

مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية
دورية متخصصة ومحكمة تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة ابن خلدون - تيارت - الجزائر



العدد الخامس أفريل 2017

المراسلات و النشر:

ترسل جميع المراسلات باسم:

مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية
كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة ابن خلدون - تيارت -
ص.ب 78 زعرورة - تيارت - 14000. الجزائر

عنوان البريد الإلكتروني:

majaletkolya@univ-tiaret.dz

majaletkolya11@gmail.com

رقم الإيداع 044 - 2437 :ISSN

مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية
دورية متخصصة ومحكمة تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة ابن خلدون بتيارت- الجزائر

قواعد النشر بالمجلة

تنشر مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية الدراسات العلمية والفكرية في تخصصات الحقوق والعلوم السياسية المكتوبة باللغة العربية، والفرنسية أو الإنجليزية.

كيفية تقديم المقالات

تكتب المقالات المقدمة للمجلة على آلة الكمبيوتر بخط Arabic Typesetting مقاس 16 شريطة ألا يزيد عدد صفحات المقال عن 14 صفحة بما في ذلك الجداول والأشكال والمراجع، ويكون مصحوبا بقرص مضغوط، أو نسخة بالبريد الإلكتروني لتسهيل عملية الطباعة.

ينظم المقال كالآتي:

عنوان المقال، اسم صاحب المقال، الكلية والجامعة والبلد، ملخص المقال باللغتين، ثم البحث.

المراجع:

تكتب المراجع داخل النص حسب الطريقة التالية: إذا كان كتابا يكتب اسم ولقب المؤلف، عنوان الكتاب، الجزء، الطبعة، سنة الطبع، الصفحة.

أما إذا كان مجلة يذكر أسماء المؤلفين، عنوان البحث، سنة النشر، اسم المجلة، رقمها وعدد الصفحات المستغلة.

أما إذا كان قانونا يذكر رقمه، عنوانه، تاريخه، الجريدة الرسمية، العدد.

كما يتوجب على الباحث إتباع القواعد المتفق عليها عالميا في مجال الإحالات والاختصارات والمصطلحات.

ملاحظة:

بعد النشر يمنح صاحب المقال المنشور نسختين أصليتين من المجلة.

إن المقالات المنشورة في هذه المجلة لا تعبر إلا عن آراء أصحابها ولا تلزم هيئة التحرير.

المقالات التي لا تنشر لا ترد إلى أصحابها.

المدير الشرفي للمجلة:

الأستاذ الدكتور مدريل خلادي مدير جامعة ابن خلدون / تيارت

مدير المجلة:

الأستاذ الدكتور عليان بوزيان عميد كلية الحقوق و العلوم السياسية

رئيس تحرير المجلة:

الدكتور ويس فتحي

هيئة التحرير:

أ.د بوساحة الشيخ

د. عجالي بخالد

د. حساني علي

د. مقني بن عمار

أ. عبد الصدوق خيرة.

أ. صافة يمينة

محررة المجلة:

قاسمي عقيلة

الهيئة العلمية للمجلة

أ.د معاشو عمار	جامعة تيزي وزو	د.حساني علي	جامعة تيارت
أ.د مروان محمد	جامعة وهران	د. مبطوش الحاج	جامعة تيارت
أ.د شهيدة قادة	جامعة تلمسان	د. قوسم حاج غوثي	جامعة تيارت
أ.د فئات فوزي	جامعة سيدي بلعباس	د. مداح حاج علي	جامعة تيارت
أ.د طيبي بن علي	جامعة سعيدة	د. بحري فاطمة	جامعة تيارت
أ.د عزى الزين	جامعة بسكرة	د. بوغزارة الصالح	جامعة تيارت
أ.د فتاك علي	جامعة تيارت	د. شامي أحمد	جامعة تيارت
أ.د عليان بوزيان	جامعة تيارت	د. هروال هبة نبيلة	جامعة تيارت
أ.د خليل عمرو	جامعة البليدة	د. قايد ليلي	جامعة تيارت
أ.د بوساحة الشيخ	جامعة تيارت	د. عبد العالي عبد القادر	جامعة سعيدة
د. ملزي عبد الرحمن	جامعة الجزائر	د. بومهدي بلقاسم	جامعة الجزائر
د. جمعي ليلي	جامعة وهران	د. حبشي لزرق	جامعة تيارت
د. شوتري أحمد	جامعة الجزائر	د. حمر العين عبد القادر	جامعة تيارت
د. عبد الرحمن الشرفاوي	جامعة الرباط (المملكة المغربية)	د. بلفضل محمد	جامعة تيارت
د. بشرى نذير	جامعة الرباط (المملكة المغربية)	د. بوشي يوسف	جامعة تيارت
د. مقني بن عمار	جامعة تيارت	د. سماحي خالد	جامعة تيارت
د.هنان مليكة	المركز الجامعي بالبيض	د. حمر العين مقدم	جامعة تيارت
د. بلقنشي الحبيب	جامعة تيارت	د. طفياني مختارية	جامعة تيارت
د. ويس فتحي	جامعة تيارت	د. رياحي أحمد	جامعة الشلف
د. مكى خالدية	جامعة تيارت	د.بلاق محمد	جامعة تيارت
د. عجالي بخالد	جامعة تيارت	د.كمال محمد الأمين	جامعة تيارت
د. بن عمارة أحمد	جامعة تيارت	د. لقمش محمد أمين	جامعة تيارت
د. شواخ الأحمد	جامعة دار العلوم- الرياض (المملكة العربية السعودية)	د. معمر خالد	جامعة تيارت
د.لاريد محمد أحمد	جامعة سعيدة	د. بدارنية رقية	جامعة تيارت
د. بوراس عبد القادر	جامعة تيارت	د.قويدر ميمونة	جامعة تيارت
د. بن عمارة محمد	جامعة تيارت	د.شاشوا نور الدين	جامعة تيارت
د.بوعبدالله بن عطية	جامعة تيارت		

افتتاحية العدد الخامس القانون والتنمية

انطلاقاً من المقولة التي أطلقتها الأمم المتحدة على مختلف برامجها الإنمائية: "البشر- هم صانعو التنمية، ويجب أن يكونوا هدفها"، وانطلاقاً من تأكيد الفقه القانوني والسياسي على الوظيفة الهندسية للقانون في تنظيم الروابط الاجتماعية والسياسية. بما يسمح للمجتمع من أن يعزز من أسسه وقيمه وثوابته، ويختار مستقبله السياسي والاقتصادي والاجتماعي والثقافي بكل حرية .

أصبحت العلاقة بين ما هو قانوني /أو سياسي وما هو تنموي محل اهتمام كبير لدى الباحثين في العلوم القانونية والسياسية، فمع مرور الزمن ظهرت تحديات أمنية واجتماعية واقتصادية واثنية كان يجب على القانون التدخل بعلمية وموضوعية لبسط سيادته في تنظيمها وضبطها بما يدفع بعجلة التنمية، عن طريق اختيار مؤسسات تمثله بكل شفافية ونزاهة، و بما يضمن عالم أفضل وأحسن، ولن يتم ذلك إلا بالالتزام جميع أفراد المجتمع بأحكامه، إذ لا يمكن الحديث عن التنمية في بيئة تنعدم فيها سيادة القانون، كما لا يمكن للتنمية أن تستورد جاهزة أو تستنسخ ماثلة، بعيداً عن أسس وقيم المجتمع.

إن استقرار الإنسانية رهن بإقامة حكم القانون، فبالالتزام به تتحقق الفعالية في صناعة المستقبل الذي يختاره المجتمع، بدءاً بالتأسيس الدستوري للأولويات التنموية، حيث تظهر الهندسة الدستورية التنموية من جهة أولى بإنشاء مؤسسات دستورية تخطط للتنمية وتراقب على تنفيذها وتستشرف جدواها الإنسانية، ومن جهة ثانية بمظهر الحامي لحقوق الإنسان الفردية والجماعية وعلى رأسها الحق في التنمية، وانتهاء بالتنظيم القانوني الذي يرسم الأسلوب الأمثل للعلاقات الاجتماعية والاقتصادية.

واستجابة لطبيعة الدور التنموي الجديد للقانون صارت الدولة في ظله "دولة ضابطة" تتمحور غايتها في الحفاظ على التوازنات السياسية والاجتماعية والاقتصادية داخل الدولة، بخلق الفضاء اللازم للحرية السياسية والاقتصادية المنظمة، وقد برز ذلك جلياً في ظهور فئة جديدة من المؤسسات عرفت بسلطات الضبط المستقلة لتتوب عن الدولة في مهامها الضبطية والرقابية، وهذا ما ظهر جلياً في التعديل الدستوري بموجب القانون 01/16.

ومن هنا وإيماناً من هيئة التحرير للمجلة بالدور التنموي للقانون تم حث الباحثين على التركيز والتعويل في بحوثهم على الدور التنموي للقانون وللعلوم السياسية في تحقيق التنمية المتجلية في رعاية المصالح المشتركة للمجتمع، ومساهمة من كلية الحقوق والعلوم السياسية في خدمة مشروع الدور التنموي للقانون وللعلوم السياسية جاء هذا العدد الخامس من مجلة الكلية، لتجلية جوانب هامة في مختلف أفرع التنظيم القانوني لمجالات للتنمية، ولتشارك في رسم وتصميم هندسة سياسية ودستورية وقانونية تكون قادرة على خلق مناخ سليم لإنجاح فرص التنمية ضمن مبدأ سيادة القانون.

مدير المجلة:

أ.د/ عليان بوزيان

فهرس العدد

الرقم	مؤلف المقال	عنوان المقال	الصفحة
1/ فهرس مقالات القانون العام			
01	د/ ويس فتحي - جامعة تيارت د/ بلقنشي حبيب - جامعة تبارت	أثر الامتناع العمدي في مجال المسؤولية الجزائية	01
02	د/ بوراس عبد القادر - جامعة تيارت بن بوعبد الله فريد - جامعة تيارت	الجزء الإداري واقع يبحث عن شرعيته	14
03	د/ رحوني محمد - جامعة أدرار	صور حقوق الطفل في القانون الدولي وآليات ضمان حمايتها	29
04	د/ مسعودي يوسف - جامعة أدرار	مدى فعالية إجراء الإبعاد في الحد من ظاهرة الهجرة غير الشرعية	45
05	أ/ بن ثمر بن يعقوب - جامعة تيارت	ملاحظات على عمليتي التنسيق وإعادة الترتيب في التعديل الدستوري لسنة 2016	55
06	أ/ بن عمور عائشة - المركز الجامعي تسمسيت	الطعون الولائية في قانون الإجراءات الجنائية	85
07	أ/ آيت إفتان صارة - جامعة تيارت	دور الوساطة الجنائية في تطور السياسة الجنائية	101
08	أ/ داودي منصور - جامعة تيارت	المسؤولية الجنائية للأفراد ذوي المناصب العليا و مسؤولية القادة أمام المحكمة الجنائية الدولية	112
09	أ/ مدون كمال - جامعة تيارت	واقع النظام القانوني للمرافق العامة في ظل سياسة الخصوصية	129
10	أ/ عزوزة سليم - جامعة تيارت	رؤية قانونية حول مواجهة الجريمة الإرهابية ما بين حماية الأمن الإقليمي وصيانة حقوق الإنسان والحريات الأساسية	148
11	ضامن محمد الأمين - جامعة المدية	إعمال المسؤولية الجنائية الدولية للفرد عن الجرائم ضد الإنسانية أمام المحاكم الجنائية الدولية المؤقتة	163
12	درويش أمين - جامعة سيدي بلعباس	طرق الطعن في احكام المحكمة الجنائية الدولية	182
13	بن داني يوسف - جامعة سيدي بلعباس	المنازعات الناتجة عن عملية المسح و الترقم العقاري	193
14	لطروش آمنة - جامعة مستغانم	حماية التشريعات الدولية والوطنية لمبدأ الحرية النقابية	211
15	علاوي عبد اللطيف - جامعة تلمسان -	جزاء تخلف العمل الرقابي لمندوب الحسابات	231
16	العربي مداح - جامعة الجزائر 01	الوظيفة التنموية للديمقراطية التشاركية	252
17	بكوش محمد أمين - جامعة وهران 2	الدعوى الجزائية بين المثلث الفوري وعقوبة العمل لنفع العام	262
18	راجح وهيبه - جامعة مستغانم	التسرب في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري	278
19	طويل مريم - جامعة تلمسان	العدالة البدلية و جهاز القضاء نحو تنظيم للعلاقة بينها	288
2/ فهرس مقالات القانون الخاص			
20	د/ ولد عمر طيب - جامعة تيارت	الحقوق اللصيقة بالشخصية والحماية القانونية المقررة لها	299
21	د/ يامة إبراهيم - جامعة أدرار تسيبية أحمير - جامعة أدرار	حالات تكفل صندوق ضمان السيارات بتعويض ضحايا حوادث المرور وفقاً للتشريع الجزائري	307

321	عبء الاثبات في قضايا الاحوال الشخصية	د. نوزاد عباس احمد	22
336	حماية التنوع البيولوجي البحري في القانون الدولي المعاصر	د/ مبطوش الحاج- جامعة تيارت أ/ عيسى علي- جامعة تيارت	23
363	دعوى الرجوع ضد مرتكب الخطأ من أجل التعويض في مجال الضمان الاجتماعي	د/ بن سالم كمال - جامعة مستغانم	24
389	تصفية الشركة الفعلية	د/ معمر خالد-جامعة تيارت.	25
401	إعمال مبدأ الوجاهية في مجال الواقع والقانون في الدعوى المدنية	أ/ شامي يسين- معهد تيسمسيلت	26
411	الرقابة على التجميعات الاقتصادية في ظل قانون المنافسة الجزائري	أ/ قارة سليمان محمد خليل- المركز الجامعي أحمد زبانة غليزان.	27
427	تأثير العدول عن التعاقد على الاستقرار العقدي في القانون المدني الجزائري نظرة تأصيلية على ضوء الفقه الإسلامي.	أ/ شارف بن يحيى - جامعة تيارت.	28
447	الأطر القانونية لفاعلية اتفاق التحكيم و تأثيرها على منازعات الاستثمار	أ/ زيبار الشاذلي- جامعة تيارت	29
469	إستغلال الأطفال في مجال العمل	أ/ علاق نوال- جامعة مستغانم	30
492	الحصة كمؤشر لوجود وضعية الممينة في السوق	أ/ بخدة كمال- جامعة تيارت	31
505	إشكالية التهيئة العمرانية بين السكنات الحضرية والذكية في ظل المعايير الدولية والتشريعات الجزائرية	لطرش علي -جامعة مستغانم	32
3/ فهرس مقالات العلوم السياسية			
512	الفشل الدولقي في ليبيا بين الحثيات والتداعيات	بالجبلالي محمد- جامعة الجزائر (03)	33
529	البعد الأمني في السياسة الإسرائيلية الدولية تجاه القارة الأفريقية بعد الحرب الباردة	وضاحي ميلود- جامعة الجزائر (03)	34

أثر الامتناع العمدي في مجال المسؤولية الجزائية*

د/ ويس فتحي - أستاذ محاضر "أ" - جامعة ابن خلدون - تيارت
د/ بلقنشي حبيب - أستاذ محاضر "أ" - جامعة ابن خلدون - تيارت

ملخص المقال:

إن الأصل في القانون الجنائي أن تنهى التشريعات عن ارتكاب فعل معين لخطورته و مساسه بالنظام العام أو بالمصلحة الخاصة ، فيخضع عندئذ للعقاب كل من يقدم على ارتكاب ذلك الفعل المجرم ، و لذلك فإن أغلب الجرائم المعاقب عليها ترتكب بفعل مادي إيجابي كالقتل و السرقة و الضرب و خيانة الأمانة و غيرها و تسمى هذه الجرائم بالجرائم الإيجابية . لكن خروجاً عن هذا الأصل و استثناءً منه قد يأمر القانون بفعل معين فيخضع للعقاب من يمتنع عن ذلك الفعل عمداً متخذاً موقفاً سلبياً رغم أمر القانون به ، فتوصف هذه الجريمة بأنها جريمة سلبية و هي جريمة معاقب عنها طالما أن القانون ينص على ذلك مثل جريمة امتناع الشاهد عن الحضور و الإمتناع عن التبليغ عن المواليد و الإمتناع عن تقديم المساعدة لشخص في حال خطر و الإمتناع عن دفع النفقة و غيرها . و بين الجريمة الإيجابية و الجريمة السلبية توجد حالات لا يكون فيها الشخص ملزماً بفعل معين و لا بالإمتناع عن فعل معين لكن قد يصدر عنه سلوك سلبى أي امتناع يساهم ضمن عوامل أخرى في إحداث الجريمة الإيجابية كمن يترك متعمداً جريمة معينة تقع مع أنه كان بمقدوره منعها ، إذ تعرض فقهاء القانون الجنائي كثيراً لمدى صلاحية الامتناع لإحداث النتيجة الإجرامية الإيجابية ، حيث تعددت الآراء في هذا الشأن بين قائل بإمكان ذلك و بين رافض له، كما يوجد تيار آخر من الفقهاء يسلم بإمكانية وقوع الجريمة الإيجابية عن طريق الإمتناع و لكن يعلق ذلك على ضرورة توفر شروط خاصة .

Résumé:

La règle en matière pénale consiste à interdire certains actes pour leur dangerosité et atteinte à l'ordre public ou à l'intérêt des individus, ainsi les lois incriminent et sanctionnent toute personne ayant commis un tel acte . En effet l'infraction prend souvent un aspect positif ; on appelle ça l'infraction de commission ou d'action. Mais comme exception à cette règle la loi pourrait sanctionner certaines personnes pour s'être abstenues de faire un acte que la loi ordonne telle que l'abstention de témoigner ou l'abstention de payer la pension alimentaire ou le cas de non assistance à une personne en danger ; ainsi on appelle l'infraction d'omission ou d'inaction. Mais entre les deux hypothèses la doctrine s'est

* تاريخ إيداع المقال: 2016/09/21

تاريخ تحكيم المقال: 2016/10/17

longtemps poser la question sur la possibilité de commettre l'infraction positive ou d'action par une simple omission ou abstention.

مقدمة:

من المواضيع الدقيقة في قانون العقوبات و التي لها صلة وثيقة بالمسؤولية الجزائية و يبحث السببية التي لا تسند النتيجة للفاعل إلا بتوافرها ، موضوع وقوع الجريمة الإيجابية بطريق الترك أو الامتناع . و هو من ناحية صلته بالضوابط العامة للمسؤولية و السببية ذو شقين.

فشقة الأول يثير مسألة جوهرية رئيسة هي ما إذا كان من الممكن - من وجهة نظر القانون - أن تقع الجريمة الإيجابية بطريق الامتناع . ينبغي هنا عدم الخلط بين الجريمة السلبية بطبيعتها و بين إمكان وقوع الجريمة الإيجابية بطريق الامتناع ، فالجريمة السلبية بطبيعتها كامتناع الشاهد عن الإدلاء بشهادته أو امتناع القاضي عن الفصل في النزاع الذي يشكل جريمة إنكار العدالة المنصوص عنها بالمادة 136 من قانون العقوبات ، وكذا جريمة عدم تقديم المساعدة لشخص في حالة خطر المنصوص عنها بالمادة 182 من قانون العقوبات و جريمة عدم الإبلاغ عن جناية المنصوص عنها بالمادة 181 من نفس القانون فإنها لا تثير مشكلة تذكر ، فاتخاذ الجاني - في هذه الجرائم - موقفا سلبيا في صورة امتناع عن فعل ما يكفي لوقوعه تحت طائلة العقاب لأن مناط التجريم في هذا الفرض هو ذلك الامتناع في ذاته أو هو ذلك الموقف السلبي بالذات .

