

مجلة جيل

الأبحاث القانونية المعمقة

مجلة علمية دولية محكمة تصدر دوريا عن مركز جيل البحث العلمي



Lebanon - Tripoli / Abou Samra Branche P.O.BOX 8 + 961/71053262 - www.jilrc-magazines.com - law@jilrc-magazines.com



العدد العاشر - يناير 2017

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



ISSN 2414-7931

المشرفة العامة ومديرة التحرير:

د. سرور طالبي المل

رئيس اللجنة العلمية:

د. عاقل فاضيلة، جامعة باتنة، الجزائر

أسرة التحرير:

- د. السعيد كليوات جامعة محمد بوضياف بالمسيلة (الجزائر)
د. دريسي امينة جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس (الجزائر)
د. سفيان سوايم جامعة محمد الشريف مساعديّة - سوق أهراس (الجزائر)
د. فاطيمة حميدي، جامعة مستغانم، (الجزائر)
د. عبد المنعم عبد الوهاب محمد، نقابة المحامين، البصرة (العراق)
أ. سماح بن خروف، جامعة البشير الإبراهيمي، برج بوعريبيج (الجزائر)

اللجنة العلمية التحكيمية للعدد:

- أ.م.د. وعدي سليمان علي المزوري / كلية القانون دموك (العراق)
د. بن عياد جلييلة جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس (الجزائر).
د. حنان ميساوي جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان (الجزائر).
د. علي مجيد العكيلي جامعة المستنصرية (العراق)
د. لعمامري عصاد، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، (الجزائر).

التدقيق اللغوي:

- د. شامخة حفيظة طعام المركز الجامعي، تيسمسيلت (الجزائر)
د. هامل شيخ، المركز الجامعي بلحاج بوشعيب، عين تموشنت (الجزائر)
أ. بن طرية معمر جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم (الجزائر)
أ. غزلان هاشمي، جامعة محمد الشريف مساعديّة (الجزائر)

التعريف:

مجلة علمية دولية محكمة تصدر دورياً عن مركز جيل البحث العلمي تستهدف نشر المقالات المعمقة في مختلف مجالات العلوم القانونية: "القانون العام والخاص"، بإشراف هيئة تحرير مشكلة من أساتذة وباحثين وهيئة علمية تتألف من نخبة من الباحثين وهيئة تحكيم تتشكل دورياً في كل عدد.

تتناول المجلة إسهامات مختلف الباحثين والمهتمين بمجال العلوم القانونية سواء ما تعلق بالرصيد النظري أو بقضايا الساعة أو بترجمة الأعمال ذات الأهمية العلمية المعترف بها.

تعد هذه الدورية العلمية تكريساً لحرص المركز على تشجيع الأبحاث و المجهود العلمي، وعلى الإسهام في إثراء رصيده العلمي بنشر الدراسات الجادة والقيمة، استناداً إلى معايير علمية موضوعية ودقيقة.

قواعد النشر

تقبل المجلة الأبحاث والمقالات التي تلتزم الموضوعية والمنهجية، وتتوافر فيها الأصالة العلمية والدقة والجدية وتحترم قواعد النشر التالية:

بالنسبة للمقالات:

- تنشر المجلة المقالات التي تستوفي الشروط الآتية:
- الالتزام بالمعايير العلمية والموضوعية المعمول بها دولياً في الدوريات المحكمة، والتي تستجيب لشروط البحث العلمي.
- تعتمد هيئة التحكيم مبدأ الحياد والموضوعية في تحكيم المواد العلمية المرشحة للنشر مع الحرص على خلو الأعمال من التطرف الفكري أو مساسها بمبادئ الأشخاص أو الأنظمة.
- يراعى في المقالات المقترحة للنشر في المجلة أن تتسم بالجدية وأن لا تكون محل نشر سابق أو مقتطف من مذكرة أو أعمال، ملتمقى.
- أن تكون المواضيع المقدمة ضمن اختصاص المجلة.
- أن تلتزم المقالات الدقة وقواعد السلامة اللغوية، وأن لا يتعدى حجم العمل 20 صفحة مع احتساب هوامش، مصادر و ملاحق البحث.
- ترسل المادة العلمية في ملف مرفق بملخص بلغة البحث و آخر بإحدى اللغات: العربية، الفرنسية أو الانجليزية (حسب لغة البحث).

بالنسبة للأعمال المترجمة:

- تقبل من الأعمال المترجمة تلك التي تتصل باختصاص المجلة.
- تقبل الأعمال المترجمة من و إلى: العربية، الفرنسية، الانجليزية أو الألمانية.
- تخضع المقالات لاستشارة ترجمانيين مختصين في اللغات المذكورة أعلاه.
- تحول الأعمال المقدمة المقالات إلى أساتذة من ذوي الخبرة العلمية حسب اختصاص المقالة.
- يبلغ الباحث المرسل بتلقي مادته بعد 5 دقائق من تسلمها.

- تلتزم هيئة التحكيم بإبداء الرأي و اتخاذ القرار في غضون أسبوع من تمكينها من المادة المقترحة للنشر، مع مراعاة السرية التامة في التحكيم
- يحق لهيئة التحكيم أن ارتأت ضرورة إقرار تعديلات على المواد المقدمة للنشر.
- يعلم الباحث المرسل بقبول مادته للنشر على أن يعلم بتاريخ نشرها حسب رزنامة المجلة.

شروط النشر:

- شكل الكتابة: باللغة العربية شكل Traditional Arabic حجم 14.
- بالنسبة للغات الأجنبية شكل Times New Roman حجم 12 .
- يرفق الباحث الباعث مادته بسيرة ذاتية علمية مفصلة.
- تهمشن معلومات البحث حسب طريقة شيكاغو الأمريكية بترتيب تسلسلي يتبع متن البحث.
- ترتب هوامش المعلومات في نهاية كل صفحة.

نموذج التهميش:

١. الكتب باللغة العربية أو الأجنبية: لقب و اسم المؤلف، عنوان الكتاب، دار النشر، بلد النشر، سنة النشر، رقم الطبعة.
 ٢. النصوص التشريعية: البلد، نوع النص، مضمون النص، سنة الصدور.
 ٣. المجالات والدوريات: عنوان المجلة أو الدورية، لقب واسم الكاتب، عنوان المقالة، عدد المجلة، تاريخ الصدور، صفحة الاقتباس.
 ٤. الرسائل الجامعية: لقب واسم الطالب، عنوان المذكرة ، درجة المذكرة، مؤسسة تسجيل المذكرة، كلية التخصص، السنة الجامعية، صفحة الاقتباس.
 ٥. التقارير الرسمية: جهة إصدار التقرير، موضوع التقرير، مكان نشر التقرير، سنة إصدار التقرير ، صفحة الاقتباس.
 ٦. المراجع الإلكترونية:
- يوثق المرجع المنقول عن شبكة "الإنترنت" بذكر معلومات الرابط الإلكتروني كاملاً مع ذكر صاحب المادة المنشورة، وتاريخ زيارة الموقع .
٧. ترسل المساهمات بصيغة الكترونية حصراً على عنوان المجلة:

law@jilrc-magazines.com

الفهرس

الصفحة

- 9 • الإفتتاحية
- 11 • التصويت الشعبي في المجالس النيابية: أ.د. حنان محمد القيسي، كلية القانون/ الجامعة المستنصرية (العراق).
- 33 • فعالية نظام الأمن الجماعي في وجه التهديدات الدولية: أ/ يتوجي سامية، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة أكلي محند أولحاج - البويرة (الجزائر).
- 59 • العدالة الانتقالية في اليمن: بين المفهوم و تحديات التطبيق: أ.كزيز صباح وأ.نجاه مدوخ/ جامعة محمد خيضر بسكرة (الجزائر).
- 75 • حجية الأمر الجزائري في إنهاء الدعوى العمومية : ما بين تحقيق مبدأ العدالة والاقتصاد في الإجراءات الشكلية: أ. رضوان خليفي جامعة الجزائر 1 و أ. مراد بن قبيطة جامعة باجي مختار - عنابة- (الجزائر).
- 91 • النطاق القانوني لسلطة المحكمة بفتح باب المرافعة مجدداً في الدعوى المدنية في التشريع العراقي د. عبد المنعم عبد الوهاب محمد، نقابة المحامين، البصرة (العراق)
- 105 • International Law and the South African Constitution, Christopher John Robert Dugard, Professor of Law, University of Pretoria ترجمة: سَعِيد إِسْمَاعِيل نَدَا

تخلي أسرة تحرير المجلة مسؤوليتها عن أي انتهاك لحقوق الملكية الفكرية
لا تعبر الآراء الواردة في هذا العدد بالضرورة عن رأي إدارة المركز
جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي © 2017

الافتتاحية

بسم الله الرحمن الرحيم والحمد لله رب العالمين الذي بفضله تتم الصالحات

تستمر مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة في عدها العاشر بتقديم الجديد والمفيد لكل باحث متعمق في مختلف فروع القانون .

ولقد تميز هذا العدد كسابقه بنشر أبحاث علمية متنوعة لباحثين من جنسيات مختلفة، لتكون صفحات المجلة مرجعا جديا يجد فيه المختصون كل جديد في الساحة التشريعية الدولية، سيما في العراق واليمن والجزائر وصولا إلى جنوب أفريقيا.

ولقد تناول البحث الأول، التصويت الشعبي في المجالس النيابية العراقية، والمتمثل في التصويت نيابة عن أعضاء البرلمان غير الموجودين فعليا متوقفا عند التزامات النواب سيما ضرورة حضورهم لتمثيل الناخبين.

أما البحث الثاني فلقد تطرق فيه الباحث إلى فعالية نظام الأمن الجماعي في صون السلم والأمن الدوليين ومنع الصراعات الدولية التي تؤدي إلى ارتكاب انتهاكات حقوق الإنسان، خاصة في وقتنا الحاضر بعدما فشل في كثير من الأحيان في التجاوب مع الواقع الدولي السريع والمفاجئ وغير العادل.

وتناول البحث الثالث العدالة الانتقالية في اليمن باعتبارها خطوة مهمة وضرورية لبناء مرحلة ما بعد الحراك تحقيقا لمصالحة وحوار وطني شاملين، متوقفا عند أبرز العقبات والتحديات التي تواجهها وكذا الفرص الممكنة لتطبيقها على أرض الواقع مقترحا بعض الحلول لتعزيز وترسيخ هذه التجربة.

وتوقف البحث الرابع عند حجية الأمر الجزائي في إنهاء الدعوى العمومية في الجرائم البسيطة في الجزائر لما له من أهمية عملية في تبسيط الإجراءات الجنائية وتسريعها دون الإخلال بالعدالة الجنائية مع ضمان تحقيق فاعليتها.

و تناول البحث الخامس الحالات التي أجاز فيها القانون استثناء فتح باب المرافعة مجددا في الدّعى قبل إصدار الحكم فيها والنّطاق القانوني لسلطة المحكمة التقديرية في القانون العراقي.
والجديد في هذا العدد، هو تخصيص حيز لنشر ترجمة لبحث سبق نشره باللغة الإنجليزية حول دستور جنوب إفريقيا على ضوء القانون الدولي.
وفي الأخير نشكر كل من ساهم في هذا العدد وعلى وجه الخصوص الباحثين وأسرة تحرير، كما وندعو كل المهتمين للتواصل معنا قصد النشر أو عضوية اللجنة العلمية.

والله الموفق في الأول والآخر

المشرفة العامة ومديرة التحرير/ د. سرور طالبي المل

التصويت الشبكي في المجالس النيابية

أ.د. حنان محمد القيسي

كلية القانون/ الجامعة المستنصرية

مشرف قسم الدراسات القانونية/ بيت الحكمة

الملخص

للتصويت الإلكتروني الناجم عن التطورات التقنية المتتابة، عديد من المزايا، فهو أقل تكلفة وأسرع في جدولة النتائج، وتحسين إمكانية الوصول إليها بدقة أكبر، ولا ريب في أنّ نسبة الخطأ فيه أقل من الأخطاء البشرية والميكانيكية.

إلا أنّ هنالك تحديات جديدة تظهر مع كل تطور أو تقنية جديان، ومن أهم تلك التحديات إمكان إساءة استخدام تلك التقنية، لذا ظهر ما يُسمى (التصويت الشبكي)، إذ يتم الإدلاء بالأصوات نيابة عن أعضاء البرلمان غير الموجودين فعلياً في المجلس.

ومن ثم يُمكن أنّ يُعرف التصويت الشبكي بأنه ممارسة يتم فيها (التصويت) في المجلس التشريعي من دون أن يكون النائب صاحب الشأن موجوداً في غرفة الاقتراع. سواء أجرت هذه الممارسة من قبل نائب آخر أو من حزب سياسي.

وعلى الرغم من أنه قد يبدو من المستحيل أنّ يُصوت النائب من دون أنّ يكون حاضراً، إلا أنّ هنالك في الواقع العديد من الطرق التي يُمكن أنّ يحدث التصويت الشبكي من خلالها، بل ويُمكن القول أنه يُمارس في الواقع على نطاق واسع جداً.

Abstract

E-voting that is resulting from technical developments, has many benefits, for its Less expensive and faster in scheduling results, and improving access to them is more accurately, with less error rate than that of human and mechanical errors.

However, there are new challenges that appear with every development or new technology, and the most important of these challenges, is the possibility of abuse of the technology, and one of its aspects is the so-called (ghost voting), when a member of parliament votes on behalf of another member of parliament who is actually not present in the Council.

In this paper, we tried to discuss this kind of voting, by defining it as the practice where (the vote) in the Legislative Council is done while the owner of the Attorney is actually present in the voting booth. Whether this practice is carried out by another deputy, or by a political party.

Although it may seem impossible for a MP to vote without being present, but there are in fact several ways that a ghost voting can happen through them, and we can say that it is a practice that, in fact, exists on a very large scale.

المقدمة

تطورت المجالس النيابية عبر فترة طويلة، حتى أصبحت الإطار الرئيس لتمثيل المجتمع في هيكل السلطة الحاكمة، وقد إرتبط بذلك قيام المجلس النيابي بدور مهم في مجال الوعي السياسي وخلق رأي عام في مواجهة السلطة الفردية المطلقة، ولا شك في أنّ الوظيفة التمثيلية كانت وما تزال الوظيفة الأساسية له، حتى بعد إضافة وظائف أخرى فيما يتعلق بصنع السياسات أو إصدار القوانين والرقابة على الحكومة، وغيرها.

ولما كان الشعب لا يُمارس سيادته بنفسه وإنما بواسطة نواب عنه، يُمارسون مهام النيابة بإسمه ولمدة معينة، ثم يتجددون في انتخابات دورية، فإنّ المجلس النيابي أصبح الهيئة الأساسية التي تُمثل المواطنين في شؤون الحكم، مع الاحتفاظ بالسيادة للشعب نفسه، لأنّ أعضاء البرلمان يُباشرون سلطتهم تحت رقابة الرأي العام. بعبارة أخرى فإنّ الكلمة في نهاية الأمر هي كلمة الشعب.

ولا ريب أنّ النيابة تضع على عاتق النائب عديداً من الواجبات والمسؤوليات، إذ يلتزم أعضاء المجالس النيابية بالمشاركة في جلسات المجلس وفي اللجان المختلفة المنبثقة عنه، وفي الإجتماعات المختلفة ذات الصلة بعملهم، سواء أكان ذلك على صعيد التشريع أو النشاطات الأخرى التي يقوم بها المجلس النيابي.

ويظهر حق التصويت بارزاً من بين هذه الممارسات، لكونه المعيار النهائي لإمكان تمرير مشروع القانون أو إتخاذ الإجراء أو غيره من الأحوال، إذ طالما أنّ المجلس النيابي مؤسسة جمعية فإنّ القرارات الصادرة عنه تأخذ نفس السمة، ومن ثمّ وجب اللجوء إلى التصويت لتمرير أي قرار برلماني.

الأصل أنّ الحق في التصويت حق شخصي يُمارسه النائب وفقاً لمركزه القانوني، إلا أنّ الواقع العملي، وفي الكثير من الدول، متقدمة كانت أم غيرها، أظهر أنّ هنالك ممارسات تنال من الصفة الشخصية للتصويت، سواء أكان ذلك بعلم النائب أم من دون علمه. ومن أهم هذه الممارسات ما يُسمى بالتصويت الشبهي، إذ إسترعى انتباهنا هذا المصطلح أثناء بعض القراءات، ووجدناه موضوعاً يستحق البحث، خاصة مع تكرار ممارسته، وبدء شيوعه.

وعلينا في البدء القول أنه ما من دراسات ولا حتى إطار قانوني للموضوع على حد علمنا، ولم يكن تحت أيدينا سوى بعض التطبيقات العملية من هذا المجلس أو ذاك، في بعض الدول الغربية، مع مثال واحد (معلن) لبرلمان عربي، لذا سنحاول التحليل والتأطير على وفق القواعد العامة وعلى وفق ما سيأتي:

المطلب الأول: تعريف التصويت الشبهي

على الرغم من أنّ الدساتير لم تنص على واجب النائب في التصويت إلا في بعض الأمثلة النادرة إلا أنه - منطقياً - واجب يرتبط بواجب عرفي آخر يقع على عاتق النائب ونقصد به واجب حضور جلسات المجلس، إذ أصبح الواجب الأخير بما ينضوي تحته من واجبات فرعية من قبيل الأعراف البرلمانية الراسخة في الديمقراطيات جميعاً، إذ أنّ حضور النائب إلى المجلس النيابي يتعلق بمسؤولياته الأساسية لأنّ من واجباته أنّ يشترك في الجلسات العادية والاستثنائية التي تُعقد في المجلس، ولأنّ أغلب الدساتير تشترط تحقق نسب معينة من الحضور لتحقيق النصاب في المجلس، ولا جدال أنّ إتخاذ القرارات أيضاً لا بد له من تحقق نصاب معين.

ويتبلور الدور التمثيلي للنائب بطبيعة الحال من خلال إدلائه بأرائه وأفكاره وإشراكه في المناقشات وفي المداولات التي تجري في المجلس، لكي يقوم بدوره على أكمل وجه ممكن، ويُشارك في الحياة التشريعية وفي محاسبة الحكومة والمصادقة على التشكيلة الحكومية، وإقرار الموازنة العامة وغيرها من المهام. ومن ثم يُعدّ التصويت أحد مظاهر التعبير عن الرأي الفعالة في إتخاذ القرارات البرلمانية في المسائل الخلافية أو التي تحتل إنقساماً في أصوات النواب، إذ يتم من خلاله إبداء الرأي في موضوع ما بالموافقة أو الإعتراض، وهو غاية إبداء الرأي في المسائل الحاسمة. ولا ريب في أنه أحد أهم الممارسات الديمقراطية.

والتصويت البرلماني إصطلاح يُستخدم للدلالة على عملية إبداء أعضاء البرلمان للرأي في موضوع ما يدخل في إختصاص المجلس النيابي. وتلجأ البرلمانات إلى التصويت في مناسبات كثيرة، بل يُمكن القول أنه طالما أنّ القرار البرلماني في الغالب هو قرار جمعي، كما أسلفنا، فلا بد من التصويت للوصول إلى رأي جمعي على وفق ما تنص عليه الدساتير، وللوصول إلى الأغلبية الموصوفة.⁽¹⁾

والأمثلة على أحوال التصويت - فضلاً عن التصويت على مشروعات ومقترحات القوانين - في البرلمانات كثيرة، ومنها على وفق دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ البتّ في صحة عضوية أعضاء البرلمان،⁽²⁾ وانتخاب رئيس المجلس ونوابه،⁽³⁾ والموافقة على تعيين بعض أصحاب المناصب العليا في الدولة،⁽⁴⁾ وانتخاب رئيس الجمهورية،⁽⁵⁾ ومساءلة رئيس الجمهورية، وإعفائه من منصبه،⁽⁶⁾ الموافقة على الوزراء منفردين وعلى المنهاج الوزاري،⁽⁷⁾ وسحب الثقة من أحد الوزراء أو من رئيس مجلس الوزراء وإعفاء مسؤولي الهيئات المستقلة،⁽¹⁾

^١ - تنص المادة (٥٩) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ على:

أولاً: يتحقق نصاب انعقاد جلسات مجلس النواب بحضور الأغلبية المطلقة لعدد أعضائه.

ثانياً: تتخذ القرارات في جلسات مجلس النواب بالأغلبية البسيطة، بعد تحقق النصاب ما لم ينص على خلاف ذلك.

^٢ - مثل ما نصت عليه المادة (٥٢/أولاً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ "يبت مجلس النواب في صحة عضوية أعضائه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسجيل الاعتراض، بأغلبية ثلثي أعضائه".

^٣ - ما نصت عليه المادة (٥٥) من نفس الدستور "ينتخب مجلس النواب في أول جلسة له رئيساً، ثم نائباً أول ونائباً ثانياً بالأغلبية المطلقة لعدد أعضاء المجلس بالانتخاب السري المباشر".

^٤ - مثل رئيس وأعضاء محكمة التمييز الاتحادية ورئيس الادعاء العام ورئيس هيئة الإشراف القضائي والسفراء وأصحاب الدرجات الخاصة ورئيس أركان الجيش ومعاونيه ومن هم بمنصب قائد فرقة فما فوق، ورئيس جهاز المخابرات، راجع المادة (٦١/خامساً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

^٥ - المادة (٧٠/أولاً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

^٦ - المادة (٦١/سادساً) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

^٧ - المادة (٧٦/رابعاً) من نفس الدستور.

والموافقة على إعلان الحرب وحالة الطوارئ،⁽²⁾ ورفع الحصانة عن النواب،⁽³⁾ بل وحتى حل المجلس النيابي، في حال سمح الدستور بذلك، يتم من خلال التصويت.⁽⁴⁾

والتصويت على نوعين وهما يرتبطان بالتصويت العلني، فهو إما أن يكون برفع الأيدي، وإما أن يتم بطريقة تحريرية من خلال وضع أوراق التصويت في صندوق خاص، ويترتب على ذلك أنه في الحالتين يكون حضور النائب لازماً للتصويت، إذ لا يُمكن التصويت من دون وجوده الشخصي، خاصة مع إمكان التأكد من ذلك بكل سهولة، سواء أكان ذلك من خلال قوائم الحضور أو تسجيلات الفيديو وغيرها، خاصة وإن أغلب الدساتير تمنع الوكالة في التصويت على ما سيتم بيانه.

إلا أن التطورات التقنية أظهرت نمطاً جديداً من التصويت يتم من خلال أجهزة خاصة، يُسمى بالتصويت الإلكتروني، يتم فيه احتساب الأصوات وفرزها وإظهار النتائج من خلال أجهزة خاصة، ويمتاز التصويت الإلكتروني بأنه أقل تكلفة وأسرع في جدولة النتائج، وتحسين إمكانية الوصول إليها بدقة أكبر، ولا ريب في أن نسبة الخطأ فيه أقل من الأخطاء البشرية والميكانيكية.

وإذا كانت التطورات التقنية والفوائد الجمة الناجمة عنها تؤيد المزايا المتقدمة إلا أن هنالك تحديات جديدة تظهر مع كل تطور أو تقنية جديدان، ومن أهم تلك التحديات إمكان إساءة استخدام تلك التقنية، لذا ظهر ما يُسمى (التصويت الشبكي)، إذ يتم الإدلاء بالأصوات نيابة عن أعضاء البرلمان غير الموجودين فعلياً في المجلس.

ومن ثم يُمكن لنا أن نُعرف التصويت الشبكي بأنه ممارسة يتم فيها (التصويت) في المجلس التشريعي من دون أن يكون النائب صاحب الشأن موجوداً في غرفة الاقتراع. سواء أجرت هذه الممارسة من قبل نائب آخر أو من حزب سياسي.

وعلى الرغم من أنه قد يبدو من المستحيل أن يُصوت النائب من دون أن يكون حاضراً، إلا أن هنالك في الواقع العديد من الطرق التي يُمكن أن يحدث التصويت الشبكي من خلالها، بل ويُمكن القول أنه يُمارس في

١ - المادة (٦١/ثامنا) من نفس الدستور.

٢ - المادة (٦١/تاسعا) من نفس الدستور.

٣ - المادة (٦٣/ثانيا) من نفس الدستور.

٤ - المادة (٦٤/أولا) من نفس الدستور.

الواقع على نطاق واسع جداً. وتوصلنا من خلال البحث في الموضوع، إلى أنّ التصويت الشعبي قد يكون فردياً وقد يكون من خلال الأحزاب السياسية، وكما يأتي:

أ. التصويت الشعبي الفردي: وهذا النوع من التصويت الشعبي يُمكن أن يتم بأسلوبين كشفت عنهما الممارسات العملية التي إطلعنا عليها:

١. أن يُمارس النواب التصويت لبعضهم شعبياً، كما لو وافق أحد النواب على ضغط زر التصويت نيابة عن نائب آخر، خاصة في عمليات التصويت المهمة. وهذا النوع من التصويت بدوره ينطوي على إحتمايين، الأول أنّ يقوم النائب المصوت شعبياً بنقل إرادة النائب الغائب حرفياً، سواء أكانت إرادته تنصرف إلى الرفض أو الموافقة، من دون أنّ يتلاعب برأي النائب الأصلي، وفي كثير من الأحيان يتفق أعضاء الحزب نفسه على التصويت شعبياً لبعضهم البعض،^(١) أما الإحتمال الثاني فيظهر حين يقوم نائب بالتصويت شعبياً لنائب آخر بطريقة تتعارض مع معتقدات النائب الغائب، أي أنّ يحتال على المجلس ويُصدر رأي النائب الغائب ويستولي عليه لتمرير رأيه الخاص من دون علم النائب الغائب.^٢

١ - تسبب الفيديو الذي يوضح استخدام وكيل مجلس النواب المصري، محمود الشريف، لأكثر من كارت تصويت، خلا ل إحدى الجلسات العامة للمجلس، في جدل واسع داخل البرلمان المصري، إذ أيد بعض النواب حدوث هذه الممارسات (التصويت الشعبي) في ظروف استثنائية خاصة، مثل تلقي اتصال هاتفي مهم أو لتناول العلاج أو أداء الصلاة، ومن ثم يترك العضو كارت التصويت مع عضو آخر ويأتمنه على صوته، في حين نفى وكيل المجلس المتهم تلك الواقعة، وإن ما حدث هو تعطل استخدام الكارت الذكي الخاص به نظراً لوجود مشكله به، ما اضطره إلى محاولة استخدام الكارت الخاص به بجهاز تصويت مجاور له. للمزيد راجع: أحمد علي، جدل حول تزوير التصويت الإلكتروني، متاح على: www.masrawy.com

٢ - في برلمان كاليفورنيا كثيرة للتصويت الشعبي، ومنها أن قام كيفن دي ليون، النائب الديمقراطي عن لوس انجليس، بالتصويت شعبياً لعضوة مجلس النواب ماري هاباشي، النائبة الديمقراطية عن وادي كاسترو، بأسلوب مغاير للطريقة التي كانت ستصوت بها، إذ صوت دي ليون شعبياً على القانون الخاص بمقياس الأسعار المعقولة للدولة لازمة السكن، في حين الديمقراطيين كانوا سينظرون في امر التصويت في وقت لاحق . وفي عام ٢٠٠٥ عندما كان المجلس يناقش مشروع قانون قدمته السناتور كارول ميغدن يتطلب من مصنعي مستحضرات التجميل الكشف عن المواد المسرطنة في منتجاتهم، وكان هنالك شحة أو نقص في الأصوات في البرلمان، مما دفع السيناتور كارول إلى الضغط على الزر الأخضر، أي نعم، العائد للنائب الجمهوري غاي هيوستن، النائب عن ولاية سان رامون، الذي كان من معارضي المشروع إلا انه كان غير موجود في مقعده عندها، وقد أشارت الوقائع الى أن السيناتور كارول اعتذرت لاحقاً عن هذا التصرف . وفي عام ١٩٩٨ بعد أن أقر المجلس إجراء يرمي إلى خلق خيار تعويض جديد لمديري مناطق الري الكبيرة، اتهم احد النواب الجمهوريين منافسه النائب

٢. أن يقوم بعض النواب أحياناً بتغيير نظام أضرار التصويت ليتمكنوا من التصويت عن بُعد، مما يسمح لهم بالتصويت إلكترونياً عندما يحين وقت التصويت. وفي نفس الوقت يمكنهم العودة إلى منازلهم خاصة عندما تمتد الجلسات النقاشية للساعات الأولى من الصباح، أو يُغادرون للاهتمام بمصالح دوائرهم الانتخابية من مكاتيم مع تمكنهم من التصويت في المجلس التشريعي، ومن مزايا هذا النوع من التصويت انه سيُمكن النائب الغائب من الإدلاء بصوته في الموضوع بينما هو قادر على الاهتمام بمسائل أخرى.

ب. التصويت الشعبي الحزبي: لا يخفى على أحد أن الأحزاب السياسية تُمارس دوراً واضحاً في التأثير على أعضائها، خاصة في إعتناق السياسات والأيدولوجيات الحزبية، ولعل مثل هذا التأثير يظهر جلياً في التصويت، إذ تُلزم الأحزاب السياسية أعضائها بالتصويت بالطريقة التي تُريد اتخاذ المواقف التي تتلاءم مع سياساتها. كما لا يخفى على أحد أهمية كل صوت بالنسبة للحزب السياسي. لذا يُمكن أن تلجأ الأحزاب إلى التصويت عن أعضائها الغائبين شبحياً لضمان عدم ضياع الأصوات، كما أن لها أن تُلزم العضو بالتصويت حتى وإن كان التصويت مخالفاً لقناعاته كما أسلفنا.

ومع بيان الصور المتقدمة من التصويت الشعبي، دون أن ننسى التنويه إلى إمكان وجود صور أخرى له، علينا الإقرار بأن مجرد شيوعه يُمثل ظاهرة تستدعي الالتفات إليها، خاصة مع تعارضها مع كل القيم البرلمانية، سواء أعلق ذلك بواجبات التمثيل أم بواجبات الزمالة ما بين أعضاء البرلمان.

الديمقراطي جاك سكوت، النائب عن لوس انجليس، بانه كان يجري مقابلة تلفزيونية في إحدى المحطات عندما صوت احد زملائه نيابة عنه شبحياً . وفي عام ١٩٩٤ تم التصويت شبحياً للنائبة الديمقراطية جولي بورنستاين، النائبة عن مقاطعة ريفرسايد، حينما كانت خارج المدينة، وقد ساعد هذا التصويت على تجاوز الاعتراض المقدم من قبل بيت ويلسون بشأن مشروع قانون الهجرة، وفي عام ١٩٩٢ جرى تصويت شبحي مهم على مشروع قانون حقوق المدخنين المثير للجدل نيابة عن النائب ديك فلويد بينما كان النائب الديمقراطي المذكور على بعد ٤٠٠ ميلاً في جنوب كاليفورنيا، وفي عام ١٩٩٢ قام عضو في البرلمان، الجمهوري ديفيد كيللي، النائب عن مقاطعة ريفرسايد، باتهام عضو مجلس النواب الجمهورية كارول بنتلي، النائبة عن سان دييغو، بوجود شخص قام بالتصويت شبحياً نيابة عنها عندما لم تكن في سكرامنتو . اعترفت بنتلي أنها كانت على متن الطائرة في وقت التصويت. للمزيد راجع:

Seth Rosenfeld, Ghost voting: A long history, available at: www.sfgate.com.

المطلب الثاني: تمييز التصويت الشعبي من غيره من أحوال التصويت

نعتقد أنه استكمالاً للتعريف بالتصويت الشعبي لا بد لنا من تمييزه من أحوال أخرى للتصويت، إذ أنّ هنالك تصويتاً بالوكالة كما أنّ هنالك تأثير على التصويت سواء أكان بالاحتيال أم بالترهيب أم بشراء الأصوات وغيرها، وسوف نحاول قياساً على أنماط التصويت الذي يجري في الانتخابات العامة تمييز التصويت الشعبي من بعض تلك الأحوال، مع التأكيد على الفرق الكبير ما بين التصويت في البرلمان والتصويت في الانتخابات، إلا أننا سنلجأ إلى القياس كلما كان ذلك متصوفاً من وجهة نظرنا، وكما سيأتي بيانه:

الفرع الأول: تمييز التصويت الشعبي من التصويت بالوكالة

التصويت بالوكالة هو شكل من أشكال التصويت الشائع في مجال المعاملات التجارية، إلا أنه بدأ في الظهور في المجالس التشريعية وبشكل محدود، إذ قد يُفوض بعض أعضاء البرلمان القوة التصويتية لأعضاء آخرين من نفس المجلس لغرض التصويت في غيابهم، في أي من موضوعات التصويت التي سبق الإشارة إلى بعضها، ويُطلق على الشخص المفوض قوة التصويت "الوكيل" في حين يُسمى الشخص المفوض "الأصيل أو الموكل"¹.

ولا نأتي بجديد إذا ما قلنا أنّ القاعدة هي أنّ التصويت حق شخصي للنائب احتراماً لإرادة الناخبين ومن ثم عدم جواز الوكالة، وهي قاعدة عرفية من دون حاجة إلى النص عليها، إذ نادراً ما تنطرق الدساتير إلى حق التصويت بشكل مستقل لتنظيمه، وذلك لارتباطه بأسس الوكالة.

إلا أنّ هنالك بعض الاستثناءات على هذه القاعدة، إذ تنص المادة (٢٧) من الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ على " كل ولاية الزامية باطلة. حق تصويت أعضاء البرلمان شخصي. ويُمكن أنّ يُرخص قانون عضوي بصفة استثنائية تفويض التصويت. وفي هذه الحالة، لا يُمكن لأياً كان أنّ يفوض لأكثر من ولاية واحدة".

وجلي من النص أنّ هنالك شروطاً خاصة للقيام بالتصويت بالوكالة، أولها صدور قانون خاص يُنظم ذلك، وأنّ تتم الوكالة بحدود ضيقة، وهي لا تتجاوز المرة الواحدة. وعلى الرغم من عدم تمكننا من إيجاد شروحات للمادة المذكورة من الدستور الفرنسي، إلا أننا نعتقد أنّ التصويت بالوكالة إجراء استثنائي يتم

¹ - proxy vote, available at: <https://en.wikipedia.org>.

بحدود ضيقة، ويجب أن يُحدد في الأحوال الاستثنائية لتغيب النائب، كأن يكون لممارسة عمل برلماني أو حدوث طارئ أو قوة القاهرة تمنع تواجده في البرلمان.

وتحظر كذلك أغلب الأنظمة الداخلية للبرلمانات التصويت بالوكالة، في حين يسمح بعضها به، كما في برلمان نيوزيلندا الذي يُتيح التصويت بالوكالة. إذ تُحدد المواثيق ١٥٦٥٩ من النظام الأساسي لمجلس النواب النيوزيلندي إجراءات للقيام بذلك. ويُمكن للعضو أن يُعين عضواً آخر أو حزب للإدلاء بصوته. ومع ذلك، لا يجوز للحزب ممارسة التصويت بالوكالة نيابة عن أكثر من ٢٥٪ من أعضائه. ومن الناحية النظرية، يُمكن السماح بهذا الإجراء فقط في أحوال محددة على سبيل الحصر، منها حال تغيب العضو للقيام بواجب برلماني، أو في أعمال عامة، أو لمتابعة عمل خاص أو المرض أو الوفاة.¹

ويُحظر التصويت بالوكالة في مجلسي الكونغرس الأمريكي، وفي معظم، إن لم نقل جميع، المجالس التشريعية للولايات، إذ تشترط هذه الأنظمة لمشروعية الصوت واحتسابه حضور النائب في المجلس وأن يُدلي بصوته شخصياً عند إجراء التصويت. ومع ذلك يُمكن أن يحدث التصويت بالوكالة، استثناءً، في اللجان البرلمانية على الأغلب وذلك في ظل عدم وجود النصاب القانوني وضرورة الإلزام بحضور عدد كاف من الأعضاء الغائبين للحصول على النصاب القانوني.

ومن أمثلة ذلك التصويت بالوكالة في لجان مجلس النواب الأمريكي قبل عام ١٩٩١. ففي كثير من الأحيان كان بإمكان العضو أن يُفوض تصويته للقياديين البارزين في حزبه في اللجنة. وقد عارض الجمهوريون التصويت بالوكالة على أساس أنه يسمح للأغلبية الديمقراطية الخاملة والغائبة بنقل التشريع في اللجنة من خلال إجراءات مضادة للأغلبية. وهذا يعني، أن زعيم الديمقراطيين في اللجنة سيُعارض وينجح الأغلبية الجمهورية الحاضرة شاهراً وكالات الأعضاء الديمقراطيين الغائبين. ولم يتم إبعاد هذه الممارسة حتى قيام الإصلاحات الجمهورية لعام ١٩٩١.

لما تقدم يتميز التصويت الشبهي من التصويت بالوكالة بأنه ممارسة واقعية غير منظمة في حين أن التصويت بالوكالة لا يجري إلا بموجب نصوص قانونية تُنظمه، من جهة أخرى نعتقد أن التصويت الشبهي وبالوكالة يتساويان من حيث الاتفاق على أن مساوئهما أكثر من نفعهما، كونهما يُمثلان استخفافاً بإرادة الناخبين وتملصاً من النائب عن ممارسة مهامه الأساسية، ونرى عدم مشروعيتها معاً.

¹ - How Parliament works, available at: www.parliament.nz.

الفرع الثاني: تمييز التصويت الشعبي من التلاعب بالتصويت

ونعتقد أنّ هنالك صور عديدة للتلاعب بالتصويت، ولنا قياس بعضها على التلاعب الذي يطال التصويت في الانتخابات العامة، تشريعية كانت أم محلية، ومن أمثلة ذلك:

أ. تزوير التصويت: نسمع على الدوام عن حدوث تزوير في التصويت الانتخابي، أي تزوير الانتخابات والتلاعب بنتائجها، والتزوير هو تدخل غير قانوني في العملية الانتخابية، وذلك من خلال أعمال احتيالية تُؤثر في نتيجة فرز الأصوات لتحقيق نتيجة التصويت، سواء من خلال زيادة حصة التصويت لصالح موضوع معين، أو بالضغط على حصة التصويت لموضوع منافس، أو كلاهما. ولا مناص من القول أنّ ما يُشكل تزويراً للتصويت من الناحية القانونية يختلف من بلد إلى آخر.

ومن نافلة القول أنه قد أصبح من المتصور اليوم أنّ يتم تزوير التصويت في المجالس النيابية كذلك، أي أننا اليوم أمام تزوير أيضاً إلا أنه يُمارس تحت قبة البرلمان، ونظراً لوجود عدد أقل بكثير من الناخبين، فإنّ التزوير في الانتخابات التشريعية يختلف نوعياً عن التزوير في التصويت في المجالس النيابية ومن نواح كثيرة. وبطبيعة الحال لا نقصد بالتزوير ارتكاب جريمة التزوير وحسب، بل أنّ مجرد غياب النائب والتصويت نيابة عنه، سواء أكان ذلك بعلمه أم بدونه، يجعلنا نقف على صور جديدة لتزوير إرادة النائب أو الإحتيال عليه أو على المجلس النيابي برمته.

ولابد من الإشارة إلى أنّ القانون قد يحظر أنواعاً كثيرة من التزوير في التصويت، ولكن البعض الآخر يتمثل في انتهاك القوانين العامة، مثل تلك التي تحظر الاعتداء على النائب أو مضايقته أو التشهير به من أجل إجباره على التصويت بطريقة معينة ومن ثم تغيير نتيجة التصويت عامة. وعلى الرغم من أنّ مصطلح "التزوير" لا يُغطي سوى تلك الأفعال التي تُعدّ غير مشروعة، إلا أنّ هذا المصطلح يُستخدم أحياناً لوصف بعض الأفعال التي تكون قانونية من حيث طبيعتها إلا أنها تُعدّ غير مقبولة أخلاقياً، لمخالفتها لروح القوانين الانتخابية، أو انتهاكها لمبادئ الديمقراطية.⁽¹⁾

ولا يخفى على أحد أنّ التصويت الشعبي يُمثل نوعاً من أنواع التزوير، خاصة حين يصوت النائب عن نائب آخر من دون علمه أو بتغيير لإرادته الحقيقية وذلك في عمليات التصويت الحاسمة، ومن ثم فإنّ العلاقة بين الإثنين هي علاقة جزء بكل.

¹ - Alvarez, Michael; Hall, Thad; Hyde, Susan, Election Fraud: Detecting and Detering Electoral Manipulation, Brookings institution press, Washington DC, 2008, p. 201.

