

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

مجلة إلكترونية شهرية تعنى بنشر الدراسات الشرعية والقانونية، المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك / 63 : يناير 2018

✓ مع مواضع العدد 63 : يناير 2018 :

- دسترة الحق في بيئة سليمة وأثرها على الإنسان.
- الحماية القانونية للأطفال أثناء الحروب.
- مشكلة تأثير العنف الأسري على سلوك الطفل.
- الخطأ الطبي في مجال ممارسة العمل الجراحي.
- أسباب الإغناء من المسؤولية الجنائية الدولية.
- منازعة صحة عملية التصويت في الانتخابات.
- منازعات التسجيل في القوائم الانتخابية.

Rechercher dans ce site

مجلة الفقه والقانون

من أجل تواصل فاعل بين الباحثين في الشرع والقانون

صفحة رئيسية | المدير المسؤول : الدكتور صلاح الدين دكدك | الاتصال والبرقيات : sldg55@gmail.com | شروط النشر | أخبار المجلة

بسم الله الرحمن الرحيم

استغلال الفضاء : أهم المعوقات وطرق معالجتها إنجاز فضيلة الأستاذ الدكتور محمد مخوي أستاذ القانون الخاص (2012/08/30)... المزيد	كتاب القانون الدولي الخاص : إعداد فضيلة الأستاذ الدكتور علي خليل إسماعيل الحديدي عميد جامعة لاهاي الدولية (2012/10/21)... المزيد	إلغاء عقوبة الإعدام بين الفقه الإسلامي والتفكير المعاصر : الدكتور صلاح الدين دكدك منير مجلة الفقه والقانون (2012/10/17)... المزيد	قراءة في النظام الفترقي الموالي (قانون 02/15) : الأستاذة المتقبة الطيب بن لمقدم محام هيئة الرباط خمسات (2012/10/14)... المزيد
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

المصفاة الرئيسية

- اللجنة الاستشارية
- أهداف المجلة
- أخبار المجلة
- اتصلوا بنا
- المدير المسؤول
- شروط النشر
- مقالات فقهية
- مقالات قانونية
- مقالات مقارنة
- مقالات بلقونية
- حوارات علمية
- تقارير خاصة
- المساهمون بالمجلة
- إعداد المجلة
- توزيع المجلة

العدد الثالث والستون : يناير 2018

❖ قواعد النشر وشروطه :

- المشاركة بمقالات مناسبة لتخصص للمجلة تراعي ضوابط البحث العلمي الأكاديمي.(ترسل في ملف word).
- إرسال نبذة من السيرة الذاتية لكاتب المقال.
- ألا يكون المقال مشتركاً أو سبق نشره على شبكة الإنترنت.
- ألا تقل صفحات المقال عن عشر صفحات (ما يقارب 3000 كلمة).
- كتابة الهوامش بتقنية (word) لكل صفحة على حدة .
- إرفاق صورة لصاحب المقال.(اختياري).
- المراجعة اللغوية للمقال قبل إرساله.
- ترسل المساهمات إلى البريد الإلكتروني sldg55@gmail.com
- كل المقالات المنشورة تعبر عن آراء كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون.

❖ اللجنة العلمية الاستشارية لمجلة الفقه والقانون :

- الدكتور صلاح الدين دكدك : مدير مجلة الفقه والقانون.
- الدكتور نور الدين الناصري : أستاذ جامعي بكلية الحقوق بسطات.
- الدكتور أحمد خرطة : أستاذ نظام التوثيق بجامعة محمد الأول بوجدة.
- الدكتور محمد كولفرني : أستاذ بكلية الشريعة بأكادير.
- الدكتور عمر العسري : أستاذ بكلية الحقوق السويسي بالرباط.
- الدكتور الميلود بوطريكي : أستاذ القانون الإداري بكلية الناظور.
- الدكتور إحياء الطالبى : أستاذ بكلية الآداب والحقوق بأكادير.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

ردمد : 2336-0615

بسم الله الرحمن الرحيم

العدد الثالث والستون : لشهر يناير 2018

محتويات العدد ،

1. كلمة العدد 63 لشهر يناير 2018 بقلم مدير مجلة الفقه والقانون الدكتور : صلاح الدين دكدك.....03

✓ دراسات وأبحاث بالعربية :

2. دسترة الحق في بيئة سليمة وأثرها على حقوق الإنسان : مصباحي مقداد ، باحث في الدكتوراه في القانون العام، تخصص

قانون البيئة ، أستاذ مشارك بقسم الحقوق ، جامعة تبسة - الجزائر.....06

3. الحماية القانونية للأطفال أثناء النزاعات المسلحة- دراسة مقارنة بين المواثيق الدولية والقانون الجزائري ، لعلامة زهير

باحث بالدكتوراه تخصص قانون ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد الصديق بن يحيى- جيجل

الجزائر.....17

4. تأثير العنف الأسري على سلوك الطفل : حداد فاطمة ، باحثة بسلك الدكتوراه في القانون الخاص بجامعة العربي

التبسي- تبسة - الجزائر.....33

5. الخطأ الطبي في مجال ممارسة العمل الجراحي : كركوري مباركة حنان ، أستاذة متعاقدة ، باحثة دكتوراه تخصص قانون

الأعمال ، كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة قاصدي مرباح (ورقلة) - الجزائر.....45

6. منازعة صحة عملية التصويت في الانتخابات المحلية في الجزائر : عبايدية سارة ، باحثة دكتوراه قانون عام ، كلية الحقوق

والعلوم السياسية - جامعة تبسة - الجزائر.....56

7. منازعات التسجيل في القوائم الانتخابية على ضوء القانون العضوي 10/16 المتعلق بنظام الانتخابات في الجزائر

مراحي صبرينة ، باحثة بصف الدكتوراه ، تخصص قانون عام ، جامعة العربي التبسي - تبسة - الجزائر.....66

✓ دراسات وأبحاث بالفرنسية :

8. Les motifs d'exonération de la responsabilité internationale pénale : Une recherche

présentée par Kamal Touati Hamed , Doctorant en droit public - Université de

Tours - France.....83

✓ تقارير :

9. تقرير تركيبي عن ندوة وطنية بالرباط عن ترشيد العمل القضائي المغربي : من انجاز الدكتور أنس سعدون عضو

مؤسس للمرصد الوطني لاستقلال السلطة القضائية ونادي قضاة المغرب.....116

ترتيب المقالات يخضع لاعتبارات فنية

كل المقالات المنشورة نعب عن آراء كاتبها ولا نعب بالضرورة عن رأي مجلة الفقه والقانون

كلمة العدد الثالث والستين لشهر يناير 2018



بقلم مدير مجلة الفقه والقانون

الدكتور: صلاح الدين دكديك

Email : Sldg55@gmail.com

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين ، وبعد ، نخل سنة جديدة ومجلة الفقه والقانون الدولية تواصل مسيرتها العلمية بخطى حثيثة من أجل لم شمل الباحثين في الشرع والقانون في شتى أنحاء العالم، وفي نشر الوعي الشرعي والقانوني المجاني ، و إقناع جميع الباحثين في العالم بحتمية وضرورة التواصل والتفاعل بين فقهاء الشرع والقانون لأن هدفهم واحد هو تنمية المجتمع والأمة ، بعد أن كانت غالبية عظمى لا تؤمن بهذه الحقيقتة .

وما يتلج الصدر وبفرح القلب هو ميلاد العديد من المبادرات بين الشباب الباحث الواعد تحاول التقريب بين الباحثين في الشرع والقانون ، ونحن جد سعداء للنتائج الباهرة والسمعة الطيبة التي حققتها المجلة عالميا ، فلقد أصبحت مرجعا للباحثين بالعالم و معتمدة بالعديد من الأبحاث والدراسات الأكاديمية الرصينة ، ومسجلة في عدة قواعد بيانات

وطنية ودولية، لكننا نطمح إلى المزيد من التوجيهات والتصحيحات والرفعي العلمي من طرف باحثين وعلماء أجلاء ساهموا ولازالوا يساهمون في بناء صرح المجلة العلمي، سائلين العلي القدير أن يمدنا بالصحة والعافية والإرادة لنكون دائماً عند حسن ظن الباحثين الكرام في مختلف أنحاء العالم، وما ذلك على الله بعزيز.

وحتى لا نطيل عليكم، نترككم نتصفحون العدد الثالث والستين لشهر يناير 2018 من مجلة الفقه والقانون الدولية، وقد ضم بين جنباته العديد من المواضيع الهامة من بينها:

- دسرة الحق في بيئة سليمة وأثرها على حقوق الإنسان.
- الحماية القانونية للأطفال أثناء النزاعات المسلحة.
- تأثير العنف الأسري على سلوك الطفل.
- الخطأ الطبي في مجال ممارسة العمل الجراحي.
- منازعة صحة عملية التصويت في الانتخابات المحلية.
- منازعات التسجيل في الفوائم الانتخابية.

والسلام عليكم ورحمة الله تعالى وبركاته

مع تحيات المدير المسؤول:

الدكتور صلاح الدين دكداك

www.majalah.new.ma

دراسات وأبحاث بالعربية ✓

دسترة الحق في بيئة سليمة وأثرها على حقوق الإنسان



**إعداد : مصباحي مقداد ، باحث في الدكتوراه
في القانون العام ، تخصص قانون البيئة
أستاذ مشارك بقسم الحقوق ، جامعة تبسة**
Email : mesbahimokdad@yahoo.fr

مقدمة :

تعتبر البيئة تراثا مشتركا للإنسانية تستحق كل حماية واهتمام من جانب التشريع، بالنظر إلى ما أصابها من أضرار في كل جوانبها وعناصرها¹. وموضوع حماية البيئة يعدّ من أبرز مشاكل العصر التي تحتاج إلى اهتمام خاص ومستمر، كما يعدّ بعدا رئيسيا من ابعاد التحديات حول أثر المخاطر على الأجيال القادمة، باعتبار موضوع البيئة متعدد الأوجه والأبعاد، فهو محصلة تفاعل بين عوامل سياسية واقتصادية واجتماعية، يتعلق بعضها بالإنتاج والتطور، ويتعلق البعض الآخر بأنماط الاستهلاك.

واحتل هذا الموضوع في الآونة الأخيرة موقعا مهما بين العلوم وأصبح في صلب علاقات الدول، محليا واقليميا، وعالميا، وأضحى من المسائل الرئيسية الهامة التي تحتل مرتبة الصدارة على موائد أصحاب القرار السياسي في جميع دول العالم سواء المتقدم منها أو النامي. وتلك ولا شك نتيجة حتمية تترتب على إدراك الكثير من دول العالم لضرورة حماية البيئة. وما لهذه الأخيرة من تأثير على حقوق الانسان إن على مستوى التمتع أو التمكين. هذه الحقوق التي تجد أساس الاعتراف بها في الاعلانات الكبرى كالمجناكارتا 1215، واعلان فيرجينيا 1776، واعلان الاستقلال

¹ - نور الدين حمشة، الحماية الجنائية للبيئة دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، مذكرة ماجستير، جامعة باتنة، 2006، ص 17.

الأمريكي 1776، وإعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي لعام 1789، والإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948. حيث أدت كل هذه الإعلانات إلى اتساع وتعميق ثقافة حقوق الإنسان بشكل أثر في السياسات التشريعية والقضائية في العديد من دول العالم.

وفيما يتعلق بالحق في البيئة الذي ينتمي إلى الجيل الثالث لحقوق الإنسان، فقد شهد تطورا على المستوى الدولي والإقليمي والوطني. ويأتي هذا الاهتمام الدولي والإقليمي والوطني بالحق في البيئة من منظور علاقته بالتنمية المستدامة، باعتبارها الوعاء الذي يمكن الإنسان من مباشرة حقوقه وحرياته الدستورية. ذلك أن التنمية المستدامة بكل أبعادها يجب أن تضع الاهتمامات البيئية في موضع المركز منها.

وبالنظر للعلاقة الجدلية بين التدهور البيئي وحقوق الإنسان من جهة، وباعتبار حماية البيئة تصب في خانة حماية للإنسان في حد ذاته وتمكينه من حقوقه البيئية والتمتع بها، كان لزاما أن تكون هذه الحقوق محل حماية دستورية.

وفي هذا الإطار نطرح الإشكالية التالية: ما مدى فعالية دسترة الحقوق البيئية في حماية حقوق الإنسان؟

الكلمات المفتاحية: الدسترة، الاعتراف، التمكين، الفعالية، الشرعة.

نناقش هذه الإشكالية من خلال أربعة محاور كما هو آت.

المحور الأول: ماهية الدسترة:

يقع الدستور في قمة الهرم القانوني للدولة، فهو الذي يحدد طبيعة الدولة فيما إذا كانت بسيطة أو مركبة، وشكل نظام الحكم فيها، ويحدد لغتها وعقيدتها الفكرية والسياسية، وينظم السلطات الثلاث، التنفيذية والتشريعية والقضائية، من حيث تشكيلاتها واختصاصاتها، ويبين طبيعة العلاقة الدستورية فيما بينها. ناهيك عن تنظيمه للحريات والحقوق السياسية والمدنية، إن على صعيد الفرد أو المجتمع المدني¹.

On peut dire grosso modo, que les constitutions nationales règlent et organisent les institutions politiques, définissent leurs compétences, précisent les termes d'appartenance (quels sont les sujets de la constitution ?), et les relations entre la communauté et ses membres, et déterminent les fonctions clés des institutions: à savoir la fonction d'édiction des règles générales (ou fonction législative), et la fonction d'exécution de ces mêmes règles (ou fonction exécutive), et la fonction de règlement des litiges (ou fonction juridictionnelle)².

والدستور هو ظاهرة عالمية، وضروري لكل دولة قانونية ذات سيادة، سواء أخذ شكل الكتابة أو لم يأخذ.

¹ - Yves JÉGOUZO, Quelques réflexions sur le projet de Charte de l'environnement,

Cahiers du Conseil constitutionnel n° 15 (Dossier : Constitution et environnement) - janvier 2004

« La Constitution est le texte qui fonde l'organisation de l'État et qui garantit le respect des droits fondamentaux des personnes. Pour ces deux raisons, il est nécessaire de la protéger des modifications de circonstance et de la violation des principes qu'elle définit ».

² - ANNE PETERS, Reconstruction constitutionnaliste du droit international: arguments pour et contre, p 362.

La Constitution est un phénomène universel. Elle est indispensable pour tout Etat souverain, qu'elle revête ou non une forme écrite. L'idée de Constitution est attractive. Elle séduit par son caractère « émancipateur », « normalisateur », « réconciliateur », « unificateur », « stabilisateur », moderne pour ne pas dire progressiste. Elle participe donc d'un discours, en posant un Etat et sa population dans le temps et dans l'espace pour un avenir commun. Elle se veut singulière (nationale et démotique). Plus qu'un aboutissement, sa promulgation est envisagée comme le point d'orgue d'un nouveau départ, d'une nouvelle alliance, de nouvelles espérances ; si elle est modifiée, c'est dans l'espoir d'améliorer une situation donnée¹.

والدسترة هي العملية التي تساعد عن طريق مبدأ الدستورية - الذي يجعل دستور الدولة هو القيمة السامية في النظام القانوني لها² - على ضمان وحدة القانون أو النظام القانوني من خلال إعطاء قاعدة مشتركة لجميع فروع القانون. وذلك بالنظر إلى الدستور على أنه قيمة قانونية عليا تضيف طابع المشروعية على كل النظام القانوني. ويمكن تعريف الدسترة بأنها التغير المعياري في قيمة قاعدة سابق وجودها وأصبحت دستورية³.

وقد ظهر هذا المبدأ في الولايات المتحدة الأمريكية، ثم ظهر في وقت لاحق من ذلك بكثير في أوروبا، لأسباب تاريخية خاصة، وأيضاً لأسباب قانونية.

يذكر أن السمو في التسلسل الهرمي للقواعد، ينتج إما عن تعديل دستوري أو اعتماد دستور جديد، أو بقرار من القاضي الدستوري، غير أنه في حالة القانون البيئي فإن المراجعة الدستورية هي السبيل الأكثر استخداماً حتى تتم عملية الدسترة، والتي تأخذ إحدى صورتين :

- الدسترة المباشرة: وتعني دسترة مصادر القانون، وهي ظاهرة تتوافق مع إعلاء القيمة القانونية لبعض القواعد التي تبدو أكثر أهمية من غيرها.

La constitutionnalisation directe est une constitutionnalisation des sources du droit. C'est un phénomène qui correspond à une élévation de la valeur juridique de certaines règles de droit qui paraissent plus importantes que d'autres, mais qui n'ont pas reçu de consécration constitutionnelle implicite.

- الدسترة غير المباشرة: وتعني دسترة الخلفية التي يرمي إليها القانون، باعتبار تفسير الدستور من طرف القاضي الدستوري له أثر على النظام القانوني.

¹ - Élodie Derdaele, La Constitution entre norme et symbole, réflexions sur le constitutionnalisme contemporain,

www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC2/DerdaeleTXT.pdf

² - Principe de constitutionnalité,

http://fr.wikipedia.org/w/index.php?title=Principe_de_constitutionnalit&oldid=84400847

³ - Vanessa Barbé, Le droit de l'environnement en droit constitutionnel comparé : contribution à l'étude des effets de la constitutionnalisation.

La constitutionnalisation indirecte est une constitutionnalisation du fond du droit, lorsque l'interprétation de la Constitution retenue par le juge constitutionnel va avoir un effet sur l'ordre juridique et surtout sur les interprétations retenues par les juridictions ordinaires. Par exemple, le droit fondamental à la vie ou à la dignité de la personne humaine sont en principe absents du bloc de constitutionnalité. Pourtant, par une interprétation extensive de la première phrase du Préambule de 1946, le Conseil constitutionnel a reconnu l'existence du principe de dignité de la personne humaine dans une décision du 27 juillet 1994 à propos des lois relatives à la bioéthique¹.

المحور الثاني: التطور التاريخي لدسترة الحقوق البيئية.

تعتبر سنة 1972 سنة فارقة في تطوير قواعد القانون الدولي في مجال حماية البيئة، حيث كان مؤتمر ستوكهولم أول استعراض دقيق للأثر البشري الشامل على البيئة، وقد عبر في مجمل مبادئه عن ضرورة التزام الدول بضرورة حماية البيئة، وترجم ذلك في التزامين أساسيين، أولهما هو واجب اتخاذ الإجراءات الداخلية اللازمة لمنع تلوث البيئة. وثانيهما هو واجب التعاون بين الدول والمنظمات الدولية المتخصصة في هذا المجال. وفي هذا الإطار أدينت فرنسا من قبل محكمة العدل الأوروبية بدعوى أنها حذت من نطاق واجب الإفصاح عن المعلومات المتعلقة بالبيئة، والمنصوص عليه في الميثاق الأوروبي². كما أرسى فكرة فهم الحقوق البيئية في جوانبها المتعددة الأبعاد وفقا لنهج عالمي، وكذلك العلاقة القائمة بين البيئة والانسان وحقوقه الأساسية. إذ نص في المبدأ الأول منه على أن للإنسان حق أساسي في الحرية والمساواة، وظروف حياة مرضية في بيئة تسمح له نوعيتها بالعيش بكرامة ورفاهية، وعليه واجب هام هو حماية البيئة وتحسينها للأجيال الحاضرة والقادمة". وكذلك الشأن بالنسبة لمؤتمر ريودي جانيرو سنة 1992، حيث نص المبدأ الأول منه على أن البشر يقع في صميم الاهتمامات المتعلقة بالتنمية المستدامة، ويحق لهم أن يحيا حياة صحية ومنتجة في وئام مع الطبيعة. وقد تم بمناسبة انعقاد هذا المؤتمر التوقيع على اتفاقية الأمم المتحدة بشأن التنوع البيولوجي، واتفاقية الأمم المتحدة الإطارية بشأن تغيير المناخ. واللذان تعتبران إلى جانب بروتوكول مونتريال الخاص بالمواد المستنفدة لطبقة الأوزون كمراجع أساسية في ميدان حماية البيئة، وتأكيد حق الإنسان في بيئة متوازنة وعادلة³.

جدير بالذكر أن عملية الدسترة البيئية عرفت قفزة نوعية بعد مؤتمر ستوكهولم، إذ اعتمدت الدساتير الجديدة بعد هذا التاريخ البيئة كمرجع⁴. واعترف الكثير منها بالحق في البيئة الصحية المستمد من التزام الدول بتبني المبادئ الواردة في إعلان ستوكهولم وريو. ويتميز حق الإنسان في البيئة من خلال مصدره الدولي وبالتالي التعبير عن علميته، وذلك على الصعيدين العالمي والإقليمي⁵. فالإعلان العالمي لحقوق الإنسان نص في المادة 3 منه على الحق في

¹ - Constitutionnalisation du droit, http://fr.wikipedia.org/w/index.php?title=Constitutionnalisation_du_droit&oldid=84401018

² - Bertrand MATHIEU, Observations sur la portée normative de la Charte de l'environnement

³ - علي كريمة، المرجع السابق.

⁴ - Vanessa Barbé, Le droit de l'environnement en droit constitutionnel comparé : contribution à l'étude des effets de la constitutionnalisation

⁵ - Michel PRIEUR, Droit de l'homme à l'environnement et développement durable, op. cit. p 106.

Le droit de l'homme à l'environnement se caractérise par son origine internationale exprimant par là même son universalité tant au plan mondial qu'au plan régional.

الحياة¹، وفي المادة 25 نص على الحق في الصحة، كما أعلن العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية عن الحق في الحرية والأمان² بموجب المادة 9 منه. ومن جهته أعلن العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في المادة 12 منه عن الحق في الصحة. وعلى المستوى الإقليمي نجد الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب لعام 1981، كأول معاهدة دولية تعترف بحق الإنسان في البيئة. حيث تنص المادة 24 منه على أن جميع الشعوب لها الحق في بيئة مرضية وشاملة وتساعد على تنميتها³. ومن جهة ثانية نجد على سبيل المثال الدستور الاسباني لعام 1978 ينص على حق كل فرد في التمتع ببيئة ملائمة لتنمية الشخص. وكذلك الشأن بالنسبة لدول شرق أوروبا ولا سيما المجر وبولندا وسلوفينيا، التي أدمجت جميعها أحكاما تتعلق بالبيئة. وفي ضوء ذلك وبعد عام 1972 تمت مراجعة بعض الدساتير، على غرار دستور فرنسا في عام 2005، وأيضا في بلجيكا وسويسرا، اللتان أدمجتا أحكاما بيئية في التعديلات الدستورية في 1994، 1999. وفي ألمانيا دار نقاش معمق بشأن إدراج الحق في البيئة في الدستور، وتم الاعراب عن هذه الفكرة لأول مرة في برنامج الحماية البيئية الصادرة من قبل الحكومة الاتحادية في عام 1971، والتي تعتبر أول وثيقة برنامجية رئيسية لحماية البيئة في ألمانيا. الشيء الذي أوجد توافقا سياسيا في ألمانيا على أنه ينبغي إدراج حكم في القانون الأساسي يوجب على الدولة حماية البيئة⁴. وهو ما تم إثر تعديل القانون الأساسي الألماني عام 1994. وقد صاغت دول كثيرة، مثل جنوب أفريقيا، نصوصاً دستورية تقرر بالحق في البيئة الصحية، حيث ينص دستورها على أن لكل شخص الحق في :

(1) بيئة لا تضر صحته أو سلامته؛

(2) حماية البيئة لمصلحة الأجيال الحالية والقادمة من خلال تدابير تشريعية معقولة، وغيرها من التدابير التي تمنع التلوث والتدهور الأيكولوجي وتدعم المحافظة على البيئة، وتضمن تنمية الموارد الطبيعية واستخدامها على نحو مستدام من الناحية البيئية، وفي نفس الوقت تعزز من التنمية الاقتصادية والاجتماعية المستتدة إلى مبررات وجيهة.

كما خصصت دول أخرى نصوصا دستورية للحق في البيئة الصحية مثل الإكوادور والمجر وبيرو والبرتغال والفلبين⁵. فيما اعترفت دول أخرى مثل المكسيك وإندونيسيا بالحق في البيئة الصحية في تشريعاتها الوطنية. حيث تمثل الهدف الأول للقانون المعني بحماية البيئة والتوازن الأيكولوجي في المكسيك وفقاً للتعديلات التي أدخلت عليه عام 1996، في ضمان حق كل شخص في الحياة في بيئة سليمة، من أجل تنميته وصحته وسلامته. وتؤكد المادة 12/15 من هذا القانون على الحق في بيئة صحية، ويخول السلطات المختصة صلاحية اتخاذ التدابير اللازمة لضمان ممارسة هذا الحق. ومن جهته اعترف قانون الإدارة البيئية في إندونيسيا بالحق في البيئة الصحية، حيث ينص على أن لكل شخص الحق في بيئة طبيعية وصحية. ويقترن هذا النص بعدد من النصوص التي تضمن الحق في الحصول على

¹ - تنص المادة 03 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 217 ألف د-3، المؤرخ في 10/12/1948 على: " لكل شخص الحق في الحياة والحرية وسلامة شخصه"

² - العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، المعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21)، المؤرخ في 16/12/1966.

³ - Michel PRIEUR, Droit de l'homme à l'environnement et développement durable. op. cit. p 107.

« Tous les peuples ont un droit à un environnement satisfaisant et global propice à leur développement ».

⁴ - Michael BOTHE, LE DROIT A L'ENVIRONNEMENT DANS LA CONSTITUTION ALLEMANDE.

⁵ - ماس أحمد سانتوسا، المرجع السابق.

المعلومات البيئية، والحق في المشاركة في عملية صنع القرارات البيئية. وحتى يتسنى تقديم يد العون للمنظمات غير الحكومية للنضال من أجل إعمال الحق في البيئة النظيفة، يقر هذا القانون بحق المنظمات غير الحكومية في رفع دعاوى قضائية بالنيابة عن/باسم فئات معينة من المجتمع¹.

من جهتها حرصت الدساتير العربية على النص صراحة على حماية البيئة، كونها واجب على الدولة حيث جاء في دستور سلطنة عمان الصادر في نوفمبر 1996 في الباب الثاني الخاص بالمبادئ الاجتماعية، أن الدولة تعمل على المحافظة على البيئة وحمايتها ومنع التلوث عنها². وهذا ما نص عليه الدستور القطري أيضا في الباب الثاني الخاص بالمقومات الأساسية للمجتمع³. كما نص دستور المملكة العربية السعودية على أن الدولة تعمل على المحافظة على البيئة وحمايتها وتطويرها ومنع التلوث عنها⁴. ومن جهته نص دستور تونس على أن الدولة تضمن الحق في بيئة سليمة ومتوازنة والمساهمة في سلامة المناخ، وعلى الدولة توفير الوسائل الكفيلة بالقضاء على التلوث البيئي⁵. وجاءت مبادرات المغرب التشريعية من خلال وضع مجموعة من القواعد القانونية الرامية إلى احترام البيئة، باعتبار أن حمايتها غاية وطنية عامة. واعتمد اهتمام المغرب بموضوع البيئة على مقاربة قانونية مندمجة تركز على تدخل الدولة في تدبير المخاطر البيئية، والسهر على احترام المجال البيئي وحمايته والحفاظ عليه. ووضع لأجل ذلك مجموعة من النصوص القانونية المتعلقة بحماية الطبيعة من الأضرار والمحافظة على صحة وسلامة المواطنين⁶. غير أن القاعدة القانونية البيئية لم ترق إلى مستوى الدسترة، نتيجة إهمال واغفال دستور 1996 والدساتير التي سبقتة للبعدين الصحي والبيئي بالإطلاق. لكنه تدارك ذلك من خلال الدستور الجديد⁷، حيث عالجهما في الباب 11 بفصوله التنظيمية المحدثه للمجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي⁸. وبالرجوع إلى الدساتير الجزائرية نجد أن دستور 1976 أسند مهمة حماية البيئة في المجال التشريعي إلى المجلس الشعبي الوطني، ورسم الخطوط العريضة لسياسة تهيئة الإقليم والبيئة وحماية الثروة الحيوانية والنباتية والقواعد العامة المتعلقة بالصحة العمومية والمحافظة على التراث الثقافي والتاريخي، وكذا النظام العام للغابات والمياه⁹. وهو النهج الذي سار عليه كل من دستور 1989، 1996. هذا الأخير الذي خول بموجب المادة 122 منه للبرلمان التشريع في المسائل المتعلقة بالصحة العمومية والسكان، والقواعد العامة المتعلقة بالبيئة وإطار المعيشة والتهيئة العمرانية، والقواعد العامة المتعلقة بحماية الثروة الحيوانية والنباتية، وحماية التراث الثقافي والتاريخي والمحافظة عليه، وكذلك النظام العام للغابات والأراضي الرعوية، والنظام العام للمناجم والمحروقات¹⁰.

¹ - ماس أحمد سانتوسا، المرجع السابق.

² - المادة 05/12 من المرسوم السلطاني رقم 96/101 المتضمن دستور سلطنة عمان.

³ - تنص المادة 33 من دستور دولة قطر على: "تعمل الدولة على حماية البيئة وتوازنها الطبيعي، تحقيقاً للتنمية الشاملة والمستدامة لكل الأجيال"

⁴ - المادة 32 من دستور المملكة العربية السعودية، الصادر بتاريخ 1412/8/27هـ، تحت رقم 90/أ.

⁵ - دستور تونس لعام 2014، الفصل 45 من الباب الثاني، المتضمن الحقوق والحريات.

⁶ - عادل الخصاصي، التشريع البيئي المغربي والسياسات العامة، 2012.

⁷ - أنظر الفصل 31 من الباب الأول المتضمن أحكاما عامة، من دستور المملكة المغربية، الصادر بتاريخ 2011/07/29.

⁸ - دسترة الحق في الصحة والبيئة السليمة.. أية استجابة للانتظارات، وفي ظل أية فاعلية، مقال منشور في وكالة المغرب العربي.

⁹ - الفقرات 20، 22، 23، 24، 25، من المادة 151 من الدستور الجزائري لسنة 1976، الجريدة الرسمية عدد 94 لسنة 1976.

¹⁰ - الفقرات 17، 19، 20، 21، 22، 23، 24، من المادة 122 من التعديل الدستوري لسنة 1996.

المحور الثالث : لماذا دسترة قانون البيئة ؟

إن الاهتمام بالبيئة المتوازنة والسليمة وبالتمنية كحق من حقوق الإنسان، ليس إلا جزءاً من حقوق أخرى عديدة أفرزها التطور العلمي والتكنولوجي والحضاري الحالي، وجاء معبراً عن طموح الإنسان في عصر العولمة والترابط الدولي. ذلك أن حقوق الإنسان لم تكن عبارة عن كم ثابت رابض لا يتغير، بل هي مفتوحة ومنتجة مع تحرك المجتمع الدولي والوطني، ومع التطور الاقتصادي والعلمي والتكنولوجي، كما تتحول مع ما يحصل في الدولة من تطور على مستوى نشاطها الاقتصادي، ففي كثير من المخططات التاريخية تظهر حقوق تعبر عن واقعها الاقتصادي والسياسي والعلمي، وتعكس مدى تطور هذا الواقع، وحاجته إلى قواعد قانونية حقوقية تنظمه¹. وعلى هذا الأساس ونظراً للتطور السريع والاهتمام المتزايد بالمسائل البيئية ولاسيما حق الانسان في بيئة سليمة، وهو حق لصيق بالإنسان كون البيئة والانسان يشكلان وحدة متكاملة لا يمكن تصور جدوى أحدهما دون الآخر، والذي أكدته كثير من الاعلانات الدولية، وجب أن تكون هذه الحقوق محل حماية دستورية.

ولا شك أن المجتمع العالمي بما تمثله الأمم المتحدة وسائر المؤسسات الدولية بات مدركاً بسبب التدهور الذي يلحق يومياً بالبيئة وبفعل العوامل المناخية المتغيرة أن حماية البيئة ضرورة لبقاء الانسان. وذلك بالنظر إلى العلاقة الوثيقة والتفاعل الكبير بين الأضرار التي تلحق بالبيئة والتمتع بحقوق الانسان². إذ التدهور البيئي يؤثر سلباً على التمتع بحقوق الانسان، كالحق في الحياة، المهدهد عن طريق المساس بالبيئة، والذي لا يهدد فقط نوعية الحياة، وإنما يهدد الحق في الحياة في حد ذاتها. وهو ما حدا بالدول والمنظمات الدولية الى بذل جهودها بغية وضع خطة عمل تشريعية تقضي بحماية البيئة من كل أشكال التدهور والتلوث وتأمين اطار حياة سليمة ومستقرة بيئياً³. فحسب ما هو معترف به في الاعلان العالمي لحقوق الانسان، والعهد الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وصكوك أخرى متعلقة بحقوق الانسان، أن لكل شخص الحق في أعلى مستوى يمكن بلوغه للصحة. وفي السياق البيئي ينطوي الحق في الصحة أساساً على الحماية الممكنة عملياً من المخاطر الطبيعية وعلى التخلص من التلوث. ويرتبط بالحق في الحصول على الماء والغذاء⁴. ذلك أنه من المؤكد علمياً أن حياة الإنسان على الأرض ترتبط ارتباطاً وثيقاً بأنواع الحياة الأخرى. فحماية الطبيعة من خلال حماية النباتات والحيوانات والتنوع البيولوجي هي في ذات الوقت حماية للإنسان. كما أن تدمير الطبيعة أو استنفاد مواردها يحرم الانسان من التنمية المستدامة⁵.

جدير بالذكر أنه منذ انعقاد مؤتمر ريو المعني بالبيئة والتنمية في عام 1992، تم اعتماد العديد من الصكوك الدولية، عمدت جميعها إلى تكرار المبادئ المؤسسة للقانون البيئي، على غرار مبدأ من يلوث يدفع، ومبدأ الحيطة، دون أن تضيف الكثير إلى المضمون المعياري لهذه المبادئ أو تفسيرها القانوني، حيث تتم كتابة معظم هذه النصوص

¹ - علي كربي، الأجيال الثلاثة لحقوق الإنسان، قراءة في بعض عناصرها القانونية، 2005. على الموقع: www.fikrwanakd.aljabriabed.net/n30_06krim.htm

² - Mahfoud GHEZALI, Les nouveaux droits fondamentaux de l'homme, page.90.

IL existe un lien étroit, une interaction sensible entre les atteintes portées à l'environnement et la jouissance des droits de l'homme .

³ - ميشال موسى، الحق في بيئة سليمة، سلسلة دراسات للجنة حقوق الانسان النيابية، لبنان، بالتنسيق مع برنامج الأمم المتحدة الانمائي، بيروت 2008. على

الموقع: [download pages\bi'at salima.pdf](http://download.pages\bi'at salima.pdf)

⁴ - تقرير فاطمة الزهرة قسنطيني المتعلق بحقوق الإنسان والبيئة، E/CN.4/sub.2:1994/9، ص 44.

⁵ - Michel PRIEUR, Vers un droit de l'environnement renouvelé. Cahiers du Conseil constitutionnel n°15, Dossier : Constitution et environnement, janvier 2004.

بعبارة غامضة وعامة دون التزامات محددة¹. فرغم تعدد النصوص إلّا أن القانون الدولي يفشل في فرض معايير عالمية للممارسات البيئية المختلفة. وهو ما يجعل من دسترة الحقوق البيئية ضرورة ملحة لإضفاء طابع الشرعية عليها، فتخصيص نص دستوري خاص بالبيئة يضيف عليها قيمة رمزية كبيرة. وإدراج نص معين في الدستور يمثل ظهور حقوق أساسية جديدة، وبنفاذ النظم القانونية فيما يتعلق بتأكيد هذه الحقوق². وتمكن الإنسان من الانتفاع بحقوقه، وتدعمه عند اللجوء إلى القضاء متى تم المساس بهذه الحقوق. كما أن الحماية الدستورية للحق في البيئة لها أهمية كبرى، سواء على مستوى التشريع أو على مستوى القضاء. فوجود سقف دستوري لحماية البيئة في إطار الحق سيكون ذا أثر على سلطة المشرع فيما يتعلق بضرورة عدم المساس به. ليس فقط في مجال التشريعات البيئية المباشرة، وإنما أيضا في مجال التشريعات الأخرى التي لها تأثير على البيئة مثل التشريعات الاقتصادية والصناعية والزراعية. ومن ناحية أخرى فإن سلطة القضاء - وبخاصة القضاء الدستوري - ستكون فعالة من حيث تأمين الحماية الدستورية للحق من خلال رقابة التشريعات الأصلية والفرعية التي تنظم أيا من جوانب البيئة³. ومن جهة أخرى تعطي هذه الدسترة لكافة الفواعل البيئية أساسا دستوريا للدفاع عن البيئة وحمايتها من كل أشكال التدهور⁴. وهو ما سلكه المشرع الفرنسي، حيث قنن حقا دستوريا للبيئة بالمعنى الفني للحقوق مرتبا آثار تقرير مثل هذا الحق سواء من ناحية الامتيازات أو الالتزامات والواجبات، بشكل يحدد معالم التدخلات التشريعية في تنظيم مختلف جوانب هذا الحق، وبما يعطى للقاضي الدستوري سلطة مباشرة لحماية مثل هذا الحق استنادا إلى نصوص دستورية مباشرة. وهذا خلافا لما نجده في القانونين المصري والقطري على سبيل المثال. إذ لم يعترف بحق دستوري فردي في البيئة لصالح المواطن. بل أفاما التزاما عاما على عاتق الدولة في حماية البيئة، تحت مسمى واجب وطني بالنسبة للقانون المصري، والحث الإيجابي للدولة على العمل على حماية البيئة بالنسبة للقانون القطري. بينما الحق في البيئة غالبا ما ينظر إليه كحق من الحقوق الشخصية، ويمكن تصوره على أنه الحق في المنافع المادية، وهو ما يتوافق مع مفهوم الحقوق بالمعنى الدقيق للكلمة⁵.

المحور الرابع : بعض الاجتهادات القضائية التي كرّست الحق في البيئة.

يمثل النص الدستوري لحق من الحقوق أساسا لمباشرة الرقابة الحامية له من قبل هيئة الرقابة على الدستورية، كما أن غياب نص صريح في الدستور لا يكون عائقا أمام القاضي الدستوري للاعتراف بالحماية الدستورية لحقوق ليست مذكورة في نصوص الدستور، فكثيرا ما تدل الدراسة المتعمقة وإمعان النظر في بعض الحقوق المنصوص عليها في الدستور على أن عللها أو ما وراءها من قيم وما تتوخاه من أغراض، متوافرة في غيرها من الحقوق التي لا نص عليها. وبذلك تفضي الحقوق المنصوص عليها إلى حقوق جديدة لم يقرها الدستور، وتتسع بذلك دائرة

¹ - Maryse GRANDBOIS* et Marie-Hélène Bérard, La reconnaissance internationale des droits environnementaux : le droit de l'environnement en quête d'effectivité.

² - Bertrand MATHIEU, Observations sur la portée normative de la Charte de l'environnement.

³ - رجب محمود طاجن، الاطار الدستوري للحق في البيئة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الاولى، 2008، ص 56.

⁴ - مسعودي رشيد، الرشادة البيئية، مذكرة ماجستير، جامعة سطيف2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013، ص 26.

⁵ - Lise Tupiassu-Merlin, En quête de la pleine effectivité du droit à l'environnement.

الحقوق التي تسعها أحكام الدستور، فلا تنحصر فقط في تلك التي نص عليها صراحة، بل تندمج فيها كذلك الحقوق التي كفلها ضمناً، لتعلو جميعاً على ما سواها، بما يحول دون تدخل المشرع لتحريفها¹.

وفي هذا الإطار شهدت ساحات القضاء عدة قضايا محلية ساهمت في إعمال الحق في البيئة الصحية في العديد من البلدان نذكر منها قضية رفعها قصر ضد وزير الموارد الطبيعية والبيئية في الفلبين.

حيث تمثل هذه القضية التي رفعها مجموعة تتكون من 43 طفلاً يمثلهم آباؤهم، محاولة لإلغاء تراخيص ممنوحة لشركات قطع الأشجار، بسبب ما يترتب علي عمليات القطع المكثفة من إزالة للغابات. حيث دفع المدعون بأن قطع الأشجار يؤدي إلى أضرار لا علاج لها للأجيال الحالية والقادمة، ويمثل انتهاكاً لحق تلك الأجيال في البيئة الصحية. وطالبوا بإلغاء التراخيص الحالية لقطع الأشجار وعدم منح تراخيص جديدة، واستندوا في ذلك إلى الفقرتين 15، 16 من المادة الثانية من إعلان المبادئ والسياسات الرسمية للدولة، الوارد في دستور 1987، واللذان تنصان على الحق في الصحة والحفاظ على التوازن البيئي².

رفضت المحكمة الابتدائية الدعوى على أساس أن القضية لا تمس أي حق قانوني، وأنها تتعلق بحق سياسي ليس من اختصاص المحاكم وفقاً لمبدأ الفصل بين السلطات، وتم رفع القضية أمام المحكمة الدستورية، حيث أثير أمامها التساؤل حول ما إذا كان للمدعين وهم مجموعة من القصر أي صفة قانونية يحق لهم بموجبها تحريك الدعوى القضائية. فقررت المحكمة أن لهم هذه الصفة، بل وأن من الممكن لهم أيضاً أن يمثلوا أجيالاً لم تولد بعد.

وفيما يتعلق بالامتيازات التي تحق لهم، رأت المحكمة أنه إذا كان الحق في وجود نظام بيئي متوازن وصحي وارداً في إعلان المبادئ والسياسات الرسمية للدولة وليس في ميثاق الحقوق، فلا يعني ذلك بالضرورة أنه أقل أهمية من أي حق من الحقوق المدنية أو السياسية المذكورة في هذا الميثاق. وفي واقع الأمر أن هذه الحقوق الأساسية لا تحتاج حتى إلى كتابتها في الدستور لأنه من المفترض أنها موجودة منذ بدء الخليقة.

وفي هذا الحكم أكدت المحكمة الدستورية للفلبين على أن الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية مترابطة ولا تتجزأ وفقاً لدستور الفلبين، وأضافت أن الحق في وجود نظام إيكولوجي متوازن من شأنه كفالة التمتع بالحق في الصحة، ويقرن بواجب مقابل له، هو الامتناع عن الإضرار بالبيئة. ورفضت المحكمة الدفع بأن هذه القضية سياسية ولا تدخل ضمن اختصاص المحاكم. وأعلنت أن إنكار أو انتهاك الحق في البيئة الصحية من جانب من عليه الواجب أو الالتزام المقابل بلحرامه أو حمايته يعد مبرراً لإقامة الدعوى. وخلصت إلى ضرورة إلغاء كل التراخيص الجارية أو سحبها بموجب إجراء تنفيذي، وعليه قضت المحكمة بأن الدولة عليها واجب الالتزام بحماية الحق في البيئة الصحية للمدعين.

¹ - رجب محمود طاجن، المرجع السابق، ص 39.

² - ماس أحمد سانتوسا، المرجع السابق.

تعد حماية البيئة من المسائل الجوهرية التي تتطلب تضافر الجهود الدولية على وجه الخصوص بسبب خطورة آثار الاعتداءات التي تتعرض لها حياة الإنسان وكل الكائنات الحية الأخرى.

وفي سبيل ذلك سعت دول عديدة إلى إصدار الآليات القانونية المناسبة للعمل على حماية البيئة، والحد من التدهور البيئي والبيولوجي المحيط بالإنسان، فاستحدثت عدة دول تشريعا موحدا ينظم كل ما يتعلق بحماية البيئة، بحيث يعد هذا التشريع بمثابة المرجع الأساسي المحدد للحماية ولقواعد واجراءات تفعيلها.

وفي هذا الاطار يعتبر تدخل المشرع الفرنسي نموذجيا باستحداثه ميثاقا متكاملا للبيئة، يعد الأول في العالم المعاصر، حيث أقر بحق دستوري فردي للمواطن في أن يحيا في بيئة متوازنة، واستحدثت مبدأ الحيطة الذي يلزم السلطات العامة في نطاق اختصاصاتها بالتدخل للحيلولة دون وقوع ضرر يؤثر في البيئة بصورة جسيمة يتعدر إصلاحها.

وعليه يمكن القول بأن ميثاق البيئة يمثل استثناء جديدا للاستثناءات الفرنسية فيما يتعلق بوثيقتها الدستورية. وإدراجه في الدستور يريد من خلاله المشرع إدراج الحق في البيئة ضمن الحريات الأساسية، واعطائها قيمة دستورية.

ومع تزايد الوعي البيئي، أصبح من الواضح إلى حد بعيد أن بقاء البشرية وتنميتها، والتمتع بحقوق الانسان هي أمور تتوقف على مدى توافر بيئة صحية وسليمة، ولذلك كانت حماية البيئة ضرورة لا غنى عنها، ليس فقط من أجل حماية حقوق الانسان، وإنما لحماية التراث المشترك للبشرية أيضا، إذ تعتبر مسألة حماية وتحسين البيئة مسألة ذات أهمية كبيرة تؤثر في رفاه السكان والتنمية الاقتصادية في العالم بأسره، وبذلك أصبح الدفاع عن البيئة وتحسينها للأجيال الحاضرة والمقبلة هدفا رئيسيا يتطلب تدخل المشرع لإدماج الحقوق البيئية في الوثيقة الدستورية، ذلك أن الدستور ضرورة حماية الحقوق الأساسية للإنسان، من خلال الاعتراف بهذه الحقوق، واضفاء طابع الشرعية عليها، الشيء الذي يمكن الإنسان من حقوقه الأساسية والانتفاع بها، واللجوء إلى القضاء متى تم المساس بها. كما تكتسي دسترة الحق في البيئة أهمية بالغة في عدة جوانب، فمن جهة يمنع النص الدستوري المتعلق بالحق في بيئة سليمة كلا من المشرع والسلطات العامة للدولة من تجاهل هذا الحق عند وضع التشريعات المختلفة. فهو بذلك يضع قيادا عليها بعدم المساس بالمصالح المرتبطة بالبيئة، بل ويفرض على الأفراد والدولة واجبا دستوريا في حمايتها. ومن جهة أخرى تعطي هذه الدسترة لكافة الفواعل البيئية أساسا دستوريا للدفاع عن البيئة وحمايتها من كل أشكال التدهور.

❖ المراجع المعتمدة :

أولا : المراجع باللغة العربية :

– رجب محمود طاجن، الاطار الدستوري للحق في البيئة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الاولى، 2008.

– عادل الخصاصي، التشريع البيئي المغربي والسياسات العامة، 2012.

