

الاستيلاء على الأرض الخالية في القانون الدولي

م. أحمد كاظم محييس
كلية الامام الكاظم (ع) للعلوم الاسلامية الجامعة

المقدمة

ان اساليب اكتساب الملكية على الارض في القانون الدولي بقيت على حالها منذ فترات طويلة ، حيث يكون هذا لاكتساب وفقا لاحد الطرق الاتية :

- التنازل ، ويتم من خلال نقل السيادة على الارض من قبل الدولة المالكة .
- الاستيلاء ، ويتم من خلال وضع اليد على اقليم غير خاضع لسلطة دولة اخرى .
- التراكم او الاضافة ، اي من خلال الزيادة الطبيعية او الاصطناعية لاقليم الدولة دون انتهاك لسيادة دولة اخرى .
- الفتح ، اي الاستيلاء من خلال الحرب على اقليم معين .
- حق التقادم ، ويتم اكتساب الارض من خلال ممارسة السيادة على الاقليم بشكل مستمر وهادئ^(١).

وحيث لايمكن ان تقوم اي دولة الا بتوافر اركانها الثلاثة ، الشعب والاقليم والسلطة السياسية ، وان افتقاد احدها يعني عدم امكانية قيام الدولة ، ما يهنا بحثه في من بين تلك الاركان هو ما يتعلق بجزئية مهمة من ركن الاقليم الا وهي مدى امكانية الاستيلاء على الارض التي لا مالك لها وضمها الى اقليم الدولة ، سواء كانت هذه الارض ملاصقة للاقليم الاصلي للدولة او بعيدة عنه .

وطريقة الاستيلاء على الارض الخالية كانت اكثر الطرق رواجاً اثناء الفترة الاستعمارية ، حيث بموجبها توسعت تلك الدول حتى اصبحت امبراطوريات مترامية الاطراف مركزها في احد الدول الاوربية الاستعمارية واقليمها تمتد من اسيا شرقا الى الامريكيتين غربا مروراً بافريقيا ، وترتب نتيجة ذلك الاستيلاء اثار قانونية دولية كبيرة ، خاصة بعد استقلال الدول من السيطرة الاستعمارية ونشوء دول جديدة في اثرها .

اهمية البحث

لعب الاستيلاء دوراً كبيراً في توسيع ملكية الدول الاستعمارية على اراضي واسعة خارج اقليمها ، كما شكل الاستيلاء احد الحجج الاساسية التي اعتمدها الدول كحجة قانونية لتبرير التوسع الاستعماري ، حيث افترضت تلك الدول ان وجودها في تلك الاقاليم الجديدة انما يقوم على اساس قانوني يسنده ، وقد ترافق مع الاستيلاء عدة انتهاكات لحقوق الانسان ، كما ان العديد من ممارسات الاستيلاء تخالف قواعد القانون الدولي ومبادئ العدالة ، لذلك نجد تداعيات قانونية وانسانية كبيرة ما زالت لحد الان تحاول الدول تداركها وايجاد الحلول لها ، لذلك فأن الاستيلاء وان كان واقعاً تاريخياً ، الا ان اثاره الحالية لازالت قائمة.

(١) - Jusua Castellino – Territorial Integrity and The right to self-determination – Brooklyn Journal of International law –Vol 2008 – 33 – p516-515 .

اشكالية البحث

تظهر عدة اشكاليات مهمة عند بحث موضوع الاستيلاء على الارض الخالية وضمها الى الدولة المستولية ، ومن بين تلك الاشكاليات :-
تعارضها مع حقوق الانسان ، حيث تمثل مبادئ حقوق الانسان الاساسية نظاماً لا يجوز انتهاكه خاصة مع التقدم الكبير في هذا المجال واعتبارها مبادئ عالمية محل احترام عند جميع الدول ، بينما نجد ان عدد مهم من الدول يقوم وجودها كأقليم على اساس الاستيلاء .

من الناحية النظرية لاتزال امكانية وجود اراضي خالية ممكنة من الناحية الواقعية ، مما يستدعي ان يكون التنظيم القانوني للاستيلاء منسجماً مع التطور القائم في القانون الدولي .

ان قاعدة فرض الامر الواقع من خلال النفوذ والقوة العسكرية للدول الكبرى على الاراضي الخالية ربما يخلق صراعاً دولياً يهدد السلم والامن الدوليين .
نظر القضاء الدولي والداخلي في العديد من المنازعات التي كان موضوعها الاستيلاء على اراضي بحكم الخالية ، وترتب على صدور الاحكام القضائية بشأنها حصول تعارض بين نوعين من الملكية حدها تستند لسبب تاريخي والاخرى تستند لحكم قضائي ، مما يقتضي ايجاد حل لذلك التعارض .

منهجية البحث

سيتم اعتماد المنهج التحليلي خلال البحث وذلك من خلال تحليل الاسس التي استندت اليها الدول الاستعمارية اثناء عملية الاستيلاء ، وكذلك تحليل الاحكام القضائية الدولية والداخلية التي صدرت في هذا الشأن ، مع التعرض للقوانين التي نظمت هذا الموضوع في الدول التي توارثت اقاليمها عن الدول الاستعمارية .

المبحث الاول مفهوم الارض الخالية وحالاتها

لا يكون الاستيلاء ممكناً الا حينما تكون الارض او الاقليم خالياً حتى يمكن لها بسط نفوذها عليه وبالتالي امتداد سيادتها اليه ، ويقصد بخلو الاقليم هو عدم اشغاله من قبل اي مجموعة بشرية ، وفي احيان اخرى يكون الاقليم مشغولاً بمجموعات بشرية ولكنه يعتبر بحكم الارض الخالية لاسباب معينة ، وهذا ما سيتم بيانه في المطالب الاتية .

المطلب الاول: مفهوم الارض الخالية

يرى الفقيه « لوترباخنت » ان العديد من قواعد ومفاهيم القانون الدولي تجد جذورها في القانون الخاص^(٢) ، ولكن من المؤكد أن هناك اختلافاً في تطبيق تلك القواعد والمفاهيم نتيجة التباين بين طبيعة المجتمع الداخلي وطبيعة المجتمع الدولي الناشئة عن اختلاف نوع ودرجة واساس التنظيم بين هذين المجتمعين .

لذلك نجد ان اشتقاق مصطلح الارض الخالية (terra nullius) كان نتيجة التأثير بالقانون الروماني ، وان كان هذا القانون لم يستخدمه في مجال الاستيلاء على الارض الخالية ، وقد ارتبط هذا الحق ارتباطاً وثيقاً بالقانون الطبيعي ، فالقانون الروماني كان يتعامل مع الاشياء التي تكون قابلة للاستحواذ عليها بطبيعتها ، وهي اما ان اشياء موجودة طبيعياً ، اي يكون الحصول عليها من الطبيعة مثل الحيوانات والطيور والاسماك ، او التي يتم استخراجها من الارض مثل الكنوز ، او تلك التي يتم الاستيلاء عليها اثناء الحرب من العدو مثل الاحجار الكريمة والجواهر ، اما فكرة احتلال الارض الخالية لغرض فرض السيادة او بسط السلطة فلم تكن مطبقة عندهم^(٣).

ظهر مصطلح الارض الخالية (terra nullius) في القانون الدولي في الفترة بين عامي ١٩٠٨ و ١٩١١ حينما وصف الفقيه الايطالي (بيتشوني) جزيرة (Spitzbergen) المتنازع عليها بأنها كانت ارضاً خالية (terra nullius) وبين بأن قضية الجزيرة من الممكن تسويتها ببساطة لو انها بقيت خالية ، حيث يمكن ان تتسب لدولة واحدة اما بالمجاورة او بالاحتلال السابق^(٤).

وقد عرّف معهد القانون الدولي الارض الخالية تعريفاً موجزاً حيث اعتبرها بأنها (اي منطقة لا تخضع للسيادة الفعالة لأي دولة) واعتبر الدولة بانها جماعة منظمة سياسياً لتميزها عن التنظيمات القبلية^(٥).

وبمراجعة دقيقة لهذا التعريف نجده ربط خلو الارض بالسيادة ولكن ليست اي

(٢) H. Louterpacht – Private Law sources and analogies of International law .

(٣) Amin G. Forji- The civilizing Mission and the Imbalance of Development in Africa – Journal of African and international law – Vol 6 – No 2013 – 1 – p 213 .

(٤) Andrew Fitzmaurice – The Genealogy of terra nullius – Australian historical studies – 2007– p4 .

(٥) تعريف معهد القانون الدولي في دورته المنعقدة في لوزان عام ١٨٨٨ .

سيادة ، وانما اشترطها ان تكون فعالة ، فالفاعلية ، وفقاً لهذا لتعريف هي وحدها التي تبسط السيادة على الارض وتتفي عنها صفة الخلو دون غيرها.

المطلب الثاني: حالات الارض الخالية

اولا : الارض الخالية حقيقة

توجد في الواقع العديد من الاماكن المهمة في الكرة الارضية والتي ينطبق عليها وصف الارض الخالية باعتبارها غير مأهولة بالسكان كما هو الحال في القطبين الشمالي والجنوبي ، ولا بد من الفات النظر الى اهمية تلك المنطقتين نظراً لما تحويانه من ثروات احيائية كبيرة ومعادن ، فضلا عن اهميتها الاستراتيجية من الناحية العسكرية ، خاصة وانهما يمكن ان يكونا قواعد عسكرية ومناطق انطلاق لاعمال عسكرية للدول الكبرى لمواجهة بعضها البعض ، او اتخاذها مركزا لنصب الاسلحة الاستراتيجية والصواريخ بعيدة المدى .

كما ان امكانية ظهور اراضي جديدة نتيجة التغيرات المناخية التي تؤدي الى انحسار المياه عن الارض يجعل منها اراضي خالية حقيقة ، حيث انها تكون حال ظهورها غير مشغولة بالسكان ، وغير خاضعة لسيادة اي دولة.

ثانيا : الارض الخالية حكماً

ابتدع البريطانيون اسطورة الارض الخالية من السكان ومن انظمة الحكم او القانون لتبرير سيطرتهم الاستعمارية على الاراضي الاسترالية ، وعملت تلك الحجة على تاسيس السيادة الاستعمارية على تلك الاراضي .

وقد لعبت كتابات الفقيه السويسري (فانيل) في منتصف القرن الثامن عشر دورا موثرا في تأسيس تبرير نزع ملكية الشعوب البدائية ، حيث يرى بأنه لايمكن ان يكون لتلك الشعوب على الارض الا حينما تتمكن من زراعتها والاهتمام بها^(٦).

وربط بعض فقهاء القانون الدولي وجود الحكومة الفاعلة كعامل حاسم في ايجاد الحصانة للارض وعدم اعتبارها ارضا خالية ، وبالنظر لكون المجتمعات البدائية غير قادرة على ان تعمل كحكومات حقيقية وغير قادرة على حماية الملكية الخاصة للأفراد ، اصبح من الضروري التدخل الاوربي في تلك الاقاليم^(٧) ويبدو ان ذلك الاقتران الذي اشترطه جاء نتيجة التاثر بفكرة وجود الدولة الحديثة التي احد أركانها وجود السلطة السياسية ، فقد ادرك اصحاب هذا الرأي ان عملية الوصول الى مبررات قانونية تبرر الاستيلاء على الاقاليم الجيدة بشكل واسع انما يتم ايجادها بذات المنطق القانوني الذي تقوم عليه فكرة الدولة .

وترتب على ذلك عند سيطرة الدول الاستعمارية على الاقاليم الجديدة التي تسكنها القبائل غير المتحضرة فأن هذه الدول لم تعترف للشعوب الاصلية باي حقوق قانونية ،

(٦) Irene Watson – Aboriginal People Colonialism and the International law – Glasshouse book – 2015 – p 6.

(٧) M. F. lindley – op.cit – p 215 .

ومن هنا حق التملك ، فيما يتعلق بالأراضي أو الموارد ، وإنما كان يُنظر إليها على أنها تستخدم الأراضي العامة أو الوطنية على مضض من الحكومة^(٨).

