتي تشكل الاتفاقيات الدولية والعرف الدولي من أهم مصادر هذه الأحكام، التي تسود على القواعد الجنائية الداخلية وتتميز عنها.

المطلب الأول : أسباب إنشاء المحكمة

كان لابد من تشكيل محكمة لمساءلة قيادات النظام العراقي السابق عما بدر منهم من انتهاكات خلال مدة حكمهم. بسبب المآسي التي تعرض لها الشعب العراقي والجرائم التي طالت بالقتل أكثر من 6 % من إجمالي عدد رجاله البالغين والجرائم الأخرى والتي تمثل بعضها بالاعتقال أو التعذيب والتشريد طوال ثلاثة عقود⁽⁴⁴⁾ والمغامرات العسكرية الطائشة التي قادها النظام القمعي السابق التي خلفت ما يزيد عن المليون من الضحايا العراقيين وغير العراقيين من دول الجوار والتي تمثل انتهاكا لكل المواثيق والأعراف الدولية في زمن السلم وزمن الحرب، وما لحق بالعراق في إثر ذلك من تداعيات سياسية واقتصادية واجتماعية وقد أشارت الأسباب الموجبة لقانون المحكمة الجنائية العراقية العليا إلى الضرورة التي دفعت إلى إنشاء المحكمة بقولها : (لأجل إظهار الجرائم التي ارتكبت في العراق منذ 17/7/1968 لغاية 1/5/2003 ضد الشعب العراقي وشعوب المنطقة، وما تمخضت عنه من مجازر وحشية، ولغرض وضع القواعد والعقوبات التي تدين مرتكبي هذه

الجرائم في محاكمة عادلة عن جرائمهم في شن الحروب والإبادة الجماعية والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية ولغرض تشكيل محكمة وطنية جنائية عراقية عليا من قضاة عراقيين يتمتعون بكفاءة وخبرة عالية ونزاهة ، تختص بمحاكمة هؤلاء المجرمين.

ومن أجل إظهار الحقيقة وما سببه مرتكبو تلك الجرائم من عنت وظلم، وحماية لحقوق العديد من العراقيين ورفع الحيف عنهم وإبراز عدالة السماء كما أرادها الله سبحانه وتعالى. شرع هذا القانون).

ويمكن تلخيص أهم الانتهاكات التي ارتكبتها النظام العراقي السابق بما يلي:⁽⁴⁵⁾

- 1- تدمير نحو من خمسة آلاف قرية كردية عمدا فيما بين عامي 1977 و1987 وطرده الأهالي منها بالقوة.
- 2- استخدام القصف، بما في ذلك القصف بالأسلحة الكيماوية، لقتل آلاف المدنيين الأكراد.
- 3- مدهامة مرتفعات كردستان العراق خلال حملة "الأنفال" من فبراير/شباط إلى سبتمبر/أيلول 1988، وإلقاء القبض على أكثر من 100 ألف كردي، معظمهم من الرجال والصبية، وإعدامهم.
- 4- تهجير الأقليات العرقية بالقوة من منطقة كركوك الغنية بالنفط، الأمر الذي أدى إلى طرد أكثر من 120 ألف من الأكراد والآشوريين والتركمان، لتحل محلهم أسر عربية جيء بها من جنوب العراق.
- 5- قمع الشيعة وطرده ما يقدر بنصف مليون شخص إلى إيران خشية تأييدهم لإيران أثناء الحرب، وسجن أو اختفاء ما يتراوح بين خمسين ألف وسبعين ألف من المدنيين، أكثرهم من الرجال والصبية، الذين انتزعوا من أسرهم قبل إعدامهم.

6- القمع الشرس لانتفاضة عام 1991 عندما بدأت الأغلبية الشيعية من السكان انتفاضة ضد استبعادهم من مؤسسات السلطة والتي اعتقل خلالها الآلاف أو اختفوا وأعدم المئات بصورة فورية. وعندما فر المدنيون والمتمردون ورجال الدين والفرارون من الجيش إلى الأهوار الجنوبية، قام الجيش العراقي بقصف المنطقة مجبرا الأهالي على الخروج منها، وتعمد البدء في مشروع ضخخ لتجفيف الأهوار بهدف فتح الطريق أمام الجيش للوصول إلى المنطقة بسهولة؛ ففر الآلاف من عرب الأهوار إلى إيران. ويعتقد الخبراء أن إجمالي سكان المنطقة تقلص بما يقدر بنحو 250 ألفا في أوائل التسعينيات إلى ما لا يتعدى 40 ألفا بحلول عام 2003.

7- ارتكبت القوات العراقية انتهاكات عديدة للقانون الإنساني الدولي إبان الحرب العراقية الإيرانية واحتلال الكويت، منها ما زعم عن استخدامها الأسلحة الكيماوية في هجمات عشوائية، وعمليات الإعدام دون محاكمة، والتعذيب والاعتصاب والاختفاء القسري والعقاب الجماعي ومصادرة الممتلكات على نطاق واسع.⁽⁴⁶⁾

هذا وتسري ولاية المحكمة على الجرائم التي ارتكبتها عراقيون أو مقيمون في العراق ضمن الجمهورية العراقية أو خارجها حيث ورد في نص المادة الأولى/ ثانياً من القانون رقم (10) لسنة 2005 قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا (تسري ولاية المحكمة على كل شخص طبيعي سواء أكان عراقياً أم غير عراقي مقيم في العراق متهم بارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في المواد (11، 12، 13، 14) من هذا القانون والمرتبطة من تاريخ 1968/7/17 ولغاية 2003/5/1 في جمهورية العراق أو أي مكان آخر وتشمل الجرائم الآتية :

أ- جريمة الإبادة الجماعية.

ب- الجرائم ضد الإنسانية.

ج- جرائم الحرب.

د- انتهاكات القوانين العراقية المنصوص عليها في المادة (14) من هذا القانون⁽⁴⁷⁾.

ومن مبادئ القانون الدولي الجنائي الخاصة بالمتهم والتي طبقتها المحكمة الجنائية العراقية العليا مبدأ عدم الاعتداد بأمر الرئيس الأعلى.

المطلب الثاني

مبدأ عدم الاعتداد بأمر الرئيس الأعلى في قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا

بين أن القانون الدولي الجنائي لم يعترف لأمر الرئيس الأعلى بأن يكون عذراً مقبولاً في دفع المسؤولية استناداً إلى مبادئ محكمة نورمبرغ، وقد ترك للمحكمة سلطة تقديرية في قياس مدى حرية الاختيار التي يتمتع بها الشخص عند تنفيذ الأمر المكون للجريمة الدولية ويختلف مدى هذه الحرية حسب وظيفة ومركز الممثل إلى الأمر ومدى سلطة صاحب الأمر عليه. مع أن الاحتجاج بالأمر الرئاسي الصادر إلى الشخص وبمقتضى نص المادة الثامنة من نظام المحكمة الدولية الجنائية كان يمكن أن يعد سبباً مخففاً للعقوبة وإن لم يصل إلى مرتبة أسباب الإباحة.

أما في قانون المحكمة الجنائية العراقية العليا فقد استبعد المشرع العراقي دفع الرئيس الأعلى للمسؤولية الجنائية الناشئة عن الجرائم التي قد يرتكبها من يعمل بإمرته في الفقرتين 4، 5 من المادة الخامسة عشر.

فقد ورد (... رابعاً: لا يعفى الرئيس الأعلى من المسؤولية الجنائية عن الجرائم التي يرتكبها الأشخاص الذين يعملون بإمرته، إذا كان الرئيس قد علم أو كان على وشك ارتكابها ولم يتخذ الرئيس الإجراءات الضرورية والمناسبة لمنع وقوع هذه الأفعال أو أن يرفع الحالة إلى السلطات المختصة بغية إجراء التحقيق والمحاكمة.

خامساً: في حالة قيام أي شخص متهم بارتكاب فعل تنفيذاً لأمر صادر من الحكومة أو من رئيسه فإن ذلك لن يعفيه من المسؤولية الجنائية ويجوز

أن يراعى ذلك في تخفيف العقوبة إذا رأت المحكمة تحقيق العدالة يتطلب ذلك).

ومن استعراض هذا النص يتبين أن المشرع قد أقام المسؤولية الجنائية على كل من الرئيس الذي أصدر الأمر والمرؤوس الذي قام بالتنفيذ.

كما بينت المادة الخامسة عشر الفقرة الخامسة منها أن تنفيذ أوامر الرئيس الأعلى لا يعفي من المسؤولية الجنائية وإنما يمكن إذا رأت المحكمة أن مقتضيات العدالة تتطلب تخفيف العقوبة فلها أن تقوم بذلك.

إلا أن المحكمة لم تستخدم هذا الحق وخاصة في قضية الأنفال في محاكمة المتهم سلطان هاشم وزير الدفاع في النظام السابق فقد ورد «إضافة إلى ما تقدم فإن العبارة لن تعفيه من المسؤولية الجنائية الواردة بنص الفقرة (5) من المادة (15) صريح لا لبس فيه ولا غموض ولا مساغ للاجتهاد في معرض النص، فضلاً عن أن التماس العذر المخفف للمتهم، عند فرض العقوبة وحسب ما ورد بنص الفقرة المذكورة - أمر جوازي»⁽⁴⁸⁾.

كما رفضت الهيئة التمييزية في المحكمة الجنائية العراقية العليا في قضية الدجيل في 2006/12/26 اعتبار تنفيذ أوامر الرئيس الأعلى معفياً أو مخففاً من العقاب فقررت (يعتبر فعل المرؤوس غير مشروع لأن في ذلك الفعل عزوفاً عن المصالح التي يحميها ويسبغ عليها عدم المشروعية دون التقيد بما يقرره أحكام القانون الجنائي المحلي ذلك أن المرؤوس هو إنسان لديه ملكات الوعي والإدراك فهو ليس آلة ينفذ دون تفكير ما يتلقاه من أوامر بل إن من واجبه فحص الأوامر وعدم الالتزام بتنفيذها إلا إذا ثبت اتفاقها مع قواعد القانون فالمرؤوس شخص من أشخاص القانون شأنه شأن الرئيس تماماً فهو ملزم بتنفيذ جميع الالتزامات التي يفرضه عليه القانون وخضوعه لتلك الالتزامات...)⁽⁴⁹⁾.

الخاتمة

في ختام هذا البحث لا بد من الذكر بأننا لأ نرى مسوغ لان يعتبر المشرع الدولي في الفقرة (2) من المادة (33) من نظام روما الأساسي أن عدم مشروعية الأمر الصادر من الرئيس الأعلى تكون ظاهرة إذا ما تعلق بارتكاب جريمة الإبادة الجماعية أو الجرائم ضد الإنسانية ويفردها بمعاملة خاصة دون الجرائم الدولية الأخرى واعتبار عدم مشروعية الأمر الصادر بارتكابها ظاهرة. في حين لا يمكن اعتبار تنفيذ الأوامر المتضمنة ارتكاب جرائم الحرب والعدوان كذلك.

كما نقترح تعديل المادة (28) من النظام والتي قررت مسؤولية القادة والرؤساء بإيراد نص يقضي بأن المحكمة الجنائية الدولية هي المختصة في تحديد إن الإجراءات الأزمة والمعقولة تلك التي يجب أن يتخذها الرئيس أو القائد والتي يمكن اعتبار الرئيس مسؤولاً في حالة عدم اتخاذها ، فإذا ترك الأمر للدول والحكومات فلا نضمن عدم انحيازها لاسيما وأن هؤلاء المسؤولين قد يكونون في مواقع قيادية عالية المستوى ، ومن ثم فمن الممكن أن يؤثروا في دولهم وحكوماتهم في اتخاذ القرارات والمواقف بهذا الشأن .

ونقترح تضمين القانون الوطني العراقي (قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969) النص على الجرائم المنصوص عليها في نظام روما الأساسي، ذلك أن هذا النظام نَح القانون الجنائي الدولي فيما يتعلق بتعريف جريمة الإبادة الجماعية وجرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية ، فقد تبنت هذه التعريفات ((120)) دولة شاركت في مؤتمر روما .

لذلك فإنها تمثل وجهات نظر غالبية الدول فيما يتصل بالحالة الراهنة للقانون الجنائي الدولي، كما أن الدول التي تُضمّن قوانينها العقابية تعريف الجرائم الدولية كما نص عليها نظام روما تظهر دعمها وتمسكها بالأعراف والمعايير الدولية وفضلا عن ذلك كله فإنه يشكل ضمانا لانعقاد الاختصاص

القضائي للدولة على ما يرتكب فوق إقليمها من جرائم دولية وذلك سواء أصدقت تلك الدولة على اتفاقية إنشاء المحكمة الدولية الجنائية أم لم تصدق.

المصادر

- 1- د. إبراهيم زهير الراجحي . جريمة العدوان ومدى المسؤولية القانونية الدولية عنها . جامعة عين شمس . 2002م.
- 2- د. أبو الخير أحمد عطية . المحكمة الجنائية الدولية الدائمة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999م.
- 3- جون ماري هنكرتس ولويس دوزوالد . بك . القانون الدولي الإنساني العرفي . مصر 2007.
- 4- د. حسام علي عبد الخالق الشبخة . المسؤولية والعقاب على جرائم الحرب . دار الجامعة للطباعة والنشر . 2004.
- 5- د. حسين الشيخ محمد طه الباليساني . القضاء الدولي الجنائي ، 2004.
- 6- د. حميد السعدي ، مقدمة في دراسة القانون الدولي الجنائي . مطبعة المعارف ، بغداد 1971.
- 7- د. شفيق الحديثي النظام الانضباطي لموظفي الدولة في العراق . رسالة ماجستير . بغداد 1975م.
- 8- شريف عتلم ، المحكمة الجنائية الدولية الموائمات الدستورية والتشريعية ، 2004
- 9- زكي شنودة . موسوعة تاريخ الأقباط . ط 2 . القاهرة . 1968م . ج 1.
- 11- د. صالح جواد الكاظم . مباحث في القانون الدولي ، دار الشؤون الثقافية . بغداد . 1991.
- 12- د. ضاري خليل محمود و باسيل يوسف، المحكمة الجنائية الدولية ، هيمنة القانون أم قانون الهيمنة ، بيت الحكمة ، بغداد 2003.
- 13- د. عبد الفتاح محمد سراج، مبدأ التكامل في القضاء الجنائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى 2001.
- 14- د. مازن ليلو راضي، طاعة الرؤساء وحدودها، دار قنديل، الأردن 2006.
- 15- د. مرشد احمد السيد و احمد غازي الهرمزي ، القضاء الدولي الجنائي ، دار الثقافة ، الأردن 2002.
- 16- د . محمد الشافعي أبو راس . القضاء الإداري . دار الكتب . 1981م.
- 17- د . محمود حامد الجمل . الموظف العام فقهاً وقضاءً . 1969م.

- 18- د. محمد نجيب حسني، دروس في القانون الجنائي الدولي، دروس لطلبة الدكتوراه ، جامعة القاهرة . معهد العلوم القانونية، 1959 - 1960.
- 19- محمود شريف بسيوني . المحكمة الجنائية العراقية المختصة بالجرائم ضد الإنسانية . دار الشروق . القاهرة . 2005.
- ثانيا : الأبحاث والمقالات :
- 1- حسين عيسى مال الله ،مسئولية القادة والرؤساء والدفع بإطاعة الأوامر العليا ، بحث منشور في كتاب القانون الدولي الإنساني منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر .2006.
- 2- د. سمعان بطرس فرج . تعريف العدوان . المجلة المصرية للقانون الدولي ، المجلد 24 السنة 1968.
- 3- د. سمعان بطرس فرج الله، الجرائم ضد الإنسانية ، إبادة الجنس وجرائم الحرب وتطور مفاهيمها ، بحث منشور في كتاب دراسات في القانون الدولي الإنساني، تقديم الدكتور مفيد شهاب ، دار المستقبل العربي، ط 1 ، 2000.
- 4- المستشار عبد الرحيم يوسف العوضي، المحكمة الجنائية الدولية، مدى حجية أحكام القضاء الوطني بحث مقدم إلى الندوة القانونية العربية حول أثار التصديق والانضمام إلى النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ، جامعة الدول العربية ، للفترة من 3-4 شباط، 2002.
- 5- د. كمال حماد، جريمة العدوان أحدى الجرائم الخطيرة في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، الندوة العلمية، المحكمة الجنائية الدولية، تحدي الحصانة، جامعة دمشق، كلية الحقوق، 2001.
- 6- محمد ماهر . جريمة الإبادة . بحث منشور ضمن كتاب المحكمة الجنائية الدولية . لشريف عتلم، المحكمة الجنائية الدولية الموائمات الدستورية والتشريعية ، 2004.
- ثالثا: رسائل الماجستير وأطاريح الدكتوراه
- 1-د. عبد الله علي عبو سلطان . دور القانون الدولي الجنائي . في حماية حقوق الإنسان رسالة دكتوراه . جامعة الموصل . 2004.
- رابعا : المصادر باللغة الانجليزية:

1- Lemkin R: Genocide as a new international crime R.I.D.P. 1946

- الهوامش :

- (1) حكم محكمة القضاء الإداري المصري في 10 يناير 1955م أشار إليه د. شفيق الحديثي النظام الانضباطي لموظفي الدولة في العراق . رسالة ماجستير . بغداد 1975م ص 58 .

- (2) أشار إليه : د. حميد السعدي، مقدمة في دراسة القانون الدولي الجنائي . مطبعة المعارف، بغداد، 1971 . ص 364 .
- (3) جلاسر . الأمر الأعلى في القانون الدولي الجنائي . مجلة العقوبات وعلم الإجرام 1953م . أشار إليه د. حميد السعدي . المصدر نفسه . ص 365 .
- (4) كان الاصطلاح الشائع عند بعض الكتاب أن يطلق على اتفاقيات جنيف باتفاقيات الصليب الأحمر .
- (5) حسين الشيخ محمد طه الباليساني . القضاء الدولي الجنائي، 2004 . ص 188 .
- (6) نقلا عن : د. حسين الشيخ محمد طه الباليساني . المصدر نفسه . ص 189 .
- (7) د . محمد الشافعي أبو راس . القضاء الإداري . دار الكتب . 1981م ص 334 .
- (8) د. عبد الفتاح محمد سراج، مبدأ التكامل في القضاء الجنائي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى 2001 . ص 172 .
- (9) د. ابراهيم زهير الدرাজي . جريمة العدوان ومدى المسؤولية القانونية الدولية عنها . جامعة عين شمس . 2002م . ص 832 .
- (10) د . محمود حامد الجميل . الموظف العام فقهاً وقضاءً . 1969م . ص 151 .
- (11) الدكتور مرسى سويلم . أداء الواجب كسبب من أسباب الإباحة . ص 447 . أشار إليه حسين عيسى مال الله، مسؤولية القادة والرؤساء والدفع بإطاعة الأوامر العليا، بحث منشور في كتاب القانون الدولي الإنساني منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر 2006 . ص 390
- (12) للمزيد ينظر: د. مازن ليلو راضي، طاعة الرؤساء وحدودها، دار قنديل، الأردن، 2006، ص 107.
- (13) حسين عيسى مال الله . المصدر السابق . ص 390.
- (3) Article (28) Loi No 634 du 13 Juill et 1983 Cod administrati f dalloz، 1987-pb18.
- (15) حسين عيسى مال الله . المصدر السابق . ص 391
- (16) د. عبد الفتاح بيومي حجازي . المصدر السابق . ص 172 .
- (4) (Article (28) Loi No 634 du 13 Juill et 1983 Cod administrati f dalloz، 1987-pb18.
- (18) ينظر: العميد حسين عيسى مال الله . المصدر السابق . ص 390 ود. حسام علي عبد الخالق الشيخة . المسؤولية والعقاب على جرائم الحرب . دار الجامعة للطباعة والنشر . 2004م . ص 37 وما بعدها.
- (19) د. محمود نجيب حسني، دروس في القانون الجنائي الدولي، دروس لطلبة الدكتوراه، جامعة القاهرة . معهد العلوم القانونية، 1959 . 1960، ص 111 .
- (20) د . عبد الفتاح بيومي حجازي . المصدر السابق . ص 178 .
- (21) د. ضاري خليل محمود و باسيل يوسف، المحكمة الجنائية الدولية، هيمنة القانون أم قانون الهيمنة، بيت الحكمة، بغداد 2003 . ص 163 .
- الخطأ قد يكون واعياً كما قد لا يكون كذلك، والخطأ الواعي ويسمى أيضاً الخطأ مع التوقع ويحصل عندما يريد الفاعل والفعل الذي يؤدي إلى الجريمة ولا يريد تحقيق النتيجة ومع ذلك يتوقع حدوث النتيجة كأثر لفعله ومع ذلك يقدم على الفعل مخاطراً بحصولها فتحدث هذه النتيجة كأثر لفعله . أما الخطأ غير الواعي ويسمى أيضاً الخطأ مع عدم التوقع فان الفاعل يريد الفعل ولا يريد النتيجة لكنه لم يتوقع اصلاً هذه النتيجة لكنها وقعت نتيجة فعله هذا .

- (22) زكي شنودة . موسوعة تاريخ الأباط . ط 2 . القاهرة . 1968م . ج 1 ص 108 .
- (24) د . الإحصائية أطلقها مركز Genocid watch ، أشار إليها : شريف عتلم ، المحكمة الجنائية الدولية الموائمات الدستورية والتشريعية ، 2004 ص 68 .
- (25) محمد ماهر - جريمة الإبادة . بحث منشور ضمن كتاب المحكمة الجنائية الدولية - لشريف عتلم - المصدر السابق - ص 68 - ص 72 .
- (26) التوتسي لا يمثلون جماعة اثنية مختلفة عن جماعة الهوتو ، ومع ذلك واستناداً إلى الأعمال التحضيرية لاتفاقية إبادة الجنس لعام 1948م ، رأت المحكمة إن الإرادة الحقيقية لواقعي هذه الاتفاقية قد انصرفت إلى أن الحماية في ارتكاب جريمة إبادة الجنس تمتد إلى أية جماعة شبيهة بالجماعات التي ذكرت في المادة الثانية من الاتفاقية بالقياس إلى عنصر استقرار وثبات الانتماء إليها مدى الحياة ، فالانتماء إلى الجماعة يتحدد منذ الميلاد ، وليس انتماءً إرادياً ، ومن ثم ينشأ إدراك جماعي بالاختلافات بين هذه الجماعة وغيرها من الجماعات ، وهذا هو وضع جماعة التوتسي وجماعة الهوتو في رواندا . فقد اعتبرت كل جماعة منها نفسها بأنها جماعة (اثنين مجازاً) وليس طبقاً للمعايير الأثروبولوجية والوراثية
- Le Blanc (lawrerce .J) the Intent to Destory Groups in Genocide
- نقلًا عن : د. سمعان بطرس فرج الله - الجرائم ضد الإنسانية ، إبادة الجنس وجرائم الحرب وتطور مفاهيمها - بحث منشور في كتاب دراسات القانون الدولي الإنساني - تقديم الدكتور مفيد شهاب - دار المستقبل العربي - ط 1 / 2000م ص 430 .
- (27) وهو الأمر الذي أكدته محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري عام 1951 .
- Reservations to the Convention on the Prevention and punishment of the Crime of Genocide
- Advisory opinion ، 1951 ، ICJ Rrport 16 ، P . 23 .
- (28) د. مرشد احمد السيد و احمد غازي الهرمزي ، القضاء الدولي الجنائي ، دار الثقافة ، الأردن 2002 - ص 123 .
- (29) قرار الجمعية العامة في دورتها الثالثة والعشرين رقم 2393 في 11/26/1968م .
- (30) قرار الجمعية العامة في دورتها الثامنة والعشرين رقم 3074 في 13/12/1973 .
- (31) د. مرشد احمد السيد و أحمد غازي الهرمزي - المصدر السابق - ص 124 .
- (5) المستشار عبد الرحيم يوسف العوضي - المحكمة الجنائية الدولية ، مدى حجية أحكام القضاء الوطني بحث مقدم إلى الندوة القانونية العربية حول آثار التصديق والانضمام إلى النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ، جامعة الدول العربية ، خلال 3 - 4 شباط - 2002 ، ص 5 .
- (6) د. أبو الخير أحمد عطية . المحكمة الجنائية الدولية الدائمة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1999 ، ص 170 .
- (1) د. محمود نجيب حسني - المصدر السابق ، ص 9 .
- (35) أثارَت بعض الجرائم المذكورة في هذا النص تحفظات من جانب بعض الدول لتعارضها مع معتقداتها الدينية لاسيما جريمة « الحمل الإجباري » التي قد تبيح الإجهاض الذي تحرمه العقيدة الإسلامية والديانة المسيحية . وجريمة التعذيب لشبهة تعارضها مع الحدود في الشريعة الإسلامية . لذلك أكد النظام الأساسي «...لا يشمل التعذيب أي الم أو معاناة يتجمان فحسب عن عقوبات قانونية أو يكونان جزءاً منها أو نتيجة لها .» (المادة السابعة /2/هـ) .

- (36) للمزيد ينظر : د. سمعان بطرس فرح الله - المصدر السابق - ص 442 .
- (37) اتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1949م هي :
- اتفاقية جنيف الأولى لتحسين حالة الجرحى والمرضى بالقوات المسلحة بالميدان .
 - اتفاقية جنيف الثانية لتحسين حال الجرحى والمرضى وغرقى القوات المسلحة في البحار .
 - اتفاقية جنيف الثالثة بشأن معاملة أسرى الحرب .
 - اتفاقية جنيف الرابعة بشأن، حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب .
- (38) يتعلق نص المادة (121) من النظام الأساسي للمحكمة بالتعديلات التي يمكن إجرائها بعد نفاذ النظام الأساسي وانقضاء سبع سنوات على بدء هذا النفاذ . في حين تتعلق المادة (123) باستعراض الأمين العام للأمم المتحدة النظام الأساسي بعد انقضاء سبع سنوات على بدء نفاذه وعقده مؤتمراً استعراضياً للدول الأطراف للنظر في أية تعديلات على هذا النظام .
- (39) جون ماري هنكرتس ولويس دوزوالد . بك - القانون الدولي الإنساني العرفي - مصر . 2007م - ص 496 وما بعدها .
- (40) د. سمعان بطرس فرح - تعريف العدوان - المجلة المصرية للقانون الدولي - المجلد 24 السنة 1968م - ص 191 .
- (41) د. عبد الله علي عبو سلطان . دور القانون الدولي الجنائي - في حماية حقوق الإنسان رسالة دكتوراه - جامعة الموصل - 2004، ص 111 - 112 .
- 42 . د. صالح جواد الكاظم - مباحث في القانون الدولي، دار الشؤون الثقافية - بغداد - 1991 - ص 169 - 172 .
- (43) استندت الولايات المتحدة إلى ثلاثة حجج للتذرع بعدم الموافقة على إدراج العدوان في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية وهي :
- 1- عدم وجود تعريف للعدوان .
 - 2- ضرورة تحديد دور مجلس الأمن في تقرير وقوع العدوان .
 - 3- إن العدوان جريمة ترتكبها الدول لا الأفراد فضلاً عن عدم وجود سوابق قضائية دولية بشأن المسؤولية الجنائية عن أفعال عدوانية .
- ينظر في ذلك: د. كمال حماد - جريمة العدوان إحدى الجرائم الخطيرة في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية - الندوة العلمية - المحكمة الجنائية الدولية، تحدي الحصانة - جامعة دمشق - كلية الحقوق - 2001م - ص 874 - 877 .
- (44) محمود شريف بسبوني - المحكمة الجنائية العراقية المختصة بالجرائم ضد الإنسانية - دار الشروق - القاهرة - 2005 ص 16
- (45) تقرير عن إنشاء المحكمة الجنائية العراقية العليا وأولى محاكماتها - المركز الدولي للعدالة الانتقالية - أكتوبر/تشرين الأول 2005ص4.
- (46) انظر على سبيل المثال تقرير لجنة حقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة عن أوضاع حقوق الإنسان في الكويت في ظل الاحتلال العراقي" E/CN.4/RES/1991/6، "العراق والكويت المحتلت"، التقرير السنوي لمنظمة هيومن رايتس ووتش لعام 1990 .
- (47) صدر قانون المحكمة الجنائية العليا الذي أقرته الجمعية الوطنية طبقاً للقرتين أ و ب من المادة الثالثة والثلاثون والمادة السابعة والثلاثون من قانون إدارة الدولة العراقية للمرحلة

الانتقالية والمنشور في جريدة الوقائع العراقية العدد 4006 في 18 / 10 / 2005 ألغى هذا القانون
قانون المحكمة الجنائية العراقية المختصة بالجرائم ضد الإنسانية رقم (1) لسنة 2003 والمنشور
في جريدة الوقائع العراقية رقم 3980.
(48) قرار المحكمة في قضية الدجيل، ص 142.
(49) ينظر: قرار الهيئة التمييزية في المحكمة الجنائية العراقية العليا في قضية الدجيل عدد 29/
ت/2006 في 26/12/2006 ص 9

الاختصاص الجنائي العالمي ودوره في تفعيل العدالة الدولية الجنائية

بقلم

د. بدار الدين شبل

معهد العلوم القانونية والإدارية - المركز الجامعي بالوادي - الجزائر



ملخص:

يعبر مبدأ الاختصاص الجنائي العالمي على تطبيق القانون الجنائي للدولة على الجرائم الدولية بصرف النظر عن مكان وقوعها وأيا كانت جنسية مرتكبها أو جنسية المجني عليه، وهذه القدرة تمنحه أهمية بالغة لمكافحة الجرائم الدولية على حساب مبادئ الاختصاص الوطني الأخرى، خصوصا مع إسناد الأولوية للولاية القضائية الوطنية في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، رغم أن التوسع الزائد للاختصاص القضائي الوطني قد يؤدي إلى ما يسمى بفوضى الاختصاص نتيجة نشوء نزاعات قانونية لا داعي لها بين الدول، وهو ما دفع للقول بضرورة إعطاء الأولوية للاختصاص الإقليمي، إلا أن هذا الرأي يفقد مبرراته في ظل الانتقائية في إعمال آليات العدالة الدولية الجنائية .