– علي كريمي، الأجيال الثلاثة لحقوق الإنسان، قراءة في بعض عناصرها القانونية، 2005. على الموقع:

www.fikrwanakd.aljabriabed.net/n30_06krim.htm

- مسعودي رشيد، الرشادة البيئية، مذكرة ماجستير، جامعة سطيف2، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2013.
- ميشال موسى، الحق في بيئة سليمة، سلسلة دراسات للجنة حقوق الانسان النيابية، لبنان، بالتنسيق مع برنامج الأمم المتحدة الانمائي، بيروت 2008. على الموقع: [download pages\ bi'at salima.pdf](http://download.pages\bi'at_salima.pdf)
- نور الدين حمشة، الحماية الجنائية للبيئة دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، مذكرة ماجستير، جامعة بائنة، 2006.
- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان المعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 217 ألف د- 3، المؤرخ في 1948/12/10
- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، المعتمد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د- 21)، المؤرخ في 1966/12/16
- تقرير فاطمة الزهرة قسنطيني المتعلق بحقوق الإنسان والبيئة، 9 /1994 :E/CN.4/sub.2.
- دستور تونس لعام 2014.
- الدستور الجزائري لسنة 1976.
- الدستور الجزائري لسنة 1996.
- دستور دولة قطر
- دستور المملكة العربية السعودية، الصادر بتاريخ 1412/8/27 هـ تحت رقم أ/90.
- دستور المملكة المغربية، الصادر بتاريخ 2011/07/29.
- المرسوم السلطاني رقم 96/101 المتضمن دستور سلطنة عمان.

ثانيا : المراجع باللغة الأجنبية :

- ANNE PETERS, Reconstruction constitutionnaliste du droit international: arguments pour et contre.
- Bertrand MATHIEU, Observations sur la portée normative de la Charte de l'environnement
- Constitutionnalisation du droit :
- http://fr.wikipedia.org/w/index.php?title=Constitutionnalisation_du_droit&oldid=84401018
- Élodie Derdaele, La Constitution entre norme et symbole, réflexions sur le constitutionnalisme contemporain,
- www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC2/DerdaeleTXT.pdf
- Lise Tupiassu-Merlin, En quête de la pleine effectivité du droit à l'environnement.
- Mahfoud GHEZALI, Les nouveaux droits fondamentaux de l'homme.
- Maryse GRANDBOIS* et Marie-Hélène Bérard, La reconnaissance internationale des droits environnementaux :le droit de l'environnement en quête d'effectivité.
- Michael BOTHE, LE DROIT A L'ENVIRONNEMENT DANS LA CONSTITUTION ALLEMANDE.
- Michel PRIEUR, Droit de l'homme à l'environnement et développement durable.
- Michel PRIEUR, Vers un droit de l'environnement renouvelé. Cahiers du Conseil constitutionnel n°15, Dossier : Constitution et environnement, janvier 2004.
- Vanessa Barbé, Le droit de l'environnement en droit constitutionnel comparé : contribution à l'étude des effets de la constitutionnalisation.
- Yves JÉGOUZO, Quelques réflexions sur le projet de Charte de l'environnement, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 15 (Dossier : Constitution et environnement) - janvier 2004

الحماية القانونية للأطفال أثناء النزاعات المسلحة دراسة مقارنة بين المواثيق الدولية والقانون الجزائري



من إعداد : لعلامة زهير : باحث بالدركتوراه

تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة محمد الصديق بن يحيى - جيجل، الجزائر

Email : lalama.zouhir@yahoo.com

مقدمة :

تزيد النزاعات المسلحة من استضعاف الأشخاص الذين هم أصلاً عرضة للأخطار وخاصة الأطفال. فالطفل يحتاج إلى أسرة ومجتمع محلي يوفران له بيئة ملائمة تؤمن له الرعاية والحماية. وقد تكون آثار الحروب على صغار السن والأطفال مدمرة، وذلك من خلال إجبارهم على النزوح والفرار من ديارهم كلاجئين عبروا الحدود الدولية أو كنازحين في داخل بلدانهم.

ولا ينجو أحد من آثار النزاعات المسلحة التي غالباً ما تكون نزاعات داخلية بطبيعتها. إذ يتعرض فيها الأطفال لأبشع أنواع الجرائم من سجن واغتصاب وقتل، كما تشتت النزاعات المسلحة شمل العائلات، مما يرغب آلاف الأطفال على ولوج عالم الشغل لإعالة أنفسهم ورعاية عائلاتهم.

ويتخذ استغلال الأطفال الذي كثيراً ما يتزايد أثناء النزاعات المسلحة أشكالاً متنوعة، مثل العمل القسري أو العبودية في الحالات القصوى، وقد يكون مصير الأطفال هو التجنيد الإجباري في القوات المتحاربة.

لقد عرف القانون الدولي الإنساني، ولأول مرة، أهمية الحماية القانونية للطفل في النزاعات المسلحة في أعقاب الحرب العالمية الثانية، حيث ذاق العالم ويلات هذه الحرب التي استدعت وجوب حماية المدنيين، وخاصة الأطفال في النزاعات المسلحة. فالأطفال هم أكثر الفئات التي تتأذى من النزاعات المسلحة وذلك بسبب ضعفهم وعدم قدرتهم على الدفاع عن أنفسهم سواءً أكانوا مدنيين أو جنوداً في الجيوش النظامية، أو الجماعات المسلحة.

وفي السنوات الأخيرة ازدادت ظاهرة الاعتداء على الأطفال، إما عن طريق استهدافهم أو عن طريق إشراكهم في القتال كمحاربين. حيث تبين الأرقام الصادرة عن المنظمات الدولية أن الأطفال يمثلون أكثر من نصف عدد لاجئي العالم، كذلك فإن النسبة الأكبر من هؤلاء الأطفال تم ترحيلهم من مساكنهم، كما كشفت الأرقام أن عدداً لا كبيراً من الأطفال شاركوا في الأعمال القتالية، والتي نتج عنها ملايين الأطفال بين قتلى وجرحى.

ومع استفحال ظاهرة تعرض الأطفال لأقسى أنواع المعاملة أثناء النزاعات المسلحة الدولية وذات الطابع غير الدولي، تنمو الحاجة إلى تنمية الوعي بحقوق الطفل، ومحاولة تجنيبه ويلات الحروب، والتشديد على توفير قواعد قانونية تضمن عدم تعرضه لانتهاكات أثناء هذه النزاعات.

وعليه يجب التطرق لحماية حقوق الطفل أثناء النزاعات المسلحة عن طريق المقارنة بين القانون الجزائري والمواثيق الدولية التي تقرر حماية قانونية للطفل أثناء النزاعات المسلحة، لمعرفة مدى التوافق أو الاختلاف بينهما، وهذا عن طريق الإجابة على التساؤل التالي: ما هي أهم القواعد القانونية المقررة لحماية الأطفال في المواثيق الدولية والقانون الجزائري، ومدى فعاليتها في تجنيب الأطفال مآسي النزاعات المسلحة؟

المبحث الأول: الحماية المقررة للأطفال أثناء النزاعات المسلحة في المواثيق الدولية:

يوفر القانون الدولي نوعين من الحماية للأطفال أثناء النزاعات المسلحة، حماية عامة بوصفهم أشخاصاً غير مشاركين في الأعمال الحربية، كما يوفر لهم حماية خاصة نظراً لكونهم فئة تحتاج لرعاية خاصة ومتميزة.

المطلب الأول: الحماية العامة للأطفال أثناء النزاعات المسلحة في المواثيق الدولية:

أثناء النزاعات المسلحة، يتمتع الأطفال بوصفهم جزءاً من السكان المدنيين بالحماية بموجب اتفاقية جنيف الرابعة المتعلقة بحماية الأشخاص المدنيين لسنة 1947 والبروتوكول الإضافي الأول والثاني للعام 1977، إذ تضمنت هذه المواثيق قواعد دقيقة تتعلق بحماية المدنيين وبطبيعة الحال فإن الطفل يندرج ضمن وصف المدنيين¹. تتجلى الحماية العامة للمدنيين فيما يلي:

الفرع الأول: التمييز بين المقاتلين وغير المقاتلين (المدنيين): هذا التمييز يقرر حماية للمدنيين الذين لا يحملون السلاح لاسيما وأن غالبيتهم من النساء والأطفال والشيوخ، لهذا تقررت لهم هذه الحماية.

الفرع الثاني: حضر مهاجمة الأهداف المدنية: نص البروتوكول الاختياري الأول لاتفاقية جنيف للعام 1977 الأطراف المتحاربة بالامتناع عن مهاجمة السكان المدنيين والأهداف المدنية.

¹ آل خليفة خالد بن علي، "حماية الطفل في النزاعات المسلحة"، مجلة الطفولة والتنمية، دورية علمية محكمة تصدر عن المجلس العربي للطفولة والتنمية، القاهرة، مصر، المجلد 1، العدد 4، 2001، ص 32.

الفرع الثالث: اتخاذ جميع الاحتياطات اللازمة أثناء سير العمليات الحربية: وهذا من أجل تفادي أي إصابات في صفوف المدنيين، ويتحقق ذلك ببدل العناية اللازمة في إدارة العمليات العسكرية والتحقق من أن الأهداف المقرر مهاجمتها خالية من المدنيين، وكذلك إقامة مناطق خاصة للمدنيين بعيداً عن الأماكن التي تجري فيها العمليات الحربية¹.

المطلب الثاني: الحماية الخاصة للأطفال أثناء النزاعات المسلحة في المواثيق الدولية:

التمتعن في مختلف المواثيق الدولية ذات الصلة بحماية الأطفال أثناء النزاعات المسلحة يجد أنها لا تكتفي بتقرير قواعد الحماية العامة للأطفال باعتبارهم جزء من السكان المدنيين فقط، وإنما كرس قواعد خاصة بشأن حماية الأطفال في النزاعات المسلحة، حيث تضمنت اتفاقية جنيف الرابعة لسنة 1949 العديد من القواعد الخاصة بحماية الأطفال أثناء فترات النزاع المسلح، إلا أن هذه القواعد لم توضع بشكل صريح، إذ عمل البروتوكول الإضافي الأول على سد هذا الفراغ بالإضافة إلى البروتوكول الثاني.

وتتخذ الحماية الخاصة للأطفال وفق القانون الدولي الإنساني والمواثيق الدولية عدة صور أهمها:

الفرع الأول: الرعاية الخاصة: رغم أن أحكام اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949 تمنح الأطفال حماية، فإنه لا توجد بها أية مادة تعد أساساً لهذه الحماية الخاصة². لكن البروتوكول الإضافي الأول نص في المادة 1/18 على " مبدأ الحماية الخاصة" حيث جاء فيها: « يجب أن يكون الأطفال موضع احترام خاص، وأن تكفل لهم أطراف النزاع العناية والرعون الذين يحتاجونها إليها بسبب سنهم أو لأي سبب آخر». كما كفل البروتوكول الثاني مبدأ الحماية الخاصة للأطفال في المادة 3/4 التي تنص على: « يجب توفير الرعاية والمعونة للأطفال بقدرما يحتاجون إليه، وبصفة خاصة ... »³.

وطبقاً للمادة 50 من اتفاقية جنيف الرابعة فإن الأطفال في الأراضي التي تتعرض للاحتلال يستمرون في الاستفادة من تطبيق أية تدابير تفضيلية تتعلق بالغذاء والعناية الطبية والحماية من آثار الحروب، كما تنص المادة 50 كذلك بأن: « على دولة الاحتلال أن تسهل الإدارة الجيدة لجميع المنشآت المخصصة للعناية بالأطفال و تعليمهم»، وعليه فإن سلطات دولة الاحتلال تلتزم بالتعاون مع السلطات الوطني أو المحلية لتوفير حماية جيدة لهذه المنشآت، كما تتحمل هذا الالتزام بأكمله على عاتقها في حالة عجز السلطات الوطني أو المحلية عن تقديم أية معاونة لها في هذا المجال⁴.

¹ - أحمد حسن محمد عبد الكريم، "حماية الأطفال أثناء النزاعات المسلحة في المواثيق الدولية والقانون السوداني"، مجلة العدل، وزارة العدل السودانية، العدد 36، أوت 2012، ص 226.

² - Denis PATTNER, « la protection de l'enfant dans le droit international humanitaire » R.I.C.R, Mai- Juin 1984, pp 150-151.

³ - أنظر المادة الرابعة من البروتوكول الإضافي الثاني إلى اتفاقيات جنيف، 1977، منشور على الموقع الرسمي للجنة الدولية للصليب الأحمر: <https://www.icrc.org/ara/resources/documents/misc/5ntce2.htm>

⁴ - عشاوي مكي الدين علي، حقوق المدنيين تحت الاحتلال الحربي، عالم الكتب، القاهرة، 1972، ص 371.

الفرع الثاني: جمع شمل الأطفال بعائلاتهم: من النتائج التي تحدث أضراراً خطيرة بالأطفال أثناء النزاعات المسلحة فصل الطفل عن أسرته، حيث ورد في البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقية جنيف تحت عنوان " جمع شمل الأسر " في المادة 74: « تيسر الأطراف المتعاقدة وأطراف النزاع قد الإمكان جمع شمل الأسر التي شنت نتيجة للنزاعات المسلحة، وتشجع بصفة خاصة عمل المنظمات الإنسانية التي تركز ذاتها لهذه المهمة طبقاً لأحكام الاتفاقيات وهذا البروتوكول»¹.

أما بخصوص النزاعات المسلحة غير الدولية، ينص البروتوكول الإضافي الثاني في المادة 4/ب على: « تتخذ جميع الخطوات المناسبة لتسهيل جمع شمل الأسر التي تشنت لفترة مؤقتة »² (7). فإذا تفرق الأطفال وأفراد عائلاتهم نتيجة لنزاع مسلح، فإن جمع شملهم سيتوقف إلى حد بعيد على مداومة الاتصالات بينهم، أو جمع معلومات دقيقة عن تحركاتهم³.

الفرع الثالث: إغاثة الأطفال: إن أهم تدابير الحماية المقررة للأطفال أثناء النزاعات المسلحة تتمثل في وجوب الحصول على الرعاية الصحية والغذائية، حيث لا يجوز حرمان الأطفال من المأوى والمواد الغذائية والملابس، وتلعب اللجنة الدولية للصليب الأحمر دوراً فعالاً في إغاثة الأطفال ووضع برامج صحية لهم أثناء النزاعات المسلحة، كما تضمن اللجنة الدولية بالتوزيع المنتظم للطرود التي تحتوي على مواد تضمن للأطفال الرضع الرعاية والعناية اللازمين أثناء النزاعات المسلحة⁴. وطبقاً للمادة 89 من اتفاقية جنيف الرابعة تصرف للأمهات المرضعات وللأطفال دون الخامسة عشر من العمر أغذية إضافية تتناسب مع احتياجاتهم الجسدية⁵.

الفرع الرابع: الامتناع عن إجلاء الأطفال أو ترحيلهم: نصت المادة 17 من اتفاقية جنيف الرابعة على نقل الأطفال وحالات الولادة من المناطق المحاصرة أو المطوقة بقولها: « يعمل أطراف النزاع على إقرار ترتيبات محلية لنقل الجرحى والمرضى والعجزة والمسنين والأطفال والنساء النفاس من المناطق المحاصرة أو المطوقة، ولمرور رجال جميع الأديان، وأفراد الخدمات الطبية والمهمات الطبية إلى هذه المناطق»⁶. وينص البروتوكول الإضافي الأول في المادة 78 فقرة 1 على موضوع الإجلاء ولكن يقرر أن ذلك يجب أن يكون إجراءً مؤقتاً فقط، وذلك بنصها على: « لا يقوم أي طرف في النزاع بتدبير إجلاء الأطفال إلى بلد أجنبي إلا إجلاءً مؤقتاً إذا اقتضت ذلك أسباب قهرية تتعلق بصحة الطفل أو علاجه الطبي أو إذا تطلبت ذلك سلامته في إقليم محتل»، ولا بد للقيام بهذه العملية وجود موافقة كتابية

¹ البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف، لعام 1977، والمتعلق بحماية ضحايا النزاعات الدولية المسلحة، منشور على الموقع الرسمي للجنة الدولية للصليب الأحمر: <https://www.icrc.org/ara/resources/documents/misc/5ntccf.htm>

² البروتوكول الإضافي الثاني لاتفاقيات جنيف، لعام 1977، والمتعلق بحماية ضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية، منشور على الموقع الرسمي للجنة الدولية للصليب الأحمر: <https://www.icrc.org/ara/resources/documents/misc/5ntce2.htm>

³ شحاتة فاطمة أحمد زيدان، مركز الطفل في القانون الدولي العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص ص 346-347.

⁴ أبو العمامية، " وضع الأطفال في ظل النزاعات المسلحة في القانون الإنساني"، مجلة الطفولة والتنمية، دورية علمية محكمة تصدر عن المجلس العربي للطفولة والتنمية، القاهرة، مصر، مجلد 3، عدد 9، 2003، ص ص 114-115.

⁵ اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب، مؤرخة في 12 أوت 1949، منشورة على الموقع الرسمي للجنة الدولية للصليب الأحمر: <https://www.icrc.org/ara/resources/documents/misc/5nsla8.htm>

⁶ المرجع نفسه.

على هذا الإجماع من طرف الآباء، أو الأقارب، أو أولياء الأمور وإذا تعذر الأمر وجب الحصول على موافقة مكتوبة من الأشخاص المكلفين بصفة أساسية بحكم القانون أو العرف عن رعاية هؤلاء الأطفال.

أما بالنسبة للنزاعات المسلحة الداخلية فقد تضمن البروتوكول الإضافي الثاني لاتفاقيات جنيف قواعد خاصة بحماية الأطفال نصت عليها المادة 3/4 وذلك بوجود اصطحاب الأطفال حين إجلائهم بواسطة أشخاص مكلفين بالسهر عن سلامتهم وبموافقة الوالدين كل ما كان ذلك ممكناً، أو بموافقة الأشخاص المسؤولين بصفة أساسية عن رعايتهم قانوناً، أو عرفاً¹.

الفرع الخامس: حماية الأطفال المعتقلين: يكفل القانون الدولي حماية للأطفال المحرومين من حريتهم، إذ أنه من الممكن اعتقال الأطفال لأسباب أمنية أو لمخالفتهم لقانون العقوبات. وفي هذا الصدد تنص المادة 76 من اتفاقية جنيف الرابعة على ضرورة توجيه العناية نحو المعاملة الخاصة الواجبة للأطفال المعتقلين. كما تنص المادة 89 من الاتفاقية نفسها على ضرورة تلقي الأطفال المعتقلين أغذية إضافية. وفيما يتعلق بالإيواء، تقضي المادة 82 على أنه يجب أن يقيم الأطفال المعتقلون مع آبائهم في المعتقل². كما ينص الفصل الثاني من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف المعنون بـ " إجراءات لصالح النساء والأطفال " في المادة 77 فقرة 4 على أنه في حالة احتجاز أو اعتقال الأطفال لأسباب متعلقة بالنزاع المسلح، في أماكن منفصلة عن تلك المخصصة للبالغين، ويستثنى من ذلك حالة الأسر التي يجب أن يوفر لها كوحدات عائلية مأوى واحد³.

ومما لا شك فيه أن الحماية التي يمنحها القانون الدولي للأطفال أثناء النزاعات المسلحة بالإضافة إلى أنها واجب قانوني ملزم وتندرج في إطار حماية المدنيين فإنها قبل كل شيء هي التزام أخلاقي في أن يتم التعامل مع الأطفال بعين الاعتبار وأن يكون لهم موضع احترام خاص في ظل الأوضاع المختلفة للنزاعات المسلحة⁴.

الفرع السادس: حظر اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة: تزداد ظاهرة مشاركة الأطفال في النزاعات المسلحة، فهم يشاركون في الأعمال الحربية في جميع أنحاء العالم تقريباً. وإذا كانت اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949، لم تعالج هذه المسألة، أصبح من الضروري استحداث نوع جديد من الحماية لصالح الأطفال الذين يشاركون في الأعمال القتالية. لذلك فإن البروتوكول الإضافي الأول والثاني لاتفاقيات جنيف قد انطويا على قواعد تحظر اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية قبل بلوغهم سن الخامسة عشر (15) من العمر⁵. إن مسألة حماية الأطفال من الاشتراك في النزاعات المسلحة تطرح مسألة البحث في الجهود المكرسة لفرض مثل هذه الحماية من جهة و الوضع القانوني للطفل المقاتل من جهة أخرى.

أولاً- الجهود الدولية لحظر اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة: إن فكرة حظر اشتراك الأطفال في الأعمال القتالية ليست جديدة. لكنها لم تظهر بشكل واضح إلا من خلال البروتوكول الإضافي الأول والثاني لسنة 1977

¹ البروتوكول الإضافي الثاني لاتفاقيات جنيف، مرجع سابق.

² اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب، مرجع سابق.

³ البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف، مرجع سابق.

⁴ مصلح حسن أحمد، "حماية الأطفال في النزاعات المسلحة"، مجلة كلية التربية الأساسية، كلية التربية، الجامعة المستنصرية، العراق، العدد 67، 2011، ص

235.

⁵ ماريا تيريزا دوتلي، الأطفال المقاتلون، المجلة الدولية للصليب الأحمر، العدد 15، السنة الثالثة، سبتمبر/أكتوبر 1990.

لاتفاقيات جنيف، حيث تنص المادة 2/77 من البروتوكول الإضافي الأول على: « يجب على أطراف النزاع اتخاذ كافة التدابير الممكنة، التي تكفل عدم اشتراك الأطفال الذين لم يبلغوا بعد سن الخامسة عشرة في الأعمال العدائية بصورة مباشرة، وعلى هذه الأطراف، بوجه خاص، أن تمتنع عن تجنيد هؤلاء الصغار في قواتها المسلحة »¹. يلاحظ أن هذه المادة تحدد سن 15 سنة كحد زمني يفرض على الدول الأطراف عدم تجنيد الأطفال دون سن 15 سنة في قواتها المسلحة.

وفي حالة نشوب نزاع مسلح غير دولي، فإن البروتوكول الإضافي الثاني ينص في المادة 3/4 ج على: « لا يجوز تجنيد الأطفال دون الخامسة عشرة في القوات أو الجماعات المسلحة. ولا يجوز السماح باشتراكهم في الأعمال العدائية »².

فالوضع هنا يتعلق بحظر قاطع سواء تعلق الأمر بالمشاركة في الأعمال القتالية بصفة مباشرة أو غير مباشرة كالعامل مثلاً على تجميع المعلومات ونقل الأوامر والذخيرة. وبالتالي فإن الالتزام المفروض على الدول الأطراف هو أكثر صرامة مما هو عليه أثناء النزاعات المسلحة الدولية³. ومع ذلك فإنه في حالة نشوب النزاعات المسلحة، فإن القانون الدولي يعترف للأطفال الذين يشاركون مباشرة في الأعمال الحربية بصفة المقاتلين خلافاً للأشخاص المدنيين، وهو ما يتطلب أن نبين الوضع القانوني للأطفال المقاتلين أثناء النزاعات المسلحة وكيفية معاملتهم والمسؤولية التي تقع على عاتقهم.

ثانياً- الوضع القانوني للطفل المقاتل في النزاعات المسلحة: رغم أن القانون الدولي الإنساني منع مشاركة الأطفال في الحروب والنزاعات المسلحة، لكن قد يتم انتهاك هذا الحظر. ففي هذه الحالة تكون لهم صفة المقاتلين وينطبق عليهم وضع المقاتل، وفي حالة وقوعهم في قبضة الخصم، يكون لهم كامل الحق في التمتع بوضع أسرى الحرب القانوني. وفي هذه الحالة يستفيد الطفل من القواعد العامة الواردة في القانون الدولي الإنساني بشأن حماية الأسرى ومعاملتهم.

1- بالنسبة للأطفال الذين تتراوح أعمارهم بين 15 و 18 سنة: هؤلاء الأطفال الذين يتم تجنيدهم في القوات المسلحة يكون لهم صفة المقاتل، وفي حالة اعتقالهم يكون لهم كامل الحق في التمتع بصفة أسرى الحرب حسب مفهوم اتفاقية جنيف الثالثة و ما نصت عليه كذلك المادة 2/43 من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف.

2- بالنسبة للأطفال دون سن 15 سنة: رغم ما نص عليه البروتوكول الأول في المادة 2/77 من حظر تجنيد الأطفال دون سن الخامسة عشر، فإنه في حالة الأطفال الذين جندوا في القوات المسلحة أو التحقوا بها طوعاً سيتمتعون بصفة المقاتل وبوضع أسرى الحرب إذا ما اعتقلوا، أما معيار السن فما هو سوى عامل يبرر معاملتهم معاملة أفضل⁴.

¹ البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف، مرجع سابق.

² البروتوكول الإضافي الثاني لاتفاقيات جنيف، مرجع سابق.

³ شحاتة فاطمة أحمد زيدان، مرجع سابق، ص 356.

⁴ المرجع نفسه، ص 356.

وقد نصت اتفاقية جنيف الثالثة على وجوب معاملة أسرى الحرب معاملة إنسانية في جميع الأوقات ومنع أي فعل أو إهمال قد يتسبب في موت الأسير، وكذلك عدم جواز تعريض أي أسير للتعذيب البدني أو جراء التجارب الطبية أو العلمية عليه، مما لا تبرره المعالجة الطبية للأسير ولا تكون في مصلحته. وبالمثل يجب حماية أسرى الحرب في جميع الأوقات وخصوصاً ضد جميع أعمال العنف أو التهديد وفضول الجماهير أو الانتقام والقصاص¹.

لكن ورغم الحماية الخاصة التي يكفلها القانون الدولي للأطفال المحرومين من حريتهم، لكنه لا يحول دون معاقبتهم عن المخالفات الجسيمة التي يرتكبها هؤلاء الأطفال ضد قواعد القانون الدولي الإنساني. لكن في هذه الحالات يجب تقدير مسؤولياتهم حسب أعمارهم. وبالرغم من أنه يجوز أن تتخذ في حقهم عقوبات جنائية، فإنه لا يجوز في أي من الأحوال إصدار أحكام بالإعدام على الأطفال الذين لم يبلغوا الثامنة عشر (18) من عمرهم وقت ارتكاب الجريمة.

هناك العديد من صور الحماية الخاصة مما لا يسع البحث ذكرها كلها، إلا أنه من الملاحظ وبالرغم من وجود الحماية سواء كانت خاصة، أو عامة فمزال الأطفال في الواقع يشكلون نسبة كبيرة من مجموع ضحايا النزاعات المسلحة، لأن هذه النزاعات غالباً ما تستنزف المدنيين بشكل متعمد، إما لأهداف إستراتيجية، أو لأن استهداف المدنيين هو بُد ذاته الهدف الأساسي للأعمال القتالية مما يشكل خرقاً فاضحاً للقانون الدولي الإنساني².

في تقرير لمنظمة الأمم المتحدة للطفولة اليونيسيف Unicef بشأن الحرب في اليمن، أشار إلى وجود أكثر من 1000 طفل بين قتيل وجريح، إذ يصل معدل الأطفال الذين يقتلون أو يتعرضون لأضرار جسيمة بشكل يومي إلى ثمانية (8) أطفال نتيجة للحرب الدائرة في اليمن، ويفيد التقرير "اليمن طفولة مهددة" بأن من بين آثار الصراع المسلح، الذي يدمر واحدة من أفقر دول العالم العربي تعطل الخدمات الصحية وارتفاع معدلات سوء التغذية بين الأطفال وإغلاق المدارس وارتفاع أعداد الأطفال المجندين في صفوف الجماعات المسلحة.

وفي هذا الصدد يقول Julien HARNEIS، ممثل اليونيسيف في اليمن: «تمثل هذه الأزمة مأساة حقيقية بالنسبة للأطفال في اليمن». ويضيف «يتعرض الأطفال للقتل بفعل القصف والاقتتال، ويواجه الناجون منهم خطر الأمراض وسوء التغذية، ولا يمكن أن نسمح لذلك بالاستمرار». ويشدد التقرير على أن النزاع لا يدمر حياة الأطفال فقط ولكن سيكون له آثار مروعة عليهم في المستقبل أيضاً³.

المبحث الثاني: الحماية القانونية للطفل أثناء النزاعات المسلحة في القانون الجزائري:

بالتمعن في القانون الجزائري على مستوى نصوصه المختلفة نجد أنه تضمن تقرير حماية للأطفال أثناء النزاعات المسلحة بشقيها العامة والخاصة، فالجزائر صادقت على العديد من الاتفاقيات والمواثيق الدولية التي تكفل

¹ - مصلح حسن أحمد، مرجع سابق، ص 340.

² - أحمد حسن محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 233.

³ - أنظر تقرير منظمة الأمم المتحدة للطفولة اليونيسيف Unicef، بعنوان "اليمن: طفولة مهددة"، منشور على موقع المنظمة: //

http://www.unicef.org/arabic/media/24324_82941.html

حماية الأطفال في النزاعات المسلحة، فقد انضمت الجزائر إلى اتفاقيات جنيف لسنة 1949 أثناء حرب التحرير الوطنية من طرف الحكومة المؤقتة للجمهورية الجزائرية¹، كما صادقت على البروتوكولين الإضافيين لاتفاقيات جنيف ل 12 أوت 1949 المتعلقين على التوالي بحماية ضحايا النزاعات الدولية المسلحة (البروتوكول 1) وحماية ضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية (البروتوكول 2)، وذلك بتاريخ 16 ماي 1989²، هذا بالإضافة إلى مصادقتها على الاتفاقية الأهم في مجال حماية الطفل وهي اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 بتاريخ 19 ديسمبر 1992³.

زيادة على مصادقتها على البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة بتاريخ 2 سبتمبر 2006⁴. أما على الصعيد الإقليمي فقد صادقت على الميثاق الإفريقي لحقوق ورفاهية الطفل لسنة 1990 بتاريخ 9 جويلية 2003⁵.

وعليه سوف نبحت في الحماية العامة والخاصة لحقوق الطفل المكرسة بموجب مختلف النصوص القانونية الجزائرية.

المطلب الأول: الحماية العامة للأطفال في النزاعات المسلحة في القانون الجزائري:

اهتم القانون الوطني الجزائري بفئة الطفولة، ونظم حقوقها وافرد لها حماية قانونية خاصة، حيث كفل المشرع الجزائري هذه الحماية بموجب نصوص دستورية، تنص على مجموعة مبادئ تتناول أهم الحقوق المقررة للطفل، هذا بالإضافة إلى الحماية الجنائية التي قررها المشرع للطفل منذ الولادة إلى غاية بلوغه سن الرشد.

الفرع الأول: الحماية المقررة للأطفال بموجب النصوص الدستورية:

تأسيساً على كل المعاهدات الدولية المتعلقة بحماية حقوق الأطفال فقد جاء الدستور الجزائري المعدل في سنة 2016 واعتبر المعاهدات والصكوك الدولية التي تصادق عليها الجزائر في مرتبة أسمى من القانون، بمعنى أنها تأتي مباشرة من حيث القوة القانونية بعد النصوص الدستورية إذ تنص المادة 150 من الدستور على: « المعاهدات التي

¹ - أنظر قائمة أهم الصكوك الدولية والجهوية المتعلقة بحقوق الإنسان التي صادقت عليها الجزائر، منشورة على الموقع الرسمي للجنة الوطنية الاستشارية لترقية حقوق الإنسان وحمايتها: http://cncppdh-algerie.Org/siteNew/images/PDF/CATDH_AR.pdf

² - مرسوم رئاسي رقم 68-89، مؤرخ في 16 ماي 1989، يتضمن الانضمام إلى البروتوكولين الإضافيين إلى اتفاقيات جنيف المعقودة في 12 أوت 1949 والمتعلقين بحماية ضحايا المنازعات الدولية المسلحة (البروتوكول 1) والمنازعات المسلحة غير الدولية (البروتوكول 2) المصادق عليهما بجنيف في 8 أوت 1977، جريدة رسمية عدد 20، صادر في 17 ماي 1989.

³ - مرسوم رئاسي رقم 461-92، مؤرخ في 19 ديسمبر 1992، يتضمن المصادقة على التصريحات التفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر سنة 1989، جريدة رسمية عدد 91، صادر في 23 ديسمبر 1992.

⁴ - مرسوم رئاسي رقم 300-06، مؤرخ في 2 سبتمبر 2006، يتضمن التصديق على البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة، المعتمد بنيويورك في 26 ماي سنة 2006، جريدة رسمية عدد 55، صادر في 6 سبتمبر 2006.

⁵ - مرسوم رئاسي رقم 242-03، مؤرخ في 8 جويلية 2003، يتضمن التصديق على الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورفاهيته، المعتمد بأديس أبابا في جويلية 1990، جريدة رسمية عدد 41، صادر في 9 جويلية 2003.

يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون»¹. كما نصت المادة 72 من الدستور على: « تحضي الأسرة بحماية الدولة والمجتمع تحمي الأسرة والمجتمع والدولة حقوق الطفلتكفل الدولة الأطفال المتخلى عنهم أو مجهولي النسب. يقمع القانون العنف ضد الأطفال...» .

إن الدساتير الجزائرية المختلفة تضمنت الإشارة للمبادئ التي تنظم حقوق الطفل والأسرة كوسط ينشأ في محيطه، وبالرغم من قلة النصوص الدستورية التي تناولت حقوق الطفل، إلا أنه يمكن إرجاعها إلى أربعة مواضيع أو ميادين رئيسية، تتمثل في حق التربية والتعليم والحق في الرعاية الصحية والحق في ظروف المعيشة². ومن خلال تضمين هذه المبادئ في نصوصها الدستورية والتي تأتي في قمة الهرمية القانونية التي ينبغي احترامها وعدم مخالفتها، إذ يقع باطلاً ومشوباً بعدم الدستورية كل نص قانون أو تنظيمي يخالف هذه المبادئ الدستورية، وهو ما يشكل في الأخير ضماناً قوية جداً لحقوق الطفل.

الفرع الثاني- الحماية المقررة للأطفال بموجب القانون الجنائي :

الطفل وفق قانون العقوبات الجزائري هو كل ذكر أو أنثى لم يبلغ الثامنة عشر بعد، فهي المرحلة التي يحتاج فيها الطفل للحماية والعلاج باعتباره لا يقوى على درء الاعتداءات التي يأتيها الآخرون بحقه أو يدرك ماهية الأفعال التي يقدم عليها³.

فقد أيقن المشرع بأن الطفل هو ذلك الشخص الذي لم تتوافر لديه الملكات العقلية والجسمية الكافية، فجاءت إرادته لتراعي هذه الحقيقة، وقد برهنت على هذا الاهتمام نصوص التشريع العقابي حيث أقرت لفئة الأحداث حماية من الاعتداءات التي يتعرض لها، حماية متميزة عن تلك التي أفردتها للبالغين والتي عملت على وقايتها من كل المؤثرات التي من شأنها أن تعرضه للخطر⁴.

وما يبرر الاهتمام بهذه الطائفة، هو ما أوجبه المشرع من أن تكون هناك حماية قانونية لكل طفل يحتاج للحماية والرعاية، وما يرمي إليه قانون العقوبات هو حماية الطفل من التصرفات التي لا يقدر على أن يدفعها لصغر سنه أو

¹ - دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، مؤرخ 7 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج ر عدد 76، صادر في 8 ديسمبر 1996، معدل و متمم بموجب القانون رقم 02-03، مؤرخ في 10 أبريل 2002، يتضمن تعديل الدستور، ج ر عدد 25 صادر في 14 أبريل 2002، معدل و متمم بموجب القانون رقم 08-19، مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، يتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 63، صادر في 16 نوفمبر 2008، معدل و متمم بموجب القانون رقم 16-01، مؤرخ في 6 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 14، صادر في 7 مارس 2016.

² - للتفصيل أكثر راجع: والي عبد الطيف، الحماية الدستورية لحقوق الطفل وآليات تطبيقها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدستوري وعلم التنظيم السياسي، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، ص 11 وما بعدها.

³ - أوتدرت صالح، " تجربة المديرية العامة للأمن الوطني في مجال التربية على حقوق الإنسان"، مداخلة في الملتقى المنظم من طرف اللجنة الوطنية الاستشارية لترقية وحماية حقوق الإنسان، تحت عنوان: الإنسان في الجزائر واقع وأفاق، يومي 2 و 3 جويلية 2005، نقلا عن: والي عبد الطيف، مرجع سابق، ص 48.

⁴ - بوعزة ديدن، " حماية الطفل في قانون العقوبات"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، مجلة تصدر عن كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزء 35، عدد 4، 1997، ص 1055.

هو غير قادر على إدراكها بسبب حالته العقلية والملاحظ أن الطفل قد يكون تارة ضحية وتارة أخرى جانح، لهذا خصص له المشرع عناية خاصة¹.

بالتمعن في قانون العقوبات الساري المفعول نجده قد خلى من تقرير حماية معينة للأطفال أثناء النزاعات المسلحة، حيث اكتفت المادة 76 منه على النص على عقوبة القيام بتجنيد متطوعين أو مرتزقة لصالح دولة أجنبية في زمن السلم بقولها: « يعاقب بالحبس من سنتين إلى عشر سنوات وبغرامة من 10.000 إلى 100.000 دج كل من يقوم في وقت السلم بتجنيد متطوعين أو مرتزقة لصالح دولة أجنبية في الأرض الجزائرية »، هذا النص جاء النص عاماً يشمل الأطفال كما يشمل أيضاً الأفراد البالغين. كما تنص المادة 80 من القانون نفسه على: « يعاقب بالإعدام كل من كون قوات مسلحة أو عمل على تكوينها وكل من استخدم أو جند جنوداً أو عمل على استخدامهم أو زودهم بالأسلحة أو الذخيرة بدون أمر أو إذن من السلطة الشرعية »².

كما خلى الفصل الثاني من قانون العقوبات الجزائري المعنون: " الجنايات والجنح ضد الأسرة و الآداب العامة" ضمن الباب الثاني المعنون: " الجنايات والجنح ضد الأشخاص" من الإشارة إلى الحماية المقررة للأطفال أثناء النزاعات المسلحة.

يلاحظ أن قانون العقوبات الجزائري لم يتطرق للحماية القانونية المقررة للأطفال أثناء النزاعات المسلحة إذ، خلت نصوصه المختلفة من تجريم وعقاب مختلف أشكال الانتهاكات التي يتعرض لها الأطفال أثناء النزاعات المسلحة. لأنه اكتفى بالنص على صور التجريم والعقاب الخاصة بالأحداث وهذا عندما تكون صحتهم وأمنهم معرضة للخطر، وقام بتجريم مختلف صور الاعتداء التي يتعرض لها الطفل، كما قرر حماية خاصة للطفل باعتباره جانحاً من خلال تقريره لأحكام تراعي مصلحته أثناء المتابعة والمحكمة.

توجد بعض الدول العربية نصت في قوانينها الوطنية على الحماية القانونية للأطفال في أثناء النزاعات المسلحة. فالقانون الجنائي السوداني نص على عقوبة تجنيد من هو دون الثامنة عشر من العمر في القوات المسلحة، أو مجموعة مسلحة، أو ضمه إليها، أو استخدامه للمشاركة بصورة فعلية في الأعمال الحربية. ويرى البعض من الفقه أن هذا النص المستحدث في القانون الجنائي يوازي المادة 26 من نظام المحكمة الجنائية الدولية التي حضرت تجنيد الأطفال دون ست الخامسة عشر إلزامياً أو طوعياً في القوات المسلحة، أو استخدامهم للمشاركة فعلياً في الأعمال الحربية. وذلك بهدف خلق نوع من الموامة بين القانون الجنائي والنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، لإعطاء القضاء المحلي اختصاص النظر في هذه الجرائم التي ترتكب داخل الإقليم الوطني³.

¹ - والي عبد الطيف، مرجع سابق، ص 49.

² - أمر رقم 66-156، مؤرخ في 8 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية عدد 49، صادر في 11 جوان 1966، معدل ومتمم، انظر الموقع الرسمي للأمانة العامة للحكومة: www.joradp.dz

³ - أحمد حسن محمد عبد الكريم، مرجع سابق، ص 235.

المطلب الثاني: الحماية الخاصة للأطفال أثناء النزاعات المسلحة في القانون الجزائري:

لعل الاستقرار الذي عرفته الجزائر من ناحية الأمن العام في الفترة بعد الاستقلال إلى الآن باستثناء المرحلة التي أعقبت الأحداث السياسية بعد استقالة الرئيس الشاذلي بن جديد وحل البرلمان في جانفي 1992. وبالتالي فإن فرضية واحتمال استخدام الأطفال في الأعمال العسكرية بواسطة الأطراف المتحاربة تبقى صعبة التحقق، وهو ما يفسر لنا أن المشرع الجزائري لم يتعرض في مختلف النصوص القانونية المتعلقة بالطفل للصور والآليات التي تجسد وتكفل الحماية المطلوبة للأطفال أثناء النزاعات المسلحة سواء أكانوا جنوداً، أو بوصفهم أشخاصاً مدنيين يتضررون أكثر من غيرهم بنتائج الحروب المدمرة.

لقد جاء القانون رقم 15-12¹ خالياً من الإشارة إلى الحماية المقررة للطفل أثناء النزاعات المسلحة، باستثناء ما جاء في المادة الثانية الفقرة الثانية النقطة 12 المتعلقة بالحالات المرتبطة بمفهوم " الطفل في خطر" وذلك بقولها: « تعتبر من بين الحالات التي تعرض الطفل للخطر: ... - وقوع الطفل ضحية نزاعات مسلحة وغيرها من حالات الاضطرابات وعدم الاستقرار ». »

فالمشرع هنا أشار إلى أن وجود النزاعات المسلحة تجعل من الطفل عرضة للخطر، وهو ما يستوجب بالضرورة تكريس آليات وضمانات قانونية وقضائية لحمايته. لكن المتمعن في مواد القانون المتعلق بحماية الطفل يلاحظ أنها متعلقة كلها بالحماية القانونية للطفل في وقت السلم دون فترات الأزمات والنزاعات المسلحة، سواء من خلال الحماية الاجتماعية عن طريق الحماية التي تضمنها الهيئة الوطنية لحماية وترقية الطفولة أو عن طريق الحماية الاجتماعية على المستوى المحلي، أو من خلال الحماية القضائية المقررة للطفل الجانح سواء في مرحلة التحقيق، المحاكمة وتنفيذ العقوبة.

وهو الأمر نفسه الذي كان مكرساً في ظل القانون المتعلق بحماية الطفولة والمراهقة² الذي لم ينص على حماية خاصة للطفل أثناء النزاعات المسلحة، كما لم يأتي المُنظم بأحكام خاصة بحماية الطفل خلال النزاعات المسلحة من خلال ما ورد في نصوص المرسوم التنفيذي رقم 16-334³.

يفهم من هذا أن المشرع الجزائري اكتفى بالنصوص والمواثيق الدولية التي صادقت عليها الجزائر⁴، والتي كفلت الحماية القانونية للطفل سواء أثناء السلم أو أثناء النزاعات المسلحة وسواء كان النزاع داخلياً أو دولياً.

¹ - قانون رقم 15-12، مؤرخ في 15 جويلية 2015، يتعلق بحماية الطفل، جريدة رسمية عدد 39، صادر في 19 جويلية 2015.

² - أمر رقم 72-12، مؤرخ في 10 فيفري 1972، يتعلق بحماية الطفولة والمراهقة، جريدة رسمية عدد 15، صادر في 22 فيفري 1972.

³ - مرسوم تنفيذي رقم 16-334، مؤرخ في 19 ديسمبر 2016، يحدد شروط وكيفيات تنظيم وسير الهيئة الوطنية لحماية وترقية الطفولة، جريدة رسمية عدد 75، صادر في 31 ديسمبر 2016.

⁴ - مرسوم رئاسي رقم 92-461، مؤرخ في 19 ديسمبر 1992، يتضمن المصادقة على التصريحات التفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر سنة 1989، مرجع سابق. مرسوم رئاسي رقم 06-300، مؤرخ في 2 سبتمبر 2006، يتضمن التصديق على البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة، المعتمد بنيويورك في 26 ماي سنة 2006، مرجع سابق.

لكن في المقابل كان على المشرع الجزائري أن يدرج في صلب القانون المتعلق بحماية الطفل مواد قانونية تنص على الحماية المكفولة للطفل في زمن النزاعات المسلحة بكافة أنواعها، وعدم الاكتفاء بالمواثيق والمعاهدات الدولية التي صادقت عليها الجزائر، نظراً لأن لكل دولة لها خصوصياتها وأوضاعها الداخلية أو الإقليمية المتميزة.

وهذا ما يفسر لنا مثلاً أن المشرع السوداني نص من خلال قانون الطفل لسنة 2010 على الحماية القانونية المقررة للطفل أثناء النزاعات المسلحة، بموجب المواد 43-46-47، إذ تنص المادة 43 على حظر استخدام الأطفال في الأعمال العسكرية بقولها: «يحظر تجنيد، أو تعيين، أو استخدام الأطفال في القوات المسلحة، أو في جماعات مسلحة، أو استخدامهم للمشاركة في الأعمال الحربية»، وهذا يعكس مدى الانسجام بين النصوص الوطنية (في السودان) والمواثيق الدولية بخصوص حماية الأطفال أثناء النزاعات المسلحة¹. ربما يمكن تفسير هذا الموقف بالنظر إلى الحروب الأهلية والنزاعات المسلحة التي تعرفها الكثير من الدول العربية والإفريقية خصوصاً دولة السودان التي عرف أطول حرب أهلية في القارة السمراء.

الخاتمة :

يتضح مما سبق بيانه أن القانون الدولي الإنساني قد وضع قواعد تستهدف حماية الطفل أثناء النزاعات المسلحة. والحقيقة أن القانون الدولي الإنساني قد وضع القواعد العامة لحماية المدنيين، وكذلك القواعد الخاصة بحماية الأطفال، إلا أن هذا القانون لا يزال يعاني من كثير من الانتهاكات لقواعده سواء في جانب المدنيين بوجه عام والأطفال بوجه خاص.

في ختام هذه المورقة البحثية نخلص إلى جملة من النتائج والاقتراحات يمكن ذكر أهمها في الآتي :

أولاً- النتائج :

- 1- القانون الدولي الإنساني نص على الآليات العامة لحماية المدنيين أثناء النزاعات المسلحة، كما وضع آليات خاصة بحماية الأطفال خلال فترات النزاعات والحروب المسلحة.
- 2- أن العمليات العسكرية والحروب والنزاعات المسلحة، تؤثر بشكل خاص على الفئات الضعيفة وخصوصاً فئة الأطفال، نظراً لضعف قدراتهم الجسدية والعقلية.
- 3- صادقت الجزائر على معظم المعاهدات والمواثيق الدولية والإقليمية المتعلقة بحماية حقوق الطفل.
- 4- جاء القانون 15-12 المتعلق بحماية الطفل مفصلاً لمختلف حقوق وآليات حماية الطفل، لكنه اكتفى بالحماية المقررة للطفل في الأوقات العادية دون فترات الحروب والنزاعات المسلحة، وربما هذا راجع لاعتبار المشرع الجزائري أن المواثيق الدولية ذات الصلة والتي صادقت عليها الجزائر كافية لتجسيد الحماية الفعالة للطفل أثناء النزاعات المسلحة.