لقد ثار نقاش حاد بين فقهاء القانون الدولي في مؤتمر معهد القانون الدولي الذي عقد لوزان عام ١٨٨٨ وكان محور النقاش يتعلق بمدى قانونية استعمار الأراضي التي يشغلها السكان الأصليون ، حيث يرى « مارتنز » ان السيادة وحدها التي تمنع امكانية الاستيلاء ، اما « انجلهاردت » وغالبية اعضاء المعهد الاخرين كانوا يجدون ان لا علاقة لمسألة السيادة في تحديد مدى قانونية الاستيلاء ، حيث ان من غير القانوني استعمار اي اقليم يشغله شعب ما .

وقد ادرك « انجلهاردت » بشكل يقيني ان اصرار مارتنز على عدم جواز الاحتلال في حال وجود السيادة فقط ، انما كان يريد بذلك حرمان الشعوب الاصلية من ان تكون بعيدة عن الاستعمار^(٩).

ويذهب بعض فقهاء القانون الدولي الى ان عدم تحقق التحضر في اقليم معين ليس سبباً كافياً لسقوط حق السيادة على الارض ، ولا يمكن اعتبار الاقليم الذي تسكنه القبائل مهما كانت بربرية او بدائية اقليمياً خالياً^(١٠).

ثالثاً : التخلي عن السيادة

تختلف هذه الحالة عن الحالتين السابقتين في ان الاقليم ، الذي ربما يكون خالياً من السكان او مشغولاً بهم ، تحت سيادة دولة ما ، وفي وقت ما تتخلى تلك الدولة عن سيادتها على ذلك الاقليم ، ، عليه تعود الحال اما الى حالة مماثلة لما ورد في اولاً من هذا المطلب فنكون بأزاء ارض خالية حقيقةً ، او نكون بأزاء اقليم مشغول بمجتمعات تفنقر للتنظيم السياسي فتكون الحالة مماثلة لما ورد في ثانياً .

يعرف بعض فقهاء القانون الدولي مفهوم التخلي عن السيادة بأنه (الفشل في الحفاظ على ادنى درجات الفاعلية للسيادة)^(١١) ، ونرى ان تحديد فاعلية السيادة التي يمكن اعتمادها لبيان قيامها تفنقر الى معيار واضح في هذا الخصوص ، ويمكن ان تكون محل خلاف في مدى السيطرة المقترضية لذلك .

ويتحقق التخلي عن السيادة بتوافر عنصرين اساسيين ، العنصر الاول هو التنازل الواقعي عن الملكية ، والعنصر الثاني يتمثل في وجود نية للتخلي عن السيادة^(١٢) . ويجب ان يتوافر العنصرين معا حتى نكون بازاء تخلي ارادي عن السيادة وبخلافه لا يتحقق التخلي ، حيث احتجت فرنسا على بريطانيا بذلك عندما قامت بالاستيلاء

(٨) تقرير لجنة حقوق الانسان ف المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة - الدورة (٥٣) - تقرير اعنته السيدة ايريا ايرين أ. داس - مصدر سابق - ص ١٥ .

(٩) Andrew Fitzmaurice - op.cit- p 9.

(١٠) M. F. lindley - The Acquisition and Government of Backward Territory - Long , Green and Co LTD - London -- 1926 p 16 .

(١١) Brian Taylor Sumner - Territorial Disputes at the International court of Justice - Duke law Journal- Vol 2004 -53 - p 1787 .

(١٢) lendley - op.cit - p48 .

على جزيرة « سانتا لوسيا » مدعية بأن البريطانيين تخلو عن الجزيرة عندما تم قتل جميع قواتهم المرابطة في الجزيرة من قبل سكان الجزيرة في عام ١٦٤٠ ، ولم يكن لدى البريطانيين اية نية للعودة اليها ، مما يفسر تحقق نية التخلي عنها ، وان سيطرة الفرنسيين على الجزيرة في عام ١٦٥٠ كان على اعتبارها ارضا خالية من السيادة ، وكان رد البريطانيين على ذلك الادعاء بأن خروجهم من الجزيرة كان بسبب العنف ضد قواتهم ولم تكن لديهم النية في التخلي عنها ، مما يعني عدم تحقق الشروط اللازمة .

وتظهر صعوبة اثبات السيادة على الاراضي التي يتم اخلائها من الدولة او التخلي عن السيادة عليها في اثبات عائدة الارض المتخلى عنها من قبل الدولة الاستعمارية في حال حصول نزاع بين دولتين يدعيان السيادة عليها ، وهو ما حصل في قضية جزر خليج فونيسكا ، حيث تنازع السيادة عليها كل من السلفادور والهندوراس بدعوى خلافة التاج الاسباني الذي كان مستعمراً لهما ، وعند عرض النزاع على محكمة العدل الدولية اشارت الى ان احد اسس التملك يكون من خلال ممارسة أو اظهار السيادة من قبل احد الطرفين دون ان يقترن بأي احتجاج من الطرف الاخر (١٣) .

(١٣) حكم محكمة العدل الدولية في النزاع بين السلفادور والهندوراس الصادر في ١١/أيلول / ١٩٩٢ - الفقرة ٣٤٣ النسخة الانكليزية .

المبحث الثاني

الاسس التي يقوم عليها الاستيلاء للأراضي الخالية

بعد ان اصبح واضحاً ماهي الاقليم التي تكون في وقت ما خالية من السكان او بحكم الخالية ، لابد من بيان الاساس الذي استندت اليه الدول لبيسط سلطتها وسيادتها على تلك الاقاليم ، والتي تباينت بين اسس دينية واسس قانونية .

المطلب الاول: الاسس الدينية

ان اعتماد الاسس الدينية لتبرير الاستيلاء على الاراضي الخالية انما ترجع في اصولها الى العصور الوسطى والى الحروب الصليبية التي قامت على عقيدة استرداد الاراضي المقدسة منذ عام ١٠٩٦ الى عام ١٢٧١ ، وربما كان قبل ذلك ، حينما قامت الكنيسة الكاثوليكية الرومانية بتأسيس فكرة السلطة البابوية العالمية ، والتي انشأت مسؤولية الكنيسة القانونية للعمل من اجل اقامة الكومنولث المسيحي واستناداً لتلك المسؤولية قامت الحروب الصليبية « المقدسة » ضد الكفار .

وتزامنت مع تلك الحملات عملية تنظير فكري كبيرة ، حيث تعتبر كتابات القديس اوغسطين في القرن الخامس من اوائل ما كتب في منح الحق للمسيحين في اعادة احتلال الاراضي التي تم الاستيلاء عليها من قبل « الكفار » ، كما ادعى بأن لهم الحق في غزو الامم التي مارست اكل لحوم البشر وعبادة الاصنام والتضحية بالبشرية ، معتبراً ان مثل هذه الحروب كانت بهدف الدفاع عن المسيحية ، ومن اجل تحقيق السلام واقامة العدل^(١٤).

كما كان لكتابات البابا (انونست الرابع) في عام ١٢٤٠م في هذ الصدد اثراً كبيراً على فقهاء القانون الدولي اللاحقين في القرنين السادس والسابع عشر فيما يخص الاساس الديني لعقيدة التملك ، حيث تأثر به « فرانسيسكو دي فيتوريا » و« هوغو غروشيوس »^(١٥).

ان مبدأ الاستحواذ على الاراضي التي يسكنها الكفار ، باعتبارها ارضاً مفتوحة للمسيحين ، كان هو المبدأ السائد خلال القرنين الخامس عشر والسادس عشر لدى فقهاء القانون وعلماء اللاهوت ، وعلى اساس هذا المبدأ قامت الدول الاوربية بتوسيع سيطرتها على الاقاليم غير المسيحية ، حيث اجاز البابا نيكولاس الخامس لملك البرتغال (الفونس) الحق في مهاجمة واخضاع الاراضي التي فتحها المسلمون لسيطرته وكذلك بقية الاراضي العائدة للوثنيين واعاء المسيحية الاخرين ، كما منح البابا الكسندر السادس مرسوما كاثوليكية اجاز بموجبه للملكين (فيرناند وايزابيلا) الحق الحصري في السيادة على اراضي العالم الجديد التي لا يملكها اي ملك او امير مسيحي قبل عام ١٤٩٢ م^(١٦).

(١٤) Robert J. Miller – The international law of discovery – op.cit – p 829 .

(١٥) Robert J. Miller – Native America discovered and conquered - op.cit – p 12 .

(١٦) lindley – op.cit – p 24 .

لذا نجد ان ملك البرتغال قد اسس لحملته التي انطلقت عام ١٤٣٦ للاستيلاء على الجزر الواقعة في المحيط الاطلسي بأنها كانت نيابة عن المسيحية . وتوالت بعد ذلك المراسيم الدينية التي تمنح الملوك حق الاستحواذ على الاراضي غير الخاضعة للمسيحيين^(١٧)، حيث يعتبر البابا غزو الاراضي الكافرة حق شرعي للمسيحيين ، وان الحروب الصليبية هي حروب عادلة تهدف الى الدفاع عن المسيحيين ، وان حقوق الملكية لغير المسيحيين ماهي الا حقوق جاءت بمباركة السلطة البابوية التي كان لها التفويض الالهي برعاية العالم بأسره ، وان من واجب البابا التدخل حتى في الشؤون المدنية للكفار عندما ينتهكون القانون الطبيعي^(١٨).

وفي ظل هذا النهج اصدر البابا الكسندر السادس مرسوما بابوياً يامر فيه بأن الاراضي ، بما فيها التي لم يتم اكتشافها من قبل الاخرين ، والتي عثر عليها كريستوفر كولمبس ، فأنها ملك لفرديناند وايزابييل^(١٩) ، ان التقسيمات التي اعتمدها البابا للعالم ، خصوصا اثناء عمليات الاستعمار البرتغالي والاسباني ، لم تكن مقبولة من كبار الشخصيات الكاثوليكية الرومانية لا سيما فيتوريا وديلاس .

ونظراً للمنافسة الشديدة بين البرتغال واسبانيا للحصول على الاراضي المكتشفة ولحصول تعارض بين المراسيم البابوية التي تمنح بموجبها حقوق الاستيلاء على الاراضي ، فقد تم التوقيع بين الدولتين على اتفاقية لتقسيم المناطق التي يتم اكتشافها بينهما عرفت بأتفاقيه (Tordesillas)^(٢٠) اعتمدت جزر الرأس الاخضر الافريقية حداً فاصلاً بينهما . في عام ١٥٣٢ برزت اراء فقيه القانون الدولي « فيتوريا »^(٢١) التي انطلقت من مبدأ ان الشعوب الاصلية تمتلك حقوقاً طبيعية ، واستنتج من ذلك عدة استنتاجات مهمة من بينها :-

١. ان الشعوب الاصلية لها حقوق قانونية استناداً للقانون الطبيعي باعتبارهم شعباً حرة ، ويكون لهم الحق بالملكية والسيادة على اراضيهم .
٢. لا يحق للبابا التنازل عن تلك الحقوق او التبرع بها لملوك اسبانيا لانه لا يمتلك اي سلطة عليهم ، وان عدم اعترافهم بسلطة البابا لا تجيز له الاستيلاء على ممتلكاتهم^(٢٢).

ورغم التطور في مستوى التفكير القانوني الذي جاء به فيتوريا فيما يتعلق بحقوق السكان الاصليين على اراضيهم ، الا انه اوجد مبرراً اخرّاً للاوروبيين للاستيلاء على تلك الاراضي حينما تناغمت اراءه مع فكرة الحرب العادلة او الحرب المقدسة التي يمكن من خلالها ان تستولي الدول الاوروبية على اراضي السكان الاصليين اذا ما تم مخالفة^(١٧) منها ، المرسوم الذي اصدره الملك هنري السابع عام ١٤٩٥ الى جون كابوت لاكتشاف ساحل امريكا الشمالية واية بلدان او جزر غير عائدة للمسيحيين لتكون تحت سلطته ، وكذلك المرسوم الذي منحه فرانسيس الاول عام ١٥٤٠ الى دي يوبيرفال ، ومرسوم الملكة اليزابيث في عام ١٥٧٨ الى السير همفري جلبرت .