إنما تدق المسألة و يثور الإشكال القانوني لما يكون لهذا الموقف السلبي أثر ما في وقوع الجريمة التي تكون بطبيعتها من الجرائم التي تقع عادة بالفعل الإيجابي و ليس بعدم الفعل مثل جريمة القتل مثلا التي تقتضي تحرك الإرادة في صورة فعل مادي خارجي و حركة موجهة نحو ارتكاب الفعل المؤدي إلى إزهاق روح الإنسان الحي .

أما الشق الثاني للموضوع فيقتضي بحث ما إذا كان للترك أو الإمتناع المتعمد الصادر من الغير أثر على رابطة السببية بين فعل الجاني الإيجابي و بين النتيجة الجرمية ، بمعنى هل الامتناع الذي قد يرتكبه الغير و الذي يلي سلوك الجاني الإيجابي يمكن أن يؤدي إلى قطع رابطة السببية بين سلوك ذلك الجاني و النتيجة بحيث يصير الغير الذي لم يتحرك و امتنع عن فعل ما هو المسؤول عن النتيجة النهائية بدعوى أن سلوكه السلبي أو امتناعه هو ذاته الذي أدى إلى النتيجة النهائية بمفرده أو على الأقل فاقم منها أو سهل وقوعها .

نعالج من خلال هذا البحث بشكل مبسط الشقين اللذين يثيرهما الموضوع كل على حدى ، على أنه تجدر الإشارة قبل ذلك أن كل شق شديد الصلة بالشق الآخر ، حتى أن الشق الثاني منه متوقف إلى حد كبير على الشق الأول.

المطلب الأول : صلاحية الامتناع لإحداث النتيجة الإيجابية

لقد عرض فقهاء القانون الجنائي كثيراً لمدى صلاحية الامتناع لإحداث النتيجة الإجرامية الإيجابية¹ ، حيث تعددت الآراء في هذا الشأن بين قائل بإمكان ذلك و بين رافض له، كما يوجد تيار آخر من الفقهاء يسلم بإمكانية وقوع الجريمة الإيجابية عن طريق الإمتناع و لكن يعلق ذلك على ضرورة توفر شروط خاصة . و يرجع سبب هذا الخلاف إلى مدى إمكان القول بتوافر رابطة السببية بين الامتناع و هو أمر سلبي بحث بل هو عدم عند البعض و بين النتيجة الإيجابية و هي أمر إيجابي ملموس لا جدال في وجوده² .

الفرع الأول : منكر و صلاحية الامتناع لإحداث النتيجة الإجرامية الإيجابية

يرى منكر و السببية بين الامتناع و النتيجة النهائية الإيجابية أن الامتناع لا يمكن أن ينتج في ذاته مثل هذه النتيجة لأنه - حسب رأيهم - عبارة عن لا شيء أي هو عدم و أنه لا يمكن للعدم أن يكون سببا في حدث آخر غير العدم (de rien ne peut rien se produire) . هذا و قيل أيضا في معرض إنكار المساواة بين الامتناع و الفعل الإيجابي أن إثبات القصد الجنائي في جرائم الامتناع أمر يكاد يكون مستحيلا³ .

و قد كان لهذا الرأي نفر من المؤيدين إلا أن الانتقادات المركزة الموجهة إليه جعل بعضهم يعدل عن رأيه ، أو على الأقل يتنازل عن بعض التطرف فيه حتى أن بعض الفقهاء تحت وطأة النقد أرادوا أن يطوعوا رأيهم إذ اعتبر بعضهم الجريمة التي تقع بالامتناع تشكل إحدى جرائم الخطأ حتى و لو كان الامتناع متعمدا .

و من جملة ما واجه هذا الرأي من النقد أنه ليس صحيحا القول بأن الامتناع لا شيء و انه هو العدم و أن الانطلاق من هذه المقدمة انطلاق من مقدمة فاسدة ، و الصحيح أن الامتناع كفعل إرادي له كيانه القانوني كالفعل الإيجابي سواء بسواء، غاية ما في الأمر أن الإرادة تكون دافع للحركة في الفعل بينما تكون مانعة لها في الامتناع بما يعني أن الامتناع شأنه شأن الفعل هما نتاج الإرادة⁴ . كما أنه لا يجوز رفض المساواة بين الفعل و الامتناع على أساس أن إثبات القصد الجنائي من الامتناع أمر مستحيل لأن الإثبات مسألة أخرى لا تأثير لها عند بيان حكم القانون في مسألة ما. و أن إنكار المساواة بين الامتناع و الفعل الإيجابي يبرز شذوذا عند مقارنة القتل العمد بالقتل الخطأ الذي يصح وقوعه بالفعل الإيجابي أو بالامتناع الظاهر في صورة إهمال ، أما القتل العمد عند المنكرين فلا يقع إلا بالفعل الإيجابي . فثلا لو أهملت ممرضة تقديم الدواء للمريض فسأت حالته و مات تسأل عن القتل الخطأ ، أما لو ثبت القصد الجنائي في شأن هذه الممرضة التي تكون قد

¹ شيلان محمد شريف " جريمة الإمتناع عن الإغاثة " دار الكتب القانونية - القاهرة 2013 ص 7

² د رؤوف عبيد " مبادئ القسم العام من التشريع العقابي " دار الفكر العربي - القاهرة طبعة سنة 1979 ص 207

³ د محمود نجيب حسني " شرح قانون العقوبات القسم العام " ط6 دار النهضة العربية القاهرة 1989 ص 352 و د جلال ثروت " النظرية العامة لقانون العقوبات نظرية القسم الخاص " مؤسسة الثقافة الإسكندرية بدون سنة النشر ص 50 .

⁴ د رؤوف عبيد " السببية في القانون الجنائي " الطبعة الثالثة دار الفكر العربي القاهرة 1974 ص 224 .

تعمدت الامتناع لعداوة بينها و بين المريض فلا تسأل لكون الإمتناع في نظرهم لا يمكن أن ينتج نتيجة إيجابية، و هذه نتيجة أقل ما يقال عنها أنها شاذة لا تتفق مع القواعد العامة في السببية و في المسؤولية الجنائية عموماً¹.

الفرع الثاني: مؤيدو المساواة بين الامتناع و الفعل الايجابي

انطلاقاً من الانتقادات الموجهة لمنكري صلاحية الامتناع لإحداث نتيجة إجرامية إيجابية أصبح الفعل السلبي أو الامتناع يفرض نفسه كحقيقة قانونية قائمة لها أثرها في تقرير المسؤولية الجنائية ، و قد تناول فريق من فقهاء القانون - خصوصاً في ألمانيا- هذا الموضوع بالتفصيل محاولين تأكيد أمر توافر السببية بين مجرد الترك أو الامتناع و بين ما قد يتخلف عنه من نتائج إيجابية مثل وفاة المجني عليه . كما ساوى القضاء الفرنسي القديم بين الجريمة المرتكبة بطريق الامتناع و تلك المرتكبة بالعمل او الفعل و كانت هذه المساواة موجودة في ظل القانون الكنسي و القانون الفرنسي القديم المتأثر بالمبدأ السائد الذي مفاده أن من يقدر على منع الفعل المكون للجريمة و لا يمنعه يعد مقترفاً له².

و مما قيل في هذا الشأن أن من يترك متعمداً نتيجة معينة تتحقق مع أنه كان بمقدوره منعها إنما يكون بامتناعه هذا قد تسبب فيها ، إذ السببية ما هي إلا إرادة الإنسان عندما تستخدم قوى الطبيعة المختلفة في تحقيق رغباتها.

و في معرض تأييده المساواة بين الامتناع و الفعل الايجابي يقول الدكتور رؤوف عبيد أن السببية في القانون الوضعي غيرها في القانون الطبيعي أو الآلي لأن الأشياء الآلية أو الجامدة متصور فيها السكون و عدم الحركة و لا يصح أن يعد هذا السكون سبباً لأمر ما . أما الإنسان فغير متصور بالنسبة له سكون الإرادة التي ينبغي أن تتجه إلى الخير أو إلى الشر بحسب الأحوال ، أي أن إرادة الإنسان في حركة دائمة و أن ترجمتها في الواقع قد تكون بفعل مادي إيجابي و يمكن أن تكون بامتناع عن فعل ، فالنشاط الايجابي و السلبي بالنسبة للإنسان صورتان متقابلتان لإرادة واحدة متساويتا القدر من ناحية ترتيب النتائج و الآثار القانونية³.

و من الناحية الفلسفية النفسية فان الفقهاء الألمان حاولوا - بطرق عديدة- تبرير هذه المساواة حيث قيل بأن الامتناع من الناحية المادية ظاهرة سلبية و لكن ليست خالصة بل فيها عنصراً إيجابياً و أن علاقة السببية يمكن أن تتوافر بغير عناء بين هذا العنصر الايجابي و النتيجة النهائية .

و قيل أيضاً في معرض التمييز بين القدرة على إحداث النتيجة و بين مجرد التسبب فيها أن القدرة على إحداث النتيجة الإيجابية تتطلب فعلاً إيجابياً و هذا لا يصلح لها الامتناع ، أما التسبب في إحداث النتيجة فيمكن أن

¹ د محمد زكي أبو عامر " قانون العقوبات القسم العام " دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية 1996 ص 148

² شيلان محمد شريف " جريمة الإمتناع عن الإغاثة " ص 15

³ د رؤوف عبيد " السببية في القانون الجنائي " ص 325

يكون بالامتناع ، فإذا ما تبين أنه ساهم فيها فقد قامت رابطة السببية بينها و هذا كلام يقارب ما يقول به الفقه الإسلامي نظرية السببية عموماً¹ .

و بهذا تكون فكرة عدم صلاحية الامتناع لإحداث النتيجة النهائية قد فقدت أغلب أنصارها ، على أن الجدل لم يتوقف بهجر هذه الفكرة بل أن جبهة جديدة من الجدل الفقهي فتحت بين أنصار و مؤيدي المساواة بين الفعل الايجابي و الامتناع أنفسهم ، حيث ظهر ما يسمى بفكرة الواجب أو الإلزام الايجابي ، و مفاد هذه الفكرة أن يكون على الممتنع واجب أو إلزام قانوني أو تعاقدى حتى يعد امتناعه سبباً للنتيجة و يكون بذلك مسؤولاً عنها² .

و هذا الشرط قديم، إذ قال به منذ أوائل القرن التاسع عشر- نفر من الشراح مثل الفقيه الفرنسي- رويتر (Rauter)³ إلا أن بعض الفقهاء المعاصرين لم يشترط الواجب القانوني و لهم في رأيهم هذا حجج خاصة، غير أن التطرق لتفاصيل تلك الحجج يفتح جبهة أخرى من البحث في النواحي النفسية و الأخلاقية لسلوك الإنسان، ما يبعدنا عن مقاصد هذا البحث، على أن رأي هؤلاء الفقهاء يتجه أكثر إلى المثالية و معاني البطولة و الأخلاق السامية و العواطف البشرية، غير أن القانون ليس من أهدافه خلق هذه الروح المثالية، كما أنه - أي القانون- لا يطلب من الناس أن يكونوا أبطالاً و مثلاً للتضحية و الاندفاع إلى الأهداف النبيلة المحفوفة بالأخطار .

و قد أضحى من السائد لدى الكثير من الفقهاء في ألمانيا و إنجلترا و فرنسا و بلجيكا أن القتل بالامتناع معاقب عليه كالقتل بفعل ايجابي سواء بسواء و ذلك إذا كان على الممتنع إلزام قانوني أو تعاقدى بالتدخل لإيقاد المجني عليه و خالف هذا الالتزام لأن علاقة السببية بين مخالفته و بين القتل تكون واضحة ، فالقاتل بالامتناع يعد حينئذ قاتلاً عمداً طالما توافر لديه قصد القتل أي إرادة إزهاق الروح و يعد قاتلاً بالإهمال إذا ما انتفى ذلك القصد لديه⁴ .

و نفس هذا الموقف اتجه إليه أغلب الفقه المصري و العربي و منهم الدكتور محمد زكي أبو عامر إذ نقرأ له "و نحن مع الرأي القائل بأنه يجب لمسائلة الممتنع عن النتيجة أن يكون امتناعه مخالفاً لواجب قانوني مفروض عليه

¹ د عبد القادر عودة " التشريع الجنائي الإسلامي " ج2 ص 450 و ما يليها

² د محمود نجيب حسني " جرائم الإمتناع و المسؤولية الجنائية عن الإمتناع " دار النهضة العربية القاهرة 1986 ص 5 .

³ د مأمون سلامة " شرح قانون العقوبات القسم العام " دار الفكر العربي القاهرة 1984 ص 134 .

⁴ د رؤوف عبيد " السببية في القانون الجنائي " ص 326-327

و أن يكون امتناعه هذا هو السبب المحدث للنتيجة ¹. وكذلك الدكتور رؤوف عبيد و جندي عبد الملك في الموسوعة الجنائية و غيرهم ².

و محما يكن فانه لإثبات السببية بين الامتناع و النتيجة النهائية لا يكفي تحقق الامتناع ثم تحقق النتيجة غير المشروعة فحسب ، إنما ينبغي أن يكون الامتناع هو السبب في النتيجة أو كما يقول الدكتور جلال ثروت أن الامتناع كي يعتد به لابد أن يرتفع إلى مستوى السبب وفقا لمعيار الرجل العادي في تسلسل الظروف المألوفة ³.

الفرع الثالث : موقف بعض التشريعات

نادرة هي التشريعات التي تتجه إلى حسم الخلاف الفقهي بشأن هذا المسألة بنصوص تشريعية واضحة و من بين هذه التشريعات الحديثة التشريع الايطالي و ذلك في المادة 40 فقرة 2 من قانون العقوبات الصادر في سنة 1930 و التي تقرر أن " الامتناع عن منع نتيجة معادل لإحداثها إذا كان على الممتنع واجب قانوني بالتدخل " .

أما المشرع اللبناني فقد أورد في المادة 204 من قانون العقوبات ما نصه " إن الصلة السببية بين الفعل و عدم الفعل من جهة و بين النتيجة الجرمية من جهة ثانية لا ينفها اجتماع أسباب أخرى..... " . و يظهر من النص أن المشرع اللبناني يساوي بين الفعل و عدم الفعل أو الامتناع، لكن لا يوجد من خلال النص ما يقطع الشك باليقين أن المشرع اللبناني لا يشترط فكرة الواجب القانوني أو التعاقدية ⁴.

أما في فرنسا فقد عدل المشرع هناك المادة 63 من قانون العقوبات بموجب قانون 26 جوان 1945 بحيث صارت تعاقب كل من بمقدوره منع جناية أو جنحة ضد سلامة الغير و يمتنع عن ذلك إذا لم يكن في تدخله خطر عليه أو على الغير ، و يعاقب أيضا كل من يمتنع عن مساعدة شخص معرض لخطر غير ناشئ عن جريمة إذا ما تحققت فيه نفس الشروط . و هذا النص لا يفرق بين من عليه واجب سابق بالتدخل و من ليس عليه مثل هذا الواجب ⁵.

¹ د محمد زكي أبو عامر " قانون العقوبات القسم العام " دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية 1996 ص 153
² د رمسيس بهنام " القسم الخاص " طبعة 1958 ص 137 و هشام محمد مجاهد " الامتناع عن علاج المريض " دار الفكر الجامعي الاسكندرية 2007 ص 42 .

³ د جلال ثروت " النظرية العامة لقانون العقوبات - القسم الخاص " مؤسسة الثقافة الاسكندرية بدون سنة النشر ص 50 .

⁴ د فريد الزغي " الموسوعة الجنائية اللبنانية الحديثة " ص 240 و ما يليها و د محمود نجيب حسني " العلاقة السببية في قانون العقوبات " دار النهضة العربية القاهرة بدون سنة نشر ص 236

5 - نص المادة 63 الفقرة الأولى من قانون العقوبات الفرنسي
« sera puni d'un emprisonnement de trois mois a cinq ans et d'une amende de 360 f à 20000 f ou de l'une de ces deux peines seulement quiconque pouvant empecher par son action immédiate sans risque pour lui

موقف المشرع و القضاء الجزائري

أولا : التشريع الجزائري

لا يوجد في التشريع العقابي الجزائري نص صريح يفيد موقف المشرع من الامتناع و صلاحيته لإحداث النتيجة الإيجابية، و ليس التشريع الجزائري هو الوحيد الذي لم ينص على ذلك ، إنما كثيرة هي التشريعات التي تركت المجال واسعا للاجتهاد القضائي في هذا الشأن .

على أن الأمر يختلف باختلاف نوع الجريمة ، فالجرائم العمدية لاسيما القتل العمد و الضرب العمد و أعمال العنف العمدية تتميز بنصوص صريحة و ضيقة لا تحتمل التوسع و لا يمكن أن نستخلص منها قصد المشرع في إقرار المساواة بين الفعل الإيجابي و الامتناع . أما النصوص الخاصة بالجرائم غير العمدية فواسعة بحيث يمكن أن نجد في عباراتها ما يبرر القول بهذه المساواة ، و مثالا على ذلك نص المادة 288 من قانون العقوبات الجزائري التي تقضي بأنه "كل من قتل خطأ أو تسبب في ذلك برعوته أو عدم احتياطه أو عدم انتباهه أو إهماله أو عدم مراعاته الأظلمة يعاقب بالحبس....." و قد عرف الفقه الإهمال بأنه الامتناع عن إتيان فعل كان من المفروض القيام به ، إهمال الطبيب يعني امتناعه عن بذل التصرف بعناية و إهمال الأب لأسرته يعني امتناعه عن عول أسرته وهكذا...

و مع أن النص الأخير يوحي بأن المشرع الجزائري يقبل فكرة ارتكاب الجريمة الإيجابية بامتناع إلا أنه لا يمكن فهم بدقة موقف المشرع الجزائري من الإمتناع عموما و هل أنه يكفي وحده لمسائلة من صدر منه ، أم أنه ينبغي أن يكون مرتكبه ملزم قانونا أو اتفاقا بفعل ما . و لهذا فإنه من الأحسن تحقيقا لمبدأ الشرعية أن يسد المشرع الجزائري هذا الفراغ و الغموض الذي قد يصلح منفذا للتهرب من المسؤولية الناتجة عن الامتناع و ذلك بالنص صراحة على معاقبة الممتنع عن إتيان أفعال معينة إذا تسبب امتناعه في الجريمة التي امتنع عن التدخل لمنعها مع الالتزام بشرط الواجب القانوني أو الاتفاقية ذلك أن بعض الجرائم التي نص عليها المشرع الجزائري باعتبارها جرائم إيجابية ترتكب بطريق الفعل يمكن جدا أن ترتكب بطريق الترك و تكون لها نفس النتيجة مثل جريمة إطلاق الموشاي في أرض الغير المنصوص عنها بالمادة 413 من قانون العقوبات¹ فلو ترك الجاني موشايه التي دخلت لوحدها دون إيعاز منه و لم يخرجها فإن النتيجة تكون واحدة لكن النص في حرفيته لا يعاقب على مثل هذا الفعل .

ou pour les tiers, soit un fait qualifié crime soit un délit contre l'intégrité corporelle de la personne s'abstient volontairement de le faire »

¹ د باسم شهاب " مبادئ القسم العام لقانون العقوبات الجزائري " ديوان المطبوعات الجامعية المطبعة الجهوية بهران 2007 ص 13 .