ب. التهيب وشراء الأصوات: تبدو فكرة شراء الأصوات، للوهلة الأولى، واضحة. إلا أنها تبدو أكثر غموضاً، بل وتتحول إلى إشكالية جدلية، إذا ما نظرنا إلى الاستخدام الفعلي لها في الاقتراع، ومصطلح شراء الأصوات يُستخدم لوصف مجموعة واسعة من الظواهر. وهي ظاهرة واسعة الانتشار خاصة في فترات الدعاية الانتخابية، وهي تشمل أنشطة مثل توزيع الطعام، وشراء بطاقات التصويت، وتقديم الخدمات العامة للمجتمعات المحلية وغيرها من الأنشطة التي يهدف المرشح من خلالها ضمان أن يتم الاقتراع لصالحه.⁽¹⁾

ومن الناحية الإصطلاحية قد يبدو المصطلح واضحاً فهو يُشير إلى جهود واضحة من قبل الأحزاب السياسية أو المرشحين للتأثير على الخيارات الانتخابية من خلال تقديم أو الوعد بتقديم المنافع المادية للناخبين. وعادة ما تكون هذه المنافع المادية - التي وصفت في بعض الحالات بأنها شراء الأصوات - تتعلق بالمنافع المادية الخاصة التي يُقدمها السياسيين، ولا نعني بها الخدمات والمنافع العامة أو الاستحقاقات الجماعية التي يُمكن الوصول إليها. وقد يبدو تعريف شراء الأصوات هذا واضحاً، إلا أننا نعتقد أنه ما زال يتعلق بفكرة المعاملة التجارية التي تتمثل في (منح امتيازات مادية للحصول على الدعم الانتخابي).⁽²⁾

وبإسقاط ما تقدم على شراء الصوت البرلماني فإنه يُقصد به إستهداف بعض النواب بطرق معينة تؤدي إلى إنصياعهم والتصويت بالطريقة التي يرغب بها من يُمارس عملية التهيب أو من قام بشراء الأصوات، مع ملاحظة أن الطرق المتبعة في التهيب تُصبح غير عملية إذا ما رغبتنا باستخدامها على نطاق أوسع. إذ على سبيل المثال، حقق أدولف هتلر لنفسه سلطات دكتاتورية بسبب قانون التمكين لسنة ١٩٣٣. فلتحقيق أغلبية الثلثين اللازمة لتمرير القانون قام باعتقال أعضاء المعارضة، على الرغم من أنه اتضح لاحقاً أن هذا الإجراء كان غير ضروري لتحقيق الأغلبية المطلوبة، إذ كانت أغلبية أعضاء مجلس الرايخستاغ هم أعضاء في الحزب النازي، وقد صوت هؤلاء لتجديد ذلك

¹ - Andreas Schedler, What Is Vote Buying?, Introductory notes prepared for the conference "The Comparative Politics of Vote Buying," Massachusetts Institute for Technology (MIT), Center for International Studies, Cambridge, Massachusetts 26-27 September 2002, available at: <http://web.mit.edu>.

² - Ibid.

القانون بشكل تلقائي.⁽¹⁾ ومن ثم قد يكون التصويت الشعبي إحدى وسائل الترهيب وشراء الأصوات للوصول الى نتائج بعينها.

ت. الاحتيال: وإذا ما كان يحق للناخبين وللأحزاب السياسية الضغط على السياسيين (النواب) للتصويت بطريقة معينة، فإن الخط الفاصل ما بين الضغط المشروع والاحتيال ليس واضحاً على الدوام. وكما في الانتخابات العامة يكون التصويت بالوكالة أكثر عرضة للإحتيال، في بعض الأنظمة، يجوز للأحزاب السياسية التصويت نيابة عن أي عضو من أعضائها لم يكن موجوداً أثناء التصويت في البرلمان. مما يحيي هؤلاء الأعضاء وأحزابهم من ضياع الأصوات في حال تم منعهم من حضور البرلمان، إلا أنه يُتيح في نفس الوقت لأحزابهم منعهم من التصويت ضد رغبات الحزب.⁽²⁾

ومن الجدير بالذكر أنّ التصويت العلني في كثير من الهيئات التشريعية يجعل التصويت البرلماني أكثر عرضة لبعض أشكال الاحتيال، طالما أنّ السياسي يُمكن أن يتعرض لضغوط من قبل الآخرين الذين سيعرفون كيف صوت. ومع ذلك، فإن التصويت العام (العلني) يحيي النواب من الرشوة والإبتزاز، لأنّ الجمهور ووسائل الإعلام سيكونون على بينة إذا ما صوت السياسي بطريقة غير متوقعة. ومن جهة أخرى ما التصويت الشعبي لنائب من دون علمه إلا شكل من الإحتيال.

¹ - تم إنشاء الرايخستاج الجديد في الحادي والعشرين من شهر مارس، وبسبب فشل النازيين في الحصول على أغلبية مقاعد البرلمان وحدهم، فقد توجهت حكومة هتلر إلى الرايخستاج الجديد بقانون أطلق عليه اسم قانون التمكين، وهو قانون يمنح مجلس الوزراء سلطات تشريعية لمدة أربع سنوات . ولأن الموافقة على مشروع القانون تستلزم الحصول على أغلبية تتمثل في ثلثي عدد أصوات الرايخستاج، فإن الحكومة كانت في حاجة إلى الحصول على تأييد الأحزاب الأخرى . وفي الثالث والعشرين من مارس، اجتمع الرايخستاج وصوتت كل الأحزاب عدا الديمقراطيين الاشتراكيين لصالح مشروع القانون، وبالفعل مرر القانون بمعارضه ٩٦ نائباً من أصل ٥٢٥ وتعهد هتلر بإستخدام صلاحياته من أجل الشعب الألماني وفي أضيّق الحدود، وفي اليوم التالي حل البرلمان وأعدم ٩٦ معارض والغى مؤسسة الرئاسة بعد ذلك وعانت ألمانيا وولايات الديكتاتورية والسلطة المطلقة . وهكذا، قام قانون التمكين بالإضافة إلى مرسوم حريق الرايخستاج بتحويل حكومة هتلر إلى حكومة ديكتاتورية تعمل تحت مظلة القانون. للاطلاع على نص القانون راجع: <https://ar.wikipedia.org/wik>

² - electoral fraud, available at: <https://en.wikipedia.org>.

المطلب الثالث: مدى مشروعية التصويت الشعبي والآثار المترتبة على هذا التصويت

يظهر مما تقدم أنّ هنالك ترابطاً ما بين تغيب النائب عن جلسات البرلمان والتصويت الشعبي، فلا يُمكن أنّ تتم مثل هذه الممارسة إلا في حال غياب النائب، ومن ثم تكليفه لغيره بالتصويت نيابة عنه، أو استغلال نائب آخر لهذا الغياب والتصويت لصالحه ومصادرة رأي النائب.

ونعتقد أنّ ذلك يُعدّ أحد أسباب تشديد الأنظمة الداخلية على ضرورة حضور النواب لجلسات المجلس، ولا ريب في أنّ الفلسفة أو الخلفية القانونية وراء هذه المواد نجدتها في الأسس التي قامت عليها الوكالة النيابية. فالنائب يُمارس مهامه في مجلس النواب على أساس وكالة نيابية عن الأمة جمعاء ممنوحة له من خلال الانتخابات.

ولهذه الوكالة النيابية وجهان، لا يُمكن للنائب أن يُمارس وکالته من دون تحققهما معاً، أي أنه لا يستطيع أن يُمارس مهامه كوكيل عن الشعب حيناً وأنّ ينقطع عن هذه الممارسة أحياناً أخرى، وذلك على التفصيل الآتي:⁽¹⁾

الوجه الأول: إنها وكالة ملزمة وتكون كذلك فيما يتعلق بضرورة حضور النائب لجلسات والقيام بمهامه كوكيل عن الأمة لأن مجلس النواب يُمثّل الشعب، فالنائب مُلزم بممارسة وکالته النيابية فيما يتعلق بحضور الجلسات على اختلافها والقيام بمهامه.

الوجه الثاني: إنها وكالة غير ملزمة وتكون كذلك فيما يتعلق باتخاذ المواقف التي يراها مناسبة دون العودة للناخبين، وهذا هو الأصل في مختلف برلمانات العالم، بمعنى أنّ النائب يستطيع اتخاذ الموقف الذي يراه مناسباً من دون العودة إلى الناخبين الذين صوتوا له، وإذا لم يقتنع هؤلاء الناخبون بالمواقف التي اتخذها النائب يُمكنهم عندها محاسبته في الدورة الانتخابية التالية بأن يحجبوا عنه أصواتهم فلا يعيدون انتخابه ويكون ذلك بمثابة محاسبة له على مواقفه.

وقبل بيان الآثار المترتبة على التصويت الشعبي نعتقد أن علينا البحث في مدى مشروعيته، وكما

سيُلي بيانه:

¹ - راجع في هذا الصدد كتابنا "حقوق وواجبات عضو مجلس النواب".

الفرع الأول: مدى مشروعية التصويت الشعبي

لا يخفى على أحد الظهور المتكرر لمشكلة التصويت الشعبي مؤخراً في عدد من دول العالم، وظهرت عدة أسرطة فيديو على شبكة الإنترنت تظهر نواباً يضغطون على أزرار التصويت الخاصة بغيرهم من النواب، أو يصوتون من خلال الضغط على الزر عدة مرات متتالية. وقد وصل الأمر بالنسبة إلى شيوع هذه الممارسة إلى أن انقسم الإصلاحيون التشريعيون بشأنها، على اتجاهين:

الاتجاه الأول: يُطالب بحظر هذه الممارسة على وجه التحديد لوضع حد لممارستها، نتيجة الآثار الخطيرة التي تترتب على التصويت الشعبي ومصادرته لصوت النائب الغائب والاحتيال على إرادته، بل ومصادرة الإرادة الشعبية التي يُمثلها ذلك النائب.

لذا نجد أن بعض الدول تحظر صراحة هذه الممارسة في أنظمتها الداخلية، مثل بلغاريا،⁽¹⁾ وجورجيا،⁽²⁾ ويُحذر النظام الأساسي للبرلمان في ليتوانيا من "التصويت غير الشريف".⁽³⁾ في حين أن دولاً أخرى لم تتطرق إلى هذا الموضوع ربما خشية من تسليط الضوء عليه، على الرغم من أنه يُمارس من الناحية الواقعية، كما أن هنالك دول أخرى قد ترغب في مناقشة مدى إمكان فرض عقوبات صارمة على النواب الذين يصوتون شعبياً أو يطلبون من زملائهم الإدلاء بالأصوات لصالحهم.

الاتجاه الثاني: يُطالب بإضفاء الشرعية على التصويت الشعبي بحيث يُمكن تنظيمه قانونياً، ويُدافع هؤلاء عن هذه الممارسة بدعوى أنها تُحسن الكفاءة من دون تغيير نتيجة التصويت.⁽⁴⁾ ويُمكن الرد على ما تقدم إلى أن تغيير النتيجة يُصبح أمراً حتمياً في كثير من الحالات، خاصة في حال صوت الحزب السياسي

¹ – National Assembly of the Republic of Bulgaria, Rules of Organization and Procedure of the National Assembly (2012), Article 11/4, available at: www.parliament.bg.

² – Transparency International Georgia, "Ghost Voting in the Georgian Parliament", 2011, available at: <http://transparency.ge>.

³ – Lithuanian Parliament, "Statute of the Seimas of the Republic of Lithuania", 2010, Article 20 (2), available at: <http://www3.lrs.lt>.

⁴ – background study, Professional and Ethical Standards for Parliamentarians, ODIHR, Warsaw, 2012, p.54.

نيابة عن أحد أعضائه أو كان هنالك احتيال ورغبة في التزوير، ومن جهة أخرى من الواضح أنّ هنالك إمكانية كبيرة لسوء استخدام التصويت الشبهي كما أسلفنا.⁽¹⁾

وعلى أية حال يرى أصحاب هذا الاتجاه أنه إذا ما قُنن التصويت الشبهي، فإنه سيُمكن تنظيمه، وأنّ هنالك بعض المزايا المترتبة عليه، على سبيل المثال، يتمكن النائب من الاستجابة لحالات الطوارئ حتى وإن كان في منزله في حين لا يزال يخدم دائرته الانتخابية في المجلس التشريعي. ويُمكن الرد على هذه الحجة بأنّ النواب في الغالب لا يُمارسون عملاً إدارياً يستدعي تواجدهم في الدوائر الانتخابية، ومن ثم كان دورهم التمثيلي هو الأكثر أهمية والذي يقتضي تفرغاً من النائب خاصة في أوقات التصويت.

وأخيراً يرى المؤيدون لتقنين التصويت الشبهي أنّ تقنين هذا النوع من التصويت سوف يعني أيضاً أنه لن يكون للنواب أي عذر لتفويت التصويت، وبالتالي القضاء على المراوغة السياسية الشائعة التي يتهرب النائب فيها ببساطة من المشاركة في التصويت في المسائل الخلافية، ولعل هذه الحجة تضعنا أمام جملة من التساؤلات يقع في مقدمتها ما هي علاقة السياسة بالأخلاق؟ إلا ينبغي على من يعملون بالسياسة أنّ يتمسكوا بالقيم الأخلاقية؟ وهل يُمكن للنائب أن يُمارس المراوغة السياسية في ممارسة العمل الذي تم انتخابه من أجل القيام به؟ هل يحق له المراوغة على حساب ناخبيه؟ وإذا ما أجبنا على كل ما تقدم نجد أنّ هذه الحجة واهية بحق، إذ أننا لسنا بحاجة إلى أعذار ولا مراوغة بل إلى نواب يُدركون أهمية دورهم التمثيلي.

ونُشير في هذا الصدد الى أنّ مجلس النواب في بنسلفانيا الأمريكية قد أقر حديثاً بمشروعية التصويت الشبهي، وقد أصدرت القواعد الجديدة للدورة 2010-2011 بعدد أصوات 3(1) في مقابل (8) صوتاً. وتخلق القواعد الجديدة "إجازة تشريعية" للنواب يتم من خلالها استبدال القواعد الصارمة التي تتطلب حضور النائب شخصياً، من دون أي استثناء، ليُدلي بصوته، بقواعد جديدة تُمكن النواب من الحصول على إذن من قادة المجلس لمغادرة المجلس على أنّ يكون ذلك في حدود المجلس، وهو مكان غير محدد، ومن ثم سيكون على قادة المجلس تقرير ما إذا كان عمل النائب سيكون في حدود المجلس أم لا؟ وفي هذه الحالة يجب أنّ يُسجل النائب حضوره في قوائم الحضور الأساسية في بداية الجلسة لكي يتمكن من المغادرة، أو لتُصبح مغادرته مشروعة، ويُستثنى من ذلك مقدمي مشاريع القوانين أو مشاريع التعديلات، إذ لا يُسمح لهؤلاء

¹ - ghost voting in the state legislature in East Tennessee: available at: www.wate.com.

بالمغادرة. ويترتب على ما تقدم قراءة اسم النائب علناً باعتباره مشاركاً في التصويت، في حين أنه يكون متغيباً في الحقيقة ويُسجل صوته على أنه بالوكالة⁽¹⁾.

وخلاصة ما تقدم نعتقد بعدم مشروعية التصويت الشبهي بكل الأحوال، سواء أقام النائب شخصياً بتوكيل غيره للتصويت أم كان ذلك بدون علمه، لأنّ فيه مصادرة لا لصوت النائب وحسب، بل ولأصوات كل من إنتخبه، كما نرفض أنّ يُصوّت الحزب عن أعضائه، إذ طالما أنّ هنالك أيديولوجية موحدة فإنّ ذلك يُؤدي إلى تصويت واحد، ومن جهة أخرى يكفي أنّ يحض الحزب أعضائه على أهمية التواجد والتصويت من دون حاجة للتصويت شبيحياً.

وندعو النواب إلى الأخذ بمبدأ النزاهة في العمل البرلماني كما في غيره من المجالات، وهذه النزاهة تقتضي أنّ يُمارس واجباته بشفافية وصدق، بعيداً عن الممارسات الاحتيالية، كما وندعو إلى فرض العقوبات على النواب المخالفين لقطع دابر تلك الممارسة التي تمس بهيبة المؤسسة البرلمانية برمتها.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على ممارسة التصويت الشبهي

لقد أسلفنا أنّ موقف الدول التي تعترف - على الأقل - بوجود التصويت الشبهي يختلف من دولة لأخرى ما بين الحظر ومحاولات التقنين، إلا أننا لم نجد عقوبات مباشرة يُمكن أنّ تُفرض على النائب في حال ممارسة التصويت الشبهي، سواء في ذلك على النائب المُصوّت أو المُصوّت عنه، وسواء في ذلك أتم التصويت بعلم النائب الأصيل أم من دون علمه، لذا حاولنا تصور العقوبات التي يُمكن أنّ تُفرض في هكذا أحوال. وكما يأتي:

أ. بالنسبة للنائب الذي قام بالتصويت نيابة عن النائب الغائب: وهنا لنا التفرقة بين حالتين:

¹ - ويرى معارضي القواعد الجديدة أن التغيير قد يفتح الباب لإساءة استخدام الجواز القانوني وأنه من واجبات النواب الأساس أن يكونوا حاضرين في جميع المناقشات وأن يدلوا بأصواتهم شخصياً . أما أولئك الذين صوتوا للتغيير فقد برروا ذلك بأن القواعد الجديدة ستؤدي الى مساعلة اعظم لأعضاء المجلس، خاصة أولئك الذين اساءوا استخدام القاعدة القديمة وأفلتوا من العقاب، خاصة مع حقيقة أنه لا يوجد سجل عام للغياب يتيح الفرصة لبعض الأعضاء للاستفادة من الوضع، ويرى غيرهم أنه إجراء سيعمل على تشديد القواعد، وهو يعطي الشرعية للقول ان النائب كان في المجلس، وهو يقوم بأعمال أخرى، ويرى مؤيدون آخرون، أن القواعد الجديدة ستمنح النواب مرونة اكبر في انجاز الأعمال الرسمية. للمزيد راجع: .Ghost voting' OK'd in Pa. House, available at: <http://lancasteronline.com>

١. إذا صوت بدون علم النائب الغائب، أي أنه استغل غياب زميله ليصوت لصالح وجهة النظر التي يتبناها، وفي هذه الحالة يجب البحث في العقوبات الانضباطية التي يمكن فرضها على النائب المخالف، وعلى وفق قواعد النظام الداخلي.

٢. إذا صوت بعلم النائب وبموافقته، وسواء أكان تصويته نقلاً حقيقياً لإرادة النائب الغائب، أم أنه غير في تلك الإرادة أثناء التصويت، فلما كانت الوكالة في التصويت غير قانونية في أغلب الأحوال فلا بد من فرض العقوبة على كلا النائبين.

ب. بالنسبة للنائب الغائب الذي تم التصويت الشبهي نيابة عنه: فإذا كانت القاعدة العامة التي وضعها الدستور حكماً والنظام الداخلي فعلاً، هي ضرورة حضور النائب لجلسات البرلمان ومناقشاته ولجانه، فإن لنا أن نتساءل عم يترتب على تغيب النائب عن حضور جلسات مجلس النواب العادية منها أو الاستثنائية أو في اللجان البرلمانية في غير الأحوال السابقة المشروعة؟ وهل هذا التغيب هو ممارسة لحق ديمقراطي أم تخلف عن واجب نيابي؟

من جهة ثانية حظرت المادة (٢٤) من النظام الداخلي افتتاح الجلسة إلا بحصول النصاب القانوني للحضور - وهو حضور الأغلبية المطلقة لعدد أعضائه -^(١) وإذا تبين أنّ النصاب القانوني لم يكتمل على الرئيس تأجيل إفتتاحها لمدة لا تقل عن نصف ساعة، فإذا لم يكتمل أيضاً يُعلن الرئيس تأجيل الجلسة ويُعين موعد آخر لانعقادها، كما أنّ المادة (٢٩) من النظام اشترطت تحقق النصاب أيضاً بالنص على " يُعدّ وجود النصاب لازماً عند التصويت ولا يُشترط لصحة استمرار الاجتماع".

ومن ثم ما الحكم في هذه الحالة؟ أي إذا ما سبب عدم حضور النائب تأجيل جلسات مجلس النواب أو حال دون التصويت على أمر قد يكون غاية في الأهمية والاستعجال؟

اشترط النظام الداخلي حضور النواب - ما لم يكن هنالك عذر مشروع - إلزامي،^(٢) لا بل وفرض النظام الداخلي نشر الحضور والغياب في نشرة المجلس الاعتياديّ وإحدى الصحف، إضافة إلى أنّ لهيئة الرئاسة فرض بعض العقوبات - الانضباطية والمالية - على النائب المتخلف عن الحضور، وعلى وفق ما يأتي:

١ - المادة (٢٣) من النظام الداخلي.

٢ - المادة (١٨) من النظام الداخلي.

١- حدد المشرع حداً أقصى لغيابات النائب، وهي الغياب من دون عذر مشروع خمس مرات متتالية أو عشر مرات غير متتالية خلال الدورة السنوية، ونعتقد أنّ هذه الحدود مبالغ فيها، فإذا كان مجمل دورة الانعقاد السنوية بفصلها التشريعيين ثمانية أشهر،^(١) فإنّ السماح للنائب بالغياب - ناهيك عن الإجازات والأعذار المشروعة - خمس إلى عشر مرات - متوالية أو غير متوالية - أمر مبالغ فيه وإن دل على شئ فإنه يدل على عدم جدية النائب في ممارسة المهام المنوطة به، والإلتزام بما عليه من واجبات وأولها حضور الجلسات لتمثيل الناخبين تمثيلاً صادقاً.

٢- توجيه تنبيهه خطي إلى العضو الغائب تدعوه إلى الإلتزام بالحضور، وهنا نكون أمام احتمالين:

الاحتمال الأول - امتثال النائب وحضوره الجلسات ولا تثريب عليه حينها.

الاحتمال الثاني - عدم امتثال النائب لهيئة الرئاسة، وعدم التزامه بحضور الجلسات، وهنا يُعرض الموضوع على المجلس بناءً على طلب هيئة الرئاسة. وللمجلس في هذه الحالة أن يستقطع من مكافأة عضو مجلس النواب في حالة غيابه نسبة معينة، يقوم المجلس بتحديد هذا. ولكن لنا أن نتساءل عن الحل فيما لو لم يمتثل النائب حتى بعد الاستقطاع من المكافأة، وكنا نتمنى لو أنّ المشرع أجاز عرض أمر ذلك النائب على مجلس النواب ليوجه إليه الأخير إنذاراً نهائياً، أو أنّ يُقرر بأغلبية أعضائه عدّ النائب في تلك الحالة مستقياً لأنّ عدم إمتثاله يدل على عدم جديته في ممارسة العمل البرلماني. خاصة وأنّ المادة (٢٤) من النظام الداخلي للجمعية الوطنية العراقية السابقة كانت قد قررت انه في حالة تكرار الغياب من دون عذر مشروع يوجه تنبيه خطي إلى العضو الغائب تدعوه إلى الإلتزام بالحضور، وفي حالة عدم إمتثاله يُعرض الموضوع على الجمعية الوطنية لإتخاذ ما تراه مناسباً.

هذا وقد سكت النظام الداخلي عن بيان مسألة فيما إذا طرأ أمر يستوجب إنصراف النائب من جلسات المجلس أو اللجان نهائياً قبل ختامها، والأصل أنّ عليه الإستئذان كتابة من رئيس المجلس أو رئيس اللجنة حسب الأحوال، ولعل سكوت النظام الداخلي جعل من مسألة الإنسحاب من الجلسة وتركها من دون إستئذان من قبيل الأعراف البرلمانية العراقية، إذ غالباً ما يتم الإنسحاب

^١ - على وفق أحكام المادة (٥٧) من الدستور.

وترك المجلس - أفراداً وجماعات (كتل) - من دون إستئذان، ونعتقد أنّ على النظام الداخلي الإلتفات إلى ذلك وتنظيم مغادرة النائب للجلسة على وفق قيود، أهمها الإستئذان كتابةً من رئيس المجلس حفاظاً على إنسيابية العمل البرلماني من جهة، وعلى وقار وهيبة هذه المؤسسة من جهة أخرى.

الخاتمة

بالإنهاء من هذه الدراسة المبدئية للتصويت الشعبي فقد توصلنا إلى ما يأتي:

١. التصويت البرلماني أحد مظاهر التعبير عن الرأي الفعالة في إتخاذ القرارات البرلمانية في المسائل الخلافية أو التي تحتل انقساماً في أصوات النواب، والأصل أنّ يمارس التصويت من قبل النائب شخصياً وبشكل علني، سواء أكانت تلك الممارسة تتم يدوياً ام الكترونياً.

٢. على الرغم من المزايا العديدة للتصويت الإلكتروني خاصة فيما يتعلق بدرجة الدقة والسرعة في إظهار النتائج، ألا أنه أفصح عن بعض المشاكل التطبيقية ومنها التصويت الشعبي، وهو ممارسة يتم فيها (التصويت) في المجلس التشريعي من دون أنّ يكون النائب صاحب الشأن موجوداً في غرفة الاقتراع، من خلال ضغط زر التصويت أو استخدام الكارد الخاص بنائب آخر غائب.

٣. والتصويت الشعبي يُمارس بصور عديدة، فقد يكون فردياً وقد يكون من قبل الأحزاب السياسية، وقد يكون بعلم النائب كوسيلة للتملص من واجباته البرلمانية، كما قد يكون من دون علمه، ومن ثم فقد يرتبط هذا التصويت بتزوير التصويت أو الإحتيال، بل ويمكن أنّ يتم التأثير على النائب وشراء صوته أو حتى ترهيبه لعدم الحضور ومن ثم إستعمال صوته بطريقة تخالف قناعاته.

٤. تُمارس الأحزاب السياسية دوراً في ازدياد ممارسة التصويت الشعبي، وذلك رغبة منها في ضمان عدم ضياع الأصوات، كما أنّ لها أنّ تُلزم العضو بالتصويت حتى وإن كان التصويت مخالفاً لقناعاته.

٥. يتعارض التصويت الشعبي باعتقادنا مع كل القيم البرلمانية، سواء أعلق ذلك بواجبات التمثيل أم النيابة، أم بواجبات الزمالة ما بين أعضاء البرلمان.

٦. انقسم الرأي بشأن التصويت الشعبي ما بين مؤيد ومعارض، إلا أننا نعارض وبشدة اللجوء إليه وتحت أي ظرف، على وفق التبريرات التي أوردناها في البحث. ونرى إيقاع العقوبات على كل من النائب المتغيب والنائب الذي صوت نيابة عنه، وندعو النواب إلى النزاهة في ممارسة واجباتهم والابتعاد عن كل ما من شأنه المساس بهيبة المؤسسة البرلمانية.

٧. التأكيد على أهمية الالتزام والتفعيل الحقيقي للقواعد القانونية التي تنظم حضور النواب لأهميتها سواء أوردت في الدستور أم في قانون المجلس النيابي أم في النظام الداخلي، لضمان جدية النائب في ممارسة المهام المنوطة به، والالتزام بما عليه من واجبات وأولها حضور الجلسات لتمثيل الناخبين تمثيلاً صادقاً، إذ نعتقد أن مجمل الحديث عن التصويت الشعبي يُصبح غير ذي جدوى في حال مارس النائب دوره شخصياً وعلى أكمل وجه، لأنه سيقطع الطريق أمام أية محاولات لتزوير التصويت أو الاحتيال على المجلس ومن ثم نتائج التصويت.

المراجع

١. د. حنان محمد القيسي، حقوق وواجبات عضو مجلس النواب العراقي، من منشورات بيت الحكمة، بغداد، ٢٠١٣.
٢. أحمد علي، جدل حول تزوير التصويت الإلكتروني، متاح على: www.masrawy.com.
٣. الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨.
٤. دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.
٥. النظام الداخلي لمجلس النواب العراقي لسنة ٢٠٠٦/٢٠٠٧.
6. Seth Rosenfeld, Ghost voting: A long history, available at: www.sfgate.com.
7. proxy vote, available at: <https://en.wikipedia.org>.
8. How Parliament works, available at: www.parliament.nz.
9. Alvarez, Michael; Hall, Thad; Hyde, Susan, Election Fraud: Detecting and Deterring Electoral Manipulation, Brookings institution press, Washington DC, 2008.

10. Andreas Schedler, What Is Vote Buying?, Introductory notes prepared for the conference “The Comparative Politics of Vote Buying,” Massachusetts Institute for Technology (MIT), Center for International Studies, Cambridge, Massachusetts 26–27 September 2002, available at: <http://web.mit.edu>.
11. electoral fraud, available at: <https://en.wikipedia.org>.
12. National Assembly of the Republic of Bulgaria, Rules of Organization and Procedure of the National Assembly (2012), Article 11/4, available at: www.parliament.bg.
13. Transparency International Georgia, “Ghost Voting in the Georgian Parliament”, 2011, available at: <http://transparency.ge>.
14. Lithuanian Parliament, “Statute of the Seimas of the Republic of Lithuania”, 2010, Article 20 (2), available at: <http://www3.lrs.lt>.
15. background study, Professional and Ethical Standards for Parliamentarians, ODIHR, Warsaw, 2012.
16. ghost voting in the state legislature in East Tennessee: available at: www.wate.com.
17. 'Ghost voting' OK'd in Pa. House, available at: <http://lancasteronline.com>.

فعالية نظام الأمن الجماعي في وجه التهديدات الدولية

أ/ يتوجي سامية

باحثة سنة خامسة دكتوراه

أستاذة مساعدة قسم "أ"

كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة أكلي محند أولحاج - البويرة

الملخص:

قدمت منظمات الأمن الجماعي إسهامات حاسمة في صون السلم والأمن الدوليين، سواء بالحد من النزعة نحو التسليح أو استخدام الوساطة في تسوية النزاعات بين الدول، أو إنهاء الحروب الأهلية، وما زالت بعض الدول تتصدر قائمة المعرضين للتهديدات المعاصرة لنظام الأمن الجماعي باتخاذها جملة الاحتياطات الدولية اللازمة لمكافحة الفقر والأمراض المعدية، ووقف الجريمة العابرة للأوطان وإعادة البناء والتعمير بعد انتهاء الحروب، والحد من الإرهاب ووقف انتشار المواد الخطرة، فكل هذه التهديدات تتطلب دولا لها القدرة لتعزيز قوة المجتمع الدولي في اتخاذ إجراءات فعالة، لمنع الصراعات الدولية التي تؤدي في النهاية إلى ارتكاب المزيد من انتهاكات حقوق الإنسان.

الكلمات المفتاحية:

نظام الأمن الجماعي، التهديد، التدخل الدولي، الاستخدام غير المشروع للقوة، الإرهاب والجريمة المنظمة عبر الوطنية، الأمم المتحدة، التنظيمات الإقليمية.

Summary:

Collective security institutions have critical contributions to the maintenance of international peace and security, both by reducing the tendency towards the arms or the use of mediation in the settlement of conflicts between states or termination of civil wars. States are still the front-line responders to today's threats of collective security system by taking total international reserves needed to combat poverty, infectious diseases, stop transnational crime, rebuilding and reconstruction after wars, and reducing terrorism and stopping the spread of hazardous materials. All of these threats require a capable, responsible states as partners to strengthen the international community's ability to enforce early action to prevent international conflicts, which eventually lead to commit further violations of human rights.

Key Words:

Collective Security System, Threat, International Intervention, The Illegal Use of Force, Terrorism and Transnational Organized Crime, United Nations, Regional Organizations.

مقدمة:

لا تزال مسألة الأمن إحدى الدوافع التي تتحكم في سلوك الأفراد والجماعات منذ نشأة البشرية، بما يعنيه ذلك من ضرورة إحداث نظام ذا هيكلية وقواعد يتولى مهمة دفع الضرر وتوفير الاستقرار والأمان وإقصاء أي تهديد ضدها، ولن يختلف هذا المفهوم على المستوى الدولي حيث يؤسس في أبعاده لقيام نظام أمن جماعي يتولى المهام ذاتها التي يريدها الأفراد ولكن على مستوى أكثر اتساعا وتعقيدا وعدم قابلية للتوقع.

ويتعلق تحقيق الأمن الجماعي أساسا، بتوفير الأطر المناسبة لتفعيله من أجل تحقيق الأهداف المصيرية التي يتوقف عليها مستقبل البشرية عموما والتنظيم الدولي على الخصوص، مع الإصرار على أنه مهما كانت الأهداف التي أسست عليها مقتضيات الأمن الجماعي كنظام مكتمل القواعد والآليات، فإنه يتطلب نوعا من الاستمرارية الموثوقة والمرونة مع المتغيرات والعوامل غير المحصورة في حجمها أو مجال تأثيرها.

وهي ذاتها الخلفية التي ندرس على ضوءها موضوع نظام الأمن الجماعي، بالتساؤل الجدي عن مدى فعالية نظام الأمن الجماعي في وقتنا الحاضر بالنظر إلى قدم التصور المثالي الذي بني عليه، والمراحل المتعددة التي مر بها في سبيل تحقيقه، خاصة وأنه فشل في كثير من الأحيان في التجاوب مع الواقع الدولي السريع والمفاجئ وغير العادل؟

وانطلاقا من هذا التوجه تم التعامل مع موضوع الدراسة في إطار الزخم السياسي والتاريخي المتماثل الأثر على المحاولات الجديدة والمتواصلة من أجل تقنين نظام يُعنى كأولوية بحماية ورقي وثبات الأمن الجماعي

كقواعد ومبادئ يتحمل أعضاء المجتمع الدولي الالتزام بمقتضياتها، وهو ما سيتم تناوله بالتحليل في النقاط البحثية التالية.

المبحث الأول: تهديدات نظام الأمن الجماعي

إن مفهوم التهديد في جانبه الاستراتيجي هو بلوغ تعارض المصالح والغايات القومية، مرحلة يتعذر معها إيجاد حل سلمي يوفر للدول الحد الأدنى من أمنها السياسي والاقتصادي والاجتماعي والعسكري في مقابل قصور قدراتها على موازنة الضغوط الخارجية، الأمر الذي يضطرها إلى اللجوء لاستخدام القوة العسكرية؛ معرضة أمن الأطراف الأخرى للخطر، لذلك فإن تحليل مفهوم التهديدات ينطلق من فهم حقيقة التحولات الدولية والإقليمية وانعكاساتها الأمنية، والتي أدت إلى تحولات مماثلة لمصادر التهديد وبروز إشكالية عدم اليقين من حيث انعدام قدرة التحديد الدقيق للتهديد، مما يؤدي إلى تعدد الرؤى حول أساليب ووسائل واستراتيجيات تحقيقه⁽¹⁾

إلا أن الواقع الدولي يثبت أن تهديدات الأمن مترابطة اليوم أكثر من أي وقت مضى، فالتهديد الذي تتعرض له دولة واحدة هو تهديد للجميع، إن لم تكن القابلية للتأثر بين الضعفاء والأقوياء أوضح مما هي عليه الآن، لهذا قام الأمين العام للأمم المتحدة السابق كوفي عنان في سبتمبر ٢٠٠٠ بتشكيل فريق رفيع المستوى كلف بدراسة التهديدات والتحديات التي تواجه نظام الأمن الجماعي، وحدد هذا الفريق في تقريره المعنون "عالم أكثر أمنا: مسؤوليتنا المشتركة" الصادر بتاريخ ٢٠٠٢/٤/٢٠ ستة (٦) تهديدات أساسية يجب أن يعمل العالم على استبعادها الآن وفي العقود القادمة تتحدد في: الحروب بين الدول، الحروب الداخلية وانتهاكات حقوق الإنسان والإبادة الجماعية على نطاق واسع، الفقر والأمراض المعدية وتدهور البيئة، الأسلحة النووية والإشعاعية والكيميائية، وأخيرا الإرهاب والجريمة المنظمة⁽²⁾.

رغم ذلك، فإننا لا نستطيع الجزم بسهولة بتعداد تهديدات الأمن الجماعي ككل، ولكن يمكن دراسة بعضها ممثلة في تهديد سياسات التدخل الدولي وتهديد استعمال القوة، وتهديدات أخرى مما ذكرها تقرير الأمم المتحدة.

⁽¹⁾ سليمان عبد الله الحري، "مفهوم الأمن: مستوياته وصيغته وتهديداته"، المجلة العربية للعلوم السياسية، عدد ١٩، ٢٠٠٨، اتحاد كتاب العرب، سوريا، ص ٢٧ و ٢٨.

⁽²⁾ تقرير الأمين العام للأمم المتحدة، "عالم أكثر أمنا: مسؤوليتنا المشتركة"، الجمعية العامة للأمم المتحدة، رقم الوثيقة: (A/٥٩/٥٦٥)، بتاريخ: ٢٠٠٤/١٢/٠٢، ص ٢٥.

المطلب الأول: سياسات التدخل الدولي

تمثل ظاهرة التدخل الدولي أسلوباً سياسياً قديماً اتخذ أشكالاً كثيرة، ونظراً لمسأسته بقدرسية سيادة الدولة وانتهاكه للالتزام باحترامها فهو يعد من أول تهديدات نظام الأمن الجماعي، وعلى ذلك سندرس المفهوم السياسي للتدخل وتأسيسه القانوني في ميثاق الأمم المتحدة ممثلاً في احترام السيادة والشؤون الداخلية للدولة، مع التأكيد على أن هناك حالة واحدة فقط يعد فيها وصف التدخل مستبعداً في كثير من الأحيان وهو التدخل الإنساني.

الفرع الأول: المفهوم القانوني والسياسي للتدخل الدولي:

إذا كان مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول من المبادئ الهامة في القانون الدولي الحديث، فإن الدراسة العملية والواقعية لحالات التدخل تثبت عكس ذلك⁽¹⁾، ولا يُختلف في تعريف التدخل ابتداءً من حيث إنه "نشاط يشمل أي سلوك معاد ومؤثر اتجاه دولة"⁽²⁾، ويمكن تعريفه تفصيلاً بأنه "كل عمل إرادي على درجة من الجسامة يباشره شخص قانوني دولي تجاه دولة أخرى بغية حرمانها من التمتع بسيادتها واستقلالها"⁽³⁾، على أن هناك اتجاهها يؤكد أن التعريف الأسمى للتدخل يصعب ضبطه وتحديدته نتيجة لتغير الظروف وتنامي التطورات والتطلعات لدى الوحدات السياسية وصناع القرار فيها⁽⁴⁾.

ولقد قدم ماكس بيلوف MAX BELOFF تعريفاً اعتبر فيه أن ظاهرة التدخل تحدث عند التأثير على سلوك سياسي لدولة ما نتيجة تدخل خارجي وباستخدام أدوات مختلفة ومتفاوتة تتراوح بين العسكرية والسياسية والاقتصادية، وأكد هذا الاتجاه جيمس روزنو JAMES ROSENAU في دراسته عن التدخل السياسي مضيفاً بأن هناك عوامل داخلية تتداخل مع عوامل خارجية وتقود إلى التدخل يحدد لها السلوك التدخلية وتتفاعل بها معطيات تؤدي جميعها إلى سلوك يتكيف بها وضع الدولة المتدخلة مع المجتمع الآخر، وركز على الأداة العسكرية كأسلوب يقود إلى تحقيق الهدف من التدخل بعد تهيئة الظروف المناسبة.

ويحتوي التعريف الإجرائي الذي ناقشه ROSENAU و أرنست أوتو ERNST OTTO على وجود مجموعة

⁽¹⁾ أحمد عبد الله أبو العلا، تطور دور مجلس الأمن في حفظ السلم و الأمن الدوليين، (بدون مدينة النشر): دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٨، ص ١٤٥.

⁽²⁾ محمد أحمد المقداد، "واقع الأمن الجماعي في ظل سياسات التدخل الدولي"، عن موقع:

http://web2.aabu.edu.jo:8080/tool/course_file/601100.doc، تم التحميل بتاريخ: ٢٠٠٩/٠٣/٣١، ص ١٦.

⁽³⁾ أحمد عبد الله أبو العلا، المرجع السابق، الصفحة نفسها.

⁽⁴⁾ محمد أحمد المقداد، المرجع السابق، ص ١٦.

متغيرات للسلوك التدخلي تتمثل في متغيرات فردية اجتماعية وحكومية كالرؤساء والرأي العام والمؤسسات، وجميعها تخضع إلى توجهات الدولة المتدخلة بهدف تحقيق نمطين من المطالب الداخلية وخارجية بما يحكم الدولة بالتالي يحقق سياسات تكييفية ذات أشكال وقائية أو إذعانية أو مقاومة⁽¹⁾، وتدور صور التدخل بين تدخل فردي أو جماعي وتدخل عسكري أو غير عسكري وتدخل مباشر أو غير مباشر، والقاسم المشترك بين هذه الصور المختلفة كونها تتم ضد إرادة الدولة بهدف تجريدتها من حقوقها السيادية.

ويعد التدخل الدولي سمة بارزة من سمات العلاقات الدولية المعاصرة ويقابله مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول كأحد الشروط الأساسية للمحافظة على الأمن والسلم الدوليين، ويمثل تجسيدا للوسائل القانونية الخاصة لحماية وإثبات سيادة الدول واستقلالها، وهو المبدأ المنصوص عليه في ميثاق الأمم المتحدة في المادة ٢٠٧ التي ترفض كل أشكال التدخل التي تهدف إلى التناول على سيادة الدول وقد يعرقل الدولة في تسوية مشاكلها بحرية تامة سواء على عناصرها السياسية أو الاقتصادية أو الثقافية⁽²⁾.

الفرع الثاني: التدخل الدولي ومفهوم السيادة والشؤون الداخلية للدول:

إن السيادة في ظل تطور الحياة الدولية المشتركة لم تعد مطلقة، لقد بدأت آثار المستجدات الحديثة على مبدأ سيادة الدولة تظهر بعد انتهاء الحرب الباردة المتمثلة في صور من التدخل الخارجي في أمور تعد من صميم الاختصاص الداخلي للدول، باسم القانون الدولي والأمن الجماعي وتحت لواء الشرعية الدولية، لذلك أصبحت هناك حالات مألوفة عن التدخل الدولي، مقترنة بمفاهيم أخرى مثل التدخل الإنساني والتدخل لأسباب أمنية وبيئية، ولوقف استعمال محتمل لأسلحة الدمار الشامل أو إطلاق مواد تسبب أضرار شديدة واسعة النطاق لمناخ ومعالم الأرض أو البحر.

ويعد من مقتضيات مبدأ التضامن الدولي العمل الجماعي الدولي في مواجهة كافة صور الإخلال بالسلم والأمن الدوليين، بما لا يتعارض مع مبدأ سيادة الدولة، فقد اعترف ميثاق الأمم المتحدة بمبدأ سيادة الدولة و المساواة في هذه السيادة بين جميع الدول، ومن هنا فقد حظر تدخل الأمم المتحدة في الشؤون الداخلية للدول، وإن كانت المصلحة الدولية المشتركة وعوامل التضامن الدولي قد استدعت أن يورد الميثاق بعض القيود على مبدأ السيادة تحقيقاً للأهداف الرئيسية المنصوص عليها خاصة في مجال حفظ السلم والأمن الدوليين وحماية حقوق الإنسان وحقوق الأقليات، مما يقتضي معه تغليب المعايير القانونية على السياسية، كما يعني تطبيق ذات المعايير في جميع الأحوال، ولكي لا يكون مبدأ التضامن الدولي ومبدأ السيادة

⁽¹⁾ المرجع نفسه، ص ١٧.