Résumé:

Le principe de compétence pénale universelle est reflété par l'application du droit pénal internationale sur les crimes internationaux, sans pour autant prendre en considération la nationalité de l'auteur ou la nationalité de la victime. Cette capacité lui attribue une grande importance dans la lutte contre les crimes internationaux, et ce au détriment des principes de la juridiction nationale, et particulièrement quand il s'agit de donner la priorité à la juridiction nationale dans le Statut de la Cour pénale internationale, bien que la sur-extension de la juridiction nationale peut conduire au chaos de la juridiction à la suite de l'émergence de conflits juridiques inutiles entre les États, ce qui a induit la nécessité de donner la priorité à la compétence régionale, mais ce point de vue perd sa raison d'être compte tenu de la sélectivité dans la réalisation des mécanismes de la justice pénale internationale.

مقدمة

يتمحور هذا الاختصاص بصيغته الواسعة حول النظام القانوني الذي يمنح المحاكم الجزائية في جميع الدول الاختصاص على مرتكبي الفعل غير المشروع دولياً، وهم المتواجدون فوق أراضيها بغض النظر عن مكان وقوع الفعل غير المشروع وطبيعته، وقد انقسم الفقه حول عالمية الاختصاص بين من يرى أن وجود مجرم أجنبي على الإقليم الوطني لدولة ما لا يعفيه من الجزاء ثمرة لجرائمه، فهذا غير مسموح به إطلاقاً فمن المصلحة العامة للدول والإنسانية جمعاء ألا يفلت مجرم من العقاب، أما البعض الآخر فيشير إلى أن القضاة ليس من عملهم الثأر والانتقام بصفة عامة من الجناة، والمبدأ يقول بأن الجناة لا يعاقبون إلا في البلد التي ارتكبوا فيها جرائمهم، إلا أن المدافعين عن الاختصاص العالمي يصرون على أن مرتكبي الجرائم الخطيرة يجب أن يحاكموا أينما وجدوا فضلاً عن ذلك أن الدولة هي المؤهلة لتأكيد إيقاع الجزاء لما لها من اختصاصات إقليمية و شخصية و فعلية، واختصاص الدولة باعتقال المتهمين الأجانب يقتصر على تسليمهم لدولة أخرى، فهذا الاختصاص لا يمثل للكثيرين سوى خاصية ثانوية و مرتبطة بتطبيق قاعدة جروسوس حاكم أو سلم أي التسليم أو المحاكمة، ومن ثم يذهبون إلى أن الاختصاص العالمي أصبح مفروضاً على الدول كشرط لمتابعة المجرمين في حالة عدم تسليمهم وهذا أصبح نتيجة لمبدأ حاكم أو سلم¹.

أولاً. الإطار المفاهيمي لمبدأ الاختصاص الجنائي العالمي :

هناك من يطلق على هذا المبدأ الصلاحية العالمية أو الشاملة²، وهناك من يطلق عنه مبدأ العالمية ويقصد به خضوع الأجنبي لقانون عقوبات الدولة التي يقبض عليه فيها أو يوجد على أرضها بعد ارتكابه جريمة في الخارج³، وسنحاول أن نتعرض في نطاق هذا الإطار المفاهيمي إلى تعريف المبدأ، أهميته وتطوره .

1 - تعريفه:

ويقوم هذا المبدأ على أنه لكل دولة ولاية القضاء في أي جريمة بصرف النظر عن مكان وقوعها أو مساسها بمصالحها أو جنسية مرتكبها أو المجني عليه

فيها، ومؤدى المبدأ أن القاعدة الجنائية تطبق بالنسبة للأجانب الذين يرتكبون أي جريمة في أي دولة من دول العالم طالما تم القبض عليهم على إقليم الدولة، فمكان القبض هو الذي يحدد مجال الاختصاص الجنائي لقانون العقوبات الوطني⁴، حيث أن وجوده على أرض الدولة أو القبض عليه فيها بعد ارتكابه للجريمة في الخارج يجعل القضاء الوطني لهذه الدولة مختصا ومن ثم أطلق عليه بالاختصاص الجنائي العالمي.

والاختصاص بمفهومه الإجرائي في المجال القضائي يعني بوجه عام نصيب كل محكمة من الولاية الممنوحة للقضاء من الدعاوى التي تقررت لها ولاية الفصل فيها، فتكون لها الصلاحية في مباشرتها وبسط سلطانها للتصرف فيها، وإذا كان مفهوم الاختصاص على هذا النحو فإن اتصافه بالعالمية يرتبط بفكرة ولاية القضاء بنظر جريمة ارتكبت بالكامل خارج الحدود الجغرافية للدولة التي ينتمي إليها ذلك القضاء، فينصرف مدلول الاختصاص الجنائي العالمي إلى صلاحية قضاء الدولة في مباشرة إجراء جنائي معين يتمثل في ملاحقة الجاني ومحاكمته وعقابه، وقد ورد في المبادئ التي وضعتها جامعة برستون سنة 2001 بشأن الاختصاص العالمي، والتي أطلق عليها اسم مبادئ برستون عن الاختصاص العالمي حيث عبر عنه بأنه: (إن الاختصاص الدولي للقضاء الوطني يستند إلى نوع الجريمة دون النظر إلى مكان ارتكابها أو جنسية الجناة أو أي رابطة أخرى بالدولة التي تمارس ذلك الاختصاص).

وفي هذا الصدد تشترط بعض التشريعات توافر ضابط آخر لانعقاد اختصاص القضاء الوطني كضبط وسيلة ارتكاب الجريمة أو ضبط مرتكب الجريمة في إقليم الدولة لانعقاد ولاية محاكمها الوطنية، فيغدو انعقاد الاختصاص الجنائي العالمي معلقا على شرط وجود مرتكب الجريمة في إقليم الدولة، ومن ثم فإن الاختصاص الجنائي العالمي يتمثل في أن محاكمة الجاني بواسطة القضاء الوطني لا تتوقف على مكان ارتكاب الجريمة أو جنسية مرتكبها أو جنسية ضحاياها، وإن اختلفت في بعض ضوابط أعمال

هذا الاختصاص سواء فيما يتعلق بنوع الجريمة المرتكبة أو مكان وجود المتهم⁵.

فوحشية الجرائم الدولية وخطورتها والتي يدينها المجتمع الدولي بأكمله تجعل من مرتكبيها أعداء الشعوب كلها، والأذى الذي تلحقه هذه الجرائم بالمصالح الدولية تولد لدى الدول جميعها موجب ملاحقة المجرمين بغض النظر عن جنسياتهم وأماكن ارتكابهم الجرائم.

وتشكل هذه الفكرة الركيزة الأساسية لمبدأ الاختصاص الجنائي العالمي أو الاختصاص الجنائي الشامل الذي يخول المحاكم الداخلية بدء التحقيقات والملاحقة المتعلقة بالجرائم الواقعة في أي مكان في العالم أي كانت جنسية المعتدي أو الضحية حتى في غياب أي رابط بين الجريمة والدولة التي تقع فيها المحكمة، فالمسوغ القانوني للقبض على المجرم واتخاذ الإجراءات القانونية بحقه هو خطورة الجريمة بحد ذاتها وليس الاختصاص الإقليمي أو الشخصي كما هو متعارف عليه⁶.

وفي ضوء ما تقدم يمكن بوجه عام تعريف الاختصاص الجنائي العالمي الذي تتعقد به الولاية القضائية للقضاء الوطني بأنه: (صلاحية تقرر للقضاء الوطني في ملاحقة ومحاكمة وعقاب مرتكب أنواع معينة من الجرائم التي يحددها التشريع الوطني دون النظر لمكان ارتكابها ودون اشتراط توافر ارتباط معين يجمع بين الدولة وبين مرتكبها أو ضحاياها وأيا ما كانت جنسية مرتكبها أو ضحاياها فيصبح نطاق إقليم الدولة أو تحديد مكان وقوع الجريمة أو النظر إلى جنسية مرتكبها أو جنسية ضحاياها غير ذي جدوى وهو ما أنشأ ما يسمى بمبدأ العالمية أو مبدأ عالمية القاعدة الجنائية أو ما أسماه البعض بنظام العالمية أو نظام العقاب العالمي أو ما يطلق عليه عالمية الحق في العقاب والذي يركز على مبدأ الاختصاص العالمي نظرا لكونه ولاية ممنوحة للمحاكم الجنائية لجميع الدول للحكم في جريمة ارتكبت من أي شخص أينما كانت الدولة التي ارتكبت فيها، فيمتد بمقتضاه تطبيق القانون الجنائي للدولة على الجرائم الدولية بصرف النظر عن مكان وقوعها

وأي كانت جنسية مرتكبها أو جنسية المجني عليه، ويعد على هذا النحو اختصاصا يتجاوز حدود إقليم الدولة وهو ما يؤدي وفقا للبعض إلى عولمة القضاء الوطني بالنسبة لجرائم معينة بالنظر لعدم اشتراط علاقة معينة تربط الجريمة المرتكبة بالدولة التي تباشر الدعوى).

والاختصاص الجنائي العالمي يمنح أجهزة الدولة سلطة ملاحقة مرتكب جرائم معينة يحددها تشريع الدولة أيا كان مكان ارتكاب المتهم للجريمة ودون اشتراط صلة معينة تربطه بالدولة وتقديمه للمحاكمة بواسطة قضاة الوطني الذي يكون له ولاية الفصل في الدعوى، وترتبا على ما تقدم فإن نطاق تطبيق مبدأ التسليم يتراجع أمام عالمية الحق في العقاب، بل إنه سيؤدي حتما إلى اختفاء الحق في اللجوء إلى دولة أخرى والذي كان يتخذ شكلا سياسيا في وقت لم تكن فيه الدولة تبالي بالجرائم السياسية التي ترتكب في دولة أخرى⁷، والاختصاص الجنائي العالمي يحقق التعاون بين الدول في مكافحة الجريمة إذ يسمح بملاحقة أي مجرم وعدم تمكنه من الإفلات من العقوبة، أي كانت جنسيته وأي كان مكان ارتكاب الجريمة وأي كان نوع الجريمة ووصفها⁸.

2. أهميته :

لم تظهر أهمية هذا المبدأ إلا مع التطور الذي حدث في الجريمة الدولية والتي واكبت التطور العلمي في كافة مجالات الحياة⁹، وتنفيذ المسؤولية الجنائية عن الجرائم الدولية بواسطة النظام القانوني الداخلي يرتبط أساسا بالمبدأ الأساسي في القانون الداخلي ألا وهو مبدأ الشرعية (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) والذي يقوم على أنه يوجد نص قانوني يحدد الفعل المجرم وتحدد فيه العقوبة، ومن ثم فإنه كقاعدة عامة يلزم لتطبيق القواعد الدولية الجنائية بواسطة المحاكم الوطنية أن تصبح قانونا ملزما لهذه المحاكم، وهذا الأمر يتطلب من المشرع الوطني النص على الجرائم الدولية¹⁰، ومساعي المجتمع الدولي نحو توسيع آليات الملاحقة لمجرمي الحرب من أجل حماية مصالحه وقيمه الإنسانية وكرامة الإنسان وإنسانيته وتحقيق الإحساس

بالعدالة¹¹، والتضامن الدولي لمجابهة تلك الجرائم الدولية بدأ مع تشكيل لجان دولية ومحاكمات عن طريق محاكم خاصة مؤقتة¹².

وقد كانت السمة الغالبة لتلك المحاكمات هي عدم استثثار أية دولة ببسط سيادتها القضائية الوطنية لمباشرة اختصاصات سيادتها على الجرائم التي ارتكبت، بل كان قرار المحاكمة ذاته لا تنفرد به دولة بعينها ولكن يتم من خلال اتفاقية دولية أو اتفاقية قاصرة على دول الحلفاء المنتصرة خلال الحرب أو بقرار من مجلس الأمن لمحاكمة مجرمي الحرب، وقد أعطت النظم الأساسية لهذه المحاكم الأولية لاختصاصها على المحاكم الوطنية، فلم تكن تقبل كمبدأ عام الاختصاص المتوازي في المحاكمة بين الولايات القضائية الجنائية الوطنية والمحكمة الدولية الجنائية، بل إنه على العكس من ذلك كانت تركز هيمنة المحكمة الدولية على المحكمة الوطنية خلافا لما كانت تنص عليه كثير من المعاهدات التي اتخذت عمادا للمحاكمة من وجوب خلق اختصاص متواز لكل من القضائيين الوطني والدولي¹³، فقد نصت المادة 6 من اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها على: (يحاكم الأشخاص المتهمون بارتكاب الإبادة الجماعية أو أي من الأفعال الأخرى المذكورة في المادة الثالثة أمام محكمة مختصة من محاكم الدولة التي ارتكبت الفعل على أرضها أو أمام محكمة جزائية دولية تكون ذات اختصاص إزاء ما يكون من الأطراف المتعاقدة قد اعترفت بولايتها)¹⁴.

وتلك المحاكم لم تكن قادرة على ملاحقة جميع الجرائم بل منها من أحجمت عمدا على ملاحقة بعض المتهمين، الأمر الذي حدا ببعض الدول إلى إقامة قضاء جنائي وطني على جرائم دولية¹⁵، وتضمن التشريعات العقابية الوطنية لتجريم أفعال أضفت عليها الاتفاقيات الدولية الصفة الإجرامية فانتقلت بذلك قواعد قانونية خاصة بالجرائم الدولية إلى التنظيم القانوني الداخلي تماثل قواعد القانون الدولي الجنائي كرومانيا وفنلندا، وليست كل قواعد القانون الداخلي ذات العلاقة بالجرائم الدولية مستمدة من القانون الدولي وحده إنما هناك صور تجريم تستند إلى اعتبارات مستمدة من

المصلحة الداخلية للدولة، ذلك أن بعض التشريعات قد سبقت الاتفاقيات الدولية في تجريمها للأفعال المعتبرة جرائم دولية، وعند تنفيذها للاتفاقيات اللاحقة أجرت بعض التعديلات في قانونها الداخلي بما يتماشى مع ما جاء في هذه الاتفاقيات¹⁶، فالدولة التي تؤسس لاختصاصها العالمي يجب أن يكون منسجم مع الالتزامات التي تفرضها الاتفاقيات الدولية التي توقعها، فالدولة هنا لا تقوم سوى بتكييف القانون الوطني مع القانون الدولي ويكون بذلك هذا الاختصاص شرعي من وجهة نظر القانون الدولي والقانون الوطني¹⁷.

والقانون الدولي لمدة طويلة قد اعتمد على مفهوم الشرعية الجنائية وفقا لمذهب العدالة الموضوعية، ومؤداه أن الشرعية تتحقق بمعاينة من يرتكب أفعالا تضر بالمجتمع على نحو جسيم، وينفر منها جميع أعضاء المجتمع حتى ولو لم تكن مجرمة في القانون الوطني وقت ارتكابها، كما أن التزام الدولة عن طريق قضائها الوطني بمحاكمة مرتكبي الجرائم الدولية الجسيمة في الواقع العملي أكثر من كونه حبرا على ورق في معاهدة أو اتفاقية أو قرار دولي، حيث وجد من المعوقات السياسية والدبلوماسية والقانونية ما حال دون وضعه موضع تنفيذ، بل أرغمت بعض الدول من جانب الدول الكبرى على التخلي عن حقها في ممارسة حقوقها السياسية أو مورست الضغوط لأجل إعفاء قانونها الذي يسمح بالاختصاص العالمي المطلق، فقد اقتصر المبدأ في بداية الأمر على حالات فردية تمسكت بها بعض الدول ارتكانا إلى وضعها السياسي، إلا أنها كانت محاكمات عشوائية، وأحيانا كانت تمثل في حد ذاتها انتهاكا لمبدأ الشرعية الإجرائية الجنائية، ولم يراع فيها قواعد القانون الدولي والمبادئ القانونية المتعارف عليها .

ورغم المآخذ القانونية التي وجهت إلى أغلب المحاكمات التي تمت بواسطة المحاكم الدولية الجنائية والتي كانت تعد أولى التجارب العملية لإقامة قضاء دولي جنائي، إلا أنها تمثل اللبنة الأولى لتدعيم القضاء الجنائي الوطني لكي يكون له اختصاص بملاحقة الجرائم الدولية، فقد حولت فكرة

الاختصاص الدولي الجنائي إلى اختصاص جنائي عالمي يمارسه القضاء الوطني، ليصبح اختصاصا أصيلا له الأولوية على القضاء الدولي يتجاوز ضوابط الاختصاص التقليدية، وقد وضحت أهمية الاختصاص الجنائي العالمي في النظام الأساسي للمحكمة الدولية الجنائية الذي أقر أسبقية القضاء الجنائي الوطني على القضاء الدولي الجنائي، وأنه لن يكون بديلا على القضاء الجنائي الوطني في نظر الجرائم الدولية طالما كان هذا القضاء قادرا وراغبا في مباشرة التزاماته الدولية وفقا لقانونه الداخلي¹⁸.

ويمارس المشرع سلطته التقديرية في تحديد نطاق تطبيق قانون العقوبات الوطني، ويمكنه أن يمد هذا النطاق خارج إقليم الدولة إذا كان المتهم وطنيا وارتكب الجريمة خارج وطنه أو كان المجني عليه وطنيا، أي كان مكان وقوع الجريمة أو كانت الجريمة قد مست إحدى مصالح الدولة الموجودة خارج إقليمها أو إذا كانت الجريمة دولية، فينقذ الاختصاص للقضاء الوطني أي كان مكان وقوع الجريمة وهو ما يعرف بمبدأ الاختصاص العالمي، ووفقا لهذه المعايير التي تمكن القضاء الوطني من مباشرة اختصاصه على جرائم خارج إقليم الدولة تعتبر كل محكمة وطنية بمثابة محكمة جنائية دولية من حيث اختصاصها العالمي وحجية أحكامها، إلا أن مباشرة القضاء الوطني لاختصاصاته يعتمد على ما يحدده القانون الوطني من إجراءات بما في ذلك إجراءات التعاون القضائي التي ينص عليها هذا القانون وسائر الاتفاقيات الدولية المعقودة مع الدولة في هذا الشأن، فلا تطبق في هذا الشأن إجراءات التعاون القضائي المنصوص عليها في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لأنها لا تسري إلا إذا مارست هذه المحكمة اختصاصها.

ويجدر التنبيه في هذا الشأن إلى أن القضاء الوطني عندما يمارس اختصاصه على الجرائم الدولية إذا ما نص عليها التشريع الوطني لا يتقيد بسلطات مجلس الأمن المنصوص عليها في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، والتي تبيح له أن يطلب من المحكمة وقف الإجراءات لمدة 12 شهرا وذلك إذا ما رأى أن الحالة التي رفعت بشأنها الدعوى تشكل تهديدا

للسلم والأمن الدوليين، مما يخول لمجلس الأمن مباشرة سلطته في فرض العقوبات المنصوص عليها في الفصل السابع لحفظ وبقاء السلام¹⁹.

3. تطوره :

وإذا كان مبدأ الاختصاص الجنائي العالمي من أهم المبادئ التي نص عليها النظام الأساسي للمحكمة إلا أنه ليس جديدا، إذ يجد جذوره الأولى في الفقه القديم في مطلع القرن 17 حيث ترجع أصول هذا المبدأ إلى عصر الإمبراطور جوستنان، ولكن جروسيوس هو الذي وضع نظامه في بداية القرن 17 (التسليم أو العقاب) ومنذ ذلك الوقت ساد هذا المبدأ في التشريعات الجنائية الوطنية بصدد الجرائم التي تستهدف المصالح المشتركة للدول²⁰.

فقد ظهر في كتابات جروسيوس سنة 1625 ودي فاتل في كتابه عن قانون الشعوب أو مبادئ القانون الطبيعي المطبقة على السلوك وقضايا الأمم سنة 1758، وسجلت بعض الكتابات في القرن 19 فكرة العقاب العالمي وهو ما أطلق عليه بعالمية الحق في العقاب، بل وصفه جروسيوس بعالمية الواجب في العقاب وذلك من خلال اعتباره واجبا دوليا كأثر للتضامن بين أفراد أسرة المجتمع الدولي، وقد خرجت الفكرة من كتب الفقه لتسجل في مدونات التشريعات الجنائية الوطنية، وأولى تطبيقات مبدأ العالمية كانت في التشريع النمساوي سنة 1803 والإيطالي سنة 1889 والنرويجي سنة 1902 والروسي سنة 1903 والتي نصت على قواعد قانونية تعطي للقاضي حق ملاحقة الجرائم الدولية سواء التي وقعت بإقليم الدولة أو خارجها، وهو ما ترتب عليه تدويل القانون الجنائي أو ما أسماه البعض بعولمة القانون الجنائي والذي يؤدي إلى عولمة القضاء الوطني بالنسبة لجرائم معينة، ولجأت الدول من أجل محاكمة المتهمين بارتكاب جرائم دولية إلى أسلوبين:

- محاكمة المتهمين بواسطة المحاكم التي يتكون منها القضاء الجنائي العادي وفقا للنظام القضائي للدولة كما في قضية Adolfo Scilingo Francisco الضابط الأرجنتيني الذي تم القبض عليه في أسبانيا وحبسه احتياطيا في 15

نوفمبر 2004 لارتكابه جرائم اعتداء عن الإنسانية في الأرجنتين وحوكم بواسطة محاكمها العادية .

- إنشاء محكمة خاصة تختص بمحاكمة المتهمين بارتكاب الجرائم الدولية تنتهي بانتهاء المحاكمة كما هو الشأن في محاكمة الرئيس السابق صدام حسين المتهم و7 مسؤولين سابقين آخرين بارتكاب جرائم ضد الإنسانية أمام محكمة عراقية خاصة، سميت بالمحكمة الجنائية العراقية العليا تشكلت في ديسمبر 2003 وقد تم تشكيل هذه المحكمة في البداية بموجب القانون رقم 1 سنة 2003، والمحاكمات التي قامت بها هذه المحكمة تتفق مع القواعد التي أقرها النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بنصه في ديباجته ومادته الأولى على أن المحكمة لن تكون إلا مكملية للولايات القضائية الجنائية الوطنية، وهو ما يكرس مبدأ أولوية القضاء الوطني بملاحقة مرتكبي الجرائم الدولية²¹ .

ويسود هذا المبدأ في التشريعات الجنائية الوطنية بصدد الجرائم الدولية حيث تدخل في عدد الجرائم التي يشملها مبدأ العالمية جرائم الحرب، حيث نصت اتفاقيات جنيف سنة 1949 في شأن المرضى والجرحى من القوات المسلحة في الميدان في المادة 49 والمادة 50 بشأن الجرحى والمرضى والمادة 146 بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب، على أن يتعهد الأطراف المتعاقدة بإصدار أي تشريع ضروري لمعاقبة من ارتكب أو أمر بارتكاب الانتهاكات الخطيرة وتقديمهم للمحاكمة بصرف النظر عن جنسيتهم، وأجازت اتفاقيات جنيف للدول الأطراف بأن يسلموا طبقاً لتشريعهم الأشخاص المذكورين أنفاً إلى دولة أخرى لغرض محاكمتهم²² .

ويبدو أن ظهور مبدأ العالمية أو كما يسميه البعض الصلاحية الشاملة الذي يبرر لكل دولة حق محاكمة من يوجد في إقليمها على جرائم ارتكبت خارج حدودها ونطاق اختصاصها التقليدي، والذي يذهب البعض إلى حد وجوب إقراره كاختصاص رئيسي لا ثانوي كونه آلية مهمة لمكافحة هذه

الجرائم خصوصا مع إسناد الأولوية للولاية القضائية الوطنية، كما أن هذا المبدأ يلازم الجرائم الدولية ويوجد أساسه في المصلحة المشتركة للدول والدفاع الاجتماعي الساعي إلى تحقيق المصالح العليا الإنسانية²³.

وقد وجد مكانته المرموقة مع وجود مجتمع دولي منظم ظهرت فيه القواعد لتغطية الأعمال المعاقب عليها عالميا، ومن ثم تؤسس الدول الحديثة ممارستها لبعض أعمال السيادة والاختصاص على المواطنين والأجانب على حد سواء فيما يخص الأفعال التي تتم في الخارج، حيث تقوم الدول بمعاينة مرتكبي أفعال ضد مصالحها وتماطل دولهم في معاقبتهم وغيرها من الجرائم، وكل هذا يدخل في إطار محاربة الجرائم التي تمس بالسياسة الدولية العامة، وهو أعلى حد يمكن أن يصله مجتمع دولي متكون من دول ذات سيادة²⁴.

ويبدو أن مبدأ العالمية سوف تفرد له مساحات أرحب من تلك التي يحظى بها الآن في الأنظمة القانونية الوطنية، ولعل المستقبل القريب يحمل له ذلك في التشريعات الجنائية للدول، ذلك أنه يترتب على الأخذ بمبدأ العالمية في نطاق القانون الوطني لكل دولة وجوب السعي نحو توحيد هذه القواعد الداخلية، لأن الجريمة العالمية لا تعدوا أن تكون جريمة داخلية تضمن القانون الداخلي النص عليها وتتعاون الدول عن طريق الاتفاقيات على قواعد خاصة بتلك الجرائم والعقاب عليها حتى يكون التعاون على مكافحتها مجديا، وما ينطبق على الجريمة العالمية ينطبق على الجريمة الدولية في حالة تضمناها في القانون الداخلي، وهذا المبدأ تمليه اعتبارات التعاون بين الدول المختلفة لمكافحة المجرمين، ومن الطبيعي أن لا يطبق على كل الجرائم إذ يؤدي إلى تنازع خطير بين التشريعات الجنائية للدول المختلفة، ولذلك يقتصر تطبيقه على مجموعة من الجرائم تهم المجموعة الدولية كلها بحيث يعد مرتكبها معتديا على مصلحة مشتركة لكل الدول، ومن بينها الدولة التي قبض على الجاني فيها²⁵.

ثانيا- مكانة مبدأ الاختصاص الجنائي العالمي ضمن المبادئ العامة للاختصاص الجنائي الوطني :

ينعقد الاختصاص الجنائي للمحاكم الوطنية وفقا للقواعد العامة في حالة توافر أحد أربعة ضوابط ترتبط بالجريمة أو مرتكبها أو المجني عليه بالدولة التي ينتمي إليها الحكم، وهي مكان ارتكاب الجريمة أو جنسية مرتكبها أو جنسية المجني عليه أنواع الجريمة، وبالنظر إلى مكان ارتكاب الجريمة يمكن إرجاع ضوابط الربط أو بعبارة أخرى مبادئ الاختصاص إلى إحدى مجموعتين كبيرتين، الأولى اختصاص إقليمي وتخص الجرائم التي تحقق الركن المادي بأكمله في إقليم الدولة أو جزءا من هذا الركن، أما المجموعة الثانية فتستوعب جميع الجرائم التي ترتكب بالكامل في إقليم دولة أجنبية، وهي ما يسميها البعض بمبادئ الاختصاص خارج الإقليم أو الاختصاص متجاوز الإقليم أو متعدي الحدود .