ثانيا : القضاء الجزائري

إن القضاء الجزائري - في حدود بحثنا- لم يتعرض حتى الآن في حكم قضائي ذي قيمة مرجعية لمسألة تداخل امتناع متعمد من شخص ما بجانب فعل الجاني الأول الرئيسي ، غير أنه تعرض في قضية معينة لمسألة امتناع أم عن قطع الحبل السري لولدها، حيث جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 18-01-1983 " إن العبرة في مواد الجنايات هي اقتناع أعضاء المحكمة وفقا لأحكام المادة 307 من قانون الإجراءات الجزائية ، فنادام أنه ثبت لقضاة الموضوع أن الطفل قد ولد حيا و أن أمه تعمدت عدم ربط حبله السري فإن ما انتهت إليه محكمة الجنايات في حدود اقتناعها لا يجوز مناقشته أمام المجلس الأعلى في صورة وجه للنقض"¹.

لقد اعتبرت المحكمة العليا - مؤيدة في ذلك قضاة الموضوع - أن ما قامت به الأم يشكل جريمة قتل طفل حديث العهد بالولادة المنصوص عليها في المادة 261 من قانون العقوبات و عقت على هذا القرار بتفسير للمادة 261 ، حيث جاء في هذا التعقيب " تتحقق جناية قتل طفل حديث العهد بالولادة المنصوص عليها بالمادتين 259-261/2 من قانون العقوبات بقيام العناصر التالية :

- 1- أن يولد الطفل حيا
- 2- أن تقوم الجانية بفعل يؤدي حتما إلى الوفاة كعدم ربط حبله السري مثلا
- 3- أن تكون الجانية أم المحني عليه
- 4- وجود القصد الجنائي

و يوجد حكم مشابه لقرار المحكمة العليا الجزائرية صادر عن محكمة جنايات مصرية مؤرخ في 09/02/1925 بشأن أم لم تربط الحبل السري لولدها و تركته يموت إذ عد القضاء المصري هذا العمل جريمة قتل عمدية²، و كذلك حكمت محكمة النقض المصرية في 28/12/1936 بعقوبة القتل العمد على متهم ضرب شخصا آخر ضربا مبرحا بحيث أصبح عاجزا عن الحركة و تركه في مكان معزول خاليا من وسائل الحياة بنية القتل و اتضح بأن الوفاة كانت نتيجة مباشرة لأفعال المتهم³.

المطلب الثاني : علاقة الامتناع الصادر من الغير برابطة السببية

جرى الفقه على تقسيم الركن المادي للجريمة إلى ثلاثة عناصر هي السلوك بصورتيه الإيجابي المتمثل في الفعل و السلبي المتمثل في الإمتناع و النتيجة النهائية لهذا السلوك و ذلك في الجرائم التي يتطلب فيها القانون وقوع نتيجة ما بخلاف جرائم السلوك ، أما العنصر الثالث المكون للركن المادي فهو تلك العلاقة أو الرابطة التي تصل النتيجة النهائية بالسلوك وصل المعلول بالعلة و النتيجة بالسبب و هي ما يسمى برابطة السببية .

¹ القرار مشار إليه من طرف الدكتور نواصر العايش على هامش نص المادة 288 " تقنين العقوبات " ص 111-112

² د محمد زكي ابو عامر " قانون العقوبات القسم العام " دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية 1996 ص 152 .

³ د رؤوف عبيد " مبادئ القسم العام من التشريع العقابي " ط 4 دار الفكر العربي 1979 ص 211

لقد اجتهد الفقهاء كثيرا في كشف خبايا هذا الرابطة و وضع قواعد و معايير علمية ثابتة تحكمها فذهبوا في ذلك كل مذهب و تعمقوا في دراستها باعتبارها من أهم مواضيع القسم العام في القانون الجنائي و أيضا باعتبارها من أهم مواضيع فلسفة القانون ، و بعد خلاف و بحث طويل عاد هؤلاء الفقهاء إلى تحكيم عرف الناس عبر تغليب معيار الرجل العادي للتأكد من صلاحية سلوك ما لأن يكون سببا لنتيجة ما أم لا¹.

و يرتدي موضوع السببية الجنائية رداء خاصا من الأهمية بما يشيره من الإشكالات القانونية و ما يكتنفه من أسباب الخلاف في التقدير ما يقتضي الكثير من الدقة في معالجته . و عموما فإن علاقة السببية لا تثير أي إشكال إذا كنا أمام حالة بسيطة من حالات ارتكاب الجريمة كأن يطلق شخص عيارا ناريا على شخص آخر فيقتله ، إنما يدق الأمر و يتشعب إذا ما تداخلت عوامل أخرى إنسانية أو طبيعية بين سلوك الفاعل و النتيجة الإجرامية بحيث تساهم أو تفاقم أو تعجل النتيجة و ربما تكون في حالات خاصة قد أدت مباشرة إلى النتيجة النهائية .

الفرع الأول : صور تدخل امتناع الغير بين سلوك الجاني و النتيجة

تتعدد صور العوامل التي تتداخل أحيانا في إحداث النتيجة النهائية ، بحيث يمكن أن تكون عوامل طبيعية أو عوامل ترجع إلى خطأ الضحية أو فعله العمدي أو عامل القوة القاهرة في أي صورة ظهر أو عامل تدخل خطأ الغير أو سلوكه العمدي ، و ما يهمنا في هذا البحث هو العنصر- الأخير أي حالة تدخل خطأ من الغير أو سلوكا عمديا منه بجانب سلوك الفاعل في إحداث النتيجة النهائية .

فلقد بحث الفقه و اجتهد القضاء كثيرا في بيان أثر تدخل سلوك صادر من الغير بجانب سلوك الفاعل و توسطه بينه و بين النتيجة النهائية و مدى قدرة هذا السلوك الصادر من الغير على قطع علاقة السببية بين فعل الجاني الرئيسي و النتيجة النهائية ، و قد فرق الفقه في ذلك بين مختلف صور و احتمالات السلوك الذي قد يصدر من الغير ، بحيث يمكن أن يكون هذا السلوك في صورة خطأ مثل خطأ الطبيب أو الجراح أو أي خطأ آخر غير علاجي كما يمكن أن يكون هذا السلوك في صورة سلوك عمدي .

و حتى في مجال السلوك العمدي الذي قد يتدخل بين الفعل الرئيسي و النتيجة فإن الفقه فرق بين عدة صور لهذا السلوك العمدي ، و تحت هذا العنوان ناقش الفقهاء حالة تدخل امتناع عمدي صادر من الغير في إحداث النتيجة النهائية و توسطه بين سلوك الفاعل الأول و النتيجة النهائية باعتبار هذا الإمتناع يشكل سلوكا عمديا .

إذا كنا قد سلمنا في بداية هذا البحث بصلاحية الامتناع لإحداث النتيجة النهائية الإيجابية و لو مع اشتراط الواجب القانوني لإمكان المساءلة فإن الشق الثاني من التساؤل الذي طرحناه في مقدمة هذا البحث يفرض

¹ د رؤوف عبيد " في التفسير و التخيير بين الفلسفة العامة و فلسفة القانون " طبعة 3 سنة 1984 ص 105

أن نجد لها جوابا ، فهل لتوسط امتناع متعمد من الغير الذي يكون ملزما قانونا أو اتفاقا بالتدخل بين فعل الجاني و النتيجة النهائية من أثر في قطع رابطة السببية بين الأمرين أم لا ؟

الفرع الثاني : أثر الإمتناع العمدي من الغير على رابطة السببية

من الناحية القانونية ينبغي أن يخضع الجواب على هذا التساؤل أيضا للضابط العام المتبع في تقدير بقاء أو انقطاع علاقة السببية ، و هو ضابط إمكان التوقع بحسب السير العادي للأمر و هذا يقتضي عند تقدير أثر الامتناع توجيه السؤال التالي : هل النتيجة كان من الممكن ألا تحدث فيما لو كان الممتنع - الملمزم قانونيا بالتدخل - قد تدخل¹ ؟

فإذا كانت الإجابة بالإيجاب فإن الامتناع يكون عندئذ سببا للنتيجة أو على الأقل أحد أسبابها ، أما إذا كانت الإجابة بالنفي أي أن النتيجة كانت ستحدث حتى لو تدخل الممتنع فإن الامتناع لا يعد سببا و لا مسؤولية عندئذ على الممتنع² . فمثلا إذا كان إرضاع الأم لابنها من شأنه أن يمنع وفاته ، فهذا معناه أن امتناعها عن إرضاعه هو سبب وفاته ، و من ثم فكلما امتنعت الأم عمدا عن إرضاع ولدها كانت مرتكبة لجريمة القتل عمدا بالإمتناع . و مثل هذا يقول به اغلب فقهاء الشريعة الاسلامية اذ يقول اغلبهم بالقصاص مع فوارق في الشروط³ .

لكن حالة امتناع الأم هذه لا تشير أي إشكال لأن الامتناع كان وحده هو السبب في الوفاة ، إنما ما يشير الإشكال هو حالة صدور فعل عمدي من شخص ما إضرارا بآخر ثم يليه امتناع متعمد من شخص ثالث يكون مكلفا قانونا بالتدخل بحيث يسهل هذا الإمتناع حدوث النتيجة أو يساهم فيها او يؤدي إليها مباشرة . فهل يمكن القول و الحال هذه أن الممتنع قد أحدث النتيجة بامتناعه هذا قاطعا بذلك السببية بين اعتداء الجاني الأول و النتيجة ؟

و إخضاع الامتناع إلى الضابط العام في التوقع و الاحتمال فإن الإجابة عن السؤال تكون تخمّل عدة أوجه ، فإذا كان الامتناع الصادر عن المكلف بالتدخل كالطبيب أو الشرطي مثلا يعد أمرا متوقعا و مألوفًا يتفق مع السير العادي للأمر فإن علاقة السببية تبقى قائمة بين نشاط الجاني الأول و النتيجة و لا يقطعها مجرد الإمتناع التالي لكونه أمرا متوقعا و مألوف حدوثه . أما فيما لو كان امتناع الطبيب أو الشرطي المتعمد عاملا شاذًا و غير مألوف وفق السير العادي للأمر ، فإن علاقة السببية تنقطع بين نشاط الجاني الأول و النتيجة النهائية .

¹ د رؤوف عبيد " السببية في القانون الجنائي دراسة تحليلية مقارنة " ص 24 و د عبد القادر عودة " التشريع الجنائي الإسلامي " ج 2 ص 464 .

² د جندي عبد الملك " الموسوعة الجنائية " ج 5 دار احياء التراث العربي - بيروت 1974 ص 851

³ الإمام محمد أبو زهرة " الجريمة و العقوبة في الفقه الاسلامي - العقوبة " دار الفكر العربي القاهرة 2006 ص 421 .

في الحقيقة أن امتناع الطبيب العمدي و امتناع الشرطي العمدي يعتبر دائما عاملا شاذا و غير مألوف بحسب السير العادي للأمر و هذا ما يقودنا إلى نتيجة قد لا تتفق مع منطق العدالة في كثير من الأحيان ، إذ لو اعتدى شخص ما على آخر و أثناء هذا الاعتداء الذي انتهى بالوفاة كان بالقرب من الحادث شرطي مكلف بحماية الأشخاص و الممتلكات و امتنع عن التدخل ، فإن الشرطي يكون هنا مسؤولا عن القتل العمد لأن امتناعه عن التدخل في حادث يقع قربه يعتبر أمرا شاذا و غير مألوف حتى بالنسبة للجاني الذي سيتعجب من سلوك الشرطي هذا. كذلك الشأن لو اعتدى شخص على آخر بنية قتله أو حتى بدون نية قتله أمام مستشفى أو أمام رجال الإسعاف فتركوه يصارع الموت حتى مات فعلا ، فإن المسؤول عن القتل في هذا المثال هم رجال الإسعاف و ليس الجاني الأول .

لقد أسس بعض الفقه هذه المسؤولية التي تقع على عاتق الممتنع على مجموعة من الأسس من بينها:

أولا : أن تداخل امتناع متعمد من الغير بين فعل الجاني الأول و النتيجة النهائية أمر لا يتفق مع السير العادي للأمر و بالتالي يصلح ليقطع رابطة السببية .

ثانيا : أن توسط فعل عمدي بين نشاط سابق و بين النتيجة النهائية يكفي بحسب الأصل لقطع رابطة السببية بينهما متى تقرر أن الترك أو الامتناع من ملزم بالتدخل يصح أن يعد سببا صالحا لإحداث النتيجة النهائية ، ذلك أنه أصبح مساويا في آثاره و في وضعه القانوني للفعل العمدي الإيجابي.

ثالثا : أن توسط خطأ جسيم أو شاذ بين نشاط الجاني السابق و بين النتيجة النهائية يكفي لقطع رابطة السببية بينهما متى كان كافيا بذاته لإحداث نفس النتيجة النهائية، و لذلك من باب أولى إذا توسط بين نشاط الجاني و النتيجة نشاطا سلبيا عمديا أي امتناع عمدي . هذا و يرى جانب آخر من الفقهاء أنه إذا كان الامتناع مسبوقا بفعل إيجابي من الجاني أو غيره فإن صاحب الفعل الإيجابي يكون وحده مسؤولا عن النتيجة إذا كان فعله لا دخل فيه لإرادة الممتنع ، و لا يسأل الممتنع عندها ولو كان عليه واجب قانوني أو تعاقدية و كان قاصدا حدوث النتيجة¹ .

و حجة أصحاب هذا الرأي هي أنه إذا كان امتناع الممتنع في هذه الحال لا يصلح أن يجعله حتى شريكا في الفعل فكيف يمكن أن يجعله فاعلا أصليا بامتناعه ، كذلك فإنه لو حرض هذا شخصا على الانتحار أو ساعده بفعل إيجابي فإنه حسب التشريع المصري لا يعد فعله جريمة، فكيف يمكن اعتبار امتناعه عن منع الانتحار جريمة؟ و أنا أميل إلى هذا الرأي لأنه لا يمكن أن يتحمل الممتنع نتيجة فعل عمدي صادر من الجاني بتصميم في اتجاه إحداث النتيجة ، ذلك أن تقرير مسؤولية الممتنع في هذا الفرض قد يجرنا إلى الكثير من النتائج الشاذة فيما لو قارنا بين وضع الممتنع و وضع شخص آخر تدخل بفعله العمدي في إحداث النتيجة النهائية .

¹ د محمد زكي أبو عامر " قانون العقوبات القسم العام " ص 153

لتوضيح ذلك نضرب المثال التالي ، فلو اعتدى شخص ما بفعله العمدي على الضحية فاصدا قتله ثم اعتدى على نفس الضحية شرطي أو رجل أمن اعتداءا بسيطا غير قاتل و لكنه عمدي في حين كانت الإصابة الأولى بالغة و كانت هي سبب الوفاة ، ففي هذه الحالة و حسب القاعدة العامة عند تدخل الأفعال العمدية من فاعلين لا مساهمة بينهم ، فإن الفاعل الأول وحده من يسأل عن النتيجة النهائية لأنها هي التي أدت إلى الوفاة وفق نظرية السبب الملازم التي تأخذ بها أكثر التشريعات و هذا ما يجعل الفاعل في وضع أفضل من وضع الممتنع عن التدخل .

و يمكن أن نتصور في فرض آخر أن الشرطي لم يضرب الضحية و إنما امتنع فقط عن إيقاظه من قبضة الجاني ، ففي هذه الحالة رغم أن امتناع الشرطي لا يمكن أن يساوي اعتداءه العمدي لكن - حسب رأي المتوسعين في المساواة بين الامتناع والفعل - فإنه يجعل من الشرطي مسؤولا عن القتل العمد بالامتناع و ربما لا يسأل الفاعل الأول إلا عن مجرد الضرب البسيط و هذه نتيجة أقل ما يقال عنها أنها شاذة لا تتفق مع دواعي العدالة و الانصاف.

و لهذا يرى كثيرون أن الامتناع وحده لا يسوغ أن يقطع علاقة السببية بين فعل الجاني الأول و النتيجة النهائية إذا كان فعلا عمديا متجها إلى إحداث تلك النتيجة و لكن يمكن مساءلة هذا الممتنع على قدم المساواة مع الجاني إذا كان ملزما بالتدخل لمنع حدوث النتيجة أولا و كان امتناعه متعمدا بقصد التدخل في إحداث النتيجة ثانيا بشرط أن يثبت يقينا أن كل من الإصابة التي أحدثها الجاني و الامتناع معا يشكلان السبب الذي أدى إلى وقوع النتيجة . أما إذا كانت النتيجة قد حدثت بفعل الإصابة وحدها ، فإن المسؤولية تقع فقط على صاحب الفعل الايجابي، أما الممتنع المكلف قانونا أو اتفاقا بالتدخل فلا تقع عليه إلا مسؤولية امتناعه هذا و لهذا نخبذ ما ذهب إليه المشرع الفرنسي من اعتبار الامتناع عن فعل بعض التصرفات يشكل بذاته جريمة مستقلة عن الجريمة التي وقعت مع وجوب التقيد بفكرة الالتزام القانوني و عدم الخروج عنها إلا لما تقتضيه دواعي العدالة و الإنصاف المادة 182 ق ع .

مراجع البحث:

- (1) - د باسم شهاب " مبادئ القسم العام لقانون العقوبات الجزائري " ديوان المطبوعات الجامعية المطبعة الجهوية بوههران 2007 .
- (2) - د جلال ثروت " النظرية العامة لقانون العقوبات نظرية القسم الخاص " مؤسسة الثقافة الإسكندرية بدون سنة النشر .
- (3) - د جندي عبد الملك " الموسوعة الجنائية " ج 5 دار احياء التراث العربي - بيروت 1974
- (4) - د رؤوف عبید " مبادئ القسم العام من التشريع العقابي " ط 4 دار الفكر العربي القاهرة 1979
- (5) - د رؤوف عبید " السببية في القانون الجنائي " الطبعة الثالثة دار الفكر العربي القاهرة 1974
- (6) - د رؤوف عبید " في التفسير و التخيير بين الفلسفة العامة و فلسفة القانون " طبعة 3 دار الفكر العربي القاهرة 1984
- (7) - د رمسيس بهنام " القسم الخاص " طبعة 1958 .
- (8) - شيلان محمد شريف " جريمة الإمتناع عن الإغاثة " دار الكتب القانونية - القاهرة 2013

- (9) - د عبد القادر عودة " التشريع الجنائي الإسلامي " ج2
- (10) - د مأمون سلامة " شرح قانون العقوبات القسم العام " دار الفكر العربي القاهرة 1984 .
- (11) - د محمد زكي أبو عامر " قانون العقوبات القسم العام " دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية 1996
- (12) - د محمود نجيب حسني " شرح قانون العقوبات القسم العام " ط6 دار النهضة العربية القاهرة 1989
- (13) - د محمود نجيب حسني " جرائم الإمتناع و المسؤولية الجنائية عن الإمتناع " دار النهضة العربية القاهرة 1986 .
- (14) - د محمود نجيب حسني " العلاقة السببية في قانون العقوبات " دار النهضة العربية القاهرة بدون سنة نشر
- (15) - الإمام محمد أبو زهرة " الجريمة و العقوبة في الفقه الاسلامي - العقوبة " دار الفكر العربي القاهرة 2006 .

الجزء الإداري واقع يبحث عن شرعيته*

د/ بوراس عبد القادر- أستاذ محاضر "أ"- جامعة ابن خلدون /تيارت
بن بوعبد الله فريد- السنة ثانية دكتوراه- تخصص قانون عام- جامعة ابن خلدون /تيارت

الملخص:

تعتبر العقوبة الإدارية من أهم الآليات التي تلجأ إليها الدولة من أجل تحقيق أهدافها، خاصة في مواجهة أنواع من الجرائم لا يستحق مواجهتها بعقوبات جنائية نظرا لقلّة أهميتها في المجتمع، كما أن الردع الإداري يتسم بالسرعة وعدم الإطالة في الإجراءات.

