

مجلة جيل

الأبحاث القانونية العميقة



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 15 - جوان 2017



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



ISSN 2414-7931

المشرفة العامة ومديرة التحرير:

د. سرور طالبى المل

رئيس اللجنة العلمية:

د. عاقلى فضيلة، جامعة باتنة، الجزائر

أسرة التحرير:

- د. السعيد كليوات جامعة محمد بوضياف بالمسيلة (الجزائر)
د. حنان ميساوي، كلية الحقوق بجامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان (الجزائر)
د. سفيان سوامل جامعة محمد الشريف مساعديّة - سوق أهراس (الجزائر)
د. فاطيمة حميدي، جامعة مستغانم، (الجزائر)
د. شريف أحمد بعلوشة وكيل. النائب العام، غزة (فلسطين)
د. عبد المنعم عبد الوهاب محمد، نقابة المحامين، البصرة (العراق)
د. عمر عبد العزيز موسى الدبور جامعة المنوفية (مصر).

التدقيق اللغوي:

- د. دليلة مروك (جامعة الإخوة منتوري / قسنطينة).
د. سهل ليلي (جامعة محمد خيضر بسكرة/ الجزائر).
د. هامل شيخ، المركز الجامعي بلحاج بوشعيب، عين تموشنت (الجزائر)
أ. سماح بن خروف، جامعة البشير الإبراهيمي، برج بوعريبرج (الجزائر)
أ. لوبزة حوفاڤ، جامعة محمد بوضياف المسيلة (الجزائر)

اللجنة العلمية التحكيمية للعدد:

- د. بن جديد فتحي (جامعة غليزان/ الجزائر).
د. بن عياد جلييلة (جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس/ الجزائر).
د. بوزيد سراغني (جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية/ الجزائر).
د. سرالختم اسماعيل محجوب عبد العزيز (جامعة أمدرمان الإسلامية-السودان).
د. ماشاء الله الزوي (جامعة بنغازي / ليبيا).
الباحث علي قتات (كلية الحقوق بصفاقس / تونس).

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 تكريماً لحرص المركز على تشجيع الأبحاث والمجهود 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 بالأشخاص أو الأنظمة.
- يراعى في المقالات المقترحة للنشر في المجلة أن تتسم بالجدية وألا 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، وألا يتعدى حجم العمل 20 صفحة مع احتساب هوامش، مصادر وملاحق البحث.
- ترسل المادة العلمية في ملف مرفق بملخص بلغة البحث وآخر 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 وإلى: 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 المقال.
- يبلغ الباحث المرسل بتلقي مادته بعد 5 دقائق من تسلمها.

- تلتزم هيئة التحكيم بإبداء الرأي واتخاذ 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 الباحث الباعث مادته بسيرة ذاتية علمية مفصلة.
- تهمش معلومات البحث حسب طريقة شيكاغو الأمريكية بترتيب تسلسلي يتبع متن البحث.
- ترتب هوامش المعلومات في نهاية كل صفحة.

نموذج التهميش:

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

law@jilrc-magazines.com

الفهرس

الصفحة

- 9 • الإفتتاحية
- 11 • إشكالات إثبات نسب المولود بالتلقيح الاصطناعي على ضوء قانون الأسرة الجزائري
مجدوب نوال (جامعة تلمسان / الجزائر).
- 39 • جريمة الرّشوة الانتخابية بين التّشريع الانتخابي والتطبيق القضائي دراسة مقارنة
(الجزائر، تونس، المغرب) نموذجاً-
يعيش تمام شوقي وشبري عزيزة (جامعة بسكرة /الجزائر).
- 55 • ظاهرة ازدواج الجنسية ومعالجة المشكلات المترتبة عليها
شوقي عبد المجيد عبيدي (جامعة دنقلا / السودان).
- 73 • أساليب ضمان نجاعة الطّلبات في ظل تنظيم الصّفقات العمومية الجديد بالجزائر "
بين استحداث الإجراءات المكيفة وتحيين إجراءات الصفقة "
يوسفي معمر (جامعة مستغانم – الجزائر)
- 89 • الإبادة الثقافية في القانون الدولي العام: دراسة في القضاء الدولي
عامر غسان فاخوري (الجامعة الأمريكية في الإمارات).
- 129 • Le règlement intérieur, acte unilatéral ou document négocié ?
Khelifi Abderrahmane (université de souk –Ahras / Algerie).

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 بفضلنا تتم الصالحات

تستمر مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة في عددها الخامس عشر بنفس الوتيرة في نشر المقالات والدراسات التي تتناول إشكاليات قانونية هامة، سواءً على المستوى الداخلي أو الدولي، ومواكبة التعديلات والإصلاحات القانونية سيما في الوطن العربي، ودراسة الصكوك الدولية في مختلف المجالات . ولقد تناول المقال الأول ضوابط التلقيح الاصطناعي منعا للاستنساخ البشري وانتشار ظاهرة تأجير الأرحام. وإشكالات اثبات النسب على ضوء قانون الأسرة الجزائري، أما المقال الثاني فلقد تطرق إلى جريمة الرشوة الانتخابية باعتبارها واحدة من أبرز الجرائم التي تؤثر سلبا على نزاهة وشفافية تنظيم العملية الانتخابية وكيفية تصدي القوانين الانتخابية في كل من الجزائر وتونس والمغرب لها، من خلال اجراء دراسة مقارنة بينها وموقف القضاء منها. وفي المقال الثالث عرج الباحث على إشكالات ازدواج الجنسية إيجابا وسلبا وحالات تمتع الأفراد بجنسية عدة دول وبالمقابل حالات فقدانهم للجنسية وانعدامها وتبيان سبل معالجة ذلك. بينما تناول المقال الرابع قانون الصفقات العمومية الجزائري الذي عرف في السنوات الأخيرة عدة تعديلات تضمن وتعزز التوازن بين حماية المال العام وبين الاستجابة للطلبات العمومية. كما اخترنا لكم في هذا العدد دراسة معمقة تناولت موضوع الإبادة الثقافية للأقليات حول العالم من منظور القانون الدولي العام بوصفها إحدى الجرائم التي أغفلت النص عليها مختلف الاتفاقيات الدولية وموقف المحاكم الجنائية الدولية منها. وأخيرا سلط المقال باللغة الفرنسية، الضوء على الأهمية التي أضفهاها المشرع الجزائري في قانون العمل رقم 11/90 على النظام الداخلي الذي يعده المستخدم ويعرضه على ممثلي العمال لإبداء الرأي ، في المجال التأديبي مع الدور الجديد الذي أنيط بالمؤسسات العمومية الاقتصادية . ولقد قصدنا هذا التنوع في اختيار المواضيع حرصا منا على جعل هذه المجلة مرجعا أساسيا يغطي كل مجالات العلوم القانونية، ولن يتحقق ذلك دون مساهمة الباحثين في إثرائها بمساهماتهم وأبحاثهم الجادة التي ستلقى إهتماما كبيرا من قبل أسرة تحرير المجلة بحيث لن تبخل عليهم لجنتنا العلمية التحكيمية بالمتابعة وبتصويب الثغرات أو بتزويدهم بالمراجع والتوجيهات التي ستثري الموضوع.

والله الموفق في الأول والأخر

المشرفة العامة ومديرة التحرير/ د. سرور طالبي المل

إشكالات إثبات نسب المولود بالتلقيح الاصطناعي على ضوء قانون الأسرة الجزائري

الدكتورة مجدوب نوال، أستاذة بكلية الحقوق والعلوم السياسية.
جامعة أوبوكر بلقايد – تلمسان.

Abstract:

It may be God's will to deprive some fathers and mothers of parental and maternal infertility because of infertility, which is either original (by birth) or accidental (temporary), either acquired (emergency), either because of the delayed age of marriage and what May lead to difficulty in pregnancy and childbirth.

And because scientific progress has not been left far away from, and is not impossible, but not possible, the most effective solution that came by the science of enrichment is what is known as artificial insemination technology, which is either internally or externally, with the aim of bringing pregnancy in the uterus of women.

Since leaving the issue of artificial insemination without a legal framework would transform the newly created technology into a means by which public order and morals would be removed and the parameters of Islamic law would be obscured, the Algerian legislator in the family would find himself compelled to enact legal rules and provisions that would frame the process, By means of legal provisions defining the conditions for the adoption of artificial insemination technology, and prohibiting both human cloning and alternative motherhood, not to mention the phenomenon of renting a womb.

There is no doubt that all this in order to achieve the technique of artificial insemination aimed at building in accordance with legitimate legal and legislative frameworks, away from any violation of public order and morals, would introduce the subject judge in mazes when artificial insemination is outside the conditions specified in the Family Code , And that the vaccination between the wife and a foreign man or between a foreign authority and the husband to be

granted by the newborn after birth.

key words : Artificial insemination - pedigree - birth - family law - alternative motherhood - problems.

ملخص:

قد تكون مشيئة الله أن يحرم بعض الآباء والأمهات من غريزتي الأبوة والأمومة، بسبب مرض العقم الذي إما يكون أصليا (بالولادة) أو يكون عرضيا (مؤقتا)، وإما يكون مكتسبا (طارئا)، وإما بسبب عامل تأخر سن الزواج وما قد ينجر عنه من صعوبة الحمل والولادة.

ولأن التقدم العلمي لم يترك بعيدا إلا وقربه، ولا مستحيلا إلا وأمكن منه، فإن الحل الأنجع الذي جاء به علم التخصيب هو ما يعرف بتقنية التلقيح الاصطناعي، والذي إما يكون داخليا أو خارجيا، بهدف إحداث الحمل في رحم المرأة.

وبما أن ترك مسألة التلقيح الاصطناعي دون تأطير قانوني من شأنه تحويل التقنية المستحدثة إلى وسيلة يتم بموجبها الخروج عن النظام العام والآداب العامة، وطمس معالم الشريعة الإسلامية السمحاء، فإن المشرع الجزائري في مادة الأسرة وجد نفسه مضطرا لسن قواعد قانونية وأحكام تؤطر العملية، عن طريق نصوص قانونية تحدد شروط تبني تقنية التلقيح الاصطناعي، وتمنع كل من الاستنساخ البشري، والأمومة البديلة ناهيك عن ظاهرة تأجير الأرحام.

ولا شك أن كل هذا من أجل أن تحقق تقنية التلقيح الاصطناعي هدفها البناء وفق أطر شرعية وتشريعية صحيحة، بعيدا عن أي خرق للنظام العام والآداب العامة، من شأنه إدخال قاضي الموضوع في متاهات عندما يتم التلقيح الاصطناعي خارج عن الشروط المحددة في قانون الأسرة، ومن ذلك أن يتم التلقيح بين الزوجة ورجل أجنبي أو بين إمرة أجنبية والزوج على أن تمنحهما المولود بعد الولادة...

الكلمات المفتاحية :

التلقيح الاصطناعي - نسب - المولود - قانون الأسرة - الأمومة البديلة - إشكالات.

مقدمة :

تعد العلاقات الزوجية من أقدس و أنبل الروابط الشرعية التي أحاطتها الشريعة الإسلامية بأحكام و جعلت من الزواج الوسيلة الوحيدة لتكوين أسرة مألها المودة و الاحترام¹ ، و لأن النسب² حقيقة في هذا الوجود فإن البشر ينقسمون إلى ذوي قرابة³ و ذوي مصاهرة⁴.

و قد جبل الله عز وجل الإنسان على حب الولد و الرغبة في الإنجاب لحكم عديدة وصل الإنسان إلى بعضها دون البعض الآخر ، فعاطفة الأبوة و الأمومة إذن ما هي إلا رغبة قوية تنادي على الإنسان ، و تلح في النداء رغبة في إشباع تلك الغريزة ، و لو أن هناك من العباد من كتب الله عنده في الأزل أن لا يولد له ولد و ذلك هو العقيم⁵.

فالعقم قد يكون دائما وقد يكون عقمًا مؤقتًا كما قد يكون أصليا بالولادة و قد يكون طارئًا ، و بغض النظر عن نوع و مصدر العقم يبقى هذا الأخير مرض يستوجب شفاءه ، و العلاج منه شريطة أن لا يخرج هذا العلاج عن نطاق المشروعية .

و يعد التلقيح الاصطناعي⁶ من أحدث الوسائل التي ظهرت لعلاج مرض العقم و إشباع رغبة المحرومين من الأزواج ، غير أن التلقيح الاصطناعي كتقنية مستحدثة لا يجب أن تخرج في ممارستها عن الحدود المرسومة شرعا و قانونا .

1 - تنص المادة الرابعة من الأمر رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 ، المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل

و المتمم ، على أن الزواج هو عقد يتم بين رجل و امرأة على وجه شرعي ، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة و الرحمة و التعاون ، و إحصان الزوجين ، و المحافظة على الأنساب "

2 - يقصد بالنسب لغة القرابة و الالتصاق ، فيقال أنسب الولد لأبيه أي أحقه به ، و فلان يناسب فلان ، و هو نسيب فلان أي أنه قريبه ، في حين يناط به شرعا علاقة الدم و رابطة السلالة أو النوع الذي يربط الإنسان بأصوله و فروعه و حواشيه و رباط السلالة هو السبب في تكوين الأسرة .

3 - ذوا النسب هم الآباء و الأمهات و الأعمام ، و الأبناء و الأعمام و الأخوال

4 - ذوا المصاهرة هم أقارب ذوي الأنساب .

5 - يميز الأطباء بين العقم و عدم الخصوبة ، إذ يقصد بالعقم العجز الكامل عن الإنجاب بصورة نهائية ، فلا تجدي كل وسائل الإنجاب الاصطناعي لعلاج أو تخفيف و إزالة آثاره ، فيما عدا تلك الحالات التي يتم خلالها زرع بعض الأعضاء التناسلية . في حين يقصد بعدم الخصوبة حالة مرضية عارضة يمكن شفاؤها و يمكن معها إجراء التلقيح الاصطناعي ، و لمزيد من التفاصيل حول الموضوع أنظر ، محمد علي البار ، مشكلة الإجهاض ، الدار السعودية للنشر ، الطبعة الثانية ، جدة ، 1986 ، ص. 18، 19.

6 - إن تقنية التلقيح الاصطناعي هي فكرة قديمة الظهور ، و كان أول استخدام طبي للتلقيح الاصطناعي الداخلي بروسيا ، من خلال تمكن العلماء الروسيين من تلقيح الأبقار و الأغنام و الخيول في أوائل القرن العشرين ، ثم طبقت تقنية التلقيح الداخلي على الإنسان ، ثم بعدها انتشرت الظاهرة انتشارا واسعا في الولايات المتحدة الأمريكية و أوروبا و مختلف دول العالم . و لو أن فريق آخر من الفقه ارجع الفضل في بروز التقنية للكاهن الإيطالي "لزداد نزالى" ، أين أجرى أول تجربة تلقيح على أنثى الكلاب سنة 1786، في حين اتجه فريق آخر من الباحثين للقول أن الأسبقية في اكتشاف التقنية تعود إلى الباحث "هينتر" لسنة 1799 ، أين كان أول من يجرم التخصيب الصناعي على جنس البشر ، و لو أن جل الفقهاء يتفقون أن الطفلة " لويزة بروان " هي أول طفلة أنابيب المولودة بتاريخ 25 يونيو

و تتجلى مصوبات اختيار موضوع إثبات نسب المولود بالتلقيح الاصطناعي و الإشكالات المطروحة لما يعترى التقنية من صعوبات في ما يتعلق بإثبات النسب، و التي نذكر أهمها كالتالي :

- تصنيف قضايا النسب من قبيل القضايا المعقدة في مادة الأسرة على مستوى المحاكم، و تلمها مسائل الميراث، لما قد يتبع النسب من اختلاط للأنساب، و انتهاك حرمة ديننا الحنيف.

- عدم وجود اتصال جنسي طبيعي بين الزوجين، و وجود مولود بسبل اصطناعية بحاجة لتثبيت نسبه .

- خروج عملية الحمل عن المألوف الذي يكمن في تلك العلاقة الحميمية التي تعرف نوعا من الخصوصية و القدسية، و صار التخصيب رهينة أنابيب، و صار الحديث عن فريق طبي، و أنابيب، و تلقيح اصطناعي، و بويضات فائضة، و مولود بالتلقيح الاصطناعي مجهول النسب بعد نفي الأب لأبوته، و صار الحديث عن تأجير الأرحام، و اختلاط الأنساب و تعدد الأمهات و احتدام الخلافات حول البحث عن الأم الحقيقية بين أحقية الأم البيولوجية صاحبة البويضة الملقحة، و الأم الولود التي جعلت رحمها مستودع للقيحة غير مفهومة إلى حين موعد ولادة المولود، و لا شك أن كل هذه الظواهر التي رافقت التقنية حملت في طياتها العديد من المضار و المخاطر، و الإشكالات القانونية .

و على هذا الأساس فإن الإشكال الذي يطرح في هذا السياق يدور حول: ما المقصود بالتلقيح الاصطناعي و ما هي الشروط القانونية لتبني هذه التقنية ؟.

و إن فرغنا من ذلك نتساءل حول: كيف يثبت نسب المولود من التلقيح الاصطناعي و الأمومة البديلة ؟ و ما هي الإشكالات القانونية التي تثيرها مسألة إثبات النسب ؟.

و تأصيلا عن ذلك سنحاول الإجابة عن الإشكاليتين من خلال المبحثين التاليين سنعالج من خلال المبحث الأول مفهوم التلقيح الاصطناعي و شروط تبني التقنية، على أن نعالج من خلال المبحث الثاني تحديات إثبات نسب المولود من التلقيح الاصطناعي و الأمومة البديلة .

المبحث الأول : مفهوم التلقيح الاصطناعي و شروط تبني التقنية

لما كان التقدم و التطور هما سمة هذا العصر، فقد أصبح ما من يوم يمر إلا و نسمع نداءات تدوي في الأفق بنباً اكتشاف علم جديد في نوع جديد من أنواع العلوم المختلفة، و من أهم المجالات التي ظهر فيها هذا التطور واضحا جليا مجال الأمور الطبية¹، و من ذلك ظهور تقنية الليزر، و تقنية التلقيح الاصطناعي موضوع دراستنا .

1978، نتيجة تلقيح بويضة أم لويضة بالحيوان المنوي لزوجها، و لمزيد من التفاصيل أنظر، مجلة كلية الدعوة الإسلامية، جمعة بشير، نسب المولود الناتج عن التلقيح الاصطناعي، العدد 20، 2003، ص.180.

¹- أحمد محمد لطفي أحمد، التلقيح الاصطناعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص.07.

مما يتطلب تحديد مفهوم التلقيح الاصطناعي (المطلب الأول) و الشروط المتطلبية لتبني التقنية (المطلب الثاني).

المطلب الأول : مفهوم التلقيح الاصطناعي

يعتبر التلقيح الاصطناعي¹ إنتاج التطور العلمي الهائل خاصة في مجال علم الأجنة و المورثات ، و سمي بالتلقيح الاصطناعي لأنه لا يتم بالطرق الطبيعية المعروفة بل عن طريق استعمال طرق تقنية و مخبرية من صنع الإنسان².

و بالتالي إذا كانت الطريقة العادية للتلقيح في الجنس البشري هي دخول الحيوانات المنوية للرجل إلى رحم المرأة عن طريق الاتصال الجنسي المباشر ، إلا أنه عن طريق التلقيح الاصطناعي يتم إدخال سائل الرجل المنوي في المجاري التناسلية عند المرأة ، و لكن ليس عن طريق الاتصال الجنسي المباشر بل عن طريق حقنة بطريقة اصطناعية بهدف إحداث الحمل .

و بخصوص موقف المشرع الجزائري من تقنية التلقيح ، فقد كان له موقفان يتجلى أولهما في مرحلة ما قبل تعديل قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر 02/05³ أين كان المشرع يشترط الاتصال و الزواج الشرعي ، غير انه يلاحظ على المشرع الجزائري أنه ترك مصطلح الاتصال دون تفسير و لم يشترط الاتصال الطبيعي، و من ثم يمكن أن يكون الاتصال اصطناعي، و من هنا تطرح فرضيتين نلخصهما كالتالي :

- أخذ المشرع الجزائري في الحسبان أن للاتصال بين الزوجان صورتين إحداها طبيعية و هي الأصل ، و الأخرى اصطناعية و هي الاستثناء .

- تجاوز المشرع الجزائري سهوا أو عمدا لفكرة التلقيح الاصطناعي ، و كان بعيدا عن إجازة مجمع الفقه الإسلامي للتلقيح الاصطناعي بشروط منذ أمد بعيد ، مع ترجيحنا للفرضية الثانية و دليلنا في ذلك موقفه الثاني في مرحلة ما يهد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 أين برز جليا تأثيره بالتقنية بالنص صراحة على جوازية اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي ، مع تحديد شروط اللجوء إلى التقنية⁴.

¹ - يطلق على التلقيح الاصطناعي بعلم التناسل التكنولوجي الحديث أو آليات التوليد التقني أو الإخصاب التكنولوجي.

- مجلة كلية الدعوة الإسلامية، جمعة بشير، نسب المولود الناتج عن التلقيح الاصطناعي، المرجع السابق ، الصفحة 579.

³ - إذ كانت المادة 41 من قانون الأسرة قبل التعديل تنص على أنه " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا و أمكن الإتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة .

⁴ - و ذلك بموجب المادة 45 مكرر المستحدثة، و رغم تأخر المشرع الجزائري عن تبني التقنية، إلا أنها تبقى خطوة جريئة من طرف المشرع بحاجة لتكامل بمزيد من التنظيم .

و يتم التلقيح الاصطناعي إما بواسطة مني الزوج و هو الأصل و إما بواسطة مني زوج آخر ، و يتم اللجوء إلى الحالة الثانية عند فقدان الأمل نهائيا من قدرة الرجل على الإخصاب و هذا النوع من التلقيح منع في ظل التشريع الجزائري و هو ما يستشف من خلال المادة 45 مكرر من قانون الأسرة .

و بناء على ما سبق فالتلقيح الاصطناعي نوعان أحدهما داخلي (أولا) و ثانيهما خارجي (ثانيا).

أولا: التلقيح الاصطناعي الداخلي و يحصل التلقيح الاصطناعي الداخلي داخل الجسم عن طريق عملية نقل الحيوان المنوي للرجل ، بعد تركيزه و إزالة الشوائب عنه ووضعه في الموقع المناسب داخل مهبل المرأة أو رحمها حتى تلتقي النطفة التقاء طبيعي بالبويضة¹.

و هي وسيلة للتغلب على عوامل عنق الرحم و المناعة المسببة للعقم بما في ذلك ندرة الحيوانات المنوية و نسبة النجاح تبلغ 30%².

ثانيا : التلقيح الاصطناعي الخارجي : أو ما يسمى بطفل الأنابيب³ و تتجلى هذه الطريقة في إجراء عملية التلقيح خارج العضو التناسلي للمرأة عن طريق التقاء الحيوانات المنوية للرجل مع بويضات المرأة خارج جسمها عن طريق أنبوب اختبار ، حيث تقدم اللقيحة من الطبيب المخبري إلى أخصائي أمراض النساء و التوليد، ثم تعاد اللقائح بعدها إلى رحم المرأة⁴.

و يتم اللجوء إليه في حالة انسداد الأنابيب الكلي ، و في حالة العقم غير معروف السبب ، أو في حالات العقم المناعية مجهولة السبب ، أو في حالة العقم الذكري⁵.

و قد حدد مجمع الفقه الإسلامي الدولي في قراره الرابع الصادر في الثالث من شهر جويلية 1986 سبعة طرق للتلقيح الاصطناعي ، و بين القرار الطرق الممنوعة شرعا و الطرق المباحة ، و تركز الطرق المحرمة على دخول

¹ - بأحمد أرفيس ، مراحل الحمل و الممارسات الطبية في الجنين بين الشريعة الإسلامية و الطب المعاصر ، الطبعة 02 ، الجزائر ، 2005 ، ص.307 .

² - أمير فرج يوسف ، أطفال الأنابيب طبقا للحقائق العلمية و الأحكام الشرعية و القانونية ، الطبعة 01 ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، 2013 ، 12 .

³ - إن استعمال مصطلح الأنابيب **bébé éprouvette** على الجنين المخصب خارج الجسم هو وصف غير

دقيق ، حيث أن الوصف الأنسب الذي ينبغي إطلاقه على طفل الأنابيب خلال عملية التخصيب خارج الرحم هو تسمية " جنين الأنابيب " أو " جنين التلقيح الاصطناعي " ، و لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع أنظر ، مجلة الحقوق ، خالد جمال أحمد ، الحماية القانونية للجنين ، الصادرة عن جامعة البحرين ، العدد 04 ، يناير 2007 ، ص.305 .

⁴ - بأحمد محمد أرفيس ، مرجع سبق ذكره ، ص.308 .

⁵ - أحمد محمد لطفي أحمد ، التلقيح الاصطناعي بين أقوال الأطباء و الفقهاء ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2006 ، ص.121، 122 .

طرف أجنبي في عملية التلقيح¹، لما لهذه الطرق من اختلاط في الأنساب و الأرحام ، و يمكن تلخيصها في الأساليب الستة التالية ، و يبقى الأسلوب السابع مجرد تكرار للأسلوب الثاني الذي سيتم توضيحه في التالي:

- الأسلوب الأول، أين تؤخذ نطفة الزوج و بويضة من مبيض الزوجة مع وضعها في أنبوب اختبار طبي ، مع مراعاة الشروط الفيزيائية الملائمة بهدف تلقيح نطفة الزوج و بويضة الزوجة بوعاء الاختبار ، و بعد ذلك تبدأ اللقيحة بالانقسام و التكاثر ، ليتم نقلها في الوقت المناسب لرحم الزوجة صاحبة البويضة نفسها لتعلق في جدار الرحم لتنمو و تتحول إلى جنين ، و تتم الولادة بصورة طبيعية².

- الأسلوب الثاني : و يجرى التلقيح في هذا النمط في أنبوب اختبار بين نطفة مأخوذة من زوج و بويضة من مبيض امرأة أخرى غير الزوجة (المتبرعة) ، ثم تزرع بعدها اللقيحة في رحم الزوجة³.

و رغم أن هذا الأسلوب مستبعد في القانون الجزائري من منطلق أن المشرع الجزائري اشترط أن يتم التلقيح بمني الزوج و بويضة الزوجة ، لما في ذلك من اختلاط للأنساب ، إلا أنه قد يتم خرق الشروط المتطلبية قانونا و الخروج عن الأطر الشرعية و التشريعية و اعتماد هذا الأسلوب ، مما يتولد معه إشكالات أكثر عمقا و تضادا، أين لا يمكن تصنيف هذا الأسلوب من قبيل تأجير الأرحام مادام أن البويضة الملقحة زرعت في رحم المرأة أي الزوجة، و لا يمكن تصنيفه من قبيل التلقيح الاصطناعي العادي من منطلق أنه لم يتم بين الزوجين ، بل دخلت العملية امرأة أجنبية أي صاحبة البويضة المتبرع بها محل التخصيب ، و لعل هذه الصورة من أخطر الصور من حيث إثبات النسب، فهل يعتد برابطة الرحم و من ثم تكون الزوجة هي الأم للمولود بالتلقيح الاصطناعي؟ ، أم يعتد برابطة البويضة و من ثم تكون المرأة الأجنبية هي أم المولود بالتلقيح الاصطناعي⁴؟.

- الأسلوب الثالث : أين يتم تلقيح بويضة امرأة غير متزوجة مع رجل غير متزوج كمتبرعين ، و بعدها تزرع اللقيحة في رحم امرأة متزوجة عقيما ، أو تعاني من تعطل في مبيضها في الوقت الذي يعاني زوجها هو الآخر من عقم .

و هذا الأسلوب أيضا منعه المشرع الجزائري، غير أن الخروج عن الأخلاق و الأخلاقية الذي قد يقع فيه الطبيب القائم بالتلقيح من شأنه الدخول في إشكالات من جراء اعتماد هذا الأسلوب.

1- بغدادلي جيلالي ، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في القانون الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 01، 2013/2014، الصفحة 178.

2- يعد هذا الأسلوب الحل الأنجع في تلك الحالة التي يكون فيها الزوجة عقم ناجم عن انسداد قناة فالوب التي تصل بين مبيضها و رحمها .

3- و يتم اختيار هذا الأسلوب في تلك الحالة التي يكون فيها مبيض الزوجة مستأصلا أو معطلا ، في حين يكون الرحم سليم يسهل علق اللقيحة فيه أو البويضة الملقحة .

4- هو إشكال قد يفرض نفسه و بحدّة على الواقع ، و سيتم سرد الفرضيات التي قد تجيب عنه من خلال المحور الثاني من هذه الدراسة المعنون ب: تحديات إثبات نسب المولود من التلقيح الاصطناعي و الأمومة البديلة

- الأسلوب الرابع : و في هذا الأسلوب يتم التلقيح في وعاء اختبار بين الزوجين ، غير أن اللقيحة لا تزرع في رحم الزوجة بل في رحم امرأة أخرى قد تكون أجنبية ، و قد تكون زوجة ثانية للزوج ، و قد تكون بهدف المجاملة أو بمقابل مادي¹ .

- الأسلوب الخامس : الإستدخال أو التلقيح الداخلي ، أين يتم نقل الحيوانات المنوية من الزوج و وضعها في رحم الزوجة ليلتقي بعدها بالبويضة ، و من ثم تتابع رحلتها عبر مختلف مراحل النمو التي تمر بها ، كما هو الأمر في حالة الاتصال الجنسي الطبيعي .

- الأسلوب السادس : الاستخراج أو أطفال الأنابيب أين يتم التلقيح بالاعتماد على الأنابيب المخبرية كما سبقت الإشارة ، إذ بعد تلقيح البويضة و متابعة انقساماتها المتتالية ، تعاد إلى الرحم من أجل استكمال نموها الطبيعي ، و تعد هذه الطريقة صورة مشابهة للأسلوب الأول ، و الاختلاف فقط في التسمية أين يصطلح هذا الأسلوب بالاستخراج .

و بتحديد مفهوم التلقيح الاصطناعي ، يكون من الضروري الوقوف على الشروط و المتطلبات القانونية الواجب مراعاتها عند تبني تقنية التلقيح الاصطناعي كتقنية مستحدثة فرضت نفسها و بإصرار على الواقع العملي .

المطلب الثاني : شروط التلقيح الاصطناعي في ظل قانون الأسرة الجزائري تحت مجهر النقد والتحليل:

أجاز المشرع الجزائري اللجوء إلى تقنية التلقيح الاصطناعي ، على خلاف بعض التشريعات و التي نذكر منها التشريع الليبي² أين جرم المشرع الليبي عملية التلقيح و أقر عقوبة للقائم بها بغض النظر عن كونه طبيب ، قابلة ، صيدلي متعاون مع الفريق الطبي ، كما أقر عقوبة للمرأة محل التلقيح و يستوي أن تكون متزوجة أو عذراء أو قاصرة ، بالإضافة إلى الزوج أو الخليل³ .

¹ - هذا الأسلوب الذي اصطلح عليه المشرع الجزائري بالأمومة البديلة أو تأجير الأرحام و منع تبنيها ، و فق ما سيتم توضيحه عند دراسة الإشكالات المرتبطة بإثبات النسب في الأمومة البديلة .

² - أضاف المشرع الليبي مادتين إلى قانون العقوبات يجرم بموجبهما تقنية التلقيح و المتمثلتان في نص المادة 430 مكرر أ و التي تنص على أنه " كل من لقح امرأة تلقيحا اصطناعيا بالقوة أو التهديد أو الخداع يعاقب بالسجن لمدة لا تزيد عن 05 سنوات ، إذا كان برضاها .." في حين تنص المادة 403 مكرر ب على أنه " تعاقب المرأة التي تقبل تلقيحها اصطناعيا أو تقوم بتلقيح نفسها صناعيا بالسجن لمدة لا تزيد عن خمس سنوات ، و يعاقب الزوج بذات العقوبة المنصوص عليها متى كان التلقيح برضاها ، و سواء وقع التلقيح من الزوجة أو من الغير .

³ - المجلة الجامعة ، محمد جمعة بشير ، موقف المشرع الليبي من التلقيح الاصطناعي ، كلية القانون ، جامعة السابع من أبريل ، العدد 05 ، لسنة 2005.

و بالرجوع إلى القانون الجزائري فإنه حتى لا تخرج عملية التلقيح الاصطناعي عن الضوابط القانونية و الشرعية أورد المشرع الجزائري بموجب المادة 45 مكرر من قانون الأسرة شروط التلقيح الاصطناعي¹ أين نصت على أنه :

" يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي ، يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية :

- أن يكون الزواج شرعيا .

- أن يكون التلقيح برضا الزوجين و أثناء حياتهما .

- أن يتم بمني الزوج و بويضة رحم الزوجة دون غيرهما .

- لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة² .

أولا: أن يكون الزواج شرعيا

و مفاد هذا الشرط أن يجمع بين الزوجين محل التلقيح رابطة شرعية تتجلى في عقد الزواج الشرعي³، و يعد هذا الشرط المعيار الحاسم لإضفاء الصورة القانونية على هذه التقنية .

و ما تجدر الإشارة إليه هو أن المشرع الجزائري لم يحدد المقصود بالزواج الشرعي و بذلك تطرح فرضيتين تقومان كالتالي :

- الزواج الشرعي هو ذلك الزواج الذي قوامه رسمي محض و الذي يتم أمام الموثق أو موظف مؤهل لذلك قانونا .

- الزواج الشرعي هو ذلك الزواج العرفي استنادا على نص المادة 22 المعدلة من قانون الأسرة الجزائري و التي بموجبها اعترف المشرع صراحة بعقود الزواج العرفية⁴ باستعماله عبارة :

".....و في حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي "

و بالتالي هل يمكن للزوجين بموجب عقد الزواج العرفي اللجوء لتقنية التلقيح الاصطناعي ؟

و ما هو سندهم لإثبات الشرعية ؟

¹ - القانون رقم 11/84 ، المؤرخ بتاريخ 09 يونيو 1984 ، المتضمن قانون الأسرة ، المعدل و المتمم .

² - تمت إضافة هذه الفقرة بموجب الأمر 02/05 ، المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد . 15 ، الصفحة 21.

³ - يشترط لقيام عقد الزواج توافر أهلية الزوج وولي و صداق و شاهدان مع انعدام الموانع الشرعية للزواج و ذلك وفقا لما ذهب إليه المشرع من خلال نص المادة 09 مكرر من قانون الأسرة .

⁴ - تثبت عقود الزواج العرفية بموجب حكم قضائي صادر عن قسم شؤون الأسرة بحضور النيابة العامة .

و هو فراغ تشريعي يتوجب على المشرع تداركه حتى لا يقع قضاة الموضوع لمادة الأسرة في حيرة .

ثانيا : أن يكون التلقيح برضا الزوجين و أثناء حياتهما

لاشك أن رضا الزوجة لإجراء التلقيح الاصطناعي يعد شرطا جوهريا ، و لعل حكمة المشرع في ذلك استبعاد طرق التلقيح الخارجة عن نطاق الشرع و التشريع .

و يغيب رضا الزوجين في عملية التلقيح الاصطناعي متى أكرهت الزوجة مثلا على إجراءه خارج الأطر القانونية ، و من ذلك إكراه الزوجة على حمل بويضة لامرأة جميلة ، بهدف تبني تلك الصفات وراثيا على الطفل المولود بالتلقيح الاصطناعي ، أين تتحول المرأة إلى أم بديلة أو متصرفة في الرحم .

و تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى الاستنساخ¹ بنوعيه² و الذي مفاده أخذ الصفات الوراثية لشخص ما و حقنها داخل البويضة و الملاحظ أن الشخص المستنسخ هو صورة طبق الأصل لذات الشخص الذي أخذت منه الخلية التي تم حقنها في البويضة ، مع الإشارة أن الاستنساخ رغم أن التشريع لم يتضمنه بالتنظيم إلا أن كل الأديان السماوية حرمته³ .

و يؤخذ على المشرع الجزائري أنه رغم إجازته للتلقيح بشروط محددة أهمها الرضا ، يحضرنا التساؤل عن الحكم في حالة اتفاق الفريق الطبي و الزوجين على إكراه امرأة أجنبية و دفعها للتبرع بالإلزامي بالبويضات من

¹ - يقصد بالاستنساخ من الناحية العلمية، عملية الحصول على نسخ طبق الأصل في النبات أو الحيوان أو الإنسان، بدون الحاجة إلى تلقيح خلايا جنسية ذكرية أو أنثوية، وقد عرفه القرار رقم 10/3/110 د. الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي المنعقد بجدة في 06/28/97 إلى 03/07/97 بأنه "توليد كائن حي أو أكثر، بنقل النواة من خلية جسدية إلى بويضة مزوغة النواة، وإما بتنشيط بويضة مخصبة في مرحلة .، ويعتبر ميلاد النعجة "دولي" في يوليو 1996، أول خطوة علمية في مجال الاستنساخ الحيواني" تسبق تمايز الأنسجة والأعضاء

² - يتجلى أوله في الاستنساخ الجيني أو العلاجي و يتم عن طريق استخلاص بويضات من المرأة، فتخصب البويضة الواحدة، بأكثر من حيوان منوي، فتحدث عملية الانقسام في خلية البويضة المخصبة ويتم فصل الخليتين وتعليق كل واحدة بغشاء صناعي يسمح للجنين بالنمو وتواصل البويضة انقساماتها لتنشأ عنها مجموعة من الأجنة المتطابقة في جيناتها الوراثية.

ويفتح هذا النوع من الاستنساخ إمكانية إنتاج خلايا أساسية وهي تلك الخلايا التي بإمكانها التطور إلى أنواع مختلفة من الأنسجة والأعضاء والعضلات والأعصاب.

في حين يتجلى النوع الثاني في الاستنساخ الخلوي أو اللاجنسي، حيث تأخذ خلية من أي إنسان ويتم عزل نواة تلك الخلية الحاملة للصفات الوراثية وفق طرق معينة. وفي المقابل تسحب نواة خلية حية من بويضة سليمة، فيتم زرع نواة الخلية الوراثية للإنسان الأصلي في هذه الوضعية، فتتشكل بويضة جينية، تحمل كل الصفات الوراثية للإنسان الأصلي يتم زرعها في رحم أي امرأة، أي أن يولد المولود نتيجة مطابقة للفرد المانح وهي تقوم على استطراد

أي دور للحيوانات المنوية وهي نفس الطريقة التي تم بها استنساخ النعجة دولي، و لمزيد من التفاصيل حول مفهوم إثبات نسب المولود بالاستنساخ أنظر ، يونس الحكيم ، نسب المولود الناشئ عن الاستنساخ البشري ، تاريخ الإطلاع 24 مايو 2017 ، منشور على الموقع التالي :

..al-7aml.com/category/surrogate-motherhood

³ - أمير فرج ، أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية ، المكتب العربي الحديث ، الإسكندرية ، 2005 ، ص.98.

أجل التلقيح كأن تكون خادمة مثلا ، فهل يكيف الاعتداء من قبيل الاغتصاب ، أو من قبيل الاعتداء الجسدي؟¹.

فالمشعر الجزائري رغم تحديده لشروط التلقيح إلا أنه لم يقر جزاء يطبق على الجاني في حالة خرق الشروط ، إذ يمكن قبول طلب التطليق كحل تلجأ له الزوجة المكرهه على إجراء التلقيح ، و الطلاق كحل يلجا له الزوج الذي رفضت زوجته الخضوع للتلقيح ، و يستوي أن يكون السبب في العقم أو تكون هي السبب ، لكن بإلزام طرف ثالث على التبوع بالبويضات خرقا للشروط المحددة قانونا ، يطرح إشكال غياب الجزاء الموقع على كل مساهم في إلزام المرأة الأجنبية على التبوع بالبويضات قصد تلقيحها ، و لا شك أنها ثغرة تشريعية تحسب على المشعر الجزائري .

أما عن اشتراط المشعر الجزائري من خلال نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة أن يتم التلقيح أثناء حياة الزوجين ، فلعله شرط سابق لأوانه في الجزائر ، و حسنا فعل المشعر الجزائري باتخاذ الحيطة لاسيما أنه بعد هذا الشرط هناك خلفية ما يصطلح عليه بـ :

" بنوك المني " و الموجودة على مستوى البلدان المتقدمة ، و التي تسمح بتلقيح الزوجة بمني زوجها بعد وفاته ، و هو أمر يثير عدة إشكالات عملية من حيث إثبات النسب و الميراث ، لأنه يشترط تحقق حياة الوارث وقت وفاة الموروث .

و لو أنه عندما يتعلق الأمر بالبويضات المجمدة يطرح الإشكال عند نجاح التلقيح في المرة الأولى و بقاء البويضات المجمدة في البنك و بيعها لاحقا ، و الحل الأنجع الذي جاء به مجمع الفقه الدولي الإسلامي هو إتلاف تلك البويضات دون اعتبار ذلك تجهيز لأن المضار تتجلى في اختلاط الأنساب و لا وجود لجنين في رحم الأم ،

¹ - إذ يعد التلقيح الاصطناعي الجبري اعتداء على حرمة الجسد ، أو جريمة عنف في حق الجسد البشري ، باعتبار أن سلامة و حرمة الجسد البشري هي حقوق غير قابلة للتوارث ، و كل تعامل بها يعد باطل " ، و إذا كان المشعر الجزائري قد اغفل تجريم الاعتداء على الجسم البشري ، و إجراء التلقيح الجبري على الجسد البشري (جسد المرأة) ، على خلاف المشعر الفرنسي الذي جرم الاعتداء على الجسد بموجب المادة 16 فقرة 01 و فقرة 05 ، و عدم الجسد البشري للتعامل فيه ، و من ثم عدم قابلية البويضات الفائضة للتعامل فيها بالبيع أو الهبة ، و قد وردت الفقرتين من نص المادة 16 سابق الإشارة إليها كالتالي :

Article 16-1 « chacun a droit au respect de son corps,

- le corps humain est inviolable.

- le corps humain et ses éléments ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial ».

Article 16-5 « les conventions ayant pour effet de conféré une valeur patrimonial au corps humain, a ses éléments ou a ses produits sont nulles ».

Pour plus des détails :consulte l'article sous titre de le respect du corps humain pendant la vie et après la mort, publié dans le site suivant :<https://www.leh.fr/.../le-respect-du-corps-humain-pendant-la-vie-et-après-la-mort-978>, consulté le 24 mai 2017.

كما أوصى المجمع بضرورة ترك البويضات الفائضة بعد نجاح التلقيح الأول دون رعاية صحية حتى تنتهي حياة البويضات الفائضة بالوجه الطبيعي¹.

و لو أن المشرع الجزائري اشترط لاستحقاق الميراث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة مع ثبوت سبب الإرث و عدم وجود مانع من موانع الميراث².

و من جهة أخرى اشترط المشرع حتى يرث الحمل أن يولد حيا و يعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت عليه علامة ظاهرة بالحياة³.

و من ثم يفهم من اشتراط المشرع أن يتم التلقيح الاصطناعي في حياة الزوجين تفادي الوقوع في تعقيدات قد تكبل قضاة الموضوع من حيث مسألة استحقاق الميراث ، لاسيما و أن أساس و منبع قانون الأسرة الجزائري مستنبط من أحكام الشريعة الإسلامية السمحاء ، لأنه حتى في حالة بعد الجزائر عن مسألة بنوك المني⁴ ، فإنه قد يخرج الزوجان حدود الدولة الجزائرية لإجراء التلقيح الاصطناعي ، و قد تنتقل الزوجة إلى الخارج بعد وفاة زوجها من أجل إجراء عملية التلقيح الاصطناعي .

و بالتالي فهي إشكاليات أصاب المشرع بتجنّبها من خلال اشتراط أن يتم التلقيح الاصطناعي في حياة الزوجين.

ثالثا : أن يتم التلقيح بمني الزوج و بويضة رحم الزوجة دون غيرها

يكون التلقيح الاصطناعي هو الحل الأنسب عندما يكون الزوج و الزوجة قادران على الإنجاب ، أي بوجود بويضات و حيوانات منوية ، إلا أنه نظرا لاحتمال وجود عيب خلقي في الزوج أو الزوجة فإنه لا يحدث التلاقي و الإخصاب عن طريق الاتصال الجنسي مما يتطلب مساعدة طبية.

و يفهم من خلال وجهة المشرع الجزائري من اشتراط أن يكون التلقيح بمني الزوج و بويضة رحم الزوجة⁵ هو أن التلقيح الاصطناعي يتم عن طريق أخذ مني الزوج و حقنه مباشرة في الموضع المناسب من رحم الزوجة . و باعتبار أن المسائل المرتبطة بكيان الأسرة تعد من قبيل النظام العام فإن كل اتفاق بين الزوجين من أجل خرق أحكام التلقيح الاصطناعي يعد باطلا .

¹ - قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 55 (06/06) لعام 1990 ، و المتعلق بحكم البويضات الملقحة ، بعد المؤتمر

السادس المنعقد في جدة بالمملكة العربية السعودية ، خلال الأيام من 14 إلى 20 مارس 1990.

² - و هو ما نص عليه المشرع من خلال نص المادة 128 من قانون الأسرة الجزائري ، سابق الإشارة إليه .

³ - و هو ما نص عليه المشرع من خلال نص المادة 134 من قانون الأسرة الجزائري ، سابق الإشارة إليه .

⁴ - أمير فرج يوسف ، مرجع سابق الإشارة إليه ، ص.100.

⁵ - يعد هذا الشرط تمهيدا لفكرة الأمومة البديلة التي منعها المشرع من خلال الفقرة الأخيرة من نص المادة

مكرر من قانون الأسرة .

و بالتالي إذا كان المشرع الجزائري من خلال نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة تبني فكرة التلقيح الاصطناعي محددًا لشروطه و رغم كل النقائص و الثغرات التشريعية التي تشوب مفهوم التلقيح الاصطناعي في حد ذاته ، إلا أن الأصعب من كل ما سبق هو مسألة إثبات النسب عندما يتعلق الأمر بالمولود عن طريق التلقيح الاصطناعي ، أو المولود عن طريق الأمومة البديلة التي رغم وجود المنع التشريعي لهذه التقنية ، إلا أن الواقع و تحدياته قد يفرز مثل هذه الإشكالات .

و بتبيان مفهوم و شروط تبني تقنية التلقيح الاصطناعي ، سيتم الخوض في نسب المولود بالتلقيح الاصطناعي و الأمومة البديلة ، مع الوقوف على أهم الإشكالات القانونية التي تعترى إثبات النسب ، و ذلك من خلال المبحث الثاني من هذه الدراسة .

المبحث الثاني : تحديات إثبات نسب المولود من التلقيح الاصطناعي و الأمومة البديلة

نشير بداية إلى أن المشرع الفرنسي و إدراكًا منه لأهمية شؤون الأسرة باعتبار أن الأسر في مجموعها تشكل شعب الدولة الفرنسية فقد نظم شؤون الأسرة بموجب المنظومة المدنية أي القانون المدني ، و الأهم من ذلك بموجب الدستور الفرنسي ، إذ يساهم المؤسس الدستوري إلى جانب المشرع في مادة الأسرة تنظيم كل ما يتعلق بالأسرة¹ ، على خلاف المؤسس الدستوري الجزائري الذي يصب اهتمامه على توزيع السلطات و اختصاصات و وظائف كل سلطة ، ناهيك عن سرد الحقوق و الحريات ، مع خلوه من أي نص يكفل تنظيم الأسرة .

و بالتالي فإن إثبات النسب يثبت بالزواج سواء كان رسميًا أو عرفيًا ، باعتبار أن الزواج العرفي يخضع لذات قواعد الزواج الرسمي عند الإثبات² .

إلا أن إثبات النسب عندما يتعلق الأمر بالمولود بالتلقيح الاصطناعي يشوبه غموضًا صارخًا يتوجب تبيانه (المطلب الأول) ، زيادة عن غموض فكرة الأمومة البديلة عندما يتعلق الأمر بمولود لا ذنب له ولد رغم وجود هذا المنع (المطلب الثاني).

المطلب الأول : إثبات نسب المولود من التلقيح الاصطناعي و الصعوبات المطروحة

إن إثبات النسب في التلقيح يلقى عدة صعوبات و إشكالات ، باعتبار أن مسألة التلقيح الاصطناعي مسألة تطغى عليها التقنية أكثر منها المادية ، لأنه إذا كان من السهل إثبات أو نفي النسب في حالة الحمل الطبيعي ، من خلال إثبات عدم المعاشرة مع الزوجة بسبب مرض عضوي مثبت طبيا ، أو نظرا لهجرة الزوجة لمدة تفوق مدة الحمل ، أو إثبات عدم الدخول أو عدم الولادة أصلا ، إلا أن مثل هذه الأدلة غير قابلة للاستناد عليها في حالة التلقيح الاصطناعي ، باعتبار أنه لا يوجد اتصال جنسي طبيعي .

¹ - François Chénéde, Pascale Deumier , L'œuvre du parlement, la part du conseil constitutionnel en droit des personnes et de la famille , les nouveaux cahier du conseil constitutionnel , numéro .39, éd .Dalloz , 2013 , p .05.

² - أي عن طريق البينة ، القرائن ، الإقرار ، الطرق العلمية .

فإذا تم إجراء التلقيح الاصطناعي مراعاة للشروط التي أوردها المشرع على سبيل الحصر من خلال نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة ، فإنه لا يثار الإشكال بالنسبة للنسب ، بحيث يتم اللجوء إلى الوسائل العملية المستحدثة و المقررة لإثبات النسب من منطلق أن المشرع الجزائري أجاز اللجوء إليها من خلال نص المادة 40 من قانون الأسرة المعدلة¹ ، و التي نصت على أنه " يجوز اللجوء إلى الوسائل العلمية لإثبات النسب " .

و الإشكال المطروح إذا كان المشرع الجزائري تبنى الطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب هل يمكن الاستناد على الطرق العلمية لنفي النسب ؟.

و إذا اعتبرنا أن إثبات النسب يكون بموجب الطرق العلمية و نفيه يكون بموجب دعوى اللعان ، فإنه من المعلوم أنه بعد اللعان تلقائيا ينفي الأب نسب المولود و من ثم فإن الأخذ بالطرق العلمية كدليل إثبات ودليل نفي هو الحل الأنجع ، لأنه بتوفير ضمانات لإثبات النسب ، و ترك النفي للعان فإنه سيكون هناك تعسفا ، ومن ثم يحرم المولود بالتلقيح الاصطناعي من النسب دون دليل علمي بل فقط عن طريق اللعان .

و بالوقوف على المعنى الحرفي لنص المادة 40 مكرر من قانون الأسرة المعدلة فإنه تسجل بعض الملاحظات التي تلخص كالتالي :

- ما المقصود بالطرق العلمية التي قصدها المشرع الجزائري ؟ ، و باعتبار أن هناك طرق علمية تعطي نتائج حتمية و أخرى تعطي نتائج احتمالية فأيهما يأخذ ؟.

و إذا افترضنا أن الطرق العلمية المشار إليها في نص المادة 40 مكرر تنصب على فحص DNA

لاسيما فحص الحمض النووي هل يمكن اعتبار حجيتها مطلقة أو نسبية ؟.