وتتفق التشريعات الجنائية جميعها على الأخذ بالمجموعة الأولى والتي تحدد ضابط الربط بمكان ارتكاب الجريمة وهو ما يعرف بمبدأ إقليمية قانون العقوبات بوصفه أهم مظاهر سيادة الدولة على إقليمها، فتتعقد ولاية القضاء الجنائي الوطني بملاحقة مرتكبي الجرائم التي تقع على إقليم الدولة التي ينتمي إليها، ويكون الاختصاص في هذه الحالة اختصاصا إقليميا مرتبطا بالمكان الذي يتحدد نطاقه بمكونات إقليم الدولة²⁶، وتحديد إقليم الدولة من الأمور التي يعنى بها القانون الدولي العام، وبالرجوع إلى المبادئ العامة في القانون الدولي العام يمكن تحديد إقليم الدولة على أنه الإقليم البري، وتحده الحدود السياسية للدولة والإقليم البحري ويشمل المياه الإقليمية للدولة، وأخيرا الإقليم الجوي وهو طبقات الجو الذي يعلو الإقليمين البري والبحري للدولة²⁷.

وتأخذ أغلب التشريعات بالمجموعة الثانية وإن اختلفت شروط انعقاد الاختصاص في كل دولة، فتمتد ولاية القضاء الوطني بملاحقة مرتكبي الجرائم التي تقع من مواطنيها في الخارج وفقا لاختصاص شخصي مبني على مبدأ الشخصية الإيجابية، وتسمح أيضا بامتداد ولايتها على الجرائم التي تقع على مواطنيها في الخارج حماية لحقوقهم ومصالحهم وهو ما يعرف

بمبدأ الحماية أو مبدأ الشخصية السلبية، كما تمتد ولاية القضاء الوطني لحماية مصالح الدولة الجوهريّة فيما يتعلق بسيادتها وأمنها من المساس بها إذا وقعت خارج إقليمها دون النظر إلى جنسية مرتكبيها أو جنسية المجني عليهم، وهو ما يسمى بالاختصاص العيني في إشارة إلى نوع الجريمة المرتكبة والتي لها علاقة وثيقة بالمصالح الجوهريّة للدولة المعنية والتي يحددها كل تشريع على حدة، وتوافر ضابط أو أكثر شرط ضروري لانعقاد ولاية القضاء الوطني بمحاكمة الجاني .

ويبدو أن تلك الضوابط تقف عاجزة على مجابهة حالات ارتكاب جرائم دولية وانتهاك قيم ومصالح المجتمع الدولي، وخاصة تلك التي ينص عليها القانون الدولي الإنساني في بعض الحالات كفرار الجاني إلى دولة أخرى أو عدم رغبة سلطات الدولة التي وقعت فيها الجريمة أو عدم قدرتها على ملاحقة الجاني أو عندما تكون المحاكمة صورية²⁸، وذلك بهدف حماية المتهم المعني²⁹، أو أن تنطوي هذه المحاكمة على محاباة أو مجاملة أو عندما تقع الجريمة من المسؤولين الرسميين في الدولة أو بموافقة سلطاتها أو تقع من الأفراد العاديين بالاشتراك مع هؤلاء المسؤولين وهو ما يستدعي عدم التوقف عند الضوابط السابقة، وإنما مد مجال الولاية القضائية لحماية المصالح الجوهريّة موضوع اهتمام المجتمع الدولي وفقا لضوابط أخرى يحددها قانون الدولة التي تسمح بمعاقبة جناة لا يمكن أن يخضعوا لقضائها وفقا للقواعد العامة، وهو ما يجعل امتداد الاختصاص بمثابة علاج قانوني حال ثبوت عدم كفاية المبادئ التقليدية لمجابهة أنواع معينة من الجرائم لا تعد من الجرائم التي يعتقد بها الاختصاص العيني، مما استوجب على المجتمع الدولي إنشاء اختصاص جنائي عالمي يهدف إلى تفعيل التعاون الجنائي الدولي ليقف حائلا دون إفلات مرتكبي الجرائم الدولية الخطيرة بغير مساءلة بسبب اختلاف قواعد الاختصاص بين تشريعات الدول المختلفة، الأمر الذي يؤدي إلى تفادي ما أسماه البعض عدم العقاب المشين، ذلك أنه من غير المقبول أن يحاكم من يرتكب جريمة من جرائم القانون العام على صعيد

التشريعات الداخلية بينما يفلت من العقاب من يرتكب جريمة دولية على الرغم من جسامة الضرر الذي يترتب عليها³⁰.

ثالثا- الأساس القانوني لمبدأ العالمية :

يقوم هذا المبدأ على أساس فكرة الخطر الاجتماعي الناجم عن وجود مجرم غير معاقب على إقليم الدولة التي هرب إليها، كما أنه يقوم على فكرة أخرى هي فكرة التضامن الإنساني بين الدول بالإضافة إلى قيامه على مجموعة من المصالح المشتركة بين الدول التي تهتم بالدفاع عنها .

1- الخطر الاجتماعي :

يبرر هذا المبدأ على أساس المصلحة الاجتماعية للدولة في دفع الخطر الاجتماعي الذي يحدثه وجود المجرم الذي لم يعاقب على الإقليم، ويعد بارتول أول من ظهرت على يده هذه الفكرة أثناء محاولته إيجاد أساس قانوني لاختصاص محل القبض، والذي كان معروفا بين المدن الإيطالية بالنسبة لبعض الجرائم، والمبدأ محل خلاف بين الفقهاء بين مؤيد ومعارض فذهب كاريرا Carriera إلى أنه: (إذا كانت الدولة لا تنظر في العقاب على الجريمة إلا لمصالحها الخاصة فقط فإنها سوف تكون مأوى للمجرمين الهاربين كما أن خطر المجرم على أرضها وذكرى الجريمة والآثار التي تبعث عنها يولد الشعور بوجوب العقاب، بل إن شعور المجرم بأنه إذا ما التجأ إلى أية دولة سوف يقع تحت طائلة العقاب يقلل من فرصة هربه إن لم يمنعه على الإطلاق) .

بينما ذهب الفقيه الألماني فون رولاند Von Roland وهو من المعارضين للمبدأ باعتبار الأساس هو أساس نظري لا يمكن الأخذ به، ذلك لأن وجود الشخص غير المعاقب في دولة أخرى غير التي وقعت الجريمة على إقليمها هو أمر استثنائي ويحدث ضررا أو خطرا استثنائيا، كما أن محاكمة المجرم في الدولة التي لجأ إليها تعطي الفرصة للوقوع في الخطأ القضائي، ومن ناحية ثالثة فإن مقدار العقوبة سوف يكون على أساس مدى الخطر الاجتماعي الذي

نتج عن وجود المجرم على الإقليم دون النظر إلى الظروف التي أحاطت بالمجرم وقت ارتكاب الجريمة وفي هذا كله مجال للتحكم وعدم العدالة، ومن ناحية أخرى فإن أنصار المبدأ يرون ذلك أن الدولة قد تكون لها مصلحة مباشرة حينما يكون المجرم عليه وطنيا أو غير مباشرة إذا كان المجرم عليه أجنبيا، وذلك بسبب وجود المجرم على أرضها دون عقاب³¹.

2-التضامن الانساني :

الأساس النظري لهذا المبدأ هو فكرة التضامن بين الدول في مكافحة الإجرام والتعبير عن الاتجاه نحو تأكيد عالمية الجزاء الجنائي، فالتدخل الدولي وفقا لهذا المبدأ يهدف إلى تجنب إفلات المجرمين من العقاب لأجل المصلحة الإنسانية³²، والفكرة التي نادى بها جروسيوس تقوم على فكرة التضامن الإنساني فالدولة تدخل في جماعة مع آخرين لتحقيق مصلحة إنسانية وتحقيق العدالة وهي ذات النظرة التي نادى بها كانت Kant وأوجد فوق الدول ما يسمى بسيادة قانون الأخلاق، ومن ثم استنبط بعده الكتاب فكرة عالمية العقاب، ولكن البعض انتقد ذلك باعتبار أن فكرة وجود قانون أعلى من الدولة لم يتحقق بعد، ولكن بكاريا رأى أن القانون الجنائي وضع لحماية الإنسانية ولا يهتم مسألة تقسيم الإقليم والحدود بينما أسس فوار Foire الاختصاص العالمي على أساس أن هناك اعتداء على مبدأ عالمي موجود في القوانين الداخلية³³.

3- المصالح المشتركة:

ذهب بعض الفقه في محاولة لتضييق نطاق هذا المبدأ إلى أن هناك عدة مصالح مشتركة بين الناس جميعا تقضي بوجود حمايتها والاتفاق على توحيد الاختصاص في المعاقبة على كل اعتداء يقع عليها³⁴، وقد قدم الفقه عدة مبررات للأخذ بمبدأ العالمية مؤسسة على فكرة المصالح المشتركة فيقرر دونديو دفاير أن المثالية الدولية هي خضوع جميع الدول وجميع الأفراد إلى قانون أعلى مصدره الضمير وأن فكرة العالمية يمكن استخلاصها من حقيقة أن هناك عدة مصالح مشتركة بين الناس جميعا تقضي بوجود

حمايتها والاتفاق على توحيد الاختصاص في العقاب على كل اعتداء يقع عليها، وأن هذه هي الدولية الحقيقية أو الواقعية، ومؤدى الفكرة الأولى فلسفي والثانية عملي يتفق مع الحياة العملية للأفراد، ويمكن الانتهاء إلى أن المقصود من فكرة المصالح المشتركة هو أن هناك مجموعة من القيم والمبادئ جديرة بالحماية القانونية من قبل كافة الدول لذا فهي تشترك جميعا وعلى مستوى واحد بالتدخل لتحقيق الحماية هذه³⁵.

رابعا- الطبيعة القانونية للاختصاص الجنائي العالمي :

هناك مجموعة من السمات التي يمكن من خلالها إدراك طبيعة الاختصاص الجنائي العالمي وهذه السمات هي:

1- اختصاص أصيل :

ويجد سنده كاختصاص أصيل في التشريع الداخلي للدولة التي ينتمي إليها بوصفه جزءا من النظام القانوني للدولة بعد تبنيها الالتزام الدولي بملاحقة مرتكبي الجرائم الدولية واتخاذ التدابير التشريعية اللازمة لإنشاء ولايتها القضائية على تلك الجرائم، ولذلك فإن ما يميز الاختصاص العالمي باعتباره إحدى القواعد التي يحددها القانون الجنائي الدولي، ومن ثم فهو قاعدة من قواعد القانون الداخلي تخرج بموجب بعض العناصر من المحيط الداخلي لتطبق على جرائم ارتكبت بالكامل في الحيز الخارجي للإقليم، ولذلك قيل بأن القانون الجنائي الوطني الذي يقرر الاختصاص العالمي بأنه قانون جنائي متعدي الحدود، وفي هذا الصدد قضت محكمة العدل الدولية في قضيتة اللوتس سنة 1927 بحق كل دولة في إقرار المبادئ التي تراها أفضل لها وأكثر ملاءمة، وتحديد النطاق الإقليمي لتطبيق قوانينها الوطنية، وهو ما يعد اعترافا بحرية الدولة في إقرار مبادئ الاختصاص التي تتفق مع مصالحها³⁶، وهو ما دفع البعض كما أشرنا سابقا إلى حد وجوب إقراره كاختصاص رئيسي لا ثانوي كونه آلية مهمة لمكافحة الجرائم الدولية خصوصا مع إسناد الأولوية للولاية القضائية الوطنية³⁷.

2- اختصاص تكميلي :

لا يلجأ التشريع الجنائي عادة إلى مبدأ واحد وإنما يستعين بمعظم المبادئ على أن المبدأ الراجح، والذي يعتبر بحق هو المبدأ الأساسي في تطبيق النص الجنائي هو مبدأ الإقليمية ثم تليه المبادئ الأخرى والتي منها مبدأ العالمية³⁸، فالاختصاص الجنائي العالمي يعتبر اختصاصا تكميلا حال انعقاد ولاية القضاء الوطني وفقا للمبادئ العامة للاختصاص الجنائي العالمي، وهو ما يعني أن القضاء الوطني ينقذ اختصاصه وفقا لمبدأ الاختصاص العالمي، إذا لم يكن بوسعها أن يمارس اختصاصه وفقا لمبدأ الإقليمية أو مبدأ الشخصية أو مبدأ العينية³⁹.

3- اختصاص احتياطي :

يعد اختصاصا احتياطيا عند عدم قيام الدولة التي وقعت فيها الجريمة بأي مبادرة لملاحقة مرتكبي الجرائم الدولية لتفادي عدم العقاب، وبعبارة أخرى تكون ولاية القضاء الوطني بملاحقة مرتكبي الجرائم الدولية ولاية احتياطية بالنسبة للولايات القضائية الوطنية الأخرى المختصة بإقامة الدعوى الجنائية وفقا للمبادئ الأخرى للاختصاص، ولا يعني ذلك أن انعقاد الاختصاص يتوقف على عدم اتخاذ الدولة صاحبة الاختصاص الإقليمي العالمي أي خطوة إيجابية بشأن ملاحقة مرتكب الجرائم الدولية، ذلك أن انعقاد الاختصاص الجنائي العالمي وإن كان اختصاصا احتياطيا بالنسبة إلى اختصاص الدولة التي وقعت الجريمة في إقليمها إلا أنه يعتبر اختصاصا أصيلا⁴⁰، وانطلاقا من كونه اختصاص احتياطي فإنه من المتصور أن يؤدي إلى قيام نزاع في الاختصاص بين أكثر من دولة، لذلك فإن اللجوء إلى المبدأ منوط من حيث الواقع بشروط معينة وهي ثلاثة :

- واجد الجنائي في إقليم الدولة والقبض عليه فلا يتصور إذا محاكمته غيابيا .

- لا تطلب دولة أخرى تسليم الجاني وفقا لمبدأ الإقليمية أو الشخصية ففي هذا الفرض يغلب ترجيح مبدأ الإقليمية أو الشخصية على مبدأ العالمية، لاسيما وأن دولة القبض لا تكون معنية مباشرة من الناحية الواقعية بأمر الجريمة .

- ارتكاب الجاني جريمة تهمة الجماعة الدولية والمتمثلة في الجرائم الدولية، وهو الأمر الذي يبرر اعتبار دولة القبض على الجاني بمثابة نائب على المجتمع الدولي في ملاحظته وعقابه⁴¹ .

4- اختصاص له الأولوية والأسبقية على اختصاص القضاء الدولي الجنائي :

القضاء الوطني له الأولوية على القضاء الدولي الجنائي، ومن ثم فالمحكمة الجنائية الدولية لا تتعدى على السيادة الوطنية حيث يكون دائما للاختصاص الجنائي الوطني الأولوية على اختصاص المحكمة الجنائية الدولية طالما كان القضاء الوطني قادرا وراغبا في مباشرة ولايته القضائية، ولكن المحكمة تستطيع ممارسة اختصاصها في حالتين تم النص عليهما في المادة 17 من النظام الأساسي هما :

- انهيار النظام القضائي الوطني

- رفض أو فشل النظام القضائي في القيام بالتزاماته القانونية بالتحقيق ومحاكمة الأشخاص المشتبه بهم بارتكاب جرائم دولية⁴² .

وهو ما جعل النظام الأساسي يصف قضاء المحكمة الجنائية الدولية بأنه قضاء تكميلي حيث أوضحت الديباجة أن الدول الأطراف في هذا النظام الأساسي تؤكد أن تكون هذه المحكمة مكملة للنظم القضائية الوطنية، وقد جاء نص المادة الأولى متفقا ما ورد في الديباجة⁴³ ، وهو ما يؤكد بأن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لا يؤدي إلى اقتسام متوازن للاختصاصات بين الولاية القضائية الوطنية لكل من الدول والمحكمة الجنائية الدولية بل أنه على العكس يكرس هيمنة الأولى وتبعية الثانية⁴⁴ ، وإن

كان هذا لا ينفى وجود بعض النصوص التي توحى صياغتها بوجود قدر من التدخل من جانب المحكمة⁴⁵ .

خامسا. موقف التشريعات المقارنة في الأخذ بالمبدأ :

تأخذ الكثير من التشريعات الوطنية بمبدأ العالمية ولكن بصيغ مختلفة ومنها من تطبقه على جرائم معينة ومنها من تطبقه على كثير من الجرائم، وتذهب تشريعات أخرى إلى عدم النص عليه وأي كان الأسلوب المتبع في تأسيس اختصاص الدولة بمقتضى مبدأ العالمية فإن تطبيقه مرتبط بوجود المتهم عن إقليم الدولة بعد ارتكابه للجريمة .

1- أسلوب تطبيق المبدأ على طائفة معينة من الجرائم :

ترى بعض التشريعات الوطنية في بعض الدول أن هناك طائفة من الجرائم لا تشكل خطرا على دولة معينة إنما تضر بمصلحة دولية، لذلك تتجه نحو تنفيذ ما قرره الاتفاقيات والمؤتمرات الدولية بشأن هذه الجرائم الدولية بتجريمها في التشريعات الوطنية وتطبيق قانونها الجنائي على الجنائي، أيا كانت جنسيته أو جنسية المجرني عليه أو الإقليم الذي ارتكبت فيه الجريمة إذا ما تم القبض على المتهم في إقليمها⁴⁶ ، وقد تباينت الدول في الأخذ به حيث منها من أخضع هذا المبدأ لفكرة حصر الجرائم بالنص على تطبيق المبدأ على جرائم محددة ومعينة على سبيل الحصر، كقانون العقوبات البولندي واليوناني والسويسري ومنها ما أخضع جرائم معينة وفقا لخطورتها التي تحددها العقوبات المقدرة لها كالقانون الإيطالي الصادر سنة 1930 وقانون العقوبات التركي الصادر سنة 1926⁴⁷ .

2- أسلوب عدم تحديد الجرائم :

ذهبت بعض التشريعات الوطنية إلى التوسع في تطبيق مبدأ العالمية بحيث تشمل عددا من الجرائم إلا أن بعضها اشترطت لتطبيقه عدم إمكانية تسليم المتهم كالقانون الألماني والبلجيكي، واشترطت أخرى بأن لا تقل عقوبة الجريمة المرتكبة على حد معين كالقانون الإيطالي الصادر سنة 1930

في المادة 2/10 والذي حدد نطاق المبدأ على الجرائم المقرر لها عقوبة الإعدام أو السجن المؤبد أو السجن الذي لا تقل مدته في حدها الأدنى عن 3 سنوات، وقانون العقوبات التركي لسنة 1936 في المادة 3/6 وقانون العقوبات البلغاري في المادة 2/67 وقانون العقوبات السوري وقانون العقوبات المجري الصادر سنة 1878⁴⁸، وفي المقابل هناك دولا لا تأخذ بمبدأ العالمية كالقانون المصري والجزائري⁴⁹.

وإلى جانب الاختلاف في أخذ الدول بمبدأ العالمية تختلف الدول في الأساليب التشريعية بصدد المعاقبة عن الجرائم الماسة بالمصالح الدولية، وهي بصفة عامة تهتم بالجرائم المقترفة فوق إقليمها والجرائم الواقعة بالخارج والماسة بمصالحها الأساسية، وتمد أيضا اختصاصها التشريعي بالجرائم المرتكبة في الخارج من رعاياها أو ضدهم، أما إذا ارتكبت الجريمة من شخص أجنبي خارج حدودها الإقليمية دون أن تمس مصالحها الأساسية ولا تعرض رعاياها للخطر فإن الكثير من الدول تنأى عن معاقبة الجاني ولا ترغب في إشغال قضائها بهذه الجرائم، وحتى إذا بدا اتجاه الدول نحو التضامن الدولي في مكافحة الجرائم الدولية ومنح قضائها اختصاصا دوليا فإنها تبدي تحفظا واسعا إزاء ذلك.

وقد أخذت بعض الدول في تشريعاتها الوطنية بمبدأ العالمية من أجل عدم إفلات المجرمين من العقاب واستمرت في التأكيد عليه تضامنا مع الدول في مكافحة الجريمة الدولية، باحتوائها على ما تقرره الاتفاقيات الدولية من قواعد تستهدف مكافحة الإجرام الدولي، بما لا يستطيع أحد أن ينكر الدور الهام الذي تلعبه التشريعات الوطنية في الحفاظ على المصالح الدولية ومكافحة ما يمس سلامة البشرية وأمنها، حتى غدت الأنظمة القانونية الداخلية هي الجهة القائمة بمهام تناط في الأصل لمنظمات دولية⁵⁰، حيث أن هذه المنظمات الدولية اعترفت بالاختصاص الأصيل للقضاء الوطني بمكافحة الجريمة الدولية وأن دورها فقط هو تكميلي لهذه المنظمات، وهو ما أكدته ديباجة النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية والمادة الأولى

منه⁵¹، وهناك إشكالا يطرح فقها حول دور النص على مبدأ العالمية في التشريعات الوطنية في قدرة القاضي الوطني على تطبيقه ؟

وقد كان هذا الموضوع محل نقاش فقهي كبير، حيث ذهب رأي في الفقه إلى أن عدم نص القانون الوطني على مبدأ العالمية، لا يمنع الدولة من حق العقاب عن الجريمة الدولية لأنها تستند في تطبيق مبدأ العالمية إلى قاعدة دولية ملزمة لكافة الدول دون توقف ذلك على موافقة جميع الدول على هذه القاعدة الدولية، بينما ذهب رأي آخر إلى أنه عند خلو القانون من النص على مبدأ العالمية فإنه لا مجال لتطبيقه على الجرائم التي يعتبرها القانون الدولي جرائم دولية طالما لم ينص التشريع الوطني على تطبيق مبدأ العالمية، ذلك أن الاختصاص العالمي هو اختصاص استثنائي تأخذ به بعض الدول دون البعض الآخر ولا يجوز تقرير قاعدة في القانون الوطني لم ينص عليها صراحة فيه، والمحاكم مقيدة بنصوص قوانينها الوطنية سواء من حيث الشكل أو من حيث العقوبات .

ويذهب البعض إلى أن الرأي الأول هو الأصوب ذلك أن إقرار القاعدة الدولية لمبدأ الاختصاص العالمي في جريمة ما كجريمة الحرب، يجعل هذا المبدأ ملزما للمحاكم الوطنية بكافة الدول حتى التي يخلو قانون عقوباتها من نص صريح يقرر الاعتراف بمبدأ العالمية، ذلك أن المحاكم الوطنية في هذه الحالة تؤدي واجبا دوليا وتتولى مهمة المحكمة الجنائية الدولية طبقا لقاعدة دولية تعلق القانون الوطني في كل ما يفرضه من قيود على المحاكم الوطنية في نطاق الجرائم الدولية.

وطالما أن المحاكم الوطنية لا تستند في ولايتها القضائية في الجرائم الدولية على القوانين الوطنية فإنه لا يمكن التكرار لإمكانية تصديها للجريمة الدولية ولو لم تكن مختصة بنظرها وفقا لقانونها الوطني، ذلك أنه لا يجوز أن يتخلص أحد من المسؤولية التي يرتبها القانون الدولي بحجة أن الفعل المرتكب لا يجرمه القانون الوطني أو أنه لا يقتصر بمبدأ العالمية، فالالتزامات التي تفرضها القواعد الدولية تكون واجبة النفاذ وملزمة لكل

الدول ومنتجة لآثارها ولو كان القانون الوطني لا يقرها وذلك تطبيقاً لقاعدة سمو القاعدة الدولية على القاعدة الوطنية، وفي هذا الصدد ذهب الأستاذ دومينيك Dominique إلى التفرقة بين حالتين وهما حالة وقوع جريمة غير ذات طابع دولي عام، وفي هذه الحالة يجوز للدولة المتضررة أن تتزعم الاختصاص بالمحاكمة أما الحالة الثانية فهي حالة وقوع جريمة ذات طابع دولي فهذا الطابع يخول الاختصاص لكل طرف متضرر في الجريمة.

ومن ثم فأى الرأيين أصوب سواء الذي ذهب إلى إطلاق تطبيق مبدأ العالمية أو القائل بالحد منه وعدم تركه لكافة الدول منعا لتعدد حالات الاختصاص، بما يضر بالعدالة ويؤدي إلى تضارب الأحكام فإن تطبيق المحكمة الوطنية للعدالة الدولية الجنائية دون أية إشكاليات ومنازعات قانونية يتطلب إصدار تشريع دولي يضع ضوابط ومعايير لانعقاد الاختصاص القضائي والجرائم التي تخضع لتطبيق المبدأ⁵²، وهو ما تم بصياغة النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية حيث نصت 17/1.أ التي تشير إلى أن الأصل هو للاختصاص الجنائي الوطني وأن الاختصاص ينعقد للمحكمة الجنائية الدولية متى كانت الدولة التي لها ولاية على هذه الدعوى غير راغبة حقا في الاضطلاع بالتحقيق أو المقاضاة أو كانت غير قادرة على ذلك⁵³.

وأمام إمكانية إخضاع الجرائم الدولية إلى نظم العدالة الجنائية الوطنية كأسلوب بديل لنموذج التنفيذ المباشر، ومع صدور النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الذي يحدد الجرائم والدولية وعقوباتها وينظم قواعد الاختصاص القضائي وعدم ترك هذه المسائل للقواعد التقليدية المقررة في القوانين الوطنية المتمسمة بالطابع الإقليمي الذي يهتم أساسا بالجرائم الواقعة داخل الحدود الإقليمية للدولة ولا يتعداها إلى الخارج إلا استثناء، وترجع جذور هذا الاتجاه الإقليمي إلى ما كان سائدا بين الدول من علاقات قائمة على الحرب والاستعمار مما دفع الدول إلى السعي لإبراز سلطتها التي لا تخضع فيها لأحد، فوجدت ضالتها في مبدأ السيادة الذي يقوم عليه مبدأ الإقليمية، وهو ما استمر مع العلاقات المحدودة للدول وانغلاقها، خاصة الأنجلوأمريكية حيث

ترسخت عقيدة الدول على مبدأ الإقليمية كونه يمثل مظهرا من مظاهر سيادتها على أقاليمها والمساس به إخلالا بسيادتها .

وإذا كان مبدأ الإقليمية يلقي قبولا بخصوص الجرائم الداخلية فإن التقيد به بخصوص الجرائم الدولية يحول دون تضامن الدول لتحقيق مصالحها المشتركة في مكافحة الجرائم الدولية، ومع أن قمع الإجرام الدولي وتلافي نتائجه الضارة يستدعي التخفيف من التمسك بمبدأ الإقليمية القانون الجنائي والاتجاه نحو عالمية النص الجنائي⁵⁴، خصوصا مع وضع تشريع دولي تم تحديد الجرائم فيه والعقوبات المقررة لها وقواعد الاختصاص القضائي وإنشاء المحكمة الجنائية الدولية وهدفها التحقيق ومحاكمة الأشخاص الذين يرتكبون أشد الجرائم خطورة موضع الاهتمام الدولي .

وهذا ما نصت عليه المادة 1 ونصت المادة 6 على جرائم الإبادة الجماعية والمادة 7 على الجرائم ضد الإنسانية والمادة 8 على جرائم الحرب، وقد أوجد النظام الأساسي للمحكمة التزامات قانونية دولية على عاتق الدول تجاه مرتكبي هذه الجرائم، وتتمثل في التحقيق والمحاكمة والتسليم ويمتد اختصاص المحكمة الجنائية الدولية ليشمل الدول الأعضاء، حيث يتكامل اختصاص المحكمة مع الأنظمة القانونية الوطنية للدول الأعضاء، وهذا ما تضمنته المادتين 1 و 17 من النظام الأساسي، والأولوية تكون للقضاء الوطني وذلك وفقا للحدود التي حددتها المادة 17 من خلال استثناء الحالتين المشار إليهما سابقا⁵⁵ .