¹ - أحمد حسن محمد عبد الكريم، مرجع سابق.

ثانيا- الاقتراحات :

- 1- ضرورة تدخل المجتمع الدولي والمنظمات الدولية للضغط على أطراف النزاعات المسلحة، للعمل على إلزامها بتوفير الحماية اللازمة للأطفال خلال تلك الأزمات، وكذا حث المجتمع الدولي على تقديم المزيد من الإمدادات الإنسانية، وضمان وصولها للأطفال في مناطق النزاعات.
- 2- العمل على انضمام جميع الدول للمواثيق الدولية المتعلقة بحماية حقوق الإنسان بصفة عامة وحقوق الطفل بصفة خاصة.
- 3- إلزام جميع الدول بأن تعتمد تدابير تشريعية وطنية، وهذا من أجل ضمان التنفيذ الفعال للمعايير والآليات ذات الصلة بحقوق الطفل سواء في النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية.
- 4- تشجيع المنظمات الدولية والإقليمية للعمل مع المنظمات الوطنية والهيئات الحكومية ومنظمات المجتمع المدني لوضع مخططات طوارئ للعمل على حماية حقوق الأطفال خلال النزاعات المسلحة.
- 5- تعديل القانون رقم 15-12 المتعلق بحماية الطفل، وذلك بإدراج مواد تنص على الحماية المقررة للطفل أثناء النزاعات المسلحة، وعدم الاكتفاء بالمواثيق الدولية التي صادقت عليها الجزائر.
- 6- نشر قواعد القانون الدولي الإنساني المتعلقة بحماية حقوق الطفل وإدراجها ضمن المقرر الدراسي وهذا لضمان أكبر قدر ممكن من اطلاع الجمهور عليها.

❖ قائمة المراجع :

المراجع باللغة العربية :

أولا-المواثيق الدولية :

- 1- اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب، مؤرخة في 12 أوت 1949، منشورة على الموقع الرسمي للجنة الدولية للصليب الأحمر:

<https://www.icrc.org/ara/resources/documents/misc/5nsla8.htm>

- 2- البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف، لعام 1977، والمتعلق بحماية ضحايا النزاعات الدولية المسلحة، منشور على الموقع الرسمي للجنة الدولية للصليب الأحمر:

<https://www.icrc.org/ara/resources/documents/misc/5ntccf.htm>

- 3- البروتوكول الإضافي الثاني لاتفاقيات جنيف، لعام 1977، والمتعلق بحماية ضحايا النزاعات المسلحة غير الدولية، منشور على الموقع الرسمي للجنة الدولية للصليب الأحمر:

<https://www.icrc.org/ara/resources/documents/misc/5ntce2.htm>

4- أنظر قائمة أهم الصكوك الدولية والجهوية المتعلقة بحقوق الإنسان التي صادقت عليها الجزائر، منشورة على الموقع الرسمي للجنة الوطنية الاستشارية لترقية حقوق الإنسان وحمايتها:

http://cncppdh-algerie.Org/siteNew/images/PDF/CATDH_AR.pdf

ثانيا- النصوص القانونية :

أ-الدساتير :

1- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438، مؤرخ 7 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج ر عدد 76، صادر في 8 ديسمبر 1996، معدل و متمم بموجب القانون رقم 02-03، مؤرخ في 10 أبريل 2002، يتضمن تعديل الدستور، ج ر عدد 25 صادر في 14 أبريل 2002، معدل و متمم بموجب القانون رقم 08-19، مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، يتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 63، صادر في 16 نوفمبر 2008، معدل و متمم بموجب القانون رقم 16-01، مؤرخ في 6 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 14، صادر في 7 مارس 2016.

ب-النصوص التشريعية :

1- أمر رقم 66-156، مؤرخ في 8 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية عدد 49، صادر في 11 جوان 1966، معدل و متمم، انظر الموقع الرسمي للأمانة العامة للحكومة: www.joradp.dz

2- أمر رقم 12-72، مؤرخ في 10 فيفري 1972، يتعلق بحماية الطفولة والمراهقة، جريدة رسمية عدد 15، صادر في 22 فيفري 1972.

3- قانون رقم 15-12، مؤرخ في 15 جويلية 2015، يتعلق بحماية الطفل، جريدة رسمية عدد 39، صادر في 19 جويلية 2015.

ج- النصوص التنظيمية :

1- مرسوم رئاسي رقم 89-68، مؤرخ في 16 ماي 1989، يتضمن الانضمام إلى البروتوكولين الإضافيين إلى اتفاقيات جنيف المعقودة في 12 أوت 1949 والمتعلقين بحماية ضحايا المنازعات الدولية المسلحة (البروتوكول 1) والمنازعات المسلحة غير الدولية (البروتوكول 2) المصادق عليهما بجنيف في 8 أوت 1977، جريدة رسمية عدد 20، صادر في 17 ماي 1989.

2- مرسوم رئاسي رقم 92-461، مؤرخ في 19 ديسمبر 1992، يتضمن المصادقة على التصريحات التفسيرية على اتفاقية حقوق الطفل التي وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر سنة 1989، جريدة رسمية عدد 91، صادر في 23 ديسمبر 1992.

3- مرسوم رئاسي رقم 03-242، مؤرخ في 8 جويلية 2003، يتضمن التصديق على الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورفاهيته، المعتمد بأديس أبابا في جويلية 1990، جريدة رسمية عدد 41، صادر في 9 جويلية 2003.

4- مرسوم رئاسي رقم 06-300، مؤرخ في 2 سبتمبر 2006، يتضمن التصديق على البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن اشتراك الأطفال في النزاعات المسلحة، المعتمد بنيويورك في 26 ماي سنة 2006، جريدة رسمية عدد 55، صادر في 6 سبتمبر 2006.

5- مرسوم تنفيذي رقم 16-334، مؤرخ في 19 ديسمبر 2016، يحدد شروط وكيفيات تنظيم وسير الهيئة الوطنية لحماية وترقية الطفولة، جريدة رسمية عدد 75، صادر في 31 ديسمبر 2016.

ثالثا- الكتب :

1- شحاتة فاطمة أحمد زيدان، مركز الطفل في القانون الدولي العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.

2- عشاوي محي الدين علي، حقوق المدنيين تحت الاحتلال الحربي، عالم الكتب، القاهرة، 1972.

رابعا- الرسائل الجامعية :

1- والي عبد الطيف، الحماية الدستورية لحقوق الطفل وآليات تطبيقها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدستوري وعلم التنظيم السياسي، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر.

خامسا- المقالات :

1- أبو العمائم هبة، " وضع الأطفال في ظل النزاعات المسلحة في القانون الإنساني "، مجلة الطفولة والتنمية، دورية علمية محكمة تصدر عن المجلس العربي للطفولة والتنمية، القاهرة، مصر، مجلد 3، العدد 9، 2003.

2- أوتدرت صالح، " تجربة المديرية العامة للأمن الوطني في مجال التربية على حقوق الإنسان"، مداخلة في الملتقى المنظم من طرف اللجنة الوطنية الاستشارية لترقية وحماية حقوق الإنسان، تحت عنوان: الإنسان في الجزائر واقع وأفاق، يومي 2 و 3 جويلية 2005.

3- أحمد حسن محمد عبد الكريم، " حماية الأطفال أثناء النزاعات المسلحة في المواثيق الدولية والقانون السوداني"، مجلة العدل، وزارة العدل السودانية، العدد 36، أوت 2012.

4- آل خليفة خالد بن علي، " حماية الطفل في النزاعات المسلحة"، مجلة الطفولة والتنمية، دورية علمية محكمة تصدر عن المجلس العربي للطفولة والتنمية، القاهرة، مصر، مجلد 1، العدد 4، 2001.

5- بوعزة ديدن، " حماية الطفل في قانون العقوبات"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، مجلة تصدر عن كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزء 35، العدد 4، 1997.

6- ماريا تيريزا دوتلي، الأطفال المقاتلون، المجلة الدولية للصليب الأحمر، العدد 15، السنة الثالثة، سبتمبر/ أكتوبر 1990.

7- مصلح حسن أحمد، "حماية الأطفال في النزاعات المسلحة"، مجلة كلية التربية الأساسية، كلية التربية، الجامعة المستنصرية، العراق، العدد 67، 2011.

سادسا- التقارير :

1- تقرير منظمة الأمم المتحدة للطفولة اليونيسيف Unicef، بعنوان " اليمن: طفولة مهددة "، منشور على موقع المنظمة : [http:// www.unicef.org/arabic/media/24324_82941.html](http://www.unicef.org/arabic/media/24324_82941.html)

المراجع باللغة الأجنبية :

1-Denis PATTNER, « la protection de l'enfant dans le droit international humanitaire » R.I.C.R, Mai- Juin 1984, pp 150-151.

تأثير العنف الأسري على سلوك الطفل



حداد فاطمة : باحثة دكتوراه (في القانون الخاص)

بجامعة العربي التبسي - تبسة - الجزائر

مقدمة :

تعتبر الأسرة مؤسسة اجتماعية لها تأثير عظيم في حياة الأفراد، كونها الجماعة الأولية التي تشكل منطلقا للحياة من جهة و كذا مسرحا يتلقى فيه أفرادها أصول العلاقات الإنسانية من جهة أخرى، فمن خلال المجتمع الأسري يتكون لدى الطفل الإطار القيمي والأخلاقي وأنماط التفاعل الاجتماعي مع الآخرين، ونظرا لأهمية مرحلة الطفولة كونها حجر الأساس لبناء الشخصية لا بد من التطرق لأهم الأخطار التي تتعرض لها وما تخلفه من آثار سلبية على المجتمع. و لعل من أبرز ما يعوق التنمية السليمة للطفل في العصر الراهن واستنادا على معطيات حياتنا الاجتماعية اليومية نجد : العنف الأسري، فالبيئة الأسرية المحيطة بالطفل لها أهمية بالغة في تشكيل سلوكاته الاجتماعية التفاعلية، وأي خلل على هذا المستوى سينعكس لا محالة على مجمل الجوانب النفسية والاجتماعية للطفل.

و من هنا تظهر أهمية دراسة موضوع العنف الأسري في بيان مدى حجم هذه الظاهرة و تأثيرها المباشر على فئة الطفولة، كما أن الكشف عن واقع العنف قد يفيد في وضع البرامج التي تحول دون التعرض لنتائج السلوك العدواني، وكذا معرفة أشكال العنف الأسري الذي قد يساهم في امكانية توزيع الأدوار بغرض الحد منه، و توجيه الآباء و المربين إلى خطورة الظاهرة و ما قد ينتج عنها من نتائج و العمل على دراسة الأساليب التي قد تفيد في استثمار طاقات الشباب بما يفيد الفرد و المجتمع.

وعلى ذلك فالاشكال المطروح يكمن في : إلى أي مدى يظهر تأثير العنف الأسري على سلوك الطفل؟
و ماهي التدابير الوقائية للحد من ذلك؟

سنحاول الاجابة على الاشكالية بالاعتماد على المنهج التحليلي للوقوف على مدى فاعلية دور الأسرة في الرعاية و التنشئة و تنمية القيم الاجتماعية، و ترسيخها في نفوس الصغار و اعدادهم لمواجهة المستقبل و صونهم و حمايتهم من الجنوح و الانحراف. مستندين على الخطة المكونة من :

المبحث الأول : مفهوم العنف الأسري.

المطلب الأول : دوافع العنف الأسري.

المطلب الثاني : مظاهر العنف الأسري.

المبحث الثاني : أحكام العنف الأسري

المطلب الأول : انعكاسات العنف الأسري ضد الطفل.

المطلب الثاني : معالجات العنف الأسري ضد الطفل.

المبحث الأول : مفهوم العنف الأسري :

يعد العنف¹ الأسري ظاهرة اجتماعية جاءت نتاج لما اعترى وظيفة التنشئة الاجتماعية في النظام الأسري من تغيرات نشأت كظواهر سلبية للمدنية الحديثة، ومفهوم العنف الأسري من المفاهيم غير المتفق على تعريفها نظريا و إجرائيا، وترجع صعوبة تحديد هذا التعريف من الناحية النظرية لارتباطه بالسياق الاجتماعي والثقافي والزمني الخاص بسلوك العنف حيث إن سلوكيات العنف الأسري مرتبطة بالعرف والإجماع، والقبول الاجتماعي لجماعة ما ضمن سياق اجتماعي، وحدود مكانية وزمنية محددة، وبالتالي فإن الإطار المرجعي للحكم على هذه السلوكيات متغير ومحكوم ثقافيا، مما يجعله متبايناً اجتماعيا، كما أن المفهوم ذاته يحوي معاني متعددة.²

ويعرف العنف الأسري بأنه: " الحلق الأذى بدرجة هامة أو الفشل في منعه أو التهديد به من قبل فرد من أفراد الأسرة ضد النفس أو ضد الآخرين، بحيث يشمل الأذى الجسدي أو النفسي أو العاطفي أو أي شكل من أشكال السلوك القسري للسيطرة على أحد أفراد الأسرة أو التهديد بأي من هذه الأفعال من قبل أحد أفراد الأسرة تجاه فرد آخر."³ كما يعرفه " بري " بأنه: " استخدام القوة بطريقة غير مشروعة من احد أفراد الأسرة البالغين ضد فرد آخر من العائلة، ويعد الأطفال الضحايا المألوفون في البيوت."⁴

سنحاول من خلال هذا المبحث التطرق لأهم الدوافع المؤدية لظاهرة العنف الأسري و مظاهرها كالاتي :

المطلب الأول : دوافع العنف الأسري :

يمثل العنف الأسري أحد أنواع الاعتداء اللفظي أو الجسدي الصادر من قبل الأقوى في الأسرة ضد فرد أو أفراد آخرين يمثلون الفئة الأضعف، و الأطفال عادة ما تقع عليهم ممارسات العنف من الأب أو الأم أو ممن يقوم بدورهما في حالة غياب أحدهما، وبصفة عامة يمكن القول بأن أسباب العنف ضد الأطفال والمعاملة السيئة تعود إلى عوامل

¹ العنف لغة: يرجع أصل الكلمة إلى عنف، عنفا، عنافة: أي لم يرفق به فهو عنيف فالعنف ضد الرفق و التعنيف بمعنى التعبير باللوم. الرازي محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، دار الفكر للطباعة، لبنان، 1973، ص 456

² ذياب البداينة، سوء معاملة الأطفال، مجلة المفكر الشرطي، العدد 11، المملكة السعودية، 2000، ص 171

³ الموسوي حسن، إساءة معاملة الطفل ما قبل المدرسة وخصائصه النفسية، المجلة التربوية، العدد 15، الكويت، 2000، ص 68

⁴ Berry, D. B. (1995) *The Domestic violence: Source book everything you need to know (3rd)*. Lowell House, NTC, contem Porary Publishing Group, Inc, Los Angeles, U.S.A.1995

متداخلة ومترابطة بشخصية الوالدين، ومزاج الطفل، وكذا حجم الضغوط التي يواجهها الوالدين وطبيعة نظام وتنظيم الأسرة، وقد أشارت بعض الدراسات إلى أن الآباء والأمهات الذين يمارسون العنف ضد أطفالهم يتميزون بعدد من الخصائص يمكن اجمالها في:¹

الفرع الأول: الدوافع الذاتية للعنف الأسري:

يقصد بها تلك الدوافع التي تتبع من ذات الفرد، والتي تقوده نحو العنف الأسري، وهذا النوع يقسم لقسمين:
* يتمثل في الدوافع الذاتية التي تكونت في نفس الإنسان نتيجة ظروف خارجية من قبيل الإهمال، وسوء المعاملة، وهي كثيرة مثل: الاضطرابات العصبية والنفسية: فالأولياء الذين لديهم انخفاض في قدرتهم على الضبط الذاتي، أو يعانون من تخلف عقلي و اضطراب في تفكيرهم غالبا ما يكونوا عنيفين تجاه أطفالهم، فتفاعلاتهم تكون كلها عنيفة وفهمهم لسلوك أطفالهم يكون سطحيا وهو ما يجعلهم يميلون لسلوكات العنف تجاه أطفالهم. أيضا نجد المشكلة في العمليات المعرفية: يوجد بعض الأولياء من لا يدركون سلوكات الطفل على نحو إيجابي، فتكون توقعاتهم مرتفعة عن اللزوم أو منخفضة جدا تجاه سلوكات أطفالهم مما يجعلهم يشعرون بضرورة التدخل العنيف لتعديل سلوكات أطفالهم.²

كما نجد المشكلات الانفعالية: فالآباء الذين يتسمون بالإهمال والتذبذب وعدم الاستقرار في إتباع طريقة تنشئة واضحة، لعدم استقرارهم النفسي والانفعالي أو لتأثرهم بأسلوب تربوي سيء في طفولتهم مما يجعلهم جاهلون بأصول التربية الصحيحة والذي يعتبر عاملا هاما في سوء معاملتهم لأطفالهم. فالطفل في تفاعله مع والديه يمكنه أن يكتسب العادات الخاصة بالرعاية البدنية والعلاقات الاجتماعية وإدراك الواقع من حوله، والوالدان يمثلان أمام الطفل رمز القوة والسلطة ومن ثم يتعين على الطفل أن يخضع برغبته لمقتضيات الطاعة والامتثال لتلك القوى الخارجية، فالأسلوب الذي يتعلم بمقتضاه الطفل كيف يتعامل مع أسرته يظل يلازمه في تفاعله مع سلطات المدرسة والقيادة الدينية ورجال الشرطة وسائر هيئات الضبط فشخصية الأبوين المضطربة تؤدي دورا سلبيا في رسم المثل السيئ للرجل بشكل عام بالنسبة للأب، وفي رسم المثل السيئ للأنتى وبلورة شعور خاطئ بالأمومة بالنسبة للأم، وهذا من خلال معاملتهما لأبنائهما. أيضا عند إصابة أحد الوالدين بمرض جسدي كإعاقة حسية أو حركية هذه تؤثر سلبا على التربية السليمة للأبناء، فالأب المعاق قد يلجأ في بعض الحالات إلى استعمال القسوة والتهديد في تنشئة أولاده كوسيلة لإثبات ذاته وقدرته على فرض النظام داخل المنزل، وفي حالات أخرى قد يسلك سلوكا غير مبال بالمسؤولية لشعوره بالعجز وعدم قدرته على القيام بمسؤولية الرعاية والحماية.³

* الدوافع التي يتحملها الإنسان منذ تكوينه والتي نشأت نتيجة سلوكيات مخالفة للشرع كان الآباء قد اقترفوها مما انعكس أثر تكوينها على الطفل، ويمكن ادراج العامل الوراثي ضمن هذه الدوافع، حيث تقوم التربية التقليدية على العنف كأداة تربوية وتعليمية، وهذا ما ينهجه بعض الأولياء لاعتقادهم بأن العنف أداة تربوية فاعلة، غير أن البحوث الحديثة تركز على التربية الحديثة القائمة على الإقناع بالحجة ومخاطبة عقل وإدراك الطفل قصد حثه

¹ السيد غريب أحمد حسن، علم اجتماع الأسرة، دارالمعرفة الجامعية، 2001، ص 351

² سعد الدين بوطبال، عبد الحفيظ معوشة، العنف الأسري الموجه ضد الطفل، الملتقى الوطني الثاني حول: الاتصال و جودة الحياة في الأسرة، كلية العلوم الانسانية والاجتماعية، ورقلة، 2013، ص 12

³ جابر نصر الدين، العوامل المؤثرة في طبيعة التنشئة الأسرية للأبناء، مجلة للأداب والعلوم الانسانية و التربوية، جامعة دمشق، العدد 03، 2000، ص 46

تلقائياً على التمسك بسلوكات معينة دون جبر أو إكراه، ليدوم عليها وتصبح سمة بارزة في شخصيته، إلا أن اقتناع بعض الآباء بفاعلية العنف يجعلهم يصرون على تجسيده في تربية أطفالهم.¹

الفرع الثاني: الدوافع الاقتصادية للعنف الأسري:

ففي محيط الأسرة لا يروم الأب الحصول على منافع اقتصادية من وراء استخدامه العنف إزاء أسرته وإنما يكون ذلك تفريراً لشحنة الخيبة والفقر الذي تنعكس آثاره بعنف من الأب إزاء الأسرة، أما في غير العنف الأسري فإن الهدف من وراء استخدام العنف هو الحصول على النفع المادي مثل إرغام الأطفال على العمل من أجل الحصول على منافع مادية أو أجر.²

فالعيب الاقتصادي والحاجة إلى المال يؤدي لتلبية متطلبات الحياة الأسرية إلى شعور الأولياء بالنقص، فيركزون تفكيرهم في كيفية الخروج من الحاجة المادية رغم الصعوبات الكبيرة التي تواجههم، الشيء الذي يشعرهم بالإحباط فينفعلون بسرعة ويعنفون أطفالهم خاصة عندما يطلبون تلبية حاجاتهم.³

نجد السكن مثلاً وإن كان مرتبطاً بالبعد الاقتصادي، فهو يؤثر على عمليات التفاعل التي يتلقاها الطفل أثناء نموه من خلال طبيعة الوسط والبعد الاجتماعي الذي ينتمي إليه، فالنمو الوجداني والمعرفي للطفل يتأثر بسعة السكن ومحتوياته فأول الموضوعات الخارجية التي يتعرف عليها الطفل ويحتك بها تكون في المنزل والتي تساعده في تحديد مفاهيم الزمان والمكان خاصة إذا كان المنزل مهياً، ويحتوي على وسائل التقدم التكنولوجي مثل الإعلام الآلي، التي تساعد الطفل على اكتشاف العالم الخارجي.⁴

الفرع الثالث: الدوافع الاجتماعية للعنف الأسري:

هذا النوع من الدوافع يتمثل في العادات والتقاليد التي اعتادها مجتمع ما والتي تتطلب من الرجل - حسب مقتضيات هذه التقاليد-، قدراً من الرجولة بحيث لا يتوصل في قيادة أسرته بغير العنف والقوة، فهو يكمن ضرورة في الثقافة التي يحملها المجتمع، وخصوصاً الثقافة الأسرية فكلما كان المجتمع على درجة عالية من الثقافة والوعي، تضاعف دور هذه الدوافع حتى ينعدم في المجتمعات الراقية، وعلى العكس من ذلك في المجتمعات ذات الثقافة المحدودة، إذ تختلف درجة تأثير هذه الدوافع باختلاف درجة انحطاط ثقافات المجتمعات، الأمر الذي تجب الإشارة إليه أن بعض أفراد هذه المجتمعات قد لا يكونون مؤمنين بهذه العادات والتقاليد، ولكنهم ينساقون وراءها بدافع الضغط الاجتماعي.⁵

و هناك سبب آخر يؤدي للعنف الأسري على الطفل يتمثل في عدم امكانية الأم التأقلم مع مجتمع غريب عنها، فإذا كانت الأم غير متأقلمة فهي لا تستطيع التأقلم مع المجتمع الجديد و تتحول حياتهم إلى كتلة من الضغوط النفسية الاجتماعية فتفجر الأزمة في أولادها.⁶

¹ منيرة زلوف، أثر العنف الأسري على التحصيل الدراسي، دار هومة، الجزائر، 2014، ص 27

² محمد عزت عربي كاتبي، العنف الأسري الموجه نحو الأبناء وعلاقته بالوحدة النفسية، مجلة جامعة دمشق، العدد الأول، المجلد 28، 2012، ص 78

³ سعد الدين بوطبال، عبد الحفيظ معوشة، المرجع السابق، ص 11

⁴ الطوي عمر بشير، الصحة النفسية للتلميذ، دار الجماهيرية للنشر، الطبعة 01، ليبيا، 1992، ص 186

⁵ محمد عزت عربي كاتبي، المرجع السابق، ص 79

⁶ www.echorouk/montada/showthread.php(al-alalf@hotmail.com)

المطلب الثاني : مظاهر العنف الأسري :

برز الاهتمام ضد الأطفال انطلاقاً من ما توصل إليه الطب الشرعي في تقاريره حول وفيات بعض الأطفال، حيث خلصوا إلى وجود آثار للعنف الجسدي عليهم، كما حدث مع طبيب شرعي فرنسي يدعى Ambroise Tradieu الذي قام بفحص مجموعة من الأطفال ضربوا و أحرقوا حتى الموت، ووصف الأعراض المؤدية لوفاتهم على أنها عنف و ضرب و اهمال، و من هنا توالى الدراسات المهمة بموضوع العنف ضد الأطفال و كذا أشكاله¹ و هو ما سنحاول توضيحه من خلال هذه الورقة البحثية :

الفرع الأول : العنف الجسدي :

يتمثل في السلوكات التي تتصف بإساءة المعاملة الجسدية، مثل اللكم، أو العض، أو الحرق أو أية طريقة أخرى تؤذي الطفل، وقد لا يقصد الأب أو ولي الأمر إلحاق الأذى بالطفل بل تكون الإصابة من خلال المبالغة في التأديب، أو العقاب البدني غير المناسب لعمر الطفل، وتشمل إساءة المعاملة الجسدية استخدام القوة غير المناسب للنمو، و كمية الإصابة الجسدية ليست مهمة بقدر ما يرافقها من معنى، وقد يشفى الأذى الجسدي، إلا أن الأذى الانفعالي الناجم عن سوء المعاملة يبقى لفترة أطول، فاستخدام القوة من الأهل ضد الأطفال يعكس مزيجاً من معتقد ملكية القوة كأداة للتربية، وقلة البدائل الفعالة، وزيادة التوتر الانفعالي في الأسرة، وغالباً ما يرتبط العنف الجسدي بمستوى الطبقة الاجتماعية التي ينتمي إليها الطفل، وكذلك نمط شخصية الوالدين، ومستواهم الثقافي².

الفرع الثاني : العنف النفسي :

هو كل تصرف أو فعل مؤذ نفسياً يمس مشاعر الطفل، كالسخرية والتوبيخ والشتم، والوصف بألفاظ بذيئة، وحتى الطرد من المنزل والحبس المنزلي، فهذا الشكل من العنف لا يترك أثراً واضحاً مثل العنف الجسدي ولكنه يخلف مآسي عميقة في شخصية الطفل، ففي حياتنا الاجتماعية غالباً ما يعنف الطفل لفظياً ويهان لأبسط خطأ يقوم به، وقد تكون السخرية أبلغ أثراً من الشتم خاصة إن كانت أمام الأقران والآخرين، فيفقد الطفل حينها ثقته بنفسه وبوالده، ويصبح غاضباً متردداً مشككاً في قدراته، الشيء الذي يعوق تعلمه ونموه بشكل سليم، ويدخل في دوامة من الغضب والاكئاب، ويزداد الأمر سوءاً إذا تكرر الأمر مرات عديدة، فبدل أن ينال الطفل التشجيع على التعلم فإنه يحصل من والديه على التشكيك في نفسه وتصرفاته فيصبح الطفل منطوياً ومنعزلاً على ذاته لأنه يخاف من الإهانة التي تزعزع كيانه النفسي والاجتماعي³.

الفرع الثالث : الإهمال العائلي :

يقصد به ترك الطفل دون تشجيع على السلوك المرغوب فيه، أو محاسبته على السلوك غير المرغوب، و صور الإهمال كثيرة منها عدم المبالاة بنظافة الطفل، أو عدم اشباع حاجياته الضرورية الفسيولوجية و النفسية و عدم اصغاء الوالدين لحديث الطفل، أو عدم نصحه و توجيهه، و غالباً ما ينتج هذا الاتجاه نتيجة عدم التوافق الأسري الناتج عن العلاقات الزوجية السيئة، أو لعدم رغبة الأم في الأبناء، فالطفل المهمل عادة ما يشعر بضعف في

¹ سوسن شاكرا الجلبي، مشكلات الأطفال النفسية وأساليب المساعدة منها، دار ارسلان، الطبعة 01، دمشق، 2006، ص 69

² ذياب البداينة، المرجع السابق، ص 18

³ سعد الدين بوطبال، عبد الحفيظ معوشة، المرجع السابق، ص 08

الاحساس بوجوده، كما أن الافتقار إلى التوجيه و الارشاد الوالدي يجعله فريسة سهلة للوقوع في الانحراف، فالإهمال يؤدي إلى عدم الاحساس بالمرغوبة الاجتماعية، و ضعف الشعور بالذات.¹

الفرع الرابع : العنف الجنسي :

تتمثل هذه الصورة من أنواع العنف في إكراه المعتدى عليه سواء كان ذكرا أم أنثى، على ممارسة الجنس أو القيام بأعمال جنسية فاضحة مع المعتدي، ويعد الاعتصاب أخطر صور الاعتداء الجنسي في نطاق الأسرة وغالبا يمارس الاعتداء الجنسي تحت تهديد المعتدى عليه بإيذائه إذا لم يرضخ لرغبات المعتدي.²

لقد كثرت في السنوات الأخيرة ظاهرة الاعتداءات الجنسية على الأطفال من جميع الشرائح، وحتى من الآباء أو أحد أفراد العائلة، فالعنف الجنسي ضد الطفل يعرف على أنه استجرار الطفل إلى أفعال جنسية لا يعي طبيعتها بوضوح، ولا يسمح بها، وهي تنتهك القواعد الأخلاقية المرتبطة بالأدوار الأسرية الطبيعية وعليه، يمكننا أن نؤكد بأن العنف الجنسي يعني أساسا استخدام الأطفال كوسيلة لتحقيق اللذة الجنسية من طرف الأفراد الراشدين، وعلى ذلك تمارس الاعتداءات الجنسية على الأطفال حتى في نطاق الأسرة، وفي بعض الحالات من طرف الآباء تجاه أبنائهم وبناتهم، حيث يتجردون من القيم الأخلاقية ويهملون المعايير الاجتماعية السائدة، ولا يباليون بأذيتهم الكبرى لأبنائهم و بناتهم طوال حياتهم، إن استغلال الطفل جنسياً قد يأخذ أشكالا عديدة، فيمكن له أن ينطوي على اتصال جسدي مباشر أو غير مباشر حيث يمثل الاعتداء والاستغلال الجنسي للأطفال صدمة حياتية كبيرة، حينما يكبرون ويدركون ما كان يُفعل بهم، ويزداد الأمر تعقيدا إذا كان المعتدي هو الوالد فتتهز الصورة الوالدية لدى الطفل، فيبدو متوترا و منفعلا لا يمكن التنبؤ بسلوكاته وميولاته.

يمكن تقسيم نتائج الاستغلال الجنسي للأطفال إلى نوعين، فهناك آثار قريبة صدمية مباشرة وهي القلق، فقدان الثقة بالآخرين، المشكلات الدراسية المفاجئة، آلام جسدية ناجمة عن العنف الجسدي المرافق للحدث، وهناك آثار بعيدة لاحقة وهي الاضطرابات الانفعالية كالاكتئاب وانخفاض الشعور بقيمة الذات إضافة إلى مشكلات سلوكية من مثل الإدمان المتعدد، ممارسة الدعارة، وكذلك مشكلات نفسية كتعدد الشخصية.

تجدر الإشارة إلى أن الاعتداءات الجنسية قد تكون من طرف القائم على رعاية الطفل، مثلما يحدث مع من يتبنى طفلا غير شرعي، وحينما يكبر نوعا ما يقوم باستغلاله جنسيا، فهنا يتعدد الطفل أكثر فمن جهة هو مجهول النسب، ومن جهة أخرى اعتدي على كرامته وعلى خصوصيته مما يفتح الباب على مصرعية للطفل ليلج عالم الانحراف ليشكل عبئا على نفسه والمجتمع برمته بالفعل، تؤثر الاعتداءات الجنسية على الأطفال بشكل بليغ ويمتد هذا الأثر طوال حياة الطفل، بل يصبح عائقا من ممارسة الأدوار الاجتماعية خاصة بالنسبة للبنات.³

¹ خليل محمد بيومي، سيكولوجية العلاقات الأسرية، دار قباء للنشر والتوزيع، مصر، ص 98

² غريب أحمد السيد، المرجع السابق، ص 352

³ سعد الدين بوطبال، عبد الحفيظ معوشة، المرجع السابق، ص 09

المبحث الثاني: أحكام العنف الأسري:

نتناول آثار العنف الأسري على فئة الطفولة، و أهم الحلول المقترحة للحد من هذه الظاهرة كالآتي.

المطلب الأول: انعكاسات العنف الأسري ضد الطفل:

مما لا شك فيه أن للعنف الأسري سلبيات كثيرة على الطفل، فهو من جهة يطبعه بطابع العنف كأسلوب من أساليب الحلول للمشاكل التي قد يواجهها في حياته، وهذا يقوده لمواجهة الكثير من التحديات حين يتجه لعلاج أي موضوع أو قضية يفرض واقعه و حاجته علاجها، و ذلك ينعكس سلبا على مختلف حالاته و ربما تكون عاملا من عوامل الفشل في مستقبله. ومن جهة أخرى يبني نفسيته على الضعينة و الحقد الذي يحمله تجاه من يعايشه من أهله، ولا سيما عندما لا يستوعب دوافع القسوة تجاهه أو حين يجد أن الآخرين لا يفهمون حالته و لا يستوعبون واقعه.¹

ومن أهم الآثار المترتبة على العنف الأسري نحو الطفل نجد الوحدة النفسية و انحراف الأحداث وكذا عمالة الأطفال سنحاول تفصيلها كالآتي:

أولا: الوحدة النفسية للطفل:

يعد مفهوم الوحدة النفسية من المفاهيم الحديثة نسبيا، فلقد كان لكتاب "فايس الوحدة النفسية في العام 1973 أكبر الأثر في الاهتمام بمفهوم الوحدة النفسية، حيث تأثر الباحثين بعد ذلك بكتابات فايس عن الوحدة النفسية فهي: "خبرة ذاتية قد يعانها الفرد على الرغم من وجوده مع غيره من الناس عندما تخلو حياته من علاقات اجتماعية مشبعة بالألفة والمودة." كما عرفت الشعور بالوحدة النفسية بأنه: "خبرة شخصية مؤلمة يعيشها الفرد نتيجة شعوره بافتقاد التقبل والحب والاهتمام من جانب الآخرين، بحيث يترتب على ذلك العجز عن إقامة علاقات اجتماعية مشبعة بالألفة والمودة والصدقة الحميمة، وبالتالي يشعر الفرد بأنه وحيد رغم أنه محاط بالآخرين."²

فإذا تعرض الطفل في سنوات عمره الأولى إلى خبرة الانفصال عن الوالدين بسبب الطلاق أو فقد أحدهما، فإنه يكون لديه أعلى مستوى من الشعور بالوحدة النفسية، وإذا تعرض الطفل إلى النبذ والإهمال والقسوة من الوالدين أو تعرض إلى العلاقات المشحونة بالصراع والخلاف معهما فإنه يكون لديه مستوى متوسط من الشعور بالوحدة النفسية، أما إذا عاش الأبناء مع آبائهم وعرفوا أنهما مصدر للأمن والثقة فإنه لا يكون لديهم أي شعور بالوحدة النفسية. ويعتبر التطور والتقدم التكنولوجي مصدراً للشعور بالوحدة النفسية وعدم الأمن في بعض الأحيان، فطبيعة التفاعل الإنساني في المجتمع التكنولوجي الحديث أضعفت الروابط الاجتماعية بين أفراد المجتمع مما قلل من أهمية دور الأسرة والقضاء على نسقتها وأفق الفرد كثيراً من مقومات بناء الشخصية السوية وانتشار وسائل معقدة في الاتصال الاجتماعي مع الآخرين كالإعلام والانترنت ما يجعل الفرد يكتسب قيماً قد تخالف عادات أسرته.³

¹ عبد المحسن بن عمار المطيري، العنف الأسري و علاقته بانحراف الأحداث، دراسة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في العلوم الاجتماعية، الرياض، 2006، ص 17

² جودة آمال، الوحدة النفسية وعلاقتها بمفهوم الذات لدى الأطفال في محافظة غزة، المؤتمر التربوي الثاني، الجامعة الإسلامية فلسطين، 2005، ص 08

³ محمد عزت عربي كاتبي، المرجع السابق، ص 81

ثانيا : انحراف الأحداث :

تعد العائلة بحق مهد الشخصية، فتتكون عند الحدث¹ النماذج الأساسية لردود الفعل الخاصة بالسلوك، وتتولد لديه القيم التي تصاحب حياته المقبلة، فالعائلة كقيام اجتماعي، ترتبط ارتباطا وثيقا ببقية النظم السائدة في المجتمع، وأي تغير يمكن أن يصيب هذه النظم ينعكس مباشرة على تركيب العائلة و وظائفها، و نكون على جانب كبير من الصحة عندما نقول بأن معظم المشاكل التي يواجهها المجتمع العربي في وقتنا الحاضر ناتجة عن مشاكل الفرد العربي داخل أسرته، وعن طبيعة العلاقات الاجتماعية ضمن نطاق العائلة. و تبرز اختلالات البيئة العائلية في مقدمة العوامل الاجتماعية لجنوح الأحداث،² التي تكمن في تصدع العائلة و مستواها السلوكي السيئ و كذا نزاع الوالدين و التربية الخاطئة و عوز العائلة.³

و نظرا لخطورة تأثير العنف الأسري على حداثة الطفل، تم استحداث ما يعرف بقضاء الأحداث، الذي يهدف إلى الحفاظ على نظام سلمي من العدالة الاجتماعية و حماية صغار السن وذلك من خلال تطبيق البرامج العلاجية و تركيز الاهتمام على السياسات الوقائية و التدريب المهني و المنظمات الانسانية و كذا مؤسسات المجتمع المدني، وحرصت غالبية تشريعات الأحداث على ضرورة أن تنظر قضايا الأحداث في جميع مراحلها جهة متخصصة بشؤون الأحداث رغم إنها لم تتفق على تشكيل موحد للمحكمة، بل اتخذ كل منها أسلوبا معيناً يتفق و الفلسفة التي تبناها التشريع، و لقد اشترطت المادة 225 من قانون الإجراءات الجزائية لتولي منصب قاضي الأحداث توفر الكفاءة و العناية بشؤون الأحداث، و هذه الشروط لها أبعادها الوقائية و العلاجية و من الواضح أن كل التشريعات تسير في هذا الاتجاه الاصلاحى، إذ انطلق التشريع الحديث من منطلق واحد في اختيار قضاة الأحداث ألا و هو إصلاح الحدث و إعادته إلى جادة الصواب عن طريق فهم شخصيته و أسباب جنوحه و توفير ما فقده من رعاية و محبة، فقاضي الأحداث يقوم بمهمة إجتماعية دقيقة و شاقة و حكمه إن لم يكن صائبا لا يؤثر على حياة الحدث و مستقبله فحسب بل سيثقل كاهل المجتمع فيما لو أصبح هذا الجانح مجرما معتادا.⁴

ثالثا : عمالة الأطفال :

تعرف عمالة الأطفال بأنها: " عمل استغلالي يضر بصحة و نماء الطفل بدنيا و نفسيا و اجتماعيا، و يحرم الأطفال من التعليم و فرص الحصول على الخدمات الأساسية الأخرى."⁵

¹ الحدث لغة هو الفتى صغير السن، و رجل حدث أي شاب و يعرف قانونا بأنه: الصغير في الفترة بين السن التي حددها القانون للتمييز و السن التي حددها لبلوغ سن الرشد.

² الجنوح كمصطلح قانوني ظهر لأول مرة في الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1899 حين انشئت أول محكمة للأحداث بمقاطعة كوك غير أنه تباينت آراء الباحثين من فقهاء القانون في ضبط مدلول هذا المصطلح الذي يكتنفه نوع من الغموض فمن الصعب وضع تعريف عام و دقيق نظرا لتشعب جذوره، و يقصد به خروج الشخص على القانون في المجتمع سواء كان راشدا أو طفلا، لكن عادة ما يستعمل للإشارة إلى جنوح الأحداث فقط. بن زديرة علي، الحرمان العاطفي و أثره على جنوح الأحداث، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الآداب و العلوم الإنسانية، جامعة باجي مختار، عنابة، 2006/2005

³ تضامر زهري حسون، جرائم الأحداث الذكور في الوطن العربي، المركز العربي للدراسات الأمنية و التدريب، الرياض، 1994، ص 105

⁴ نبيل صقر، صابر جميلة، الأحداث في التشريع الجزائري، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، ص 08

⁵ ماهر جميل أبو خوات، الحماية الدولية لحقوق الطفل، دار النهضة العربية، بيروت، 2005، ص 169

إن ممارسة الطفل لنشاط له مردود مادي قد يكون في أحيان كثيرة مدفوعا من طرف الوالدين قصد مساعدتهم في تلبية حاجيات البيت وتقليل الأعباء الاقتصادية، متغافلين عن تسببهم في تسرب الطفل من المدرسة ولجؤه إلى العمل والشارع الذي يكون مرتعا لآفات متعددة، قد تنعكس سلبا على مستقبل الطفل، والجدير ذكره أن بعض الأفراد يستغلون عمل الأطفال نظرا لتدني أجورهم وإمكانية السيطرة عليهم وإرغامهم على فعل أي شيء حتى ولو فاق قدراتهم الجسمية والمعرفية. وحتى إذا لم يتعرض الطفل لأشكال العنف الظاهري الجسدي أو النفسي، فإن مجرد تشغيل الطفل لساعات طويلة، وإرهاقه بالأعمال التي تفوق طاقته يعتبر اعتداءً صارخاً على الطفل، كما نجد في بعض الحالات من يدفع بأطفاله للتسول، لكسب استعطف الأشخاص حين رؤيتهم لطفل يتسول فيغدقون عليه بالمال، حتى وإن رفض الطفل فإنه يجبر من طرف أوليائه، وبهذا السلوك يتعلم الطفل سلوكيات إنحرافية عديدة منها: الحيلة، الكذب، السرقة، وغيرها من المشكلات السلوكية، إضافة إلى أن الطفل المتسول حينما يتعود على المال فإنه يترك مقاعد الدراسة، وبالتالي يكون عرضة لكل الآفات الاجتماعية بمختلف أشكالها، ليشكل بذلك مصدر خطر لنفسه ولغيره من أفراد المجتمع.¹

يعتقد البعض أن تدني مستوى تعليم الأبوين ووعيهاما بحقوق وحاجات أطفالهما بالإضافة إلى العنف الأسري، هي عوامل أخرى تدفع الأطفال للتوجه إلى سوق العمل، وتشير الدراسات أن سوء المعاملة التي يلقيها بعض الطلاب في المدارس وضعف التحصيل الدراسي وعدم اقتناع بعض الآباء غير المتعلمين بجدوى تعليم أبنائهم، بالإضافة إلى ضعف جانب التحفيز على الإبداع في المدارس وقلّة البرامج والنشاطات اللامنهجية فيها، كلها أسباب تؤدي لتسرب الطلاب من مقاعد الدراسة إلى سوق العمل.

ويعتبر عمل الأطفال من أولى المسائل التي تصدى لها المشرع الجزائري وبذل من أجلها جهوداً كبيرة مسيرا في ذلك ما وصلت إليه منظمة العمل الدولية منذ تأسيسها في 1919، بخصوص موضوع عمل الأطفال من طرفين: تنظيم عمل وتشغيل الأطفال وإخضاع استخدامهم للحماية والرقابة والإشراف، كما جرم المشرع ظاهرة تشغيل الأطفال ورصد عقوبات على المخالفين لقانون علاقات العمل محولا في ذلك القضاء على عمالة الأطفال أو الحد منها.²

المطلب الثاني: معالجات العنف الأسري ضد الطفل :

تحتل الأسرة مكانة هامة في مواجهة ظاهرة العنف ضد الأطفال، إذ تعتبر المتسبب الرئيسي فيه، لذلك يمكن التعامل مع الأسرة عن طريق الإرشاد النفسي العائلي نحو تجنب سلوكيات العنف ضد الأطفال، نظرا للآثار السلبية الناجمة عنه، وذلك بغرض التقليل من حجم هذه الظاهرة، وتتمثل أهم الآليات للقضاء على جميع أشكال العنف الأسري الموجه ضد الطفل في تبني استراتيجية إرشادية متكاملة تهدف إلى حماية الطفل والعمل على توفير كل ضروريات النمو السليم له، وذلك من خلال العديد من المؤسسات الاجتماعية التي تتمثل في :

• الأسرة :

- تفعيل الحوار والنقاش بين أفراد الأسرة لإعطاء الأحداث فرصة التعبير عن آرائهم، والعمل على تلبية احتياجاتهم المادية و النفسية، بزيادة مراكز الاستشارات الأسرية والعمل على تعزيز دورها بما يتماشى مع المتغيرات في مجال الأسرة والمجتمع.

¹ سعد الدين بوطبال، عبد الحفيظ معوشة، المرجع السابق، ص10

² دليلة المباركي، عمالة الأطفال بين الواقع والنصوص الجزائرية نموذجاً، باتنة، الجزائر، ص325

- العمل على تعميق ثقافة الحوار و التسامح لدى الوالدين، والرفق بأطفالهم و غرس القيم الدينية للأسرة. - العمل على اعداد برامج ارشادية لتوجيه الشباب المقبلين على الزواج لتثقيفهم حول الحياة الزوجية وكيفية التعامل مع الأطفال.¹

• وسائل الإعلام :

- استعمال وسائل الإعلام في نقل مبادئ التعامل الإيجابي مع الأطفال، بتوضيح طرائق التربية الحديثة للأطفال حتى يتم تثقيف الأولياء بطريقة سليمة تنتفي فيها سلوكيات العنف ضد الأطفال.
- إمكانية عرض حالات لأطفال تم تعنيفهم وانعكاس ذلك حتى تكون نموذجا يجب تفاديه، كما يمكن عرض نماذج محببة في التعامل مع الأطفال حتى يتم اكتسابها وتجسيدها من طرف الأولياء.

• المساجد :

تتطلع المساجد إلى الاهتمام بالأطفال وضمان الحياة الكريمة لهم من منطلق مبادئ الدين الإسلامي الذي من أهم مقاصده الحفاظ على الإنسان باعتبار محور الحياة الاجتماعية، وللمسجد دور توجيهي و ارشادي للأفراد، خاصة إذا تعلق الأمر بالعنف ضد الطفل كطريقة تربوية مستمدة من الفهم الخاطئ لبعض الأحاديث الشرعية، هنا يجب على الأئمة سحب ذريعة استعمال الدين والتربية في سبيل تجسيد سلوكيات عنيفة على الطفل كما يجب تنمية الوازع الديني لدى الأولياء قصد تفادي ممارسة العنف على أطفالهم.