و لا يتوقف الإشكال عند طرق إثبات نسب المولود بالتلقيح الاصطناعي بين الطرق العلمية و دعوى اللعان ، بل إن المسألة أعمق من ذلك ، لأنه إذا كان من السهل إثبات نسب المولود بالتلقيح الاصطناعي في حالة قيام الرابطة الزوجية (أولا) ، فإن الإشكال يطرح في حالة انتهاء الرابطة الزوجية بالطريقة الطبيعية أي عن طريق الوفاة (ثانيا) ، أو عن طريق الطلاق (ثالثا) .

أولا: نسب المولود بالتلقيح الاصطناعي في حالة قيام الرابطة الزوجية

يثبت نسب المولود بالتلقيح الاصطناعي أثناء حياة الزوجين و وقت قيام الرابطة الزوجية إلى الأب و الأم ، بغض النظر عن كون التلقيح تم عن طريق الإستدخال (داخلي) ، أو عن طريق الاستخراج (الخارجي) ، و من ثم فإن إثبات النسب في هذه الحالة لا يثير أي إشكال قانوني يطرح .

¹- تم تعديل هذه المادة بموجب الأمر 02/05 ، المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 15.

إذ لا يمكن للزوج في هذه الحالة نفي النسب متى تبين من خلال الملف الطبي أنه وافق صراحة على إجراء التلقيح الاصطناعي ، و بالتالي فالبيانات الواردة في الملف الطبي قرينة قاطعة على أبوته للمولود بالتلقيح الاصطناعي ، و على العكس من ذلك يدق باب الإشكال في حالة الوفاة .

ثانيا : نسب المولود بالتلقيح الاصطناعي في حالة انتهاء الرابطة الزوجية بالوفاة

قد يحدث و تنتهي الرابطة الزوجية بصورة طبيعية عن طريق الوفاة ، و من ثم فإن الإشكالات المرتبطة بإثبات نسب المولود بالتلقيح الاصطناعي في حالة الوفاة ذات بعد مزدوج ، يتعلق الأول بإثبات النسب في حالة وفاة صاحب السائل النووي و بعد التلقيح مباشرة ، و إنكار الورثة للمولود بالتلقيح الاصطناعي و من ثم حرمانه من تركة أبيه ، في حين يتجلى الإشكال الثاني في تلقيح الزوجة بمني زوجها المجدد في بنوك المني بعد وفاة زوجها إحياء لذكراه أو لأي سبب آخر ، و إذا كانت الفرضية الأولى جد متوقعة في المجتمع الجزائري ، فإن الفرضية الثانية تستبعد من واقع الأسر الجزائرية من منطلق أن بنوك المني لا تعرف انتشار واسعا في الجزائر ، و لو أن مراكز التلقيح في الجزائر تترك بويضات فائضة بهدف إعادة زرعها في حالة عدم نجاح التلقيح أو في حالة إجهاض الحمل بعد زرع اللقيحة .

و طرح أول إشكال يتعلق بالتلقيح بعد الوفاة في فرنسا ، أين قام رجل بالتبرع بكمية من حيواناته المنوية إلى بنك المني ، و بعد وفاته تقدمت زوجته إلى البنك و طلبت تلقيحها بسائل زوجها المتوفي ، و بعد رفض البنك لم تجد سبيلا غير طرق باب العدالة ، أين قضى القضاء الفرنسي بأحقيتها في تسلم السائل المنوي لزوجها المتوفي¹. و يطرح الإشكال في حالة الوفاة من منطلق أن الرابطة الزوجية تنقضي بالوفاة ، و لا مجال لإحياء الرابطة بعد انقضاءها بسبب طبيعي لا إرادي ، و لو أن جانب من الفقه أجاز التلقيح في فترة العدة شريطة أن يوصي الزوج بذلك².

غير انه و باعتبار أن الفرضية الأولى قد ترد في المجتمع الجزائري فإنه تثار التساؤلات التالية :

- بتطويع نص المادة 40 مكرر ليشمل إثبات و نفي النسب تأسيسا على فكرة كونه نص غير جنائي ، هل يكفي أن ينفي ورثة الزوج أن زوجة مورثهم قد أنجبت مولودها خارج المدة القانونية المقررة لإسناد النسب بعد وفاة الزوج ؟ أم أنهم مضطرين لإثبات أن عملية التلقيح الاصطناعي تمت بعد وفاة مورثهم أي في غيابه بما يخالف الفقرة الثانية من نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري؟ .

و عموما و حتى في ظل غياب المعيار الذي بموجبه يبني الورثة إقرارهم أو نفيهم للمولود بالتلقيح الاصطناعي و نفي نسبه لمورثهم ، فإنه بإقرارهم بنسب المولود فإنه ينسب إلى مورثهم و يكون له الحصة الشرعية في تركة

1 - أمير فرج يوسف ، مرجع سابق الإشارة إليه ، ص.101.

2- و لو أن المشرع الجزائري إشتراط أن يتم التلقيح أثناء حياة الزوجين ، مع اشتراطه أن يكون الحمل الوارث حيا ، أو حملا أثناء افتتاح التركة .

أبيه ، إلا أنه متى نفى الورثة المولود بالتلقيح الاصطناعي فإنه يكون في حكم مجهول النسب أو ابن زنا ، ولو أن جانب من الفقه اعتبر أن مرور السنة التي تحتسب من تاريخ وفاة المورث ، تفتح واسع السلطة و التقدير للورثة بين نفى أو إقرار نسب المولود بالتلقيح الاصطناعي الذي يفترض أنه ثمرة التلقيح الاصطناعي الذي تم بين زوجة مورثهم و مورثهم¹ .

و هي كلها إشكالات قانونية تستدعي إعادة النظر في المنظومة القانونية و عصرنتها حتى تواكب مثل هذه التحديات المطروحة ، كما يطرح ذات الإشكال في حالة انتهاء الرابطة الزوجية بالطلاق .

ثالثا : نسب المولود بالتلقيح الاصطناعي أثناء فترة الطلاق

نشير بداية أن تقنية التلقيح الاصطناعي فرضت نفسها على الواقع للحد الذي معه صار الحديث عن مدى إمكانية اعتبار رفض الزوج الخضوع لتقنية التلقيح الاصطناعي سببا مبررا لطلب التطليق من جهة ، و من جهة أخرى صار الحديث عن الطلاق غير التعسفي كحق للزوج الذي ثبت له أن زوجته هي مصدر العقم ، مع رفضها إجراء عملية التلقيح الاصطناعي كون ذلك يتنافى و الغرض من الزواج .

كما أصبح الفقه في يومنا هذا يبحث عن إجابة للإشكال المتعلق برفض الزوج إجراء التلقيح الاصطناعي ، و تمسكه بالفكر التقليدي القائل بأن الولادة لا تكون إلا بمحض الطبيعة ، رغم أن مصدر العقم هو الزوجة ، هذه الأخيرة التي لا يمكنها طلب التطليق لأنه لم يظلمها ضررا بالقدر الذي يطال الزوج كونها المتسببة في العقم ، و في ذات الوقت تمسك الزوج بموقفه دون اختياره للطلاق كبديل عن اللجوء للتلقيح غير الطبيعي ، فهي إشكالات تثبت و تبين أن تقنية التلقيح الاصطناعي تغلغلت داخل المجتمعات عموما ، و الأسر الجزائرية خصوصا .

و يثور الإشكال عند البحث عن نسب المولود بالتلقيح الاصطناعي في حالة الطلاق في حالة ميلاد الطفل بعد مرور سنة من فك الرابطة الزوجية ، و الأصل أنه بميلاد المولود بعد مرور أكثر من ستة أشهر تحتسب من تاريخ الطلاق فإن إقرار أو نفى النسب مرهون على إرادة و إقرار الزوج السابق أي الأب المفترض ، فإذا اقر الأب المفترض أو الزوج السابق النسب و ألحق المولود بالتلقيح الاصطناعي إليه ، فإنه ينسب إليه في هذه الحالة و يعد إقرار الأب في حكم الإقرار بالولد مجهول النسب ، غير أن هذا الإقرار مرهون على عدم زواج المطلقة بزواج ثاني بعد طلاقها .

¹ - شوقي زكرياء صالح ، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001 ، الصفحة 307.

غير أنه بنفي الزوج المطلق لنسب المولود فإنه لا يثبت للمولود بالتلقيح الاصطناعي أي نسب يذكر، و لا يعتد في هذه الحالة بالملف الطبي الذي تضمن الموافقة القبلية للزوج (المطلق) على إجراء التلقيح، إذ أن البعد الزمني أخذ مجراه و أصبح كفيلا بإسقاط كل القرائن¹.

و في ذات السياق ذهب العديد من الفقهاء إلى ربط جريمة الزنا² بالتلقيح الاصطناعي الخارج عن الأطر و الشروط القانونية، و لو أنه من غير المنطقي أن تربط جريمة الزنا بالتلقيح غير المشروع، لأن جريمة الزنا تترجم علاقة غير مشروعة بين رجل و امرأة متزوجين بموجها يقوم كلاهما بخيانة الأمانة الزوجية، في حين أن التلقيح الاصطناعي الذي قد يكون بين زوجين و امرأة أجنبية صاحبة الرحم، و يبقى من قبيل التلقيح الممنوع و المخالف للنظام العام، لكن لا مجال للحديث عن ربط جريمة الزنا بخرق أحكام التلقيح، لأنه في التلقيح الخارج عن الأطر الشرعية و التشريعية يكون هناك تراضي بين كل الأطراف من زوجين و امرأة أجنبية من غير الضروري أن تكون متزوجة فقد تكون عذراء و قاصر بحاجة إلى أموال، و وجدت في تأجير رحمها بمقابل حلا أنسب من الحصول على مقابل من جراء إقامة علاقات غير شرعية مع مشتر الشهوة، أو بيع عضو من أعضائها من جراء تردي وضعها المادي.

و تبقى الحالات التي قد ترتبط فيها جريمة الزنا بالتلقيح الخارج عن الأطر القانونية في ما يلي:

- تلقيح الزوجة بمني زوجها أثناء عدة الطلاق، مع عدم اعتراف الزوج بنسب المولود، و أداءه للعان من أجل نفي نسب المولود بالتلقيح الاصطناعي، مما يجعل ذلك المولود مجهول النسب و يأخذ حكم ابن الزنا، إذ لا يعد التلقيح في هذه الحالة من قبيل جريمة الزنا، بل المركز القانوني للمولود بالتلقيح الاصطناعي من قبيل مجهول النسب أو من قبيل ابن الزنا.

- اكتشاف الزوج بعد التلقيح أن هناك تأمر بين مخبر التخصيب و الزوجة، و رجل أجنبي لها علاقة غير شرعية به من أجل تلقحها بسائل الرجل الأجنبي، بعد أن تم أخذ سائل الزوج فقط لتنويه الحقيقة و إيمامه أن التلقيح كان بسائله المنوي، و من ثم فإنه في هذه الحالة بمجرد نفي الزوج لأبوته للمولود فإنه يصبح مجهول النسب و يتحول إلى ابن زنا.

و غير بعيد عن فكرة التلقيح الاصطناعي هناك تقنية الأمومة البديلة التي رغم منعها صراحة بموجب أحكام تشريع الأسرة الجزائري إلا أنه قد يكشف الواقع عن وجود نساء تأجر أرحامها بمقابل أو تهدي أرحامها بدون مقابل، أو تحمل بويضة لمجاملة امرأة أخرى نظرا لوجود قرابة، صداقة، باعتبار أنه شاع مؤخرا خروج الأطباء

¹ - شوقي زكرياء صالحي، نفس المرجع، الصفحة 307.

² - الفعل المنصوص و المعاقب عليه بموجب المادة 339 من قانون العقوبات الجزائري، الذي ورد كالتالي "يقضى

بالحبس من سنة إلى سنتين على كل امرأة متزوجة ثبت ارتكابها جريمة الزنا. و تطبق ذات العقوبة على كل من ارتكب جريمة الزنا مع امرأة يعلم أنها متزوجة...."

الأخصائيين في أمراض النساء و التوليد عن أخلاقيات مهنة الطب بقيامهم بعمليات إعادة العذرية للمرأة و غيرها من العمليات

المطلب الثاني: إثبات نسب المولود عن طريق الأمومة البديلة والإشكالات المطروحة

نظرا للتطورات الحديثة في شتى المجالات العلمية ، صار علم فسيولوجيا التخصيب الصناعي يكشف في كل يوم عن وجه جديد مختلف عن سابقه ، و كانت نقطة البداية في مجال الإنجاب الصناعي بظهور فرع جديد من فروع التخصيب الصناعي يسمى بالرحم المستأجر أو الرحم المستعار¹ و الأم الحاملة²، أو الأمومة البديلة³ كما اصطلح عليها المشرع الجزائري .

فصارت المرأة تتبع و تشتري في رحمها بمقابل و بدون مقابل و انتشرت ظاهرة تأجير الأرحام، و التي بموجبها تقوم المرأة بحمل بويضة مخصبة لزوجين، إما لكسب مقابل مادي، أو لإشباع رغبة في الأمومة حرمت منها ، و تسليم المولود لصاحبي البويضة بعد عملية الإنجاب .

فالحديث عن تأجير الأرحام هو حديث يحذوا بنا إلى طرق الإنجاب الشائعة في عصر الجاهلية ، أين كان شائعا أن تلد المرأة إما عن طريق نكاح الرهط⁴، أو نكاح القيافة⁵، أو نكاح الإستبياض⁶.

و تعود الأسباب الصحية التي قد تدفع بصاحبة البويضة للبحث عن رحم تستأجره أو تستعيره إلى ما يلي :

- استئصال رحم صاحبة البويضة في سن مبكرة ، بسبب أمراض مسرطنة أو أي تجهيز أو إجهاض خطير و متكرر أو نزيف حاد أي سبب آخر .

- أورام الرحم أو إصابته بتشوهات.

- الإجهاض المتكرر و ولادة أجنة متوفية لأكثر من مرتين .

1- هيام إسماعيل السحماوي ، إيجار الرحم - دراسة مقارنة - ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2013 ، ص.07 و ما بعدها.

2 - qui se nome au français la mère porteuse .

3 - qui se nome au français la maternité de substitution .

4 - مفاد نكاح الرهط دخول رجال تصل أعمارهم إلى 10 سنوات يطلق عليهم بالرهط على امرأة ، من أجل مجامعتها ، و متى حملت المرأة من أحدهم تضع مولودها و تستدعي الكل " الرهط" ، و تلحق ولدها بمن تشاء ، دون معارضة الرهط لذلك ، لأن قبول الرهط معاشر المرأة هو بمثابة قبول مستقبلي لمولودها .

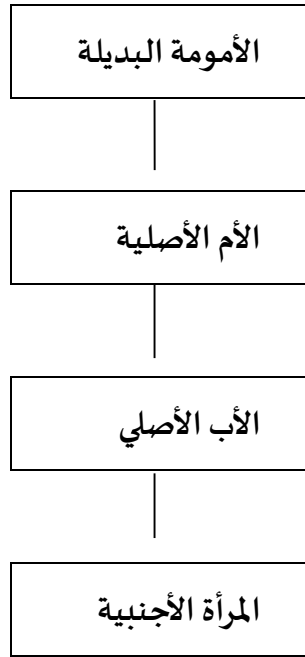
5 - و مفاد ذلك اجتماع عدة رجل و دخولهم على امرأة بغية تضع راية على بيتها دون امتناعها عن أي شخص يأتيها ، و متى حملت تجتمع و كل الرجال اللذين جامعوها ، و دعوا القيافة و هو خبير الوراثة و النسب ، ليحدد إلى أي منهم ينسب مولودها ، و يأخذ في القيافة مدة المعاشر كمياري لإثبات النسب ، دون إمكانية المعارضة على ذلك .

6 - أين يهجر الزوج زوجته حتى تطهر و يرسلها بعدها إل رجل آخر ليجامعها حتى تحمل منه ، لأسباب شخصية إما لكونه يعتبره رجلا ذكيا أو قويا أو وسيما ، و لمزيد من التفاصيل حول المفاهيم الثلاث أنظر ، حسونة الدمشقي و عرفان بن سليم العشا ، التلقيح الصناعي أو أطفال الأنبوب و عرس الأعضاء البشرية بين الطب و الدين ، الطبعة الأولى ، بيروت ، 2006 ، الصفحة 13.

- تلف الرحم بعد تعرضه لعدد المحاولات من أجل التخصيب المخبري دون نجاحها¹.

فإذن تقنية الأمومة البديلة و تأجير الأرحام عرفت نوعا من الاحتدام التشريعي إذ أجازتها تشريعات بعض الدول بدون أي شرط أو قيد²، في حين أجازته تشريعات أخرى لكن بشروط³، في الوقت الذي منعتة تشريعات أخرى منعا جامعا دون أية شروط لإجازته⁴.

و من خلال الجدول المبين أدناه سيتم توضيح أطراف حلقة الأمومة البديلة كالتالي:



و بالتالي تتكون حلقة الأمومة البديلة من ثلاث أطراف ، الأم الأصلية⁵ و الأب الأصلي⁶، و المرأة الأجنبية⁷، ونظرا لكون مثل هذه التقنيات تعد انتهاكا صارخا لحرمة ديننا الحنيف كونها تعد تجارة بالجسم الإنساني،

¹ - جمال أبو سرور ، قضية الرحم البديلة تثير جدل الأطباء و الفقهاء ، تاريخ الإطلاع: 23 يونيو 2017 مقال منشور على

الرابط التالي: www.cyprusivfhospital.com/arabic.asp?page=reasons-for

² - و التي نذكر منها المملكة المتحدة ، كندا ، بلجيكا ، أستراليا ، بلجيكا ، الدنمارك ، رومانيا ، إسرائيل ، أوكرانيا ، هولندا ، ألمانيا ، رومانيا .

³ - و التي نذكر منها جنوب إفريقيا ، البرازيل ، الأرجنتين ، الهند ، تايلاند ، جنوب إفريقيا ...

⁴ - و التي نذكر منها فرنسا ، إسبانيا ، إيطاليا ، الصين ، و بعض الولايات الأمريكية ، و كل الدول الإسلامية و منها الجزائر ، باستثناء إيران التي أجازته كدولة إسلامية .

⁵ - و هي الأم التي تقدم البويضة لامرأة ثانية تحمل بدلا عنها .

⁶ - و هو صاحب الحيوان المنوي الذي تلقح به البويضة .

⁷ - و هي المرأة التي تقبل زرع البويضة الملقحة من الطرفين في رحمها ، و تقوم بحمل الجنين بدلا عن الأم الأصلية و يطلق عليها بالأم البديلة .

تغيرا لحكمة الله العزيز من جهة فقد منع المشرع الجزائري اللجوء إليها، من منطلق أن عملية تأجير الأرحام تهدد سببا في اختلاط الأنساب متى أنكرت المرأة صاحبة الرحم عملية الاستئجار و سجلت المولود باسمها .
و لتفادي كل هذه الإشكالات و الموانع التي تطرحها تقنية الأمومة البديلة، حسنا فعل المشرع الجزائري بمنع اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأمومة البديلة.

إلا أن الإشكال الذي يطرح في هذا السياق هو كالتالي:

ما هو مصير الطفل المولود باستخدام تقنية التلقيح الاصطناعي باستعمال الأمومة البديلة ؟.

و متى خرج الطبيب المختص في عملية التلقيح عن نطاق الشرع و التشريع بزرع البويضة المخصبة في رحم امرأة غير الزوجة من منطلق أن هذه الأخيرة تعاني من مشاكل صحية بالرحم، فكيف يتم إثبات نسب الطفل في هذه الحالة ؟.

و لا شك أن مثل هذه الإشكالات قد تطرح على أرض الواقع، فهي فرضية توقعها المشرع الجزائري بموجب نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة بدليل استعماله لعبارة " لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة ".

و أول ملاحظة يمكننا إثارتها، هو أنه يؤخذ على المشرع الجزائري أنه رغم أن ظاهرة تأجير الأرحام لها آثار سلبية و هي منيع اختلاط الأرحام ، إلا أنه جعل القاعدة التي تمنع اللجوء لتقنية الأمومة البديلة أو تأجير الأرحام قاعدة مكتملة يجوز الاتفاق على مخالفتها عن طريق استعمال عبارة لا يجوز ، و من ثم جدير بالمشرع الجزائري استبدال عبارة لا يجوز بعبارة لا يجب ، حتى يتضح للكافة أن القاعدة التي تمنع تأجير الأرحام هي قاعدة أمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، و إلا ستكون عبارة " لا يجوز " مقدمة الإشكالات المرتبطة بإثبات نسب المولود بالتلقيح الاصطناعي، و أمام هذا الإشكال القانوني نكون بصدد ثلاث فرضيات فقهية في حالة خرق المنع و ذلك كالاتي :

1- يثبت النسب للأم الطبيعية أي الأم الحامل أو صاحبة الرحم و الولود باعتبار أن حملها للبويضة هو إقرار ضمني بأمومتها، مما يلحق النسب بها عن طريق الولادة، و دليلهم في ذلك قول العزيز الحكيم في كتابه ،
"....و الوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة و على المولود له رزقهن و كسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها لا تضار والدة بولدها و لا مولود له بولده"¹

2- يثبت النسب للأم البيولوجية أي صاحبة البويضة باعتبار أن المولود يأخذ جميع الصفات الوراثية منها ، و لا تعدو الأم البديلة كونها حاضنة تأخذ حكم الأم من الرضاع²، و يركز أنصار هذه الوجهة على إلحاق

1- الآية 233 من سورة البقرة .

2- نصت المادة 28 من قانون الأسرة الجزائري على الولد بالرضاعة باعتباره ابن للمرضعة و زوجها و أبا لجميع أولادها .

النسب بصاحب النطفة مصداقا لقوله تعالى " ...ثم خلقنا النطفة علقة فخلقنا العلقة مضغفة فخلقنا المضغفة عظاما فكسونا العظام لحما ثم أنشأناه خلقا آخر فتبارك الله أحسن الخالقين"¹

3- يثبت النسب لكلاهما أي للأم البيولوجية و الطبيعية² باعتبار أن الأم البيولوجية منحت البويضة والأم الطبيعية رضيت زرعها في رحمها ، إلى حين تحول اللقيحة إلى جنين طبيعي يولد بصورة طبيعية . و لو أننا نحيد استبعاد الفرضية الأخيرة من منطلق انه لكل شخص اسم واحد و لقب واحد و نسب واحد .

و عموما فإن ظاهرة تأجير الأرحام لا تزال من الطابوهات التي يحظر تداولها لدى الرأي العام الجزائري ، رغم أنه يمكن توقع اعتمادها في ظل انعدام الوازع الديني لدى الفريق الطبي ، و من ثم فقبول المرأة الأجنبية حمل اللقيحة بدلا عن صاحبة البويضة التي تعاني من مشاكل صحية في الرحم رغم كون الظاهرة محظورة شرعا و تشريعا هو سبب كافٍ لتجريدها من الأمومة و من ثم عدم إلحاق نسب المولود بها .

و عموما نخلص بالقول أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال لقاضي شؤون الأسرة الفصل في مسألة إثبات النسب بالطرق العلمية إلا باللجوء إلى استشارة آراء الخبراء و العلماء المتخصصين في مجال البيولوجيا للتوصل إلى نتائج علمية دقيقة باعتبارها من المسائل التقنية التي لا يمكن للقاضي الفصل فيها إلا بالاستعانة بهم و الاسترشاد بأرائهم³ .

الخاتمة :

إن أفضل ما أفرز علم التخصيب هو ما يسمى بتقنية " التلقيح الاصطناعي " ، باعتبارها الوسيلة الأنجع التي وجد فيها المحرومين من الأبوة أو الأمومة البديل لإشباع هذه الغريزة التي تختلج النفس البشرية التي ولدت لتعمر الأرض .

و إذا كان العقم هو قدر محتتم على بعض الأزواج ، فإن الخروج و الهروب من هذا القدر لا يجب أن يخرق ما قرره الشرع و التشريع ، و من ذلك عدم الخروج عن الشروط القانونية التي تطلبها المشرع الجزائري بموجب نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري .

و لو أنه رغم سعي المشرع الجزائري الدؤوب لخلق بيئة قانونية تنظم و تؤطر عملية التلقيح الاصطناعي ، إلا أنه رغم ذلك تطرح عدة إشكالات قانونية ، سواء عندما يتعلق الأمر بالشروط القانونية المتطلبية لتبني تقنية التلقيح الاصطناعي من جهة ، أو عندما يتعلق الأمر بمسألة إثبات النسب ، زيادة عن مسألة تأجير الأرحام

1 - الآية 14 من سورة المؤمنون .

2 - مجلة رسالة الحقوق ، جندر حسين كاظم الشمري ، إشكاليات النسب - دراسة مقارنة في القانون و الشريعة الإسلامية ، كلية القانون ، جامعة كربلاء ، العدد 02 ، 2010 ، الصفحة 20 .

3 - محمود توفيق إسكندر ، الخبرة القضائية ، دار هومة ، طبعة 2002 ، ص 37 و ما يليها .

أو الأمومة البديلة كما اصطلح عليها المشرع الجزائري ، و ما تعتمدها من صعوبات عند عملية إثبات النسب متى تم خرق المنع بتبني تقنية الأمومة البديلة .

و عموما يمكن تلخيص الإشكالات التي تشوب إثبات نسب المولود بالتلقيح الاصطناعي على ضوء القانون الجزائري في مايلي :

أ- الإشكالات المرتبطة بشروط اللجوء للتلقيح الاصطناعي :

01- اشترط المشرع الجزائري أن يجمع بين الرجل و المرأة الخاضعان لعملية التلقيح الاصطناعي بصورتيه (الإستدخال و الاستخراج) زواجا شرعيا ، لكنه لم يحدد المقصود بالزواج الشرعي هل هو ذلك الزواج المبني على أسس تشريعية أي أنه ذلك الزواج المسجل و المثبت بعقد مدني أمام موظف مؤهل قانونا لذلك ، أم أنه ذلك الزواج المبني على أسس شرعية و المبني على الفاتحة ؟.

و إذا اعتبرنا أن كل من الزواج الشرعي (بالفاتحة) ، و الزواج المدني يندرجان في مفهوم الزواج الشرعي ، فإنه يدق باب التساؤل عندما يتعلق الأمر بنسب المولود ، فإذا كان نسب المولود بالصورة الطبيعية تعتمده صعوبات كثيرة عندما يتعلق الأمر بالزواج العرفي ، من جراء المدة الزمنية التي يستغرقها إجراء تثبيت الزواج العرفي وما يصاحب العملية من تحقيق ، من منطلق أن المسألة خطيرة و قد يصاحبها اختلاط في الأنساب ، مما يستوجب معه التحري من لدن السلطات المختصة ، هذه المدة التي قد تصل إلى سنوات يكون المولود في تلك المدة في حكم ابن الزنا و يسجل باسم الأم ، و من ثم فإن نسب المولود بالتلقيح الاصطناعي لزوجين متزوجين بعقد زواج عرفي ستعتمده ذات العوائق ، و لو أنه يفترض أن يطلب مركز التلقيح أو التخصيب عقد الزواج الرسمي ، لكن لا يمكن استبعاد فرضية إجراء المركز لعملية التلقيح الاصطناعي بموجب عقد زواج عرفي ، أو بدون طلب أية وثيقة في حالة غياب الضمير المهني و أخلاقية المهنة .

02- اشترط المشرع الجزائري أن يتم التلقيح برضا الزوجين و أثناء حياتهما ، إلا أن ما يعاب على المشرع أنه لم يحدد الجزاء الواجب التطبيق في حالة خرق هذا الشرط ، و ممن أمثلته إرغام الزوج زوجته على إجراء التلقيح الاصطناعي كونه يعاني من مرض العقم ، خرقا لفكرة الرضائية في عملية التلقيح ، إذ يجوز للزوجة رفض إجراء التلقيح ، و لها طلب التطليق إذا لم يرضى زوجها الخضوع للتلقيح الاصطناعي ، و له أن يطلقها دون اعتباره طلاق تعسفي .

كذلك يأخذ على المشرع الجزائري أنه لم يحدد الجزاء الواجب التطبيق على الزوجة التي تلقح بمني زوجها بعد وفاته ، بعد أن تم تجميد هذا الأخير ببنوك المني بالخارج ، كأن تكون الزوجة فرنسية الجنسية و الزوج المتوفي جزائري الجنسية و له ممتلكات بالجزائر ، ليتفاجئ الورثة و بعد مرور السنة مثلا بوجود وريث شرعي لمورثهم عند افتتاح التركة .

03- اشترط المشرع الجزائري بموجب نص المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجزائري أن يتم التلقيح بمني الزوج و بويضة رحم الزوجة دون غيرهما ، و لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة ، و إذا كانت الإشارة إلى الأمومة البديلة خطوة جريئة تحسب للمشرع الجزائري ، إلا أن ما يعاب عليه هو أنه جعل من القاعدة التي تمنع اللجوء إلى الأمومة البديلة قاعدة مكملة ، لا قاعدة أمرة ، إذ و بالنظر إلى مضار الأمومة البديلة التي تشكل اعتداء صارخا على أحكام الشريعة الإسلامية ، يستحسن أن

يستعمل المشرع عبارة " لا يجب اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأمومة البديلة .."

ب- الإشكالات المرتبطة بتنفيذ عملية التلقيح الاصطناعي

تتجلى جملة الإشكالات التي تعيق إثبات نسب المولود بالتلقيح الاصطناعي و المرتبطة أساسا بمرحلة التلقيح في مايلي :

01- عدم تحديد المشرع للجزاءات الواجب تطبيقها على مراكز التخصيب في تلك الحالة التي يكون فيها تواطؤ بين المركز و الزوجة من أجل تلقيحها بغير مني الزوج .

02- غياب جزاءات جنائية تطبق في حالة اتجار مراكز التخصيب في اللقيحات المتبقية بعد إجراء عملية التلقيح ، و عدم التخلص منها ، و بيعها و ما قد ينجر عن ذلك من اختلاط في الأنساب .

03- عدم تحديد المشرع الجزائري للعقوبة الواجبة التطبيق على المرأة التي تأجر رحمها أو تهدي رحمها .

04- نص المشرع الجزائري على اعتماد فحص DNA من أجل إثبات نسب المولود بغض النظر عن كونه ناجم عن اتصال طبيعي أو اصطناعي ، إلا أنه نص على فحص الحمض النووي لإثبات الأبوة، و لم يجعل الفحص دليل إثبات من أجل نفي نسب المولود ، مع حصر سبل نفي النسب في دعوى اللعان ، لكن دعوى اللعان ذات طابع شخصي يغلب فيها ضمير مؤدي اللعان أو الرامي لنفي النسب ، فإذا اكتفى الأب باللعان كدليل لقطع التبعية بينه و بين المولود بالتلقيح الاصطناعي فقط لأنه يشك بأن الحيوان المنوي الذي تم بموجبه التلقيح يعود لرجل أجنبي نتيجة وجود توائم بين الزوجة و المركز الطبي ، فإنه متى أصاب فإن ذلك كاف من أجل نفي النسب ، و يكون مرد المولود بالتلقيح الاصطناعي حكم ابن الزنا أو مجهول النسب ، لكن ماذا لو اعتمد الأب على اللعان من أجل نفي النسب بالاعتماد على شكوك واهية و دخل بذلك المولود في دائرة مجهولون الهوية و أبناء الزنا ؟.

فإذن لا تكفي دعوى اللعان لوحدها كدليل بموجبه يتم نفي النسب ، بل من الضروري اعتماد الطرق العلمية الحديثة كما هو الحال بالنسبة لإثبات النسب ، حتى لا يكون مصير المولود بالتلقيح الاصطناعي طمس الهوية و النسب ، و الاندراج تحت لواء أبناء الزنا .

فهي إذن إشكالات قد و يفرزها الواقع ، لكن من المعلوم أن سياسة التجريم و العقاب مبنية على أساس الشرعية ، و من ثم فإن كل مساهم في عملية التلقيح الاصطناعي الخارج عن الأطر الشرعية و القانونية سيفلت من المسؤولية الجنائية ، من منطلق أن الفعل المولد لاختلاط الأنساب ممنوع في مادة الأسرة إلا أنه غير مجرم بعقوبات واضحة كما فعل المشرع الليبي في قانون العقوبات الليبي، مما يتطلب معه عصرنة و تحديث المنظومة القانونية حتى يمكنها مواكبة التحديات التي تطرحها فكرة التلقيح الإصطناعي .

و إنطاقا من النتائج السابقة ، فإنه يمكن طرح التوصيات و الاقتراحات التي خرجت بها الدراسة الحالة والتي قد تكون محركا لدفع المشرع الجزائري من أجل إيجاد حلولاً لكل الثغرات القانونية و الإشكالات والتحديات التي تطرحها مسألة إثبات نسب المولود بالتلقيح الإصطناعي على النحو التالي :

- على المشرع الجزائري أن يحدد المقصود بالزواج الشرعي ، و يمنع اللجوء للأمومة البديلة بقواعد أمرة وذلك من خلال استبدال عبارة " لا يجوز " بعبارة "لا يجب"

- على المشرع الجزائري سن جزاءات جنائية صريحة تطبق على كل شخص سولت له نفسه خرق شروط التلقيح الاصطناعي، و قام بتجميد البويضات الفائضة ، أو عمل على زرع اللقيحة في غير رحم الزوجة ، أو لقح بويضات تعود لغير الزوجة .

- على المشرع الجزائري أن يجعل الطرق العلمية هي الدليل المرتكز عليه من أجل نفي النسب، لا فقط حصرها في إثبات النسب ، من منطلق أن دعوى اللعان قد تستغل لنفي النسب و بذلك يتحول المولود بالتلقيح الإصطناعي إلى مجهول النسب أو ابن زنا .

- على المشرع الجزائري توضيح طرق إثبات أو نفي النسب للمولود بالتلقيح الاصطناعي بعد وفاة الأب أو المورث ، و توضيح المعيار الحاسم الذي يمكن للورثة بموجبه نفي نسب المولود أو إقراره ، و الذي يدور بين معيار المدة الزمنية ، أي عن طريق تحديد المدة القانونية التي يتوجب أن يولد فيها المولود بالتلقيح الاصطناعي حتى يمكن الإقرار بأحقيقته في التركة ، أو المعيار الطبي عن طريق فحص DNA.

- على المشرع الجزائري توضيح المدة القانونية التي بموجبها يمكن نفي أو إقرار نسب المولود بالتلقيح الإصطناعي بعد انتهاء الرابطة الزوجية عن طريق الطلاق أو حتى التطبيق .

- على المشرع الجزائري إبراز مدى اعتبار رفض الزوج العقيم للتلقيح الاصطناعي كسبب من أسباب التخليق من منطلق أن المشرع الجزائري جعل من الضرر سبب لطلب التخليق بموجب المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري .

و في الختام يمكن القول أنه رغم كل هذه الصعوبات و التحديات التي تطرحها تقنية التلقيح الاصطناعي ، إلا أنه لا يمكن إنكار مزايا و إيجابيات هذه التقنية في إشباع غريزة المحرومين من الإنجاب ، و يبقى الرضا بقضاء الله و قدره مطلب حتمي و ملح .

قائمة المراجع والمصادر:

أولا: المراجع :

01- المؤلفات باللغة العربية :

- أمير فرج ، أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية ، المكتب العربي الحديث ، الإسكندرية ، 2005.
- أحمد محمد لطفي أحمد ، التلقيح الاصطناعي ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2006 .
- أحمد محمد لطفي أحمد ، التلقيح الاصطناعي بين أقوال الأطباء و الفقهاء ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2006.
- أمير فرج يوسف ، أطفال الأنابيب طبقا للحقائق العلمية و الأحكام الشرعية و القانونية ، الطبعة 01 ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، 2013 .
- بأحمد أرفيس، مراحل الحمل و الممارسات الطبية في الجنين بين الشريعة الإسلامية والطب المعاصر ، الطبعة 02 ، الجزائر ، 2005.
- حسونة الدمشقي و عرفان بن سليم العشا ، التلقيح الصناعي أو أطفال الأنابيب و عرس الأعضاء البشرية بين الطب و الدين ، الطبعة الأولى ، بيروت ، 2006 .
- شوقي زكرياء صالح ، التلقيح الصناعي بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001.
- هيام إسماعيل السحماوي ، إيجار الرحم – دراسة مقارنة - ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2013.
- محمد علي البار ، مشكلة الإجهاض ، الدار السعودية للنشر ، الطبعة الثانية ، جدة ، 1986 .
- محمود توفيق إسكندر ، الخبرة القضائية ، دار هومة ، طبعة 2002 .

02- المقالات العلمية :

- المجلة الجامعة ، محمد جمعة بشير ، موقف المشرع الليبي من التلقيح الاصطناعي ، كلية القانون ، جامعة السابع من أبريل ، العدد 05 ، لسنة 2005.

- مجلة رسالة الحقوق ، جندر حسين كاظم الشمري ، إشكاليات النسب – دراسة مقارنة في القانون و الشريعة الإسلامية ، كلية القانون ، جامعة كربلاء ، العدد 02 ، 2010.

- مجلة كلية الدعوة الإسلامية، جمعة بشير، نسب المولود الناتج عن التلقيح الاصطناعي ، العدد 20 ، 2003 .

- مجلة الحقوق ، خالد جمال أحمد ، الحماية القانونية للجنين ، الصادرة عن جامعة البحرين ، العدد 04 ، يناير 2007.

03- الرسائل الجامعية :

- بغدادلي جيلالي ، الوسائل العلمية الحديثة المساعدة على الإنجاب في القانون الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 01 ، 2013/2014.

04- المقالات الإلكترونية :

- يونس الحكيم ، نسب المولود الناشئ عن الاستنساخ البشري ، تاريخ الإطلاع 24 مايو 2017 ، al-aml.com/category/surrogate-motherhood منشور على الموقع التالي :..

- جمال أبو سرور ، قضية الرحم البديلة تثير جدل الأطباء و الفقهاء ، تاريخ الإطلاع 23 يونيو 2017 .www.cyprusivfhospital.com/arabic.asp?page=reasons-for مقال منشور على الرابط :

-le respect du corps humain pendant la vie et après la mort, publié dans le site suivant:
[https://www.leh.fr/.../le-respect-du-corps-humain-pendant-la-vie-et-après-la-mort-978,](https://www.leh.fr/.../le-respect-du-corps-humain-pendant-la-vie-et-après-la-mort-978)
consulté le 24 mai 2017.

05- المؤلفات الأجنبية :

01- François Chénéde, Pascale Deumier , L'œuvre du parlement, la part du conseil constitutionnel en droit des personnes et de la famille , les nouveaux cahier du conseil constitutionnel ,numéro .39, éd .Daloz , 2013 , p .05.

ثانيا : المصادر.

01 – القرآن الكريم .

02- القرارات الشرعية :

- قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 55 (06/06) لعام 1990 ، و المتعلق بحكم البويضات الملقحة ، بعد المؤتمر السادس المنعقد في جدة بالمملكة العربية السعودية ، خلال الأيام من 14 إلى 20 مارس 1990 .
- القرار رقم 10.د.3/110 الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي المنعقد بجدة في 28/06/97 إلى 03/07/97.

03- النصوص القانونية :

- القانون رقم 11/84 ، المؤرخ بتاريخ 09 يونيو 1984 ، المتضمن قانون الأسرة ، المعدل و المتمم .
- الأمر 02/05 ، المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد. 15 .
- القانون المدني الفرنسي المعدل و المتمم .
- قانون العقوبات الليبي المعدل و المتمم .
- الدستور الفرنسي النافذ .

جريمة الرشوة الانتخابية بين التشريع الانتخابي والتطبيق القضائي

دراسة مقارنة (الجزائر، تونس، المغرب) نموذجا

د. يعيش تمام شوقي

د. شبري عزيزة

أستاذ محاضر صنف "أ" أستاذة محاضرة صنف "ب"

كلية الحقوق، جامعة بسكرة / الجزائر.

الملخص:

يتطرق موضوع المقال إلى جريمة الرشوة الانتخابية باعتبارها واحدة من أبرز الجرائم التي تؤثر سلبا على نزاهة وشفافية تنظيم العملية الانتخابية ، ومؤدى ذلك أنها تطل إرادة الناخبين فتنتقص من مبدأ حرية التصويت. أو تؤدي حتى إلى إلغائه والشاهد أن التشريعات المغاربية (الجزائر، تونس ، المغرب) تصدّت كقاعدة عامة لجريمة الرشوة الانتخابية بالتنصيص عليها ضمن قوانينها الانتخابية حيث يستخلص منها صراحة أو ضمنا الأركان التي تقوم عليها، كما أحالت القوانين الانتخابية للدول المغاربية في بعض الجزئيات كما هو الحال بخصوص العقوبات المقررة لها إلى الأحكام العامة الواردة ضمن قوانينها العقابية والتي تفاوتت فيما بينها من حيث شدتها. والجدير بالملاحظة أن القضاء الانتخابي في المغرب وعلى خلاف نظيره الجزائري والتونسي كان له مواقف ثرية وحاسمة بخصوص العناصر المكونة لجريمة الرشوة الانتخابية وكذا العقوبات المقررة لها

مقدمة:

يتأثر جمهور الناخبين مع اقتراب الفعل الانتخابي وفي مناسبات انتخابية رئاسية ، أو نيابية ، بضغوط متواصلة تمارسها الجهات المتدخلة في العملية الانتخابية من أحزاب سياسية ، مترشحين وجماعات مساندة، بحيث تنصب تلك الضغوط على إرادة الناخب بغرض توجيهه الوجهة التي تريدها تلك الجهات، أو بالأحرى التأثير على حرية الناخب وحمله على التصويت لصالح مرشح أو أحزاب ، وهو ما يتسنى لها من خلال استعمال

أساليب ومناورات يتم خلالها توظيف المال الانتخابي بمفهومه الواسع وذلك كنوع من الرشوة بهدف شراء أصواتهم، بشكل فردي أو جماعي.

ومن أجل كفالة مبدأ حرية التصويت عنت التشريعات الانتخابية المغربية على غرار التشريعات الانتخابية الأخرى بتجريم الأفعال التي من شأنها أن تؤثر حرية إرادة الناخبين في التصويت مما ينجم عنه وصول أشخاص إلى السلطة باستعمال مطية الرشوة الانتخابية وهو ما يتسنى للبعض من المتنافسين بسبب مركزهم المالي أو النفوذ الذي يملكونه دون متنافسين آخرين، وعلى هذا الأساس كان لابد من تحديد سياسة جنائية واضحة المعالم يتم من خلالها إضفاء حماية خاصة لمبدأ حرية التصويت وضمان عدم التلاعب به ، هذا ما يطرح موضوع البحث في الأركان التي تقوم عليها جريمة الرشوة الانتخابية في الأنظمة المغربية ولأجل معالجة هذا الموضوع نطرح إشكالية مفادها: هل وفقت التشريعات الانتخابية لدول المغرب بالعربي في رسم معالم سياسة جنائية لمكافحة لجريمة الرشوة الانتخابية بما يوسع من نطاق الحماية الجزائية لمبدأ حرية التصويت؟ ، وما هو موقف القضاء الانتخابي المغربي من ذلك؟، وهل استطاع مسابقة موقف المشرع في هذا الصدد؟.

حتى نقف بشكل جلي على هذه الجريمة، كان لابد علينا من تناولها من خلال أركانها الثلاث (المبحث الأول)، ومن ثم العقوبات المقررة لها (المبحث الثاني)

المبحث الأول: أركان جريمة الرشوة الانتخابية

تتمثل الرشوة الانتخابية في الفائدة أو العطية أو الهبة أو الوعد الذي يكون الغرض منها الإخلال بحرية التصويت، من حيث التأثير على إرادة الناخب لحمله على انتخاب مرشح معين أو الامتناع عن التصويت، بما يشكل إخلالا بالعملية الانتخابية () وتعد هذه الجريمة من أشد الجرائم الانتخابية خطورة وأكثرها شيوعا في الواقع العملي، وذلك لسهولة اقترافها من قبل بعض المرشحين من أصحاب المال، سواء تم ذلك بصورة مباشرة بواسطة المرشحين أم بصورة غير مباشرة عبر مندوبيهم وأنصارهم، وحتى تهض هذه الجريمة لا بد من توافر ثلاثة أركان هي الركن المفترض (المطلب الأول)، الركن المادي (المطلب الثاني)، الركن المعنوي (المطلب الثالث).

الفرع الأول: الركن المفترض

تقتضي جريمة الرشوة وجود شخصين: الأول يقبل ما يعرض عليه من فائدة أو وعد بها أو يطلب شيئا من ذلك، مقابل قيامه بعمل أو امتناعه عن عمل، فذلك هو الموظف في جريمة الرشوة في مجال الوظيفة العامة، والناخب في جريمة الرشوة الانتخابية، والشخص الثاني يتقدم بالعطية أو الوعد بها ليؤدي له العمل أو الامتناع عنه، فذلك هو المواطن صاحب الحاجة أو المصلحة في جريمة الرشوة العادية ، والمرشح أو غيره في جريمة الرشوة الانتخابية ()

وعلى هذا الأساس نجد أن جريمة الرشوة تتكون من جريمتين أحدهما ايجابية، والثانية سلبية، هما جريمة الراشي وجريمة المرششي، فجريمة الراشي أو صاحب الحاجة يصطلح عليها الفقهاء تسمية الجريمة الايجابية، وجريمة المرششي الذي يأخذ المقابل أو يقبله أو يطلبه يصطلح عليها تسمية الجريمة السلبية .

وجريمة الرشوة الانتخابية لا تتطلب صفة خاصة تتعلق بشخص الراشي بأن يكون أحد المرشحين فيستوي أن يكون أحد المرشحين أو أن يكون غيره ممن تتوافر بشأنهم هذه الصفة، وذلك لعموم صياغة النصوص القانونية حيث لم يشترط المشرع الانتخابي الجزائري والمغربي، والتونسي أية صفة معينة للراشي ()

حيث عبر المشرع الجزائري صراحة عن ذلك بـ " ...كل من قدم هبات نقدا أو عينا أو وعد بتقديمها، وكذلك كل من وعد بوظائف عمومية أو خاصة أو مزايا أخرى خاصة ...، وكل من حصل أو حاول الحصول على أصواتهم سواء مباشرة أو بواسطة الغير، وكل من حمل أو من حاول أن يحمل ناخبا" ()

كما عبر المشرع المغربي صراحة بـ " ..كل من استعمل هدايا أو تبرعات نقدية أو عينية أو ووعدها أو وظائف عامة أو خاصة أو منافع أخرى.. أو استعمل نفس الوسائل لحمل أو محاولة حمل مصوت أو عدة مصوتين على الإمساك عن التصويت. " ()

وعبر كذلك بـ " ...كل شخص قام خلا الحملة الانتخابية بتقديم هدايا أو تبرعات أو وعود بها أو هبات إدارية إما لجماعة ترابية أو لمجموعة من المواطنين، سواء كان قصد التأثير في تصويت الناخبين أو بعض منهم " ()

كما عبر المشرع التونسي صراحة بـ " ... كل شخص تم ضبطه بصدد تقديم تبرعات نقدية أو عينية قصد التأثير على الناخب أو استعمل نفس الوسائل لحمل الناخب على الإمساك عن التصويت ... " ()

أما بالنسبة لصفة المرششي فيقتضي أن يكون ناخبا، وهو الشخص الذي يأخذ أو يطلب أو يقبل العطية أو الوعد بها، ويشترط أن تتوافر بشأنه صفة الناخب أي أحد أعضاء هيئة الناخبين وقت ارتكاب السلوك الإجرامي دون توقف على استمرار تمتعه بهذه الصفة بعد تمام السلوك الإجرامي، كما لا يشترط صحة قيده في جداول الانتخاب، ومن ثم فإن صفة الناخب تعد " شرطا مفترضا " في جريمة الرشوة الانتخابية ولا اكتمال لنموذجها القانوني بغير تحقق هذه الصفة " ()

وان كان كل من المشرعين الجزائري والمغربي طبقا لأحكام المواد المذكورة أعلاه لم يشترطا صراحة في المرششي أن يكون ناخبا عند النص على جريمة قبول أو طلب الهبات أو الوعود، حيث جاءت العبارة على إطلاقها أين عبر المشرع الجزائري عنها في المادة 224 فقرة 2 من القانون العضوي للانتخابات رقم 01/12 بـ "...وتطبق نفس العقوبات على كل من قبل أو طلب نفس الهبات أو الوعود ... " وعند المشرع المغربي جاءت عبارة " ... يحكم بالعقوبات المشار إليها أعلاه على الأشخاص الذين قبلوا أو التمسوا الهدايا أو التبرعات أو الوعود ... " ()

وهو الأمر الذي يفهم منه أن القبول أو الطلب قد يرد من شخص الناخب أو غير الناخب، وهناك من ذهب في تفسير الغرض من ذلك بأنه يتمثل في مواجهة المرثشي إذا كان شخصا اعتباريا وليس شخصا طبيعيا ()
أما بالنسبة للمشرع التونسي ومن خلال الفصل 161 مطة 1 المذكور أعلاه نلاحظ بأنه اقتصر على تجريم فعل الراشي بتقديم التبرعات النقدية أو العينية قصد التأثير على الناخب، أو استعمال نفس الوسائل لحمل الناخب على الإمساك عن التصويت دون أن ينصّ على تجريم فعل المرثشي أي القبول أو الطلب بنفس الوسائل.

أما بخصوص الوسيط وهو الراشي في جريمة الرشوة الانتخابية، فلا يشترط فيه أي صفة خاصة، فقد يكون أحد أعضاء هيئة الناخبين أو غيره، فالوسيط في الرشوة الانتخابية مثله مثل الوسيط في جريمة الرشوة الوظيفية، وهو الشخص الذي يتوسط لصاحب المصلحة لدى الموظف العام للقيام بعمل من أعمال وظيفته أو الامتناع عنه. وفي مجال الرشوة الانتخابية هو ذلك الشخص الذي يمثل حلقة الوصل بين المرشح والناخب وذلك عن طريق التدخل لدى الراشي أو المرثشي بنشاط يصدر من جانبه يكون من شأنه العمل على الإيجاب الصادر من الراشي مع القبول الصادر من المرثشي أو العكس ()

وبالنظر إلى ما جاء به المشرع الجزائري في نص المادة 211 من القانون العضوي 10/16 والتي تنص " ... كل من قدم هبات نقدا أو عينا أو وعد بتقديمها ، وكذلك من حصل أو حاول الحصول ... وكل من حمل أو حاول أن يحمل ناخبا أو عدة ناخبين ، وتطبق نفس العقوبات على كل من قبل أو طلب ..."، وبالنظر كذلك إلى ما جاء به المشرع التونسي في الفصل 161 مطة 1 التي تنص " كل شخص تم ضبطه بصدد تقديم .. أو استعمال نفس الوسائل لحمل الناخب ... " نجد أنهما لم يشيرا بشكل واضح وصريح لمسألة الوساطة في جريمة الرشوة الانتخابية، ونجد أن العبارة جاءت مطلقة ، ودليل إطلاقها لفظ " كل من " ومن ثم نستشف بأن الوسيط هو الآخر مخاطب بالتجريم، طالما أنه ارتكب فعل منح الفائدة أو على الأقل عرضها على الناخب لحمله على إبداء رأيه على وجه معين ()

وهذا بخلاف المشرع المغربي الذي نص صراحة على جنحة الوساطة في جريمة الرشوة الانتخابية على وجه الخصوص، وأفرد لها فترة قانونية ، وذلك بعد أن كشفت التجربة أن مجموعة من سماسرة الانتخابات والوسطاء يفتلون من العقاب خاصة وأن القواعد العامة للاشتراك الجنائي لا تكفي لاستيعاب كل حالات الانحراف الانتخابي في هذا الصدد ()، لذا تدخل المشرع وأضاف فقرة جديدة تتعلق بفعل التجريم من جانب الراشين والمرثشين وهم الوسطاء حيث جاء في العبارة " وكذا الأشخاص الذين توسطوا في تقديمها" ()

وقد أكد القضاء الجنائي في المغرب من قبل على هذه المسألة في إحدى قراراته قبل أن يتدخل المشرع الانتخابي لينص عليه ، والتي جاء فيها " وحيث أنه كون المتهم ليس ناخبا ولا مرشحا، فإن ما قام به يشكل

جنحة التوسط في تقديم وعود نقدية قصد الحصول على أصوات الناخبين لأحد المرشحين لانتخاب تجديد
ثلث أعضاء مجلس المستشارين." ()

وكان هذا القرار قد بني على حكم سابق لنفس المحكمة بتاريخ 2006/11/30 والذي جاء فيه "أن ثبوت
جنحة الوساطة في الرشوة الانتخابية في حق أحد المتهمين يكون كافيا للقول بإدانة المتهم المرشح من أجل جنحة
الحصول أو محاولة الحصول على أصوات الناخبين بفضل تقديم الأموال والهدايا والتبرعات.... لأن هذه
الجنحة - إلى حد هذا الحكم - تتحقق سواء قام بها الفاعل مباشرة أو بواسطة الغير."