ويبدو أن القوانين الداخلية بصورتها الحالية التي صيغت أصلا للتجريم الوطني لا تتلاءم في كافة الأحوال مع الجريمة الدولية ذات الطبيعة المتميزة عن الجريمة الوطنية، ومن ثم فالتشريعات الجنائية الوطنية التقليدية مهما تم التوسع في تفسيرها وأجتهدها في تطويعها فإنها ستقف عاجزة عن القيام بالدور المنوط بها في مكافحة الجريمة الدولية من خلال النظام الأساسي للمحكمة الجنائية، وهو الدور الأصيل طالما أن دور القضاء الدولي الجنائي ما هو إلا مكمل للقضاء الجنائي الوطني، بل وستخلق الكثير من الإشكاليات والمنازعات

القانونية لا يكون في وسع نظام تسليم المجرمين تلافيتها أو إيجاد حلول لها، فنظام تسليم المجرمين وإن كان يعد من الأساليب الهامة في تحقيق روح التعاون الدولي، فإنه سيقف في كثير من الأحيان عاجزا عن مكافحة الجريمة الدولية، ومنع إفلات المجرمين من العقاب كحالات رفض تسليم الدولة لرهاياها أو الامتناع عن التسليم لسوء العلاقات الدولية .

وطالما أن نظام تسليم المجرمين مرهون باعتبارات محددة فإنه لا يمكن الاعتماد عليه وحده في ملاحقة الجريمة الدولية، وهو ما استدعى وضع قواعد دولية جنائية مع النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية وأملته اعتبارات التعاون الدولي لمكافحة الجرائم الدولية، وتؤكد في المؤتمرات الدولية كوسيلة فعالة لقمع الجريمة الدولية في عدم ترك المجرم بدون عقاب في كثير من الحالات التي تعجز فيها التشريعات الوطنية ونظام تسليم المجرمين في تحقيق غاية المجتمع الدولي، خاصة مع التقاعس الملاحظ بخصوص التصديق على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية⁵⁶ .

ومن ضمن المآخذ التي طرحت بصدد القضاء البلجيكي الذي يأخذ بمبدأ الاختصاص العالمي والتي تسجل في الأخير كما أخذ عن المبدأ عموما، هو محدودية الوسائل المتاحة لدى القضاء الوطني أمام عبء المحاكمة عن انتهاكات القانون الدولي الإنساني والتي تمثل جرائم دولية، إلى جانب الإشكاليات المرتبطة بالحصانة وكذا صعوبة الكشف عن الأدلة وكذا الحصول على الإدلاء والتي من ضمنها ضرورة التنقل للتحقيق ونقل الشهود خصوصا في ظل بعد مكان الوقائع عن مكان المحاكمة⁵⁷ .

ويبدو أن مبدأ الاختصاص العالمي ورغم أهميته من حيث تمكين الأنظمة الوطنية من ملاحقة مرتكبي الجرائم الدولية وعدم إفلاتهم من العقاب خصوصا في ظل مفهوم مبدأ التكامل الوارد في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية إلا أنه قد يؤدي إلى خلق مشكلات عملية تتمثل خصوصا في تنازع الاختصاص سواء بين القضاء الوطني لدول مختلفة أو بين القضاء الوطني و القضاء الدولي الجنائي، فمن الممكن تصور أن دولة

من الدول تأخذ بمبدأ الاختصاص العالمي في جرائم دولية يختص بها القضاء الدولي الجنائي كبلجيكا وأستراليا تكون بمناسبة التحقيق أو مقاضاة متهم بارتكاب جريمة دولية في وقت تكون الجريمة الدولية والشخص المتهم بارتكابها خاضعين لاختصاص جهة قضائية دولية جنائية وهو ما يؤدي إلى خلق تنازع في الاختصاص، ويذهب البعض إلى أنه في هذه الحالة لا سبيل لفض هذا التنازع إلا بتراجع القضاء الوطني لصالح القضاء الدولي الجنائي ولو كانت المحكمة الجنائية الدولية لأن الاختصاص القضائي الوطني عالميا هو ليس قضاء ورغم كونه أصيل ضمن مبادئ الاختصاص القضائي الوطني إلا أنه استثنائي بالنسبة لمبدأ الإقليمية، ويبدو أن هذا الحل ناجعا في فض مثل هكذا حالات تنازع رغم إخلاله بخصائص مبدأ الاختصاص العالمي المشار لها آنفا.

كما أن التنازع قد يقع بين أنظمة وطنية مختلفة تأخذ بمبدأ الاختصاص العالمي حيث أن دولا كأستراليا وبلجيكا تمد اختصاصها القضائي الوطني لحكم جرائم دولية ولو وقعت خارج إقليمها، وهو ما يؤدي لإدعاء أكثر من قضاء دولة بأنه المختص دون غيره في محاكمة المتهم بارتكاب جريمة دولية، وكلما زادت عدد الدول التي تمد اختصاصها في حكم جرائم دولية واقعة خارج إقليمها ازدادت نسبة حدوث هذا التنازع في الاختصاص بينها، وهذا التنازع مرده عدم مراعاة مبدأ الإقليمية كمبدأ أصل والذي لو تمت مراعاته لأمكن تجنب مثل هذا التنازع، والذي يرى البعض بأنه يؤدي إلى فوضى الاختصاص العالمي والذي يرى بأن حله أو بالأحرى تجنبه أصلا يكون من خلال امتناع الدول عن مد اختصاصها الوطني في الجرائم الدولية خارج إقليمها من خلال مبدأ الاختصاص العالمي وترك ذلك للقضاء الدولي الجنائي⁵⁸.

ويبدو أن الحل الأنجع والذي يكون أكثر انسجاما مع مفهوم مبدأ التكامل الوارد في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الأكثر مراعاة لمفهوم السيادة هو أن تتضمن الأنظمة الوطنية النص على الجرائم الدولية، ومن ثم يتم

إعمال المبدأ الأصل المتمثل في مبدأ الإقليمية ويتم تجنب ما أطلق عليه فوضى الاختصاص العالمي، مع العمل على تحقيق المزيد من التوحيد بين قوانين الدول وممارستها فيما يتعلق بالاختصاص القضائي الجنائي مع تجنب التوسع الزائد للاختصاص القضائي الوطني تفاديا لنشوء نزاعات قانونية لا داعي لها بين الدول، وينبغي في تحديد أوليات الاختصاص القضائي إعطاء الأولوية للاختصاص الإقليمي⁵⁹ .

سادس. دور المبدأ في تلافى عقبات العدالة الدولية الجنائية :

وسنحاول أن نستعرض بعض الجوانب التي تعكس هذا القصور الذي يمكن تجنبه من خلال مبدأ الاختصاص الجنائي العالمي، من خلال التركيز على الوضع في دارفور المحال على المحكمة الجنائية الدولية وفي المقابل عدم قدرة هذه المحكمة على التحرك لمواجهة ما يحدث في فلسطين من انتهاكات تأخذ طبيعة الجرائم الدولية التي تدخل في نطاق اختصاص المحكمة الموضوعي .

وقد صدر قرار مجلس الأمن رقم: 2005/1593 في الجلسة رقم: 5158 المنعقدة في 31 مارس 2005 القاضي بإحالة الوضع في دارفور إلى المحكمة الجنائية الدولية على خلفية قرارات عديدة صدرت في هذا الشأن ومنها القرار رقم: 2004 / 1556 و 2004 / 1564 و القرار رقم: 2002 / 1574 والقرار رقم: 2005 / 1590 والقرار رقم: 2005 / 1591⁶⁰ .

وهو القرار الذي صدر بأغلبية 11 صوتا وامتناع 4 دول عن التصويت هي: الولايات المتحدة الأمريكية والصين وروسيا والجزائر، قد انطوى على تناقض حيث أحال الوضع في دارفور منذ 1 جويلية 2002 إلى المدعي العام للمحكمة بما في ذلك تقديم الأشخاص الذين وردت أسماؤهم في القائمة التي أعدتها لجنة الأمم المتحدة لتقصي الحقائق في دارفور، ليعود المجلس ودون مبرر مقبول ليقرر في البند السادس من القرار استثناء غير السودانين من الإجراءات المتعلقة بتقديم مرتكبي جرائم الحرب في دارفور إلى

المحكمة، كما يتم استثناءهم أيضا من أي إجراءات عقابية يمكن اتخاذها ضد السودان سواء من مجلس الأمن أو الاتحاد الإفريقي .

وهذا الاستثناء ليس له ما يبرره ليس من الناحية القانونية فقط ولكن من الناحية الأخلاقية والمنطقية كذلك، لأنه عند الحديث عن المساواة لمن ارتكبوا جرائم حرب أو جرائم ضد الإنسانية في إقليم دارفور فالأصل أن تنسحب هذه القاعدة على جميع الأشخاص دون تمييز بينهم لأي اعتبار ويستوي في ذلك سواء كانوا سودانيين أو غير سودانيين، ومن ثم كان صدور القرار رقم: 1593 على هذا النحو منحازا منذ البداية ضد السودانيين، كما أن صياغة القرار على هذا النحو تتيح إفلات مواطني دول معينة كالولايات المتحدة من المساواة، بل وتؤدي أيضا إلى عدم إمكان مساواة المرتزقة الذين قد تستعين بهم أحد أو بعض الأطراف المتقاتلة وهو ما يتناقض وأبسط المبادئ القانونية⁶¹ .

واعقد الجوانب في خطة التحقيق وأكثرها استهلاكا للوقت كان الجانب المتعلق بإبرام اتفاقيات ثنائية مع بعض الدول والهيئات والمنظمات التي سوف يكون لها دور في مستقبل المحاكمات، إذ من المعلوم أن المحكمة لا تملك شرطة خاصة بها ولا سجون كما أن عمل موظفيها وقضاتها ومحققها داخل الأراضي السودانية يحتاج إلى ترتيبات عدة، لتوفير الحصانة القانونية والحماية اللازمة وتسهيل تحركهم ودخولهم وخروجهم من الأراضي السودانية دون تفتيش أمتعتهم أو الإطلاع علي مستنداتهم، وبما أن السودان لم يصادق علي النظام الأساسي بل وحتى وأن صادقت عليه فالوضع يتطلب إبرام اتفاقات خاصة مع الحكومة السودانية على غرار تلك الاتفاقيات التي وقعتها المحكمة مع الأمم المتحدة، وذلك للاتفاق حول حصانة المحكمة وممتلكاتها وأموالها وأصولها والشهود والمجني عليهم والخبراء والمحامين والتأشيرات وتنفيذ أوامر القبض والأحكام الصادرة وغيرها من التفاصيل الأخرى .

وفي 27 أبريل 2007 أصدرت الدائرة التمهيدية أمر بالقبض لكل من أحمد محمد هارون المعروف بأحمد هارون وعلي محمد علي عبد الرحمن المعروف بعلي قشيب من ضمن 51 متهما آخر لاتهامهم بجرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية، وكلا الرجلين اتهما بأنهما يلعبان دورا مهما في الجرائم التي ارتكبت في دارفور، و كان هارون رئيس مكتب الأمن في دارفور في منصب وزير دولة بوزارة الشؤون الداخلية والآن يتولى منصب وزير الدولة بوزارة الشؤون الإنسانية مكلف بمهام دارفور، أما علي قشيب فهو زعيم ميليشيا الجنجويد ومسؤول عن عدد من الهجمات على دارفور⁶².

ويبدو أن طلب المدعي العام من الدائرة التمهيدية إصدار أمر بالقبض على الرئيس السوداني عمر حسن البشير يوم الاثنين 14 جويلية 2008 تمهيدا لمحاكمته بموجب النظام الأساسي، والتي تعد سابقة فريدة في التاريخ إذ لم يسبق وأن طلبت جهة دولية إلقاء القبض على رئيس دولة أثناء ممارسته الفعلية للسلطة تمهيدا لمحاكمته، فكل المحاكمات الدولية التي جرت من قبل كانت لرؤساء ولمسؤولين رسميين سابقين أو مهزومين، وسواء استجابت الدائرة التمهيدية أو لم تستجب حسب البعض، ففي حالة الاستجابة سيكون رئيس الدولة السودانية متهما رسميا من وجهة نظر القانون الدولي ويتعين توقيفه وإلقاء القبض عليه، وهو ما قد لا يتمكن المجتمع الدولي من تنفيذه إلا إذا أقدم مجلس الأمن على استخدام القوة المسلحة، أما عند الرفض فقد يصبح المدعي العام في وضع صعب قد يضره للاستقالة وهو ما من شأنه إضعاف المحكمة والتشكيك في مصداقيتها وحتى في جدواها⁶³.

وقد استند مجلس الأمن في إحالته هذه إلى الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة وفقا للمواد من 39 إلى 51 من الميثاق، حيث تمنح المادة 39 من الميثاق مجلس الأمن سلطة تحديد مدى وجود أي تهديد للسلام أو خرق له أو وقوع عمل عدواني له ويقدم توصياته أو يعين الإجراءات التي تتخذ بمقتضى المادتين 41 و 42 من الميثاق للمحافظة على السلام والأمن الدوليين، حيث تنص المادة 41 على التدابير غير المشتملة على استخدام القوة بينما تنص المادة 42 على

التدابير المشتملة على استخدام للقوة، وفي حال اتخاذ مجلس الأمن لقرار وفقا لهاتين المادتين فإن الأعضاء في الأمم المتحدة ملزمين بتنفيذ هكذا قرارات، واستخدام مجلس الأمن لسسلته في الإحالة وفقا للنظام الأساسي لا يثير من حيث اختصاص المحكمة في نظر القضايا المحالة إليها إذا كان أحد أطرافها دولة طرف في النظام الأساسي أي إشكال، وإنما يطرح الإشكال بصدد الحالة التي يكون فيها أحد الأطراف أي المدعى عليها دولة ليست طرف في النظام الأساسي وإن كانت عضوا في الأمم المتحدة .

وفي هذه الحالة فإن المادة 13/ب من النظام الأساسي التي تنص على إحالة مجلس الأمن متصرفا وفقا للفصل السابع، لقضية أحد أطرافها أو جميعهم دول أطراف في النظام الأساسي أو قبلت اختصاص المحكمة إلى جانب اختصاص مجلس الأمن وفقا للفصل السابع دائما بإحالة أي قضية بشأن مرتكبي جرائم دولية تدخل في اختصاص المحكمة، وفقا للمادة 5 إلى المحكمة بصرف النظر عما إذا كانت الدولة التي ينتمي إليها مرتكبي الجرائم الدولية طرفا في النظام الأساسي أم غير طرف، وهو ما ينطبق على قرار مجلس الأمن 1593 الذي صدر بحق متهمين بارتكاب جرائم دولية تابعين لدولة غير طرف في النظام الأساسي للمحكمة وهي السودان .

ويؤخذ على هذا القرار اتسامه بالانتقائية وتدخل الاعتبارات السياسية في صدوره، ويظهر ذلك بوضوح من خلال الفقرة 6 من القرار التي تتيح فرصة لإفلات المجرمين غير السودانيين من المحاكمة حتى ولو كانوا من المساهمين في تلك الفظائع وهو ما يطلق العنان للآخرين غير السودانيين في أن يفعلوا ما يشاؤوا، وتضمنين القرار هذه الفقرة جاء نتاج حسابات سياسية حاول فيها أصحاب الاقتراح الفرنسي تقليص فرصة رفض المشروع من قبل الدول الدائمة العضوية، وهو ما يؤكد موقف الولايات المتحدة الأمريكية التي لم تعرقل صدور هذا القرار ولكنها امتنعت عن التصويت عليه واثبات عدم توافر أي إمكانية لخضوع جنودها للنظام الأساسي⁶⁴ .

ويبدو أن هذه الانتقائية في التعامل مع الحالات من قبل مجلس الأمن حين هدد المجلس السودان باتخاذ إجراءات قسرية طبقا للفصل السابع، إن لم يتعاون مع اللجنة رغم أن نفس المجلس قرر تشكيل لجنة لتقصي الحقائق في مذبحه جنين في فلسطين سنة 2003، ورفضت إسرائيل التعاون مع اللجنة بل الأكثر من ذلك رفضت حتى ممارسة اللجنة لأي إجراء من إجراءات التحقيق مما اضطر الأمين العام للأمم المتحدة إلى سحب اللجنة⁶⁵، والتي تعد مثلا من أمثلة كثيرة عن قيام إسرائيل بارتكاب جرائم ضد الإنسانية وجرائم إبادة بحق الفلسطينيين والشعب الفلسطيني عموما، وهناك شواهد كثيرة وأدلة تؤكد بما لا يدع مجالاً للشك تورط إسرائيل في أعمال إبادة وجرائم ضد الإنسانية، ولعل أشهرها مجزرة دير ياسين وقبيلة وغزة وما حدث في جنين على يد شارون، حيث قتل المئات من المواطنين الأبرياء وتعمدت القوات الإسرائيلية تأخير وصول الرعاية الطبية والمساعدات الإنسانية للمخيم وقامت بمهاجمة سيارات الإسعاف ومنعت وصول الصحفيين واستخدمت العديد من المدنيين دروعا بشرية⁶⁶.

كما أن مجلس الأمن وعلى خلاف هذه الإحالة فإن دوره كان سيئا جدا فيما يخص مشاركته في عمل المحكمة حيث أن في قراراته الثلاثة 1493، 1487، 1422، استعمل المجلس المادة 16 من النظام الأساسي لإيقاف تحقيقات تتعلق بالولايات المتحدة الأمريكية، وهذه القرارات اعتمدت قبل أن تبدأ المحكمة فعليا في أداء وظيفتها، وهذا ما لا ينبأ بعلاقة مثمرة بين المجلس والمحكمة ومن غير الوارد أن الولايات المتحدة ستسمح بإحالة حالات إلى المحكمة بما أن هذا سيدعم سلطة المحكمة وهذا ما حدث بخصوص دارفور، والقرار 1593 الصادر بتاريخ 31 مارس 2005 كان مفاجأة كونه يمثل إمكانية أن تحدث الولايات المتحدة تغيير طفيف في موقفها تجاه المحكمة، وكان ذلك بأن امتنعت الولايات المتحدة عن التصويت .

وعملية اعتماد القرار 1593 لم تكن بالسهلة فقد صوت لصالحها 11 عضوا وامتنع 4 بما فيهم الولايات المتحدة الأمريكية والصين، حيث أيدت

الولايات المتحدة الأمريكية آلية لإقامة المسؤولية ولكن بتفضيل شكل من أشكال المحاكم المختلطة⁶⁷.

وبعد صدور قرار المدعي العام بتاريخ 26 جوان 2005 فتح تحقيق في الجرائم المرتكبة في إقليم دارفور، ليستمر رفض السودان التعاون مع المحكمة والامتنال لقرار مجلس الأمن، فالمجلس يمتلك من الصلاحيات والسلطات ما يخوله لإجبار الحكومة السودانية على الامتنال لقراراته، وهي السلطات المستمدة من الفصل السابع خاصة المادتين 41 و42 من الميثاق، ويبقى أمام الحكومة السودانية وتفادي لحالة الانسداد القيام بتصحيح الأوضاع الداخلية في إطار الوحدة الوطنية والعمل على تحقيق السلام الشامل والعمل على وضع حد لانتهاكات حقوق الإنسان وحرياته الأساسية والقانون الدولي الإنساني المرتكبة في الإقليم والعمل على ضمان عدم إفلات المسؤولين عن تلك الانتهاكات من العقاب إلى جانب حياد نزاهة الإجراءات بغض النظر عن الانتماءات إلى أي من أطراف النزاع مع تركيز الجهود لإقناع المجتمع الدولي وكسب الرأي العام العالمي من خلال منظمة الأمم المتحدة وعبر القنوات الدبلوماسية⁶⁸، وهذا لن يتأتى إلا من خلال احتواء قوائم المتهمين الذين سيحاكمون في السودان على القائمة التي سلمت للمحكمة الجنائية الدولية والتي بها 51 متهما، وهنا يتمكن السودان من الدفع بمبدأ التكامل، بعد تأهيل منظومته التشريعية والقضائية للقيام بذلك⁶⁹.

الخاتمة

تبرز مكانة مبدأ الاختصاص الجنائي العالمي من خلال دور الأنظمة الوطنية في المحاكمة عن الجرائم الدولية والعقاب عليها فإن هذه الأخيرة تلعب دورا مهما خصوصا مع الدور الأصيل الذي أعطي لها في ظل مفهوم مبدأ التكامل الوارد في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، حيث تتضمن التشريعات الوطنية التي يطبقها القضاء الوطني النص على الجرائم الدولية والعقاب المقرر لها، وقد كانت هذه الأنظمة الوطنية الأسبق في هذا الجانب عن قواعد القانون

الدولي الجنائي كما أنها أخذت عن مصادر القانون الدولي الجنائي خصوصا العرف في مراحل سابقة ومؤخرا مع الاتفاقيات الدولية التي ازدادت أهميتها في التعبير عن إرادة المجتمع الدولي والأكثر مواكبة للتطورات المتسارعة التي يعرفها مما يجعلها أكثر مواكبة في تجريم الأفعال المستجدة التي تتضمن تعديا على مصالح هذا المجتمع الدولي، وهو ما يستدعي ضرورة مواكبة هذه الأنظمة للتطورات التي تعرفها مصادر القانون الدولي الجنائي خصوصا في شكل اتفاقيات دولية لتتمكن من لعب الدور الممنوح لها وفقا للمفهوم الوارد لمبدأ التكامل في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

وهو الدور الذي يمكن أن تمارسه تلك الأنظمة الوطنية من خلال مبادئ الاختصاص الجنائي الوطني أو من خلال مبدأ الاختصاص العالمي والأهمية التي يتمتع بها باعتباره من أهم المبادئ التي نص عليها النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، والذي يقوم على أنه لكل دولة ولاية القضاء في أي جريمة بصرف النظر عن مكان وقوعها أو مساسها بمصالحها أو جنسية مرتكبها أو المجرني عليه فيها .

ويشترط أن يكون هذا الاختصاص شرعي من وجهة نظر القانون الدولي والقانون الوطني، إلا أن مبادئ الاختصاص الجنائي الوطني تبدوا أكثر انسجاما مع مفهوم مبدأ التكامل الوارد في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الأكثر مراعاة لمفهوم السيادة من خلال نص الأنظمة الوطنية على الجرائم الدولية، وهذا يدفع الدول إلى إدراج الجرائم الواردة في النظام الأساسي في تشريعها، لتتمكن من ممارسة اختصاصها الأصلي وفق مبادئ اختصاصها الوطني .

وتبدوا أهمية مبدأ الاختصاص الجنائي العالمي في مواجهة مبادئ الاختصاص الوطني الأخرى من ناحية تلافى مسألة الانتقائية في المساءلة عن ارتكاب جرائم دولية، وهو ما يمكن إدراك أبعاده من خلال ما تم من ملاحقات عن الانتهاكات التي وقعت في فلسطين من طرف قادة إسرائيليين أمام أنظمة وطنية تتضمن النص على مبدأ الاختصاص الجنائي العالمي

كالنظام البلجيكي وكذا الإسباني وغيرهما، وهو ما يمكن من متابعة مجرمين يتمتعون بحصانات وفق أنظمتهم الوطنية أو بسبب ما يعرف بالمساواة الواقعية المتضمنة في ميثاق الأمم المتحدة التي تجسدها تشكيلة مجلس الأمن ودوره في إنشاء آليات العدالة الدولية الجنائية سواء المؤقتة أو الدائمة وكذا المختلطة .

- الهوامش:

- 1- محمد علي مخادمة، « المسؤولية الجنائية الدولية للأفراد »، مجلة القانون والاقتصاد، تصدر عن كلية الحقوق بجامعة القاهرة، العدد 74، 2004، ص (42-43).
 - 2- مصطفى العوجي، القانون الجنائي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص (380).
 - 3- علي عبد القادر الفهوجي، قانون العقوبات، القسم العام، نظرية الجريمة-المسؤولية الجنائية، الجزء الجنائي، الدار الجامعية، لبنان، 2000، ص (171) .
 - 4- أحمد عبد العليم شاعر علي، المعاهدات الدولية أمام القضاء الجنائي، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص (304) .
 - 5- طارق سرور، الاختصاص الجنائي العالمي، دار النهضة العربية، مصر، ط1، 2006، ص (24-25) .
 - 6- قيذا نجيب حمد، المحكمة الجنائية الدولية، نحو العدالة الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط1، ص (15) .
 - 7- طارق سرور، المرجع السابق، ص (25-27) .
 - 8- علي عبد القادر الفهوجي، المرجع السابق، ص (171) .
 - 9- أحمد عبد العليم شاعر علي، المرجع السابق، ص (305) .
 - 10- سالم محمد سليمان الأوجلي، أحكام المسؤولية الجنائية عن الجرائم الدولية في التشريعات الوطنية، دراسة مقارنة، الدار الجماهيرية، ليبيا، ط1، 2000، ص (223) .
 - 11- طارق سرور، المرجع السابق، ص (6) .
 - 12- محمود شريف بسيني، المحكمة الجنائية الدولية، نشأتها ونظامها الأساسي مع دراسة لتاريخ لجان التحقيق الدولي والمحاكم الجنائية الدولية السابقة، مطابع روز اليوسف الجديدة، مصر، 2002، ص (8) .
 - 13- طارق سرور، المرجع السابق، ص (6-8) .
 - 14- أحمد عبد الحميد محمد الرفاعي، النظرية العامة للمسؤولية الجنائية الدولية، مؤسسة الطوبجي، مصر، 2005، ص (262-263) .
 - 15- طارق سرور، المرجع السابق، ص (8) .
 - 16- سالم محمد سليمان الأوجلي، المرجع السابق، ص (224-225) .
- 17- Damien, Vandermeersch, Quel avenir pour la compétence universelle des juridictions belges en matière de la crimes de droit international humanitaires?, R.P, N°2, Juin 2003, p(235).

- 18- طارق سرور، المرجع السابق، ص (8-9) .
- 19- أحمد فتحي سرور، العالم الجديد بين الاقتصاد والسياسة والقانون، دار الشروق، مصر، ط/2، 2005، ص (174-175) .
- 20- سالم محمد سليمان الأوجلي، المرجع السابق، ص (402) .
- 21- طارق سرور، المرجع السابق، ص (9-12) .
- 22- سالم محمد سليمان الأوجلي، المرجع السابق، ص (403-404) .
- 23- فائزة يونس الباشا، الجريمة المنظمة في ظل الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية، دار النهضة العربية، مصر، 2002، ص (373-374) .
- 24- محمد بوسلطان، مبادئ القانون الدولي العام، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط/2، 2005، ص (178-179) .
- 25- أحمد عبد العليم شاکر علي، المرجع السابق، ص (303-304) .
- 26- طارق سرور، المرجع السابق، ص (17-18) .
- 27- عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات القسم العام، ج1، الجريمة، دار الهدى، الجزائر، د.ت، ص(85).
- 28- طارق سرور، المرجع السابق، ص (18-19) .
- 29- منتصر سعيد حمودة، المحكمة الجنائية الدولية، النظرية العامة للجريمة الدولية، أحكام القانون الدولي الجنائي، دراسة تحليلية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006، ص (191) .
- 30- طارق سرور، المرجع السابق، ص (19-20) .
- 31- أحمد عبد العليم شاکر علي، المرجع السابق، ص (305-306) .
- 32- أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، مصر، ط/6، 1996، ص (111) .
- 33- أحمد عبد العليم شاکر علي، المرجع السابق، ص (306-307) .
- 34- أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، المرجع السابق، ص (111) .
- 35- أحمد عبد العليم شاکر علي، المرجع السابق، ص (307-308) .
- 36- طارق سرور، المرجع السابق، ص (27) .
- 37- فائزة يونس الباشا، المرجع السابق، ص (374) .
- 38- رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري، الكتاب الأول، قانون العقوبات، القسم العام، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1976، ص (120) .
- 39- طارق سرور، المرجع السابق، ص (28) .
- 40- المرجع نفسه، ص (28) .
- 41- محمد زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم، القسم العام من قانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2002، ص (43-44) .
- 42- محمود شريف بسيوني، المحكمة الجنائية الدولية، المرجع السابق، ص (144-145) .