• المجتمع المدني :

معالجة ظاهرة العنف الموجه ضد الطفل مسؤولية اجتماعية وأخلاقية ولم تعد الحكومات وحدها المسؤولة عنها، فلا بد للأحزاب السياسية ومختلف الجمعيات المحلية والوطنية أن تعمل جاهدة لسن قوانين رادعة لمن يعنف الأطفال تحت أي شكل من الأشكال، كما يمكن أن تنظم ملتقيات توجيهية للتقليل من سلوكيات العنف الموجه ضد الأطفال.²

• وضع القوانين :

دعوة المؤسسات الحكومية لتعزيز الثقافة الاجتماعية الراضية والنابهة للعنف الأسري بشكل عام، فلحدث ولد ضعيف لا يعلم شيئا عما يدور حوله قد تدفعه ظروف الأسرة التي يعيش فيها للخروج عن الحدود التي رسمها المشرع فينحرف مسلكه و يرتكب جريمة ليس عن قصد، ولكن عن حاجة ملحة في نفسه و رغبة في الحياة و خوفا من الجوع، فلم تكن الأسس التي نشأ بها صالحة لان تمه بمتطلبات الحياة و أن تجعل منه إنسانا صالحا يعتمد عليه في بناء المجتمع، فظاهرة جنوح الأحداث تتطلب منا الأخذ بيد الحدث و حمايته اجتماعيا بإتباع طرق علمية و عملية بالتنسيق مع المجتمع المدني و الجهات القضائية المختصة التي تعمل وفق نصوص قانونية حددها المشرع.

¹ يحي محمود النجار، علاقة العنف الأسري ببناء سيكولوجية الطفل، بحث مقدم للمشاركة في المؤتمر العربي للطب النفسي حول العواقب النفسية للعنف، فلسطين، ص 101

² سعد الدين بوطبال، عبد الحفيظ معوشة، المرجع السابق، ص 15

الخلاصة :

نخلص في الأخير إلى القول أن العنف الأسري الموجه نحو الأبناء مصطلح حديث، يستخدم للإشارة إلى الأفعال المباشرة وغير المباشرة التي يوجهها أولياء الأمر بهدف إيقاع الأذى على الأبناء، والعنف الأسري الموجه نحو الطفل ينطوي على العديد من العواقب التي تأخذ أشكالا كثيرة جسدية وصحية، ومن أكثرها خطورة العواقب النفسية للعنف الأسري الموجه نحو الأبناء كونها قد لا تكون ظاهرة بشكل واضح ولكون آثارها تمتد إلى بقية حياة الفرد.

أصبحت ظاهرة عمالة الأطفال بمثابة قبلة موقوتة وللحد منها، يجب على الجهات المعنية وبالأخص الإعلامية تنظيم حملة توعية وطنية شاملة، بهدف تبصير المجتمع بمخاطر وأضرار هذه الظاهرة التي تقود الأجيال الصاعدة إلى الضياع.

ونظرا لأهمية التوصيات التي ذكرت في التقرير المقدم للأمم المتحدة، ولأنها تشمل كافة جوانب العنف من حيث المكان و طريقة الممارسة ارتأينا ذكرها :

- وضع أو تعزيز برامج لدعم الوالدين و مقدمي الرعاية الآخرين في دورهم لرعاية الأطفال، و ينبغي أن تشمل الاستثمارات في خدمات الرعاية الصحية و التعليم على برامج عالية النوعية للنمو في الطفولة المبكرة و زيارات للمنازل و خدمات ما قبل و بعد الولادة و برامج مدرة للدخل للجماعات المحرومة.
- وضع برامج محددة للهدف للأسر التي تواجه ظروف صعبة على وجه الخصوص، و برامج لتثقيف الوالدين تراعي الفروق بين الجنسين و يجب على مثل هذه البرامج أن تروج لعلاقة صحية بين الوالدين و الاطفال و ان توجه الوالدين نحو الأشكال البناءة للانضباط.

❖ قائمة المصادر و المراجع :

• المراجع :

- تضامر زهري حسون، جرائم الأحداث الذكور في الوطن العربي، المركز العربي للدراسات الأمنية و التدريب، الرياض، 1994
- خليل محمد بيومي، سيكولوجية العلاقات الأسرية، دار قباء للنشر و التوزيع، مصر
- دليلة المباركي، عمالة الأطفال بين الواقع و النصوص الجزائر نموذجاً، باتنة، الجزائر
- الرازي محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، دار الفكر للطباعة، لبنان، 1973
- الطوبي عمر بشير، الصحة النفسية للتلميذ، دار الجماهيرية للنشر، الطبعة 01، ليبيا، 1992
- نبيل صقر، صابر جميلة، الأحداث في التشريع الجزائري، دار الهدى للطباعة و النشر، الجزائر
- السيد غريب أحمد حسن، علم اجتماع الأسرة، دار المعرفة الجامعية، 2001
- سوسن شاكر الجلي، مشكلات الأطفال النفسية و أساليب المساعدة منها، دار ارسلان، الطبعة 01، دمشق، 2006
- ماهر جميل أبو خوات، الحماية الدولية لحقوق الطفل، دار النهضة العربية، بيروت، 2005
- منيرة زلوف، أثر العنف الأسري على التحصيل الدراسي، دار هومة، الجزائر، 2014

- Berry, D. B. (1995) The Domestic violence: Source book everything you need to know (3rd). Lowell House, NTc, contem Porary Publishing Group, Inc, Los Angeles, U.S.A.1995

● **المنتقيات العلمية :**

- جودة آمال، الوحدة النفسية وعلاقتها بمفهوم الذات لدى الأطفال في محافظة غزة، المؤتمر التربوي الثاني، الجامعة الإسلامية فلسطين، 2005.
- سعد الدين بوطبال، عبد الحفيظ معوشة، العنف الأسري الموجه ضد الطفل، الملتقى الوطني الثاني حول: الاتصال وجودة الحياة في الأسرة، كلية العلوم الانسانية و الاجتماعية، ورقلة، 2013.
- يحيى محمود النجار، علاقة العنف الأسري ببناء سيكولوجية الطفل، بحث مقدم للمشاركة في المؤتمر العربي للطب النفسي حول العواقب النفسية للعنف، فلسطين.

● **المجلات العلمية :**

- جابر نصر الدين، العوامل المؤثرة في طبيعة التنشئة الأسرية للأبناء، مجلة للآداب والعلوم الانسانية و التربوية، جامعة دمشق، العدد 03، 2000.
- ذياب البداينة، سوء معاملة الأطفال، مجلة المفكر الشرطي، العدد 11، المملكة السعودية، 2000
- محمد عزت عربي كاتي، العنف الأسري الموجه نحو الأبناء وعلاقته بالوحدة النفسية، مجلة جامعة دمشق، العدد الأول، المجلد 28، 2012
- الموسوي حسن، إساءة معاملة الطفل ما قبل المدرسة و خصائصه النفسية، المجلة التربوية، العدد 15، الكويت، 2000

● **الرسائل و المذكرات:**

- بن زديرة علي، الحرمان العاطفي و أثره على جنوح الأحداث، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الآداب و العلوم الإنسانية، جامعة باجي مختار، عنابة، 2006/2005
 - عبد المحسن بن عمار المطيري، العنف الأسري و علاقته بانحراف الأحداث، دراسة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في العلوم الاجتماعية، الرياض، 2006
- **المواقع الإلكترونية :**

[www.echorouk/montada/showthread.php\(al-alalf@hotmail.com\)](http://www.echorouk/montada/showthread.php(al-alalf@hotmail.com))

الخطأ الطبي في مجال ممارسة العمل الجراحي



كركوري مباركة حنان : أستاذة متعاقدة

(باحثة دكتوراه تخصص قانون الأعمال)

جامعة قاصدي مرباح (ورقلة) - الجزائر

Email : karkouri.hanane39@gmail.com

ملخص :

إن الطب يعتبر مهنة إنسانية وهي من أرقى المهن، بل تعتبر رسالة خالدة لكل طبيب صادق وأمين على هذه المهنة، وعلى أرواح وأجساد البشر في العالم كله، لذلك وجدت من الواجب الوطني والإنساني والقانوني والمهني. لذا تمحورت هذه الدراسة حول هذا الحدث الهام المتمثل في الأخطاء الطبية، وسيتم التطرق الى تحديد مفهوم هذا الخطأ وبيان معناه في المجال الطبي والتطرق الى أهم التقسيمات الواردة عليه.
الكلمات المفتاحية :

الخطأ الطبي - الطبيب - المريض - درجات الخطأ - عناصر الخطأ - صور الخطأ

Summary :

That medicine is humane and profession is of the finest occupations, but as an eternal message to every doctor honest on the profession and on the lives and bodies of humans in the whole world. So I found from national duty and humanitarian, legal and professional. So this study revolved around this important event of medical errors, and will address the concept of this error and the statement means in the medical field and addressing the most important divisions contained him.

Keywords :

Medical error- the doctor- patient- degrees of error- wrong items- wrong picture.

المقدمة :

إن الطب يعتبر مهنة إنسانية وهي من أرقى المهن، بل تعتبر رسالة خالدة لكل طبيب صادق وأمين على هذه المهنة، وعلى أرواح وأجساد البشر في العالم كله، لذلك وجدت من الواجب الوطني والإنساني والقانوني والمهني، لذا تمحورت هذه الدراسة حول هذا الحدث الهام المتمثل في الأخطاء الطبية، حيث يتوجب على الطبيب أن يحافظ على أرواح الناس وسلامتهم عند أداءه لواجبه لأنها تفرض عليه واجب أخلاقي وقانوني بذل أقصى الجهود أثناء معالجة مرضاه.

لذا يتوجب عليه بذل اليقظة المطلوبة التي تقتضيها أصول على ضوء التطور العلمي، وهذا يترتب عليه أخطاء طبية يلحقها الأطباء بمرضاهم مما جعل موضوع الأخطاء الطبية يأخذ حجم كبير من الأهمية وعلى هذا الأساس سيتم التطرق الى تحديد مفهوم هذا الخطأ وبيان معناه في المجال الطبي وحيث أن كل مخالفة يرتكبها تختلف باختلاف درجات الخطأ الطبي عند خروجه في سلوكه على القواعد والأصول الطبية التي يقضى بها العلم وأصول مهنة الطب، أو المتعارف عليها نظريا وعمليا وقت تنفيذه للعمل الطبي والتطرق الى أهم التقسيمات الواردة عليه ومما لاشك فيه أن هذا الخطأ ينطوي على عدة عناصر متمثلة في مخالفة الأصول المهنية والإخلال بواجب الحيطة والحذر، كما يتميز بعدة صور محصورة في الإهمال والرعونة، وعدم الاحتراز وعدم مراعاة القوانين والأنظمة. ومنه فإن الإشكالية التي تطرحها الورقة البحثية هي ما المقصود بالخطأ الطبي في مجال العمل الجراحي وما هي أهم التقسيمات الواردة عليه ؟

وللإجابة على هذه الإشكالية تم تقسيم الدراسة الى مبحثين أساسيين وهما على التوالي :

المبحث الأول : مفهوم الخطأ الطبي في العمل الجراحي

المبحث الثاني : تقسيمات الخطأ الطبي في الأعمال الجراحية.

المبحث الأول : مفهوم الخطأ الطبي في العمل الجراحي :

الخطأ الطبي هو الخطأ التقصيري ويعنى كل فعل خطأ سبب ضرر للغير يلزم فاعله بالتعويض وأن التزام الطبيب هو التزام بذل جهد وليس التزام بتحقيق نتيجة وهذا الجهد هو بذل العناية الصادقة من أجل شفاء المريض فإن قصر فهو تقصير في مسلك الطبيب لا يقع من طبيب يقظ وجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسئول (المطلب الأول) وحيث أن كل مخالفة تختلف باختلاف درجات الخطأ الطبي عند خروج من الطبيب في سلوكه على القواعد والأصول الطبية التي يقضى بها العلم، أو المتعارف عليها نظريا وعمليا وقت تنفيذه للعمل الطبي (المطلب الثاني).

المطلب الأول : تعريف الخطأ الطبي ومعياريه وتقديره :

في هذا المطلب سيتم التطرق الى تحديد المقصود من الخطأ الطبي في الأعمال الجراحية التي يقوم بها الطبيب وفريقه الطبي وكذا تحديد معايير تقدير هذا الخطأ انطلاقا من المعيار الشخصي والموضوعي في الفروع الموالية.

الفرع الأول: تعريف الخطأ الطبي:

لقد عرف فقهاء القانون الخطأ الطبي بأنه كل مخالفة أو خروج من الطبيب في سلوكه على القواعد والأصول الطبية التي يقضي بها العلم أو المتعارف عليها نظريا وطبيا وقت تنفيذه للعمل الطبي وإخلاله بواجبات الحيطة والحذر واليقظة التي يعرفها القانون وواجبات المهنة على الطبيب متى ترتب على فعله نتائج جسيمة في حان كان في قدرته وواجب عليه أن يكون يقظا وحذرا في تصرفه حتى لا يضر المريض¹. ويستفاد من التعريف أن الخطأ الطبي هو عبارة عن فشل الطبيب في إتمامه للعمل المقصود على أكمل وجه أو قيامه بتصرف خاطئ لإتمام عمله، وفي هذا اصدد لابد من التفريق بين حالتين وهي الخطأ المعتبر من جنس العمل الطبي والخطأ الذي لا يعتبر من جنس العمل الطبي؛

● **الخطأ المعتبر من جنس العمل الطبي:** كالخطأ في التشخيص في هذه الحالة يتم النظر الى الأعراف الطبية فإذا كان ضمن الحدود فلا جناح عليه واذا كان الخطأ غير مقبول ومخالف للأعراف الطبية يعتبر في هذه الحالة خطأ موجب للمسؤولية.

● **الخطأ الذي لا يعتبر من جنس العمل الطبي:** كان تزل يد الطبيب أثناء الفحص أو الجراحة فيضر بالمريض وهذا من جنس الجنائية الخطأ، والحكم فيه هو الحكم في الجنائية الخطأ².

وهناك من يعرف الخطأ الطبي بأنه عدم قيام الطبيب بالالتزامات الخاصة التي تفرضها عليه المهنة سواء كان ذلك راجعا لعدم إلمامه بالأصول العلمية التي تمكنه من مباشرتها أو الى اهمال أو تقصير أو عدم احتياط يمكن التنبيه اليه بالمقارنة بعناية الطبيب وماله من الخبرة والثقافة وجد في نفس الظروف الخاصة التي أحاطت به. ونتوصل الى أن الخطأ بصفة عامة عبارة عن اخلال بواجب الالتزام الملقى على عاتق المتصرف ويعرف بأنه "اخلال بالتزام سابق نشأ عن العقد أو على القانون وقواعد الأخلاق"³. والمرجع الجزائري اخذ بالمفهوم التقليدي للخطأ في نص المادة 124 من القانون المدني بقولها " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

والخطأ الطبي في هذه الحالة يستمد تعريفه من الخطأ بوجه عام باعتباره أساس لقيام المسؤولية المدنية. ومما تقدم نرى أن الخطأ الطبي يتمثل في إحجام الطبيب عن القيام بالواجبات الخاصة التي تفرضها علوم الطب وأصول المهنة ا وان يقوم الطبيب بعلاج يتجاوز العمل المتبع والمألوف الذي يقوم به طبيب آخر من نفس المستوى وفي نفس الظروف، يتماشى ونصوص القانون الجزائري سواء في القواعد العامة أو القواعد الخاصة وكذلك موقف القضاء⁴.

ومما لاشك فيه أن الخطأ الطبي الذي يرتكبه الطبيب في العمل الجراحي يختلف بحسب طبيعة المهمة التي يقوم بها وتستوجب بطبيعة الحال ترتيب المسؤولية عليه وتجدر الإشارة الى أن هذا الخطأ ذات طبيعة معينة تمتد نطاقه بحسب المكان الذي ارتكب فيه الطبيب الخطأ وسواء كان في مستشفى عام أو مستشفى خاص؛

¹ - منصور عمر المعاينة، المسؤولية الجنائية في الأخطاء الطبية، ط 1، الرياض، 2004، ص 43.

² - محمد رمضان العرعير، مسؤولية الطبيب الجنائية في العمليات الجراحية "دراسة فقهية مقارنة"، رسالة ماجستير في القانون المقارن، الجامعة الإسلامية- غزة، كلية الشريعة والقانون، السنة الجامعية 2013/2014، ص 23.

³ - علي فيلاي، الالتزامات " العمل المستحق للتعويض"، ط 2، موفم للنشر، الجزائر، 2006، ص 60.

⁴ - محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 152.

• **خطأ الطبيب في المستشفى العام** : يعتبر المستشفى العام مؤسسة عمومية ذات طابع إداري لذا تخضع المنازعات الناتجة عن خطأ الطبيب للقضاء الإداري وهو ما نصت عليه المادة 10 من قانون حماية الصحة وترقيتها بقولها "تخضع جميع الهياكل الصحية أو ذات الطابع الصحي للوصاية التقنية للوزير المكلف للصحة أو لرقابته طبقاً للتنظيم الجاري به العمل". ويعتبر الطبيب في هذه الحالة موظف تربطه علاقة قانونية تنظيمية بالمستشفى. فعلاقة العمل التي تربط الطبيب بإدارة المستشفى تفرض عليه أداء مهمته وفق الأوامر المعهودة إليه، ذلك أن تدخلاته الطبية تدخل ضمن تنفيذ لأوامر إدارية محددة وفقاً للنظام الإداري أو اللائحي من جهة ومن جهة أخرى أن المريض المعالج ليس له حق في إبرام عقد ثاني مع الطبيب الذي عاجله، ذلك لأنه ليس على علم بالطبيب الذي سيعالجه، فضلاً على أنه تعاقد مع إدارة المستشفى التي تتحمل التزاماتها كاملة تجاه المريض¹، ففي هذه الحالة يتحمل المستشفى الأخطاء الناتجة عن عمل الطبيب بصفته مسؤولية التابع عن عمل المتبوع.

• **خطأ الطبيب في المستشفى الخاص** : لقد نظم لمشروع الجزائري علاقة الطبيب بالمستشفيات الخاصة في احكام قانون الصحة وترقيتها وذلك في الباب السادس في المواد من 208 الى 213 تحت عنوان "مستخدمو الصحة"، بالإضافة الى ما جاء في مدونة أخلاقيات مهنة الطب تحت عنوان "قواعد خاصة ببعض طرق الممارسة" في المواد من 77 الى 89، وعليه فإن إي خطأ طبي صادر من الطبيب أثناء قيامه بالعمل الجراحي يوجب مسؤوليته تجاه المريض باعتباره ملزم ببذل العناية والرعاية اللازمة لشفاء المريض أو التزامه بتحقيق نتيجة.

الفرع الثاني : معيار تقدير الخطأ الطبي :

إن الخطأ الطبي الذي يرتكبه الطبيب يعتبر انحراف في سلوكه وتجاوز للالتزامات المرتبة على أداء مهنته وبطبيعة الحال فإن الأخطاء المرتكبة تحكمها معايير تضبط تصرفات الطبيب وتقيس درجة الخطأ الطبي وفي هذا الصدد يوجد معيارين؛ شخصي وموضوعي :

• **المعيار الشخصي** : ويتحدد هذا المعيار في نطاق شخص الطبيب وظروفه الخاصة ومدى امكانياته الذاتية ودرجة حرصه. وأصحاب هذا المعيار يرون أن سلوك الإنسان يقاس على مدى تصرفاته العادية في مدى تجنب الفعل الضار إذا وجد في الظروف المحيطة نفسها حيث يثبت سلوكه بالخطأ إذا ثبت انه كان في إمكانه تجنب حدوث الضرر ولم يفعل². ففي هذه الحالة ينظر الى سلوك الطبيب نفسه بصفته الجاني وما كان بوسعه فعله في الظروف التي أحاطت به عند ارتكاب الخطأ واكتشاف حقيقة خطاه يتوجب دراسة سلوكه. إلا أن اعتماد هذا المعيار يؤدي الى صعوبة تطبيقه على ارض الواقع وسبب ذلك أن الوصول الى الحقيقة يستلزم مراقبة تحركات الطبيب وتبين تصرفاته، وهو الأمر الذي يصعب على القضاء الوصول إليه، وبالإضافة الى ذلك فإن هذا التقدير الشخصي من شأنه أن يجعل من الخطأ فكرة شخصية بحتة حيث يمكن إسناد الخطأ الى الطبيب في حين لا يمكن إسناده الى آخر بالرغم من أن كلا الطبيين قد سلكا نفس المسلك³.

ومن اجل تجاوز الانتقادات الموجهة للمعيار الشخصي تم اعتماد معيار آخر من طرف الفقه متمثل في المعيار الموضوعي مبني على المعطيات الموضوعية في تقدير خطأ الطبيب.

¹ - مراد بن صغير، البعد التعاقدى في العلاقات الطبية "دراسة مقارنة"، مجلة البحوث والدراسات العلمية، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، تاريخ المناقشة 2007/11/01، ص 27.

² - عبد الله بن سالم الغامدي، مسؤولية الطبيب المهنية، ط 1، دار الأندلس، السعودية، 1997، ص 129.

³ - محمد رايس، المرجع نفسه، ص 157.

• المعيار الموضوعي : يعتمد هذا المعيار على تقدير سلوك الخطأ الصادر من الطبيب ومجردا من كل ظروفه الشخصية ويقاس على سلوك الرجل العادي. ومعيار الخطأ هو المعيار الموضوعي الذي يقيس الفعل على أساس معين لا يختلف من حالة الى أخرى وسلوك الشخص المعتاد أي أن القاضي في سبيل تقدير خطأ طبيب في علاج مريض يقيس على سلوك طبيب آخر من نفس المستوى طبيا عاما أم طبيا خاصا، أو حتى أستاذا مختصا في الطب. وهذا فان المعيار الذي يقاس به خطأ الطبيب هو المعيار المجرد الذي لا يعتمد على الظروف الشخصية الخاصة بالطبيب كظروف السن والجني والحالة الصحية أو الاجتماعية¹.

المطلب الثاني : درجات الخطأ الطبي المرتكب من قبل الطبيب :

يقسم الخطأ غير العمدي في القانون الى عدة تقسيمات ومنه سنتطرق الى تقسيم درجات الخطأ الطبي الى ثلاث أقسام وهي الخطأ المادي والفني، والخطأ اليسير والعسير، وأخيرا الخطأ الجنائي والمدني وسيتم التفصيل فيها في الفروع الموالية :

الفرع الأول : الخطأ المادي والخطأ الفني :

يعتبر الخطأ المادي عبارة عن إخلال بالتزام مفروض على الشخص ويتطلب فيه بذل العناية اللازمة عند قيامه بسلوك معين لتجنب أي خطأ قد يرتكبه ويؤدي بالضرورة الى نتيجة غير مشروعة، ذلك أن مرتكب الفعل قد اخل بالقواعد المفروضة عليه والتي تنص على إتباع الحيلة والحذر في القيام بسلوك معين. والخطأ المادي في المجال الطبي هو كل خطأ ارتكبه الطبيب كلما فاته واجب الحرص المفروض على الكافة بعدم الإقرار بالغير ومن أمثلته قيام الطبيب بعملية جراحية في حالة غير طبيعية كالسكر، أو استخدام أدوات جراحية غير معقمة².

في حين أن الخطأ الفني أو المهني هو الخطأ الذي يرتكبه الشخص ويكون مخالفا لأصول المهنة والتعاليم التي تنص عليها في قوانينها ومراسيمها التنظيمية التي تفرضها قواعد المهنة. وبالحديث عن الخطأ الفني في المجال الطبي يعتبر الخطأ الذي يرتكبه الطبيب عند مخالفته للقواعد الفنية التي توجبها عليه مهنة الطب والتي يجب عليه مراعاتها والإلمام بها كإهمال الطبيب الجراح أصول مهنة الجراحة والتي يفترض فيه إتباعها والإلمام بها بحكم وظيفته وكذا اتباع أصول الفن في استخدام الأدوات الجراحية³.

الفرع الثاني : الخطأ اليسير والخطأ الجسيم :

الخطأ اليسير هو الخطأ البسيط الذي الذي يرتكبه الشخص المعتاد نتيجة مخالفته البسيطة لقواعد الحرص والعناية المطلوبين في تنفيذ الأعمال والتصرفات ولا تترتب عليه أي نتائج جسيمة، في حين أن الخطأ الجسيم عبارة عن خطأ ينم عن خطأ جسيم ينم عن جهل فادح بأصول المهنة والفن ونتيجة الإهمال الشديد لواجبات المهنة أو الحرفة.

¹ - انظر: محمد رايس، المرجع نفسه، ص 160.

² - إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص 26، 2007.

³ - إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، المرجع نفسه، ص 29.

وقد اشترط بعض الفقه جسام الخطأ حتى تقوم المسؤولية الجنائية في حين ذهب رأي آخر من الفقه الى القول بان كل درجات الخطأ سواء كان يسيرا أو جسيما سؤددى لقيام المسؤولية الجنائية وهو الري السائد في الفقه، وقد انتهى الرأي الراجح في الفقه الى تبني وجهة النظر التي تقضي بمسائلة الطبيب عن كل خطأ يرتكبه أثناء ممارسة عمله الطبي سواء كان عادي أو مهني، يسير أو جسيم¹.

الفرع الثالث : الخطأ الجنائي والخطأ المدني :

الخطأ الجنائي هو عبارة عن إخلال بواجب نصت عليه النصوص القانونية العقابية بنصوص خاصة منها قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية، أما الخطأ المدني هو عبارة عن إخلال بواجب نص عليه القانون حتى ولو لم يتم تكليف هذه الالتزامات بنص القانون. وهناك من اعتمد التفرقة بين الخطأين المدني والجنائي عللا أساس التمييز بين الخطأ اليسير والعسير، باعتبار أن الخطأ اليسير يصلح لترتب المسؤولية المدنية ولكنه لا يصلح لترتيب المسؤولية الجزائية والتي تتطلب خطأ جسيم التي تتطلب خطأ أكثر جسامة والرأي الراجح في الفقه هو تقرير وحدة الخطأ في القانونين المدني والجزائي بالإضافة لعدم اختلاف عناصره ودرجاته في القانونين².

المبحث الثاني : تقسيمات الخطأ الطبي في الأعمال الجراحية :

تقوم مسؤولية الطبيب الجراح وكذا فريقه الطبي عن جميع الأخطاء الطبية المرتكبة أثناء العمل الجراحي وأثناء أداء مهامهم عند تبين أي خطأ صادر من قبلهم، وسنحاول في هذا المبحث إبراز عناصر الخطأ الطبي المتمثلة في مخالفة الأصول المهنية والإخلال بواجب الحيطة والحذر (المطلب الأول)، وتحديد أهم الصور التي ينطوي الخطأ الطبي من إهمال ورعونة، وعدم الاحتراز وعدم مراعاة القوانين والأنظمة (المطلب الثاني)

المطلب الأول : عناصر الخطأ الطبي :

يقوم الخطأ الطبي على عنصرين أساسيين هما مخالفة الأصول المهنية والإخلال بواجب الحيطة والحذر سنيينهما فيما يلي :

الفرع الأول : مخالفة الأصول المهنية :

تقوم الجراحة الطبية على العديد من الأصول العلمية والتي اقرها ذوي الخبرة من علماء ومختصين في المجال الطبي وينبغي على الأطباء وفريقهم الطبي وكذا الجراحين سلوكها والالتزام بها والتقيد بها أثناء قيامهم بمهامهم، وقد عرفت بعض المصادر الطبية أصول المهنة بأنها "الأصول الثابتة، والقواعد المتعارف عليها علميا ونظريا بين الأطباء والتي يجب أن يلم بها كل طبيب، وقت قيمه بالعمل الطبي". وتنقسم الأصول الطبية الى نوعين؛ أصول علمية ثابتة وأصول علمية مستجدة وهي على التوالي³ :

¹ - فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات "القسم العام"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص 373، 2003.

² - فتوح عبد الله الشاذلي، المرجع نفسه، ص 475.

³ - محمد بن محمد المختار الشنقيطي، احكام الجراحة الطبية، والآثار المترتبة عليها، ط 2، مكتبة الصحابة، جدة، 1994، ص 473.

• أصول علمية ثابتة : هي الأصول التي اقرها علماء الطب قديما وحديثا في فروع الطب ومجالاته المختلفة ومن أمثلتها المواد العلمية المقررة في الجامعات والمعاهد الطبية، فهذه المواد تعتبر علوم اقرها أهل الاختصاص والمعرفة فتطبيقها والسير على طريقها يعتبر إتباعها للأصول العلمية بشرط اعتبارها طبيا الى حين تنفيذها.

• أصول علمية مستجدة : وهي الأصول الجديدة التي تظهر بشكل يومي من خلال الاكتشافات الجديدة أو نظريات العلاج الجديدة، وحتى نطلق عليها أصول علمية مستجدة يجب توفر شرطين :
- أن تصدر العلوم من جهة علمية معتبرة.
- أن يشهد لها أهل الخبرة بالصلاح للتطبيق والممارسة.

أما من وجهة نظر القانون تعتبر الأصول في مهنة الطب مجموعة القواعد الأساسية المتعارف عليها طبيا حيث لا تعد محل للمجادلة والنقاش بين الأطباء، فما يعد اليوم تطور حديث قد يعتبر بعد مرور فترة من الزمن حدث بسيط أو ربما خطأ والجدير بالذكر انه من الضروري توفر مجموعة من الشروط من كل أسلوب أو نظرية طبية حديثة، منها الإعلان عن احد أساليب أو طرق العلاج من طرف جهات علمية معترف بها وذلك بعد إجراء العديد من التجارب وتسجيل الملاحظات وبعد التأكد من جودتها وكفاءتها.

الفرع الثاني: الإخلال بواجب الحيطة والحذر

يعتبر الإخلال بواجب الحيطة والحذر ثاني عنصر من عناصر الخطأ الطبي بعد مخالفة الأصول المهنية في ممارسة العمل الطبي، ويعتبر عنصر أساسي لنشوء الخطأ الطبي الناتج عن مخالفات المقتضيات التي تتطلبها مهنة الطب والتي تمليها التشريعات واللوائح الطبية التي درج واستقر عليها أهل العلم والخبرة في المجال الطبي. وإخلال الطبيب أو الفريق الجراح بواجبات الحيطة والحذر هو خروج ومخالفة المقتضيات والسلوكيات التي تفرضها أخلاقيات مهنة الطب ومنه يسأل الطبيب مسؤولية جنائية نتيجة مخالفة والإخلال بواجبات الحيطة والحذر.

وفي هذا الصدد أصدرت محكمة النقض الفرنسية في 20 ماي 1936 حكم وقررت بمقتضاه أن الطبيب في عقد العلاج مع كونه لا يلتزم بشفاء المريض إلا انه يلتزم بان يبذل العناية الكافية والجهود الصادقة لبذل العناية الكافية في علاج المريض مع مراعاته للمقتضيات التي تفرضها مهنة الطب فيما عدا الظروف الاستثنائية ويعتبر إي إخلال غير عمدي بهذا الالتزام التعاقدية تترتب عليه مسؤولية عقدية. وحيث انه يمكن حصر أشكال هذا الخطأ الطبي في الشروط التالية :¹

- عدم القيام بتنفيذ الالتزام الطبي، كامتناع الطبيب عن إجراء عملية جراحية.
- التأخر في تنفيذ الالتزام الطبي كالتأخر في تنفيذ عملية الزائدة الدودية مما يؤدي الى انفجارها وحصول مضاعفات مرضية، أو التأخر في إجراء عملية ولادة وحصول وفاة للجنين نتيجة تأخر الطبيب في إجراء الجراحة.
- التنفيذ المعيب للالتزام الطبي وذلك عندما يقوم الطبيب بتنفيذ ما التزم به طبيا للمريض، ولكن حصل عيب ونقص بعد العمل الطبي كقيام الطبيب بإجراء جراحة للمريض ونسيان شاش في بطنه.
- التنفيذ الجزئي للالتزام الطبي وذلك إذا لم ينجز الطبيب التزامه الكلي وذلك كعدم الإشراف على حالة إفاقة المريض بعد العملية الجراحية.

¹ - منصور عمر المعاينة، المرجع نفسه، ص 46-47.

المطلب الثاني: صور الخطأ الطبي في العمل الجراحي:

سنتطرق في هذا المطلب الى أهم صور الخطأ الطبي التي يرتكبها الطبيب الممارس لمهنة الطب أو الفريق الجراحي، ونحد أن هذه الصور قد أوردها المشرع الجزائري حصرا في قانون العقوبات في المادة 288 منه والتي قضت بأنه " كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعونته أو عدم احتياطه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته للأنظمة ... " واكتفى بذر البعض منها في نص المادة 289 بقوله " إذا نتج عن الرعونة، أو عن عدم الاحتياط إصابة أو جرح أو مرض ...".

ويستفاد من ذلك أن صور الخطأ الطبي قد وردت على سبيل الحصر والتخصيص غير ان العبارات المستعملة تتسع في مجملها لتشمل كل خطأ أيا كانت صورته أو درجته، وسيتم التطرق الى هذه الصور في الفروع الموالية:

الفرع الأول: الإهمال والرعونة في ارتكاب الخطأ الطبي:

سيتم في هذا الفرع التطرق الى صورتين من صور الخطأ الطبي وهي على التوالي:

● **الإهمال الطبي:** هو سلوك سلبي لنشاط ايجابي - غاب عنه احتياط كان اتخاذه يوجبه الحذر على كل من كان في مثل ظروفه لتلافيه والحيلولة دون حدوث النتيجة الإجرامية، ومثاله: ترك طفل بجوار موقد مشتعل فيسقط عليه الماء الساخن ويقتله، أو طبيب يجري جراحة بسلاح غير معقم نتج عنه إصابة المريض بمرض التهاب الكبد الفيروسي أو إجراء عملية جراحية قبل إجراء الكشف الطبي وعمل التحاليل الطبية اللازمة. ويقصد به حصول الخطأ بطريق سلبي نتيجة لترك واجب أو الامتناع عن عمل ما¹.

ويرتكز الإهمال الطبي على مجموعة من الأركان وهي:

- وجود واجب مهني للطبيب تجاه مريضه من خلال علاقة مهنية بين الطرفين.
- وجود خرق لهذا الواجب المهني من قبل الطبيب كعدم الالتزام بواجبات المهنة مثل الحيطة واليقظة والضرورة والمهارة والرعاية المطلوبة.

- حصول ضرر جسدي أو مادي أو معنوي للمريض من جراء خرق هذا الواجب المهني

● **الرعونة في الخطأ الطبي:** وهي سوء التقدير أو نقص المهارة أو الجهل الفاضح بما يجب معرفته بأصول المهنة ومثاله: أن يخطأ طبيب عظام في قراءة صور الأشعة فيظن الإصابة كسر الاشتهاب تباعد الأجزاء فيقوم بالعلاج على هذا الأساس. وتشير الرعونة الى الطيش والخفة كما تتمثل في إقدام الشخص على عمل غير مقدر لخطورته وغير مدرك ما يحتمل أن يترتب عليه من آثار وهي مقتصرة على أهل الاختصاص، ويقصد بها سوء التقدير أو نقص الحنق والمهارة في أمور فنية أو متخصصة كإجراء الطبيب عملية جراحية دون مراعاة الأصول العلمية الثابتة².

الفرع الثاني: عدم الاحتراز وعدم مراعاة القوانين والأنظمة في الأخطاء الطبية:

ستتم دراسة عدم الاحتراز وكذا عدم مراعاة القوانين والأنظمة في هذا الفرع في النقاط الموالية:

● **عدم الاحتراز في الخطأ الطبي:** هو إقدام شخص على أمر كان يجب عليه الامتناع عنه توقعاً للأخطار و مضى في العمل دون اتخاذ الوسائل و الاحتياطات الكفيلة بدفعها ومنع تخفيفها وهو يتساوى مع الإهمال بالإخلال

¹ - معوض عبد التواب، الوسيط في شرح جرائم القتل والإصابة الخطأ، ط 8، دار المعارف، الاسكندرية، 1995، ص 39.

² - فتوح عبد الله الشاذلي، المرجع نفسه، ص 473.

بواجبات الحيطة المستمدة لخبرة الإنسانية العامة. ومباشرة العلاج تفرض على الطبيب اتخاذ الاحتياطات اللازمة والتحلي بالحيطة والحذر خاصة في العمل الجراحي ومنها التوثق إذا كان المريض على الريق من عدمه، وإغفال هذا الواجب من شأنه أن يعرض المريض لخطر الوفاة خنقا نتيجة لقيء فضلات الطعام تحت تأثير البنج¹.

• عدم مراعاة القوانين والقرارات والنواتج والأنظمة: ويتمثل في الامتناع عن أمر يجب القيام به، أو الإقدام على سلوك محظور يجب الامتناع عنه وهو ما يسمى بالخطأ الخاص ولا يغني توافرها عن توافر سائر أركان جريمة القتل، غير العمدي وأهمها توافر علاقة السببية بين فعلا، المتهم و وفاة المجرم، عليه. وأن اعتبار مخالفة القوانين واللوائح خطأ في جرمي القتل والإصابة الخطأ مشروط: بأن يكون المخالفة هي بذاتها سبب الحادث. أي أن المقصود بها عدم مطابقة تصرفات الطبيب للنصوص القانونية والأنظمة واللوائح والقرارات المختلفة الأمر الذي أدى إلى إلحاق الضرر بالغير.

وذكر لفظ القوانين والقرارات واللوائح والأنظمة للإحاطة بجميع النصوص التي توضع لإقرار الأمن والنظام لكفالة الصحة العامة سواء كانت قوانين أو لوائح وسواء كانت موجودة في قانون العقوبات أو غيرها من القوانين وبالإضافة إلى ما يصدر عن الإدارة من قرارات ملزمة باعتذارها سلطة عامة².

الخلاصة:

لقد حاولنا من خلال دراسة هذه الورقة البحثية الإجابة على الإشكالية المطروحة فيها من خلال تحديد المقصود بالخطأ الطبي في مجال العمل الجراحي والذي يرتكبه الطبيب الممارس لمهنة الطب أو فريقه الجراحي باعتباره أساس لقيام المسؤولية المدنية للطبيب المخالف للأصول الفنية لمهنة الطب سواء في القطاع العام أو الخاص، وتختلف درجات هذا الخطأ فقد أقرتها النصوص القانونية من خطأ مادي وفني إلى يسير وجسيم وصولا إلى أقصى درجاته وهي الخطأ المدني والجنائي. كما تبين لنا أن أخطاء الطبيب الممارس لمهنة الطب تنقسم على عناصر وصور؛ وتتمثل أهم عناصره في مخالفة الأصول المهنية والإخلال بواجب الحيطة والحذر، فضلا عن أهم صور هذا الخطأ التي وردت حصرا في النصوص العقابية بالقانون الجزائي وهي الإهمال والرعونة، عدم الاحتراز و عدم مراعاة القوانين والأنظمة.

ومن خلال دراستنا لموضوع الخطأ الطبي في العمل الجراحي توصلنا إلى عدة نتائج نوردتها فيما يلي:

- إغفال المشرع الجزائري لتعريف الخطأ الطبي في مجال ممارسة العمل الجراحي، الأمر الذي استدعى اجتهاد الفقهاء في وضع العديد من التعريفات التي تختلف باختلاف نظرتهم إلى مفهوم ومضمون هذا الخطأ.
- ارتكاب الطبيب وفريقه الجراحي للخطأ الطبي يختلف باختلاف درجاته ويوجب المسؤولية المدنية والجزائية له، كما وردت صور الخطأ الطبي في القانون على سبيل الحصر لتفادي أي لبس عند حدوث مخالفة من الطبيب الممارس في الميدان.

وليتم الحفاظ على حقوق المريض وكفالة الحماية القانونية اللازمة له جراء تعرضه ووقوعه ضحية للأخطاء الطبية ارتأينا من خلال هذه الدراسة وضع توصيات وهي كما يلي:

¹ - نبيلة نسيب، الخطأ الطبي في القانون الجزائري والمقارن، رسالة ماجستير، فرع القيود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2001، ص 20

² - فتوح عبد الله الشاذلي، المرجع نفسه، ص 473.

- إيجاد تعريف دقيق للخطأ الطبي والمقصود به في التشريعات العقابية وتحديد الأخطاء الموجبة للمسؤولية دون الرجوع للنصوص القانونية الأخرى مراعاة لخصوصية مهنة الطب، وتفعيل النصوص القانونية وإيراد أحكام جزائية صارمة لردع المتسببين في الأخطاء الطبية.
 - وضع حلقات نقاشية وندوات حول موضوع الخطأ الطبي وإدراجه كمقياس معتمد لدى الجامعات ومراكز البحث نظرا لأهمية هذا الموضوع وانتشار جرائمه بشكل كبير خاصة مع التطور العلمي والغرض من ذلك هو موازنة هذا الموضوع ومواكبته للتطورات الحاصلة في المجال الطبي.
- ❖ قائمة المراجع :

أولا : النصوص القانونية :

• القوانين :

- قانون رقم 08-13 مؤرخ في 17 رجب عام 1429 الموافق 20 يوليو سنة 2008، يعدل ويتم القانون رقم 85-05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 الموافق 16 فبراير سنة 1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج ر عدد 44 الصادرة في 2008/08/03.
- الأوامر :
- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المعدل والمتمم لقانون العقوبات رقم 06-23 المؤرخ في 2006/12/02، ج ر عدد 84 لسنة 2006، والقانون رقم 09-01 المؤرخ في 2009/09/25، ج ر عدد 15 المؤرخ في 08 مارس 2009، والقانون رقم 14-01 المؤرخ في 2014/02/04، ج ر عدد 07 المؤرخة في 2014/02/16.
- الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78 المؤرخة في 1975/09/30 المعدل والمتمم بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20 جويلية 2005.

ثانيا : المراجع

• الكتب :

- إبراهيم علي حمادي الحلبوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
- فتوح عبد الله الشاذلي، شرح قانون العقوبات "القسم العام"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص 373، 2003.
- عبد الله بن سالم الغامدي، مسؤولية الطبيب المهنية، ط 1، دار الأندلس، السعودية، 1997.
- علي فيلاي، الالتزامات " العمل المستحق للتعويض"، ط 2، موفم للنشر، الجزائر، 2006.
- معوض عبد التواب، الوسيط في شرح جرائم القتل والإصابة الخطأ، ط 8، دار المعارف،
- محمد بن محمد المختار الشنقيطي، أحكام الجراحة الطبية، والآثار المترتبة عليها، ط 2، مكتبة الصحابة، جدة، 1994.
- محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007. الإسكندرية، 1995.
- منصور عمر المعاينة، المسؤولية الجنائية في الأخطاء الطبية، ط 1، الرياض، 2004.

• رسائل الماجستير :

- محمد رمضان العرعير، مسؤولية الطبيب الجنائية في العمليات الجراحية "دراسة فقهية مقارنة"، رسالة ماجستير في القانون المقارن، الجامعة الإسلامية- غزة، كلية الشريعة والقانون، السنة الجامعية 2014/2013.
- نبيلة نسيب، الخطأ الطبي في القانون الجزائري والمقارن، رسالة ماجستير، فرع القيود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2001.

• المجلات :

- مراد بن صغير، البعد التعاقدى في العلاقات الطبية "دراسة مقارنة"، مجلة البحوث والدراسات العلمية، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، تاريخ المناقشة 2007/11/01.

منازعة صحة عملية التصويت في الانتخابات المحلية في الجزائر



**عبايدية سارة : باحثة بصف الدكتوراه
تخصص قانون عام كلية الحقوق والعلوم
السياسية جامعة تبسة - الجزائر**

مقدمة :

تسعى كافة الدول الديمقراطية المعاصرة التي اتخذت من الانتخاب وسيلة لإسناد السلطة وصنع القرار، توفير مجموعة من الضمانات القانونية التي تكفل للانتخابات حريتها ونزاهتها وقد قسمت هذه الضمانات بين آلية الرقابة الإدارية المخولة الى الادارة الانتخابية وآلية الرقابة القضائية التي تتخذ صورتين الاشراف القضائي والطعون الانتخابية، فنظرا لأهمية التصويت كمرحلة تمر بها العملية الانتخابية باعتبار أن مجموع الأصوات التي أدلى بها المواطنون سوف تقرر مصيرهم حول الممثل الذي تم انتخابه للوصول الى السلطة فمما لا شك فيه أنه بعد الاعلان عن النتائج سوف تظهر هناك تجاوزات عن مدى صحة الأصوات المنتخبة حيث أنه في معظم العمليات الانتخابية يتم تزوير النتائج بعد توزيع المقاعد الأولية من أجل تدعيم طرف على طرف للوصول الى السلطة، ليعتبره البعض فساد انتخابي يعيق اتمام سير العملية الانتخابية في أي مرحلة كانت عليها مما يقتضي بنا اللجوء الى آلية الطعن للفصل في مصداقية النتائج التي دوت في المحاضر بعد الفرز والاعلان

دوافع البحث في الموضوع: بالرغم من توفير الضمانات القانونية لسير العملية الانتخابية الا أن وجود المنازعة الانتخابية¹ أمر عادي مما يقتضي بنا البحث عن الجهة القضائية المختصة بالفصل نظرا لخصوصيتها وكذا التطرق الى

^{1/} أ د عمار بوضياف، المنازعات الانتخابية في القانون الجزائري القانون العضوي رقم 01/12، مجلة النظام الانتخابي في بلدان المغرب العربي وضمائنه، موريتانيا، 2017، ص200.

النظام القانوني الجديد الصادر بموجب القانون العضوي لسنة 2016 ومدى نجاح المشرع في ادراك الفراغات القانونية السابقة.

ومن هذا المنطلق نصل الى طرح الاشكالية التالية: كيف نظم المشرع الجزائري حق الطعن في مرحلة التصويت؟ وماهي الآثار القانونية المترتبة على الطعن أمام الجهات القضائية؟

حدود الدراسة: سيتم تناول القانون العضوي الجديد المتعلق بالانتخابات لسنة 2016 مع الاشارة الى التطور الذي شهدته منازعة مدى صحة التصويت في عملية الانتخابات المحلية والتطرق الى الجهة المختصة بالفصل في النزاع بدا من الأمر 97 الى غاية القانون العضوي 2016.