وإن كان هناك بعض الإنتقادات والإعتراضات الموجهة للعقوبة الإدارية والمتمثلة في المساس بمبدأ الفصل بين السلطات، والمساس بحقوق وحرّيات الأفراد. بحيث الشخص الذي يكون محل عقوبة إدارية قد لا يتمتع بالضمانات التي يتمتع بها عندما يكون محل عقوبة جنائية... إلا أن هذه الاعتراضات غير مؤسّسة، فمبدأ الفصل بين السلطات هو مبدأ مرّن، ومنح الإدارة سلطة توقيع عقوبات إدارية مقيدة تتمتع هذه العقوبة بكافة الضمانات التي تتمتع بها العقوبة الجنائية مثل مبدأ الشرعية، الدفاع، الحق في الطعن، المواجهة.

Résumé :

La sanction administrative est le mécanisme utilisé par l'état pour atteindre ses objectifs, particulièrement dans la lutte contre certaines formes de crimes non soumis aux sanctions pénales, compte tenu de leur faible importance dans la société.

La répression administrative se caractérise par la rapidité et la simplicité des procédures.

Nonobstant les critiques à l'égard de la section administrative tendant à l'absence de la séparation des pouvoirs et l'atteinte aux droits et libertés des personnes, puisque la personne qui subit la sanction administrative, ne bénéficie pas des garanties dont elle dispose quand il s'agit des sanctions pénales...

Compte tenu de la souplesse du principe de séparation des pouvoirs, ces critiques demeurent non fondées, du fait que la prise de sanction par l'administration est conditionnée par les mêmes dispositions, nécessitant les sanctions pénales tels que le principe de légitimité, le recours, la défense...

تاريخ إيداع المقال: 2016/10/19

* تاريخ تحكيم المقال: 2016/10/25

المقدمة:

من المعلوم أن العقوبة تهدف إلى تحقيق أغراض ثلاثة **الردع العام والردع الخاص و الشعور بالعدالة** ، ويتعين الجمع بين هذه الأغراض الثلاثة حتى تحقق العقوبة غايتها النهائية وهي مكافئة الإجرام على النحو التي تقتضيه مصلحة المجتمع، وبناء على ذلك فإن العقوبة ليست إلا علاجاً ضرورياً، لا يزيد في شره عن الدواء المر الذي يوصفه الطبيب للمريض.

فالجزاء الجنائي هو أحد الوسائل القانونية لتحقيق الضبط الاجتماعي وحماية القيم. والمصالح الأساسية للمجتمع، واللجوء إلى هذا الجزاء قبل استنفاد الوسائل الأخرى للضبط الاجتماعي، ودون مراعاة مبادئ الضرورة والتناسب. شطط وانحراف في استخدام هذا الجزاء الذي ينال بشكل من شرعيته. وعليه يجب الاعتدال في استخدام الجزاء الجنائي وعدم اللجوء إليه إلا في أضيق الحدود، وبعد سلوك جميع الطرق الممكنة لتحقيق الضبط الاجتماعي وفي ضوء اعتبارات الضرورة والمصلحة، ولقد أدى هذا التضخم التشريعي في التجريم إلى فقد المجتمع حساسيته ضد نماذج من السلوك، وهي لا تتناقض مع الضمير العام للمجتمع. **(التجريم الاصطناعي)** في الجرائم الاقتصادية، وأخطر من ذلك هذا التذبذب في تجريم سلوك معين يتأرجح بين الخطر والإباحة وإخفاق المشرع في تحديد الأفعال التي يجب تجريمها على وجه الدقة¹. كما أن المساس ببعض المصالح الاجتماعية يمكن أن يقع بواسطة أي فرد في المجتمع، وبشكل منتظم ومتكرر، وعلى نحو لا يكشف عن وجود أية خطورة إجرامية لديه، كما هو عليه الحال لما يقع من بعض الاعتداءات في مجالات **كالمزور والاقتصاد والبيئة...الخ**.

ولهذا اتجه حديثاً إلى اعتبار القانون الجنائي هو الوسيلة الأخيرة « l'ultimatum » ، وليس الوسيلة الوحيدة² لتوفير الحماية اللازمة للمصالح الاجتماعية المختلفة، إذ أصبح لا يستعان بالحل الجنائي لمواجهة سلوك ما غير مشروع إلا إذا ثبت عجز الحلول القانونية الأخرى في مواجهته.

وسعياً للتخفيف من وطأة تدخل القانون الجنائي في بعض المجالات لجأ أغلب المشرعين - خاصة في الدول المتقدمة - إلى الاستعانة بحلول قانونية تكفل بصفة عامة التخلي عن الحل الجنائي، بما ينطوي عليه من قسوة لم تعد تتناسب مع ما لحق بالمجتمعات المختلفة من متغيرات متعددة جعلت الاستعانة بمثل هذا الحل يتجاوز الهدف منه بالنظر لضالة ما أصاب المصلحة الاجتماعية من ضرر، وما تعرضت له من خطر وما وقع في سبيل المساس بها من خطأ³. وكان من بين الحلول المطروحة كبديل للعقوبات الجزائية هو تفعيل دور الإدارة نحو مشاركتها في ضبط النظام العام الاقتصادي عبر تدخلها في وضع عقوبات إدارية لزرع السلوكات المخالفة للحياة

¹ - أحمد محمد براك، العقوبة الرضائية في الشريعة الإسلامية والأنظمة الجنائية المعاصرة (دراسة مقارنة) طبعة أولى 2010 ص 32.

² - Jen- Marie, la dépenalisation de la vie des affaires, groupe de travail, janvier 2008, p14.

³ - محمد أمين مصطفى، النظرية العامة لقانون العقوبات الإداري "ظاهرة الحد من العقاب"، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، طبعة 2013،

الاقتصادية في إطار ما يعرف بالعقوبات الإدارية¹. وكانت هذه الأخيرة تتجه لظهور ثلاث نظريات في السياسة الجنائية المعاصرة وهي نظرية الحد من العقاب « la dépenalisation »².

والحد من التجريم « la décriminalisation »³، والتحول عن الإجراء الجزائي « la déjudiciarisation »⁴، فكانت ألمانيا وإيطاليا من الدول التي تأثرت بهذه النظريات وخاصة ظاهرة الحد من العقاب حيث قامت بإخراج جميع المخالفات المنصوص عليها في قانون العقوبات وجعلتها من اختصاص الإدارة لتوقع عليها غرامات إدارية وهو ما يعرف بقانون العقوبات الإداري فأصبح للدولتين قانون العقوبات وقانون العقوبات الإداري، ولكن بالنسبة للدول التي لم تتبنى منظومة تشريعية واحدة لقانون العقوبات الإداري مثل فرنسا والجزائر⁵. وجهت لها اعتراضات دستورية حيث تركز هذه الاعتراضات على مخالفة الجزاء الإداري لمبدأ الفصل بين السلطات، كما اعتبر الفقه أن الجزاء الإداري هو ظاهرة مقلقة في القانون وهو ما يعرف بالقانون الجنائي المتنع أو المستتر أو الخفي، كما أن فرض الإدارة جزاءات على أشخاص لا تربطهم بها علاقة، ستكون الخصم والحكم في نفس الوقت مما يعرض حقوقهم وحرياتهم بحظر المساس بها، وعلى هذا ارتأينا طرح الإشكالية التالية والمتمثلة في - ما مدى دستورية العقوبات الإدارية العامة ؟.

وللإجابة عن هاته الإشكالية كان لابد أن نمر على موقف مجلس الدولة الفرنسي- تجاه دستورية العقوبات الإدارية العامة (مطلب أول) ثم موقف المشرع الجزائري (مطلب ثاني).

¹ - عبد الرحمان خلفي، بدائل العقوبة، دراسة فقهية تحليلية تأصيلية مقارنة، الطبعة الأولى 2015، ص 376.

² - يقصد بنظرية الحد من العقاب التحول تاما عن القانون الجنائي لصالح نظام قانوني آخر، إذ سيتم في هذا السياق رفع الصفة التجرىمية عن فعل ما غير مشروع طبقا لقانون العقوبات ويصبح مشروعا من الناحية الجنائية لكن يظل غير مشروع في قانون آخر، وبالتالي يقر له جزاءات أخرى تكون أغلبها جزاءات إدارية مالية توقع بواسطة الإدارة، للمزيد من التفصيل أنظر قايد ليلي الرضائية في المواد الجنائية، رسالة دكتوراه، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، دفعة 2014-2015 ص 18.

³ - يقصد بنظرية الحد من التجريم الإعراف القانوني والإجتماعي لسلوك كان فيما سبق مجرما بمشروعيته في مجمل الحياة الإجتماعية بعدما كان مخالفا للقانون وهذا ما يفترض أن تلغي النص الجنائي كلية أنظر:

1 ciyas Pris, 1992 p 25 Jean Paradel, Droit pénal général, tom

ورد ذكره عند سعداوي محمد الصغير، السياسة الجزائية لمخالفة الجريمة "دراسة مقارنة بين التشريع الجنائي الدولي والشرعية الإسلامية" رسالة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان 2009-2010 ص 108.

⁴ - التحول عن الإجراء الجنائي هو كل وسيلة يستبعد بها الإجراء الجنائي العادي، وتتوقف به المتابعة الجنائية، وذلك لتجنب صدور حكم الإدانة كعرض الأمر للصالح أو التوفيق، أنظر في هذا الصدد محمد سعد فودة، النظام القانوني للعقوبات الإدارية "دراسة فقهية قضائية مقارنة"، بدون دار النشر، طبعة 2006-2007، ص 39.

⁵ - رغم أن الجزائر وفرنسا ليس لها تقنين خاص بقانون العقوبات الإداري، لكن هذا لا يعني بأن كلا من الجزائر وفرنسا ليس لها مجالات تصدر فيها جزاءات إدارية، فبالرجوع إلى التشريع الجزائري نجد بأنه تقريبا كل السلطات الإدارية المستقلة قد خول لها المشرع بتوقيع عقوبات إدارية ومثال ذلك السلطات القمعية المخولة لمجلس المنافسة وقانون المتعلق بتنظيم حركة المرور.

المطلب الأول : دستورية العقوبات الإدارية العامة في فرنسا

أثار موضوع تمتع الإدارة بسلطة توقيع الجزاءات الإدارية العامة في غير مجال العقود والتأديب جدلاً كبيراً حول مدى دستورتها، خاصة وأنها تتعارض مع ما يسمى "مبدأ الفصل بين السلطات"، ومبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، كما أن تمتع الإدارة بهذه السلطة قد يكون فيه مساساً بحقوق وحرّيات الأفراد، وهذا ما نتج عنه العديد من الأفكار والتطورات أدت جميعها إلى اعتراف المجلس الدستوري الفرنسي - بسلطة الإدارة في توقيع جزاءات إدارية تنسم بالعمومية على جميع الأفراد بغض النظر عن هويتهم¹. وعلى هذا عرف المجلس الدستوري الفرنسي تحولاً كبيراً في مواقفه اتجاه الجزاءات الإدارية العامة يمكن أن نحصرها في ثلاث مراحل أساسية : المرحلة الأولى القول بعدم دستورية الجزاءات الإدارية العامة (فرع أول)، المرحلة الثانية الإقرار بدستورية الجزاءات الإدارية العامة (فرع ثالث) .

الفرع الأول : مرحلة القول بعدم دستورية الجزاءات الإدارية العامة

لم يكن ليعترف بسلطة توقيع جزاءات إدارية على الأفراد ممّا كانت طبيعتها لاعتراضها مع مبدأ الفصل بين السلطات، وعندما عرض أمر الجزاءات الإدارية ذات الطابع الردي والجنائي أول مرة على المجلس الدستوري الفرنسي في 11 أكتوبر 1984 قدر أن هذه الجزاءات تتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات ومن ثمة عدم دستورتها². وقد صدر هذا القرار بمناسبة منح قانون الصحافة ولجنة الشفافية سلطة توقيع الجزاءات الإدارية³ وتمثل في حرمان الصحف من المساعدات المالية التي تقدّمها الدولة في حال مخالفة القانون⁴. كما أعلن المجلس الدستوري الفرنسي في عام 1982⁵ بمناسبة الجزاءات الضريبية أن المشرع قد ظن بأن من واجبه أن يتنازل عن مهمة النطق بالجزاء إلى سلطة غير قضائية⁶، كما قرر عام 1984⁷ بأنه "وعلى فرض أن نصوص القانون استهدفت زجر أفعال التعسف.... فإن هذا الجزاء لا يمكن أن يحول إلى سلطة إدارية..."⁸

¹ - ناصر حسين العجمي ، الجزاءات الإدارية العامة في القانون الكويتي والمقارن، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة ، طبعة 2010، ص 41.

² - نسيغة فيصل ، الرقابة على الجزاءات الإدارية العامة في النظام القانوني الجزائري ، رسالة دكتوراه ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، دفعة 2011-2012 ص 58.

³ - تعرف العقوبة الإدارية العامة بأنها " تلك الجزاءات ذات الخاصية العقابية التي توقعها سلطات إدارية مستقلة أو غير مستقلة وهي بصدد ممارستها بشكل عام لسلطاتها العامة تجاه الأفراد ، بغض النظر عن هويتهم الوصفية، وذلك كطريق أصلي يردع خرق بعض القوانين واللوائح" وهذا ما يميزها عن العقوبات التأديبية التي توقعها الإدارة على الموظفين التابعين لها. أنظر إساعيل نجم الدين زنكنة ، القانون الإداري البيئي ، دراسة تحليلية مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2012، ص 339 .

⁴ - ناصر حسين العجمي ، المرجع السابق، ص 42.

⁵ - C.Const N° 82-155 Dc du 30 déc 1982, Rec, 88, L,Favoreu,R.D.P.1983,p.133 .

⁶ - محمد سامي الشوا، القانون الإداري الجزائري، (ظاهرة الحد من العقاب) دار النهضة العربية، بدون سنة طبع، ص 84 .

⁷ - C.Const N° 84-181.Dc des 10-11 octg 1984,préc .

⁸ - محمد سامي الشوا، القانون الإداري الجزائري، (ظاهرة الحد من العقاب) دار النهضة العربية، بدون سنة طبع، ص 85.

وقد فسر بعض الكتاب قرار المجلس الدستوري سابق الذكر بأنه يمثل اتجاها عاما للمجلس الدستوري يعارض فيه الجزاءات الإدارية إستنادا إلى الصيغة العامة للقرار الذي إستند إلى مبدأ الفصل بين السلطات¹. وقد إتجه آخرون إلى أن هذا الموقف ينحصر في مجال الحريات العامة وخاصة حرية الصحافة².

الفرع الثاني : الإعتراف بدستورية الجزاءات الإدارية في مجالات محددة

أقر المجلس الدستوري الفرنسي شرعية هذه الجزاءات في المجالات التي توجد فيها علاقة بين الإدارة وصاحب الشأن فقد قررت في حكم صادر لها في 19 يناير 1989³ في قضية الإذاعة والتلفزيون عدم تعارض هذه الجزاءات التي تفرضها الإدارة مع مبدأ الفصل بين السلطات إذا كانت الجزاءات ضد أشخاص تربطهم بالإدارة علاقة كالموردين والمستفيدين من رخص لممارسة نشاطهم المهني⁴.

كما صدر قرار في 23 جانفي 1987⁵ بمناسبة منح قانون منع إحتكار سلعة معينة بما يتعارض مع إعتبارات المنافسة وهذا القرار يؤكد على ما سبق أن إستقر عليه الفقه من دستورية الجزاءات الإدارية العامة طالما كانت في إطار علاقة قانونية تربط بين الإدارة والشخص المخالف وتتمثل هذه العلاقة في العلاقة الوظيفية والعلاقة التعاقدية⁶.

يلاحظ في هذه المرحلة بأن المجلس الدستوري الفرنسي- قد إعتزف للإدارة بسلطة توقيع جزاءات ولكن حصرها في مجال التعاقد والتأديب أي الأشخاص الذي تربطهم علاقة سواء تعاقدية أو وظيفية مع الإدارة، وعلى هذا يمكن القول بأن هذه المرحلة هي مرحلة الإقرار النسبي لدستورية الجزاءات الإدارية العامة.

الفرع الثالث: الإقرار التام بدستورية الجزاءات الإدارية العامة

تطور قضاء المجلس الدستوري الفرنسي نحو عدم تعارض الجزاءات الإدارية العامة مع أحكام الدستور فأصدر قرار في هذا الاتجاه بتاريخ 28 جويلية 1989⁷ بمناسبة البت في قضية صلاحيات مجلس عمليات البورصة « COB » تتلخص وقائع الدعوى كالآتي : أحدث القانون مجلسا لبورصة الأوراق المالية وخوله سلطة فرض

¹ - نلاحظ أن المجلس الدستوري الفرنسي في المرحلة الأولى أنه قد تحفظ على دستورية الجزاءات الإدارية العامة لتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات من ناحية، ولأن منح الإدارة سلطة توقيع جزاءات على أفراد فيه مساس بحقوقهم وحرياتهم ، انظر في هذا الصدد ناصر حسين العجمي ، المرجع السابق ، ص 42.

² - غنام محمد غنام ، القانون الإداري الجنائي والصعوبات التي تحول دون تطوره، مجلة الحقوق، السنة الثامنة عشر، العدد الأول، مارس 1994، ص 314.

³ - GENEVOIS, « le conseil constitutionnel et l'extension des pouvoirs de la commission des opérations de bourse », Rev,Fr .adm.1989,p.671.

⁴ - نسيغة فيصل ، المرجع السابق ، ص 59.

⁵ - Décision N°86-224 du 23 janvier 1987.

⁶ - ناصر حسين العجمي ، المرجع السابق ، ص 42.

⁷ - louis FAVOREU, « droit administratif et droit constitutionnel », Rev, dr .adm. 1989, P.678 .

جزاءات مالية يصل إلى 6 مليون فرنك فرنسي وأكثر لقمع مخالفة واجبات مهنة سمسار الأوراق المالية أجيل القانون على المجلس الدستوري لبت في دستورية هذه الجزاءات فأكد أنه " لا يوجد أي مبدأ دستوري بما في ذلك مبدأ الفصل بين السلطات، ولا أي قاعدة دستورية أخرى تمنع السلطة الإدارية من خلال ممارستها لامتيازاتها كسلطة عامة أن تفرض الجزاءات¹ ما دام الجزء الذي تأمر به لا يتضمن الحرمان من الحرية وأن ممارسة الإدارة لهذه السلطة تحوطه تدابير تلزمه إلى حماية الحقوق والحريات التي يحميها الدستور²."

المادة 22 من الدستور الفرنسي تجعل السلطة القضائية حارسا على الحقوق والحريات و لا تتطلب بالضرورة تدخل القاضي إلا فيما يتعلق بالحرمان من الحرية أو تقييدها، ويستبعد ذلك الإجراء من نطاق تطبيق الجزاءات الإدارية، إذن فتتوقف دستورية سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الإدارية على احترام المبادئ الدستورية الأخرى غير مبدأ الفصل بين السلطات³، فيلزم توفير ضمان الدعوى العادلة ومنها الحق في الدفاع والحق في الطعن⁴. فقد قرر المجلس الدستوري في 17 يناير 1989⁵ أن توفير إمكانية الطعن على القرار الصادر بالجزاءات الإدارية الجنائية بالإلغاء والتعويض شرط ضروري للقول بدستورية هذه الجزاءات⁶، كما أن هناك جانبا من الفقه⁷ فرق بين مبدأ الفصل بين نشاطات السلطة ومبدأ الفصل بين أجهزة السلطات.