لذلك نهيب بكل من المشرعين الجزائري والتونسي أن يحذو حذو المشرع المغربي بخصوص النص صراحة
على تجريم الوساطة في الرشوة الانتخابية بصفة منفردة، مع تحديد فترة زمنية يعتد بها لقيام مسؤولية
الوسيط حتى لا يترك الأمر على إطلاقه، ويؤدي إلى إفلات الكثيرين من العقاب رغم تسهيلهم ارتكاب هذه
الجريمة.

الفرع الثاني: الركن المادي

إن الركن المادي في جريمة الرشوة الانتخابية يتكون من ثلاثة عناصر هي:

السُّلوك الإجرامي، النتيجة الإجرامية، والعلاقة السببية بين السلوك والنتيجة الإجرامية، والسلوك
الإجرامي يتحقق بوسائل عديدة غير مشروعة، حيث مما يلاحظ بخصوصها توسع كل من المشرعين الجزائري
والمغربي في دائرة وسائل الإغراء التي قد يلجأ إليها الجاني لاستمالة الناخبين وإضفاء عدم المشروعية على
استعمال تلك الوسائل، حيث استخدم المشرعين الجزائري والمغربي ألفاظا فضفاضة ينذر بإدخال ما لا يعد
ولا يحصى من الأفعال في دائرة التجريم ()

حيث عدد المشرع الجزائري في نص المادة 211 من القانون العضوي 10/16 تلك الوسائل والتي تنوزع كما

يلي:

- الهبات سواء كانت نقدية أو عينية أو وعد بتقديمها

- الوعد بالوظائف عمومية أو خاصة

- وختم المشرع سلسلة الوسائل بوسيلة "مزايا أخرى خاصة" دون تحديد هذه المزايا، ولكن المشرع
الجزائري نص على مصطلح المزية في جريمة رشوة الموظفين العموميين في المادة 25 من قانون رقم 01/06
المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته في عبارة "بمزية غير مستحقة"، وتعني المزية المقابل أو الفائدة أو المنفعة
التي يحصل عليها المرشحي أين كان اسمها أو نوعها، سواء كانت هذه الفائدة أو المنفعة مادية أو غير مادية
صريحة أو مستترة مشروعه أو غير مشروعه.

وحسنا فعل المشرع الجزائري عندما استخدم عبارة المزايا لأن هذه الأخيرة أوسع وأشمل وتحول دون خروج بعض الصور وإفلاتها من العقاب تحت مسميات مختلفة. وبهذا قد تكون المزية ذات طبيعة مادية أي مالية كالنقود، المجوهرات الهدايا، الهبات، العطايا، لأن جميعها يمكن أن تقويمه بالمال، كما قد تكون المزية ذات طبيعة معنوية كحصول الموظف على ترقية أحد أقاربه أو السعي للإفراج عن سجين ()

ولم يكذب يختلف المشرع المغربي عن نظيره الجزائري في هذا الشأن حيث ذكر مجموعة من الوسائل في المواد المشار إليها أعلاه وهي على النحو الآتي:

- الهدايا أو الهبات كيفما كان شكلها، سواء كانت هدية مادية، كتوزيع مبالغ مالية أو تقديم ألبسة أو تجهيزات منزلية، أو كانت هدية معنوية كتقديم تكريم لمجموعة من الشباب أو المسنين في فترة انتخابية.

- التبرعات ، سواء كانت نقدية كتقديم مبالغ مالية أو فتح حسابات بنكية للغير أو تسليم شيكات أو كانت عينية كتوزيع مواد غذائية أو تقديم محلات للسكن ().

- الوعد بالهدايا أو التبرعات أو تقديم وعود بشأن توفير وظائف عامة أو خاصة، أو أي مناصب شغل في قطاع الدولة أو في قطاع خاص ، وفي هذا الصدد اعتبرت محكمة الاستئناف بطنجة من خلال إحدى قراراتها " أن الوعود التي يقدمها المرشح لناخبيه يجب أن تبقى مقتصرة على تلك التي لها طابع عام والتي تدخل في مهام المنصب النيابي الذي يقع التنافس بشأنه، وأن تنأى عن الوعود الشخصية التي قد يحصل عليها الناخب قبل الإدلاء بصوته أو على إثر الإدلاء به." ()

ويتفق موقف المحكمة هنا مع من يرى أن مجرد الوعد بتوفير وظائف عامة أو خاصة يبقى أمرا مشروعاً، ذلك لأن برامج الأحزاب والمرشحين لا تخلو من الوعد بذلك ()

- الوعد بمنافع أخرى دون أن يحدد تفصيل لهذه المنافع والتي يقصد بها كل ما يشبع حاجة فردية سواء ترتب عليه فائدة مالية أو شخصية فلا ينصرف الاصطلاح إلى الأشياء وحسب، بل يشمل كافة المساعدات والتخفيضات والتسهيلات في الدفع ، كالتعيين لوظيفة أو النقل من وظيفة إلى أخرى ()

أما بخصوص الوسائل المستخدمة في جريمة الرشوة الانتخابية حسب توجه المشرع المغربي خلال الحملة الانتخابية وطبقاً للنصوص القانونية المشار إليها سلفاً، فتتمثل في الهدايا والتبرعات أو وعود بها هبات إدارية إما لجماعة ترابية وإما لمجموعة من المواطنين، وعبارة الهبات الإدارية تقابلها في القانون الفرنسي في المادة 108 منه عبارة "faveurs administratives"

وبخلاف المشرعين الجزائري والمغربي، فإن المشرع التونسي اقتصر عند ذكر وسائل الإغراء في الفصل 161 مطة 1 السابق ذكره على تقديم التبرعات النقدية أو العينية من أجل التأثير على الناخب أو حملته على الإمساك على التصويت، بعكس المشرعين الجزائري والمغربي كما رأينا واللذين استخدموا عبارات مفتوحة. فالمشرع

الجزائري استخدم عبارة مزايا أخرى ، والمشرع المغربي استخدم عبارة منافع أخرى " .ولا شك أن استخدام مثل هذه العبارات يلقي بالمسؤولية الكبيرة على القاضي الذي يجب أن يستعمل أقصى سلطته التقديرية لتحديد الوسائل الإغرائية التي تنهض كدليل يؤثر تأثيرا حقيقيا وسلبيا على حرية تصويت الناخبين وتلك التي لا تعتبر كذلك.

والجدير بالإشارة أن الوسائل الإغرائية في جريمة الرشوة الانتخابية لا يشترط فيها أن تكون مشروعة، لأنها قد تأتي كذلك في صورة غير مشروعة كالمواد المخدرة أو الأشياء المتحصلة من سرقة()

فضلا على كل ما سبق ذكره نجد أن كل من المشرعين الجزائري والمغربي نصا على تجريم وسائل عرض الرشوة بتوجيهها الى جماعة من الناخبين، وليس فقط إلى ناخب بعينه بعبارة " ...ناخب أو عدة ناخبين .. ، وهو نفس التوجه الذي أخذ به المشرع الفرنسي كذلك في المادة 108 من قانون الانتخابات ، في حين اكتفى المشرع التونسي في المادة 161 فقرة 1 مطة 1 السالف ذكرها بتجريم تقديم تبرعات نقدية أو عينية إلى الناخب دون ذكر عبارة جموع الناخبين.

واللافت أنه اتفق كل من المشرعين الجزائري والمغربي دون المشرع التونسي على المسؤولية الجنائية عن سلوك الغير من خلال استمالة أصوات الناخبين باستعمال الوسائل الإغرائية، سواء تم ذلك بطريقة مباشرة من الفاعل نفسه أو بواسطة الغير، أي بمعنى تتقرر في حقهم مسؤولية المرشحين عن فعل غيرهم في الحصول أو محاولة الحصول على أصوات الناخبين

أما بخصوص وسائل الركن المادي لجريمة الرشوة الانتخابية ، فقد تتم بواسطة العرض أو الوعد أو تقديمها من قبل المرشح أو من له مصلحة في ذلك أو في حالة قبول أو طلب أو اخذ الناخب أو الوسيط الوسائل الإغرائية. والمقصود بالطلب هنا الرغبة والتعبير عن إرادة وينطوي على حث الراشي لتقديم الرشوة أو الوعد بها، وإذا كان الطلب عملا أوليا في فعل الرشوة إلا أنه كاف لتتم به الجريمة ()

وعليه تتم الجريمة بمجرد الطلب دون اشتراط استجابة صاحب الحاجة لذلك الطلب، والأصل في الطلب أن يكون شفويا، ولكن ليس هناك ما يمنع حصوله كتابة إذا ما صيغ بعبارات تؤدي إلى ذلك ، كما يستوي أن يكون الطلب في صورة إشارة()

أما القبول فيختلف عن الطلب كونه يفترض سلوكا من جانب الراشي سواء كان في صورة عطية أو عرضا أو وعد به. ويتطلب لتحقيق هذه الصورة تلاقي إرادة الراشي وإرادة المرثشي دون أن يتوقف على تنفيذ الوعد أو العرض، ولا يشترط في القبول صورة معينة، فقد يصدر صراحة أو ضمنا، كتابة، أو شفاهة، وإذا كان الغالب فيه أن يصدر شفاهة وصراحة وضمنا إلا أنه نادرا ما يقع كتابة لتفادي إثبات الإدانة()

وقبول الناخب للهدايا أو الهبات أو التبرعات الانتخابية وغيرها، يفترض أن يكون هناك عرضا أي إيجابا من جانب المرشح أو الغير، ويجب أن يكون الناخب عالما بأن الغرض أو الهبة هو تصويته لفائدة مقدمها، أما إذا

كان جاهلا للغرض الذي قدمت من أجله، فلا تتحقق الجريمة كأن يتسلم " مبلغا ماليا " اعتقادا منه أن الأمر يتعلق بعمل خير محض ()

ونفس الأمر بالنسبة للأفعال التي تكون بإعطاء أو العرض أو المنح أو الوعد والالتزام به، والتي تصدر من شخص غير الناخب سواء كان "مرشحا" أو وكيلا " انتخابيا "أو وسيطا، وذلك بغرض حمل الناخب على التصويت أو تغيير مجرى اتجاه إرادة الناخب في التصويت ()

وفي كل الأحوال يمكن ملاحظة أن المشرع الانتخابي في دول المغرب العربي استهدف من خلال تجريم الرشوة الانتخابية تجريم كل فعل يعمد إليه المرشح أو غيره بإفساد الناخبين أو النيل من حريتها تحت وطأة الإغراء المالي أو المعنوي أو تقديمه، وقد يتم ذلك بأداء الناخب عملا " ايجابيا " متمثلا في التصويت لصالح مرشح بعينه دون غيره ، وقد يكون مقابل امتناع أو عملا "سلبيا" متمثلا في عدم التصويت لصالح مرشح آخر بعينه سواء كان هذا الراشي هو المرشح أو غيره ، وهذا هو الغرض من الرشوة الانتخابية ()

قد لخصت المحكمة الابتدائية بالرشيدية بالمغرب العناصر والأساليب السابق تفصيلها والتي تقوم على أساسها المسؤولية الجنائية عن جريمة الرشوة بالقول أن " الإدانة من أجل جريمة انتخابية تتعلق بالحصول على أصوات الناخبين عن طريق تقديم المنافع قصد التأثير على تصويتهم تقتضي توفر العناصر التكوينية التالية:

- ثبوت صفة الفاعل باعتباره مرشحا
- حصول تقديم المنفعة إما مباشرة أو بواسطة الغير
- الحصول على صوت من قدمت له المنفعة
- صفة الطرف المدني المتضرر تثبت لكل مواطن ناخب تم التلاعب بإرادته واختياره الانتخابي.()

والجدير بالذكر أن القوانين الانتخابية المغربية تباينت من حيث التوقيت الزمني لارتكاب جريمة الرشوة الانتخابية، حيث حددها المشرع الجزائري بالنطاق الزمني لمرحلة التصويت وهو ما يستشف بوضوح من خلال عبارة " بقصد التأثير على ناخب أو عدة ناخبين عند قيامهم بالتصويت ... " في حين أن المشرع المغربي ترك المجال الزمني دون تحديده أو تقييده بمدة أو مرحلة معينة، فقد تقع قبل أو أثناء أو بعد التصويت، غير أنه لم يعتمد نفس الصياغة بخصوص نفس الجريمة خلال الحملة الانتخابية التي سبقت الإشارة إليها، حيث تفترض مثل هذه الصياغة أن نفس الأعمال والمتمثلة في تقديم هدايا أو تبرعات أو وعود بها هبات إدارية إما لجماعة إدارية وإما لمجموعة من المواطنين لا يمكن أن تطالها المتابعة الجزائية، وبالتالي العقاب عليها إذا اقترفت خارج الحملة الانتخابية ، مع العلم أن مثل هذه الأفعال غالبا ما يتم اللجوء إليها من طرف المرشحين باستمالة أصوات الناخبين سواء قبل انطلاق الحملة أو بعد تصويته كمكافئة لاحقة لهم.

وأمام هذه الوضعية يتوجب على المشرع المغربي حذف عبارة " خلال الحملة الانتخابية" أو اعتماد الصياغة التي وردت في المادة 62 من القانون التنظيمي رقم 27.11 المتعلق بمجلس النواب ، والمادة 62 من القانون التنظيمي رقم 28.11 المتعلق بمجلس المستشارين، والمادة 65 من القانون التنظيمي رقم 59.11 المتعلق بانتخاب أعضاء مجالس الجماعات الترابية، وقد سبقت الإشارة إليه ()

أما بخصوص المشرع التونسي فقد حدد النطاق الزمني لجريمة الرشوة الانتخابية في الفصل 161 فقرة 1 مطة 1 قبل الاقتراع أي قبل إدلاء الناخب بصوته، أو أثناء الاقتراع أو بعده.

وفي كل الأحوال يشترط لتمام الركن المادي لجريمة الرشوة الانتخابية أن يتم تقديم العطية أو الفائدة أو المنفعة أو الوعد بها أو الطلب أو القبول مقابل التأثير على رأي الناخبين أو مجموعة منهم في الانتخاب عن طريق إبداء الرأي على نحو معين أو الامتناع عن الإدلاء بما يتفق ومصصلحة الراشي، وهذا ما يسمى بعنصر النتيجة الإجرامية بوصفها عنصرا من عناصر الركن المادي للجريمة، مع ضرورة وجود العلاقة السببية بين السلوك والنتيجة، بحيث لولا هذا السلوك لما وقعت النتيجة الإجرامية.

ومع ذلك ، فإن مسألة الشروع في جريمة الرشوة الانتخابية تبقى أمرا واردا ولازما للوقوع، مما يجعلها تختلف بالضرورة عن مفهوم المحاولة أو الشروع المنصوص عليه في قانون العقوبات بحسب مسلك القضاء في المغرب، حيث ذهبت في هذا الصدد محكمة الاستئناف بالقنيطرة إلى اعتبار " أن طلب المرشح المتهم من بعض الأعضاء الالتحاق بمنزله لبحث موضوع الزيادة المطالب بها من طرفهم يشكل شروعا في تنفيذ الركن المادي لجريمة محاولة الحصول على أصوات ناخبين مقابل مبالغ مالية، والتي لم تتحقق لسبب خارج عن إرادته تمثل في عدم حضور من ذكر من الأعضاء إلى منزله " ()

وفي قرار آخر ذهبت محكمة الاستئناف ببني ملال إلى القول بأن " وجود مبالغ مالية بحوزة الأضناء الثلاثة هي شروع في تنفيذ محاولة الحصول على أصوات عدة الناخبين لا لبس فيها على أساس أن تلك المبالغ تعتبر تبرعات القصد منها التأثير في تصويت هيئة من الناخبين " ()

كما قضت محكمة الاستئناف بفاس " أن جنحة محاولة الحصول على أصوات ناخبين مقابل مبالغ مالية أو الوعد بها تتحقق بمجرد الوعد بمبالغ مالية قصد الحصول على أصوات الناخبين، ولا مجال لإعمال الفصل 114 المتعلق بالمحاولة، لأن الأمر هنا لا يتعلق بمفهوم المحاولة الكلاسيكي من بدء في التنفيذ، وانعدام العدول الإرادي ، وإنما بجنحة منصوص عنها في المادتين 102، 100 من مدونة الانتخابات، والتي تتحقق وتكتمل أركانها بمجرد الوعد بمبالغ مالية." ()

الفرع الثالث: الركن المعنوي

تعتبر جريمة الرشوة الانتخابية حسب توجه التشريعات الانتخابية المغربية من الجرائم العمدية، والتي يتحقق ركنها المعنوي بتوافر القصد الجنائي العام الذي يتطلب توافر عنصري العلم والإرادة، بأن ما يقوم به

المرشح أو غيره من الوعد بتقديم مزايا وإغراءات مادية أو معنوية، وفي المقابل ما يقبله الناخب أو من يقوم مقامه من نصيب فيها يعتبر عملا مجرما قانونا ومعاقب عليه

إلا أنه تجب الإشارة أنه وإلى جانب هذا القصد العام اشترط المشرع الانتخابي في دول المغرب العربي قصدا جنائيا خاصا، والمتمثل في نية التأثير على الناخب من خلال التصويت لصالح مرشح معين أو الامتناع عن التصويت، وهذا ما عبرت عنه القوانين الانتخابية لدول المغرب العربي السابق ذكرها بعبارة " ... قصد التأثير على الناخب ...". على الرغم من الصعوبة قد تثار بخصوص إثبات نية التأثير على الناخب، كونها مسألة داخلية ونفسية يصعب الكشف عنها وإثباتها.

ناهيك على أن جريمة الرشوة الانتخابية وبحسب رأينا تنهض معنويا بتوافر القصد الجنائي العام على نحو ما أشرنا إليه دون الحاجة إلى القصد الخاص، ذلك أن التأثير على موقف الناخب ومثلما يمكن أن يحصل بطرق مشروعة تؤدي إلى توجيه اختياراته بحسب قوة وتأثير برنامج المرشح في الناخب خلال الحملة الانتخابية عن طريق تسويقه خلال التجمعات، والبرامج الإذاعية والتلفزية، يمكن أن تحصل من باب أولى بطريق غير مشروع يتمثل في الرشوة الانتخابية عن طريق شراء أصوات الناخبين.

وعلى هذا الأساس، فإننا نرى ضرورة أن يكتفي المشرع الانتخابي بالقصد الجنائي العام في تقرير المسؤولية الجنائية في هذه الحالة، بما يضمن توسيع نطاق الحماية الجنائية لإرادة الناخبين من جهة، وضمان عدم إفلات الجناة المتلاعبين بهذه الإرادة من جهة أخرى.

المطلب الثالث: العقوبات المقررة لجريمة الرشوة الانتخابية

لم يكن موقف التشريعات الانتخابية المغربية موحد بخصوص العقوبات المقررة لجريمة الرشوة الانتخابية، وهذا الاختلاف يرتبط بنوعية العقوبات من حيث كونها أصلية أو تكميلية، كما يرتبط من ناحية أخرى بشدة هذه العقوبات ومدى تناسبها مع طبيعة وخطورة الرشوة الانتخابية، وبين هذا وذاك تظهر صراحة المشرع أحيانا، وعدم وضوحه أحيانا أخرى، وعلى هذا الأساس سوف نتناول بشكل مستقل هذه المسألة في كل من الجزائر (الفرع الأول)، المغرب (الفرع الثاني)، تونس (الفرع الثالث).

الفرع الأول: وضع المسألة في الجزائر

لقد تشدد المشرع خلال المادة 211 من القانون العضوي رقم 10/16 المتعلق بنظام الانتخابات في عقوبة جريمة الرشوة الانتخابية واعتبرها جنحة معاقبة بالحبس من سنتين إلى عشر سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 وقبل ذلك كان المشرع الانتخابي يحيل إلى قانون الوقاية من الفساد ومكافحته في تحديد عقوبة جريمة الرشوة، والتي جاءت متطابقة بين القانونين ()

ويبدو للوهلة الأولى أن المشرع الجزائري تعامل مع جريمة الرشوة الانتخابية على أساس مساواتها بالرشوة العادية التي يرتكها الموظف العام ، على الرغم من اختلاف هدف وأطراف كل منهما، فإذا كانت الرشوة العادية تؤدي إلى فساد الوظيفة العامة في الدولة، فإن الرشوة الانتخابية تؤدي بحسب رأينا إلى فساد العملية الانتخابية وبالتالي فساد الديمقراطية التي هي أساس الاستقرار لأي وظيفة داخل الدولة، مما يقتضي بنظرنا أن يختلفا بالتبعية في نوعية وطبيعة العقوبات المقررة لكل واحدة منهما.

واللآفت للانتباه أنّ المشرع الجزائري أقرّ إلى جانب العقوبات الأصلية المشار إليها عقوبات أخرى تكميلية ووجوبية، ولكن ليس من خلال قانون الانتخاب ، أو قانون الوقاية من الفساد بل من خلال المادة 106 من قانون العقوبات الذي جاء فيه " أن كل مواطن يشتري أو يبيع بأي ثمن كان بمناسبة الانتخابات يعاقب بالحرمان من حقوق المواطن ، ومن كل وظيفة أو مهمة لمدة سنة على الأقل وخمس سنوات على الأكثر

ومن خلال هذا النص يتبين لنا أن المشرع الجزائري استخدم مصطلح مواطن بدل مصطلح موظف أو شخص، ورغم أهمية هذا مصطلح؛ لأنه يستوعب كل من يتلاعب بالأصوات الانتخابية سواء كان ناخبا أو مرشحا أو وسيطا أو غير ذلك ، إلا أنه لا يستوعب الشخص الاعتباري الذي يتاجر بالأصوات الانتخابية، لهذا يكون من الأفضل لو استخدم المشرع مصطلح "شخص" بدل مصطلح " مواطن "

وبناء عليه أصبح العقاب على جريمة الرشوة الانتخابية يتجاوز الإحالة المباشرة والصرحة من القانون العضوي للانتخاب إلى قانون الوقاية من الفساد ومكافحته كما كان عليه الحال قبل صدور القانون العضوي 01/16 المتعلق بنظام الانتخابات ليطلب قانون العقوبات، مما يدفع حتما إلى القول أن منطلق الإحالة التي اعتمدها المشرع الانتخابي تبقى غير سليمة ودون جدوى خاصة وأنا بصدد نصوص جنائية لا يحتمل فيها التأويل أو التفسير، مادام أن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته فلت من نطاقه تحديد العقوبات التكميلية لجريمة الرشوة.

والجدير بالذكر بعد ما سبق أنه أضافت المادة 211 في فقرتها الأخيرتين من القانون العضوي 01/12 عذر قانوني يعفي من العقوبة لكل من قبل هبات نقدا أو عينا، وأخطر السلطات المعنية بالوقائع ، كما يتعين تخفيض العقوبة إلى النصف متى تم تبليغ السلطات بعد مباشرة الإجراءات()

ويبقى لنا أن نشير في الأخير أن المشرع الجزائري ومن خلال القانون العضوي للانتخاب أقر صراحة أنه في حالة النطق بالعقوبات المقررة في المادة 211 من قانون الانتخابات، فإن ذلك يكون سببا كافيا لإلغاء نتائج الانتخاب وإعادته من جديد()، وهذا إن دل على شيء إنما يدل على خطورة، وتأثير جريمة الرشوة الانتخابية على مسار العملية الانتخابية ككل، وليس أدل على ذلك من تشديد المشرع في عقوباتها.

الفرع الثاني: وضع المسألة في المغرب

رغم أن المشرع الانتخابي المغربي قرر الجمع الإلزامي بين عقوبة الحبس وعقوبة الغرامة على غرار نظيره الجزائري، إلا أنه لم يتشدد في العقوبة بنفس درجة تشدد المشرع الجزائري، حيث قرر عقوبة الحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى مئة ألف درهم لكل من حصل أو حاول الحصول على صوت ناخب أو أصوات عدة ناخبين بفضل هدايا أو تبرعات نقدية أو عينية أو وعد بها أو بوظائف عامة أو خاصة أو منافع أخرى، أو استعمل نفس الوسائل لحمل أو محاولة حمل ناخب أو عدة ناخبين على الإمساك على التصويت. ويحكم بنفس العقوبات المشار إليها أعلاه على الأشخاص الذين قبلوا أو التمسوا الهدايا التبرعات أو الوعود. كما نصّ المشرع المغربي على الحكم بنفس هذه العقوبات على الأشخاص الذين توسطوا في تقديمها أو شاركوا في ذلك ()

كما يعاقب بالعقوبات نفسها كل شخص قام خلال الحملة الانتخابية بتقديم هدايا أو تبرعات أو وعود بها أو هبات إدارية إما لجماعة ترابية، وإما لمجموعة من المواطنين سواء كانت بقصد التأثير على عدد كبير من الناخبين أو بعض منهم ()

ويبقى للقاضي في المغرب أن يحكم بهذه العقوبات من خلال مراعاة وضع وظروف المتهم المدان مثلما ذهبت إلى ذلك محكمة الاستئناف ببني مآل من خلال قرارها المشار إليه من قبل والذي جاء فيه ".....وحيث أن تفريد العقاب في نازلة الحال بالنسبة للأضناء الذين اقتنعت هذه الغرفة بإدانتهم من أجل الأفعال التي ناقشتها بالنسبة لكل مدان يقتضي تدرج العقوبة بحسب أهمية كل مدان، مع تمتيعهم فرادى بمقتضيات المادة 55 من القانون الجنائي بخصوص العقوبة الحبسية بعد خفضها اعتبارا إلى عدم ثبوت أية متابعة ضدهم ، وباعتبارهم أرباب أسر، واعتبارا إلى فكرة الردع المنوط من العقوبة لهم.

ومما يحسب للمشرع الانتخابي المغربي دون المشرعين الجزائري والتونسي أنه قرر مضاعفة العقوبات المشار إليها سابقا إذا كان مرتكب جريمة الرشوة الانتخابية موظفا عموميا ومأمورا من مأموري الإدارة أو جماعة ترابية ()

وهكذا جعل المشرع المغربي من صفة الموظف العام ظرفا مشددا لعقوبتي الحبس والغرامة معا، والحكمة من التشديد في هذه الحالة تكمن في صيانة الوظيفة العامة حتى لا يتم استغلال الوظيفة العام لاقتراف هذه الجريمة، لأنّ صفة الوظيفة تسهل للجاني اقتراف الجريمة().

كذلك رتب المشرع الانتخابي المغربي على جريمة الرشوة الانتخابية وبقوة القانون العقوبات الإضافية، وهي الحرمان من التصويت لمدة سنتين ومن حقّ الترشح للانتخابات لفترتين نيابيتين متتاليتين (). وهي تشكل عقوبات تبعية يتعين تطبيقها بحكم القانون، ولو لم يحكم بها القاضي المغربي، فهي عقوبة حتمية تتبع حتما العقوبة الأصلية، ورغم أن هذه العقوبات جاءت عامة تشمل المرشح وغير المرشح، إلا أن محكمة الاستئناف

بالجديدة اتجهت من خلال إحدى قراراتها إلى تضييق نطاق تطبيق هذه العقوبة وذلك بقولها " إن الحرمان من حق الترشيح إنما ينطبق على المرشح عملاً بنقيض قصده، ولا تطبق على الناخب أو المشارك أو الوسيط()"

الفرع الثالث: وضع المسألة في تونس

بالتركيز على موقف المشرع الانتخابي التونسي من هذه المسألة يمكن أن نلاحظ أنه جاء في موقف وسط بين كل من المشرعين الجزائري والمغربي ، حيث قرر بخصوص جريمة الرشوة الانتخابية عقوبة السجن من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبخطية مالية من ألف إلى ثلاثة آلاف دينار لكل شخص تم ضبطه بصدد تقديم تبرعات نقدية أو عينية قصد التأثير على الناخب أو استعمال نفس الوسائل لحمل الناخب على الإمساك عن التصويت سواء كان ذلك قبل الاقتراع أو أثناءه، أو بعده()، ويعاقب بنفس العقوبة المقررة لنفس الفاعل الأصلي كل من الشريك أو الوسيط أو المحرض() .

وبالإضافة إلى العقوبات الأصلية المشار إليها، أقر المشرع الانتخابي التونسي بتسليط عقوبة تكميلية تقضي بالحرمان من الحق في الاقتراع لمدة لا تقل عن سنتين ولا تتعدى ستة سنوات على مرتكب جريمة الرشوة الانتخابية إذا ما سلط القاضي الجنائي على الجاني عقوبة بالسجن لمدة سنة أو أكثر()

ومعنى ذلك أن القاضي إذا ما حكم بعقوبة السجن لأقل من سنة، فإن الجاني لا يطبق في حقه هذه العقوبة التكميلية، خاصة وأن القاضي له السلطة التقديرية بين الحد الأدنى وهو ستة أشهر والحد الأقصى المقدر بثلاث سنوات. ولو أننا نرى بخلاف ذلك أن مثل هذا الاشتراط ليس له ما يبرره من الناحية القانونية خاصة وأن العقوبات التكميلية تكون ضرورية في مادة الرشوة الانتخابية لردع المتهم سواء كان ناخباً، أم مرشحاً أو غيره إلى جانب العقوبات الأصلية، وذلك كله بصرف النظر عن نوعية ودرجة أو شدة هذه الأخيرة.

وعليه يكون من المفيد لو يطلق المشرع التونسي مبدأ تطبيق العقوبات التكميلية في هذه الحالة كما فعل المشرعين الجزائري والتونسي دون ربطها بالعقوبات الأصلية، خاصة وأننا بصدد جريمة انتخابية واحدة، وسلوك إجرامي واحد.

خاتمة

في ختام هذه الدراسة نخلص إلى جملة من النتائج على النحو التالي:

- لم يشترط المشرع الانتخابي في دول المغرب العربي بخصوص جريمة الرشوة الانتخابية أي صفة خاصة للراشي، بل جاء النص التجريبي في هذا الصدد عاماً. وعليه يستوي في هذا الراشي أن يكون أحد المرشحين في الانتخابات أو أن يكون غيره.

- اتفقا كل من المشرعين الجزائري والتونسي في عدم النص بشكل صريح وقاطع من خلال النص القانوني المتعلق بالرشوة الانتخابية على تجريم فعل الوساطة في هذه الجريمة، ولكن هذا لا يمنع من شمول المسؤولية

الجزائية للوسيط كذلك بالنظر إلى كون أن النص جاء عاما ومطلقا لاستخدامه عبارة " كل من "، وهذا خلافا لما أقرّه المشرع الانتخابي المغربي الذي نص بشكل صريح قاطع على جنحة الوساطة في جريمة الرشوة الانتخابية.

- ساوى المشرع الانتخابي الجزائري بين جرمي الرشوة العادية والرشوة الانتخابية بخصوص العقوبات الأصلية المقررة لكليهما من خلال النص عليها في صلب قانون الانتخابات، والتي تتطابق مع عقوبة جريمة رشوة الموظف العام المنصوص عليها في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، على الرغم من اختلاف هدف وأطراف كل منهما.

- أحسن ما فعل المشرع الانتخابي المغربي دون المشرعين الجزائري والتونسي عندما أقر بمضاعفة العقوبات متى كان مرتكب جريمة الرشوة الانتخابية موظفا عموميا أو مأمورا من مأموري الإدارة المحلية، كل ذلك بما يحفظ ويصون نزاهة الوظيفة العامة داخل الدولة.

قائمة المصادر والمراجع

• قائمة المصادر

أولا: النصوص القانونية

- النصوص القانونية للجمهورية الجزائرية

(1) القانون العضوي رقم 10/16 المؤرخ في 25/08/2016 المتعلق بنظام الانتخابات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 50 بتاريخ 28/08/2016.

(2) القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المؤرخ في 20 فبراير 2006، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 14، بتاريخ 8 مارس 2006.

- النصوص القانونية الخاصة بالمملكة المغربية

(1) القانون التنظيمي رقم 27/11 المتعلق بمجلس النواب، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، عدد 5987، بتاريخ 17/10/2011.

(2) القانون التنظيمي رقم 28/11 المتعلق بمجلس المستشارين، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، عدد 5997 بتاريخ 22/11/2011.

(3) القانون التنظيمي رقم 59/11 المتعلق بانتخاب أعضاء مجالس الجماعات الترابية، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، عدد 5997 مكرر، بتاريخ 22/11/2011.

(4) القانون رقم 57/11 المتعلق باللوائح الانتخابية العامة وعمليات الاستفتاء واستعمال وسائل الاتصال السمعي البصري العمومية خلال الحملات الانتخابية والاستفتاءية، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، عدد - النصوص القانونية الخاصة بالجمهورية التونسية

(1) القانون الأساسي عدد 16 لسنة 2014 مؤرخ في 26/05/2014 يتعلق بالانتخابات والاستفتاء، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 42 بتاريخ 27/05/2014.

ثانيا: القرارات القضائية الخاصة بالقضاء المغربي

(1) قرار محكمة الاستئناف بتازة عدد 07-174، في الملف الجنحي العادي عدد 06-1516 الصادر بتاريخ 07/02/2007

(2) قرار محكمة الاستئناف بطنجة، في الملف الجنحي عدد 16/06-4441 الصادر بتاريخ 14/01/2007

(3) قرار رقم 2003/329 الصادر عن الغرفة الجنحية بتاريخ 23/09/2003

(4) قرار استئنافي عدد 06/8154 في الملف الجنحي عدد 06/8380 الصادر بتاريخ 29/12/2006

(5) قرار استئنافي عدد 546 في الملف الجنحي عدد 06/5196 الصادر بتاريخ 07/02/2007

(6) قرار الصادر في الملف الجنحي عدد 1/06/4107 بتاريخ 02/02/2007.

قائمة المراجع

أولا: الكتب

(1) عدنان الفيل، جريمة الرشوة الانتخابية، (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة: الإسكندرية، 2012.

(2) ماهر عبد الشويش، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، المكتبة القانونية: بغداد، ط 2، بدون

سنة نشر

(3) محمد صبحي نجم، قانون العقوبات، القسم الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع: عمان، ط 1،

2006

(4) نضال ياسين الحاج حمو وآخرون، التنظيم القانوني للجرائم الانتخابية في التشريع البحريني، سلسلة

الدراسات، المعهد البحريني للتنمية السياسية: البحرين، 2015،

(5) يوسف وهابي، الجرائم الانتخابية في التشريع المغربي، دراسة مقارنة بأنظمة انتخابية جنائية غربية

(فرنسا، إسبانيا وإنجلترا)، وعربية (الجزائر، تونس، مصر، الأردن، اليمن، الكويت)، بدون دار نشر: بدون بلد

نشر، ط 1، 2007

ثانيا: الأطروحات

- (1) محمد علي عبد الرضا عفلوك ، الجرائم الماسة بنزاهة الانتخابات، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في فلسفة القانون، كلية القانون، جامعة بغداد، 2007.
- (2) حاحة عبد العالي، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم الحقوق، تخصص قانون عام ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر، بسكرة ، 2013/2012 .

ثالثا: المقالات

- (1) علوي جعفر، (السياسة الجنائية في مواجهة الجرائم المرتبطة بالانتخابات بالمغرب)، أشغال ندوة حول موضوع أي نظام انتخابي للجماعات المحلية في ظل العهد الجديد؟، مطبعة انفو برانت: الليدو، فاس، ط1، 2001.
- (2) فهد عبد العظيم صالح، (الرشوة الانتخابية كأحد جرائم التأثير على إرادة الناخبين)، مقال منشور على الموقع الإلكتروني <http://www.nazah.iq/body.asp> .

ظاهرة ازدواج الجنسية ومعالجة المشكلات المترتبة عليها

دكتور / شوقي عبد المجيد عبيدي، كلية القانون، جامعة دنقلا / السودان.

قال تعالى : { يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ } الآية 13 سورة الحجرات .

Abstract

Identity is the criterion by which it is determined element of the population in the state and distinguish its constituent members and national distinction for foreigners .Where identity attributed to individuals legally individual components have agroup which becomes a member of the group constituents. The international destination it is the tool that identifies the share of each of the individuals who composed them where the population elements . The dual citizenship means variety and also called the positive conflict of nationalities and that means a person to have more than one nationality in other words it is nationally in more than one state . This is a result of the multiplicity of countries and the lack of comprehensive coordination among its legislation on ways to require a nationality and lost leading to the emergence of case of dual nationality at the time of birth or later in his .

الملخص:

تعتبر الجنسية المعيار الذي بمقتضاه يتم تحديد ركن الشعب في الدولة وتمييز الأعضاء المكونين لها وتمييز الوطنيين عن الأجانب فيها . فالجنسية تنسب الفرد قانونا الي جماعة الأفراد المكونين لها، فيصبح بموجبها عضوا من الجماعة. أما من الوجهة الدولية فأنها تعتبر أداة تحدد حصة كل دولة من الافراد الذين الذين يتكون منهم عنصر الشعب فيها .

إن ازدواج الجنسية يعني تعددها ويطلق عليه أيضا تنازع الجنسيات الايجابي؛ وهو أن يكون للشخص أكثر من جنسية : أي أن يكون وطنيا في أكثر من دولة واحدة وهذا يتم نتيجة لتعدد الدول وعدم وجود تنسيق شامل فيما بين تشريعاتها حول طرق اكتساب الجنسية وفقدانها ، مما يؤدي الي ظهور حالة ازدواج الجنسية وقت الميلاد أو في وقت لاحق له .

ويطلق على ازدواج الجنسية ، تنازع الجنسيات الايجابي، كما يوجد بينه وبين مصطلح تنازع القوانين علاقة وثيقة ، فالأسس التي تبني عليها قواعد الجنسية من حيث فرضها واكتسابها هي أسس مختلفة، وكل دولة تأخذ من هذه الأسس ما يتفق وظروفها ومصالحها ، منها ما تأخذ بحق الدم ومنها ما تأخذ بحق الإقليم وأخرى تأخذ بهما معا ، كما أن بعضها يأخذ بمبدأ التبعية العائلية وبعضها الآخر لا يأخذ به ، إذن تظهر حالة ازدواج الجنسية نتيجة لاختلاف السياسات التشريعية في مادة الجنسية للدول المختلفة . فلقد حاول المشرع في تشريعات معظم الدول وفي عدة مواقف وضع النصوص الكفيلة بالقضاء أو التقليل من وجود أشخاص يتمتعون بجنسية أخرى إلى جانب جنسية حق الدم وجنسية حق الإقليم والجنسية اللاحقة للميلاد أو المعاصرة له.

أهمية البحث :-

تبدو أهمية الجنسية واضحة ، ولهذا فمن الضرورة بمكان مراعاة الدقة في تنظيمها لتجنب الفوضى والاضطراب في توزيع الأفراد وما يترتب على ذلك من صعاب ، بيد أن واقع الحال يظهر في كثير من الأحيان خلاف ذلك، بسبب استئثار كل دولة بوضع تشريعها الخاص بجنسيتها حسب ما تقتضيه مصالحها، دون الالتفات إلى مصالح الأفراد أو مصالح غيرها من الدول . فإطلاق حرية الدولة في تنظيم جنسيتها واستئثار كل دولة في اختيار الأسس المكسبة والمفقدة لجنسيتها والخاصة بشأن تجديد شعبيها كما ونوعا يفضي إلى مساوئ متعددة أهمها ظهور تنازع الجنسيات بوجهيه الايجابي والسلبي ، ففي التنازع الإيجابي تزودج الجنسيات في الفرد ، أما في التنازع السلبي فتندم الجنسية في الشخص مما يترتب على هاتين الظاهرتين متاعب ومشاكل بالنسبة للفرد والدولة في آن واحد .

أهداف البحث :-

أهداف البحث هو جعل الدول ورجال الفقه تبذل الجهود الحثيثة لإيجاد السبل الناجعة لمعالجة ظاهرة ازدواج الجنسية وانعدامها والحد من مشاكلها لمنع ظهورها أو على الأقل تقليلها وفي ذات الوقت تلمس العلاج اللازم لما ينجم عنها من آثار .

مشكلة البحث :-

تتضح مشكلة البحث في طرح سؤال رئيسي هو: ماهي أسباب انتشار ظاهرة ازدواج الجنسية ؟ وما هي السبل اللازمة لمعالجتها بصورة عامة ؟ ومنه تبرز أسئلة فرعية عن موقف التشريع منها ؟ وهل أقر التشريع الأخذ بفكرة ازدواج الجنسية صراحة أم ضمنيا أم أنه رفضها وعمل جاهدا علي تفاديها ؟ وما هي الحلول وما المخرج من مأزق و مشاكل ازدواج الجنسية ؟

منهج البحث :-

اتبع الباحث المنهج التحليلي الوصفي المدعوم بسوابق قضائية دولية في تناول ظاهرة ازدواج الجنسية وتبيان سبل معالجتها .

أسباب انتشار ظاهرة ازدواج الجنسية

نعرض لبعض حالات ازدواج الجنسية مثل ازدواج الجنسية المعاصر للميلاد ثم ازدواج الجنسية اللاحقة للميلاد علي النحو الآتي :

ازدواج الجنسية المعاصر للميلاد :-

اختلاف صياغة أحكام الجنسية وتنوع الأسس التي تبني عليها الجنسية يؤديان في كثير من الأحيان إلى تراكم أكثر من جنسية واحدة لدي شخص واحد . هناك دول تأخذ بحق الدم ؛ بمعنى أنها تفرض جنسيتها على كل من يولد من أبنائها ، وفي المقابل دول أخرى تأخذ بحق الإقليم؛ أي تفرض جنسيتها على كل من يولد في إقليمها . هنا نجد أن اختلاف الأسس على هذا النحو ينجم عنه أن المولود من أبناء الدولة الأولى على إقليم الدولة الأخرى تثبت له عند ولادته جنسية الدولتين في آن واحد ، الأولى بحق الدم و الأخرى بحق الإقليم . إذن اختلاف الأسس الذي بني عليه كسب الجنسية في الدولتين واختلاف تشريع الجنسية فهما كان السبب في كسب هذا المولود جنسية مزدوجة أو جنسية الدولتين .

أحيانا رغم تشابه الأسس التي تبني عليها الجنسية نجد أن الازدواج يتوافر أيضا ، وذلك نتيجة لاختلاف الدول في طريقة تطبيق الأسس المتشابهة ، ولنضرب مثلا بدولتين أخذتا بحق الدم دون حق الإقليم إلا أن إحدى الدولتين أخذت به على إطلاقه فتكسب جنسيتها لكل من يولد من أبنائها ، بينما الأخرى تقصره على

المولود من الأب فعندئذ، إذا كان الزواج مختلطاً أي كانت الزوجة من جنسية الدولة الأولى والزوج من جنسية الدولة الثانية فأن هذا يكون كافياً لازدواج جنسية أبناهما .

ازدواج الجنسية اللاحقة للميلاد :-

في وقت لاحق للميلاد قد تزوج الجنسيات في شخص ما ويتحقق بعدة طرق من طرق كسب الجنسية مثل التجنس ، الزواج ، والضم ، والانفصال .

فتجنس شخص ما بجنسية دولة دون أن يفقد جنسيته الأصلية يترتب عنه دخوله في الجنسية الجديدة مع بقاءه على صفته الأصلية . وقد يمتد أثر هذا التجنس ويتعداه إلى أفراد عائلته كالزوجة والأولاد، هذا إذا كان قانون الدولة الأخرى يكسبهم جنسيتها أخذاً بفكرة التبعية العائلية في التجنس .

وبسبب الزواج نجد أن زواج امرأة من غير جنسيتها يدخلها في جنسية زوجها في حين يحتفظ لها قانونها بجنسيتها؛ فالزوجة في هذه الحالة ستكون ذات جنسيتين ، وهذا سبب من أسباب ظهور ازدواج اللاحق للميلاد بسبب الزواج .

أما الضم والانفصال أيضاً يتحقق به الازدواج اللاحق ، كما لو استقطع جزء من إقليم دولة وضم إلى دولة أخرى وألحقت الدولة الضامة أهالي الإقليم المضموم بجنسيتها، في حين احتفظت الدولة التي فصل الإقليم عن أراضيها لرعاياها الساكنين بالإقليم المستقطع بجنسيتهم هنا يصبح أفراد هذا الإقليم ذوي ازدواج جنسية لاحقة للميلاد (مثل دولة جنوب السودان مع السودان ودولة إريتريا مع إثيوبيا) .

هذه بعض صور أسباب ازدواج الجنسية والتي ترجع في ظهورها أساساً إلى تنوع أسس صياغة أحكام الجنسية واختلافها من دولة إلى أخرى .

مساوئ ازدواج الجنسية :-

ازدواج الجنسيات يثير مشاكل اجتماعية ، دبلوماسية ، قانونية كما يثير مشاكل أخرى في التزامات الأفراد .

فمن الناحية الاجتماعية نجد أن ازدواج الجنسية في حد ذاته ما هو إلا وضع شاذ يتعارض مع طبيعة الجنسية ووظيفتها . فمن طبيعة الجنسية أنها تقتضي اندماج الفرد في الجماعة الوطنية للدولة التي ينتسب إليها وأن يدين لها بالولاء والاخلاص ويدين لها بذلك دون غيرها . وهذا ما يتعذر الوفاء به في وقت واحد اتجاه الدول التي يحمل جنسياتها . لأن هناك صعوبات مادية ومعنوية تحول دون الوفاء بواجبات والتزامات وطنية عديدة للدول التي يحمل جنسياتها ، بل وقد يستحيل عليه أحياناً أداؤها ، فمن غير المتصور أن يكون في مقدوره تأدية واجب خدمة العلم والدفاع عن حياض الوطن خاصة حين يحتدم الخلاف وتتأجج الحرب بين الدول التي ينتسب إليها وهنا يصعب تحديد انتمائه إذا كان يحسب في عداد الوطنيين أم من الأعداء . وحتى في أوقات

السلم فإن تحديد مركزه واعتباره من الوطنيين أم من الأجانب يثير مشاكل ومصاعب بالنسبة لمباشرته للحقوق العامة كحق الانتخاب أو الترشح ومن شأن هذا ازدواج أيضا أن يرهق مزدوج الجنسيات بالتزامات عديدة ضريبية وغيرها التي تفرضها الدول على من يتمتع بجنسياتها .

كما أن من شأن ازدواج الجنسية أن يثير الفوضى والاضطراب في توزيع الأفراد دوليا مما يثير ذلك نزاعات بين الدول التي تتمسك كل منها بتبعية الشخص أو مجموعة من الأشخاص لها سواء أكان ذلك بصدد خدمة عسكرية أو ضرائب مالية أو استحقاق لتركة أو بشأن الحماية الدبلوماسية . أيضا يتضح مساوئ ازدواج الجنسية في مسائل الميراث فمثلا إذا توفي من يحمل أكثر من جنسية واحدة دون وارث فإن تركته تنقل إلى دولته وهذا يثير حتما الخلاف بين الدول التي ينتمي إليها بجنسياته .

أما مساوئ ازدواج الجنسية من ناحية الحماية الدبلوماسية فالإشكالات قد تكون أشد وأعقد . فلكل دولة الحق في شمول رعاياها بحمايتها في الخارج وتشمل الحماية بالإضافة إلى حماية شخص المواطن، العمل على احترام حقوقه واستعادة أمواله ومنع أي اعتداء عليه في الخارج ، وتلجأ الدولة في ذلك للوسائل الودية والمفاوضات ثم التحكيم أو القضاء الدولي وقد تصل لسحب ممثلها الدبلوماسي وقد تعاملها بالمثل (د.زكي - فاضل ، الدبلوماسية في النظرية والتطبيق، ص 113) .

وحق الدولة في هذه الحماية يشمل الذين يحملون جنسيتها ، وهنا يبدأ الخلاف بين الدولتين ممن يحمل أكثر من جنسية وقد يكون واضحا وعلى أشده عندما يكون هذا الشخص من دولة وتريد الأخرى التي يتمتع بجنسيتها أيضا أن تمارس حقها في حمايته .

ومن شأن ازدواج الجنسية أيضا أن يثير صعوبات في مجال تحديد المركز القانوني للفرد لتعيين الحقوق التي يكون في مقدوره أن يتمتع بها بوصفه وطنيا وتلك الحقوق التي لا يقدر على التمتع بها لمجرد كونه أجنبيا ، ومعلوم حرمان الاجنبي من التمتع بالحقوق السياسية ويمتنع عليه المطالبة بحق الانتخاب والترشح للمجالس النيابية والمحلية وحق تولي الوظائف العامة كما تمنع بعض تشريعات الدول علي الأجنبي حق تملك العقارات إلا بشروط معينة وفي حدود ضرورية . وقد تحرم دول على الأجانب من ممارسة المهن والحرف التي يتزاحم عليها الوطنيون . ان اختلاف مركز الاجانب هذا عن الوطني واختلاف مركز الاجانب بعضهم عن بعض يؤدي الي صعوبات في التمييز والتفريق عندما تزوج الجنسيات في الشخص كلما أريد تحديد مركز وتعيين ما يتمتع به من الحقوق .

وأخيرا فإن أهم مشكلة تواجه الفقه والقضاء بالنسبة الي ازدواج الجنسية هي مشكلة تحديد القانون الواجب تطبيقه في العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي . ففي حالة تنازع القوانين تعطي أكثر قوانين الدول في الاحوال الشخصية (من أهلية وزواج وطلاق ونسب وميراث) الاختصاص الي قانون الجنسية ، أي إلى قانون الدولة التي ينتمي الشخص إليها بجنسيته ، ومن ذلك ما قضي به المشرع السوداني في القانون المدني بان (

الأهلية يسري عليها قانون الدولة التي ينتمي الشخص إليها بجنسيته (تقابلها المادة 11 مدني مصري والمادة 12 سوري والمادة 18 عراقي والمادة 33 كويتي . أما فيما يتعلق بالميراث فينص القانون المدني السوداني بأن (قضايا الميراث يسري عليها قانون المورث وقت وفاته) ويقابلها المادة 18 مدني مصري والمادة 47 مدني كويتي .