(١٨) Robert J. Miller – Native America discovered and conquered – op.cit – p 12 .

(١٩) Robert J. Miller – The international law of discovery – op.cit – p 833 .

(٢٠) تم توقيع هذه الاتفاقية بين اسبانيا والبرتغال في ٧/حزيران/١٤٩٤

(٢١) هو الفقيه القانوني فرانسيسكو دي فيتوريا ولد عام ١٤٨٦ احد علماء اللاهوت والقانون .

(٢٢) Robert A. Williams – the American Indian in western legal thought – oxford University press – 1992 – p152.

المعايير الاوربية او ما يعرف بـ« قانون الامم » ، ولم يقف الامر عند هذا الحد عندما اعتبر فيتوريا ان الالتزام بقواعد الانجيل ووجوب تقييم التسهيلات للمبشرين من قبل السكان الاصليين ، وعدم اعتراض سبل الوعظ التي هي من بين الالتزامات التي تبرر عند مخالفتها القيام بالحرب المقدسة .

وينتقد بعض الفقه هذه الرؤية التي جاء بها فيتوريا ويعتبرها مجرد التقاف وخذعة ، حيث انه اوجد مبرراً قانونياً يستند الى اساس علماني بدلاً من الاساس الديني المتمثل بالمنحة البابوية ، ويجد ان فيتوريا قد عمد الى تقوية مبررات الاستيلاء للامبراطورية الاسبانية من خلال اسنادها الى كل من المنح البابوية القائمة على الالتزامات الدينية ، بالاضافة الى الالتزامات الواردة في قانون الامم الذي اوجدته الدول الاوربية (٢٣).

المطلب الثاني: الاكتشاف

يعتبر مبدأ الاكتشاف واحد من بين اقدم الامثلة الكلاسيكية في القانون الدولي والمتمثل بمجموع القواعد القانونية المقبولة لتنظيم السلوك بين الدول الاوربية ، ثم تطور بعد ذلك ليستخدم في تيرير هيمنة الدول الاستعمارية المسيحية على اراضي الشعوب غير الاوربية وغير المسيحية ، وقد تطور هذا المبدأ على مدى عدة قرون خاصة على يد الكنيسة الكاثوليكية في اسبانيا والبرتغال وانكلترا (٢٤).

وقد ساد هذا المبدأ في القرن الخامس عشر والذي على اساسه استندت الدول الاوربية بادعائها بقيام حقوق الملكية والسيادة والتحكم السياسي والتجاري وبشكل تلقائي على الشعوب الاصلية واملاكهم (٢٥) ، وكان هذا المبدأ يمثل عرفاً قانونياً سائداً بين الدول الاستعمارية ولم يتم تدوينه حتى عام ١٨٢٣ عندما ورد في قرار للمحكمة العليا في الولايات المتحدة الامريكية في قضية (Johnson v. M'Intosh) التي نظرها القاضي جون مارشال (٢٦).

وقد ارتبط مبدأ الاكتشاف ارتباطاً وثيقاً بالاساس الديني الذي كانت تعتقد به الدول الاوربية كثيراً ، حتى يمكن القول انه اصطبغ بالصبغة الدينية للكنيسة الكاثوليكية بشكل خاص ، بحيث اصبح احد العناصر المكونة لهذا المبدأ ، فبحسب ما تم استقراءه من الممارسة الاوربية ، تبين عدم الاقرار لغير المسيحيين بذات الحقوق على الارض المكتشفة حتى وان تحققت كافة الشروط الاخرى (٢٧).

ان فكرة السيادة على الاراضي التي تم اكتشافها من قبل الدول الاوربية كانت تقوم على اساس « الاكتشاف الاول » او حق المكتشف الاول ، والتي استفادت منها كل من انكلترا وفرنسا واسبانيا والبرتغال لما تملكه من امكانية بحرية مكنتها من اكتشاف القارات الجديدة وجزر مختلفة في المحيطات البعيدة ، واذا كان ذلك الاساس القانوني

(٢٣) Robert J. Miller – The international law of discovery – op.cit – p 845 .

(٢٤) Robert J. Miller – The international law of discovery – Nibraska law Review – Vol 89 – Issue – 4 2011 – p826 .

(٢٥) Robert J. Miller – Native America discovered and conquered – praeger publishers – 2006 – p9 .

(٢٦) سيتم الاشارة الى مضمون هذا الحكم لاحقاً .

(٢٧) Robert J. Miller – The international law of discovery – op.cit – p 826 .

الذي اعتمدته الدول الأوروبية الرائدة في الاكتشاف ، فأن دولاً أوروبية أخرى اعتمدت طريقاً آخر لبسط سيادتها في العالم الجديد ، حيث أقامت السويد مستعمرات لها في بنسلفانيا ونيوجرسي من خلال إقامة علاقات تعاهدية مع القبائل الهندية ، وقامت بشراء الأراضي منهم ، واعتبرت ان ذلك هو المبرر القانوني الوحيد ، الذي يجيز الاستيلاء على الأراضي المشغولة من الأمم الأصلية ، كما اعتمدت السويد على فكرة الأشغال الفعلي وهي حجة استندت إليها هولندا كذلك في الاحتجاج ضد بريطانيا بأن الاكتشاف لوحده غير كاف لفرض السيادة مالم يقترن بالوجود الفعلي .

ولكن ما يعترض هذا الأساس انه غير صالح كسند قانوني لحيازة الأرض، ذلك انه اعتمد كتفسير لتبرير امر سبق وان تم وقوعه وهو الحيازة ، وقد اعتمد القاضي « مارشال » رئيس المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية في العديد من احكامه الشهيرة في هذا الخصوص على مبدأ الاستكشاف ، ولكنه شدد من ناحية أخرى على ان الاكتشاف لم يقضي على الحقوق الاقليمية والسياسية للهنود .

ونجد ان هذا الأساس ان كان يصلح للاعتماد عليه فيما يتعلق بالاقاليم الخالية حقيقة ، فإنه لا يصلح أساساً لملكية الاقاليم المشغولة بالسكان الاصليين ، مهما كانت درجة بدائيتهم ، ذلك ان الاكتشاف بحد ذاته لا يتعلق بمدى درجة تحضر المكتشف بقدر ما يتعلق بحقيقة وجوده على الأرض ، وبالتالي فإن الشاغلين الاصليين للأرض يعتبرون هم مكتشفيها الاوائل .

لذا يذهب بعض فقهاء القانون الدولي - وهو مانؤيده - الى انكار اي حق للمستكشفين وتحت اي ذريعة بالاستيلاء على اراضي الشعوب حتى وان كانت اقل تحضراً ، او انها توصف بالمتوحشة ، حيث يجد (Salomon) بان الشعوب الهمجية ، على الرغم من حالة التراجع الحضاري لديها ، فان ممارستها لحقوق السيادة وان كانت بطريقة بدائية ، فانها كافية لجعل اي احتلال لبلادهم غير شرعي^(٢٨) .

ويمكن القول ان هذا المبدأ لم يكن ملائماً من الناحية القانونية لتبرير الاستيلاء على الأراضي المكتشفة ولا يصلح ان يكون سنداً لذلك ، وانما يمكن اعتباره مبدأً ساد العلاقات بين الدول الاستعمارية لتنظيم عملية الاستيلاء على الأراضي في الاقاليم الجديدة فهو مبدأ تنظيمي ، وليس مبدأ قانوني .

لقد اثار اكتشافات التي قام بها « كريستوفر كولمبس » للأراضي الجديدة نيابة عن التاج الملكي الاسباني ردود فعل مستنكرة لما قام به من استعباد الناس في الأراضي الجديدة وتشغيلهم بالسخرة ، وكان من بين الضغوط التي تعرض لها التاج الملكي من الاوساط الدينية والقانونية الراضة لتلك التصرفات هو الأساس القانوني الذي يستند اليه في تملك تلك الأراضي^(٢٩) .

(٢٨) lindley - op.cit - p 16 .

(٢٩) Robert J. Miller - The international law of discovery - op.cit - p828 .

المطلب الثالث: غياب التنظيم السياسي والقانوني

يعتبر ارسطو اول المفكرين الذين ذهبوا الى ان « البرابرة » هم شعوب غير انسانية تكون بطبيعتها متوحشة ويتم اخضاعهم كما يتم اخضاع الوحوش ، ومن ثم يتم استعبادهم ، وكانت هذه الصورة عن حالة السكان الاصليين هي الصورة السائدة في عموم اوربا حتى القرن السابع عشر (٣٠) .

وبمتابعة الاراء الفقهية التي ظهرت لاحقاً بان ملكية اراضي الشعوب الاصلية نجدها تسير باتجاه واحد ولكن بمبررات مختلفة ، حيث يذهب الفقيه (غروتيوس) الى ان الاراضي المزروعة هي فقط التي لا تعتبر ارضاً خالية ، وبالتالي تكون ملكاً لزارعيها ، ومع ذلك فإنه يؤكد على ان اي توصيف للسيادة على تلك الاراضي من قبل السكان الاصليين لا يمكن الا ان يكون ضعيفاً .

اما الفقيه (جون لوك) الذي كان من المنتفعين من الملكية الاستعمارية في الاراضي الاستعمارية الانكليزية الجديدة ، يذهب الى ان الشعوب الاصلية لم ترتقي بمستواها الاخلاقي والتنظيمي والسياسي الى مستوى الشعوب الاوربية والنظام السياسي الاوربي ، وبالتالي لا يمكن ان تكون لها الملكية على اراضيها التي ينبغي ان يستغلها من لديه القدرة على زيادة انتاجها .

ودخلت العناصر الاساسية لنظرية (لوك) الى القانون الدولي وظلت مؤثرة فيه حتى منتصف القرن التاسع عشر .

اما (ايميرك دي فانيل) فقد اشترط وجود نظام زراعي جيد ومجتمع سياسي له قوانين ثابتة ، واعتبرهما شرطان ضروريان للاعتراف بالدولة والسيادة في القانون الدولي ، ووفقاً لذلك ، اعتبر ان هنود امريكا الشمالية يفتقرون الى السيادة فحسب ، بل فشلوا ايضا في واجبه القانوني في زراعة الارض ، وخلص الى ان انشاء مستعمرات مختلفة في قارة امريكا الشمالية كان قانونياً تماماً .

ولقد كان تأثير اراء (فانيل) خلال القرن التاسع عشر كبيراً ، ونتيجة ذلك التأثير فقد رخص القانون الدولي الاستحواذ الاوربي على اراضي امريكا الشمالية والتوسع في مستعمراتها القائمة على اساس ان اراضي السكان الاصليين يمكن ان تعامل على انها غير مأهولة .

كما تم تكريس النظرية الداروينية كأساس علمي زائف للاستيلاء على اراضي الشعوب الاصلية ، حيث اعتمدت هذه النظرية العرق كمؤشر بيولوجي للسلوك والفرد والجماعة ، ووفقاً لها فإن الاجناس البيضاء تكون اصلح باعتبارها متفوقة ثقافياً وبيولوجياً على جميع الاجناس وخاصة الاجناس داكنة البشرة ، التي اعتبرتهم النظرية غير متحضرين وغير قادرين من الناحية البيولوجية على تحقيق التنمية الانسانية والثقافية الكاملة ، وعملت هذه النظرية على تكريس مفردات البدائية والدونية لوصف هذه الاجناس ، وبالتالي اصبحت الحضارة هي المعيار الاساس للاستيلاء على الاراضي باعتبارها ارضاً خالية (terra nullius) .

(٣٠) Karen Drake – op.cit – p84 .