- 43- عبد الفتاح محمد سراج، مبدأ التكامل في القضاء الجنائي الدولي، دراسة تحليلية تأصيلية، دار النهضة العربية، مصر، ط/1، 2001، ص (2) .
- 44- طارق سرور، المرجع السابق، ص (28 - 29) .
- 45- عبد الفتاح محمد سراج، المرجع السابق، ص (4) .
- 46- سالم محمد سليمان الأوجلي، المرجع السابق، ص (404 - 405) .
- 47- أحمد عبد العليم شاكر علي، المرجع السابق، ص (313 - 314) .
- 48- سالم محمد سليمان الأوجلي، المرجع السابق، ص (409 - 410) .
- 49- عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص (94) .
- 50- سالم محمد سليمان الأوجلي، المرجع السابق، ص (411 - 412) .
- 51- عبد الفتاح محمد سراج، المرجع السابق، ص (30) .
- 52- سالم محمد سليمان الأوجلي، المرجع السابق، ص (414 - 415) .
- 53- عبد الفتاح محمد سراج، المرجع السابق، ص (30 - 31) .
- 54- سالم محمد سليمان الأوجلي، المرجع السابق، ص (415 - 417) .
- 55- محمد لطفي، آليات الملاحقة في نطاق القانون الجنائي الدولي الإنساني، دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، مصر، 2006، ص (252 - 253) .
- 56- سالم محمد سليمان الأوجلي، المرجع السابق، ص (416 - 417) .
- 57- Damien, Vandermeersch, op. cit, p(235).
- 58- ضاري خليل محمود، « العلاقة بين الاختصاص القضائي الجنائي الدولي والاختصاص القضائي الجنائي الوطني بشأن الجرائم الدولية»، مجلة الحقوق، تصدر عن كلية الحقوق بجامعة البحرين، المجلد 2، العدد 2، جويلية 2005، ص (153-154) .
- 59- نزيه نعيم شلالا، الإرهاب الدولي والعدالة الجنائية، الحلبي الحقوقية، لبنان، ط/1، 2003، ص (209) .
- 60- عمر محمود المخزومي، القانون الدولي الإنساني في ضوء المحكمة الجنائية الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط/1، 2008، ص (385-386) .
- 61- أحمد الرشيد، محاكمة مجرمي دارفور .. قراءة في القرار 1593، مجلة السياسة الدولية، تصدر عن مؤسسة الأهرام، مصر، العدد 163، جانفي 2006، ص (106-107) .
- 62- الرئيس السوداني قد يواجه الاعتقال بتهمة جرائم الحرب في دارفور:
-<http://www.amnesty.org/ar/news-and-updates/news/president-sudan-could-face-arrest-over-darfur-war-crimes-20080718>.
- 63- حسن نافعة، « عصر ازدهار القانون الدولي أم انهياره؟ »، مجلة الوفاق العربي، تصدر عن مؤسسة الوفاق ببليشينغ ليميتد، لندن، السنة 10، العدد 110، أوت 2008، ص (24-25) .
- 64- عمر محمود المخزومي، المرجع السابق، ص (386-388) .
- 65- السيد مصطفى أحمد أبو الخير، أزمات السودان الداخلية والقانون الدولي المعاصر، إيتراك للنشر والتوزيع، مصر، ط/1، 2006، ص (288) .

- 66- مخلد الطراونة، « الجرائم الإسرائيلية في الأراضي الفلسطينية المحتلة ومدى تقديم المسؤولين عنها للمحاكمة»، مجلة الحقوق، تصدر عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، العدد 2، السنة 29، جولية 2005، ص (298) .
- 67 - Goran, Slotter, International criminal court (ICC), N.Q.H.R, Vol.23/3, 2005, p (285) .
- 68 - السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المرجع السابق، ص (288-301) .
- 69 - عمر محمود المخزومي، المرجع السابق، ص (393-395) .

الاضطرابات والتوترات الداخلية في القانون الدولي الإنساني

بقلم

أ. عمار جيايلتة

كلية الحقوق - جامعة سطيف - الجزائر



ملخص

لقد أخرج البروتوكول الإضافي الثاني لعام 1977 باعتباره مكمل ومتمم للمادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف لعام 1949 الاضطرابات والتوترات الداخلية من مجال الحماية الدولية التي يوفرها القانون الدولي الإنساني لضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية على اعتبار أنها لا تعد نزاعات مسلحة، وإخضاعها في المقابل إلى المواثيق الدولية لحقوق الإنسان التي تبين أنها غير كافية لضمان حماية أفضل لضحايا هذه النزاعات، خصوصا أن الواقع العملي أثبت بأنها لا تقل وحشية عن النزاعات المسلحة غير الدولية التي يشملها قدر من الحماية الدولية التي يوفرها القانون الدولي الإنساني، وما حدث في الجزائر خلال العشرية السوداء لخير دليل على ذلك.

Résumé

Le deuxième protocole additionnel de 1977 considéré comme l'additif de l'article trois commune au quatre conventions de Genève de 1949, a évacué de ses préoccupations les troubles intérieurs et les tensions internes du domaine de la protection internationale décrétée par le droit internationale humanitaire au profit des victimes des conflits non internationaux considérés ne pas faire parties des conflits armés et les soumettre en parallèle aux documents internationaux des droit de l'homme et qui montre qu'elle reste insuffisante pour une protection meilleure des victimes de ces conflits, surtout que la réalité professionnelle a prouvé que les trouble intérieurs et les tensions internes n'est pas moins sauvage que les conflits armés non internationaux qui est touchées par une certaine protection internationale que procure le droit international humanitaire, et ce qui s'est en Algérie durant la décennie noire prouve cela amplement.

مقدمة

لقد أخرج البروتوكول الإضافي الثاني لعام 1977 من نطاق تطبيقه الاضطرابات والتوترات الداخلية، وغيرها من النزاعات المشابهة لها على اعتبار أنها لا تعد نزاعات مسلحة⁽¹⁾. وبما أنه يعتبر مكمل و متمم للمادة الثالثة المشتركة بين اتفاقيات جنيف لعام 1949، كما تقضي بذلك المادة 1 فقرة 1 منه فهذا يعني أن الاضطرابات والتوترات الداخلية لا تدخل كذلك في نطاق المادة الثالثة المشتركة، للاعتبارات نفسها وهي أنها لا تعد نزاعات مسلحة.

وبالتالي أصبحت الاضطرابات والتوترات الداخلية، وما يدخل في حكمها من النزاعات خارج الحماية الدولية التي يوفرها القانون الدولي الإنساني.

فما هو المقصود بالاضطرابات والتوترات الداخلية، وهل إخراج مثل هذه النزاعات في مجال الحماية الدولية التي يوفرها القانون الدولي الإنساني، يعطي للحكومة الشرعية الحق في فعل ما تشاء وبالكيفية التي تشاء لممارسة حقها في حفظ أو إعادة النظام دون قيد أو شرط؟ وللإجابة على هذا التساؤل سوف نحاول دراسة الاضطرابات والتوترات الداخلية في المطلب الأول، ثم نبين نظم الحماية الدولية المقررة في الاضطرابات والتوترات الداخلية في المطلب الثاني، ثم نقوم بدراسة حالة الجزائر خلال العشرية الدموية وذلك في مطلب ثالث على النحو التالي:

المطلب الأول: الاضطرابات والتوترات الداخلية

لا يوجد في الحقيقة صك من صكوك القانون الدولي، يقدم لنا تعريفا دقيقا لظاهرة الاضطرابات والتوترات الداخلية⁽²⁾. إلا أنه هناك بعض التعاريف الفقهية إضافة إلى تعريف اللجنة الدولية للصليب الأحمر، وهو ما سنحاول التطرق إليه على النحو التالي:

الضرع الأول: التعريف الفقهي للاضطرابات والتوترات الداخلية

أولاً: تعريف الاضطرابات الداخلية: " هي المواقف التي تشمل على مواجهات داخلية خطيرة أو مستمرة، وفي مثل هذه المواقف والتي قد لا تتصاعد بالضرورة إلى نزاع مفتوح قد تستخدم السلطات قوات شرطة كبيرة، وحتى القوات المسلحة لاستعادة النظام داخل البلاد وقد تتبنى إجراءات تشريعية استثنائية، تمنح مزيداً من السلطات للشرطة أو القوات المسلحة"⁽³⁾.

أما بعض المختصين فذهبوا إلى تعريفها بأنها: "الحالات التي وإن كانت لا ترقى إلى النزاع المسلح غير الدولي، إلا أنها تتضمن قيام حالة من المجابهات بين السلطة الحاكمة والمنشقين، تشتمل على درجة من الخطورة والديمومة والتي تتضمن استخدام العنف خلالها وتتخذ هذه الحالات أشكالاً متنوعة بما فيها استخدام العنف والتمرد والنزاع بين جماعات شبه منظمة والسلطة الحاكمة"⁽⁴⁾.

وهناك من يعرفها بأنها: " أعمال العنف المتفرقة والتي تستخدم فيها قوات الشرطة غالباً الجيش دون أن توجد بالضرورة مواجهة مستمرة"⁽⁵⁾.

وقد عرفها الدكتور عمر سعد الله بأنها: " مواجهات ذات طابع جماعي تكون مزمنة أو قصيرة الأمد، كما تكون مصحوبة بآثار دائمة أو متقطعة وتمس كامل الأراضي الوطنية أو جزء منها أو تكون ذات جذور دينية أو أثنية أو سياسية أو خلاف ذلك"⁽⁶⁾.

ثانياً: تعريف التوترات الداخلية: تعتبر أقل خطورة من الاضطرابات الداخلية، وتتسم بمستويات توتر عالية سواء كانت سياسية أو دينية أو عرقية أو عنصرية اجتماعية أو اقتصادية، وهي ذات طبيعة وقائية لأنها تسبق أو تلي فترات النزاع، وتتميز مثل هذه الأوقات بما يلي⁽⁷⁾:

- ارتفاع عدد حالات الاعتقال؛
- ارتفاع عدد السجناء السياسيين؛
- احتمال سوء معاملة الأشخاص المحتجزين؛
- إدعاءات عن حالات اختفاء؛

- إعلان حالة الطوارئ.

وعلى عكس الاضطرابات، نادرا ما تكون القوة المعارضة في التوترات الداخلية منظمة بطريقة ملحوظة⁽⁸⁾.

الضلع الثاني: تعريف اللجنة الدولية للصليب الأحمر للاضطرابات والتوترات الداخلية

لقد بذلت اللجنة الدولية للصليب الأحمر جهودا كبيرة في هذا الصدد إذ تقدمت بتقرير تمهيدي لمؤتمر الخبراء الحكوميين لعام 1970، أحصت فيه بعض العناصر المميزة للاضطرابات الداخلية، والتي تتمثل في أعمال عنف ذات الخطورة المعتبرة صراع بين جماعتين أو أكثر تستأثر كل منها بقدر من التنظيم الدولي من جانب ثاني وأحداث محدودة الزمن، تستبعد الفتن من جانب ثالث وأخيرا وجود ضحايا غير أن الخبراء الذين تم عرض هذا التقرير عليهم قالوا بعدم كفايته، الأمر الذي جعل اللجنة الدولية للصليب الأحمر تعيد النظر في هذا التقرير، ووضعت صياغة جديدة له وهي التي تم عرضها على مؤتمر الخبراء الحكوميين لعام 1971⁽⁹⁾، أين تم تعريف الاضطرابات الداخلية بأنها: "الحالات التي دون أن تسمى نزاعا مسلحا غير دولي بمعنى الكلمة توجد فيها على المستوى الداخلي واجهة على درجة من الخطورة أو الاستمرار وتنطوي على أعمال عنف، قد تكتسي أشكالا مختلفة بدءا بانطلاق أعمال ثورة تلقائيا حتى الصراع بين مجموعات منظمة شيئا ما والسلطات الحاكمة وفي هذه الحالات التي لا تؤدي بالضرورة إلى صراع مفتوح تدعو السلطات الحاكمة قوات شرطة كبيرة، وربما قوات مسلحة حتى تعيد النظام الداخلي إلى نصابه وعدد الضحايا المرتفع جعل من الضروري تطبيق حد أدنى من القواعد الإنسانية"⁽¹⁰⁾.

ورغم أن المناقشات حول هذه المسألة استمرت أثناء انعقاد المؤتمر الدبلوماسي لعام (1974 - 1977)، إلا أنه لم يتوصل إلى تعريف محدد للنزاعات المسلحة غير الدولية وذلك نتيجة الدور الذي لعبته الدول النامية

التي تمسكت بمبدأ السيادة الإقليمية لكي تحول دون أن تتدخل الدول الأجنبية في مثل هذه النزاعات الكثيرة الوقوع على أراضي هذه البلدان⁽¹¹⁾.
 أما فيما يخص التوترات الداخلية ففي التقرير التمهيدي ذاته - السابق الذكر- تناولت اللجنة الدولية للصليب الأحمر فكرة التوترات الداخلية بإعطاء بعض الخصائص التي تميزها كالإيقافات الجماعية وارتفاع عدد المعتقلين السياسيين، المعاملة السيئة واللإنسانية وتوقيف الضمانات القضائية بسبب إعلان حالة الطوارئ، إضافة إلى ظهور حالات الاختفاء وقد تكون هذه الخصائص منفردة أو مجتمعة، إلا أنها في الأخير تعكس رغبة الحكومة في السيطرة على هذا التوتر.

المطلب الثاني: نظره الحماية المقررة في الاضطرابات والتوترات الداخلية

إن إبعاد الاضطرابات والتوترات الداخلية من مجال الحماية الدولية التي يوفرها القانون الدولي الإنساني، لا يعني أن هذا النوع من النزاعات مستباح وخال من أية حماية دولية بل هناك الكثير من المواثيق الدولية، التي تنطبق عليها خاصة تلك المتعلقة بحقوق الإنسان، وهو ما نصت عليه العديد من قرارات الأمم المتحدة أهمها قرار رقم 2675 (26) الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة لعام 1970، الذي أكد أن حقوق الإنسان تبقى تطبق حتى في النزاعات المسلحة⁽¹²⁾.

لذا يجب الأخذ بعين الاعتبار كل الاتفاقيات الدولية والإقليمية، خاصة النصوص الأكثر أهمية في ميدان حقوق الإنسان وهي كالتالي⁽¹³⁾:

- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948؛
- اتفاقية الأمم المتحدة لمنع وقمع جريمة إبادة الجنس البشري 1948 (دخلت حيز النفاذ 1951)؛
- اتفاقية الأمم المتحدة لمنع جميع أشكال التمييز العنصري؛
- العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966؛
- العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية 1966؛
- الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية 1950؛

- الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان.

والحقيقة أن هذه الاتفاقيات الدولية والإقليمية، وإن كانت تلزم الدول المصادقة عليها بتطبيق أحكامها، المتعلقة بحقوق الإنسان جملة وتفصيلا في الحالات العادية، إلا أنها في الحالات غير العادية واستنادا إلى بند التحلل من الالتزام Echappatoire الوارد في هذه الاتفاقيات، تلجأ الدول الأطراف إلى تعليق التزاماتها الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، من أجل إعادة أو حفظ النظام إذ أقرت المادة 4 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية وكذلك العهد الدولي للحقوق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والمادة (5 فقرة 1) من الاتفاقية الانفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، وكذا المادة (27 فقرة 1) من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، حق الدولة في التحلل من التزاماتها الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، إلا أن ذلك قيد بشرطين هامين هما⁽¹⁴⁾:

- عدم جواز التحلل من بعض الحقوق الإنسانية المحددة حتى في حالة الطوارئ.

- ألا يؤدي حق التحليل إلى الإخلال بالتزامات دولية أخرى.

إلا أنه تجدر الإشارة أن هناك بعض الحقوق الأساسية، التي لا يمكن تعليقها أو المساس بها حتى في حالة الطوارئ أو الحرب كالحق في الحياة، وحظر التعذيب والعقوبات اللاإنسانية أو المهينة، وعدم جواز تطبيق القوانين الجنائية بأثر رجعي وتحريم الرق والعبودية، وحظر إخضاع أي إنسان دون رضائه للتجارب الطبية أو العلمية، وعدم جواز سجن الشخص لعدم قدرته على الوفاء بالتزامه التعاقدية وحرية الفكر والضمير والمعتقد الديني⁽¹⁵⁾.

ومن أجل معرفة ما مدى كفاية الحماية الدولية التي توفرها الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان لضحايا الاضطرابات والتوترات الداخلية، يجب القيام بمقارنة بين هذه الأخيرة ممثلة في العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية من جهة والمادة الثالثة المشتركة والبروتوكول الإضافي الثاني من جهة أخرى وذلك على النحو التالي:

جدول المقارنة بين المادة الثالثة المشتركة والبروتوكول الإضافي الثاني لعام 1977 وبين العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966¹⁶

المادة الثالثة المشتركة لعام 1949	العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966	البروتوكول الإضافي الثاني لعام 1977
1- الأشخاص الذين لا يشتركون مباشرة في الأعمال العدائية بمن فيهم أفراد القوات المسلحة الذين ألقوا عنهم أسلحتهم والأشخاص عاجزون عن القتال بسبب المرض أو الجرح 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 أولا وتبقى محظورة في جميع الأوقات والأماكن:	لا يوجد نص مماثل .	المادة 04 الضمانات الأساسية 1- يكون لجميع الأشخاص الذين لا يشتركون بصورة مباشرة أو الذين يكفون عن الاشتراك في الأعمال العدائية - سواء قيدت حریتهم أم لم تقيد - الحق في أن يحترم أشخاصهم وشرفهم ومعتقداتهم وممارستهم لشعائرهم الدينية ويجب أن يعاملوا في جميع الأحوال معاملة إنسانية دون أي تمييز مجحف ويحظر الأمر بعدم إبقاء أحد على قيد الحياة. 2- تعد الأعمال التالية الموجهة ضد الأشخاص المشار إليهم في الفقرة الأولى محظورة حالا ومستقبلا وفي كل زمن ومكان وذلك دون الإخلال بطابع الشمول الذي تتسم به الأحكام السابقة:
أ) الاعتداء على الحياة والسلامة البدنية وبخاصة القتل بجميع أشكاله والتشويه والمعاملة	المادة 6: 1- الحق في الحياة حق ملازم لكل إنسان وعلى القانون أن	أ. الاعتداء على حياة الأشخاص وصحتهم وسلامتهم البدنية أو العقلية ولا سيما القتل والمعاملة القاسية كالتعذيب أو

<p>أية صورة من صور العقوبات البدنية.</p> <p>ب. انتهاك الكرامة الشخصية وبوجه خاص المعاملة المهينة والمحطمة من قدر الإنسان والاعتصاب والإكراه على الدعارة وكل ما من شأنه خدش الحياة.</p>	<p>يحمي هذا الحق ولا يجوز حرمان أحد من حياته تعسفا.</p> <p>2- لا يجوز في البلدان التي لم تلغ عقوبة الإعدام أن تحكم بهذه العقوبة إلا جزاء على أشد الجرائم خطورة وفقا للتشريع النافذ وقت ارتكاب الجريمة وغير المخالف لأحكام هذا العهد ولا تفاقية منع جريمة للإبادة الجماعية والمعاقبة عليها. ولا يجوز تطبيق هذه العقوبة إلا بمقتضى حكم نهائي صادر من محكمة مختصة.</p> <p>3- حتى يكون الحرمان من الحياة جريمة من جرائم الإبادة الجماعية يكون من المفهوم بدهة أنه ليس في هذه المادة أي نص يجيز لأية دولة طرف في هذا العهد أن تعفي نفسها على أية</p>	<p>القاسية والتعذيب</p> <p>ب) الاعتداء على الكرامة الشخصية وعلى الأخص المعاملة المهينة والحاطة بالكرامة.</p>
--	---	--

	<p>صورة من التزام يكون مترتبا عليها بمقتضى أحكام اتفاقية منع الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها.</p>	
<p>المادة 06: 1- لا يجوز أن يصدر حكم بالإعدام على الأشخاص الذين هم دون الثامنة عشر وقت ارتكاب الجريمة كما لا يجوز تنفيذ عقوبة الإعدام على أولاد الأحمال أو أمهات صغار الأطفال.</p>	<p>المادة 06 (تكملة): 4- لأي شخص حكم عليه بالإعدام حق التماس العفو الخاص أو إبدال العقوبة ويجوز منح العفو العام أو العفو الخاص أو إبدال عقوبة الإعدام في جميع الحالات. 5- لا يجوز الحكم بعقوبة الإعدام على جرائم ارتكبتها أشخاص دون الثامنة عشر من العمر ولا تنفيذ هذه العقوبة بالحوامل. 6- ليس في المادة أي حكم يجوز التذرع به لتأخير أو منع أو إلغاء عقوبة الإعدام من قبل أي دولة طرف في العهد. المادة 07: لا يجوز إخضاع أحد</p>	<p>لا يوجد نص مماثل.</p>

	<p>للتعذيب ولا للمعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو الحاطة بالكرامة وعلى وجه الخصوص لا يجوز إجراء أي تجربة طبية أو علمية على أحد دون رضاه الحر.</p>	
<p>المادة 04: الضمانات الأساسية (تكملة). الأعمال المحظورة: ب) الجزاءات الجنائية ج) أخذ الرهائن د) أعمال الإرهاب ز) السلب والنهب ح) التهديد بارتكاب أي من الأفعال المذكورة.</p>	<p>لا يوجد نص مماثل</p>	<p>ب) أخذ الرهائن.</p>
<p>و) الرق وتجارة الرقيق بجميع صورها.</p>	<p>المادة 08: 1- لا يجوز استرقاق أحد ويحضر الرق والاتجار بالرقيق بجميع صورها</p>	<p>لا يوجد نص مماثل.</p>
<p>المادة 06: المحاكمة الجنائية 1- تنطبق هذه المادة على ما يجري من محاكمات وما يوقع من عقوبات جنائية ترتبط بالنزاع المسلح . 2- لا يجوز إصدار أي حكم أو تنفيذ أي عقوبة حيال أي</p>	<p>لا يوجد نص مماثل</p>	<p>ج) إصدار الأحكام وتنفيذ العقوبات دون إجراء محاكمة سابقة أمام محكمة مشكلة تشكيلا قانونيا وتكفل جميع الضمانات القضائية اللازمة في نظر الشعوب</p>

<p>شخص تثبت إدانته في جريمة دون محاكمة مسبقة من قبل محكمة تتوفر فيها الضمانات الأساسية للاستقلال والحيادة بوجه خاص:...</p>		المتمدنة.
<p>(ب) ألا يدان أي شخص بجريمة إلا على أساس المسؤولية الجنائية الفردية. (ت) ألا يدان أي شخص بجريمة على أساس اقتراف الفعل أو الامتناع عنه الذي لا يشكل وقت ارتكابه جريمة جنائية بمقتضى القانون الوطني أو الدولي كما لا توقع أية عقوبة أشد من العقوبة السارية وقت ارتكاب الجريمة وإذا نص القانون بعد ارتكاب الجريمة على عقوبة أخف كان من حق المذنب أن يستفيد منها. (ث) أن تثبت إدانته وفقا للقانون. 4- يليه أي شخص يدان لدى إدانته إلى طرق الطعن القضائية وغيرها من الإجراءات التي يحق له اللجوء إليها وإلى المدد التي يجوز له خلالها أن يتخذها. 5- تسعى السلطات الحاكمة لدى انتهاء الأعمال العدائية بمنح العفو الشامل على أوسع</p>	<p>المادة 15: 1- لا يدان أي فرد بأية جريمة بسبب فعل أو امتناع عن فعل لم يكن وقت ارتكابه يشكل جريمة بمقتضى القانون الوطني أو الدولي كما لا يجوز فرض أية عقوبة تكون أشد من تلك التي كانت سارية المفعول في الوقت الذي ارتكبت فيه الجريمة وإذا حدث بعد ارتكاب الجريمة أن صدر قانون ينص على عقوبة أخف وجب أن يستفيد مرتكب الجريمة من هذا التخفيف. 2- ليس في هذه المادة من شيء يخل بمحاكمة ومعاقبة أي شخص على أي فعل أو امتناع عن فعل</p>	لا يوجد نص مماثل.

نطاق ممكن للأشخاص الذين شاركوا في النزاع المسلح أو الذين قيدت حريتهم لأسباب تتعلق بالنزاع سواء كانوا معتقلين أو محتجزين.	كان حين ارتكابه يشكل جرماً وفقاً لمبادئ القانون العام التي تعترف بها جماعة الأمم.	
وتتضمن المادة 04 من البروتوكول قواعد لحماية الأطفال ولم شمل الأسر. كما تتضمن المادة 05 أحكام مفصلة تضمن القواعد الدنيا لمعاملة الأشخاص الذين قيدت حريتهم.	لا يوجد نص مماثل	لا يوجد نص مماثل

ويستخلص من الجدول أعلاه ملاحظتان هامتان: من جهة أن القواعد العامة المتعلقة بحقوق الإنسان، أكثر كمالاً من تلك الواردة في المادة الثالثة المشتركة والبروتوكول الإضافي الثاني، ومن جهة أخرى عندما تواجه الدول حالة طوارئ فإن المادة الثالثة المشتركة والبروتوكول الإضافي الثاني بصفة خاصة، يمكن لهما أن يمنحا حماية أكبر من تلك التي يتضمنها العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والتي لا يمكن خرقها⁽¹⁷⁾، لأنها عبارة عن حقوق أساسية مستثناة من حق التحلل الوارد في المادة 4 من هذا العهد، كما سبق وأن بينا.

المطلب الثالث: دراسة أعمال العنف في الجزائر خلال العشريّة السوداء

لقد عرفت الجزائر خلال العشريّة الأخيرة من القرن العشرين أعمال عنف دامية، كادت لخطورتها أن تعصف بالبلاد، وحسب الرأي العام الدولي فإن أحداث العنف هذه بدأت مع نهاية 1991، أي بعد إلغاء الدور الثاني من الانتخابات التشريعية التي فازت بها الجبهة الإسلامية للإنقاذ، بعد فوزها في الانتخابات المحلية في 1990⁽¹⁸⁾، إلا أن عملية الربط هذه بين إلغاء الانتخابات التشريعية وبداية العنف ليست صحيحة تماماً، إذ أن جذور المأساة الجزائرية ترجع إلى العديد من المتغيرات الداخلية والخارجية

والإقليمية⁽¹⁹⁾، التي ساهمت في بروز الأزمة الجزائرية التي تميزت بأعمال عنف وحشية، تعدت قتل الأبرياء من الشباب والنساء وكبار السن، لتصل إلى حرق الأطفال الرضع، وهو ما يتنافى مع أبسط قواعد الإنسانية، الأمر الذي جعلنا نتساءل عن مدى إمكانية انصراف أحكام القانون الدولي الإنساني لتحكم هذه الأحداث؟.