فنصوص كهذه تجعل الجنسية ضابطا لتعيين وتحديد القانون الذي يحكم العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي ، ولهذا يلزم في البداية معرفة جنسية الشخص المراد حكم علاقته القانونية . وإذا ما تعددت جنسياته تعددت الضوابط وتعذر اختيار قانون واحد من بين القوانين المتنازعة لتحكم العلاقة بموجبه . ولتوضيح ذلك نضرب المثال الآتي :- إذا توفي شخص ما في بلد ما وأريد توزيع تركته نجد أن قانون البلد الذي توفي فيه الشخص وبه ورثته يحيل القاضي إلى قانون جنسية المتوفي ليرجع إليه في كل ما يتعلق بتعيين الورثة ونصيب كل واحد منهم وموانع الميراث . لكن يثور التساؤل هنا عن ما هو قانون جنسية المتوفي؟ إذا اتضح لنا أنه كان يحمل الجنسية التركية والهندية في آن واحد؟ أنأخذ بالجنسية التركية ونهمل الأخرى أم العكس؟ هذه حقيقة مشكلة تلتزم العلاج ، وهو ما سنأتي عليه حينما نقف على بحث حل المشاكل الناجمة عن ازدواج .

تتضح لنا مما تقدم بعض المساوئ المترتبة علي ازدواج الجنسية والتي تؤدي الى خلق مصاعب للدول وللسلطات التابعة لها وكذلك للأفراد ذاتهم ولذلك بذلت ولا زالت تبذل المحاولات لمعالجتها سواء عن طريق تبين الوسائل القانونية أو معالجة المشكلات المترتبة عنها كما سنتعرض عليه .

معالجة ازدواج الجنسية :-

أولاً:- محاربة ظاهرة ازدواج الجنسية :

تكون محاربة ظاهرة ازدواج الجنسية إما بالتنسيق والتعاون بين الدول وبالوسائل الدولية المختلفة من مؤتمرات واتفاقات وجهود علمية عالمية ، أو بالوسائل الوطنية وذلك بما تبذله كل دولة وبصورة منفردة في تشريعاتها الداخلية لتفادي ظاهرة ازدواج الجنسية .

1- الوسائل الدولية :

من المتصور القول أنه في الإمكان القضاء على ظاهرة ازدواج الجنسية باتفاق كل الدول على توحيد تشريعات الجنسية في كل تفاصيلها أو على الأقل الاتفاق فيما بينها على بعض الأحكام التي من شأنها إزالة ازدواج الجنسية في الحالات التي يتم الاتفاق عليها .

ولكن من الصعوبة بمكان ، بل هو ضرب من الخيال أن تصل كافة الدول الي توحيد القوانين الوضعية الخاصة بالجنسية بحيث تتبنى جميعها تشريعات تفصيلية واحدة لثبوت الجنسية الاصلية والمكتسبة ، وأن تأخذ جميعها بقواعد واحدة في تغيير الجنسية وإزالتها ، لأن اتفاقا كهذا يتعارض مع حرية الدول في تبني أحكام

تتفق مع ظروفها ومصالحها المتعارضة والمتضاربة في كثير من الأحيان مع مصالح دول أخرى (د. الحلوان - ماجد، 1973 ص 107)

ومع ذلك فمن الممكن أن تتفق دول تجمع بينها وحدة الظروف والمصالح على توحيد أسس الجنسية دون تفاصيلها، كأن تتفق دولتان أو أكثر على تأسيس الجنسية على حق الدم وحده أو على حق الإقليم. فالمولود من أبناء دولة على إقليم دولة أخرى لا تثبت في الحالة هذه إلا جنسية واحدة أساسها إما حق الدم أو حق الإقليم حسبما تقرره الاتفاقية وكذلك لو اتفقت الدول فيما بينها على تعليق كسب المرأة المتزوجة من أجنبي لجنسية زوجها على فقدانها لجنسيتها الأصلية. أن اتفاقات كهذه قد تؤدي إلى تبادلي ازدواج الجنسية في نطاق محدود ولكنها لاتعدها بالمرة، (د. مسلم - أحمد، 1996م، ص 126).

والدليل على ما ذكرناه قضية كارليه التي ظهر فيه ازدواج الجنسيين الفرنسية والبلجيكية رغم اتحاد أسس كسب الجنسية في هاتين الدولتين، فقد كانت المادة التاسعة من كل من القانونين البلجيكي والفرنسي تعتبر من يولد لأجنبي وأجنيبا وتجز في ذات الوقت له أن يطلب الجنسية (الفرنسية أو البلجيكية) خلال سنة من تاريخ بلوغه سن الرشد، كما كانت المادة العاشرة من قانوني هاتين الدولتين تأخذ كلتاها بحق الدم: أي أن المولود لأب (فرنسي بلجيكي) ولو في الخارج يدخل في جنسية أبيه لا جنسية الدولة التي ولد على إقليمها. وقد ولد كارليه من أب فرنسي في بلجيكا وهو يعتبر فرنسيا بحق الدم ولكنه اختار الجنسية البلجيكية بعد البلوغ فأصبح بلجيكيا بالاختيار فنشأت بذلك ظاهرة ازدواج الجنسية (رياض - فؤاد عبد المنعم، 1996و، ص 240).

وهكذا يظهر أنه بالرغم من اتحاد أسس كسب الجنسية في هاتين الدولتين فإنه من المتعذر تلافي حالات ازدواج الجنسية وبصورة تامة عن طريق توحيد أسس الجنسية وحدها دون الاتفاق على تفاصيلها اتفاقا تاما، وعلي كل حال إذا كان التنسيق بين الدول لا يقضي تماما على ظاهرة ازدواج الجنسية، فإن من المسلم به أن يكون لهذا التنسيق فوائد ملموسة في اتقاء ظاهرة ازدواج الجنسية، وللتنسيق لمحاربة ازدواج الجنسية قامت جهود علمية بدراسات وعقدت مؤتمرات واتفاقات دولية كثيرة.

هناك جهود علمية كثيرة أبرزت بعض المبادئ المنظمة لتنازع الجنسيات التي يمكن أن تكون هاديا لمشري الدول عند تنظيم جنسياتها وكذلك يمكن أن تسترشد بها الدول في عقد اتفاقياتها الخاصة بالجنسية. منها نجد أن معهد القانون الدولي توصل في اجتماعه في كمبيردج عام 1895م ونادى بقاعدة ألا يكون للفرد أكثر من جنسية واحدة وعادت لتقرر في اجتماعها في ستوكهولم عام 1928م بقاعدة أنه يجب ألا تصوغ الدولة قواعد كسب الجنسية وفقدانها بحيث تؤدي إلى وجود ظاهري الازدواج في الجنسية وانعدامها.

أما مدرسة الحقوق بهارفارد أقرت بأنه إذا ما تعددت الجنسيات لشخص واحد تثبت له نهائيا جنسية الدولة التي يقيم فيها عادة في سن الثالثة والعشرين، أو إذا كان الشخص مقيما في دولة من غير الدول التي

تتنازع جنسياتها بشأنه تثبت له جنسية آخر دولة اتخذ فيها إقامته العادية . وهناك قاعدة جاء فيها أن تحتفظ المرأة التي تزوج من أجنبي بجنسيتها، إلا إذا كانت تدخل بمقتضى الزواج في جنسيته ليكون المفهوم المخالف لهذه القاعدة تفيد أن المرأة المتزوجة من أجنبي تفقد جنسيتها متى دخلت بمقتضى الزواج في جنسية الزوج وهذا من شأنه منع ظهور ازدواج جنسية المرأة المتزوجة من غير جنسيتها .

كما أن هنالك اتفاقيات دولية علي المستوى الدولي الإقليمي لتفادي حالات ازدواج الجنسية ومكافحتها والحد منها وتقليل أخطارها منها اتفاقية لاهاي 1930م والتي أقرت أربعة

وثائق تتعلق بالجنسية ، الوثيقة الأولى عن الاتفاق بشأن التنازع في الجنسية ، والوثيقة الثانية بروتوكول بشأن التزامات الخدمة العسكرية في بعض حالات ازدواج الجنسية ، والوثيقة الثالثة بروتوكول خاص بحالة من حالات انعدام الجنسية ، بينما الوثيقة الرابعة خاص بانعدام الجنسية علي العموم . واتفاقية لاهاي هذه أقرت ضمنا بقاء حالة تنازع الجنسيات لأنها ليست إلا نتيجة حتمية لحرية الدول في تنظيم الجنسية ، لكنها أدخلت بعض المسائل بغية الإقلال أو معالجة أثارها ، منها القاعدة الخاصة بالأفراد الذين لهم جنسيات بالولادة ، فقضت اتفاقية لاهاي بأن بمقدورهم التنازل عن إحداهن بموافقة الدولة التي يتخلون عن جنسيتها ، كذلك قررت هذه الاتفاقية أن قضاء الدولة الثالثة التي لم تكن جنسيتها إحدى الجنسيات المتعددة أن يعطي التفضيل إلى الجنسية التي يكون الفرد أكثر ارتباطا فيها وهي التي تطابق محل إقامته ، أيضا أقرت الاتفاقية فيما يخص الخدمة العسكرية قاعدة إلزام الشخص المتعدد الجنسيات بأداء الخدمة للدولة التي يرتبط بجنسيتها حقيقة وفعلا (د. الهداوي ، حسن ، ازدواج الجنسية ، مطبعة الأديب ، 2010م) .

أما اتفاقية مونتفيدو عام 1933م حيث أبرمت فيها دول أمريكا الجنوبية اتفاقا خاصا بالجنسية عالج بشكل واضح مسألة ازدواج الجنسية وخاصة اللاحق منها للميلاد والمتولد عن التجنس والضم والانفصال ، فقضت الاتفاقية بأن تجنس الفرد بجنسية احدي الدول المتعاقدة يترتب عليه فقد جنسيته الأصلية ، وقضت الاتفاقية فيما يتعلق بالضم أن تحتفظ لسكان الدولة المضمومة بجنسيتهم ولا يدخلون في جنسية الدولة الضامة إلا إذا قرروا هم صراحة تغيير جنسيتهم الأصلية ، ومثل هذا القيد يحول حتما دون ازدواج الجنسية فهم .

ما نود أن نوضحه أن مثل هذه الاتفاقيات الثنائية من شأنها أن تتوصل إلى معالجة تنازع الجنسيات بصورة أيسر وأسرع ومثلها علي سبيل المثال فرض جنسية الأب وعدم فرض جنسية الدولة المولود علي إقليمها يحول دون ازدواج جنسية هؤلاء الأولاد . ومثله ارتباط بلجيكا عام 1949م مع فرنسا باتفاقية تخص الخدمة العسكرية لمن يحمل الجنسيات الفرنسية والبلجيكية حيث التزمت كل من الدولتين بالاعتراف بالخدمة العسكرية التي يؤديها مزدوج الجنسيين في أي من الدولتين واعتبرتها خدمة مجزية في الدولة الأخرى .

أما اتفاقات جامعة الدول العربية فنجد أن جامعة الدول العربية بذلت جهود تهادف الي القضاء علي حالات انعدام الجنسية وازدواجها ، وقد أثمرت هذه الجهود عن إقرار مجلس الجامعة لاتفاقيتين الأولى : اتفاقية عام 1952م بشأن جنسية أبناء الدول العربية المقيمين في بلاد غير التي ينتمون إليها بأصلهم . والثانية : اتفاقية الجنسية عام 1954م . نوجزهما كالآتي:

اتفاقية سنة 1952 :

انعقدت هذه الاتفاقية بين دول الجامعة العربية عام 1952م وصادقت عليها السعودية 1954م ، مصر 1954م ، الأردن 1955م والعراق 1956م ، متضمنة أحكاما تنهي حالات انعدام ازدواج الجنسية المتأتية من انتقال السلطة من الدولة العثمانية إلي الدول المنسلخة عنها ونشوء الجنسيات الجديدة حسبما تقره معاهدة لوزان النافذة عام 1924م في المادة (30) التي اعترفت تركيا بها (بأن الرعايا الأتراك المقيمين عادة في أرض منسلخة عن تركيا بموجب أحكام هذه المعاهدة يصبحون من رعايا الدولة التي تنقل إليها تلك الأرض وفق الشروط التي يضعها قانونها المحلي). وبذلك نقلت الجنسية العثمانية إلى جنسيات الدول الناشئة اثر تبديل السيادة . واعتمدت قوانين هذه الدول في تحديد الأصول الذي يتكون منهم شعب الدولة على التمتع بالعثمانية والسكن ، و أصبح كل عثماني قاطن في الإقليم المنفصل خلال فترة حدها قانون كل دولة تزول عنه الجنسية العثمانية ويحصل علي الجنسية الجديدة (د. جاد عبد الرحمن ، جابر ، مجموعة قوانين الجنسية في الدول العربية ، دار النشر ، 1999م) .

وهكذا وعلي هذه الصورة سارت تشريعات الدول العربية الناشئة في تنظيم جنسية التأسيس وكل ما اختلفت فيه هو التوقيت من حيث ابتداء الإقامة الصالحة ومدتها . وقد وجد نتيجة لهذا الاختلاف أن بعض الأشخاص ينتمون بأصلهم إلى بلد عربي ولم يحصلوا علي جنسية بسبب عدم اكتمال شرط الإقامة فيهم لوجودهم في بلد عربي غير البلد الذي ينتمون إليه بأصلهم ولكنهم في الوقت ذاته لم يكمل فيهم شرط الإقامة أيضا للبلد الذي وجدوا فيه فيكون والحالة هذه عديم الجنسية ، لذا جاءت هذه الاتفاقية لمعالجة حالة أمثاله إذ قضت المادة الأولى من اتفاقية 1952م بأن (كل شخص ينتمي بأصله إلى احدي دول الجامعة ولم يكتسب جنسية معينة ولم يتقدم لاختيار جنسية بلده الأصلي في المحل المحدد بموجب المعاهدات والقوانين يعتبر من رعايا بلده الأصلي ، فإذا كسب جنسية البلد الذي يقيم فيه سقطت عنه جنسية بلده الأصلي) . لقد أرادت الاتفاقية إنقاذهم من حالة انعدام الجنسية بإدخالهم في جنسية بلدهم الأصلي ، غير أنها اشترطت لإدراك ذلك عدم اكتساب جنسية دولة أخرى . وتكون بهذا الشرط قد عملت الاتفاقية علي تجنب ظهور ازدواج الجنسية (مجلة القضاء ، د. الهداوي ، حسن ، دخول الأجنبية في جنسية زوجها العربي ، العدد 2 ، بغداد ، 1980م ، ص 15) .

اتفاقية سنة 1954 (اتفاقية الجنسية):

أقر مجلس جامعة الدول العربية في 1954/2/5 م اتفاقية الجنسية والتي تم توقيعها من قبل الأردن ومصر والعراق ولكنها لم تدخل حيز التنفيذ لأن المادة 11 من الاتفاقية نصت علي أن (يعمل بهذه الاتفاقية بعد شهرين من إيداع وثائق التصديق عليها من ثلاثة دول ...) في حين لم يودع وثائق التصديق عليها إلا من قبل الأردن عام 1954 ومصر عام 1955 م ولهذا فأنها لم تدخل حيز التنفيذ . ورغم ذلك فقد تأثرت بها تشريعات بعض الدول العربية وأهم ما جاء فيها من قرارات والتي أريد بها محاربة ظاهرة ازدواج الجنسية وانعدامها الآتي :

2- الوسائل الداخلية :-

إن الوسائل الداخلية لتلافي ازدواج الجنسية المعاصر للميلاد واللاحق له يتحقق بأن يقوم مشروع كل دولة بإتباع الوسائل القانونية الآتية :-
تيسير الاختيار :-

قد تثبت للمرء جنسيتان بالولادة بناء علي حق الدم وحق الإقليم وقد يحصل بعد ولادته علي جنسية جديدة بسبب الزواج أو تبدل السيادة فلمنع هذا الوضع وللتخلص من الازدواج تمنح قوانين بعض الدول للشخص متعدد الجنسيات حق اختيار أحدهن .
فقد الجنسية بمجرد الدخول في جنسية جديدة :-

وهذا ما اعتمده تشريعات كثيرة في الانتقال من جنسية إلى أخرى بتبدل السيادة والتجنس والزواج . ففي تبدل السيادة تعطي التشريعات لأهالي الإقليم المنفصل حق تقرير الدخول في الجنسية الجديدة أو العودة إلى الجنسية القديمة ، فالذين فرضت عليهم الجنسيات نتيجة تبدل السيادة وانتقالها من الدولة العثمانية إلى الدول المنفصلة عنها حق التخلي عن الجنسية المفروضة عليهم واختيار الجنسية التركية أو جنسية البلد الذي ينتمون إليه أصلا ، ومتى مارسوا حق الاختيار وتوفرت فيهم شروطه فإن هذه القوانين تزيل عنهم جنسية التأسيس المفروضة عليهم ، وبهذا تحاشت هذه التشريعات ظهور ازدواج الجنسية . وذات الحكم ممكن اتباعه في كل من التجنس والزواج . وفي الزواج تقرر كثير من التشريعات فقد المتزوجة من أجنبي جنسيتها بمجرد دخولها في جنسية الزوج من ذلك القانون الكويتي والقانون السوري والقانون العراقي (د. راشد ، سامية ، الوجيز في القانون الدولي الخاص ، دار الشروق ، القاهرة ، 2003م) .

تعليق اكتساب الجنسية بناء علي حق الإقليم علي عدم إسعاف حق الدم في الحصول علي جنسية من الجنسيات :-

فاللقيط الذي يعثر عليه في إقليم دولة من الدول وكذلك المولود فيه من أبوين مجهولين تثبت له جنسية البلد الذي يعثر عليه فيه أو البلد الذي يولد فيه لتعذر حصوله علي جنسية الأب أو الأم وهذا ما قررتة كثير من التشريعات العربية .

من هذا العرض يتضح أن مشرعي الدول لم يألوا جهدا في وضع النصوص التشريعية التي من شأنها إما إنهاء حالة ازدواج الجنسية أو تفادي ظهورها

ومع ما أحرزته الجهود العلمية والاتفاقات الدولية والنصوص الوطنية للدول المختلفة من تقدم ملحوظ في مكافحة ظاهرة ازدواج الجنسية إلا أن حرية الدولة في سن القواعد الخاصة بجنسيتها حال ويحول دون منع ظهور ازدواج الجنسية ، فهي لازالت قائمة ، ولا بد من إقرار واقع الحال ومن الاعتراف بوجودها والتوجه نحو إيجاد السبل الكفيلة بتذليل الصعوبات القانونية المترتبة علي وجودها وفيما يلي معالجتها .

المشكلات المترتبة علي ازدواج الجنسية :-

يثير ازدواج الجنسية مشاكل كثيرة يتعلق بعضها بالتكاليف التي تفرضها عليه تلك الجنسيات كالخدمة العسكرية والضرائب كما يثير مشاكل أخرى منها دبلوماسية تتعلق بالحماية الدبلوماسية و أخرى قانونية كتحديد قانونه الشخصي وتعيين مركزه لمعرفة ما إذا كان يعد من الأجانب أم من الوطنيين وحل هذه المشاكل يتطلب فض تنازع الجنسيات لمعرفة أي منها توضع موضع الاعتبار .

ويجدر بنا أن نوضح ما المقصود باصطلاح تنازع الجنسيات لاحتمال اختلاطه باصطلاح تنازع القوانين، فقد يتبادر إلى الذهن أن حل تنازع الجنسيات ما هو إلا حل لمسألة تنازع القوانين بين الدول ، في حين يختلف كل منها عن الآخر إذ أن ازدواج الجنسيات لا يثير تنازعا بين قوانين الجنسية للدول التي يتمتع الشخص بجنسيتها بالمعني الاصطلاحي لمفهوم عبارة تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص ، إذ لا يمكن القول بوجود تنازع بين القوانين إلا إذا كان هناك مجال للتساؤل عن القانون الواجب تطبيقه ، وهذا الفرض لا وجود له في حالة ازدواج الجنسية ، لأن قواعد الجنسية من مسائل القانون العام التي لا يمكن استبدالها وإحلال قواعد أجنبية محلها ، لان تحديد الانتماء إلى جنسية الدولة أمر ينفرد به مشرع كل دولة نظرا للصلة الوثيقة للموضوع بسيادة الدولة (رياض ، فؤاد عبد المنعم ، مبادئ القانون الدولي الخاص ، ص 235) فمن المسلم به قانونا أن انتماء الفرد إلى جنسية دولة معينة إنما يكون وفقا لقانون تلك الدولة ، ولهذا فليس هناك من تنازع بين قوانين الجنسية لدول مختلفة للبحث عن حل لها ، وكل ما يراد هنا البحث عن معيار يتم به وضع احدي الجنسيات موضع الاعتبار وغض النظر عما سواها ، لا اختيار القانون الواجب التطبيق ، لأن الغرض هو الوصول إلى تحديد مركز متعدد الجنسيات بترجيح إحداهن بغية حل المشكلات المترتبة علي ذلك (الوكيل ، شمس الدين ، ازدواج الجنسية ، ص 150) .

من المتفق عليه أن هذا الترجيح يستلزم التفريق بين ما إذا كان موضوع ازدواج الجنسية قد ظهر أمام قضاء سلطات دولة من الدول التي تكون جنسيتها احدي الجنسيات المتنازعة أو كان قد ظهر أمام سلطات دولة ثالثة أو هيئة دولية .

في الحالة الأولى :

حيث يثار فيها أمر تحديد مركز متعدد الجنسيات أمام قضاء أو سلطات الدولة التي يتمتع الشخص بجنسيتها ، كما لو كان شخص من الأشخاص حسب أحكام قانون الجنسية المصري مصرىا وبموجب القانون السوداني سودانيا فهو والحالة هذه يعتبر في نظر كل من احدي هاتين الدولتين متمتعاً بجنسيتها ، فلو طرحت مسألة اختيار احدي هاتين الجنسيتين أمام سلطة من سلطات احدي هاتين الدولتين فما عليها إلا اتباع ما هو مقرر دولياً وذلك بتطبيق قانونها إذ من حقها أن تعامله كوطني لا ينتمي لأية دولة أخرى والعمل بخلاف ذلك يخرجها عن الاحترام الواجب لقوانين الدولة التي يستمد منها سلطتها (فهبي، محمد كمال ، أصول القانون الدولي الخاص ، ص 87) . وعليه فإن السلطات السودانية تعتبره سودانيا وتحل المشكلات المترتبة علي الازدواج علي هذا الأساس فتحكم أحواله الشخصية بموجب القانون السوداني وتخضع ميراثه للقانون السوداني وتحدد حقوقه علي أساس أنه سوداني ، وهذا هو الحل الذي أخذت به تشريعات كثير من الدول العربية وسبق وأن تبنت هذا المبدأ وأخذت به اتفاقية لاهاي لعام 1930م لتقنين القانون الدولي وذلك في المادة الثالثة منها حين جوزت لكل دولة من الدول التي يتمتع مزدوج الجنسية بجنسيتها أن تعتبره من رعاياها .

وقد يخرق هذا المبدأ وتخرج عنه الدولة في أوقات الأزمات والحروب فتعامل بعض الدول الأشخاص الذين يتمتعون بجنسياتها في الوقت ذاته بجنسية دولة معادية كأجانب وتتجاهل صفتهم الوطنية (الوكيل ، شمس الدين، ازدواج الجنسية، ص 153) . وفي ما عدا هذه الحالة الاستثنائية فإن الحكم السائد فقها وقضاء هو أن السلطة الوطنية لأية دولة تعتبر من يتمتع بجنسية أخرى مع تمتعه بالجنسية الوطنية ووطنيا ، أي ترجح جنسيتها وتأخذ بها لتعين مركز متعدد الجنسيات سواء لمعرفة حقوقه والتزاماته وللتعين القانون الواجب التطبيق وكذلك الحال فيما يتعلق بالحماية الدبلوماسية إذ ليس في مقدور الدولة التمسك بحقها في حماية متعدد الجنسيات دبلوماسياً في مواجهة دولة أخرى يحمل هذا الشخص جنسيتها . وهذا ما قرره المادة الرابعة من اتفاقية لاهاي عام 1930م بنصها (لايجوز لدولة أن تمارس حمايتها الدبلوماسية لصالح أحد رعاياها إيداء دولة يكون هذا الشخص أيضاً من رعاياها) .

أما بصدد الأعباء الوطنية التي تتعين علي عاتق متعدد الجنسية فقد بذلت جهود عظيمة عن طريق الاتفاقات الدولية لتنظيمها وتحديدها فنصت مثلا اتفاقية لاهاي المشار إليها علي (أن كل من يحمل جنسيات عدة دول ويكون مقيماً في إقليم إحداها ومتصلاً فعلاً بها يعفي من أي التزام عسكري تجاه الدول الأخرى التي يحمل جنسيتها وما هذا إلا تغليب للجنسية الفعلية) (عبد الله ، عز الدين، مصدر سابق، ص 275) .

وفي الحالة الثانية :

وهي التي تكون مسألة ازدواج الجنسية قد طرحت أمام هيئة دولية أو سلطة دولة لم تكن جنسيتها احدي الجنسيات المزدوجة . ومن ذلك ما لو حصل خلاف بشأن جنسية شخص ما ودفع إلى محكمة دولية وكذلك الحال ما لو رفع نزاع أمام محكمة دولة نالته وتعلق النزاع بميراث مزدوج الجنسيات مثلا . إن قاعدة الإسناد في قانون الدولة التي رفع النزاع أمام احدي محاكمها تعطي الاختصاص إلى قانون جنسية المتوفي . فليس أمام القاضي ، والمتوفي ينتهي إلى أكثر من جنسية ، إلا أن يأخذ إحداهن دون سواها كضابط للإرشاد إلى القانون الواجب التطبيق . ولكن ما هو المعيار الذي تعتمد المحكمة للمفاضلة بين الجنسيات المتنازعة في هذه الحالة ؟

لقد قدمت عدة معايير في تفضيل احدي الجنسيات المزدوجة منها مايلي :

هناك معيار يأخذ بترجيح الجنسية المستمدة من القانون الأشبه في أساسه بقانون القاضي ، فلو كانت احدي الجنسيات مستمدة من حق الدم والأخرى مستمدة من حق الإقليم وكان قانون القاضي يعتمد في الحالة المشابهة علي حق الدم ولا يعول علي حق الإقليم فيكون قانون الجنسية الأولى أقرب من قانون القاضي ، لذا يتعين حسب وجهة أنصار هذا الرأي ، علي القاضي المطروح أمامه النزاع أن يعتمد الجنسية المبنية علي حق الدم . ويعترض علي هذا الرأي بان ليس هناك ما يبرر ترجيح قانون جنسية دولة القاضي علي القوانين الأخرى . وهناك رأي آخر يقول بتحويل من ازدوجت الجنسيات فيه الحق باختيار احدي الجنسيات التي يريد أن يتعامل بها . ويعترض علي هذا الرأي بأن الجنسية من القانون العام تربط الفرد بدولة من الدول ولا يمكن أن يترك الأمر لرغبة الفرد ومشئته التي قد تختلف باختلاف الظروف . ثم أن العمل بهذا المعيار سيكون متعذرا إذا كان المراد تحديد جنسيته إذا قد لحقته الوفاة كما هو الحال في تعيين القانون الذي يحكم ميراث المتوفي . ويذهب رأي ثالث إلى إعطاء الترجيح إلى أول جنسية اكتسبها الشخص ولكن هذا المعيار يستحيل العمل به إذا كان اكتساب الجنسيات المتعدد قد تم في أن واحد وكما لو حصل الشخص علي الجنسية الأولى بحق الدم والثانية بحق الإقليم .

ويدعو رأي رابع إلى اعتماد آخر جنسية حصل عليها من ازدوجت الجنسيات فيه ، وبطبيعة الحال يتعذر في كثير من الأحيان تحديد آخر جنسية في حالة ما إذا كان الحصول عليهن قد تم في أن واحد (د. شكري ، محمد عزيز ، تنازع القوانين ، دار الفكر 2006م)

إلا أن الرأي السائد فقها وقضاء يتجه نحو معيار عملي يعتمد علي الجنسية الفعلية أو الواقعية ، أي جنسية الدولة التي يعيش بها في الواقع ، ويتخاطب بلغتها ويتمتع بحقوق الوطنيين فيها وخاصة الحقوق السياسية منها ، أو يؤدي فيها الخدمة العسكرية . ويكشف عن هذه الجنسية (الواقعية) من تصرفاته المختلفة كمباشرة حق الانتخاب والترشيح للمجالس البلدية أو التشريعية وكأدائه الخدمة العسكرية أو التحاقه

بوظيفة عامة ، إلى غير ذلك من الظروف التي يهتدي بها لتثبت من اندماج الشخص في مجتمع دولة من الدول التي يتمتع بجنسياتها من أجل تحديد الجنسية الواقعية لأخذها بعين الاعتبار وتهمل غيرها .

وقد أقرت المادة الخامسة من اتفاقية لاهاي لعام 1930م وجهة النظر هذه فنصت علي (انه إذا كان للشخص أكثر من جنسية فهو يعامل في إقليم الدولة التي لا يحمل جنسيتها علي أساس تفضيل جنسية الدولة التي يكون فيها محل إقامته العادية ، أو جنسية الدولة التي يتبين من الظروف أنه أكثر ارتباطا من غيرها) .

وأخذت محاكم دولية بالجنسية الواقعية كأساس لفض تنازع الجنسيات ففي قضية رافائيل كأتبغارو والتي تتلخص في أن رافائيل قد ولد في بيرو من أب ايطالي ففرضت عليه الجنسية الايطالية بحق الدم وجنسية دولة بيرو بحق الإقليم . اختلفت الدولتان في أمر جنسيته إذا ادعت كل واحدة منها انه من جنسيتها . وفي 3/1912/5م قضت محكمة التحكيم الدائمة في لاهاي بأنه من دولة بيرو مستندة في هذا الترجيح إلى معيار

الجنسية الفعلية لأن المدعو رافائيل قام في بيرو بمباشرة حقوقه السياسية بترشيح نفسه بعضوية مجلس الشيوخ وقد أكدت محكمة العدل الدولية هذا الاتجاه عام 1955م في قضية نوثوم () الذي يعتبر من دولة جواتيمالا وتجنس بجنسية لخنشتين فأبعدته جواتيمالا عام 1943م واستولت علي أمواله دون تعويض ، فتمسكت دولة لخنشتين بحمايته بوصفه أحد وطنيها ، قضت المحكمة بعدم الاعتراف بجنسية لخنشتين لأن تجنس نوثوم بجنسيتها لا يقوم علي أية رابطة فعلية حقيقية وردت علي هذا الأساس دعواها (عبد الله ، عزالدين ، مصدر سابق ، ص 158) .

وليس هذا هو موقف المحاكم الدولية فحسب ، بل أن القضاء الداخلي والسلطات الوطنية في كثير من الدول استقرت علي تطبيق مبدأ الجنسية الفعلية كأساس للأخذ بعين الاعتبار احدي الجنسيات المزدوجة كظرف لتعيين القانون الواجب التطبيق وتحديد مركز الشخص المزدوج الجنسيات .

وهناك سابقة للبناني هاجر من لبنان إلي الأرجنتين قبل الحرب العالمية الأولى وتحصل علي الجنسية الأرجنتينية دون تصريح سابق من الحكومة العثمانية وبقي في الأرجنتين وعاش فيها ، قرر حكم القاضي الابتدائي ببيروت في 16 يونيو 1951م بأنه يجب أن يعتبر من الجنسية الأرجنتينية لا التركية (نعيم ، ادمون ، القانون الدولي الخاص ، ص 37) ، لأن النزاع بين جنسين أجنبيين فأعتمد علي الجنسية الفعلية . أما لو كان النزاع بين الجنسية اللبنانية والأجنبية لاختلف موقف القضاء من ذلك ولحكم لصالح الجنسية الوطنية .

وجدير بالملاحظة أن مبدأ الجنسية الفعلية كأساس لتعيين احدي الجنسيات المزدوجة رغما عن وجهته قد لا يصلح دائما للأخذ به في كل الظروف والأحوال ، إذ من الصعوبة بمكان الأخذ به علي الإطلاق فيما إذا كانت احدي الجنسيات المزدوجة هي جنسية دولة في خلاف أو حرب مع الدولة التي تريد احدي سلطاتها فض تنازع الجنسيات في النزاع المعروض أمامها ، فإنه والحالة هذه قد تترك معيار الجنسية الفعلية كي تتحاشي المخاطر وشبهة الارتباط بالدولة المعادية وتضطر سلطات الدولة المطروح أمامها الموضوع خضوع الشخص

للمراقبة والحراسة وإقامة جميع الإجراءات الوقائية باعتباره من رعايا الدولة المعادية حتى ولو كانت الإمارات تشير إلى ارتباطه بجنسية أخرى غير جنسية الدولة المعادية (الوكيل ، شمس الدين ، مصدر سابق ، ص 162) وهكذا فالسلطات في أي دولة مضطرة إذا ما عرضت عليها قضية أمنية تتعلق بشخص يحمل الجنسية الإسرائيلية أو جنسية أي دولة معادية أو جنسية دولة ثالثة أن تعامله باعتباره من رعايا الدولة التي في خلاف حتى ولو كانت جميع الدلائل تشير إلى أنه أكثر صلة بالدولة الثالثة ذلك لأن للحرب منطقتها ويعامل الأعداء فيها استثناءا معاملة خاصة .

وعلي كل يمكن تشبيه مزدوج الجنسية بحالة أشخاص تحيروا خلال الحرب في الوقوف بين دولتين عدويتين ينتمون إلى إحداها بالميلاد و إلى الأخرى بالإقامة فكان من قدرهم أن عوملوا كأعداء من إحدى الدولتين أولا وعندما أسعدهم الحظ بالهرب منها للأخرى عوملوا أيضا كأعداء في الدولة الأخرى.

النتائج :-

1 - تنوع الأسس التي تبني عليها الجنسية واختلاف صياغة أحكامها يؤديان في كثير من الأحيان إلى تراكم أكثر من جنسية واحدة لدى شخص واحد ، دول تأخذ بحق الدم وتفرض جنسيتها علي كل من يولد من أبنائها ، ودول تأخذ بحق الإقليم وتفرض جنسيتها علي كل من يولد في إقليمها ، إذن اختلاف الأساس هو السبب في أن تثبت للمولود جنسية الدولتين في أن واحد وبالتالي ازدواج جنسية المولود ، وهذا ما نعني به ازدواج الجنسية المعاصر للميلاد .

2- ازدواج الجنسيات في شخص ما في وقت لاحق للميلاد ويتحقق هذا في كل من التجنس والزواج والضم والانفصال .

3- تحول صعوبات مادية ومعنوية دون الوفاء بواجبات والتزامات مزدوجي الجنسية وطنية عديدة للدول التي يحمل جنسيتها وقد يستحيل عليهم أحيانا أداؤها ، فلا نتصور لمزدوج الجنسية تأدية واجب خدمة العلم والدفاع عن حياض الوطن في وقت المحن والحروب بين الدول التي ينتمي إليها ، بل هناك صعوبة حتى في وقت السلم عند مباشرته الحقوق العامة كحق الانتخاب أو الترشيح أو أداء الضريبة .

4 - ازدواج الجنسية يثير الفوضى والاضطراب في توزيع الأفراد دوليا ويؤدي إلي نزاعات بين الدول التي تتمسك كل منها بتبعية الشخص لأداء الخدمة العسكرية أو فيما يتعلق باستحقاق التركة أو الحماية الدبلوماسية .

5- هناك فرق بين مصطلحي تنازع الجنسيات وتنازع القوانين رغما أن هناك حالات علاقة تجمع بينهما وهو ما أوضحناه في متن البحث .

- 6- تنازع الجنسيات فيه شقين ، الأول هو تنازع الجنسيات الايجابي أي تعددها وهو ما يطلق عليه ازدواج الجنسية ، والشق الآخر هو تنازع الجنسيات السلبي والتي تعني حالة انعدام الجنسية للشخص .
- 7- أن تشريعات الدول لم تصل بعد إلى القضاء علي ظاهرة ازدواج الجنسية وواقع الحال ينطق بوجود هذه الظاهرة وقد تصدي لها الفقه والقضاء الدولي والداخلي لمعالجة المشاكل الناجمة عنه .
- 8- الأخذ بفكرة الجنسية الفعلية أو الجنسية الواقعية في حالة تنازع الجنسيات ورغم وجاهته إلا أن الأخذ به يواجهه صعوبة في حالة الحروب .
- التوصيات :-

- 1 - نوصي بمحاربة ظاهرة ازدواج الجنسية بكل السبل ، إما بالتنسيق والتعاون بين الدول بصورة مجتمعة أو بالوسائل الدولية المختلفة من مؤتمرات دولية ودبلوماسية أو باتفاقات وجهود علمية عالمية ، أو بالوسائل الوطنية وذلك بما تبذله كل دولة وبصورة منفردة وفي تشريعاتها الداخلية لتفدي ظاهرة ازدواج الجنسية .
- 2- نوصي بتعليق اكتساب الجنسية لدولة معين علي عدم التمتع بجنسية أخرى وكذا إفقاد الجنسية لدولة معينة باكتساب جنسية دولة أجنبية . وكذا نوصي بزوال جنسية المرأة المتزوجة من أجنبي بدخولها في جنسية زوجها ، فضلا عن تسهيل حق التخلي عن جنسية الدولة المعنية وإقراره في التشريعات .
- 3- أهم مشكلة تواجه الفقه والقضاء بالنسبة إلى ازدواج الجنسية هي مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق علي العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي فيما اصطلح له بتنازع القوانين .
- 4- نوصي عند ازدواج الجنسية في شخص ، فعلي من رفع الأمر أمامه أن يأخذ بالجنسية الفعلية لتعيين مركز من ازدوجت جنسياته وذلك سواء بتديد القانون الواجب التطبيق أو بتعيين حقوقه والتزاماته .
- 5- نوصي بعدم الأخذ بجنسية حق الإقليم والاكتفاء بجنسية حق الدم خاصة وأنهما يثبتان في الفرد في مياد واحد باستثناء حالات مثل فاقد الأبوين وأطفال الشوارع .
- 6- في حالة الضم أو الانفصال نوصي أن تنص تشريعات الدول علي فترة محددة يخير فيها الشخص في الجنسية التي يختارها وإلا تسقط عنه الجنسية بمضي هذه المدة .

المراجع والمصادر:

- 1 - القرآن الكريم
- 2 - د. أحمد سالم ، القانون الدولي الخاص ، دار الفكر العربي، القاهرة، 2003 م .
- 3 - د ادمون نعيم ، القانون الدولي الخاص ، بيروت ، دار الفكر العربي 2007 م .

- 4- د. حسن الهداوي - ازدواج الجنسية ، مطبعة الأديب، دار النهضة، 2010م .
- دخول الأجنبية في جنسية زوجها العربي ، مجلة القضاء ، العددان 1،2 ، بغداد ، 1980م .
- 5- د. جابر جاد عبد الرحمن _ القانون الدولي الخاص ، 2009م .
_ مجموعة قوانين الجنسية في الدول العربية ، 1999م .
- 6- د. فاضل زكي ، الدبلوماسية بين النظرية والتطبيق، دار النشر، القاهرة ، 1998م .
- 7- د. فؤاد عبد المنعم رياض، مبادئ القانون الدولي الخاص ، بيروت ، 2004م .
- 8- د. ماجد الحلوان، القانون الدولي الخاص، دار صادر، بيروت، 2002م .
- 9- د. محمد عزيز شكري، تنازع القوانين، دار الفكر، القاهرة، 2006م .
- 10- د. محمد كمال فهمي ، تنازع الجنسيات الايجابية ، الإسكندرية ، 2002م .
- 11- د. عزالدين عبد الله ، القانون الدولي الخاص ، دار النشر ، 2015م .
- 12- د. سامية راشد، الوجيز في القانون الدولي الخاص ، دار الشروق ، القاهرة 2003م .
- 13- د. شمس الدين الوكيل، ازدواج الجنسية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010م .

أساليب ضمان نجاعة الطلبات في ظل تنظيم الصفقات العمومية الجديد بالجزائر " بين استحداث الإجراءات المكيفة وتحيين إجراءات الصفقة "

يوسفي معمر - طالب دكتوراه

عضو مخبر القانون الدولي للتنمية المستدامة

كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة مستغانم / الجزائر

Résumé :

L'Algérie est parmi les pays qui comptent beaucoup sur la politique des dépenses publiques et ce pour le bien d'exécution des programmes de développement , et a cette effet , elle accorde une attention très particulière aux législations qui régissant le fonctionnement des fonds public, et peut-être l'un des lois les plus importantes dans ce contexte, on trouve le code des marché public, qui est devenu connu par trop de modifications et notamment au cours des dernières années, où il a été plus récemment constaté l'émission du décret présidentiel n ° 15-247 portant réglementation des marchés publics et des délégations de service public , qui porte une nouvelle vision basée sur la protection des gains précédents , et d'assurer l'efficacité de la commande publique , Par conséquent, cette étude vise à répondre aux nouvelles procédures qui concerne le mode de passation au marché publics , la première étape obtenir les offres .

الملخص:

تعد الجزائر من بين الدول التي تعتمد على سياسة الإنفاق العمومي بشكل كبير، وهذا في سبيل تجسيد برامجها التنموية، لذلك فهي تعطي اهتماما خاصا للتشريعات التي تحكم تسيير واستغلال المال العام، ولعل من بين القوانين الهامة في هذا الإطار نجد تنظيم الصفقات العمومية، الذي أصبح يعرف العديد من التعديلات خاصة في السنوات الأخيرة، حيث كان آخرها صدور المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، و الذي جاء برؤية جديدة تقوم على حماية المكتسبات السابقة، وتعزز من إستراتيجية الموازنة بين حماية المال العام وكذا تحقيق أكبر قدر من النجاعة في الاستجابة للطلبات العمومية، وعليه تهدف هذه الدراسة إلى التطرق إلى جديد هذه الإجراءات فيما يخص كيفية الإبرام على اعتبار أنها أول وأهم مرحلة في استدراج العروض.

مقدمة:

تحتل الصفقات العمومية أهمية بالغة باعتبارها أداة هامة و إستراتيجية لتحقيق السياسات العامة للدول، و خصوصا تلك التي تعتمد بشكل كبير على سياسة الإنفاق الحكومي لتجسيد برامجها التنموية بغرض إشباع حاجات المواطنين، وذلك في صورة إنجاز المشاريع و البنى التحتية بمختلف أنواعها، سيما المرافق العامة كالمدراس، المستشفيات، الطرق... الخ، وبالتالي تظهر مكانة الصفقات العمومية بصورة واضحة بالنظر لارتباطها الوثيق بالخزينة العمومية، و ذلك لكونها وسيلة مباشرة لاستغلال و تسيير الأموال العمومية.

هذا ما أوجب على المشرعين ضرورة إخضاع هذه الصفقات لطرق خاصة، تتعلق أساسا بضبط كيفية إبرامها والرقابة عليها وفقا لإجراءات متنوعة و مرنة، بما يكفل ترشيد استهلاك النفقات العمومية لفائدة الصالح العام، وسدّ الفجوة أمام كل الممارسات الرامية إلى إهدار هذه الأموال دون جدوى.

وفي هذا الإطار فإنّ المشرع الجزائري وعلى غرار باقي المشرعين، فقد اعتمد على آلية الصفقات كأداة لتحقيق التنمية، وذلك منذ الاستقلال إلى يومنا هذا، فقد سائرت التعديلات التي طرأت على التنظيم الخاص بالصفقات في الجزائر مختلف المراحل التي عاشتها البلاد، بداية بالنهج الاشتراكي المتبع بعد الاستقلال المرتكز على فكرة تدخل الدولة في الاقتصاد، أين صدر المرسوم رقم 82-45 المؤرخ في 10-04-1982 المتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي، الذي كرس احتكار القطاع العمومي لمجال الصفقات، ثم التخلي عن هذا الخيار،

خصوصا بعد التطورات الاقتصادية التي عرفتها البلاد في مطلع التسعينات نتيجة تبني سياسة اقتصاد السوق كتوجه جديد¹.

ولهذا فقد عرف تنظيم الصفقات العمومية نتيجة التوجه الجديد للسياسة العامة للدولة عدة تطورات وتحولات إيجابية، وذلك من خلال التعديلات التي عرفها، ولعل أبرزها توسيع خيارات المصالح المتعاقدة في التعاقد، أين أصبحت مفتوحة أمام جميع المتعاملين الخواص الوطنيين والأجانب على حد سواء، وذلك بفتح باب المنافسة.

وتجدر الإشارة هنا، إلى أن الجزائر باعتبارها من الدول التي تعتمد على اقتصاد الربيع ممثلا في المحروقات كمورد أساسي، فإنها تنجز كل مخططاتها التنموية على أساس الإنفاق، وبالتالي فإن حاجتها لتنظيم صفقات محكم قد زادت، ولاسيما بالنظر للأموال الضخمة التي تم رصدها لتنفيذ المخططات التنموية الوطنية والمحلية المسطرة ضمن برنامج الإنعاش الاقتصادي، والممتدة من 2001-2004 ثم 2005-2009 وكذا البرامج الحالية، وعليه فهذه الزيادة المرتفعة في حجم الإنفاق الحكومي، جعلت المشرع الجزائري يخضع تنظيم الصفقات العمومية لعدة تعديلات بغية سد النقائص وحماية المال العام، فكان آخرها المرسوم الرئاسي 10-236 المؤرخ في 07-10-2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم، والذي ألغي بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16-09-2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وذلك ضمن رؤيا جديدة ونتيجة لظروف جديدة.

وعليه يكمن الهدف من هذه الدراسة في الإجابة عن فحوى الإجراءات الجديدة التي جاء بها التنظيم الجديد، ومدى مراعاة المكتسبات الرامية إلى مواصلة تعزيز حقوق المتعهدين للوصول إلى الطلبات العمومية وفقا للمبادئ العامة (الحرية، الشفافية والمساواة) من جهة، وكذا ضمان نجاعة الطلبات العمومية وحسن استعمال المال العام من جهة أخرى.

وعليه فالإشكالية التي سنحاول الإجابة عنها تدور حول: طبيعة الإجراءات التي استحدثها المشرع بموجب تنظيم الصفقات العمومية الجديد في سبيل خلق ديناميكية جديدة تراعي متطلبات الحفاظ على المكتسبات وتستهدف الوصول إلى ضمان نجاعة الطلبات؟

وبداية، نشير إلى أن مضمون هذه الدراسة يخص مرحلة استقطاب العروض (مرحلة الإبرام) بما فيها طرق و كفيات إبرام الصفقات، وكذا بيان مضمون الإجراءات المكيفة وفقا لما جاء به المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مع إجراء مقارنة بالمرسوم الرئاسي رقم 10-236³ الملغى، وهو ما سنحاول التطرق إليه عبر المحاور التالية:

¹ - بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير منشورة، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2008، ص 04.

³ - المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07-10-2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية رقم 58.

المحور الأول: ماهية الصفقة العمومية ومعايير اعتمادها

إن الصفقات العمومية باعتبارها كانت ولا تزال الأداة الرئيسية التي اعتمدها المشرع الجزائري في تسيير النفقات العمومية منذ الاستقلال إلى يومنا هذا ، فقد استوجبت الظروف خضوع القوانين التي تنظمها إلى عدة تعديلات كنتيجة للظروف الاقتصادية و السياسية التي عرفتها البلاد ، و عليه سنحاول التطرق إلى أهم التعريفات التي وضعها المشرع للصفقات العمومية ، ثم بيان خصائصها و أنواعها على ضوء القانون الجديد ، وصولا إلى المعايير المعتمدة في تمييزها.

أولا: تعريف الصفقة العمومية

على خلاف القاعدة التي تقتضي تخلي المشرع عن مهمة إعطاء التعريفات¹، فإن المشرع الجزائري قد تطرق إلى إعطاء تعريفات للصفقات العمومية عبر مختلف القوانين الصادرة منذ الاستقلال إلى يومنا هذا ، و نذكر في هذا الإطار أهمها:

1 - قانون الصفقات الصادر بموجب الأمر 67-90 ، حيث أشار في مادته الأولى على أن "الصفقات العمومية هي عقود خطية تجريها الدولة و المحافظات و البلديات و المؤسسات و الدواوين العامة وفق الشروط المنصوص عليها في هذا القانون و ذلك بهدف تحقيق أشغال أو توريد أو خدمات"²، و هو ما يعني حصر صفة المتعاملين في الصفقات في القطاع العمومي ، و هي ميزة المرحلة الاشتراكية ، و هو ما أكدده المشرع من خلال التعريف الوارد في المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 10-04-1982 المتعلق بالصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي.

2- المرسوم التنفيذي المتضمن تنظيم الصفقات العمومية لسنة 1991³ (مرحلة الانفتاح على اقتصاد السوق)

حيث عرف المشرع الصفقة العمومية بموجب المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 09-11-1991 كما يلي: " الصفقات العمومية عقود مكتوبة حسب التشريع الساري على العقود المبرمة وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم ، قصد إنجاز الأشغال و اقتناء المواد و الخدمات لحساب المصلحة المتعاقدة " ، و هو نفس التعريف الذي وضعه المشرع من خلال المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24-07-2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية⁴ المعدل و المتمم، مع إضافة صفقة الدراسات.

¹ و قد تناول الفقه تعريف العقد الإداري على أنه " العقد الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون العام ، بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره و تظهر نيته في الأخذ بأسلوب العام و ذلك بتضمين العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص " و هو ما يعني أن تعريف الفقه ينطبق على تعريف الصفقة ، أنظر عمار بوضياف ، الصفقات العمومية في الجزائر (دراسة تشريعية قضائية فقهية)، الطبعة الأولى ، جسور للنشر و التوزيع ، المحمدية ، الجزائر ، 2007 ، ص 32 .

² - عمار بوضياف ، المرجع السابق ، ص 35 .

³ - المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 09-11-1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية رقم 57.

⁴ - المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24-07-2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية رقم 52.

3- المرسوم الرئاسي 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم ، وهو آخر تعديل قبل المرسوم الحالي ، وقد عرف بدوره الصفقات العمومية في مادته الرابعة حيث نص على أن " الصفقات العمومية هي عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به ، تبرم وفق الشّروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال ، واقتناء اللوازم و الخدمات و الدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة "

4- المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ 16-09-2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام¹ ، حيث عرف الصفقات العمومية في مادته الثانية كما يلي " الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به ، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم ، لتلبية حاجات المصالح المتعاقدة في مجال الأشغال و اللوازم و الخدمات و الدراسات " و من خلال هذا التعريف يظهر جلياً بأن المشرع الجزائري تبني نفس النهج ، و ذلك بالاعتماد على قدرة المتعاملين الاقتصاديين للمشاركة في تلبية الحاجات العامة و ذلك عبر فتح أبواب المنافسة .