⁽²⁾ المرجع نفسه، ص 17 و18.

متعارضان في ظل تفسير قانونية التدخل، لا بد له أن يقيد المصالح الأساسية للإنسانية وأن يحرص على التوازن بين حق الدولة باستقلالها الذاتي وحق شعبيها في السلامة والأمن⁽¹⁾.

ويتعلق التدخل الدولي بمفهوم الشؤون الداخلية للدولة، حيث تباينت الآراء بشأن تحديد ما يعد من الاختصاص الداخلي للدولة حتى يتم تكييف التدخل الدولي، فعرف البعض الشؤون الداخلية للدولة على أنها: "كل شأن خاص يسمح فيه مبدأ السيادة للدولة بأن تتصرف بحرية خاصة، مثل اختيار نظامها السياسي ونظامها الاقتصادي والاجتماعي والثقافي" والذي يضم التدخل بعدم المشروعية في هذه الشؤون من حيث هو استخدام للإكراه أو العنف الذي يحول بين الدولة وبين حرية قرارها في تنظيم هذه المسائل على النحو الذي يروق لها خاصة عندما يكون العنف حاداً مثل التدخل باستخدام القوة العسكرية.

ومن التطبيقات القضائية لتحديد مفهوم الشؤون الداخلية للدولة المبررة للتدخل من دونه، قضية الأنشطة العسكرية وغير العسكرية في نيكاراغوا وضدها سنة ١٩٨٤ التي عرضت على محكمة العدل الدولية، حيث بررت الو م أ تدخلها العسكري في نيكاراغوا بأن هذه الأخيرة أخذت على عاتقها التزامات داخلية لم تف بتنفيذها عندما تعهدت أمام منظمة الدول الأمريكية بتنفيذ خطة سلام داخلية من أجل احترام حقوق الإنسان وإقامة نظام ديمقراطي مما كان سبباً في تدخلها وبعض دول أمريكا الوسطى.

في حين أكدت محكمة العدل الدولية في حكمها عدم وجود أية التزامات قانونية على عاتق نيكاراغوا مترتبة عليه فيما يسمى بخطة السلام، لأن تعهد هذه الأخيرة هو محض مسألة داخلية، تتعلق بالشؤون الخاصة بها، وما صدر عنها أمام منظمة الدول الأمريكية هو وعد سياسي حتى وإن افترضنا أن له قيمة التزام قانوني فهو لا يسمح للوم أ بالتدخل في الشؤون الداخلية لنيكاراغوا، ويكون لمنظمة الدول الأمريكية وحدها بحث مسألة تنفيذها⁽²⁾.

وكان مجمع القانون الدولي أصدر في ١٩٩٤ ٣٠ توصية بالمسائل المتعلقة بالاختصاص المحجوز (الشؤون الداخلية) للدول الأعضاء، من حيث أن المجال المحفوظ للدول هو طائفة النشاطات الوطنية التي لا يتقيد اختصاص الدولة في ممارستها بأية قيود ناجمة عن القانون الدولي ويعتمد تحديد نطاق هذا المجال على القانون الدولي ويتغير وفقاً لحركة تطوره.

ولقد تطور موقف الأمم المتحدة بشأن تحديد المسائل المتعلقة بالاختصاص الداخلي للدول، فمن أعمال

⁽¹⁾ محمد أحمد المقداد، المرجع نفسه، ص ١٩ و ٢٠. أحمد عبد أبو العلا، المرجع نفسه، ص ١٦٦ و ١٦٧.

⁽²⁾ أحمد عبد أبو العلا، المرجع السابق، ص ١٤٧ و ١٤٨.

معياري قانوني يحث قوامه أن المسألة تخرج عن الاختصاص المحفوظ للدول متى كانت محكومة بالقانون الدولي، إلى الأخذ بالمعايير ذات الطابع السياسي التي تُخرج المسألة من الإطار المحفوظ للدول متى كانت تمثل مصلحة دولية، وهو ما مكن الأمم المتحدة من أن ترفض اعتراض كثير من الدول لدى تدخلها لبحث بعض المسائل خاصة ما تعلق منها بحقوق الإنسان وحق تقرير المصير⁽¹⁾.

الفرع الثالث: التدخل الدولي الإنساني

إن فكرة التدخل الدولي الإنساني ظاهرة قديمة ترجع في نشأتها إلى الفترة التي واكبت نشأة القانون الدولي، ولعل ذلك ما يفسر صعوبة الاتفاق على مفهوم محدد لها خاصة مع غياب النصوص القانونية المنظمة لذلك، فالمفهوم الضيق للتدخل الإنساني يقصر تنفيذه على استخدام القوة المسلحة، ولكن يختلف في الأسباب المبررة له بين المعاملة التحكيمية التي تتجاوز حدود السلطة المفترض ممارستها من قبل صاحب السيادة والانتهاكات التي تهدد حقوق الإنسان وإنقاذ أو حماية رعايا الدولة من التعرض للموت أو الخطر الجسيم.

أما المفهوم الواسع فهو لا يربط بين التدخل الإنساني واستخدام القوة، من حيث أنه يمكن أن يتم باستخدام وسائل وتدابير أخرى كالضغط الاقتصادي أو السياسي أو الدبلوماسي وغيرها، وهو المفهوم المرجح دولياً من حيث أنه يمنح للتدخل الإنساني درجات متعددة وصولاً إلى استخدام القوة المسلحة التي هي أقصاها.

وعلى ذلك يمكن تعريف التدخل الدولي الإنساني بأنه لجوء شخص أو أكثر من أشخاص القانون الدولي إلى استخدام وسائل الإكراه السياسية أو العسكرية أو الاقتصادية... الخ ضد الدولة أو الدول التي ينسب إليها الانتهاك الجسيم والمتكرر لحقوق الإنسان بهدف حملها على وضع نهاية لمثل هذه الممارسات⁽²⁾.

ولقد ثار خلاف فقهي حول تكييف موقف القانون الدولي بشأن مشروعية التدخل الإنساني فهناك اتجاه يقول بمشروعية التدخل الدولي الإنساني من حيث أنه ليس تدخلاً محظوراً في الشؤون الداخلية للدولة، بحسب ما أكده قرار صادر عن معهد حقوق الإنسان سنة ١٩٨٩ بشأن حماية حقوق الإنسان ومبدأ عدم

⁽¹⁾ المرجع نفسه، ص ١٤٩ و ١٥٠.

⁽²⁾ أحمد عبد أبو العلا، المرجع نفسه، ص ١٥١ وما بعدها.

محمد خليل الموسى، "التدخل الإنساني ومشروعية اللجوء إلى القوة"، عن موقع: www.arablawninfo.com، ص ٠٢ وما بعدها.

التدخل في الشؤون الداخلية، من أن احترام حقوق الإنسان يعد التزاما على عاتق كل دولة اتجاه أفراد الجماعة الدولية، وكل دولة تعمل بالمخالفة لهذا الالتزام لا تستطيع التهرب من مسؤولياتها بادعاء أن هذا المجال يعود أساسا إلى اختصاصها الوطني، وحجج هذا الاتجاه في مشروعية التدخل الإنساني تتحدد في أن:

- التدخل الإنساني واحد من صور التدخل المستثناة من مبدأ عدم جواز استخدام القوة أو التهديد بها في نطاق العلاقات الدولية المتبادلة المشار إليه في المادة ٥ من الميثاق.

- لا يعتد بنص المادة ٧٠ من الميثاق أو القياس عليه لرفض فكرة التدخل الخارجي في شؤون دولة ما إذا كانت هناك دواعي واعتبارات إنسانية تبرر ذلك.

- الاستناد إلى المادتين ٥٥ و ٥٦ من الميثاق، في تفسيرهما الموسع يخول المجتمع الدولي صلاحيات أكبر للتدخل في الشؤون الداخلية للدول الأعضاء إلى الحد الذي يسوغ التدخل لإقامة نظم ديمقراطية.

- الاستناد إلى ما ذهب عليه القضاء الدولي تأييدا لمبدأ التدخل الإنساني ورفض اعتباره من المسائل التي تندرج ضمن الاختصاص المحجوز للدولة مثل الرأي الاستشاري الصادر ١٩٧٦ بشأن استمرار حكومة جنوب إفريقيا في ناميبيا^(١).

وعلى خلاف ذلك يذهب اتجاه آخر إلى رفض فكرة التدخل لأغراض إنسانية من أساسها، ويرون فيه انتهاكا صارخا وخروجا صريحا على مبدأ السيادة الوطنية والسلامة الإقليمية للدولة، من حيث أن التسليم بوجود حقوق دولية للإنسان يعني بدهة أن مجالاً من المجالات الأساسية للاختصاص المطلق للدولة أصبح محلاً لتدخل القانون الدولي العام بالتنظيم والحماية، ومثل هذا الأمر لا يمكن تقبله بسهولة، ولا سيما أن من الدعائم الأساسية للقانون الدولي التسليم بالسيادة للدول وعدم التدخل في الشؤون الداخلية لها، ويدعم أصحاب هذا الاتجاه وجهة نظرهم بجملة حجج منها:

- الأصل في العلاقات الدولية عدم التدخل المنصوص عليه في عموم النظم الأساسية للمنظمات الدولية.

- التأكيد على مبدأ التسوية السلمية للمنازعات الدولية.

- التأكيد من خلال السلوك اللاحق للعديد من المنظمات الدولية على رفض فكرة التدخل في الشؤون الداخلية أيا كان المبرر الذي يستند إليه، مثال ذلك القرار الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة

(١) أحمد عبد الله أبو العلا، المرجع السابق، ص ١٥٧ - ١٦٢.

١٩٦٥ المعنون "عدم جواز التدخل في الشؤون الداخلية للدول وحماية استقلالها وسيادتها" وبصفة خاصة قرارها الصادر ١٩٧٧ المعنون "إعلان مبادئ القانون الدولي بشأن العلاقات الودية والتعاون".

- كل المواثيق والاتفاقيات الدولية التي نصت على حقوق الإنسان لم تشر إلى استخدام القوة أو التدخل لضماتها^(١).

على أن هناك اتجاهًا ثالثًا يتوسطهما يقصر المجال المحفوظ للدول على بعض من حقوق الإنسان دون البعض الآخر، معتبرا الحقوق التي يتم التعبير عنها من خلال القواعد الدولية الآمرة هي التي تكتسب أهمية خاصة بالنسبة للجماعة الدولية، وتعد الحقوق الأربعة التي نصت عليها المادة ٥ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والمادة ١٥ من المعاهدة الأوروبية لحقوق الإنسان والمادة ٢٧ من المعاهدة الأمريكية لحقوق الإنسان المتضمنة: الحق في الحياة، منع التعذيب والمعاملة اللاإنسانية، حظر الاسترقاق والعبودية، حظر رجعية القوانين في المجال الجنائي، من الحقوق التي تتميز بأهميتها باعتراف جميع الدول في المحافظة على أسس تنظيم المجتمع الدولي مما يجعل من الصعوبة عدم تطبيقها أو السماح باعتداء عليها

أو انتهاكها^(٢).

أما الممارسة المعاصرة للتدخل الإنساني فتؤكد بأن سلوك الدول في هذا المجال كان مرده رعاية مصالحها الخاصة وحمايتها، ومما يدل على مصداقية هذه النتيجة هو السياسة الانتقائية التي اتبعتها الدول في هذا الخصوص^(٣)، من أمثلة التدخل الدولي الإنساني التي حدثت والتي يشكك في دوافع معظمها لدينا التدخل الأمريكي في سانت دومينيك عام ١٩٦٦ وغرينادا سنة ١٩٨١ حيث تذرعت الو م أ بحجة توفير الحماية اللازمة لرعاياها المقيمين في هذه الدول، كما لجأت الهند بهدف تبرير تدخلها العسكري في باكستان عام ١٩٧١ إلى حجة أن مثل هذا التدخل كان ضروريا لوضع حد للوضع الناشئ عن تدفق اللاجئين عبر حدودها مما جعل أمنها وسلامتها عرضة للتهديد وعدم الاستقرار^(٤).

المطلب الثاني: استعمال القوة

سلم واضعو ميثاق الأمم المتحدة بأن القوة قد تلزم لمنع الأسباب التي تهدد السلم ولقمع أعمال العدوان

^(١) أحمد عبد أبو العلا، المرجع نفسه، ص ١٦٢ وما بعدها.

^(٢) المرجع نفسه، ص ١٦٥ و ١٦٤.

^(٣) محمد خليل موسى، المرجع السابق، ص ٠٩.

^(٤) المرجع نفسه، ص ٠٨ و ٠٩ و ١٩.

وغيرها من وجوه الإخلال بالسلم والأمن الدوليين، لذلك تشكل القوة العسكرية - إذا استخدمت بصورة قانونية ومناسبة - عنصرا حيويا لأي نظام عملي للأمن الجماعي سواء بمدلوله التقليدي الضيق أو بمعناه الأوسع⁽¹⁾، إلا أن هناك بعضا من المسائل المعاصرة المتصلة بالسياسة العامة والمنضوية على صعوبات أو أخطار أكبر مما تنطوي عليه المبادئ المتعلقة باستعمال القوة وتطبيقها في الحالات الفردية، ويتوقف صون السلم والأمن في العالم على توافر فهم عالمي مشترك وقبول للمرحلة التي يكون فيها استعمال القوة قانونيا ومشروعا، واستيفاء أحدهما للعنصرين دون الآخر سيؤدي إلى إضعاف النظام القانوني الدولي ومن ثم تهديد أمن الدول والبشر.

الفرع الأول: قانونية استعمال القوة

يحظر ميثاق الأمم المتحدة في المادة ٢٠٤٠ على الدول الأعضاء استعمال القوة أو التهديد باستعمالها ضد الدول الأخرى، مستثنيا من ذلك حالتين: الأولى هي حالة الدفاع عن النفس بمقتضى المادة ٢٥، والثانية هي التدابير العسكرية التي يأذن بها مجلس الأمن بموجب الفصل السابع ردا على أي تهديد للسلم أو الإخلال به أو وقوع العدوان.

وخلال السنوات التالية لإنشاء الأمم المتحدة تم انتهاك هذه القاعدة مئات المرات واستخدام القوة العسكرية، وكان مجلس الأمن مشلولا حيث لم يتخذ إلا عددا قليلا من القرارات بموجب الفصل السابع في وقت لم توفر المادة ٥ غطاء يحظى بالموثوقية إلا في القليل النادر، غير أن هناك ثلاث مسائل أساسية شديدة الصعوبة تنشأ واقعا عند السعي إلى تطبيق اللغة الصريحة للميثاق بشأن استعمال القوة، هي: ادعاء دولة لنفسها الحق في توجيه ضربات وقائية دفاعية عن النفس ردا على تهديد ليس وشيكا، عندما يبدو أن دولة تشكل تهديدا خارجيا فعليا أو محتملا لدول أخرى أو لسكان خارج حدودها، ويكون هناك خلاف في مجلس الأمن حول كيفية التصرف حيال ذلك، عندما يكون التهديد داخليا بالأساس وموجها ضد شعب الدولة ذاته⁽²⁾.

وبالعودة إلى نص المادة ٢٠٤٠ من الميثاق نجد أنه قد تم تحريم استعمال القوة، إلا أن مفهوم القوة لم يحدد إذا ما كانت تشير للقوة المسلحة أو أي نوع آخر من القوة، ورغم ذلك فقد فسر بعض الباحثين بأن تحريم القوة الوارد في ميثاق الأمم المتحدة حُدّد مقاصده بحفظ السلم والأمن، واستخدام القوة المسلحة في

⁽¹⁾ تقرير الأمين العام للأمم المتحدة، المرجع السابق، ص ٧٢.

⁽²⁾ تقرير الأمين العام للأمم المتحدة، المرجع نفسه، ص ٧٣.

ظل مفهوم القانون الدولي لا يتم إلا في حالات الصالح الدولي العام، ولا تكون القوة قانونية إلا في حالات الدفاع الشرعي باعتبارها تمثل حقا طبيعيا تمارسه الدول فرادى وجماعات، حيث تجيز المادة ٥٠ من الميثاق استخدام دولة للقوة المسلحة للدفاع عن نفسها أو إذا وقعت ضحية عدوان مسلح.

لكن يشترط لتطبيق هذه المادة أولا أن يكون وقوع الهجوم المسلح على أحد أعضاء الأمم المتحدة، وثانيا أن يكون على قدر من الخطورة لا يمكن رده إلا بهجوم مسلح آخر، وأخيرا ضرورة إبلاغ مجلس الأمن بالتدابير المتخذة، بذلك يتضح أن أي عمل يأتي مخالفا لمبدأ عدم استخدام القوة المسلحة في العلاقات الدولية يكون باطلا، وكل أثر يترتب عليه يعتبر ملغيا ويقع على من يخالفه آثار قانونية تتعلق بنظام المسؤولية الدولية، ويشمل ذلك: إعادة الأوضاع إلى ما كانت عليه، الانسحاب الفوري من الأراضي المعتدي عليها، الالتزام بالتعويض المالي عن كل ما ترتب من أضرار والخسائر المترتبة على الأفراد التابعين لها في هذا الشأن^(١).

أما الاستعمال الوقائي للقوة في حالة الدفاع عن النفس، فإن المسألة لا تكمن فيما إذا كان من الممكن استخدام هذه الإجراءات، لأنه يمكن تخويل مجلس الأمن باعتباره المؤسسة الأولى لحماية نظام الأمن الجماعي للمجتمع الدولي في أي وقت يرى فيه أن هناك تهديدا للسلم والأمن الدوليين، ولكن المسألة تتعلق بما إذا كان ينبغي اتخاذ الإجراءات الوقائية خاصة إذا كانت هناك أدلة موثوقة عن كون التهديد محل النظر حقيقيا مع مراعاة توافر كل من القدرة والنية المحددة، وما إذا كان الرد العسكري هو الخيار الوحيد المعقول في ظل هذه الظروف^(٢).

الفرع الثاني: مشروعية استخدام القوة

إن فعالية نظام الأمن الجماعي يتوقف ليس على قانونية القرارات فحسب بل وعلى إدراك مشترك لمشروعيتها، أي أن تكون قائمة على أسس متينة من الأدلة وأن تكون اتخذت لأسباب صحيحة أخلاقيا وقانونيا على السواء، وعلى ذلك ينبغي لمجلس الأمن عندما يقرر الإذن باستعمال القوة أو عدمه، أن يعتمد ويتناول بشكل منهجي مجموعة من المبادئ التوجيهية المتفق عليها، متطرقا بشكل مباشر ليس إذا كان من الممكن قانونا استعمال القوة بل إلى ما إذا كان ينبغي استعمالها باعتبار أنه أمر يرضى عليه الضمير ويقره حسن الإدراك.

وينبغي لمجلس الأمن عند النظر فيما إذا كان سيأذن أو يقر باستعمال القوة العسكرية، أن يعالج على

^(١) محمد أحمد المقداد، المرجع السابق، ص ١٨ و ١٩. تقرير الأمين العام للأمم المتحدة، المرجع السابق، ص ٧٣ وما بعدها.

^(٢) تقرير الأمين العام للأمم المتحدة، المرجع السابق، ص ٧٤ و ٧٥.

الأقل معايير المشروعية الخمسة الأساسية التالية:

أ- خطورة التهديد: هل التهديد بإلحاق ضرر بأمن الدولة أو البشر من النوع وبالوضوح والخطورة الكافيتين لتبرير استعمال القوة العسكرية على أساس من اليقين الكامل؟ وفي حالة التهديدات الداخلية هل ينطوي الأمر على إبادة جماعية أو غيرها من عمليات القتل الواسعة النطاق أو تطهير عرقي أو انتهاكات جسيمة فعلية أو يخشى حدوثها قريبا جدا للقانون الدولي الإنساني الدولي؟

ب- الغرض السليم: هل من الواضح أن الغرض للعمل العسكري المقترح هو وقف أو تفادي التهديد محل النظر أيا كانت الأغراض والدوافع الأخرى؟

ج- الوسائل المتناسبة: هل يمثل نطاق العمل العسكري المقترح ومدته وقوته الحد الأدنى اللازم لمواجهة التهديد محل النظر؟

د- الملاذ الأخير: هل جرى استكشاف كل خيار غير عسكري آخر لمواجهة التهديد محل النظر؟ وهل تتوافر الأسباب المعقولة للاعتقاد بأن التدابير الأخرى لن تكفل بالنجاح؟

هـ- توازن النتائج: هل تتوافر فرصة معقولة لنجاح العمل العسكري في مواجهة التهديد محل النظر بحيث لا يكون من المرجح أن تترتب على العمل نتائج أسوء من نتائج عدم اتخاذ أي إجراء؟⁽¹⁾

المطلب الثالث: مهددات أخرى لنظام الأمن الجماعي

أثبت تقرير الأمين العام للأمم المتحدة المعنون "عالم أكثر أمنا مسؤوليتنا المشتركة" أن تهديد الأمن الجماعي يمتد إلى أخطار أخرى تمس الإنسانية ذاتها، وتجعل الدول كوحدات سياسية منفردة تسعى إلى مكافحتها بصورة جماعية ومتكافئة، وهذه التهديدات الأخرى لا تعتبر الدول وحدها المتسبب الوحيد فيها، فهي تخرج إلى فواعل أخرى لها من الخطورة والتأثير أن تنجح بالمساس في نظام الأمن الجماعي.

الفرع الأول: التسليح

لا بد من التأكيد نظريا بأن النظام الدولي يستطيع أن يعمل على مستوى عال من التسليح كما في وسعه أن يعمل على مستوى منخفض، ولكن من الناحية العملية يستطيع أن يكون النظام أكثر فاعلية في عالم منزوع

⁽¹⁾ تقرير الأمين العام للأمم المتحدة، المرجع نفسه، ص ٧٧ و ٧٨.

السلاح حيث تزداد مع نزع أو تخفيضه وتقل مع زيادة التسلح، وذلك لأن الأمن الجماعي بصفة أساسية هو محاولة لحشد قوى العالم المضادة للحرب، ولكنه يتطلب وضعا من أوضاع القوة يسمح له بأداء وظيفته بالحد الأدنى من بذل الجهد العسكري، فإذا أصبحت كل دولة ضعيفة عسكريا فلن يكون هناك جهة تبلغ من القوة الكافية حدا يمكنها من شن حرب لمواجهة المجتمع الدولي، ولا ينكر أن نجاح النظام بذلك يستطيع إلى درجة كبيرة أن يخفف من حدة التوترات السياسية ويساهم في خلق الثقة في العلاقات الدولية.

ويبدو أن قضية نزع السلاح من أجل السلام الدولي هي مسألة سياسية، إذ مهما بذلت الأمم من مساعي للتخلص من الأسلحة فإنها لن تنجح، من حيث أنه يفترض مبدئيا وجود منظمة دولية للرقابة على الأسلحة تمتلك أوسع سلطات للتفتيش، وأن تكون هناك محكمة دولية تطبق القانون على كافة الدول، وأن تكون هناك قوة دولية تنوى إتمام عملية نزع السلاح من جميع الدول.

وقد بقيت الاتفاقيات الجماعية حول ضبط التسلح قائمة لترسيخ ما جاءت به لجنة الأمم المتحدة عام ١٩٤٨ وبروتوكول جنيف من قبل عام ١٩٢٢ من تسمية السلاح الكيماوي والبكتريولوجي بأنها من أسلحة الدمار الشامل المحرم إنتاجها، وتبنت معاهدة أنتاركتكا لسنة ١٩٥٩ فكرة إخلاء القارة القطبية الجنوبية من الأسلحة النووية، وطبقها كل من اتفاق باريس لسنة ١٩٩٦ التي تحظر الأسلحة الكيميائية، ومعاهدة الحظر الشامل للتجارب الذرية لسنة ١٩٩٦، هذه المعاهدات وغيرها تؤكد جميعا على أن يكون هناك جهاز رصد دولي وأجهزة تشاور للتفتيش الموقعي والتشاور بين سلطة أمانة الوكالة الدولية للطاقة الذرية، ومحاسبة الدول التي تثير قلقا وتقديم كل منها لتقارير لهيئة الأمم المتحدة لعدم امتثالها للالتزامات الأساسية، ورغم كل هذه الاحتياطات تظهر دول تمتلك السلاح النووي كإسرائيل وفرنسا والهند وباكستان وبريطانيا والولايات المتحدة، ودول أخرى في طريقها لامتلاكه مثل كوريا الشمالية وإيران^(١).

الفرع الثاني: الإرهاب والجريمة المنظمة عبر الوطنية

إن الإرهاب يهاجم القيم التي تكمن في جوهر ميثاق الأمم المتحدة، من احترام حقوق الإنسان وسيادة القانون وقواعد الحرب التي تحمي المدنيين والتسامح بين الشعوب والدول وتسوية النزاعات بالوسائل السلمية، والإرهاب يزدهر في البيئات التي يسودها اليأس والإذلال والفقر والقمع السياسي والتطرف، كما ينتعش أيضا في أجواء الصراع الإقليمي والاحتلال الأجنبي ويستفيد من ضعف قدرة الدولة على صون القانون والنظام، ويوجد حاليا ١٩٦ معاهدة عالمية تم إبرامها ما بين سنتي ١٩٦٣ و١٩٨٧ تتصل بموضوع الإرهاب

(١) محمد أحمد المقداد، المرجع السابق، ص ٢٢. تقرير الأمين العام للأمم المتحدة، المرجع السابق، ص ٥٠ وما بعدها.

الدولي تتعلق في مجملها بمنع ومعاقبة الأعمال الإرهابية الموجهة ضد الدول والأفراد المتمتعين بحماية دولية
وضد الطيران المدني الدولي⁽¹⁾.

أما الجريمة المنظمة عبر الوطنية فهي خطر يهدد الدول والمجتمعات ويضعف الأمن البشري والالتزام
الأساسي للدول بتوفير القانون والنظام، ومكافحتها تؤدي غرضاً مزدوجاً فهي تقلص هذا التهديد المباشر لأمن
الدول والبشر كما تشكل خطورة كبيرة على الجهود الرامية إلى اتقاء الصراعات الداخلية وحلها ومكافحة
انتشار الأسلحة ومنع الإرهاب⁽²⁾.

وكانت ردود فعل الدول والمنظمات الدولية على تهديد الجريمة المنظمة والفساد بطيئاً للغاية، فهناك
معوقات ثلاث في سبيل زيادة فعالية الاستجابة، هي عدم كفاية التعاون بين الدول، وضعف التنسيق بين
الوكالات الدولية، وعدم كفاية الامتثال من جانب دول كثيرة، لذا فإن الواقع يشهد بأن الجريمة المنظمة
ترتكب بشكل متزايد من خلال شبكات غير مستقرة ومن خلال هياكل تسلسلية أكثر اتصافاً بالطابع الرسمي،
وباتت الروابط بين مختلف الشبكات ملمحاً رئيسياً خلال تسعينيات القرن الماضي خاصة في ظل بطئ تبادل
المعلومات وضعف التعاون في التحقيقات الجنائية وعمليات المقاضاة من جانب الدول⁽³⁾.

الفرع الثالث: الفقر والأمراض المعدية وتدهور البيئة

منذ سنة ١٩٩٠ وحين ازداد نصيب الفرد من الدخل في البلدان النامية بمتوسط ٣٠% سنوياً ازداد معه
عدد الأشخاص الذين يعيشون في فقر في بعض المناطق بأكثر من ١٠ مليون نسمة، ففي ٥٤ بلداً على الأقل
تناقص نصيب الفرد من الدخل في غضون الفترة ذاتها، ويموت قرابة ١ مليون طفل سنوياً من الأمراض التي
يمكن الوقاية منها ويموت أكثر من نصف مليون طفل خلال مرحلتي الحمل أو الولادة، ويصحب الفقر
المتزايد زيادة في عدم الإنصاف العالمي وانعدام المساواة في الدخل في كثير من البلدان الفقيرة، ففي أجزاء
من أمريكا اللاتينية يزيد دخل خمس الأسر المعيشية الأكثر ثراءً ٣ مرة عن دخل الخمس الأفقر منها.

وعندما يضاف إلى الفقر انعدام المساواة على أساس عرقي أو إقليمي تتفاقم المشاكل التي تشعل العنف
المدني، فإذا لم يؤد إلى نشوب حرب فإنه يسفر عن زيادة العنف الذي ترتكبه العصابات في كثير من بلدان
العالم النامي، وأكثر القارات معاناة من الفقر هي إفريقيا، ففي جنوب الصحراء الكبرى تناقص العمر المتوقع

⁽¹⁾ تقرير الأمين العام للأمم المتحدة، المرجع السابق، ص ٦٠.

⁽²⁾ أحمد عبد الله أبو العلا، المرجع السابق، ص ٣١٧.

⁽³⁾ تقرير الأمين العام للأمم المتحدة، المرجع السابق، ص ٦٥ وما بعدها.

عند الولادة من ٥٠ إلى ٤٦ سنة منذ ١٩٩٠، وفي حين يموت طفل واحد من كل ١٠ طفل قبل سن الخامسة في العالم المتقدم يموت طفل من كل ١٠ أطفال في دول إفريقيا جنوب الصحراء.

وقد شهد العالم في العقود الثلاث الأخيرة ظهور أمراض معدية جديدة وعودة أمراض معدية قديمة وانتشار أمراض مقاومة لعدد متزايد من المضادات الحيوية مثل شلل الأطفال والسل والمتلازمة التنفسية الحادة وأنفلونزا الخنازير ومرض فقدان المناعة الذي يقدر عدد المصابين به في إفريقيا وحدها ٢٥ مليون نسمة وأصبح ما يربو عن ١٠ مليون طفل يتامى بسببه.

كما تشير الاتجاهات الحديثة إلى احتمال استمرار زيادة انعدام الأمن الغذائي سوءا سنويا في كثير من البلدان خاصة دول إفريقيا جنوب الصحراء، بسبب ارتفاع عدد السكان وازدياد نصيب الفرد من الاستهلاك في العالم الصناعي وزيادة الطلب على الموارد وفقدان الأراضي الصالحة للزراعة وندرة المياه وعمليات إزالة الغابات، وأمام ذلك يتوقع أن يزيد عدد سكان العالم من ٦.٣ بليون إلى ٨.٩ بليون نسمة بحلول سنة ٢٠٥٠.

وقد عزز التدهور البيئي الإمكانات التدميرية للكوارث الطبيعية وعجل بحدوثها في بعض الحالات، فالزيادة الهائلة للكوارث الرئيسية (الأعاصير، الزلازل...) التي حدثت خلال ٥٠ سنة الأخيرة تضرر منها على ما يزيد عن بليون شخص، وفاق العبء الاقتصادي الناتج عنها الأعباء الواقعة في العقود الأربعة السابقة مجتمعة، وإذا نجم عن تغيير المناخ المزيد من الفيضانات الحادة وموجات الحرارة والجفاف والعواصف فإن هذا المعدل سيتسارع^(١).

المبحث الثاني: تقييم فعالية نظام الأمن الجماعي

إن العمل على تحقيق أداء فعال لنظام الأمن الجماعي بمفهومه الواسع يبقى أحد القضايا العالمية الأكثر أهمية واستعجالا بالنظر إلى تعدد مصادر التهديد وعمقها وترابطها بشكل مخيف وواسع، وعلى الرغم من محاولة إيجاد أطر ومؤسسات وهيكل تحاول بجهد مشكوك فيه الوصول بالأمن الجماعي إلى مستوى أعلى، فإنها كثيرا ما تقع ضحية الفشل والعجز نتيجة خضوعها لمعادلات المصالح والقوة، وهو ما يثبت انهيار نموذج عصبة الأمم ثم الفشل الذي تشهده هيكل الأمم المتحدة أمام كل نزاع يرفع إليها.

فمحاولة تقييم فعالية نظام الأمن الجماعي يضعنا أمام العديد من الاختلافات ما بين تأسيسه وتنفيذه، فهو يمر في عصر القطبية الأحادية باختبارات متعددة تتعلق بازدواجية المعيار وغلبه مصالح الدول الكبرى،

^(١) المرجع نفسه، ص ٣٤ - ٣٦.

ولن تختلف كثيرا الأحكام العامة التي تصدر بشأن فعالية منظمة الأمم المتحدة عن تلك التي تصدر بشأن التنظيمات الإقليمية، من حيث أنها تخضع جميعا لنفس المتغيرات وتحكمها نفس الضوابط العالمية، على أنه يوجد نموذج مثالي قوامه الفعالية والكفاءة والإنصاف لنظام أمن الجماعي يطمح المجتمع الدولي لتحقيقه.

المطلب الأول: فعالية الأمم المتحدة في نظام الأمن الجماعي

تكررت محاولة تطبيق وتفعيل نظام الأمن الجماعي في ظل الأمم المتحدة على أساس تلافي ثغرات عصابة الأمم وممارساتها، ورغم جهود الأمم المتحدة في العمل على تحقيق ذلك إلا إن نجاحها كان متواضعا جدا ووصل حد وصفه بالعجز والفشل في الحالات الكثيرة التي كان عليه التدخل فيها بمقتضى نظام الأمن الجماعي، وحتى وإن كنا نستطيع تحديد مواطن العجز والفشل في منظومة الأمم المتحدة للأمن الجماعي فإن المطلوب هو الإسراع بإصلاحها وتعزيز ممارستها وأدائها لواجبها في حفظ السلم والأمن الدوليين.

الفرع الأول: أسباب عجز الأمم المتحدة عن ترسيخ نظام الأمن الجماعي

إن الصياغة النظرية لنظام الأمن الجماعي في الأمم المتحدة، وكما عبر عنه الميثاق جاء بوصفه نتيجة مباشرة لعملية الوفاق الذي ساد بين القوى الكبرى وخاصة بين الو م أ والاتحاد السوفيتي والمملكة المتحدة أثناء الحرب العالمية الثانية، واستندت آليات عمل هذا النظام على افتراض مفاده قابلية هذا الوفاق للاستمرار فيما بعد الحرب، ومن ثم حدث اتفاق الدول الكبرى المنتصرة على استمرار التعاون بينها من أجل تجنب قيام حرب جديدة والعمل على إرساء أسس لنظام دولي مستقر وآمن، ولكن هذا الافتراض تبدد تحديدا بعد انقسام العالم إلى معسكرين متصارعين عقب الحرب العالمية الثانية وقيام الحرب الباردة، بما أدى إلى تهاوي الأساس الذي قام عليه نظام الأمن الجماعي وفقا للتصور الوارد في الميثاق⁽¹⁾.

و رغم الصلاحيات والاختصاصات الواسعة التي منحت للأمم المتحدة، إلا أنها بقيت عاجزة عن تحقيق أهدافها الجوهرية في ترسيخ نظام الأمن الجماعي نتيجة تضارب المبادئ النظرية وآليات التطبيق⁽²⁾، وهو العجز الذي يرجع أساسا إلى الأسباب التالية:

⁽¹⁾ أحمد عبد الله أبو العلا، المرجع السابق، ص ٢٢٦.

سعد سلوم، "آفاق استراتيجية: خارطة طريق لإصلاح الأمم المتحدة"، عن موقع:

<http://www.alsabaah.com/paper.php?source=akbar&mlf=interpage&sid=11853>، تم التحميل بتاريخ:

٢٠٠٩/٠٥/٢١.

⁽²⁾ محمد أحمد المقداد، المرجع السابق، ص ٢٣.

أ- الحرب التي قام نظام الأمن الجماعي في الأصل لمواجهةها وردع أطرافها، وهي تلك الحرب التي تدخل في إطار المواصفات التقليدية القديمة، أما وقد تغيرت طبيعتها تماما بسبب التطورات التقنية المتلاحقة أصبح من غير المتصور أن يكون لنظام الأمن الجماعي الذي تطبقه الأمم المتحدة أي آثار رادعة وفعالة للتصرفات العدوانية التي تقوم بها إحدى القوى النووية، كما أن التطور في أساليب الهجوم المفاجئ جعل من المتعذر أن تتجمع الدول في نطاق تحالف عالمي عريض لمعاينة وردع عدوان مباشرة.

ب- انقسام العالم إلى كتلتين دوليتين متصارعتين في أعقاب الحرب العالمية الثانية، مما وقف حائلا دون الاتفاق على تدابير دولية مشتركة يمكن بواسطتها ردع العدوان وتصفيته، ثم إن نظام القطبية الثنائية جعل من المستحيل أن تمارس دولة ما العدوان منعزلة عن دعم أحد القطبين، بل قد يكون المعتدي ذاته أحدها، مما يجعل من غير المجدي تطبيق نظام الأمن الجماعي.

ج- إختلال المقاييس التي تطبقها الدول بشأن تعريف العدوان، وهو اختلاف ناتج عن تفاوت المعتقدات السياسية وظهور كتلتين متصارعتين، جعل التوصل إلى اتفاق دولي قاطع حول مصدر العدوان تمهيدا لإدانتته وعقابه صعبا، فالمظهر الرئيسي للعدوان قبل نشوب الحرب الباردة كان ينحصر في الغزو العسكري الذي تمارسه دولة حيال أخرى، أما اليوم فالعدوان قد يتنوع ويأخذ الكثير من المظاهر المباشرة وغير المباشرة مثل التخريب بالإعلام أو العقائد المضادة أو التحريض السياسي أو الضغط الاقتصادي وغيرها، وهي أمور تفسح المجال لاختلاف الدول حول تحديد الطبيعة العدوانية لكل واحدة من هذه التصرفات، وكذا حول نوعية الإجراءات الدولية المشتركة التي تناسب مع كل منها، لذلك لم يفلح تعريف العدوان الذي أقرته الجمعية العامة بقرارها ٣٣١ لسنة ١٩٧٧ في حسم الموضوع^(١).

د- الظروف والملايسات التي أحاطت بنشأة الأمم المتحدة وبنصوص ميثاقها لحفظ السلم والأمن الدوليين، حيث ضمن نصومه أن المنظمة لا تنتظر اندلاع النزاعات وتحولها إلى صدامات مسلحة لكي تتدخل، بل يجب أن تقوم باتخاذ كافة الإجراءات الوقائية لإزالة الأسباب التي تؤدي إلى التوتر أو الصراع الدولي، وإذا ما اندلعت النزاعات تعين على الأمم المتحدة أن تحاول إيجاد حلول لها بالطرق والوسائل السلمية، مع العلم أن من صلاحية الأمم المتحدة قمع العدوان في كل الظروف، وهذا يعني أنها مكلفة بالتدخل لقمع وإيقاف السياسات العدوانية باستخدام كافة التدابير الفعالة سياسية كانت أو اقتصادية أو

^(١) محمد عزيز شكري، "الأمن الجماعي"، عن موقع:

http://www.arabency.com/index.php?module=pnEncyclopedia&func=display_term&id=507 ، تم

التحميل بتاريخ: ٢٠٠٩/٠٥/٢١.

عسكرية ومنح المنظمات الإقليمية دورا هاما في تسويتها حسب مقتضى المادة ٣٣ من الميثاق^(١).

هـ- ظهور مفهوم توازن القوى وقيام تحالفات عسكرية دولية ثنائية وجماعية خلال الحرب الباردة، والذي اتصف إلى حد ما بالاستقرار بسبب عدم حدوث صدام مباشر بين الوم أ والاتحاد السوفيتي آنذاك، وتمكن كل منهما من السيطرة على بعض الأزمات مثل حرب السويس ١٩٥٦ وحرب أكتوبر ١٩٧٣، وطالما تم تجنب التصعيد وفرض التسوية السلمية على الأطراف المتصارعة على الرغم من العديد من الصعوبات التي ظهرت لتواجه تماسك كل معسكر منهما، كما حدث للمعسكر الغربي بخروج فرنسا من القيادة العسكرية لحلف الناتو، وضعف علاقة الاتحاد السوفيتي مع يوغسلافيا والانقسام مع الصين وخروج ألبانيا عن مركز موسكو، ولكن هناك من يصف نظام توازن القوى آنذاك بعدم الاستقرار بسبب نزعة الدول الكبرى إلى التوسع بواسطة توليد ضغوط مضادة وزيادة العدوانية، وبالتالي فإن نظام ثنائية القطبية لم يكن ليسهم في تنشيط الأمن الدولي بسبب رغبة كل واحدة منهما في السيادة العالمية^(٢).

و- عدم استكمال آليات نظام الأمن الجماعي نفسه كما وردت في ميثاق الأمم المتحدة^(٣)، حيث استحال إبرام الاتفاقيات وعمل الترتيبات المنصوص عليها في المادة ٤٣ بشأن تشكيل جيش دولي، وبذلك حرمت الأمم المتحدة من وجود أداة عسكرية تمكنها من منع العدوان أو ردعه، وتم تجميد عمل لجنة الأركان المنصوص عليها في المادة ٤٧ من الميثاق، وكانت هذه اللجنة قد تشكلت بالفعل ثم قام مجلس الأمن بتكليفها في ١٩٤٦ بدراسة الأبعاد العسكرية للمادة ٤٣ وكيفية وضع الترتيبات المنصوص عليها موضع التنفيذ، وتمكنت اللجنة من صياغة المبادئ الأساسية التي يجب أن تحكم تنظيم قوات الأمم المتحدة المسلحة المطلوب تشكيلها، في تقرير أرسلته لمجلس الأمن سنة ١٩٤٤، لكن بداية الحرب الباردة أثر على عمل اللجنة التي أشارت في تقريرها لمجلس الأمن سنة ١٩٤٤ إلى عجزها ليس فقط على استكمال ترتيبات المادة ٤٣ بل والتوصل إلى اتفاق بين أعضائها للقيام بالأعمال والمهام المستقبلية^(٤).

ز- عجز الأمم المتحدة عن معالجة الكثير من الأزمات بسبب استخدام حق الفيتو في مجلس الأمن، فقد بدا أن دور مجلس الأمن في حفظ السلم والأمن الدوليين بدأ في التراجع بالنظر إلى خطورة الانقسامات التي شهدتها، فمنذ نشأة المنظمة راح حوالي ٢٠ مليون شخص ضحية ما يزيد عن ١٠ نزاع كبير شهده العالم

(١) محمد أحمد المقداد، المرجع السابق، ص ٢٣.