للإجابة على هذا التساؤل يتعين علينا أن نقوم بتكييف أعمال العنف في الجزائر، لمعرفة ما إذا كانت حرب أهلية أو مجرد اضطرابات وتوترات داخلية، وهذا كمرحلة أولى ثم نستعرض في المرحلة الثانية الحصيلة التي تكبدتها الجزائر حكومة وشعبا جراء هذه الأحداث وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: التكييف القانوني لأحداث العنف في الجزائر

إن تكييف أحداث الجزائر وإدراجها ضمن صورة من صور النزاعات المسلحة غير الدولية ليس بالأمر السهل، نظرا لتداخل جوانب الأزمة الجزائرية وغموض حقائقها، فقد اختلف الفقه في تكييف هذه الأحداث حيث ذهب البعض منه إلى تكييفها بأنها حرب أهلية⁽²⁰⁾، أما البعض الآخر فذهب إلى القول بأنها مجرد اضطرابات وتوترات داخلية، واكتفى آخرون بإعطاء أوصاف لها، للتعبير على مدى وحشية الأحداث التي عرفتها الجزائر، فوصفوها بالحرب القذرة والمأساة الجزائرية والعشرية الدموية، وبين هذا وذاك يقتضي منا الأمر القيام بعملية تكييف قانونية لأحداث الجزائر، لمعرفة مدى صحة أحد الآراء ومن ثمة التدعيم أو المعارضة لأحدها بالنظر إلى النتائج التي تخرج بها عملية التكييف القانوني، لتحقيق ذلك يجب التأكد من مدى توفر الشروط القانونية التي يتطلبها البروتوكول الإضافي الثاني في الجماعات الإسلامية المسلحة، للقول بأن أحداث الجزائر تدخل ضمن إحدى صور النزاعات المسلحة غير الدولية، التي تخضع لأحكام القانون الدولي الإنساني المقررة لمثل هذه النزاعات، وعليه بالرجوع إلى البروتوكول الإضافي الثاني نجد أن هذا الأخير وضع شروط، يجب على الطرف المتمرد استيفائها في مواجهة الحكومة الشرعية، حتى يمكن وصف النزاع بأنه حرب أهلية

تخضع للأحكام التي يقرها هذا البروتوكول، ومن ثمة إلى أحكام المادة الثالثة المشتركة، هذه الشروط حسب المادة 1 فقرة 1 من البروتوكول الإضافي الثاني تتمثل في: القيادة المسؤولة، السيطرة على جزء من الإقليم، القيام بعمليات عسكرية متواصلة ومنسقة ما يسمح بتطبيق هذا البروتوكول، وسنحاول فيما يلي إسقاط هذه الشروط على أحداث الجزائر لتبيين مدى إمكانية إدراج هذه الأخيرة ضمن صورة من صور النزاعات المسلحة غير الدولية، وذلك على النحو التالي:

أولاً: مدى توفر عنصر القيادة المسؤولة؛

إذا رجعنا إلى أحداث الجزائر نجد أن هذا الشرط غير متوفر، فبعد إيقاف المسار الانتخابي، الذي فتح الباب الواسع أمام الأطروحة الإسلامية المتشددة، التي تنادي إلى إرساء الدولة الإسلامية بالدم والسلاح⁽²¹⁾، ظهرت عدة منظمات إسلامية مسلحة، حددها محمد حربي في الحركة الإسلامية المسلحة (MIA) بقيادة عبد القادر مخلوفي، وجماعات سعيد مخلوفي، والجماعة الإسلامية المسلحة (GIA) التي تنشط في متيجة وتيارت وسيدي بلعباس⁽²²⁾، وذلك في ظل غياب منظمة مسلحة ذات بعد وطني قادرة على توجيه هذه المجموعات المسلحة وربطها مركزياً، خصوصاً بعد فشل محاولات التوحيد، الأمر الذي عمق الخلاف وأدى إلى انبعاث عدة مجموعات مسلحة أخرى منها: الحركة من أجل الدولة الإسلامية، الرابطة الإسلامية للدعوة والجهاد، الجبهة الإسلامية للجهاد المسلح، والباقون على العهد والرابطة الإسلامية للتبشير والجهاد، والجماعة السلفية للدعوة والجهاد، التي تزعمها حسان خطاب فيما بعد⁽²³⁾، وهو ما يؤكد غياب الشرط الأول المتعلق بالقيادة المسؤولة للجماعات الإسلامية المسلحة التي كانت في صراع مستمر من أجل زعامة جبهة الجهاد، هذا الصراع الذي بلغ ذروته في عام 1995 بعين الدفلى بين قوات جيش الإنقاذ الإسلامي وقوات الجماعة الإسلامية المسلح (GIA)، أسفرت عن سقوط 180 قتيل من الإرهابيين في صفوف الطرفين⁽²⁴⁾.

ثانيا: مدى توفر عنصر السيطرة على جزء من الإقليم:

في الواقع كانت هناك الكثير من الاقتراحات تهدف إلى تحديد فكرة السيطرة على الإقليم، كأن تكون السيطرة على جزء من الإقليم غير مهملة D'une partie importante du territoire، أو أن تكون على جزء مهم من الإقليم partie non négligeable، غير أنه لم يتم الأخذ بأي من هذه الاقتراحات في المؤتمر الديبلوماسي لعام 1977، إلا أن كلمة "tel" الواردة في النص الفرنسي، والتي تعني "مثل" تعطي لنا تفسيراً في أن السيطرة على الإقليم يجب أن تكون كافية للقيام بعمليات عسكرية متواصلة ومنسقة وكافية لتطبيق البروتوكول⁽²⁵⁾، وإن كان الملاحظ أن سيطرة المتمردين تتغير من إقليم لآخر وأن ميادين القتال تتغير بسرعة، فإنه يجب أن تكون السيطرة إلى حد ما مستقرة حتى يستطيع المتمردون عملياً تطبيق أحكام البروتوكول⁽²⁶⁾، فإذا أتينا إلى بيان مدى توفر هذا الشرط في أحداث الجزائر، فإنه يمكن القول أن الجماعات الإسلامية المسلحة لم يكن لها سيطرة هادئة ومستقرة على جزء من إقليم الدولة الجزائرية تسمح لها القيام بعمليات عسكرية متواصلة ومنسقة، وكافية لتطبيق البروتوكول باستثناء بعض المناطق النائية والجبلية التي تتميز بالغابات الكثيفة وصعوبة تضاريسها، فكانت بمثابة ملاجئ تحتمي بها الجماعات الإسلامية المسلحة، إلا أن عمليات التمشيط المتواصلة لهذه المناطق الجبلية من طرف أفراد الجيش الشعبي الوطني، التي عادة ما تنتهي باشتباكات مسلحة ومواجهات عنيفة مع الجماعات الإسلامية المسلحة، كانت تدفع هذه الأخيرة إلى الفرار من منطقة جبلية إلى أخرى، وبذلك لم يكن للجماعات الإسلامية المسلحة سيطرة على جزء من إقليم الدولة الجزائرية.

ثالثاً: القيام بعمليات عسكرية متواصلة ومنسقة وتطبيق البروتوكول:

لقد تم الجمع بين الشرطين الثالث والرابع لأنهما يعتبران كتحصيل حاصل للشرطين السابقين، فبانعدام القيادة المسؤولة، والرقابة المستقرة على جزء من الإقليم، لا يمكن القيام بعمليات عسكرية متواصلة ومنسقة، كما لا يمكن تطبيق البروتوكول خصوصاً وأن هذا الأخير يتطلب درجة عالية من التنظيم وقد تم

إقراره لأن الطرف المتمرد الذي تتوافر فيه الشروط السابقة وخاصة شرط السيطرة على الإقليم يملك حدا أدنى من أسس قيام الدولة، وهذا يعني إمكانية تطبيق البروتوكول الثاني.

وعليه فإن أعمال العنف في الجزائر خلال العشرية الدموية لم تكن حربا أهلية بالمعنى الوارد في البروتوكول الإضافي الثاني، ومن ثمة فهي لا تخضع لأحكامه لعدم توفر الجماعات الإسلامية المسلحة على الشروط التي يتطلبها هذا البروتوكول.

وبالقياس لا يمكن تطبيق أحكام المادة الثالثة المشتركة على مثل هذا الاعتبار نفسها، وهو عدم توفر الجماعات المسلحة على الشروط التي وضعها الفقه والعمل الدوليين بغرض انطباق أحكام المادة الثالثة المشتركة، والتي تتمثل في عنصرَي الطابع الجماعي وحد الأدنى من التنظيم، جمعها مشروع اللجنة الدولية للصليب الأحمر المقدم للمؤتمر الديبلوماسي لعام 1974-1977 في عبارة تحت القيادة المسؤولة وقد بينا فيما سبق أن شرط القيادة المسؤولة لم يتوفر في الجماعات الإسلامية المسلحة خلال العشرية الدموية في الجزائر.

وبناء على ما تقدم يمكن القول أن أحداث الجزائر خلال العشرية الدموية كانت مجرد اضطرابات وتوترات داخلية، أعلنت فيها حالة الطوارئ واستدعت فيها الدولة قوات الجيش الشعبي الوطني، من أجل حفظ وإعادة النظام وبالتالي فهي لا تخضع للحد الأدنى من مقتضيات الإنسانية، التي كفلتها المادة الثالثة المشتركة، ولا للحقوق المتنامية التي قررها البروتوكول الإضافي الثاني، وإنما يطبق عليها فقط القانون الداخلي للدولة الجزائرية، وكذا القواعد الأساسية لحقوق الإنسان التي تظل سارية المفعول في مثل هذه الأوضاع، فكانت نتيجة ذلك حصيلة ثقيلة من الأرواح تدعوا إلى إعادة النظر في هذه الاضطرابات والتوترات الداخلية، وإخضاعها لقدر من التنظيم الدولي المكفول للنزاعات المسلحة غير الدولية.

الضرع الثاني: مدى تطبيق حقوق الإنسان خلال أعمال العنف في الجزائر

لقد نجم عن الاضطرابات والتوترات الداخلية التي عرفتها الجزائر، أعمال عنف وحشية تسببت في تخريب مؤسسات الدولة وانعدام الأمن العام، مما أدى إلى انتشار الفوضى والسرقات، ومقتل إطارات الدولة أو فرارها إلى الخارج وذهب ضحيتها عشرات الآلاف من القتلى أغلبهم من المدنيين، إذ قدر عدد ضحايا هذه المأساة حسب تصريح رسمي لرئيس الجمهورية بـ 100.000 قتيل⁽²⁷⁾، وذلك راجع إلى الجنون الدموي⁽²⁸⁾، الذي ساد خلال تلك الفترة السوداء من الزمن بشكل لم تحترم فيه قواعد حقوق الإنسان جملة وتفصيلا، فقد سادت أعمال التقتيل الجماعي التي استهدفت المدني كالعسكري والأمي كالمثقف والصغير كالكبير⁽²⁹⁾، وهو ما يمثل انتهاكا صارخا لحق أساسي من حقوق الإنسان وهو الحق في الحياة، ولم يتوقف الأمر عند هذا الحد بل تعداه ليصل إلى التنكيل بجسد الضحية بتقطيعها إلى أجزاء وتعليق الرؤوس في الشوارع⁽³⁰⁾، دون أن تراعى في ذلك تعاليم ديننا الحنيف، الذي ينهى عن المثلة ولو بالكلب العقور، بشكل يذكرنا بالمجازر التي قام بها الاحتلال الصهيوني ضد الفلسطينيين في قانا ودير ياسين وغيرها.

وأمام هذه الأوضاع لجأت الدولة الجزائرية إلى إتباع طرق وقائية وردعية من أجل احتواء الوضع فقامت بإعلان حالة الطوارئ في فبراير 1992، بمقتضى مرسوم رئاسي وحددت مدتها بـ 12 شهرا ثم مددت لأجل غير محدد في فبراير سنة 1993، إلا أنه في الحقيقة تم خلال هذه الفترة انتهاك بعض الحقوق الأساسية للإنسان التي لا يجوز المساس بها مهما كانت الظروف، حتى في حالة الطوارئ، فقد تم تشكيل ثلاث محاكم عسكرية في كل من قسنطينة وهران والجزائر، بموجب مرسوم رئاسي في 30 سبتمبر 1992، الذي حدد سن المسؤولية الجنائية بـ 16 سنة بدلا من 18 سنة بالنسبة للجرائم المتعلقة بالإرهاب ومدد وضع قيد النظر إلى 12 يوم، والأشخاص الذين تثبت إدانتهم يتعرضون لعقوبات من 5 سنوات سجن إلى عقوبة الإعدام، وقد حكمت بإعدام 100 إسلامي⁽³¹⁾، إلا أن هذه المحاكم ونظرا لما أثير حولها من عدم دستورتيتها وعدم كفاية الضمانات القضائية أمامها تم إلغاؤها فيما بعد⁽³²⁾.

كما أن بعض قوات الأمن كانت تلجأ إلى التعذيب والاستنطاق في بعض الحالات وهو ما يتنافى مع حقوق الإنسان التي تحظر التعذيب والمعاملة اللاإنسانية والقاسية⁽³³⁾.

ولكن رغم هذا، فإننا لا يمكن أن ننكر الدور الكبير الذي لعبته قوات الأمن الوطني بمختلف فروعها في المحافظة على وحدة التراب الوطني، الذي يعتبر من بين الأهداف الأساسية التي أنشئت من أجله. أما عن التجاوزات التي حصلت من كلا الطرفين، فيمكن اعتبارها كتحصيل حاصل للطبيعة الخاصة التي تتميز بها مثل هذه النزاعات التي تقوم بين أبناء الوطن الواحد.

خاتمة

وفي الأخير يمكن القول أن إخراج الاضطرابات والتوترات الداخلية من مجال الحماية الدولية التي يوفرها القانون الدولي الإنساني لضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية، على اعتبار أنها لا تعد نزاعات مسلحة وإخضاعها في المقابل إلى الموائيق الدولية لحقوق الإنسان غير كاف لضمان حماية أفضل لضحايا هذه النزاعات. فقد كشفت أحداث العنف في الجزائر، رغم أنها كانت مجرد اضطرابات وتوترات داخلية، عن عنف وقسوة غير مألوفين مما يدعونا إلى إعادة النظر في مثل هذه النزاعات بإدراجها ضمن نطاق النزاعات المسلحة غير الدولية، لتشملها الحماية الدولية التي يقرها القانون الدولي الإنساني لضحايا هذه النزاعات، لأنها لا تقل وحشية عن النزاعات المسلحة غير الدولية التي يشملها قدر من التنظيم الدولي.

- الهوامش :

- 1- انظر المادة 1 فقرة 2 من البروتوكول الإضافي الثاني لعام 1977
- 2- شريف عتلم، "مدلول القانون الدولي الإنساني وتطوره التاريخي ونطاق تطبيقه"، محاضرات في القانون الدولي الإنساني، مطبوعات اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة، ط 6، 2006، ص 42
- 3- فرانسواز بوشيه سولينييه، القاموس العملي للقانون الإنساني، ترجمة أحمد مسعود، دار العلم للملايين، لبنان، ط 1، 2005، ص 120
- 4- عمر سعد الله، تطور تدوين القانون الدولي الإنساني، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط 1، 1997، ص 206

- 5- محمود السيد حسن داود، حماية ضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية في القانون الدولي العام والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، القاهرة، 1999، ص 220
- 6- عمر سعد الله، المرجع السابق، ص 208
- 7- فرانسواز بوشيه سولينيه، المرجع السابق، ص 120
- 8- المرجع نفسه، ص 120
- 9- رقية عواشيرة، حماية المدنيين والأعيان المدنية في النزاعات المسلحة غير الدولية، رسالة الدكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 2001، ص 39، 40
- 10- شريف عتلم، المرجع السابق، ص 209.
- 11- عمر سعد الله، المرجع السابق، ص 209
- 12 - Asbjorn Eide, « Trouble tension intérieurs, in les démenions internationales du humanitaire », institut Henry dunant (Unexo), Pédone , 1986, p. 282
- 13 - Ibid, p.283
- 14- محمد نور فرحات، " تاريخ القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان جوانب الوحدة والتمييز"، دراسات في القانون الدولي الإنساني، دار المستقبل العربي، القاهرة، ط1، 2000، ص 88.89.
- 15- محمد نور فرحات، المرجع السابق، ص 89.
- 16 - Asbjorn Eide ,op.cit.pp.285-289
- 17 - Asbjorn Eide ,op.cit.p.285
- 18- عبد الناصر جايي، الانتخابات الدولية والمجتمع، دار القصة للنشر، بدون معلومات أخرى، ص 35
- 19- أنظر في ذلك منعم العمار، " الجزائر والتعددية المكلفة"، الأزمة الجزائرية الخلفيات السياسية الاجتماعية الاقتصادية والثقافية، سلسلة كتب المستقبل العربي II، مركز الدراسات العربية، ط2، بيروت، 1999، ص ص 49- 57
- 20 - أغلب الفقهاء الذين ذهبوا إلى القول بأن أحداث الجزائر تعتبر حرباً أهلية لا يستندون في ذلك إلى أسس قانونية تبرر ما ذهبوا إليه، ولعل ذلك يرجع إلى كونهم غير متخصصين في القانون بصفة عامة والقانون الدولي الإنساني بصفة خاصة، نذكر على سبيل المثال: محمد حربي، جمال بن رمضان، ومن الأجانب " Bruno Callies de Salies" الذين كتبوا مقالات باللغة الفرنسية وصفوا فيها أحداث الجزائر خلال العشرية الدموية بأنها حرب أهلية دون أن يقدموا الأسس القانونية التي استندوا إليها لاعتماد هذا الوصف. انظر في ذلك :
- Mohamed Harbi, « l'algerie prise au piège de son histoire »,le monde diplomatique, Mai 1994,p.01
- Djamel Benramdane , « rouages d'une guerre secrète », le monde diplomatique, Mars 2004,p.01
- Bruno Callies de Salies, « les luttes de clan exacerbent la guerre civile », le monde diplomatique, Octobre, 1997,p.01
- 21- زهرة بن عروس، أمقران أيت إدير، فلة ميحك، الإسلاموية السياسية المأساة الجزائرية، دار الفارابي، بيروت، ط1، 2002، ص 159، 160

- 22 - Mohamed Harbi, op. cit., p3
- 23- زهرة بن عروس، أمقران أيت إدير ، فلة ميچك، المرجع السابق، ص165، 166
- 24- المرجع نفسه ، ص178
- 25 - Junod Sylvre Stoyanka et des autre, commentaire de protocole additionnel aux conventions de Genève du 12 Aôte 1949 relatif a la protection des victimes des conflits armés non internationaux (protocole II), C.I.C.R, Martinus Niyhaoff Publisher , Genève, 1986., p.1376
- 26 - Ibid., p.1377
- 27- رقية عواشرية، المرجع السابق، ص 208
- 28 - Bruno Callies de Salies, op.cit., p.01
- 29- محمد تاملت ، الجزائر من فوق البركان حقائق وأوهام (1988-1999)، بدون معلومات أخرى، ص 145
- 30- في أكتوبر 1996 قام الإرهابي ياسين عمارة الملقب بنابولي وجماعته المتخصصة في جمع الأموال وسرقة المتفجرات وتنفيذ الهجمات على ثنكات بودواو والبلدية والقليعة بتقطيع أجساد جميع أفراد عائلة مزابية وتعليق رؤوسهم على طول شارع القصبة لأنهم رفضوا دفع جزية الحرب، كما أن أمير الجماعة المسلحة في المدينة سايج عطية الملقب بالخان، كان يستأصل قلب الضحية للإعلان عن مسؤوليته عن عمليات القتل، وبلغ عدد ضحاياه في المدينة 200 ضحية. أنظر في ذلك: زهرة بن عروس، أمقران أيت إدير ، فلة ميچك، المرجع السابق، ص172
- 31 -Gerard Grizbec, « sale guerre en Algérie », le monde diplomatique, Aout 1993, p.2
- 32- رقية عواشرية، المرجع السابق، ص210.
- 33- لقد نددت الرابطة الجزائرية لحقوق الإنسان ضد استعمال التعذيب واتهمت مصالح الأمن باستعماله، عند محاكمة تفجيرات مطار الجزائر في 26 أوت 1992، إذ اعترف المتهمون أمام قاضي التحقيق بأنهم تعرضوا إلى التعذيب حيث أكد حسين عبد الرحيم المدير السابق لعباس المدني بقوله لقد نقلت مرتين لمستشفى عين النعجة، بسبب كسور في الجمجمة ومع ذلك فقد استنطقوني، ولقد أكدت بأنه ليس لي أية علاقة في هذا الهجوم. كما نددت منظمة العفو الدولي في تقريرها السنوي لعام 1993، بحالات التعذيب وسوء المعاملة من طرف قوات الأمن. أين تطرقت إلى حالات نذير حمودي الذي تم توقيفه في نوفمبر 1992 وأبقي تحت الحراسة لمدة 25 يوم. وقد أكد هذا الأخير أنه تعرض للضرب بالكرات والحرق بالسليجارة، كما تعرض لطريقة الممسحة حيث أرغمته الشرطة على شرب ماء ومواد كيميائية بينما كان البعض الآخر من الشرطة يغلث له أنفه. انظر: Gerard Grizbec, op.cit., p.3

دور الالتزام بالإعلام قبل التعاقد في دهاية رضا المستهلك

بقلم

أ. أحمد بومدين

كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة سعيدة



ملخص

إذا كانت الحماية التقليدية للمستهلك في مواجهة المنتج أو التاجر فيما مضى لاحقة لتصرفاته أي بعد نشوء العقد، فإن الحماية الحديثة، أصبح لها دور وقائي تجد مجالها الحقيقي في مرحلة التفاوض التي تسبق إبرام العقد، وقد يكون في إمداد المستهلك بقدر وافر من المعلومات في هذه المرحلة ما يؤدي إلى تنور رضائه بالعقد ومن ثم توجيه إرادته إلى التعاقد على النحو الذي يمنع وقوعه في الخطأ.

ذلك لأن أخص جوانب هذه الحماية هو ما تعلق بإرادة المستهلك لدى إقباله على التعاقد، والتي تجد مجالها الحقيقي في المرحلة قبل التعاقدية، في ضوء غياب المعلومات الهامة والمؤثرة عن السلع والخدمات موضوع التعاقد، واللازم توفرها لصحة الرضا اللازم لتكوين هذه الإرادة.

حيث أنه من الأهمية بمكان حماية الإرادة التعاقدية للمستهلك باعتبارها مصدرا للتعبير عن الرغبة في التعاقد، حيث يجب أن يتكامل لها عناصر قوتها من الحرية والوعي والسلامة، وتتحقق حماية الإرادة التعاقدية للمستهلك متى كانت واعية ومثقفة، يتوافر لها قدر من المعلومات - فيما يتعلق بمجال المعاملة بالمعنى الواسع - على نحو يستطيع معه المستهلك أن يقف على حقيقة مصالحه.

إن البحث عن دور الالتزام بالإعلام في حماية رضا المستهلك في مرحلة الدعوة للتفاوض يدفعني إلى بيان مفهوم هذا الأخير من خلال تعريفه وتمييزه عن الالتزامات المشابهة له، ومدى تداخل الالتزام بالإعلام قبل التعاقد مع بعض الأنظمة الحمائية المشابهة له .

ثم الانتقال إلى استعراض أحكام الالتزام بالإعلام قبل التعاقد من خلال دراسة محله وشروط قيامه، والجزاء المترتب عن الإخلال به.

Résumé

Le droit à l'information est un des droits fondamentaux du consommateur et un facteur de développement d'une concurrence loyale et saine.

Si la protection traditionnelle des consommateurs contre le producteur ou le commerçant et faite après la création du contrat, la protection moderne des consommateurs a un rôle préventif, de trouver son champ d'application en phase de négociation préalablement à la contrat, de fournir le consommateur par des informations sur le sujet du contrat , qui conduirait à la satisfaction évidente avec le contrat et qui guide la volonté a se contracter correctement et l' empêcher de tomber dans l'erreur.

Les aspects les plus importants de cette protection est lié à la volonté du consommateur dans la phase pré-contractuelle, en l'absence d'informations importantes concernant les produits et services sujet du contrat, qui nécessaire à la santé du consentement Composant de cette volonté.

L'article détermine le rôle du droit à l'information Pour la protection des consommateurs à travers l'étude et la compréhension de ses dispositions et l'impact de son absence.

مقدمت

إن دراسة الالتزام قبل التعاقد بالإعلام بدأت تتجلى أهميته لدى تعاظم الحاجة لتحقيق قدر من الحماية لرضا المستهلك بصورة جادة وموضوعية في مواجهة الأخطار التي قد تنشأ في ظل المتغيرات الاقتصادية والتحولت الاجتماعية والتطورات العلمية والتكنولوجية الحديثة.

وإذا كانت الحماية التقليدية للمستهلك في مواجهة المنتج أو التاجر فيما مضى لاحقة لتصرفاته أي بعد نشوء العقد، فإن الحماية الحديثة، أصبح لها دور وقائي تجد مجالها الحقيقي في مرحلة التفاوض التي تسبق إبرام العقد، وقد يكون في إمداد المستهلك بقدر وافر من المعلومات في هذه المرحلة ما يؤدي إلى تنور رضائه بالعقد ومن ثم توجيه إرادته إلى التعاقد على النحو الذي يمنع وقوعه في الخطأ¹.

ذلك لأن أخص جوانب هذه الحماية هو ما تعلق بإرادة المستهلك لدى إقباله على التعاقد، والتي تجد مجالها الحقيقي في المرحلة قبل التعاقدية، في ضوء غياب المعلومات الهامة والمؤثرة عن السلع والخدمات موضوع التعاقد، واللازم توفرها لصحة الرضا اللازم لتكوين هذه الإرادة.

حيث أنه من الأهمية بمكان حماية الإرادة التعاقدية للمستهلك باعتبارها مصدرا للتعبير عن الرغبة في التعاقد، حيث يجب أن يتكامل لها عناصر قوتها من الحرية والوعي والسلامة، وتتحقق حماية الإرادة التعاقدية للمستهلك متى كانت واعية ومثقفة، يتوافر لها قدر من المعلومات- فيما يتعلق بمجال المعاملة بالمعنى الواسع- على نحو يستطيع معه المستهلك أن يقف على حقيقة مصالحه.

وتأسيسا على ذلك فإن تحقيق حماية موضوعية للمستهلكين في الفترة قبل التعاقدية في مرحلة التفاوض تركز على مستويين مختلفين، أولهما : حماية الجمهور من الإعلان التجاري عن طريق الرقابة عليه، وهو ذلك المجال الذي يكون فيه الإعلام أكثر إغراء، وذلك حتى يستطيع المستهلك توجيه أو تحديد اختياراته من بين السلع المتنافسة الموجودة بالسوق، وثانيهما: حماية المستهلك لدى التعاقد من خلال إعلامه بشكل دقيق فيما يتعلق بالنقاط الأساسية التي تحدد موقفه النهائي، ومنها على سبيل المثال الخصائص والأسعار ومقومات الاستعمال².

وقد تنامي هذا الالتزام في ظل أحكام القضاء الفرنسي، قبل أن تنص عليه نصوص مختلفة لقوانين متعاقبة وتبناه بعض التشريعات المقارنة، وخاصة تلك التي أقرت بمسؤولية المنتج أو البائع عن تعويض الأضرار الحادثة عن بيع السلع ذات الطبيعة الخطرة، استنادا إلى إخلالهما بالالتزام بإعلام المستهلك عن المخاطر المتعلقة بالمنتج المسلم إليه، وذلك في ظل عدم كفاية الوسائل التقليدية لحماية الرضا في هذه الأحوال، لما تتطلبه من شروط يصعب إثباتها في الكثير من الحالات.

إن البحث عن دور الالتزام بالإعلام في حماية رضا المستهلك في مرحلة الدعوة للتفاوض يدفني إلى بيان مفهوم هذا الأخير من خلال تعريفه وتمييزه عن الالتزامات المشابهة له، ومدى تداخل الالتزام بالإعلام قبل التعاقد مع بعض الأنظمة الحمائية المشابهة له .

ثم الانتقال إلى استعراض أحكام الالتزام بالإعلام قبل التعاقد من خلال دراسة محله وشروط قيامه، والجزاء المترتب عن الإخلال به.

المبحث الأول

مفهوم الالتزام بالإعلام قبل التعاقد

يشكل الالتزام بالإعلام قبل التعاقد أحد أهم مصادر حماية رضا المستهلك في المرحلة قبل التعاقدية، ذلك أنه لا سبيل لحماية إرادة المستهلك التعاقدية في مواجهة أحداث مرحلة الدعوة للتفاوض إلا من خلال إعادة المساواة في العلم بين هذين الطرفين المقبلين على التعاقد، على نحو يستطيع معه المستهلك الوقوف على مدى ملائمة هذا العقد بالنسبة إليه، وذلك من خلال إعلامه وتعريفه بظروف هذا التعاقد بالقدر الذي ينير رضاه به.

وفي ضوء هذه الأهمية البالغة للالتزام بالإعلام قبل التعاقد، فإن الدراسة في هذا المبحث تقتضي إيضاح مدلوله وتمييزه عما يشابهه من الالتزامات، وعلاقته ببعض الأنظمة الحمائية الأخرى.

المطلب الأول: تعريف الالتزام بالإعلام قبل التعاقد وبيان خصائصه:

إن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، التزام قضائي النشأة يجد مجاله الطبيعي في المرحلة السابقة على نشوء العقد وهي مرحلة ميلاد الرضا وتصحيحه . وقد عنى الفقه الحديث بإيضاح مدلوله وصياغة تعريفه، فقد عرفه نزيه محمد الصادق المهدي بأنه: "الالتزام سابق على التعاقد، يتعلق بالالتزام أحد المتعاقدين، بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد، البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم كامل متنور على علم بكافة تفاصيل هذا العقد، وذلك بسبب ظروف واعتبارات معينة قد ترجع إلى طبيعة هذا العقد أو صفة أحد طرفيه، أو طبيعة محله، أو أي اعتبار آخر يجعل من المستحيل على أحدهما أن يلم ببيانات معينة، أو يحتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الآخر، الذي يلتزم بناء على جميع هذه الاعتبارات بالالتزام بالإدلاء بالبيانات"³.

كما أورد سهير منتصر تعريفاً له بأنه: "تنبيه أو إعلام طالب التعاقد بصورة من شأنها إلقاء الضوء على واقعة ما أو عنصر ما من عناصر التعاقد المزمع إقامته حتى يكون الطالب على بينة من أمره، بحيث يتخذ القرار الذي يراه مناسباً في ضوء حاجته وهدفه من إبرام العقد"⁴.