ثانيا : خصائص الصّفقة العمومية

تتميز الصّفقة العمومية بعدة خصائص تميزها عن غيرها من العقود الإدارية و هي كالآتي² :

1- أن يكون أحد أطراف العقد إدارة عمومية ، و هو ما يعرف بالمعيار العضوي ، و رغم الانتقاد الموجه لهذا المعيار على اعتبار أن ليس كل العقود التي تبرمها الإدارة هي عقود إدارية ، فقد تبرم الإدارة عقود تخضع للقانون الخاص ، إلا أنه بالمقابل فإن كل العقود الإدارية تستوجب أن يكون أحد أطرافها إدارة عمومية ، و هو ما كرسه المشرع الجزائري في تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام من خلال نص المادة 06 منه .

2- اعتماد الصّفقة على أساليب و بنود غير مألوفة في القانون الخاص ، و هو ما يميز الصّفقة العمومية ، باعتبار أنها تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة ، والتي تقتضي وضع قواعد خاصة تظهر في صورة الإجراءات المبينة في دفتر الشروط .

3- ارتباط العقد بتسيير و خدمة المرافق العمومية ، و هو ما يعني أن العقد الإداري له ارتباط وثيق بنشاط المرفق العام الذي يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة³ .

4- اشتراط عنصر الكتابة في الصّفقة ، و التي تعد شرطا أساسيا لانعقادها ، و بالتالي فغياب عنصر الكتابة عنها يجعلها غير موجودة أساسا ، فهي بخلاف بعض العقود الأخرى لا يكفي الإقرار أو اليمين لإثبات وجودها ، و قد نصت المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236⁴ على ذلك ، أي أن الصّفقة هي عقد كتابي ، و هو ما

¹ - المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16-09-2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ، الجريدة الرسمية العدد 50.

² - مانع عبد الحفيظ ، طرق إبرام الصفقات العمومية و كيفية الرقابة عليها في ظل القانون الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام كلية الحقوق ، جامعة أبي بكر بلقايد ، 2008 ، ص 18-33 .

³ - بن شعبان علي ، أثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري ، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون العام ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة منتوري ، قسنطينة ، 2012 ، ص 06 .

⁴ - خرشي التوي ، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية ، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2011 ، ص 121.

أكده المشرع أيضا من خلال ما تضمنته المادة 02 من المرسوم الرئاسي الجديد رقم 15-247 و التي نصت على ما يلي : " الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به ،.....".

ثالثا : أنواع الصفقات العمومية

لقد نصت المادة 29 من المرسوم الرئاسي الجديد على أنواع الصفقات العمومية بحيث أنها تشمل إحدى العمليات الآتية أو أكثر و هي :

- إنجاز الأشغال
- اقتناء اللوازم
- إنجاز الدراسات
- تقديم الخدمات

و نتناول فيما يلي التعريفات التي أوردها المشرع لكل نوع :

1- صفقة إنجاز الأشغال : و هي الصفقة التي تهدف إلى إنجاز منشأة أو أشغال بناء أو هندسة مدنية من طرف مقاول ، في ظل احترام الحاجات التي تحددها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع ، و تعتبر المنشأة مجموعة من أشغال البناء أو الهندسة المدنية التي تستوفي نتيجتها وظيفة اقتصادية أو تقنية . في حين تشمل الصفقة العمومية للأشغال بناء أو تجديد أو صيانة أو تأهيل أو تهيئة أو ترميم أو إصلاح أو تدعيم أو هدم منشأة أو جزء منها ، بما في ذلك التجهيزات المرتبطة بها الضرورية لاستغلالها ، و مثال صفقات الأشغال صفقات إنجاز المدارس ، السكناتالخ.

و نستخلص من هذا التعريف أن المشرع قد توسع في مفهوم صفقة الأشغال مقارنة بالتعريف الذي تضمنه المرسوم السابق.

2- صفقة اقتناء اللوازم : و هي الصفقة التي تهدف إلى اقتناء أو إيجار أو بيع بالإيجار ، بخيار الشراء أو بدون خيار الشراء ، من طرف المصلحة المتعاقدة ، لعناد أو مواد ، مهما كان شكلها ، موجّهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورد ، و مثالها صفقة اقتناء عتاد طبي لفائدة المؤسسات الاستشفائية ، مع الإشارة إلى الحالات التي تتداخل فيها عملية اقتناء اللوازم مع خدمات الوضع و التنصيب ، فإن معيار الفصل في طبيعة الصفقة هو القيمة المالية .

3- صفقة إنجاز الدراسات : و هي الصفقة التي تهدف لإنجاز خدمات فكرية ، و تشمل مهمات المراقبة التقنية أو الجيو تقنية و الإشراف على إنجاز الأشغال و مساعدة صاحب المشروع ، في حالة إبرام صفقة أشغال ، و مثالها إنجاز دراسة خاصة بإنجاز مستشفى و كذا المتابعة التقنية للمشروع.

4- صفة تقديم الخدمات: حيث تهدف الصفة العمومية للخدمات المبرمة مع متعهد خدمات إلى إنجاز تقديم الخدمات، و هي صفة عمومية تختلف عن صفقات الأشغال أو اللوازم أو الدراسات، و مثالها تقديم خدمات الربط بالماء الصالح للشرب، أو الكهرباء و الغاز.

رابعا : معايير تمييز الصفقات العمومية

زيادة على المعيار العضوي و المعيار الموضوعي الذين يعتمدان في تحديد و تمييز الصفقات العمومية عن غيرها من العقود الإدارية ، فإن المشرع الجزائري يعتمد معيار آخر في تحديد الصفة العمومية ، و هو معيار السقف المالي¹ المحدد، والذي يتم تحيينه بصفة دورية وفقا لنسب التضخم المسجلة ، وهو ما اعتمده المشرع الجزائري من خلال تنظيم الصفقات العمومية الجديد مقارنة بالمرسوم الرئاسي الملغى، و سنبين هذا التعديل وفق الجدول الآتي :

الإجراءات المتبعة	اعتماد سند الطلبية	اعتماد إجراءات الاستشارة	اعتماد إجراءات الصفة
طبقا لنص المادة 06 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236	1- السقف المالي يساوي أو يقل عن 500.000.00 دج بالنسبة لإنجاز الأشغال أو اقتناء اللوازم . 2- السقف المالي يساوي 200.000.00 دج أو يقل بالنسبة لإنجاز الخدمات أو الدراسات .	1- السقف المالي يفوق 500.000.00 دج ويقل عن أو يساوي مبلغ 8.000.000.00 دج بالنسبة لإنجاز الأشغال أو اقتناء اللوازم . 2- السقف المالي يفوق 200.000.00 دج و يقل عن أو يساوي مبلغ 4.000.000.00 دج بالنسبة لإنجاز الخدمات أو الدراسات .	المبلغ المالي يفوق مبلغ 4.000.000.00 دج بالنسبة للخدمات و الدراسات .
طبقا لنص المادة 13 من المرسوم الرئاسي الجديد تحت رقم 15-247	1- السقف المالي يساوي أو أقل عن 1.000.000.00 دج بالنسبة لإنجاز الأشغال أو اقتناء اللوازم . 2- السقف المالي يساوي 500.000.00 دج أو يقل بالنسبة لإنجاز الخدمات أو الدراسات .	1- السقف المالي يفوق 1.000.000.00 دج و يقل عن أو يساوي مبلغ 12.000.000.00 دج بالنسبة لإنجاز الأشغال أو اقتناء اللوازم . 2- السقف المالي يفوق 500.000.00 دج و يقل عن أو يساوي مبلغ 6.000.000.00 دج بالنسبة لإنجاز الخدمات أو الدراسات . ملاحظة : الإجراءات المتبعة في هذه الحالة هي الإجراءات المكيفة .	المبلغ المالي يفوق مبلغ 6.000.000.00 دج بالنسبة للخدمات و الدراسات .

المصدر: من إعداد الباحث اعتمادا على التعديلات الجديدة

¹ - فتية حابي ، النظام القانوني لإنجاز صفة الأشغال العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل و المتمم ، مذكرة لنيل ماجستير في القانون العام ، فرع قانون الإجراءات الإدارية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2013 ، ص 38 .

- من خلال هذا الجدول يتبين لنا أن المشرع الجزائري قد سعى من خلال التنظيم الجديد إلى محاولة سد النقائص المسجلة سابقا ، بما فيها تلك التي تمس الجانب المالي للصفقة ، حيث أنه و نتيجة لارتفاع نسبة التضخم ، قام المشرع برفع السقف المالي للصفقات إلى أكثر من 12.000.000.00 دج بالنسبة لخدمات الأشغال و اللوازم بعدما كان المبلغ المالي يتجاوز 8.000.000.00 دج ، و إلى أكثر من 6.000.000.00 دج بالنسبة للخدمات و الدراسات بعدما كان السقف المالي يتجاوز 4.000.000.00 دج ، كذلك و في نفس السياق ، قام المشرع برفع سقف سند الطلبية إلى 1.000.000.00 دج و ذلك بغرض تسهيل مهمة المصلحة المتعاقدة في تلبية حاجاتها دون حتمية اللجوء للاستشارة و ما تتطلبه من وقت ، و عليه فنتيجة لرفع السقف المالي للصفقات ، فقد استحدث المشرع ما يعرف بالإجراءات المكيفة طبقا للمادة 13 و هذا ضمانا لعدم التلاعب بالأموال العمومية ، باعتبار أن العقود المبرمة بمبالغ مالية تقل عن تلك المذكورة أعلاه معفاة من حتمية الإشهار الصحي كما أنها خارج رقابة اللجان المكلفة بالرقابة ، و هو ما استدعى ضرورة إحاطتها بإجراءات خاصة ، تناولها المشرع تحت تسمية الإجراءات المكيفة ، و هو ما سنتطرق إليه في المحور الثاني .

المحور الثاني : تلبية الحاجات تبعا للإجراءات المكيفة (القيمة المالية التقديرية للحاجات لا تتجاوز مبلغ الصفقة)

وقد تناول المشرع الجزائري الإجراءات المكيفة في القسم الفرعي الثاني من الباب الأول ، و ذلك في المواد من 13 إلى المادة 22 من المرسوم الرئاسي الجديد ، و يعود سبب استحداث هذا النوع من الإجراءات بغية ترشيد استعمال الأموال الضخمة التي يتم صرفها من قبل المصالح المتعاقدة و التي لا يتوجب عليها التقييد بإجراءات الصفقة ، و هو ما سبق بيانه من خلال الجدول المبين أعلاه ، و عليه سعى المشرع إلى وضع منهجية خاصة ، تكفل تحقيق نجاعة الطلبات و حسن استعمال المال العام و ذلك في إطار التقييد بالمبادئ العامة التي تقوم عليها الصفقات العمومية¹ و ذلك من خلال :

1- التزام المصلحة المتعاقدة بإجراء الاستشارة وفق إجراءات محددة ، و هو ما نصت عليه المادة 13 فقرة 02 بأن تعد المصلحة المتعاقدة بكل حرية الإجراءات الداخلية التي ستعتمدها لإبرام الطلبات ، غير أنها إذا اختارت أن تتبع إحدى الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في هذا المرسوم ، فعليها مواصلة إبرام الطلب بنفس هذا الإجراء ، على أن تكون هذه الإجراءات المتبعة محل رقابة و هو ما أكدته المادة 19 ، والتي نصت على أنه يجب على المصلحة المتعاقدة إرفاق الالتزام بالتفقة بتقرير تقديمي² مفصل يبرر فيه الاستشارة و كيفية اختيار المتعامل الاقتصادي الذي رست عليه الاستشارة ، على أن يتم تقديم هذا التقرير التقديمي وجوبا إلى مصالح المراقبة المالية لاستيفاء التأشيرة .

¹ - مانع عبد الحفيظ ، المرجع سابق ، ص 10 .

² - نموذج التقرير التقديمي صادر عن وزارة المالية ، و يحتوي بالتفصيل على ظروف إجراء الاستشارة و كذا طريقة اختيار المتعامل المتعاقد.

2- وجوب تقييد المصلحة المتعاقدة طبقاً للمادة 14 فقرة 02 باحترام مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات المنصوص عليها في المادة 5 من هذا المرسوم ، وفي هذا الإطار تلتزم المصلحة المتعاقدة عند إعلان الاستشارة بما يلي :

- تمكين المتعهدين من الحق في الوصول إلى الطلبات العمومية.

- تقديم التسهيلات الكافية و على قدم المساواة لكل المتعهدين للحصول على دفتر الشروط الخاص بالاستشارة.

- يجب على المصلحة المتعاقدة تعيين الحاجات بكل وضوح (أي أن تكون واضحة، و عدم وجود الضبابية)

- اختيار طريقة الإبرام و شروط التعهد ، يجب أن تكون متوافقة مع طبيعة المشروع، كما يمنع أيضا على المصلحة المتعاقدة اللجوء إلى فرض أية شروط تعجيزية .

- شروط الاختيار يجب أن لا توجه للاختيار متعامل محدد بذاته ، كاختيار متعامل صاحب علامة تجارية معينة .

- آجال تحضير العروض يجب أن تكون كافية بالقدر الذي يسمح للمتعهدين بتحضير عروضهم.

- المواعيد الخاصة بفتح العروض يجب أن تكون واضحة، و ذلك بتحديد كل من اليوم، الساعة و مكان فتح العروض، و ذلك بغية تمكين المتعهدين من إمكانية حضور جلسة فتح العروض ضمانا للشفافية.

- وجوب الاحترام المطلق للشروط الواردة في دفتر الشروط باعتباره ورقة الطريق.

3- يجب على المصالح المتعاقدة التّقييد بضمان توفير ظروف الدعوة إلى المنافسة ، و هو ما أشار إليه المشرع في نص المادة 14 فقرة 01 " يجب أن تكون الحاجات المذكورة أعلاه محل إشهار ملاءم و استشارة متعاملين اقتصاديين مؤهلين كتابيا ، لانتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية "

و منه نستخلص أن المشرع استبدل غياب إلزامية الإشهار الصّحفي عند تطبيق الإجراءات المكيفة، بالدّعوة إلى ضمان الإشهار اللازم الذي تقع مسؤوليته على عاتق المصالح المتعاقدة ، و هذا لمنعها من التلاعب بالأموال العامة و ذلك من خلال وجوب :

أ- أن تكون الحاجات المراد تلبيتها محل إشهار ملاءم: و هنا يمكن الإشارة إلى وجود حالة غموض، فما المقصود بالإشهار الملاءم ؟ ، و من هنا يمكن القول بأنه على المصالح المتعاقدة استنفاد كل طرق الإشهار ، بما فيها التعليق على اللوحات الإشهارية لدى المؤسسات و الإدارات العمومية حتى تتاح الفرصة لأكثر عدد من المتعهدين للإطلاع عليها ، و في حالة ما إذا كانت قيمة المبالغ المالية للحاجات كبيرة كأن تتجاوز مثلا مبلغ 8.000.000.00 دج و هو المبلغ السابق للصفحة في ظل القانون القديم ،

فيمكن للمصلحة المتعاقدة الاستعانة بالإشهار الصحفي ، كنشر الإعلان في صحيفة وطنية واحدة على الأقل ، و ذلك على اعتبار أن الإجراءات المكيفة هي من اختيار المصالح المتعاقدة وتتم تحت مسؤوليتها.

ب- أن تتم استشارة متعاملين اقتصاديين مؤهلين: وهو ما يعني أنه على المصلحة المتعاقدة السعي إلى استشارة المتعاملين المتخصصين في ميدان الاستشارة و ذلك بكل الطرق المساعدة لذلك.

ج- يجب أن يتم إجراء الاستشارة كتابة ، وهو ما يعني أن المصالح المتعاقدة ملزمة بإرسال دعوات استشارة للمتعاملين الاقتصاديين كتابة، و بالتالي يجب على المصلحة المتعاقدة مسك سجل خاص بذلك ، تسجل فيه كل الدّعوات الكتابية ، و يقدم عند كل رقابة .

4- الشكلية المطلوبة ، حيث نصّت المادة 20 على أن تكون الطلبات المبرمة طبقا للإجراءات المكيفة ، محل سندات طلب أو في حالة الضرورة عقود تحدد حقوق الأطراف وواجباتهم ، مع ضرورة إبرام عقد في كل الحالات عندما يتعلق الأمر بخدمات الدراسات و هذا لأهميتها.

5- تمكين المشرّع المصلحة المتعاقدة من تلبية بعض الطّلبات دون الحاجة إلى الشكلية ، وهو ما نصّت عليه المادة 21 من المرسوم الحالي، و ذلك عن طريق سند الطلبية، و هذا بعد رفع السّقف المالي لإجراء الاستشارة كما سبق بيانه في الجدول أعلاه حيث نصت المادة على ما يلي : " لا تكون محل استشارة وجوبا الطلبات التي تقل مجموع مبالغها حسب طبيعتها، أشغالا أو لوازم أو دراسات.....، و تحسب هذه الطلبات بالرجوع لكل ميزانية على حدة¹ " ، وهو تسهيل منحه المشرّع للمصلحة المتعاقدة لتلبية بعض الحاجات (كالأدوات المكتبية مثلا) دون حتمية اللجوء لإجراء الاستشارة و هذا وفق المبالغ المحددة أعلاه ، غير أن الإشكال الذي يثار في هذا الإطار يخص مجال تطبيق هذا الإجراء ، و كذا الغموض الذي يخص عبارة " تحسب هذه الطلبات بالرجوع لكل ميزانية على حدة " و مجال تطبيقها على ميزانية الولاية مثلا.

6- على المصلحة المتعاقدة الحرص على اختيار أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية في كل الحالات ، حتى عند استخدام سند الطلبية، كما يلزم المشرّع المصلحة المتعاقدة أن تفتح باب الوصول إلى الطلبات أمام كل المتعاملين ، و هو ما نصت عليه الفقرة 02 من المادة 21 "....يجب على المصلحة المتعاقدة أن لا تلجأ لنفس المتعامل الاقتصادي ، عندما يمكن تلبية تلك الخدمات من طرف متعاملين اقتصاديين آخرين ، إلا في الحالات الاستثنائية المبررة كما ينبغي .

7- إلزام المشرّع المصلحة المتعاقدة باستنفاد كل الطرق القانونية التي تمكنها من فتح مجال المنافسة أمام كل المتعهدين و المتعاملين ، و ذلك بالتّقييد الجدي بالمبادئ العامة التي تقوم عليها الصّفقات العمومية، و ذلك حتى فيما يخص حالات التّصريح بعدم الجدوى. (المادة 14 فقرة 03)

¹ - المادة 02 الفقرة 01 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

المحور الثالث : تلبية الحاجات وفقا لإجراءات الصفقة (الصفقة)

إنّ المشرع وبالرجوع إلى أحكام المرسوم الرئاسي الجديد 15-247 ، نجده أنه زيادة على إجراءات تعييننا للمبالغ المالية الخاصة بالصفقات العمومية ، فإن التعديل قد مس أيضا طرق و كفاءات إبرام الصفقات العمومية، و عليه سنحاول التطرق باختصار إلى أهم التعديلات التي مست مرحلة الإبرام كما يلي :

أولا : كفاءات الإبرام

وبالرجوع إلى أحكام المرسوم الرئاسي 15-247 ، فإن المشرع أبقى على نفس الصيغ في إبرام الصفقات ، مع تغيير المشرع للمصطلح المناقصة بمصطلح طلب العروض ، و عليه تنص المادة 39 في هذا السياق على ما يلي " تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة ، أو وفق إجراء التراضي" و عليه يمكن التمييز بين نوعين من طرق الإبرام وهما¹ :

1- إجراء طلب العروض : و عرفته المادة 40 بأنه إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية ، استنادا إلى معايير اختيار موضوعية ، تعد قبل إطلاق الإجراء ، هذا و تشير المادة 42 إلى الأشكال التي يمكن أن يتم من خلالها إطلاق هذا الإجراء و هي :

أ- طلب العروض المفتوح حسب (المادة 43) هو " إجراء يمكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهدا " .
ب- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا (المادة 44) هو إجراء يسمح فيه لكل المرشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا قبل إطلاق الإجراء بتقديم تعهد، ولا يتم انتقاء قبلي للمرشحين من طرف المصلحة المتعاقدة.

وتخص الشروط المؤهلة القدرات التقنية والمالية و المهنية الضرورية لتنفيذ الصفقة، وتكون متناسبة مع طبيعة، وتعقيد و أهمية المشروع، ومثالها اشتراط المصلحة المتعاقدة شهادة التأهيل المهني درجة الثانية، نشاط رئيسي بناء لإنجاز مدرسة مثلا.

ج- طلب العروض المحدود (نص المادة 45) : و هو إجراء لاستشارة انتقائية ، يكون المرشحون الذين تم انتقاؤهم الأولي من قبل مدعويين وحدهم لتقديم تعهد . كما يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تحدد في دفتر الشروط العدد الأقصى للمرشحين الذين ستتم دعوتهم لتقديم تعهد، بعد انتقاء أولي، بخمسة (5) منهم.
وتنفذ المصلحة المتعاقدة الانتقاء الأولي لاختيار المرشحين لإجراء المنافسة عندما يتعلق الأمر بالدراسات أو بالعمليات المعقدة أو ذات الأهمية الخاصة، مع إمكانية اللجوء إلى طلب العروض المحدود إما على مرحلتين، أو مرحلة واحدة و ذلك بعد استلام العروض التقنية.

¹ - المواد من 39 إلى 50 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، مرجع سابق.

د- المسابقة (المادة 47): و هي إجراء يضع رجال الفن في منافسة لاختيار ، بعد رأي لجنة التحكيم المذكورة في المادة 48 أدناه ، مخطط أو مشروع مصمم استجابة لبرنامج أعدده صاحب المشروع ، قصد إنجاز عملية تشتمل على جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية خاصة، قبل منح الصفقة لأحد الفائزين بالمسابقة . وتضيف المادة (48) على إمكانية أن تكون المسابقة محدودة أو مفتوحة مع اشتراط قدرات دنيا.

2- إجراء التراضي البسيط:

وقد أشارت إليه المادة 49 من هذا المرسوم ، و إجراء التراضي هو إجراء يمكن المصلحة المتعاقدة من اختيار المتعامل معها دون الحاجة إلى إجراء طلب العروض، فهو استثناء على القاعدة العامة¹ ، و لذلك فقد بين المشرع الحالات التي يمكن فيها اللجوء إلى هذا الإجراء على سبيل الحصر ، و قد حددتها المادة 49 في ستة (6) حالات ، و تتميز هذه الحالات بعدم قابليتها للإجراء طلب العروض ، إما نظرا لطبيعتها أو الظروف المحيطة بها ، و مثالها ما نصت عليه الفقرة 1 من المادة المذكور أعلاه كما يلي : " عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل اقتصادي وحيد يحتل وضعية احتكارية ، أو لحماية حقوق حصريّة أو لاعتبارات تقنية أو لاعتبارات ثقافية و فنية "

كما أشار المشرع في نص المادة 50 على مجموعة من الإجراءات الواجب على المصلحة المتعاقدة احترامها عند اعتماد إجراء التراضي البسيط ، و هذا تأكيدا من المشرع على ضرورة توخي النجاعة في الطلبات العمومية و هذه الإجراءات هي :

- التأكد من قدرات المتعامل الاقتصادي كما هي مبينة في نص المادة 54 من هذا المرسوم .

- تحديد الحاجات في ظل احترام أحكام المادة 27 من هذا المرسوم .

- أن يتم اختيار المتعامل الاقتصادي الذي يقدم العرض الذي يحوز على المزايا الاقتصادية، كما هي محددة في المادة 72 من هذا المرسوم .

- تنظيم المفاوضات حسب الشّروط المنصوص عليها في هذا المرسوم ، على أن تؤسّس المفاوضات المتعلقة بالجانب المالي على أسعار مرجعية .

- كما أضاف المشرع في نص المادة 51 على الحالات التي يمكن للمصلحة المتعاقدة اعتماد إجراء التراضي

البسيط بشأنها، و قد وردت في (5) حالات على سبيل الحصر.

¹ - حيث يسمح إجراء التراضي البسيط و خلافا للقواعد العامة ، بإمكانية التفاوض مباشرة مع متعامل معين بذاته دون غيره ، و رغم ما يوفره هذا الإجراء من مزايا تتمثل في بساطة الإجراءات و كذا السرعة في تلبية الحاجات ربما للوقت ، إلا أن البعض يعتبر أن حصر عملية التفاوض في شخص واحد فقط دون غيره، يعد من أهم و أخطر العيوب التي تكتنف هذه الصيغة ، و هو ما يجعلها تصطدم مع الغاية المتوخاة من خلال ضبط إجراءات الصفقة و هي الحفاظ على المبادئ العامة ممثلة في الشفافية ، المساواة و العدالة بين المتعهدين ، و بالتالي فهذه المخاطر جعلت المشرع يمحصر إمكانية اللجوء لإجراءات التراضي البسيط ضمن حالات محددة ، للمزيد أنظر : خرشي النوي ، مرجع سابق ، ص 165 .

ثانيا: تأهيل المرشحين والمتعهدين

حيث بين المشرع من خلال نصوص المواد من 53 إلى 58 من هذا المرسوم مجموعة من الإجراءات التي يجب على المصلحة المتعاقدة إتباعها ، و ذلك حتى يكون اختيارها للمرشحين اختيارا صائبا و منها ما يلي :

- ضرورة التّأكد من قدرات المرشحين و المتعهدين التقنية و المهنية و المالية قبل القيام بعملية تقييم العروض التقنية.

- إمكانية لجوء المصلحة المتعاقدة إثناء مرحلة تقييم العروض إلى الاستعلام عن قدرات المتعهدين و ذلك بكل الطرق القانونية، حتى يكون اختيارها لهم اختيارا سديدا.

- في إطار إعطاء المشرع فرصة أكبر للمتعهدين و بغية فتح باب المنافسة، رخص المشرع للمتعهد الذي يتقدم بمفرده أو في إطار تجمع أن يعتد بقدرات مؤسسات أخرى عند تقديم تعهده، و لكن بشرط و جود علاقة قانونية بينهما.

- تكريس حق المؤسسات الصغيرة و المتوسطة في الوصول إلى الطلبات العمومية ، و ذلك من خلال إعفائها من شرط استيفاء بعض المعايير المطلوبة في تقييم العروض عادة ، و التي لطالما كانت سببا في إقصاء هذه المؤسسات و هذه الإعفاءات تخص تقديم المبلغ الأدنى لرقم الأعمال ، عدد الحصائل المالية و المراجع المهنية المماثلة.

ثالثا : إجراءات الإبرام

و قد أشار المشرع إلى الإجراءات الواجب إتباعها من طرف المصلحة المتعاقدة عند الشروع في إبرام الصفقة و ذلك في المواد التي تضمنها المرسوم الرئاسي الجديد، و عليه سنحاول التطرق إلى أهم هذه الإجراءات مع الإشارة إلى الأحكام التي استحدثها المشرع كما يلي:

- إلزامية لجوء المصلحة المتعاقدة إلى اختيار أكثر الشروط الملائمة و الخاصة بعملية اختيار كميّات إبرام الصّفقات، و ذلك تحت مسؤوليتها (المادة 59)

- إلزامية اللجوء إلى الإشهار الصحفي إذا تعلّق الأمر بإبرام صفقة ووفق الأشكال المبينة في المادة 61 و هي طلب العروض المفتوح، طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا، طلب العروض المحدود، المسابقة، مع إضافة حالة التراضي بعد الاستشارة عند الاقتضاء.

- وجوب احتواء إعلان طلب العروض على كافة البيانات الإلزامية المنصوص عليها في المادة (62)، و التي تسمح بالإطلاع على مضمون طلب العروض و محتواه بشكل واضح.

- يجب على المصلحة المتعاقدة تحرير طلب العروض باللغة العربية و بلغة أجنبية واحدة على الأقل ، على أن ينشر إجباريا في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي ، و على الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني ، على أن يتبع نفس الإجراء بمناسبة الإعلان عن المنح المؤقت و هذا لتمكين المتعهدين من حق الطعن (المادة 65) .

- خص المشرع في المادة 66 من هذا المرسوم مسألة تحضير العروض بإجراءات مفصلة تلزم المصلحة المتعاقدة باحترامها ، و هذا نظرا للدور الذي تلعبه الأجال في تحديد نتائج طلب العروض و اختيار المتعامل .
- أضاف المشرع تعديلا فيما يخص تشكيل الملف الخاص بطلب العروض مقارنة بما جرى به العمل في ظل المرسوم الرئاسي 10-236 ، حيث كان الملف يتكون من عرض تقني و عرض مالي ، أما فيما يخص المرسوم الرئاسي الجديد و لاسيما المادة 67 منه ، فإن الملف أصبح يتكون من ملف الترشح ، عرض مالي و عرض تقني .
- وعلى عكس ما كان معمولا به في ظل المرسوم الرئاسي 10-236 وذلك باعتماد لجننتين منفصلتين هما لجنة فتح الأظرفة ، ولجنة تقييم العروض ، فقد تبنى المشرع أسلوب جديد و هو دمج اللجنتين في لجنة واحدة تسمى لجنة فتح الأظرفة ، وتقييم العروض نصّت عليها أحكام المادة 160 من المرسوم الرئاسي 15-247 ، و يمكن القول أن المشرع قد أصاب في هذا الإجراء و ذلك لسببين : قلة الكفاءات التي تتوفر عليها المصالح المتعاقدة و هو ما يحول دون إمكانية تكوين لجننتين ، و كذا ربح الوقت و أكثر تدقيق في دراسة الملفات على اعتبار أن اللجنة المسؤولة على فتح الأظرفة هي نفسها القائمة على تقييم العروض .

- اعتمد المشرع معيارا جديدا للانتقاء و هو بلوغ " أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية " على عكس ما كان سابقا ، أين يتم الاختيار على أساس معيارين فقط دون تفصيل ، فإما أقل عرض أو أحسن عرض ، و هذا التعديل قد تضمنته بالتفصيل المادة 78 من هذا المرسوم .

- إضافة إلى هذه التعديلات يمكن الإشارة إلى التعديل الجوهري الذي أحدثه المشرع بموجب نص المادة 52 فقرة 7 ، و الخاصة بحالات عدم جدوى طلب العروض ، حيث أن المشرع أصبح يكتفي بالعرض الوحيد إذا كان متوافقا مع أحكام دفتر الشروط ، عكس ما كان معمولا به في ظل المرسوم الرئاسي 10-236 و الذي كان يستوجب اختيار المتعامل بعد تأهيل عرضين على الأقل ، و هو ما جعل المصالح المتعاقدة تلزم بإعادة الإجراء في حالة تأهيل عرض وحيد فقط ، و هو ما ينجر عنه حتمية تضييع الوقت و كذا الأموال الخاصة بالإشهار ، و عليه يمكن القول بأن هذا التعديل كان صائبا .

- ضمان حق المتعهدين في تقديم الطعون و هو ما نصت عليه المادة 82 .

- ضرورة التزام المصالح المتعاقدة بترقية الإنتاج الوطني و الأداة الوطنية للإنتاج و ذلك بمنحها هامش الأفضلية و غيرها من التحفيزات ، كما أكد المشرع ضرورة حرص المصالح المتعاقدة على تفعيل مشاركة المؤسسات الصغيرة و المتوسطة في إنجاز الطلبات العمومية و قد تم النص على هذه الإجراءات من خلال المواد 83-87 من هذا المرسوم .

خاتمة:

تبعاً للمتغيرات و التطورات الاقتصادية التي شهدتها بلادنا في السنوات الأخيرة ، فقد سعت السلطات العليا في البلاد إلى محاولة تبني سياسة جديدة تقوم على تنويع الاقتصاد بالاعتماد على القدرات و الموارد الذاتية و مرافقتها بسن النصوص التشريعية اللازمة لذلك ، و من بين تلك النصوص تنظيم الصفقات ، و الذي أقر العديد من التحفيزات من بينها دعم مساهمة الأداة الوطنية (المؤسسات الصغيرة و المتوسطة) في

حركة التّمنية، و ذلك برفع العراقيل التي كانت موجودة سابقا ، و التي كانت تحول دون إمكانية مشاركتها في الوصول إلى الطلبات العمومية، كذلك إدراج و لأول مرة إمكانية اعتماد تفويض المرفق العام من قبل الشخص المعنوي و هذا بهدف خلق حركية اقتصادية و توفير موارد مالية محلية ، و كل هذه الأهداف و أخرى تم تبنيها من خلال المرسوم الرئاسي الجديد 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام ، و هذا على اعتباره أداة فعالة في دفع عجلة التنمية الوطنية .

و في نفس السّياق، وبعدها التعرض من خلال هذه الدراسة الموجزة إلى أهم التعديلات التي مست مرحلة الإبرام في الصفقة ، يمكن القول إجمالاً أن المشرع سعى فعلاً إلى خلق ديناميكية جديدة تقوم على منح المصالح المتعاقدة قدراً مقبولاً من الحرية من خلال اعتماده على سياسة تخفيف الإجراءات من جهة ، و من جهة أخرى تحميل تلك المصالح قدراً من المسؤولية في سبيل دعم الاتجاه الرامي إلى تحقيق النّجاعة في الطلبات العمومية و الاستعمال الحسن للمال العام ، و لا شك أن كل ذلك سيزيد من وتيرة التنمية الوطنية .

و من خلال هذه الدّراسة يمكن تقديم بعض التوصيات التي نراها مهمّة لتفعيل أحكام هذا المرسوم منه:

-وجوب إزالة بعض الغموض الذي يكتنف بعض المواد ، و هو ما يمكن أن يحول دون إمكانية التطبيق الحسن لأحكام هذا المرسوم ، و في هذا الإطار نخص بالذكر طلب توضيح كيفية تطبيق إجراء طلب العروض المحدود المنصوص عليه في المادة 45 من هذا المرسوم.

-توحيد التفسير الخاص بالمواد القانونية و كفاءات تطبيقها من قبل المتعاملين في المجال و خاصة المصالح المتعاقدة ، مصالح المراقبة المالية و مصالح الخزينة العمومية ، على اعتبار أن الاختلاف في فهم و تفسير النصوص كثيراً ما يحول دون التّطبيق الحسن لأحكام هذا المرسوم .

-ضرورة تفعيل مشاركة المؤسسات الصغيرة و المتوسطة في الوصول إلى الطلبات العمومية و تلبية الحاجات العمومية ، و ذلك بإضافة بند يقضي بإلزام المصالح المتعاقدة على تقديم حصيلة دورية.

-يجب على المصالح المتعاقدة تفعيل الأحكام التي استحدثها المشرّع و الخاصة بضرورة استفادة الموظفين و الأعراف المكلّفين بتنفيذ الصفقات بدورات تكوينية و تحسين المستوى ، و ذلك على اعتبار أن تكوين العنصر البشري هو الضمان لنجاح أي إستراتيجية تنموية.

المراجع:

أولاً: الكتب

1- عمار بوضيف ، الصفقات العمومية في الجزائر (دراسة تشريعية قضائية فقهية)، الطبعة الأولى ، جسر للنشر و التوزيع ، المحمدية ، الجزائر ، 2007 .

2- خرشي النوي ، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية ، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2011 .

ثانيا : الرسائل والأطروحات

1-بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، فرع قانون الدولة و المؤسسات العمومية، مذكرة ماجستير منشورة، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2008.

2- مانع عبد الحفيظ ، طرق إبرام الصفقات العمومية و كيفية الرقابة عليها في ظل القانون الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ،كلية الحقوق ، جامعة أبي بكر بلقايد ، 2008 .

3- بن شعبان علي ، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري ، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون العام ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة منتوري ، قسنطينة .

4- فتيحة حابي ، النظام القانوني لإنجاز صفقة الأشغال العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل و المتمم ، مذكرة لنيل ماجستير في القانون العام ، فرع قانون الإجراءات الإدارية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2013 .

ثالثا : المراسيم والقوانين

1- المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 09-11-1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية رقم 57.

2- المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24-07-2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية رقم 52.

3- المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07-10-2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية رقم 58.

4- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16-09-2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية العدد 50.

الإبادة الثقافية في القانون الدولي العام: دراسة في القضاء الدولي

Cultural Genocide in Public International Law/study the international jurisdiction

الدكتور عامر غسان فاخوري، أستاذ القانون الدولي العام المشارك

كلية القانون- الجامعة الأمريكية في الإمارات¹

Abstract

Many cultural minorities around the world are exposed to different types of deliberate attacks, which makes them vulnerable to genocide and, by contrast, we do find that the current legal arsenal to protect them lacks the element of prevention and repression. The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (CPPCG) which was adopted by the United Nations General Assembly on 9 December 1948, faces a lot of criticisms as it did not cover all categories of potential genocide such as cultural genocide. It did not recognize Cultural genocide as an act of trespass falls within its framework. Ensuring cultural rights of minorities starts from criminalizing all forms of aggressions on them or those that are located on the ingredients of their cultures, religious and linguistic and historical institutions. Therefore, this study focuses via explanation and analysis the crime of cultural genocide from the perspective of public international law as one of the crimes that left out of international agreements, where the first section focuses on the legal framework of cultural genocide and then turn in the second section to go further in the international criminal court's position on this issue and finally we examine the duty imposed on states to encounter this crime.

Key words :

Cultural genocide, genocide, public international law, conflict of laws, United Nations, International Criminal Court, UNESCO, minorities, International Criminal tribunal for Rwanda, International Criminal Court, International Court of Justice, the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, aborigines, common heritage of mankind.

¹ Fakhoury2000fr@yahoo.fr

ملخص:

تتعرض الكثير من الأقليات الثقافية حول العالم إلى أنواع مختلفة من الاعتداءات المتعمدة مما يجعلها عرضة لخطر الإبادة، وبالمقابل نجد أن الترسانة القانونية الحالية لحمايتها تفتقر لعنصر الوقاية والقمع. اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقب عليها لعام 1948 تواجه الكثير من الانتقادات حيث أنها لم تغطي جميع تصنيفات الإبادة الجماعية المحتملة مثل الإبادة الثقافية، فهي لم تعترف بها كفعل جرمي يندرج في إطارها. إن ضمان حقوق الأقليات الثقافية يبدأ من تجريم جميع أشكال الاعتداءات الواقعة عليهم أو تلك التي تقع على مكونات ثقافتهم من مؤسسات دينية ولغوية وتاريخية. لذلك فإن هذه الدراسة تركز بالشرح والتحليل على جريمة الإبادة الثقافية من منظور القانون الدولي العام بوصفها إحدى الجرائم التي أغفلتها الاتفاقيات الدولية، حيث يركز المبحث الأول على الإطار القانوني للإبادة الثقافية ثم نتحول في المبحث الثاني لنتعمق في موقف المحاكم الجنائية الدولية من هذه المسألة، وأخيراً نعالج في المبحث الثالث واجب الدول لمواجهة هذه الجريمة.

كلمات مفتاحية:

إبادة ثقافية، إبادة جماعية، قانون دولي عام، أمم متحدة، محكمة جنائية دولية، اليونسكو، أقليات، محكمة الجزاء الخاصة بمحاكمة مجرمي الحرب في رواندا، محكمة العدل الدولية، المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة، سكان أصليين، تراث مشترك للإنسانية

مقدمة:

أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة في عام 1946 القرار الشهير رقم 96 والذي اعتبرت بموجبه إبادة الجنس البشري جريمة دولية لتعارضها مع روح الأمم المتحدة وأهدافها وبيدتها العالم المتمدن، وعلى الرغم من أننا نعيش اليوم في القرن الحادي والعشرين ما زالت هذه الحقيقة تعكس ضمير الإنسانية لكنها بحاجة إلى آلية جديدة لوضعها موضع التنفيذ. لو حاولنا أن نضع خارطة تبيين مدى التقدم الذي قام به المجتمع الدولي من أجل استباق تلك الجرائم لوجدنا بأنها غير واضحة المعالم. لماذا لم يستطع المجتمع الدولي إلى اليوم القضاء على جرائم الإبادة الجماعية؟ لماذا يتدخل المجتمع الدولي بشكل لاحق على وقوع تلك الجرائم كما حصل في كمبوديا ورواندا ويوغسلافيا؟ لماذا لا نحاول استباق تلك الجرائم قبل وقوعها؟ هل يصعب معرفة ما إذا كانت هناك جرائم سوف ترتكب في مجتمع معين أم أن إرادة المجتمع الدولي تفضل التدخل اللاحق على الجرائم؟ هل مراقبة الاعتداءات التي قد تقع على ثقافة مجموعة ما، قد تقدم أدلة مهمة نستطيع من خلالها استباق وقوع جرائم أشد خطورة؟ لا يختلف رجال القانون حول تأكيد أن الجرائم التي ارتكبت في الدول السابق ذكرها وغيرها تتناقض مع القوانين الأخلاقية وأهداف الأمم المتحدة الوارد ذكرها في العديد من قرارات تلك المنظمة.

تؤكد الأمم المتحدة أن أحد الأهداف الأساسية لها، كما أعلنها الميثاق، هو تعزيز حقوق الإنسان والحريات الأساسية والتشجيع على احترامها بالنسبة للجميع، دون تمييز بسبب العرق أو الجنس أو اللغة أو الدين، لذلك فإن جميع المواثيق الدولية تتفق على منح الأشخاص المنتمين إلى أقليات مختلفة الحق في الحماية. وهذه الحماية تشمل كل المكونات المرتبطة بالإنسان وعلى رأسها حماية ثقافته؛ لأن الثقافة تعد العنصر الأساسي في إطار الحماية الدولية لهوية الأقليات. و من أكثر المواضيع أهمية من وجهة نظرنا هو موضوع الثقافة نظراً لتشعب العناصر التي يمكن أن ترتبط بهذا المفهوم، فهي تجمع بين طياتها العالم كله بكل ما فيه من اختلافات. فالثقافة هي إناء صغير يستطيع أن يحتوي العالم بأسرة بكل ما فيه من حضارة ولغات وأديان وروحانيات وعادات وتقاليد وتاريخ وعقائد وسلوكيات وفن وقيم. هذه المكونات التي تختلف من مجتمع إلى آخر ومن زمان إلى آخر تنصهر جميعها لتشكّل مفهوم الثقافة، أو كما تقول اتفاقية اليونسكو لعام 2005 المتعلقة بالتنوع الثقافي بأن الثقافة تتخذ أشكالاً مختلفة عبر الزمان والمكان. ومن هنا تظهر فكرة التنوع الثقافي سواء على المستوى الدولي أم على المستوى الداخلي. اتفاقية لاهي لحماية الممتلكات الثقافية لعام 1954 تقدم آفاق جديدة حول مدلولات الثقافة فتقول أنه يقصد بالممتلكات الثقافية، بموجب هذه الاتفاقية ما يأتي:

(أ) الممتلكات المنقولة أو الثابتة ذات الأهمية الكبرى لتراث الشعوب الثقافي كالمباني المعمارية أو الفنية منها أو التاريخية، الديني منها أو الدنيوي، والأماكن الأثرية، ومجموعات المباني التي تكتسب بتجمعها قيمة تاريخية أو فنية، والتحف الفنية والمخطوطات والكتب والأشياء الأخرى ذات القيمة الفنية التاريخية والأثرية، وكذلك المجموعات العلمية ومجموعات الكتب الهامة و المحفوظات ومنسوخات الممتلكات السابق ذكرها. (ب) المباني المخصصة بصفة رئيسية وفعلية لحماية وعرض الممتلكات الثقافية المنقولة المبينة في الفقرة "أ"، كالمتاحف ودور الكتب الكبرى ومخازن المحفوظات وكذلك المخابئ المعدة لوقاية الممتلكات الثقافية المنقولة المبينة في الفقرة "أ" في حالة نزاع مسلح. (ج) المراكز التي تحتوي مجموعة كبيرة من الممتلكات الثقافية المبينة في الفقرتين "أ" و "ب" والتي يطلق عليها اسم "مراكز الأبنية التذكارية". هذا التعريف يجب أن يبقى بأذهاننا خلال البحث حول جريمة الإبادة الثقافية لأنه يقدم معلومات هامة حول بعض مشتملات الثقافة.

في اللغة الانكليزية، كلمة culture تترجم إلى العربية على أنها الثقافة والتهديب وقد تعني الحضارة، هذه الكلمة جذرها cult ومعناها: عبادة ودين، ومن مشتقاتها cultivate ومعناها الحراثة والرعاية. لكن مهما حاولنا أن نضع من تعريفات لمفهوم الثقافة فجميعها تبقى قاصرة عن إعطاء المعنى الدقيق فهناك الكثير من التعريفات، لذلك ولغايات هذه الدراسة القانونية سوف نبتعد عن المفاهيم الفلسفية والأنثروبولوجية والسياسية للثقافة ونركز على التعريف الذي تجتمع حوله كثير من الدول. فالثقافة يجب أن ينظر إليها بوصفها مجمل السمات المميزة، الروحية والمادية والفكرية والعاطفية، التي يتسم بها مجتمع أو مجموعة اجتماعية وعلى أنها تشمل الى جانب الفنون والآداب، طرق الحياة، وأساليب العيش معاً، ونظم القيم،

والتقاليد والمعتقدات¹. هذا التنوع الثقافي يعتبر ركيزة أساسية في تطور المجتمعات وبالتالي يصب في خدمة البشرية ككل. وفي هذا الشأن نتذكر ذلك الإعلان الهام الذي تم تبنيه بعد أحداث الحادي عشر من سبتمبر عام 2001 تحت عنوان "إعلان اليونسكو العالمي بشأن التنوع الثقافي" الذي أكد على مجموعة من المرتكزات المهمة التي تعنى بكافة الجوانب التي ترتبط بالتنوع الثقافي. فقد أكد أن التنوع الثقافي هو تراث مشترك للإنسانية وينبغي التأكيد عليه لصالح أجيال الحاضر والمستقبل. كما أكد على ضرورة العمل على العيش فيما بين أفراد ومجموعات ذوي هويات ثقافية متعددة ومتنوعة بحيث يتوجب على الدول إن تتبنى سياسات تشجع على دمج ومشاركة كل المواطنين وتضمن التلاحم الاجتماعي وعلية فان التعددية الثقافية هي الرد على التنوع الثقافي الذي يجب أن تنتهجه الدول. هذا التنوع الثقافي هو أحد العوامل التي تساعد على التنمية بمعناها الواسع سواء الفكرية أو العقلية أو الروحية.

إن حماية الثقافة من الاعتداءات ليست أمراً كمالياً بل تعدها ليصبح حاجة ملحة تهتم كل البشرية لذلك يجب حمايتها من خلال فرض عقوبات رادعة بحق كل من يعيث بآثار البشرية. إن الهدف من هذه الدراسة معرفة مدى إمكانية وجود جريمة الإبادة ضد الممتلكات الثقافية في القانون الدولي سواء في فترة السلم أم فترة الحرب. إن صور الاعتداء على الثقافة تتعدد وتتخذ أشكال كثيرة. ولغاية هذه الدراسة، أطرح التساؤلات التالية: هل حرمان أقلية من ممارسة الطقوس الدينية تعتبر جريمة إبادة جماعية؟ هل تدمير معابد دينية يشكل جريمة دولية؟ ما زلت أتذكر وأنا أعد هذه الدراسة ذلك التفجير للموقع الذي كان يضم أكبر تمثال لبوذا في العالم في آذار 2001 على أيدي "طالبان" في أفغانستان، ما زال الخراب الذي حل بآثار العراق القديمة وسرقة تراثه الحضاري ماثلة أمامي حيث تقول الكثير من المصادر أنه تم سرقة مائة وسبعين ألف (170000) قطعة أثرية من متاحف العراق أثناء الحرب الأمريكية على العراق عام 2003، وتدمير المكتبة الوطنية في بغداد وحرق المتحف الوطني العراقي وسرقة الكثير من الوثائق التاريخية². متحف مصر كان على وشك أن يتعرض للنهب على يد أيادي مشبوهة أثناء احتجاجات 2011، وإذا عدنا قليلاً للوراء نتذكر تدمير المسجد الباطني بمدينة أيوديا الهندية عام 1992 حيث يعود بناؤه إلى القرن السادس عشر خلال الحكم المغولي.

العالم اليوم يواجه جاهلية من نوع جديد، مرتبطة بالعصبية للمذهب والعرق والدين على حساب الثقافة³، أصبح العديد من البشر يتحرك بصورة يسيطر عليها الفكر الضيق، فلا نجد ما يردع هؤلاء عن تدمير تراث وثقافة الآخر التي قد تعود إلى آلاف السنين لمجرد انه مختلف معه. ما

¹ أنظر المؤتمر العالمي بشأن السياسات الثقافية، مكسيكو 1982، وكذلك اللجنة العالمية المعنية بالثقافة والتنمية لعام 1995، وكذلك المؤتمر الدولي الحكومي للسياسات الثقافية من أجل التنمية (ستوكهولم 1998).

² محمد فهد الشلالدة، القانون الدولي الإنساني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص. 271

³ قصة الصراع مع التراث والحضارة في عالم ضل الطريق، للدكتور: سعيد الشهابي، منشور على:

<http://www.alqudsalarabi.info/index.asp?fname=data%5C2007%5C2007%5C03%5C03-02%5C27qpt4.htm>

الذي حصل في العصر الحديث للفكر العالمي؟ لماذا تتبنى بعض الدول استراتيجية غرس الكراهية العمياء لثقافة الآخر بين أبناء الشعب الواحد؟ بعض القادة نجده يذكي هذا العنف ضد الثقافة فنجد بعضهم لا يتوانى عن رفض التعددية الثقافية داخل دولته من خلال رفضه الاعتراف بلغة الآخر أو عاداته أو تقاليده. هل نستطيع على سبيل المثال أن نعتبر ما تتعرض له اللغة الأمازيغية في بعض دول شمال أفريقيا بالإبادة الثقافية نظراً لرفض السلطات الرسمية الاعتراف بها وتدريسها في المدارس الحكومية على خلاف أسلوب التعامل مع الأقليات اللغوية في أوروبا؟

هناك لغات تتعرض لاندثار قد يكون متعمد كاللغة النوبية في السودان. وقد أظهرت الطبعة الجديدة من "أطلس لغات العالم المعرضة لخطر الاندثار" التي أصدرتها منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة (يونسكو) في باريس ان حوالي 2500 لغة من إجمالي 6000 لغة في العالم معرضة لخطر الاندثار حالياً. شخصياً اعتبر تقرير اليونسكو من أخطر ما قرأت في هذا الموضوع. فقد أشار التقرير إلى أن بعض البيانات تثير القلق، فمن أصل ستة آلاف لغة متداولة في العالم، انقرضت نحو 200 لغة على مدى الأجيال الثلاثة الأخيرة، في حين تعتبر 573 لغة أخرى من اللغات المحتضرة، و502 لغة من اللغات المعرضة للخطر الشديد، و632 لغة من اللغات المعرضة للخطر، و607 لغات من اللغات الهشة. وأشار التقرير إلى واقع أليم حيث بيّن أنه من بين اللغات التي انقرضت منذ فترة وجيزة، لغة "جزيرة مان"، التي اندثرت عام 1974 مع وفاة نيد مادريل، ولغة "أساكس" في تنزانيا التي اندثرت عام 1976، ولغة "أوبيخ" في تركيا عام 1992، ولغة "إياك" في ألاسكا بالولايات المتحدة التي ماتت عام 2008.¹ أعتقد شخصياً أن اختفاء أية لغة مهما كان عدد الناطقين بها هي جريمة دولية ترقى إلى مستوى الإبادة الجماعية. فاختفاء لغة، سواء نتيجة أفعال متعمدة، أو نتيجة الإهمال الناتج عن الترك أو عدم الحماية، يعني اختفاء ثقافة وتراث وحضارة.