ويذهب (اوبنهايم) الى ان الدول التي تنتمي الى اسرة الامم هي وحدها التي يمكنها ان تتجنب فقدان الاراضي عن طريق الاستيلاء ، وان تحقق درجة بسيطة من الحضارة والتماسك السياسي لا يكفي بحد ذاته لمنع الاستحواذ عن طريق الاستيلاء^(٣١). يقول اللورد (سومر) متحدثاً بأسم مجلس الملكة في روديسيا الجنوبية « ان تقدير حقوق السكان الاصليين امر صعب دوماً ، بعض القبائل متدنية جداً في نطاق التنظيم الاجتماعي بحيث لا يمكن التوفيق بين مفاهيمها واستخداماتها للحقوق والواجبات مع الافكار والنظم القانونية في المجتمع المتحضر ، ولا يمكن سد مثل هذه الفجوة »^(٣٢). تم الاحتجاج بان بعض الاراضي المأهولة بالسكان المحليين بأنها غير مأهولة من الناحية القانونية بدعوى ان سكانها من البدو ليس لهم تنظيم سياسي او قانوني ، ويطلق على انصار هذه المدرسة بأنها مدرسة « المتوحشين المتجولين » ، واصبحت هذه الفكرة مبرراً مشجعاً جداً لحيازة الاراضي المأهولة ، حيث ان الصيغة البريطانية القانونية لحيازة الاراضي بالاحتلال والاستيطان تعتبر تلك الاراضي قفر وغير مزروعة ، وبالتالي وصفها بانها اراضي خالية (terra nullius) ، اي انها لا تعود الى احد ، ويمكن القول ان هذا المذهب بهذه الطريقة يعتبر مذهب عنصرى^(٣٣).

المطلب الرابع: الاتفاقيات مع السكان المحليين

ان المعاهدات التي ابرمتها الدول الاستعمارية مع الحكام القبليين المحليين كان لها دور حاسم في اعطاء الصفة القانونية للاستيلاءات الامبريالية الاوربية ، حيث قامت الدول الاوربية جميعاً بالاعتراف بتلك المعاهدات باعتبارها ملزمة ، وان ابرامها تم وفقاً للمبادئ العامة للقانون المعترف بها من الامم المتحضرة ، وكان الادعاء بأن الغرض من تلك المعاهدات هو لتطويع تلك الاراضي ، الا ان ذلك لم يكن حقيقياً ، وانما كان الهدف منها انتهاء ملكيتهم لتلك الاراضي وضمان عدم المطالبة بالسيادة عليها مستقبلاً ، وبذلك تكون الدول الاستعمارية قد حافظت على بشكل قانوني على اخضاع السكان المحليين لسلطتها ، ومن ناحية اخرى تتجنب المنازعات المحتملة بين الاوربيين بشأن تلك الاراضي^(٣٤).

« كان إبرام المعاهدات وسيلة عملية لكسب موطن قدم في القارة بدون إثارة زعر السكان الأصليين. ومن ثم، فإن إبرام المعاهدات مع الهنود أضفى مسحة من التهذيب والشرعية على علاقات المستوطنين البيض بالهنود، ولم يدفع القبائل إلى عمل ثأري فوري. فبدلاً من إخضاع الهنود للاسترقاق أو مجرد الاستيلاء على أراضيهم عن طريق استخدام القوة، وهو ما فعلته أسبانيا في نهاية المطاف، فإن التهذيب ساد في أمريكا الشمالية. فأراضي الهنود وحقوقهم في العيش في مناطق معينة كانت تشتري في جلسات

٣١ - p - cit - op - Karen Drake - ٩٠-٩٥ .

٣٢ - p - cit - op - Karen Drake - ٩٧ .

٣٣ - تقرير لجنة حقوق الانسان ف المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للامم المتحدة - الدورة(٥٣) - ورقة قدمها البروفيسور دوغلاس ساندرز - الوثيقة رقم (E/CN.4/Sub.2/2001/21) - ص ٥١ .

٣٤ - p - cit - op - Amin G . Forji- ٢١٤ .

رسمية تبرم فيها المعاهدات » (٣٥).

وعند تدقيق فكرة ابرام المعاهدات بين المستعمرين الاوربيين والسكان الاصليين تمثل تناقضا واضحاً ، حيث يدعي المستعمرون ان الكيانات التي تسكن الاراضي بدائية جدا وغير متصلة بالحضارة ، ومن جهة اخرى ابرم المستعمرون مع تلك الكيانات « القبائل او السكان المحليين » اتفاقات ترقى الى مستوى المعاهدة تنازلوا بموجبها عن اراضيهم وحقوقهم وسيادتهم وهم غير مدركين للمعاني القانونية لها(٣٦)، خاصة وان المفاهيم المتعلقة بالسيادة من الصعب ادراكها بمعناها الدقيق على المستوى الدولي لما تشوبه من صعوبات واختلاف في التعريف .

لقد كان اصرار الدول الاوربية في علاقتها مع الكيانات القائمة في افريقيا ان تكون على اساس حماية المصالح الاقتصادية لها ، وان المعايير التي اعتمدها الدول الاوربية لغرض قبول اي دولة افريقية في المجتمع الدولي ان تكون قادرة على حماية حياة الاجانب وحررياتهم وممتلكاتهم ، كما يتطلب لغرض الاعتراف بسلطة تلك الدول على اراضيها ان تكون قد توفر فيها الحد الادنى من التنظيم الاجتماعي(٣٧) .

وعند تدقيق تفاصيل المعاهدات المبرمة بين الدول الاستعمارية والسكان الاصليين، نجد ان محتوى تلك المعاهدات واليات تنفيذها يختلف من دولة الى اخرى ، ففي نيوزلندا أبرمت مثل تلك المعاهدات (٣٨) ، وتم انشاء هيئات تشرف على الالتزام بها ، اما في بلدان اخرى ، مثل استراليا ، ليس ثمة وجود لمثل هذه المعاهدات ، واذا وجدت يكون مركزها وقوتها الملزمة غير اكيدين ، في حين نجد ان الولايات المتحدة الامريكية ، تم ابرام معاهدات مع بعض جماعات السكان الاصليين دون بعضها الاخر مما يعني ان الدوافع لابرام المعاهدات لم تكن واحدة ، وانما تتباين بحسب اهمية الارض وقوة جماعة السكان الاصليين الشاغلين للارض ومدى اثرهم في الضغط على السلطة .

ويذهب البعض الى ان الاثر القانوني لهذه المعاهدات يختلف تبعاً لما اذا كانت تعتبر عهداً وطنياً او اتفاقيات دولية ، فأنها توفر قدراً اكبر من الاحساس بالتيقن لدى جماعات السكان الاصليين (٣٩).

ومما يلاحظ بهذا الشأن ان المعاهدات المبرمة بين القوى الاستعمارية او الحكومات الوطنية التي تلتها مع السكان الاصليين كثيراً ما انتهكتها او اغتها تلك الدول من جانب واحد دون اعتبار لسيادة او حقوق هؤلاء السكان(٤٠) .

(٣٥) تقرير لجنة حقوق الانسان في المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للامم المتحدة - الدورة(٥٣) - تقرير اعده السيدة ايريا ايرين أ. داس - الوثيقة رقم (٢٠١/٢٠٠١/٤.E/CN) الفقرة ٣٠ .

(٣٦) Amin G . Forji- op.cit – p213 .

(٣٧) Amin G . Forji- op.cit – p215 .

(٣٨) ابرمت معاهدة (وايتانجي) في عام ١٨٤٠ بين ممثل التاج البريطاني وممثلين عن السكان الاصليين في نيوزلندا (جماعة الماوري) ، وبموجب هذه المعاهدة اعلنت السيادة البريطانية على نيوزلندا ، ووقعت الملكة فيكتوريا في نفس العام ميثاقاً نشأ بموجبه نيوزلندا كمستعمرة للعرش البريطاني .

(٣٩) تقرير لجنة حقوق الانسان ف المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للامم المتحدة - الدورة(٥٣) - ورقة معلومات اساسية قدمها البروفيسور غيثيرت مونتايبورن - الوثيقة رقم (٢٠١/٢٠٠١/٤.E/CN) - ص ٤٢ .

(٤٠) تقرير لجنة حقوق الانسان في المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للامم المتحدة - الدورة(٥٣) - تقرير اعده البروفيسور رودولفو مافيهاغن - الوثيقة رقم (٢٠١/٢٠٠١/٤.E/CN) - ص ٧٩ .

لذا فقد طالبت الشعوب الاصلية في البلدان التي ابرمت فيها معاهدات خلال زمني الاستعمار والاستقلال بأنه ينبغي الاعتراف بها بموجب تلك المعاهدات بوصفها امماً مستقلة ، وقد انكرت الحكومات المعنية هذه المطالب ، غير انها حاولت مع ذلك ايجاد حلول مرضية لمطالب السكان الاصليين .

المطلب الخامس:القوانين الداخلية

لقد استندت بعض الدول لفكرة (الارض الخالية) لبطس سيادتها عليها او اخضاعها لنظامها القانوني الداخلي دون الاستناد الى قواعد القانون الدولي ، فقد شرعت الولايات المتحدة الامريكية قانوناً عرف بقانون (Guano)^(٤١) يتيح لاي مواطن امريكي يكتشف جزيرة ظاهرة او منخفضة ^(٤٢) ليست ضمن الولاية القانونية لدولة اخرى ، ولا يشغلها مواطن اية دولة اخرى ، بوضع يده عليها بصورة سلمية ، وعليه يكون للرئيس الامريكي ان يجعلها تحت اختصاص الولايات المتحدة الامريكية ، وله ان يمنح الحق الحصري لمكتشفها في اشغالها والاقامة فيها ، وتعتبر جميع الاعمال او الجرائم المرتكبة فيها بمثابة اعمال او جرائم ارتكبت على متن سفينة تجارية امريكية في اعالي البحار وبالتالي تخضع للقوانين الامريكية .

ولقد تمت المطالبة بالاستناد الى هذا القانون باكثر من (١٠٠) جزيرة ، حيث تم الاستناد اليه للدعاء بملكية جزر (Baker)^(٤٣) و (Holu island)^(٤٤) و (Jarvis island)^(٤٥) و (Johnslon Atoll)^(٤٦) و (Kingman Reef)^(٤٧) و (Midway Atoll)^(٤٨) وغيرها .

ومما يثير الاهتمام في هذا الشأن ان قانون (Guano) اجاز التخلي عن الاختصاص على تلك الجزر وان حكومة الولايات المتحدة الامريكية غير ملزمة بالاحتفاظ بها ، وهذا يعني امكانية تحقق وجود ارض خالية مجدداً وفقاً لذلك .

(٤١) تم اصدار هذا القانون بتاريخ ١٨/آب/١٨٥٦ .

(٤٢) الجزيرة المنخفضة هي اراض غير ظاهرة ولكنها قريبة من سطح الماء .

(٤٣) جزيرة غير مأهولة تقع في وسط المحيط الهادئ تبعد (٣٠٩٠) كم عن هونولولو بين هاواي واستراليا تنازع السيادة عليها كل من الولايات المتحدة وبريطانيا .

(٤٤) جزيرة مرجانية غير مأهولة تقع شمال خط الاستواء في وسط المحيط الهادئ على بعد (٣١٠٠) كم جنوب غرب هونولولو .

(٤٥) جزير ساحلية غير مأهولة تبلغ مساحتها (٤,٥) كم^٢ تقع في جنوب المحيط الهادئ تم اكتشافها عام ١٨٢١م وضُمت الى الولايات المتحدة الامريكية عام ١٨٥٨ بموجب قانون (Guano) .

(٤٦) جزيرة مرجانية في شمال المحيط الهادئ تبعد (١٣٩٠) كم جنوب غرب هاواي تقع تحت سيطرة القوات المسلحة الامريكية تم استخدامها كقاعدة جوية وموقع لاختبار الاسلحة النووية والبيولوجية .

(٤٧) جزر مرجانية غير مأهولة تقع في شمال المحيط الهادئ تم اكتشافها عام ١٧٩٨م .

(٤٨) جزيرة مرجانية تبلغ مساحتها (٦,٢) كم^٢ تقع في منتصف المسافة بين امريكا الشمالية و اسيا ، كانت احد مناطق الحرب البحرية بين الولايات المتحدة الامريكية واليابان في الحرب العالمية الثانية ، يتم ادارتها حالياً من قبل البحرية الامريكية .