وذهب خالد جمال أحمد حسن في تعريفه للالتزام بالإعلام قبل التعاقد بقوله: "التزام قانوني عام سابق على التعاقد، يلتزم فيه المدين سواء كان طرفاً في العقد المزمع إبرامه-أحدهما أو كلاهما- أو من الأغيار عن هذا العقد بإعلام الدائن في ظروف معينة إعلاماً صحيحاً وصادقاً بكافة المعلومات الجوهرية المتصلة بالعقد المراد إبرامه والتي يعجز عن الإحاطة بها بوسائله الخاصة ليبنى عليها رضائه بالعقد"⁵.

وعرفه عمر محمد عبد الباقي بأنه: "الالتزام بالإدلاء المعاصر لتكوين العقد والسابق على إبرامه، بكافة المعلومات والبيانات الجوهرية والمؤثرة المتعلقة بالسلعة أو الخدمة محل التعاقد، والتي يجهلها الدائن، ويتعذر

حصوله عليها عن غير طريق المدين، وذلك بهدف تكوين رضا حر وسليم لديه، حال إقباله على التعاقد⁶.

ويتميز الالتزام بالإعلام قبل التعاقد بعدة خصائص أهمهما العمومية والوقائية والاستقلال، وعن العمومية فالمقصود بذلك أنه التزام سابق على إبرام جميع العقود، فهو ليس التزاما خاصا بعقد معين⁷. وتفسير خاصة الوقائية يرجع إلى النشأة القضائية لهذا الالتزام كانت تحمل في طياتها الأهداف المرجوة من تقريره، وهي العمل على حماية العقود في المستقبل من مقومات الانهيار ودواعي الإبطال. إذ أن أداء المدين لالتزامه بالإعلام قبل التعاقد، يؤدي إلى تنوير رضا الطرف الآخر، الأمر الذي يؤدي إلى تفادي الحكم بإبطال العقد خاصة في مجالي الغلط والتدليس.

أما عن خاصية الاستقلال ترجع إلى الهدف من تقرير هذا الالتزام كالتزام مستقل هو مواجهة اختلال التوازن في العلم القائم بين المنتج والمستهلك تحقيقا للعدالة العقدية في المرحلة قبل التعاقدية، وذلك في الفروض التي تعجز فيها النظريات التقليدية عن مواجهته. وهذا ما أكده محمد إبراهيم الدسوقي عند قوله: " إن الالتزام قبل التعاقد بالإعلام التزام مستقل يقع على عاتق شخص ينوي التعاقد مع غيره، وهو لا يقوم على حماية رضا الطرف الآخر، بل لتحقيق التكافؤ بين الطرفين، إعمالا لمقومات العدالة العقدية⁸."

المطلب الثاني: التمييز بين الالتزام بالإعلام وما يشابهه من الصور:

قد يشير الالتزام بالإعلام قبل التعاقد تشابهه مع بعض الالتزامات، خصوصا الالتزام بالتحذير والالتزام التعاقدية بتقديم الاستشارة الفنية. لذلك وجب إعمال التمييز بينها.

أولا: التمييز بين الالتزام قبل التعاقدية بالإعلام والالتزام بالتحذير:

نشأ الالتزام بالتحذير أو الالتزام بحث الانتباه معاصرا لإنتاج سلع وتقديم خدمات تحتوي على عناصر لها طابع الخطورة، سواء في ذاتها أم في طرق

استخدامها، ويعد ذلك من النتائج الطبيعية لفعاليات مساهرة الفكر القانوني للتطورات العلمية والتكنولوجية الحديثة⁹.

وقد عرفه نزيه محمد صادق المهدي بأنه: "التزام تعبي يقع على عاتق أحد الطرفين، بأن يحذر الطرف الآخر أو يشير انتباهه إلى ظروف أو معلومات معينة، بحيث يحيطه علما بما يكتنف هذا العقد، أو ما ينشأ عنه من مخاطر مادية أو قانونية"¹⁰.

ورغم تشابه محل الالتزام بالتحذير والالتزام بالإعلام في واجب القيام بالإدلاء للمستهلك بكافة المعلومات والبيانات المتعلقة بالصفة الخطرة في الشيء محل التعاقد، سواء تعلق هذا الإدلاء بخصائصه، أم بكيفية استعماله. إلا أنه لا يزال هناك أوجه اختلاف بينهما يكمن إيجازها فيما يلي:

أ- ليس هناك نطاق للالتزام بالإعلام من حيث المعلومات، والذي يتسع ليشمل كل ما من شأنه التأثير على رضا الدائن، وهو بصدد إبرام العقد، بينما يتحدد نطاق الالتزام بالتحذير في الإدلاء بالمعلومات والبيانات التي تتناول الصفة الخطرة في الشيء محل التعاقد، سواء ما تعلق بحيازته أو استعماله¹¹.

ب- يجد الالتزام قبل التعاقد بالإعلام، أساسه في نظرية صحة وسلامة الرضا، بينما يجد الالتزام بالتحذير أساسه في فكرة الالتزام بضمان السلامة.

ج- إن إجماع الفقه والقضاء في فرنسا وفي مصر منعقد على أن الوفاء بالالتزام قبل التعاقد بالإعلام يكون خلال المرحلة قبل التعاقدية، بينما انقسم الفقه حول الوقت المعتد به في قيام الالتزام بالتحذير، فذهب اتجاه إلى أن هذا الالتزام سابق على التعاقد، وذهب اتجاه آخر إلى قول أن الالتزام بالتحذير التزام عقدي. ويذهب رأي آخر إلى تبني معيار مصادر الخطورة بالنسبة للشيء محل التعاقد إلى قسمين، يتعلق القسم الأول منها بالأخطار الناتجة عن طبيعة الشيء، وصفاته الأساسية حيث يكون الإدلاء بها التزاما سابقا على التعاقد. أما القسم الثاني، وهو ما يتصل بالأخطار التي يمكن أن

تنشأ نتيجة لاستخدام الشيء محل التعاقد، فإنه يعد الالتزام بالإدلاء بها التزاما تبعا مكملا للعقد الأصلي¹².

ثانيا: التمييز بين الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، والالتزام التعاقدى بتقديم الاستشارة الفنية:

يصعب التمييز بين أحكام الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام، والالتزام التعاقدى بتقديم المشورة (الالتزام بتقديم النصيحة)، وذلك في ضوء تماثل كل منهما فيما يتضمنانه من التزام المدين فيهما بإعلام الطرف الآخر بمعلومات وبيانات معينة تعاونه في اتخاذ قرار إزاء موقف معين. إلا أنه في حقيقة الأمر يوجد العديد من أوجه الاختلاف الجوهرية وأمارات التباين بين كل من الالتزامين تتمثل فيما يلي¹³:

أ- يجد الالتزام بالإعلام مجاله في المرحلة قبل التعاقدية، ويستمد وجوده من مبادئ القانون وأحكامه، وبالتالي فهو التزام غير عقدي، كما أنه ليس له مقابل، بينما الالتزام بتقديم الاستشارة الفنية (الالتزام بتقديم النصيحة)، عبارة عن تعهد متعلق بتنفيذ عقد معين، يلتزم فيه أحدهما بتقديم معلومات وبيانات معينة في مجال قانوني أو فني متخصص، وهو لا ينشأ إلا في مرحلة تالية لإبرام العقد، وبالتالي فهو التزام عقدي يكون تنفيذه تنفيذا لمحل التزام أصلي في العقد ومن قبيل مستلزمات العقد.

ب- خلافا للالتزام التعاقدى بتقديم الاستشارة الفنية أو النصيحة، فإن إخلال المدين بالالتزام بالإعلام، لا يثير أي مسؤولية عقدية، فالمسؤولية هنا مجالها الرضا، ويمكن طلب إبطال العقد لتعيب الرضا، بالإضافة إلى طلب التعويض لأحكام المسؤولية التقصيرية.

ثالثا: التمييز بين الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، والالتزام التعاقدى بالإعلام

تثور أوجه المقارنة بين كل من الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، والالتزام التعاقدى بالإعلام، في ضوء تماثل الهدف المنشود من تقريرهما، وهو العمل

على تنوير وتبصير الطرف الذي يتم توجيه الإعلام إليه بأمر العقد الجوهريّة، والتي يصعب الإحاطة بها، أو الإلمام بمضمونها إلا من خلال الطرف الآخر، وتنحصر نقاط الاختلاف بينهما فيما يلي¹⁴:

أ- يجد الالتزام بالإعلام قبل التعاقد أساسه في صحة وسلامة الرضا، أي بعيدا عن العقد الذي يبرم بعده، بينما يجد الالتزام التعاقدى بالإعلام أساسه في تنفيذ التزام عقدي.

ب- إن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد يجد مصادره في المبادئ العامة للقانون، كمبدأ حسن النية قبل التعاقد، أو في مبدأ سلامة العقود، أو في نصوص القانون الخاصة بقانون حماية وإعلام المستهلك الصادر في فرنسا في 10 يناير 1978، لذلك فهو التزام عام في كل عقود الاستهلاك. أما الالتزام التعاقدى بالإعلام، فلا خلاف أن مصدره هو العقد، وفي حدود ما يقتضيه ذلك العقد من اعتبارات حسن النية، أو تنفيذًا لواجب التعاون والمشاركة بين المتعاقدين في تنفيذ العقد.

ج- إن الاختلاف في مصدر الالتزامين يترتب عليه اختلاف في جزاء الإخلال بكل منهما، فبينما تعتبر المسؤولية التقصيرية هي مجال جزاء الإخلال بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد، إضافة إلى إمكانية طلب الدائن إبطال العقد نظرا لتعيب الرضا، فإن مجال جزاء الإخلال بالالتزام التعاقدى بالإعلام هي المسؤولية العقدية، حيث يستطيع الدائن طلب التنفيذ العيني إذا كان ممكنا، إضافة إلى طلب الفسخ متى توافرت شروطه.

المطلب الثالث: مدى تداخل الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام مع بعض الأنظمة القانونية الحمائية

سنتناول من الأنظمة نظرتي الغلط والتدليس، وشرط العلم الكافي بالمبيع.

أولا: نظريتا الغلط والتدليس:

ثبت لدى الفقه والقضاء عدم كفاية نظرتي الغلط والتدليس في تحقيق حماية مثلى لرضا المستهلك لدى إقباله على التعاقد، فرغم أن العمل بمقتضاها بما يتضمنها من حق المتعاقد الغالط أو المدلس عليه في طلب

إبطال العقد أمر يهدف إلى حماية رضائه وإرادته في مواجهة المتعاقد الآخر إلا أن حرص المشرع على توفير استقرار نسبي معين للعقود والمعاملات جعلته يضيق من شروط الطعن فيهما، الأمر الذي جعل بعض من هذه العقود والمعاملات خارج نطاق المعاملة، وخاصة في ظل ظهور طائفة جديدة منها تتميز باختلال التوازن المفترض في المراكز العقدية بها¹⁵. ومن هنا يبرز الدور الذي يقوم به الالتزام بالإعلام في مواجهة أوجه القصور الناشئة عن التطبيق العملي لنظريتي الغلط والتدليس على النحو التالي:

1- يلعب الالتزام بالإعلام قبل التعاقد دورا وقائيا يهدف من خلاله إلى العمل على استقرار المراكز القانونية الناجمة عن العقد وينأى بها عنها معالجة الإبطال، وتحقق هذه النتيجة كأثر لدور هذا الالتزام في كشف ستار الغموض والالتباس الذي قد يتصل بالمسائل الجوهرية للعقد المزمع إبرامه وذلك من خلال تهيئة سبل العلم والدراية للمستهلك بكل ما يحتاج إليه من معلومات لازمة لنقاء رضائه وتصحيح إرادته.

2- في ظل التطور التكنولوجي الذي صاحب إنتاج السلع، وتقديم الخدمات أصبحت مشكلة السكوت أو الإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقود تأخذ أبعادا هامة، وذلك في ضوء تقرير حق المقبل على المتعاقد في الإلمام بهذه المعلومات. والأصل أن لا يعتبر الكتمان تدليسا ما لم تصاحبه نية التضليل، إلا أن هناك اتجاهها في الفقه الفرنسي ذهب إلى الكتمان يعتبر تدليسا، إذا كان المتعاقد ملتزما بواجب الإدلاء للمتعاقد الآخر ببيانات متعلقة بالعقد المراد إبرامه، أي كان مصدر الالتزام بالإفشاء.

وقد اعتنق القضاء الفرنسي الحديث - وخاصة قضاء النقض - هذا المسلك وحكم باعتبار السكوت أو الكتمان تدليسا في كل حالة يقع فيها على المتعاقد التزام بالإفشاء ببيانات معينة إلى المتعاقد الآخر، أي كان مصدر هذا الالتزام¹⁶.

ويجوزى الفقه المصري الحديث على الاعتراف بأن الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام هو أساس اعتبار الكتمان تدليسا حينما يرد على واقعة جوهرية، أو ملابسة هامة، كان يتعين على العاقد أن يفضي بها تطبيقا لنص قانوني، أو تنفيذًا لبند تضمنه العقد، أو إعمالا لفكرة الأمانة والثقة التي يجب أن تسود المعاملات¹⁷.

3- الأصل أن النصوص المنظمة للغلط والتدليس في كل من القانون المصري والفرنسي والجزائري تعطي للمتعاقد الغالط والمدلس عليه حق إبطال العقد، دون الحق في الحصول على تعويض.

ويرى جانب من الفقه أنه يمكن للالتزام قبل التعاقدى بالإعلام أن يلعب دورا في إيجاد حل يكمل النقص الكامن في نظرية الغلط، لأنه إذا استطاع المتعاقد الغالط، أن يقيم رابطة السببية بين وقوعه في الغلط، وبين عدم إداء المتعاقد الآخر له لحظة إبرام العقد ببيانات معينة كان يتعين عليه الإداء به، فإنه يجوز له حيثنذ طلب التعويض دون إبطال العقد، وذلك ليس على أساس خطأ يلحق بمفهوم الغلط، وإنما على أساس الخطأ في ترك المتعاقد معه يقع في الغلط، أي على أساس مخالفة الالتزام بالإعلام¹⁸.

ثانيا: شرط العلم الكافي بالمبيع:

يقصد بالعلم الكافي بالمبيع الإحاطة بأوصافه الأساسية التي تبين للمشتري مدى صلاحيته والإحاطة بأوصافه الأساسية التي تبين للمشتري مدى صلاحيته لأداء الغرض المقصود منه، ولذلك يعتبر العلم الكافي أوسع نطاقا من مجرد تعيينه وفقا للقواعد العامة، وهو ما يبرر النص عليه استقلالا، في المادة 419 ق.م.مصري (المقابلة للمادة 352 ق.م.جزائري)، رغبة في تحقيق حماية أفضل للمشتري.

وبتحليل المادة وجد الفقه تقابلا بين أحكام العلم الكافي بالمبيع وبين الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام في النقاط التالية¹⁹:

1- فيما يتعلق بالوقت الذي استلزم فيه المشرع للمشتري العلم الكافي بالمبيع، وبأوصافه الأساسية، نجد أن مثل هذا العلم لن يجد أهميته أو جدواه بالنسبة للمشتري إلا في مرحلة ما قبل التعاقد، وهي مرحلة تكوين الرضا اللازم لصحة العقد، وبالتالي يتماثل الهدف المرجو منه مع هدف تقرير الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، وهذا ما قرره جانب من الفقه المصري عندما ذهب إلى أن المقصود بنص هذه المادة "هو أن يتم وصف المبيع للمشتري قبل أو عند التعاقد، وصفا يعينه على العلم به علما كافيا، كما يتطلب القانون".

2- وفيما يتعلق بوسيلة العلم الكافي، فإنه ما من شك أنه يكون عن طريق البائع، ويتطابق ذلك مع شخص المدين للالتزام بالإعلام، إذ أن المفترض في عقد البيع أن البائع يحوز المعلومات التي يجهلها المشتري، كما أنه الطرف الآخر في العلاقة العقدية المزمع إبرامها.

3- أما عن الجزاء المترتب على عدم العلم الكافي، وهو البطلان، فإن دراسته تضيف بعدا ثالثا لمجالات تلاقي الالتزام بالإعلام بأحكام العلم الكافي، وذلك في ضوء استقلال أحكام العلم الكافي عن أحكام كل من تعيين المبيع والغلط.

وخلص الفقه إلى أن العلم الكافي بالمبيع شرط مستقل لصحة الرضا في عقد البيع، كما هو الأمر في الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، ولا شك أن تنظيم المشرع يكون قد أوجد تطبيقا للالتزام بالإعلام، وهو تطبيق يمكن أن يحتذى به، وتقاس عليه سائر العقود التي تتضمن تعهدا بإعطاء شيء.

المبحث الثاني

أحكام الالتزام قبل التعاقد بالإعلام

يجري البحث في أحكام الالتزام بالإعلام قبل التعاقد من خلال بيان محله وشروط قيامه، والجزاء المترتب عن الإخلال به في كل من الفقه والقضاء المقارن.

المطلب الأول: محل الالتزام بالإعلام قبل التعاقد وشروط قيامه

يتمثل محل الالتزام بالإعلام في قيام أحد الطرفين المقبلين على التعاقد بتقديم معلومات وبيانات حول مضمون وتفصيلات العقد المزمع إبرامه إلى الطرف الآخر، لتنوير رضائه في المرحلة قبل التعاقدية. بيد أن التساؤل يثور حول نطاق ونوعية المعلومات اللازم إمداد المستهلك أو الدائن بها وشروط قيامه.

أولاً: محل الالتزام بالإعلام قبل التعاقد

في ضوء الهدف من تقرير الالتزام بالإعلام، وهو العمل على تنوير رضا الطرف المقبل على التعاقد، فإن الفقه يرى بوجود أن تكون هذه المعلومات صادقة وكافية، وأن تكون ذات طبيعة جوهرية، إضافة إلى هذه المعلومات تنوع إلى معلومات خاصة بالوضع القانوني للشيء، ومعلومات خاصة بالأوصاف المادية للشيء، إضافة إلى المعلومات المتعلقة باستخدام الشيء محل العقد، وهذا هو ما أجمع عليه الفقه والقضاء لدى تقرير الالتزام بالإعلام قبل التعاقد- وتبناه التشريع لاحقاً- وهو ما سنستعرضه على النحو التالي:

أ- الالتزام بالإعلام عن الحالة القانونية للشيء: ويتجلى في قيام المدين بالالتزام بالإعلام، بإحاطة الدائن بكافة المعلومات التي تتعلق بالوضع القانوني للشيء محل العقد، أي مدى تحمله بأية حقوق عينية أو شخصية تحول دون الانتفاع بالشيء محل التعاقد على النحو المأمول، ويترتب على عدم قيامه بإخلاله بتنفيذ التزامه. وقد كان لقضاء محكمة النقض الفرنسية دور في تقريره المبدأ في العديد من أحكامها، يذكر منه حكمها بأن: "البائع يجب أن يدلي للمشتري بكافة المعلومات المتعلقة بتقييد انتفاعه الشخصي بالمبيع، نتيجة لبعض قرارات أو لوائح إدارية، وإلا كان البائع ضامناً لذلك"²⁰¹.

ب- الالتزام بالإعلام عن الحالة المادية للشيء: يجب على المدين بالالتزام بالإعلام، الإدلاء بكافة المعلومات والبيانات المتعلقة بالخصائص

وبالأوصاف المادية للشئ محل التعاقد، عملا على تصحيح صورته في ذهن الدائن بهذا الالتزام، بشكل يمكنه من الوقوف على مزايا العقد وخصائصه الذاتية ومدى جدواه وملاءمته في إشباع حاجته التي يرمي إليها، لما لذلك من أهمية بالغة في التأثير على قراره بالإقبال على التعاقد.

وفي هذا الصدد نصت المادة 1/111 من قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر في 18 يونيو 1992 أنه: "يجب على كل صاحب مهنة سواء كان مقدم سلع أو مؤدى خدمات، أن يحيط المستهلك قبل إبرام العقد بكافة الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة محل التعاقد".

وقد نصت المادة 3 من قانون حماية المستهلك الصادر في 7 فبراير 1989 أنه: "يجب أن تتوفر في المنتج أو الخدمة التي تعرض للاستهلاك المقاييس المعتمدة والمواصفات القانونية والمنتظمة التي تهمة.

ويجب في جميع الحالات أن يستجيب المنتج أو الخدمة للطلبات المشروعة للاستهلاك لاسيما فيما يتعلق بطبيعته وصفه ومنشئه ومميزاته الأساسية وتركيبه ونسبة المقومات اللازمة له وهويته وكمياته."

وتنص المادة 4 من نفس القانون بقولها: "تكيف العناصر المنصوص عليها في المادة 3 من هذا القانون حسب طبيعة وصنف المنتج أو الخدمة بالنظر للخصوصيات التي تميزه والتي يجب أن يعلم بها المستهلك حسب ما تتطلبه البضاعة المعنية"²¹.

وقد قضت محكمة استئناف باريس بحكمها الصادر في 4 أكتوبر 1996 بإبطال عقد بيع قطعة أثاث تأسيسا على إخلال البائع بالالتزام بالإعلام بالمخالفة لنص المادة 1/111 من قانون الاستهلاك التي تلزم البائع المهني بإعلام المستهلك بكافة الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة محل التعاقد"²².

ج- الالتزام بالإعلام حول كيفية الاستخدام:

يجد الالتزام بالإعلام فيما يتعلق بكيفية استخدام الشيء أهمية خاصة في ضوء التطور العلمي والتكنولوجي الذي صاحب إنتاج السلع وتقديم الخدمات، وخاصة عندما يكون هذا الشيء مبتكرا أو حديث الاستعمال. ومن ناحية أخرى، قد يترتب على استعمال الشيء محل التعاقد خطورة ما، لذا يجب إحاطة المستهلك بمصادر هذه الخطورة وأبعادها وطرق تلافيها عملا على حمايته من الأضرار التي قد تنشأ عنها، وخاصة مجال المنتجات الحديثة²³. يضاف إلى ذلك وهو الأمر الأكثر أهمية، أن الإحاطة بطريقة استخدام الشيء قد تمثل بعدا مؤثرا في رضا المقبل على التعاقد.

وفي ضوء ذلك يلتزم المنتج أو البائع، خاصة إذا كان مهنيا في مواجهة المستهلك بتوضيح كيفية استخدام الشيء محل التعاقد. وهو ما قضت به المادة 3 من قانون حماية المستهلك الصادر في 7 فبراير 1989 بقولها: "وأن يذكر مصدره والتاريخ الأقصى لاستهلاكه وكيفية استعماله والاحتياطات الواجب اتخاذها من أجل ذلك وعمليات المراقبة التي أجريت عليه".

وإيضاحا لمضمونه صدر القرار الوزاري المؤرخ في 10 ماي 1994 متضمنا إلزام المحترفين إرفاق منتجاتهم بدليل استعمال، حددت المادة 06 منه صراحة مضمونه²⁴.

ثانيا: شروط قيام الالتزام بالإعلام قبل التعاقد:

تحدد شروط قيام هذا الالتزام إجمالا، عندما نكون بصدد عقد يتضح فيه وجود اختلال في المراكز العقدية بين طرفيه، فيما يتعلق بالمعلومات الواجب توافرها قبل أو أثناء التعاقد، بصورة أدت إلى وجود عدم تكافؤ بينهما في مستوى العلم والمعرفة بالعناصر الجوهرية بها العقد، فهو عدم تكافؤ تتحقق فيه حيازة أحد الطرفين المقبلين على التعاقد لمعلومات هامة

يجهلها الطرف الآخر، رغم أنها ذات تأثير كبير على رضائه. وقد اجتهد كل من الفقه والقضاء في بيان شروط قيامه، والتي تتمثل في :

أ- جهل الدائن بالمعلومات والبيانات العقدية اللازمة لإبرام العقد.

ترجع الأسباب التي تحول دون إحاطة المستهلك بالبيانات العقدية، إلى فرضين أحدهما الجهل المستند إلى استحالة علم الطرف الآخر بالبيانات العقدية التي تنوع إلى أسباب مرتبطة بالشيء محل التعاقد تتعلق بوضع الشيء القانوني أو المادي، أو بطرق استخدامه. وهى ما يطلق عليه بالاستحالة الموضوعية، وأسباب تتعلق بشخص الدائن بهذا الالتزام، وهى ما تعرف باسم الاستحالة الشخصية، وتجد الاستحالة الشخصية خير تطبيق لها، عندما يكون المقبل على التعاقد، عديم الدراية أو قليل الخبرة بموضوع المعاملة إلى الحد الذي لا يمكنه من الإحاطة بهذه المعلومات أو استيعاب مضمونها بمفرده، حيث ينطبق عليه حينئذ وصف غير المهني غير المحترف فيما يتعلق بمجال المعاملة. وهو ما يتطابق مع ظروف المستهلك.

ومقتضى الفرض الثاني حالة الجهل المستند إلى اعتبارات الثقة المشروعة ويكون ذلك بسبب ما تولد لدى الشخص المقبل على التعاقد من ثقة في شخص الطرف الآخر، مقتضاها قيام الأخير من تلقاء نفسه بأداء التزامه بالإعلام أداء كاملا وواضحا. وتقوم اعتبارات الثقة المشروعة إما بسبب طبيعة العقود خصوصا العقود المتمتعة بخاصية وحدة المصالح بين أطراف العقد - عقد الوكالة . . أو بسبب توافر صفة معينة في الأطراف المقبلية على التعاقد²⁵.

ب- علم المدين بالبيانات العقدية وبمدى أهميتها بالنسبة للدائن

اشترط الفقه والقضاء إلى جانب الشرط السابق علم المدين بهذا الالتزام بالمعلومات والبيانات العقدية المؤثرة على رضا الدائن. ومقتضى تقرير الالتزام بالإعلام، أن يتم إلقاء واجب الإعلام هذا على عاتق مقدم السلعة أو الخدمة ومن في حكمه، بوصفه حائزا لها وخبيرا بها بحيث يتحقق له العديد

من سبل علم والمعرفة ما تؤدي إلى توافر قدر كبير لديه من المعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه، والتي ينبغي الإدلاء بها للطرف الآخر الذي يجهل مثل هذه المعلومات، وذلك عملا على تنور إرادة هذا الأخير وتصحيح رضائه لدى التعاقد.²⁶

بيد أن القضاء الفرنسي انتهى إلى تبني معيار آخر في تحديد الشخص المدين بهذا الالتزام حيابة الشيء محل التعاقد ليس هو المعيار الصحيح في تحديد الشخص المدين بالالتزام، وإنما حيابة أحد الطرفين لمعلومات هامة وجوهرية ذات تأثير على الطرف الآخر، بحيث أنه متى تحقق هذا العلم في جانب أحد الطرفين، توافرت له صفة المدين في هذا الالتزام. ويقود ذلك إلى الاعتراف بإمكانية قيام هذا الالتزام على كل من طرفي العقد مجتمعين، وتحقق هذه الفروض في عقود المقايضة، حيث يصعب على كل من طرفي العقد الإحاطة بالمعلومات الجوهرية المتصلة به إلا من خلال الإعلام الصادر من الطرف الآخر.²⁷

وحول مدى علم المدين بالمعلومات والبيانات العقدية اللازم توافرها كشرط لقيام الالتزام بالإعلام، ذهب الفقه في كل من فرنسا ومصر إلى أنه من موجبات علم المدين بالبيانات العقدية كشرط لقيامه، أن يكون ذلك مقترنا بعلم هذا المدين بأهمية هذه المعلومات بالنسبة للدائن على نحو يؤثر في رضائه لدى إبرام العقد.

المطلب الثاني: جزاء الإخلال بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد ومدى كفايته:

إن الجزاء المترتب على مخالفة الالتزام قبل التعاقد بالإعلام، يستمد أساسه وخصائصه من عنصرين أولهما: الطبيعة غير العقدية للالتزام بالإعلام، حيث أن الالتزام بالإعلام يتم في مرحلة سابقة على التعاقد، وهو أمر يتعلق بتقديم المعلومات الكافية، والمتعلقة بالوضع القانوني للشيء، أو بصفاته المادية، وأمور أخرى، وهي معلومات لازمة لإيجاد رضا حر وسليم. وثانيهما:

الهدف من تقريره، وهو العمل على تنور إرادة المستهلك لدى التعاقد، ومن ثم فإن الإخلال به يعد أمرا ذا تأثير بالغ على رضا هذا المستهلك لدى التعاقد، تأثيرا يؤدي إلى تعيب إرادته.