المنهج المتبع : لقد تم الاعتماد على المنهج الوصفي التحليلي الذي يتماشى وطبيعة الموضوع محل الدراسة قصد التعرف على عملية التصويت في الانتخابات المحلية وتحليل مختلف النصوص القانونية المتعلقة بها .

الخطة : حيث سيتم تناول الموضوع في مبحثين :

المبحث الأول : مفهوم عملية التصويت في الانتخابات المحلية.

المطلب الأول : تعريف عملية التصويت.

المطلب الثاني : أهمية عملية التصويت.

المطلب الثالث : المبادئ التي تحكم عملية التصويت.

المبحث الثاني : دعوى مشروعية عملية التصويت في الانتخابات المحلية.

المطلب الأول : شروط رفع الطعن.

المطلب الثاني : الجهة المختصة بالفصل في الطعن .

خاتمة.

المبحث الأول : مفهوم عملية التصويت :

يعتبر التصويت وسيلة هامة من وسائل المشاركة السياسية اذ يعد أيضا من المراحل الهامة التي تحكم سير العملية الانتخابية ذلك من خلال ادلاء كل ناخب بصوته لاختيار أحد ممثليه وتأييدهم للوصول الى الحكم قصد تحقيق ديمقراطية شاملة وللتعرف على هذه العملية و أهميتها والمبادئ التي تقوم عليها سوف نقوم بتفصيلها في النقاط التالية :

المطلب الأول : تعريف عملية التصويت :

يعرف التصويت: "على أنه آلية يستخدمها المواطنون في كثير من البلدان لاختيار قاداتهم ولاتخاذ القرارات في القضايا الخاصة"، كما يعتبره البعض وسيلة مهمة وأساسية يمكن للأفراد من خلالها التأثير على القرارات الحكومية

ويعتبر أيضا قيام الفرد باختيار أحد المترشحين لتمثيله سواء على المستوى الوطني أو المحلي¹ فهو الطريقة المثلى التي يعبر بها الناخب عن ارادته الحرة في اختيار مرشح معين أو قائمة معينة بالرغم من أهميتها فهي من أقصر المراحل اذ تستغرق يوما واحدا في أغلب الأحيان وهذا ما تطرق اليه المشرع الانتخابي " الاقتراع عملية تبدأ من الساعة 8 صباحا وتختتم في نفس اليوم على الساعة 7 مساء" ويتم تحديد آجال الاقتراع بيوم واحد ويحدد ذلك بموجب مرسوم رئاسي أي استدعاء الهيئة الناخبة² كما تطرقت المواد في نفس السياق على امكانية الترخيص بقرار تقديم افتتاح الاقتراع بمدة 72 ساعة يصدر هذا الترخيص عن الجهة الادارية المختصة والمتمثلة في وزير الداخلية، ولتسهيل عملية التصويت بالنسبة للبلديات التي يتعذر الاقتراع فيها في اليوم نفسه أو لأسباب مادية كالبعد المكاني لمكاتب التصويت يتم نشر قرار تقديم افتتاح الاقتراع في البلديات المعنية قبل 5 أيام من الاقتراع وهذا الاجراء يطبق كاستثناء بالنسبة للفئات والطوائف المعنية وفي حالة وجود ممثلات دبلوماسية وقنصلية يكون القرار الصادر مشتركا ويصدر عن طريق الوزير المكلف بالداخلية والوزير المكلف بالشؤون الخارجية في أجل 120 ساعة ويكون بطلب من الممثلات والقنصليات فالمشرع الانتخابي ترك كفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم³

المطلب الثاني : أهمية عملية التصويت :

تخطى عملية التصويت بأهمية بالغة سواء على المستوى الداخلي أو الخارجي فتكرس حق المواطنين في التصويت لضمان نزاهة الانتخابات والحد من كل أشكال التزوير اذ تكمن أهميته في :

- التصويت وسيلة ضغط وضبط يارسها المواطنين على القادة والحكام قصد الدفع بهم الى محاولة تكييف سياساتهم حتى يتمكن من جمع أصوات أكثر⁴.

- التصويت آلية قانونية لا تقتصر فقط على تحديد و اختيار الحكام وانما يتعدى الى المشاركة في رسم السياسة العامة بطريقة تكون اما مباشرة أو غير مباشرة.

- التصويت يمثل أحد المبادئ التي تقوم عليها الديمقراطية الفعلية وذلك من خلال تجسيد سلوك المواطن التصويتي⁵.

- يمثل التصويت المرحلة التي يشارك فيها المواطن لاختيار ممثليهم لأنها مرحلة تجسيد مبدأ المشاركة الذي بدوره يعتبر ركنا أساسيا في بناء الديمقراطية أي الاشتراك في صنع القرار⁶ ما يمكن استنتاجه أن عملية التصويت تعنى بأهمية

¹ -سالمة ليمام،الانتخابات وعملية التحول الديمقراطي في الخبرة العربية المعاصرة(مدخل مفاهيمي لدراسة الأنماط الانتخابية والاتجاهات السياسية)،دار الراية للنشر والتوزيع،عمان الأردن،2012 ص 32.

² /أنظر المواد 25/32 من القانون العضوي رقم 16-10 المؤرخ في 25 غشت 2016 المتعلق بنظام الانتخابات،جريدة رسمية عدد 50

³ /-أنظر المادة 33 من القانون العضوي رقم 16-10 المتعلق بنظام الانتخابات،السابق ذكره

⁴ /عادل معتوق،النظام القانوني الجديد لانتخابات المجالس الشعبية المحلية في الجزائر،مذكرة ماجستير تخصص قانون عام فرع الادارة العامة القانون وتسيير الاقليم،كلية الحقوق،جامعة قسنطينة 2016/2017 ص133

⁵ -سالمة ليمام،المرجع السابق،ص33

⁶ /-ضياء عبد الله عبود الجابر الأسدي،النظرية العامة للجرائم الانتخابية دراسة مقارنة أطروحة دكتوراه تخصص فلسفة في القانون،جامعة بابل العراق،2008 ص218.

بالغة اذ أنها تعد آلية داخلية ترتبط بالمرحلة المعاصرة للعملية الانتخابية¹ وتجسد الديمقراطية التمثيلية عن طريق الأصوات التي يتم الادلاء بها يوم الاقتراع لاختيار الممثلين.

المطلب الثالث : المبادئ التي تحكم عملية التصويت :

تقوم عملية التصويت على مجموعة من المبادئ التي اعتمدت عليها التجارب الانتخابية في معظم دول العالم والجزائر قد أخذت أيضا بهذه المبادئ في نظامها الانتخابي حيث تتمثل هذه المبادئ في:

1/مبدأ السرية في التصويت :

يقصد به ادلاء الناخب بصوته بطريقة لا تكشف عن ارادته فلا يتم التعرف على صوته الا بعد الاعلان عن النتائج أو هي الطريقة التي تضمن للناخب ممارسة حقه في الاقتراع ويعد هذا المبدأ بمثابة ضمانة أكيدة لتحقيق حرية ونزاهة الانتخابات كما أنه الركيزة الأساسية التي يستند عليها وجود الديمقراطية الحقيقية المعاصر وهذا ما اعتمدته الدول في تشريعاتها الانتخابية² وبالرجوع الى التشريع الانتخابي لاسيما التعديل الأخير لسنة 2016 نجد أن المشرع الجزائري قد نص على سرية التصويت "الاقتراع سري"³.

*الضمانات القانونية لتجسيد مبدأ السرية :

-التصويت يكون ضمن أظرفة تقدم الى الجهات الادارية المختصة وتكون هذه الأظرفة غير شفافة وغير مدمغة ووفق نموذج واحد، على أن توضع جميع الأظرفة تحت تصرف الناخبين يوم الاقتراع في مكتب التصويت⁴

-تزويد مكاتب التصويت بمعازل لأنها تضمن سرية العملية التصويتية.

-وضع اجراءات خاصة قبل البدء في الاقتراع والمتمثلة في قفل الصندوق الشفاف الخاص بالتصويت⁵ وكما نعلم أن لكل قاعدة استثناء القاعدة أو الاصل العام أن يكون الاقتراع سريا يقوم به الناخب بحد ذاته لكن المشرع استثنى بذلك الفئات العاجزة عن ادخال الورقة في الظرف ثم في الصندوق وقد أجاز المشرع الاستعانة بشخص يختاره بنفسه⁶.

2/مبدأ الشخصية في التصويت :

"يقصد به قيام الناخب بممارسة عملية التصويت شخصيا وحضوره يوم الاقتراع اجباري للإدلاء بصوته واختيار أحد ممثليه"⁷ كما نجد أساسه القانوني في القانون العضوي رقم 16-10 المتعلق بالانتخابات "أن عملية التصويت تتم شخصيا" وقد جسد المشرع الانتخابي هذا المبدأ عن طريق وجود جملة من الاجراءات المتخذة في هذا المجال :

¹ - هشام حسين الجبوري، الضمانات الدستورية لنزاهة الانتخابات النيابية-دراسة مقارنة،-دار الجامعة الجديدة،الاسكندرية،مصر 2013ص68

² -أنظر هشام حسين الجبوري، المرجع السابق ص 89-90-91.

³ -أنظر المواد 2 و34 من القانون العضوي رقم 16-10 المتعلق بنظام الانتخابات السابق ذكره.

⁴ -للتفصيل أكثر.... أنظر المادة 42 من القانون العضوي رقم 16-10 نفسه.

⁵ -أنظر المادة 44 الفقرة 1 من نفس القانون

⁶ -أنظر المادة 45 من نفس القانون

⁷ /البياز داوود عبد الرزاق، حق المشاركة في الحياة السياسية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2008ص368.

- قيام الناخب شخصيا وعند دخوله قاعة التصويت يقيم بإثبات هويته بتقديم وثيقة رسمية لأعضاء مكتب التصويت ليتمكن بعدها من الحصول على ظرف ونسخة من ورقة التصويت حيث يتوجه بعدها الى المعزل ليقوم بالإجراء¹
- اثبات التصويت بوضع الناخب بصمة السبابة اليسرى بجبر لا يحى ويدون في قائمة التوقيعات الموجودة يتمثل الاستثناء الوارد على مبدأ الشخصية في عدم قيام الناخب بالتصويت ويكون عن طريق الغير وهو ما يعرف بالتصويت بالوكالة².

3/ مبدأ العمومية والمساواة في التصويت :

يعد هذا المبدأ ضمانا لكل مواطن تتوفر فيه كافة الشروط الموضوعية لممارسة الحق في الانتخاب بحرية مطلقة دون أي تمييز أو وجود أية قيود مهما كان نوعه³ كما يعني كفالة حق التصويت للجميع⁴ وهذا المبدأ كباقي المبادئ الأخرى قد نص عليه المشرع في المادة 2 الفقرة 1 من القانون العضوي رقم 16-10 الاقتراع يكون عام بالإضافة الى الدستور قد تطرق الى أن كل المواطنين سواسية أمام القانون دون وجود أي تمييز⁵ لأن الحقوق والحريات ترتبط أساسا بالمساواة ارتباطا وثيقا مما يؤدي بتكافؤ الفرص أمام كل المواطنين للمشاركة في صنع القرارات السياسية داخل الدولة⁶

المبحث الثاني : دعوى مشروعية عملية التصويت في الانتخابات المحلية :

ان معيار نزاهة عملية التصويت يفتح الباب أمام كل من له مصلحة الطعن في مشروعية التصويت كلما كانت هناك تجاوزات وانتهاكات للقواعد المنظمة للعملية الانتخابية وقد أقرت الكثير من الأنظمة السياسية آلية الطعن في مشروعية عملية التصويت في احدى الدوائر الانتخابية وهذا ما سنقوم بتفصيله :

المطلب الأول : شروط رفع الطعن :

- لرفع الطعن أمام الجهة القضائية المختصة بالمنازعة الانتخابية وجب أن يستوفي الطعن كافة شروطه :

1/ حق الطعن : بمعنى من له حق تقديم الطعن الانتخابي ويجب أن تتوفر الطعن على: شرط الصفة والمصلحة والاهلية بمعنى اذا تخلفت أحد الشروط لا ترفع الدعوى باعتبارها أساس قيام المنازعة⁷ وقد خول المشرع الجزائري حق الطعن في صحة عملية التصويت المتعلقة بانتخاب أعضاء المجالس الشعبية البلدية والولائية لكل ناخب وما يمكن ملاحظته هو اعتراف المشرع بحق الطعن لكل ناخب؟ باعتباره طرف في العملية وهل يحق أيضا للأحزاب السياسية والمرشحين الأحرار الطعن في مشروعية التصويت؟

¹/أنظر المادة 44 الفقرة 2 من القانون العضوي رقم 16-10 السابق ذكره.

²/للتفصيل أكثرراجع المواد الخاصة بالتصويت عن طريق الوكالة في القانون العضوي رقم 16-10

³/-عادل معتوق،المذكورة السابقة،ص 135

⁴/مجدي حسن محمد أحمد،العملية الانتخابية،ورقة عمل من موقع مؤسسة دريشايبيرت،الخرطوم مارس 2007 تاريخ الزيارة،27/10/2017،الساعة 21:34

⁵/-أنظر المادة 32 من التعديل الدستوري لسنة 2016 الصادر بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016 جريدة رسمية عدد 14

⁶/بوزيد بن محمود،الضمانات القانونية لانتخاب رئيس الجمهورية في الجزائر، مذكرة ماجستير تخصص قانون دستوري،كلية الحقوق جامعة الحاج لخضر باتنة،2012/2013،ص14

⁷/أنظر المادة 13 من القانون 09/08 المؤرخ في 28 فيفري 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية،جريدة رسمية عدد 21.

* بالنسبة لحق الناخب : لا شك أنه لا يتم قبول الطعن من طرف ناخب لم يصوت أثناء الاقتراع المطعون فيه وهذا يعود الى عدم توفر المصلحة.

* بالنسبة للأحزاب السياسية والمرشحين الأحرار : يحق لهم بصفة بديهية الطعن في مشروعية عملية التصويت¹

2/شكل الطعن : نظرا لخصوصية المنازعة في المادة الانتخابية فان الطعن فيها تحكمه مجموعة من الاجراءات المنصوص عليها كأصل عام في قانون الاجراءات المدنية والادارية.

- النص على كيفية تقديم الطعن والشكل والبيانات الواجب توافرها في عريضة افتتاح الدعوى تحت طائلة عدم قبولها شكلا :

* الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى.

* اسم ولقب المدعي وموطنه.

* اسم ولقب وموطن المدعى عليه.....

* الاشارة الى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي....

* عرض موجز للوقائع والطلبات...

* الاشارة عند الاقتضاء الى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى....²

- وجوب التمثيل بمحامي : الأصل العام أن كل عريضة توقع من طرف محامي باستثناء الهيئات المنصوص عليها في المادة 827 التي تحلينا الى المادة 800 من قانون الاجراءات المدنية والادارية التي تعفي الرباعي الشهير من وجوبية التمثيل بمحامي وهو ما يدفعنا الى التساؤل هل الأطراف في المنازعة الانتخابية معفيون أيضا من التمثيل بمحامي؟

* اذا تمت الاستعانة بمحامي في المادة الانتخابية سوف ننتهك مبدأ المجانية للمنازعة الانتخابية لأنها تهدف دوما الى تحقيق المصلحة العامة وليست الخاصة³.

- الاعفاء من الرسوم القضائية : تطرقت اليها المادة 821 من قانون الاجراءات المدنية والادارية ما لم ينص القانون على خلاف ذلك, لكن نظرا لخصوصية هذه المنازعة نجد أن المادة 187 من القانون العضوي رقم 16-10 تجيبنا بأن الدعوى الانتخابية معفية من كافة الاجراءات والقرارات والسجلات والقرارات المتعلقة بالانتخابات من رسوم الدمغة والتسجيل و كافة المصاريف القضائية.

¹/أنظر اسلال محند،النظام القانوني للمنازعات الانتخابية في الجزائر،مذكرة ماجستير،فرع تحولات الدولة،كلية الحقوق،جامعة مولود معمري،تيزي وزو، 2012ص

247

²/للتفصيل أكثرراجع المادة 15 و816 من القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية السابق ذكره.

³/اسلال محند،المذكرة السابقة،ص 250.

المطلب الثاني: الجهة المختصة بالفصل في الطعن:

مكن المشرع الجزائري بموجب أحكام القانون العضوي 16-10 لكل ناخب الحق في الاعتراض على صحة عمليات التصويت بخصوص الانتخابات المحلية¹ وقد تغيرت الجهة المختصة بالفصل في النزاع بتغيير النظام القانوني فتأرجحت بين اللجنة الولائية والمحكمة الادارية من مرحلة الى أخرى:

1/ الأمر رقم 07/97 المتعلق بنظام الانتخابات:

في ظل هذا الأمر أوكلت مهمة استقبال الاحتجاجات والفصل في الطعون الخاصة بمشروعية التصويت للانتخابات المحلية الى اللجنة الولائية حيث تفصل نهائيا في جميع الاحتجاجات لتصدر قرارها في أجل 10 أيام من تاريخ اخطارها وتقوم بالفصل في الطعون دون مصاريف اجرائية وبناء على اشعار عاد تبلغه الى الأطراف المعنية ولا تقبل قراراتها لأي طعن².

نستنتج مما سبق أن الطعون فيما تعلق بمشروعية التصويت كانت تفصل فيها لجنة ولائية تشكيلتها قضائية³ قضاة يعينهم وزير العدل حافظ الأختام وتجتمع بمقر المجلس القضائي أو محكمة مقر الولاية عند الاقتضاء³ وفي حالة تقسيم الولاية الى دائرتين انتخابيتين أو أكثر تنشأ على مستوى كل دائرة انتخابية لجنة تعنى بنفس الشروط فقواعد سيرها والطابع التنزاعي لها منحها الصبغة القضائية فهي مخرولة كأي جهة قضائية بالفصل في الاحتجاجات والطعون والبت فيها بإجراءات قضائية⁴ بحجة أساسها أن التقاضي مفتوح لأي ناخب يحتج على صحة العملية الانتخابية وهي مقيدة بمواعيد للفصل في النزاع شأنها شأن أي منازعة أخرى.

2/ القانون العضوي رقم 04-01 المتعلق بالانتخابات:

يصدر هذا القانون المعدل للأمر السابق لسنة 97 أصبحت النزاعات المتعلقة بمشروعية التصويت من اختصاص القضاء الاداري حيث تفصل الجهة القضائية في الطعن في أجل اقصاه 5 أيام من تاريخ رفع الدعوى ويكون القرار قابلا للطعن بالنقض⁵ أما مجلس الدولة في أجل 10 أيام من تاريخ التبليغ⁶ وهو تطور لحق المنازعة الانتخابية في الجزائر اذا تم تحديد الجهة الادارية الفاصلة للطعن.

¹ أ- د عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الادارية، القسم الثاني، الجوانب التطبيقية للمنازعة الادارية، جسر للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2013، ص 268

² أنظر المادة 92 من الأمر رقم 07/97 المؤرخ في 6 مارس 1997 المتضمن القانون العضوي المتعلق بالانتخابات جريدة رسمية عدد 12.

³ العوفي ربيع، المنازعات الانتخابية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007-2008، ص 60

⁴ عبد المومن عبد الوهاب، النظام الانتخابي في التجربة الدستورية الجزائرية مقارنة حول المشاركة والمنافسة السياسية في النظام السياسي الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون عام كلية الحقوق جامعة الاخوة منتوري قسنطينة، 2006/2007، ص 135/136.

⁵ سهام عباسي، ضمانات وآليات حماية حق الترشح في المواثيق الدولية والمنظومة التشريعية الجزائرية، مذكرة ماجستير تخصص قانون دستوري، كلية الحقوق جامعة الحاج لخضر باتنة، 2013/2014، ص 152.

⁶ أنظر المادة 18 من القانون العضوي رقم 04-01 المؤرخ في 7 فبراير 2004 المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات جريدة رسمية عدد 9

3/ القانون العضوي رقم 12-01 المتعلق بنظام الانتخابات :

بصدور هذا القانون نجد أن المشرع الجزائري قد جمع بين الطريقتين : الطعن الاداري والطعن القضائي¹ حيث نصت المادة على أن الاعتراض يسجل في مكتب التصويت ويدون الاحتجاج في محضر مكتب التصويت ليحال بعدها الى اللجنة الولائية الانتخابية للفصل فيه خلال أجل 10 أيام وتكون تشكيلة اللجنة تشكيلة قضائية وقد أجاز المشرع الطعن في قرارات اللجنة أمام المحكمة الادارية المختصة اقليميا باعتبارها قرارات ادارية قابلة للطعن أمام الجهات القضائية الادارية المختصة² وما يلاحظ ان المادة جاءت مطلقة حيث أن القرارات تقبل الطعن لأي شكل من الأشكال سواء استئناف أم النقض أمام مجلس الدولة، وفي حالة الفصل بإلغاء أو عدم صحة عملية التصويت يعاد الانتخاب موضوع الطعن في ظرف 45 يوما على الأكثر من تاريخ قرار الفصل.

4/ القانون العضوي رقم 16-10 المتعلق بنظام الانتخابات الجديد :

لقد حافظ المشرع الانتخابي على نفس الاجراءات المتبعة في القانون العضوي لسنة 2012 لكن الاختلاف بين المادتين يكمن في آجال فصل اللجنة الولائية الانتخابية للاحتجاجات المقدمة اليها حيث تفصل في أجل 5 أيام فقط ابتداء من تاريخ اخطارها بالاحتجاج خلافا للقانون السابق الذي حدد مهلة 10 أيام للفصل في الاحتجاج ويتم التبليغ للأطراف فوراً بموجب القانون الجديد. وقد تم تحديد أجل الطعن في قرارات اللجنة ب3 أيام ابتداء من تاريخ تبليغها وذلك أمام المحكمة الادارية المختصة اقليميا وتفصل في أجل 5 أيام بحكم غير قابل لأي شكل من أشكال الطعن سواء عادي أو غير عادي³

خاتمة :

من خلال ما تقدمت به الدراسة نجد أن المشرع الانتخابي قد نظم العملية الانتخابية المعاصرة من خلال فرض الرقابة القضائية على اجراءات التصويت وقد خصصها بإمكانية الطعن في مدى نزاهتها عن طريق التظلم الاداري الموكل الى اللجنة الانتخابية ثم الطعن القضائي المخصص للمحكمة الادارية باعتبار أن المنازعة منازعة محلية يؤول فيها الفصل الى الجهة القضائية الادارية الاقليمية وقد تأرجح الاختصاص القضائي بين مرحلة وأخرى وهذا تطور للمنازعة الانتخابية في الجزائر

فمن بين النتائج المتوصل اليها :

- ان الانتخابات من الحقوق السياسية التي يتمتع بها المواطن اخضاعها الى رقابة قضائية ضرورة لتنظيم سير العملية.
- تغيير الجهة القضائية الفاصلة في الطعن لمدى مشروعية التصويت من تشريع الى آخر
- تقليص آجال الفصل في الطعن بين قانوني 2012 و2016 الهدف منه السرعة لتميز المنازعة الانتخابية بالطابع الاستعجالي.

¹/عادل معتوق، المذكرة السابقة، ص154

²/-أنظر المواد 165 و154 من القانون العضوي رقم 01-12 المؤرخ في 12 يناير 2012 المتضمن نظام الانتخابات، جريدة رسمية عدد 01.

³/أنظر المادة 170 من القانون العضوي 16-10 السابق ذكره.

من خلال هذه النتائج نقترح ما يلي:

-استحداث باب أو فصل في قانون الانتخابات حول أحكام التصويت الخاصة بأعضاء المجالس المحلية.

-تحديد آجال الطعن في المادة الانتخابية بصفة خاصة.

-تحديد أحكام توجيهية للاستئناس بها في التصريح بصحة أوراق التصويت في حالة نشوب نزاع.

❖ قائمة المصادر والمراجع :

• المصادر :

- الأمر رقم 07/97 المؤرخ في 6 مارس 1997 المتضمن القانون العضوي المتعلق بالانتخابات جريدة رسمية عدد 12.

- القانون العضوي رقم 04-01 المؤرخ في 7 فبراير 2004 المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات جريدة رسمية عدد 9

- القانون 09/08 المؤرخ في 28 فيفري 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية, جريدة رسمية عدد 21.

- القانون العضوي رقم 12-01 المؤرخ في 12 يناير 2012 المتضمن نظام الانتخابات, جريدة رسمية عدد 01.

- القانون العضوي رقم 16-10 المؤرخ في 25 غشت 2016 المتعلق بنظام الانتخابات جريدة رسمية عدد 50

-القانون رقم 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمنالتعديل الدستوري لسنة 2016 جريدة رسمية عدد14.

• المراجع :

✓ المؤلفات :

-أ د عمار بوضيف,المرجع في المنازعات الادارية,القسم الثاني,الجوانب التطبيقية للمنازعة الادارية,جسور للنشر والتوزيع,الطبعة الاولى,2013

-الباز داوود عبد الرزاقحق المشاركة في الحياة السياسية,دار الفكر الجامعي الاسكندرية مصر 2008

-أسالة ليمام,الانتخابات وعملية التحول الديمقراطي في الخبرة العربية المعاصرة(مدخل مفاهيمي لدراسة الأنماط الانتخابية والاتجاهات السياسية),دار الراية للنشر والتوزيع,عمان الأردن,2012

- أهشام حسين الجبوربالضمانات الدستورية لنزاهة الانتخابات النيابيةدراسة مقارنةدار الجامعة الجديدة,الاسكندرية,مصر 2013

✓ المذكرات والأطاريح :

- عبد المومن عبد الوهاب، النظام الانتخابي في التجربة الدستورية الجزائرية مقارنة حول المشاركة والمنافسة السياسية في النظام السياسي الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون عام كلية الحقوق جامعة الاخوة منتوري قسنطينة، 2006/2007

- العوفي ربيع، المنازعات الانتخابية، مذكرة ماجستير كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان 2007/2008

- ضياء عبد الله عبود الجابر الأسدي، النظرية العامة للجرائم الانتخابية دراسة مقارنة أطروحة دكتوراه تخصص فلسفة في القانون، جامعة بابل العراق، 2008

- بوزيد بن محمود، الضمانات القانونية لانتخاب رئيس الجمهورية في الجزائر، مذكرة ماجستير تخصص قانون دستوري، كلية الحقوق جامعة الحاج لخضر باتنة، 2012/2013

- اسلال محند النظام القانوني للمنازعات الانتخابية في الجزائر مذكرة ماجستير فرع تحولات الدولة كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو 2012

- سهام عباسي ضمانات وآليات حماية حق الترشح في المواثيق الدولية والمنظومة التشريعية الجزائرية مذكرة ماجستير تخصص قانون دستوري كلية الحقوق جامعة الحاج لخضر باتنة، 2013/2014

- عادل معتوق النظام القانوني الجديد لانتخابات المجالس الشعبية المحلية في الجزائر مذكرة ماجستير تخصص قانون عام فرع الادارة العامة القانون وتسيير الاقليم كلية الحقوق جامعة قسنطينة 2016/2017

✓ المقالات :

- أ د عمار بوضياف، المنازعات الانتخابية في القانون الجزائري القانون العضوي رقم 01/12، مجلة النظام الانتخابي في بلدان المغرب العربي وضمائنه، موريتانيا، 2017

- مجدي حسن محمد أحمد، العملية الانتخابية، ورقة عمل من موقع مؤسسة دريش ايبرتا لخرطوم مارس 2007 تاريخ الزيارة، 2017/10/27، الساعة 21:34

منازعات التسجيل في القوائم الانتخابية على ضوء القانون العضوي 10/16 المتعلق بنظام الانتخابات في الجزائر



**مراحي صبرينة : باحثة بالدركتوراه
سنة ثانية - تخصص قانون عام
جامعة العربي التبسي - الجزائر**

مقدمة :

إن عملية الاقتراع لا يمكن أن تتم إلا إذا سبقتها مجموعة من الإجراءات الممهدة لها وتوصف تلك الإجراءات حسب الأستاذ جورج فيدال بأنها إجراءات ضرورية تمهد للعملية الانتخابية وهي لا تقبل التجزئة ومعنى ذلك انه لا يمكن الفصل بين هذه العملية الانتخابية وتلك الإجراءات الممهدة لها¹.

وتعتبر عملية إعداد القوائم الانتخابية ومراجعتها من أهم الإجراءات التحضيرية للعملية الانتخابية ومن أولى المراحل التي تضمن حماية حقوق الناخبين وسلامة هذه المرحلة سيؤدي بالتأكيد إلى ضمان نزاهة وشفافية شفافية الإجراءات اللاحقة للعملية الانتخابية، وعلى هذا الأساس أولى المشرع الجزائري لهذه المرحلة أهمية كبيرة ووفر ضمانات قانونية وآليات قضائية في حال نشوب منازعة خاصة وأن الإدارة هي المشرفة على إعداد ومراجعة القوائم الانتخابية ومنح للناخب والمواطن حق الطعن في قرارات الإدارة إذا كانت مخالفة للقانون ومن هذا المنطلق نطرح الإشكالية التالية :

¹ - العوفي الربيع، المنازعات الانتخابية، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان 2007، 2008، ص 22

إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في وضع ضوابط وتوفير ضمانات قانونية كفيلة بحماية حقوق الناخب في مرحلة التسجيل بما يضمن نزاهة وشفافية المراحل اللاحقة للعملية الانتخابية؟

وسيتم الإجابة عن هذه الإشكالية من خلال الخطة الآتية :

المبحث الأول : التنظيم القانوني للتسجيل في القوائم الانتخابية.

المبحث الثاني : طرق تسوية منازعات التسجيل في القوائم الانتخابية على ضوء القانون العضوي 10/16 المتعلق بالانتخابات.

المبحث الأول : التنظيم القانوني لشروط وإجراءات التسجيل في القوائم الانتخابية :

لقد باتت الانتخابات في اغلب الدول الديمقراطية تستند وبشكل أساسي على سلامة القيد في الجداول أو القوائم الانتخابية، بل إن معيار نزاهة الانتخابات يعتمد بدرجة كبيرة على مدى دقة هذه الجداول في التعبير عن هيئة الناخبين¹، لأن عدم نزاهة العملية الانتخابية لا يعني فقط التلاعب بالأصوات والتحيز في عملية فرز الأصوات، بل يتوقف على جدية ونزاهة الانتخابات وعلى مدى دقة التنظيم القانوني للإجراءات التمهيدية للعملية الانتخابية² وانطلاقا من أهمية التسجيل في القوائم الانتخابية سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : مفهوم التسجيل في القوائم الانتخابية :

يعد القيد في جداول الانتخابات شرطا لممارسة الحقوق السياسية وليس شرطا لاكتسابها³، وأن تسجيل الناخبين يعد من أهم الضمانات التي يعبر بها الأفراد بالتساوي عند ممارسة حقوقهم السياسية⁴ ونظرا لأهمية القوائم الانتخابية فقد منح المؤسس الدستوري في المادة 193، 194 للجنة الدائمة للهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات مهمة الإشراف على عمليات مراجعة الإدارة للقوائم الانتخابية بما يضمن شفافية هاته المرحلة ولكي لا تنفرد اللجنة الإدارية الانتخابية لوحدها بعملية الإعداد والمراجعة .

ومن هنا يتعين علينا الوقوف على مدلول التسجيل في القوائم الانتخابية والتطرق أيضا إلى المبادئ التي تحكم التسجيل في القوائم الانتخابية.

¹ هشام حسين الجبوري، الضمانات الدستورية لنزاهة الانتخابات النيابية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2013، ص 144.

² د/ فريدة مزباني، الرقابة على العملية الانتخابية، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الخامس، ص 73.

³ د/ منصور محمد محمد الواسعي، حقا الانتخاب والترشيح وضمائنه، دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، 2010/2009، ص 173.

⁴ د/ فريدة مزباني، المقال السابق، ص 72.

الفرع الأول : مدلول التسجيل في القائمة الانتخابية :

توصف القوائم الانتخابية بأنها ذلك الوعاء أو الهيئة أو الجسم الانتخابي les¹ corps électoral ومن هنا تعرف القوائم الانتخابية على أنها "الكشوف التي تحتوي على أسماء من لهم حق التصويت وهي قوائم قاطعة الدلالة يوم الانتخاب على اكتساب صفة الناخب، ولا يجوز إثبات مجاء عكس فيها"²

وتعرف أيضا القائمة الانتخابية على أنها "سجل يحتوي على أسماء كل الذين تتوفر فيهم الشروط المطلوبة قانونا والمتمثلة في بلوغ السن الرشد السياسي المقرر قانونا ب 18 سنة كاملة يوم الاقتراع وكذا التمتع بالأهلية الانتخابية الكاملة"³

ونظرا لأهمية التسجيل في القوائم الانتخابية فقد خصص المشرع الجزائري فصلا كاملا خاص بالتسجيل في القوائم الانتخابية لأن أي ضمانه دائما تبدأ من المرحلة الأولى وقد اعتبر المشرع الجزائري أن التسجيل في القوائم الانتخابية واجب على كل مواطن ومواطنة تتوفر فيهم الشروط المطلوبة قانونا⁴

الفرع الثاني : أهمية التسجيل في القوائم الانتخابية :

إن التسجيل في القوائم الانتخابية يعد شرطا جوهريا لممارسة حق التصويت بحيث لا يمكن لأي مواطن ممارسة هذا الحق ما لم يكن مسجلا في قائمة الناخبين بالبلدية التي بها مقر إقامته⁵، وتظهر أهمية وأثار التسجيل في ما يلي :

- تسهل القوائم الانتخابية من الإجراءات بتحديد مراكز الاقتراع وتوزيع الناخبين عليها بناء على عدد أعضاء الهيئة الناخبة المسجلين، وكذا في حساب الأغلبية العددية وتحديد النسب المئوية للمشاركة في التصويت⁶.

- بيان أسماء الناخبين وتحديد بدقة بفترة كافية قبل يوم الاقتراع حتى لا تضطر اللجنة المشرفة على التصويت إلى التدقيق في مدى استيفاء كل ناخب للشروط المطلوبة للانتخاب.

- تعد القوائم الانتخابية أداة لمقاومة التزوير لأنها تسمح بالتحقق من أن كل مواطن ليس مسجلا إلا في قائمة واحدة ويقوم بالتصويت إلا مرة واحدة.

- يمكن للأحزاب استغلال المعلومات المتعلقة بتسجيل الناخبين لتوجيه حملاتها الانتخابية وأنشطتها التعبوية⁷.

¹ - العوفي الربيع، المذكرة السابقة، ص 22.

² - أحمد محروق، الإشراف القضائي على الانتخابات النيابية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2015/2014، ص 93.

³ - والقائمة الانتخابية معروفة في جل الدول إلا أنها أخذت تسميات مختلفة، فالمشرع الأردني والكويتي والمصري والسعودي والفلسطيني والسوري أطلقوا عليها اسم الجداول، أما المشرع اللبناني فسمها القوائم. انظر العوفي الربيع، المذكرة السابقة، ص 24.

⁴ - أنظر المادة 6 و 7 من القانون العضوي 10/16 المؤرخ في 28 غشت 2016، المتعلق بنظام الانتخابات، الجريدة الرسمية العدد 50.

⁵ - أحمد محروق، المذكرة السابقة، ص 94.

⁶ - أحمد بنيني، الإجراءات المهدة للعملية الانتخابية في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه دولة، جامعة لحاج لخضر باتنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2006، 2005، ص 40.

⁷ - أحمد محروق، المذكرة السابقة، ص 94.

-ومن هنا تظهر أهمية التسجيل في ضمان الحرص على نزاهة الانتخابات ومنع الغش و التزوير ومن أجل أن تكون هذه الانتخابات صادقة التعبير عن آراء المواطنين، وحتى تستحق المساواة بينهم، بحيث لا يصوت البعض مرة واحدة بينما يصوت الآخرون عدة مرات¹.

المطلب الثاني : مبادئ وشروط التسجيل في القوائم الانتخابية :

تعد القوائم الانتخابية لما لها تأثير مباشر في سير العملية الانتخابية الحجر الأساسي في بناء النظام الانتخابي برمته² ولذلك وجدت مجموعة من المبادئ والشروط القانونية الواجب توافرها لضمان سلامة ونزاهة هذه المرحلة وهو ما سيتم التطرق له في هذا المطلب .

الفرع الأول : المبادئ التي تحكم القوائم الانتخابية :

تحرص جل التشريعات الانتخابية على وضع ضوابط لمنع التلاعب من أي جهة إدارية في هذه القوائم بحذف أسماء بعض المستحقين للتسجيل وإضافة أسماء لا تتوفر فيهم الشروط ومن أهم هذه المبادئ³:

أ- مبدأ عمومية ووحدة القوائم : بمعنى أنها صالحة لكل الانتخابات ذات الطابع السياسي، حيث تستخدم في الانتخابات الرئاسية، التشريعية، المحلية والاستفتاءات.

ب - مبدأ دوام القوائم الانتخابية: ويقصد به عدم قابلية القوائم الانتخابية للتعديل إلا في المواعيد التي يجدها القانون وذلك إما بالإضافة أو بالحذف.

ج - مبدأ علانية القوائم الانتخابية : فالقائمة الانتخابية علنية ويمكن الإطلاع عليها⁴.

الفرع الثاني : شروط التسجيل في القوائم الانتخابية :

شروط ممارسة الحق ليس القصد منه تضييق وتقييد التمتع بلحق وممارسته على فئات اجتماعية دون أخرى ، وبالتالي الإخلال بمبدأ العمومية، بل الصد منها بصفة أساسية، هو حسن استعمال حق الانتخاب والمشاركة من خلاله في إدارة الشؤون العامة بطريقة هادفة وواعية ومحقة للغرض منه⁵ :

ولقد حدد المشرع الجزائري جملة من الشروط وتتمثل هذه الشروط أساسا في :

¹-ونحن في الجزائر ندرك أكثر من غيرنا أهمية هذه المسألة، حيث من المعروف أن انتخابات 1991/12/26 التي أسفرت عن فوز الجبهة الإسلامية للإنقاذ كانت من بين أسباب الطعن فيها التي استعملت لتبرير انقلاب 11 جانفي 1991 وإيقاف المسار الانتخابي الديمقراطي ودخول البلاد في دوامة من العنف والصراعات مشكلة عدم سلامة القوائم الانتخابية، لتفصيل أكثر راجع د/الأمين شريط، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية المقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2007، الجزائر، 2005، ص 221 .

²- أحمد بنيني، الأطروحة السابقة، ص 40.

³- نفس الأطروحة ، ص 40.

⁴-أحمد محروق، المذكرة السابقة، ص 95.

⁵-الأمين شريط، المرجع السابق، ص 220.

الجنسية: تشترط معظم النظم الانتخابية كأصل عام أن يقتصر حق الانتخاب على المواطنين الذين يتمتعون بجنسية الدولة وحدهم دون الأجانب وهو ما أشارت إليه المادة 3 من القانون العضوي 10/16¹ وعلى غرار التشريعات الأخرى لم يميز المشرع بين الجنسية الأصلية والجنسية المكتسبة².

- السن: تتفق غالبية التشريعات الانتخابية في دول العالم على أن يكون الناخب على درجة معينة من السن بالشكل الذي يؤهله للإدلاء بصوته وبلوغ السن المطلوبة للإدلاء بصوته وبلوغ السن المطلوبة للمشاركة الانتخابية قرينة على نضج المواطن وإدارته الأمور العامة وممارسة حقوقه السياسية وقد حدد المشرع الجزائري السن بثمانية عشرة سنة 18 كاملة يوم الاقتراع طبقا للمادة الثالثة³.

- شرط الإقامة بالبلدية المراد التسجيل بها.

- شرط التمتع بالحقوق المدنية والسياسية: يشترط قانون الانتخاب أن يكون الناخب متمتعاً بحقوقه المدنية والسياسية لممارسة حق الانتخاب وهذا يعني أن تكون له أهلية عقلية وأهلية أدبية⁴.

ولقد أضاف المشرع في المادة 5 طائفة من الأفراد يمنعون من ممارسة حق الانتخاب إذ لا يسجل في القائمة كل من:

- سلك سلوك أثناء الثورة التحريرية مضاد لمصالح الوطن.

- حكم عليه في جناية ولم يرد اعتباره.

- حكم عليه من أجل جنحة بعقوبة الحبس والحرمان من ممارسة حق الانتخاب والترشح للمدة المحددة طبقاً للمادتين 9 مكرر 1 و 14 من قانون العقوبات .

- أشهر إفلاسه ولم يرد اعتباره.

- من تم الحجز عليه أو الحجر عليه.

المبحث الثاني : طرق تسوية منازعات التسجيل في القائمة الانتخابية :

لا يكفي لضمان سلامة وصحة عملية القيد الانتخابي تنظيم شروطه وإجراءاته القانونية فقط بل لابد وفضلا على ذلك الاعتراف بحق الطعن للأفراد في مراجعة القرارات الصادرة خلال هذه العملية متى أثرت بشأنها شبهة عدم المشروعية وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على أن مرحلة القيد في القوائم الانتخابية تدور أساسا حول تحديد المركز القانوني للناخب ومن خلالها يتم تطبيق أحكام قانون الانتخاب بقرارات إدارية تؤثر في هذه المركز سلبا أو إيجابا

¹ شوقي يعيش تمام، الطعون في انتخابات المجالس النيابية في دول المغرب العربي (الجزائر، تونس، المغرب) أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق، 2013/2014 ص 87، 88.

² وهو ما أكدته نص المادة 15 من قانون الجنسية والتي وردت تحت عنوان الآثار الفردية لاكتساب الجنسية: "يتمتع الشخص الذي يكتسب الجنسية الجزائرية بجميع الحقوق المتعلقة بالصفة الجزائرية ابتداء من تاريخ اكتسابها".

³ شوقي يعيش تمام، الأطروحة السابقة، ص 87، 88.

⁴ الأهلية العقلية يحرم من حق الانتخاب المرضى عقليا لعدم التمييز وانعدام المسؤولية، وكذا المصابين بالسفه والغفلة في بعض الأنظمة.

أما الأهلية الأدبية يحرم أيضا الأشخاص الذين شوهدت سمعتهم واعتبارهم لارتكاب جرائم مخلة بالشرف وبالثقة بين الناس. راجع د/الأمين شريط، المرجع

فمحور هذه العملية إذن هو القرارات الإدارية المتخذة من خلالها وبناء على هذه القرارات تثار مسألة الطعن في مدى شرعيتها¹.

ومن هنا ترم تسوية منازعات القوائم الانتخابية بطريقتين أحدهما إداري والآخر قضائي :

المبحث الأول : الطعن الإداري :

تحرص سائر التشريعات الانتخابية والمغربية منها على وجه الخصوص على تمكين الأفراد من مستوى أو درجة أولى لهذا الطعن تحت طائلة ما يعرف بالطعن أو التظلم الإداري الذي يقدم أمام جهة الإدارة.

ولما كان حق الطعن الإداري وسيلة هامة يضعها القانون في يد الأفراد لمواجهة نشاطات وأعمال الإدارة بوجه عام، وتلك المرتبطة بأعمال القيد الانتخابي على وجه الخصوص فإن من مقتضيات البحث تحديد الإطار المفاهيمي².

المطلب الأول : مفهوم الطعن الإداري في القوائم الانتخابية :

لما كان حق الطعن الإداري وسيلة هامة يضعها القانوني في يد الأفراد لمواجهة أعمال ونشاطات الإدارة بوجه عام وتلك المرتبطة بعملية القيد الانتخابي على وجه الخصوص، فإن من مقتضيات البحث في جوهر هذه الوسيلة تحديد إطارها المفاهيمي³، وذلك بدءا بتعريف الطعن الإداري ثم تحديد حالات الاعتراض التي من خلالها يعترض المواطن على قرارات الإدارة، إلى تحديد إجراءات الطعن الإداري وهو ما سنحاول تفصيله في هذا المطلب.

الفرع الأول : مدلول الطعن الإداري (التظلم الإداري) :

التظلم الإداري هو ذلك الطلب الذي يقدمه صاحب الشأن إلى الجهة الإدارية التي أصدرت القرار أو إلى الجهة الرئاسية طالبا تعديله أو سحبه ويطلق بعض الفقه على التظلم الإداري المراجعة الإدارية⁴.

وأيضا عرف التظلم الإداري على أنه عبارة عن طلب يوجه إلى الجهة المختصة قانونا لإشعارها وتنبهها بوجود خلل في تلك القائمة والذي قد يأخذ صورة قيد متكرر لاسم واحد أو إغفال اسم معين، ويهدف هذا الطلب إلى تطهير القائمة أو الجدول الانتخابي من جميع الأخطاء التي يفترض أن لا تشوب القوائم⁵.

الفرع الثاني : حالات الاعتراض أو الطعن الإداري في مرحلة التسجيل في القوائم الانتخابية :

لقد حدد المشرع الجزائري في القانون العضوي للانتخابات الحالات التي يلجأ من خلالها الشخص إلى الجهة الإدارية وذلك في المادتين 18، 19 على التوالي:

¹- شوقي يعيش تمام، الأطروحة السابقة، ص 103.

²- شوقي يعيش تمام، الأطروحة السابقة، ص 104.

³- نفس الأطروحة، ص 104.

⁴- ويعد هذا الشرط من مخلفات نظام الإدارة القضائية أو الوزير القاضي الذي عرفه تطور القضاء الإداري الفرنسي حيث انه قبل 1889 لم يكن بوسع مجلس الدولة قبل هذا التاريخ أن ينظر في الدعوى إلا بعد مراجعة مسبقة ترفع أمام الوزير المختص الذي كان يفصل في الطلب آنذاك بصفته قاضي الدرجة الأولى ولكن بعد 1889 أدان مجلس الدولة هذه النظرية بموجب قرار كادوا 1989/12/13 واعتبر أن الدعوى سترفع بعد ذلك التاريخ مباشرة أمامه دون مراجعة مسبقة أمام الوزير للتفصيل أكثر راجع نادية بونعاس، خصوصية الإجراءات القضائية الإدارية في الجزائر تونس مصر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، جامعة لحاج لخضر باتنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015/014، ص 157.

⁵- العوفي الربيع، المذكرة السابقة، ص 26.

- الحالة الأولى : طلب تسجيل مواطن تم إغفال تسجيله في القائمة الانتخابية رغم توفره على الشروط المطلوبة في الناخب وذلك طبقا لنص المادة 18 من القانون العضوي 10/16، وهذا نظرا لارتباط حق التصويت بمرحلة التسجيل في القائمة الانتخابية.