(٢) المرجع نفسه، ص ٢٣ و ٢٤.

(٣) حسن نافعة، المرجع السابق، ص ٠٣.

(٤) أحمد عبد الله أبو العلا، المرجع السابق، ص ٢٢٧.

لم تتدخل فيه الأمم المتحدة نتيجة استخدام حق الاعتراض^{٢٧٩} مرة في مجلس الأمن حسب إحصاء أمينها العام السابق بطرس بطرس غالي في كتابه خطة السلام سنة ١٩٩٩، وقد أدى التعسف في استعماله إلى استحالة الحصول على الإجماع اللازم للقيام بعمل جماعي ضد المعتدي سواء كان من الدول الكبرى أو الصغرى.

من آثار هذا العجز نجد ما يلي: استخدام التدابير الجماعية لا يمكن أن يتحقق إلا ضد الدول الصغرى، الدول الصغرى متى وافقت سياستها الخارجية سياسة أحد الدول الكبرى كان لها مخالفة أحكام الميثاق والتهرب من تطبيقها، تزايد اللجوء إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة في سبيل اتخاذ توصيات لحفظ الأمن والسلم الدوليين لا سيما بعد صدور قرار إنشاء الاتحاد من أجل السلام الذي ترتب عليه توسع اختصاصات الجمعية العامة في مجال حفظ السلم والأمن الدوليين وكسبت بمقتضاه سلطات كانت مقصورة على مجلس الأمن فقط، وأخيرا تزايد اللجوء إلى المنظمات الإقليمية حسب نص المادة ٣٣ من الميثاق من أجل حل المنازعات التي تهدد الأمن والسلم الدوليين لا سيما إذا كانت إجراءات التسوية السلمية التي يمكن إعمالها يمكن أن تنظم بشكل أفضل على الصعيد الإقليمي^(١).

وأمام هذا العجز وأسبابه - التي لن تبرر عدم أداء المنظمة لمهامها- هناك خوف من أن تتقدم نظرية الأمن الجماعي لدى الأمم المتحدة لتصبح ما أسماه داغ همرشولد الأمين العام السابق للأمم المتحدة نظرية دبلوماسية الردع التي تتلخص في مجرد إيقاف القتال بين المتحاربين ووضع قوات دولية بينهما على أنها منطقة عازلة يعد تجاوزها تجاوزا أدبيا للمجتمع الدولي حتى يحل النزاع سلميا، وهذا ما تم حين وضعت قوات الطوارئ الدولية بين مصر وإسرائيل إثر العدوان الثلاثي سنة ١٩٥٥، ووضع خطوط وقف إطلاق النار بين سوريا وإسرائيل^(٢).

الفرع الثاني: دور إصلاح الأمم المتحدة في تعزيز نظام الأمن الجماعي

كان القصد من وراء إنشاء الأمم المتحدة توفير نظام للأمن الجماعي قابل للتطبيق، فقد زود الميثاق أقوى الدول بعضوية دائمة في مجلس الأمن وبحق النقض، وفي المقابل كان يتوقع منها استعمال قوتها للصالح العام وتعزيز القانون الدولي والامتثال له، ولدى تناول مسألة إصلاح الأمم المتحدة في مواجهة دوره الأصيل بتعزيز

^(١) سعد سلوم، المرجع السابق.

^(٢) محمد عزيز شكري، المرجع السابق.

أوليفيه كورتين، "العوائق أمام حلم الأمن الجماعي"، عن موقع: http://www.mondiploar.com/zip.php3?id_article=254، تم التحميل في: ٢١/٠٥/٢٠٠٩.

الأمن الجماعي فإن من الأمور التي تساوي أهميتها اليوم أهميتها سنة ١٩٤٤ هي أن تقترن القوة بالمبادئ، فالتوصيات التي تتجاهل واقع القوة سيكون محكوما عليها بالفشل أو انعدام الصلة بالمشاكل أما التوصيات التي تعكس التوزيع غير العادل للقوة ولا تبذل أي جهد لدعم المبادئ الدولية، فمن غير المرجح أن تحظى بالتمسك بها على نطاق واسع وهو أمر لازم لإحداث تحول في السلوك الدولي^(١).

وعلى ذلك تتحدد العناصر الأولية التي تتطلب إصلاح الأمم المتحدة فيها، والتي من خلال يتحقق تعزيز نظام الأمن الجماعي في التالي:

- أن يعمل مجلس الأمن وفقا لمقاصد ومبادئ الميثاق التي تشكل حدودا لسلطاته لا وفقا لمقاصد وغايات خاصة، وبما يضمن عدم التعسف في استخدام هذه السلطات، وأن يلتزم المجلس بنصوص المواد من ٤٣ إلى ٤٧ منه، التي ينبغي العمل على إحيائها بدلا من تفسير سواها على نحو لا يتفق مع معناها، وهو ما وضع في خدمة أغراض خاصة لا تتفق مع أغراضها الأصلية.

- مناهضة سياسة الهيمنة المضادة تماما لروح نظام الأمن الجماعي، والتي يعبر عنها باللجوء إلى القوة أو التهديد باستعمالها والسيطرة والتدخل الأجنبي التي تستهدف تغيير حرية الدول في اختيار نظامها السياسي ومتابعة تنميتها الاقتصادية والاجتماعية والثقافية دون تخويف أو معارضة أو ضغط، ذلك أن سياسة الهيمنة سواء أكانت عالمية أم إقليمية فهي بجميع أشكالها تقود إلى التهديد الخطير للسلم والأمن الدوليين، ولا بد أن يتم احترام مبادئ ميثاق الأمم المتحدة من قبل جميع الدول، ولإقامة نظام جديد للعلاقات الدولية قائم على المساهمة المتساوية لجميع الدول في حل المشاكل العالمية وضمان الاستقرار والأمن والسلم الدوليين^(٢).

- ضرورة وضع ترتيبات مؤسسية جديدة لمواجهة التهديدات الاقتصادية والاجتماعية التي يتعرض لها الأمن الدولي^(٣).

- ضرورة بلورة معالم نظام للأمن الجماعي يتحقق فيه ما يلي: ألا يكون هدفه هو مجرد تسوية النزاعات السياسية بين الدول أو قمع العدوان، وإنما المعالجة الشاملة لجذور الأزمات الدولية، أن يكون نظام الأمن الجماعي جزءا لا يتجزأ من عملية إعادة تنظيم المجتمع الدولي على أساس شامل، بحيث يتضمن

^(١) تقرير الأمين العام للأمم المتحدة، المرجع السابق، ص ٨٧.

^(٢) سعد سلوم، المرجع السابق.

^(٣) تقرير الأمين العام للأمم المتحدة، المرجع السابق، ص ٨٨.

هذا التنظيم سلطات تشريعية وقائية مستقلة يتحقق فيما بينها التوازن المطلوب والرقابة المتبادلة، أن يكون بلورة نظام الأمن الجماعي في سياق إصلاح النظام الدولي، الذي لا يحتاج إلى وسائل مبتكرة في معالجة قضايا السلم والأمن الدوليين بقدر ما يحتاج إلى رباط مشترك، ينظم مجتمعنا مترابطا في ظل سلطة مشتركة ومفهوم واحد للعدل، وهو ما يعزز في النهاية من نظام الأمم المتحدة⁽¹⁾.

المطلب الثاني: فعالية التنظيمات الإقليمية في نظام الأمن الجماعي

تتحدد علاقة التنظيمات الإقليمية بالأمم المتحدة في مجالين أساسيين، أولهما التسوية السلمية للمنازعات وثانيها ممارسة الإجراءات القمعية أو الإكراهية، والواضح أن كلا المجالين يستهدف في النتيجة حماية النظام الدولي والحفاظ على السلم والأمن الدوليين، ولقد تأثرت هذه التنظيمات الإقليمية - بحكم علاقتها- بالأمم المتحدة من حيث محاكاتها لأشكال العمل الدولي لتحقيق السلم والأمن الدوليين أو في أدائها لعمليات حفظ السلام⁽²⁾، وعليه نتناول في الفرعين التاليين صور العمل الإقليمي الذي تقوم به هذه التنظيمات في حفظ السلم والأمن الدوليين وكذا دور المنظمات الإقليمية على الخصوص في عمليات حفظ السلام.

الفرع الأول: صور العمل الإقليمي لحفظ السلم والأمن الدوليين

تتنوع صور العمل الإقليمي في مجال حفظ السلم والأمن الدوليين كما تتنوع دوافعه، فقد تكون نتيجة عدم فاعلية الأمم المتحدة وعجزها عن مواجهة واحدة من المشاكل الإقليمية أو نتيجة لخلافات تقوم بين الدول الأعضاء في التنظيم الإقليمي أو نتيجة خلاف بين إحدى الدول الأعضاء فيه ودولة ليست عضوا، وعلى ذلك يؤدي التنظيم الإقليمي ثلاث أدوار بالنسبة للأمم المتحدة هي كالتالي:

أ- الدور البديل، حين تدرك الدول الأعضاء في التنظيم الإقليمي أن الأمم المتحدة لن تتوصل إلى النتائج التي ترغب فيها بصدد نزاع معين، فهي تسعى للحصول على مبرر شرعي يتيح لها العمل خارج نطاق الأمم المتحدة وإشرافها، ويتم ذلك عبر أحد احتمالين:

١. حين يكون العمل الإقليمي تحت إشراف الأمم المتحدة. ولكن التنظيم الإقليمي يعمل جاهدا على تقديم الحلول التي تتفق مع رغباته أو رغبات إحدى الدول المسيطرة عليه، مثال ذلك قيام حلف شمال

⁽¹⁾ سعد سلوم، المرجع السابق.

⁽²⁾ بوزنادة معمر، المنظمات الإقليمية ونظام الأمن الجماعي، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٠، ص ٧١.

الأطلسي بعمليات عسكرية في الأزمة الكورية بقيادة الو م أ وتحت إشراف الأمم المتحدة.
٢. حين يكون المبرر للعمل الإقليمي قضايا الأمن والدفاع، خاصة حين يكون هناك مساس بالمصالح
الأمنية لواحدة من الدول الكبرى في التنظيم الإقليمي ولا تريد عرضه على الأمم المتحدة حتى لا يواجه
بالاعتراض عليه داخل مجلس الأمن، مثال ذلك الحصار الذي فرضته الو م أ على كوبا، وتدخل قوات
حلف وارسو تحت قيادة الاتحاد السوفيتي سابقا لحل الأزمة في تشيكوسلوفاكيا سنة ١٩٦١^(١).

ب- الدور المنافس، ويكون العمل الإقليمي في هذه الحالة أكثر اعتدالا حين تعمل إحدى الدول المسيطرة
في التنظيم الإقليمي على أن تحظى بتأييد مجموعة واسعة من الدول للعمل معها في إطار المنظمة من أجل
حل نزاع ما في إطار هذه المجموعة، مثال ذلك ما قامت به الو م أ من تدخل عسكري بقيادتها وباسم منظمة
الدول الأمريكية لحل النزاع في غواتيمالا سنة ١٩٥٥ والدومينيكان سنة ١٩٦٤.

ج- الدور المكمل، ويعتبر هذا الدور أساسا للهدف من قيام تنظيمات إقليمية إلى جانب الأمم المتحدة،
فالعمل الإقليمي في هذا المجال وإن كان يؤدي ما يفترض بالأمم المتحدة القيام به إلا انه يتم بالتنسيق مهما
وتحت إشرافها، مثال ذلك تدخل جامعة الدول العربية في الحرب الأهلية في لبنان ١٩٥٠ وتدخلها لدعم
استقلال الكويت ضد تهديدات العراق بضم أراضيها إليه سنة ١٩٦٤.

إضافة إلى الأدوار السابقة التي تؤديها المنظمات الإقليمية، توجد حالات تُفضل فيها الأمم المتحدة عدم
التدخل في نزاع إقليمي لبعض الاعتبارات على أن يتولى التنظيم الإقليمي حله، مثال ذلك النزاع الحدودي بين
الصومال وإثيوبيا حين تقدمت الصومال بشكوى لمجلس الأمن إلا أن الأمين العام وبتأييد من المجموعة
الإفريقية طلب من منظمة الوحدة الإفريقية آنذاك معالجته، وفي بعض الحالات يعرض النزاع ابتداء على
المنظمة الإقليمية ولا تعترض الأمم المتحدة على ذلك، ويلاحظ ميلا من مجلس الأمن لتأييد العمل الإقليمي في
مثل هذه الحالات فهو وإن كان يحتفظ بالنزاعات الإقليمية في جدول أعماله، إلا أنه يتيح الفرصة للمنظمة
الإقليمية للقيام بدورها في حل هذه النزاعات بما يسهم في زيادة الترابط بين عمل المنظمات الإقليمية
ومنظمة الأمم المتحدة في مجال حفظ السلام^(٢).

الفرع الثاني: دور المنظمات الإقليمية في عمليات حفظ السلام

ارتبطت عمليات حفظ السلام بالهدف الأساسي من إنشاء الأمم المتحدة والتي أوكل ميثاقها لمجلس الأمن

^(١) المرجع نفسه، ص ٧١ و ٧٢.

^(٢) بوزنادة معمر، المرجع نفسه، ص ٧٣ و ٧٤.

المسؤولية الأساسية في كل ما يتعلق بحفظ الأمن والسلم الدوليين، ولكن الدول الكبرى لم تستطع في بداية إنشاء الأمم المتحدة الاتفاق على التدابير الأساسية لإنشاء قوة عسكرية فعالة يستطيع مجلس الأمن استخدامها عندما تتعرض إحدى الدول لعدوان خارجي، ومع ذلك لم يستطع مجلس الأمن القيام بدور إيجابي في تطبيق الأمن الجماعي وازداد الأمر تعقيدا بإساءة استخدام حق الفيتو من قبل الدول الكبرى، وعلى ذلك اقتصر عمليات حفظ السلام في السنوات الأولى من عمر الأمم المتحدة على إرسال بعثات المراقبين العسكريين إلى بعض مناطق التوتر والصراع في العالم.

وبتبيين قصور هذه الإجراءات وعدم كفايتها في مواجهة التهديدات المتزايدة للأمن الدولي والتي وصلت ذروتها مع قيام الحرب الكورية سنة 1950، اتفقت الدول الأعضاء على ضرورة تمكين الجمعية العامة من التصدي للحالات التي تشتمل على تهديد الأمن والسلم الدوليين في حال فشل مجلس الأمن في اتخاذ الإجراءات الضرورية لأي سبب كان، لذلك صدر قرار بإنشاء الاتحاد من أجل السلام لإعطاء دور للجمعية العامة في عمليات حفظ السلام، بأن يوضع تحت تصرفها قوات عسكرية تتكون من أجزاء من القوات العسكرية للدول الأعضاء والتي تكون جاهزة للاستخدام عند الضرورة⁽¹⁾، وقد تم استخدام هذه القوات سنة 1950 عند العدوان الثلاثي على مصر وفي أزمة الكونغو سنة 1960 وفي قبرص سنة 1960.

وأدى تطور دور الأمم المتحدة في مجال حفظ السلم والأمن الدوليين من الإجراءات الإكراهية والقمعية المنصوص عليها في الفصل السابع إلى عمليات لحفظ السلام تتوسط بطبيعتها بين أعمال القمع و تدابير الحل السلمي للمنازعات الإدارية، وقامت المنظمات الإقليمية ببعض مهام حفظ السلام حسب الظروف والمواقف التي تتطلب ذلك، وهي تتشابه في قواعدها مع تلك التي لدى الأمم المتحدة، فكلاهما يتحدد من خلال الاتفاقيات التي تعقد بين الدول المعنية والمنظمة، إلا أنها تختلف من ناحية تشكيل القوات، فهي في المجال الإقليمي تقتصر على مجموعة من الدول الأعضاء⁽²⁾.

وقد تم القيام ببعض عمليات حفظ السلام من طرف عدد من المنظمات الإقليمية خاصة منها جامعة الدول العربية التي عرفت تجربة استخدام القوات العربية المشتركة لحفظ السلام الأولى سنة 1960 بمناسبة النزاع العراقي الكويتي والثانية في الأزمة اللبنانية سنة 1967، ومنظمة الدول الأمريكية، حيث أقدمت الوم أ على التدخل عسكريا بقواتها تحت غطاء هذه المنظمة في الدومينيكان سنة 1967، وفي إطار منظمة الاتحاد الإفريقي برزت فكرة إنشاء قوات مسلحة لحفظ السلام بمناسبة النزاع الداخلي في تنجانيقا سنة 1967،

⁽¹⁾ المرجع نفسه، ص 74 و 75.

⁽²⁾ المرجع نفسه، ص 76.

وتشكيل قوات إفريقية مسلحة لحفظ السلام ومواجهة أحداث تشاد^{١٩٨}، كما ساعدت على تسوية النزاع بين مالي وبوركينا فاسو سنة ١٩٨^(١).

خاتمة:

إن ما يرتبط بتحقيق الأمن الجماعي هو قناعة المجموعة الدولية وعناصرها بمكونات النظام والأسس التي يقوم عليها، وواجبات الأعضاء بالالتزام بها دون ترك المجال لممارسة أفعال تنطلق من تفسيرات فردية أو إخضاع الأمن الجماعي لخدمة مصالح شخصية للدول، كما أن الارتقاء بنظام الأمن الجماعي يستدعي الاستناد إلى نظرية أمن جماعي تعترف بأن التهديدات لا تتقيد بالحدود الوطنية، لكونها مترابطة فيجب التصدي لها على الصعيد الوطني والإقليمي والعالمي، وعلى الدول الاقتناع بأنها مهما كانت قوية فلا يمكن أن تحصن نفسها من التهديدات المعاصرة، مكثفة ببذل جهود منفردة، خاصة أنه لا يمكن افتراض قدرة كل دولة على الوفاء بالتزاماتها ومسؤولياتها في حماية شعبيها وعدم إلحاق الضرر بغيرها من الدول.

وإن كان نظام الأمن الجماعي يحتاج إلى إصلاح، فإن العناصر الأساسية للبداية تتمثل في:

- ١- ضرورة إعادة النظر في ميثاق الأمم المتحدة وتكييفه مع المتغيرات السياسية والاقتصادية الحالية؛
- ٢- إعادة النظر بصورة جدية في تركيبة مجلس الأمن ونظام التصويت وضبطهما بما يتوافق وخدمة نظام الأمن الجماعي؛
- ٣- دعم الجهود الدولية للحد من التسليح ونزع السلاح وتشجيع الاستخدام السلمي للطاقة النووية وتوجيه موارد العالم لخدمة البشرية؛
- ٤- الإقرار بربط نظام الأمن الجماعي ومفهوم السلام بالتعاون الدولي في المجال الاقتصادي، خاصة بعد بروز الفقر كأحد مهدداته.

المصادر والمراجع:

١. تقرير الأمين العام للأمم المتحدة، "عالم أكثر أمنا مسؤوليتنا المشتركة"، الجمعية العامة للأمم المتحدة، رقم الوثيقة: (A/59/565)، بتاريخ ٢٠٠٤/١٢/٠٢.
٢. بوزنادة معمر، المنظمات الإقليمية ونظام الأمن الجماعي، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية،

^(١) المرجع نفسه، ص ٨٠ وما بعدها.

.٢٠٠٠

٣. أحمد عبد الله أبو العلاء، تطور دور مجلس الأمن في حفظ السلم والأمن الدوليين، (بدون مدينة النشر): دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٨.
٤. سليمان عبد الله الحربي، " مفهوم الأمن: مستوياته وصيغته وتهديداته"، المجلة العربية للعلوم السياسية، عدد ١٩، ٢٠٠٨، إتحداد كتاب العرب، سوريا.
٥. حسن نافعة، "تأملات في طبيعة الأزمة الراهنة للأمن الجماعي"، مؤتمر ولتون بارك حول الأمن المشترك وبناء الثقة، المعهد السويدي بالإسكندرية، أبريل ٢٠٠٥.
٦. سعد سلوم، "آفاق استراتيجية: خارطة طريق لإصلاح الأمم المتحدة"، عن موقع: <http://www.alsabaah.com/paper.php?source=akbar&mlf=interpage&sid=11853> ، تم التحميل بتاريخ: ٢٠٠٩/٠٥/٢١.
٧. أوليفيه كورتين، "العوائق أمام حلم الأمن الجماعي"، عن موقع: http://www.mondiploar.com/zip.php3?id_article=254 ، تم التحميل في: ٢٠٠٩/٠٥/٢١.
٨. محمد أحمد المقداد، "واقع الأمن الجماعي في ظل سياسات التدخل الدولي"، عن موقع، http://web2.aabu.edu.jo:8080/tool/course_file/601100.doc ، تم التحميل بتاريخ: ٢٠٠٩/٠٣/٣١.
٩. محمد خليل الموسى، "التدخل الإنساني ومشروعية اللجوء إلى القوة"، عن موقع: www.arablawninfo.com
١٠. محمد عزيز شكري، "الأمن الجماعي"، عن موقع: http://www.arabency.com/index.php?module=pnEncyclopedia&func=display_term&id=507 ، تم التحميل بتاريخ: ٢٠٠٩/٠٥/٢١.

العدالة الانتقالية في اليمن: بين المفهوم وتحديات التطبيق

أ.كزیز صباح و أ. نجاة مدوخ / جامعة محمد خيضر بسكرة

ملخص:

تنبع أهمية العدالة الانتقالية في كونها الجسر الذي تنتقل من خلاله المجتمعات التي تمر بأزمات وصراعات وحروب واضطرابات سياسية تتخللها انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان، فتنتقلها من حالة من الاضطراب والفوضى إلى الأمن والاستقرار. إذ تكشف الأوضاع التي شهدتها اليمن بعد حراك فيفري ٢٠١١، عن حالة عدم توافق بين القوى السياسية والاجتماعية حول الأدوار التي يجب أن تضطلع بها الأطراف المساهمة في التغيير، وفي ظل هذه التجاذبات تشابكت وتداخلت الأحداث بشكل استوجب اتخاذ خطوة مهمة نحو ضرورة بناء مرحلة ما بعد الحراك و تحقيق مصالحة وطنية و حوار وطني شامل وبذلك كانت العدالة الانتقالية الضمانة الأساسية لتحقيق هذه الخطوة، ما استدعى الوقوف على أبرز العقبات والتحديات التي تواجه تجربة العدالة الانتقالية في اليمن، وكذا الفرص الممكنة لتطبيقها على أرض الواقع ذلك من خلال تقديم بعض المقترحات لتعزيز وترسيخ هذه التجربة.

الكلمات المفتاحية: العدالة الانتقالية، اليمن، المصالحة الوطنية، الحراك العربي.

مقدمة:

بعد سلسلة الحراك الذي شهدته دول المنطقة العربية ضد النظم المستبدة، كان من البديهي أن يفضي هذا الحراك إلى مرحلة تستدعي جهود حثيثة لبناء الدولة الديمقراطية، وتعد الحالة اليمنية من أهم الحالات العربية التي تستوجب قدر أكبر من الاهتمام والتركيز، ولعل أبرز مسوغات ذلك أن المجتمع اليمني عانى من سيطرة القيم والتقاليد القبلية والطائفية التي وقفت بالضد من بلورة وإرساء دولة ذات مقومات سياسية ووظيفية وبنوية، فضلا عن وجود نظام سلطوي استمر لأكثر من ثلاثين عام، وممارسته لسياسات تسلطية أسهمت في تركيز السلطة بيد النظام، وعملت على تغييب الديمقراطية، ونتيجة لذلك

أخذت التظاهرات والاحتجاجات الشعبية تنطلق في أرجاء اليمن لتطالب بالحد من الفقر والبطالة وتحقيق الإصلاح السياسي عبر إجهاض سيناريو التوريث، وسرعان ما واجه الرئيس علي عبد الله صالح احتجاجات شديدة من قبل قوى معارضة أساسية في اليمن، ليحتدم الصراع بعد ذلك على السلطة بين الرئيس عبد ربه منصور هادي، وبين الحوثيين الذين سيطروا على العاصمة صنعاء، وشكلوا سلطة موازية بعد الإعلان الدستوري الذي أصدره في فبراير 2015.

من هذا المنطلق تثار إشكالية تطبيق العدالة الانتقالية وبناء الدولة الديمقراطية في اليمن في ظل الصراعات السياسية و الطائفية والنزعات الانفصالية وغيرها من التحديات والأزمات التي تمر بها اليمن منذ عام ٢٠١١ إلى غاية الوقت الراهن، حيث مازالت التساؤلات مطروحة بخصوص فرص ومتطلبات تحقيق العدالة الانتقالية في اليمن بعد الكم الكبير من الضحايا والدمار والانتهاكات داخل الدولة.

وعلى هذا الأساس تتحد إشكالية موضوع البحث في: كيف يمكن لليمن تطبيق العدالة الانتقالية في ظل التحديات الراهنة؟

تتفرع عن هذه الإشكالية التساؤلات الفرعية التالية:

- ١ - ما هو تصور ومفهوم اليمن للعدالة الانتقالية من خلال مشروعها القانوني ؟
- ٢ - ماهي التحديات التي تواجه تطبيق العدالة الانتقالية في اليمن؟
- ٣ - ماهي متطلبات تحقيق العدالة الانتقالية في اليمن؟

تنطلق الدراسة من فرضية أساسية مفادها:

تحدد فرص نجاح اليمن في تطبيق إجراءات العدالة الانتقالية بمدى قدرتها على مواجهة التحديات الراهنة وتسوية الصراعات السياسية والطائفية الداخلية.

في محاولة للإجابة على الإشكالية والتأكد من صحة الفرضية تم معالجة الموضوع وفقا للمحاور التالية:

المحور الأول: العدالة الانتقالية- دراسة مفاهيمية-

المحور الثاني: العدالة الانتقالية في مشروع القانون اليمني.

المحور الثالث: تحديات تطبيق العدالة الانتقالية في اليمن.

المحور الرابع: فرص تحقيق العدالة الانتقالية في اليمن.

المحور الأول: العدالة الانتقالية- دراسة مفاهيمية-

أولا/ تعريف العدالة الانتقالية

يستخدم مصطلح العدالة الانتقالية لوصف الخيارات السياسية التي تتبناها الدول خلال مرورها بفترة حكم انتقالية، لمواجهة انتهاكات حقوق الإنسان التي ترتكها الحكومات السابقة، وللتعرف على الضحايا وتعزيز إمكانيات تحقيق السلام والمصالحة والديمقراطية، وسيادة القانون.¹ يشمل مفهوم العدالة الانتقالية الذي تناوله تقرير الأمين العام للأمم المتحدة، كامل نطاق العمليات والآليات المرتبطة بالمحاولات التي يبذلها المجتمع لتفهم تركته من تجاوزات الماضي الواسعة النطاق بغية كفالة المساءلة وإقامة العدالة وتحقيق المصالحة.²

وينتج عنها انتقال سلس للحكم، ووضع تسوية واتفاقات لا تجتث رموز النظام السابق، ولا تهمل وضع المتضررين والمجني عليهم الذين وقعوا ضحايا ذلك النظام، التي تهدف بشكل أساسي إلى تحقيق المصالحة الوطنية ونقل المجتمع من مرحلة الصراع إلى مرحلة المصالحة الاجتماعية والسلم الاجتماعي. وللعادلة الانتقالية شقان جزائي وتصالحي، على أساس معرفة الحقائق والتعويض المادي والمعنوي للضحايا وجبر الضرر، وتحديد المسؤولين عن انتهاكات حقوق الإنسان عن طريق الاعتراف والاعتذار العلني، ووضع الضمانات الدستورية والقانونية لعدم تكرار تلك الانتهاكات.³

كما يمكن تعريف العدالة الانتقالية على أنها عملية المصالحة التي يسعى المجتمع المتحول إلى تحقيقها من خلال إعادة تكييف العدالة وإقامة دولة القانون بالشكل الذي يعترف بانتهاكات حقوق الإنسان المرتبطة بالنظم السابقة ومحاسبة المتورطين فيها. وقد ارتبط المفهوم بهذا المعنى بفكرتين أو شرطين:⁴

- أن يكون المجتمع والدولة في إطار انتقال سواء من نزاع مسلح أو صراع إلى سلم، أو من حكم تسلطي لحكم ديمقراطي أو من الاستعمار للتحرر.

site : ¹ WHAT IS TRANSITIONAL JUSTICE?, on

<http://www.a4id.org/sites/default/files/What%20is%20transitional%20justice.pdf>

² أحمد شوقي بنوب، "العدالة الانتقالية المفهوم والنشأة والتجارب"، المستقبل العربي، العدد ٤١٣، مركز دراسات الوحدة العربية، جويلية ٢٠١٣،

ص ١٢٩

³ الدولة العميقة في اليمن: النشأة والمستقبل، مركز صناعة الفكر للدراسات و الأبحاث، بيروت، (د.س.ن)، ص ٣

⁴ خالد النصر السيد، نيفين محمد توفيق، العدالة الانتقالية، وحدة الدراسات والبحوث البرلمانية والأكاديمية، القاهرة، نوفمبر ٢٠١٢، ص ٦.

- أن يكون هناك انتهاكات حقوقية قامت بها النظم فيما قبل التحول، تلك الانتهاكات التي تركت أثارا نفسية ومادية على المجتمع، مما يستدعي تدخلا وتمهيدا بإزالة آثار هذه الانتهاكات ومعاينة المتهمين لتثبيت مفهوم دولة القانون من ناحية وردع من يريد أن يقوم بمثل هذه المخالفات في المستقبل، فيصبح بناء الديمقراطية أيسر في مجتمع يحترم مواطنيه وحقوقهم الأساسية ويفصل بينهم بالقانون، مما ينعكس على حالة الديمقراطية ايجابيا لأنها تصبح قائمة على احترام الإنسان والقانون على حد سواء.

ثانيا/ سمات العدالة الانتقالية:

تتسم العدالة الانتقالية بما يلي:¹

التردد: فتحقيقها يحتاج لتنفيذها بشكل مرحلي وتدرجي فلا يمكن تغيير أيا من القنوات المترسخة في الدولة دفعة واحدة و إذا تم الاندفاع نحو التغيير دون التدرج فقد يؤدي لنتائج عكسية.

الامتداد الزمني: حيث أن تصحيح مسار العدالة الانتقالية يتطلب إجراءات معقدة متشعبة في مؤسسات وهياكل الدولة، وهذه التغييرات قد تتقاطع مع عوامل مستقرة في جذور الدولة كالفساد وثقافة الشعب وقد تواجه عقبات كبيرة كما تتطلب قدر من التخطيط الجيد لرسم المسارات التي ستبناها العدالة الانتقالية لكي تحقق الهدف منها وهو المصالحة والسلام والاستقرار أي الظروف المواتمة للديمقراطية، وهو ما يتطلب أعواما كثيرة، لأن الشعوب في مراحل التحول ترفع أسقف توقعاتها وتنتظر تحقيق مطالبها وعلى رأسها العدالة الانتقالية بالسرعة التي تتناسب مع حجم الحماس المرتبط بحالة التحول.

- التعاونية والتشاركية: فبناء المجتمعات بعد عصور تردي في حروب أو استبداد أو احتلال لا يمكن بأي حال ولا يستطيع أحد المكونات الاجتماعية أو الفصائل السياسية أو التيارات أو الأحزاب أو الإيديولوجيات أن تنجز مثل هذه المهمة الثقيلة وحدها، فتحتاج لتعاون وتنوع الأفكار فيتحمل الجميع مسؤولية النتائج.

ثالثا: آليات العدالة الانتقالية:

1/ لجان الحقيقة: تتسم لجان أو هيئات الحقيقة والمصالحة بكونها هيئات وطنية رسمية محدثة بمقتضى قانون صادر في نطاق الصلاحيات القانونية لرئيس الدولة أو رئيس الحكومة أو البرلمان، أو في نطاق اتفاقيات سلام بين الأطراف المتنازعة، أو بينها من جهة وبين الأمم المتحدة من جهة أخرى، إذ كانت قد

نفس المرجع ص ٧٠.

أشرفت على تسوية النزاع. وعلى أساس ذلك، يمكن القول إن هيئات العدالة الانتقالية، هيئات غير قضائية وغير برلمانية، بمنزلة هيئات وسيطة بين الدولة والمجتمع، موكول إليها، من منظور فقه حقوق الإنسان، النظر في اختصاصين، أحدهما نوعي والآخر زمني. تنظر هيئات الحقيقة والمصالحة وتفصل في اختصاصين، أحدهما نوعي والآخر زمني، يتعلق الأول بنوعية الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان التي تتصدى لها، من خلال الكشف عنها ودراستها وتحليلها وإصدار النتائج المناسبة في شأن حالاتها، أما الاختصاص الزمني، فالمقصود به الحقبة التاريخية التي تشتغل عليها وهي فترة تطول أو تقصر بحسب سياق كل بلد ونطاق الانتهاكات الحاصلة فيه¹.

٢/ جبر الضرر: إن الدول مطالبة عموماً، بأن توفر للضحايا (ضحايا الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان والانتهاكات الخطيرة للقانون الإنساني) سبل انتصاف فعالة تشمل الجبر، ولا يجوز لها التنصل من هذه الالتزامات، من خلال تفعيل تدابير العفو، وهذا الالتزام العام بتوفير سبل انتصاف فعالة مكرس صراحة في العديد من المعاهدات، ومنها المعاهدة الدولية الخاصة بالحقوق المدنية والسياسية، فهي تقضي إلى الحماية الفعالة للحقوق، و أن توفر للأفراد سبل انتصاف ميسرة وفعالة من أجل أعمال تلك الحقوق، وعلاوة على ذلك، تشير اللجنة المعنية بحقوق الإنسان أنه "دون توفير الجبر لهؤلاء الأفراد، لا تكون قد تمت تأدية الالتزام بتوفير سبل انتصاف فعال". وتشهد فترة الانتقال السياسي غالباً تفشي انتهاكات حقوق الإنسان، لذا فإن سبل جبر الضرر للضحايا قد تتخذ بعداً نوعياً مختلفاً، وفي هذه الظروف تتحمل الدول واجباً أخلاقياً وسياسياً لاتخاذ تدابير علاجية شاملة واستحداث برامج مفصلة تتيح الجبر لفئات أوسع من الضحايا المتأثرة بتلك الانتهاكات بدلاً من ترك المهمة لكل ضحية كي تسعى لإعمال حقها عن طريق القضاء².

٣/ برامج نزع السلاح وإعادة الإدماج:

لقد أكد الأمين العام للأمم المتحدة بأن "من شأن برامج العفو العام المصممة بعناية أن تسهل عودة المدنيين والمقاتلين السابقين وإعادة إدماجهم، وينبغي تشجيع هذه البرامج. ومع ذلك فقد نبه الأمين العام إلى أن هذه البرامج ينبغي ألا يسمح لها مطلقاً بالعفو عن أعمال الإبادة الجماعية وجرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية أو الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان. فلا يجوز للدول منح تدابير عفو تتناقى مع المبادئ القانونية المحددة حتى لو كان هدفها تشجيع نزع السلاح وتسريح المقاتلين وإعادة إدماجهم، كما أن الأمم المتحدة لا يمكن أن تقدر أحكام عفو عن انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان وانتهاكات خطيرة للقانون

أحمد شوقي بنوب، مرجع سابق، ص ١٣١ - ١٣٢.

ادوات سيادة القانون لدول ما بعد الصراع، مفاوضات الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، نيويورك، ٢٠٠٩، ص ٣٥ - ٣٦.

الإنساني في اتفاقات السلام، فإن هذه الاتفاقات ينبغي أن تسعى لضمان أن تكون أية برامج لنزع السلاح والتسريح وإعادة الإدماج متوافقة مع المعايير الدولية وأفضل الممارسات في هذا المجال¹.

المحور الثاني: العدالة الانتقالية في مشروع القانون اليمني :

يمكن رصد محاولة اليمن لتطبيق العدالة الانتقالية انطلاقاً من مشروع قانون المصالحة الوطنية والعدالة الانتقالية المحال سنة ٢٠١١ من الحكومة إلى البرلمان.

أولاً/ مشروع قانون المصالحة الوطنية والعدالة الانتقالية (المرجعية والاختصاص) :

١/ المرجعية القانونية للمشروع:

- دستور الجمهورية اليمنية.
- المبادرات مجلس التعاون لدول الخليج وآليات تنفيذ العملية الانتقالية الموقعيتين في الرياض بتاريخ ٢٠١١/١١/٢٣.
- القرارات الصادرة عن مجلس الأمن ومجلس حقوق الإنسان في شأن اليمن.
- قانون رقم ٢٠١ في شأن منح الحصانة من الملاحقة القانونية والقضائية.
- قيم العفو والمصالحة المتأصلة من ضمير ووجدان الشعب اليمني².

بالتالي جاء مشروع قانون العدالة الانتقالية تماشياً مع المبادرة الخليجية وألتيها التنفيذية الموقعة في ٢٠١١/١١/٢٣، والتي كان هدفها الأساسي ضمان انتقال البلد إلى إقامة نظام سياسي توافقي جديد كحل وسط يجمع بين مطالب النظام السابق وتطلعات قوى الثورة فيفري ٢٠١١ المطالبة بالتغيير³. حيث نص البند (ح) من الفقرة (٢) من الاتفاقية على: "اتخاذ خطوات ترمي إلى تحقيق المصالحة الوطنية والعدالة الانتقالية والتدابير اللازمة لضمان عدم حدوث انتهاكات لحقوق الإنسان والقانون الإنساني مستقبلاً". وعليه فإن مشروع قانون العدالة الانتقالية والمصالحة الوطنية جاء من أجل التوافق الوطني ووضع آلية لتحقيقها

نفس المرجع.^١

أحمد شوقي بنوب، مرجع سابق، ص ١٥١.

خالد الرماح، انتقال متعثر: اليمن بين املاءات السلاح وفرص الشراكة، مركز الجزيرة للدراسات، قطر، ٢٠١٤، ص ٦.

بإنشاء هيئته تختص بالنظر في قضايا انتهاكات حقوق الإنسان، لإنهاء حالة الانقسام والصراع القائم بين كافة القوى المشاركة في الحياة السياسية في البلاد.¹

٢/ الاختصاص النوعي لقانون العدالة الانتقالية اليميني:

- التحقيق في كل الادعاءات ذات المصدقية بكل انتهاكات حقوق الإنسان التي حدثت بسبب النزاعات بين الحكومة والمعارضة أثناء الفترة من جانفي ٢٠١١ حتى تاريخ صدور هذا القانون والتصرفات التي قامت بها السلطات والمجموعات والتشكيلات المسلحة التي مارست السلطة الفعلية أثناء تلك الفترة.

- الاستماع إلى ضحايا الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان.

- التعويض وجبر الضرر لضحايا انتهاكات حقوق الإنسان التي وقعت بسبب النزاع والصراع السياسي من جانفي 2011 وحتى صدور القانون أو تلك التي حدثت منذ عام 1994 .

- ضمان علاج وإعادة تأهيل المصابين، الكشف عن حقيقة ما حدث أثناء الفترة المشمولة بأحكام هذا القانون.

- البحث عن حالات الاختفاء القسري التي لم يعرف مصيرها خلال الفترة الماضية وتحديد أسبابها واقتراح المعالجات التي تحول دون تكرارها مستقبلا. إعادة وتنفيذ البرامج والخطط التوعوية الهادفة إلى إرساء مقومات المصالحة والمصالحة وإشاعة قيم وثقافة المواطنة المتساوية واحترام حقوق الإنسان.

- اتخاذ الإجراءات الكفيلة بإعادة تأهيل وإدماج واسترداد ورد اعتبار كل من انتهكت حقوقه المشمولة بهذا القانون.²

ثانيا/ مفهوم العدالة الانتقالية في مشروع القانون اليميني:

بخصوص مفهوم العدالة الانتقالية، فقد عرفها مشروع القانون اليميني المتعلق بالمصالحة الوطنية و العدالة الانتقالية في مادته (٢) على النحو الآتي : العدالة الانتقالية هي مجموعة من الإجراءات والتدابير القانونية والقضائية والغير قضائية التي تقوم بتطبيقها الدولة من أجل معالجة ما نتج من انتهاكات جسيمه لحقوق الإنسان، وتتضمن هذه التدابير الملاحقات القضائية، ولجان الحقيقة، وبرامج جبر الضرر وأشكال

¹ قانون العدالة الانتقالية والمصالحة الوطنية، متحصل عليه من : <http://bit.ly/1RaIMM3>

² أحمد شوقي بنوب، مرجع سابق، ص ١٥٢.

مختلفة ومتنوعة من إصلاح المؤسسات التي مارست تلك الانتهاكات.¹ كما عرف مشروع قانون العدالة الانتقالية اليمني المصالحة الوطنية بأنها: "عملية للتوافق الوطني، على أساسها تنشأ علاقة بين الأطراف السياسية والمجتمعية قائمة على التسامح والعدل، وإزالة آثار صراعات الماضي، ومن خلال مجموعة من الإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون والقوانين الأخرى الهادفة إلى تحقيق الأمن والسلام الاجتماعي والمصالحة بين أفراد المجتمع".²

ثالثا/ طبيعة وأهداف العدالة الانتقالية في مشروع القانون اليمني:

للعادلة الانتقالية أنواع وفقا لتعريفات المراجع الدولية، النوع الأول العدالة الجنائية تقوم على أساس إمكانية القبض على منتهكي حقوق الإنسان والتحقيق معهم ومحاكمتهم محاكمة³ عادلة، مع الالتزام بتعويض الضحايا عن الأضرار المادية والمعنوية التي أصابهم⁴، وهذه العدالة طبقت في البلدان التي انهارت فيها قوة منتهكي حقوق الإنسان وسقطوا في أيدي العدالة للنظام الجديد أو وقعوا في يد العدالة الدولية.