ليست فقط لغة الأقليات العرقية قد تتعرض إلى اعتداءات، فمكونات الثقافة لا يمكن حصرها. الديانة أيضاً قد تتعرض لمجموعة من الاعتداءات والانتهاكات. وهنا أطرح التساؤلات التالية بالإضافة إلى ما تم طرحه سابقاً. هل عدم الاعتراف بدين معين في دولة متعددة الديانات يشكل اعتداء على ذلك الدين؟ وهل عدم سن قانون يحمي الديانات التي يمارسها بعض المواطنين يشكل إبادة ثقافية؟ وهل رفض تدريس ذلك الدين في المدارس يندرج ضمن تلك الانتهاكات؟ هل الاعتداءات التي وقعت على مسيحي العراق إبان الغزو الأمريكي للعراق عام 2003 تعتبر إبادة ثقافية؟² لذلك فإننا ولغايات هذا البحث نقوم بتقسيم الدراسة إلى ثلاثة مباحث رئيسية. في المبحث الأول سوف نبين أصل وطبيعة الإبادة الثقافية وإطار الإشكالية وفي المبحث الثاني نتطرق

¹<http://www.unesco.org/culture/languages-atlas/en/atlasmap.html>

Is Iraq ", *Los Angeles Times*, 5 March 2007; Massimo Calabresi, "How to stop genocide in Iraq?" Samantha Power, *Los Angeles Times*, 29 November 2006. "Headed for Genocide?"

إلى مدى تطابق القانون الدولي الجنائي مع ما تتعرض له الثقافة من اعتداءات، وأخيراً نبين في المبحث الثالث واجبات الدول للحد من تلك الجرائم.

مشكلة الدراسة:

في عام 2001 تبنت اليونسكو الإعلان العالمي للتنوع الثقافي الذي أكد في مادته الأولى على أن " التنوع الثقافي، بوصفه مصدراً للتبادل والتجديد والإبداع، هو ضروري للجنس البشري ضرورة التنوع البيولوجي بالنسبة للكائنات الحية. وبهذا المعنى يكون التنوع الثقافي هو التراث المشترك للإنسانية، وينبغي الاعتراف به والتأكيد عليه لصالح الأجيال الحالية والأجيال القادمة" وبالمقابل لا بد من التأكيد على أن الكثير من الجماعات الثقافية في العالم تواجه خطورة احتمال اندثارها واختفائها من الوجود ككيانات عرقية لها هوياتها وثقافتها وتقاليدها، وبالتالي فهذه الدراسة تريد أن تؤكد على أهمية المحافظة على ثقافات تلك المجموعات وبيان أسس حماية تلك الجماعات الثقافية.

أهداف وأهمية الدراسة:

تكمن أهمية هذه الدراسة في إبراز الوضع القانوني لفكرة الإبادة الثقافية في القانون الدولي المعاصر من خلال مبادئ القانون الدولي وميثاق الأمم المتحدة، ومن جانب آخر تتضح أهمية الإبادة الثقافية في القانون الدولي باعتبارها إحدى أهم القضايا الأساسية التي يجب أن توضع على سُلّم الأولويات في الحقل التعليمي، فهو موضوع حديث لا يزال وليد النشأة ولم يستوف حقه في البحث والدراسة أسوةً بالموضوعات القانونية الأخرى فالدراسات التي تناولت هذا الموضوع لا تزال قليلة ومحددة جداً.

فرضيات البحث

1. هناك أسس قانونية لحماية الأقليات الثقافية في العالم بشكل عام والوطن العربي بشكل خاص.
2. هناك انتهاكات تمارس ضد بعض الأقليات الثقافية مما يعرضها لخطر الاندثار.
3. للهيئات الدولية والمنظمات واللجان الدولية إسهامات ودور في توفير حماية شاملة وكاملة للأطفال أثناء فترة النزاعات المسلحة.

منهج البحث:

اعتمد الباحث على الأسلوب التحليلي لقواعد القانون الدولي بفروعه المختلفة من خلال استخراج النصوص التي توفر الحماية القانونية للأقليات العرقية والثقافية من كافة الوثائق الدولية المعنية بذلك.

سبب اختيار موضوع الدراسة:

تؤكد بعض الدراسات الحديثة أن ثلاثة أرباع الصراعات الرئيسية في العالم لها أبعاد ثقافية، ومن جانب آخر ما تتعرض له بعض الأقليات الثقافية في العالم حالياً من خطر واضح يهدد وجودها في ظل اهتمام المجتمع الدولي في الآونة الأخيرة في هذا الموضوع، جعلني حريصاً على التفاعل مع هذا الاهتمام الدولي، فدفعتني إلى الكتابة في هذا الموضوع والذي يعد من المواضيع ذات الأهمية البالغة في الوقت الحاضر من أجل جسر الهوة بين الثقافات وتحقيقاً للسلام والاستقرار.

تقسيم الدراسة:

المبحث الأول: الإطار القانوني للإبادة الثقافية في القانون الدولي.

المبحث الثاني: الإبادة الثقافية في ضوء القانون الجنائي الدولي:

المبحث الثالث: واجب الدول في مواجهة الإبادة الثقافية يشكل قاعدة ملزمة في القانون الدولي.

المبحث الأول: الإطار القانوني للإبادة الثقافية في القانون الدولي.

قد يكون تعبير "الإبادة الثقافية" من الأفكار الغامضة والذي لا يخضع إلى أي تعريف ثابت ومستقر، البعض لم يتردد بالقول إنه ليس له أية قيمة قانونية¹، لكن مع ذلك فإن هذا المفهوم كان محل دراسة العديد من الفقهاء وعلى رأسهم المحامي البولندي رفايل لمكين "Raphael Lemkin". أن دراسة المحامي لمكين لمفهوم الإبادة الثقافية تساعد كثيراً الدارسين لهذا الموضوع وتقدم لهم فرصة ثمينة لمعالجة حيثيات وأبعاد هذه المشكلة (الفرع الأول)، لكن جهوده لإدماج مفهوم الإبادة الثقافية في اتفاقية الإبادة الجماعية لعام 1948 باءت بالفشل نظراً لاختلاف الدول حول المفهوم.

الفرع الأول: جهود رفايل لمكين فتحت عيون المجتمع الدولي حول الإبادة الثقافية:

على الرغم من أن أول ظهور رسمي لكلمة إبادة جماعية كانت في القرار رقم 96 الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة لعام 1946 نتيجة اقتراح مقدم من بنما وكوبا والهند²، إلا أنه قبل ذلك ظهر على يد الفقه. فقد ظهر مصطلح Ethnocide كبديل عن مصطلح Genocide أو الإبادة الجماعية³ في عام 1943 على يد المحامي لمكين الذي جمع بين كلمة "جينوس" اليونانية والتي تعني عرق أو قبيلة وكلمة "سايد" اللاتينية التي تعني قتل. وقد سعى لمكين بعد ما شاهده من فظائع الهولوكوست والتي قتل فيها كل أفراد عائلته باستثنائه هو وأحد إخوته، إلى شن حملة لجعل الإبادة الجماعية Genocide جريمة بمقتضى القانون الدولي.

¹Anna-maria Lukacs, *Les Droits de L'Homme dans l'Ombre de la Diplomatie Internationale*, Institut des Droits de 32l'Homme Lyon - Master 2 Théorie et pratiques des Droits de l'Homme, 2007-2008, p.

²Revue Belge de Droit International, 1991, p. 6 "Le Crime de Génocide : Originalité et Ambiguïté"² Joe Verhoeven,

³Jean-Michel Chaumont, *La Concurrence des Victimes : Génocide, Identité et Reconnaissance*, La Découverte, Paris, 2002, p. 208.

لقد صدر الكتاب الاول للفقيه لمكين عام 1933 بعنوان: "Acts Constituting General (transnational) Danger Considered as Offences Against the Law of Nation" كما صدر عام 1944 كتاب آخر بعنوان: "Axis Rule in Occupied Europe, Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress"

يقدم هذان الكتابان وغيرهما¹ أفكارا ثمينة عن بدايات التفكير في جريمة الإبادة الثقافية. فالكاتب يتحدث عن تجربته الشخصية مع الاحتلال النازي ويعبر عن مشاعره الإنسانية اتجاه ما تعرض له هو وكل من يشاركونهم نفس القواسم المشتركة. فقد عبر لمكين عن فكرة الإبادة الثقافية من خلال استخدامه لمصطلح "التخريب" أو "Vandalism"². يشير لمكين بدايةً في حديثه إلى ذلك المرسوم الذي تم تبنيه عام 1940 الذي يعتبر فيه أن اللغة الرسمية للتدريس في مدارس لوكسمبورغ كانت فقط اللغة الألمانية وكان يمنع تدريس اللغة الفرنسية³، كما أن المعلمين الذين تم الاستعانة بهم للتعليم أجبروا على التدريس وفق الأفكار القومية الاشتراكية من أجل ضمان أن ينشأ جيل جديد بعقلية تتفق وسياسة الدولة الرسمية. يبدو أن المحامي لمكين قد عانى كثيراً إبان الاحتلال النازي لبولندا حيث مُنِع الشباب البولندي حتى من دراسة الفنون لذلك توجه غالبية الشباب للتجارة، والسبب كما يشير في هذا المنع هو إبعاد الشباب البولنديين عن التعبير عن الروح الوطنية التي تتم من خلال الأعمال الفنية المختلفة سواء التصوير، الرسم، النحت، الموسيقى، الأدب وكذلك المسرح حيث كان هناك رقابة صارمة لتلك الأنشطة من قبل السلطات الألمانية خاصة من خلال قسم العلاقات العامة لمكتب الدعاية التابع للرايخ أو الذي يسمى: "Public Relations Section of the Reich Propaganda Office"⁴ حيث كان هناك غرفة خاصة تسمى دائرة الرايخ الثقافية المسؤولة عن تلك النشاطات أو ما تسمى بالألمانية (Reichskulturkammer)⁵. ويتذكر لمكين كيف تم تدمير وحرق المعالم الوطنية والمكتبات والمحفوظات والمتاحف وصلالات العرض الفنية، خاصة المدرسة اللاهوتية اليهودية في مدينة Lublin في بولندا وهذا ما أشار إليه الألمان في كتاباتهم بالقول:

"بالنسبة لنا فقد كان مصدر فخر واعتزاز خاص أن نقوم بتدمير الأكاديمية التلمودية التي كانت تعرف بأنها الأكبر في بولندا. لقد قمنا بإلقائها من المبنى وهناك وضعنا النار في الكتب. لقد استمرت النار لمدة عشرين

¹ Raphael Lemkin, "Genocide: Modern Crime" *American Scholar*, Volume 15, no. 2, April 1946; Raphael Lemkin, "Genocide as a Crime under International Law" *American Journal of International Law*, Vol. 41, No. 1, 1947.

² Raphael Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe: Analysis, Proposals for Redress*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington, 1944, P. 79-95.

³ see order of August 6, 1940

⁴ Alexander Laban Hinton, *Genocide: An Anthropological Reader*, Blackwell, USA, 2002, p. 31

⁵ Reich Chamber of Culture"

ساعة. وكان يهود مدينة لوبلن مجتمعين حول النار ويبكون بمرارة. إن صرخات المجتمعين قد أسكتتنا لكن استدعينا الفرقة العسكرية التي خرجت بصيحات الابتهاج لجنودنا التي أسكتت صرخات اليهود¹.

إن العلاقة بين مصطلح Ethnocide ومصطلح Genocide لا يمكن إنكاره، فمصطلح Ethnocide يعني اختفاء كل الصفات الاجتماعية والثقافية لمجموعة من البشر، وتدمير الحضارة التي تعود لجماعة عرقية من قبل جماعة عرقية أخرى أكثر قوة وكثيراً ما استخدم هذا المصطلح مع الاعتداءات التي وقعت على ثقافات الهنود الحمر في الولايات المتحدة أو اختفاء ما يسمونه بقبائل (المنغار-Mnong Gar) في فيتنام، أو المحاولات الفاشلة لزعيم اسبانيا السابق فرانكو في إقصاء أو تدمير اللغة الباسكية التي تسمى Euskara عندما قام بحرق جميع الكتب المكتوبة باللغة الباسكية ومنع استخدام الأسماء الباسكية في السجل المدني. لكن وعلى الرغم من التشابه بين مصطلح Ethnocide و مصطلح Genocide إلا أن الأول يتضمن تدمير الهوية الثقافية للمجموعة بالضرورة دون أن يدمر المجموعة الأخرى بدنيا كما هو الحال في مفهوم Genocide.

إن دراسات المحامي لمكين دفعت العديد من الفقهاء بعده لدراسة هذه الجريمة²، فقد فتحت جهوده الباب أمام تبني اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها في شهر كانون الأول عام 1948 والذي دخلت حيز التنفيذ في كانون الثاني عام 1951³. هذه الاتفاقية تعرف الإبادة الجماعية في المادة الثانية منها بأنها "ارتكاب أي من الأعمال التالي ذكرها بقصد التدمير، سواء كلياً أو جزئياً، جماعة قومية أو عرقية أو دينية. وهذه الأعمال هي:

- (أ) قتل أعضاء من الجماعة.
- (ب) إلحاق أذى جسدي أو روحي خطير بأعضاء من الجماعة.
- (ج) إخضاع الجماعة، عمداً، لظروف معيشية يراد بها تدميرها المادي كلياً أو جزئياً.

¹ "For us it was a matter of special pride to destroy the Talmudic Academy which was known as the greatest in Poland. . . . We threw out of the building the great Talmudic library, and carted it to market. There we set fire to the books. The fire lasted for twenty hours. The Jews of Lublin were assembled around and cried bitterly. Their cries almost silenced us. Then we summoned the military band and the joyful shouts of the soldiers silenced the sound of the Jewishcries". *Ibid.* p. 31

² Robert Jaulin, *La Paix Blanc, Introduction a l'ethnocide*, Seuil, Paris, 1970; Anne-Marie La Rosa et Santiago, in K. Boustany et D. Dormoy *"Nouveau regard sur la définition de la Convention sur le genocide"* Villalpando: (ed.), *Génocide(s)*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 79; Jean-Michel Chaumont, *La Concurrence des Victimes : Génocide, Identité et Reconnaissance*, La Découverte, Paris, 2002, p. 208. ; Yosef Ben-Jochannan, *Cultural Genocide in the Black and African Studies Curriculum*, Black Classic Press, Baltimore, 2004; Adam Jones, *Genocide: A Comprehensive Introduction*, Routledge, London, 2011

³ أقرت وعرضت للتوقيع والتصديق أو للانضمام بقرار الجمعية العامة 260 ألف (د-3) المؤرخ في 9 كانون الأول/ديسمبر 1948 أما تاريخ بدء النفاذ فهو 12 كانون الثاني / يناير 1951، طبقاً للمادة الثالثة عشرة

Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, New York, 9 December 1948, United Nations, *Treaty Series*, vol. 78, p. 277.

(د) فرض تدابير تستهدف الحول دون إنجاب الأطفال داخل الجماعة.

(ه) نقل أطفال من الجماعة، عنوة، إلى جماعة أخرى.

وعند مراقبة التعريف السابق يتضح وجود عدة أشكال من الإبادة الجماعية يعترف بها القانون الدولي:

النوع الأول: يمكن وصفه بالإبادة الجسدية والذي يمكن ان يحصل من خلال القتل وهذا ما حصل في المجازر التي ارتكبت في رواندا أو يوغسلافيا أو تلك التي حصلت ضد الأكراد في شمال العراق في مدينة حلبجة. أما النوع الثاني: فيمكن وصفه بالإبادة البيولوجية التي قد تحدث من خلال فرض إجراءات تهدف إلى منع الإنجاب داخل جماعة ما كتعقيم الرجال أو إجهاض النساء، أو بوسائل مختلفة بهدف القضاء على العنصر البشري وهذا ما حصل في جمهورية الكونغو الديمقراطية التي مزقتها الحرب حيث شاع الاغتصاب الجماعي وصار يمارس بصورة منهجية ووحشية إلى حد أن الأطباء باتوا الآن يصنفون (التدمير المهبطي) باعتباره جريمة حرب¹.

أما النوع الثالث: من الإبادة وهو موضوع بحثنا هذا، فيمكن وصفه بالإبادة الثقافية وهي التي تتجاوز تلك الهجمات على أجساد الأفراد أو تتجاوز الحدود البيولوجية لتصل إلى إقصاء جماعة معينة وتأخذ عدة صور تتمثل بتحريم التحدث باللغة المعتادة لجماعة معينة والاعتداء على الثقافة القومية لها وتدمير أماكن العبادة لتلك الجماعة، هذا بالإضافة إلى تدمير متاحف أو مخطوطات ذات علاقة بتاريخ تلك الجماعة. وعند مراقبة ما يجري على الساحة المحلية في بعض الدول نجد أنه من السهولة بمكان تعداد مئات بل آلاف من هذه الجرائم. فهذا ما حصل في كردستان العراق أو في الصين ضد أقليات الأيغور، غير أن المجتمع الدولي لم يتجه الى اعتبار هذا النوع من الإبادة خطيرا الى درجة الفناء. لقد تم استبعاد مفهوم الإبادة الثقافية صراحة من اتفاقية 1948، ومن المهم ان ننظر في حيثيات الأسباب ومواقف الدول حول هذا الموضوع لتقييم المواقف ومعرفة الأسباب.

الفرع الثاني: مواقف الدول الكبرى المتناقضة تهدم الاعتراف القانوني بالإبادة الثقافية:

لقد قدمت الأمانة العامة لمشروع اتفاقية الإبادة الجماعية الأفعال التي يمكن أن تندرج تحت مفهوم الإبادة الجماعية إلى ثلاثة أقسام. وكان القسم الثالث منها تحت عنوان "تدمير الصفات الخاصة للجماعة" والتي تتعلق بالجرائم التي يمكن أن تقع على المكونات التعبيرية للثقافة. القسم الثالث ينقسم إلى خمسة أقسام فرعية على النحو التالي: النقل الإجباري للأطفال من جماعة إلى جماعة أخرى، التهجير المتعمد والمنظم لأفراد يمثلون

¹Anne-Marie de Brouwer, Sandra Ka Hon Chu, Samer Muscati, Stephen Lewis, *The Men Who Killed Me: Rwandan Survivors of Sexual Violence*, Douglas and McIntyre, Vancouver, 2009, p. 165; Deborah Cowen and Emily Gilbert, *War, Citizenship, territory*, Routledge, London, 2008, p. 25

Machteld Boot, *Nullum Crimen Sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court: Genocide, Crimes against Humanity, War Crimes*, Intersentia, Antwerp/Oxford, 2002, p. 439; Anne-Marie de Brouwer, *Supernational Criminal Prosecution of Sexual Violence: The ICC and the practice of ICTY and ICTR*, Intersentia, Antwerp/Oxford, 2005, p. 41; *The Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Judgment, 2 September 1998; *The Prosecutor v. Karemera (Karemera Amended Indictment)*, Case No. ICTR- 98-44-I, Amended Indictment, February 2005.

ثقافة جماعة معينة، منع استخدام لغة وطنية في المدارس، التدمير المتعمد للكتب المطبوعة بلغة وطنية أو أعمال دينية أو منع مطبوعات جديدة، التدمير المنظم للأثار الدينية والتاريخية أو تحويلها إلى استخدامات غريبة، تدمير الوثائق أو الأشياء التي لها قيمة فنية أو دينية أو تاريخية¹.

لقد اعتمدت الأمانة العامة على مجموعة من الخبراء لوضع مشروع جريمة الإبادة الجماعية لكن اثنين من هؤلاء اعترضوا على إدماج الإبادة الثقافية ضمن مفهوم الإبادة الجماعية باستثناء الفقرة الأولى التي تتحدث عن النقل الإجباري للأطفال من جماعة إلى جماعة أخرى²، حيث يرى الخبير Donnedieu de Vabres والخبير Pella أن الإبادة الثقافية توسع من مفهوم الإبادة البشرية³، على خلاف الخبير Lemkin الذي كان يرى أن الإبادة الثقافية يجب أن تعتبر جزء لا يتجزأ من مفهوم الإبادة البشرية لأنه لا يمكن لأية جماعة عرقية أو وطنية أو دينية أن تستمر بالوجود ما لم يتم المحافظة على وحدتها الأخلاقية والروحية⁴. الدول المشاركة من ناحيتها اختلفت مواقفها بين مؤيد ومعارض. فالولايات المتحدة أيدت الموقف الداعي إلى إقصاء مفهوم الإبادة الثقافية من الاتفاقية، فهي ترى أن الاتفاقية يجب أن تقتصر فقط على الأعمال البربرية الموجهة ضد الأفراد⁵. المندوب الأمريكي حذر من جانبه الدول بأنه إذا ما تم التوسع في مفهوم الإبادة الجماعية، وأدخل إليها مفهوم الإبادة الثقافية فهذا بدوره سوف يدفع الدول إلى عدم التصديق على الاتفاقية⁶. لذلك كانت وجهة نظر المندوب الأمريكي أنه من الأفضل أن يتم وضع بند خاص منفصل بعنوان الإبادة الثقافية لكي تتمكن الدول التي ترغب بالاعتراض على هذا البند من التحفظ عليه بسهولة دون أن ترفض مجمل الاتفاقية⁷. لكن المشكلة التي ثارت أثناء المداولات أنه لو تم وضع بند منفصل فسوف يؤدي بالنتيجة إلى حدوث خلط أو تشويش مع نطاق مفهوم حماية الأقليات⁸. فرنسا كانت ترى أن التعريف يجب أن يقتصر على الإبادة البيولوجية والبدنية لأن إدماج مفهوم الإبادة الثقافية يزيد من احتمالية التدخل السياسي للدول في الشؤون الداخلية للدول الأخرى⁹. أما هولندا فرأت إن الموضوع مرتبط بحقوق الإنسان¹⁰. الاتحاد السوفياتي من جانبه كان موقفه مختلفاً عن الدول الأوروبية، فعلى الرغم من أنه يرى بشكل عام أن الإبادة الجماعية مرتبطة بالتدمير البدني للجماعة، إلا أنه دعا إلى اتخاذ إجراءات تهدف إلى عدم منع اللغة الوطنية أو التاريخ الوطني، مستخدماً مصطلح "الإبادة الثقافية الوطنية" أو "national cultural genocide". وقدم مندوب الاتحاد السوفياتي على عدة أمثلة تبين المقصود بهذه الجريمة على النحو التالي: منع أو تقييد استخدام اللغة الوطنية في الحياة العامة

¹UN Doc. A/AC. 10/41 and UN Doc. A/362

²UN Doc. E/447, p. 27

³UN Doc. E/447, p. 27; Roger Normand, Sarah Zaidi, *Human Rights at the UN: The Political History of Universal Justice*, Indiana University Press, Bloomington, 2008, p. 252

⁴UN Doc. E/447, p. 27

⁵UN Doc. E/623; UN DOC. E/AC. 25/SR.14, p. 10

⁶John Maktos, Head of the United States Delegation, UN DOC. E/AC. 25/SR. 5, p.3

⁷John Maktos, Head of the United States Delegation, UN DOC. E/AC. 25/SR. 5, p.7

⁸UN DOC. E/AC. 25/SR.14, p. 9

⁹UN DOC. A/401/Add. 3.

¹⁰UN DOC. A/623/Add. 3.

أو الخاصة، تدمير أو منع طباعة أو مداولة الكتب المتعلقة باللغة الوطنية، تدمير الآثار الدينية، التاريخية، المتاحف، الوثائق، المكتبات وغيرها من الآثار أو الأشياء المرتبطة بالتراث الوطني أو العبادات الدينية¹. البعض الآخر من الدول كان يرى أن هذا الموضوع يجب أن يعالج تحت عنوان "حقوق الأقليات"². لذلك وفي ظل هذا النقاش قررت اللجنة الخاصة "Adhoc Committee" التي تم تشكيلها لمناقشة هذا الموضوع وضع مشروع جديد للاتفاقية تعترف بموجبه بمفهوم الإبادة الثقافية التي كانت تشمل الأفعال المقصودة التي إذا ارتكبت بنية تدمير اللغة أو التراث الوطني أو العرقي لجماعة دينية وكذلك منع أو تقييد استخدام اللغة الوطنية أو منع طباعة أو مداولة الكتب المتعلقة باللغة الوطنية وكذلك تدمير الآثار الدينية، التاريخية، المتاحف، الوثائق، المكتبات، وغيرها من الآثار أو الأشياء المرتبطة بالتراث الوطني أو العبادات الدينية. كما هو واضح فإن اللجنة الخاصة قد تبنت المفهوم السوفيتي للإبادة الثقافية. لكن في النهاية أجرت اللجنة السادسة تصويتا استبعدت بموجبه الإبادة الثقافية من نطاق الاتفاقية³. لذلك فإن الانتقاد الرئيسي الذي يمكن توجيهه إلى الاتفاقية السابقة أنه قد استبعد مفهوم الإبادة الثقافية⁴. لكن في ظل الأسباب العديدة السابقة لاستبعاد فكرة الإبادة الثقافية من الاتفاقية، يبقى السؤال عن السبب الحقيقي لهذا الاستبعاد. بعض الكتاب- ونحن نتفق معهم- يجيب على هذا الاستفسار بالقول "أنه الخوف من الملاحقة الجنائية ضد بعض الدول الأطراف، التي تمارس أشكالاً متعددة، مباشرة أو غير مباشرة، من الأعمال القمعية التي يمكن أن توجه ضد الأقليات عند منعهم من استخدام لغاتهم ودياناتهم وعاداتهم الثقافية"⁵. ويمكن أن نضيف بأن صعوبة تعريف الثقافة بالإضافة لعدم وجود تعريف واف ومحدد وجامع يغطي محتوى جريمة الإبادة الثقافية جعل مواقف الدول متباينة. فلا نجد رؤيا دولية موحده حول الإبادة الثقافية، فكل دولة تعطي لمفهوم الثقافة نظرة قد تختلف عن الآخر وهذا طبيعي فكل مجتمع له ظروفه الخاصة وأوضاعه الاجتماعية التي قد تختلف عن غيره من المجتمعات، هذا بالإضافة إلى اختلاف النظرة الإنسانية لحقوق الأفراد والجماعات.

من جانبها اكتفت لجنة القانون الدولي بالقول: "إن التدمير المشار إليه مرتبط بالتدمير المادي لأعضاء الجماعة سواء أكان تدميراً بدنياً أم بيولوجياً ولا يشمل التدمير الوطني، اللغوي، الديني، الثقافي لأعضاء الجماعة. كما أن العناصر الدينية أو القومية أو الأثنية لم يتم أخذها بعين الاعتبار لدى تعريف مصطلح

¹ UN DOC. E/AC. 25/7

²William Schabas, "Les droits des minorités: Une déclaration inachevée", in *Déclaration Universelle des Droits de l'Homme 1948-98, Avenir d'un Idéal Commun*, La Documentation Française, Paris, 1999, pp. 223-242

³UN DOC. A/C. 6/SR.83; Anne-Marie La Rosa, *Dictionnaire de droit international pénal, termes choisis*, PUF, Paris, 1998, p.47

⁴ إن مفهوم الإبادة الثقافية قد تم رفضه بشكل مباشر من قبل اللجنة السادسة في الجمعية العامة للأمم المتحدة بواقع 25 صوت ضد مقابل 6 أصوات مع. United Nations Judicial Yearbook, Vol.2, (Part II), 1991, p.102

⁵Sienho Yee and Jacques-Yvan Morin, *Multiculturalism and International Law, Essays in Honour of Edward McWhinney*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 2009, p. 182

"تدمير".¹ هذا الموقف المتردد للدول اتجاه مفهوم الإبادة الثقافية نجده جلياً في موقف آخر عندما تم تبني مشروع إعلان الأمم المتحدة حول حقوق الشعوب الأصلية لعام 1994 والذي ينص على ما يلي²:

للشعوب الأصلية وأفرادها الحق في عدم التعرض للإبادة الثقافية خاصة من خلال آليات فعالة لمنع أو إصلاح:

(أ) أي عمل يهدف أو يؤدي إلى حرمان الشعوب الأصلية من سلامتها بوصفها شعوباً متميزة أو من قيمها الثقافية أو هوياتها الإثنية؛

(ب) أي عمل يهدف أو يؤدي إلى نزع ملكية أراضيها أو أقاليمها أو مواردها؛

(ج) أي شكل من أشكال نقل السكان القسري يهدف أو يؤدي إلى انتهاك أو تقويض أي حق من حقوقهم؛

(د) أي شكل من أشكال الاستيعاب أو الإدماج القسري؛

(هـ) أي دعاية موجهة ضدها تهدف إلى تشجيع التمييز العرقي أو الإثني أو التحريض عليه.

لقد نص مشروع الإعلان بشكل واضح على أنه للشعوب الأصلية وأفرادها الحق في عدم التعرض للاستيعاب القسري أو تدمير ثقافتهم. كما أن مشروع الإعلان قد استخدم مصطلح الإبادة الثقافية بشكل مباشر ليصف جميع أعمال العنف التي قد تحصل ضد السكان الأصليين سواء حصل ذلك من خلال حرمان تلك الشعوب من استخدام لغتها الخاصة في تعاملاتهم أو من خلال النقل القسري لأطفال المجموعة إلى مجموعة أخرى أو بأية وسيلة أخرى. وقد اعتبر أن للشعوب الأصلية "حق" وليس "عطية" أو "منة" في عدم تعريض ثقافتهم للتدمير. وهذا يعني أن أية محاولة تقوم بها الدول من أجل تدمير ثقافة الشعوب الأصلية سواء كان ذلك عملاً إيجابياً أم سلبياً، أي سواء كان ذلك بالفعل أو الامتناع عن القيام بالفعل يشكل عملاً من أعمال الإبادة الجماعية التي يرفضها المجتمع الدولي الممثل بالدول الموقعين على هذا الإعلان. لذلك جاء الإعلان ليؤكد على الواجبات التي يتوجب على الدول اتخاذها من أجل حماية ثقافة الشعوب الأصلية. لكن في عام 2007 تم التراجع عن الاستخدام الصريح لعبارة الإبادة الثقافية مقابل استخدام مصطلح الاستيعاب القسري أو كما وردت باللغة الفرنسية بـ "Assimilation Forcé"³.

¹ ILC Draft Code, pp.90-91; William A. Schabas, Genocide in International Law 185 (2000); Hiram Abtahi and Philippa Webb, *The Genocide Convention: The Travaux Préparatoires*, Martinus, Netherland, 2008; Spanish Yearbook of International Law, Volume IV, 1995-1996, p. 24 ; Gaetano Pentassuglia, Minorités en Droit International, Conseil de l'Europe, Allemagne, 2004, pp.83-85.

² XVI.E/CN.4/1995/2, E/CN.4/Sub.2/1994/56

³ A/RES/61/295, Soixante et unième session, Point 68 de l'ordre du jour, 2 octobre 2007, Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones

المبحث الثاني: الإبادة الثقافية في ضوء القانون الجنائي الدولي:

إن مبدأ إنشاء المحاكم الجنائية الخاصة المسماة Adhoc، أي تلك المحاكم التي لها اختصاص محدود من حيث الزمان أو المكان، تم تبنيه من قبل مجلس الأمن في القرار رقم 808 لعام 1993 كردة فعل لتلك الجرائم التي ارتكبت في يوغسلافيا السابقة. وبعد عدة سنوات تم تبني نظام روما الأساسي لعام 1998 وبموجبه أصبح هناك محكمة جنائية دولية ذات اختصاص عالمي لمواجهة أشد الجرائم وعلى رأسها جريمة الإبادة الجماعية. إن الفحص الدقيق لاجتهادات المحاكم الجنائية الدولية تجاه مفهوم الإبادة الثقافية نجدها تسير في طريق متباين وغير واضح (الفرع الأول)، بينما نجد أن المحكمة الوطنية تتبنى موقفاً أكثر وضوحاً اتجاه الاعتداءات الواقعة على الثقافة على الرغم من قلة تلك القرارات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المحاكم الدولية ما زالت مترددة اتجاه مفهوم الإبادة الثقافية:

تنص المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية أن وظيفة المحكمة أن تفصل في المنازعات التي ترفع إليها وفقاً لأحكام القانون الدولي، وهي تطبق في هذا الشأن:

- (أ) الاتفاقات الدولية العامة والخاصة التي تضع قواعد معترفاً بها صراحة من جانب الدول المتنازعة.
- (ب) العادات الدولية المرعية المعتبرة بمثابة قانون دل عليه تواتر الاستعمال.
- (ج) مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتعددة.
- (د) أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام في مختلف الأمم.

مما لا شك فيه أن السوابق القضائية تساعد على سد النقص في التشريعات التي تعجز في الغالب عن ملاحقة التطورات السريعة في مجالات الحياة المتعددة. وبما أن اتفاقية 1948 قد تجاهلت مفهوم الإبادة الثقافية صراحة، فمن الضروري أن نبحث في موقف القضاء الدولي في هذا الشأن خاصة بعد مرور 63 سنة على تبني تلك الاتفاقية.

نشير بدايةً أنه لكي توجد جريمة إبادة جماعية فلا بد من توافر عناصر رئيسية وردت في اتفاقية 1948 وهذه العناصر هي: (1) النية الجرمية¹، (2) أفعال اعتداء بدنية². لكن الإمعان الدقيق في المادة الثانية من تلك الاتفاقية يجعلنا نضيف شروطاً أخرى وردت بشكل غير مباشر وهي: (1) يجب أن ينتهي الضحايا إلى مجموعة محمية، (2) الإبادة البشرية يجب أن تشمل تدمير "جزء كبير" من مجموعة محمية.

وعلى الرغم من أن المحاكم الخاصة الدولية تعترف بصعوبة إثبات القصد أو النية في جرائم الإبادة إلا أنها مع ذلك تساعد على فهم مفهوم الإبادة الثقافية بشكل غير مباشر. نعلم جيداً أن النية الجرمية في جرائم

¹ ICTR, *The Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Judgment, 2 September 1998, para. 498.

² Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, art. 2

الإبادة ليس من السهل إثباتها إلا إذا اعترف الفاعل بدوافعه، لهذا السبب لم تتردد المحاكم الدولية بالقول صراحة أن النية الجرمية يمكن إثباتها من خلال الظروف المحيطة بالقضية:

"intent is usually inferred from surrounding circumstances"

وهذا ما جاء في قضية أكيسو الصادرة عن محكمة الجزاء الدولية الخاصة برواندا.¹ وغيرها الكثير من القضايا.² والظروف المحيطة يمكن التعرف عليها من خلال السياسة العامة للدولة اتجاه جماعة معينة³، أو من خلال السياق أو تكرار الاعتداءات⁴، أو من خلال الهجمات المتزامنة على الممتلكات الثقافية والدينية ورموزها⁵، ونستطيع أن نضيف أن التصريحات أو البيانات التي قد تعلنها الجماعة المعتدية على جماعة أخرى يمكن الاعتماد عليها من أجل كشف النية الجرمية للفاعل⁶، ومن التطبيقات العملية لهذه الحالة الأخيرة أنه بعد الاعتداءات التي تم وقعت ضد مسيحيي العراق عام 2004 صدر بيان عن إحدى المنظمات الإرهابية مفاده ما يلي: " إلى أهل الصليبان: عودوا إلى رشدكم وكونوا متيقنين أن جنود الله جاهزون لمواجهةكم، لقد طلبتم الحرب الصليبية وهذه هي النتيجة"⁷.

أذكران الفقرة الثانية من المادة الثانية من اتفاقية الإبادة الجماعية تعتبر أن إلحاق أذى روحي خطير

بأعضاء الجماعة يعتبر إبادة جماعية. لكن ما هو المقصود بالأذى الروحي؟ لم يرد توضيح لذلك في

اتفاقية 1948 أو في نظام روما الأساسي لكن قرارات محكمة الجزاء الخاصة بمحاكمة مجرمي الحرب في

رواندا تساعدنا في محاولة فهم بعض المصطلحات التي قد تكون غامضة شيئاً ما. ففي 9 كانون الثاني 1997

عقدت المحكمة الجنائية الدولية لرواندا The International Criminal Tribunal for Rwanda

(ICTR) محاكمتها الأولى والتي تناولت أهم القضايا في تاريخ القانون الدولي ألا وهي قضية: المدعي العام ضد

جان بول أكيسو⁸، حيث واجه أكيسو عدة تهمة من بينها تهمة الإبادة الجماعية، وقد أدانت المحكمة أكيسو في

¹ ICTR, *The Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Judgment, 2 September 1998, para. 523 (noting that "in the absence of a confession from the accused, his intent can be inferred from a certain number of presumptions of fact").

² ICTY, *The Prosecutor v. Sikirica, Dosen & Kolundzija*, Case No. ICTY-IT-95-8-T, Judgment on Defence Motions to Acquit, 3 September 2001 ; ICTY, *The Prosecutor v. Jelusic*, Case No. ICTY- IT-95-10-A, Judgment, July 2001, para. 47; ICTY, *The Prosecutor v. Karadzic & Mladic*, Case Nos. ICTY-IT-95-5-R61, IT-95-18-R61, Re-view of the Indictments Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, 11 July 1996, para.94.

³ ICTY, *The Prosecutor v. Karadzic & Mladic*, Case Nos. ICTY-IT-95-5-R61, IT-95-18-R61, Re-view of the Indictments Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, 11 July 1996, para.94.

⁴ ICTR, *The Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Judgment, 2 September 1998, paras. 523–524.

⁵ ICTY, *The Prosecutor v. Krstic*, Case No. ICTY-IT-98-33-T, Judgment, 2 August 2001, para. 580 ; ICTY, Case No. IT-95-8-T, Judgment on Defence Motions to Acquit, September 2001, para. 61; ICTY, Case No. ICTY-IT-95-10-A, Judgment, 5 July 2001, para. 47 ; ICTY, Case Nos. ICTY-IT-95-5-R61, IT-95-18-R61, Re-view of the Indictments Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, 11 July 1996, para.94.

⁶ ICTR, *The Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Judgment, 2 September 1998, para.728; ICTR, *The Prosecutor v. Kayishema & Ruzindana*, Case No. ICTR-95-1-T, Judgment, 21 May 1999, para. 538; ICTR, *The Prosecutor v. Musema*, Case No. ICTR-96-13-A, Judgment, 27 January 2000, para. 933.

⁷ Paul Isaac, "The Assault on Assyrian Christians", *International Herald Tribune*, 8 May 2007.

⁸ ICTR, *The Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Judgment, 2 September 1998.

أيلول 1998. لقد مثلت إدانة أكاييسو أول إدانة تُدعى فيها محكمة دولية إلى تفسير تعريف الإبادة الجماعية على النحو الوارد في اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية. أشارت المحكمة في قرارها أنه ووفقاً للاتفاقية، تُعرّف الإبادة الجماعية بأنها ارتكاب جرائم معينة، منها "قتل أعضاء من جماعة قومية أو عرقية أو دينية، بصفته هذه، أو إلحاق أذى جسدي أو نفسي خطير بأعضاء الجماعة، بقصد تدميرها الكلي أو الجزئي". ما يهمننا في قرار المحكمة أنها استخدمت مصطلح الأذى النفسي عوضاً عن الأذى العقلي كما لو كانوا مترادفين¹، بحيث يشملان، حسب اجتهادات محكمة ICTR "التعذيب والمعاملة اللإنسانية أو الحاطة من الكرامة والاضطهاد"². ومن الضروري أن نشير أن اجتهادات المحاكم تتفق على أن الأذى لا يشترط فيه أن يكون دائم أو لا يمكن علاجه³.

إن اجتهادات المحاكم الدولية في موضوع "التدمير-Destroy" المنصوص عليه في المادة الثانية من اتفاقية 1948 المتعلقة بجريمة الإبادة لا يبدو أنه يسير على نسق متواتر، بل على العكس نجد أن المحاكم تتبنى مواقف متباينة بخصوص مفهوم "التدمير" وهذا بدوره يعكس بظلاله السلبية على مفهوم الإبادة الثقافية. إن القانون الدولي العرفي يؤكد أن المواد 31 و32 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969 والمتعلقة بتفسير المعاهدات يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار كمرشد عند تفسير مصطلح "تدمير" الوارد في اتفاقية الإبادة الجماعية على الرغم من أن هذه الأخيرة قد تم تبنيها قبل اتفاقية فيينا السابقة. يترتب على ذلك أن كلمة "تدمير" في حال تطبيق اتفاقية فيينا السابقة يجب أن تفسر بحسن نية ووفقاً للمعنى الذي يعطى لها ضمن السياق الخاص بموضوعها والغرض منها⁴، وإذا أدى ذلك التفسير أن يترك المعنى غامضاً أو غير واضحاً أو أن يؤدي إلى نتيجة غير منطقية أو غير معقولة فحينئذ يجوز اللجوء إلى الوسائل التكميلية في التفسير مثل الأعمال التحضيرية لاتفاقية الإبادة الجماعية⁵. وعند العودة إلى المعنى اللغوي الوارد في عدة قواميس نجد المعاني التالية: الخراب التام، الإفساد التام، تدمير البناء أو الوجود العضوي، الهدم أو السحق التام، القتل، إبطال النفع وجعله غير فعال⁶. يبدو جلياً أن مصطلح "تدمير" لا يعني فقط قتل وإنما يشمل أيضاً الإخضاع وجعل المعتدى عليه عديم الفائدة. لهذا السبب نجد أن اتفاقية الإبادة لعام 1948 والتي تم اعتمادها في المادة السادسة من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، لا تقتصر على القتل وإنما تشمل إلحاق أذى جسدي أو روحي خطير

¹ ICTR, *The Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Judgment, 2 September 1998.

² ICTR, *The Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Judgment, 2 September 1998, para. 504; ICTY, *The Prosecutor v. Karadzic & Mladic*, Case Nos. IT-95-5-R61, IT-95-18-R61, Re-view of the Indictments Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, 11 July 1996, para. 93; ICTR, *the Prosecutor v. George Rutaganda*, Case No. ICTR -96-3, 6 December 1999, para. 51.

³ ICTR, *The Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Judgment, 2 September 1998, para.502.

⁴ أنظر المادة 31 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969

⁵ أنظر المادة 32 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لعام 1969

⁶ To ruin completely; spoil, to ruin the structure or organic existence, To tear down or break up; demolish, To subdue or defeat completely; crush, To render useless or ineffective. The Oxford: paperback Dictionary, Third Edition 1988, p. 219; Merriam Webster's Collegiate Dictionary, tenth Edition 1993, p. 314.

بأعضاء من الجماعة، وإخضاعهم لظروف معيشية يراد بها تدميرها المادي كلياً أو جزئياً، وكذلك فرض تدابير تستهدف الحول دون إنجاب الأطفال داخل الجماعة، ونقل أطفال من جماعة إلى جماعة أخرى عنوةً. لكن اجتهادات المحاكم الدولية لم تسير على وتيرة واحدة فيما يتعلق بمفهوم "التدمير".

هذه الطريقة التقليدية في السير للمحاكم الدولية نجدها جلية في موقف المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة أو ما تسمى "The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY)". هذه المحكمة لم تسير على نهج ثابت فيما يتعلق بمفهوم التدمير. فحكم الدائرة الابتدائية للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة في قضية *Blaskic* بتاريخ 3.3.2000 يعتبر من أهم القرارات الصادرة بخصوص الاعتداءات الواقعة على الثقافة، وفيه تم الاعتراف بشكل واضح أن الاضطهاد والتدمير مفهوم واسع لا يشمل فقط الاعتداءات الجسدية. تقول المحكمة في فقرتها الشهيرة (233) ما يلي: إن جريمة "الاضطهاد" لا تشمل فقط الضرر الجسدي والنفسي والتعدي على الحرية الفردية وإنما أيضاً الأفعال التي تبدو أقل خطورة، مثل تلك التي تستهدف الممتلكات، طالما تم اختيارها خصيصاً لأشخاص تربطهم انتماءات إلى مجتمع معين.¹ ثم تقول في الفقرة (425) بأن "أساليب الهجوم وحجم الجرائم التي ارتكبت ضد السكان المسلمين أو ضد الصروح التي تعبر عن ثقافتهم لا يدع مجال للشك بأن الهدف من الهجوم كان موجّهة ضد السكان المدنيين المسلمين".² وفي نهاية قرارها أدانت المحكمة المتهم *Blaškić Tihomir* بعدة جرائم من بينها تدمير ونهب الممتلكات وعلى وجه الخصوص المؤسسات المخصصة للتعليم والعبادة.³ وهذا الموقف ليس بجديد فقد قضت الدائرة الابتدائية لذات المحكمة في قضية *Kupreskic zoran* أن الاضطهاد يتضمن مجموعة متنوعة من الأعمال التمييزية التي تتألف من سلسلة من الأفعال بدلاً من فعل واحد والتي يجب أن ينظر إليها كوحدة واحدة بدلاً من النظر إليها بطريقة منعزلة.⁴

لكنها عادت في قضية أخرى لتسلك طريق غريب وغير مفهوم. ففي قضية *Prosecutor v. Krstić* قالت المحكمة "أن القانون الدولي العرفي يقتصر تعريف الإبادة الجماعية على الأفعال التي ترتكب بقصد تدمير الجماعة جسدياً أو بيولوجياً كلياً أو جزئياً. وعليه فإن الاعتداء الواقع فقط على الخصائص الثقافية أو الاجتماعية لمجموعة بشرية من أجل إبادة هذه العناصر السابقة التي تعطي لتلك المجموعة هويتها الخاصة

¹ ICTY, *Prosecutor v. Blaskic*, Case No. ICTR-IT-95-14-T, 3 Mars 2000, para. 233.

² ICTY, *Prosecutor v. Blaskic*, Case No. ICTR-IT-95-14-T, 3 Mars 2000, para. 425.

³ The Trial Chamber in a unanimous ruling of its members, finds Tihomir Blaskic guilty for the following acts: the destruction and plunder of property and, in particular, of institutions dedicated to religion or education

⁴ ICTY, *The Prosecutor v. Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Dragan Papic and Vladimir Santic*, Case No. ICTY-IT-95-16-T, 14 January 2000, para. 615. The Tribunal said: Persecution can involve a broad range of discriminatory acts, and generally consist of a series of acts rather than a single act which must be considered in total rather than in isolation".

المتميّزة عن بقية المجتمع لن تندرج تحت تعريف الإبادة الجماعية¹. وهذا الموقف نجده كذلك لدى محكمة رواندا الخاصة بمحاكمة مجرمي الحرب الرواندية²

بالمقابل نجد محكمة (ICTY) تتوجه إلى تفسير موسع لمصطلح "تدمير" بحيث بدأت تعطي بعداً جديداً لم نعتد عليه بهذه الصراحة. قرار ICTY والمتعلق بقضية Krajišnik يقدم أفكاراً مهمة في هذا البحث: تقول المحكمة ما يلي: "إن [التدمير] باعتباره عنصر أساسي في القصد الجرمي لجريمة الإبادة الجماعية لا يقتصر على التدمير الجسدي أو البيولوجي لأفراد الجماعة باعتبار أن الجماعة (أو جزء منها) يمكن أن يتعرض للتدمير بطرق أخرى مثل نقل أطفال من الجماعة عنوة إلى جماعة أخرى أو عن طريق قطع الروابط بين أعضائها. وهكذا يمكن أن نقول أنه بإمكاننا أن نعتمد على أدلة من النقل القسري المتعمد كدليل على وجود النية الجرمية للإبادة الجماعية³. لهذا السبب لم يتردد الكثير من رجال القانون على اعتبار أن ما يتعرض له أهل التبت من قبل السلطات الصينية بمثابة إبادة ثقافية⁴. من جهتها ذكرت لجنة القانون الدولي في أكثر من مناسبة وتحديداً في عام 1996 بالأعمال التحضيرية لاتفاقية 1948 وقالت بأن التدمير قد يكون بدني أو بيولوجي⁵.

إن اجتهادات محكمة الجزاء الخاصة بمحاكمة مجرمي الحرب في يوغسلافيا السابقة، على الرغم من عدم وضوح مواقفها اتجاه الاعتداءات الواقعة على الثقافة تقدم فائدة مهمة حول موضوع النقاش. كما أن الآراء المرفقة من قبل بعض القضاة في المحكمة السابقة تقدم مفاتيح مهمة تساعد على معرفة التطور الذي طرأ حول موضوع الإبادة الثقافية. ففي قضية *Prosecutor v. Krstić* وضع القاضي شهاب الدين في محكمة الاستئناف رأياً مهماً. فعلى الرغم من اعترافه بان اتفاقية 1948 قد استبعدت مفهوم الإبادة الثقافية، إلا أنه يرى أن الإبادة الثقافية يمكن أن تدخل ضمن مفهوم الإبادة الجماعية بطريقة غير مباشرة حيث يقول: "تتكون المجموعة البشرية من خصائص، قد تكون غير ملموسة، والتي تكون ملزمة للناس كوحدة اجتماعية. فإذا ما

¹"customary international law limits the definition of genocide to those acts seeking the physical or biological destruction of all or part of the group. Hence, an enterprise attacking only the cultural or sociological characteristics of a human group in order to annihilate these elements which give to that group its own identity distinct from the rest of the community would not fall under the definition of genocide". ICTY, *The Prosecutor v. Krstić*, Case No. ICTY, IT-98-33-T, judgment of 2 August 2001, paras 576-580.

² ICTR, *The Prosecutor v. Semanza*, Case No. ICTR-97-20-T, Judgment, 15 May 2003, para. 315 ; ICTY, *The Prosecutor v. Kajelijeli*, Case No. ICTR-98-44A-T, Judgment, 1 December 2003, para. 808.

³ "Destruction," as a component of the mens rea of genocide, is not limited to physical or biological destruction of the group's members, since the group (or a part of it) can be destroyed in other ways, such as by transferring children out of the group (or the part) or by severing the bonds among its members. Thus it has been said that one may rely, for example, on evidence of deliberate forcible transfer as evidence of the mens rea of genocide. See ICTY, *The Prosecutor v. Krajišnik*, Case No. ICTY-IT-00-39-T, Judgment, 27 December 2006, para: 854.

⁴Nicolas Tournadre, "Le bilinguisme tibétain-chinois : Situation et Enjeux", *Perspective Chinoises*, n°74, Novembre-Décembre 2002, pp.31-38 ; Jonathan Watts, "Tibetans Fear Cultural Genocide' Will Follow Chinese Railway", *Guardian*, 1 July 2006.

⁵ "As clearly shown by the preparatory work for the Convention . . . , the destruction in question is the material destruction of a group either by physical or by biological means, not the destruction of the national, linguistic, religious, cultural or other identity of a particular group." (Report of the International Law Commission on the work of its Forty-eighth Session, *Yearbook of the International Law Commission 1996*, Vol. II, Part Two, pp. 45-46, para. 12.)