- الحالة الثانية : طلب شطب شخص مسجل بغير وجه حق كتسجيل شخص متوفى مثلا أو تسجيل شخص مغفل في نفس الدائرة الانتخابية طبقا للمادة 19 من نفس القانون العضوي وبقراءة متأنية لهذه المادة نجد أن المشرع الجزائري وسع من دائرة الأطراف المخول لها حق الطعن الإداري وذلك بغرض إضفاء نوع من الرقابة الشعبية على المرحلة التحضيرية للعملية الانتخابية حتى يكون المواطن مساهم في كل مرحلة ولا يقتصر دوره فقط على الإدلاء بصوته خاصة في ظل تطبيق مبدأ الديمقراطية التشاركية والذي نجده يتسع مجاله كثيرا على مستوى المجالس المحلية ومن باب أولى منح المواطن حق المشاركة السياسية من خلال حقه في الاعتراض، لكي نضمن مشاركة جميع الأطراف الفاعلة من إدارة ومجتمع مدني وأحزاب سياسية والمواطن في إضفاء نوع من الشفافية والنزاهة على العملية الانتخابية.

وتعد تلك الاعتراضات المتعلقة بعدم التسجيل أو الشطب أو التسجيل المتكرر لاسم معين فرصة للجنة الإدارية الانتخابية كي تصحح الأوضاع وما يشوب تلك القوائم من عيوب.¹

المطلب الثاني : الإجراءات المتعلقة بتقديم الطعن الإداري :

تقتضي مرحلة الطعن أو التظلم الإداري تحديد مجموعة من الإجراءات والتي حرص المشرع الجزائري على تحديدها لضمان استيفاء الطعن الإداري لجميع الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون العضوي والتي تبدأ من تحديد الجهة المختصة بالنظر في الطعن، إلى تحديد إجراءات وميعاد تقديم الطعن.

الفرع الأول : الجهة المختصة بالنظر في الطعن الإداري :

طبقا للمادة 15 من قانون الانتخابات فإن اللجنة المكلفة بإعداد القوائم الانتخابية ومراجعتها هي نفس اللجنة المكلفة بتلقي اعتراضات وشكاوى المواطنين وطبقا للمادة 15 من قانون الانتخاب 10/16 " يتم إعداد القوائم الانتخابية ومراجعتها تحت مراقبة لجنة إدارية انتخابية تتكون من:

- قاض يعينه رئيس المجلس القضائي المختص إقليميا، رئيسا.

- رئيس المجلس الشعبي البلدي عضوا .

- الأمين العام للبلدية عضوا

- ناخبين اثنين من البلدية يعينهما رئيس اللجنة عضوين².

¹- العوفي الربيع، المذكرة السابقة، ص 26.

²- وتجدر الإشارة إلى أن توسيع تشكيلة اللجنة مقارنة بما كان عليه الحال في المادة 19 من الأمر رقم 07/97 المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات الملغى كان بموجب المادة 15 من القانون العضوي رقم 01/12 المتعلق بنظام الانتخابات السابق، حيث تم إضافة ناخبين اثنين من البلدية كعضوين مما يدل على أن المشرع أراد إخضاع عملية مراجعة القوائم الانتخابية لرقابة الشعبية والرفع من ثقة الهيئة الناخبة والأحزاب السياسية في مصداقية القوائم الانتخابية، كما تم إضافة الأمين العام للبلدية إلى عضوية اللجنة وفي المقابل حذف ممثل الوالي من عضوية اللجنة الذي كان منصوص عليه في الأمر رقم 07/97 وذلك تماشيا مع الصلاحيات الواسعة التي منحت للأمين العام للبلدية في القانون رقم 10/11 المتعلق بالبلدية. لمزيد من التفصيل راجع عادل معتوق، النظام القانوني الجديد لانتخاب المجالس الشعبية المحلية في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجيستر، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، كلية الحقوق 2016/2017، ص 35 أما بالنسبة للجنة الإدارية على مستوى الدائرة الدبلوماسية لو القنصلية لم تتغير تشكيلتها من الأمر 07 /97 المتعلق بالانتخابات الملغى إلى القانون العضوي الحالي.

وعلى الرغم من التشكيلة المختلطة لهاته اللجنة الإدارية الانتخابية إلا أن المشرع أضاف الصبغة الإدارية على أعمالها واعتبرها قرارات إدارية .
وأيضاً المادة 16¹ يتم إعداد القوائم الانتخابية ومراجعتها في كل دائرة دبلوماسية أو قنصلية تحت مراقبة لجنة إدارية انتخابية تتكون من :

- رئيس الممثلية الدبلوماسية أو رئيس المركز القنصلي يعينه السفير رئيساً .
- ناخبين اثنين مسجلين في القائمة الانتخابية للدائرة أو الدبلوماسية أو القنصلية يعينهما رئيساً للجنة
عضوين .

- موظف قنصلي عضواً .

ولقد عمد المشرع الجزائي تقديم التظلم أمام نفس الجهة المكلفة بإعداد القوائم ومراجعتها وهو ما يسمى بالطعن أو التظلم الولائي والذي نص عليه المشرع أيضاً في قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 وجعله أمر جوازي.
الفرع الثاني : إجراءات تقديم الاعتراض أمام اللجنة :

يجب تقديم الاعتراضات طبقاً للمادة 20 خلال 10 أيام الموالية لتعليق إعلان اختتام العملية لمراجعة القوائم الانتخابية¹، وتقلص وتخفف هذه الأجل إلى 5 أيام في حال المراجعة الاستثنائية.

تبث اللجنة بقرار في أجل أقصاه 3 أيام كاملة طبقاً للفقرة الثالثة من المادة 20 ويتم تبليغ قرار اللجنة الإدارية الانتخابية في ظرف أيام كاملة إلى الأطراف المعنية بكل وسيلة قانونية وفتح وسيلة الإثبات².
يقدم التظلم إلى رئيس اللجنة الإدارية الانتخابية والتي تكلف بإعداد القوائم الانتخابية ومراجعتها في كل بلدية وطبقاً للمادة السابعة من المرسوم التنفيذي رقم 12/17 المؤرخ في 17 يناير 2017 والحدد لقواعد سير اللجنة الإدارية الانتخابية، تقدم الاعتراضات على التسجيل أو الشطب لدى الأمانة الدائمة للجنة الإدارية الانتخابية وتدون في سجلات خاصة يرقمها ويؤشرها رئيس اللجنة ثم تجتمع اللجنة الإدارية الانتخابية للبت في طلبات التسجيل والشطب من القائمة الانتخابية وتبث اللجنة في هذه الاعتراضات وتعد جدولاً تصحيحياً جديداً.

المبحث الثاني : الطعن القضائي في القيد الانتخابي :

إلى جانب الحق المعترف به للأفراد في إثارة الطعن الإداري أمام اللجان الإدارية للقيد الانتخابي ومخاصمة قرارات اللجان الإدارية للقيد الانتخابي مرة أخرى يبقى قائماً ومعترفاً به ولذلك اقتضت سلامة الانتخاب توافر جهاز قضائي يتولى الإشراف على العملية الانتخابية ويراقب حيادية إدارتها ويقف بوجه حالات الغش التي قد يأتيها الناخبون وتأتي أهمية وفعالية هذه الضمانات من خلال استقلال القضاء والذي يستقى سنه من مبدأ دستوري هام وهو مبدأ الفصل بين السلطات.

فالقضاة هم المؤمنون على الحقوق والحريات ونشر العدالة وتطبيق وتطوير القوانين من خلال الحكم بها، وإلزامية تنفيذها الأمر الذي يضمن النزاهة في الانتخابات التي تتم في ظل الرقابة القضائية³.
حيث تخضع التسوية القضائية لضوابط قانونية وهو ما سيتم تفصيله في هذا المبحث .

¹ وطبقاً للمادة 14 من قانون العضوي للانتخابات فإن المراجعة العادية تتم خلال الثلاثي الأخير من كل سنة، أما المراجعة الاستثنائية فتتم بمقتضى مرسوم رئاسي المتضمن استدعاء الهيئة الانتخابية وتتم هاته المراجعة عند كل استحقاق انتخابي، محليات، تشريعات أو في الرئاسيات .

² - أنظر المادة 20 من القانون العضوي 10/16 السابق ذكره.

³ - هشام حسين الجبوري، المرجع السابق، ص 197

المطلب الأول: مفهوم الطعن القضائي:

يعتبر حق التقاضي من الركائز الأساسية التي يقوم عليها النظام القضائي في المجتمع بأسره، بما يهدف إليه من إرساء قواعد العدالة¹.

ولقد اعترفت المادة الثامنة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان: "لكل شخص اللجوء إلى القضاء لإنصافه من أعمال فيها اعتداء على حقوقه الأساسية التي منحها له القانون"²، حيث تعتبر الحماية القضائية من مقومات القانون، فلا يعترف المشرع لحق معين دون أن يزوده بالوسيلة اللازمة للحصول عليه، فلا قانون بلا قاضي، ولا حق بلا قضاء يفرضه، وخصوصية تكون له أداة في حمايته³.

حيث تتمثل هذه الأداة في الدعوى القضائية التي تسمح من خلالها للمدعي بالحصول على حقه⁴ وهذا ما سنحاول تفصيله في هذا المطلب.

الفرع الأول: تعريف الطعن القضائي:

إن المشرع الجزائري لم يعرف الطعون الانتخابية، وإنما قام بتعدادها وبيان أسبابها وترك المسألة للفقه وقد اختلفت وتنوعت التعاريف المتعلقة بالطعون الانتخابية حسب وجهات نظر مختلفة كل على حدى نذكر منها:

"العرائض التي يقدمها كل من له مصلحة وصفة أمام الجهات القضائية المختصة في قرارات الإدارة الانتخابية المخالفة للدستور أو نظام الانتخابات"⁵ ومن هنا يعتبر الطعن وسيلة قانونية للتعبير عن عدم الرضا لدى الخصم الممارس لهذا الحق الذي يحميه التشريع بغية توفير ضمانات كافية للخصوم تحميهم من الأخطاء المحتملة⁶.

كما يقصد به تلك: الشكاوى والاعتراضات التي يرفعها أحد أطراف العملية الانتخابية أمام القضاء ضد قرارات الإدارة الانتخابية غير المشروعة التي تكون قد ألحقت أضرارا بمراكزهم ومصالحهم القانونية والثابتة قانونا حيث يطلب من خلالها من القضاء الفصل فيها في الآجال المحددة قانونا⁷.

وتختلف سلطة القاضي في النظر بحسب محل الطعن القضائي على اعتبار وكما قلنا سابقا أن العملية الانتخابية عملية مركبة من العديد من المراحل وفي كل مرحلة يتمثل نشوب نزاع فمثلا سلطات القاضي الإداري في مرحلة التسجيل تختلف عن سلطاته في مرحلة النتائج وهنا تتنوع طبيعة المنازعة الانتخابية بين قضاء الإلغاء ودعوى القضاء الكامل.

الفرع الثاني: الإجراءات المتعلقة بتقديم الطعن القضائي:

يتوقف قبول الطعن القضائي في مادة عملية القيد الانتخابي على ضرورة توافر واستيفاء مجموعة من الشروط⁸ والإجراءات وهو ما سيتم تفصيله.

¹ -د-شاكر مزوغي، حق التقاضي ودولة القانون، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الخامس، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص 58.

² -أد/عمار بوضياف، مبادئ النظام القضائي في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وتطبيقاته في القانون الجزائري، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد الثالث، جانفي 2008.

³ -د/بوشير محند أمقران، النظام القضائي الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 33.

⁴ -يوسف دلاندة، الوجيز في شرح الأحكام القانونية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار هوم، الجزائر، 2009، ص 11.

⁵ -خليف مصطفى، الرقابة القضائية على العملية الانتخابية على ضوء القانون العضوي رقم 10/16 المتعلق بنظام الانتخابات، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد العاشر، العدد الأول، ص 242.

⁶ -د/بريار عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية "قانون رقم 09/08، الطبعة الثانية، منشورات بغدادي، 2009، ص 236.

⁷ -خليف مصطفى، المقال السابق، ص 242

⁸ -شوقي يعيش تمام، الأطروحة السابقة، ص 123

أولاً : طبيعة الجهة القضائية المختصة بالنظر في الطعن :

لقد أجازت المادة 21 الطعن القضائي في قرار اللجنة الانتخابية الإدارية أمام المحكمة المختصة إقليمياً أو محكمة الجزائر بالنسبة للجان الانتخابية المقيمة بالخارج، ومن العبارة أعلاه يتضح أن المشرع الجزائري لم يستعمل عبارة المحكمة الإدارية والتي دأب على ذلك في نصوص كثيرة المادة 78، 98، 170، 116 من القانون العضوي 10/16، بل استعمل عبارة المحكمة فقط دون تحديد وهو ما يجعل هذه المادة حسب رأي البروفيسور عمار بوضياف يوصفها بأنها أغمض واغرب مادة في القانون 10/16 وإذا كان تأثير المشرع واضح في إسناد الاختصاص للقضاء العادي ممثلاً في المحكمة الابتدائية فيما خص الطعن في قرارات اللجنة الإدارية الانتخابية مقصود التوجه لما ذهب إليه المشرع الفرنسي فمعنى ذلك أن المعيار العضوي المكرس قانوناً في الجزائر تم الاستغناء عليه ، فاللجنة المدعى عليها لجنة بلدية تصدر قرارات تقبل المراجعة القضائية وهذا ما يعني أن المشرع مزق قواعد الاختصاص في المنازعة الإدارية¹.

ثانياً : الشروط الشكلية لقبول الطعن :

إن القاضي المكلف بفحص الطعون المقدمة بالنسبة للقيود في القوائم الانتخابية لا يكلف نفسه عناء النظر في موضوع الطعن متى وجد أن الشكل غير مستوفي أو عموماً تدور الشروط حول الطاعن وعريضة الطعن و ميعاد تقديم الطعن².

1 : الشروط المتعلقة بالطاعن :

طبقاً للمادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون "

أ/ الصفة : ويقصد بها أن يكون المدعي في وضعية ملائمة لمباشرة الدعوى ، أي أن يكون في مركز قانوني سليم يخول له التوجه للقضاء .

ب/ المصلحة : ويقصد بها الحاجة إلى حماية القانون أو هي الفائدة أو المغنم الذي يعود على رافع الدعوى ، وقد تكون المصلحة شخصية أو جماعية أو قد تكون محققة أو محتملة، كما قد تكون مادية أو معنوية ومن خلال نص المادة 13 اشترط المشرع شرطين في رافع الدعوى حتى تقبل دعواه وهما الصفة والمصلحة³.

¹ - أ د/ عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، القسم الثاني، الجوانب التطبيقية للمنازعة الانتخابية، جسر للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2014. ولمزيد من التفصيل راجع نفس الكاتب أ د عمار بوضياف، المنازعات الانتخابية في القانون الجزائري القانون العضوي رقم 01/12، مجلة النظام الانتخابي في بلدان المغرب العربي وضماناته، موريتانيا، 2017.

² - شوقي يعيش تمام، الأطروحة السابقة، ص 123

³ - لمزيد من التفصيل أنظر أ د/ عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، القسم الأول، الإطار النظري للمنازعات الإدارية، الطبعة الأولى جسر للنشر والتوزيع، الجزائر 201 ص 265 وما بعدها

وايضاً أ د/ محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، دون طبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2005، ص 144 وما بعدها

ونظرا لخصوصية المنازعة الانتخابية فقد تغيب منها أهم شرط شكلي في رفع الدعوى وهو شرط المصلحة بالنسبة للمادة 18 من القانون العضوي للانتخابات 10/16 قد تتوفر هنا المصلحة وهي مصلحة شخصية بحيث يقوم المواطن الذي تم اغفال تسجيله بطلب تسجيله بالاعتراض ليمارس حقه ويدلي برأيه.

أما المادة 19 فقد وسع المشرع من دائرة الأطراف التي يحق لها حق الطعن لكل ناخب مقيم في تلك الدائرة الانتخابية وهنا تغيب عنصر المصلحة، لان الغرض الأساسي من وراء توسيع دائرة الأطراف التي يحق لها الطعن المشرع في ذلك هو ضمان تجسيد مختلف أنواع الرقابة بداية بالرقابة الشعبية لان الانتخابات هي محور وأساس شرعية مختلف مؤسسات الدولة وهو ما يفسر من خلاله غياب شرط المصلحة في الدعوى الانتخابية بالنسبة فقط لمرحلة التسجيل .

أما الأهلية فقد نص عليها المشرع في المادة 65 " يثير القاضي تلقائيا انعدام الأهلية ويجوز له أن يثير تلقائيا انعدام التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي.

وطبقا لهذه المادة اعتبر المشرع الأهلية شرط لصحة إجراءات الخصومة وليست شرط لقبول الدعوى.

2: تقديم الميعاد : 5 أيام من تاريخ تبليغ القرار و8 أيام كاملة ابتداء من تاريخ الاعتراض طبقا للمادة 21 من القانون العضوي للانتخابات.

3- الشروط المتعلقة بالعريضة :

طبقا للقانون العضوي للانتخابات 10/16 نجد أن المشرع الجزائري لم يشدد في البيانات الواجب توافرها في عريضة افتتاح الدعوى المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وإنما اكتفى فقط بمجرد التصريح لدى أمانة الضبط ويقدم أمام المحكمة المختصة إقليميا أو محكمة الجزائر بالنسبة للجان الجزائية بالخارج.

والتصريح كما هو معلوم قد يكون شفاهة كما قد يقدم كتابة وبالتالي نجد أن المشرع لم يشدد في عريضة افتتاح الدعوى كما هو معمول به في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ولعل الغرض من ذلك تشجيع الناخب والمواطن على الطعن الانتخابي من اجل ضمان تطهير العملية الانتخابية دون مصاريف الإجراءات والمتمثلة في الإعفاء من الرسوم طبقا للمادة 187 من القانون العضوي للانتخابات و أيضا من شرط التمثيل بالحامي، وان كان شرط توافر محمي شرط جوهري في المحاكم الإدارية طبقا لمادة 826 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 تحت طائلة عدم قبول الدعوى، إلا أن المشرع الجزائري لم يشترط في قانون الانتخابات التمثيل بمحامي عند تقديم طعنه أمام المحاكم خاصة وان الجهة القضائية المختصة هي المحكمة العادية وكلمة التصريح توحى من شرط التمثيل بمحامي وبالتالي لا يحدث أي إشكال، خلافا لو كان اختصاص النظر في هذا النوع من المنازعات من اختصاص المحكمة الإدارية تثار إشكالية مدى إلزامية التمثيل بمحام طبقا لوجوبية تمثيل محام في المادة الإدارية وأي النصين يطبق خاصة في ظل عدم الإشارة في قانون الانتخاب على هذا الشرط .

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على الفصل في الطعن القضائي: يرتبط البحث في جوهر الآثار المترتبة في الفصل في الطعن ارتباطاً وثيقاً بالبحث في السلطات التي يملكها القاضي في التعامل مع ملف النزاع، وأيضاً صدور القرار يقودنا إلى البحث مدى إمكانية أو جواز الطعن المعروفة من طرق الطعن العادية أو غير العادية¹.

الفرع الأول: سلطة القاضي من خلال القرار الفاصل في الطعن:

أولاً: الرفض الشكلي للطعن: بينا سابقاً الشروط المطلوبة قانوناً لقبول الطعن، ومنه إذا تخلف شرط الصفة يقضي القاضي برفض الطعن من تلقاء نفسه ولو لم يثير المطعون ضده هذا الدفع لتعلقه بالنظام العام²، إضافة إلى ذلك قد يرفض الطعن إذا جاء خارج الآجال القانونية التي حددها القانون العضوي للانتخابات 10/16 خاصة وأنا الآجال أيضاً تعد من النظام العام ويثيرها القاضي من تلقاء نفسه.

ثانياً: رفض الطعن لعدم التأسيس:

فقد يرفض الطعن في الموضوع لعدم تأسيسه على حجج وأسباب غير كافية مما يدل على أن طلب الطاعن مرفوض وقرار اللجنة صائب.

ثالثاً: حالة قبول الطعن في الموضوع: إذا استوفى الطاعن جميع الشروط الشكلية وكان طعنه مستنداً على حجج وأدلة كافية سيقبل بالتأكيد القاضي الفصل في الطعن القضائي المتعلق بالقيود أو الشطب من القائمة الانتخابية، وصدور القرار القضائي في مصلحة الطاعن فهنا يملك القاضي سلطة توجيه أمر إلى الجهة المتعلقة بالقيود وإلزامها بتقبيد هذا الشخص وما على الإدارة إلى أن تنصاع لأمر القاضي³.

الفرع الثاني: الطعن في القرار الانتخابي:

ولقد خص المشرع في الفقرة الرابعة من المادة 21 من القانون العضوي 10/16 على أن حكم المحكمة غير قابل لأي شكل من أشكال الطعن.

وكما هو معلوم فإن طرق الطعن في الأحكام والقرارات القضائية تنقسم إلى قسمين رئيسيين هما طرق الطعن العادية وتتمثل في المعارضة والاستئناف وطرق الطعن غير العادية وتتمثل في الطعن بالنقض واعتراض الغير خارج عن الخصومة والتماس إعادة النظر⁴.

وهو ما يعد انتهاكاً لمبدأ التقاضي على درجتين خاصة وأن الجهة القضائية الفاصلة هي قضاء عادي وكما هو معلوم فإن قضاء المحكمة العادية يتشكل من قاضي فرد وأيضاً عدم اختصاص هذا القاضي بهذا النوع من المنازعات وبالتالي سيؤثر ويمس بحقوق الأفراد.

¹ شوقي يعيش تمام، الأطروحة السابقة، ص 143.

² -لمزيد من التفصيل أنظر خزار لمياء، دور مجلس الدولة في المنازعة الإدارية، مذكرة ماجيستر، جامعة لحاج لخضر باتنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011/2012، ص 115.

³ - شوقي يعيش تمام، الأطروحة السابقة، ص 139.

⁴ - نفس الأطروحة، ص 140.

إلا أن هناك من الفقه من يرى بان قصد المشرع من عبارة غير قابل لأي شكل من أشكال الطعن لا يستغرق ولا يشمل حرمان الطاعن من نقض القرار وتم تفسيرها على أن المشرع أراد استبعاد طرق الطعن العادية وليس الطعن بالنقض هذا الذي يعتبر مفتوحا بقوة القانون ضد كل القرارات القضائية الصادرة بصفة نهائية¹. إلا أننا نرى العكس لأنه لو كان قصد المشرع ينصرف إلى فتح باب الطعن بالنقض في الأحكام والقرارات القضائية لما أشار إلى هذه العبارة في نص المادة 21 واكتفى فقط بعبارة حكم نهائي وهنا نفتح المجال للطعن بالنقض في الحكم.

وأیضا إذا ما أخذنا بإمكانية الطعن بالنقض سنطرح تساؤل أي الآجال نطبق خاصة وان المشرع في قانون الانتخابات لم يحدد وبذلك نرجع إلى القانون العام وهو الأصل في غياب الإشارة في النص الخاص لأنه ليس للقاضي هنا سلطة تقديرية لان الآجال من النظام العام وبتطبيق الإجراءات المعمول بها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 مدة شهرين وهي في اعتقادنا مدة طويلة جدا ولا تتماشى مع طبيعة المنازعة الانتخابية.

الخاتمة :

في الأخير نجد أن مرحلة التسجيل في القوائم الانتخابية تعد من المراحل السابقة أو التمهيدية لعملية الانتخاب وسلامة هذه المرحلة سيؤدي بالتأكيد إلى شفافية الإجراءات اللاحقة للانتخابات ، ولهذا حرص المشرع الجزائري على توفير الضمانات في مرحلة التسجيل في القائمة الانتخابية من اجل ضمان الحقوق السياسية للمواطن والمتمثلة في الحق في الانتخاب من جهة وضمان عدم التزوير أو التلاعب في القوائم الانتخابية من جهة أخرى ومن خلال هذا الموضوع توصلنا إلى النتائج التالية :

- أن المشرع الجزائري أرسى ضمانتين لحماية حقوق الناخب في منازعات التسجيل تتمثل الضمانة الأولى في آلية التسوية الإدارية والمتمثلة في الطعن أو التظلم الإداري، والآلية الثانية التسوية القضائية الطعن القضائي وذلك في إطار تجسيد مبدأ الرقابة الشعبية والذي يعتبر فيها الشعب مصدر كل سلطة.
- الإعفاء من المصاريف الإجرائية في منازعات التسجيل في القوائم الانتخابية بغية تشجيع جميع المواطنين على المشاركة في الطعن لضمان نزاهة وشفافية العملية الانتخابية.
- تقليص آجال النظر والبت في الطعون الانتخابية سواء في التظلم الإداري أو القضائي خلافا للمواعيد المعمول بها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك راجع للطبيعة الإستعجالية للطعن الانتخابي .
- إسناد الاختصاص بالنظر في منازعات التسجيل للمحكمة العادية بدلا من المحكمة الإدارية وهو ما يمس بقواعد الاختصاص في النظام القضائي الجزائري على اعتبار أن اللجنة الإدارية تصدر قرارات إدارية وهذه القرارات تعد من امتيازات السلطة العامة والتي يختص بالنظر فيها القضاء الإداري دون غيره لما يوفره هذا الأخير من ضمانات من رتبة مستشارين وقضاء جماعي والتخصص في هذا النوع من المنازعات خلافا للقاضي العادي الذي نجده لا يتمتع بأي خاصية من هذه الخصائص.

وهذا ما يوصلنا إلى اقتراح جملة من التوصيات :

- منح صلاحية الفصل في منازعات التسجيل في القوائم الانتخابية للقضاء الإداري ممثلة في المحكمة الإدارية وذلك تطبيقا لقواعد الاختصاص في التشريع الجزائري.

¹ - شوقي يعيش تمام، الأطروحة السابقة، ص 142

- ضرورة تكريس مبدأ التقاضي على درجتين في المنازعة الانتخابية من اجل تصحيح أحكام الدرجة الأولى وضمان عدالة الأحكام القضائية.
 - ضرورة قيام الجهات الإدارية بنشر ثقافة الوعي السياسي للناخبين في منازعات التسجيل لضمان مشاركة كل المواطنين في تحقيق شفافية الانتخابات ونزاهتها.
- قائمة المصادر والمراجع :

أولا : المصادر :

1/ التشريع الأساسي :

الدستور الجزائري لسنة 1996 المؤرخ في 28 نوفمبر 1996، الجريدة الرسمية، العدد 76، المؤرخة في 8 ديسمبر 1996، المعدل والمتمم بالقانون رقم 03/02 المؤرخ في 10 أبريل 2002، المعدل والمتمم بالقانون رقم 19/08 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 المعدل والمتمم بالقانون رقم 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016، الجريدة الرسمية، العدد 14، المؤرخة في 07 مارس 2016.

2/ التشريع العضوي :

- القانون العضوي رقم 04 - 01 المؤرخ في 7 فبراير 2004 المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، الجريدة الرسمية، العدد 9 المؤرخة في 8 سبتمبر 2004.

- القانون العضوي رقم 12-01 المؤرخ في 12 يناير 2012 المتضمن نظام الانتخابات، الجريدة الرسمية، العدد 01 المؤرخة في 14 يناير 2012.

- القانون العضوي رقم 16-10 المؤرخ في 25 غشت 2016 المتعلق بنظام الانتخابات، الجريدة الرسمية العدد 50، المؤرخة في 28 غشت 2016.

3/ التشريع العادي :

- الأمر رقم 86/70 المؤرخ في 15/12/1970، المتضمن قانون الجنسية، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 105 المؤرخة في 18/12/1970.

- الأمر رقم 07/97 المؤرخ في 6 مارس 1997 المتضمن القانون العضوي المتعلق بالانتخابات، الجريدة الرسمية العدد 12 المؤرخة في 06 مارس 1997.

- القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21، المؤرخة في 23 أبريل 2008.

ثانيا : المراجع :

1/ المؤلفات :

-د/الأمين شريط، الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية المقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2007.

-د/ بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية "قانون رقم 09/08، الطبعة الثانية، منشورات بغدادي، 2009.

-د/ بوبشير محمد أمقران، النظام القضائي الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر.
-أد/عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، القسم الأول، الإطار النظري للمنازعات الإدارية، الطبعة الأولى
جسور للنشر والتوزيع، الجزائر 2013.

-أد/عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، القسم الثاني، الجوانب التطبيقية للمنازعة الانتخابية، جسور
للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2014.

-هشام حسين الجبوري، الضمانات الدستورية لنزاهة الانتخابات النيابية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2013
أد/محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، دون طبعة، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2005.

-د/ منصور محمد محمد الواسعي، حقا الانتخاب والترشيح وضمائنه، دراسة مقارنة، المكتب الجامعي الحديث،
2010/2009.

-يوسف دلاندة، الوجيز في شرح الأحكام القانونية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار هومه الجزائر، 2009،
2/الأطروحات والمذكرات

ب1- الأطروحات :

-شوقي يعيش تمام، الطعون في انتخابات المجالس النيابية في دول المغرب العربي (الجزائر، تونس، المغرب)
أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، كلية الحقوق 2013/2014 ص
87,88.

-لرقم رشيد، نظم الانتخاب ودورها في عملية التحول الديمقراطي "الجزائر، مصر" دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه
علوم في القانون العام، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، كلية الحقوق، 2016/2017.

-نادية بونعاس، خصوصية الإجراءات القضائية الإدارية في الجزائر تونس مصر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه،
جامعة لحاج لخضر باتنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014/2015.

ب2- المذكرات :

-أحمد محروق، الإشراف القضائي على الانتخابات النيابية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة ماجيستر في الحقوق، جامعة
محمد خيضر بسكرة، 2014/2015

-العوفي الربيع، المنازعات الانتخابية، مذكرة ماجيستر، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان 2008، 2007

-خزار لمياء، دور مجلس الدولة في المنازعة الإدارية، مذكرة ماجيستر، جامعة لحاج لخضر باتنة، كلية الحقوق والعلوم
السياسية، 2011/2012

-عادل معتوق، النظام القانوني الجديد لانتخاب المجالس الشعبية المحلية في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجيستر
، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، كلية الحقوق 2016/2017

3/ المقالات :

- خليف مصطفى، الرقابة القضائية على العملية الانتخابية على ضوء القانون العضوي رقم 10/16 المتعلق بنظام الانتخابات، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد العاشر، العدد الأول.
- د-شاكر مزوغي، حق التقاضي ودولة القانون، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الخامس، جامعة محمد خيضر بسكرة.
- أد/عمار بوضيف، مبادئ النظام القضائي في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وتطبيقاته في القانون الجزائري، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد الثالث، جانفي 2008
- أ د/ عمار بوضيف، المنازعات الانتخابية في القانون الجزائري القانون العضوي رقم 01/12، مجلة النظام الانتخابي في بلدان المغرب العربي وضماناته، موريتانيا، 2017
- د/ فريدة مزياني، الرقابة على العملية الانتخابية، مجلة الفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الخامس.

✓ دراسات وأبحاث بالفرنسية :

Les motifs d'exonération de la responsabilité internationale pénale



**Une recherche présentée
par Kamal Touati Hamed
Doctorant en droit public –
Université de Tours – France**

Introduction :

Un individu ayant commis un crime international peut invoquer certains motifs susceptibles de l'exonérer de sa responsabilité, et les tribunaux *ad hoc* doivent les prendre en compte pour trancher les affaires portées devant eux. Dans cette recherche nous allons voir comment les tribunaux internationaux pénaux avaient tranché ces questions, à cet égard nous constatons que ces tribunaux ont clairement exclu certains moyens de la défense, d'autre part, ils ont considéré que d'autres arguments n'entraînaient pas systématiquement l'irresponsabilité de l'accusé et pouvaient être pris en compte uniquement au titre des circonstances atténuantes : l'accusé est responsable mais sa peine est atténuée¹. En conséquence nous allons étudier ces motifs comme la suite :

¹ . O. de Frouville, *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2012, p.419.

Section I

La qualité officielle de l'auteur

L'immunité est « l'obligation qui est faite à l'Etat en vertu du droit international public de ne pas exercer sa juridiction contre un Etat étranger ou son représentant »¹. Il s'agit d'une exemption faisant échapper les personnes, les engins ou les biens qui en bénéficient « Etats, chefs d'Etat, agents diplomatiques, fonctionnaires, consulaires, organisations internationales et leurs agents, forces militaires étrangères, navires et aéronefs d'Etat, et jadis les étrangers en pays de capitulation » à des procédures ou à des obligations relevant du droit commun². Selon la CIJ, « une protection contre l'application régulière des lois et la juridiction des tribunaux légalement constitués (...) deviendrait en fait l'équivalent d'une immunité »³. Selon ces définitions, nous pouvons dire qu'il existe deux catégories d'immunité. La première s'appelle l'immunité fonctionnelle⁴, qui signifie en effet que les actes commis par l'agent de l'Etat au titre de l'accomplissement de sa fonction ne sont pas susceptibles de poursuites devant un tribunal pénal⁵. Elle couvre les activités exercées par les officiels de l'Etat dans l'exercice de leurs fonctions. La philosophie de cette immunité est que ces officiels ne sont que des agents de l'Etat et leurs actions officielles ne peuvent être attribuées qu'à l'Etat. Ils ne peuvent faire l'objet de sanctions ou de pénalités pour une action qui n'est pas privée mais entreprise au nom d'un Etat. En d'autres termes, les responsables officiels des Etats ne peuvent subir les conséquences des actes illicites que l'on ne peut leur attribuer personnellement mais qui sont imputables à l'Etat au nom duquel ils agissent. Ils jouissent d'une immunité dite fonctionnelle⁶. À la lumière de

¹ .D. Boyle, « L'apport des tribunaux pénaux internationalisés à la définition des crimes internationaux », in *Les juridictions pénales internationalisées*, Harvé Ascension, Emisabeth Lambert-Abdelgawad et Jean-Marc Sorel (dir), Paris, Société de législation comparée, 2006, p.110.

² . J. Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Universités Francophones, 2001, p.628.

³ . CIJ, Droit d'asile « Colombie/ Pérou », arrêt du 20 novembre 1950, Rec.1950, p.284.

⁴ . P. Gaeta « *Official Capacity and Immunities*': The Rome Statute of the international criminal Court: a commentary", in *A. Cassese, P. Gaeta et John R.W.D. Jones*, (dir), New York, Oxford University Press, 2002, vol.1, p.975.

⁵ . A.G. Tachou-Sipowo, « L'immunité de l'acte de fonction et la responsabilité pénale pour crimes internationaux des gouvernants en exercice », in *Revue de droit de McGill*, avril 2011, vol. 56, no. 3, p. 643.

⁶ . TPIY, le Procureur c/ Tihomir Blaskic, Chambre d'appel, arrêt relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la Chambre de Première Instance II rendue le 18 juillet 1997, affaire n° IT-95-14, jugement du 29 octobre 1997, §38.

l'immunité des actes de fonction, il est possible d'inférer que les actes qui ne se rattachent pas à la fonction étatique sont susceptibles de poursuites pénales.

Cette immunité a commencé lors de l'apparition de l'Etat¹, et depuis elle a été réaffirmée à de nombreuses reprises. Plus récemment, la France a adopté dans l'affaire du *RainbowWarrior* une position fondée sur cette règle². L'immunité pénale des chefs d'Etat était considérée comme absolue, aussi bien par la doctrine que par la pratique des Etats. La protection des responsables officiels des Etats représente un des thèmes classiques du droit international³. Ce privilège était fondé sur l'idée que l'action politique des responsables des Etats sortait du domaine du justiciable⁴.

¹ . Voy, par exemple, la déclaration faite dès 1797 par le Ministre de la justice des États-Unis dans l'affaire Governor Collot. Une plainte au civil avait été déposée contre M. Collot, Gouverneur de l'île française de Guadeloupe. Le Ministre de la justice des États-Unis écrit : *"Je suis enclin à penser, si la saisie du vaisseau est reconnue comme étant un acte officiel, effectué par le défendeur en vertu, ou sous couvert, des pouvoirs desquels il est investi en sa qualité de gouverneur, qu'elle constituera en elle-même une réponse suffisante à l'action du plaignant ; que le défendeur ne devrait pas répondre devant nos cours d'une quelconque simple irrégularité dans l'exercice de ses pouvoirs ; et que l'étendue de son autorité ne peut, lorsque cela est approprié ou convient, être déterminée que par les autorités constituées de sa propre nation"*. La célèbre affaire McLeod devrait également être mentionnée. Lors de la rébellion canadienne de 1837 contre les autorités britanniques (le Canada était à l'époque sous souveraineté britannique), les rebelles étaient assistés par des citoyens américains qui ont traversé plusieurs fois le Niagara (frontière entre le Canada et les États-Unis) à bord du navire Caroline, afin de fournir aux insurgés des renforts et des munitions. Une partie des troupes britanniques dirigées par le Capitaine McLeod a alors été envoyée pour attaquer le navire. Il l'aborde dans le port de Fort Schlosser, aux États-Unis, tue nombre d'hommes et met le feu au navire. Quelques années plus tard, en 1840, le Capitaine McLeod était arrêté à Lewiston (territoire de New York) pour répondre des charges de meurtre et d'incendie volontaire. Un échange de notes diplomatiques entre les deux gouvernements s'ensuivit. La position officielle des États-Unis – qui avait déjà été avancée en des termes similaires par la Grande-Bretagne en 1838, par rapport à un éventuel procès contre un autre membre de l'équipe britannique qui avait attaqué le Caroline – a été clairement énoncée par le Secrétaire d'État Webster des États-Unis d'Amérique : *"Le fait qu'un individu faisant partie d'une force publique et agissant sous l'autorité de son gouvernement ne doit pas répondre à titre privé en tant qu'auteur d'un acte illicite, est un principe de droit public sanctionné par les usages de toutes les nations civilisées et que le Gouvernement des États-Unis n'entend pas contester . . . Que le procès soit pénal ou civil, le fait d'avoir agi sous l'autorité publique et en obéissance aux ordres de supérieurs légaux doit être considéré comme une défense valable. Autrement, les individus seraient tenus responsables des préjudices résultant des actes du Gouvernement et même des opérations de guerre* ». Pour plus de détails voy. TPIY, le Procureur c/ Tihomir Blaskic, Chambre d'appel, Arrêt relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la Chambre de Première Instance II rendue le 18 juillet 1997, affaire n° : IT-95-14, jugement du 29 octobre 1997, § 38, note, 50.

² . Quand les deux agents français qui avaient coulé le *RainbowWarrior* en Nouvelle-Zélande ont été arrêtés par la police locale, la France a déclaré que leur emprisonnement en Nouvelle-Zélande n'était pas justifié compte tenu en particulier du fait qu'ils avaient agi sur ordre de l'autorité militaire et que la France était prête à présenter des excuses à la Nouvelle-Zélande et à lui verser une indemnité pour le préjudice subi. Voy. « Décision du 6 juillet 1986 du Secrétaire général de l'ONU : Règlement du contentieux entre la France et la Nouvelle Zélande suite à l'incident au *Rainbow/Warrior* » in *R.G.D.I.P.*, tome LXXXXI, 1987, p.1055.

³ . B. Babanla, *Mise en œuvre de la responsabilité pénale du chef d'Etat*, Bruxelles, Iarcier, 2012, p.306.

⁴ . *Id.*, p.306.

L'autre catégorie de l'immunité est l'immunité diplomatique qui est attribuée à certaines personnes qui exercent des fonctions de l'Etat à l'étranger, « *par exemple, chefs d'une mission diplomatique* »¹. Ces derniers jouissent d'une immunité dite fonctionnelle, selon la Convention de Vienne de 1961². En effet, le principe du caractère relatif de l'immunité diplomatique postule qu'il est possible de poursuivre au pénal l'agent de l'Etat pour ses actes personnels commis avant son entrée en fonction³.

Cette conception classique de l'immunité a été écartée avec la création de la juridiction internationale pénale, car cette dernière est un rempart contre les immunités. Cela apparaît clairement lorsque nous savons que la première tentative de créer un tribunal international a eu lieu contre un chef d'Etat, l'ex-empereur de l'Allemagne Guillaume II qui jouissait d'une immunité en vertu du droit international⁴. Autrement dit, afin de rendre la poursuite internationale pénale efficace à l'égard des personnes physiques présumées avoir commis des crimes internationaux, les statuts des tribunaux *ad hoc* ont consacré la liberté de poursuite devant les juridictions internationales pénales. L'immunité de juridiction pénale des responsables officiels est écartée.

¹ . P. Gaeta " **Official Capacity and Immunities**": *The Rome Statute of the international criminal Court: a commentary*", The Rome Statute of the international criminal Court: a commentary", in A. Cassese, P. Gaeta et John R.W.D. Jones, (dir), New York, Oxford University Press, 2002, vol.1, , p.976.

² . Convention de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques, notamment l'article 29 « *La personne de l'agent diplomatique est inviolable. Il ne peut être soumis à aucune forme d'arrestation ou de détention. L'Etat accréditaire le traite avec le respect qui lui est dû, et prend toutes mesures appropriées pour empêcher toute atteinte à sa personne, sa liberté et sa dignité* ». Et l'article 31 « *1. L'agent diplomatique jouit de l'immunité de la juridiction pénale de l'Etat accréditaire. Il jouit également de l'immunité de sa juridiction civile et administrative, sauf s'il s'agit: a) D'une action réelle concernant un immeuble privé situé sur le territoire de l'Etat accréditaire, à moins que l'agent diplomatique ne le possède pour le compte de l'Etat accréditant aux fins de la mission; b) D'une action concernant une succession, dans laquelle l'agent diplomatique figure comme exécuteur testamentaire, administrateur, héritier ou légataire, à titre privé et non pas au nom de l'Etat accréditant; c) D'une action concernant une activité professionnelle ou commerciale, quelle qu'elle soit, exercée par l'agent diplomatique dans l'Etat accréditaire en dehors de ses fonctions officielles ; 2. L'agent diplomatique n'est pas obligé de donner son témoignage* ».

³ . A.G.Tachou-Sipowo, « *L'immunité de l'acte de fonction et la responsabilité pénale pour crimes internationaux des gouvernants en exercice* », in *Revue de droit de McGill*, avril 2011, vol. 56, no. 3, p. 643.

³ . TPIY, le Procureur c/ Tihomir Blaskic, Chambre d'appel, arrêt relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la Chambre de Première Instance II rendue le 18 juillet 1997, affaire n° IT-95-14, jugement du 29 octobre 1997,.. p.643.

⁴ . Les tribunaux internationaux *ad hoc* ont poursuivi des hauts représentants d'Etat, comme le Président de l'ex-Yougoslavie, Slobodan Milosevic, et l'ancien premier ministre du Rwanda, Jean Kambanda. Pour plus de détails, voy. H. Ascensio, « **L'apport des tribunaux pénaux internationalisés à la définition des crimes internationaux** », in **Les juridictions pénales internationalisées**, Harvé Ascension, Emisabeth Lambert-Abdelgawad et Jean-Marc Sorel (dir), Paris, Société de législation comparée, 2006, p.112.

Selon l'article 7 du statut de Nuremberg de 1945, « *La situation officielle des accusés, soit comme chef d'Etat, soit comme hauts fonctionnaires, ne sera considérée ni comme une excuse absolutoire, ni comme un motif de diminution de la peine* ». La jurisprudence du TMI de Nuremberg ne faisait pas de distinction en fonction de la nature du tribunal, affirmant que la qualité officielle ne fait pas obstacle à la procédure normale. Ce Tribunal dans son jugement du 1^{er} octobre 1946 confirmait que « *le principe du droit international, qui dans certaines circonstances, protège les représentants d'un État, ne peut pas s'appliquer aux actes condamnés comme criminels par le droit international. Les auteurs de ces actes ne peuvent invoquer leur qualité officielle pour se soustraire à la procédure normale ou se mettre à l'abri du châtement* »¹.

Le TMI de Tokyo a estimé que l'immunité de juridiction invoquée par les accusés ne concernait que les instances internes pour les incriminations nationales, et il a souligné que « *Les privilèges diplomatiques n'emportent pas exonération de responsabilité juridique, mais uniquement une exemption de la juridiction des tribunaux de l'Etat auprès duquel un ambassadeur est accrédité. De toute manière, cette immunité n'a aucun lien avec les crimes contre le droit international allégués devant un tribunal compétent. Le tribunal rejette ce moyen de défense spécial* »². Le Tribunal de Tokyo a condamné, entre autres, deux ministres des Affaires étrangères, Hirota et Shigemitsu, et l'Ambassadeur du Japon à Berlin, Oshima.

Les deux Tribunaux militaires sont également les premières juridictions internationales ayant appliqué le principe selon lequel « *le fait que l'auteur d'un acte qui constitue un crime de droit international a agi en qualité de chef d'Etat ou de gouvernant ne dégage pas sa responsabilité en droit international* »³.

¹. TMI de Nuremberg, Procès des grands criminels de guerre, *op.cit.*, p.235. Pour plus de détails, voy. H. **Ascensio et R. Maison**, « *L'activité des Tribunaux pénaux internationaux* », in *A.F.D.I.*, vol 45, 1999, p. 476.

². Jugement de Tokyo, à propos du moyen présenté par l'accusé Oshima, in Doc. PCNICC/2002/WGCA/L.1,p.165.

³. CDI, principes du droit international consacrés par le statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal, Yearbook, 1950, vol. II.

Ainsi, les tribunaux *ad hoc* qui ont été créés dans le but de réprimer les crimes internationaux ont exclu toute immunité des dirigeants politiques, dont le chef d'Etat¹. L'article 7/2 du statut du TPIY, tout comme l'article 6/2 du statut du TPIR, reprend dans une large mesure ce concept en disposant que « *la qualité officielle d'un accusé, soit comme chef d'Etat ou de gouvernement, soit comme haut fonctionnaire, ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale et n'est pas un motif de diminution de la peine* ».

Cette disposition a trouvé une confirmation dans la jurisprudence du TPIY, dans l'affaire Milosevic. La Chambre de première instance se fonde sur l'article 7/2 pour rejeter l'argument de la défense tiré du statut d'ancien président de l'accusé et visant à contester la compétence du Tribunal².