أما النوع الثاني هو العدالة التصالحية، تعتمد على مبدأ التعويض الرضائي لمن انتهكت حقوقهم وعلى الصلح والغفران والتسامح، وقد تم هذا النوع من أنواع العدالة الانتقالية في البلدان التي حدثت فيها صراعات دموية وما زال أطراف الصراع يحتفظون بقواهم ولم يسقطوا أو تسقطهم الشعوب، فيتم الاتجاه نحو جبر أضرار الضحايا وتعويضهم تعويضات مرضية، نظرا لتعذر تطبيق العدالة الجنائية التي تستدعي القبض على مرتكبي الانتهاكات ومحاكمتهم، ويرجع المجتمع في مثل هذه الظروف أهمية الانتقال إلى مرحلة جديدة تحقق التحول السياسي.⁵

أخذ مشروع القانون اليمني بالعدالة التصالحية باعتبار أن هناك أنواع للعدالة الانتقالية، حيث حدد في المادة الثالثة المبادئ والأسس التي تقوم عليها، بالنص على أنه "يهدف هذا القانون إلى تحقيق ما يلي:⁶

¹ قانون العدالة الانتقالية والمصالحة الوطنية، مرجع سابق.

² الدولة العميقة في اليمن: النشأة والمستقبل، مرجع سابق، ص 3.

3 Mark Freeman , Dorothée Marotine, « La justice Transitionnelle: un aperçu du domaine », 19 Novembre 2007, P1.

4 عبد الحسين شعبان، "العدالة الانتقالية: مقاربات عربية للتجربة الدولية"، المستقبل العربي، العدد 413، جولية 2013، ص 107.

5 يحيى محمد الماوري، "مشروع قانون العدالة الانتقالية"، متحصل عليه من:

<http://bit.ly/1MFVctT>

نفس المرجع.⁶

- إجراء مصالحة وطنية عامة لغرض النهوض باليمن على أساس الحق في (معرفة) الحقيقة ونبد أخطاء الماضي وكل أشكال العبث والانتقام والعمل بروح وطنية واحدة لبناء اليمن الجديد بما يؤدي إلى :
- الحفاظ على وحدة اليمن وأمنه واستقراره.
 - ترسيخ قيم الانتقال الآمن والسلس للسلطة.
 - التزام كافة الأطراف بوقف كل أشكال الانتقام والمتابعة والملاحقة القضائية والقانونية والسياسية.
- اتخاذ الإجراءات اللازمة لتطبيق العدالة الانتقالية بما يضمن تسليط الضوء على تصرفات الأطراف السياسية التي أدت إلى انتهاكات لحقوق الإنسان مثل : القتل خارج نطاق القانون ، الاختفاء القسري ، التعذيب والمعاملة اللاإنسانية ، حجز الحرية ، الاعتداء على الأملاك العامة والخاصة والحقوق الوظيفية وغيرها من انتهاكات حقوق الإنسان والقانون الإنساني الدولي خلال الفترة المشمولة بإحكام هذا القانون وضمان جبر الضرر لمن تضرروا من تلك الانتهاكات خلال تلك الفترة أو ورثتهم من اجل إنصافهم والمصالحة معهم ، وعلى أن يتم إشراك الضحايا أو ورثتهم في الإجراءات المحققة لجبر الضرر وتجنب أخطاء الماضي .
- المساهمة في تنمية وإثراء ثقافة وسلوك الحوار وإرساء مقومات المصالحة وبناء الدولة المدنية - دولة القانون والديمقراطية وحقوق الإنسان - ومحو آثار انتهاكات حقوق الإنسان والحيلولة دون تكرارها مستقبلا.

هذا المشروع وغيره من المشاريع المتعلقة بالعدالة الانتقالية التي تم اقتراحها لم يلقى القبول ولم يدخل حيز التطبيق ، نتيجة للخلاف الكبير داخل مجلس النواب بخصوص بعض المواد، والمطالبة بإضافة بعض المواد وتعديل أخرى، مع اشتراط التوافق بين جميع المكونات داخل المجلس لإقرار أي مشروع قانون، بناء على الاتفاقية الخليجية وملحقاتها، فضلا عن استحواذ حزب المؤتمر الشعبي العام الذي يرأسه صالح على الأغلبية المريحة بالمجلس، واستخدام تلك الميزة في عرقلة القوانين.

المحور الثالث: تحديات تحقيق العدالة الانتقالية في اليمن:

إن العدالة الانتقالية كمفهوم وكمارسة حديثة العهد لم تتمكن من خلق المناهج والقواعد الخاصة بها بل تركز على بعض المبادئ فقط إضافة إلى نقص الدراسات الأكاديمية قد تسبب في الخلط الشديد والتداخل بين المفاهيم والدمج بين الأهداف والأسباب وغير ذلك¹، كما أن تطبيق العدالة الانتقالية في

١ محمد بوسلطان، " حقوق الانسان في ظل العدالة الانتقالية " في: مجموعة من المؤلفين، دراسات قانونية : دراسات متنوعة احياء لذكرى عبد الله بن حمو، الجزائر: الكنوز للنشر، د.س.ن، ص ٢ .

المجتمعات التي تشهد مراحل انتقالية كثيرا ما تواجه العديد من الإشكاليات التي تعرقل عملية تطبيقها وتمنع أو على أقل تقدير تعرقل سيرها وتحث من تحقيق أهدافها، وبالعودة لليمن يمكن رصد هذه التحديات في الآتي :

١/ احتدام الصراعات والانقسامات السياسية، فعلى الرغم من الضغوط الشعبية باتجاه طي صفحة الماضي، ومحاسبة المسؤولين عن جرائم النظم السابقة؛ إلا أن الانقسامات السياسية المحتملة تحول دون التوافق على إجراءات تحقيق العدالة، لا سيما في الدول التي يحكمها توازن هش بين القوى السياسية على غرار معادلات تقاسم السلطة المعقدة بين الفرقاء السياسيين في اليمن، فطبيعة النظم العربية بشكل عام، والنظام اليمني بشكل خاص، التي تتضح من خلال التاريخ السياسي التسلسلي، الذي لم ينتج عنه إلا مزيد من التخلف والانكماش الاقتصادي، وغياب الديمقراطية والحياة المدنية، واستفحال القوة العسكرية والقمعية.

٢/ الانقسامات المجتمعية: إذ تزيد الصراعات الإثنية والطائفية والقبلية من العقبات التي تحول دون تحقيق العدالة الانتقالية والمصالحة، حيث تصبح العدالة الانتقالية جزءا من تناقضات صراع ممتد على تقاسم السلطة والثروات الوطنية، وهو ما يفسر تعثر المصالحة الوطنية في العديد من الدول العربية مثل ما هو الحال في اليمن.

لقد عملت الصراعات السياسية التي أنتجها النظام السياسي خلال العقود الثلاثة الأخيرة على إعادة إنتاج التناقضات في إطار عملية الاصطفاف الاجتماعي والاستقطاب السياسي، وكان النظام يدرك أهمية نقل الصراع من مؤسسات الدولة إلى مؤسسات المجتمع، وحضور مفاعليه في اقتتال قبلي و جهوي وأحيانا مذهبي، للمحافظة على استمراريته في السلطة. لقد ساهم عدم الاستقرار السياسي، قبل الثورة وبعدها، في حضور فاعل للقبيلة في إدارة المجتمعات المحلية مقابل غياب مؤسسات الدولة. ومع استدامة الصراع والتنافس ضمن أجنحة النظام، تبوأ القبيلة موقعا رياديا في المجتمع والدولة، و رجحت في كثير من الأحيان موازين القوى لمصلحة هذا الطرف أو ذاك. ولم يقتصر تأثير القبيلة على الداخل اليمني، بل أضحت لها سند ودعم خارجي ودولي، وأصبح زعماء القبائل ينسجون علاقات مباشرة مع دول إقليمية من دون الرجوع إلى السلطة المركزية، ولعل العلاقات الوطيدة بين السعودية وغالبية زعماء القبائل في اليمن تعد

مثالا شارحا لصعود دور القبيلة مقابل هشاشة السلطة المركزية، وان لم يكن هذا الأمر بالجديد كليا على المشهد اليمني.¹

٣/ تصدع البنية المؤسساتية: ارتبط الحراك العربي بكشف إشكاليات مؤسسات الدولة في اليمن وأزمات الثقة فيما تتخذه من إجراءات، في ظل تراجع الثقة في المؤسسات القضائية ومنظومة القوانين الحاكمة للعدالة، وذلك بالتوازي مع افتقاد مؤسسات إنفاذ القانون القدرة على تطبيق ما يتم التوصل إليه من أحكام قضائية في ظل انهيار المؤسسات الأمنية وانتشار الميليشيات المسلحة، بما يقوض من فاعلية الإجراءات القانونية.²

٤/ الإشكاليات الإجرائية: مبعث هذه الإشكاليات أن بلدان الثورات العربية مثل باقي بلدان الوطن العربي لا تمتلك بنى قانونية وأنساقاً ثقافية تتيح اجتياز المراحل الانتقالية للثورات العربية بسلاسة وبأقل تكلفة ممكنة، وهنا على خلاف تجارب دول أوروبا الشرقية وإسبانيا حيث كان هناك رصيد ثقافي وقانوني سابق أتاح لهذه المجتمعات سرعة تجاوز المرحلة الانتقالية.³

٥/ غموض العلاقة بين قانون الحصانة وقانون العدالة الانتقالية: من أوجه النقد لمشروع قانون العدالة الانتقالية عدم وضوح الرؤية حول العلاقة بين القانونين وآلية تجاوز أي تنازع قد ينشأ في مرحلة التطبيق، ومما لا خلاف عليه أن قانون الحصانة يؤثر تأثيراً مباشراً على قانون العدالة الانتقالية في جانبها الجنائي ويحول دون اتخاذ أي إجراءات أو ملاحقات جنائية ذات طبيعة قضائية.

وقد استفاد الرئيس السابق علي عبد الله صالح من استمراره في قيادة حزب المؤتمر والحصانة التي منحتها إياها المبادرة الخليجية، لوضع العراقيل أمام عملية إعادة هيكلة أجهزة الدولة المدنية والعسكرية، والالتفاف على قرارات الرئيس عبد ربه منصور هادي التي نصت على تشكيل الجيش اليمني وإعادة بنائه، كما قام الرئيس السابق أيضاً بتدعيم الفوضى وتقويض الأمن خلال المرحلة الانتقالية، والتحريض على السلطة الانتقالية بحجة فشلها في إدارة شؤون الدولة ومواجهة التحديات الأمنية والاقتصادية، مع أن حزبه كان له النصيب الأكبر في مناصب الدولة ووزاراتها.⁴

¹ اليمن بعد العاصفة، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، الدوحة، أبريل ٢٠١٥، ص ٦.

^٢ محمد عبد الله يونس، استحقاق مؤجل: إشكاليات تطبيق العدالة الانتقالية في الدول العربية، متحصل عليه من:

<http://adenghad.albdr-host.com/news/72261/#.Vmgrp1159fIU>

^٣ سليمان المنعم، "العدالة الانتقالية: مناقشات"، المستقبل العربي، العدد ٤١٣، مركز دراسات الوحدة العربية، جويلية ٢٠١٣، ص ١٥٨.

اليمن في العاصفة، مرجع سابق، ص ٣.^٤

المحور الرابع: فرص تحقيق العدالة الانتقالية في اليمن:

يجب أن نعتز بان الإجماع الوطني على مفهوم موحد للعدالة الانتقالية في كل صورها وتفصيلها غير متيسر في أي مجتمع، وبالتالي فلا يمكن اعتباره شرطاً للأخذ بها فيكفي تحقق التوافق على المبادئ الأساسية من قبل الأطراف السياسية والفئات الاجتماعية وفي المقدمة ضحايا العنف وذوهم ومن إصابتهم أضرار مباشرة ثم تحقق رضاه أو قبول عام من المجتمع على تلك المبادئ والاتجاهات التي يتضمنها قانون العدالة الانتقالية.

أولاً/ ضمان توفر جميع أركانها المعروفة، حيث تشير العدالة الانتقالية إلى مجموعة التدابير لمعالجة الانتهاكات الجسمية لحقوق الإنسان وتشمل عادة المحاكمات الجنائية، الكشف عن الحقيقة، التعويضات وجبر الضرر، وعدة أشكال من الإصلاح المؤسسي¹، وتتمثل أهم أركانها في:

- الركن الأول : لجان الحقيقة: وتقوم بكشف و إيضاح الحقيقة للجميع دون إخفاء أو تغييب أو مماطلة ويتم بموجبها تشخيص الخلل والسبب لتسهيل المعالجة لها .
- الركن الثاني: جبر الضرر للضحايا و له عدة أشكال وطرق أهمها: الاعتراف و الاعتذار، التعويض المعنوي، التعويض المادي
- الركن الثالث: المحاسبة، بمعنى إنزال عقوبات فاعلة تمنع تكرارها الانتهاكات مستقبلاً.
- الركن الرابع: الإصلاح المؤسسي لأجهزة الدولة: بمعنى إعادة بناء أجهزة الدولة والإصلاح المؤسسي لها بما يؤدي إلى تفعيل عملها المفترض لحماية المواطنين من أي انتهاك وإيقاف أي انتهاكات مستقبلية نتيجة الخلل المؤسسي لأجهزة الدولة.
- الركن الخامس: اتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع تكرار تلك الانتهاكات مستقبلاً.
- الركن السادس: عدم التمييز، بمعنى من ارتكب انتهاك يحاسب دون تمييز لأي طرف، والضحايا كذلك يتم إنصافهم دون تمييز وهذا هو جوهر العدالة الحقيقية².

¹ Pablo de Greiff, Roger Duthie , «Transitional justice and developmen: making connection » ,New Yourk: social qcience Research Council , 2009, P. 18

² عبدالرحمن الزيب، العدالة الانتقالية المخرج الوحيد في اليمن، متوفر على الرابط الالكتروني:

<http://m.adenghad.net/news/169348/>

ثانيا/ ينبغي مناقشة مشروع القانون وطرح الآراء والتصورات بقصد الإثراء والإنضاج لا بقصد الإعاقة والتعجيز، ولضمان إخراج القانون بصيغة توافقية وطنية تجسد الإجماع الوطني والمصالحة الوطنية.

ثالثا/ تهيئة المناسب لتطبيق العدالة الانتقالية من خلال التوصل إلى إقامة شرعية سياسية جديدة بحيث أن يجب أن تُبنى هذه الشرعية على أساس المواطنة و تمثل كل الشعب اليمني من أقصى جنوبه إلى شماله، مع ضرورة السعي في الوقت ذاته إلى إعادة بناء الاقتصاد اليمني بالاعتماد على خطط تنموية لمعالجة الفقر والتردي العام في الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية .

خاتمة:

في ضوء ما تقدم من بحث وتحليل يمكن القول إن فكرة العدالة الانتقالية بمفهومها المعاصر ما تزال في مرحلتها التجريبية ولم تستقر بعد سواء من الناحية النظرية أو الناحية التطبيقية التي تعددت - على محدوديتها - بتعدد البلدان التي تمت فيها حتى الآن ، هذا يعني أن كل مجتمع يمتلك حرية الاجتهاد، بما يتناسب مع طبيعة القضايا والظروف المحيطة بها ونوع المعالجات الأكثر قبولا وإقناعا للفئات المستهدفة، كما لا يمكن حصر العدالة الانتقالية في التجارب التي تمت حتى الآن ، فقد تأتي تجارب جديدة تضاف إلى تلك التجارب وقد تكون التجربة اليمنية واحدة منها إذا ما قدر لها النجاح في تجاوز أزماتها ومعالجة آثارها والوصول إلى مصالحة وطنية وعدالة انتقالية تحقق الأمن والاستقرار.

ومن النتائج التي تم التوصل إليها من خلال معالجتنا لهذا الموضوع:

✓ التحدي الأبرز الذي تواجهه اليمن في تطبيق العدالة الانتقالية والمصالحة الوطنية يتمثل في عدم تهيئة المناخ السياسي والقانوني لإنجاز هذا الاستحقاق، بسبب تصاعد حدة الاستقطاب السياسي والصراعات الإثنية والزعات الانفصالية، بشكل يزيد من احتمال أن يصبح تطبيق إجراءات العدالة الانتقالية أحد الاستحقاقات المؤجلة إلى حين الانتهاء من الانتقال الديمقراطي للسلطة وتسوية الصراعات السياسية والطائفية.

✓ إن نجاح العملية الانتقالية في اليمن تتطلب تصالح الشعب اليمني مع ما حدث لبلادهم في الماضي، ومساءلة الذين ارتكبوا الانتهاكات ومحاسبتهم، والتعويض للضحايا وأسرههم بشكل كاف. ومن أجل دعم العدالة الانتقالية في اليمن.

قائمة المراجع:

الكتب:

-بوسلطان محمد، " حقوق الإنسان في ظل العدالة الانتقالية " في: مجموعة من المؤلفين، دراسات قانونية: دراسات متنوعة أحياء لذكرى عبد الله بن حمو، الجزائر: الكنوز للنشر، د.س.ن. الدوريات:

١. المنعم سليمان، "العدالة الانتقالية: مناقشات"، المستقبل العربي، العدد ٤١٣ ، مركز دراسات الوحدة العربية، جويلية ٢٠١٣.

٢. أحمد شوقي بنيوب، "العدالة الانتقالية المفهوم والنشأة والتجارب"، المستقبل العربي، العدد ٤١٣، مركز دراسات الوحدة العربية، جويلية ٢٠١٣.

٣. عبد الحسين شعبان، "العدالة الانتقالية: مقاربات عربية للتجربة الدولية"، المستقبل العربي، العدد ٤١٣، جويلية ٢٠١٣.

الدراسات المنشورة:

١. النصر السيد خالد، محمد توفيق نيفين، العدالة الانتقالية، وحدة الدراسات والبحوث البرلمانية والأكاديمية، القاهرة، نوفمبر ٢٠١٢.

٢. الرماح خالد، انتقال متعثراً: اليمن بين املاءات السلاح وفرص الشراكة ، مركز الجزيرة للدراسات، قطر، ٢٠١٤.

٣. الدولة العميقة في اليمن : النشأة والمستقبل ، مركز صناعة الفكر للدراسات والأبحاث ، بيروت، (د.س.ن)

٤. أدوات سيادة القانون لدول ما بعد الصراع ، مفوضية الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، نيويورك، ٢٠٠٩.

٥. اليمن بعد العاصفة، المركز العربي للأبحاث ودراسة السياسات، الدوحة، افريل ٢٠١٥. مواقع الانترنت:

-الزبيب عبد الرحمن، العدالة الانتقالية المخرج الوحيد في اليمن، متحصل عليه من: <http://m.adenghad.net/news/169348/>

-الماوري يحيى محمد، "مشروع قانون العدالة الانتقالية"، متحصل عليه من: <http://bit.ly/1MFVctT>

-قانون العدالة الانتقالية والمصالحة الوطنية، متحصل عليه من: <http://bit.ly/1RaIMM3>

- محمد عبد الله يونس، استحقاق مؤجل: إشكاليات تطبيق العدالة الانتقالية في الدول العربية ،
متحصل عليه من:

- <http://adenghad.albdr-host.com/news/72261/#.Vm9p1159fIU>

Book:

- Pablo de Greiff, Roger Duthie , "Transitional justice and developmen: making connection", New Yourk: social science Research Council , 2009.
- Mark Freeman , Dorothee Marotine, "La justice Transitionnelle: un aperçu du domaine ", 19 Novembre 2007.

حجية الأمر الجزائي في إنهاء الدعوى العمومية : ما بين تحقيق مبدأ العدالة والاقتصاد في الإجراءات الشكلية

أ. رضوان خليفي جامعة الجزائر ١ و أ. مراد بن قيطة جامعة باجي مختار - عنابة-

ملخص:

إنّ الأصل في الخصومة الجنائية و انقضاء الدعوى بشأنها؛ صدور حكمٍ عقب محاكمة عادلة و وفقاً لقانون الإجراءات الجنائية، بحيث تمر هذه الدعوى بعدة مراحل وإجراءات منصوص عليها بشكلٍ واضح في قانون الإجراءات الجنائية. غير أنّ تزايد أعداد الجرائم دون أن يقابل ذلك زيادة موازية في عدد القضاة المختصين بالفصل فيها، وخصوصاً أعداد الجرائم البسيطة، ساهم في تكديس القضايا لدى المحاكم بأعدادٍ ضخمة حالت بينها وبين مواجهة الجرائم الجسيمة على نحو فعال، كما تسبب من ناحية أخرى في تقادم الدعاوى الخاصة بالجرائم قليلة الأهمية - ولاسيما المخالفات - قبل أن يتم الفصل فيها بالطرق المعتادة، وذلك نظراً لكثرتها، وما تتطلبه الإجراءات العادية من بطء لا يتناسب وهذه الكثرة.

ولذلك فقد حرصت تشريعات كثيرة رغم اختلاف مدارسها على تطبيق نظام الأمر الجزائي في الجرائم البسيطة، حيث اتّسع مجال تطبيقه في التشريعات الحديثة لماله من أهميةٍ عمليةٍ في تبسيط الإجراءات الجنائية من أجل تحقيق فاعلية العدالة الجنائية، والوصول إلى حكم في الدعوى بما لا يخل بعمل العدالة ولا يُضارُّ المتهم. وعليه فإنّ هذا المقال يهدف إلى البحث أساساً في حجية الأمر الجزائي لماله من مزايا و دور في التكريس لمبدأ تحقيق السرعة في العدالة من جانب و الاقتصاد في الإجراءات الشكلية من جانب آخر.

الكلمات المفتاحية: الأمر الجزائي، الحجية، دعوى قضائية، الجرائم، الإجراءات الجزائية.

Résumé:

Il est évident, que la règlementation de tout litige judiciaire se termine par un verdict après

Un procès équitable, et selon le Code de procédure pénale de sorte que ce procès passe par plusieurs étapes et procédures clairement définies et énoncées dans la loi pénale. Toutefois, le nombre croissant de crimes sans être compensé par une augmentation parallèle du nombre de juges spécialisés -en particulier le nombre de délits mineurs - a contribué à l'accumulation des procès dans les tribunaux et entraver son rôle de les traiter d'une manière efficace. Comme il a également causé la prescription des procès de plusieurs crimes- en particulier les contraventions- avant qu'elles soient jugées d'une manière habituelle en raison de leur nombre énorme ou/et le lentement des procédures normales requises qui ne s'appropriés pas avec ce nombre.

Pour cela, l'application de l'ordre pénal a élargie d'une manière sans précédent, dans la législation moderne grâce à son rôle pratique dans la simplification et la rapidité de la procédure afin de parvenir à des verdicts qui ne perturbent pas le travail du tribunal et ne nuisent aux accusés. En conséquence, cet article vise principalement à analyser l'authenticité de l'ordre pénal en raison de ses avantages et son rôle dans la consécration du principe de la réalisation de la justice d'une part et l'économie en formalités de l'autre part.

Mot Clés : Ordre Pénal, Authenticité, procès, litige judiciaire, Procédures pénales.

مقدمة

إن الأصل في القانون الجزائري بوجه عام أن يكون توقيع العقوبات بناءً على حكم قضائي تطبيقاً لمبدأ " لا عقوبة بغير حكم " ، حيث أضحى هذا المبدأ من الضمانات الأساسية المقررة لصالح المتهم. إذ يسبق الحكم إجراءات يتم فيها سماع أقوال المتهم ودفاعه عن نفسه، ويصدر الحكم في علانية تكفل ضمان الرقابة الشعبية، انطلاقاً من ذلك يصبح الأمر الجزائري نظاماً خاصاً الغرض منه مواجهة نوع معين من الجرائم بهدف إنهاء الإجراءات ووضع حدٍ للدعاوى الناشئة عنها بصورة مبسطة وميسرة لا تراعى فيها القواعد المقررة لنظر المحاكمات الجزائية المعتادة .

وعلى الرغم من الجهود التي تبذلها الدولة في إطار تطوير العدالة، وذلك من خلال الزيادة في عدد المنشآت من محاكم ومجالس قضائية، وكذلك الزيادة في عدد القضاة ومساعدتهم إلا أن هذه الزيادة لم تواكب ظاهرة التضخم التشريعي في مجال التجريم. إن هذه الظاهرة التي هي وليدة التطور الاقتصادي

والرقي الاجتماعي التي عرفتها المجتمعات المعاصرة أظهرت بشكلٍ غير مسبوق جرائم جديدة لم تكن معروفة من قبل، كالجرائم المعلوماتية والجرائم المنظمة والجرائم العابرة للحدود.

إنّ هذه العوامل أدت مجتمعةً إلى تراكم القضايا في دور العدالة وأصبح القضاة يواجهون كماً كبيراً من الملفات، وهو ما أدى إلى اختلال كبير في نشاطهم. لذلك يعتبر موضوع الأمر الجزائي من أهم الموضوعات على صعيد القانون الجنائي وذلك لمساهمته الفعّالة في مواجهة ظاهرة الضغط الكبير الذي تعاني منه المحاكم الجنائية، وذلك من خلال تخفيف العبء عليها عن طريق إنهاء الدعوى العمومية دون محاكمة بالأمر الجزائي. وعليه فإننا سنحاول مناقشة هذا الموضوع من خلال طرح الإشكالية التالية: ما مدى حجّية الأمر الجزائي في إنهاء الدعوى العمومية؟

للإجابة على هذه الإشكالية ارتأينا أن نقسم هذه الدراسة إلى مبحثين، حيث سنتطرق في المبحث الأول إلى المفهوم القانوني للأمر الجزائي وأهم خصائصه، وفي المبحث الثاني إلى الاعتبارات التي تجعل لهذا الأمر حجّية في إنهاء الدعوى العمومية.

المبحث الأول: المفهوم القانوني للأمر الجزائي وخصائصه

نظّم المشرّع الجزائري الأمر الجزائي بموجب المواد من ٣٨ مكرر إلى ٣٨ مكرر ٧ من الأمر رقم ٠٢١ المؤرخ في ٢٣ يوليو سنة ٢٠١٥، المعدل والمتمم للأمر رقم ١٥.٥٦ المؤرخ في ٨ يونيو ١٩٦٦ والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية. فما هو مفهوم الأمر الجزائي؟ وما هي خصائصه؟ وكيف يساهم في تخفيف العبء على المحاكم والقضاة؟

المطلب الأول: تعريف الأمر الجزائي

يُعدّ الأمر الجزائي أحد الوسائل التي لجأت إليها التشريعات الجزائية الحديثة بهدف تحقيق السرعة في الفصل في الدعاوى الجنائية قليلة الأهمية، وتبسيط إجراءاتها بغرض التخفيف من أعباء المحاكم حتى تتفرغ لنظر الدعاوى الهامة¹.

ولقد حرصت تشريعات كثيرة رغم اختلاف مدارسها على تطبيق الأمر الجزائي في الجرائم البسيطة، حيث اتسع مجال تطبيقه في التشريعات الحديثة لما له من أهمية عملية تتمثل في تبسيط الإجراءات الجنائية من أجل تحقيق فاعلية العدالة الجنائية والوصول إلى حكم في الدعوى، وقد تعددت مسمياته ما

¹ د احمد فتحي سرور، الوجيز في شرح قانون الإجراءات الجزائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤، ص ٨٦٠.

بين القانون الايطالي و السويسري ، وفي كثير من الدول العربية فتارة يسمى " الأمر الجزائي " كما في التشريع الجزائري والعراقي والكويتي والعماني ، وتارة " الأمر الجنائي " كما في التشريع المصري والليبي والقطري ، بينما آثرت تشريعات أخرى تسميته " الأصول الموجزة " كما في التشريعين الأردني والسوري ، وأخيرا انفرد التشريع المغربي بتسميته " الأمر القضائي " ¹.

ولقد وردت تعريفات عديدة للأمر الجزائي أهمها:

يعرفه جانب من الفقه بأنه: " أمر قضائي يفصل في موضوع الدعوى الجنائية دون أن تسبقه إجراءات محاكمة جرت وفقا للقواعد العامة، وترتهن قوته بعدم الاعتراض عليه خلال الميعاد الذي يحدده القانون " ².

كما يعرف أيضا: " قرار يصدر بالعقوبة الجنائية من القاضي أو من أحد وكلاء النيابة العامة بعد الاطلاع على الأوراق في غيبية الخصوم بلا تحقيق أو مرافعة " ³.

ويعرفه جانب آخر من الفقه بأنه: " عرضٌ بالصلاح يصدر عن القاضي أو النيابة العامة للمتهم أن يقبله وفي هذه الحالة تنقضي الدعوى العمومية، وله أن يعترض عليه ومن ثمة تنعقد الخصومة الجنائية، وتتم المحاكمة وفق الإجراءات العادية " ⁴.

ويعرف جانب من الفقه الجزائري الأمر الجزائي بأنه: " قرار قضائي يفصل في الدعوى العمومية بناءً على طلب تقدمه النيابة العامة دون حضور المتهم أو إجراء تحقيق أو سماع مرافعة أو بتفسير آخر، هو ذلك القرار القضائي الذي يفصل في الدعوى العمومية دون محاكمة " ⁵.

نلاحظ الاختلاف في التعريفات السابقة من حيث السلطة المختصة بإصدار الأمر الجزائي ، فعلى الرغم من أن معظم التشريعات الجنائية تجعل سلطة إصدار الأمر الجزائي من اختصاص السلطة القضائية دون غيرها سواء كانت الجريمة من طائفة الجرح أم المخالفات ، غير أن هذه التشريعات ليست على وتيرة واحدة ، حيث ركزت بعضها على وضع هذه السلطة في يد قضاة الحكم كما في القانون الجزائري

¹ د احمد محمد يحيى محمد إسماعيل، الأمر الجنائي و الصلاح في الأنظمة الإجرائية المقارنة، رسالة دكتوراه ١٩٨٥، القاهرة، ص ٥٣٦.

² د محمد نجيب حسني، قوة الحكم الجنائي في إنهاء الدعوى الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧، ص ٦٧ .

³ د احمد ضياء الدين خليل ، قواعد الإجراءات الجنائية ومبادئها في القانون المصري ، الجزء الثاني، دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٩٩ ، ص ٤٧٣ .

⁴ محمد حكيم حسين، النظرية العامة للصلاح وتطبيقاتها في المواد الجنائية، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٥، ص ٤١٥ .

⁵ د عمر سالم ، تيسير الإجراءات الجنائية دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧، ص ١٣٠ .

والفرنسي¹ ، فيما أثر البعض الآخر توزيعها بين قضاة الحكم وأعضاء النيابة العامة كما في القانون المصري والليبي والقطري والعماني.

إنّ عدم منح النيابة العامة سلطة إصدار الأمر الجزائي في أغلب التشريعات المقارنة على غرار المشرع الجزائري يرجع إلى شدة الجدل الفقهي الذي يكتنف مسألة تكييف الأمر الجزائي، والذي يرجع السبب الرئيسي فيها إلى أن نظام الأمر الجزائي يمثل خروجاً على القواعد العامة المستقرة لأصول المحاكمات الجنائية ، فإذا كان الأمر الجزائي صادراً من النيابة العامة، فهذا يعني أنها مارست وظيفتين في آن واحد، الأولى تحريك الدعوى و الثانية الفصل فيها ، أي أنّ النيابة في هذه الحالة جمعت بين سلطتي الاتهام والحكم ، وهو أمر مخالف للدستور ومجاوئ للعدالة² . بينما يرى البعض بأنّ الأمر لم يصل بعد في هذه الحالة إلى درجة من الخطورة استناداً إلى ضآلة مبلغ الغرامة، وقلة خطورة الجرائم محل الأمر الجزائي، فضلاً أنه يكون غير ملزم إلا لمن ارتضاه³.

كما يلاحظ في ذات السياق، أنّ أغلب التشريعات التي أخذت بنظام الأوامر الجنائية غالباً ما تجعل قوتها التنفيذية رهناً لإرادة أطراف الدعوى إن شاءوا قبلوها وإن شاءوا اعترضوا عليها وعادوا إلى نظام المحاكمة العادية ، فنظام الأوامر الجنائية يهدف إلى تحقيق عدالة سريعة بإجراءات مبسطة في نفس الوقت الذي يعمل على تحقيق سلطة الدولة في تطبيق العقوبة على مستحقيها وإعادة الحقوق المغتصبة إلى أصحابها وتعويض ذوي الشأن ومن لهم مصلحة عن الأضرار التي أصابتهم من جراء وقوع الجريمة⁴.

وبناءً على ما سبق ذكره، يمكن تعريف الأمر الجزائي على أنّه: "قرار يصدر من القاضي بناءً على طلب النيابة العامة بتوقيع غرامة جزافية في غيبية الخصوم بغير إجراء تحقيق أو سماع مرافعة ، وإذا لم يعترض من صدر الأمر في مواجهته أصبح بمثابة الحكم الجنائي غير القابل للطعن فيه وتنقضي بذلك الدعوى العمومية ، وإذا اعترض عليه نظرت الدعوى بالطريق العادي أمام المحكمة".

² د فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجزائية في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦، ص ٧١٠.

³ المرجع السابق، ص ٦٦٥.

⁴ د مدحت محمد عبد العزيز إبراهيم ، الأمر الجنائي ،دراسة تحليلية مقارنة بين التشريع المصري و الفرنسي ، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة ،

٢٠٠١ القاهرة ص ٦٧.

المطلب الثاني: خصائص الأمر الجزائي

رغم وجود بعض أوجه الاختلاف بين أنظمة الإجراءات الجزائية الجنائية في الأحكام التفصيلية المنظمة للأمر الجنائي، إلا أنه من اليسير جداً من خلال تعريف الأمر الجزائي السابق ذكره استظهار الخصائص التي تميز هذا الطريق الإيجازي للفصل في الخصومة الجنائية والتي تتمثل فيما يلي:

- الأمر الجزائي إجراءً جوازي.

- الأمر الجزائي إجراءً موجز.

- انحصار نطاق الأمر الجزائي في الجرائم قليلة الأهمية.

أ- الأمر الجزائي أمر قضائي

الأمر الجزائي أمر قضائي بتوقيع عقوبة جنائية، إلا أنه يحمل في جوهره حكماً بالإدانة صدر دون تحقيق أو مرافعة، لذلك فهو حكم جنائي فمتم قبل الأطراف الأمر الجنائي أصبح بذلك حكماً نهائياً بات واجب النفاذ حائزاً لقوة الأمر المقضي به. وتعتبر النيابة العامة وحدها صاحبة الاختصاص الأصلي في تحريك الدعوى العمومية، فلها حق أن تطلب توقيع العقاب على المتهم وقد يتخذ طلب توقيع العقاب عدة صور، فقد يأخذ صورة طلب إصدار حكم بعقوبة جنائية وقد يقتصر على مجرد طلب إصدار أمر جزائي.

وهذا ما نصت عليه المادة ٣٨ مكرر ٠٢ من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري: " إذا قرر وكيل الجمهورية اتباع إجراءات الأمر الجزائي، يحيل ملف المتابعة مرفقاً بطلباته إلى محكمة الجناح. يفصل القاضي دون مرافعة مسبقة بأمر جزائي يقضي بالبراءة أو بعقوبة الغرامة..."، وبناءً على ذلك:

- لا يجوز للمدعي بالحقوق المدنية أن يطلب من القاضي الجزائي إصدار أمر جزائي بتوقيع العقوبة على المتهم وإلزامه بالتعويضات؛

- لا يجوز للمتهم نفسه أن يطلب ذلك من القاضي الجزائي الذي يمثل أمامه في المحاكمة.

وعليه يفصل القاضي في الأمر الجزائي دون مرافعة مسبقة، وهنا يتجلى إشكال أساسي يتلخص في: هل تفصل المحكمة في الأمر الجزائي في جلسة علنية أم أنه يصدر في غرفة المشورة سيما أن الأمر الجزائي

هو حكم قضائي وتسري عليه تبعا لذلك النصوص الخاصة بالأحكام القضائية حيث يوجب الدستور الجزائري النطق بالأحكام في جلسة علنية .

في حقيقة الأمر لم يتطرق المشرع الجزائري إلى هذه النقطة الجوهرية؛ غير أنه يفهم من عدة إشارات وردت في النصوص القانونية المنظمة لهذا الاجراء (بأنّ القاضي يفصل دون مرافعة مسبقة و إحالة الأمر فور صدوره على النيابة العامة ، ويبلغ الأمر الجزائري بأي وسيلة قانونية للمتهم)؛ بأنّ فصل القاضي الجزائري في الأمر الجزائري يكون في غرفة المشورة بالرغم من أنّه كان يتعين على المشرع الجزائري حسم هذه المسألة بشكلٍ صريح تفاديا لكل لبس.

ب. الأمر الجزائري إجراء جوازي

من خلال ما سبق ذكره عن التشريعات المقارنة التي تأخذ بنظام الأمر الجزائري، يتأكد لنا أنّ الغالبية العظمى من التشريعات الإجرائية تجعل مسألة إصدار الأمر الجزائري مسألة جوازيه من أكثر من جانب، سواء من حيث الجهة المختصة بإصداره أو فيما يتعلق بمضمونه.

ففيما يخص الجهة المختصة بإصدار الأمر الجزائري ، فهو يصدر بمعرفة قاضي محكمة الجناح التي من اختصاصها نظر الدعوى بناءً على طلب النيابة العامة، التي هي صاحبة الاختصاص الأصيل في الخيار بين طريق الإجراءات العادية أو الأمر الجزائري، كذلك القاضي إذا طلب منه إصدار الأمر الجزائري فله مطلق الحرية في أن يصدره أو يرفض إصداره.

وعلى الرغم من التباين في تحديد الجهة المختصة بإصدار الأمر الجزائري، إلا أنّ الإجماع قائم على نفي الصفة الإلزامية عن هذا النظام ، فالنيابة العامة لها مطلق الحرية في أن تطرق باب الأمر الجزائري سواء بطلب إصداره من قضاة الحكم أو بإصداره ، وكذلك القاضي إذا طلب منه إصدار أمرٍ جزائي في واقعة معينة فله مطلق الحرية حينئذ في أن يصدره أو يرفض إصداره متى قدر لأي سبب من أسباب عدم ملاءمة هذا الإجراء¹.

وهناك مظهر آخر من مظاهر الطابع الجوازي للأمر الجزائري تتصل بنفاذ الأمر الجزائري ، حيث أنّه لا يعتبر نهائيا واجب التنفيذ ما لم يقبله المحكوم عليه صراحة أو ضمنا، حيث تعترف معظم التشريعات بحق

¹ عبد العزيز بن مسهوج جار الله الشميري، الأمر الجنائي وأثره في إنهاء الخصومة الجنائية في دول مجلس التعاون الخليجي ، رسالة ماجستير ، جامعة نايف للعلوم الأمنية ، ٢٠٠٨ ، ص ٦٥ .

الخصوم في الاعتراض على الأمر الجزائي خلال مدة معينة، بل إنّ هناك بعض التشريعات تتجاوز ذلك إلى حقّ الخصوم في الطعن بالنقض في قرار القاضي بعدم قبول الاعتراض كما في التشريع الإيطالي¹.

غير أنّ هناك بعض التشريعات التي خرجت عن خاصية الجوازية التي يتميز بها الأمر الجزائي، حيث نصّ المشرّع القطري في المادة ٢٥ من قانون الإجراءات الجنائية على أن إصدار الأمر الجنائي بمعرفة رئيس النيابة أو وكيل النيابة يكون وجوبيا في المخالفات، أي أن التشريع القطري قصر الطابع الجوازي للأمر الجنائي على الجنح فقط دون المخالفات².

ج. الأمر الجزائي من الإجراءات الموجزة

الأمر الجزائي هو قضاءٌ في الموضوع يتميز بالإيجاز والتبسيط، فهدفه اختصار الوقت والجهد والنفقات بالشكل الذي يؤدي إلى خلق عدالة جنائية فاعلة³، إذ تتمثل الحكمة من وراء هذا النظام في تحقيق السرعة في الفصل في الدعاوى الجنائية قليلة الأهمية وتبسيط إجراءاتها بغرض التخفيف من أعباء المحاكم حتى تتفرغ لنظر الدعاوى الهامة⁴.

ومعنى ذلك أن تبرير هذا النظام يرجع أساساً إلى الاعتبارات العملية وحدها، فمن الجرائم ما هو يسير من حيث العقوبة التي يقررها القانون لها، ويغلب أن تكون عناصرها من الوضوح والبساطة بحيث لا تقتضي إجراءات محاكمة تفصيلية⁵، وأغلب ما تكون هذه الجرائم من النوع المسمى بالجرائم المصطنعة أو الجرائم التنظيمية مثل الجرائم الاقتصادية وجرائم المرور وإن لم يكن هناك ما يمنع من أن يعمل به في نطاق الجرائم الطبيعية البسيطة⁶.

ولقد تزايدت في التشريع الحديث النصوص الخاصة بهذه الجرائم ويخشى إذا جرت في شأنها المحاكمة في صورتها المعتادة أن تستغرق وقت القضاء، فيضيق عن الاهتمام بالجرائم التي تقتضي طبيعتها، وقتاً وتطلب إجراء محاكمة تفصيلية تتاح فيها فرص الدفاع للمتهم، وبالإضافة إلى ذلك فإنّ ضالة العقوبة التي يقررها القانون للجرائم التي يجوز أن يصدر فيها الأمر الجزائي، تجعل المتهم غير حريصٍ

¹ يسر أنور علي، دراسات في التشريع الجنائي المقارن التداير، الأمر الجنائي، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٩٤، ص ٥٢٦.

² عبد العزيز بن مسهوج جار الله الشميري، مرجع سابق، ص ٦٦.

³ المرجع السابق، ص ٧١.

⁴ د احمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص ٨٦٠.

⁵ د محمد نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٩٧٢.

⁶ د عبد الرؤوف مهدي، القواعد العامة للإجراءات الجنائية، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥، ص ٨١٠.