¹ - أحسن بوسقية، المصالحة في المواد الجزائية بوجه عام والمادة الجزائية بوجه خاص، الديوان الوطني للأشغال التربوية طبعة أولى 2001، ص 265.

غنام محمد غنام، « Droit administratif et droit constitutionnel », Rev. dr.adm.1989,p.678. -Louis FAVOREU، المرجع السابق، ص 315-316.

³ - نجد المجلس الدستوري الفرنسي في القرار رقم 88-240 المؤرخ في 17 جانفي 1987 المتعلق بالمجلس الأعلى للسمعي البصري CSA على أن منح سلطة العقاب الإداري للسلطات الإدارية المستقلة لا تتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات حيث يؤكد في هذا القرار على ما يلي: « la loi peut sans qu'il soit portée atteinte au principe de séparation des pouvoirs doter l'autorité indépendant chargé de garantir l'exercice de la liberté de communication de pouvoirs de sanction dans la limitée nécessaire a l'accomplissement de sa mission »

-وليد بوجملين، الضبط الإقتصادي في القانون الجزائري بلفيس دار النشر، بدون سنة طبع، ص 130، 131.
⁴ - كما نص في قراره رقم 89/260 الصادر في 28 جويلية 1989 على أنه " لا يمثل مبدأ الفصل بين السلطات ولا أي مبدأ آخر قاعدة ذات قيمة دستورية، عقبة أمام الإعتراف للسلطة الإدارية التي تتصرف في نطاق ما تتمتع به من إمتيازات السلطة العامة بممارسة سلطة الجزاء " GELIN(" les autorités administratives indépendantes » disponible sur www.prepa-ISP.FR. (j-p أخذنا عن رحومني موسى،

الرقابة القضائية على سلطات الضبط المستقلة في التشريع الجزائري حقوق رسالة ماجستير، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2012-2013، ص 20
⁵ - Cons.Const.17 janv.1989.J.O.p.542.

⁶ - ومن الدساتير التي إعترفت بدستورية العقوبات الإدارية، الدستور الإسباني لسنة 1978 حيث نص في المادة 25 بأنه "لا يمكن أن يبدان أو يعاقب أي شخص بمناسبة ارتكاب أفعال لا تمثل جريمة أو مخالفة إدارية في الوقت الذي ارتكبت فيه وذلك بالنظر إلى نص القانون الساري المفعول وقت ارتكابها، وفي نفس السياق تحظر الفقرة الثالثة من نفس المادة على الإدارة توقيع العقوبات السالبة للحرية"، أما الدستور البرتغالي لسنة 1976 فيفرق بين المخالفات الجزائية والإدارية فتتص المادة 1/168 منه "يعطي الحق للمشرع الوطني أو الجهوي اختصاصا في تحديد النظام العام للمخالفات التأديبية والأفعال غير مشروعة والإجراءات الواجب احترامها"، أنظر في هذا الصدد عز الدين عيساوي، المكانة الدستورية للهيئات الإدارية المستقلة ومآل مبدأ الفصل بين السلطات، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، العدد 4، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص 8.

⁷ - من بينهم غنام محمد غنام، محمد سامي الشوا، عبد العزيز عبد المنعم خليفة، ناصر حسين أبو جمه العجي.

وعلى هذا يمكن القول بأن المجلس الدستوري الفرنسي قد اعترف أو أقر للسلطة الإدارية بتوقيع جزاءات إدارية ذات خصيصة عقابية في غير مجال العقود والتأديب إلا أنه اشترط ما يلي:

- 1- أن لا تكون سالبة للحرية « exclusive de toute pré ration de liberté » وهو خروج العقوبات السالبة للحرية من نطاق التحديد الإداري الجزائي، لأن اختصاص الإدارة بتقرير عقوبات إدارية يدخل في نطاق الاستثناء من أصل عام ; يحتفظ فيه المشرع لنفسه بحق تحديد الجزاءات السالبة للحرية¹.
- 2- خضوع العقوبات الإدارية للضمانات التي تكفل حماية الحقوق والحريات المكرسة دستوريا، وهو خضوعها لذات المبادئ العقابية ، حيث نص المجلس الدستوري الفرنسي في قراره المؤرخ في 17 جانفي 1989 أن العقوبات التي يتم تسليطها من طرف هيئة ولو غير قضائية يخضع حسب المادة 8 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن لنفس الضمانات التي تحكم العقوبات القضائية إذ جاء فيه ما يلي :

« Qu'il résulte de l'article 08 de la déclaration des droit de l'homme et du citoyen, qu'une peine ne peut être infligée qu'a la condition que soient respectes le principe de légalité des délits, et des peines, le principe de la nécessité des peines, le principe de nom rétroactivité de la loi pénal d'incrimination plus sérères aussi que le principe du respect des droits de la défense ...ces exigences ne concernent pas seulement les peines prononces par les juridictions répressives mais s'étendent toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le légalisation a laissé le soin de la prononcer a une autorité de nature non juridictionnel² »

هكذا إذن يكون لسلطات الضبط صلاحية توقيع عقوبات متنوعة، كل في القطاع المخصص لها، باستثناء تلك العقوبات السالبة للحرية مع ضرورة خضوع هذه العقوبات لنفس النظام الإجرائي المتبع أمام القاضي الجزائي وضرورة استقلالية وحياد سلطة الضبط بتكريس نظامي التنافي والامتناع³، وكذا ضرورة إتباعها لنظام إجرائي يهدف إلى معاقبة شخص ما جنائيا، مدنيا، أو تأديبيا.

ويرى الأستاذ "عبد العزيز عبد المنعم خليفة" أن مرجع حظر منح الإدارة سلطة توقيع عقوبات سالبة للحرية لمجابهة المخالفات الإدارية هو طبيعة تلك المخالفات الاقتصادية والاجتماعية التي لا تتناسب معها العقوبات السالبة للحرية والتي قصد بها مواجهة الأفعال التي تتم علما يتسم به فاعليها أو المشاركون فيها من خطورة إجرامية⁴.

¹ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، ضمانات مشروعية العقوبات الإدارية العامة، منشأة المعارف، طبعة 2008، ص 64.

² - رهموني موسى ، المرجع السابق، ص 69.

³ - إجراء الامتناع هو منع بعض أعضاء سلطة الضبط من المشاركة في المداولات المتعلقة بالمؤسسات محل المتابعة بحجة علاقاتهم أو وضعيتهم الشخصية اتجاهها ..

⁴ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المرجع السابق ، ص 65.

المطلب الثاني : موقف المشرع الجزائري من دستورية الجزاءات الإدارية العامة

تبنى المشرع الجزائري فكرة الجزاءات الإدارية العامة غداة الإستقلال حيث لعبت النصوص الفرنسية الموروثة دورا كبيرا في إرساء هذه الفكرة من جهة، ومن جهة أخرى فإن النهج الإقتصادي الذي تبنته الدولة بعد الإستقلال والمتمثل في الإقتصاد الموجه أدى إلى تبنيه الجزاء الإداري وإحلاله محل الجزاء الجنائي خاصة في مجالات المنافسة والمرور¹. كما تم إنشاء السلطات الإدارية المستقلة وتحويلها مع ما يتلائم مع دور الدولة الجديدة خاصة في مجال القطاع الإقتصادي ومراقبة السوق وتنظيمه والتحكم في مختلف المصالح الإقتصادية، مما حتم تحويل ومنح هذه الهيئات سلطات قمعية كانت من إختصاص القاضي الجنائي².

وعليه نجد المشرع الجزائري قد تأثر بنظام الحد من العقاب والحد من التجريم من خلال الإعتماد على الغرامة الإدارية كبديل عن العقوبات الجنائية وحصرها بين حد أدنى وحد أقصى³. ومن هنا سنحاول تسليط الضوء على أهم أو مجموعة العقوبات الإدارية التي توقعها الإدارة سواء كانت هذه الأخيرة سلطة إدارية تقليدية أو سلطة إدارية مستقلة.

قبل التطرق إلى العقوبات التي يصدرها مجلس المنافسة لابد منا أن نعطي لمحة تاريخية عن ظهور هذا المجلس في الدول الغربية ثم في الجزائر (فرع أول).

الفرع الأول : نشأة مجلس المنافسة

نجد مجلس المنافسة أول ظهور له في دول النظام الأنجلوسكسوني للضرورة الملحة لحماية المنافسة الحرة ، ومناهضة الإحتكارات التي تخل بها، ضمن إنشاء مجموعة أخرى من الأجهزة المتخصصة عرفت بـ « *indépendant régulateur agency* » وقد وجد المشرع الفرنسي هذا النوع من المؤسسات مروراً بمراحل متفرقة، تميزت في الأول بظهور اللجنة التقنية للإتفاقات بموجب المرسوم الصادر في 9 أوت 1933 كنظام أول للحفاظ على المنافسة، غير أنه بصدر قانون رايغونند بار « *Raymond Baare* » في 19 جويلية 1977 تم تفويض اللجنة التقنية بلجنة المنافسة والتي تتميز عن سابقتها في تمتعها بنوع من الإستقلالية مما جعلها تصنف بصدر قانون « *Bérégovoy* » الصادر في 30 ديسمبر 1985 ضمن قائمة السلطات الإدارية المستقلة⁴.

¹ - نسيغة فيصل ، المرجع السابق ، ص 65.

² - تنص المادة 160 "تضع العقوبات الجزائية إلى مبدئي الشرعية والشخصية" وتنص المادة 164 "يختص القضاء، بإصدار الأحكام" من القانون 01-16 المؤرخ في 26 جادى الأول عام 1437 الموافق لـ 6 مارس 2016 يتضمن تعديل الدستور الجزائري ، وتنص المادة الأولى من الأمر رقم 156-66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 8 يونيو 1966 المنضمين قانون العقوبات، المعدل والمتمم " لا جريمة ولا عقوبة ولا تدابير أمن بغير قانون"

³ - نسيغة فيصل ، المرجع السابق ، ص 65.

⁴ - كحال سلمى، مجلس المنافسة وضبط النشاط الإقتصادي، حقوق، رسالة ماجستير، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس سنة 2009، ص 9.

أما في الجزائر فقد تزامن ظهور مجلس المنافسة الجزائري مع تحرير النشاط الاقتصادي وإعادة النظر في وظائف الدولة، ولما كان إتباع بلادنا للنهج الليبرالي على الصعيدين القانوني والمؤسسي فقد ظهرت ملامحه مع صدور القانون المتعلق بالمنافسة والأسعار في سنة 1989، أين اعترف المشرع بصفة ضمنية حرية المنافسة، ينصب على قمع كل الممارسات التجارية التي تتعارض مع المنافسة كالمعاملات المدبرة والإتفاقيات التي ترمي إلى عرقلة الدخول الشرعي للسوق، التشجيع المصطنع لرفع الأسعار قصد المضاربة والتعسف الناتج عن هيمنته على السوق أو جزء منه، ومع ذلك فإن هذا القانون لم ينص صراحة على تحرير الأسعار وحرية المنافسة ولم يبين الإجراءات الواجب إتخاذها لملاحقة الممارسات مع عدم إنشائه لجهاز وتزويده بالوسائل الملائمة لتولي مهمة ضبط هذه المنافسة، ولم يتحقق ذلك إلا بصور الأمر 03-03¹ الذي عدل بالقانون رقم 12-08 المؤرخ في 25 جوان 2008 لمواكبة التطورات الاقتصادية².

الفرع الثاني: السلطات القمعية المخولة لمجلس المنافسة

لقد مكن المشرع الجزائري مجلس المنافسة بممارسة للسلطة القمعية إتخاذ صنفين من العقوبات، عقوبات مالية والتي هي موضوع بحثنا، وعقوبات غير مالية والتي تخرج عن إطار الدراسة. وللتأكيد على الدور الفعال الذي يقوم به مجلس المنافسة في تنظيمه للسوق، وكذا سلطاته في قمع الممارسات المنافية للمنافسة، منح له المشرع حق إقرار عقوبات مالية وفقا لما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة 45 من الأمر رقم 03-03³ ".... كما يمكن أن يقرر المجلس عقوبات إما نافذة فورا، وإما في الأجل التي يحددها عند عدم تطبيق الأوامر...." ويعد مجال إقرار مجلس المنافسة للعقوبات المالية في حالات محصورة قانونا والمتمثلة فيمايلي:

- الممارسات المقيدة للمنافسة بإمكان مجلس المنافسة النطق بها في حالة إرتكاب ممارسات معرقة ومقيدة للمنافسة والمشار إليها في المواد 7.6، 10، 11، 12 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، كما يعاقب على المساهمة في تنظيم هذه الممارسات، وذلك من خلال فرضه لعقوبة مالية قدرها 2000,00 دج على كل شخص يساهم بصفة إحتيالية سواء في تنظيمها، أو في تنفيذها⁴.

¹ - أمر رقم 06-95 مؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بالمنافسة الجريدة الرسمية عدد 09 الصادرة بتاريخ 9 فيفري 1995 الملغى بموجب الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة الجريدة الرسمية عدد 43 صادرة بتاريخ 20 يوليو 2003 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008 الجريدة الرسمية عدد 36 لسنة 2008 والمعدل بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 15 أوت 2010 الجريدة الرسمية عدد 46 سنة 2010.

² - جابلية سمير، سلطة مجلس المنافسة في ضبط السوق، حقوق، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013، ص 20.

³ - أمر رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم، مرجع سابق.

⁴ - تنص المادة 56 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة على أنه يعاقب على الممارسات المقيدة للمنافسة كما هو منصوص عليه في المادة 14 أعلاه بغرامة لا تفوق 7% من مبلغ رقم الأعمال من غير الرسوم المحقة في الجزائر خلال آخر سنة مالية مختمة وإذا كان مرتكب المخالفة شخصا طبيعيا أو

- في حالة عدم إحترام الأوامر والإجراءات المؤقتة الرامية إلى الحد من الممارسات المقيدة للمنافسة في الأجل المحدد ، ويمكن في هذه المخالفة أن يحكم بغرامة تهديدية لا تقل عن مبلغ مائة وخمسين ألف دينار (150,00 دج) عن كل يوم تأخير وفقا للمادة 58 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدلة بالقانون 12-08¹.

- المؤسسات التي تتعهد بتقديم معلومات خاطئة أو تتهاون في تقديمها فيمكن لمجلس المنافسة أن يقرر غرامة لا تتجاوز ثمانية مئة ألف دينار جزائري (800,00 دج) بناء على تقرير المقرر².

وما يلاحظ إرتفاع في هذه القيم أو في مبلغ هذه الغرامات مقارنة بما جاء به الأمر 03-03 قبل تعديله وهذا أمر عادي يواكب إرتفاع وغلاء المعيشة وإخفاض قيمة الدينار³.

التجميع دون ترخيص يعاقب عليه مجلس المنافسة بغرامة مالية يمكن أن تصل إلى حد 7% من رقم الأعمال المحقق في الجزائر في آخر سنة مالية دون إحتساب الرسوم بالنسبة للتجميعات غير المرخص بها ضد كل مؤسسة هي طرف في التجميع، كما يفرض عليها غرامة مالية تقدر ب 5% من رقم الأعمال في حالة عدم إحترامها للشروط والإلتزامات التي تعهدت بها لقبول مشروع التجميع⁴.

وأشار القانون رقم 12-08 المعدل بالأمر رقم 03-03 على أساس معايير متعلقة لاسيما بخطورة الممارسة المرتكبة والضرر الذي لحق به الإقتصاد والفوائد المجمعة من طرف مرتكبي المخالفات، ومدى تعاون المؤسسات المتهمة مع مجلس المنافسة خلال مرحلة التحقيق في القضية وأهمية وضعية المؤسسة المعنية في السوق⁵.

وبالرجوع إلى القانون الفرنسي نجد أنه إذا ثبت تورط شخص ضبط في الممارسات الغير مشروعة، فمجلس المنافسة ليس بإمكانه توقيع عقوبة إدارية ذات طابع جزائي وإنما يقوم بإحالة الملف إلى وكيل الجمهورية، وهذا كان أيضا معمولاً به في الجزائر في الأمر 95-06 حتى صدور الأمر 03-03 الذي أزال عنها العقاب الجنائي واستبدلها بغرامة تبلغ مليوني دينار جزائري توقع على كل شخص طبيعي ساهم شخصيا بصفة إحتيالية في تنظيم الممارسات المقيدة للمنافسة وقت تنفيذها⁶.

معنويا أو منظمة محنية لا تملك رقم إتصال محدد، فالغرامة لا تتجاوز ثلاث ملايين دينار "3000,00 دج" ، ولكن في سنة 2008 تم تعديل هذه المادة، وهكذا أصبحت الغرامة تحدد بالحد الأقصى وتقدر بـ 12 % من مبلغ رقم الأعمال من غير الرسوم.

¹- كانت المادة 58 من الأمر 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 تنص على غرامة مالية قدرها (100,00 دج) في حالة عدم إحترام الأوامر والإجراءات المؤقتة الرامية إلى الحد من الممارسات المقيدة للمنافسة والأجل المحدد.

²- رهموني موسى ، المرجع السابق ، ص 70.

³- كانت تنص المادة 59 من الأمر 03-03 على غرامة مالية قدرها 500,00 دج في حالة عرقلة التحقيق بشأن الممارسات المنافية للمنافسة من خلال تقديم معلومات خاطئة أو غير كاملة من قبل المؤسسات أثناء التحريات التي يقوم بها مجلس المنافسة، أو عدم تقديمها في الأجل القانونية.

⁴- المادة 61 و 62 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم .

⁵- رهموني موسى ، المرجع السابق ، ص 71.

⁶- محمد شريف ككو ، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري "دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي" ، حقوق رسالة دكتوراه جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2003-2004 ص 332.

الفرع الثالث: العقوبات الإدارية المتعلقة بمخالفة تنظيم حركة المرور

بالرجوع إلى أحكام قانون المرور الصادر بالأمر 03-09¹ نجده ينص صراحة على تضمنه لمجموعة من العقوبات الإدارية حيث تنص المادة 86 منه على ".....دون الإخلال بالعقوبات الإدارية المنصوص عليها في هذا القانون " ويعد هذا النص إقراراً صريحاً من المشرع الجزائري على إعتاده على الجزاءات الإدارية، ومنح جهة الإدارة هذه السلطة بغية تنظيم أحد أوجه نشاطها والمتمثل في تنظيم حركة المرور عبر الطرق². وبالعودة إلى الجزء الإداري في هذا القانون نجده ينص عليها في القسم الأول من الفصل السادس تحت عنوان المخالفات والعقوبات حيث صنف المادة 66 منه المخالفات والعقوبات بقولها : تصنف المخالفات للقواعد الخاصة بحركة المرور إلى أربع درجات³ :

- مخالفات من الدرجة الأولى والتي يعاقب عليها بغرامة من 2000,00 دج إلى 2500,00 دج، وتوقع هذه العقوبة عندما يتعلق الأمر بمخالفة الأحكام المتعلقة بالإشارة وكبح الدرجات، ومخالفة الأحكام المتعلقة بتقدم وثائق المركبة وكذا رخصة السياقة أو الشهادة المهنية التي ترخص بقيادة المركبة المعنية، كما يطبق هذه العقوبة أيضاً في حالة مخالفة الأحكام المتعلقة باستخدام آلة أو حمار مركبة غير مطابق⁴.
- المخالفات من الدرجة الثانية التي يعاقب عليها بغرامة من 2000,00 دج إلى 3000,00 دج في حالة مخالفة الأحكام المتعلقة باستعمال أجهزة التنبيه الصوتي أو مخالفة الأحكام المتعلقة بالمرور في أوساط الطرق⁵، أو المسالك أو الدروب، أو أشطرة الطريق أو الأرصفة أو حواف المركبات المرخصة لها بذلك خصيصاً، وكمروم الراجلين أو إذا تعلق الأمر بمخالفة الأحكام المتعلقة بالتنظيف غير العادي للسرعة بدون أسباب حقيقية من شأنه تقليص سيولة حركة المرور، كما تطبق هذه العقوبة أيضاً إذا تعلق الأمر بمخالفة الأحكام المتعلقة بوضع الإشارة الملائمة من قبل كل سائق صاحب رخصة سياقة إعتبارية، ومخالفة الأحكام المتعلقة بالسير على الخط المتواصل⁶.