وتحديد محل الحماية في الالتزام بالإعلام، وهو رضا الطرف المقبل على التعاقد، يعد أولى خطوات تحديد نطاق البحث عن جزاء مناسب وموضوعي يترتب لدى مخالفته، وذلك قياسا على الجزاءات المنصوص عليها قانونا، والتي تعالج نفس الآثار السلبية المترتبة على عدم تحقق الرضا في مواطن أخرى.

وقد أدرك الفقه المدني هذه الحقيقة، فذهب إلى دراسة الالتزام بالإعلام قبل التعاقد بين طرق حماية الرضا، وترتبا على ذلك فإنه من المنطقي أن يكون من بين الجزاءات الملائمة في هذا الصدد، كنتيجة للإخلال بهذا الالتزام، هو بطلان العقد لتعيب الإرادة، هذا من جانب.

ومن جانب آخر يثور التساؤل، حول إمكانية تقرير مسؤوليته المدنية، كأثر لإخلاله بهذا الالتزام. وتأسيسا على ذلك نادى الفقه والقضاء بصورتي الجزاء والمتمثلة في البطلان والتعويض كأثر لمخالفة الالتزام قبل التعاقد بالإعلام. وهو ما سيجري بحثه، مع إضافة تساؤل حول مدى كفاية هذه الجزاءات في تحقيق حماية موضوعية للمستهلك.

أولا: البطلان

إن بطلان التصرف القانوني، لا يترتب إلا نتيجة مخالفته للنصوص والقواعد القانونية، التي تستوجب أركاناً معينة، وتستلزم شروطاً محددة، بحيث يبطل التصرف عند تخلفها.

وبتطبيق ذلك على أحكام الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، بوصفه التزام من خلق القضاء، وخاصة فيما يتعلق بالجزاء المترتب على مخالفته، فإن القضاء لم يجد حلا لتبرير أحكامه سوى أن يعهد بهذا الدور لبعض المبادئ القانونية

المستقرة، فضلا عن قيامه بالبحث عن أبعاد أخرى للنصوص القانونية التي تعالج موضوع الرضا بوجه عام، وقد وجد القضاء ضالته في بعض الأنظمة القانونية المختلفة كنظرية عيوب الإرادة، إضافة إلى الجزاء المقرر لعدم علم المشتري بالمبيع علما كافيا. واستقر القضاء خصوصا الفرنسي في تأسيس البطلان كجزاء للإخلال بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد على أساس كل من الغلط والتدليس وعدم العلم الكافي بالمبيع.

ويتجلى دور الالتزام بالإعلام في تحقيق حماية للمستهلك عن طريق التيسير في إثبات شروط الطعن بالبطلان للغلط. وكما هو معلوم فقد وضع المشرع لطلب إبطال العقد بسبب الغلط شروطا محددة يستلزم توافرها لقيامه، عملا على إيجاد قدر من التوازن بين حماية الإرادة المعيبة، وبين المحافظة على مبدأ استقرار المعاملات. وتتمثل في إثبات جوهرية الصفات والمعلومات التي وقع الغلط بشأنها، إضافة إلى إثبات اتصال هذا الغلط بالمتعاقد الآخر. والتي من شأنها أن تخلق صعوبة في الطعن بالبطلان للغلط، وهنا يأتي دور الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في سد الفجوة الناشئة فيما يتعلق بحماية للمستهلك من الغلط. إذ يكفي في هذه الحالات إثبات قيام شروط هذا الالتزام حتى يتسنى طلب إبطال العقد²⁸.

فبالنسبة لشروط جوهرية الغلط، ذهب الفقه إلى أن محل هذا الالتزام هو المعلومات والبيانات المتعلقة بخصائص وأوصاف وشروط العقد المراد إبرامه، واللازم قيام الدائن بالإفشاء بها للمدين، والتي يترتب على عدم العلم بها، إما عدم الحيلولة دون إبرام العقد كلية، أو إبرام العقد، ولكن بشروط أخرى، ومن ثم يحق للمتعاقد طلب الإبطال للغلط لبلوغه مرتبة الغلط الدافع، الذي يدل على جوهرية هذا الغلط في اعتبار المتعاقدين، وبالنسبة لشروط اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر، وبهذا يساهم الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، في تحقيق حماية المستهلكين طريق التيسير في شروط إثبات الغلط.

- وفيما يتعلق بالعلاقة بين مخالفة الالتزام بالإعلام قبل التعاقد وبطلان العقد للتدليس، هناك اتجاه فقهي ذهب إلى الاعتراف للالتزام بالإعلام في مساهمة في إثبات شروط التدليس، من ثم ترتيب جزاء بطلان العقد، ويتجلى ذلك بوضوح في الاتجاه الداعي لاعتبار الكتمان التدليسي أحد حالات الإخلال بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد، وهو ما ذهب إليه رأي في الفقه الفرنسي بقوله: " إنه من المسلم به أن التدليس يمكن أن ينتج عن كتمان، أي لزوم الصمت في شأن إعلام كان في إمكانه إنارة رضا الطرف الآخر، وإنه من أسباب تعدد حالات الكتمان واستفحالها، ذلك الخلل الناشئ عن توافر قدر كبير من المعلومات في جانب مهني محترف، إزاء الجهل الذي يتسم به مجموع المستهلكين"²⁹.

وقد جرى الفقه المصري على اعتبار الكتمان تدليسا، متى كان هذا المتعاقد ملتزما في مواجهة المتعاقد الآخر بالإعلام قبل التعاقد، أيا كان مصدر هذا الالتزام، سواء كان نص القانون أم اتفاق الطرفين، أو استنادا لفكرة الثقة التي ينبغي أن تسود المعاملات بين الأفراد.

وقد أيد قضاء النقض الفرنسي الحديث ذلك المبدأ، في العديد من أحكامه، حيث ذهب إلى أن مجرد السكوت والكتمان يعتبر تدليسا، وذلك في كل حالة يقع فيها على عاتق أحد الطرفين التزام بتقديم معلومات أو بيانات معينة إلى المتعاقد الآخر، فقد قضى بأن التدليس يمكن أن يتكون من مجرد السكوت من جانب الطرف الآخر الذي يخفي عن المتعاقد الآخر واقعة ما، والتي يكون من شأن علمه بها قبل إبرام العقد أن يحول بينه وبين التعاقد، وأن الإخلال بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد، يعتبر كتماناً تدليسيا مؤديا إلى إبطال العقد³⁰.

وفيما يتعلق بوجه الصلة بين البطلان لعدم العلم الكافي بالمبيع، والبطلان لمخالفة الالتزام بالإعلام قبل التعاقد. ذهب جانب من الفقه إلى وجود تطابق بين كل من الالتزام بالإعلام وشرط عدم العلم الكافي بالمبيع، حيث

يكتفي قيام كل منهما بإثبات أن العقد جاء خاليا من أوصافه الأساسية، إضافة إلى إثبات عدم قيام المدين أو البائع بتلافي ذلك، هذا من جانب.

ومن جانب آخر، فقد ذهب الرأي إلى أن قيام البائع قبل التعاقد، أو أثناء إبرامه بالعمل على احتوائه على كافة المعلومات التي تؤدي إلى وصف الشيء المبيع على نحو دقيق ومتكامل، وذلك حينما يتعذر على المشتري إدراك ذلك بوسائله الذاتية، فإن ذلك يمثل تنفيذا للالتزام بإعلام المشتري بالبيانات العقدية اللازمة لتصحيح رضائه وتور بصيرته وذلك فيما يتعلق بمحل العقد. وقد أدى ذلك ببعض الفقه إلى اعتبار شرط العلم الكافي في القانون المصري تطبيقا تشريعا نموذجيا للالتزام بالإعلام قبل التعاقد³¹.

ثانيا: التعويض

في ظل القصور الذي قد يعتري البطلان كجزاء للإخلال بالالتزام بالإعلام في تحقيق حماية موضوعية شاملة للمستهلك. اتجه الفقه والقضاء إلى البحث عن وسائل أخرى لمعالجة الآثار السلبية للإخلال بالالتزام بالإعلام، وقد وجد ضالته في الحكم بتعويض المستهلك عن الأضرار الواقعة عليه في مثل هذه الحالات.

وفي هذا الصدد ذهب جانب من الفقه المصري إلى أن المشرع المصري والفرنسي، وفي ضوء حرصهما على تحقيق حماية فعلية وموضوعية للمستهلك في المرحلة قبل التعاقدية، وفي إطار قواعد المسؤولية التقصيرية قد سمحا لهذا المستهلك أن يطالب بالتعويض لجبر الأضرار التي أصابته، وذلك استنادا إلى نص المادة 163 من القانون المدني المصري المقابلة لنص المادة 1383 من المجموعة المدنية الفرنسية والثتان تنصان على أن: "كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض".

وقد استقر القضاء المصري والفرنسي على أحقية المستهلك الذي يقع في الغلط في أن يطالب بالتعويض إذا لم تكن المطالبة بإبطال العقد كافية

لتعويضه عن الأضرار التي أصابته، حيث ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى تقرير حق المستهلك في التعويض استنادا إلى أحكام المسؤولية قبل التعاقدية حيث قالت: "يؤدي وجود الغلط، حتى ولو كان غير عمدي، ومهما كان بسيطا إلى قيام مسؤولية المتعاقد الذي أوقع المستهلك في غلط".

ووفي هذا الشأن ذهبت محكمة النقض المصرية إلى القول أنه: "يجوز بطلان العقد إذا أثبت أحد المتعاقدين أنه كان واقعا في غلط، ثم أثبت أنه لولا هذا الغلط لما أقدم على التعاقد، ويجوز مع القضاء ببطلان العقد، أن يحكم بالتعويض إذا ترتبت أضرار بأحد المتعاقدين، ويكون ذلك لا على اعتباره عقد، بل باعتباره واقعة مادية، متى توافرت شروط الخطأ الموجب للمسؤولية في جانب المتعاقد الآخر الذي تسبب بخطئه في هذا الأبطال"³²¹.

ثالثا: مدى كفاية جزاء الإخلال بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد في حماية رضا المستهلك

رتب الفقه والقضاء الجزاءات التي وضعها القانون في الأنظمة المشابهة لمعالجة آثار الإخلال بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد، والمتمثلة في الحق في طلب إبطال العقد، والحق في طلب التعويض، متى توافرت شروط كل منهما، ولكن يثور التساؤل هل هذه الحلول التي نادى بها كل من الفقه والقضاء، قياسا على ما فرضه القانون بالنسبة لعيوب الإرادة، وعدم العلم الكافي بالمبيع تتناسب مع رغبات المستهلك الحقيقية؟

إن المستهلك لم يقبل على التعاقد لكي يعود ويطلب طلب إبطال العقد، إنما تعاقد بهدف إشباع احتياجات معينة لديه، والحكم ببطلان العقد أو فسخه يتعارض مع مقتضيات ذلك الهدف.

ومن ناحية ثانية، فإن اللجوء إلى القضاء لطلب إبطال العقد، أو الحكم بالتعويض، إنما هو أمر شاق، ويحتاج إلى بذل المزيد من الجهد لمتابعة ذلك، ويستغرق المضي فيه مددا طويلة، إضافة إلى أن المستهلك غالبا ما يتكبد في

سبيل الحصول على هذه الأحكام نفقات كبيرة قد تزيد عادة عن ثمن السلعة أو مقابل الخدمة التي يتضرر منها. ويترتب عنه إحجام مجموع المستهلكين الذين أضرروا نتيجة الإخلال بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد، لذلك لا يستقيم القول بأن جزاء بطلان العقد أو الحكم بالتعويض بالوضع الحالي يمثلان ردعا للمنتجين لدى إخلالهم به ومن ثم أي حماية للمستهلكين بعدئذ. الأمر الذي يؤدي إجمالاً إلى التقرير بأن هذا النظام الجزائي غير شامل بل عاجز على أن يواجه مختلف الفروض التي يتم فيها حصول المستهلك على سلعة أو خدمة قد تختلف خصائصها وأوصافها عما أرادها في الحقيقة³³.

لذلك فإن مقومات الحماية المأمولة في هذا الخصوص لن تتأتى إلا في ظل سياسة شاملة للدفاع عن المستهلكين، تشارك فيها كافة الأجهزة ذات العلاقة بدور فعال، فعلى المستوى الاجتماعي يجب أن تنشط جمعيات حماية المستهلك للقيام بدور وقائي مضمونه وضع خطط وبرامج توعية لإعلام المستهلكين والمنتجات المطروحة بصورة أكثر تفصيلاً³⁴. وفي هذا الصدد اعترف المشرع الجزائري لجمعيات المستهلكين القيام بدور إعلامي وقائي من خلال القيام بالدراسات والبحوث المرتبطة بالعملية الاستهلاكية في إطار خطة إستراتيجية شاملة بعيدة المدى ونشرها عن طريق الدوريات، الكتب، اللقاءات الإعلامية والصحفية المنتظمة والدائمة، والندوات والملتقيات. وفي هذا تنص المادة 23 من القانون 02/89 المتضمن القواعد العامة لحماية المستهلك أنه: "يمكن جمعية المستهلكين أن تقوم بدراسات وإجراء خبرات مرتبطة بالاستهلاك على نفقتها وتحت مسؤوليتها وبإمكانها أن تنشر ذلك حسب نفس الشروط"³⁴.

إضافة إلى العمل على ابتكار وسائل وإجراءات أكثر يسر وسهولة من شأنها التشجيع على اللجوء للتقاضي. وفي هذا الصدد اعترف القانون السالف الذكر لجمعيات المستهلكين حق التقاضي فقد نصت المادة 12 ف2 بقولها: "جمعيات المستهلكين المنشأة قانوناً لها الحق في رفع دعاوى أمام

أي محكمة مختصة بشأن الضرر الذي لحق بالمصالح المشتركة للمستهلكين قصد التعويض عن الضرر المعنوي الذي لحق بها".

خاتمة

على إثر العرض المتقدم للالتزام بالإعلام قبل التعاقد برزت الأهمية التي يلعبها الالتزام بالإعلام قبل التعاقد في تحقيق حماية موضوعية لرضا المستهلك خلال المرحلة قبل التعاقدية.

إن ذلك يستدعي الاعتراف قانونا بالذاتية المستقلة له، من خلال تولي القانون تنظيم أحكامه على نحو من التفصيل، وسد الفراغ الخاص بالجزاء المترتب عن الإخلال به بترتيب مسؤولية المخل، وإمكان مطالبة بالتعويض فضلا عن طلب بطلان العقد على أساس الكتمان التدليس، هذا بالإضافة إلى الاعتراف لجمعيات المستهلكين الدور الفعال في إحاطة المستهلك دوريا بكافة المعلومات اللازمة عن السلع والخدمات المطروحة في السوق وطرق استخدامها وسبل الوقاية من أضرارها، وذلك بهدف تنوير رضاهم بالعقد من خلال وسائل الإعلام المختلفة.

- الهوامش:

- (1) عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، 2004، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ص 82.
- بنى النظام القانوني الجزائري المفهوم الحديث لحماية المستهلك المتميزة بطابعها الوقائي بصدر القانون 89-02 المؤرخ في 07/02/1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، وكما تدل عليه تسميته فقد حوت مواد الثلاثين المبادئ الأساسية المتضمن لحماية المستهلك، ويبرز الدور الوقائي لقانون حماية المستهلك في نص المادة الأولى منه والتي حددت نطاق أو مجال الحماية بقولها: "يهدف هذا القانون إلى تحديد القواعد العامة لحماية المستهلك طوال عملية عرض المنتج و/أو الخدمة للاستهلاك اعتبارا إلى نوعيتها ومهما كان النظام القانوني للمتدخل." وتضيف الفقرة الثانية من المادة الأولى بقولها: "إن عملية عرض المنتج و/أو الخدمة للاستهلاك تشمل جميع المراحل من طور الإنشاء الأولي إلى العرض النهائي للاستهلاك قبل الاقتناء من قبل المستهلك".
- يستفاد من خلال تحليل المادة الأولى أن هذا القانون ودوره في حماية المستهلك يجد مجال تطبيقه الحقيقي في المرحلة قبل التعاقدية وهو ما تفيدته الفقرة الثانية من المادة

الأولى التي انتهت إلى تحديد نطاق عمله في المرحلة السابقة على الاقتناء من قبل المستهلك (أي المرحلة قبل التعاقدية)، وذلك بمفهوم المخالفة لعبارة "قبل الاقتناء من قبل المستهلك" ذلك أن اقتناء السلعة أو الخدمة من قبل المستهلك لا يمكن تصوره إلا في إطار تعاقدية (المرحلة التعاقدية).

(2) - عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 188.
- تفترض مرحلة التفاوض وجود مناقشة مشتركة بين طرفين يسعيان إلى إبرام عقد في المستقبل. وينصرف اصطلاح التفاوض بمعناه الواسع إلى أي اتصال أو مشاور أو حوار بين طرفين أو أكثر بغرض الوصول إلى اتفاق نهائي وإبرام عقد معين.

(3) - نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقدية بالإدلاء بالبيانات وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دار النهضة العربية، القاهرة 1982، ص 1، أورده عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 189.

- يمكن تعريف المستهلك أنه "ذلك الشخص الذي يبرم عقودا مختلفة من شراء وإيجار وغيرها من أجل توفير ما يحتاج إليه من سلع وخدمات وأغذية وأدوية لإشباع حاجاته الضرورية والكمالية الحالية والمستقبلية، دون أن يكون له نية المضاربة بهذه الأشياء عن طريق إعادة تسويقها، كما هو الحال بالنسبة للمنتج أو الموزع ودون أن تتوافر له القدرة الفنية لمعالجة هذه الأشياء وإصلاحها".

جمال فاخر النكاس، حماية المستهلك، وأثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي، مجلة الحقوق الكويتية، السنة الثالثة عشر، العدد الثاني، يونيو 1989، ص 47 ص 48، نقلا عن عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 23.

يمكن تعريف المستهلك بأنه الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يبرم تصرفا قانونيا للحصول على مال أو خدمة بقصد أن يكون هو أو ذويه المستعمل النهائي لها، وتمتد نفس الصفة إلى المهني الذي يتعاقد خارج مجال تخصصه".

عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 41.

- إن المقصود بحماية المستهلك هو توفير الأمان له بمعناه الشامل تحقيقا لمقومات الحد الأدنى من الحياة الكريمة من خلال تعظيم قدراته في التصدي للممارسات الضارة بمصالحه، واتخاذ الإجراءات الكفيلة التي توفر له هذه الحماية إجمالا وفي مختلف الاتجاهات. وتنحصر حماية المستهلك في أربع مجالات هي صحته وسلامته، مصالحه الاقتصادية، إرادته التعاقدية، وفكره وثقافته، والتي تجلت بوضوح في توصية مجلس وزراء السوق الأوربية التي حددت برنامجا أوليا من أجل سياسة لحماية وإعلام المستهلكين، وتم الإعلان فيه عن الحقوق الخمسة الأساسية للمستهلك .

- فتات فوزي، نشوء حركة حماية المستهلك، مقال، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، عدد خاص، أبريل 2005، ص 30 وما بعدها.

(4) - سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، القاهرة 1990، ص 410.

(5) - خالد جمال أحمد حسن، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة، طبعة 1996، القاهرة، مصر، ص 82 نقلا عن مأمون عبد الكريم، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد في الشريعة

- الإسلامية، مقال، الملتقى الوطني حول الاستهلاك والمنافسة في القانون الجزائري، 14 و15 أبريل 2001، مخبر القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، ص47-48.
- (6)- عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص190.
- (7)- مامون عبد الكريم، المرجع السابق، ص55.
- (8)- محمد إبراهيم الدسوقي، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار إيهاب للنشر والتوزيع، أسبوط، 1985، بند 17، ص42، نقلا عن عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص197.
- (9)- تضمن قانون 89-02 المتضمن القواعد العامة لحماية المستهلك حكما للالتزام بالتحذير (الالتزام بالأمن) في المادة الثانية منه التي نصت على أن: "كل منتج، سواء كان شيئا ماديا أو خدمة، مهما كانت طبيعته، يجب أن تتوفر على الضمانات ضد كل المخاطر التي من شأنها أن تمس صحة المستهلك و/أو أمنه أو تضر بمصالحه المادية".
- (10)- نزيه محمد صادق المهدي، المرجع السابق، ص17.
- (11) يراجع بتفصيل أكثر حول الالتزام بالتحذير، عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة مقارنة في القانون المدني والمقارن، الطبعة الأولى، 2001، دار الثقافة، عمان، الأردن، ص126.
- (12) عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص223.
- (13) عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص129.
- (14) عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص208.
- (15) نظم المشرع الجزائري أحكام الغلط من المادة 81 إلى المادة 85 من ق.م.ج، وأحكام التذليل في المادتين 86 و87 من القانون المدني الجزائري.
- (16)- V.Civ.3ème ch.15.janv.1971.bull.civ.1971-N°38.et regarde en ce sens aussi : Civ., 2Oct.1974.bull.civ, n°330et amiens.
- (17) محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المصري، مطبعة جامعة القاهرة، الطبعة الثالثة، 1978، ص143.
- نصت المادة 86/2 على أنه: "ويعتبر تذليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملبسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابس".
- (18) أحمد محمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، ص197. نقلا عن عمر عبد الباقي محمد، المرجع السابق، ص212.
- (19) المرجع نفسه، ص215.
- 20- يجد الالتزام بالإعلام أساسه القانوني في نص المادة 08 من القانون 04-02 المؤرخ في 27/06/2004 المحدد للقواعد الطيقة على الممارسات التجارية، فقد جاء فيها بقولها: "يلزم البائع قبل اختتام عملية البيع بإخبار المستهلك بأية طريقة كانت وحسب طبيعة المنتج بالمعلومات التزييه والصادقة المتعلقة بمميزات هذا المنتج أو الخدمة وشرط البيع الممارس وكذا الحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية لعملية البيع أو الخدمة".
- الملاحظ أن المشرع استعمل مصطلح الإخبار للدلالة على الالتزام بالإعلام، ذلك أن الالتزام بالإخبار يفيد أن يزود البائع المستهلك بالمعلومات والصادقة والتزييه والوافية والواضحة حول البيانات الأساسية للسلعة ونوعها وطرق استخدامها وعناصرها وتركيبها وحجمها ومدة صلاحيتها.

(21) يبرز التزام المحترف في إعلام المستهلك بكيفية الاستخدام في القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16-02-1986 المتعلقة بحماية الصحة وترقيتها، فقد اهتمدى المشرع إلى تنظيم الإعلام الخاص بالمواد الصيدلانية وذلك في المادة 194، يشكل واجب تقديم الإعلام والنصيحة ميزة أساسية للنشاط الصيدلاني يلزم به كل صيدلي تجاه كل مشتري، فهو واجب يفرض على كل بائع، فالصيدلي لا يعد تاجرا يقتصر دوره على بيع وتوزيع الأدوية فحسب، بل انه محترف يعلم بأخطار الدواء وفوائده هو لا بد من نصح المريض وتبصيره بكيفية استعمال الدواء وقت استخدامه ولو كان مينا في وصفة طبية. لقد أوجبت قواعد الحيطه على الصيدلي أن يحذر المريض من الآثار التي قد تترتب على هذا الاستخدام والتأثيرات غير المرغوب فيها، وموانع استخدام الدواء، وأخطار نتيجة استخدام أكثر من دواء متعارض.

بويزة ديدن، الالتزام بالإعلام في عقد البيع، مقال، الملتقى الوطني حول الاستهلاك والمنافسة في القانون الجزائري، 14-15 أبريل 2001، مخبر القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، ص35.

بن داود عبد القادر، إشكالية الوقاية لحماية المستهلك في مجال الخدمات الصيدلانية، مقال، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، عدد خاص، أبريل 2005، ص 117 وما بعدها.

(22)CA.paris-25.ch.b.4oct.1996.MnEc/ s.a.r.Godfrid .information du consommateur, Cont .Con c .Cons.7èannee.N02.fevrier1997.p23.Malinvaud(ph).la protection des consommateurs . op.cit . p50.

(24) تنص المادة 66 على أن: " دليل الاستعمال يتضمن المعلومات المتعلقة بما يلي: الرسم البياني الوظيفي للجهاز، التركيب والتنصيب والاشتغال والاستعمال والصيانة، التعليمات الأمنية، صورة أو رسما للنموذج المضمون".

قرار وزاري مؤرخ في 10 ماي 1994 يتضمن كفيات تطبيق المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 15 سبتمبر والمتعلق بضمان المنتوجات والخدمات. ج.ر. رقم 35/1990.

(25) مثال ذلك العقود التي تقوم على فكرة النيابة كعقد الوكالة، والعقود التي تقوم على الاعتبار الشخص كعقود الشركة والعمل، يكون طبيعيا أن يتولد قدر من الثقة بين أطراف هذه العقود، إعمالا لوحدة الهدف والمصالح، وقد قرر القضاء الفرنسي دون تردد في العديد من أحكامه تعويض الموكل عن كافة التي تصببه من جراء تقصير الوكيل، ودون أن يعلق القضاء مسلكه على انعدام الخطأ من جانب الموكل في مراقبة تصرفات الوكيل، بناء على اعتبارات الثقة المشروعة الموضوعة في الوكيل. (V.cass.com.14oct.1997.d.1998.jur.p.115).

(، عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص246، ص247.

(26) إن المدين بالالتزام بالإعلام يمثل الطرف الثاني في عقد الاستهلاك ويسمى المحترف والذي هو: "منتج أو صانع أو وسيط أو حرفي أو تاجر أو مستورد أو موزع، وعلى العموم كل متدخل في عملية عرض المنتج أو الخدمة للاستهلاك كما هو محدد في المادة 1 من قانون رقم 89-02". المادة 1/2 ذف من المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 15-09-1990 المتعلقة بضمان المنتوجات والخدمات. ج.ر. رقم 40.

يراجع بتفصيل أكثر حول المدين بالالتزام بالإعلام، عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص122 وما بعدها.

(27) تتلخص وقائع مناسبة تبني معيار تحديد الشخص الدائن بالالتزام في "قيام المتحف الوطني بشراء لوحة فنية من فنان مشهور، قامت بعرضها للبيع في مزاد علني إحدى المدارس معتقدة على خلاف الحقيقة أنها نسخة مقلدة من اللوحة الأصلية لهذا الفنان. ولدى اكتشاف المدرسة أنها اللوحة الأصلية أقامت المدرسة دعوى لإبطال العقد للغلط، حيث قضى الحكم بالبطالان تأسيسا على نص المادة 1110 من القانون المدني الفرنسي الخاصة بالغلط.

وقد أشارت حيثيات الحكم إلى أنه خلال هذه الدعوى تحقق مبدأ عدم المساواة في العلم والمعرفة بين المتعاقدين، نتيجة انخفاض المستوى الفني للبايع وهي المدرسة بالمقارنة بخبرة ودراية المشتري المتحف الوطني الذي كان واجبا عليه في مثل هذه الحالة وفي ضوء خبرته، أن يلفت انتباه المدرسة إلى المعلومات الجوهرية المتعلقة باللوحة المباعة والتي يكون لها تأثير بالغ على العقد". (Paris.13dec.1972.ds.1976.p325) عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص252.

(28) حسن عبد الباسط جميعي، إعلام المستهلك-توجيه إرادة المستهلك نحو الاختيار الواعي-، مركز الدراسات القانونية والفنية لنظم الاستهلاك وحماية المستهلك بكلية القاهرة، ص20. أورده عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص272. (30)-Cass.civ.3 ch.7mai1974.bull.civ.III.n°.186.p140.gaz. pal.1974-II-184.

(31) نزيه محمد صادق المهدي، المرجع السابق، ص278.

(32) نقض مدني مصري، جلسة يونيو 1970، مجموعة أحكام النقض، السنة الحادية والعشرون، العدد الثاني-أبريل 1970، طعن رقم 134 لسنة 36ق، رقم 154، ص961، 962. أورده عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص282.

(33) حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص17، وكذلك، عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص17.

(34) هامل الهواري، دور الجمعيات في حماية المستهلك، مقال، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، عدد خاص، أبريل 2005، ص225.