المبحث الثالث

موقف القضاء من الاستيلاء على الأرض الخالية

سنبحث موقف القضاة الداخلي للدول التي تم الاستيلاء على أقاليم واسعة فيها بسند الأرض الخالية ، وكذلك موقف القضاء الدولي من الموضوع وتحديد موقف محكمة العدل الدولية ، وما ترتب على تلك الأحكام القضائية من آثار قانونية ، وسيكون ذلك في مطلبين ، نخصص الأول للقضاء الداخلي ، والثاني للقضاء الدولي .

المطلب الأول: القضاء الداخلي

شهد القضاء الداخلي في العديد من الدول التي تم فيها الاستيلاء على أراضي خالية أو بحكم الخالية ، أحكاماً قضائية مهمة في هذا الخصوص ، يمكن القول عنها بأنها تغيرت كثيراً بفعل التأثير الكبير للأحكام القضائية الدولية وخصوصاً أحكام محكمة العدل الدولية وإرائها الاستشارية .

أولاً : الولايات المتحدة الأمريكية

نظر القضاء الداخلي في الولايات المتحدة الأمريكية العديد من القضايا المتعلقة بالاستيلاء على أراضي خالية أو بحكم الخالية ، حيث أقام السكان الأصليون عدداً كبيراً من الدعاوى للمطالبة بحقوقهم في تلك الأراضي .

فوجد ، مثلاً ، بشأن انتقال ملكية الأراضي بالشرء ، ان المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية أكدت بانه لا يمكن للمواطنين العاديين شراء الأراضي من السكان الأصليين ، وان حكومة الولايات المتحدة هي وحدها التي لديها في الحق في الشراء منهم ، باعتبارها تلقت هذا الحق الحصري من بريطانيا التي حصلت عليه نتيجة الاكتشاف ، وان حق السكان الأصليين في الأرض يقتصر على حق الاشغال ولايملكون السيادة الكاملة عليها^(٤٩).

وقد تم انتقاد هذا الحكم من عدة اوجه من بينها ، ان احد الاغراض التي كان يسعى اليها قاضي المحكمة من ذلك هو ايجاد وسيلة مناسبة لمصادرة أراضي السكان الأصليين باقل تكلفة ممكنة ، حيث يمكن للمشتري ان يدفعوا اقل قيمة ممكنة عندما يكونوا هم المشتريين الحصريين دون منافس لهم^(٥٠).

كما انتقد العديد من فقهاء القانون في الولايات المتحدة الأمريكية بشدة قرار القاضي (مارشال) الذي يعتبر ان الاكتشاف هو القاعدة العامة لاكتساب الأراضي التي كان يشغلها الهنود ، حيث يذهبون الى ان السياسة العامة التي انتهجتها الحكومة البريطانية في مستعمراتها في القارة الأمريكية هو القيام بشراء اصول تلك الأراضي ، اما الحجة التي تدعي بأن المبالغ المدفوعة مقابل تلك الأراضي لم تكن مناسبة ، وانما

(٤٩) قضية (Johnson v. McIntosh) التي نظرها القاضي الشهير مارشال وقد صدر الحكم فيها بتاريخ ٢٨ شباط/ ١٨٢٣ .

(٥٠) RIC KADES - History and Interpretation of the Great Case of Johnson v. McIntosh - Law and History Review - College of William & Mary Law School - 2001 - p 98 .

كانت بخسة وبالتالي تنتفي عملية الشراء الحقيقي ، فإن ذلك غير صحيح بالنظر لوفرة الأراضي ، لذلك نجد من الصعوبة للغاية ان تطالب الشعوب الاصلية باراضيهم التي تم بيعها سواء للحكومة الانكليزية او المواطنين الانكليز لوجود سند ملكية انتقل بالشراء^(٥١). وبشأن امكانية استيلاء الحكومة على اراضي الشعوب الاصلية بدون دفع تعويض ، ترى المحكمة العليا في الولايات المتحدة الامريكية بأنه (لم يصدر على الاطلاق في اي قضية نظرت فيها هذه المحكمة حكم بأن سحب الكونغرس لحقوق الهنود في التملك والانتفاع يقتضي تقديم تعويض) ، وتذهب المحكمة الى (ان التعويض عن المظالم التي لحقت بالهنود نتيجة انتزاع اراضيهم ، كات من باب الانعام من الشعب الامريكي وليس بمقتضى مسؤولية قانونية) ، وتضيف المحكمة (ان كل تلميذ من تلاميذ المدارس الامريكية يعلم ان القبائل الهمجية في هذه القارة قد حرمت من مراعي اسلافها بالقوة ، وانه حتى عندما تخلى الهنود عن ملايين الافدنة بموجب معاهدات عقدت لقاء اغطية واغذية وحلي رخيصة ، لم يكن يبيعا ، وانما كانت ارادة الفاتحين هي التي حرمتهم من اراضيهم)^(٥٢).

وبذلك وضع القاضي مارشال اساساً لتفضيل ملكية المستعمر الاوربي على ملكية الهنود في الأراضي الامريكية ، ويقوم ذلك الاساس على ان الملكية الممنوحة من التاج البريطاني لا يمكن ان تكون محلاً للنقاش في المحاكم ، ذلك ان ملكية التاج هي ملكية مطلقة تشمل كافة الاراضي المستعمرة ولا يمكن ان ينازعها في ملكيتها اي جهة او اشخاص اخرين ، وان جميع المؤسسات يجب ان تقر بحق الملكية المطلق للتاج ، مع مراعاة حق الهنود في الاشغال ، وانه بامكان التاج ابطال هذا الاشغال متى شاء . ومايمكن ملاحظته بشكل واضح في هذا الحكم بأنه يشير بشكل صريح الى عدم امكانية تعويض الهنود عن الاراضي التي استولى عليها « الفاتحين » ، باعتبار ان السلطة التي فرضت ارادتها على الارض يكون لها السيادة عليها ، كما انه انكر انتقال حق ملكية الارض بموجب المعاهدات التي عقدت بين تلك الشعوب والمستعمرين ، ولم تجد فيها اساساً يصلح للتملك ، لأنه كان يبيعاً غير متوازناً من الناحية الاقتصادية وتحقق فيه « الغبن الفاحش » ، واعتبرت المحكمة ان « ارادة المستعمرين » هي التي تصلح لذلك .

ويشير القاضي مارشال الى ان اي اقرار لحقوق الملكية المطلقة للهنود يعني التخلي عن البلاد ، وان لا بد من هذا الخيار حيث لا يوجد خيار بديل عنه^(٥٣). ولكن الامور لم تسر بذات السلاسة لاحقاً ، حيث واجه القاضي مارشال تحدياً قانونياً في القضايا اللاحقة على قضية (Johnson v. McIntosh)^(٥٤) عندما اسس

(٥١) Mathew L. M Flether – The iron cold of the Marshal Trilogy – North Dakota law Review – Vol.2006 -82 – p633 .

(٥٢) حكم المحكمة العليا في الولايات المتحدة الامريكية – قضية (Tee . Hit . Ton Indias) ضد الحكومة الامريكية – رقم القضية (348 .U.S . 965) في ١٤/١٤/١٩٥٥ .

(٥٣) Kenneth H. Bobroff – Indian law in property Johnson V. McIntosh and Beyond – Tulsa law Review – Vol 37 – issue 2001 – 2 – p 525.

(٥٤) حكم المحكمة العليا برئاسة القاضي مارشال الصادر في ٢٨/شباط/١٨٢٣ .

حكمه على فكرة ان الشعوب الاصلية مجرد رعاة متقلين او صيادين وليس لهم اي استقرار في منطقة محددة ، ففي قضية (wrocester V. Georgia) التي لم يكن فيها المدعون مجرد رعاة متقلين وانما كانوا ممن يمتنون الزراعة ، وبذلك ظهرت حجة قوية يمكن الاحتجاج بها تجاه جميع الحجج السابقة التي تم بموجبها انكار حقوق السكان الاصليين في ملكية الارض ، ذلك ان امة (Cherokee) الهندية ، صاحبة الدعوى ، واكبت التطور الحضاري في اراضيها ، فقد غادرت مهنة الصيد وصيد الاسماك ، لتعتمد على الزراعة مصدراً اساسياً لحياتها وقاموا بشق الطرقات واستخدام العبارات في التنقل ، وهو اسلوب حياة متقدم في ذلك الوقت ، كما قامت امة (Cherokee) بكتابة دستورها على غرار دستور الولايات المتحدة الامريكية الذي رسم الحدود الاقليمية وانشأ مجلساً عاماً ونظماً قضائياً^(٥٥).

لقد اقر القاضي مارشال بحق امة (Cherokee) في تملك اراضيها باعتبارها امة « متميزة » وان القوانين التي اصدرتها ولاية جورجيا بالاستيلاء على اراضيهم تعد مخالفة للدستور الامريكي .

ورغم هذا الاقرار من المحكمة العليا لحقوقهم الا ان الرئيس الامريكي جاكسون امتنع عن تنفيذ القرار ، وتم لاحقاً عقد اتفاق مع عدد من افراد قبيلة (Cherokee) ليرحلوا الى ولاية اوكلاهوما مقابل مبلغ (٥) ملايين دولار ، ورفض الاخرين هذه الصفقة حيث تم ترحيلهم قسراً ، وبلغ عدد الذين تم ترحيلهم بشكل قسري (١٦) الف شخص توفي منهم اكثر من (٤) الاف شخص بسبب الجوع والعطش والمعاملة القاسية^(٥٦) ، ورغم اهمية قرار المحكمة الا انه افرغ من محتواه بسبب عدم التنفيذ ، وعدم قيام المحاكم الدنيا بالالتزام بقرار المحكمة العليا التي استمرت في تجاهلها له .

ثانياً : استراليا

ناقشت المحكمة العليا في استراليا في احد احكامها الصادر عام ١٩٩٢ الاثار المترتبة على نظرية الارض الخالية ، وقد انكرت المحكمة هذه النظرية وشجبتها ، وانه لايجوز تطبيقها لحرمان الشعوب الاصلية من حقوقها المتعلقة بالارض ، وخلصت الى ان هذه النظرية جائزة وتمييزية .

وقد غير هذا الحكم بشكل اساسي المفهوم المتعلق بالارض الخالية (terra nullius) حيث انكرت المحكمة بشكل قاطع عقيدة الارض الخالية مادام هناك سكان يشغلون تلك الاراضي ، حتى لو كان هؤلاء الشاغلين قد تم اعتبارهم « غير متحضرين » في ذلك الوقت .

واكدت المحكمة الى ان سند الملكية هو وجود علاقة قائمة بين السكان الشاغلين

(٥٥) نشأت الحكومة المحلية لـ (Cherokee) للفترة من (١٨٠٨ - ١٨٢٩) وصادر المجلس التشريعي العديد من القوانين ، كما نظر قضائها العديد من القضايا بلغت (٢٤٦) قضية ، لتفاصيل اكثر انظر :-

Rennard Strickland – fire and the spirits , Cherokee law from clan to court – university of Oklahoma press – 1975 – p 474 .

(٥٦) Mathew L.Sundquist – Worcester V. Georgia , breakdown in the separation of power – American Indian law Review – Vol 35 – p 76 .

وبين الأرض ، وان تحديد طبيعة ومضمون الملكية الأصلية يكون بحسب القوانين والاعراف السائدة ، ولا يمكن ابطال حق الملكية الا من خلال الممارسات الاصولية للسلطات الحكومية ، التي يجب ان تكون بشكل صريح وواضح .

وبينت بأن سلطة الدولة في اسقاط حجية الملكية الخاصة بالشعوب الاصلية ، انما يكون من خلال التشريعات وقد ساهم هذا الحكم في وضع قانون حق الملكية الخاص بالسكان الاصليين ، الذي اعتمدته حكومة استراليا عام ١٩٩٣ الذي حدد اطاراً والية مكن من خلالها للشعوب الاصلية في استراليا تأمين حقوقها في الارض^(٥٧) .

ورفضت المحكمة ، باغلبية اعضائها ، الاتجاه القائل بأنه فور حصول حصول على السيادة للاراضي الاسترالية ، فإن اراضي المستعمرة قد انتقلت ملكيتها بشكل مطلق الى التاج البريطاني ، قد اشارت المحكمة الى ان اكتساب السيادة لم يكسب التاج حقاً مطلقاً في الاراضي ، وانما اوجد حقاً جذرياً ، هذا الحق يكون خاضعاً لحقوق السكان الاصليين في الارض ما دامت تلك الحقوق لم يتم اطفائها بشكل قانوني .