- المخالفة من الدرجة الثالثة يعاقب عليها بغرامة والتي قدرها 2000,00 دج إلى 4000,00 دج وتكون نتيجة لمخالفة الأحكام المتعلقة بالحد من سرعة المركبات ذات محرك بمقطورة أو بدون مقطورة أو نصف مقطورة في بعض مقاطع الطرق، ولكل صنف من أصناف المركبات أو في حالة مخالفة الأحكام المتعلقة بمنع المرور أو تقييده في بعض خطوط السير بالنسبة لبعض أصناف المركبات، أو بالنسبة للمركبات التي تقوم ببعض أنواع

¹ - الأمر 03-09 المؤرخ في 29 رجب 1430 الموافق لـ 22 جويلية 2009 يعدل وينم القانون رقم 01-14 المؤرخ في 29 جادى الأول 1422 الموافق لـ 19 أوت 2001 المتعلق المؤرخ في 22 جويلية 2009 المتعلق بتنظيم حركة المرور عبر الطرقات وسلامتها الجريدة الرسمية عدد 45.

² - الطريق هو كل مسلك عمومي مفتوح لحركة مرور المركبات.

³ - نسيغة فيصل، المرجع السابق، ص 65.

⁴ - يوسف دلاندة، قانون المرور، دار النشر هومة، طبعة 2010، ص 22.

⁵ - يقصد بوسيط الطريق، الجزء من الطريق المستعمل لمرور المركبات.

⁶ - يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 23.

النقل. أضف إلى ذلك مخالفة الأحكام المتعلقة بحالات الإلتزام أو المنع المتعلقة بعبور السكك الحديدية الواقعة على الطريق ومخالفة الأحكام المتعلقة بوضع حزام الأمن، كما يمكن أن تطبق عقوبة الغرامة على المخالفات من الدرجة الثالثة في حالة مخالفة الأحكام المتعلقة بمنع نقل الأطفال الذين تقل أعمارهم عن 10 سنوات في الأماكن الأمامية، ومخالفة الأحكام المتعلقة بعدم التصريح بنقل ملكية المركبة، أو عدم التصريح بتغيير إقامة مالك المركبة. - المخالفات من الدرجة الرابعة وهي أشد العقوبات المالية التي تطبق في قانون المرور حيث تكون الغرامة فيها من 4000,00 دج إلى 6000,00 دج ومن بين المخالفات التي تطبق عليها هذه الغرامة ما يلي:

مخالفة الأحكام المتعلقة بإتجاه المرور المفروض، ومخالفة الأحكام المتعلقة بتقاطع الطرقات وأولوية المرور، مخالفة الأحكام المتعلقة بالتقاطع والتجاوز، مخالفة الأحكام المتعلقة بالمناورات الممنوعة في الطرق السيارة والسريعة¹، مخالفة الأحكام المتعلقة بزيادة السرعة من طرف سائق مركبة أثناء محاولة تجاوزه من سائق أجرة، مخالفة الأحكام المتعلقة بحجم المركبات وتركيب أجهزة إنارة وإشارة المركبات، ومخالفة الأحكام المتعلقة بالإستمرار في قيادة مركبة دون إجراء الفحص الطبي الدوري، مخالفة الأحكام المتعلقة بتعليم سياقة المركبات ذات محرك بمقابل أو بدون مقابل².

وبالرجوع أيضا إلى المرسوم التنفيذي رقم 12-230³ الذي يتضمن تنظيم النقل بواسطة سيارات الأجرة نجد نص على مجموعة من العقوبات الإدارية حيث تتضمن المادة 39 منه على أنه " يمكن لصاحب الرخصة أن يكون محل إنذار أو سحب مؤقت أو نهائي، بعد إستشارة اللجنة التقنية لسيارات الأجرة الولائية ... " ويكون صاحب الرخصة محل إنذار في حالة عدم إحترام شروط الإستغلال المحددة في هذا المرسوم ودفتر الشروط⁴، كما يمكن إجراء السحب المؤقت للرخصة لمدة 6 أشهر في حالة العود خلال 12 شهر من تاريخ إصدار العقوبة المنصوص عليها في المادة 39 منه⁵.

كما نصت المادة 42 من نفس المرسوم على السحب النهائي للرخصة في حالة العود خلال 12 شهر من تاريخ إصدار العقوبة المنصوص عليها في المادة 40.

¹ يقصد بالطريق السيارة كل طريق أعد وأنجز خصيصا للمرور السريع للسيارات، لا يقطعه طريق أو سكة حديدية أو مر الراجلين ولا يمكن الدخول، إلا في نقاط محيّا لذلك، ويقصد بالطريق السريع هو طريق أو مقطع من طريق لا يمكن أن تقطعه طريق آخر أو سكك حديدية ويمكن منعه على بعض فئات المستعملين والمركبات ويشمل في كلا إتجاهين حركة المرور على وسط طريقتين مميزتين ذوي إتجاه وحيد يتشكل كل واحد منهما على مسلكه مرور على الأقل وقد يفصل بينها شريط أرضي وسط، يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 6.

² للتفصيل حول المخالفات من الدرجة الأولى والثانية والثالثة والرابعة والعقوبات المقررة لها أنظر المادة 66 من القانون رقم 03-09 المنظم لحركة المرور.

³ مرسوم تنفيذي رقم 12-230 مؤرخ في 3 رجب 1433 الموافق لـ 24 مايو سنة 2012، يتضمن تنظيم النقل بواسطة سيارة الأجرة الجريدة الرسمية عدد 33.

⁴ المادة 39 من المرسوم التنفيذي المتعلق بتنظيم النقل، المرجع السابق.

⁵ المادة 40 من المرسوم التنفيذي المتعلق بتنظيم النقل، المرجع السابق.

وفي حالة مخالفة الأحكام المتعلقة بالعداد الكيلومتري مثل القيام بتزويره، كما يمكن أن تسحب الرخصة نهائيا من صاحب سيارة الأجرة في حالة القيام بفعل يسئ للآداب العامة، أو في حالة تحويل أو تغيير جزئي للنشاط من طرف شخص معنوي، كما تسحب الرخصة نهائيا في حالة إثبات الفحوص الطبية المنصوص عليها في هذا المرسوم عدم القدرة على سياقة الأجرة بالنسبة للأشخاص الطبيعيين¹.

وما يلاحظ على هذه العقوبات التي جاء بها المرسوم 12-230 المتعلق بتنظيم النقل بواسطة سيارات الأجرة هي عقوبة إدارية لا توقعها سلطة قضائية كما تعتبر عقوبات لا تمس بالذمة المالية للأشخاص بل هي من أخطر العقوبات مساسا بحقوق الأشخاص.

وعليه نجد أن المشرع الجزائري على عكس المشرع الفرنسي- تأثر بنظام الحد من العقاب والحد من التجريم والتحول عن الإجراء الجزائي خاصة في مجال المنافسة والمروء من خل الإعتماد على الغرامة الإدارية كبديل عن العقوبات الجنائية وحصرها بين حد أدنى وحد أقصى.

خاتمة :

تعتبر فكرة أو موضوع الجزاءات الإدارية حديثا نسبيا في القانون، ولم تأخذ نصيبها في التطبيق سواء من التشريعات المقارنة أو من المشرع الجزائري ورغم ذلك هناك توجه واضح في السياسة الجنائية المعاصرة نحو ضرورة تفعيل الجزاءات الإدارية كبديل للعقوبات الجزائية، أو بمعنى آخر مبدأ يقيد تدخل القانون الجنائي في المجالات البعيدة عن اختصاصه، كما أن للجزاءات الإدارية مزايا لا نجدها في العقوبة الجنائية.

فن بين أهم مزايا العقوبات الإدارية خدمة السياسة الجنائية من حيث التخفيف على القضاء والسرعة في الإجراءات وتجنب الحبس قصير المدة، كما أن الشخص الذي يكون محل عقوبة إدارية فلا تسجل في صحيفة السوابق القضائية (الوصمة الإجرامية) ، كما أنها لا تحتوي على العقوبات السالبة للحرية (عدم دخول الحبس) وهذا يؤدي إلى التقليل من نفقات الدولة على المسجونين فالعقوبة الإدارية تخدم السياسة الجنائية والمجتمع والاقتصاد الوطني. وعلى هذا تقدم مجموعة من الإقتراحات والتوصيات والمتمثلة فيما يلي :

✓ بما أن الجزاءات الإدارية في التشريع الجزائري قليلة التطبيق فلما لا يتم إدراجها بشكل معمق في الكثير من الحالات.

✓ للعقوبة الإدارية مزايا كثيرة فلما لا يعتمد المشرع الجزائري على قانون إداري جنائي مستقل يتم من خلاله مراعاة أقدس المبادئ الدستورية مثل مبدأ الشرعية والشخصية والتناسب كما يكفل حقوق الدفاع ...

✓ نأمل من المشرع الجزائري إتباع النهج الذي سارت عليه ألمانيا وإيطاليا فيما يتعلق بإخراج المخالفات البسيطة المنصوص عليها في قانون العقوبات لكلا الدوليين ومنح تلك المخالفات للإدارة لتوقع عليها غرامات

¹ - المادة 41 من المرسوم التنفيذي المتعلق بتنظيم النقل ، المرجع السابق .

إدارية وهذا ما يؤدي إلى القضاء على ما يسمى بأزمة التضخم التشريعي الجنائي، أما فيما يخص السلطات الإدارية المستقلة فلا بد من وجود نص تشريعي موحد لتنظيم هذه السلطات خاصة من الجانب العضوي والمالي والوظيفي كما لا بد من توحيد مواعيد الطعن أمام مجلس الدولة وتوحيد الغرامات المالية والعقوبات المقررة.

قائمة المراجع:

أ- باللغة العربية:

- الكتب:

1. أحسن بوسقيعة ، المصالحة في المواد الجزائية بوجه عام وفي المادة الجمركية بوجه خاص ، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى 2001.
2. أحمد محمد براك، العقوبة الرضائية في الشريعة الإسلامية والأنظمة الجنائية المعاصرة "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية - القاهرة- الطبعة الأولى 2010.
3. إسماعيل نجم الدين زنكنة ، القانون الإداري البيئي ، دراسة تحليلية مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2012.
4. أمين مصطفى محمد، النظرية العامة لقانون العقوبات الإداري "ظاهرة الحد من العقاب " ، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية طبعة 2013.
5. عبد الرحمان خلفي، بدائل العقوبة ، دراسة فقهية تحليلية تأصيلية مقارنة، الطبعة الأولى 2015.
6. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، ضائعات مشروع عقوبات الإدارية العامة ، منشأة المعارف، طبعة 2008 .
7. محمد سامي الشوا، القانون الإداري الجزائري "ظاهرة الحد من العقاب " ، دار النهضة العربية ، بدون سنة طبع.
8. محمد سعد فودة ، النظام القانوني للعقوبات الإدارية "دراسة فقهية قضائية مقارنة" ، بدون دار النشر ومكان النشر، طبعة 2006-2007.
9. ناصر حسين محسن أبو جمه العجمي ، الجزاءات الإدارية العامة في القانون الكويتي المقارن، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، طبعة 2010.
10. وليد بوجملين ، الضبط الإقتصادي في القانون الجزائري بلقيس دار النشر ، بدون سنة طبع.
11. يوسف دلاندة، قانون المرور ، دار النشر هومة، طبعة 2010.

- المقالات:

1. عز الدين عيساوي ، المكانة الدستورية للهيئات الإدارية المستقلة ومآل مبدأ الفصل بين السلطات، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، العدد 4، جامعة محمد خيضر بسكرة.
2. غنام محمد غنام ، القانون الإداري الجنائي والصعوبات التي تحول دون تطوره، مجلة الحقوق، السنة الثامنة عشر، العدد الأول، مارس 1994.

- الرسائل:

1. جبالية سمير، سلطة مجلس المنافسة في ضبط السوق، رسالة ماجستير، حقوق، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو 2013.

2. رحموني موسى ، الرقابة القضائية على سلطات الضبط المستقلة في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة لخضر باتنة ، حقوق 2012-2013.
3. سعادوي محمد الصغير، السياسة الجنائية لمكافحة الجريمة "دراسة مقارنة بين التشريع الجنائي الدولي والشريعة الإسلامية"، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، 2009-2010.
4. قايد ليل ، الرضائية في المواد الجنائية، رسالة دكتوراه، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2014.
5. كحال سلمى، مجلس المنافسة وضبط النشاط الإقتصادي، رسالة ماجستير، حقوق جامعة أحمد بوقرة، بومرداس سنة 2009.
6. محمد شريف كتو، الممارسات المنافية للمنافسة في القانون الجزائري "دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي- " رسالة دكتوراه، جامعة مولود معمري، حقوق تيزي وزو، 2003-2004.
7. نسيفة فيصل ، الرقابة على الجزاءات الإدارية العامة في النظام القانوني الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة محمد خيضر- بسكرة 2011-2012.

-القوانين :

1. الأمر 03-09 المؤرخ في 29 رجب 1430 الموافق لـ 22 جويلية 2009 يعدل ويتم القانون رقم 14-01 المؤرخ في 29 جادى الأول 1422 الموافق لـ 19 أوت 2001 المتعلق بتنظيم حركة المرور عبر الطرقات وسلامتها وأمنها الجريدة الرسمية عدد 45.
2. مرسوم تنفيذي رقم 12-230 مؤرخ في 3 رجب 1433 الموافق لـ 24 مايو سنة 2012، يتضمن تنظيم النقل بواسطة سيارة الأجرة الجريدة الرسمية عدد 33.
3. الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.
4. أمر رقم 95-06 مؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بالمنافسة الجريدة الرسمية عدد 09 الصادرة بتاريخ 9 فيفري 1995 الملغى بموجب الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة الجريدة الرسمية عدد 43 صادرة بتاريخ 20 يوليو 2003 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 جوان 2008 الجريدة الرسمية عدد 36 لسنة 2008 والمعدل بالقانون رقم 10-05 المؤرخ في 15 أوت 2010 الجريدة الرسمية عدد 46 سنة 2010.
5. القانون 16-01 المؤرخ في 26 جادى الأول عام 1437 الموافق لـ 6 مارس 2016 يتضمن تعديل الدستور الجزائري.

ب-باللغة بالفرنسية:

1. Marie, la dépenalisation de la vie des affaires, groupe de travail, janvier 2008 .
2. Jean Paradel , Droit pénal général, tom ciyas Pris, 1992 p 25
3. -GENEVOIS, « le conseil constitutionnel et l'extension des pouvoirs de la commission des opérations de bourse », Rev,Fr .adm.1989,p.671.
4. -louis FAVOREU, « droit administratif et droit constitutionnel », Rev, dr .adm. 1989, P.678 .

صور حقوق الطفل في القانون الدولي وآليات ضمان حمايتها
د/رمحوني محمد- أستاذ محاضر "أ"- كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة أحمد دراية – أدرار

ملخص:

للطفولة مكانة اجتماعية بالغة الأهمية؛ فهي مستقبل الأمة والقاعدة الأساسية لأهم مراحل صور البناء المادي والروحي للإنسان، ومن خلالها تعبر البشرية من جيل إلى آخر، وبفضلها تمسك الإنسانية بخيط التواصل بين الزمان والمكان، وبالنظر للانتهاك حقوق الطفل التي طبعت فترة زمنية معتبرة من تاريخ البشرية مما جعل قضايا الطفولة تطفو على اهتمامات الساحة الدولية وتعرف تصاعداً عالمياً وصلت إلى قممتها بإصدار الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل، ونظراً لحساسية هذه المرحلة أحاطت الحضارات الإنسانية والمجتمع الدولي الطفل بحماية خاصة، ومنعت تعرضه للمعاملات القاسية أو للأخطار التي تعيق نموه، وضمان معاملة أفضل خاصة للطفل الذي يعيش في ظل ظروف.

Abstract:

Children critical social status; they are the future of the nation's basic rule of the most important stages of physical and spiritual reconstruction of human images, and which reflect the human from one generation to another, and thanks to which adherence to humanitarian thread communication between time and space, and in view of the violation of children's rights that marked a period of time, considering the history of mankind, which making children's issues perched on the concerns of the international arena and universally known as a surge reached the summit by issuing the international Convention on the rights of the Child, due to the sensitivity of this phase took human civilizations and the international community of the child to special protection, preventing exposure to the harsh transactions or the dangers that hamper growth, and ensure special favorable treatment to the child who lives under the circumstances.

مقدمة

تحتل الطفولة مكانة اجتماعية استثنائية بالغة الأهمية؛ لأنها مستقبل الأمة ومجدها المرتين وصورته الظاهرة والمضمرة ولأنها القاعدة الأساسية لأهم مراحل صور البناء المادي والروحي للإنسان ومن خلالها تعبر البشرية من جيل إلى آخر، وبفضلها تمسك الإنسانية بخيط التواصل بين الزمان والمكان. ونظراً لحساسية هذه المرحلة وخطورتها أحاطت الحضارات الإنسانية والمجتمع الدولي الطفل بسياج من الرعاية والحماية ومنعت تعرضه

للمعاملات القاسية أو للأخطار التي تعيق نموه، وضمان معاملة أفضل خاصة للطفل الذي يعيش في ظل ظروف صعبة حيث يفتقد الأسرة أو أحد الوالدين أو كليهما.

وقبل حديثنا عن مضمون هذه الحماية أو الرعاية فإنه يجدر بنا الإشارة إلى أن الحديث عن حقوق الطفل على المستوى الدولي ما هو إلا حديث عن حقوق الإنسان؛ لأن الطفولة هي أهم مرحلة من مراحل الحياة الإنسانية، غير أن القانون الدولي وغيره من القوانين الأخرى حاول مراعاة هذه الفئة العمرية نظراً لأهميتها ولظروفها الخاصة التي تتميز بها، وبالنظر أيضاً للانتهاكات التي طبعها خلال فترة زمنية معتبرة من تاريخ البشرية أين عانت هذه الفئة العديد من الولايات والاستغلال مما جعل قضايا الطفولة تطفو على اهتمامات الساحة الدولية وتعرف تصاعداً عالمياً وصلت إلى قممها بإصدار الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل، لكن الطريق المؤدي إلى هذه الاتفاقية كان طويلاً وبطيئاً، لهذا فإن التساؤل المطروح ما المراحل التي مرت بها التشريعات الدولية لحقوق الطفل؟ وهل يمكن اعتبار الآليات المنصوص عليها ضمن هذه الصكوك ضمانات لحقوق الأطفال؟ هذا ما نتناوله بنوع من التفصيل في هذين المبحثين المتواليين، المبحث الأول يتطرق إلى مظاهر تطور التشريعات الدولية المتعلقة بحقوق الأطفال، في حين أن المبحث الثاني يتضمن آليات وضمان حماية حقوق الطفل في القانون الدولي.