على إجراءات المحاكمة ومن ثمة لا يتأذى إذا أجاز القانون اختصارها ، بل إنه قد يتغيب عنها راضيا بالعقوبة التي يحتمل أن يقضى بها ، ويعني ذلك أن مزايا هذا النظام تُجمل في تبسيط الإجراءات وإيجازها ، حيث لا تتأذى بذلك العدالة ولا يُضارُّ المتهَم من وراء هذا التبسيط والإيجاز، ويتسع بذلك وقت القضاء وجهده للجرائم التي تتطلب إجراء محاكمة تفصيلية¹.

د. الأمر الجزائي محلله الجرائم البسيطة

لأنَّ الأمر الجزائي هو خروج عن القواعد العامة المتعلقة بالمحاكمة المنصفة ، فإنَّ التشريعات التي أخذت بهذا النظام راعت تحديد نطاقه وحصرته في أضيق نطاق، سواء فيما يتعلق بالجريمة التي يجوز إصدار العقوبة فيها بأمر جزائي أو فيما يتعلق بالعقوبة التي يجوز توقيعها بالأمر الجزائي ، أما الجرائم التي يجوز إصدار العقوبة فيها بأمر جزائي فإنَّها الجرائم قليلة الأهمية التي يمكن الاستغناء بشأنها عن الإجراءات العادية المقررة للمحاكمات الجنائية دون إخلال جسيم بضمانات المحاكمة المنصفة والتي هي أسس دستورية راسخة وثابتة، و ضمانة هامةٌ لصون الحريات الشخصية ، وبالتالي فإنَّ الجريمة لابد وأن تكون قليلة الأهمية والخطورة ويمكن فيها الاستغناء عن الإجراءات العادية ، اعتبارا من ذلك تقتصر التشريعات في الأخذ بهذا النظام على الجرائم قليلة الأهمية.

أما العقوبة التي يجوز توقيعها بطريق الأمر الجزائي فإنَّها في أغلب التشريعات تقتصر على العقوبات المالية فقط، لأنَّ سَلْبَ الحرية أمر خطير يتطلب إحاطته بكافة الضمانات التي تؤدي إلى محاكمة عادلة.

ولقد أجمع الفقه الجنائي على أنَّ الأخذ بنظام الأمر الجزائي يجب أن يكون في نطاق الجرح والمخالفات فقط، وإن هذا النظام غير صالح للتطبيق بأي حال من الأحوال على الجنائيات، حيث تكون الإجراءات الجنائية العادية هي الأولى بالاتباع .

و ما يلاحظ على المشرِّع الجزائري من خلال نصِّ المادة ٣٨ مكرر أنه أقرَّ الأمر الجزائي حتى في الجرح المعاقب عنها بالحبس لمدة تساوي أو تقل عن سنتين، غير أنَّ القاضي حين يفصل دون مرافعة مسبقة بأمر جزائي لا يمكن بأي حال من الأحوال أن يكون الأمر الجزائي يتضمن عقوبة سالبة للحرية ، وهذا ما نصت عليه المادة ٣٨ مكرراً .

¹ د محمد نجيب حسيني، مرجع سابق، ص ١٧٢.

من خلال ما سبق؛ نستطيع أن نحدّد بوضوح معيار الجرائم محل الأمر الجنائي، وهو معيار الجسامة، سواء بالنسبة للجريمة أو العقوبة، حيث يتمّ إقرار نظام الأمر الجزائي في الجرائم الأقل جسامة و يتمّ استبعاده في الجرائم الأشدّ جسامة.

المبحث الثاني: حجية الأمر الجزائي

يُعدّ الأمر الجزائي أحد الوسائل التي لجأت إليها التشريعات الجزائية الحديثة بهدف الإسراع في الإجراءات الجزائية وتفادي طولها وتعقيدها، ولتحقيق هذا الهدف فإنّ الأمر الجزائي يُنتج كافة الآثار التي ينتجها الحكم الحائز لقوة الشيء المقضي فيه، وذلك بشرط عدم الاعتراض عليه من قبل الخصوم.

أ- عدم الاعتراض على الأمر الجزائي

من خلال ما سبق؛ يمكن استنتاج أنّ الطابع الدائم للأمر الجزائي يبرز من خلال عدم الاعتراض عليه أو عدم قبول الاعتراض، أي أنّ الأمر الجزائي يصبح نهائياً منتجاً لكل آثار الحكم الحائز لقوة الشيء المقضي به في حالة عدم الاعتراض عليه أو عدم قبول الاعتراض، وبذلك تنقضي الدعوى العمومية ولا يمكن أن تُرفع دعوى عمومية ثانية على ذات الواقعة ونفس الأطراف.

ولقد اختلف الفقه بشأن تحديد طبيعة الاعتراض على الأمر الجزائي، فهناك جانب من الفقه يرى أنّ الاعتراض على الأمر الجزائي يُعدّ طريقاً للطعن فيه على مثال طرق الطعن في الأحكام ويؤيده التشريع الكويتي والعماني¹، أمّا الاتجاه الثاني فيرى أنّ الاعتراض على الأمر الجنائي ليس طريقاً للطعن فيه على مثال طرق الطعن في الأحكام، ولكنّه إعلان من المتهّم بعدم قبول ما عرض عليه من محاكمة بصورتها المختصرة، والمطالبة بأن تكون محاكمته وفقاً للقواعد العادية، ولهذا الرأي أنصار كثيرون في الفقه المقارن بما يشبه الإجماع²، وهو ما نصّ عليه أيضاً المشرّع الجزائري في المادة 38 مكرراً.

وثمره هذا الخلاف أنّ المتهّم إذا اعترض على الأمر الجزائي وترتب على ذلك نظر المحكمة للدعوى بالطرق العادية، فهل تفصل المحكمة في الدعوى بحرية تامة ولا تتقيد بالعقوبة التي صدر بها الأمر الجزائي، فتحكم بعقوبة أشدّ على المتهّم أم أنها تأخذ بمبدأ لا يُضارُّ الطاعن بطعنه.

¹ د إسماعيل محمد عبد الشافي، الأمر الجنائي: دراسة تحليلية لتصيلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 104.

² عبد العزيز بن مسهوج جار الله الشمري، مرجع سابق، ص 81.

إنّ من يأخذ بالرأي الأول فإنّه يأخذ بمبدأ لا يُضارُّ الطاعن بطعنه، ومن يأخذ بالرأي الثاني فإنّه يجيز للمحكمة أن تحكم بعقوبة أشدّ¹. ويبدو الرأي الثاني هو الأقرب إلى الصواب و الذي يجيز للمحكمة أن تحكم بعقوبة أشدّ أي أن الاعتراض على الأمر الجزائي ليس له طبيعة طرق الطعن في الأحكام، لكنه مجرد إعلان من المتهّم عن عدم قبوله ما عُرض عليه من محاكمة بصورة مختصرة.

والقول بأنّ المحكمة يجوز لها أن تحكم في حدود العقوبة المقررة بعقوبة أشدّ من الغرامة التي قضى بها الأمر الجنائي، قد يبدو متعارضاً مع القاعدة الإجرائية الأصيلة والقائلة بعدم جواز أن يُضارَّ الطاعن من طعنه ، غير أنّه لا يكون محلاً لهذا القول مادام الأمر المُعتراض عليه قد سقط قانوناً واعتبر كأن لم يكن ، وهو ما لا يترتب على الطعن في الأحكام ، إذ أنّ المتبع فيه أنّه تُنقل الدعوى بحالتها من المحكمة المطعون في حكمها إلى المحكمة المختصة بنظر الطعن، فالحكم المطعون فيه يظلُّ محتفظاً بكيانه القانوني بينما الأمر الجنائي المُعتراض عليه يفقد كيانه القانوني ويعتبر كأن لم يكن، ومنه تكون المحكمة في جِلٍّ من أن تغض النظر عنه، فلا تتقيد به مثلما تتقيد بحكم لا يزال محتفظاً بكيانه رغم الطعن فيه.

وقيل في تبرير ذلك أن الأمر الجنائي بمثابة صلح عن الجريمة المسندة إلى المتهّم بينه وبين المجتمع، فإذا هو لم يرضَ هذا الصلح تعود الحالة إلى ما كانت عليه من قبل وكأنه لم يصدر في الدعوى أي أمر ، وتجري المحاكمة ابتداءً و من ثمّة يجوز أن تصل العقوبة إلى حدّها الأقصى². وعليه لا يصح القول بأنّ المتهّم قد تعلّق له بالأمر الجنائي أي حقّ ، ذلك لأنّ المعارضة في الأمر ليست في الحقيقة معارضة بمعناها المعروف في الأحكام الغيابية التي تصدر في المحاكمات العادية في جلسات علنية وبعد إعلان قانوني ، وإنما هي في الواقع اعتراض على المحاكمة بالشكل الذي تمت عليه ، وإعلانٌ منه بعدم قبوله لما عرض عليه من محاكمة بصورتها المختصرة ، وطلبٌ بأنّ تكون محاكمته بالكيفية المعتادة ، ففي هذه الحالة يجب أن تعود الدعوى إلى سيرتها الأولى قبل صدور الأمر فيها ، فلا يجوز أن تمنع إعادة المحاكمة من أن يحكم القاضي بأية عقوبة أخرى يسمح بها القانون ولو كانت أشدّ مما صدر به الأمر³.

كما بُرّرَ ذلك أيضاً، بأنّ الأخذ بهذه القاعدة يدعو المتهّمين إلى التحرز عند التقرير بعدم قبول الأمر و بهذا تتحقق الفائدة العملية المرجوة من نظام الأمر الجنائي، وهي تبسيط الإجراءات وعدم شغل وقت القضاء بالجرائم الصغيرة.

¹ المرجع السابق، ص ٨٧.

² د محمود سمير عبد الفتاح ، النيابة العامة وسلطتها في إنهاء الدعوى العمومية دون محاكمة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ١٩٨٦، ص ٢٣٨.

³ د محمود سمير عبد الفتاح، المرجع السابق، ص ٢٣٩.

أمّا في بعض التشريعات الأخرى فلا يجوز للمحكمة أن تقضي بعقوبة أشدّ مما قضى بها الأمر الجزائي ، وتُبرر ذلك بأنّ الأمر الجزائي يعتبر بمثابة حكم غيابي فلا ينبغي أن يُضارَّ المعارض عليه بسبب هذا الاعتراض، ومن بين هذه التشريعات التشريع العماني والتشريع الكويتي ، حيث تنصّ المادة ١٤٩ من قانون الإجراءات والمحاكمات الجزائية الكويتي على أنّه: " إذا قبلت المحكمة الفصل في الدعوى بهذه الطريقة ، فإنّ الأمر الذي تصدره في هذا الصدد ويعتبر بمثابة حكم غيابي بالنسبة إلى المتهّم من حيث حجّيته ومن حيث طرق الطعن فيه " وتنصّ المادة ١٤٩ من قانون الإجراءات الجزائية العماني على أنّ " للدعاء العام الطعن في الأمر الجزائي الصادر من القاضي ولبقي الخصوم الطعن في الأمر الصادر من القاضي أو من الادعاء العام...".

ب- مضمون حجّية الأمر الجزائي

من المستقر عليه فقها؛ أنّ الأمر الجزائي وسيلة لانقضاء الدعوى العمومية، يستوي في ذلك أن يكون الأمر صادراً من القضاء أو من النيابة العامة^١.

ولكن على الرغم من ذلك فقد وقع خلاف بين شرّاح القانون في حجّية الأمر الجزائي، حيث يرى جانب من الفقه أنّ الأمر الجزائي لا يكتسب الحجّية لأنه ليس حكماً ، ولكنه يحوِّز قوة الشيء المقضي فيه فيما يتعلق بانقضاء الدعوى العمومية ، ويشبه الأمر الجنائي في هذه الحالة الأمر بأنّ لا وجه لإقامة الدعوى العمومية ، وذلك في حدود معينة، وأنّ الأمر الجزائي يكتسب الحجّية لأنه في الحقيقة ليس حكماً جنائياً بل يعتبر عملاً أو قراراً قضائياً^٢.

وهناك اتجاه آخر يرى أنّ الأمر الجزائي الصادر من النيابة العامة أو القاضي إذا لم يحصل اعتراض عليه من أحدٍ وفق القانون فتتنقضي به الدعوى الجنائية وكأنّه حكم^٣. فإذا صدر الأمر الجنائي بالبراءة ولم تعترض عليه النيابة أو لم يعترض عليه المدعي المدني ، فإنّه يصبح حائزاً لقوة الشيء المقضي به ، ولا يجوز إلغاءه أو الرجوع فيه حتى إذا ظهرت أدلة جديدة، لأنّه بينما الأمر بأنّ لا وجه لإقامة الدعوى فاصل في التحقيق، فإنّ الأمر الجنائي يعتبر فاصلاً في الموضوع مثل الحكم، فهو قطعي وليس إجراء من إجراءات التحقيق، وإذا صدر الأمر الجنائي بالإدانة وصار نهائياً بعدم الاعتراض عليه فإنّه إذا تصادف أن أقيمت

^١ د رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، دار النهضة العربية، ١٩٨٣، ص ١٣٧.

^٢ د احمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ١١٢.

^٣ د مأمون سلامة ، الإجراءات الجنائية معلقاً عليها بأحكام الفقه والقضاء الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، ١٩٨٠، ص ٢٦٧.

الدعوى الجنائية بالإجراءات العادية في ذات الواقعة التي فصل فيها ذلك الأمر، يتعين الحكم بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها وليس ذلك إلا تأكيداً لصفة الحكم في الأمر الجنائي¹.

وبناءً عليه؛ فإنّ حجّية الأمر الجنائي تتماثل وحجّية الأحكام الجنائية، فمتى صار الأمر نهائياً واجب التنفيذ فإنّه يؤدي إلى انقضاء الدعوى العمومية بصفة دائمة، ويمنع من إعادة طرحها ثانية أمام القضاء بالنسبة لذات الواقعة طالما هناك اتحاد في السبب والموضوع والخصوم، وهذا ما يطلق عليه بالقوة السالبة للأمر الجنائي في إنهاء الدعوى.

وتتميز حجّية الأمر الجنائي عن الأحكام الجنائية متى صار نهائياً واجب التنفيذ بأنّه لا يجوز الطعن فيه بأي وجه من الوجوه، فلا يجوز الطعن فيه بالمعارضة والاستئناف أو النقض أو إعادة النظر، وهذا ما نصت عليه المادة 38 مكرراً من القانون الجزائري.

خاتمة:

يحقق الأمر الجزائري السرعة في الإجراءات وتبسيطها واختصارها، ووضع حدٍ نهائيٍّ للدعوى بما يكفل استقرار الأوضاع القانونية. ولذلك تتجلى الحكمة منه في تحقيق السرعة في الفصل في الدعاوى الجنائية قليلة الأهمية، وتبسيط إجراءاتها بغرض التخفيف من أعباء المحاكم حتى تتفرغ لنظر الدعاوى الهامة والخطيرة.

وعلى الرغم من الانتقادات الموجهة إلى الأمر الجزائري والمتمثلة في اعتباره اعتداءً على المبادئ العامة التي تحكم القانون الجنائي، إذ يمثل مخالفة صريحة لقاعدة حضور الخصوم والفصل، في غير علانية ودون رقابة من الجمهور ويمسُّ بمبدأ حق المتهم في الدفاع عن نفسه، إلا أنّ هذه الانتقادات مردود عليها حيث يستطيع المتهم بمطلق إرادته الاعتراض على الأمر الجزائري، وبالتالي فإنّ المزايا التي يحققها الأمر الجزائري تفوق كل عيوبه ويعتبر الحلّ الأمثل لتفادي طول الإجراءات الجزائية وتعقيدها.

أما فيما يخص التشريع الجزائري فكان من الأحسن أن ينصّ المشرّع الجزائري على إلزامية الأمر الجزائري في مواد المخالفات على غرار ما أقره المشرّع القطري وذلك للفصل بشكل نهائيٍّ في الأخذ بنظام الأمر

¹ د محمود سمير عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 241.

الجزائي و تطبيقه في هذا المجال لتحقيق الغايات العملية المرجوة منه و تخفيف العبء على عمل العدالة لتتفرغ للنظر في القضايا المهمة و الخطيرة.

قائمة المراجع المعتمدة:

أ- النصوص القانونية:

١- النصوص الأجنبية:

١- قانون رقم ١٧ لسنة ١٩٦٠ بإصدار قانون الإجراءات و المحاكمات الجزائية الكويتي.

٢- المرسوم السلطاني رقم ٩٩/٩٧ بإصدار قانون الإجراءات الجزائية العماني.

٢- النصوص الوطنية :

١- الأمر رقم ٦٦-١٥٥ المؤرخ في ٨ يوليو سنة ١٩٦٦ المتضمن قانون الاجراءات الجزائية المعدل بالأمر رقم ١٥-٢٠١٥ المؤرخ في ٢٣ يوليو سنة ٢٠١٥.

أ- الكتب:

١- د إسماعيل محمد عبد الشافي، الأمر الجنائي : دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧ .

٢- محمد حكيم حسين، النظرية العامة للصالح و تطبيقاتها في المواد الجنائية، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٥.

٣- د محمد نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.

٤- د احمد ضياء الدين خليل، قواعد الإجراءات الجنائية ومبادئها في القانون المصري، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩ .

٥- د محمد نجيب حسني، قوة الحكم الجنائي في إنهاء الدعوى الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧.

٦- د مدحت محمد عبد العزيز إبراهيم، الأمر الجنائي، دراسة تحليلية مقارنة بين التشريع المصري و الفرنسي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.

- ٧- د محمود سمير عبد الفتاح، النيابة العامة وسلطتها في إنها ء الدعوى العمومية دون محاكمة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ١٩٨٦.
- ٨- يسر أنور علي، دراسات في التشريع الجنائي المقارن التدابير، الأمر الجنائي، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٩٤.
- ٩- د عبد الرؤوف مهدي، القواعد العامة للإجراءات الجنائية، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٥.
- ١٠- د عمر سالم، تيسير الإجراءات الجنائية دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.
- ١١- د فوزية عبد الستار، شرح قانون الإجراءات الجزائية في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦.
- ١٢- د رؤوف عبید، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٣.
- ١٣- د مأمون سلامة، الإجراءات الجنائية معلقا عليها بأحكام الفقه والقضاء، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، ١٩٨٠.

ب- الأطروحات و الرسائل:

- ١- د أحمد محمد يحي محمد إسماعيل، الأمر الجنائي و الصلح في الأنظمة الإجرائية المقارنة، رسالة دكتوراة، القاهرة، ١٩٨٥.
- ٢- عبد العزيز بن مسهوج جار الله الشميري، الأمر الجنائي وأثره في إنهاء الخصومة الجنائية في دول مجلس التعاون الخليجي، رسالة ماجستير، جامعة نايف للعلوم الأمنية، ٢٠٠٨.

النطاق القانوني لسلطة المحكمة بفتح باب المرافعة مجدداً في الدّعى المدنية في التّشريع العراقي

د. عبد المنعم عبد الوهاب محمد، نقابة المحامين، البصرة (العراق)

الملخص :

أجاز القانون لمحكمة الموضوع أن تقرّر فتح باب المرافعة مجدداً في الدّعى المدنية، قبل إصدار الحكم فيها ، وذلك إذا ما اقتنعت بوجود ما يبرر هذا الإجراء . وإذا كان هذا القرار يخضع لسلطة محكمة الموضوع التّقديرية ، فان السلطة التي منحها القانون للمحكمة بهذا الشأن ليست مطلقة الحدود. فما هو النّطاق القانوني لسلطة المحكمة بفتح باب المرافعة مجدداً في الدّعى المدنية؟ . هذا ما سعينا للإجابة عليه في هذا البحث .

Summary:

The law was permit for the trial court to decide to open argument again in the civil case before rendition of judgment if satisfied that there is justification for this procedure. Although this decision is subject to the discretion authority of the trial court, but the authority which granted by the law to the trail court in this object is not absolute limits. So, what is the legal range for the authority of the court with regard to open argument again in the civil case? This is what we sought to answer it in this study.

مقدمة :

يرسم قانون المرافعات المدنية طريقاً محددًا للدعوى المدنية منذ لحظة تحريكها وحتى صدور الحكم فيها واكتسابه الدرجة القطعية ، وذلك عبر سلسلة من الإجراءات والسياقات الملزمة لمحكمة الموضوع والخصوم على حد سواء .

وتعتبر المرافعة من أهم الإجراءات التي تتولاها المحكمة للنظر في الدعوى المعروضة عليها ، حيث تتبين فيها صفة الخصوم ومن يمثلهم ، وتستمع إلى أقوالهم ، وتطلع على ما يبرزونه من مستندات ، وما يقدمونه من أدلة ، تثبت ادعاءاتهم أو تؤيد دفوعهم ، وتتخذ خلالها من القرارات والتدابير والإجراءات الأخرى ما يمكنها من تمحيص موضوع النزاع القائم لبت بطلبات الخصوم ... وكل ذلك وفق نظام منضبط لإدارة جلسة المرافعة لتوجيهها الوجهة الصحيحة التي تفضي إلى الفصل في النزاع القائم ، وإصدار حكم في الدعوى المعروضة .

وتبدأ المرافعة بموعد تحدده المحكمة باليوم والساعة ، وغالبا ما تستمر لأكثر من جلسة واحدة. فإذا ما استوفت المحكمة كافة الإجراءات المتعلقة بالدعوى واطمأنت إلى الإحاطة بموضوعها تقرر ختام المرافعة ، لتتوجه بعد ذلك لإصدار حكمها فيها . حيث يفهم من قرار المحكمة ختام المرافعة في الدعوى ، إعلانها الضمني باستيفاء الدعوى المعروضة أمامها كافة الإجراءات المطلوبة قانونا لإصدار حكم فيها .

ولعل أول ما يترتب على قرار المحكمة ختام المرافعة في الدعوى ، أن يمتنع على أطرافها إبداء أية أقوال أو دفوع أو إضافات على ما سبق وقدموه خلال جلسات المرافعة . وهذا هو الأصل العام. غير أن القانون ، واستثناء من هذا الأصل ، قد أجاز لمحكمة الموضوع أن تقرر فتح باب المرافعة مجددا في الدعوى ، قبل إصدار الحكم فيها ، وذلك أما بناءً على طلب مسبب يقدمه أحد الخصوم وتقتنع المحكمة بأسبابه ، وإما لاكتشافها نقصا في الإجراءات الواجب عليها استيفائها قبل إصدار حكمها في الدعوى .

ويثير موضوع سلطة المحكمة التقديرية في فتح باب المرافعة مجددا في الدعوى من عدمه إشكالية معرفة حدود هذه السلطة ؛ ومهما اتسع نطاق السلطة التي يمنحها القانون للمحكمة في أي موضع من مواضع تطبيقه ، إلا أنها تبقى سلطة غير مطلقة ، ولا بد أن تقيدها وتؤطر حدودها قواعد القانون وأحكامه .

وتبرز أهمية البحث في هذه الإشكالية ، في أن تحديد النطاق القانوني لسلطة المحكمة التقديرية بفتح باب المرافعة مجددا في الدعوى ، يشكل - أولا - ضمانا مضافة لعدم تجاوز القضاء حدود ما هو مرسوم له قانونا ، فلا يقبل من طلبات الخصوم ما لا يتوافق مع أحكام القانون ، ولا يتعسف في رد المشروع من

طلباتهم تحت ذريعة عدم القناعة بها . ويفضي - ثانيا - إلى تعزيز واحد من أهم المبادئ التي يحرص المشرع على إشاعتها في نفوس المتخاصمين وهو مبدأ الثقة بعدالة أحكام القضاء والاطمئنان إلى سلامة إجراءاته . وهكذا فإن البحث في هذه الإشكالية يتعدى ما يتصل بالجانب الإجرائي في تنفيذ النص القانوني إلى ما يلامس جانب مهم من أهداف القضاء وغاياته في المنظومة الاجتماعية .

وحالا لإشكالية هذا البحث ، وسعيا للإجابة على ما طرحه من أسئلة وملاحظات، قسّمت هذا البحث على ثلاثة مطالب ، خصصت المطلب الأول لاستعراض أحكام ختام المرافعة ، وخصصت المطلب الثاني لاستعراض أحكام فتح باب المرافعة مجددا ، وخصصت المطلب الثالث لبيان حدود سلطة المحكمة التقديرية في فتح باب المرافعة مجددا ، ثم أنهيت البحث بخاتمة توجز ما توصلت إليه من نتائج في موضوع البحث .

المطلب الأول : أحكام ختام المرافعة

نصّت المادة/١٥ مرافعات مدنية : " إذا تهيأت الدعوى لإصدار الحكم تقرر المحكمة ختام المرافعة ، ثم تصدر حكمها في ذات اليوم أو تحدد للنطق به موعدا آخر لا يتجاوز خمسة عشر يوما من تاريخ تفهيم ختام المرافعة " .

فبعد أن تستوفي المحكمة النظر في الدعوى المعروضة عليها ، وذلك باستماعها لأقوال الخصوم وطلباتهم ودفعهم ، وإطلاعها على ما يسوقونه من الحجج وما يبرزونه من المستندات ، وتحققها في كل ما له علاقة بموضوع النزاع ، وتطمئن إلى تهيأ الدعوى للحكم ، تقرر ختام المرافعة فيها . فختام المرافعة - كما عرفه الفقه القانوني - هو : تقرير صلاحية الدعوى للفصل فيها بحالتها بعد تمكين الخصوم من الإدلاء بكل دفاعهم¹ .

ومما يفهم من نص المادة أعلاه أن ختام المرافعة هو الخطوة الأولى من آخر ثلاث خطوات نهائية ومتتابعة تفضي إلى حسم النزاع المعروض على المحكمة ، حيث تليها خطوتها المداولة والنطق بالحكم . فالقرار بختام المرافعة من الإجراءات الواجب على محكمة الموضوع اتخاذها ، بعد استكمالها لمتطلبات الدعوى المنظورة من قبلها ، وقبل النطق بالحكم فيها . وإغفال المحكمة لهذا الإجراء يجعل حكمها في الدعوى موجبا للنقض . وعليه لا يجوز للمحكمة إصدار حكمها في الدعوى في جلسة المرافعة قبل أن تقرّر في ذات الجلسة ختام

¹ د. احمد أبو الوفا ، نظرية الأحكام في قانون المرافعات ، ط ٣ ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ١٩٧٧ ، ص ٦٦ .

المرافعة ، ثم لها بعد ذلك - وليس قبله - أن تصدر حكمها في الدّعى في اليوم ذاته ، أو أن تحدد موعداً آخر للنطق به¹ لا يتجاوز خمسة عشر يوماً من تاريخ إتمام المرافعة².

وقرار المحكمة بإفهام ختام المرافعة من القرارات الإعدادية التي تتخذها المحكمة قبل أن تصدر حكمها النهائي في موضوع النزاع³ ، وعليه فهو من القرارات التي لا يجوز الطعن بها إلا بعد صدور الحكم الحاسم في الدّعى⁴.

وطبقاً لنص المادة ١٥٥ مرافعات يجب على المحكمة بعد ختام المرافعة في الدّعى المنظورة من قبلها أن تصدر حكمها فيها خلال مدة لا تتجاوز خمسة عشر يوماً من تاريخ إتمام المرافعة.

المطلب الثاني : أحكام فتح باب المرافعة مجدداً

الأصل أنه ما بين ختام المرافعة وصدور الحكم في الدّعى ، لا يجوز للمحكمة قبول أية مستندات أو مذكرات من أحد الخصوم أو الاستماع إلى أية توضيحات منه بغياب الخصم الآخر ، هذا ما قضت به الفقرة ١ من المادة ١٥٥ مرافعات مدنية⁵ ، وذلك منعاً لمفاجأة الخصم الغائب بدفع أو سند لم يقدم بحضوره ، مما يخل بضمان حق الدفاع المكفول له قانوناً⁶.

¹ قرار محكمة استئناف بغداد/ الرصافة بصفتها التمييزية المرقم ٢٠٠٦/م/٩٠٤ في ٢٠٠٦/٥/٢٨ . موفق علي العبدلي ، المختار من قضاء محكمة استئناف بغداد / الرصافة بصفتها التمييزية ، مكتبة صباح ، بغداد ، ٢٠١٠ ، ص ١١٦ .

² كما وجاء في قرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية : " أن المحكمة كانت قد أجلت المرافعة إلى يوم ١٥/٢/١٩٩٢ لغرض التدقيق ، وفي اليوم المذكور أصدرت الحكم المميز دون أن تعقد جلسة لنظر الدّعى بحضور أطرافها أو بحضور من حضر منهم وتستمع إلى آخر أقوالهم ثم تقرر ختام المرافعة وتصدر حكمها في اليوم ذاته أو تحدد للنطق به موعداً آخر لا يتجاوز خمسة عشر يوماً من تاريخ تفهيم ختام المرافعة وذلك تطبيقاً لأحكام المادة (١٥٦) من قانون المرافعات المدنية ، وحيث أنها خالفت ما تقدم لذا قرر نقض الحكم المميز من هذه الجهة . (القرار ٣٢٢٧/حقوقية/٩٢ في ١٩٩٢/١٢/٦ نقلاً عن القاضي مدحت الحمود ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وتطبيقاته العملية ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ص ٢٠٦) .

³ عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ، ج ٣ ، ط ٢ ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٩ ، ص ١٧٨ .

⁴ حددت المادة ٢١٦ مرافعات مدنية القرارات الجائز الطعن بما تميزا على سبيل الحصر ، فجاء فيها : يجوز الطعن بطريق التمييز في القرارات الصادرة من القضاء المستعجل وفي الحجز الاحتياطي والقرارات الصادرة في التظلم من الأوامر على العرائض والقرارات الصادرة بأبطال عريضة الدّعى أو بوقف السير في الدّعى واعتبارها مستأخرة حتى يفصل في موضوع آخر ، والقرارات الصادرة برفض توحيد دعويين مرتبطتين أو برفض الإحالة لعدم الاختصاص القيمي أو المكاني ، أو قرار رد طلب تصحيح الخطأ المادي في الحكم أو قبوله وقرار رفض طلب تعيين المحكمين وردهم وقرار تحديد أجور المحكمين . وتكون مدة الطعن في هذه القرارات سبعة أيام من اليوم التالي لتبليغ القرار أو اعتباره مبلغاً .

⁵ نصت المادة ١٥٧/ ١٥٧ ف١ مرافعات مدنية : لا يجوز للمحكمة بعد أن تقرر ختام المرافعة أن تسمع توضيحات من احد الخصوم إلا بحضور الخصم الآخر ولا أن تقبل مذكرات أو مستندات من أحد الطرفين .

⁶ عبد الرحمن العلام ، مصدر سابق ، ص ١٧٧ . القاضي مدحت الحمود ، مصدر سابق ، ص ٢٠٦ .

واستثناءاً من هذا الأصل أجازت الفقرة^١ من المادة أعلاه للمحكمة فتح باب المرافعة مجدداً في الدعوى ، قبل إصدار الحكم فيها ، وذلك إذا ما ظهر لها ما يستوجب ذلك ، على أن تُدَوَّن ما يبرر هذا القرار^١ .

فلمحكمة الموضوع ، وبعد أن تقرر ختام المرافعة في الدعوى المنظورة من قبلها ، وتحدد موعداً للنطق بالحكم فيها ، وتختلي بنفسها للمداولة بموضوع الدعوى ، سواء كانت مشكلة من قاضي منفرد أو من هيئة قضائية ، أن تقرر فتح باب المرافعة مجدداً في ذات الدعوى ، إذا تبين لها ما يستدعي ذلك . وهذا الجواز القانوني مناط بقرار صريح من المحكمة بهذا الشأن ، وعليه لا يجوز للمحكمة التي قررت ختام المرافعة في الدعوى ، وعينت موعداً للنطق بالحكم فيها ، أن تستمر في يوم النطق بالحكم بالمرافعة دون أن تقرر صراحة فتح باب المرافعة مجدداً في الدعوى عملاً بالفقرة^٢ من المادة^{١٥}/ مرافعات مدنية^٢ .

ويمتد النطاق الزمني لقرار المحكمة بفتح باب المرافعة مجدداً في الدعوى من ما بعد الجلسة الختامية للمرافعة ، وحتى ما قبل موعد النطق بالحكم فيها ، سواء كان هذا الموعد في ذات يوم جلسة ختام المرافعة ، أو في أي يوم آخر ضمن المهلة الممنوحة للمحكمة قانوناً للنطق بالحكم ، والتي هي خمسة عشر يوماً من تاريخ إفهام ختام المرافعة كما أوجبت ذلك المادة^{١٥}/ مرافعات مدنية .

ويجب على المحكمة حين تقرر فتح باب المرافعة مجدداً في الدعوى ، أن تدعو كافة الخصوم فيها للحضور أمامها في موعد محدد ، وذلك بتبليغهم وفق أحكام التبليغ المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية ، حتى من كان منهم متغيباً عن جلسات المرافعة المنقضية^٣ ، وعليها التثبت من تحقق تبلغ كافة الأطراف أصولياً^٤ ، فإذا لم تقم بذلك فإن جميع القرارات التالية لقرارها بفتح باب المرافعة مجدداً في الدعوى لا يترتب عليها أي اثر قانوني ، أي إنها تكون معدومة قانوناً^٥ . أما قرارها بفتح باب المرافعة مجدداً ، فيرتب آثاره القانونية ، ويكون محلاً لنظر محكمة الطعن عند الطعن بالحكم الصادر في الدعوى ، فتصدقه أو تنقضه ، تبعاً لموافقته نص الفقرة^٢ من المادة^{١٥}/ مرافعات مدنية وأحكام القانون الأخرى من عدمه .

^١ نصت المادة ١٥٧/ ف٢ مرافعات مدنية : يجوز للمحكمة فتح باب المرافعة مجدداً إذا ظهر لها ما يستوجب ذلك على أن تدون ما يبرر هذا القرار .

^٢ قرار محكمة تمييز العراق رقم ١٠٨٥/مدنية أولى/ ١٩٩٠ في ١٩٩١/٩/٤ . إبراهيم المشاهدي ، المختار من قضاء محكمة التمييز - قسم المرافعات المدنية ، ج ٢ ، مطبعة الزمان ، بغداد ، ١٩٩٩ ، ص ٨٤ .

^٣ جاء في قرار لمحكمة تمييز العراق : أن فتح باب المرافعة لاتخاذ إجراء ما يجب أن يعلن للخصم حتى وإن كان قد حضر جلسات المرافعة وتغيب بعد ذلك حتى يكون على علم بما جرى من إجراءات ليتمكن من الطعن . (القرار ٢٠٣/مدنية ثالثة/٩٧ في ١٩٩٧/١٢/٢٣ . نقلاً عن القاضي مدحت الحمود ، مصدر سابق ، ص ٢٠٧) .

^٤ جاء في قرار لمحكمة تمييز العراق : " لوحظ أن المحكمة بعد أن قررت فتح باب المرافعة مجدداً قد أخرجت المرافعة حضوراً وعلناً بغياب وكيل المدعى عليه ودون التحقق من تبليغ م وكله واستمرت بإجراءات المرافعة دون إتمامها لإجراءات التبليغ ، فيكون حكمها قد شابه البطلان ، لذا قرر نقضه " . (القرار رقم ٩٧٤/هيئة مدنية مقبول/ ٢٠١٠ في ٢٠١٠/١٠/١٨) .

القرار منشور في موقع مجلة التشريع والقضاء الإلكتروني www.tqmag.net .

^٥ د. عصمت عبد المجيد بكر ، أصول المرافعات المدنية ، ط ١ ، منشورات جامعة جيهان ، اربيل ، ٢٠١٣ ، ص ٦٦٥ .

وعلى المحكمة المعنية أن تفصح عن الأسباب التي حملتها لاتخاذ القرار بفتح باب المرافعة مجددا في الدعوى المنظورة من قبلها ، وذلك بتدوين تلك الأسباب في محضر الدعوى . هذا ما توجبه عبارة " على أن تدون ما يبرر هذا القرار " الواردة في الشطر الأخير للفقرة ٢ من المادة ١٥/١٥ مرافعات مدنية . ومقتضى الوجوب في هذا الأمر هو أن المحكمة حين قررت ختام المرافعة في الدعوى المنظورة من قبلها ، قد نقلت هذه الدعوى من مرحلة البحث والتقصي - بعد أن استوفت النظر فيها - وهي مرحلة غير مقيدة بسقف زمني قانونا ، إلى مرحلة الفصل في النزاع القائم بإصدار الحكم فيها خلال مدة لا تتجاوز خمسة عشر يوما من تاريخ إتمام ختام المرافعة وفقا لما تقضي به المادة ١٥/١٥ مرافعات مدنية . أي أن ثمة وجوب قانوني على المحكمة يلزمها بإصدار الحكم في الدعوى المنظورة من قبلها خلال مدة الخمسة عشر يوما من تاريخ إعلانها ختام المرافعة فيها ، وان مخالفة هذا الوجوب القانوني ، بعدم إصدار حكم في الدعوى وفقا لما تقدم يجب أن يكون له ما يبرره من الأسباب ، وإلا فإنه سيشكل خرقا منها لما تقضي به المادة ١٥/١٥ مرافعات مدنية .

علاوة على ذلك فان تسبب المحكمة لقرارها بفتح باب المرافعة مجددا يضع الخصوم في الدعوى على بينة مما قرره حيث يمكنهم من التهيؤ لإبداء ما لديهم بشأنه¹ ، وفي ذلك تعزيز لحق الدفاع المكفول بنص القانون لجميع المتقاضين . لذا فان عدم تسبب المحكمة لقرارها بفتح باب المرافعة مجددا في الدعوى يجعله حريا بالنقض لمخالفته صريح نص المادة ١٥/١٥ ف٢ مرافعات مدنية .

والقرار بفتح باب المرافعة مجددا - كما القرار بختامها - يعد من القرارات الإعدادية التي تتخذها محكمة الموضوع قبل إصدار حكمها في الدعوى ، وبالتالي فهو لا يخضع للطعن به على انفراد ، إنما يمكن الطعن به بعد صدور الحكم فيها² .

وعمليا ، فان قرار محكمة الموضوع بفتح باب المرافعة مجددا في الدعوى يرجع إلى إحدى حالتين :

الحالة الأولى : إذا وجدت المحكمة أثناء تدقيقها لأوراق الدعوى ، بعد ختام المرافعة فيها ، أن ثمة ما هو غير واضح من مستنداتها أو أقوال الخصوم أو طلباتهم أو دفعوهم ، أو أن ثمة ما هو غير مستوفي من إجراءات المرافعة³ ، أو أي إجراء آخر مما تتطلبه طبيعة الدعوى أو وسائل الإثبات فيها .

¹ القاضي مدحت المحمود ، مصدر سابق ، ص ٢٠٦ .

² جاء في قرار محكمة استئناف بغداد - الكرخ الاتحادية بصفتها التمييزية : " أن قرار فتح باب المرافعة مجددا لاستكمال التحقيقات في الدعوى هو من القرارات الإعدادية التي لا تنتهي بها الدعوى ولا يجوز الطعن فيها على انفراد بل يمكن الطعن فيها بعد صدور الحكم الحاسم في الدعوى " . (القرار ٣٨٥/حقوقية/٢٠١٣ في ٢٠١٣/٨/٧ . منشور على موقع مجلة التشريع والقضاء الالكتروني www.tqmag.net .

³ عبد الرحمن العلام ، مصدر سابق ، ص ١٧٨ .

الحالة الثانية: بناء على طلب من احد الخصوم في الدعوى لإبداء دفع جدي لم يثار خلال المرافعات ، أو لتقديم مستند هام لم يعرض في الدعوى¹.

ووفقا لظاهر نص الفقرة ٢ من المادة ١٥/١٥ مرافعات مدنية ، فان مرجع الأمر بفتح باب المرافعة من عدمه يعود إلى سلطة المحكمة التقديرية ، وذلك لان القانون لا يُلزم المحكمة بفتح باب المرافعة بناء على طلب الخصم بعد حجز القضية للحكم ، وهو من ناحية أخرى لا يُلزمها بالحكم متى قفلت باب المرافعة فيها². فمحكمة الموضوع لها أن تقرر فتح باب المرافعة إذا ما استشفت تأثيرا لمضمون الطلب المقدم لها من الخصم ، أو رأت فيه جدية تبرر الاستجابة له ، كما لها أن ترفض الطلب إذا وجدت أن مضمونه غير قيمة منتجة في الدعوى ، أو استشعرت منه انه كيدي يبتغي الخصم من ورائه إطالة أمد التقاضي .

ولقد سبق وقلنا : أن قرار محكمة الموضوع بفتح باب المرافعة مجددا في الدعوى المنظورة من قبلها يكون محلا لنظر محكمة الطعن عند الطعن بالحكم الصادر في الدعوى ، فتصدقه أو تنقضه ، تبعا لموافقته نص الفقرة ٢ من المادة ١٥/١٥ مرافعات مدنية وأحكام القانون الأخرى من عدمه ، وهو ما يعني أن السلطة التقديرية التي منحها القانون لمحكمة الموضوع في اتخاذها لهذا القرار ليست مطلقة ، إذ لا بد من موافقة ما بني عليه هذا القرار من أسباب لأحكام القانون ، وعدم مخالفتها لأي نص من نصوصه النافذة . ولذلك يصح القول بأنه لا يسوغ قانونا للمحكمة الاحتجاج بسلطتها التقديرية فتمتنع عن فتح باب المرافعة مجددا لاستكمال نقص أو لتلافي خطأ في إجراء تتطلبه الدعوى المنظورة من قبلها ، كما ولا يسوغ لها أيضا الاحتجاج بسلطتها التقديرية فتقرر فتح باب المرافعة مجددا في الدعوى للقيام بأي إجراء يخالف أو يتجاوز أحكام القانون أو نصوصه العاملة .

ونفصل الحديث في هذا الشأن في المطلب التالي .

المطلب الثالث: حدود سلطة المحكمة التقديرية في فتح باب المرافعة مجددا

يمكن تقسيم حالات فتح باب المرافعة مجددا بالنظر لسلطة المحكمة التقديرية بشأنها إلى قسمين : حالات وجوبية ، وأخرى غير وجوبية .