Le TPIY, dans l'affaire de Furundzija, a également souligné que « *les règles du droit international conventionnel et coutumier évoquées plus haut font peser des obligations sur les États et d'autres entités dans les conflits armés, mais elles visent au premier chef les actes des individus, notamment les agents de l'État ou, plus généralement, les responsables officiels d'une Partie au conflit ou encore les individus agissant à l'instigation ou avec le consentement exprès ou tacite d'une Partie au conflit. Tant les règles du droit coutumier que les dispositions des traités applicables en période de conflit armé interdisent tout acte de torture et précisent que ceux qui s'y livrent en sont comptables personnellement devant les juridictions pénales. Comme le Tribunal militaire international de Nuremberg l'a fait observer en termes généraux, les infractions en droit international sont commises par des hommes et non par des entités abstraites. Ce n'est qu'en punissant les auteurs de ces infractions que l'on peut donner effet aux dispositions du droit international. Les individus sont personnellement responsables, quelles que soient leurs fonctions officielles, fussent-ils chefs d'État ou ministres. L'article 7 2) du statut et l'article 6 2) du statut du Tribunal pénal*

¹ . Le TPIY a pu conclure que l'article 7-2 de son statut ne faisait que retranscrire une règle de droit coutumier. Dans ce cadre, l'article 7/2 ne serait donc que la formalisation d'une coutume au niveau international. Ce principe de responsabilité individuelle pour crime de droit international dépasse ainsi la communauté des Etats parties au statut et s'applique à tous les Etats tiers. Voy. X. Aurey, «Défaut de pertinence de la qualité officielle », *in* Commentaire du statut de Rome de la Cour pénale internationale, Paris, Pedone, 2012, p.850. Voy. aussi, TPIY, Le Procureur c/ AntoFurundzia, Affaire n° IT-95-17/1-T, Chambre de première instance, Jugement, 10 décembre 1998, § 140 ; TPIY, Le Procureur c/ Slobodan Milosevic, affaire n/ IT-99-37-PT, Chambre de première instance, Décision relative aux exceptions préjudicielles, 8 novembre 2001, § 28.

² . TPIY, Le Procureur c/ Slobodan Milsevic, Chambre de première instance, Décision relative aux exceptions préjudicielles, affaire n° IT-99-37-PT, 8 novembre 2001, §§ 26-34, disponible sur le Site du Tribunal, <http://www.icty.org/action/cases/4>, consulté le 08/04/2012 à 15h30.

international pour le Rwanda ("TPIR") sont indiscutablement déclaratoires du droit international coutumier »¹.

Dans l'affaire Karadzic, la Chambre d'appel du TPIY confirme l'absence d'immunité en toutes circonstances devant ses instances, sauf lorsque le Conseil de sécurité décide, en vertu du chapitre VII de la Charte, d'exclure une personne de la compétence du Tribunal : « *seule une résolution du Conseil de sécurité peut la limiter ou la modifier* »².

Dans le statut du TSSL nous voyons également que « *la qualité officielle d'un accusé, soit comme chef d'État ou de gouvernement, soit comme haut fonctionnaire, ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale et n'est pas un motif de diminution de la peine* ». En appliquant cet article, la Chambre d'appel du TSSL a dû justifier la levée de l'immunité du président Taylor³.

¹ . TPIY, le Procureur c/ Furundzija, Chambre de première instance, affaire n° : IT-95-17/1-T, du 10 décembre 1998, § 140.

² . TPIY, Chambre d'appel, le Procureur c/ Radovan Karadzic, Décision relative à l'appel interjeté par Radovan Karadzic contre la décision relative à la demande concernant l'accord Holbrook, affaire n° IT-95-5/18-1,12 octobre 2009, § 36. Suite à l'arrestation de Radovan Karadzic le 21 juillet 2008, l'ancien homme d'Etat serbe de la Bosnie, Karadzic a revendiqué l'existence d'un accord conclu, les 18-19 juillet 1996, avec l'ambassadeur américain Richard Holbrooke. Conformément à cet accord, et selon Karadzic, Richard Holbrooke lui a proposé de démissionner de toutes les fonctions qu'il exerçait au sein du Gouvernement de la RepublikaSrpska et de se retirer complètement de la vie publique en échange d'une immunité de poursuites devant le TPIY. L'ancien chef serbe de Bosnie, accusé des crimes de génocide, crime contre l'humanité et crime de guerre, considérait que Holbrooke réagissait en vertu d'un mandat réel ou apparent du Conseil de sécurité ou de la communauté internationale. La chambre d'appel est claire sur cette question : « *en aucun cas l'accord ne pourrait en soi limiter la compétence du Tribunal, même si son existence était établie (...), l'implication à elle seule du Conseil de sécurité dans la conclusion de l'accord, sans que celui-ci soit ratifié par une résolution du Conseil de sécurité, ne pouvait pas limiter la compétence du Tribunal* ». TPIY, Le Procureur c. Radovan Karadzic », Chambre d'appel, décision relative à l'appel interjeté par Radovant Karadzic contre la décision relative à la demande concernant l'accord Holbrook, affaire n° IT-95-5/18-1, le 12 octobre 2009, § 35.

³ . B. Baban, *La mise en œuvre de la responsabilité pénale du chef d'Etat*, Bruxelles, Iarcier, 2012,, p.349.

D'après les articles des statuts des tribunaux *ad hoc*, les responsables des crimes qui entrent dans la compétence de ces tribunaux ne peuvent pas invoquer l'immunité à l'égard des tribunaux *ad hoc*. Autrement dit, ces articles ont fait naître l'idée qu'il existe des crimes tellement graves qu'il n'est pas justifié que leurs auteurs, aussi élevée que soit leur position, demeurent protégés par l'immunité¹. En d'autres termes, ces articles ont consacré la liberté de poursuite à l'encontre des responsables officiels des Etats, ce qui est d'une très grande actualité².

La jurisprudence des tribunaux *ad hoc* a confirmé le rejet de toute immunité de juridiction pour les grands crimes internationaux que sont le génocide, les crimes contre l'humanité et les crimes de guerre. De même, l'accord sur les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens prévoit à son article 2-1 que « *les Chambres extraordinaires ont compétence ratione personae à l'égard des dirigeants du Kampuchea démocratique et des principaux responsables des crimes visés à son article premier* ».

Le statut de la CPI, adopté à Rome en 1998 et entré en vigueur en 2002, n'a pas apporté plus de lumière sur la question. En effet, alors que son article 27 consolide l'irrecevabilité de l'invocation de la qualité officielle en cas d'inculpation pour crimes internationaux, l'article 98 du même texte admet qu'est justifié le refus d'un État de faire suite à une demande de coopération de la CPI impliquant la remise d'une personne bénéficiant des privilèges et immunités.

¹ .Id,p.306.

² . Par exemple, l'ancien président du Liberia Charles Tylor a été condamné le 30 mai 2012 par le TSSL à 50 ans de prison, après avoir été reconnu coupable d'avoir soutenu des rebelles en échange de diamants lors de la guerre en Sierra Leone. Dans l'affaire Kadhafi, dans son action visant à résoudre la crise libyenne, le Conseil de sécurité a adopté les résolutions 1970 et 1973, qui posent le principe de la saisine du Procureur de la Cour pénale internationale de la situation en Libye depuis le 15 février 2011. La Chambre préliminaire de la Cour pénale a ordonné la clôture de l'affaire à l'encontre de Muammar Kadhafi le 22 novembre 2011 suite à sa mort le 20 octobre 2011. La situation en Côte d'Ivoire a conduit le Conseil de sécurité à considérer dans la résolution 1975/2011 que « *les attaques qui se perpétrent actuellement en Côte d'Ivoire contre la population civile pourraient constituer des crimes contre l'humanité et leurs auteurs doivent être tenus pour responsables au regard du droit international* ». Le 23 novembre 2011, la CPI a émis un mandat d'arrêt délivré sous scellés, dans l'affaire Gbagbo pour quatre chefs de crimes contre l'humanité. Gbagbo a été transféré à la Haye le 30 novembre 2011. Au niveau de la juridiction interne, nous trouvons que l'immunité est écartée face à la justice par exemple, dans l'affaire Saddam Hussein et l'affaire Hosni Moubarak, l'ancien président égyptien qui a été condamné à la prison à perpétuité le samedi 2 juin 2012, pour complicité de meurtre dans la répression des manifestations qui ont fait près de 900 morts et l'ont forcé à démissionner en février 2011, après 29 ans de règne autoritaire. Mais la sentence a été annulée pour des "raisons techniques", et l'affaire rejugée. Le 29/11/2014, la justice égyptienne a levé l'accusation de complicité de meurtres contre l'ancien président Hosni Moubarak dans le cadre de la révolte de 2011. Les affaires Pinochet et Al Bashir illustrent également la mise en œuvre de la responsabilité individuelle d'un chef d'Etat.

Dans deux décisions rendues à l'encontre du Tchad et du Malawi le 13 décembre 2011¹, la Chambre préliminaire de la CPI se concentre sur une seule question : savoir si le champ d'application des règles internationales portant sur les immunités couvre l'activité d'une juridiction comme la CPI. La Chambre préliminaire y répondant par la négative, elle en déduit que les immunités conférées par le droit international aux agents d'Etats ne sauraient empêcher la CPI d'exercer ses fonctions à leur encontre².

Le 27 juin 2011, la Chambre préliminaire de la CPI a lancé trois mandats d'arrêt contre le colonel Mouammar Kadhafi, son fils Saif AL-Islam Kadhafi et Abdullah Al-Senussi. Dans sa décision, la Chambre a confirmé que la position officielle d'un individu, ressortissant d'un Etat partie ou non partie au statut de Rome, n'a aucun effet sur la compétence *ratione personae* de la CPI lorsqu'elle est saisie par le Conseil de sécurité³.

Dans l'affaire du mandat d'arrêt du 11 avril (*République démocratique du Congo c. Belgique*), la CIJ précise clairement que l'immunité ne joue nullement en cas de poursuites pénales devant les juridictions pénales internationales compétentes telles que les Tribunaux pénaux *ad hoc*⁴.

La CIJ a rappelé que « la Cour souligne (...), que l'immunité de juridiction dont bénéficie un ministre des affaires étrangères en exercice ne signifie pas qu'il bénéficie d'une impunité au titre des crimes qu'il aurait pu commettre, quelle que soit leur gravité. Immunité de juridiction pénale et responsabilité pénale individuelle sont des concepts nettement distincts. Alors que l'immunité de juridiction revêt un caractère procédural, la responsabilité pénale touche au fond du droit. L'immunité de juridiction peut certes faire obstacle aux poursuites pendant un certain temps ou à l'égard de certaines infractions ; elle ne saurait exonérer la personne qui en bénéficie de toute responsabilité pénale »⁵.

¹ . CPI, Chambre préliminaire I, 13 décembre 2011, Le Procureur c/ Omer Hassan Al Bachir, affaire n° : ICC02/05-01/09, Rectificatif à la Décision rendue en application de l'article 87-7 du statut de Rome relativement au manquement par la République du Malawi à l'obligation d'accéder aux demandes de coopération que lui a adressées la Cour aux fins de l'arrestation et de la remise d' Omer Hassan Al Bachir ; CPI, Chambre préliminaire I, 13 décembre 2011, Le Procureur c/ Omer Hassan Al Bachir, affaire n° : ICC02/05-01/09, Décision rendue en application de l'article 87-7 du statut de Rome concernant le refus de la République du Tchad d'accéder aux demandes de coopération délivrées par la Cour concernant l'arrestation et de la remise d' Omer Hassan Al Bachir.

² . B. Tranchant, « Les immunités des Etats tiers devant la Cour pénale internationale », *in R.G.D.I.P.*, tome CXVII. 2013, p.638.

³ . CPI, Chambre préliminaire I, situation en Libye, « Décision on the Prosecutor's Application Pursuant to article 58 as to Muammar Mohammed Abu Minyar Gaddafi, Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi », doc, ICC-01/11, 27 juin 2011, § 9.

⁴ . Avis consultatif de la CIJ dans l'affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 « *République démocratique du Congo c. la Belgique* ».

⁵ . CIJ, affaire relative au mandat d'arrêt, *op.cit.*, § 60.

Dans ce sens, le professeur Tachou-Sipowo a déclaré qu'«en effet, l'émergence d'une règle affirmant l'irrecevabilité de l'invocation de la qualité officielle devant un tribunal créé dans le but de réprimer les infractions graves au droit international humanitaire et aux droits de l'homme exprime l'indignation de la communauté internationale pour les atrocités infligées aux victimes de conflits armés et des déchirements ethniques, politiques et raciaux. À Nuremberg, lors du jugement des criminels nazis à la fin de la Seconde Guerre mondiale, la renonciation à cette règle revêtait un caractère de droit *ex post facto* (...). Cette unanimité morale trouve également des principes juridiques reconnus par toutes les nations comme moyen d'obtenir que les souffrances ne restent pas impunies. Elles sont en effet l'occasion de rappeler l'égalité des personnes. Celle-ci comporte des applications variables. C'est le principe qui garantit l'efficacité des poursuites pénales, l'égale protection des sujets de droit, le droit à un recours effectif, le fondement de la liberté et de la justice et la non discrimination devant les cours de justice »¹.

Le thème du refus de l'impunité est omniprésent. Dans l'affaire du président soudanais, Omer Al Bachir, la Chambre préliminaire de la CPI se réfère à l'exigence de lutte contre l'impunité pour justifier le mandat d'arrêt à l'encontre du chef d'un Etat qui n'est pas partie au statut de la CPI².

¹ . A. G. Sipowo, « L'immunité de l'acte de fonction et la responsabilité pénale pour crimes internationaux des gouvernants en exercice », *op.cit.*, p. 657.

² . CPI, le Procureur c. Omar Hassan Ahmad Al Bachir, Chambre préliminaire 1, Situation au Darfour, Décision relative à la requête de l'accusation aux fins de délivrance d'un mandat d'arrêt à l'encontre d'Omar Hassan Al Bashir, affaire n° ICC-02/05-01/09,4 mars 2009, § 42.

En fait, nous constatons que l'immunité était également écartée au niveau de la juridiction interne. Dans l'affaire Pinochet, la Chambre des Lords britannique, après avoir cherché une solution d'abord dans les limites de l'immunité des anciens chefs d'Etat, a fini par écarter l'immunité sur la base de la nature internationale des crimes de torture en question¹. Maintenant se pose la question de savoir si les responsables officiels des Etats, accusés de crimes contre l'humanité, comme le président Al Bashir, devraient toujours être considérés comme « *persona non grata* »² en cas de visite dans un autre pays.

En ce qui concerne le cas du président Al Bashir, l'Erythrée, l'Egypte, la Libye, le Qatar et le Tchad ont reçu le président Al Bashir dans le cadre de visites officielles, ultérieurement au mandat d'arrêt de la CPI, délivré en mars 2009. Selon ces pays, recevoir le président Al Bashir n'est qu'une application des dispositions de la Convention sur les missions spéciales et conformément à la coutume internationale. Ces Etats abordent le mandat d'arrêt international de la CPI comme un mandat d'arrêt d'une instance tierce. Pour eux, le contenu et la portée de l'immunité des chefs d'Etat ne sont nullement changés par l'accusation quelconque d'une juridiction « étrangère », qu'elle soit nationale ou internationale. Dans ces Etats, le président soudanais n'est absolument pas considéré comme « *persona non grata* », même s'il est accusé de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre par la CPI. Etant donné la sensibilité politique et le principe de présomption d'innocence, la culpabilité hypothétique du président soudanais ne signifie pas l'inscription sur la liste des *personae non gratae* dans certains pays arabes et africains, ceci malgré la demande du Conseil de sécurité à tous les Etats et à toutes les organisations régionales et internationales de coopérer pleinement avec la CPI³.

¹ . Le 16 octobre 1998, l'ancien président du Chili, Augusto Pinochet, était arrêté à Londres en exécution d'un mandat d'arrêt international délivré par le juge espagnol Baltasar Garzon, ouvrant le premier épisode d'un feuilleton politico-judiciaire qui allait durer 503 jours. Dans un premier temps, Augusto Pinochet faisait valoir l'immunité à laquelle il prétendait en qualité de chef d'Etat. Le gouvernement britannique enclenchait une procédure d'extradition vers l'Espagne, mais réalisée à la demande du Chili, une expertise médicale concluait qu'Augusto Pinochet n'était pas apte à subir son procès. Le 2 mars 2000, le ministre britannique de l'intérieur, Jack Straw, refusait d'extrader l'ancien président du Chili pour « raisons médicales » et le 3 mars Augusto Pinochet atterrissait à Santiago. Au Chili, plus de 300 plaintes avaient été déposées contre l'ancien dictateur. Mais aucune procédure n'a abouti sur un procès et le 10 décembre 2006, Pinochet décédait à Santiago sans avoir été jugé pour les crimes commis sous la dictature entre 1973 et 1990. Voy. dans ce sens, **S. Maupas, l'essentiel de la justice pénale internationale, Paris, Gualino, 2007, p.129.** Voy. aussi J-Y de Cara, « L'affaire Pinochet devant la Chambre des Lords », *in A.F.D.I.*, vol 45, 1999, pp. 72-100.

² . La désignation comme « *persona non grata* » équivaut au refus de l'agrément ou à l'invitation au rappel de l'agent diplomatique. Voy. **R. Guillien et J. Vincent, Lexique des termes juridiques, op.cit., p.533.**

³ . **B. Baban, La mise en œuvre de la responsabilité pénale du chef d'Etat, op.cit., p.312.**

En fait, l'immunité a été exclue du système international pénal, afin de répondre aux exigences de la répression internationale pénale et de faire en sorte que l'immunité ne devienne pas synonyme d'impunité, autrement dit, pour éviter que cette dernière ne devienne le frein de la justice internationale pénale. Ici, nous constatons que les considérations de l'impunité ont prévalu sur les considérations de l'immunité. Dans ce sens, le Professeur Baban a déclaré que « *le mode de saisine de la CPI et ses décisions dans l'affaire du président Al-Bashir confirment le caractère « disparate » de la lutte contre l'impunité. Le mandat d'arrêt du 4 mars 2009 exclut l'impunité du chef d'Etat plutôt que son immunité. Pour mieux harmoniser les moyens de la lutte contre l'impunité présidentielle, il est indispensable que « la banquise » de l'ordre juridique interne se brise devant la poursuite internationale en matière de crimes internationaux* »¹ .

Section II

Tu quoque

L'expression latine « *tu quoque* » signifie « *youtoo* » en anglais et « *vous aussi* » en français. Le « *tu quoque* » est un moyen de défense en droit international pénal qui consiste à alléguer que ,« *si vous avez commis le même crime, de quel droit me jugez-vous* »? Autrement dit, si une partie au conflit a commis certains crimes internationaux, cette partie n'a pas le droit de juger les autres parties du conflit pour le même crime².

Dans ce sens, le professeur de Frouville a déclaré que : « *Cet argument reposerait sur deux principes : la réciprocité et la non-discrimination. Le principe de réciprocité sous-entendrait que puisqu'une partie au conflit a violé une règle de droit, l'autre partie est fondée à violer la même règle de droit. Le principe de non-discrimination supposerait que si une partie est poursuivie pour un crime, l'autre partie - dans la mesure où elle aurait commis le même crime - devrait également l'être* »³.

¹ . *Id*, p.361.

² . Cette définition est traduite de l'anglais par l'auteur de : « An argument from fairness, the *tu quoque* argument has an enduring appeal to the human conscience. Simply put, *tu quoque* is the Latin rendition of "you too", with the argument built-in, though often unstated: "Since you have committed the same crime, why are you prosecuting me?"¹ Cast in more affirmative terms, the argument is that if one side in a conflict has committed certain crimes, it has no authority to prosecute or punish nationals of the other side for the same or closely similar crimes. Whatever effect a decision-maker may choose to give it, the argument troubles the human soul, when it is presented in a fitting situation ». Voy. S. Yee, « The *TuQuoque* Argument as a Defence to International Crimes, Prosecution or Punishment », *in Chinese Journal of International Law*, 2004, p. 87.

³ . O. de Frouville, *Droit international pénal, op.cit.*, p.422.

En fait, ce principe a été refusé par la juridiction internationale pénale comme moyen de défense afin d'écartier la responsabilité internationale pénale des auteurs. Dans ce sens, le TPIY a considéré que « *le tu quoque n'était pas un moyen de limiter la responsabilité pénale d'un accusé* »¹.

Dans l'affaire « *Kupreskic* », la Chambre de première instance du TPIY a fondé le rejet du « *tu quoque* » sur le caractère « *erga omnes* »², et a considéré que « *le principe « tu quoque » ne s'applique pas au droit international humanitaire. Ce corps du droit ne connaît pas d'obligations synallagmatiques, c'est-à-dire fondées sur la réciprocité : les obligations qu'il génère sont opposables « erga omnes ». Elles sont conçues pour sauvegarder des valeurs humaines fondamentales et partant, doivent être respectées par toutes les parties ; quelle que soit la conduite de l'autre partie ou des autres parties.* »³.

Section III

La « cause juste »

La « cause juste », comme motif d'exonération de la responsabilité internationale pénale a été soulevée devant le TSSL dans l'affaire Fofana et Kondewa. Les deux accusés étaient membres des Forces Civiles de défense et, à ce titre, ont combattu les rebelles du RUF et le Armed Force Revolutionary Council, (AFRC)⁴, pour restaurer le gouvernement du président Kabbah. Cet argument de la « *cause juste* » n'avait pas été présenté par la défense, mais a fait l'objet d'une longue analyse par le juge Thompson dans son opinion dissidente jointe au jugement. Selon lui, les accusés ont agi dans le but de rétablir le gouvernement légal et démocratiquement élu, et ayant combattu une rébellion pour restaurer la démocratie, ils devraient être exonérés de leur responsabilité⁵.

En réalité, la « *cause juste* » ne peut exonérer un accusé de sa responsabilité. Dans ce sens, la Chambre de première instance du TSSL a fait prévaloir la raison d'être du droit international humanitaire, la « *protection des personnes en temps de conflit armé* », sur les motivations, même justifiables, des auteurs des crimes. Néanmoins, elle admet que les

¹ . TPIY, le Procureur c/ Prlic et consort, affaire n° : IT-04-74, Chambre III de première instance, Jugement du 5 mai 2009, § 2.

² . Expression latine signifiant qu'un acte, une décision ou un jugement a un effet à l'égard de tous, et non seulement à l'égard des seules personnes directement concernées. Voy. R. Guillien et J. Vincent, *Lexique des termes juridiques, op.cit.*, § 306.

³ . Le TPIY, Le Procureur c/Kupreskic et consorts, affaire n° : IT-95-16, jugement du 17 février 1999.

⁴ . **Le Armed Forces Revolutionary Council (AFRC) a été un groupe de soldats de Sierra Leone alliés qui s'est rebellé avec le Revolutionary United Front dans les années 1990.**

⁵ . O. de Frouville, *Droit international pénal, op.cit.*, p. 425.

accusés poursuivaient un but légitime, la restauration de la démocratie et qu'il s'agit là d'une circonstance factuelle d'atténuation de la sentence. La « *cause juste* » n'est pas un motif d'exonération de la responsabilité mais d'atténuation de la détermination de la peine¹. La Chambre d'appel a refusé la «*cause juste*» comme motif d'exonération ou une circonstance atténuant la responsabilité pénale d'un accusé.

Selon les juges, le Tribunal ne saurait légitimer un acte qui viole le droit international humanitaire, acte qu'il a précisément la mission de réprimer². Les accusés ont été condamnés à 20 ans d'emprisonnement par le TSSL, le 28 mai 2008.

Section IV

La déficience mentale permanente ou passagère

L'article 122-1 du Code pénal français ainsi que l'article 83 du Code pénal libyen énoncent : «*N'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes*»³.

Par conséquent, les personnes déclarées irresponsables en raison de troubles mentaux font l'objet, selon le stade auquel l'irresponsabilité est constatée, soit d'un **non-lieu** de la part du juge d'instruction, soit d'une décision d'**acquittement** ou de **relaxe** prononcée par la juridiction pénale.

Au niveau du droit international pénal également, l'accusé peut prétendre être exonéré de sa responsabilité si, au moment des faits, il était privé de la faculté de comprendre le caractère délictueux ou la nature de son comportement. Une telle situation peut découler d'une maladie mentale (a) ou d'une intoxication involontaire (b).

¹ . *Id.* p. 425. Le TSSL a reconnu coupables de crimes de guerre, jeudi 2 août 2007, deux anciens chefs de la milice des Forces de défense civiles (CDF). Voy. le Monde du 2 août 2007 disponible sur http://www.lemonde.fr/international/article/2007/08/02/deux-sierra-leonais-reconnus-coupables-de-crimes-de-guerre_941448_3210.html, consulté le 24 juillet 2012.

² . O. de Frouville, *Droit international pénal, op.cit.*, p. 425.

³ . Code pénal allemand, art 20, Code pénal espagnol, art.20.

a) Maladie ou déficience mentale :

Une maladie ou une déficience mentale « *prive de la faculté de comprendre le caractère délictueux ou la nature de son comportement, ou de contrôler ce dernier pour l'accorder aux exigences de la loi* »¹.

Même s'il n'y a pas de références dans les statuts des tribunaux *ad hoc* concernant l'irresponsabilité internationale pénale en cas d'argument de maladie mentale, la juridiction internationale a traité la déficience mentale depuis le TMI de Nuremberg. Devant ce dernier, R. Hess a invoqué l'amnésie. Il soutenait ne pas se souvenir de son rôle dans le parti nazi, mais les juges ont rejeté ses arguments : « *Le Tribunal, après un rapport du psychiatre de la prison, a rejeté ces requêtes. Il est possible que Hess agisse d'une manière anormale, qu'il souffre d'amnésie partielle et que ses facultés intellectuelles se soient affaiblies au cours du procès mais (...), il n'a pas été allégué que Hess ne fut pas complètement sain d'esprit lorsque il a commis les crimes dont il est accusé.* »².

Devant le TPIY, la déficience mentale est invoquée à plusieurs occasions. Bien que le statut n'y fasse pas référence, le TPIY estime que la déficience mentale ne peut être un motif de défense, au mieux il accepte dans l'affaire de Radislav Krstic - Srebrenica - Drina corps « *qu'un réel handicap mental puisse être retenu comme circonstance atténuante* »³.

Dans l'affaire Delaïc et autres, le TPIY a également déclaré dans ce sens que « *le principe général du droit suivi, en fait, tant par les systèmes de tradition civiliste que par le système de la Common Law veut que l'altération du discernement de l'accusé soit à prendre en compte dans la sentence et ne soit pas à proprement parler une cause d'exonération de la responsabilité qui entraînerait l'acquittement* »⁴.

Nous ne pouvons pas suivre la position de ces tribunaux *ad hoc*, car les principes généraux du droit commandent de ne pas juger un accusé qui avait une maladie mentale au moment des faits. Nous pensons que la rapidité de la création de ces tribunaux, surtout des deux tribunaux *ad hoc*, le TPIY et le TPIR, par un organe politique comme le Conseil de sécurité est la raison de l'absence de dispositions spécifiques concernant la maladie mentale, comme une cause d'exonération.

¹. Rapport du groupe de travail sur les principes généraux du 18 décembre 1997 et adopté ensuite par la Commission préparatoire du statut de la CPI, disponible sur <http://www.iccnw.org/documents/FIDHPosition>, consulté le 22/5/2013 à 14h43.

². TMI de Nuremberg Procès des grands criminels de guerre, *op.cit.*, p. 302.

³. TPIY, Le Procureur c/ *Radislav Krstic*, affaire n° : IT-98-33-T, jugement de la Chambre d'appel du 19 avril 2004, § 714, l'accusé était condamné à 46 ans d'emprisonnement.

⁴. TPIY, le Procureur c / *Delaïc et autres*, Affaire n° : IT-96-21-A, Chambre d'appel, jugement du 20 février 2001, § 590.

L'article 31/1 du statut de la CPI admet la maladie mentale comme motif d'exonération : « (...) Elle souffrait d'une maladie ou d'une déficience mentale qui la privait de la faculté de comprendre le caractère délictueux ou la nature de son comportement, ou de maîtriser celui-ci pour le conformer aux exigences de la loi ». L'article 64-8 du statut de la Cour énonce que « la Chambre de première instance s'assure que l'accusé comprend la nature des charges ».

b) L'état d'intoxication :

En 1946, devant une Cour militaire britannique, l'accusé Yamamoto Chusaburo invoquait notamment avoir été sous l'emprise de l'alcool pour s'exonérer du meurtre d'un civil, en s'inspirant du droit anglais en vigueur à l'époque. Le Procureur a estimé que l'état d'ébriété ne pouvait constituer un motif d'exonération, mais seulement un motif d'atténuation de la peine. Les motifs du jugement n'ont pas été publiés, mais la Cour, sans exonérer l'accusé et tout en le condamnant à mort a recommandé la clémence dans l'exécution de la sentence¹.

Le TPIY, dans l'affaire de MitarVasiljevicVisegrad, a considéré que l'alcoolisme chronique ne pouvait pas constituer une cause d'exonération mais devait être pris en compte dans la détermination de la peine : « la question de l'altération du discernement n'est à prendre en compte qu'au stade de la fixation de la peine. Pareil moyen de défense, s'il était établi, ne saurait entraîner l'acquittement de l'accusé »².

Dans l'Arrêt Čelebići, la Chambre d'appel du TPIY a jugé qu'«étant donné que c'est à l'accusé d'établir les circonstances atténuantes, il doit, lorsqu'il invoque l'altération du discernement au moment des faits, en rapporter la preuve sur la base de l'hypothèse la plus probable »³.

En fait, une telle modération de la peine ne peut être admise en cas d'intoxication volontaire. La Chambre de première instance du TPIY, dans l'affaire Kvočka, a décidé que «la Chambre convient que l'altération du discernement constitue un facteur d'atténuation de la peine dans de nombreux pays. Toutefois, il convient de considérer si le sujet l'a délibérément ou consciemment provoquée. Si l'ivresse peut constituer une circonstance atténuante lorsqu'elle est due à la force ou à la contrainte, la Chambre ne saurait accepter qu'une altération délibérée du discernement puisse entraîner une diminution de la peine. Elle

¹ . O. de Frouville, *Droit international pénal, op.cit.*, p.426.

² . TPIY, le Procureur c/ MitarVasiljevicVisegrad, l'Affaire no : IT-98-32-T, Chambre de première instance du 29 novembre 2002, § 282.

³ . Arrêt Čelebići, § 590.

considère au contraire que dans un contexte où la violence et le port d'armes sont de règle, la consommation volontaire de drogues ou d'alcool constitue une circonstance aggravante plutôt qu'atténuante. »¹.

L'article 31/1/a du statut de la CPI admet l'intoxication à condition, là encore, que celle-ci ne soit pas volontaire : « (...) Elle était dans un état d'intoxication qui la privait de la faculté de comprendre le caractère délictueux ou la nature de son comportement, ou de maîtriser celui-ci pour le conformer aux exigences de la loi, à moins qu'elle ne se soit volontairement intoxiquée dans des circonstances telles qu'elle savait que, du fait de son intoxication, elle risquait d'adopter un comportement constituant un crime relevant de la compétence de la Cour, ou qu'elle n'ait tenu aucun compte de ce risque ».

En fait, il est extrêmement difficile d'imaginer qu'une personne accusée d'avoir commis un acte de génocide ou un crime contre l'humanité, ou même de crime de guerre, puisse soutenir qu'en raison de son état d'ébriété au moment du comportement en cause, elle n'est pas pénalement responsable. Autrement dit, étant donné que la commission du crime de génocide, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre présuppose une planification, les auteurs de ces crimes pourraient difficilement invoquer un tel motif à leur égard².

Section V

L'ordre reçu

Classiquement, la défense de l'ordre reçu³ part du principe que lorsqu'un subordonné commet un crime sur l'ordre de son supérieur, il doit être exonéré de sa responsabilité, et le crime devrait être entièrement assumé par le supérieur. Ce principe est dangereux, en ce

¹ . TPIY, Le Procureur c/ Kvočka, l'affaire no : IT-98-30/1-T, jugement du 2 novembre 2001, § 706.

² . S. Aktypis, « Motifs d'exonération de la responsabilité pénale », in Commentaire du statut de Rome de la Cour pénale internationale, Julian Fernandez et Xavier Pacreau, (dir), Paris, Pedone, 2012, p.916.

³ . Déjà très tôt, la défense d'ordres supérieurs préoccupait les philosophes et les juristes. Hobbes privilégiait le devoir d'obéissance absolu à l'ordre d'un supérieur: "When I do, by order, an act which is wrong for the one who commands it, it is not my wrongdoing, as far as the commander is my legitimate master". Locke, quant à lui, était plutôt d'avis que l'ordre d'un supérieur qui s'avérait illégal ne devait pas être accompli, puisque l'humain devait avant tout allégeance à la loi. Hugo Grotius allait dans le même sens, considérant que la seule façon de résister à l'injustice était de ne pas accepter la défense d'ordres supérieurs si l'ordre n'était pas légitime. C'est cette idée qui orienta la plupart des penseurs et qui, nous le verrons, continue de prévaloir. Pour plus de détails, voy. G. Dufour, « La défense d'ordres supérieurs existe-t-elle vraiment ? », in *Revue internationale de la Croix-Rouge*, no. 840, 2000, disponible sur <http://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/57jqtf.htm>. Consulté le 25 juillet 2012.

qu'il permet de désresponsabiliser toutes les personnes qui se trouvent soumises à une hiérarchie, leur permettant de s'abriter derrière celle-ci pour excuser leurs crimes¹.

En fait, la plupart des lois nationales considèrent l'ordre reçu comme motif d'exonération, s'il remplit des conditions juridiques. Par exemple, l'article 122/4 du Code pénal français ainsi que l'article 69/3 du Code pénal libyen énoncent: « *n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal* ».

La question est celle de savoir si l'ordre reçu peut être invoqué comme argument de défense dans les cas de violations du droit international humanitaire impliquant le meurtre devant les tribunaux *ad hoc*.

Nous constatons que la doctrine de droit international pénal a écarté expressément depuis longtemps cette défense. Il est possible d'avancer deux raisons qui justifient d'écarter l'irresponsabilité dans ce cas. Il s'agit, d'une part, de l'existence d'un élément psychologique, c'est-à-dire d'une intention d'adopter le comportement en cause et d'une connaissance des conséquences de ce comportement. Il s'agit, d'autre part, de la gravité du comportement en cause. Autrement dit, l'exonération peut être discutée pour ce qui est des crimes de faible envergure : « *un meurtre isolé par exemple* », son extension aux crimes de masse semble difficilement acceptable lorsque c'est l'Etat qui, dans son ensemble, devient criminogène. Il est exclu de faire reposer la culpabilité sur le seul supérieur hiérarchique. En réalité, chaque personne qui participe à la commission des crimes porte une part de responsabilité².

Cet argument a été invoqué dès 1921 devant la Cour suprême de Leipzig dans l'affaire *Llandoverly Castle*. La Cour a estimé que les deux accusés étaient coupables du meurtre de naufragés, sur ordre de leur supérieur. La Cour, entre autres, a examiné un argument avancé par la Défense, selon lequel les accusés "avaient sans doute estimé que Patzig (le commandant qui avait donné l'ordre de tirer) aurait fait appliquer ses ordres, l'arme au poing, s'ils ne lui avaient pas obéi". La Cour a rejeté d'emblée cet argument, en déclarant : « *Cette possibilité est exclue. Si Patzig s'était vu opposer un refus par ses subordonnés, il aurait été obligé de renoncer à son dessein car il lui aurait été impossible d'atteindre son objectif, c'est-à-dire de dissimuler le torpillage du Llandoverly Castle. Les accusés le savaient également fort bien, eux qui avaient été témoins de l'opération. Du point de vue de la*

¹ . O. de Frouville, *Droit international pénal, op.cit.*, p.428.

² . E. Heugas-Darraspen, « *Ordre hiérarchique et ordre de la loi* », in Commentaire du statut de Rome de la Cour pénale internationale, Julian Fernandez et Xavier Pacreau, (dir), Paris, Pedone, 2012, p.946.

coercition (Nötigung) (Section 52 du Code pénal), ils ne peuvent donc pas prétendre à la non-application de sanctions »¹.

Le statut de Nuremberg du 8 août 1945 et celui de Tokyo du 19 janvier 1946 prévoient que les ordres du gouvernement ou du supérieur ne peuvent exonérer quiconque de sa responsabilité, quelles que soient les circonstances. L'article 8 du statut du TMI de Nuremberg énonce que « *Le fait que l'accusé a agi conformément aux instructions de son gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique ne le dégagera pas de sa responsabilité, mais pourra être considéré comme un motif de diminution de la peine, si le Tribunal décide que la justice l'exige* »².

Le Tribunal a eu l'occasion de se prononcer sur ce principe : « *Les dispositions de cet article sont conformes au droit commun des Etats. L'ordre reçu par un soldat de tuer ou de torturer, en violation du droit international de la guerre, n'a jamais été regardé comme justifiant ces actes de violence. Il ne peut s'en prévaloir aux termes du statut, que pour obtenir une réduction de la peine* »³.

Le Secrétaire général de l'ONU, dans son rapport proposant le statut du TPIY, précisait, en ce qui concerne cette disposition que, tout au plus, l'obéissance aux ordres peut justifier une diminution de la peine « si le Tribunal l'estime conforme à la justice »⁴. L'article 7/4 du statut du TPIY et l'article 6/4 du statut du TPIR, qui excluent eux aussi la possibilité que les ordres des gouvernements ou des supérieurs hiérarchiques puissent écarter la responsabilité pénale individuelle, ne font pas plus mention d'une exception à la responsabilité, mais seulement d'un « *motif de diminution de peine si le Tribunal l'estime conforme à la justice* ». La jurisprudence de ces tribunaux rejette systématiquement cette argumentation. Dans l'affaire Erdemovic, le TPIY a déclaré que « *s'agissant de l'excuse tirée de la soumission à l'ordre d'un supérieur, la question a été expressément traitée au paragraphe 4 de l'article 7 du statut. Cette excuse n'exonère pas l'accusé de sa responsabilité pénale* »⁵.

¹ . Cité par l'opinion individuelle et dissidente du juge Cassese jointe à l'arrêt de la Chambre d'appel du TPIY, dans l'affaire de Dražen Erdemović du 7 juillet 1997, p.44. Voy. aussi E. Heugas-Darraspen « **Ordre hiérarchique et ordre de la loi** », *op.cit.*, p.946.

² . Pour les nombreux autres textes, voy. également, parmi d'autres, l'article 6 du statut du TMI de Tokyo, l'article 6/4 du statut du TSSL et l'article 3/3 du statut du TSL.

³ . TMI de Nuremberg, Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, *op.cit.*, pp. 237-238.

⁴ . S/25704, § 57.

⁵ . TPIY, Le Procureur c/ Erdemovic, affaire n° : IT-96-22-A, Chambre de première instance, jugement du 29 novembre 1996, § 15.

L'invocation de ce moyen n'a été retenue qu'au titre d'une circonstance atténuante permettant une diminution de la peine. Cela a été confirmé par le TPIY : « *L'Appelant ne conteste pas cette conclusion. En outre, la Chambre d'appel considère que ce dernier non seulement ne s'est pas opposé aux ordres illégaux, mais les a exécutés avec enthousiasme et empressement, comme le montrent les conclusions de la Chambre de première instance concernant sa volonté d'humilier ses victimes* »¹.

Les tribunaux *ad hoc* tentent de distinguer la question de l'ordre reçu de celle de la contrainte et de celle de la « liberté morale » de l'accusé. Autrement dit, tant que le subordonné garde une certaine liberté de choix dans sa décision, la défense basée sur l'ordre reçu ne peut pas être exonératoire, l'exonération ne pourrait résulter que d'une contrainte irrésistible. Dans ce sens, le juge Cassese a souligné qu'« *il est également important de mentionner que, en jurisprudence, la question de la contrainte est souvent soulevée en relation avec celle des ordres donnés par un supérieur. Cependant, il n'existe pas forcément de lien entre les deux. Les ordres émis par un supérieur peuvent l'être sans être accompagnés d'aucune sorte de menace sur la vie ou sur l'intégrité physique. Dans ces circonstances, si l'ordre d'un supérieur enfreint manifestement le droit international, le subordonné a le devoir de refuser d'y obéir. Si, suite à un tel refus, l'ordre est réitéré et assorti de menaces à la vie et à l'intégrité physique alors l'argument de la contrainte peut être soulevé dans le cadre de la défense, et les ordres émis par un supérieur perdent toute pertinence juridique* »².

Le statut de la CPI ne s'inscrit pas dans la lignée des précédents statuts, mais renoue avec la tradition nationale qui reconnaît à l'ordre reçu la valeur d'une cause d'exonération, toutefois selon certaines conditions restrictives. L'article 33 du statut pose pour principe que nul ne peut être exonéré de sa responsabilité pénale au regard du statut de Rome au motif qu'il a agi sur ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique, que ce dernier soit civil ou militaire. L'article 33 prévoit explicitement une exception à la responsabilité posée. Cette exception ne vise pas à justifier une diminution de peine, mais

¹ . TPIY, Le Procureur c/ Vallée de la Lašva, jugement du 02/04/2007, §§ 22 et 24. Dans cette affaire, les juges estiment que l'accusé n'a pas démontré qu'il était sous la contrainte d'obéir à un ordre illégal. Voy. aussi, TPIY, Le Procureur c/ Delalic, affaire n° IT-96-21-T, Chambre de première instance, jugement du 16 novembre 1998, § 1281 ; TPIY, le Procureur c/ Delalic, affaire n° IT-96-21-T, Chambre d'appel, arrêt du 20 février 2001, § 835 ; TPIY, Le Procureur c/Marda, affaire n° : IT-02-59-S, Chambre de première instance I, Jugement du 31 mars 2004, § 67 ; TPIY, Le Procureur c/ Bralo, affaire n° : IT-95-17-A, Chambre d'appel, arrêt à la sentence, 2 avril 2007, §§ 20-25.

² . L'opinion individuelle et dissidente du juge Cassese jointe à l'arrêt de la Chambre d'appel du TPIY, dans l'affaire de Dražen Erdemović du 7 juillet 1970.

à exclure toute responsabilité. Elle n'est constituée que si trois critères cumulatifs sont remplis. Il faut, tout d'abord, que la personne ait eu l'obligation légale d'obéir aux ordres du supérieur hiérarchique ou du gouvernement ; il faut, ensuite, que la personne n'ait pas su que l'ordre était illégal ; et il faut, enfin, que l'ordre n'ait pas été manifestement illégal¹.

Sur la disposition de cet article 33 du statut de la CPI, le professeur de Frouville a déclaré qu'« on remarque tout d'abord la formulation négative, le fait qu'un crime, a été commis, n'exonère pas (...) à moins que. Qui invite à une interprétation restrictive. Par ailleurs la lecture combinée des paragraphes 1-c et 2 implique que cette cause d'exonération n'est applicable ni aux crimes de génocide ni aux crimes contre l'humanité et que, par conséquent, elle ne peut s'appliquer qu'aux crimes de guerre (...), cette distinction selon les crimes résulte du compromis adopté à Rome entre les tenants de l'excuse exonératoire et ses opposants. Elle n'en est pas moins juridiquement mal fondée : pour la plupart, les crimes de guerre mentionnés à l'article 8 du statut présentent un degré de gravité comparable aux crimes sous-jacents qualifiables d'actes de génocide ou de crimes contre l'humanité »².

Section VIII

L'état de nécessité et la contrainte

L'état de nécessité est la situation dans laquelle se trouve une personne qui ne peut raisonnablement sauver un bien, un intérêt ou un droit que par la commission d'un acte qui, s'il était détaché des circonstances qui l'entourent, serait délictueux³. L'auteur, pour sauvegarder un intérêt supérieur, n'a d'autre moyen que d'accomplir un acte puni par la loi pénale⁴. L'état de nécessité recouvre également des situations autres que celles où une personne est confrontée à des menaces émanant d'un tiers, par exemple la situation dans laquelle se trouve une personne qui souffre tant de la faim qu'elle tue « une autre personne » pour s'en nourrir. Ce qui signifie que l'expression « état de nécessité » a une acception plus large que le terme de contrainte, recouvrant les menaces à la vie ou à

¹ . E. Heugas-Darraspen, « Ordre hiérarchique et ordre de la loi », *op.cit.*, p.950.

² . O. de Frouville, *Droit international pénal*, *op.cit.*, p.432.

³ . P. Foirers, *De l'état de nécessité en droit pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1951, n° 9.

⁴ . J. Pradel, *Droit pénal général*, Paris, Cujas, 2006, p. 296, n°341. Le Code pénal français dans l'article 122-7 a défini l'état de nécessité comme : « n'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace ». L'article 69 du Code pénal libyen énonce que : « L'état de nécessité est l'état d'une personne qui, sans avoir été agressée, commet un crime pour échapper à une menace ou un danger qui la menace ou pour faire échapper un tiers à un danger qui le menace ».

l'intégrité physique de façon générale et non pas seulement les cas où ces menaces émanent d'un tiers¹.

La contrainte est le fait d'agir sous la menace, exercée par un tiers, de violences graves et irréparables ou de mort, et a pour effet de dégager de toute responsabilité pénale la personne agissant sous l'empire d'une telle menace². La contrainte supprime le libre arbitre alors que la nécessité laisse une certaine liberté à l'agent, c'est-à-dire que dans l'état de nécessité, l'agent a l'obligation de choisir alors que, dans la contrainte, il a l'obligation de subir³. Autrement dit, dans le cas de la nécessité, l'intérêt sauvegardé grâce à la commission de l'acte illicite doit avoir une valeur supérieure à celle de l'intérêt sacrifié. En revanche, dans le cas de la contrainte, il n'a aucun choix à opérer entre deux intérêts par la loi. La personne sous contrainte ne peut en effet faire autre chose que commettre un crime⁴. En ce qui concerne notre étude, nous allons utiliser les deux termes indifféremment⁵.

Sur le plan des conditions d'applicabilité de l'état de nécessité et de la contrainte, les statuts des tribunaux *ad hoc* sont muets, mais le TPIY, dans l'affaire Oric, a reconnu sans difficulté l'état de nécessité comme un principe établi en droit international coutumier⁶. La jurisprudence pertinente est presque unanime en la matière et exige que quatre critères stricts soient remplis avant que la contrainte puisse être retenue comme argument de défense, à savoir : a) l'acte incriminé a été commis sous la menace immédiate de violences graves et irréparables ou de mort. ; b) il n'y avait aucun moyen approprié d'éviter de tels maux ; c) la gravité du crime commis était proportionnelle aux menaces. En d'autres termes, afin d'être proportionnel, le crime commis sous la contrainte doit constituer le

¹ . L'opinion individuelle et dissidente du juge Cassese jointe à l'arrêt de la Chambre d'appel du TPIY, dans l'affaire de Dražen Erdemović du 7 juillet 1970, § 14.

² . Selon l'article 122-2 du Code pénal français, « *n'est pas pénalement responsable la personne qui a agi sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'a pu résister* ».

³ . A.C. Dana, Essai sur la notion d'infraction pénale, thèse, Lyon, 1980, p.174. Voy. aussi S. Aktypis, « Motifs d'exonération de la responsabilité pénale », *op.cit.*, p.924.