تعرضت هذه الخصائص للتدمير بموجب نية تهدف الى القضاء على قائمة من الأهداف البدنية والبيولوجية، فانه سوف يكون من غير المقنع القول بان التدمير الذي طمس بشكل كبير المجموعة ليس إبادة جماعية لان الطمس لم يكن بدنياً أو بيولوجياً¹. ان النية يجب ان تكون بكل تأكيد مرتبطة بالتدمير، لكن لا يوجد سبب للقول ان التدمير يجب أن يكون بدنياً أو بيولوجياً صحيح أن وجهة نظر القاضي شهاب الدين السابقة ليست حجة للاعتراف بالإبادة الثقافية، كما انه من المؤكد أن مجرد تدمير ثقافة مجموعة ما ليست إبادة لأنها لا تتطابق مع الأعمال المشار إليها في المادة الرابعة، فقرة 2، من النظام الأساسي لمحكمة الجنايات الدولية الخاصة بيوغسلافيا. لكن القاضي شهاب الدين يضيف أننا يجب أن نكون حذرين عند التعاطي مع الموضوع لان تدمير ثقافة مجموعة عرقية ما قد يكشف نية مبيته للقضاء على المجموعة نفسها وفي هذه الحالة فان هدم المسجد الرئيسي يؤكد وجود نية لتدمير جزء من مجموعة سربيرينيتسا البوسنية المسلمة².

أنا أؤمن بأنه توجد علاقة وثيقة بين التدمير المتعمد الكلي أو الجزئي للمراكز الثقافية والدينية، التابعة لجماعة قومية أو عرقية أو دينية، وبين الرغبة القوية بالتدمير الجسدي أو البيولوجي لمرتكبيها ضد تلك الجماعة. فالاستهداف المتعمد للأماكن الدينية التابعة لجماعة معينة قد يشكل بداية للتصفية الجسدية لتلك الجماعة أو قد يكشف عن نية حقيقية للتدمير الجسدي لتلك الجماعة أو يمكن ان تستخدم كدليل استنتاجي على وجود نية التدمير البدني أو الجسدي. أن العلاقة التي تربط أعضاء جماعة معينة لا يجوز ان تقتصر على القتل البدني أو البيولوجي الواردة في المادة السادسة من نظام روما الأساسي. لا بد من إعادة قراءة المادة السابقة بحيث يتم النظر إليها بصورة حقيقية دون أية نظارات سوداء على العينين. الحقيقة أن استهداف المراكز الثقافية لجماعة معينة يجب أن يقرأ كما لو كان يشكل جزءاً من المادة السابقة. أن هذا التفسير ليس بتفسير مبالغ فيه ولا يخفى أية نية غير دقيقة بل يعكس ربط صادق بين الواقع القانوني والواقع التطبيقي، لذلك نجد أن بعض اجتهادات القضاء الدولي بدأت بالسير في نفس هذا الاتجاه بعد أن كان تسير في طريق غير معبد. في هذا الشأن أقرت محكمة (ICTY) في قرار، سوف يبقى في ذاكرة كل الباحثين في مفهوم الإبادة الثقافية، "أن تدمير الجوامع والكنائس الكاثوليكية يعني القضاء على قرون طويلة لوجود الجماعة أو الجماعات. كما أن تدمير المكتبات يعني القضاء على الثقافة التي تم إغنائها من خلال مشاركة المكونات الوطنية المختلفة

¹"A group is constituted by characteristics—often intangible—binding together a collection of people as a social unit. If those characteristics have been destroyed in pursuance of the intent with which a listed act of a physical or biological nature was done, it is not convincing to say that the destruction, though effectively obliterating the group, is not genocide because the obliteration was not physical or biological"

"[t]he intent certainly has to be to destroy, but, except for the listed act, there is no reason why the destruction must always be physical or biological. ICTY, *The Prosecutor v. Krstić*, Case No. ICTY-IT-98-33-A, 19 April 2004, para. 50, (partial dissenting opinion of Judge Shahabuddeen).

²"The foregoing is not an argument for the recognition of cultural genocide. It is established that the mere destruction of the culture of a group is not genocide: none of the methods listed in article 4(2) of the Statute need be employed. But there is also need for care. The destruction of culture may serve evidentially to confirm an intent, to be gathered from other circumstances, to destroy the group as such. In this case, the razing of the principal mosque confirms an intent to destroy the Srebrenica part of the Bosnian Muslim group ICTY, *The Prosecutor v. Krstić*, Case No. ICTY-IT-98-33-A, 19 April 2004, para. 53, (partial dissenting opinion of Judge Shahabuddeen).

للشعب"¹. نعم يجب تفسير اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها بحسن نية ووفقا للمعنى العادي من شروطها وفي ضوء هدفها والغرض منها، إلا أنه ينبغي تفسير نص الاتفاقية بطريقة عصرية، أي أنه يجب أن تعطى كل كلمة المعنى الدقيق لها ولا يجوز تجاهل أية كلمة بحيث تعامل كأنها غير ضرورية كما يجب أن نأخذ بعين الاعتبار التطورات الحديثة المتعلقة بهذا المفهوم.

من جانبها فإن موقف محكمة العدل الدولية، أو محكمة لاهاي، اتجاه الإبادة الثقافية يبدو واضحاً، فهي ترفض الاعتراف بوجود هذا المفهوم مطبقة القاعدة القانونية التي مفادها بأنه "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" أو كما تعرف باللغة اللاتينية بقاعدة [nullum crimen sine lege] [أو باللغة الإنجليزية [no crime without a law]]. فقد رفضت محكمة العدل الدولية في قضية البوسنة والهرسك ضد صربيا والجبل الأسود الحكم الصادر في 26 فبراير 2007 أن تعترف، على أساس الفقرة (ج) من المادة (6) من نظام روما الأساسي، من أن أعمال تدمير التراث التاريخي والديني والثقافي تعتبر بمثابة محو لأثار مجموعة محمية بموجب القانون"، والسبب بحسب قول المحكمة أن "هذه الأفعال بحد ذاتها لا تؤدي إلى الدمار المادي أو البيولوجي لذات الجماعة"². يبدو جلياً أنه ليس للمحكمة رغبة للربط بين الاعتداءات التي يمكن أن تقع على الثقافة وبين فكرة الاعتداءات البدنية الواقعة على جماعة معينة. إن قرار محكمة ICTY السابقة بخصوص قضية *The Prosecutor v. Karadzic & Mladic* لا يبتعد كثيراً عن موقف بعض الفقه المؤيد لوجود جريمة الإبادة الثقافية. الدكتور David Nersessian يرى في تعريفه لهذا المفهوم بأن الإبادة الثقافية تمتد أكثر من تلك الهجمات على عناصر المجموعة المادية أو البيولوجية لتشمل القضاء على كل مؤسساتها بنطاق واسع. ويتم ذلك بطرق متنوعة غالباً ما تتضمن إلغاء لغة مجموعة، أو من خلال القيود المفروضة على ممارساتها لعاداتها التقليدية، ومن خلال تدمير المؤسسات الدينية أو اضطهاد رجال الدين، أو الهجمات على الأكاديميين والمثقفين. إن عناصر الإبادة الثقافية قد تتجلى عندما يتم تقييد الأنشطة الفنية والأدبية أو من خلال تدمير الكنوز الوطنية، والمكتبات والمحفوظات والمتاحف والقطع الأثرية أو مصادرتها³.

إذا أردنا أن نلخص النقاش السابق والمتعلق بموقف القضاء الدولي تجاه الإبادة الثقافية نستطيع أن نقول ما يلي: صحيح أن الدول استبعدت فكرة الإبادة الثقافية صراحة من اتفاقية 1948، لكن الأمور تطورت الآن وما يحدث اليوم من اعتداءات على الثقافة يعد أكثر خطورة من تلك التي كانت قد وقعت عند تبني الاتفاقية. باعتقادي لو كانت الدول التي رفضت فكرة الإبادة الثقافية عام 1948 قد شاهدت ما يحدث من انتهاكات

¹ "The destruction of mosques or Catholic churches is designed to annihilate the centuries-long presence of the group or groups. The destruction of the libraries is intended to annihilate a culture which was enriched through the participation of the various national components of the population. ICTY, *The Prosecutor v. Karadzic & Mladic*, Case Nos. ICTY-IT-95-5-R61, IT-95-18-R61, Re-view of the Indictments Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, 11 July 1996, para. 94

² ICJ, *The Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment ICJ Reports 2007, para. 344.

³ David Nersessian, "Rethinking Cultural Genocide Under International Law", *Human Rights Dialogue: "Cultural Rights"*, Spring 2005, http://www.carnegiecouncil.org/resources/publications/dialogue/2_12/section_1/5139.html

لثقافة في وقتنا الحاضر لكانوا قد تبنا موقف مغاير تماماً. ليس بالضرورة من وجهة نظري أن نفسر اتفاقية 1948 تفسير حربي وضيق في وقتنا الحاضر، فالظروف تغيرت والاعتداءات تنوعت. ففي قضية جان بول أكاييسو السابقة، وصفت المحكمة الجنائية الدولية لرواندا الاغتصاب بأنه وسيلة من وسائل الإبادة الجماعية، في حين لم يرد ذكر الاغتصاب صراحة في اتفاقية عام 1948، فوفقاً لقرار المحكمة الصادر في عام 1998، فإن العنف الجنسي يعتبر جزءاً من عملية التدمير التي تستهدف على وجه التحديد نساء التوتسي فضلاً عن تدمير الجماعة التي ينتمون إليها. ووصل قضاة المحكمة إلى استنتاج مفاده أن هذه الجرائم الجنسية لا تؤثر فقط على السلامة البدنية للضحايا ولكن أيضاً النفسية¹. وبالقياس على هذه الفكرة نستطيع أن نقول اليوم أن الاعتداءات الواقعة على ثقافة جماعة ما يمكن أن توصف بالإبادة الثقافية فيما لو توفرت الشروط الأخرى الواجب توافرها في جريمة الإبادة الجماعية.

الفرع الثاني: المحاكم الوطنية تعلن بوضوح إدانتها للاعتداءات الثقافية لكن تبقى مترددة حول مفهوم الإبادة الثقافية.

تكاد تكون إسرائيل من أولى الدول التي اعتبرت أن الاعتداء على التراث الثقافي بمثابة جريمة دولية عندما تبنت قانون لملاحقة النازيين الذين ارتكبوا جرائم الهولوكوست ضد اليهود في أوروبا. هذا القانون المسمى "The Nazis and Nazi Collaborators (Punishment) Law of 1950"، يعتبر بعض الأفعال، بما في ذلك "الجرائم ضد الشعب اليهودي"، "الجرائم ضد الإنسانية" و "جرائم الحرب التي ارتكبت خلال الفترة النازية" بمثابة جرائم يعاقب عليها بموجب القانون الإسرائيلي. كما يعتبر أن تدمير أو تدنيس المؤسسات الدينية أو الثقافية اليهودية بمثابة جريمة يعاقب عليه القانون الإسرائيلي. لقد طبق هذا القانون على القضية الشهيرة المعروفة بأسم: Eichmann Trial² حيث قالت المحكمة ما يلي: "مع صعود هتلر إلى السلطة، أصبح اضطهاد اليهود سياسة رسمية للدولة، وتم تبني قوانين ولوائح من قبل حكومة الرايخ حيث بوشرت أعمال العنف المنظم والمباشر ضد اليهود وكان الغرض من هذه الأعمال هي حرمان اليهود من حقوق المواطنين والحط من شأنهم وإدخال الخوف إلى قلوبهم لفصلهم عن بقية السكان والإطاحة بحياتهم الاقتصادية والثقافية"³.

¹ ICTR, *The Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Judgment, 2 September 1998, paras. 706-707, 731-734; ICTR, *The Prosecutor v. Kayishema & Ruzindana*, Case No. ICTR-95-1-T, Judgment, 21 May 1999, para. 108; ICTR, *The Prosecutor v. Musema*, Case No. ICTR-96-13-A, Judgment, 27 January 2000, para. 156.

² For more details about this case please see Hans Baade, "The Eichmann Trail: Some legal Aspects", *Duke Law Journal*, 1961.

³ "According to the Jerusalem District Court: "With the rise of Hitler to power, the persecution of Jews became official policy and assumed the quasi-legal form of laws and regulations published by the government of the Reich in accordance with legislative powers delegated to it by the Reichstag on March 24, 1933 and of direct acts of violence organised by the regime against the persons and property of Jews. The purpose of these acts carried out in the first stage was to deprive the Jews of citizens rights, to degrade them and strike fear into their hearts, to separate them from the rest of the inhabitants, to oust them from the economic and cultural life of the State and to close to them the source of livelihood". (emphasis added) (District Court Judgment, *Eichmann case*, 36 *ILR*, 1968, para. 56.

كذلك الأمر خلال محاكمات ما بعد الحرب العالمية الثانية، قد تم تسليط الضوء على الجوانب الثقافية من الإبادة الجماعية التي ارتكبتها نظام أدولف هتلر. فقد أنشأت الولايات المتحدة في المناطق الخاضعة لسيطرتها في مدينة نورمبيرغ الألمانية محكمة عسكرية أمريكية (وهي بالمناسبة تختلف عن المحكمة العسكرية الدولية المعروفة باسم محكمة نورمبيرغ) وفيها تم إجراء 12 محاكمة لقادة نازيين. إحدى تلك المحاكمات تثير انتباهنا لما لها علاقة بموضوع البحث وهي معروفة بقضية *Rusha* أو المعروفة رسمياً باسم *The United States of America vs. Ulrich Greifelt, and al.* في هذه القضية وجهت إلى المتهمين الأربعة عشر، وهم جميعاً أعضاء في المنظمة الإرهابية المعروفة باسم (SS)، تهمة المشاركة في "برنامج منهجي من الإبادة الجماعية" التي شملت أيضاً "القضاء وقمع الخصائص الوطنية¹. وفي قضية أخرى وجد Artur Greiser مذنباً لارتكابه "هجمات إبادة جماعية على الثقافة والتعليم البولندي" "Genocidal Attacks on polish culture and learning"². أما Amon Leopold Goeth فقد أدين بارتكاب جرائم إبادة بالجملة ضد اليهود وكذلك ضد البولنديين التي احتوت على كل الخصائص المميزة للإبادة البيولوجية، بالإضافة إلى تدمير الحياة الثقافية لهذه الأمم. "wholesale extermination of Jews and also of Poles which had all the characteristics of genocide of the biological meaning of this term, and embraced in addition destruction of the cultural life of these nations"³.

من جانبها، قالت المحكمة الدستورية الفدرالية الألمانية في قرار لها صدر في عام 2000 ما يلي: أن التعريف القانوني لإبادة الأجناس يجب أن يشمل عناصر أخرى للحماية القانونية. فعلى سبيل المثال، ان الوجود الاجتماعي للجماعة قد يتعرض للتدمير بطرق أخرى غير تلك المعروفة بديناً أو بيولوجياً... فنص القانون لا يفيد فقط انه يجب أن يتم تفسير نية المذنب على أنها تتوجه فقط لاستبعاد أعضاء الجماعة بديناً أو بيولوجياً وإنما يجب توسيع مفهوم التدمير بحيث يمتد ليشمل التدمير المرتبط بالهوية الثقافية للجماعة⁴.

في مقابل القضايا السابقة سلكت المحاكم الأمريكية منهجاً مغايراً، فقد أعلنت إحدى المحاكم رفضها الصريح لمفهوم الإبادة الثقافية. تعود القضية إلى عام 1999 عندما طالب شخص يدعى Beanal، معتمداً على

¹ United States v. Greifelt (*RuSHA Trial*), 5 *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals*, 1, 89 (1948). Note : RuSHA is a German acronym for *Rasse und Siedlungshauptamt* (Race and Resettlement Office). Mazal Library: <http://www.mazal.org/archive/nmt/04a/NMT04-C001.htm>

² Poland v. Artur Greiser, (1948) 13 LRTWC 70 (Supreme National Tribunal of Poland), pp. 112-114

³ Poland v. Goeth, (1946) 7 LRTWC 4 (Supreme National Tribunal of Poland).

⁴ Federal Constitution Court, 2BvR, 1290/99, 12 December 2000, para. 111-4-a. Mentioned by André Klip and Göran Sluiter, *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, Vol. II, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia 2005, p. 732. "The Federal Constitutional Court held that the limits of the extension of "destroy" to encompass non-physical and non-biological destruction are only exceeded when the intention to destroy relates solely to the cultural identity of a group. The term "destroy" may thus include other means of destruction pertaining to the destruction of a group as a social unit in its specificity, uniqueness and feeling of belonging"; see also Willam Schabas, "Developments in the Law of Genocide", in Fischer, Avril McDonald (ed.), *Year Book of International Humanitarian Law*, Vol. 5, Asser press, The Hague, 2002, p. 152

قانون يسمى¹ "Alien Tort Claims Act" باعتبار أن ما يتعرض له أبناء قبيلة Amungme والموجودين في غينيا الجديدة بمثابة إبادة ثقافية من قبل شركة Freeport للتعدين. فهو يرى بأن عمليات التنقيب عن المعادن التي تقوم بها الشركة السابقة أدت إلى تهجير أبناء القبيلة إلى أراضي أخرى وتدمير البيئة، كما ادعى أن الشركة Freeport تعمدت تدمير الأساس الثقافي والاجتماعي لتلك القبيلة من خلال تدمير مساكنهم ورموزهم الدينية، وهذا يشكل بحسب قول المدعي إبادة ثقافية. المحكمة من جانبها وعند العودة الى المادة الثانية من اتفاقية الإبادة الجماعية، رأت أن الإبادة تعني تدمير الجماعة وليس تدمير الثقافة. صحيح أن أفراد القبيلة السابقة بحسب المحكمة يشكلون جماعة محمية لكنها أضافت أن الإبادة تفترض أفعال متعمدة موجهة ضد شروط حياة الجماعة وتؤدي الى تدمير الجماعة بدنياً. من جانبها أيدت محكمة الاستئناف هذا القرار قائلة أن فكرة الإبادة الثقافية لم تحصل على قبول من المجتمع الدولي ولا يوجد نص صريح في القانون الدولي يؤيد ذلك. كما ذكّرت المحكمة بأن مشروع اقتراح إدماج الإبادة الثقافية في اتفاقية 1948 قد تم التخلي عنه².

المبحث الثالث: واجب الدول في مواجهة الإبادة الثقافية بشكل قاعدة ملزمة في القانون الدولي.

أذكّر بداية أنه وفي أول قرار صادر عن محكمة الجزاء الدولية الخاصة برواندا وتحديداً في قضية *Akayesu*³ أكد القضاة بأن اتفاقية الإبادة الجماعية لعام 1948 تشكل بكل تأكيد جزء لا يتجزأ من القانون الدولي العرفي وبالتالي لا تستطيع أية دولة غير عضو بتلك الاتفاقية أن تتذرع بأنها خارج منظومة الأمم المتحدة بهذا الشأن. وتجدر الإشارة هنا إلى أن قمع جريمة الإبادة الجماعية هي قاعدة أمرة أو ما يطلق عليه الفقه مسعى⁴ Jus Cogens. النتيجة المترتبة على ذلك أن حظر أعمال الإبادة الجماعية تلزم الدول في مواجهة المجتمع الدولي أو ما تسمى Erga Omnes.

بالمقابل هناك العديد من الاتفاقيات الدولية التي تهدف إلى حماية الثقافة أذكر منها الاتفاقية الخاصة بصون التراث العالمي الثقافي والطبيعي لسنة 1972. بموجب هذه الاتفاقية تعترف الدول الأطراف في الاتفاقية بان حماية التراث العالمي واجب على المجتمع الدولي بأكمله من غير مساس بالسيادة الوطنية وحقوق الملكية المنصوص عليها في التشريعات الوطنية. وعند العودة إلى الموقع الرسمي لمنظمة اليونسكو نجد قائمة تمثل التراث العالمي حالياً بحيث تشمل 890 موقعا طبيعيا وثقافيا، من تاج محل في الهند إلى مدينة طومبوكتو القديمة في مالي، مروراً بروائع طبيعية كالحاجز المرجاني الكبير في أستراليا، وصولاً إلى الأهرامات

¹ قانون Alien Tort Claims Act يسمح للأجانب المقيمين على الأراضي الأمريكية أن يرفعوا دعوى أمام القضاء الأمريكي في حالة وجود قوانين تنتهك المعايير الدولية أو الاتفاقيات الموقعة من قبل الولايات المتحدة.

² Beanal v. Freeport – MacMoran, 29 November 1999, CA 5th Cir; Mireille Delmas-Marty, *Criminalité Economique et Atteintes à la dignité de la Personne*, Fondation Maison des Sciences et de l'homme, Paris, 2001, p. 238. The decision Beanal v. Freeport – MacMoran is consultable via the following address: <http://www.utwatch.org/corporations/freeportfiles/filing.html>; Jean-Francois Flauss, "Competence civil Universelle et Droit International General", in Christian Tomuschat, Jean-Marc Thouvenin (ed.), *The Fundamental of International Legal Order, Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, 2006, p. 407

³ ICTR, *The Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Judgment, 2 September 1998, para. 495

⁴ *The Prosecutor v. Kayishema & Ruzindana*, Case No. ICTR-95-1-T, Judgment, 21 May 1999, para. 88.

في مصر، والبتراء الأردنية، منها 679 ممتلكا ثقافيا، و174 طبيعيا، و25 مختلطا، والمجموع موزع في 145 دولة طرفا في الاتفاقية¹. هذا بالإضافة إلى واجب حماية المكونات الرئيسية الأخرى للثقافة سواء كانت اللغوية أو الدينية.

لقد عاين المجتمع الدولي العديد من جرائم الإبادة الجماعية التي دمرت جماعات دينية وعرقية وسياسية وغيرها من الجماعات البشرية، لذلك فإن منع ومعاقبة مرتكبي هذه الجرائم تبقى غاية المجتمع الدولي بأسرة. لقد تبنت الجمعية العامة للأمم المتحدة في أول جلسات لها منذ تأسيسها القرار الشهير رقم 96 وفي هذا القرار ما زالت بعض العبارات حية حتى يومنا هذا. يقول القرار " أن إبادة الجنس البشري هي ان ترفض حق الوجود لجماعات إنسانية بالكامل [...] فمثل هذا الرفض يعطل الضمير الإنساني ويلحق خسارة كبيرة للإنسانية التي سوف تجد نفسها محرومة من المساهمات الثقافية لتلك الجماعات". أن هذا الرفض يشكل مخالفة صريحة للقانون الأخلاقي وروح أهداف الأمم المتحدة. بعض الفقرات من القرار تدعو الدول على اتخاذ إجراءات تشريعية لمواجهة هذه الجريمة ودعت إلى تعاون الدول على تسهيل قمع هذه الجريمة. اتفاقية منع الإبادة الجماعية من جانبها أكدت دون مباحثات كثيرة على اعتبار الإبادة الجماعية جريمة بمقتضى القانون الدولي، وتتعهد الدول بمنعها والمعاقبة عليها. القضاء الدولي من جانبه أكد على هذه الحقيقة في عدة قرارات صادرة عن محكمة العدل الدولية. فقد أكدت المحكمة في الفتوى الصادرة في 28 أيار 1951 في القضية المعروفة باسم "تحفظات بشأن اتفاقية مكافحة جريمة الإبادة الجماعية ومعاقبة مرتكبيها" بأن "المبادئ التي تقوم عليها الاتفاقية تعترف بها الأمم المتحدة على اعتبار أنها ملزمة للدول حتى بدون أي التزام بموجب الاتفاقية...". أما في الحكم الصادر في 5 شباط 1970 في القضية المتعلقة " بشركة برشلونة للجر والإنارة والطاقة المحدودة (المرحلة الثانية)، قامت المحكمة بالتمييز بين نوعين من الواجبات على عاتق الدول: التزامات الدول في مواجهة المجتمع الدولي بأسره والتزامات تنشأ في مواجهة دول أخرى. وفي هذا الشأن أكدت المحكمة أن طبيعة النوع الأول من الالتزامات تتعلق بكل الدول نظراً لأهمية الحقوق ذات العلاقة، فجميع الدول لها مصلحة بأن يتم احترام تلك الحقوق وهذا ما يسمى بالالتزامات في مواجهة كل الدول أو ما يسمى باللغة الأجنبية Obligations "Erga Omnes" لذلك فتعتبر جريمة الإبادة الجماعية من الجرائم التي ترتكب ضد الإنسانية جمعاء. من هنا فإن أي نقص في القواعد الخاصة بجريمة الإبادة الجماعية يتوجب إكمالها من خلال القواعد العامة الواردة في الاتفاقيات الدولية الأخرى المتعلقة بحقوق الإنسان. هذه الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان تعتبر من أهم القواعد التي تستطيع أن تضع حد للاعتداءات الواقعة على العناصر الرئيسية للإبادة الثقافية فيما لو تم احترامها حرفياً. لذلك من الضروري أن ندرس أثر الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان على منع الإبادة الثقافية (الفرع الأول)، ثم نبحث في العلاقة بين الإبادة الثقافية والتراث المشترك للإنسانية (الفرع الثاني). هذه الدراسة ينتج عنها نتيجة مفادها أن كثير من الدول اليوم تعامل الأقليات العرقية أو الدينية

¹ <http://www.unesco.org/ar/culture/>

معاملة فيها من التناقض ما يكفي للقول بأن هناك نوع من التحريض الضمني على ارتكاب إبادة ثقافية تجاه بعض الجماعات (الفرع الثالث).

الفرع الأول: احترام حقوق الإنسان يقتضي الاعتراف بوجود جريمة الإبادة الثقافية وتجرئها:

يعتبر عامي 1965 و 1966 من أهم الأعوام الدولية المتعلقة بوضع حقيقة المساواة بين الشعوب، بغض النظر عن اختلافها دينياً أو لغوياً أو حضارياً، موضع التطبيق من خلال رفض جميع أشكال التمييز العنصري. فالمادة الرابعة من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري¹ لعام 1965 تشجب جميع الدعايات والتنظيمات القائمة على الأفكار أو النظريات القائلة بتفوق أي عرق أو أية جماعة من لون أو أصل اثني واحد، أو التي تحاول تبرير أو تعزيز أي شكل من أشكال الكراهية العنصرية والتمييز العنصري، وتتعهد الدول الأعضاء بهذه الاتفاقية باتخاذ التدابير الفورية الإيجابية الرامية إلى القضاء على كل تحريض على هذا التمييز وكل عمل من أعماله، وتتعهد خاصة، تحقيقاً لهذه الغاية ومع المراعاة الحقة للمبادئ الواردة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان باعتبار كل نشر للأفكار القائمة على التفوق العنصري أو الكراهية العنصرية، وكل تحريض على التمييز العنصري وكل عمل من أعمال العنف أو تحريض على هذه الأعمال يرتكب ضد أي عرق أو أية جماعة من لون أو أصل أثني آخر، وكذلك كل مساعدة للنشاطات العنصرية، بما في ذلك تمويلها، جريمة يعاقب عليها القانون. في حين تحظر المادة 20 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام 1966² أية دعاية للحرب وتحظر بالقانون أية دعوة إلى الكراهية القومية أو العنصرية أو الدينية التي تحرض على التمييز أو العداوة أو العنف بين أبناء الشعب الواحد. فهذه المواد تعتبر من أهم المواد التي تهدف إلى المحافظة على حقوق الأقليات من كل أشكال الاعتداءات التي يمكن أن تقع على أفرادهم بما فيها الاعتداءات الواقعة على ثقافتهم. لذلك فإننا نرى أن الاعتداءات على ثقافة الأقليات يشكل انتهاكاً لمبدأ المساواة بين الشعوب (أولاً)، كما أن حرمان جماعات معينة الحق في التعبير عن مكونات ثقافتها يعتبر تمييزاً عنصرياً (ثانياً).

أولاً: الاعتداءات على ثقافة الأقليات تشكل انتهاكاً لمبدأ مساواة الشعوب:

إن مبدأي المساواة وعدم التمييز بين الشعوب يعتبران من أهم المبادئ المنصوص عليها في القانون الدولي. فقد وردت هذه المبادئ في ترسانة قانونية من الاتفاقيات والمعاهدات. أولى هذه الاتفاقيات هو ميثاق الأمم المتحدة الذي تم تبنيه عام 1945 والذي يؤكد في مادة الأولى الفقرة الثالثة والمادة 55 فقرة ج على تعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس جميعاً والتشجيع على ذلك بالتمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين. أما الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948 فقد أكد على مبدأ المساواة حيث نصت المادة الثانية على أن لكل

¹ اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2106 ألف (د-20) المؤرخ في 21 كانون الأول/ديسمبر 1965

² اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون/ديسمبر 1966. تاريخ بدء النفاذ: 23 آذار / مارس 1976، وفقاً لأحكام المادة 49

إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلان، دون أي تمييز، كالتمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين، ثم أكد في المادة السابعة منه أن كل الناس سواسية أمام القانون ولهم الحق في التمتع بحماية متكافئة دون أية تفرقة، كما أن لهم جميعاً الحق في حماية متساوية ضد أي تمييز يخل بهذا الإعلان وضد أي تحريض على تمييز كهذا.

العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية من جانبه أكد في المادة الثانية على تعهد كل دولة طرف في هذا العهد باحترام الحقوق المعترف بها فيه، وبكفالة هذه الحقوق لجميع الأفراد الموجودين في إقليمها والداخلين في ولايتها، دون أي تمييز بسبب العرق، أو اللون، أو الجنس، أو اللغة، أو الدين. أما المادة 27 فتعتبر من أهم النصوص الدولية التي تعمل على منع الإبادة الثقافية فيما لو تم احترامها حرفياً. فهي تشير بما لا يدع مجالاً للشك على أنه لا يجوز، في الدول التي توجد فيها أقليات إثنية أو دينية أو لغوية، أن يحرم الأشخاص المنتسبون إلى الأقليات المذكورة من حق التمتع بثقافتهم الخاصة أو المجاهرة بدينهم وإقامة شعائره أو استخدام لغتهم، بالاشتراك مع الأعضاء الآخرين في جماعتهم. والسؤال هو كيف يمكن للأقليات اللغوية أو الدينية أن تحمي ثقافتها إذا كان يمنع عليها استخدام لغتها الخاصة أو بناء مدارسها الخاصة أو طباعة الكتب الخاصة بتلك اللغة أو بناء دور العبادة لممارسة ما تؤمن به من روحانيات. أليس عدم توفير الدعم المادي والمعنوي يشكل تهديد لتلك الجماعات وبالتالي قد يبني أسوار من الكراهية بين أبناء الشعب الواحد ويعتبر بالتالي بداية التحرك نحو إبادة تلك الجماعة؟

ثانياً: حرمان جماعات معينة الحق في التعبير عن مكونات ثقافتها يعتبر تمييزاً عنصرياً:

الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري وضعت تعريفاً للتمييز العنصري، تُجمع عليه جميع الدول، على النحو التالي: "أي تمييز أو استثناء أو تقييد أو تفضيل يقوم على أساس العرق أو اللون أو النسب أو الأصل القومي أو الإثني ويستهدف أو يستتبع تعطيل أو عرقلة الاعتراف بحقوق الإنسان والحريات الأساسية أو التمتع بها أو ممارستها، على قدم المساواة، في الميدان السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي أو الثقافي أو في أي ميدان آخر من ميادين الحياة العامة". وفي هذا الشأن أطرحت الأسئلة التالية: "أليس تقديم الدعم المادي لثقافة جماعة ما دون جماعة أخرى داخل الدولة الواحدة يعتبر تمييزاً عنصرياً؟ أليس الاعتراف بأن الدولة لها لغة واحدة فقط كلغة رسمية في حين توجد لغات أخرى داخل الدولة يتكلمها فئات معينة من الشعب تمييزاً عنصرياً؟ أليس حرمان مجموعات معينة من ممارسة شعائرها الدينية تمييزاً عنصرياً؟ أليس منع جماعات لغوية معينة من تدريس أبنائهم لغة آبائهم وأجدادهم تمييزاً عنصرياً؟ أليس رفض السماح لتلك الجماعات ببناء مراكز خاصة بهم للقيام بممارسة نشاطات معينة مرتبطة بثقافتهم تمييزاً عنصرياً خاصة إذا كان يسمح لجماعات أخرى داخل نفس الدول القيام بذلك؟ وبناءً على ما سبق فإننا نؤمن بالحقيقة التالية وهي أن الدولة لا يجوز لها أن تفضل ثقافة جماعة على ثقافة جماعة أخرى، أو بمعنى أدق لا يجوز لها أن تقدم الدعم، بكل أشكاله سواء المادي أو المعنوي، لثقافة داخل الدولة الواحدة دون الثقافات الأخرى لأن ذلك من

وجهة نظرنا يشكل خروجاً على مبدأ المساواة بين أبناء الشعب الواحد كما يعتبر ذلك تمييز وتفضيل ثقافة على ثقافة أخرى. ان المعاملة التفضيلية لثقافة معينة دون ثقافة أخرى يعتبر تحريض على رفض الآخر وهذا بدوره يشجع على الكراهية وقد يؤدي إلى اتخاذ خطوات لاحقة قد تؤدي إلى إبادة الآخر المختلف في الثقافة. وبما أن الدين يعتبر جزء لا يتجزأ من الثقافة لا بل المكون الرئيسي لها فإن احترام الحرية الدينية بكل أشكالها ومكوناتها يعتبر جوهر الحرية الدينية وأية اعتداء عليها يعتبر جريمة دولية يجب وضع حد لها، لذلك جاء إعلان الأمم المتحدة بشأن القضاء على جميع أنواع وأشكال التعصب والتمييز القائمين على أساس الدين أو المعتقد لعام 1981 ليؤكد القضاء على مثل هذا التعصب بكل أشكاله ومظاهره، ومنع ومكافحة التمييز على أساس الدين أو المعتقد حسب منطوق المادة السادسة منه¹.

باعتقادي أن أية إجراءات من قبل الدول لحرمان أو عرقلة جماعات دينية داخل الدولة من الحقوق الواردة في المادة السادسة السابقة يمكن أن يعتبر مؤثر قوي على الاضطهاد التي يمكن أن تعانيه جماعة ما ويمكن بالتالي اعتباره إحدى الخطوات العملية لإبادة تلك الجماعة ثقافياً. قد لا تشكل الخطوات السابقة في حد ذاتها إبادة ثقافية لكنها يمكن الاعتماد عليها كدليل على توافر نية جرمية، وكما أشرنا سابقاً معتمدين على قرارات المحاكم الدولية أن النية الجرمية يمكن إثباتها بجميع الطرق.

الفرع الثاني: الإبادة الثقافية تعتبر التحدي الأكبر لمفهوم التراث المشترك للإنسانية:

لا بد أن نعترف أن حماية ثقافة الأقليات يعتبر من أهم الخطوات الرئيسية لحماية الشعب نفسه. إن العلاقة بين الثقافة وبين الشعب نفسه ركنان لا ينفصلان. فلا شعب بدون ثقافة ولا ثقافة بدون شعب. كما ان أي اعتداء على ثقافة شعب ما يشكل اعتداء على الشعب نفسه. فلكل ثقافة قيمة ومكانة ينبغي احترامها، والحفاظ عليها وتطويرها، كما أن كل الحضارات بتنوعها وتباينها، وبالتأثير المتبادل الذي يمارسه بعضها على البعض الآخر، تشكل جزءاً من تراث الإنسانية المشترك. لذلك ظهرت حقيقة لا مجال للنزاع فيها ألا وهي أن التنوع الثقافي هو جزء لا يتجزأ من كينونة الدول الأعضاء في المجتمع الدولي.

ان الأحكام المتعلقة بالتنوع الثقافي وممارسة الحقوق الثقافية الواردة في الوثائق الدولية تكاد تكون متعددة من حيث المكان أو الزمان أو المحتوى ونذكر من بينها اتفاق فلورنسا لسنة 1950، وبروتوكول نيروبي الخاص به لسنة 1976، والاتفاقية العالمية لحقوق المؤلف لسنة 1952، وإعلان مبادئ التعاون الثقافي الدولي لسنة 1966، والاتفاقية الخاصة بالتدابير الواجب اتخاذها لحظر ومنع استيراد وتصدير ونقل ملكية

¹مشمتملات الحرية الدينية بحسب المادة السادسة من الإعلان هي ما يلي: العبادة أو الاجتماع في إطار دين أو معتقد، وإقامة وصيانة أماكن لهذه الأغراض، إقامة وصيانة المؤسسات الخيرية أو الإنسانية المناسبة، صنع واقتناء واستعمال الأدوات والمواد الضرورية المتعلقة بطقوس أو عادات دين أو معتقد، على أن يكون ذلك بشكل مناسب، كتابة ونشر وتوزيع المنشورات ذات الصلة في هذه المجالات، تعليم الدين أو المعتقد في أماكن مناسبة لهذه الأغراض، التماس وتلقي مساهمات طوعه، مالية وغيرها، من الأفراد والمؤسسات، تدريب وتعيين وانتخاب أو تخليف الزعماء المناسبين حسب متطلبات ومعايير أي دين أو معتقد، مراعاة أيام الراحة والاحتفال بالأعياد والشعائر وفقاً لمبادئ دين الفرد أو معتقده، إقامة وإدامة الاتصالات بالأفراد والجماعات بشأن أمور الدين أو المعتقد على المستويين القومي والدولي.

الممتلكات الثقافية بطرق غير مشروعة لسنة 1970، والاتفاقية الخاصة بصون التراث العالمي الثقافي والطبيعي لسنة 1972، والتوصية الخاصة بأوضاع الفنان لسنة 1980، والتوصية الخاصة بصون الثقافة التقليدية والشعبية لسنة 1989. هذه الاتفاقيات السابقة توجت بجهد دولي أدى إلى توقيع اتفاقية دولية لحماية وتعزيز تنوع أشكال التعبير الثقافي لعام 2005. لقد أقرّ المؤتمر العام لليونسكو المنعقد في باريس في عام 2005 (148 صوتاً، مقابل صوتين ضد، وأربعة أصوات ممتنعة) الاتفاقية الدولية بشأن حماية تنوع جميع أشكال التعبير الثقافي وتشجيعه والتي دخلت حيز التنفيذ في عام 2007 بعد تصديق الدولة الثلاثين عليها، وتشكل الاتفاقية أهم وثيقة قانونية دولية بخصوص حماية التعددية الثقافية.

كما هو واضح من عدد الدول المؤيدة أن غالبية الدول تجتمع حول الأفكار الواردة في الإتفاقية. ان هذه الاتفاقية تعزز الفكرة الواردة في الإعلان العالمي لليونسكو بشأن التنوع الثقافي، المعتمد بالإجماع في عام 2001، بأن التنوع الثقافي يجب أن يُعتبر "تراث مشترك للإنسانية" وان "حمايته يجب ان تشكّل واجباً أخلاقياً لا يمكن فصله عن احترام كرامة الإنسان". مما لا شك فيه أن التنوع الثقافي هو سمة مميزة للبشرية. قد لا تكون هذه الاتفاقية قد أشارت بشكل مباشر إلى مفهوم الإبادة الثقافية لكن غالبية المواد تنطرق إلى الإبادة الثقافية بشكل غير مباشر، فالعلاقة وثيقة جداً بين نصوص الاتفاقية وبين الإبادة الثقافية. تقوم الاتفاقية على مجموعة من الأهداف اذكر منها حماية وتعزيز أشكال التعبير الثقافي. ويقصد بالحماية حسب الاتفاقية إلى اعتماد تدابير ترمي إلى حفظ تنوع أشكال التعبير الثقافي وصونه والارتقاء به. كما أن تهيئة الظروف التي تكفل ازدهار الثقافات وتفاعلها مع بعضها البعض وتشجيع الحوار بين الثقافات من أجل مد الجسور بين الشعوب يعتبران ضروريان لحماية التنوع الثقافي. لقد ربطت الاتفاقية بين التنوع الثقافي واحترام حقوق الإنسان، فالإعمال الكامل لحقوق الإنسان لا يمكن تحقيقه دون احترام التنوع الثقافي. ومن أهم الأفكار التي أكدتها هذه الاتفاقية على تساوي جميع الثقافات في الكرامة والاحترام بما فيها ثقافة الأشخاص المنتمين إلى الأقليات وثقافات الشعوب الأصلية. كما انه لا يمكن الارتقاء بالثقافة دون أن يكون للجميع الحق بالتعبير عن ثقافته من خلال وسائل النشر المسموحة. أن السماح لطائفة ما بالتعبير عن ثقافتها من خلال وسائل الإعلام المسموعة أو المرئية دون طائفة أخرى يعتبر بطريقة غير مباشرة رفض للآخر وتحريض على عدم قبول الثقافات الأخرى داخل الدولة. أن القانون الدولي يؤكد على مبدأ تساوي جميع الثقافات سواء في الكرامة أو الاحترام. فأى احترام هذا الذي نقدمه لأقلية ثقافية ما داخل الدولة إذا ما رفضنا تقديم الدعم المادي لها أو منعناها من التعبير عن ثقافتها بالطرق السلمية أو حاربنا وجودها من خلال منعها من إصدار المنشورات الخاصة بها أو عدم السماح لها باستخدام لغتها الخاصة. فإذا كان القانون الدولي بما فيه ميثاق الأمم المتحدة قد أعطى الدول الحق في أن تكون صاحبة سيادة في صياغة وتنفيذ سياساتها الثقافية إلا أن هذا الحق ليس مطلقاً لأن تطبيق هذه السياسات لا يجوز أن يكون متعارضاً مع أحكام الاتفاقية. فلا يجوز منع أقلية ثقافية من حق ممارسة جميع المظاهر التي تتعلق بتلك الثقافة طالما تتماشى مع النظام العام في الدولة ولا يجوز كذلك ان

يكون هناك معاملة تفضيلية لثقافة على حساب ثقافة أخرى. ان حماية جميع أشكال التعددية الثقافية يقتضي من وجهة نظرنا معاملتها على قدم المساواة مع التعددية العرقية وبالتالي يجب اعتبار أن أي اعتداء على ثقافة جماعة ما، سواء كان الاعتداء على واقع على اللغة أو المؤسسات الثقافية أو الدينية، مؤشر خطير جداً ويجب ان تتعامل معه الدولة بكل جدية وان يتم اعتباره جريمة إبادة ثقافية.

على أساس ما ذكر حتى الآن فيما يتعلق بأهداف الاتفاقية أستطيع أن أقول أن هذه الاتفاقية وان كانت لا تشير إلى حظر الإبادة الثقافية إلا أن كثير من بنودها تلعب دوراً مهماً في منع تلك الإبادة. هذه الاتفاقية تنشأ التزامات قانونية على عاتق الدول التي صدقت عليها، لان التصديق يجعل من بنود الاتفاقية جزءاً من النظام القانوني للدولة ويجعلها ملتزمة بتنفيذ بنودها، من حيث حماية جميع الثقافات داخل الدولة ومعاملتها على قدم المساواة لتحقيق التوازن بينها.

لقد أشرنا سابقاً إلى إعلان الأمم المتحدة حول حقوق الشعوب الأصلية لعام 2007، واشرنا إلى أنه تم استبدال صريح لعبارة الإبادة الثقافية بعبارة الاستيعاب القسري. وهنا وعلى الرغم من هذا الاستبدال فيتوجب ملاحظة أمر هام فالموضوع بحاجة إلى تحليل أعمق. لكن قبل التحليل يتوجب الإشارة إلى أن هذا الاستبدال الصريح للعبارات أو بمعنى أدق أسلوب تغيير ألوان الكلمات تم إتباعه من قبل رئيس وزراء أستراليا "كيفين رود" عندما قدم الاعتذار التاريخي للسكان الأصليين عن سياسات "الاستيعاب" السابقة، التي انتزع بمقتضاها أطفال للسكان الأصليين من عائلاتهم لتندسثهم وسط أسر للبيض. علماً بأن تقرير لجنة التحقيق الوطنية التي تم إنشائها لغايات الموضوع السابق في عام 1997 وصفت في تقريرها أن ما تعرض له أطفال السكان الأصليين هو "عنصرية منظمة وإبادة ثقافية"¹.

عند قراءة بنود إعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الشعوب الأصلية، الذي اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 295/61، المؤرخ في 13 أيلول/سبتمبر 2007²، نجد انه أكد على جذر جميع المشاكل الدولية ألا وهو عدم الاعتراف بالآخر. فهو يشدد على حق جميع الشعوب في أن تكون مختلفة وفي أن تعتبر نفسها مختلفة وفي أن تحترم بصفتها هذه. هذا الإعلان يشكل بتصوري أهم وأعظم منجزات الحضارة القانونية ليس فقط لأنه يعترف بحقوق السكان الأصليين وإنما لأنه يؤكد على أهمية التنوع الثقافي في إثراء الحضارات والثقافات التي تشكل تراث الإنسانية المشترك. لقد وردت كلمة "ثقافة" بمشتقاتها 30 مرة في هذا الإعلان وهذا يدل على أهميتها بنظر المجتمع الدولي باعتبارها أهم الركائز التي يتوجب على الدول المحافظة عليها. فبعد ان أكد الإعلان في البند الخامس منه على حق الشعوب الأصلية في الحفاظ على مؤسساتها السياسية والقانونية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية المتميزة وتعزيزها، جاء في المادة السابعة ليؤكد على الحق الجماعي

¹HREOC, Bringing p.266. note: Ana Filipa Vrdoljak, *International Law, Museums and the Return of Cultural Objects*, Cambridge, London, 2006, p. 295

² وثيقة الأمم المتحدة A/RES/61/295. لقد أعتد الإعلان بأغلبية 144 دولة مع مقابل 4 أصوات ضد (الولايات المتحدة، كندا، أستراليا ونيوزلندا) وامتناع 11 دولة عن التصويت.

للشعوب الأصلية في ان تعيش في حرية وسلام وأمن بوصفها شعوبا متميزة وألا تتعرض لأي عمل من أعمال الإبادة الجماعية أو أي عمل آخر من أعمال العنف، بما فيها النقل القسري لأطفال المجموعة إلى مجموعة أخرى.

الفرع الثالث: انتهاك حقوق الإنسان الثقافية يشكل تحريضا ضمنيا لارتكاب الإبادة الثقافية:

يقول الكاتب "Marcel Goncalves" أنه "إذا كانت ثقافة ما لا تستوعب ثقافة أخرى فنحن لا ندمر فقد العناصر الثقافية لتلك الثقافة أو حتى النظام الثقافي لها وإنما أبعد من ذلك فنحن نقضي على روح ذلك الشعب ونمارس إبادة ثقافية"¹. أسوق هذه المقدمة وأطرح التساؤلات التالية: هل يعتبر التمييز بين أبناء الشعب الواحد في المعاملة اتجاه الأقليات العرقية والدينية نوعا من التحريض على الإبادة الثقافية لتلك الجماعة. هل عدم السماح لبعض الأقليات اللغوية بتدريس لغتها الأم لأبنائها بمثابة تحريض لارتكاب تلك الجريمة. الأسئلة كثيرة في هذا الخصوص، لكننا نكتفي بما طرحناه من أسئلة خلال هذا البحث. قد تبدو تلك الأسئلة غريبة من قبل البعض لكنني أرى أن الموضوع يحتاج إلى تأمل أعمق

فيما يتعلق بجريمة الإبادة الجماعية، تنص المادة 27 فقرة 3 (هـ) من نظام روما الأساسي لعام 1998 على أنه يسأل الشخص جنائياً ويكون عرضة للعقاب في حالة التحريض المباشر والعلني على ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية. هذه المسألة وردت أيضاً في النظام الأساسي لمحكمة رواندا حيث جاء في المادة 2 فقرة 3 (C) أن التحريض المباشر والعلني يعتبر جريمة بحد ذاتها ويستحق فاعلها العقاب. وهذا ما جاء كذلك في المادة 4 فقرة 3 (C) من النظام الأساسي لمحكمة يوغسلافيا السابقة. إن مدرسة القانون المدني أو التي تسمى فقهيياً بالمدرسة (الروماني-الجرماني) تعتبر أن التحريض كما لو كان فعل التواطؤ، لكن القانون الأنجلو-ساكسوني أو ما يسمى Common law يعتبر أن التحريض بمثابة جريمة قائمة بذاتها ومن هنا يظهر مدى تأثير المدرسة الأنجلو-ساكسونية على المحاكم الجنائية الدولية.

لكن ماذا يعني التحريض المباشر والعلني وما علاقته بمفهوم الإبادة الثقافية حسب هذه الدراسة. مواقف المحاكم الدولية تجاه هذا السؤال يسمح لنا بالإجابة على كثير من الأسئلة التي تدور في ذهننا بهذا الخصوص. الدائرة الابتدائية الأولى للمحكمة الدولية لرواندا في قضية أكايسو عرفت التحريض بأنه التحفيز المباشرة للجاني أو الجناة على ارتكاب الإبادة الجماعية، سواء من خلال الخطب، أو الصياح أو التهديدات التي ينطق بها في الأماكن العامة أو اجتماعات، إما عن طريق الكتابات والمواد المطبوعة التي تباع أو توزع في الأماكن العامة أو الاجتماعات العامة أو من خلال اللافتات أو الملصقات أو بأي وسيلة أخرى للاتصال السمعي البصري². إن العنصر المباشر للتحريض يعني أن التحفيز يجب أن يأخذ شكل مباشر ويحث الغير لارتكاب عمل إجرامي

¹ Marcel Goncalves, "Angola, Métissage culturel", *Spiritus*, No. 93, 1983, p. 387

² ICTR, *The Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Judgment, 2 September 1998, para. 559; ICTR, Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza and Hassan Ngeze. Case No. ICTR-99-52-T. Judgement and Sentence. 3 December 2003, para.1017

اتجاه الغير، في حين أن مجرد اقتراح غامض وغير مباشر غير كاف ليشكل تحريض مباشر¹. بالمقابل فإن قضاة محكمة رواندا يذكرون بأن التحريض قد يكون مباشراً ولكن قد يكون ضمناً². ومع ذلك، فإنهم يرون أنه من المناسب لتقييم التحريض المباشر أن يكون على ضوء المعطيات الثقافية واللغوية³.

أريد أن أنبه على خطورة التعامل التي قد تقوم به بعض الحكومات في مواجهة بعض الأقليات العرقية أو اللغوية أو الدينية والمتعلقة جميعها بالثقافة. قد لا تؤدي هذه السياسات إلى نتيجة مباشرة لارتكاب إبادة ثقافية. إن التحريض المباشر والعلني لا يعني بالضرورة حدوث اعتداءات مباشرة ضد بعض تلك الأقليات، فالتصرف بحد ذاته يعتبر من وجهة نظرنا مخالف للقانون الجنائي الدولي⁴. القضاء الدولي يؤكد بوضوح هذه الحقيقة⁵، فالنتيجة الجرمية ليست ضرورية لاعتبار الفعل مجرماً⁶.

خاتمة

إن التمييز العنصري وعدم المساواة يعتبران من أهم المشاكل التي تواجه المجتمعات كما أنهما يعتبران من أهم التحديات التي تواجه حقوق الإنسان. لقد كانت العبودية المنتشرة في الولايات المتحدة ومجازر الهولوكوست في أوروبا والتمييز العنصري في جنوب إفريقيا وجرائم الإبادة الجماعية في رواندا من أكثر الأمثلة الحية على هذه الحقيقة. الكل يعلم ما مدى الآثار الكارثية للتمييز العنصري على البشرية لذلك فقد تبني المجتمع الدولي الكثير من الترسانات القانونية الضرورية لوقف هذا التحدي الكبير منها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي الخاص بالحقوق السياسية والمدنية والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان والميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان. لكن لا بد من الاعتراف بأن التحدي الحالي كبير جداً والوسائل القانونية الحالية قد لا تكون كافية لمواجهة هذا التحدي. نحن بحاجة إلى أجهزة رصد لمواجهة الجرائم الدولية وعلى رأسها جريمة الإبادة الجماعية. إن اتفاقية 1948 لها هدف ثنائي واضح قائم على المنع والقمع. قد يكون الهدف القائم على القمع هو الهدف الأكثر وضوحاً لكن واجب القمع يجب أن يعطى له أهمية عظمى بحيث يتم استباق تلك الجرائم قبل وقوعها. ويمكن اعتبار الاعتداءات التي تقع على الثقافة بمدلولها الواسع من أهم المؤشرات التي يمكن من خلالها استباق تلك الجرائم. نحن نؤمن أنه، في ظل عدم وجود نص قانوني واضح متعلق بالإبادة الثقافية، يجب أن يتحرك المجتمع الدولي سريعاً لإقرار نص يجرم الإبادة الثقافية بحيث تشمل تلك الجريمة ما يلي:

¹The Prosecutor v. Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T, Judgment, 2 September 1998, para. 557.