لقد كان قرار المحكمة العليا في هذه القضية قراراً يستحق الثناء لعدة اسباب منها : ان المحكمة اعترفت بالمطالبات المشروعة للسكان الاصليين وملكيتهم الاصلية ، ورفضت التطبيق غير الملائم لمبدأ الارض الخالية (terra nullius) على القارة الاسترالية ، باعتبارها ارضا كانت مأهولة بالسكان .

ان المحكمة قدمت توجيهاً قيماً للمحاكم الاسترالية للتطوير المستقبلي لقواعد القانون العام يتمثل في اعتماد التأثير المناسب لقواعد القانون الدولي والمواثيق الدولية في تطوير القانون العام ، وتهيئة الظروف التي يمكن فيها الغاء القواعد القديمة في القانون الاسترالي رغم الانتقادات الموجهة للقرار على اساس قيام المحكمة العليا باغتصاب الوظيفة التشريعية ، وحلها محل السلطة التشريعية ، فإن المحكمة قد مارست دورها في حماية الحقوق والديمقراطية الدستورية ، وقد توالى بعد ذلك بشكل متزايد ممارستها لهذا الدور ، ورفضت التقييد القضائي الصارم مؤكدة على دورها الابداعي الذي يمثل تطوراً حديثاً في السلوك القضائي يتماشى مع اداء المحكمة العليا لوظائفها القضائية .

حقق قرار المحكمة توازناً مناسباً بين الاستقرار وبين تكييف قواعد القانون العام مع الظروف الاجتماعية الجديدة والمتغيرة باستمرار ، حيث وفر هذا القرار اطاراً جيداً للاعتراف بحقوق السكان الاصليين الذي ينبغي اكماله من خلال السوابق القضائية او التشريعات^(٥٨) .

وعلى اساس ذلك تعاملت المحاكم الاسترالية بشكل متساو بين اساس حق الملكية واسباب السيادة ، ورفضت بشكل قاطع ان تكون الشعوب الاصلية مؤهلة لكليهما ، باعتبارهم كانوا في مستوى متدني من التنظيم الاجتماعي .

يذهب بعض الفقه الحديث في استراليا بأن من الحكمة التخلي عن « التاريخ القانوني » الذي كان مسؤولاً عن مفارقة تاريخية ، بعد ان وجد ان مفهوم الارض الخالية لا وجود له في استراليا وان مجرد اسطورة ، ومن ناحية اخرى يجب ان لا نتهرب من

(٥٧) حكم المحكمة العليا في استراليا - قضية (Mabo V. Queensland) - الحكم الصادر بتاريخ ٣/حزيران/١٩٩٢ .
(٥٨) Michael Kirby - in defense of Mabo - James cook university law Review - 1994 - p77-76 .

مناقشة ذلك ، وخصوصاً السؤال المتعلق بهذا الخصوص وهو اذا كانت فكرة الارض الخالية لم تستخدم لتبرير نزع الملكية في استراليا خلال القرنين الثامن عشر والتاسع عشر ، فمن اين اتت ؟
لا توجد اجابة من الناحية التاريخية ، ولكن يبدو انه كان نتيجة التقاليد القانونية التي هيمنت خلال فترة الاستعمار الاوربي لاستراليا ، والذي هو نتاج تاريخ اوسع للسيطرة الاستعمارية بشكل عام (٥٩).

ثالثاً : كندا

حاول المدعي العام لولاية (انتاريو) الكندية تحديد صفة الملكية التي يتمتع بها السكان الاصليون في المقاطعة من خلال تقديم ثلاثة افتراضات ، الاول ، ان يكون للشعوب الاصلية ملكية مطلقة على اراضيها ، الثاني ، ان يكون حقهم في الارض مقتصرأ على الاشغال والانتفاع في حدود صيد الحيوانات والاسماك ، وممارسة اي أنشطة تتلائم مع طبيعة السكان البدائية ، الثالث ، حرمان الشعوب الاصلية من اي حق قانوني في الارض بشكل مطلق وان السماح لهم باستخدام الارض والانتفاع منها يكون على اساس التعم والتفضل من التاج الملكي .

وقد دفع المدعي العام بأن حقوق الملكية للارض يخلقها القانون ، ويستمر وجودها مع وجود القانون الذي انشأها ، وانكر المدعي العام ان تكون للهنود اية قواعد او لوائح يمكن اعتبارها قوانين (٦٠).

كانت المحكمة العليا في كندا ترى بأن حق الشعوب الاصلية في الارض حق معترف به بموجب دستور ١٩٨٢ ، ووصفت المحكمة هذا الحق بأنه بمرتبة ادنى مقارنة مع الحق العادي ، وهو حق لا يمكن اسناده الا الى التاج الملكي ، ولا يعدو ان يكون حقاً في استخدام الارض وشغلها (٦١).

لقد ساد هذا الاساس في تقرير حقوق الملكية للتاج على حساب السكان الاصليين لمدة طويلة زادت على الثلاثة قرون ، وهو ما طغى على قرارات المحاكم خلال تلك الفترة الطويلة .

انتقد الكثير من الفقهاء اساس تملك الاراضي على اساس عقيدة الاكتشاف لانه مبدأ يقوم على عدم مساواة عميق ، وانه مبدأ يكرس الدونية لبعض البشر وتفقو لفئة اخرى منهم ، كما وجد هؤلاء الفقهاء ان مبدأ الاكتشاف يتعارض مع تصرفات ممثلي الحكومة البريطانية في كندا الذين دخلوا في علاقات قانونية مع الشعوب الاصلية ، لذا نجد ان المحكمة العليا في كندا بدت في السنوات الاخيرة اقل رغبة في اعتماد مبدأ الاكتشاف نتيجة لتلك الانتقادات ، واخذت بالابتعاد عنه لتعارضه مع حقوق الانسان (٦٢).

(٥٩) Andrew Fitzmaurice – op.cit – p.2

(٦٠) قضية (Cathrine Milling and Lumber V. The Queen)

(٦١) حكم المحكمة العليا في كندا – قضية ديلفاموك ضد الملكة – الحكم الصادر في ١١/كانون الاول/ ١٩٩٧ .

(٦٢) Karen Drake – The impact of Cathrine Milling – osgoode Hall law school of york University – 2018

لذا اتجهت المحكمة العليا في كندا في قراراتها الحديثة الى ان مبدأي الارض التي لا مالك لها والاكتشاف لا يمكن الاستناد اليهما دستوريا في تأسيس السيادة على الارض للنتاج الملكي لكونهما يتعارضان تماما مع الدستور الكندي^(٦٣).

المطلب الثاني: القضاء الدولي

نظر القضاء الدولي ، وتحديدًا محكمة العدل الدولية ، قضايا مهمة بشأن الاستيلاء على الارض الخالية ، سواء كان ذلك بشكل مباشر او غير مباشر ، وستتناول بالبحث في هذا المطلب ثلاثة قضايا مهمة في هذا الخصوص .

أولاً : قضية الصحراء الغربية (١٩٧٤)

ارسلت الجمعية العامة للامم المتحدة طلبا الى محكمة العدل الدولية لطلب رأيها الاستشاري بشأن الصحراء الغربية المتنازع عليها بين المغرب واسبانيا لبيان فيما اذا كانت وقت الاستعمار الاسباني ارضا لا مالك لها (terra nullius) ؟
ان الجمعية العامة للامم المتحدة عندما ارسلت طلباً بالفتوى من محكمة العدل الدولية بشأن الصحراء الغربية^(٦٤) لبيان فيما اذا كانت الصحراء الغربية وقت استعمارها من قبل اسبانيا ارضا خالية (terra nullius) ، انما يشير هذا القرار بشكل ضمني الى ان وضع اليد على الاراضي غير المأهولة كان يمثل وسيلة مقبولة للاستيلاء عليها وتملكها في تلك الفترة .

اوضحت المحكمة بهذا الصدد بأن وقت الاستعمار الاسباني الذي ابتدا في عام ١٨٨٤ الذي اعلنت فيه حمايتها لوادي الذهب (الصحراء الغربية) فأن المفهوم القانوني للارض التي لا مالك لها يجب تفسيره بالرجوع الى القانون الساري في تلك الفترة^(٦٥) .
وقد وجدت محكمة العدل الدولية بأنه بالرجوع الى ممارسات الدول في تلك الفترة فأن الاقاليم التي تقطنها القبائل او السكان الذين لهم تنظيم اجتماعي وسياسي لا تعتبر « ارضا لا مالك لها » لعدم تحقق الشروط اللازمة لذلك ، واستندت الى ان الامر الملكي الاسباني الصادر في ٢٦/كانون الاول / ١٨٨٤ كان صريحا بأن الحماية الاسبانية على الصحراء الغربية يقوم على اساس الاتفاقات المبرمة بين ممثل الحكومة الاسبانية في افريقيا مع زعماء القبائل المحليين في المنطقة ، وهو ما اكدته المفاوضات التي تمت بين فرنسا واسبانيا بشأن تثبيت الحدود في المنطقة لم تعتمد اسبانيا على اساس ان سيادتها على الصحراء الغربية قائمة على احتلالها لارض لا مالك لها^(٦٦).

وبمراجعة واضحة لمضمون فتوى محكمة العدل الدولية نجدها انها لم تكن متساهلة في تحديد الارض الخالية (terra nullius) حيث لم تعتبر الاستيلاء مشروعاً حتى وان

(٦٣) حكم المحكمة العليا في كندا - القضية رقم (٣٤٩٨٦) - تاريخ صدور الحكم في ٢٤ / ايلول / ٢٠١٣ .

(٦٤) قرار الجمعية العامة للامم المتحدة المرقم (٣٢٩٢) في ١٣/كانون الاول/١٩٧٤ .

(٦٥) الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية بشأن الصحراء الغربية الصادر في ١٦/تشرين الاول/١٩٧٥ - الفقرة ٧٧ - النسخة الانكليزية .

(٦٦) الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية بشأن الصحراء الغربية الصادر في ١٦/تشرين الاول/١٩٧٥ - الفقرتين ٨٠ و ٨١ - النسخة الانكليزية .

كانت الارض التي يتم وضع اليد عليها غير خاضعة لسلطة دولة معينة ، بمعنى الدولة في مفهومها الغربي^(٦٧)، لذلك جاء اعتبارها لوجود قبائل او سكان شاغلين لها بمثابة ارض غير خالية وبالتالي لا يجوز الاستيلاء عليها .

وتؤكد المحكمة بانه على الرغم من الاختلافات بين الفقهاء ، الا ان ممارسات الدول في الفترة الاستعمارية تشير الى ان المناطق التي تسكنها قبائل او شعوب له تنظيم اجتماعي او سياسي لا تعتبر ارضا خالية ، وان اكتساب الملكية في تلك المناطق لا يكون من خلل الارادة المنفردة باعتباره احتل لارض خالية حتى يتم اعتبارها ملكية اصلية ، وانما يتم من خلل الاتفاقات المبرمة مع الحكام المحليين .

وترى المحكمة ان استخدام كلمة «احتلال» في تلك الحالات لم يكن بمعناها الدقيق الذي يعني وضع اليد علي ارض خالية ، وترى ان انتقال الملية عن طريق الاتفاقات سواء تم باعتباره « تنازلاً فعلياً» عن الاقليم ام لم يعتبر كذلك ، فأنها ملكية مشتقة وليست ملكية اصلية^(٦٨).

ثانيا : قضية ليغيتان – سييادان (٢٠٠٢)

تتلخص هذه القضية بأن كل من اندونيسيا وماليزيا تتنازعان السيادة على جزيرتي (بولاه ليغيتان وبولاه سييادان) ، وهما جزيرتان صغيران جداً ، لا تتجاوز مساحة اي منهما عن (١٣،٠) كم^٢ وغير مأهولتان بالسكان لغاية ثمانينات القرن الماضي حيث تحولتا الى منتجع سياحي للغوص في الاعماق^(٦٩) .