المبحث الأول: تطور التشريعات الدولية المتعلقة بحقوق الأطفال

مرت تشريعات الطفولة بالعديد من المراحل على المستوى الدولي حتى وصلت إلى ما هي عليه الآن ولمعرفة هذه المراحل فقد تم تقسيمها إلى مرحلة ما قبل صدور العهدين الدوليين ك مطلب أول، ومرحلة صدور العهدين الدوليين وما بعدها ك مطلب ثاني.

المطلب الأول: مرحلة ما قبل صدور العهدين الدوليين.

إن هذه المرحلة تتضمن مرحلة صدور الإعلانات الدولية كإعلان جنيف والإعلان العالمي لحقوق الإنسان وأخيراً إعلان حقوق الطفل وسنحاول التعرض بالشرح لكل إعلان كالاتي:

الفرع الأول: مرحلة صدور إعلان جنيف

لقد أخذت حقوق الطفل أول اهتمام دولي في نهاية الربع الأول من القرن العشرين وذلك بمناسبة صدور إعلان جنيف سنة 1924 الذي تم تبنيه من قبل عصبة الأمم¹ والتي سعت من خلاله بالمبادرة إلى إنشاء مركز توثيق خاص بحماية الطفولة وتأسيس لجنة استشارية للمسائل الاجتماعية والتي من بين اهتماماتها قضايا الطفولة

¹ - يرجع الفضل في تأسيس هذا الإعلان إلى الاتحاد الدولي لاقاد الطفولة الذي أسسته السيدة "أجلانتين جب" وهي ذات أصول بريطانية تقدمت بمشروع هذا الإعلان إلى عصبة الأمم سنة 1923 وذلك بمساعدة اللجنة الدولية للصليب الأحمر أين تم مناقشته من قبل الجمعية العامة للعصبة في جنيف وتم اعتماده في لعام الموالي سنة 1924. راجع في ذلك: منتصر- سعيد حمودة، حماية حقوق الطفل في القانون الدولي العام والإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، بدون طبعة، 2007 ص 34.

وحماية حقوقهم، كما تضمن هذا الإعلان ضمن مبادئه مجموعة من المفاهيم الجديدة أهمها تحمل المجتمع الدولي برمته مسؤولية رعاية الأطفال وحماية حقوقهم وليست الأسر والمجتمعات وحدها إلا إن قيام الحرب العالمية الثانية حال دون استمرار هذه الوثيقة التي فقدت قيمتها القانونية والأدبية¹ والتي لم تكن بنودها موجهة لحكومات الدول إلا أنها وضعت مجموعة من المبادئ جعلت اللجنة المؤقتة الاجتماعية التابعة للمجلس الاقتصادي والاجتماعي تتبناها وتنادي بالزامية البنود التي يتضمنها الإعلان لجميع شعوب العالم كما كانت ملزمة من قبل إلا إن الأمر لم يقف عند هذا الحد بمناسبة اعتماد الجمعية العامة للإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

الفرع الثاني: مرحلة صدور الإعلان العالمي لحقوق الإنسان

صدر هذا الإعلان في العاشر من ديسمبر 1948 و جاء صدوره ترجمة لما جاء في ديباجة ميثاق هيئة الأمم المتحدة ونص في أكثر من موضع على ضرورة احترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية فقد أشار إلى حقوق الطفل في المادتين 25 و 26 على التوالي حيث نصت المادة 25 على أن "للأمومة والطفولة الحق في مساعدة ورعاية خاصتين، وينعم كل الأطفال بنفس الحماية الاجتماعية سواء كانت ولادتهم ناتجة عن رباط شرعي، أو بطريقة غير شرعية" في حين تنص المادة 26 على أن "لكل شخص الحق في التعليم ويجب أن يكون التعليم في مراحله الأولى والأساسية على الأقل بالمجان وأن يكون التعليم الأولي إلزامي" وتقع هذه الالتزامات على عاتق الدولة، ولكن رغم وزن وأهمية الإعلان العالمي واعتباره هو أصل نشأة القانون الدولي لحقوق الإنسان فإن البعض قد اعتبره إعلاناً مجرداً من قيمته القانونية الملزمة للحقوق المنصوص عليها ضمنه بصفة عامة وفي مجال حقوق الطفل بصفة خاصة، حيث اكتفى بالإشارة إلى هذه الحقوق من بعيد وبصفة مجملة تفتقد إلى التفصيل والإيضاح، ونتيجة لهذه الانتقادات فإن هناك من طالب بضرورة تعزيز حماية حقوق الأطفال بشكل خاص، وهو ما تمت الاستجابة له من قبل الأمم المتحدة بإصدارها إعلان لحقوق الطفل.

الفرع الثالث: مرحلة صدور إعلان حقوق الطفل

صدر هذا الإعلان من طرف الأمم المتحدة بالإجماع في 20 نوفمبر 1959 وقد نص على العديد من حقوق الأطفال في صورة مبادئ، حيث أكدت معظم هذه المبادئ على ضرورة تمتع الطفل بحماية خاصة وضرورة تمتعه بالاسم والجنسية وتلقيه التعليم وتنشئته وتنشئة صالحة كيفما كان هذا الطفل وحمايته من كل صور الإهمال والقسوة والاستغلال.

ومما لا شك فيه أن إعلان حقوق الطفل مثل قفزة نوعية لحماية حقوق الطفل على المستوى الدولي، غير أنه افتقر إلى الوسيلة الحقيقية لتفعيله وهي القوة القانونية الملزمة، وذلك لكونه لا يشكل معاهدة دولية رغم اقتراح بعض الدول ذلك قبل صدور الإعلان منها الاقتراح البولندي الذي رأى ضرورة إصدار هذه المبادئ في صورة

¹ انظر حسين المحمدي بوادي، حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر-، الطبعة الأولى 2005، ص 72.

بنود اتفاقية دولية عامة لحقوق الطفل حتى تكون لها قوة قانونية ملزمة إلا أن ذلك لم يحصل، وبالتالي وكأن الإعلان لم يرد معالجة الوضع وإنما التنبيه فقط إلى الأخطار التي تواجه الطفولة في العالم، كما أنه لم يتضمن أي آلية للرقابة أو لوضع الطفل إزاء العدالة الجنائية¹.

وفي إطار تكريس الأمم المتحدة لمسيرتها في احترام حقوق الإنسان بصفتها أكبر منظمة دولية في العالم وتشكل حماية حقوق الإنسان إحدى الركائز الأساسية لعملها أقرت العديد من الحقوق وأصدرت بمناسبة ذلك عهوداً ومواثيق² ومن بين تلك العهود العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، والعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والثقافية والاجتماعية، هذا ما نحاول التعرف عليه في النقطة الموالية.

المطلب الثاني: مرحلة صدور العهدين الدوليين وما بعدها.

شكلت هذه المرحلة منعرجاً حاسماً في مجال رعاية الأطفال وحقوقهم وذلك بصور العهدين الدوليين وصور الاتفاقية الدولية الخاصة بحماية حقوق الطفل فما هو الشيء الجديد الذي أتت به هذين الآيتين هذا ما سنتعرف عليه في هذين الفرعين المواليين:

الفرع الأول: مرحلة صدور العهدين الدوليين

صدر العهدين بتاريخ 16/12/1966 وقد تناول العهد الأول حقوق الطفل في خمسة مواد في المادة السادسة والتي نصت على تحريم تطبيق عقوبة الإعدام على الأطفال، والمادتين العاشرة والرابعة عشر- والتي تضمنتا الإجراءات التي تتخذ في حق الأحداث الجانحين، بحيث تؤخذ أعمارهم والرغبة في إعادة تأهيلهم بعين الاعتبار، وتطرق المادة الثالثة والعشرين إلى ضرورة الحفاظ على وجود الأسرة أو العائلة باعتبارها الوحدة الأساسية لقيام المجتمع، وفي حالة تفكك الأسرة بأي طريقة من طرق انحلال الرابطة الزوجية يجب إعطاء الأولوية لحقوق الطفل وحمايته التي تكون فوق كل اعتبار وذلك لأنه الطرف الأضعف في هذه العلاقة لهذا فهو يستحق حماية من نوع خاص. أما المادة الرابعة والعشرين فنصت على مجموعة من الحقوق كحق الطفل في الحماية الإجرائية، وحقه في الاسم والجنسية.

ومن جهة أخرى، فقد اهتم العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بإقرار مجموعة من الحقوق للطفل، حيث نصت المادة العاشرة منه على ضرورة منح الأسرة حماية أوسع ووجوب منح الأمهات حماية خاصة قبل الولادة وبعدها؛ وهذا يمثل وجهاً من أوجه حماية الطفل في بداية مراحل حياته حتى وهو جنين في بطن أمه، كما نصت الفقرة الثالثة من نفس المادة على وجوب اتخاذ إجراءات خاصة لحماية الطفل ومساعدته دون أي تمييز لأسباب أبوية أو غيرها، بالإضافة إلى هذا نصت المادة 12 من نفس العهد على ضرورة توفير الرعاية الصحية اللازمة للطفل بغرض خفض نسبة وفيات المواليد والحفاظ على حياتهم على

¹ - فاطمة بحري، الحماية الجنائية الموضوعية للأطفال المستخدمين، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط 2008، ص 88.

² - وفاء مزروق، حماية حقوق الطفل في ظل الاتفاقيات الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2010، ص 11.

اعتبار أن الحق في الحياة هو الحق الأساسي بصفة عامة، كما نصت الفقرة الثانية من المادة 13 على ضرورة توفير التعليم للأطفال وجعله إلزامياً خصوصاً التعليم الابتدائي من أجل تنمية قدرات ومدارك الأطفال، في حين كفلت الفقرة الثالثة من نفس المادة حق الأطفال في تعلم مبادئ وتعاليم دينهم والأخلاق التي تتفق مع معتقداتهم الخاصة.

ولعل السؤال الذي يبقى مطروحا ما الشيء الجديد الذي جاء به العهدين الدوليين في مجال حقوق الطفل؟ والإجابة عن هذا السؤال تجعلنا نشير إلى أن هذين الأخيرين لم ينصا إلا على حقوق قليلة جداً مقارنة بما سبق، إلا أنها انتقلا بحقوق الطفل من مرحلة التوصيات إلى مرحلة الالتزامات القانونية التي تضع على عاتق كل دولة أو موقعة على العهدين التزاماً قانونياً باحترام وتطبيق تلك الحقوق وضمانها للأطفال لأنها جاءت بصيغة قواعد آمرة تندرج ضمن ما يسمى بالنظام العام الدولي وأصبحت بذلك فرداً من القانون الدولي الوضعي¹.

الفرع الثاني: مرحلة صدور الاتفاقية الدولية الخاصة بحماية حقوق الطفل

نظراً للوضعية القاسية والظروف الصحية التي صار الأطفال يعيشونها خلال هذه المرحلة حتى بعد صدور تلك الإعلانات والعهد التي حاولت حفظ ماء الوجه إزاء ما عاناها أطفال العالم خلال الحربين العالميتين² صار لزاماً على الأمم المتحدة أن تسعى جاهدة إلى إيجاد تشريع دولي ملزم لكل دول العالم لوضع حد لمعاناة أولئك الأطفال وبمناسبة احتفاء الأمم المتحدة بالذكرى السنوية الثلاثين لصدور إعلان حقوق الطفل لسنة 1959 والذي توافقت مع الذكرى العاشرة للسنة الدولية للطفل لسنة 1979 اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 وكان ذلك بعد مدة طويلة من عمل لجنة حقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة، والتي شكلت بدورها مجموعة عمل تابع لها تعرض إعداد مشروع اتفاقية حقوق الطفل، وقد واجهت هذه الأخيرة العديد من القضايا والخلافات المعقدة إلا أنها استطاعت أن تتجاوزها وتصدر النص الثاني للاتفاقية وتعرضه على اللجنة التابعة لها والتي أقرته في 08/03/1989 ورفعته بدورها إلى المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة ثم الجمعية العامة وتم فتح باب المصادقة عليها في 26/01/1990 حيث صادقت عليها 191 دولة مع إبداء الدول العديد من التحفظات ودخلت حيز التنفيذ في 02 .

ومما تجب الإشارة إليه، أن كل دول العالم لهذه الاتفاقية باستثناء دولتين هما الصومال والولايات المتحدة الأمريكية وبذلك تعد أكثر اتفاقيات حقوق الإنسان انضماماً، وذلك نظراً لاستشعار الدول بأهمية حقوق الطفل

¹ - منتصر سعيد حمودة ، مشار إليه ، ص 58 و 59.

² - هناك إحصائية تشير إلى أن أكثر من ثلث سكان العالم هم أطفال 02 مليار طفل إلا أن هناك أكثر من 12 مليون طفل يموتون كل عام بسبب سوء التغذية و 40 مليون منهم يولدون في ظل ظروف قاسية ولا يتم تسجيل أسمائهم في سجلات المواليد وهذا ما يؤثر على مستقبلهم من حيث الاعتراف بهم في المجتمع بصفة أكبر ، وحوالي 120 مليون طفل تتراوح أعمارهم بين 5 و 14 سنة يعملون في ظل ظروف قاسية وغير إنسانية تهدد حياتهم ومستقبلهم. للاستزادة انظر ، منتصر سعيد محمود ، مشار إليه ، ص 63 .

في العالم¹ وتشتمل الاتفاقية دياجاة و 54 مادة، ويمكن عموماً تقسيم هذه الاتفاقية إلى ثلاثة أجزاء جزء أول يتضمن المواد المتعلقة بحقوق الطفل، وجزء ثاني يشتمل على المواد المتعلقة بآلية تنفيذ الاتفاقية، أما الجزء الثالث والأخير فقد أشتمل على المواد المتعلقة بالتوقيع على الاتفاقية والتصديق عليها

وما يلاحظ على الاتفاقية أنها تضمنت الكثير من الحقوق التي منحت للطفل سواء بصفته إنساناً أو طفلاً، ومن أمثلة الصنف الأول من الحقوق أي بصفته إنساناً كالحق في الحياة وحق تمتعه بالاسم وحق تمتعه بالجنسية والحفاظ على هويته وحق حرية التعبير والفكر والوجدان والتعليم والتمتع بالضمان الاجتماعي ومستوى صحي عالي والحق في عدم التعرض للتعذيب أو العقوبات القاسية والحماية من جميع أشكال التمييز بسبب الجنس أو اللون أو الدين وغيرها من الحقوق الأخرى، أما الصنف الثاني من الحقوق أي التي يتمتع بها بصفته طفل فقد أكدت الاتفاقية على ضرورة توفير وسط عائلي مناسب للطفل ويتعين على الدول المعنية أن توجد هذا الوسط وفقاً لقوانينها وتشريعاتها الداخلية من أجل تربية الطفل وتوجيهه توجيهاً مناسباً² حتى إن اقتضى الأمر إقامة مؤسسات لرعايته، كما تحدثت الاتفاقية عن الأطفال الموجودين في ظروف ووضعية خاصة كما هو الحال بالنسبة للأطفال المعوقين الذين نصت الاتفاقية على ضرورة رعايتهم وضمان إمكانية حصولهم على حياة كريمة وتعليم راق وخدمات صحية مناسبة³ دون أن تهمل الاتفاقية الإشارة إلى ضرورة اعتراف الدول الأطراف بحق الطفل في الراحة ومزاولة الألعاب والمشاركة الكاملة في الحياة الثقافية والفنية⁴ وتمتعه مع باقي أفراد الأقليات بممارسة شعائره الدينية واستعمال لغته وثقافته⁵.

وقد ناشدت الاتفاقية دول المجتمع الدولي بضرورة حماية الأطفال ووقايتهم من جميع صور الاستغلال خصوصاً الاستغلال الاقتصادي ومن الاستخدام الخطر أو غير المشروع، واستعمال شتى الوسائل الممكنة لمنع ذلك باتخاذ التدابير التشريعية والإدارية والاجتماعية و التربوية وغيرها⁶.

ونظراً لما تنتجه الحروب من وضعية صعبة ومزرية على الأفراد بصفة عامة وعلى الأطفال بصفة خاصة الذين يشكلون أكثر ضحاياها أحياناً وطرفاً فيها أحياناً أخرى من خلال تجنيدهم عسكرياً فإن الاتفاقية قد أوردت نصاً خاصاً يتعلق بهذا الأمر تتعهد فيه الدول الأطراف باتخاذ جميع التدابير اللازمة والممكنة عملياً بعدم مشاركة الأشخاص الذين لم تبلغ سنهم خمسة عشر سنة إشراكاً مباشراً وأن لا تعمل على تجنيدهم ضمن قواتها المسلحة⁷.

¹ - انظر، فاطمة شحاتة أحمد زيدان، مركز الطفل في القانون الدولي العام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، ط 2007، ص 119.

120

² - المادة 20 من اتفاقية حقوق الطفل

³ - المواد من 23 إلى 25 من اتفاقية حقوق الطفل

⁴ - المادة 31 من ذات الاتفاقية.

⁵ - حسين المحمدي بواوي، مشار إليه، ص 83، 84

⁶ - أنظر المادتين 31، 32 من الاتفاقية

⁷ - المادة 38 من الاتفاقية

وما يؤخذ على هذا النص من ظاهره هو عدم تطابقه مع نص المادة الأولى من الاتفاقية والتي عرفت الطفل على أنه كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشر في حين أن نص المادة 38 يحضّر على الدول تجنيد الأطفال الذين لم تبلغ سنهم خمسة عشر سنة فقط مما يجعلنا نستنتج أنه يسمح للدول أن تجند الأشخاص الذين تتراوح سنهم بين خمسة عشرة سنة وثمانية عشرة سنة، وهؤلاء يعدون أطفال كدالك طبقاً لنص المادة الأولى من الاتفاقية بالإضافة إلى ذلك نجد أن نص المادة 38 قد حضر- على الدول أن تشرك الأطفال في الحروب بصفة مباشرة متجاهلاً بذلك اشتراكهم بصفة غير مباشرة أو مشاركتهم بصفة طوعية في هذه الحرب أو باختيارهم¹، لهذا كان على نص المادة أن يمنع دخول الأطفال في هذه الحروب سواء بإشراكهم أو اختيارهم. وبصفة مباشرة أو غير مباشرة ضمن القوات النظامية أو غير النظامية².

وعلى الرغم من ذلك كله، فإن الكل يجمع على أن صدور الاتفاقية شكل قفزة نوعية في حقوق الإنسان بصفة عامة وارتقاء بحقوق الطفل بصفة خاصة على المستوى الدولي لأنها انتقلت بحقوق الطفل من نطاق المسؤولية الأدبية إلى نطاق المسؤولية القانونية الملزمة للدول والمشمولة برقابة المجتمع الدولي³، ويظهر اثر هذا الارتقاء في تقرير مختلف أصناف الحماية الدولية لحقوق الطفل كحمايتهم في الحالات العادية من مختلف أشكال الاستغلال الجنسي وحمايتهم كذلك من الاختطاف أو البيع أو الاتجار بهم بالإضافة إلى حمايتهم من الاستغلال في مجال العمل على غرار أشكال الحماية الأخرى أثناء النزاعات المسلحة.

نقول هذا، إلا أن هذه الحقوق المنصوص عليها ومختلف أصناف الحماية المقررة لا يمكن الحفاظ عليها قائمة إذا لم توجد هناك آليات وضمانات تكفل احترام تلك الحقوق، وهذا ما نتطرق له بنوع من التفصيل في إطار البحث الموالي.