أما الحالات الوجوبية ، فهي الحالات التي يتوجب على محكمة الموضوع فتح باب المرافعة مجددا في الدعوى المنظورة من قبلها ، والتي سبق وأصدرت قرارا بختام المرافعة فيها ، وذلك أما لتصحيح وضع قانوني

¹ د. احمد أبو الوفا ، التعليق على نصوص قانون المرافعات ، ج ٢ ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ص ٦٩٤ .

² عبد الرحمن العلام ، مصدر سابق ، ص ١٧٨ .

أو لإكمال نقص أو تلافي خطأ في إجراء تتطلبه الدعوى المنظورة قبل إصدار الحكم فيها . فالمحكمة المعنية هنا تكون ملزمة باتخاذ القرار بفتح باب المرافعة مجددا ، ولا تملك أية سلطة تقديرية في الامتناع عن ذلك . ومصدر الإلزام هنا هو ما تقضي به نصوص القانون من إجراءات لازمة لحسم النزاع في الدعوى المنظورة .

وكمثال على حالة تصحيح الوضع القانوني : وفاة قاضي محكمة الموضوع ، أو أحد أعضائها أن كانت مشكلة من هيئة قضائية ، أو نقله أو صدور أمر بتقاعده أو أبعاده عن العمل القضائي ، وغيرها من الأحوال التي تبعده عن إتمام نظر الدعوى المعروضة على المحكمة ، وذلك بعد ختام المرافعة في الدعوى وقبل إصدار الحكم فيها . ففي مثل هذه الحالة يجب على المحكمة بتشكيلتها الجديدة (بالقاضي البديل) أن تقرر فتح باب المرافعة مجددا في الدعوى¹ ، لأي من الأسباب سالفة الذكر أو سواها ، لتثبت تشكيلها الجديدة في محاضر الدعوى ، ثم لها بعد إتمام هذا الإجراء أن تقرر ختام المرافعة وتحدد موعدا لإصدار الحكم حسب ما يترأى لها بعد اطلاعها على أوراق الدعوى² .

ومثال على حالة إكمال النقص في الإجراءات : إذا اكتشفت محكمة الموضوع لدى تدقيقها لأوراق الدعوى بعد ختام المرافعة فيها وتحديد موعد للنطق بالحكم بها ، إنها قد أغفلت تحليف المدعي الذي اثبت استحقاقه على تركة المتوفى ، يمين الاستظهار المنصوص عليها في الفقرة - أولا من المادة/ ١٢ من قانون الإثبات³ . فعلى المحكمة في هذه الحالة أن تقرر فتح باب المرافعة مجددا في الدعوى للسبب المذكور ، لتكمل ما اعتراها من نقص ، ثم لها بعد ذلك أن تقرر ختام المرافعة وتحدد موعدا جديدا للنطق بالحكم فيها .

أن القرار بفتح باب المرافعة مجددا في مثل هذه الحالات يكون وجوبيا على المحكمة ، بمعنى أنها لا تملك أية سلطة تقديرية في عدم اتخاذه ، وعليها أن تتخذه من تلقاء نفسها ، حيث لا يترك طلبه لأي من الخصوم ؛ لأن المحكمة هي الجهة المناط بها العلم بالقانون وتنفيذه. أما الحالات غير الوجوبية ، فتندرج تحتها اغلب الطلبات التي يقدمها أي من الخصوم في الدعوى وتتضمن الطلب بفتح باب المرافعة مجددا في الدعوى إما لإثارة دفع جديد فيها يعتقد الخصم أنه مؤثر في رد ادعاءات خصمه ، أو لعرض مستند لم يسبق له عرضه، ويرى فيه حجة على خصمه . وتقدير قيمة هذه الطلبات مناط بالمحكمة ، فلها أن تقبل الطلب إذا ما اقتنعت بجديته وبإمكانية تغييره لمسار الدعوى ، ولها أن ترفضه إذا وجدته غير ذي تأثير على نتيجة

¹ جاء في قرار محكمة تمييز العراق : " إذا تغير احد القضاة الذين حصلت المرافعة أمامهم لأي سبب من الأسباب ، وجب فتح باب المرافعة من جديد " . (القرار ٢٤٦ / موسعة أولى / ٨٨ في ١٩٨٨ / ٨ / ١ . مجموعة الأحكام العدلية . تصدر عن وزارة العدل العراقية ، ع ٣ ، ١٩٨٨ ، ص ٦١) .

² لمزيد من التفصيل في الموضوع ينظر بحثنا الموسوم " الحكم القضائي المنعدم " المنشور في مجلة جيل الأبحاث القانونية المعتمدة ، العدد الخامس - يوليو ٢٠١٦ ، ص ٨٠ وما بعدها .

³ نصت المادة/ ١٢٤ من قانون الإثبات : " تحلف المحكمة من تلقاء نفسها في الأحوال الآتية : أولا : إذا ادعى احد في التركة حقا وأثبتته ، فتحلفه المحكمة بيمين الاستظهار على انه لم يستوف هذا الحق بنفسه ولا بغيره من المتوفى بوجه ولا أبراه ولا أحاله على غيره ولا استوفى دينه من الغير وليس للمتوفى في مقابلة هذا الحق رهن " .

الدعوى ، أو انه مجرد تكرار يستهدف إطالة أمد النزاع فيها . فإذا قبلت الطلب وقررت فتح باب المرافعة مجددا في الدعوى فعليها - كما أسلفنا سابقا- أن تدون ما يبرر اتخاذها هذا القرار وفقا لما تقضي به الفقرة ٢ من المادة ١٥١ مرافعات مدنية ، وللخصم الآخر أن يطعن بهذا القرار أمام المحكمة المختصة بالطعن مع الحكم الصّادر في الدعوى . وكذلك إذا رفضت الطلب ، فلمن رفض طلبه أن يطعن بقرارها هذا لدى محكمة الطعن المختصة بالطعن مع الحكم الصادر في الدعوى .

ونقول أن الحالات غير الوجوبية في فتح باب المرافعة مجددا تندرج تحتها اغلب طلبات الخصوم بهذا الشأن ، وليس كل

طلباتهم ، وذلك لان من طلبات الخصوم ما قد يتضمن تنبيه المحكمة إلى إغفالها إجراء تتطلبه طبيعة الدعوى المنظورة . فإذا ما تحقق للمحكمة صحة ما تضمنه الطلب ، ستكون ملزمة بالموافقة عليه .

إذن فالمعيار المعول عليه في التمييز بين الحالات الوجوبية والحالات غير الوجوبية في فتح باب المرافعة مجددا في الدعوى هو : أن الحالات الوجوبية تأتي لتصحيح وضع قانوني أو لإكمال نقص أو تلافي خطأ في إجراء تتطلبه الدعوى المنظورة ، بينما الحالات غير الوجوبية فهي تأتي إما لإثارة دفع جديد من الخصم أو لعرض مستند لم يسبق له عرضه في الدعوى .

غير أن ثمة ما يطرح في واقع عمل المحاماة فيثير قدرا من الشك بإمكانية اعتماد محكمة الموضوع لمعيار محدد للفصل في طلبات الخصوم بفتح باب المرافعة مجددا في الدعوى ، خصوصا إذا ما تعلقت تلك الطلبات بإجراءات الفصل الحاسم للنزاع فيها . وكمثال لما يطرح تساؤل اعتراض مفاذه : هل يسوغ لمحكمة الموضوع رفض طلب الخصم بفتح باب المرافعة مجددا في الدعوى ليحلف اليمين الحاسمة ؟ .

إن مواجهة هذا السؤال الاعتراضي يضعنا أمام فرضيتين في موضوعه . الفرضية الأولى هي : أن طلب الخصم فتح باب المرافعة مجددا في الدعوى لتحليفه اليمين الحاسمة فيها ، يأتي بعد أن اعتبرت المحكمة خصمه الآخر عاجزا عن الإثبات أثناء نظرها الدعوى فمنحت ذلك الخصم العاجز حق تحليف خصمه (طالب فتح باب المرافعة مجددا) اليمين الحاسمة استنادا لنص المادة ١١٨^١ من قانون الإثبات^١ ، فطلب الخصم العاجز ذلك ، فتوجهت المحكمة لخصمه بحلف اليمين الحاسمة لكنه رفض الحلف ، كما ورفض

^١ تنص المادة/١١٨ من قانون الإثبات : " إذا عجز الخصم عن إثبات ادعائه أو دفعه فعلى المحكمة أن تسأله عما إذا كان يطلب تحليف خصمه اليمين الحاسمة من عدمه ، فان طلب ذلك وكان الخصم حاضرا بنفسه حالته المحكمة ، وفي حالة غيابه جاز لها إصدار الحكم غيابيا معلقا على النكول عن اليمين عند الاعتراض ببناء على طلب من الخصم حتى لو كان الخصم الآخر قد حضر بعض جلسات المرافعة " .

رد اليمين على خصمه الذي وجهها إليه ، فيكون بذلك قد خسر الدعوى وفقا لما تقضي به الفقرة- ثالثا من المادة/11 من قانون الإثبات¹ . أما الفرضية الثانية فهي : أن طلب الخصم فتح باب المرافعة مجددا في الدعوى لتحليفه اليمين الحاسمة فيها ، يأتي بعد أن اعتبرته المحكمة عاجزا عن الإثبات أثناء نظرها الدعوى فمنحته حق تحليف خصمه الآخر اليمين الحاسمة استنادا لنص المادة/11 من قانون الإثبات ، فطلب ذلك ، فتوجهت المحكمة لخصمه الآخر ليحلف اليمين الحاسمة ، فأجاب هذا الأخير برد اليمين على من وجهها إليه استنادا للجواز القانوني في ردها الذي نص عليه الشرط الأخير للفقرة- أولا من المادة/11 من قانون الإثبات² ، لكن الخصم المردودة عليه اليمين (طالب فتح باب المرافعة مجددا) رفض الحلف ، فيكون بذلك قد خسر الدعوى وفقا لما تقضي به الفقرة- ثالثا من المادة/11 من قانون الإثبات أيضا .

نفهم من هاتين الفرضيتين ، أن طالب فتح باب المرافعة مجددا ، سبق وان وجهت إليه اليمين الحاسمة أثناء نظر الدعوى ، فرفض حلفها أو ردها على خصمه ، لذا يعد ناكلا عنها وفقا لما قضت به الفقرة - ثالثا من المادة/11 من قانون الإثبات المشار إليها قبل قليل . وحيث أن النكول يعد بمنزلة الإقرار ، ويكون ملزما لصاحبه³ ، فلا يجوز للتآكل أن يثبت ما يناقض دلالة هذا النكول⁴ بالرجوع عنه ، ويستوي في ذلك أن يكون التآكل عن اليمين ممن وجهت إليه أو ردت عليه⁵ . وعليه فكل من نكل عن حلف اليمين الحاسمة أو عن ردها على خصمه ، لم يجز له حلفها أو ردها من جديد⁶ . ترتيبا على ذلك ، فان محكمة الموضوع تكون ملزمة برد طلب فتح باب المرافعة مجددا في هاتين الحالتين ، ولا سلطة لها في قبوله ، وذلك - وكما عرفنا - لمخالفة الطلب لما تقرره أحكام القانون بهذا الشأن .

وعلى صلة بذات الموضوع يمكن أن يُطرح سؤال مفترض آخر مفاده : هل يجوز للمحكمة قبول طلب الخصم فتح باب المرافعة مجددا في الدعوى لتحليف خصمه اليمين الحاسمة ؟ . أن فرضية هذا الطلب تأتي أما لإدراك الخصم بضعف الدليل المقدم من قبله ، إثباتا لدعواه أو دفعا لادعاء خصمه ، في مقابل ما قدمه خصمه من دليل ، وإما لإحساسه بعدم اقتناع المحكمة بما بسطه أمامها من مستندات وحجج

¹ تنص الفقرة-ثالثا من المادة/119 من قانون الإثبات : " كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون أن يردها على خصمه ، وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها خسر ما توجهت به اليمين "

² جاء في الشرط الأخير للفقرة - أولا من المادة/119 من قانون الإثبات : " على من وجهت إليه اليمين أن يحلفها ، أو يردها على خصمه ... "

³ عبد المنعم عبد الوهاب محمد ، اليمين الحاسمة وحجيتها في الإثبات المدني - دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، ٢٠٠٩ ، كركوك ، ص ١١٥ وما بعدها .

⁴ عز الدين الديناصوري وحامد عكاز ، التعليق على قانون الإثبات ، ط ٣ ، بدون مطبعة ، ١٩٨٤ ، ص ٢٦٨ .

⁵ د. عبد الرزاق السنهوري ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات ، دار النهضة العربية ، ط ٢ ، ١٩٦٠ ، ص ٧٠٢ .

⁶ وهذا ما عليه إجماع الفقه القانوني العربي . ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج ٢ ، دار النشر للجامعات المصرية ، ١٩٥٦ ، ص ٥٦٩ . د. سليمان مرقس ، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية ، ج ٢ ، دار الكتب ، القاهرة ، ١٩٨١ ، ص ١٨٥ . د. سعدون العامري ، موجز نظرية الإثبات ، ط ١ ، دار المعارف ، بغداد ، ١٩٦٦ ، ص ١٢٤ . د. آدم وهيب الندواوي ، شرح قانون الإثبات ، ط ٢ ، بغداد ، ١٩٨٦ ، ص ٢٥٤ .

وتخوفه من عدم إصدارها حكم في الدعوى لصالحه . على الرغم من أن مثل هذا الإحساس يقع في نفس الخصم بغير مؤشر واقعي يسنده ، حيث أن المحكمة ملزمة قانونا بان تكون محايدة في استماعها لطلبات الخصوم ودفوعهم ، ولا يجوز لها أن تفصح عن أي توجه في مسار الحكم في الدعوى خلال جلسات المرافعة.

الدّعى في حالة هذا السؤال الافتراضي - إذن - لم تشهد أية إثارة للإثبات باليمين الحاسمة ، فهل تلزم المحكمة قانونا بالموافقة على طلب الخصم بفتح باب المرافعة مجددا في الدعوى ليحلف خصمه اليمين الحاسمة ، أم برده ؟ . أم أن لها السلطة التقديرية الكاملة في قبوله من عدمه ؟ .

يرى الدكتور السنهوري انه يمكن توجيه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى ، إلى أن يصدر حكم نهائي . ذلك أن اليمين الحاسمة طريق من طرق الإثبات ، فيمكن الالتجاء إليه بعد تقديم أوجه إثبات أخرى ، بل يجوز بعد إقفال باب المرافعة طلب إعادة فتحها وتوجيه اليمين الحاسمة¹ . ويؤيده في هذا المنحى الأستاذ احمد نشأت الذي يقول : ليس ثمة ما يمنع قانونا من طلب فتح باب المرافعة لتوجيه اليمين الحاسمة وإنهاء النزاع² . وقد وافق الفقيهين إلى هذا المنحى كثير من فقهاء القانون وشراحه³ وبما يحملنا على القول بأن اتجاههما هذا هو الاتجاه الراجح في الفقه القانوني العربي على العموم .

ونضيف إلى ما سبق بيانه من اتجاه راجح في الفقه القانوني العربي فنقول : حيث أن الفقرة- أولا من المادة/١١ من قانون الإثبات قد قضت بأنه : " يجوز أن توجه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى.. " . وان الفقرة - ثانيا من المادة/١١ من قانون الإثبات قد قضت بان : " اليمين الحاسمة هي اليمين التي تنتهي بها الدعوى " . عليه فإنه ليس ثمة ما يمنع محكمة الموضوع من الاستجابة لطلب الخصم بفتح باب المرافعة مجددا في الدعوى لتحليف خصمه اليمين الحاسمة ، التي لم يسبق إثارة موضوعها أثناء جلسات المرافعة قبل ختامها . وذلك لأن اليمين الحاسمة وسيلة من وسائل الإثبات التي قررها القانون

¹ د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مصدر سابق ، ص ٥٣٣ .

² احمد نشأت ، رسالة الإثبات ، ج ٢ ، ط ١ ، مكتبة العلم للجميع ، بيروت ، ٢٠٠٥ ، فقرة ٥٧٩ ، ص ١٣٥ .

³ ينظر : د. عبد الوهاب العشموي ، إجراءات الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، ط ١ ، ١٩٨٥ ، ص ١٩١ . د. قدري عبد الفتاح الشهواني ، الإثبات مناطه وضوابطه في المواد المدنية والتجارية في التشريع المصري المقارن ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ٢٠٠٢ ، ص ٤٢١ . المحامي حسين المؤمن ، نظرية الإثبات - القواعد العامة واليمين والإقرار ، دار الكتاب العربي ، مصر ، ١٩٤٨ ، ص ٢٠٥ .

وأجاز للخصوم الالتجاء إليها ، وَعَدَّ ذلك تنازلاً من طالب توجيه اليمين الحاسمة عما عداها من وسائل الإثبات الأخرى في الدعوى ، إذا ما ظل مصرّاً على توجيهها لخصمه¹ .

كما ونضيف لذلك أيضاً ، انه لما كان القانون قد أجاز للخصم أرجاء توجيه اليمين الحاسمة لخصمه في مراحل التقاضي اللاحقة² عدا أمام محكمة التمييز³ ، فانه - وباب أولى - قبول طلب الخصم بفتح باب المرافعة مجدداً لتحليف خصمه اليمين الحاسمة لما يفضي إليه ذلك من حسم للنزاع القائم ضمن سقف زمني اقصر بالتأكيد مما لو دخلت الدعوى في مرحلة تقاضي تالية .

نخلص من كل ما تقدم إلى أن ليس ثمة مجال للشك بإمكانية اعتماد المحكمة لمعيار موضوعي في التمييز بين الحالات الوجوبية والحالات غير الوجوبية لفتح باب المرافعة مجدداً في الدعوى . فنصوص القانون وأحكامه العاملة هي من ترسم حدود

سلطة المحكمة التقديرية في الاستجابة لطلب الخصم بفتح باب المرافعة مجدداً من عدمه . فكل طلب يتعارض مع نص قانوني نافذ تلزم المحكمة برده ، وكل طلب يقع ضمن دائرة الجواز القانوني فللمحكمة كامل السلطة التقديرية بقبوله أو رده وذلك بحسب ما تقتنع به من الأسباب المبررة له ، وقرارها في الشأن يخضع لرقابة المحكمة المختصة بالطعن عند الطعن بالحكم الصادر في الدعوى .

خاتمة :

بعد أن تستوفي المحكمة البحث والتحقيق في موضوع الدعوى المعروضة عليها ، تقرر ختام المرافعة تمهيداً لإصدار الحكم الحاسم فيها . ولكنها قد تكتشف أثناء تدقيقها لأوراق الدعوى أنها قد أغفلت إجراء ما يوجب القانون ، أو قد تتلقى طلباً من احد الخصوم يتضمن رغبته بإثارة دفع جديد أو عرض مستند استحصل عليه بعد ختام المرافعة ، وأن من شأن ذلك الدّفع أو المستند التأثير في مسار الدعوى ، فللمحكمة حينئذٍ أن تقرر فتح باب المرافعة مجدداً في الدعوى لاستكمال ما نقص من إجراءاتها ، أو

¹ نصت الفقرة -أولاً من المادة/ ١١١ من قانون الإثبات : طلب توجيه اليمين يتضمن النزول عما عداها من طرق الإثبات بالنسبة للواقعة التي يرد عليها إذا بقي طالبها مصرّاً على توجيهها .

² قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها : " كان على محكمة الاستئناف إعادة منح الميزة حق تحليف المميز عليه اليمين الحاسمة في مرحلة الاستئناف بعد أن كانت قد أرجأتها في المرحلة البدائية " . (القرار ١٦٢١/هيئة استئنافية منقول/٢٠١٠ في ٢٠١٢/٧/٣١ . القاضي لفته هامل العجيلي ، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية ، ج ٥ ، ط ١ ، مطبعة الكتاب ، بغداد ، ٢٠١٥ ، ص ٢٤٦) .

³ نصت الفقرة -ثالثاً من المادة/ ١١١ من قانون الإثبات : لا يجوز تحليف اليمين الحاسمة أمام محكمة التمييز ، ولا إجراء تحليفها إلى ما بعد النظر في القضية تمهيداً .

للاستماع إلى ما يثار من دفع جديد أو للاطلاع على ما يبرز من مستند ، على أن تدون مبررات قرارها هذا ،
وشريطة أن تقرر هذا الإجراء قبل النطق بالحكم في الدعوى .

وإذا كان قرار المحكمة بالاستجابة لطلب الخصم بفتح باب المرافعة مجددا في الدعوى من عدمه يخضع
لسلطتها التقديرية ، فإن ثمة حالات أخرى توجب على المحكمة فتح باب المرافعة مجددا في الدعوى من تلقاء
نفسها ، وبما يعني أن سلطتها التقديرية في هذا الموضوع ليست مطلقة . ويأتي هذا البحث لمعرفة النطاق
القانوني لسلطة المحكمة بهذا الشأن .

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: الكتب والمراجع القانونية

- (١) د. احمد أبو الوفا ، التعليق على نصوص قانون المرافعات ، ج ٢ ، منشأة المعارف بالإسكندرية .
- (٢) د. احمد أبو الوفا ، نظرية الأحكام في قانون المرافعات ، الطبعة الثالثة ، منشأة المعارف بالإسكندرية
، ١٩٧٧ .
- (٣) احمد نشأت ، رسالة الإثبات ، ج ٢ ، الطبعة الأولى ، مكتبة العلم للجميع ، بيروت ، ٢٠٠٥ .
- (٤) د. آدم وهيب الندوي ، شرح قانون الإثبات ، بغداد ، ١٩٨٦ .
- (٥) المحامي حسين المؤمن ، نظرية الإثبات - القواعد العامة والإقرار واليمين - ، مصر ، دار الكتاب
العربي ، ١٩٤٨ .
- (٦) د. سعدون العامري ، موجز نظرية الإثبات ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٦٦ .
- (٧) د. سليمان مرقس ، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارنا بتقنيات سائر
البلاد العربية ، ج ٢ ، دار الجيل للطباعة ، القاهرة ، ١٩٨٦ .
- (٨) عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ، ج ٣ ، الطبعة الثانية ،
المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٩ .
- (٩) د. عبد الرزاق السنهوري ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية
، ١٩٦٠ .
- (١٠) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٢ ، القاهرة ، دار النشر للجامعات ،
١٩٦٠ .
- (١١) عبد المنعم عبد الوهاب ، اليمين الحاسمة وحجيتها في الإثبات المدني ، رسالة ماجستير ، كركوك ،
٢٠٠٩ .

(١٢) د. عبد الوهاب العشماوي ، إجراءات الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، الطبعة الأولى ، بلا مطبعة ، ١٩٨٥ .

(١٣) عز الدين الديناصوري وحامد عكاز ، التعليق على قانون الإثبات ، الطبعة الثالثة ، ١٩٨٤ .

(١٤) د. عصمت عبد المجيد بكر ، أصول المرافعات المدنية ، الطبعة الأولى ، منشورات جامعة جهمان ، اربيل ، ٢٠١٣ .

(١٥) د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي ، الإثبات مناطه وضوابطه في المواد المدنية والتجارية في التشريع المصري المقارن ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ٢٠٠٢ . .

(١٦) القاضي مدحت المحمود ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وتطبيقاته العملية ، المكتبة القانونية ، بغداد .

ثانياً: القرارات القضائية

(١٧) إبراهيم المشاهدي ، المختار من قضاء محكمة التمييز - قسم المرافعات المدنية ، ج ٢ ، مطبعة الزمان ، بغداد ، ١٩٩٩ .

(١٨) لفته هامل العجيلي ، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية ، ج ٥ ، الطبعة الأولى ، مطبعة الكتاب ، بغداد ، ٢٠١٥ .

(١٩) مجموعة الأحكام العدلية ، وزارة العدل العراقية ، العدد ٣ ، ١٩٨٨ .

(٢٠) موفق علي العبدلي ، المختار من قضاء محكمة استئناف بغداد / الرصافة بصفتها التمييزية ، مكتبة صباح ، بغداد ، ٢٠١٠ .

ثالثاً: الدوريات

(٢١) مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة ، تصدر عن مركز جيل للأبحاث العلمية ، العدد الخامس ، يوليو ٢٠١٦ .

رابعاً: المواقع الالكترونية

(٢٢) الموقع الالكتروني لمجلة التشريع والقضاء www.tqmag.net

خامساً: متون القوانين

(٢٣) قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل .

(٢٤) قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل .

القانون الدولي ودستور جنوب أفريقيا

المترجم:

سعيد إسماعيل ندا، باحث دكتوراه، قسم السياسة والاقتصاد (تخصص دقيق سياسة)،
معهد البحوث والدراسات الأفريقية، جامعة القاهرة.

بيانات الورقة الأصلية

العنوان: International Law and the South African Constitution

المؤلف:

يكتب تحت اسم مختصر: John Dugard

الإسم كاملا: Christopher John Robert Dugard

الدرجة الأكاديمية والعمل:

Professor of Law, University of the Witwatersrand

أستاذ القانون بجامعة ويتواترسراند

Professor of Law, University of Pretoria

أستاذ القانون بجامعة بريتوريا

Acted as a Technical Adviser to the Constitutional Assembly Responsible for the Drafting of
the 1996 Constitution

عمل كمستشار فني للجمعية الدستورية الجنوب أفريقية المسؤولة عن صياغة دستور عام ١٩٩٦

توثيق الورقة الأصلية:

John Dugard, "International Law and the South African Constitution", in *European Journal of International Law* "EJIL" (Oxford; Oxford University Press, Vol. 8, No. 1, 1997) Pp. 77-92.

مقدمة:

لقد شهدت دولة جنوب إفريقيا صراعاً دام لأكثر من أربعين عاماً، ١٩٩٤، مع كل من المجتمع الدولي ومبادئ القانون الدولي، نتيجة التمييز العرقي والحرمان من حقوق الإنسان الذي ساد في البلد، وذلك بالمخالفة لكل من ميثاق الأمم المتحدة، وقواعد حقوق الإنسان وعدم التمييز وتقرير المصير، التي وضعها نظام ما بعد الحرب العالمية الثانية. وعلى الرغم من أن السياسة الخارجية لجنوب أفريقيا خلال هذه الفترة كانت قانونية للغاية، حيث كانت تسترشد وتتشكل وفقاً للقانون القديم لسيادة الدولة، والاحترام المطلق للولاية القضائية المحلية، إلا أن جنوب أفريقيا أصبحت دولة منبوذة في المجتمع الدولي، كدولة خارجة عن إطار القانون "الجديد" الدولي لحقوق الإنسان.

فمحلياً، كان حظ القانون الدولي أفضل قليلاً، فعلى الرغم من أن المعاهدات أُدرجت في القانون الداخلي، وفقاً للمقاربة الشائعة الداعية لازدواجية القوانين وللأعراف الدولية، عوملت على أنها جزء من القانون الداخلي، ما لم تتعارض مع تشريعاته القائمة، إلا أن العداء الذي تكنه حكومات التفرقة العنصرية المتتالية تجاه الأمم المتحدة والاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان أثربلاً شك على مواقف المشرعين والقضاة والمحامين، فقد قوبل القانون الدولي بعدم الاعتراف دستورياً، فضلاً عن تجاهل إلى من قبل المحاكم والمحامين بشكل كبير، فعلى الرغم من تطبيق القانون الدولي من قبل المحاكم في المسائل السياسية العادية، مثل الحصانة السيادية والامتيازات الدبلوماسية، إلا أنه كان ينظر إليه عادة على أنه نظام قانوناً جانبياً ومعاداً.⁽¹⁾

إلا أن الوضع تغير حالياً، إذ باتت جنوب أفريقيا دولة ديمقراطية، لها برلمان منتخب ديمقراطياً، وحقوق الإنسان والمساواة العرقية محمية دستورياً، وهناك موقف جديد تجاه القانون الدولي، ففى حين كان ينظر للقانون الدولي في السابق على أنه يمثل تهديداً للدولة، فقد أصبح الآن ينظر إليه باعتبارها واحدة

(1) For a general picture of the place of international law in South Africa before 1994, see J. Dugard, *International Law. A South African Perspective* (1994).

من ركائز الديمقراطية الجديدة. في هذه المقالة سأقوم بوصف مكانة القانون الدوليفالنظام القانوني في جنوب أفريقيا ما بعد التفرقة العنصرية.

أولاً: دستور ١٩٩٦ و١٩٩٣.

في عالم ١٩٩٦ اجتمع ٢٦ جماعة سياسية فكمبتون بارك، بالقرب من جوهانسبرج، لصياغة دستور لوضع حد للنظام القانونيللفصل العنصري، ولكما كانت هذه المجموعات في معظم الحالات غيرمنتخبة، وإنما تعكس ببساطة الواقعالسياسي في ذلك الوقت، كان من غير المناسب أن تخول سلطة صياغة دستور نهائي، من هنا كان الدستور الذنتج عن تلك المفاوضات التددائم نحو ستة أشهر، بمثابة دستور "مؤقت" ريثما يتم صياغة دستور من قبل جمعية تأسيسية منتخبة ديمقراطياً، ولما كان الدستور الانتقاليل يعدو أن يكون تسوية سياسية بين الجماعات المتنافسة، ولا سيما الحزب الوطني (الذي حكم جنوب أفريقيا منذ ١٩٤٨) والمؤتمر الوطني الأفريقي (المحظوظ ١٩٦٦ و١٩٩١)، فقد تم الاتفاق في كمبتون بارك على أن الدستور "النهائي" سيلتزم بأربعة وثلاثين مبدأً دستورياً ضمن جدول زمني حدده الدستور الانتقالي، كما تم الاتفاق على أن المحكمة الدستورية التي أنشأها الدستور الانتقالي لعام ١٩٩٦ سيناط بها البت في مسألة الامتثال لهذه المبادئ. هذا الدستور الانتقالي، وقد أقر ذلك الدستور الذي اتفق عليه فكمبتون بارك، حسب الأصول من قبل برلمان التفرقة العنصرية السابق، وأصبح دستوراً لجمهورية جنوب أفريقيا، وصدر بالقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٩٣.

في ٢٧ أبريل من عام ١٩٩٦ تم تطبيقاًحكام الدستور المؤقت على أول انتخابات ديمقراطية في جنوب أفريقيا،^(١) ولقد قام البرلمان المنتخب بدور السلطة التشريعية، وكذلك بدور الجمعية الدستورية، وخلال الفترة من يناير ١٩٩٦ إلى مايو ١٩٩٦ اجتمعت الجمعية الدستورية بانتظام لصياغة الدستور "النهائي" وفقاً للمبادئ الدستورية الأربعة والثلاثين المتفق عليها في كمبتون بارك.

وفي ٨ مايو عام ١٩٩٦ حظى مشروع الدستور بالموافقة من قبل أغلبية ثلثي الأصوات المطلوبة في الجمعية الدستورية، ثم أحيل إلى المحكمة الدستورية لاعتماده، إلا أن المحكمة الدستورية وجدت بعض الأخطاء في عدد من الأحكام الواردة فمشروع الدستور،^(٢) على أساس أنها لم تكن متوافقة مع المبادئ الواردة في

^(١) For an account of the adoption of the Interim Constitution, see van Wyk, 'Introduction to the South African Constitution', in D. van Wyket al. *Rights and Constitutionalism* (1995) 131.

^(٢) In re: *Certification of the Constitution of the Republic of South Africa* 1996 (4) South African Law Reports (hereinafter SA) 744 (CC).

الدستور الانتقالي، وعليه أحالت المشروع مرة أخرى إلى الجمعية الدستورية، و بعد أن تم تداركت الجمعية الدستورية هذه الأخطاء، أصدرت المحكمة الدستورية موافقتها النهائية للدستور في ٤ ديسمبر ١٩٩٦⁽¹⁾.

وقد تم التصديق على الدستور الجديد - دستور جمهورية جنوب أفريقيا، الصادر بالقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٦- من قبل الرئيس مانديلا في ١٠ ديسمبر ١٩٩٦، ليوافق تاريخ الحفل المقام بمناسبة يوم حقوق الإنسان، وذلك في شاريفيلمسرح مذبحه المتظاهرين الأفارقة ضد قوانين التفرقة العنصرية عام ١٩٦٦.

ويتشابه دستور ١٩٩٣ و ١٩٩٦ إلى حد كبير، فكلاهما يقرر ازدواجية البرلمان، وكلاهما يقرر انتخاب أعضاء المجلس الأدنى من قبل الناخبين على المستوى الوطني، وفقا للتمثيل النسبي. وكلاهما يقرر انتخاب الرئيس من قبل المجلس الأدنى والمسمى بالجمعية الوطنية. وعلى الرغم من أنه وفقا لهما تقسيم جنوب أفريقيا إلى تسع مقاطعات لكل منها سلطتين تشريعية وتنفيذية محلية، إلا أن جمهورية جنوب أفريقيا ليست دولة اتحادية. وكلاهما يوجب على البرلمان إصدار قانون يتضمن الحقوق المعترف بها دوليا في مجال حقوق الإنسان، وكلاهما مدشن محكمة دستورية مكونة من أحد عشر عضوا، لتضطلع بمهمة حماية الدستور من خلال المراجعات القضائية.*

لم تكن دساتير جنوب أفريقيا السابقة تشير إلى مكانة القانون الدولي من النظام القانوني في جنوب أفريقيا، ولقد تدارك دستور ١٩٩٦ و ١٩٩٦ ذلك القصور. وفي هذه المقالة سوف أركز الاهتمام أساسا على أحكام القانون الدولي فدستور عام ١٩٩٦ دون دستور ١٩٩٣، حيث يختلف الدستوران في هذا الشأن، مع لفت الانتباه إلى أوجه الاختلاف.

ثانيا: القانون الدولي العرفي.

يعتمد القانون العام في جنوب أفريقيا- وهو مزيج من القانون العام الرومانو الهولندي والإنجليزي- النهج الأحادي للقانون الدولي العرفي، ويعد القانون الدولي العرفي جزءا من قانون جنوب أفريقيا تلزم المحاكم بـ "التحقق من وإعمال" قواعد القانون الدولي العرفي دون حاجة - كما يحدث في حالة القانون الأجنبي⁽²⁾ - لإثباته كقانون، وكجزء من القانون العام، يأتي القانون الدولي العرفي في كل الأحوال في مرتبة تالية لجميع

(1) Case CCT 37/96, unreported.

(*) المترجم: رقابة لاحقة.

(2) *South Atlantic Islands Development Corporation Ltd v. Buchan* 1971 (I) SA 234 (C), at 238.

أشكال التشريع.⁽¹⁾ ولقد كانت العلاقة بين القانون الدولي العرفي والقانون الوطني على النحو سالف البيان محل تأكيد من المحاكم في جنوب إفريقيا في العديد من الحالات قبل عام 1996.⁽²⁾

ولقد تم النص على مكانة القانون الدولي العرفي في القانون العام الجنوب أفريقي المادة 23 من دستور 1996 - في لغة تشبه إلى حد كبير ما كان ينص عليه الدستور المؤقت لسنة 1996 - والتي تنص على ما يلي:

"يعد القانون الدولي العرفي قانونا في الجمهورية ما لم يكن يتعارض مع الدستور أو أى قانون صادر عن البرلمان"

يمكن أن يكون هناك شك في أن "دسترة" هذه القاعدة يعطيها وزنا إضافيا، علاوة على ذلك، فإن القانون الدولي العرفي لم يعد يأخذ مرتبة تالية لكل التشريعات،⁽³⁾ فأحكام الدستور أو القانون الصادر عن البرلمان والتتعارض بشكل واضح مع القانون الدولي العرفي هالتى ستعلو عليه، وهو ما أكدته المادة 23 من دستور عام 1996، التي تنص على أن:

"عند تفسير أي تشريع، على كل محكمة أن تتبنى التفسير المعقول الذي ينسجم مع القانون الدولي، دون أفسير بديل يتناقض مع القانون الدولي"

ولقد أثار الاعتراف بالقانون الدولي العرفي في المادة 23 جدلا ضمينا حول التعارض بين السوابق القضائية والقواعد الجديدة للقانون الدولي العرفي، ففي قضية شركة "Trendtex Trading Corporation" ضد البنك المركزي النيجيري،⁽⁴⁾ يعتقد اللورد "Denning M.R"،⁽⁵⁾ وكذلك "Shaw L.J"،⁽⁶⁾ بأن السوابق القضائية لا يمكن الاحتجاج بها كعقبة أمام تطبيق قاعدة مستحدثة من قواعد للقانون الدولي، فمن الممكن مثل هذه الأحوال الملحة، إعمال مذهب تقييد الحصانة السيادية بدلا من مذهب إطلاقها، على الرغم من وجود دعم قضائي في جنوب إفريقيا لهذا الرأي،⁽⁷⁾ فإنه لم يتم التسليم بصحتها تماما،⁽¹⁾ فالمادة 23 تتبنا القاعدة الواردة

(1) *Inter-Science Research and Development Services (Pty.) Ltd v. Republica Popular de Mocambique* 1980 (2) SA 111 (T), at 124; *Kaffraria Property Co (Pty) Ltd v. Government of the Republic of Zambia* 1980 (2) SA 709 (E), at 712,715.

(2) Dugard, *supra* note 1, at 41-51.

(3) *Supra* note 6.

(4) [1977] QB 529 (CA).

(5) *Ibid* 554.

(6) *Ibid*, 579.

(7) *Kaffraria Property Co (Ply) Ltd v. Government of the Republic of Zambia* 1980 (2) SA 709 (E), at 715.

في قضية "Trendtex" على اعتبار أنها "قانونا عرفيا دوليا" في حد ذاته، في الوقت الذي تطبقها المحاكم في جنوب أفريقيا على اعتبار أنها "قانونا عرفيا دوليا" استنادا لكونه قانون منصوص عليه في دستور الجمهورية وحسب.^(*)

ولقد كانت المادة ٢٣ فقرة ٤ من الدستور المؤقت تنص على أن "قواعد القانون الدولي العرفية ملزمة للجمهورية، ما لم تكن تعارض مع هذا الدستور أو قانون صادر عن البرلمان، وتشكل جزءا من قانون الجمهورية" (يوجد تشديد صريح على الإلزام)، بينما لم ترد كلمة "ملزمة" صراحة في دستور ١٩٩٦، مما دعا أحد المعلقين إلى القول بأن جميع قواعد القانون الدولي العرفي، بما فيها تلك التي كانت تعترض عليها باستمرار تعتبر جزءا من القانون الداخلي،⁽²⁾ ويذهب البعض إلى أن هذا النظر يتفق مع ما حسمته للمحكمة الدستورية عام ١٩٩٦ من أن الإشارة إلى القانون الدولي في وثيقة الحقوق (سيناقش أدناه) تشمل القانون غير الملزم أيضا.⁽³⁾

والأرجح أن كلمة "ملزمة" أسقطت من دستور عالم ١٩٩٦ على أساس انها غير ضرورية، بل وتعتبر تزييدا،⁽⁴⁾ فضلا عن أنه لم يعد هناك مبرر لقلق جنوب أفريقيا من سابق اعتراضها المستمر، لأن ذلك وببساطة لا يشكل قاعدة عرفية، من ناحية أخرى، كان هناك شك من قبل في أن عدم ذكر كلمة "ملزمة" سيجعل إثبات القانون الدولي العرفي أسهل. ففيما مضى كان السائد فجنوب أفريقيا أن قواعد القانون الدولي العرفي التي تم الاعتراف بها عالميا من قبل الدولهالتي تشكل جزءا من القانون الجنوب أفريقي،⁽⁵⁾ بينما أصبح السائد أن القبول العام أصبح كافيا،⁽⁶⁾ من ناحية أخرى فقد أفسح حذف كلمة "ملزمة" بما لها من قيد على

(1) This matter was deliberately left open by Margo J. in *Inter-Science Research and Development Services (Pty) Ltd v. Republica Popular de Mocambique* 1980 (2) SA 111 (T), at 125. (*): المترجم: أي أن المحاكم تطبق القاعدة بسبب النص عليها، فيم تتبناها المادة ٢٣٢ بسبب كونها قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفية.

(2) Keightley, 'Public International Law and the Final Constitution', 12 *South African Journal on Human Rights* (1996) 405, at 408.

(3) *Sv. Makwanyane* 1995 (3) SA 391 (CC), at 413.

(4) Botha, 'International Law and the South African Interim Constitution', 9 *SA Public Law* (1994) 245, at 255.

(5) *Du Toit v. Kntger* 22 SC (1905) 234, at 238. *Nduli v. Minister of Justice* 1978 (1) SA 893 (A), at 906.

(6) *Inter-Science Research and Development Services (Pty) Ltd v. Republic Popular de Mocambique* 1980 (2) SA111 (T), at 125; *S v. Petane* 1988 (3) SA 51 (O), at 56-7.

القبول، أفسح المجال أمام اقتربات أكثر سخاءً تسمح بالتساؤل عما إذا كان للقاعدة العرفية قدر من المقومات والآراء الفقهية كاف لأن يدعمها.

ثالثا. المعاهدات.