⁴ . S. Aktypis, « Motifs d'exonération de la responsabilité pénale », *op.cit.*, p.923.

⁵ . Pendant la Convention de Rome de 1998 concernant la création de la CPI, la délégation canadienne dans sa proposition a mis en évidence les conditions communes à la contrainte et à l'état de nécessité, à savoir la menace. Voy. S. Aktypis, « Motifs d'exonération de la responsabilité pénale », *op.cit.*, p.923.

⁶ . Décision rendue oralement le 8 juin 2005, disponible sur le site : <http://www.un.org/iciy/transe68/050608IT.htm>. Consulté le 17 février 2014 à 15h32.

moindre de deux maux ; d) la situation aboutissant à l'exercice de la contrainte n'est pas le résultat des actes volontaires de la personne qui subit cette contrainte¹.

La juridiction des tribunaux *ad hoc* a considéré que la contrainte ne pouvait à elle seule exonérer l'accusé de toute responsabilité pour son crime, elle peut cependant être prise en compte en tant que circonstance atténuante de la peine. Dans l'affaire Erdemovic, le TPIY a souligné que « *la contrainte n'est pas un argument de défense suffisant pour exonérer entièrement un soldat accusé de crime contre l'humanité et/ou de crime de guerre impliquant le meurtre d'êtres humains innocents* »².

A cet égard, nous ne pouvons pas suivre l'avis du Tribunal, car l'état de nécessité ou la contrainte doivent exonérer entièrement la responsabilité de l'accusé. En effet, il constitue un principe général qui doit être appliqué à tous les crimes, si ceux-ci remplissent les conditions. En d'autres termes, la question, s'agissant de l'état de nécessité ou de la contrainte, ne concernera pas les types des crimes commis, mais l'existence de ces crimes.

Par exemple, pendant la guerre civile en Libye en 2011, nous ne pouvons pas dire qu'un soldat ayant reçu de l'un des dirigeants du régime de Kadhafi l'ordre de tuer une autre personne est pénalement responsable, car ce soldat contraint aurait été exécuté immédiatement s'il avait refusé d'exécuter l'ordre. Autrement dit, l'état de nécessité ou la contrainte doivent être un motif d'exonération de toute responsabilité pénale pour la commission de crimes internationaux qui entrent dans les prérogatives des tribunaux *ad hoc* et non pas uniquement comme des motifs d'atténuer la responsabilité pénale.

Il est également important de mentionner que, en jurisprudence, la question de la contrainte est souvent soulevée en relation avec celle des ordres donnés par un supérieur. Cependant, il n'existe pas forcément de lien entre les deux. Les ordres émis par un supérieur peuvent l'être sans être accompagnés d'aucune sorte de menace sur la vie ou sur l'intégrité physique. Dans ces circonstances, si l'ordre d'un supérieur enfreint manifestement le droit international, le subordonné a le devoir de refuser d'y obéir. Si, suite à un tel refus, l'ordre est réitéré et assorti de menaces à la vie et à l'intégrité physique, alors l'argument de la contrainte peut être soulevé dans le cadre de la défense, et les ordres émis par un supérieur perdent toute pertinence juridique. De même, la question

¹ . L'opinion individuelle et dissidente du juge Cassese jointe à l'arrêt de la Chambre d'appel du TPIY, dans l'affaire de Dražen Erdemović du 7 juillet 1970, §16. Voy. aussi K. Ambos " *Other Grounds for Excluding Criminal Responsibility* " *op.cit.*, p.1004.

² . TPIY, Le Procureur c/ Drazen Erdemović, Chambre d'appel, affaire n° : IT-96-22, § 19. Le TPIR, dans l'affaire de Rutaganira, a accepté d'atténuer la peine. Jugement du 14 mars 2005, §§ 159-162.

de la contrainte peut être soulevée tout à fait indépendamment de celle des ordres donnés par un supérieur, par exemple dans les cas où la menace émane d'un autre soldat de même rang. Ainsi, lorsque la question de la contrainte est soulevée en relation avec celle d'ordres manifestement illégaux donnés par un supérieur, l'accusé ne peut invoquer ce moyen de défense que s'il a, en premier lieu, refusé d'obéir à l'ordre illégal et qu'alors seulement il s'y est plié sous menaces d'atteintes à sa vie ou à son intégrité physique¹.

Section IX La légitime défense

Le principe de légitime défense est inhérent et conçu de la même façon dans tous les systèmes juridiques. En effet, toutes les sociétés ordonnées, structurées et hiérarchisées ont consacré ce principe dans leur ordre juridique interne². La légitime défense est un moyen de défense classique qui se trouve également en droit international public³.

En droit international pénal, les statuts des tribunaux *ad hoc* sont vides des dispositions spécifiques concernant la légitime défense. Mais la Chambre de première instance du TPIY a estimé, dans l'affaire Kordic et Cerkez, que la légitime défense « *peut être définie au sens large comme un moyen de défense visant à justifier les actes d'une personne qui se défend ou défend ses biens (ou défend autrui ou les biens d'autrui) contre une agression à condition que ces actes constituent une réaction raisonnable, nécessaire et proportionnée à l'agression* »⁴.

¹ . L'opinion individuelle et dissidente du juge Cassese jointe à l'arrêt de la Chambre d'appel du TPIY, dans l'affaire de Dražen Erdemović du 7 juillet 1970, § 15.

² . Elle est définie par l'Art 122-5 du Code Pénal français : « *N'est pas pénalement punissable la personne qui, devant une atteinte injustifiée envers elle-même ou autrui, accomplit, dans le même temps, un acte commandé par la nécessité de la légitime défense d'elle-même ou d'autrui, sauf s'il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte* ». *N'est pas pénalement punissable la personne qui, pour interrompre l'exécution d'un crime ou d'un délit contre un bien, accomplit un acte de défense, autre qu'un homicide volontaire, lorsque cet acte est strictement nécessaire au but poursuivi dès lors que les moyens employés sont proportionnés à la gravité de l'infraction.* »

³ . Au niveau du droit international public, l'article 51 de la Charte de l'ONU, énonce que « *Aucune disposition de la présente Charte ne porte atteinte au droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective, dans le cas où un Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée, jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales. Les mesures prises par des Membres dans l'exercice de ce droit de légitime défense sont immédiatement portées à la connaissance du Conseil de sécurité et n'affectent en rien le pouvoir et le devoir qu'a le Conseil, en vertu de la présente Charte, d'agir à tout moment de la manière qu'il juge nécessaire pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales* ».

⁴ . TPIY, Le Procureur c / Kordic et Cerkez, affaire n° : IT-95-14/2-T, jugement du 26 février 2001, § 449.

Ce principe, à notre avis, fait partie des principes généraux du droit, c'est-à-dire que l'auteur du crime n'a pas besoin de textes spécifiques afin de l'invoquer devant les tribunaux *ad hoc* pour écarter sa responsabilité pénale. En d'autres termes, les «moyens de défense» s'inscrivent toutefois dans les principes généraux du droit pénal, et les tribunaux *ad hoc* doivent les prendre en compte pour trancher les affaires portées devant eux.

L'article 31/1/c du statut de la CPI intitulé « *Motifs d'exonération de la responsabilité pénale* », qui prévoit d'exonérer une personne de sa responsabilité pénale lorsqu'elle agit raisonnablement pour se défendre, pour défendre autrui ou pour défendre une certaine catégorie de biens, dispose comme suit : « *Elle a agi raisonnablement pour se défendre, pour défendre autrui ou, dans le cas des crimes de guerre, pour défendre des biens essentiels à sa survie ou à celle d'autrui ou essentiels à l'accomplissement d'une mission militaire, contre un recours imminent et illicite à la force, d'une manière proportionnée à l'ampleur du danger qu'elle courait ou que couraient l'autre personne ou les biens protégés. Le fait qu'une personne ait participé à une opération défensive menée par des forces armées ne constitue pas en soi un motif d'exonération de la responsabilité pénale au titre du présent alinéa* ».

A Rome, les auteurs du statut ont débattu de l'extension du champ d'application de la légitime défense aux biens. La formule retenue constitue un compromis à cet égard, en ne retenant l'excuse, lorsqu'elle s'applique à la défense des biens, que pour les crimes de guerre à l'exclusion donc des crimes contre l'humanité, du génocide et de l'agression¹.

Les conditions posées pour son invocation ne semblent guère devoir soulever la controverse : il faut prouver que l'auteur a agi « *contre un recours imminent et illicite à la force* » (a) et que cette action était « *raisonnable* » (b).

a) Un recours imminent et illicite à la force:

Le caractère imminent de l'attaque signifie que l'agression à laquelle l'auteur fait face ne lui laisse aucun choix : il doit y répondre dans l'urgence absolue et en dernier recours, tandis que le critère d'illicéité du recours à la force implique que l'auteur du crime ne peut être excusé que lorsqu'il répond à un acte lui-même illicite. Il est ainsi certain que les dirigeants d'un Etat ne peuvent invoquer la légitime défense pour s'exonérer du crime d'agression lorsqu'ils sont eux-mêmes les agresseurs². Dans l'affaire « VonWeizsäcker et al » aux États-Unis, où la défense a soutenu que l'Allemagne avait le droit de légitime défense en raison

¹ . O. de Frouville, *Droit international pénal, op.cit.*, p.442.

² . *Ibid*, p.443.

depréendus préparatifs de guerre de la Russie, le tribunal a rejeté cet argument car l'Allemagne avait commencé une guerre d'agression et il n'y avait pas lieu d'exercer la légitime défense contre la légitime défense : la légitime défense suppose une attaque illégale¹. Il faut souligner à cet égard que les opérations militaires effectuées en état de légitime défense ne sauraient justifier les violations graves du droit international humanitaire². Dans le procès des « ministères », le Tribunal américain à Nuremberg a rejeté l'excuse de la légitime défense comme moyen d'exonération pour le crime d'agression commis par les accusés³.

b) Une action raisonnable :

Il doit exister un lien logique entre l'action de l'auteur et la cause qui l'a motivée. Dans l'affaire *Chusaburo*, jugée par la Cour militaire britannique de Kuala Lumpur, un officier japonais tentait de défendre des réserves de riz contre des pillards. Ayant poursuivi et arrêté l'un des pillards, il est alors encerclé et menacé par huit ou neuf autres d'entre eux, qui cherchent à délivrer leur compagnon. Sous le coup de la peur, il tue alors le pillard arrêté à la baïonnette, le Tribunal condamne l'accusé car le meurtre était commis à l'encontre d'une personne déjà arrêtée, qui ne représente plus une menace au moment précis de l'acte⁴.

Dans le même sens, le TPIY a déclaré que « *le fait qu'une personne prenne part à une «opération défensive» ne constitue pas «en soi» un motif d'exonération de la responsabilité pénale. Il est donc clair que l'exception de légitime défense doit être appréciée à la lumière des faits de l'espèce et pour chacun des chefs d'accusation* »⁵.

Section X

Les représailles

En droit des conflits armés, « *les représailles sont des actes auxquels recourt un belligérant, qui en d'autres circonstances seraient illégaux mais qui sont rendus légaux par le fait qu'ils sont commis en réponse à une violation de ce droit par l'autre belligérant, les représailles*

¹ . K. Ambos, "Other Grounds for Excluding Criminal Responsibility", in The Rome Statute of the international criminal Court: a commentary, A. Cassese, P. Gaeta et John R.W.D. Jones (dir), New York, Oxford University Press, 2002, vol.1, p.1004.

² . TPIY, Le Procureur c / Kordic et Cerkez, affaire n° : IT-95-14/2-T, jugement du 26 février 2001, § 452.

³ . O. de Frouville, *Droit international pénal, op.cit.*, p.443.

⁴ . O. de Frouville, *Droit international pénal, op.cit.*, p.445.

⁵ . TPIY, Le Procureur c / Kordic et Cerkez, affaire n° : IT-95-16-A, Chambre d'appel, jugement du 26 février 2001, § 452.

sont par conséquent une mesure extrême et exceptionnelle mise en œuvre par un belligérant dans le seul but d'imposer à l'adversaire le respect du droit des conflits armés. Il s'ensuit que les représailles doivent remplir des conditions très strictes pour être considérées comme légales»¹.

Elles sont une expression du principe de réciprocité qui, à l'origine, gouvernait le droit des conflits armés initialement, cette méthode était conçue comme un moyen de faire cesser la commission d'actes de guerre illégaux².

Nous pouvons nous interroger sur l'utilité des représailles sur la base de l'existence des juridictions internationales pénales. Le développement du droit international pénal offre un moyen relativement efficace et avant tout licite pour atteindre le même objectif. En d'autres termes, les représailles pouvaient se justifier à certains égards, lorsqu'elles constituaient le seul moyen efficace de contraindre l'ennemi à mettre un terme à des actes de guerre illégaux et à respecter ultérieurement le droit international, mais ce n'est plus le cas maintenant. Pour faire respecter le droit international, nous disposons actuellement d'un moyen plus largement disponible et qui, de surcroît, commence à s'avérer relativement efficace : la poursuite et le châtement des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité par des juridictions nationales ou internationales. Ce moyen permet de traduire en justice les personnes responsables de tout crime de ce type et, bien que dans une moindre mesure, de dissuader au moins ceux qui seraient tentés de commettre les violations les plus flagrantes du droit international humanitaire³.

En lisant la position de la juridiction internationale, nous constatons qu'elle penche pour l'interdiction des représailles, car elles prennent la forme du meurtre de personnes innocentes, choisies plus ou moins au hasard, sans que la preuve de leur culpabilité soit exigée et sans aucune forme de procès. Elles peuvent être qualifiées sans aucun doute d'infraction flagrante aux principes les plus fondamentaux des droits de l'homme. Il est difficile de nier la transformation lente, mais profonde, du droit humanitaire sous l'influence croissante des droits de l'homme. Il en découle que les représailles exercées par des belligérants contre des civils et les droits fondamentaux de la personne sont désormais des concepts juridiques absolument incompatibles. Cette tendance à l'humanisation du

¹ . TPIY, Le Procureur c/ Milan Martić, affaire n° : IT-95-11-T, Chambre de première instance, jugement du 12 juin 2007, § 464.

² . O. de Frouville, *Droit international pénal, op.cit.*, p.446.

³ .TPIY, le Procureur c/ Kupreskic, affaire de n° IT-95-16-T, Chambre de première instance, jugement du 14 janvier 2000, § 530.

conflit armé est notamment confirmée par les travaux que la CDI de l'ONU a consacrés à la responsabilité des États. En effet, l'article 50 d) du Projet d'articles sur la responsabilité des États, adopté en première lecture en 1996, interdit de recourir, à titre de contre-mesure, « à tout comportement qui déroge aux droits fondamentaux de la personne»¹.

En dépit de cette interdiction, nous constatons également que la juridiction du TPIY, dans l'affaire *Kupreskic*, a admis le recours aux représailles, mais elles sont limitées par quatre conditions cumulatives. En effet, le Tribunal énonce que « il convient de souligner qu'en tout état de cause, même lorsqu'elles sont jugées légales, les représailles sont limitées par a) le principe selon lequel elles doivent être une mesure de dernier recours pour imposer à l'adversaire de respecter des règles de droit (ce qui suppose entre autres qu'elles ne peuvent être exercées qu'après un avertissement préalable qui n'est pas parvenu à faire cesser la conduite de l'adversaire), b) l'obligation de prendre des précautions particulières avant de les mettre en œuvre (elles ne peuvent être décidées qu'à l'échelon politique ou militaire le plus élevé, en d'autres termes, la décision ne peut être prise par les commandants sur le terrain), c) le principe de la proportionnalité (qui suppose que les représailles ne doivent pas être excessives par rapport à l'acte de guerre illégal qui les précède, mais aussi qu'elles doivent cesser dès qu'il est mis fin à cet acte illégal) et d) les «considérations élémentaires d'humanité»².

Ces conditions ont été confirmées dans le jugement de Milan Martić à propos du bombardement de la ville de Zagerp : « Les représailles ne peuvent être qu'une mesure de dernier recours, lorsque tous les autres moyens se sont avérés inefficaces. Cela suppose qu'elles ne peuvent être exercées qu'après un avertissement officiel préalable qui n'est pas parvenu à faire cesser les violations commises par l'adversaire. En outre, elles ne peuvent être décidées qu'à l'échelon politique ou militaire le plus élevé. Il est également nécessaire que les mesures prises soient proportionnées à la violation du droit des conflits armés qui les précède, et qu'elles cessent dès que l'objectif est atteint, c'est-à-dire dès qu'il est mis fin à l'acte illégal de l'adversaire. Enfin, les représailles doivent respecter les « exigences de l'humanité et de la conscience publique ». Selon la Chambre de première instance, cette condition signifie que l'exercice de représailles doit, autant que faire se peut, respecter le

¹ . *Id.*, § 527.

² . TPIY, le Procureur c/ Kupreskic, affaire de n° IT-95-16-T, Chambre de première instance, jugement du 14 janvier 2000, § 535.

principe de protection de la population civile au cours des conflits armés et l'interdiction globale de prendre les civils pour cible »¹.

Section XI

L'erreur de fait et l'erreur de droit

Dans le cas de l'erreur de fait l'auteur de l'acte croit de bonne foi qu'un fait était établi, qui justifiait son comportement et le rendait licite². L'erreur de fait peut consister en l'ignorance d'un fait ou en une mauvaise perception de la réalité. Dans tous les cas elle reste susceptible de nier l'élément psychologique du crime³. Dans l'affaire des prisonniers de guerre polonais, jugée le 12 décembre 1950 par la Cour fédérale de justice allemande (*Bundesgerichtshof*), l'accusé exécute à l'encontre de la victime, sur ordre de la Gestapo, ce qu'il croit être une condamnation à mort prononcée à l'issue d'une procédure régulière. Il se trompe sur ce fait, la victime n'a pas été jugée. Ce qu'il pensait être un comportement licite s'avère être en réalité criminel, la Cour a reconnu cette erreur et l'a acquitté⁴.

Le Comité du TPIY, sur le bombardement de l'OTAN à l'encontre de la République fédérale de Yougoslavie, a examiné la question de savoir s'il serait possible d'engager la responsabilité des auteurs du bombardement de l'ambassade de Chine à Belgrade, ayant fait trois morts et quinze blessés. Le Comité a suivi la version donnée par les Etats-Unis selon laquelle le bâtiment aurait été frappé par erreur. Cette erreur de fait résulte d'une défaillance technologique dans le système de ciblage.

Nous ne pouvons pas dire que l'erreur de fait est un des motifs d'exonération de responsabilité internationale pénale, elle n'est exonératoire que dans la mesure où elle fait disparaître l'élément psychologique du crime⁵.

Selon l'article 32 du statut de la CPI, l'erreur de fait « 1- N'est un motif d'exonération de la responsabilité pénale que si elle fait disparaître l'élément psychologique du crime ; 2 - Une erreur de droit portant sur la question de savoir si un comportement donné constitue un crime relevant de la compétence de la Cour n'est pas un motif d'exonération de la responsabilité

¹ . TPIY, Le Procureur c/ Milan Martić, affaire n° : IT-95-11-T, Chambre de première instance, jugement du 12 juin 2007, §§ 466-467.

² . O. de Frouville, *Droit international pénal, op.cit.*, p.448.

³ . A. Marie, " Erreur de droit ou erreur de fait", *in* Commentaire du statut de Rome de la Cour pénale internationale, Julian Fernandez et Xavier Pacreau, (dir), Paris, Pedone, 2012, p.932.

⁴ . O. de Frouville, *Droit international pénal, op.cit.*, p.448.

⁵ . *Ibid*, p. 447.

pénale. Toutefois, une erreur de droit peut être un motif d'exonération de la responsabilité pénale si elle fait disparaître l'élément psychologique du crime ou si elle relève de l'article 33 ».

Concernant l'erreur de droit selon le principe « *Nul n'est censé ignorer la loi* »¹, l'accusé ne peut prétendre avoir ignoré qu'un comportement donné constitue un crime relevant de la compétence des tribunaux *ad hoc*².

Conclusion :

En fait, après avoir étudié les motifs d'exonération, il nous apparaît que les tribunaux *ad hoc* tendent à limiter les motifs d'exonération des crimes internationaux pénaux. Selon notre point de vue, cela relève, d'une part, de la gravité des crimes internationaux entrant dans les prérogatives de ces tribunaux et de leurs conséquences sur les intérêts fondamentaux de la Communauté internationale, et d'autre part, de la peur que ces tribunaux n'accomplissent pas leurs missions, en particulier celle du maintien de la paix et de la sécurité internationales.

Nous n'approuvons pas cette tendance, car comme nous l'avons déjà indiqué, les motifs d'exonération doivent être appliqués dès qu'ils remplissent leurs conditions, quelle que soit la nature du crime commis. De plus, ces tribunaux, afin d'accomplir leur mission de maintien de la paix et de la sécurité internationales, doivent appliquer la justice.

Bibliographie :

S. Aktypis, « Motifs d'exonération de la responsabilité pénale », *in* Commentaire du statut de Rome de la Cour pénale internationale, Julian Fernandez et Xavier Pacreau, (dir), Paris, Pedone, 2012.

K. Ambos, "Other Grounds for Excluding Criminal Responsibility", *in* The Rome Statute of the international criminal Court: a commentary, A. Cassese, P. Gaeta et John R.W.D. Jones (dir), New York, Oxford University Press, 2002, vol.1.

H. Ascensio, « *L'apport des tribunaux pénaux internationalisés à la définition des crimes internationaux* », *in* Les juridictions pénales internationalisées, Harvé Ascension,

¹ . Voy. par exemple l'article 32 du statut de la CPI : « *Une erreur de droit portant sur la question de savoir si un comportement donné constitue un crime relevant de la compétence de la Cour n'est pas un motif d'exonération de la responsabilité pénale. Toutefois, une erreur de droit peut être un motif d'exonération de la responsabilité pénale si elle fait disparaître l'élément psychologique du crime ou si elle relève de l'article 33* ».

² . O. de Frouville *Droit international pénal, op.cit., p.449.*

Emisabeth Lambert-Abdelgawad et Jean-Marc Sorel (dir), Paris, Société de législation comparée, 2006.

H. Ascensio et R. Maison, « *L'activité des Tribunaux pénaux internationaux* », in *A.F.D.I.*, vol 45, 1999.

X. Aurey, « Défaut de pertinence de la qualité officielle », in *Commentaire du statut de Rome de la Cour pénale internationale*, Paris, Pedone, 2012.

B. Babanla, *Mise en œuvre de la responsabilité pénale du chef d'Etat*, Bruxelles, Iarcier, 2012.

D. Boyle, « L'apport des tribunaux pénaux internationalisés à la définition des crimes internationaux », in *Les juridictions pénales internationalisées*, Harvé Ascension, Emisabeth Lambert-Abdelgawad et Jean-Marc Sorel (dir), Paris, Société de législation comparée, 2006.

J-Y de Cara, « L'affaire Pinochet devant la Chambre des Lords », in *A.F.D.I.*, vol 45, 1999, pp. 72-100.

O. de Frouville, *Droit international pénal*, Paris, Pedone, 2012.

CIJ, Droit d'asile « Colombie/ Pérou », arrêt du 20 novembre 1950, Rec.1950.

G. Dufour, « La défense d'ordres supérieurs existe-t-elle vraiment ? », in *Revue internationale de la Croix-Rouge*, no. 840, 2000, disponible sur <http://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/57jqtf.htm>. Consulté le 25 janvier 2016.

P. Foriers, *De l'état de nécessité en droit pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1951, n° 9.

P. Gatea "Official Capacity and Immunities": The Rome Statute of the international criminal Court: a commentary", in A. Cassese, P. Gaeta et John R.W.D. Jones, (dir), New York, Oxford University Press, 2002, vol.1.

E. Heugas-Darraspen, « Ordre hiérarchique et ordre de la loi », in *Commentaire du statut de Rome de la Cour pénale internationale*, Julian Fernandez et Xavier Pacreau, (dir), Paris, Pedone, 2012.

Jugement de Tokyo, à propos du moyen présenté par l'accusé Oshima, in *Doc. PCNICC/2002/WGCA/L.1*, p.165.

A. Marie, "Erreur de droit ou erreur de fait", in *Commentaire du statut de Rome de la Cour pénale internationale*, Julian Fernandez et Xavier Pacreau, (dir), Paris, Pedone, 2012.

S. Maupas, *l'essentiel de la justice pénale internationale*, Paris, Gualino, 2007.

J. Pradel, *Droit pénal général*, Paris, Cujas, 2006.

J. Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Universités Francophones, 2001.

A.G.Tachou-Sipowo, « *L'immunité de l'acte de fonction et la responsabilité pénale pour crimes internationaux des gouvernants en exercice* », in *Revue de droit de McGill*, avril 2011, vol. 56, no. 3.

B. Tranchant, « Les immunités des Etats tiers devant la Cour pénale internationale », in *R.G.D.I.P.*, tome CXVII. 2013.

S. Yee, « The *TuQuoque* Argument as a Defence to International Crimes, Prosecution or Punishment », in *Chinese Journal of International Law*, 2004.

✓ نَقَارِير :

نادي قضاة المغرب يناقش مقاربات ترشيد العمل القضائي حفاظا على الموارد وتحقيقا للجودة والنجاعة¹



بتاريخ 23 دجنبر 2017 نظم نادي قضاة المغرب بتعاون مع وزارة العدل ندوة وطنية بالرباط حول ترشيد العمل القضائي المغربي مقاربات من أجل الحفاظ على الموارد والتركيز على الجودة والنجاعة. استهلّت أشغال الندوة بكلمات افتتاحية، حيث قال رئيس نادي قضاة المغرب الدكتور عبد اللطيف الشنتوف: "إن عبء تحرير وقائع الأحكام القضائية أضحى هاجساً يومياً للعديد من القضاة ومصدراً للأمراض الجسدية والنفسية لهم، كما أنه يهدر حق المواطن أحياناً في الحصول على نسخة من حكمه داخل أجل معقول، وهو ما له آثار على مستوى التنفيذ وممارسة الطعون في بعض الأحوال". وأضاف أن تجارب دولية كثيرة تخلصت من مسألة إرهاق العاملين في الجسم القضائي، إما عن طريق اتخاذ القرار من طرف القاضي دون الحاجة إلى تحرير الحكم، خصوصاً في حالات الأحكام غير قابلة للطعون، أو عدم كتابة وقائع الحكم النهائي والاكتفاء بالتعليق، ومنها الأحكام المتعلقة بالأسرة حفاظاً على أسرار المتقاضين وأسرهم.

ولفت رئيس نادي قضاة المغرب الانتباه إلى أن "مجهوداً كبيراً يبذله القضاة يمكن استغلاله لحصول المتقاضين على حقوقهم داخل أجل معقولة وجودة عالية لو تم استغلال الزمن القضائي بالشكل المطلوب"، وأشار على سبيل المثال

¹ - تقرير تركيبي لأشغال الندوة من انجاز: أنس سعدون، دكتور في الحقوق، وعضو مؤسس للمرصد الوطني لاستقلال السلطة القضائية ونادي قضاة المغرب.

إلى أن " المحامين يقومون بطباعة مقالات الدعوى والمذكرات ولكن عملهم هذا يظل حبيس مكاتبهم، فيضطر القضاة إلى إعادة ما كتبوه، والأمر نفسه ينطبق على عمل الضابطة القضائية مع النيابة العامة والخبراء مع المحاكم، وغير ذلك". داعياً إلى ضرورة فتح النقاش حول جدوى بعض الوظائف القضائية وجدوى كتابة وقائع بعض الأحكام في قضايا الأسرة مثلاً، التي يبقى أثرها السلبي على الأطراف والأبناء لسنوات من صدور الحكم.

كلمة الرئيس المنتدب للمجلس الأعلى للسلطة القضائية ورئيس محكمة النقض قدمتها المستشارية لطيفة توفيق أكدت فيها أن الندوة تطرح موضوعاً ذي ابعاد متعددة، فـ " الأمر أكبر من مجرد نصوص قانونية ذات حمولات تقنية، بل نحن أمام محطة قضائية كبرى تستدعي الكثير من بعد النظر والوقوف على تفاصيل ذات بعد تاريخي وحقوقى ومضامين سياسية واقتصادية واجتماعية متعددة، وتتقضي مقاربة مهنية وحقوقية جادة وموضوعية، وهي محطة أسفرت وكما خلصت إلى ذلك الهيئة العليا للحوار الوطني عن تضخم في عدد محاكم الموضوع (111) وعدم توازن في نشاطها وسوء توزيع للعمل بينها وارتفاع في معدلات الإقبال على التقاضي وفي نسب ومعدل القضايا التي يتعين على قضاة المملكة البت فيها في ظل الإمكانيات المتاحة لهم سواء على مستوى التكوين والتأهيل وعلى مستوى البنية وظروف ممارسة المهنة.

وهي كلها مؤشرات جعلت الجميع يطالب بضرورة وضع تصور جديد يؤسس لتنظيم سلطة قضائية مستقلة ومسؤولة عن النجاعة وعن الحكامة وعن القرب الحقيقي من انتظارات المتقاضين على اختلاف مشاربهم وجنسياتهم.

كلمة رئيس النيابة العامة قدمها القاضي هشام بلوي الذي ذكر فيها بأن سنة 2017 عرفت حدثين هامين تجسداً في تنصيب المجلس الأعلى للسلطة القضائية وكذا استقلال النيابة العامة عن وزارة العدل، موضحاً أن تحقيق العدالة سيكون بالتخفيف من الاكتظاظ في المحاكم كما أثار ذلك ميثاق الحوار الوطني من أجل إصلاح منظومة العدالة، وترشيد العمل القضائي مرتبط بعدة عناصر أهمها ترشيد آليات العمل وتقديم خدمات قضائية في المستوى وكذا ترشيد آليات الاعتقال الاحتياطي، مذكراً بأن هناك دولا عديدة راكمت تجربة من هذا القبيل على مستوى الجودة والنجاعة، وقد رحب السيد رئيس النيابة العامة في الأخير بالتعاون مع جميع الجمعيات المهنية وخاصة نادي قضاة المغرب من أجل اتخاذ أي مبادرة من أجل ترشيد العمل القضائي وتحقيق الحكامة والنجاعة القضائية.

كلمة وزارة العدل قدمها القاضي بنسالم أوديجا مدير التشريع بالوزارة أكد فيها على ان التحديث قد يكون مدخلا رئيسيا لترشيد العمل القضائي، مؤكداً أن وزارة العدل وفي إطار دورها المتمثل في الإشراف الإداري والمالي على المحاكم تولي لموضوع ترشيد العمل القضائي تحقيقاً للنجاعة والحكامه أهمية قصوى وفي هذا السياق أصبح اختيار المسؤول القضائي قائماً على أساس تعاقدى اذ يتقيد بتنفيذ برنامج محدد طيلة مدة تقلده للمسؤولية، وأضاف بأن وزارة العدل ومن أجل ترشيد العمل القضائي أعدت عدة تطبيقات تسعى لتنزيها في المحاكم في أفق تفعيل الحكامة الرقمية سنة 2020.

كلمة المجلس الوطني لحقوق الإنسان قدمها السيد يوسف بنشباك استعرض من خلالها تجربة هيئة الإنصاف والمصالحة حيث اضطرت أمام ضيق الوقت وكثرة الملفات المعروضة عليها، إلى الاستعانة بعدد كبير من الخبراء القانونيين ذوي التجربة في المجال الحقوقي وفي المهن القضائية. فكانوا يتولون دراسة الملفات وتجهيزها مع ما يتطلبه ذلك من مجهودات جبارة رامية إلى استكمال المعطيات والبيانات والوثائق، ومقابلة الضحايا، واستقبالهم في إطار من التكامل والتشاور مع أعضاء الهيئة، وبالاعتماد على قاعدة البيانات التي جرى الحرص على توفيرها منذ بداية عمل الهيئة.

ومن ناحية أخرى، فإن عملية تعليل المقررات التحكيمية تطلبت من الهيئة، وخاصة من الفريق المكلف بجبر الضرر الكثير من الجهد والطاقة والدراسة، مع الاطلاع على الاجتهادات الأجنبية في هذا المجال، مما أسفر عن تعليقات منسجمة ومستجيبة للغايات المتوخاة من إحداث هيئة الإنصاف والمصالحة.

وتضمنت الكلمات الافتتاحية أيضا مداخلات لمثلي باقي الجمعيات المهنية القضائية حيث أكد الكاتب العام للودادية الحسنية للقضاة دعم الودادية لأي مبادرة تهدف الى ترشيد العمل القضائي، وأكدت ممثلة جمعية النساء القضائيات على أن عملية تحرير وقائع الأحكام القضائية وتكرار الإجراءات عملية تستنزف طاقة القضاة، كما ذكر نائب رئيس منتدى القضاة الباحثين بأن عبئ تحرير الأحكام كان دوما يؤرق بال القضاة مما حتم اللجوء ومنذ عقود لحلول لهذه الإشكالية من خلال الاستعانة بالمحققين القضائيين والموظفين في الخدمة المدنية وحتى باقي الموظفين والمتطوعين لمساعدة القضاة على رqn الأحكام القضائية، أو تجهيز الملفات لمواجهة الكم الهائل خاصة من القضايا البسيطة التي تتم معالجتها في نماذج جاهزة كقضايا تسجيلات الحالة المدنية، والمخالفات وبعض الجرح، وهي تجارب تعتمد حتى على مستوى بعض المحاكم الأعلى درجة وكذلك في العديد من البلدان المقارنة، لان بعض الأعمال الروتينية تستهلك من الوقت الذي ينبغي للقاضي أن يخصصه في عملية معالجة القضايا والإنصات لأطراف الدعوى.

في نفس السياق أكد النقيب محمد أقديم رئيس جمعية هيئات المحامين بالمغرب ترحيب الجمعية بمبادرة نادي قضاة المغرب شريطة احترام حقوق الدفاع، والحرص على التعليل الجيد للأحكام والقرارات القضائية.

• الجلسة العلمية الأولى : ترشيد العمل القضائي في ضوء بعض التجارب المقارنة :

مسيرة الجلسة : حجبية البخاري عضوة بالجلس الأعلى للسلطة القضائية.

مقرر الجلسة : عبد العزيز علا : قاض بالمحكمة الابتدائية بسيدي قاسم.

استهلّت أشغال الجلسة العلمية الأولى بمداخلة المستشار ياسين مخلي عضو المرصد الوطني لاستقلال السلطة القضائية وتمحورت حول : " دور التكنولوجيا الحديثة في ترشيد وتجويد العمل القضائي "، استعرض من خلالها تجربة كوريا الجنوبية التي أنشأت مركزا للتكنولوجيا تابعا للمحكمة العليا يعمل به 126 موظف و700 مستخدم عن طريق التعاقد، مهمته بالأساس ترشيد العمل القضائي عن طريق الاستعانة بتكنولوجيا المعلومات، حيث يتم العمل ب 7890 وحدة، وتتم معالجة جميع القضايا والنزاعات بشكل الكتروني، مند تسجيلها وحتى النطق بالحكم، الذي ينشر فوراً في موقع الكتروني للعموم، تعزيزاً لحق المواطنين في الوصول الى المعلومة، ويقوم تطبيق متخصص بحذف أي عبارة تدل على هوية الأطراف احتراماً لمبدأ الخصوصية. وقد انطلقت هذه التجربة بمبادرات أولى انطلاقاً من سنة 1979 واستمرت إلى حدود سنة 2016، وبعد هذا التاريخ تم الاستغناء بشكل نهائي عن الملفات الورقية والاكتفاء فقط بكل ما هو رقمي.

وقدم قاضي الاتصال بباريس أمين النابلي دراسة لبعض التجارب الدولية الهادفة الى ترشيد العمل القضائي حيث أكد أن الإصلاحات المعتمدة دولياً بهذا الصدد شملت القيام بـ :

- عقلنة الخريطة القضائية : وذلك إما بخلق محاكم جديدة أو خلق قضاء متخصص مع ضرورة تخصيص كل الموارد المادية والبشرية اللازمة كما فعلت بعد الدول المقارنة. أو إلغاء بعض النوع من القضايا وتكليف الجهات الإدارية بها مثل ما فعلت دولة بلجيكا.

- تطبيق القضاء الفردي : وما لأهمية القضاء الفردي في تسريع البت في القضايا علما بأن بعض الدول أخذت بالقضاء الفردي حتى في محاكم الدرجة الثانية مثل بريطانيا و اليونان.
- تعميم المعلومات : وهو ما اعتمدته جل دول الاتحاد الأوربي بما فيها دول أوروبا الشرقية مثل استونيا وسلوفينيا فضلا عن بلجيكا واسبانيا...
- توفير الموارد وإدارتها : وذلك بإحداث نظام المساعدين الذي يتكفون بتحرير الوقائع والبحث عن الاجتهادات القضائية، فكاتب الضبط يكلف بتحرير الوقائع ويكتفي القاضي بتحرير الحيشات والمنطوق وهو في الأصل اتفاق بين القاضي وكاتب الضبط وليس هناك نص قانوني يلزم كاتب الضبط بهذا العمل، وهناك نظام يسمى المساعدون المتخصصون الذين يعينون لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد بعد أدائهم اليمين القانونية أمام محكمة الاستئناف ودورهم يمكن في فهم الملف وتجهيزه وضمان الجودة والفعالية، وفي هذا الإطار أصدرت وزيرة العدل الفرنسية خمسة أورايش تقوم على أساس التحويل الإلكتروني وتطوير وتسيير المسطرة المدنية والجنائية...

والى جانب التجارب المقارنة مكانا، اشتملت الجلسة على تجارب مقارنة زمانا؛ حيث قدمت القاضية تنسيم بلمقدم ورقة المعهد العالي للقضاء تمحورت حول موضوع قراءة في تحرير الأحكام القضائية المغربية بين الماضي والحاضر استعرضت من خلالها مظاهر التطور الذي عرفته الأحكام القضائية قبل الحماية، وكانت حينها شفوية قبل أن يظهر كاتب القاضي ويعتبر وزيره ويحمل عنه بعض أعباء مهام القضاء، حتى يبقى للقضاة متسع من الوقت لطلب العلم . وخلال مرحلة الحماية بدء تدوين الأحكام رسميا من طرف كاتب القاضي بشكل مقتضب وموجز وكان دور القاضي مقتصر على التوقيع على الحكم بعد قراءته، أما بعد الاستقلال ظهرت الأحكام بما هي عليه الآن بدياجة ووقائع وتعليل ومنطوق حكم، وفي هذا الإطار هناك قراران صادران عن المجلس الأعلى سابقا أكد الأول أن الوقائع تنظر فيها محكمة الموضوع ولا رقابة للمجلس الأعلى عليها، وفي القرار الثاني اعتبر بأن الأخطاء التي تعترى الوقائع لا تكون موضوع طعن بالنقض أمام المجلس، وفي الأخير ذكرت المتدخلة بأن ترشيد العمل القضائي رهين بإنشاء الإدارة الرقمية والاهتداء بالتجارب المقارنة في هذا المجال في إطار المحكمة الرقمية أمام كثرة الملفات وكثرة الوقائع المعروضة وما يفرضه من إعادة كتابة الوقائع على كثرتها مع ما يعترى محاضر الجلسات من صعوبة في القراءة.

● الجلسة العلمية الثانية : ترشيد العمل القضائي من رؤية من داخل منظومة العدالة :

مسير الجلسة : نور الدين الوهلي، وكيل الملك بالمحكمة الابتدائية بالقنيطرة.
مقرر الجلسة : د.أنس سعدون، عضو نادي قضاة المغرب وعضو المرصد الوطني لاستقلال السلطة القضائية.
عرفت هذه الجلسة تقديم عدة مداخلات استهلّت بمداخلة عضوة نادي قضاة المغرب والأستاذة بالمعهد العالي للقضاء لبنى الفريالي حول " بناء الحكم القضائي " دعت فيها الى تصور شكل جديد لبناء الحكم يتناسب والتطور الحاصل على مستوى المؤسسة القضائية ويأخذ بعين الاعتبار مستجدات دستور 2011 لمواجهة معضلة التحرير غير المجد للوقائع، وذلك بأن يتضمن الحكم الديباجة (تتضمن الهوية والمستنتجات) والأسباب (التعليل) والمنطوق .
من جهته أكد الأستاذ ياسين العمراني الكاتب العام لنادي قضاة المغرب و عضو المرصد الوطني لاستقلال السلطة القضائية في مداخلته بعنوان " تشخيص واقع تدبير المورد البشري على مستوى المشهد القضائي " على أن مشكل معاناة القضاة من تحرير وقائع الأحكام مرتبط بعدة عوامل، أبرزها على الخصوص :

سوء تدبير الموارد البشرية القضائية، من خلال سوء توزيع القضاة على مستوى الخريطة القضائية، وكذا سوء توزيع الأشغال داخل أغلب محاكم المملكة بالشكل الذي يفرز غياب التوازن في عدد القضايا المسندة للقضاة من محكمة لأخرى، بل ومن قاضي لآخر داخل نفس المحكمة، وبخصوص هذا السبب أكد الأستاذ العمراني على أن نادي قضاة المغرب بصدد إطلاق مبادرة ثانية تهم تشخيص واقع توزيع المهام على السادة القضاة داخل المحاكم من خلال الاسترشاد بمداول توزيع الأشغال المنبثق عن الجمعيات العامة ووضع تصور متكامل حول واقع هذا الجانب من التدبير.

إثقال كاهل القضاة بمهام تتجاوز موضوع الخصومة القضائية، حيث أكد المتدخل أن من بين أسباب معضلة التحرير حشو العمل القضائي بعدد من القضايا البعيدة عن مجال الخصومة القضائية، والتي يمكن معالجتها إداريا كما هو الشأن بالنسبة لقضايا الحالة المدنية المرتبطة بإضافة اليوم والشهر وتسجيل الولادات، وبعض المخالفات البسيطة التي يمكن معالجتها خارج نطاق الخصومة القضائية...

غياب التنسيق بين المتدخلين في مجال صناعة القرار القضائي، سواء على مستوى التنسيق الداخلي بين مختلف درجات المحاكم، أو التنسيق الخارجي مع باقي المتدخلين في صناعة القرار القضائي، مقترحا بهذا الخصوص إحداث بوابة إلكترونية خاصة بكل محكمة على حدة لتلقي المستندات المعتمد عليها في تحرير وقائع الأحكام في صيغة word كما هو الشأن بالنسبة لمخضر الضابطة القضائية أو مذكرات الدفاع أو تقارير الخبرات... مع ضرورة الربط الإلكتروني بين مختلف المحاكم لتسهيل عملية استخراج نسخ الأحكام من قبل قضاة محاكم أعلى درجة بنفس صيغة word تفاديا لتكرار تحرير وقائع الأحكام.

غياب الخيار التشريعي بخصوص إعفاء القضاة من التحرير إجمالا في بعض القضايا وبعض الحالات، كما هو الشأن بالنسبة للقضايا التي يقع بشأنها صلح أو تنازل عن الدعوى أو إيقاف سيرها. وفي مداخلة أكد المستشار بمحكمة الاستئناف بالرباط عبد الله الكرجي طرح موضوع ترشيد العمل القضائي بالمحاكم هو "نبش في تفاصيل الإصلاح وذلك بتجاوز التصور الكلاسيكي للمؤسسة عبر الانتقال من "تسيير المستخدمين" إلى "تدبير الموارد البشرية"؛ لأنه كلاسيكيا كان ينظر إلى العامل - أو المستخدم - على أنه كلفة، بينما أصبح ينظر إلى العامل في التصور الحديث لتسيير المؤسسة على أنه ثراء يتعين ترشيد تدبيره .

فاليوم نعيش ارتفاع تكلفة الجهودات بتوظيف قضاة للقيام بعملية تحرير وقائع أحكام يمكن أن يقوم بها موظفون أو مساعدون؛ ونجم عن هذا الوضع عدم اقتصاد الرأسمال البشري وعنصر الزمان والتأخير غير المبرر في القضايا أحيانا والتأخير في التحرير حتى صار التحرير كابوسا يقض مضاجع القضاة"، مقترحا الاستفادة من التجارب المقارنة خاصة في الدول التي أحدثت جهازا لمساعدة القضاة، والمغرب يتجه على هذا النحو حيث نظمت وزارة العدل مباراة لتوظيف عناصر من كتابة الضبط وترقيتهم قصد مساعدة القضاة على تهيئ الأحكام وهو ينتظرون مباشرة مهامهم. في نفس السياق اقترح رئيس المنتدى الوطني لأطر الإدارة القضائية الباحثين ياسين بوكراع خلق فئة مساعدي القضاة وإخضاعهم لتكوين أساسي ومستمر لتولي مهمة تحرير وقائع الأحكام القضائية، مؤكدا أن عملية تلخيص الوقائع يكون أحيانا أصعب وأرهق بكثير من نقلها حرفيا في مسودة الحكم لأنها ترهق القاضي ولا تمنح له الجهد الكافي لتقديم عصارة اجتهاده في تعليل الأحكام .

وقدم نائب الوكيل العام لدى محكمة الاستئناف بطنجة يوسف سلموني زرهوني مداخلة حول موضوع ترشيد عمل النيابة العامة بين مقتضيات القانون وإكراهات الواقع، قدم من خلالها عدة مقترحات لترشيد العمل القضائي، أهمها:

- تنزيل مشروع المحكمة الرقمية عن ريق وضع برنامج معلوماتي دقيق يسمح لكل فئة معينة من مكونات العدالة بالولوج في حدود ما هو داخل في صلاحياته،
- وضع برامج معلوماتية تربط مختلف مصالح الضابطة القضائية مع النيابة العامة، وبين هذه الأخيرة ومختلف غرف المحاكم التابعة لها، وتمكين القضاة من الولوج إليها، كل في حدود اختصاصاته؛
- الاستعاضة عن زيارة أماكن الوضع في الحراسة النظرية بنصب كاميرات مراقبة تمكن قضاة النيابة العامة من مراقبة ما يحدث داخل هذه الأماكن، مع النص على القيام بزيارتها كلما أمكن ذلك، أو عند ورود شكاية أو وشاية،
- تضمين البرنامج المعلوماتي ما يخول للنيابات العامة بمختلف المحاكم تبادل المراسلات فيما بينها، ومع رئاسة النيابة العامة، وتطبيق نفس الإجراء مع مختلف مساعدي القضاة،
- تضمين البرنامج المعلوماتي بين النيابة العامة والضابطة القضائية مجالا يبين بدقة التعليمات الصادرة لها يغني عن توجيه مختلف المراسلات، وفسح المجال للضابطة القضائية للجواب وفق نفس الطريقة؛
- تعميم الاستخدام الرقمي للسجل العدلي وخلق منظومة معلوماتية وطنية.

مجلة الفقه والقانون

www.majalah.new.ma

ردمد : 2336-0615