ان تنازع السيادة على الجزيرتين بين كل من اندونيسيا وماليزيا يقوم على اساس خلافة الدول ، حيث تدعي اندونيسيا ان لديها سند ملكيتها باعتبارها خلفاً لهولندا التي اكتسبت الملكية عن طريق اتفاقات ابرمتها مع سلطان « بولونغان » المالك الاصلي للجزيرتين .

ورفضت المحكمة هذا الادعاء مستندة الى ان اتفاقات التبعية الموقعة بين الطرفين انما تشير الى جزر (تركان) و(سيباتك) والجزر الصغيرة التابعة لها ، وحيث ان المقصود بالجزر التابعة لها يراد بها الجزر المجاورة لها بشكل مباشر وبالتالي لا تشمل الجزر البعيدة عنها ، وحيث ان جزيرتي ليغيتان وسييادان تبعدان اكثر من (٤٠) ميل بحري فلا تشملهما تلك الاتفاقات^(٧٠).

اما ماليزيا فأنها تدعي من جانبها اكتسابها الملكية على الجزيرتين نتيجة لسلسلة من عمليات انتقال الملكية التي كانت في الاصل للسلطان السابق (سلطان سولو) وزعمت ان هذه الملكية انتقلت الى اسبانيا ثم الى الولايات المتحدة الامريكية ثم الى بريطانيا بأسم دولة شمال بورنيو ثم انتقلت الى ماليزيا ، وان اكتسابها سند الملكية هو

(٦٧) Randall Lesaffer – Argument from roman law in current international law – EJIL – 2005 – p40 .

(٦٨) الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية في قضية الصحراء الغربية – لفقرة ٨١ – النسخة الانكليزية .

(٦٩) حكم محكمة العدل الدولية في النزاع بين اندونيسيا وماليزيا بشأن السيدة على جزيرتي بولاو ليغيتان وبولاو سييادان – الحكم الصادر بتاريخ ١٧/كانون الاول / ٢٠٠٢ – الفقرة ١٤ .

(٧٠) حكم محكمة العدل الدولية السابق – الفقرة ٩٦ .

الذي يمنحها السيادة عليهما (٧١).

وترى المحكمة بأن الجزيرتين لم تذكران بالاسم في اي من الصكوك التي قدمتها ماليزيا لاثبات عمليات انتقال الملكية اليها ، بلاضافة الى ان الجزيرتين لم تكونا مشمولتين بالمنحة التي قدمها سلطان سولو حينما تنازل عن كل حقوقه وسلطاته في ممتلكاته بجزيرة بورنيو ، بما في ذلك الجزر الواقعة في حدود ثلاث اميال بحرية الى (الفرد دنت) و (البارون فون اوفريبك) في عام ١٨٧٨ .

ويشأن ادعاء ماليزيا بوجود صلات بين سلطان سولو والباجلوت الذين سكنوا الجزر المقابلة لساجل بورنيو ، وربما كانوا من وقت لآخر يستخدمون هاتين الجزيرتين غير المأهولتين ، ترى المحكمة انه وان كانت هذه الصلات ربما قائمة ، ولنها في حد ذاتها غير كافية كدليل على ان سلطان سولو ادعى الملكية الاقليمية لهاتين الجزيرتين او اعتبرهما جزءا من ممتلكاته ، ولا يوجد اي دليل على انه مارس سلطة فعلية عليهما . وبعد ان ناقشت المحكمة « سندات الملكية » التي اعاها الطرفين ، ولم تجد المحكمة فيها ما يؤكد ملكية اي منهما للجزيرتين ، انتقلت المحكمة الى مناقشة « الفعاليات » التي مارسها الطرفين على الجزيرتين ، حيث قدمت اندونيسيا حججها بهذا الصدد وتمثلت في الفعاليات الاتية :-

١ . قيام الاسطول الملكي الهولندي بتسيير دوريات في المنطقة لتي تقع فيه الجزيرتين .

٢ . انشطة الاسطول الاندونيسي في تلك المنطقة .

٣ . انشطة صيادي الاسماك الاندونيسيين (٧٢).

اما ماليزيا فقد احتجت بمجموعة من الفعاليات تمثلت بالاتي :-

١ . السيطرة على صيد السلاحف وجمع بيض السلاحف ، الذي تزعم ماليزيا انه اهم نشاط اقتصادي في جزيرة سييادان منذ سنين .

٢ . قيامها بأشياء محمية للطيور في سييادان عام ١٩٣٣ .

٣ . قيام السلطات البريطانية في شمال بورنيو ببناء منارات في جزيرتي ليغنتان وسييادان في الستينات من القرن العشرين ، وان السلطات الماليزية هي التي تقوم بصيانتها لحد الان (٧٣).

وبعد ان قامت المحكمة بمناقشة تلك الفعاليات اشارت الى ان حالة الجزر الصغيرة جدا وغير المأهولة بشكل دائم كجزيرتي ليغنتان وسييادان ، اللتان لم تكن لهما اهمية اقتصادية تذكر حتى وقت قريب ، فأن الفعاليات المؤثرة تكون نادرة بوجه عام ، كما ان المحكمة لا تستطيع ان تاخذ بالاعتبار افعالا وقعت بعد تبلور النزاع بين الطرفين ، مالم تكن هذه الافعال استمراراً عادياً لافعال سابقة ، ولم تتخذ بقصد تحسين الموقف القانوني للطرف الذي يعتمد عليها .

وترى المحكمة ان الفعاليات التي قدمتها اندونيسيا لا يوجد من بينها اي فعاليات

(٧١) حكم محكمة العدل الدولية السابق - الفقرة ٩٨ .

(٧٢) حكم محكمة العدل الدولية السابق - الفقرة ١٣٠ .

(٧٣) حكم محكمة العدل الدولية السابق - الفقرة ١٣٢ .

ذات طابع تشريعي او تنظيمي ، اما الانشطة التي مارستها ماليزيا ، وان كانت قليلة العدد ، لكنه متنوعة في طابعها وتشمل افعالا تشريعية وادارية وشبه قضائية ، وتغطي فترة طويلة من الزمن ، وتحمل نمطاً يكشف عن نية في ممارسة مهام الدولة على الجزيرتين .

كما ان اندونيسيا وسلفها هولندت لم تديان اي اعتراض او احتجاج على أنشطة ماليزيا ، لذلك استنتجت المحكمة ان ملكية ليغنتان وسييادان يعودان الى ماليزيا بناء على تلك الفعاليات .

ثالثاً : قضية بيدرا برانكا (٢٠٠٨)

تتلخص هذه القضية بأن كل من ماليزيا وسنغافورة تتنازعان السيادة على مجموعة جزر صغيرة جداً^(٧٤) ولكن له اهميتها الاستراتيجية ، وطلبنا بموجب اتفاق خاص بينهما احوالة النزاع الى محكمة العدل الدولية لتبت بالموضوع .

في هذا النزاع بشأن جزيرة (بولا باتو بوت) دفعت ماليزيا بأن الجزيرة لا يمكن ان تعتبر في اي وقت من الاوقات ارضاً لا مالك لها وبالتالي لا يمكن ان تكون عرضة للحيازة عن طريق الاشغال او الاحتلال^(٧٥) .

اما سنغافورة فقد ذهبت من جهتها الى الادعاء بأنه كان من الواضح ان مركز (بيدرا برانكا)^(٧٦) كان في عام ١٨٤٧ ارضاً خالية لا مالك لها^(٧٧) .

كان واضحاً م عرضة طرفا النزاع ان وضع الجزيرة وطبيعة تواجد السكن فيها كان محل خلاف اساسي بينها ، والطرفين مدركين تماما ان الآثار لقانونية تترتب على اثبات الحالة التي كانت عليها الجزيرة سابقاً .

وقد انتقلت المحكمة من فكرة اساسية حاولت فيها تجنب ذلك الخلاف ، حيث تعرض المحكمة الى ان طرفي لنزاع لم يختلفا في كون سلطنة « جوهور » منذ بروزها للوجود في عام ١٥١٢ قامت كدولة ذات سيادة ولها المجال الاقليمي المحدد الخاضع لسيادتها وانه يشمل منطقة المضائق التي تقع فيها بيدرا برانكا بولاه .

وترتب على ذلك ان المحكمة عندما تعرضت لطبيعة الجزيرة ، اشارت الى ان الجزيرة وفقاً لطبيعتها الصخرية لا يمكن ان تكون مأهولة وغير قابلة لأن تكون كذلك ، والامر لا يستوجب ، لغرض فرض سيادتها، ان تظهر سلطتها في كل لحظة وفي كل نقطة من الارض^(٧٨) ، وان اثبات سند ملكية الارض في احد صورته يكون من

(٧٤) النزاع يتعلق بثلاثة جزر صخرية هي جزيرة بيدرا بولاو باتو بوت ، التي هي عبارة عن جزيرة من صخر الغرانيت يبلغ طولها ١٣٧م وعرضها ٦٠م وتغطي مساحة ٨٦٥٠م٢ عند ادنى جزر ، والجزيرتان الاخريان هما ميدل روكس وساوث ليدج اصغر مساحة من الجزيرة الاولى .

(٧٥) المذكرة الاولى للحكومة الماليزية المؤرخة في ٢٥/٢٥/٢٠٠٤ في النزاع مع سنغافورة بشأن السيادة على بعض الجزر امام محكمة العدل الدولية - الفقرة ٨٤ .

(٧٦) جزء من جزيرة بولا باتو بولاه تم اتخاذه كمنارة لارشاد السفن .

(٧٧) المذكرة الاولى لسنغافورة المؤرخة في ٢٥/٢٥/٢٠٠٤ في النزاع مع ماليزيا بشأن السيادة على بعض الجزر امام محكمة العدل الدولية - الفقرة ٨، ١٩ .

(٧٨) حكم محكمة العدل الدولية في النزاع بين ماليزيا وسنغافورة بشأن السيادة على بعض الجزر الصادر في ٢٣/٢٣/٢٠٠٨ - الفقرة ٦٦ - النسخة الانكليزية .

خلل انتفاء وجود مطالبة منافسة على تلك الأرض ، وهو ما اشارت اليه محكمة العدل الدولية استدلالاً بما ذهبت اليه المحكمة الدائمة للعدل الدولي بأنه (في معظم القضايا التي تنطوي على مطالبات بالسيادة الإقليمية تكون هناك دائماً مطالبتان متنافستان على السيادة ، ولم تقدم للمحكمة لغاية عام ١٩٣١ اي مطالبة بالسيادة على غرينلاند الا من الدانمارك)^(٧٩) .

وتجد محكمة العدل الدولية بأنه بعد دراسة اواصر الولاء التي كانت قائمة بين سلطنة (جوهور) وبين الاورانغ لاوت « شعب البحر » الذن كانوا يمارسون صيد الاسماك وانشطة القرصنة في مضائق سنغافورة ، استناداً الى الوصف الذي اورده المسؤولون البريطانيون في التقارير الرسمية المعاصرة عن طابع العلاقة بين سلطان جوهور والاورانغ لاوت تؤكد السند الاصيلي القديم لسلطنة جوهور في ملكية هذه الجزر بما في ذلك جزيرة بيدرا برانكا بولاه باتو^(٨٠) .

تجد محكمة العدل الدولية ان اي انتقال للسيادة قد يكون عن طريق انتقال بين الدولتين المعنيتين ، ومثل هذا الاتفاق قد يتخذ صورة معاهدة ، كما في معاهدة كروفور لعام ١٨٢٤ واتفاق عام ١٩٢٧ ، وقد يكون الاتفاق ضمناً ينشأ من سلوك الطرفين ، وفي هذه الحالة لا يفرض القانون الدولي اي شكل معين ، ولكنه يصب التشديد على نوايا الطرفين ، والسيادة على اقليم قد تنتقل في ظل ظروف معينة نتيجة فشل الدولة صاحبة السيادة في الرد على سلوك يتماشى مع السيادة ابدته الدولة الاخرى او على مظاهر ملموسة من ابداء السيادة الإقليمية من قبل الدولة الاخرى ، ومثل هذه المظاهر من ابداء السيادة قد تستدعي رداً ، اذا أريد لها الا تكون قابلة للاعتراض من الدولة المعنية ، وعدم صدور رد فعل ق يوازي قبولاً او رضا ضمناً بما معناه ان السكوت قد يتحدث ايضاً ، ولكن اذا كان سلوك الدولة الاخرى قد يستدعي رداً^(٨١) .