قبل ١٩٩٦ اتبعت جنوب أفريقيا النهج الإنجليزي المزدوج فيإدماج المعاهدات،^(١) فالمعاهدات التنتم التفاوض بشأنها، ووقعت، وصدق عليها، وتم الانضمام إليها من قبل السلطة التنفيذية، لا تصبح جزءا من القانون الجنوب أفريقي إلا إذا صدرت بموجب قانون عن البرلمان، وبالتالي، تقلصت حالاتانفراد السلطة التنفيذية بإبرام المعاهدات.^(*)

ولقد تأثر المتفاوضون فكلمبتون بارك بقوة باعتبارات الشفافية والمساءلة - والتي لم يكن لها دور يذكر في دولة التفرقة العنصرية -، كذلك تأثروا بالدستور الناميبي،^(٢) ومن هنا تخلوا تماما عن موقف ما قبل ١٩٩٣ فيما يتعلق بسلطة إبرام المعاهدات وإدماج المعاهدات، فبينما احتفظت السلطة التنفيذية بصلاحيه التفاوض والتوقيع على المعاهدات وفقا للدستور المؤقت،^(٣) أصبح مطلوبا موافقة الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ للتصديق على المعاهدات والانضمام إليها،^(٤) وعلاوة على ذلك فالمعاهدات التي يصادق عليها مجلسي البرلمان تصبح جزءا من القانون الوطني، "اشتراط البرلمان شرط صريح".^(٥)

ولقد كان هدف الدستور الانتقالي واضحا، ويتمثل فستسهيل إدماج المعاهدات في القانون الوطني، لكن واضعو الدستور المؤقت، لم يضعوا في اعتبارهم العقل البيروقراطي، فالإدارات الحكومية المنوط بها تدقيق المعاهدات قبل تقديمها إلى البرلمان، رفضت تقديمها للبرلمان للتصديق عليها متصورين عن قناعة أنه لن

(1) See Dugard *supra* note 1, at 51-57.

(*) المترجم: أى أنه كان من الممكن الانضمام إلى المعاهدة من قبل السلطة التنفيذية ، لكنها لا تطبق كقانون داخلى إلا بعد إصدارها بقانون من البرلمان.

(2) See Articles 32 (3) (e), 63(2) (e) and 144. The text of this Constitution, together with a discussion of its international law provisions, appears in 15 *South African Yearbook of International Law* (1989-90). Two of the legal advisers to the 1990 Namibian Constituent Assembly - Arthur Chaskalson and Marinus Wichers - also played a leading role in the drafting of the South African Interim Constitution.

(3) Section 82 (1) (I) of Act 200 of 1993 empowered 'the President' to carry out this task, but in practice it has been delegated to Ministers of State, particularly the Minister of Foreign Affairs.

(4) Section 231(2) of Act 200 of 1993.

(5) Section 231(3) of Act 200 of 1993.

يكون هناك أي تعارض بين أحكام المعاهدة والقانون الوطني، وكانت النتيجة أن بعض المعاهدات قدمت للبرلمان على وجه السرعة، فتأخر التصديق نتيجة الإجراءات البرلمانية للتعامل مع المعاهدات.⁽¹⁾

وعلاوة على ذلك، فإن عدد قليل من المعاهدات التي صادقت عليها البرلمان هو الذي تدمجه في القانون الوطني،⁽²⁾ ويفسر تاريخ الاتفاقيات الرئيسية لحقوق الإنسان بطء العملية، فعلى الرغم من أن جنوب أفريقيا وقعت على العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في عام 1996، فلم يتم التصديق عليهما بعد من البرلمان، كما تم التوقيع على اتفاقية حقوق الطفل واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في عام 1996 ولم تتم المصادقة عليهما إلا في يونيو، وسبتمبر 1996 على الترتيب، فضلا عن أنهما لم تدرجا في القانون الوطني، وهكذا لم تتحقق آمال واضعي دستور 1996 الانتقالي: فالمصادقة على المعاهدات أكثر تعقيدا مما كان عليه الحال في السابق، وقليلة هما المعاهدات التي أدرجت في القانون الوطني.

في هذه الظروف صوتوا بضعي دستور عام 1996 لصالح العودة إلى وضع ما قبل عام 1996 المتعلق بدمج المعاهدات، دون التخلي عن تطلب تصديق البرلمان على المعاهدات، وذلك بالنص في المادة 23 على ما يلي:

- 1- التفاوض بشأن جميع الاتفاقيات الدولية وتوقيعها مسئولية السلطة التنفيذية الوطنية.
- 2- لا تكون أية اتفاقيات دولية ملزمة للجمهورية إلا بعد إقرارها من كل من الجمعية الوطنية، والمجلس الوطني للأقاليم،⁽³⁾ إلا إذا كانت من الاتفاقيات المشار إليها في الفقرة (3).
- 3- تصبح أية اتفاقية دولية ذات صبغة فنية، أو إدارية، أو تنفيذية، وهي الاتفاقيات التي لا تتطلب إما التصديق أو الانضمام، تدخل حيز التنفيذ عن طريق السلطة التنفيذية الوطنية، وتلتزم بها الجمهورية دون موافقة الجمعية الوطنية والمجلس الوطني للأقاليم، إلا أنه ينبغي عرضها على الجمعية والمجلس خلال فترة معقولة.

(1) The post-apartheid Parliament relies heavily on committees. Thus a treaty may have to be approved by several parliamentary committees before it is presented for ratification. See 1995 *Annual Survey of South African Law*, 76-79.

(2) Botha, 'Incorporation of Treaties under the Interim Constitution: A Pattern Emerges', 20 *South African Yearbook of International Law* (1995) 196.

(3) The upper house under the 1996 Constitution is the National Council of Provinces. It replaces the Senate of the Interim Constitution.

٤ -تصبح أية اتفاقية دولية قانونا في الجمهورية، عندما يصدر قانون بها بموجب تشريعي، ولكن أي بند نافذ ذاتيا ضمن اتفاقية أقرها البرلمان يصبح قانوناً في الجمهورية تلقائياً، ما لم يكن متعارضاً مع الدستور، أو أي قانون برلماني.

على الرغم من أن هذه النصوص تضمن أن يمارس البرلمان باستمرار دوراً فاعلاً في إبرام المعاهدات، إلا أنه من المؤسف أن واقع العملية البيروقراطية جعل الجمعية الدستورية تتطلب صدور قانون عن البرلمان، بالإضافة إلى قرار التصديق، كي يتم إدماج المعاهدات في القانون الوطني، وهو ما يمثل تخلياً عن مثالية عام ١٩٩٣ والتي كانت تسعى "لجعل القانون الدولي والقانون في حالة تناغم".^(١)

كان الدستور الانتقالي يتطلب المصادقة عليها من قبل البرلمان على جميع المعاهدات التي وقعت السلطة التنفيذية،^(٢) وهذا لا يراعي حقيقة أن العديد من المعاهدات تحتاج لأن تدخل حيز التنفيذ على الفور، وأن التصديق البرلماني بطيء مما يقوض قيمة هذه المعاهدات. وعليه، تجاهلت الإدارات الحكومية مقتضى نص الدستور المؤقت، وميزت بين المعاهدات "الرسمية" التي تتطلب تصديق برلماني والمعاهدات الأقل رسمية التي لا تتطلب ذلك،^(٣) ويقر دستور عام ١٩٩٦ هذا التمييز، فالمعاهدات التي تتطلب تصديقاً صراحة أو ضمناً، يجب أن تحظى بموافقة البرلمان بعد التوقيع عليها، أما الاتفاقيات "الفنية" أو "الإدارية" أو "التنفيذية"، والاتفاقيات التي لا تحتاج إلى تصديق أو انضمام فإنها تدخل حيز التنفيذ فور التوقيع عليها، وفي الممارسة العملية ربما يؤدي ذلك إلى تصاعد الجدل القائم حول المعنى الدقيق للمصطلحات، "الفنية"، "الإدارية"، "التنفيذية"، في سياق قانون المعاهدات. ومع ذلك ففي نهاية المطاف، يتوقف الأمر على مسألة النية،^(٤) فمتى كانت نية الأطراف تنصرف في اتفاق ما إلأن يدخل حيز التنفيذ على الفور دون التصديق على المستوى الدولي، سيكون من السخافة أن يصير برلمان جنوب أفريقيا على طلب التصديق البرلماني.^(*)

(1) Keightley. *supra* note 14, at 412.

(2) Section 231 (2) of the Interim Constitution provides that 'Parliament shall ... be competent to agree to the ratification of or accession to an international agreement negotiated and signed' by the executive.

(3) This interpretation was spelled out in a letter from the Minister of Foreign Affairs to other ministers, titled 'Procedures for the Conclusion of International Agreements', of 13 June 1994.

(4) See article 14 of the Vienna Convention on the Law of Treaties which emphasizes the intention of parties in deciding whether a treaty requires ratification or not. This principle was approved by the South African Appeal Court in *S v. Eliasov* 1967 (4) SA 583 (A).

(*) المترجم: والمقصود هنا ليس مجرد "انصراف نية الأطراف" فحسب، إنما يجب أن تتوافق هذه النية مع ما جرى التعارف عليه في الشأن المماثل على المستوى العالمي، وإلا لفتح الباب على مصراعيه أمام السلطة التنفيذية للتدخل من مساءلة

كما أن حكم المادة ٢٣ فقرة (٤) يخلق الكثير من المشكلات لأنه يدخل مفهوم المعاهدات ذاتية التنفيذ في القانون الجنوب أفريقي. لأنه يقرر أن أحكام المعاهدة التصديق عليها البرلمان، ولكنها لم تدرج في القوانين الوطنية من خلال قانون يصدره البرلمان، تصبح جزءا من القانون الوطني متى كانت "ذاتية التنفيذ"، ولا تتعارض مع الدستور أو قانون صادر عن البرلمان، ومسألة ما إذا كانت أحكام معاهدة ما "ذاتية التنفيذ" من عدمه، قد أزعجت محاكم الولايات المتحدة لسنوات عديدة.⁽¹⁾ والآن سيلزم محاكم جنوب أفريقيا أن تطور فقهها فيما يتعلق بهذا الموضوع.

– الخلافة على المعاهدات:

لم يحدث الانتقال من نظام الفصل العنصري إلى الديمقراطية أي تغيير في كيان دولة جنوب أفريقيا، فلا يعدون أن يكون مجرد تغيير للحكومة – تغييرا تمثيلا - ونتيجة لذلك، وفي ضوء القانون الدولي، لم يكن من الضروري النص على الالتزام بالتزام الحكومة الجديدة بالمعاهدات فهي تخلف سابقتها تلقائيا فالحقوق والالتزامات،⁽²⁾ وعلى الرغم من هذا، نُص في الدستور المؤقت على بند الخلافة على المعاهدات جاء فيه "ما لم ينص على خلاف ذلك بموجب قانون صادر عن البرلمان"،⁽³⁾ وهذا شرط، منح البرلمان سلطة إنهاء المعاهدات من جانب واحد، وقد انتقد بشدة من قبل الكتاب الأكاديميين،⁽⁴⁾ باعتباره يتعارض مع إجراءات الإنهاء المنصوص عليها في اتفاقية فيينا لعام ١٩٦٦ بشأن قانون المعاهدات،⁽⁵⁾ ولهذا عالج دستور عام ١٩٩٦ هذه "الدلة" من خلال اشتراط ما يلي: "تلتزم جمهورية بالاتفاقات الدولية التي كانت ملزمة لها عند سريان هذا الدستور".⁽⁶⁾

البرلمان، وفي كل الأحوال، يجب أن يتم حسم المسائل التي تحتمل التأويل بتحديد الجهة التي يُرجع إليها عند تعارض الآراء، كالقضاء العادي أو الإداري أو المحكمة الدستورية أو غيرها.

(1) See, for example, *Foster v. Neilson* 27 US (2 Pet.) 253 (1929); See *Fuji v. California* 242 P 2d 617 (1952), 19 ILR 312 (1952).

(2) R.Y. Jennings and A. Watts (eds.), *Oppenheim's International Law* Vol. I (9th ed, 1992) 1253.

(3) Section 231(I) of Act 200 of 1993.

(4) See Botha, *supra* note 16, at 253-4; Dugard, "International Law and the 'Final Constitution'", 11 *South African Journal on Human Rights* (1995) 241, at 24.

(5) Articles 54 and 56.

(6) Section 231(5).

رابعاً: حقوق الإنسان الدولية.^{(1)*}

كانت السياسات التمييزية والقمعية التي انتهجها الحزب الوطني راسخا في النظام القانوني،⁽²⁾ ولقد جعل نفور العالم من جنوب أفريقيا لمدة أربعين عاما، دستور عامي 1993 و 1996 يسعيان لتصحيح هذا الوضع عن طريق جعل قانون جنوب أفريقيا ينسجم مع المعايير الدولية لحقوق الإنسان.

فقد تضمن كلا من الدستور الانتقالي ودستور عام 1996 تشريعا للحقوق المحمية بموجب الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، وفي وفي الوقت الذي اقتصر الدستور المؤقت - إلى حد كبير - على الحقوق المدنية والسياسية، أسبغ دستور عام 1996 حمايته على الحقوق المدنية والسياسية والاجتماعية والاقتصادية على حد سواء، وجاء ذلك استجابة للمبدأ الدستوري رقم (أ) المنصوص عليه في الدستور الانتقالي، والذي كان ينص على أن "لكل إنسان التمتع بجميع الحقوق، والحريات، ومساحات الحريات، الأساسية، المقبولة عالميا".⁽³⁾ وقد ترسخت هذه الحقوق في الدستور،⁽⁴⁾ وحمتها المحكمة الدستورية من خلال صلاحيات واسعة للمراجعة القضائية على القوانين والإجراءات الإدارية.⁽⁵⁾

ولقد بُذلت عناية كبيرة لضمان توافق وثيقة الحقوق مع المعايير الدولية، كذلك تمت صياغة الحقوق بلغة أكثر بساطة مما هي عليه في معظم اتفاقيات حقوق الإنسان، وسعيا إلى جعل الدستور ميسورا للجميع، تمت صياغة الحقوق على غرار نظيراتها على المستوى الدولي، ومن جانب آخر قُصد من وراء ذلك تسهيل انضمام جنوب أفريقيا إلى المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان، والأكثر من ذلك، أن بعض البنود الواردة في دستور عام 1996 أشارت صراحة إلى القانون الدولي، فالمادة 31⁽⁶⁾ تنص على أن أي تشريع يصدر كنتيجة نتيجة لإعلان حالة الطوارئ يجب ألا يتعارض مع وثيقة الحقوق إلا في مجموعة من المسائل التي لا

(*): المترجم: التي يقرها القانون الدولي العام.

(1) See further on this subject, Dugard, 'The Influence of International Human Rights Law on the South African Constitution', 49 *Current Legal Problems* (1996) 305; Maluwa, 'International Human Rights Norms and the South African Interim Constitution 1993', 19 *South African Yearbook of International Law* (1993/4) 14.

(2) For an account of these laws, see J. Dugard, *Human Rights and the South African Legal Order* (1978).

(3) Schedule 4 of Act 200 of 1993 (emphasis added).

(4) Section 74(2) of Act 108 of 1996 provides that the Bill of Rights may only be amended by a two-thirds majority vote in the lower house (National Assembly) and by at least six of the nine provinces in the upper house (National Council of Provinces).

(5) Sections 167, 172 of Act 108 of 1996.

الإنسان، ومحكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان، واللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان، والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، وفي بعض الحالات المناسبة، يمكن أن توفر تقارير الوكالات المتخصصة مثل منظمة العمل الدولية، توجيهاً إلى التفسير الصحيح لأحكام معينة من [وثيقة الحقوق]⁽¹⁾.

منذ إقامة النظام الدستوري الجديد في عام ١٩٩٦ أظهرت المحاكم استعداداً كبيراً للاسترشاد بالقانون الدولي لحقوق الإنسان. وقد وفرت قرارات المفوضية والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان قدر كبيراً من المساعدة، لكن المحاكم لديها أيضاً ما يدعوها لاعتبار وجهات نظر "لجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، وتقارير الأمم المتحدة بشأن مسائل حقوق الإنسان، وكذلك النصوص الرئيسية لاتفاقيات حقوق الإنسان، والأطروحات^(*) الدولية لحقوق الإنسان، أصبحت بالفعل معترف بها كمصادر دستورية.

وقد استخدم القانون الدولي لحقوق الإنسان في طائفة واسعة من القضايا، ربما أهمها ما يلي: سلطة الادعاء ضد Makwanyane (دستورية عقوبة الإعدام على جرائم القتل)،⁽²⁾ و سلطة الادعاء ضد Williams (دستورية العقاب البدني)،⁽³⁾ و Coetzee ضد حكومة جمهورية جنوب أفريقيا (دستورية السجن لعدم سداد دين مقضى به)،⁽⁴⁾ و Ferreira ضد Levin N.O. (حسم مسألة إدانة النفس والحق في محاكمة عادلة)،⁽⁵⁾ و سلطة الادعاء ضد Rens (الحق في الاستئناف)،⁽⁶⁾ و Bernstein ضد Bester (الحق في الخصوصية والحق في محاكمة عادلة)،⁽⁷⁾ و Dabelstein ضد Hildebrandt (دستورية أوامر Anton Filler)،⁽⁸⁾ و محكمة Gauteng السابقة ضد

(1) *S v. Makwanyane* 1995 (3) SA 391 (CC), at 413-14.

(*) المترجم: الفقه.

(2) *Ibid.* European Court of Human Rights cases are cited at 425-6, 430, 499; decisions of the UN Human Rights Committee are cited at 424-5, 430, 493; and international human rights conventions are cited at 414, 501-2, 430, 493.

(3) 1995 (3) SA 632 (CO). European Court of Human Rights, at 640-1; 643, 645-8; UN Human Rights Committee, at 640; international human rights conventions, at 639.

(4) 1993 (4) SA 631 (CC). European Court of Human Rights, at 662; international human rights conventions, at 660-1, 663.

(5) 1996 (1) SA 984 (CC). European Commission and Court of Human Rights, at 1036, 1083; international human rights convention!, at 1020-21, 1033-6, 1083.

(6) 1996 (1) 5A 1218 (CC). European Court of Human Rights, at 12-25.

(7) 1996 (2) SA 751 (CC). European Court of Human Rights, at 790-2, 803.

(8) 1996 (3) SA 42 (C). European Court of Human Rights, at 61-66.

المجلس التشريعي المحلي بشأن إعادة النزاع حول مدى دستورية بعض أحكام قانون المدرسات التعليمية في Gauteng لعام ١٩٩٩ (الحقوق اللغوية والدينية للأقليات).⁽¹⁾

خامسا: القانون الدولي الإنساني.

لقد كان موقف جنوب أفريقيا من القانون الدولي الإنساني في عهد الفصل العنصري متناقضا؛⁽²⁾ فعلى الرغم من أنها كانت طرفا في لوائح لاهاي لعام ١٩٠٧، واتفاقيات جنيف الأربع لقوانين الحرب لعام ١٩٤٨، رفضت جنوب أفريقيا التوقيع على البروتوكولين الإضافيين لعام ١٩٧٧،⁽³⁾ المتعلقة بحماية ضحايا المنازعات المسلحة الدولية وغير الدولية، وكان السبب الرئيسي لهذا الرفض امتداد البروتوكول الأول لاتفاقية جنيف لعام ١٩٤٨ لينطبق على "النزاعات المسلحة التي يقاتل فيها الناس ضد ... الأنظمة العنصرية في ممارسة حق تقرير المصير"،⁽⁴⁾ التي رأت حكومة الحزب الوطني أنها موجهة إليه تماما، ونتيجة لذلك، تم اعتبار أعضاء الجناح العسكري لحزب المؤتمر الوطني الأفريقي كمجرمين عاديين وليس و ليس كإسرى لحالة الحرب،⁽⁵⁾ ومما زاد الطين بلة، وجود أدلة قوية تدعم المزاعم القائلة بأن قوات دفاع جنوب أفريقيا فشلت في الامتثال لالتزاماتها المقررة بموجب اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٨، وبالتأكيد لم تبذل قوات الدفاع إلا محاولات قليلة - إن كان قد حدث أصلا - لتثقيف أعضائها حول قيود العمل العسكري الواردة في الاتفاقيات.

وكما حدث بالنسبة لحقوق الإنسان، تعامل دستور عام ١٩٩٦ بشكل إيجابي مع الامتناع السابق عن دسترة مبادئ القانون الإنساني الدولي، فقد اشتمل الفصل ١١ المتعلق بخدمات الأمن على عدة أحكام تهدف إلى ضمان الامتثال للقانون الدولي الإنساني، فالمادة ١٩٨ نصت على أن أحد مبادئ الحكم أن "يجب أن يكون تحقيق الأمن الوطني وفقا للقانون، بما في ذلك القانون الدولي"، وعلاوة على ذلك، يجب على الأجهزة الأمنية أن تعمل، ويجب أن تعلم وتطلب من أعضائها العمل، وفقا للدستور والقانون، بما في ذلك القانون

(1) 1996 (3) SA 165 (CC). League of Nation*, United Nations Practice, UN Human Rights Committee, international human rights conventions, European Court of Human Rights, at 190-207.

(2) See generally, Dugard, *supra* note 1, at 330-337.

(3) South Africa became a party to these Additional Protocols in September 1995.

(4) Article 1(4)..

(5) *S v. Petane* 1988 (3) SA 51 (C); Dugard, *supra* note 1, at 336-7; Dugard, 'The Treatment of Rebels in Conflicts of a Disputed Character The Anglo-Boer War and the "ANC - Boer War" Compared', in A. J. M. Delissen and G. J. Tania (eds.) *Humanitarian Law of Armed Conflict Challenges Ahead. Essays in Honour of Frits Kalshoven* (1991) 447.

الدولي العرفي والاتفاقيات الدولية الملزمة للجمهورية"⁽¹⁾، أما عن دور القانون الدولي في التصدي للأوامر عليا فقد ورد في المادة ١٩٩ (٦) والتي تنص على أنه "لا يجوز لعضو أي جهة خدمات أمنية الانصياع لأي أمر عدم قانونيته واضحة"، و يجب أن يعامل المواطنين الأجانب في جنوب أفريقيا اللذين يحتجزون كنتيجة لنزاع دولي مسلح وفقا "للمعايير الملزمة للجمهورية بموجب القانون الدولي الإنساني فيما يتعلق باحتجاز هؤلاء الأشخاص"⁽²⁾.

وقد تم تضمين إعلان الحرب أيضا في الدستور في المادة ٢٠ (٢) والتي تنص على ما يلي:

"الهدف الأساسي لقوات الدفاع هو الدفاع عن الجمهورية وحمايتها، بكامل إقليمها وشعبها، وفقا للدستور ومبادئ القانون الدولي التي تنظم استخدام القوة"

وقد أصبح من صلاحيات رئيس الجمهورية توظيف قوة الدفاع "وفاء للالتزام الدولي"⁽³⁾، وهو ما سيتيح لجنوب أفريقيا المشاركة في عمليات حفظ السلام الدولية، وهو الدور الذي حرمت منه جنوب أفريقيا منذ الحرب الكورية.

سادسا: تقرير المصير.

تعد جنوب أفريقيا بلدا من ذوات الأقليات العرقية، وبالتالي حتم ذلك أن يحتل مبدأ تقرير المصير مكانا بارزا في المفاوضات التي سبقت اعتماد كلا من دستورها لما بعد الفصل العنصري، فلقد ضغطت مجموعتان هما حزب الحرية إنكاثا (ويمثل ما يزيد قليلا عن ٥٠ في المائة من شعب الزولو)، وتجمع الأفريكانر المحافظ (ويمثل جزء صغير من شعب الأفريكانرز)، بالإضافة إلى حزب المؤتمر الوطني الأفريقي، ضغطا مستمرا من أجل مزيد من الحكم الذاتي في جنوب أفريقيا الجديدة، وبينما طالب حزب الحرية إنكاثا بالحكم الذاتي ضمن الهيكل الاتحادي، طالب جماعات الأفريكانر "دولة لشعب الأفريكانرز" في (volkstaaf) داخل حدود جنوب أفريقيا،^(*) وعلى الرغم من أن المطالب في حينهم تعدد تقرير المصير الداخلي، إلا أنه كان من الحكمة استبعادها لاحتمال أن تتحول هذه المطالب في المستقبل إلى تقرير المصير الخارجي (انفصال)، في هذا السياق،

(1) Section 199(5) of Act 108 of 1996.

(2) Section 37(8) of Act 108 of 1996.

(3) Section 201 (l)(c).

(*) المترجم: طالب حزب إنكاثا بفيدرالية، وطالب تجمع الأفريكانرز بكونفدرالية.

لازال من المحتمل أن تمثل المادة ٢٣٩ من دستور عام ١٩٩٦، والتستضمنتقرير المصير الداخلي، خطرا سياسيا، وتنص على:

"إن حق شعب جنوب افريقيا ككل في تقرير المصير، كما يتضح من هذا الدستور، لا يمنع - في إطار هذا الحق - من الاعتراف بفكرة تقرير المصير لأى مجتمع يتقاسم ثقافة مشتركة وتراث لغوى، ضمن كيان إقليمداخل الجمهورية، أو بأي طريقة أخرى، وفقا لما تحدده التشريعات الوطنية" [لهجة التوكيد مضافة]

فعلى الرغم من أن الغرض من هذا الحكم هو خلق نوع من الأمل في الحصول على مجتمعات ذات درجة كبيرة من المحلية، أو ذات حكم ذاتي، لدى الجماعات الساخطة، إلا أنه ليس من المستحيل في المستقبل أن تستغل الجماعات الانفصالية عبارة "أو بأي طريقة أخرى" لتبرير مطالبتهم بتقرير المصير الخارجي.^(*)

سابعا: العفو العام (الشامل).

على الرغم من أن دستور جنوب أفريقيا يسعى لضمان الامتثال لحقوق الإنسان الدولية،^(**) والقانون الدولي الإنساني، إلا أن هناك مجالا واحدا لم يأت متماشيا مع القانون الدولي، وهو ما يتعلق بالعفو العام.

وثمة من يقول بأنه قد تزايدت القناعة اليوم بأن القانون الدولي العرفي يوجب على الحكومة الجديدة لجنوب أفريقيا ملاحقة أفراد النظام السابق المتورطين في انتهاكات فادحة لحقوق الإنسان ومعاقبة المذنبين منهم،⁽¹⁾ وتمنح محاكمة مسؤولي النظام السابق في رواندا وإثيوبيا دعما لهذا الرأي، في هذه الظروف ربما كان من المتوقع أن تتخذ حكومة جنوب أفريقيا الجديدة، وفاء بالتزامها بالمعايير الدولية لحقوق الإنسان، خطوات لمحاكمة -على غرار نورمبرغ- مسؤولي حكومة الحزب الوطني السابقة الذين خططوا ونفذوا سياسة الفصل العنصري والذين كانوا طرفا في عمليات التهجير القسري للسكان، والتعذيب، والقتل، والاختفاء، ومع ذلك فقد حال الواقع السياسي دون اتخاذ مثل هذا العمل، ذلك بأن دستور ١٩٩٦ كان اتفاقا دخل حيز

(*) المترجم: الانفصال التام.

(**) المترجم: التي يقررها القانون الدولي العام.

(1) Orentlikher, 'Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime', 100 *Yale Law Journal* (1991) 2537; Asmal, 'Victims, Survivors, and Citizens-Human Rights, Reparations and Reconciliation', 8 *South African Journal on Human Rights* (1992) 491; M. Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Law* (1992) 303-508; N. Roht-Arriaza (ed.), *Impunity and Human Rights in International Law and Practice* (1995), Chs. 3 and 4.

النفاز طوعيا من قبل نظام الحزب الوطني القديم وحزب المؤتمر الوطني الافريقي كحل سياسي وسط، فهو لم يكن دستورا تم وضعه من قبل المنتصر بعد حرب أهلية، لذا احتل العفو العام مكانة بارزة في الدستور الانتقالي، وأضيفت حاشية^(***) على الدستور المؤقت - والمعروفة عموما باسم "postamble" - بعد أن تمت صياغة الدستور في المفاوضات متعددة الأحزاب كنتيجة لـ "صفقة" سياسية بين حزب المؤتمر الوطني الافريقي والحزب الوطني، وتنص هذه "الحاشية" على:

"من أجل المضي قدما ... المصالحة وإعادة الإعمار، فإن العفو العام سوف يمنح فيما يتعلق بأعمال الإهمال أو العمد المجرمة والمرتبطة بأهداف سياسية، وكذلك تلك التي ارتكبت في سياق نزاعات الماضي تحقيقا لهذه الأهداف السياسية، وسوف يصدر مجلس النواب بموجب هذا الدستور قانونا في موعد قطعي من بعد ٨ أكتوبر ١٩٩٦ وقبل ٦ ديسمبر ١٩٩٦، يحدد شروط، وآليات، ومعايير، وإجراءات، بما في ذلك المحاكم - إن وجدت - التي سيتم التعامل من خلالها مع العفو العام في أي وقت بعد إقرار هذا القانون"

وتلك "الحاشية"، التي كانت جزءا لا يتجزأ من الدستور الانتقالي،⁽¹⁾ تم "اعتبارها جزءا" من دستور عام ١٩٩٦ بما يكفل تشريع العفو العام الصادر عملا بالدستور المؤقت.⁽²⁾

ولقد تجسدت هذه "الحاشية" في قانون المصالحة وتعزيز الوحدة الوطنية لسنة ١٩٩٦،⁽³⁾ والذندشأ عنه لجان الحقيقة والمصالحة، لتحقق في كل انتهاكات حقوق الإنسان الجسيمة التي وقعت خلال سنوات الفصل العنصري، وتمنح العفو العام لأولئك الذين يدولون باعترافات كاملة بالأعمال التي ارتكبت بهدف سياسي خلال تلك الفترة، والنظر في منح تعويضات لضحايا نظام الفصل العنصري، وقد تشكلت لجنة الـ "سبعة عشر عضوا" برئاسة ديزموند توتو - الحائز على جائزة نوبل للسلام والرئيس السابق لأساقفة كيب تاون - في وقت مبكر عام ١٩٩٦ وتوجب عليها إكمال مهمتها بحلول نهاية عام ١٩٩٦.

وبما أن الحزب الوطني كان نفسه طرفا في التسوية السياسية التي أسفرت عن الدستور المؤقت، فلم يكن هناك أي محاولة لتجريم الأفعال المتعلقة بتخطيط وتنفيذ سياسة الفصل العنصري بأثر رجعي، وعلى الرغم من أن الفصل العنصري كان ينظر إليه باعتباره جريمة وفقا للأحكام الاتفاقية الدولية لعام ١٩٧٧ بشأن مناهضة جريمة الفصل العنصري والمعاقبة عليها، بما يعنى أنه كان يجب ألا يدخل مرتكبي مثل هذه الأفعال

(***) المترجم: مذكرة تفسيرية.

(1) Section 232(4) of Ad 200 of 1993.

(2) Clause 22 of Schedule 6 (Transitional Arrangements') to Act 108 of 1996.

(3) Act 34 of 1995.

ضمن نطاق قانون العفو العام،⁽¹⁾ إلا أنه بدلا من ذلك، يوفر قانونا لمصالحة وتعزيز الوحدة الوطنية يمنح العفو العام، بناء على طلب - بعد إثبات اعترافات كاملة - لكل من دعاة دولة الفصل العنصر، وأعضاء حركات التحرير الوطني، الذين ارتكبوا انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان، متى كانت مجرمة طبقا للقانون في جنوب أفريقيا في عهد الفصل العنصرى، والتي تُعرّف بأنها "القتل، والخطف، والتعذيب، أو سوء المعاملة الشديد لأى شخص"، ومتى كان "الدافع لها سياسيا"،⁽²⁾

ولقد طُعن على قانون وعملية العفو العام الأكثر إثارة للجدل في جنوب أفريقيا، بعدم الدستورية من قبل عائلات بعض الضحايا الأكثر تعرضا الوحشية الشرطة في عهد الفصل العنصرى، ومن أبرز هؤلاء أرملة ستيف بيكو، وذلك في قضية منظمة شعب آذانيا وآخرين، ضد رئيس جمهورية جنوب أفريقيا وآخرين،⁽³⁾ والتي قيل فيها أن المادة ٢٠٧ (٧) من قانونا لمصالحة وتعزيز الوحدة الوطنية لسنة ١٩٩٤، منحت عفوا عاما عن كل من، الملاحقات الجنائية، والدعاوى المدنية، لأفراد شرطة الفصل العنصرى المسؤولين عن قتل الناشطين ضد الفصل العنصرى، وهذا ينتهك المادة ٢٢ من الدستور المؤقت التي تنص على أن "لكل شخص له الحق التسوية القضائية للنزاعات أمام محكمة قانونية"، ولتخطى هذا التحدي، قضت المحكمة الدستورية بأن "حاشية" الدستور تشكل جسرا للانتقال من نظام الفصل العنصرى إلى الديمقراطية، وأنها تعلق على المادة ٢٠٧، ونتيجة لذلك كان قانون العفو العام دستوريا.

على الرغم من أن الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية، كتبه نائب الرئيس محمد بلغة رشيقة وبلغغة، والتقط بدقة نية الأطراف المسؤولة عن التعاقد على العفو، و الواردة في "الحاشية"، والتي ربما تكون صحيحة على سبيل التفسير الدستورى، إلا أنه جاء مخيبا للآمال من وجهة نظر القانون الدولي.

هذا هو الحكم الأول الذي تطلبت فيه المحكمة الدستورية ليس دعما للنتائج التي توصلت إليها من الهيئة الدولية - كما فعلت ذلك بشكل جيد في العديد من الحالات المنصوص عليها بموجب وثيقة الحقوق⁽⁴⁾ - فحسب، إنما إعادة النظر في مسألة إمكانية استدعاء أحكام القانون الدولى لتلتم دعم تفسيرا يفضى إلى عدم

(1) If legislation is later enacted to criminalize apartheid retrospectively it seems that this legislation would be constitutional in terms of section 35(3)(1) of the 1996 Constitution (*supra* intext between footnotes 41 and 42). Such a provision did not appear in the 1993 Interim Constitution.

(2) Sections 20(1) and 19(3)(b)(iii) of Act 34 of 1995.

(3) 1996 (4) SA 671 (CC). The judgment of the Cape Provincial Division in this case is reported in *Azanian Peoples' Organization (AZAPO) and Others v. Truth and Reconciliation Commission and Others* 1996 (4) SA 562(C).

(4) *Supra* notes 45 to 52.

دستورية قانون صادر عن البرلمان المنتخب ديمقراطياً في ضوء سوابق المحكمة الدستورية، وفي ضوء ما فرضه الدستور الانتقالي فيما يتعلق بأهمية القانون الدولي لحقوق الإنسان لدى عملية التفسير الدستوري،⁽¹⁾ وفيما يتعلق بمكانة القانون الدولي العرفي من القانون الوطني،⁽²⁾ ربما كان من المتوقع أن تفحص المحكمة وبدقة تلك القواعد التقليدية والعرفية التي تتطلبها محاكمة منتهكي حقوق الإنسان، وكذلك ممارسات الدول الأخرى في المراحل الانتقالية، وفي الأخير أن تدقق فيما إذا كان واضعو الدستور المؤقت قد قصدوا إهدار قواعد القانون الدولي في موضوع العفو العام.

إلا أن ذلك لم يحدث للأسف، فقد نظرت المحكمة في مسألة واحدة فقط هي ما إذا كانت أحكام اتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٤ التي تسمح بالمحاكمة بتهمة "انتهاكات خطيرة"⁽³⁾ سارية من عدمه - في القضية التي عرضت عليها لم تكن تلك الأحكام تنطبق على حالة جنوب أفريقيا - ولم تبذل أية محاولة لدراسة ما إذا كانت قواعد القانون الدولي العرفي المتعلقة بالإبادة الجماعية، والتعذيب، وجرائم الحرب، وبشكل خاص الجرائم ضد الإنسانية، تسمح بملاحقة الجناة، حيثُوصف الفصل العنصري باعتباره جريمة ضد الإنسانية من قبل الجمعية العامة،⁽⁴⁾ وكذلك الاتفاقية الدولية لعام ١٩٧٣ بشأن مناهضة جريمة الفصل العنصري والمعاقبة عليها،⁽⁵⁾ فهو يدخل بوضوح ضمن التعاريف المقبولة لهذه الجريمة،⁽⁶⁾ ومن هنا كان استغراب عدم بذلها أي محاولة للتصدي لمسألة ما إذا كان القانون الدولي العرفي يسمح بمحاكمة أولئك الذين يرتكبون هذه الجريمة، وخاصة فيما يتعلق بالقتل الممنهج، والتعذيب، والاختفاء، والتي كانت منصوص على تجريمها في قوانين جنوب أفريقيا قبل عام ١٩٩٦، وكذلك لم تأخذ ممارسات الدولما تستحقه من اهتمام، فبعض سوابق أميركا اللاتينية (الأرجنتين وتشيلي والسلفادور) كان يتوجب وضعها في الاعتبار، لكن القرارات المهمة الصادرة عن المحكمة الأمريكية لحقوق الإنسان في قضية فيلاسكيز رودريغيز،⁽⁷⁾ وأيضا الصادرة عن لجنة البلدان

(1) Section 35(1) of Act 200 of 1993. *Supra* note 44.

(2) Section 231 (4) of Act 200 of 1993. Text between footnotes 13 and 14 *supra*.

(3) Art. 49 of the Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field; art. 50 of the Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Side and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea; art. 129 of the Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War, art. 146 of the Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War.

(4) See, for example, resolution 39/72A(1984).

(5) Art. 1 The text of this Convention appears in 13ILM 50 (1974).

(6) See art. 6 of the Nuremberg Charter; art. 5 of the Statute of the International Tribunal for the Former Yugoslavia; art. 3 of the Statute of the International Tribunal for Rwanda; and art. 18 of the International Law Commission's Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind (1996).

(7) Judgment of 29 July 1988, Series no. 4, reported in 95 MS. 259.

الأمريكية لحقوق الإنسان في القضايا التي أقيمت على أروجواي والأرجنتين،⁽¹⁾ والتي أقرت مبدأ إلزام الحكومة الجديدة بملاحقة أعضاء الحكومة السابقة المسؤولين عن انتهاكات حقوق الإنسان، كل ذلك تم التغاضي عنه، وكذلك الأمر بالنسبة إلى تجارب رواندا وإثيوبيا ودول أوروبا الشرقية.

عموما، لاحقا لاقى القانون الدولي قليل من الاهتمام في قضية AZAPO، فقد نصت المحكمة الدستورية في حكمها، وبشكل واضح، القول بالمآثر التالي:

"تضع هذه القضية على عاتق المحكمة أن تقرر ما إذا كانت المادة ٢ (أ) من القانون تتعارض مع الدستور من عدمه، وفي الحالين، يجب عليها التحقق من كون القانون الدولي يفرض التزاما مختلفا لا يمت بصلة لما ستقره المحكمة، وفي رأي فإن القانون الدولي، وكذلك ما تتضمنه المعاهدات الدولية التي قد تكون أو لا تكون جنوب أفريقيا طرفا فيها في أي وقت معين، لا تستخدم إلا في تفسير الدستور نفسه، على أساس أن مشرع الدستور لا يفترض فهم أن يسمحو ببساطة أن يشكل أي قانون خرقا للالتزامات الدولية في مجال القانون الدولي."⁽²⁾

و كما يشير محمد د. ب. - بحق - إلى أن افتراض اتفاق الدستور التشريعي الآخر مع القانون الدولي، يتطلب وجود محكمة للقانون، أولا: للتأكد من أحكام القانون الدولي مستخلصة بطريقة وافية وصحيحة، وثانيا: لمحاولة التوفيق بين هذه الأحكام وبين الدستور أو قانون صادر عن البرلمان، حينئذ فقط يمكن للمحكمة أن تنظر في مسألة الاتساق قضية AZAPO، بيد أنه يبدو أن المحكمة قد انطلقت من افتراض أن القانون الدولي يصبح غير ذي صلة إذا كان يتعارض مع الدستور، بدلا من أن تحاول التوفيق ابتداءً بينهما، قبل النظر في مسألة التضارب.

إذا دقت المحكمة بعناية في مسألة كون القانون الدولي العرفي يسمح بمقاضاة أولئك المشتبه في ارتكابهم جرائم ضد الإنسانية حكما مطلقا، فلربما وجدت أن ممارسة الدولة غير مؤكدة بشكل كبير وغير مستقرة بما يكفي لدعم مثل هذا الحكم، إلا أنها أخفقت في القيام بذلك، إلا أن الأدلة التي سيقى لتبرير عدم احترام القانون الدولي - والتي قارنت بطريقة مغلوبة بين قرارات المحكمة العليا الاسترالية في قضية Polyukovitch

(1) Inter-American Commission of Human Rights. Reports nos. 28/92 and 29/92 (2 October 1992).

(2) Art. 688, para. 26; See too the dictum at 689, para. 28.

ضد الكومنولث الاسترالي،⁽¹⁾ وكذلك قرار محكمة أونتاريو العليا في قضية التاج الملكي ضد Finta،⁽²⁾ -أهدرت تماما قواعد قانون الدولي المتعلقة بالجرائم ضد الإنسانية.

ثامنا: استنتاج.

لقد سعى دستور جنوب أفريقيا لعام ١٩٩٦، وبالمثل الدستور المؤقت لعام ١٩٩٦، سعيا للتأكد من أن قانون جنوب أفريقيا يتطور وفقا للقانون الدولي، كما أن هيئة المحاماة، والسلطة القضائية، والتي كانتا مقلتين استخدام القانون الدولي في عهد الفصل العنصرى، استجابتا إجمالا بشكل إيجابى، وقد حظيت مكتبات القانون بمادة علمية فى القانون الدولي، ومناقشات سُبغت بشكل كبير بلغة القانون الدولي، لا سيما في مجال حقوق الإنسان، كذلك لم يتردد القضاة في كل من المحاكم العادية والمحكمة الدستورية في استدعاء القانون الدولي لدعم النتائج التي يتوصلون إليها، إن خبايا القانون الدولي لا تزال غير مألوفة في المحاكم، لذلك - وهو ما يتضح حتما من قضية AZAPO - سيستغرق المحامون والقضاة في جنوب أفريقيا وقتا طويلا ليصبحوا ملمين تماما بمصادر وقواعد ومنطق للقانون الدولي، وسيكون هذا الدستور الذي يعد بمثابة حجر الأساس لجنوب أفريقيا الجديدة، ضامنا لحدوث ذلك.

(1) 172 CLR 501(1991); 91 ILR I.

(2) 61 DLR (4*) 85(1989); 82 ILR 425.

مجلة جيل الأبحاث القانونية العميقة ISSN 2414-7931
جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي © 2017