²The Prosecutor v. Eliezer Niyitegeka, Case No. ICTR-1996-14-A, Judgment, 16 May 2003, para. 431.

³ICTR, The Prosecutor v. Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T, Judgment, 2 September 1998, paras. 557-558.

⁴Roger Merleand André Vitu, *Traité de Droit Criminel*, Tome I, Cujas, Paris, 1997, pp. 514-517.

⁵The Prosecutor v. Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T, Judgment, 2 September 1998, para. 551.

⁶The Prosecutor v. Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T, Judgment, 2 September 1998, para. 558.

1. النقل الجبري للأطفال من جماعة إلى جماعة أخرى: إن عملية فصل الأطفال عنوة عن والديهم يؤدي بالنتيجة أن نرفض على الأطفال ثقافة أخرى تختلف عن ثقافة آبائهم وهذا بدوره ينزع الأطفال من جزورهم،

2. الاعتداءات المتكررة على رجال الدين ورجال التعليم من أساتذة ومفكرين وغيرهم، كما أن الاعتداءات على المراكز الثقافية والدينية لجماعات معينة يشكل تهديد صريح للعناصر الرئيسية لتلك الجماعة. فالحياة الثقافية للجماعة تحتاج تلك العناصر من أجل المحافظة على استقرارها واستمرار ديمومتها،

3. إن منع تدريس لغة جماعة معينة في المدارس يعتبر من أكثر الصور التي تشكل إبادة ثقافية، كما أن منع أفراد تلك الجماعة من التكلم بلغتهم الخاصة يعتبر من أهم المؤشرات التي قد تؤدي الى إبادة ضد تلك الجماعة،

4. التدمير المتعمد للمطبوعات اللغوية لجماعة معينة بما فيها التاريخية أو الدينية أو الفنية يعمل بكل تأكيد على القضاء على كل ما يمكن أن يحافظ على ديمومة تلك الجماعة.

إذا كانت الإبادة الجماعية بمفهومها البدني والبيولوجي تعتبر من أشنع الجرائم التي عرفتها البشرية، فإن الإبادة الثقافية يجب أن تعتبر كذلك. إذا كانت الإبادة الجماعية تعتبر جريمة الجرائم crime of crimes فلا بد من توسيع مفهوم التعريف الإبادة الوارد في اتفاقية 1948 ليشمل أيضاً الإبادة الثقافية¹. هذه الاتفاقية لم تعترف بالإبادة الثقافية كفعل جرمي يندرج في إطارها، لكن الاعتداءات الموجهة مباشرة ضد المؤسسات الثقافية والدينية والمرتبطة بالقتل قد تعكس وجود نية لارتكاب جريمة إبادة وليس مجرد جريمة عادية موجة ضد بعض المؤسسات الثقافية. فكلما كان عدد المؤسسات الثقافية والدينية المعتدى عليها أكبر كلما برزت نية أوضح لارتكاب جريمة إبادة، وكلما كانت سياسة الدولة تجاه الأقليات تمتاز بالتمييز الثقافي كلما كان هناك تحريض مستقبلي على حدوث اضطرابات قد تؤدي الى إبادة تلك الجماعة. إن هذا الاستبعاد أدى من وجهة نظرنا الى نتائج قانونية غير موفقة. لذلك لا بد من تطوير قواعد القانون الدولي المتعلقة بالإبادة الثقافية، لكن هذا التطوير يحتاج أن يغير المجتمع الدولي بنظرته تجاه هذا النوع من الجرائم، فالقانون كما يقول أرسطو هو ترجمة لحالة المجتمع².

إن مواجهة الإبادة الثقافية يساعد بل تأكيد على وقف الإبادة البدنية والبيولوجية للجنس البشري المنصوص عليها في اتفاقية 1948. لا نستطيع ان ننكر ان تدمير جماعة معينة قد يحصل من خلال التدمير البدني أو البيولوجي ولكن أيضاً من خلال تدمير المؤسسات التعليمية والثقافية الذي يشكل تدميرها الخطوة

¹Larry May, *Genocide: A Normative Account*, Cambridge, 2010, p. 104

²René Jean Dupuy, *Dialectiques du droit international souveraineté des états, communauté internationale et droits de l'humanité*, Pedone, Paris, 1999, pp. 243-246

الأولى لتدمير تلك الجماعة. لهذا السبب لا بد للقانون الدولي أن يتطور بسرعة من أجل مواجهة هذا الفراغ التشريعي المقصود. الأمين العام للأمم المتحدة دعا المجتمع الدولي في عام 2006 إلى اتخاذ مجموعة من الإجراءات الوقائية لا سيما من خلال التحذير من أية وضعيات قد تؤدي إلى ارتكاب إبادة لجماعة بشرية معينة بالقول: "... أن قدرة المجتمع الدولي في اتخاذ إجراءات وقائية لا بد من تعزيزها كذلك لا بد من تعزيز قدرتها على اتخاذ إجراءات سريعة لازمة للتعامل مع الانتهاكات الخطيرة لحقوق الإنسان التي يمكن أن تتحول إلى إبادة جماعية. " لهذا السبب ومن أجل منع أية إبادة إنسانية في المستقبل لا بد من أن نعتبر أن أية اعتداءات متعمدة على ثقافة جماعة ما بمثابة مؤشر خطير نحو ارتكاب إبادة إنسانية. إن المجموعة البشرية التي تنتمي لعرق معين أو قومية معينة أو دين معين لا يمكن المحافظة على وجودها دون ترابطها المعنوي والروحي، لذلك فإن الدول يتوجب عليها التحرك سريعاً نحو إقرار سريع لمفهوم الإبادة الثقافية واعتبارها جزء لا يتجزأ من منظومة القانون الدولي. أن الإنسانية ليست بحاجة إلى اتفاقية عرجاء، فما الفائدة من اتفاقية تعاقب ولا تتخذ ما يكفي للوقاية من وقوع تلك الجرائم. تجريم الاعتداءات الواقعة على الثقافة أصبح اليوم ضرورة ملحة بحاجة إلى تدخل سريع.

المراجع الأجنبية

1. Adam Jones, *Genocide: A Comprehensive Introduction*, Routledge, London, 2011
2. Alexander Laban Hinton, *Genocide: An Anthropological Reader*, Blackwell, USA, 2002, p. 31
3. Ana Filipa Vrdoljak, *International Law, Museums and the Return of Cultural Objects*, Cambridge, London, 2006, p. 295
4. André Klip and Göran Sluiter, *Annotated Leading Cases of International Criminal Tribunals*, Vol. II, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia 2005, p. 732.
5. Anna-maria Lukacs, *Les Droits de L'Homme dans l'Ombre de la Diplomatie Internationale*, Institut des Droits de l'Homme Lyon - Master 2 Théorie et pratiques des Droits de l'Homme, 2007-2008, p.32
6. Anne-Marie de Brouwer, Sandra Ka Hon Chu, Samer Muscati, Stephen Lewis, *The Men Who Killed Me: Rwandan Survivors of Sexual Violence*, Douglas and McIntyre, Vancouver, 2009, p. 165;
7. Anne-Marie de Brouwer, *Supernational Criminal Prosecution of Sexual Violence: The ICC and the practice of ICTY and ICTR*, Intersentia, Antwerp/Oxford, 2005, p. 41;
8. Anne-Marie La Rosa, *Dictionnaire de droit international pénal, termes choisis*, PUF, Paris, 1998, p.47

9. David Nersessian, "Rethinking Cultural Genocide Under International Law", *Human Rights Dialogue: "Cultural Rights"*, Spring 2005,
10. Deborah Cowen and Emily Gilbert, *War, Citizenship, territory*, Routledge, London, 2008, p. 25
11. Gaetano Pentassuglia, *Minorités en Droit International*, Conseil de l'Europe, Allemagne, 2004, pp.83-85.
12. Hirad Abtahi and Philippa Webb, *The Genocide Convention: The Travaux Préparatoires*, Martinus, Netherland, 2008;
13. Jean-Francois Flauss, "Competence civil Universelle et Droit International General", in Christian Tomuschat, Jean-Marc Thouvenin (ed.), *The Fundamental of International Legal Order, Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, 2006, p. 407
14. Jean-Michel Chaumont, *La Concurrence des Victimes : Génocide, Identité et Reconnaissance*, La Découverte, Paris, 2002, p. 208.
15. Jean-Michel Chaumont, *La Concurrence des Victimes : Génocide, Identité et Reconnaissance*, La Découverte, Paris, 2002, p. 208. ; Yosef Ben-Jochannan, *Cultural Genocide in the Black and African Studies Curriculum*, Black Classic Press, Baltimore, 2004;
16. Joe Verhoeven, "Le Crime de Génocide : Originalité et Ambiguïté", *Revue Belge de Droit International*, 1991, p. 6
17. Jonathan Watts, "Tibetans Fear Cultural Genocide' Will Follow Chinese Railway", *Guardian*, 1 July 2006.
18. Larry May, *Genocide: A Normative Account*, Cambridge, 2010, p. 104
19. Machteld Boot, *Nullum Crimen Sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court: Genocide, Crimes against Humanity, War Crimes*, Intersentia, Antwerp/Oxford, 2002, p. 439;
20. Marcel Goncalves, "Angola, Métissage culturel", *Spiritus*, No. 93, 1983, p. 387
21. Mireille Delmas-Marty, *Criminalité Economique et Atteintes à la dignité de la Personne*, Fondation Maison des Sciences et de l'homme, Paris, 2001, p. 238.
22. Nicolas Tournadre, "Le bilinguisme tibétain-chinois : Situation et Enjeux", *Perspective Chinoises*, n°74, Novembre-Décembre 2002, pp.31-38 ;

23. Oxford: paperback Dictionary, Third Edition 1988, p. 219; Merriam Webster's Collegiate Dictionary, tenth Edition 1993, p. 314.
24. Paul Isaac, "The Assault on Assyrian Christians", *International Herald Tribune*, 8May 2007.
25. Raphael Lemkin, "Genocide as a Crime under International Law" *American Journal of International Law*, Vol. 41, No. 1, 1947.
26. Raphael Lemkin, "Genocide", *American Scholar*, Volume 15, no. 2, April 1946;
27. Raphael Lemkin, "Genocide: Modern Crime", *Free World*, Vol. 4, April 1945;
28. Raphael Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe: Analysis, Proposals for Redress*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington, 1944, P. 79-95.
29. René Jean Dupuy, *Dialectiques du droit international* souveraineté des états, communauté internationale et droits de l'humanité, Pedone, Paris, 1999, pp. 243-246
30. Robert Jaulin, *La Paix Blanch, Introduction a l'ethnocide*, Seuil, Paris, 1970; Anne-Marie La Rosa et Santiago Villalpando: "Nouveau regard sur la définition de la Convention sur le genocide", in K. Boustany et D. Dormoy (ed.), *Génocide(s)*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 79;
31. Roger Merle and André Vitu, *Traité de Droit Criminel*, Tome I, Cujas, Paris, 1997, pp. 514-517.
32. Roger Normand, Sarah Zaidi, *Human Rights at the UN: The Political History of Universal Justice*, Indiana University Press, Bloomington, 2008, p. 252
33. Samantha Power, "How to stop genocide in Iraq", *Los Angeles Times*, 5 March 2007; Massimo Calabresi, "Is Iraq Headed for Genocide?", *Los Angeles Times*, 29 November 2006.
34. Sienho Yee and Jacques-Yvan Morin, *Multiculturalism and International Law, Essays in Honour of Edward McWhinney*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 2009, p. 182
35. Spanish Yearbook of International Law, Volume IV, 1995-1996, p. 24 ;
36. Willam Schabas, "Developments in the Law of Genocide", in Fischer, Avril McDonald (ed.), *Year Book of International Humanitarian Law*, Vol. 5, Asser press, The Hague, 2002, p. 152
37. William A. Schabas, *Genocide in International Law* 185 (2000);
38. William Schabas, "Les droits des minorités: Une déclaration inachevée", in *Déclaration Universelle des Droits de l'Homme 1948-98, Avenir d'un Idéal Commun*, La Documentation Française, Paris, 1999, pp. 223-242
39. *Yearbook of the International Law Commission* 1996, Vol. II, Part Two, pp. 45-46, para. 12.)

قرارات المحكمة الخاصة لمحاكمة مجرمي الحرب الرواندية ICTR

1. ICTR *The Prosecutor v. Eliezer Niyitegeka*, Case No. ICTR-1996-. 14-A, Judgment, 16 may 2003, para. 431.
2. ICTR, *The Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Judgment, 2 September 1998, para.728 ;
3. ICTR, *The Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Judgment, 2 September 1998.
4. ICTR, *The Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Judgment, 2 September 1998, para. 559;
5. ICTR, *The Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza and Hassan Ngeze*. Case No. ICTR-99-52-T. Judgement and Sentence. 3 December 2003, para.1017
6. ICTR, *The Prosecutor v. George Rutaganda*, Case No. ICTR -96-3, 6 December 1999, para. 51
7. ICTR, *The Prosecutor v. Kayishema & Ruzindana*, Case No. ICTR-95-1-T, Judgment, 21 May 1999, para. 538;
8. ICTR, *The Prosecutor v. Kayishema & Ruzindana*, Case No. ICTR-95-1-T, Judgment, 21 May 1999, para. 108;
9. ICTR, *The Prosecutor v. Musema*, Case No. ICTR-96-13-A, Judgment, 27 January 2000, para. 933.
10. ICTR, *The Prosecutor v. Semanza*, Case No. IC
11. TR-97-20-T, Judgment, 15 May 2003, para. 315 ;
12. ICTR, *The Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Judgment, 2 September 1998;
13. ICTR, *The Prosecutor v. Karemera (Karemera Amended Indictment)*, Case No. ICTR- 98-44-I, Amended Indictment, February 2005.

قرارات المحكمة الخاصة لمحاكمة مجرمي الحرب اليوغسلافية ICTY

1. ICTY, Case No. ICTY-IT-95-10-A, Judgment, 5 July 2001, para. 47 ;
2. ICTY, Case No. IT-95-8-T, Judgment on Defence Motions to Acquit, September 2001, para. 61 ;
3. ICTY, Case Nos. ICTY-IT-95-5-R61, IT-95-18-R61, Re-view of the Indictments Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, 11 July 1996, para.94.
4. ICTY, *Prosecutor v. Blaskic*, Case No. ICTR-IT-95-14-T, 3 Mars 2000, para. 425.
5. ICTY, *The Prosecutor v. Jelusic*, Case No. ICTY- IT-95-10-A, Judgment, July 2001, para. 47;
6. ICTY, *The Prosecutor v. Kajelijeli*, Case No. ICTR-98-44A-T, Judgment, 1 December 2003, para. 808.
7. ICTY, *The Prosecutor v. Karadzic & Mladic*, Case Nos. IT-95-5-R61, IT-95-18-R61, Re-view of the Indictments Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, 11 July 1996, para. 93;
8. ICTY, *The Prosecutor v. Karadzic & Mladic*, Case Nos. ICTY-IT-95-5-R61, IT-95-18-R61, Re-view of the Indictments Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, 11 July 1996, para.94.
9. ICTY, *The Prosecutor v. Krajisnik*, Case No. ICTY-IT-00-39-T, Judgment, 27 December 2006, para: 854.
10. ICTY, *The Prosecutor v. Krstić*, Case No. ICTY-IT-98-33-A, 19 April 2004, para. 53, (partial dissenting opinion of Judge Shahabuddeen).
11. ICTY, *The Prosecutor v. Krstic*, Case No. ICTY-IT-98-33-T, Judgment, 2 August 2001, para. 580 ;
12. ICTY, *The Prosecutor v. Sikirica, Dosen & Kolundzija*, Case No. ICTY-IT-95-8-T, Judgment on Defence Motions to Acquit, 3 September 2001 ;

13. ICTY, *The Prosecutor v. Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Dragan Papic and Vladimir Santic*, Case No. ICTY-IT-95-16-T, 14 January 2000, para. 615.

قرارات محكمة العدل الدولية ICJ

ICJ, *The Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment ICJ Reports 2007, para. 344.

قرارات محاكم وطنية

1. *Beanal v. Freeport – MacMoran*, 29 November 1999, CA 5th Cir;
2. District Court Judgment, *Eichmann case*, 36 *ILR*, 1968, para. 56.
3. Federal Constitution Court, 2BvR, 1290/99, 12 December 2000, para. 111-4-a.
4. *Poland v. Artur Greiser*, (1948) 13 *LRTWC* 70 (Supreme National Tribunal of Poland), pp. 112-114
5. *Poland v. Goeth*, (1946) 7 *LRTWC* 4 (Supreme National Tribunal of Poland).
6. *The Eichmann Trail: Some legal Aspects*", *Duke Law Journal*, 1961.
7. *United States v. Greifelt (RuSHA Trial)*, 5 *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals*, 1, 89 (1948). Note : RuSHA is a German acronym for *Rasse und Siedlungshauptamt* (Race and Resettlement Office)

قرارات الأمم المتحدة

1. A/RES/61/295, Soixante et unième session, Point 68 de l'ordre du jour, 2 octobre 2007, Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones
2. UN DOC. A/401/Add. 3.
3. UN DOC. A/623/Add. 3.

4. UN Doc. A/AC. 10/41 and UN Doc. A/362
5. UN DOC. A/C. 6/SR.83;
6. UN Doc. E/447, p. 27
7. UN Doc. E/447, p. 27
8. UN Doc. E/447, p. 27;
9. UN Doc. E/623; UN DOC. E/AC. 25/SR.14, p. 10
10. UN DOC. E/AC. 25/7
11. UN DOC. E/AC. 25/SR. 5, p.3
12. UN DOC. E/AC. 25/SR. 5, p.7
13. UN DOC. E/AC. 25/SR.14, p. 9

Le règlement intérieur, acte unilatéral ou document négocié?

DR/Khelifi Abderrahmane

Faculté de droit et des sciences politiques université de souk – Ahras / Algerie

Maitre de conference et membre du conseil d'administration et d'éthique

Vice rédacteur en chef de la revue économie et droit

Expert droit public au sein de la CRUEST

الملخص:

تلعب الأنظمة الداخلية دورا بالغ الأهمية في ضبط مسائل ذات طابع مهني، باعتبار النظام الداخلي وثيقة يعدها المستخدم ويعرضها على ممثلي العمال لإبداء الرأي، وهذا قبل عرضه على مفتش العمل المختص للتأشير عليه وتسجيله بأمانة ضبط المحكمة المختصة.

قانون العمل الجزائري (القانون 11/90) أوجب على كل مستخدم يشغل عشرين (20) عاملا فأكثر أن يمسك نظاما داخليا، يحدد فيه لزوما القواعد المتعلقة بالتنظيم التقني للعمل والوقاية الصحية والأمن والانضباط.

الدراسة الحالية ستسلط الضوء على الأهمية التي أضفهاها المشرع على هذه الوثيقة في المجال التأديبي مع الدور الجديد الذي أنيط بالمؤسسات العمومية الاقتصادية في ظل حركية اقتصادية غير مستقرة.

الكلمات المفتاحية

نظام داخلي - مجال الانضباطي - عقوبات تأديبية - أخطاء مهنية - لجنة التأديب - مفتش العمل.

Résumé :

Les règlements intérieurs revêtent une importance extrême dans le monde du travail, ce sont des documents établis par les employeurs et soumis à la signature des représentants des travailleurs, avant d'être soumis au visa de l'inspecteur du travail et enregistrés auprès du tribunal compétent.

Le code Algérien du travail (la loi 90/11) dans son article 75 oblige tout employeur n'importe quel secteur d'activité employant 20 travailleurs et plus à tenir un règlement intérieur, par lequel l'employeur fixe obligatoirement les règles relatives à l'organisation technique du travail, à l'hygiène, à la sécurité et à la discipline .

La présente étude va mettre l'accent sur l'importance des règlements intérieurs dans le domaine disciplinaire tout en tenant compte du nouveau rôle de l'entreprise publique dans un climat économique non stable, pour conclure la nature de ce document (acte unilatéral ou document négocié) .

Mots clés :

Règlement intérieur - volet disciplinaire – sanctions - fautes professionnelles - commission de discipline - inspecteur du travail.

Introduction:

Le droit Algérien du travail a connu un changement radical en matière de discipline des travailleurs salariés. Trois étapes marquent son évolution.

La première étape commence après l'indépendance de 1962 jusqu'à 1971, période transitoire ayant connu la promulgation de la loi 62/153 autorisant le travail avec la réglementation française sauf celle contraire à la souveraineté et l'indépendance nationale.

La deuxième étape est inaugurée par la promulgation de l'ordonnance 71/ 74 relative à la gestion socialiste des entreprises (système socialiste), puis la promulgation de la loi n° 78-12 du 05/08/1978 relative au statut général du travailleur, loi n° 82-06 du 27 février 1982 relative aux

relations individuelles de travail et l'ensemble des textes réglementaires pris pour leur application, notamment et le décret n° 82-302 (du 11 Septembre 1992 relatif aux modalités d'application des dispositions législatives concernant les relations individuelles du travail) et le décret n° 85-59 (du 23 Mars 1985 portant statut type des travailleurs des institutions et administrations publiques).

Cette étape s'étendra jusqu'à l'année 1990, un régime statutaire a été imposé durant cette étape caractérisé par l'intervention de l'état dans tous les domaines du travail surtout dans le volet disciplinaire.

La troisième étape commence à partir de l'année 1990, année de la promulgation des lois sociales¹, connue par le régime contractuel ou conventionnel, le règlement intérieur est devenu une obligation dans les entreprises ou établissements employant habituellement au moins 20 salariés. Il y a lieu de préciser que les règlements intérieurs existaient sous l'empire des dispositions antérieures à la réforme de 1990 mais étaient sans aucun effet et ce par rapport à l'intervention de l'état.

En effet, la nouvelle conception et les réformes économiques ont imposé d'autres mécanismes de gestion des entreprises selon les dispositions édictées par les lois sur l'autonomie.

Le responsable de l'entreprise (l'employeur) dispose actuellement de trois pouvoirs fondamentaux à savoir:

- pouvoir de direction,
- pouvoir de surveillance,
- pouvoir de contrôle.

¹ Loi n° 90-11 du 21 avril 1990 relative aux relations de travail complétée et modifiée par :

- la loi n° 91-29 du 21 décembre 1991,
- le décret législatif n° 94-03 du 11 avril 1994,
- l'ordonnance n° 96-21 du 9 juillet 1996,
- l'ordonnance n° 97-02 du 11 janvier 1997
- et l'ordonnance n° 97-03 du 11 janvier 1997

L'élaboration du règlement intérieur et l'exercice du pouvoir disciplinaire sont devenu du ressort de l'employeur, et c'est au règlement intérieur qu'il revient d'identifier les manquements dans la vie professionnelle (les fautes professionnelles).

Ainsi, la nouvelle loi laisse le soin à l'employeur de fixer la qualification des fautes professionnelles. Dans une conception réductrice et restrictive, la discipline est désormais associée exclusivement aux termes de l'article 77 de la loi n° 90-11 relative aux relations de travail complétée et modifiée.

La présente étude a pour objet de démontrer l'importance de cet outil dans le monde du travail, et de déterminer les limites de l'intervention de l'état dans l'exercice du contrôle a priori et a posteriori sur ce document, en examinant si la volonté des partenaires sociaux est sans limites, et si l'intervention de l'état reste toujours existante.

La Présente étude va aborder les points suivants :

- 1- La nature juridique du règlement intérieur
- 2- Définition du volet disciplinaire
- 3- La procédure disciplinaire
- 4- Le contrôle des règlements intérieurs

Conclusion.

1- La nature juridique du règlement intérieur

Le règlement intérieur est un acte unilatéral de l'employeur, c'est-à-dire un acte résultant de sa seule volonté, qui s'impose à tous les salariés de l'entreprise, sans qu'il soit nécessaire de rechercher s'ils y sont souscrits ou non.

Il s'agit donc d'un document qui fait office de « loi » dans l'établissement. Il s'impose à tous, aux membres du personnel comme au chef de l'entreprise¹.

²PANAYE Yannick, *Droit du travail et sa jurisprudence commentée*, Tissot éditions, Paris, 2012, p. 625

-Voir :.Khelifi (A), *Code du Travail Argumenté*, El Dar El Othmania, Alger, 2016, pp.108-110 (version arabe).

- .Benhsain (M), *Le Droit Social Magrèbin, Relations De Travail Individuelles Et Collectives*, première partie, Edition 2015, Top Presse, Rabat, 2015, p 26 et suite (version arabe).

Cette définition ne précise pas les domaines traités par les règlements intérieurs et leurs natures juridiques.

Une autre définition considère que le règlement intérieur est un document écrit rédigé par l'employeur et signé par le représentant des travailleurs légalement élu ou par le délégué syndical¹.

La même critique de cette définition, puisque il ne démontre pas la nature juridique des règlements intérieurs, et leurs contenus.

De notre part, nous estimons que la meilleure définition doit comprendre la nature des règles de procédure et son champ d'application, de sorte que le document règlement intérieur est un document professionnel élaboré par l'employeur et soumis pour approbation aux représentants des travailleurs, il fixe les règles relatives à l'organisation technique et les conditions de travail, le volet disciplinaire, ainsi que les mesures de prévention des risques et la médecine et la sécurité au travail, il n'est pas applicable avant son approbation par inspecteur du travail et son dépôt auprès du tribunal compétent.

L'employeur assure une large publicité en direction des travailleurs concernés.

C'est l'expression du pouvoir patronal, même s'il doit être obligatoirement soumis à l'avis des représentants du personnel avant d'entrer en vigueur, l'employeur n'est pas tenu de suivre leur avis².

C'est un acte qui se définit, d'abord, par son contenu, non par sa forme ou sa portée. Relève du règlement intérieur toute disposition générale et impersonnelle prise par l'employeur³.

Le règlement intérieur fixe exclusivement les mesures d'application de la réglementation en matière d'hygiène et de sécurité dans l'entreprise ou l'établissement, les conditions dans lesquelles le salarié peut être appelé à participer à rétablissement des conditions de travail

³ Art. 75 loi n° 90-11.

⁴PANAYE Yannick, *op.cit.*, p. 625

protectrices de la santé et de la sécurité des salariés lorsqu'elle est comprise, les règles générales et permanentes de discipline et, notamment, la nature et l'échelle des sanctions¹.

Il énonce en outre les dispositions relatives aux droits de la défense des salariés et rappelle les dispositions relatives à l'abus d'autorité en matière sexuelle².

Le règlement intérieur est obligatoire dans toutes les entreprises employant 20 salariés au moins.

Pour apprécier le seuil de 20 salariés, il faut que celui-ci ait été atteint ou dépassé dans les 6 mois de l'ouverture de l'entreprise ou de l'établissement³.

Sont pris en compte tous les salariés liés par un contrat de travail à durée déterminée ou indéterminée en cours ou suspendu, y compris les travailleurs à domicile. La détermination des effectifs des salariés à temps partiel s'effectue au prorata de leur temps de travail, alors que pour les travailleurs temporaires, l'effectif est calculé en fin d'exercice. Sont exclus les apprentis les contrats d'aide à l'emploi des jeunes, les contrats de formation et les travailleurs détachés⁴.

Une entreprise employant moins de 20 travailleurs peut mettre en œuvre facultativement un règlement intérieur, dans ce cas, le chef d'établissement est tenu de respecter toutes les règles d'élaboration d'un règlement intérieur établies par le Code du travail pour les établissements de plus de 20 salariés.

Si l'entreprise est divisée en plusieurs établissements d'au moins vingt salariés, un règlement intérieur particulier doit être rédigé dans chacun d'eux. Cependant, l'employeur ne peut élaborer qu'un seul document pour l'ensemble de l'entreprise, dès lors qu'il n'existe pas de circonstances justifiant que des dispositions particulières soient prises pour telle ou telle entité⁵.

⁵ LANGE Daniel, Roulet Vincent, *Droit du travail*, 2^{éd}, Ellipses, Paris, 2012, p. 26.

⁶ Art. L. 1321.1 code du travail français.

⁷ LANGE Daniel, Roulet Vincent, *op.cit.* p. 26.

⁸ *Ibid*, p. 625.

⁹ *Idem*, p 625 et suite

Le contenu du règlement intérieur

Le contenu de discipline s'étend à toutes les règles de conduite communes aux membres d'un collectif de travailleur et intéressant de manière générale la vie dans l'entreprise, depuis la réforme de 1990, la liberté dont jouit le chef d'entreprise dans l'élaboration du règlement intérieur est considérable, malgré que son pouvoir ne soit pas discrétionnaire.

La mise en œuvre d'un règlement est soumise à une procédure impérative qui impose à l'employeur une consultation, des représentants du personnel, ainsi qu'un contrôle administratif de légalité et des mesures de publicité¹.

Le règlement intérieur, obligatoirement document écrit, fixe exclusivement :

1- Les conditions de travail (l'organisation technique du travail).

2- Le volet disciplinaire (les règles générales et permanentes relatives à la discipline (droit à la défense des salariés, échelles des sanctions...),

3- L'hygiène, la sécurité et la médecine de travail.

Après rédaction du règlement intérieur l'employeur le soumet pour avis aux organes de participation ou, à défaut, aux représentants des travailleurs avant sa mise en œuvre, puis il doit déposer un exemplaire au niveau de l'inspection de travail territorialement compétente pour approbation de conformité avec la législation et la réglementation du travail dans un délai de huit (8) jours.

Il y a lieu de préciser que les clauses de règlement qui supprimeraient ou limiteraient les droits des travailleurs sont nulles et de nul effet².

2- Définition du volet disciplinaire

La possibilité pour l'employeur de prendre des sanctions à l'encontre des salariés est un droit dont la légitimité n'est pas discutée, puisque c'est la loi qui en est le fondement. Ce droit ne permet

¹⁰ Juris Classeur Travail Traité > Fasc. 1-10 à 1-40 : SOURCES NATIONALES. - Présentation > III. - Sources professionnelles patronales > C. - Règlement intérieur (V. JCl. Travail Traité, Fasc. 1-40

¹¹ KORICHE Mohammed Nasser-Eddine, *Droit du travail*, T2, Alger, OPU, 2009, p. 134.

¹² Art. 78 loi 90/11.

pas de sanctionner le salarié que dans la mesure où celui-ci n'a pas respecté les règles et les instructions que l'employeur était fondé à prendre dans le cadre de son pouvoir de direction, ce pouvoir s'étend à toutes les questions concernant les domaines de la discipline notamment la qualification des actes fautifs, l'échelle des sanctions et la procédure disciplinaire.

A- Les fautes professionnelles

La notion de faute disciplinaire, consiste à déterminer par l'employeur les agissements fautifs des employés au regard des règles et normes établies pour assurer le bon fonctionnement de l'entreprise.

Il n'existe aucune définition légale de la faute disciplinaire, l'employeur a une grande liberté d'appréciation des comportements qu'il tient pour fautifs¹, c'est lui qui possède le pouvoir d'incrimination. Selon la doctrine la faute disciplinaire est la « violation par un travailleur des obligations professionnelles résultant de la discipline ». Il s'agit donc du non-respect des règles de discipline².

L'article 77 de la loi 90/11 fait obligation à l'employeur de fixer dans le règlement intérieur la qualification des fautes professionnelles³.

¹³ KORICHE Mohammed Nasser-Eddine, *op cit.*, p. 145.

¹⁴ Gérard Cornu, Vocabulaire juridique, Paris, PUF, 2001, p. 932.

¹⁵ Art. 77 de la loi 90/11 : « Art. 77 - Le règlement intérieur est un document par lequel l'employeur fixe obligatoirement les règles relatives à l'organisation technique du travail, à l'hygiène, à la sécurité et à la discipline. Dans le domaine disciplinaire, le règlement intérieur fixe la qualification des fautes professionnelles, les degrés des sanctions correspondantes et les procédures de mise en œuvre ».

-pour plus de détail, voir:

-Baali(M.S), droit du travail en Algérie, Maison El Ouloum, Annaba, Algérie, 2003, p36 et suite (version arabe).

-Dib(A), Droit du travail sous les réformes économiques, Maison el cabah, Alger, 2003, pp.199-206 - (version arabe).

-Hadfi(B), précis en droit du travail, 2ème édition, Maison Jousour, Alger, 2016, p37 - (version arabe).

-Benazouz (s), précis en droit du travail, Maison El Khaldounia, Alger, 2008, p185 - (version arabe).

¹⁶ KORICHE Mohammed Nasser Eddine, *op. cit.*, p. 147.

La faute professionnelle désigne l'irrégularité qu'un salarié pourrait commettre par rapport à des normes de conduites qui s'impose à tous, sinon, aux membres d'une catégorie professionnelle¹.

Il y a lieu de distinguer entre faute professionnelle et faute disciplinaire et faute contractuelle. Quelles que soient le terme employé et le qualificatif utilisé, une certitude demeure, qu'un comportement du salarié ne constitue une faute susceptible d'une sanction disciplinaire que lorsqu'il correspond à des faits préalablement définis, et qualifiés de « fautes » par l'employeur lui-même au règlement intérieur.

Généralement l'employeur ne se limite pas à qualifier et énumérer les comportements considérés comme faute mais aussi a les classer selon leurs degrés de gravité.

La majorité des entreprises s'inspire des trois degrés du décret 82-302 relatif à la mise en application de la loi 82-06 (loi antérieure à la loi 90/11) notamment l'article 68 qui classe les fautes professionnelles, sans préjudice de leur qualification pénale, en trois catégories : fautes du 1^{er} degré, fautes du 2^{ème} degré, fautes du 3^{ème} degré².

La notion de faute est trop vaste et bien trop complexe. Il existe une multitude de fautes dont la définition sera différente selon son auteur, sa gravité et ses conséquences.

On distingue ainsi la faute légère, la faute grave et la faute lourde... l'appréciation de l'existence d'une faute et de son degré de gravité relevant de l'appréciation des juges³.

La notion de faute peut être définie afin de déterminer la responsabilité du salarié en fonction de la faute commise⁴.

La jurisprudence et la doctrine distingue entre trois types de fautes professionnelles :
- fautes simples (légères).

¹⁷Art. 68 Alenia 2 du décret 82-302.

-Voir Khelifi (A), La justice du Travail , El Dar El Othmania, Alger, 2016, p.63 et suite(version arabe).

- fautes lourdes.
- fautes inexcusables.

La nouvelle loi porte une nouvelle approche du pouvoir disciplinaire de l'employeur, à l'inverse des textes en vigueur avant 1990 où l'employeur n'était qu'un fonctionnaire soumis au régime statutaire exécutant les instructions de la tutelle.

La nouvelle loi laisse le soin à l'employeur de fixer la qualification des fautes professionnelles, sous le contrôle de l'inspecteur de travail. Dans une conception restrictive, la discipline serait associée exclusivement aux termes de l'article 77 de la loi n° 99-11¹.

En entend par faute professionnelle, tout comportement contraire aux obligations du travailleur, dans l'exercice de ces fonctions et sa relation avec l'employeur et ses collègues travailleurs, ainsi que tout manquement aux règles d'hygiène et de sécurité et atteinte aux normes de travail²[25].

L'employeur classe les fautes en trois degrés selon leurs gravités tout en respectant le contenu de l'article 73 modifié par la loi 91/29 en matière de fautes graves commises par le travail³.

Nous signalons enfin, que la qualification des faits présumés graves ne peut être opérée qu'en adéquation avec leur incrimination par un texte officiel ou même le règlement intérieur⁴.

De façon générale tout employeur est libre de déterminer les fautes professionnelles, cette détermination est soumise au contrôle de l'inspection du travail territorialement compétant.

¹⁸ PANAYE Yannick, op cit, pp. 332-333.

¹⁹ La responsabilité peut être contractuelle, civile de droit commun ou pénal, cf. PANAYE Yannick. op.cit, pp. 332-333.

²⁰ « Le règlement intérieur est un document par lequel l'employeur fixe obligatoirement les règles relatives à l'organisation technique du travail, à l'hygiène, à la sécurité et à la discipline. Dans le domaine disciplinaire, le règlement intérieur fixe la qualification des fautes professionnelles, les degrés des sanctions correspondantes et les procédures de mise en œuvre.»

²¹ Loi 88/07 du 26/01/1988 relative à l'hygiène et sécurité.

²² Voir Art. 73 (modifié par l'art. 1.2 de la loi n° 91-29).

²³ KORICHE Mohammed Nasser Eddine, *Droit du travail*, T1, Alger, OPU, 2009, p. 222

B- Les sanctions disciplinaires

Comme pour les actes fautifs, le législateur n'a donné aucune définition à la sanction, il a laissé le soin à l'employeur d'établir, dans le règlement intérieur, la liste des sanctions par degré de gravité, susceptibles d'être infligées aux salariés, néanmoins avec la transposition du principe de légalité des délits et des sanctions, et la garantie des droits des salariés prévus par le droit de travail Algérien, tels que :

- l'égalité entre la sanction et les fautes.
- l'interdiction du cumul de sanction (une faute une sanction).
- pas de sanctions de même degré pour des faits différents.
- prendre en charge les dispositions impératives et les qualifications des fautes du 3ème degré et des fautes graves et lourdes qui entraînent les licenciements disciplinaires.

Contrairement à l'ancienne réglementation qui établie les sanctions en trois degrés, la nouvelle loi n'empêche pas l'employeur d'imaginer d'autres types de mesures

Les mesures disciplinaires (les sanctions) ont pour effet d'affecter la rémunération des salariés, leurs fonctions, leurs carrières ou leurs présences dans l'entreprise.

En entend par sanction les mesures coercitives prises à l'encontre du travail fautif, ce volet est aussi laissé à l'initiative de l'employeur tout en respectant l'art. 73 de la loi 73 modifiée par la loi n° 91-92 et l'ordonnance n° 96-21 en matière de licenciement individuel pour faute grave avec ou sans préavis ni indemnité.

L'employeur doit tenir compte des mesures de protection prévues par la loi et les principes requis par la doctrine et la jurisprudence tel que :

- Principe d'égalité entre faute et sanction ;
- Principe de droit de défense ;
- Principe de légitimité de la procédure de sanction.

L'employeur détaille les sanctions par degré, l'inspecteur du travail et le tribunal peuvent intervenir en cas de non-conformité ou non respect aux dispositions légales.

Si l'employeur a le pouvoir disciplinaire, tout ne lui est pas non plus permis. Ainsi, toute sanction pécuniaire est interdite par la loi, ce principe légal et jurisprudentiel est universel. Le code de travail français, art. L. 122.42 stipule que toute disposition ou stipulation contraire est réputée non écrite et de nul effet. Le non-respect de cette interdiction est puni d'une amende de 3 750 € et, en cas de récidive, d'une amende de 7 500 € (c. trav. art. L. 152-1-5).

3 -La procédure disciplinaire

En vertu du droit de direction détenu par l'employeur, il est souverain de proposer la procédure en matière de discipline tout en tenant compte des dispositions légales notamment citées dans les art. 73.1 et 73. 2.

Toute procédure contraire aux dispositions suscitées entraîne la nullité¹ [29].

Le volet disciplinaire est soumis au contrôle de l'inspection du travail en cas de litige au contrôle du juge social².

Tout en privilégiant le règlement intérieur pour organiser la procédure disciplinaire, la loi n'exclut pas que ce rôle puisse être tenu par la convention collective, sans toutefois qu'elle contienne des dispositions contradictoires.

L'article 120 de loi n° 90-11 prévoit le champ d'intervention et les domaines que doit traiter la convention collective, sans toutefois citer le volet disciplinaire. C'est pourquoi la procédure disciplinaire fait souvent l'objet de prescription dans le règlement intérieur³.

L'initial de la loi n° 90-11 promulgué le 21 avril 1990 a laissé le soin à l'employeur de tracer les procédures disciplinaires, deux raisons ont poussé le législateur à intervenir, la première c'est la non compréhension de la majorité des employeurs de leur limite en matière disciplinaire, la deuxième c'est le caractère protecteur du droit de travail, ces deux raisons et la pression des

²⁴ Art. 73/3 de la loi 90/11.

²⁵ Loi 90/04 du 06/02/1990 relative aux règlements des conflits individuels, modifiée et complétée

Loi 08/09 du 25/02/2008 relative au code de procédures civiles et administratives notamment art. 500 à 510.

²⁶ KORICHE Mohammed Naser-Eddine, *op. cit.*, p. 153.

structures syndicales, sont la cause de la première modification de la loi n° 90-11 par la loi n° 91-29 puis de la deuxième modification et complément de la loi par l'ordonnance n° 96-21.

Les amendements ont porté des règles impératives en matière disciplinaire que l'employeur doit respecter et prévoir dans le règlement intérieur, sous peine de nullité et refus par l'inspecteur du travail.

Les modalités de la procédure prennent en compte la gravité des sanctions envisagées. La procédure est extrêmement simplifiée par les sanctions du 3^{ème} degré, l'employeur doit respecter les règles impératives légales et celles contenues dans le règlement intérieur ou à caractère conventionnelle¹.

L'égalité de la procédure consiste à respecter les étapes suivantes :

- 1- L'audition du salarié ;
- 2- La notification du licenciement ;
- 3- Le respect des procédures spéciales des salariés spécialement protégés (délégués, représentants du personnel).

4- Le contrôle du règlement

Il existe deux types de contrôle, le premier est administratif et technique exercé par l'inspection du travail, le deuxième est exercé par la justice du travail.

A- Le contrôle administratif

L'approbation de conformité « visa » implique d'abord, que l'inspecteur du travail s'assure du respect des conditions de l'élaboration du règlement intérieur, notamment la consultation des représentants du personnel par l'employeur. L'inspecteur du travail doit également vérifier que le contenu du règlement correspond bien à chacun des domaines déterminés par l'art. 77 de la loi n° 90-11.

Sur le fond, l'inspecteur veille à la conformité du règlement intérieur, aux lois et règlements ainsi qu'aux conventions et accords collectifs. Ce qui signifie que l'inspecteur du travail s'assure

que les règles qu'il contient ne sont pas en opposition avec les prescriptions légales. Légalement et en vertu des prérogatives qui lui sont conférées par la loi n° 90-03 du 6 février 1990 relative à l'inspection du travail, ce dernier peut instruire l'employeur pour se conformer avec la loi, ce qu'on appelle contrôle de conformité¹.

L'inspecteur peut demander, selon le cas, le retrait ou la modification d'une ou plusieurs clauses contraires à la loi ou que soient ajoutées des dispositions. En vertu des prérogatives qui lui sont conférées par la loi 90/03, il a le droit absolu de refuser le visa en cas de violation, par l'employeur, d'une règle impérative en matière des règlements intérieurs (élaboration, consultation des représentants des travailleurs, visa inspection du travail, dépôt tribunal...).

Au cas de refus ou de réserve émis par l'inspecteur de travail le PV d'infraction ou la décision est notifiée à l'employeur par écrit. Le règlement intérieur n'est pas applicable tant que l'employeur n'a pas obtenu de l'inspecteur du travail la décision d'approbation de conformité². Nous signalons que la loi n'a pas prévu aucun moyen de recours de ce dernier contre la décision de l'inspecteur de travail³.

B- Le contrôle judiciaire

Le tribunal siégeant en matière sociale en vertu des articles de 500 à 510 du code de procédures civiles et administratives peut intervenir pour apprécier la légalité du règlement intérieur, la loi n'a pas cité expressément la procédure de saisie du tribunal, est-ce que ce droit est

²⁷ Art. 73 de la loi n° 90-11 modifié par l'ordonnance 96-21

²⁸ Art. 12 de la loi n° 90-03 du 06/02/1990, relative à l'inspection du travail, modifiée et complétée.

²⁹ Cette décision n'est pas un arrêté administratif indépendant, mais un visa sur le règlement intérieur pour permettre son dépôt au greffe du tribunal.

³⁰ D'après LANGE Daniel, ROULET Vincent, op. cit., p. 29 : « si la loi n'impose pas à l'administration le contrôle effectif du règlement intérieur ainsi que l'émission d'une quelconque déclaration d'illégalité, l'injonction peut être adressé à tout moment, elle n'est enfermée dans aucun délai ... à l'employeur de procéder aux modifications réclamées, sauf à exercer les voies de recours qu'offre le droit administratif, après recours gracieux devant l'inspecteur de travail lui-même ou bien un recours hiérarchique devant le directeur régional du travail et de l'emploi... le juge administratif est alors conduit à connaître de la légalité de cet acte réglementaire ».

³¹ Ibid., p. 27.

attribué au syndicat ou au représentant des travailleurs qui a signé le règlement intérieur, ou n'importe quel travailleur ayant intérêt pour engager une action dans ce sens.

Toute requête introductive doit être conforme aux règles prévues par le code de procédures civiles et administratives (loi n° 08-09 du 25/02/2008)

Entre autre le tribunal en cas de litiges peut ne pas prendre considération une clause ou un article non conforme, même si le règlement intérieur est visé par l'inspecteur du travail, et enregistré au niveau du greffe du tribunal compétent, dans ce cas les dispositions légales et réglementaire sont applicables d'office. Le contenu interdit du règlement intérieur est de deux ordres :

Sont, d'abord et de manière générale, interdites toutes les dispositions qui ne relèvent pas du contenu exclusif du règlement intérieur : l'interdiction résulte de l'interprétation a contrario des dispositions régissant le contenu exclusif du règlement intérieur sont ensuite prohibées les dispositions qui, quoique relevant du domaine du règlement intérieur, sont spécialement écartées par la loi¹.

Conclusions

Il est clair que le règlement intérieur en tant qu'un document écrit exprime d'une part la volonté de l'employeur de protéger l'entreprise ,tout en respectant, d'autre part, les règles de fond(contenu du règlement intérieur) et les conditions de forme(signature du représentant des travailleurs-visa inspecteur du travail-enregistrement tribunal compétent). Cela n'est pas pour autant un abandon du législateur de son rôle dans la protection des travailleurs, mais vu le caractère d'obligation de la règle de droit du travail, le législateur persiste à intervenir dans plusieurs aspects du règlement intérieurs qui ont été mentionnées dans le corps de cette étude.

Cependant, nous avons été amenés à faire quelques observations intéressantes:

1- On maintenant sa domination sur ce document, le législateur réduit le rôle des chefs d'entreprises, il assujettit leurs actions aux aspects contractuels des règles du droit du travail.

2- L'intervention de l'inspecteur du travail, est une sorte de tutelle administrative, le législateur doit limiter son champ d'intervention, et déterminer exclusivement son rôle de contrôle sur les règlements intérieurs.

3- Il n'y a pas d'article dans la législation du travail qui exige expressément que le règlement intérieur doit contenir des dispositions relatives aux harcèlements moral et sexuel.

4- Il y a un seul article du Code du travail, l'article 147 de l'Algérien qui dispose que « Toute infraction aux dispositions de la loi relatives à l'obligation légale de dépôt du règlement intérieur auprès de l'inspection du travail et du greffe du tribunal compétent, est punie d'une amende de 1.000 à 2.000 DA ». Le montant de l'amende est très dérisoire pour être dissuasif il faut revoir cette amende à la hausse

5- Le législateur s'est trop immiscé dans le volet disciplinaire, la liberté des patrons et très limitée par le caractère impératif des dispositions du code de travail, le non respect de ces derniers implique la non approbation (le refus de visa) du règlement intérieur.

6- Le législateur n'a pas prévu de solution au cas où le délégué du personnel la contresignature du règlement intérieur, la situation reste ambigu flou.

7- Il n'y a pas d'article dans le code du travail qui donne expressément un délai à l'inspecteur du travail pour notifier à l'employeur ses observations et lui demander de se conformer aux dispositions législatives en vigueur.

8- L'art 500 du code de procédures civiles et administratives stipule que : « la section sociale a compétence exclusive dans les matières suivantes : 7- contentieux relatifs aux conventions et accords collectifs de travail ».

L'article porte sur les conventions et accords collectifs de travail, et ne traite pas des règlements intérieurs, est ce par inadvertance ou omission délibéré ? A signaler que la cour suprême en Algérie a considéré plusieurs fois que les contentieux des règlements intérieurs revient à la juridiction sociale et non pas la juridiction administrative comme il est le cas en France.

Liste bibliographique:

Les textes juridiques

Les textes législatifs

- Loi 78/12 du 05 Aout 1978 relative au statut général du travail.
- Loi 82/06 du 27 Février 1982 relative aux relations individuelles de travail.
- Loi 88/07 du 26 Janvier 1988 relative à l'hygiène et sécurité.
- Loi 90/03 du 06 Février 1990 relative à l'inspection du travail, modifiée et complétée.
- Loi 90/04 du 06 Février 1990 relative au règlement des conflits individuels de travail, modifiée et complétée.
- Loi 90/11 du 21 Avril 1990 relative aux relations du travail, modifiée et complétée.
- Loi 08/08 du 25 février 2008 relative au contentieux de sécurité sociale.
- Loi 08/09 du 25 février 2008 relative au code de procédures civiles et administratives

Les textes règlementaires

- Décret 82/302 du 11 Septembre 1982 relatif aux modalités d'application des dispositions législatives.
- Décret 85/59 du 23 Mars 1985 portant statut type des travailleurs des administrations et institutions publiques

Les ouvrages

En français

- Gérard Cornu, Vocabulaire juridique, Paris, PUF, 2001.
- KORICHE Mohammed Nasser Eddine, Droit du travail, T1, Alger, OPU, 2009.
- KORICHE Mohammed Nasser-Eddine, Droit du travail, T2, Alger, OPU, 2009.
- LANGE Daniel, Roulet Vincent, Droit du travail, 2^{éd}, Ellipses, Paris, 2012.
- PANAYE Yannick, Droit du travail et sa jurisprudence commentée, Tissot éditions, Paris, 2012.

En arabe

- Baali(M.S), droit du travail en Algérie, Maison El Ouloum, Annaba, Algérie, 2003, (version arabe).
- Benazouz(s), précis en droit du travail, Maison El Khaldounia, Alger, 2008, (version arabe).
- Benhsain(M), Le Droit Social Magrébin, Relations De Travail Individuelles Et Collectives, première partie, Edition 2015, Top Presse, Rabat, 2015, (version arabe).
- Dib(A), Droit du travail sous les reformes économiques, Maison el casbah, Alger, 2003, (version arabe).
- Hadfi(B), précis en droit du travail, 2eme édition, Maison Jousour, Alger, 2016, (version arabe).
- Khelifi(A), Code du Travail Argumenté, El Dar El Othmania, Alger, 2016. (version arabe).
- Khelifi (A), La justice du Travail, El Dar El Othmania, Alger, 2016 . (version arabe).

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