ووجدت المحكمة ان بعض انواع السلوك التي تصدر من الدول تؤكد السيادة على اقليم معين منها اجراء التحقيق في تحطم السفن داخل المياه الإقليمية للجزيرة محل النزاع اذا لم يقبله اي احتجاج من الدولة الاخرى التي تنازعها السيادة^(٨٢) ، كما ان سلوك سنغافورة فيما يتعلق بمنح الاذونات او عدم منحها للمسؤولين الماليزيين في سياق مسح المياه الإقليمية المحيطة بالجزيرة يجب اعتباره سلوكاً يتسق مع السيادة ويمد ادعاء سنغافورة بالسيادة على الجزيرة بدعم هام^(٨٣) .

وترى كذلك بأن رفع علمي بريطانيا وسنغافورة على منارة هورسبرغ منذ ان بدأ

(٧٩) حكم محكمة العدل الدولية في النزاع بين ماليزيا وسنغافورة بشأن السيادة على بعض الجزر الصادر في ٢٣/ ايار/ ٢٠٠٨ - الفقرة ٦٤ - النسخة الانكليزية .

(٨٠) حكم محكمة العدل الدولية في النزاع بين ماليزيا وسنغافورة بشأن السيادة على بعض الجزر الصادر في ٢٣/ ايار/ ٢٠٠٨ - الفقرة ٧٠ وما بعدها - النسخة الانكليزية .

(٨١) حكم محكمة العدل الدولية في النزاع بين ماليزيا وسنغافورة بشأن السيادة على بعض الجزر الصادر في ٢٣/ ايار/ ٢٠٠٨ - الفقرة ١١٨ وما بعدها - النسخة الانكليزية .

(٨٢) من بين الادلة التي استندت اليها محكمة العدل الدولية عندما اعتبرت قيام سنغافورة بممارسة سلطتها السيادية في التحقيق بتحطم السفن في المياه الإقليمية لجزيرة برانكا بولا باتو واعتبرت عدم معارضة لهذا السلوك بمثابة اعتراف بسيادة سنغافورة - حكم محكمة العدل الدولية في النزاع بين ماليزيا وسنغافورة - مصدر سابق - الفقرة ٢٣١ - النسخة الانكليزية .

(٨٣) حكم محكمة العدل الدولية في النزاع بين ماليزيا وسنغافورة - مصدر سابق - الفقرة ٢٤١ - النسخة الانكليزية .

تشغيلها هو اظهار واضح للسيادة ، وانه يمكن اعطاء بعض الوزن لذلك لكون ماليزيا لم تحتج على رفع العلم على المنارة^(٨٤) ، كذلك يعتبر اعلان سنغافورة عن طرح عطاء علني لاستصلاح المناطق المحيطة بجزيرة بيدرا برانكاه بولاه يمثل سلوكا يدعم سيادة سنغافورة على الجزيرة^(٨٥).

وبعد تلك الاستدلالات وجدت المحكمة ان بيدرا برانكا بولاه تقع تحت سيادة سنغافورة .

ان القضايا الثلاثة التي تعرضنا لبيانها يمكن ان نستنتج منها ان تغييراً جوهرياً حصل على المستوى الدولي فيما يتعلق بملكية الاراضي .

اثناء الحقبة الاستعمارية ، لم يكن ينظر الي التنظيمات الاجتماعية والقبلية على انهم جزء من مجتمع الامم ، ونجد ذلك واضحاً وصريحاً في العديد من الاحكام القضائية والتحكيمية الدولية في تلك الفترة ففي قضية (بالماس) ، وهي قضية تم نظرها في عام ١٩٢٨ ، اشار المحكم « هوير » الى ان امراء وقادة الشعوب الاصلية لايمكن الاعتراف بهم كأعضاء في مجتمع الامم^(٨٦).

وبذلك نجد ان المحكم لم يكن ليتطرق في الاساس لوجود سيادة يمكن ان تظهر غير سيادة الدول الاوربية الاستعمارية ، فهو يتعرض فقط لمن كانت السيادة على الجزر ، هل هي لهولندا ام لاسبانيا ؟ باعتبارها ارضاً خالية ، ولم يكن معنياً بأي وجه للتعرض لسيادة ملك « توبكان » الذي كان الحاكم المحلي للمنطقة التي تقع فيها الجزر باعتباره مالكاً اصلياً لها ، حيث انكر صلاحيته لذلك بشكل مطلق لكونه ليس من مجتمع الامم ، واعتبر ان العقود المبرمة بين شركة الهند الهولندية مع ملك « توبكان » انما هي اظهار للسيادة الهولندية ، ولا تخلق اي حقوق او التزامات بين هولندا ومملكة توبكان .

ولكن في الوقت الحاضر لا يمكن لمحكمة العدل الدولية ان تتبنى ذات الموقف في قضية « بالماس » لانتهاء الفترة الاستعمارية ، ولم تعد تلك القواعد السائدة في السابق تصلح الان .

لذلك نجد ان المحكمة في قضية الصحراء الغربية نفت وجود اراضي خالية « terra nullius » مع وجود قبائل او شعوب لها تنظيم اجتماعي وسياسي ، وانكرت اكتساب الملكية على تلك الاراضي بأن يكون قد حصل من جانب واحد عن طريق احتلال ارض خالية التي تخلق الملكية الاصلية ، وانما تم ذل من خلال الاتفاق مع الحكام المحليين .

وهذا ماتم اعتماده في احكام المحكمة في قضيتي (ليغيتان - سييادان) و (بيدرا برانكا) حيث جعلت مفهوم الملكية الاصلية مستقلاً عن مفهوم الارض الخالية (terra nullius) ، وهو ما ثبت الملكية الاصلية باعتبارها عنصر مؤسس للاقليم ، واستبعد

(٨٤) حكم محكمة العدل الدولية في النزاع بين ماليزيا وسنغافورة - مصدر سابق - الفقرة ٢٤٤ - النسخة الانكليزية .

(٨٥) حكم محكمة العدل الدولية في النزاع بين ماليزيا وسنغافورة - مصدر سابق - الفقرة ٢٤٩ - النسخة الانكليزية .

(٨٦) حكم محكمة التحكيم الدولية في القضية المعروفة بقضية جزر (بالماس) بين الولايات المتحدة الامريكية وهولندا الصادر في ٤/نيسان/١٩٢٨ .

مفهوم الملكية الأصلية المرتبط بالسيق الاستعماري ، وان هذا التحرير للمفهوم ، وان لم يحدث تغييراً جذرياً في الواقع ، الا انه يمثل محاولة لتكييف موقفها القانوني بشكل تدريجي مع القانون التقليدي للاقليم .

وعليه لم تسعى المحكمة في القضيتين المذكورتين الى اثبات الملكية الأصلية للسلطين السابقين ، وانما افترضت اساساً وجود تلك الملكية باعتباره امراً مفروغ منه ، واكدته في قرارها دون جهد ، من خلال الاعتراف بالملكية الأصلية بشكل مجرد .

وبذلك نجحت المحكمة بتحرير الملكية الصلية من مفهوم الارض الخالية (terra nullius) باعتباره انجازاً جديداً مع الحفاظ على الاطار الحالي لقانون الاقليم .

ولكن يبقى الاعتراف بالملكية الأصلية دون فحص مدى تحقق السيطرة على الاقليم ملكية هشة ، وما يبدو عليه الامر ان المحكمة حاولت تجنب الخوض في فحص السيطرة الاقليمية لما يترتب على ذلك من صعوبات تتمثل في عدم امكانية تطبيق النمط الاوربي في السيطرة الاقليمية على نوع السيطرة التي تحققت عند تكوين الدول خارج القارة الاوربية ، وتحديد فيما اذا كانت تلك السيطرة تستحق ملكية الارض ، وبيان المعيار اللازم لتقييم مقدار الرقابة الاقليمية المقترضية ، ويجب في تلك الحالة ان يستند هذا المعيار اما الى اساس منطقي ، او يقوم على اساس شرعي وفقاً لقواعد القانون الدولي القائم في حينها . ان ما توصلت اليه محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري والحكمين المذكورين ، يمثل اتجاه جديد يبتعد عن الاسس الاستعمارية القيمة ، ويحاول افتراض قواعد جديدة للملكية ، وان كانت غامضة لحد الان ، وهدف المحكمة من ذلك ايجاد تناغم مع المبادئ الاساسية التي تحكم العلاقات الدولية مثل مبدأ السلامة الاقليمية وحق تقرير المصير وحظر العدوان او التهديد المسلح كوسيلة للحصول على السيطرة الاقليمية بما يضمن استقلال الدول الجديدة ومنع المزيد من النزاعات (٨٧).

(٨٧) Sookyeon Huh – Title to territory in the post colonial era – The European journal of international law – Vol . -26 No.2015 – 3 – p725-724 .

الخاتمة

ان فكرة الارض الخالية او الارض التي لا مالك لها (terra nullius) انتقلت من القانون الخاص الداخلي الى القانون الدولي ، وتحديدًا في الفترة الاستعمارية ، عندما حاولت الدول بعد توسعها نتيجة امكانياتها البحرية الكبيرة في اكتشاف اراضي جديدة ، ان تجد لها مبرراً قانونياً للاستيلاء على تلك الاراضي يضمن لها سيادتها الدائمة عليها ، وهذا الاساس في القانون الدولي كان محل توافق بين الدول الاستعمارية واعتبرته مبدأ قانوني يحكم العلاقات بين تلك الدول وينظمها .

ولكن تم تشويه فكرة الارض الخالية (terra nullius) فبعد اذا كانت تعني بمعناها الواضح والبسيط خلو الارض من اي شاغل ، فأن الدول الاستعمارية ، وبهدف السيطرة على اكبر مساحة من الارض ، اعتبرت الاراضي التي يشغلها السكان الاصليون ارضاً خالية مما شوه هذا الاساس في التملك كونه يمثل انتهاك صريح لحقوق الانسان والتقليل من القيمة البشرية لشاغلي تلك الاراضي .

لذلك خلصت الدراسة التي اعدتها لجنة حقوق الانسان في الامم المتحدة الى ان مفاهيم الاقاليم التي لا سيادة لاحد عليها والفتح والاستكشاف كاساليب للاستيلاء على الاراضي هي مفاهيم مقبولة ، ليس لها اي سند قانوني وهي تفتقر لأي اساس موضوعي او مبرر يثبت صحة اي ادعاء بالولاية على اراضي السكان الاصليين والممتلكات الموروثة عن اسلافهم او بملكية هذه الاراضي ، وينبغي استئصال مخلفات هذه المفاهيم من النظم القانونية الحديثة (٨٨).

وذهبت الى اكثر من ذلك حينما وجدت ان الاتفاقيات المبرمة سابقاً بين الدول الاستعمارية والسكان المحليين لم تكن عادلة ومجحفة ، لذا اقترحت اللجنة ان تكون المعاهدات والاتفاقيات بين الشعوب الاصلية والدول ، والمعاهدات بين الدول التي تؤثر على الشعوب الاصلية ينبغي ان تخضع لاشرف دولي (٨٩).

وقد حقق الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية في قضية الصحراء الغربية تحولاً كبيراً في انكار فكرة الارض الخالية القائمة على انكار الوجود والشغال القائم من قبل الشعوب الاصلية هما كانت درجة تحضرهم ، وهذا الرأي استتبع الكثير من القبول في القضاء الداخلي للعديد من الدول .

(٨٨) تقرير لجنة حقوق الانسان - المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة - الدورة ٤٥ - ١٩٨٩ - وثيقة رقم (٢٢/١٩٨٩/٤.E/CN) - الفقرة ٤٠/ب .

(٨٩) تقرير لجنة حقوق الانسان - المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة - الدورة ٤٥ - مصدر سابق - الفقرة ٤٠/ز .