المبحث الثاني: آليات وضمانات حماية حقوق الطفل في القانون الدولي

من المعلوم أن التنصيص على الحقوق المختلفة للطفل لن يكون له فعالية إذا لم يحاط بضمانات تكفل تنفيذ وحماية تلك الحقوق وأداءها، وهذا ما بادرت إليه اتفاقية حقوق الطفل من خلال إنشاءها للجنة حقوق الطفل لمراقبة مدى تطبيق الدول الأطراف لأحكام الاتفاقية ودراسة التقدم الذي أحرزته هذه الدول تنفيذاً للالتزامات التي تعهدت بها، ورغم ذلك فإن المجتمع الدولي والأمم المتحدة قد عملا على إيجاد آليات ووسائل

¹ - انظر حسنين المحمدي بوادي، مشار إليه، ص 86 و 87.

² - إن إعلان عمان يمثل البيان الختامي لمؤتمر عمان الدولي حول استخدام الأطفال جنوداً والذي انعقد بالأردن في 2001 والذي دعا إلى وقف استخدام الأطفال دون سن الثامن عشر كجنود في القوات المسلحة لأي دولة من الدول، انظر حسنين المحمدي بوادي، مشار إليه، ص 87 .

³ - إن إعلان عمان يمثل البيان الختامي لمؤتمر عمان الدولي حول استخدام الأطفال جنوداً والذي انعقد بالأردن في 2001 والذي دعا إلى وقف استخدام الأطفال دون سن الثامن عشر كجنود في القوات المسلحة لأي دولة من الدول. انظر، حسنين المحمدي بوادي، ص 87 .

³ - يقول الأستاذ محمد سعيد الدقاق " تنتقل الاتفاقية بحقوق الطفل من دائرة الاختيار إلى دائرة الإلزام، وتكفل نظاماً قانونياً للحماية اللازمة لحقوق الطفل بشكل يربط مجموعة من الالتزامات القانونية على الدول التي تصادق عليها ". انظر فاطمة شحاتة احمد زيدان، مرجع سابق ص 125 .

أخرى لتعزيز ضمانات حماية حقوق الطفل على المستوى الدولي، ويمثل ذلك في إنشاء الهيئات واللجان المعنية بحماية ومراقبة تطبيق حقوق الطفل، وذلك ما نتعرض إليه بالدراسة في المطلبين الآتيين لمعرفة هذه الهيئات واللجان.

المطلب الأول الهيئات الدولية المعنية بحماية حقوق الطفل

إن الهيئات التي تقوم على حماية حقوق الطفل على المستوى الدولي كثيرة ومتعددة غير أن أبرز هذه الهيئات صندوق الأمم المتحدة للطفولة "اليونسف" واللجنة الدولية للصليب الأحمر ومنظمة العمل الدولية بالإضافة إلى منظمة الصحة العالمية ومنظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة "المعروفة باليونسكو" ، إلا أننا نتساءل ما الدور الذي تقوم به هذه الهيئات في حماية حقوق الأطفال على المستوى الدولي؟

الفرع الأول: صندوق الأمم المتحدة للطفولة ودوره في ترقية وحماية حقوق الطفل

يعد هذا الصندوق وليد صندوق طوارئ الأمم المتحدة للطفولة الذي أنشئ بعد الحرب العالمية الثانية للتخفيف من معاناة الأطفال جراء الأوضاع التي خلفتها الحرب وذلك بتوفير الغذاء والدواء والملبس والإيواء، ونظراً للدور المتميز الذي لعبه هذا الصندوق أصدرت الجمعية قرارها رقم 28 في أكتوبر 1953 والذي يقضي - بضرورة مواصلة هذا الصندوق عمله بصفة مستمرة ودائمة، فحول اسمه من صندوق طوارئ الأمم المتحدة إلى صندوق الأمم المتحدة لرعاية الطفولة والذي استطاع أن يحقق إنجازات كبيرة على المستوى العالمي في مجال الصحة ومكافحة الأمراض والتربية والتعليم بالإضافة إلى الرعاية الاجتماعية وذلك من خلال المساعدات والإعانات التي يمنحها هذا الصندوق للدول التي يعيش بها أطفال محتاجين، كما لا يذخر الصندوق حمداً لحماية الأطفال أثناء الكوارث والحروب والنزاعات المسلحة وبالتالي فهو يساهم مساهمة فعالة في تكريس حقوق الأطفال وحمايتهم على المستوى الدولي وربما ظهر ذلك بوضوح في التقارير الدولية التي يقدمها الصندوق عن وضعيات الأطفال في العالم¹.

الفرع الثاني: اللجنة الدولية للصليب الأحمر ودورها في ترقية وحماية حقوق الطفل

مما لا شك فيه، أن هذه اللجنة لا تقل عن الدور الذي يلعبه صندوق الأمم المتحدة للطفولة؛ فهي تلعب دوراً بارزاً في حماية حقوق الأطفال خصوصاً أثناء الحروب والنزاعات المسلحة، حيث تعمل على تقديم جميع أشكال المساعدة لهم كتقديم الغذاء والدواء وغيره من المتطلبات الضرورية وإغايتهم عند حاجتهم لذلك، كما تعمل على حماية حقوق الطفل الأسير أو المفقود وإعادته إلى بلده وأهله لأن ذلك يعتبر من أهم حقوقه الاجتماعية بالإضافة إلى عملها على زيارة مراكز اعتقال الأطفال وغيرهم للتعرف على أوضاعهم داخل هذه المراكز

¹ - انظر في ذلك، منتصر سعيد حمودة ، مشار إليه ، ص 233 ، 234

والمعسكرات والتأكد من معاملتهم طبقاً لقواعد القانون الدولي الإنساني، وبذلك فاللجنة تعمل على حماية الطفل وحقوقه في الوضعيات التي تضيع فيها أغلب الحقوق وعند أصعب الظروف وهي أثناء الحروب والنزاعات.¹

الفرع الثالث: منظمة العمل الدولية ودورها في ترقية وحماية حقوق الطفل

تعتبر منظمة العمل الدولية منظمة حكومية دولية مستقلة تعمل على حماية العمال وتحسين ظروف العمل على اعتبار أن هذه المنظمة تهتم بقضايا العمل والعمال حيث بذلت جهوداً كبيرة في حماية الأطفال قبل وأثناء أداء العمل بصفتهم إحدى الفئات العالمية المشمولة برعاية هذه المنظمة بغاية وضع حد للاستغلال الاقتصادي لهذه الفئة، ومكافحة ظاهرة عمالة الأطفال²، وقد تمثل ذلك في إبرام العديد من الاتفاقيات³ التي أُرست بموجبها العديد من القواعد والمبادئ التي تبنتها القوانين والتشريعات الوطنية المختلفة واعتمدها كإجراءات لحماية حقوق الأطفال في مجالات العمل.

ومما تجب الإشارة إليه، أنه لم يقتصر دور المنظمة في مجال حماية الأطفال في سوق العمل على إبرام وعقد الاتفاقيات الدولية السابقة الذكر، بل إن الدول الأطراف في هذه الاتفاقية ملتزمة بضرورة تقديم تقارير سنوية بخصوص ما قامت بتنفيذه من التزامات دولية مفروضة عليها بموجب الانضمام والتصديق على هذه الاتفاقيات⁴.

الفرع الرابع: منظمة الصحة العالمية ودورها في ترقية وحماية حقوق الطفل

لعبت هذه المنظمة دوراً هاماً في توفير الرعاية الصحية اللازمة للأطفال على المستوى العالمي دون أي تمييز، حيث قدمت لهم التطعيمات واللقاحات الضرورية والتحصينات الطبية لوقايتهم من مختلف الأمراض والأوبئة المنتشرة عبر العالم، وهو ما جعل المنظمة تنجح في القضاء على العديد من الأمراض التي كانت تهدد حياة

¹ - نفس المرجع، ص 230 ، 231

² - أنظر، سلامة عبد التواب عبد الحليم، حماية الطفولة دراسة مقارنة في معايير العمل الدولية والعربية وقانون العمل، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، بدون طبعة، ص 85.

³ - الاتفاقية رقم 05 بشأن تحديد الحد الأدنى لسن العمل بالصناعة لسنة 1919

الاتفاقية رقم 06 بشأن تشغيل الأحداث في المشروعات الصناعية ليلا لسنة 1919

الاتفاقية رقم 59 المعدلة والخاصة بتحديد الحد الأدنى لسن العمل في الصناعة لسنة 1937

الاتفاقية رقم 77 بشأن الفحص الطبي للأحداث في الصناعة لسنة 1946

الاتفاقية رقم 90 المعدلة والخاصة بتشغيل الأحداث ليلا في الصناعة لسنة 1948

الاتفاقية رقم 123 بشأن الحد الأدنى لسن العمل تحت سطح الأرض لسنة 1965

الاتفاقية رقم 124 بشأن الفحص الطبي للأحداث العاملين تحت سطح الأرض لسنة 1965

التوصية رقم 52 الخاصة بتحديد الحد الأدنى لسن العمل بالمشروعات الصناعية لسنة 1937

التوصية رقم 79 الخاصة بالفحص الطبي للأحداث العاملين في الصناعة لسنة 1946

التوصية رقم 96 الخاصة بالحد الأدنى لسن العمل تحت سطح الأرض لسنة 1953

التوصية رقم 124 الخاصة بالحد الأدنى لسن العمل في باطن الأرض لسنة 1965

التوصية رقم 125 الخاصة بشروط استخدام الشباب في باطن الأرض لسنة 1965

⁴ - انظر، منتصر سعيد حمودة ، مشار إليه، ص 233 ، 234.

الأطفال سابقاً كالشلل الذي قضت عليه نهائياً في أمريكا الشمالية والجنوبية وأعلنت المنظمة ذلك رسمياً سنة 1998، بالإضافة إلى المجهودات التي بذلتها في خفض نسبة وفيات الأطفال حيث استطاعت كذلك إقناض حياة حوالي ثلاثة ملايين طفل في العالم من الموت بسبب أمراض التيتانوس والحصبة والسعال الديكي وغيرها من الأمراض التي تصيب الأطفال وذلك من خلال إعطاء الأطفال الأمصال والحصينات وغيرها من الجهود الأخرى التي يتضح من خلالها أن المنظمة تؤدي دور كبير في حماية وترقية الحقوق الصحية للطفل في العالم.

الفرع الخامس: منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة "اليونسكو"

تعتبر هذه الهيئة أول منظمة عالمية تهتم بالتربية ونشر العلوم كحق من حقوق الإنسان، وهي تسعى في تحقيق السلم والأمن العالمي بتشجيع التعاون بين الأمم في ميادين التربية والعلوم والثقافة، من خلال تقديم المساعدات إلى الدول الأعضاء، وما يلزم من الوثائق لزيادة التفاهم بين شعوب العالم، وبذلك فإن اليونسكو تؤدي أدوار كبيرة في مجال حماية وترقية حقوق الطفل؛ فنجدتها تسعى لإبرام المعاهدات التي تحضر التمييز بين الأطفال بسبب اللون أو الجنس أو الدين أو أي سبب آخر¹ وكذا الاهتمام بتعليم الفتيات والنساء لأنهن أكثر حرماناً من التعلم في معظم الدول النامية وخصوصاً في الأرياف، وذلك باتخاذ الإجراءات المحددة للقضاء على التمييز ضد الفتيات والنساء في النظم التعليمية ومنحهن الفرصة لتنمية ما لديهن من قدرات ومواهب، كما تعمل المنظمة على المشاركة في المؤتمرات الدولية المعنية بقضايا التعليم والثقافة لتقديم الدراسات والتقارير التي تعكس الواقع، والخروج من ذلك بقرارات وتوصيات المناهج التعليمية، وتساهم في نشر الثقافة بين شعوب العالم.

ومما سبق، يتضح أن اليونسكو تؤدي أدوار كبيرة في مجال حماية وترقية حقوق الطفل لأن حق التعليم والتربية والثقافة يمثل أحد الحقوق الهامة للطفل والتي يجب على الدولة أن تكفلها له على ضوء أحكام تشريعها الداخلي والاتفاقيات الدولية المتعلقة بذلك وقرارات المنظمات الدولية المعنية أهما منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة "اليونسكو".

المطلب الثاني: اللجان الدولية المكلفة بمراقبة مدى الالتزام بتطبيق حقوق الطفل

هناك عديد من الجهود المبذولة من طرف الفاعلين على المستوى الدولي بغرض تفعيل حقوق الطفل المنصوص عليها ضمن المواثيق والاتفاقيات الدولية ولأجل ذلك فقد أوجدت لجان مراقبة مدى التزام الدول بتطبيق وتنفيذ حقوق الطفل ومن ضمن هذه اللجان نذكر ما يلي:

الفرع الأول: لجنة حقوق الإنسان للعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية

تعد هذه اللجنة إحدى الآليات التي أفرزها العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لمراقبة مدى احترام وتنفيذ الحقوق المنصوص عليها ضمن العهد سواء كانت هذه الحقوق متعلقة بالإنسان بصفة عامة أو تخص الطفل بصفة

¹ - راجع اتفاقية مكافحة التمييز في مجال التعليم التي اعتمدها المؤتمر العام لليونسكو في 1960/12/14 ودخلت حيز التنفيذ في ماي 1962. مقتبس من مناصر سعيد حمودة، مرجع سابق، ص 237، 238.

خاصة، وتتشكل هذه اللجنة من مواطني الدول الأطراف في الاتفاقية المشهود لهم بالأخلاق والصفات النبيلة مع توفر شرط اختصاصهم في ميدان حقوق الإنسان، ويحدد عددهم بثمانية عشر- عضواً يتم انتخابهم بواسطة الاقتراع السري من قائمة الأشخاص المتوفرة فيهم الشروط المطلوبة مع اشتراط ألا تضم هذه اللجنة بين أعضائها أكثر من شخص واحد من كل دولة، مع مراعاة تمثيل جميع الأنظمة القانونية الرئيسية والمختلفة، مع الإشارة إلى أن مدة العضوية هي أربع سنوات، وقد أصدرت هذه اللجنة في مجال اهتمامها بحقوق الطفل بعض الملاحظات والتوصيات كتعليقها مثلاً على نص المادتين 23 و24 من العهد الدولي التي أوصت من خلالها اللجنة على ضرورة تقديم أو تحديد مفهوم الأسرة وفقاً للقوانين الوطنية للدول الأطراف لأنها تمثل إحدى الحقوق الأساسية والضرورية التي يجب أن يتمتع بها الطفل وينمو في ظلها وكنفها ويرجع كل ذلك لغياب تعريف للأسرة على المستوى الدولي¹، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، نجد أن البرتوكول الاختياري الملحق بالعهد قد أعطى الحق للجنة في تلقي شكاوي ورسائل من الأفراد العاديين بصفقتهم ضحايا لانتهاكات حقوق الإنسان، وبعد قبول الشكاوى² فإن اللجنة تقوم بإحالة صورة منها للدولة العضو في العهد المتهمه بانتهاك حقوق الإنسان الواردة بالعهد، ويتعين على الدولة المعنية أن تبرر في غضون ستة أشهر كحد أقصى ما جاء في موضوع الشكاوى، وأن يكون هذا الرد كتابياً ومشمئلاً على كل البيانات اللازمة، وتبيان التدابير التي اتخذتها هذه الدولة لإزالة صورة المخالفة أو الانتهاك ثم تنظر بعدها اللجنة في اجتماع مغلق يكون رأياً الصادر بالأغلبية البسيطة 51 من خلاله اتخاذ إجراءات لتعويض أولئك الضحايا ثم تقوم بإرسال رأيها إلى الدولة المعنية وإلى الشخص مقدم الشكاوى.

وما لاشك فيه أن السماح للأفراد بتقديم شكاوى ضد انتهاكات الحقوق يجعل اللجنة تؤدي دوراً وقائياً وفعال في مجال حماية حقوق الإنسان بصفة عامة وحقوق الطفل بصفة خاصة.

الفرع الثاني: لجنة حقوق الإنسان للعهد الدولي للحقوق الاجتماعية والاقتصادية

أنشأت هذه اللجنة بموجب القرار الذي أصدره المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة سنة 1957 حيث تتشكل من 18 عضواً وفق نفس الشروط المنصوص عليها ضمن لجنة حقوق الإنسان التي أنشأها العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، وقد كلفت هذه اللجنة - التي تستمد سلطتها الرسمية من المجلس الاقتصادي الاجتماعي - بمراقبة مدى تقييد الدول الأطراف بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العهد الدولي للحقوق

¹ - انظر منتصر سعيد حمودة ، مرجع سابق ص 241 ، 242

² - لقبول الشكاوى يجب توفر جملة من الشروط هي :

أ - استنفاد طرق الطعن الداخلية المتاحة

ب - أن تكون الشكاوى موقع عليها من طرف الشاكي لان الشكاوي المجهولة المصدر لا تأخذ بعين الاعتبار.

ج - أن لا يكون موضوع الشكاوى قد سبق الفصل فيه من قبل عن طريق إجراءات التحقيق الدولي أو عن طريق التسوية الدولية كالوساطة والتفويض والمسامحة الحميدة.

د- أن لا تكون الشكاوى منطوية على إساءة استعمال حق الشكاوى من جانب هؤلاء الأفراد.

الاقتصادية والاجتماعية، وتؤدي هذا الدور من خلال دراسة ومناقشة التقارير التي تقدمها الدول الأطراف عن وضعية حقوق الإنسان الملاحظات المناسبة التي تبديها وتنشرها اللجنة بعد دراسة ومناقشة التقارير التي تقدمها الدول الأطراف بخصوص وضعيات حقوق الإنسان بها، وزيادة على ذلك فإن اللجنة عند انعقاد كل دورة تخصص يوماً لمناقشة بعض أحكام العهد بما فيها بعض حقوق الأطفال المدرجة ضمن حقوق الإنسان بصفة عامة، كل ذلك بغاية شرح وتعميق الفهم حول هذه الأحكام لتوحيد الرأي حولها، ويتم ذلك بحضور خبراء مختصين في حقوق الإنسان بصفة عامة وحقوق الأطفال بصفة خاصة، ووكالات دولية وخبراء مختصين في حقوق الإنسان لإثراء النقاش والإفادة بخبراتهم في كيفية ضمان فعالية تطبيق تلك الحقوق المنصوص عليها ضمن العهد.

وما تجب الإشارة إليه، أنه إذا كانت هذه اللجنة قد أنشأت وفق الشروط المنصوص عليها في لجنة حقوق الإنسان السالفة الذكر فإنها لا تتمتع بذات صلاحياتها، وعلى ذلك فإنه لا يسمح لها بقبول وتلقي شكاوى أو رسائل من طرف الأفراد المضررين من انتهاك الحقوق التي نص عليها العهد رغم ما تؤديه اللجنة من أدوار في مجال حماية الحقوق الإنسانية في ميادين الاقتصاد والمجتمع والثقافة، وفي ميادين تكريس حقوق الطفل في التعليم والثقافة وحقوق الأقليات في الحفاظ على هويتهم الخاصة بهم، وبالنظر لذلك فقد تمت المناداة بضرورة وضع بروتوكول اختياري ملحق بالعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية يسمح للأفراد بتقديم شكاوى إلى اللجنة المكلفة، وما يؤسف له أن هذا الاقتراح لم يجسد بعد رغم تبني اللجنة ذلك في دورتها السادسة سنة 1991¹.

الفرع الثالث: لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة

اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1971 الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة والتي دخلت حيز التنفيذ في سبتمبر 1981 التي نصت في مادتها السابعة عشر على إنشاء لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، والتي تعمل على تنفيذ وتطبيق أحكام الاتفاقية السالفة الذكر من قبل الدول الأطراف وتشكل هذه اللجنة من 23 عضواً ينتخبون بواسطة الاقتراع السري المباشر من بين قائمة الأشخاص التي ترشحها الدول الأطراف وتدون عضويتهم لمدة أربع سنوات يعملون خلالها على دراسة ومناقشة التقارير التي تقدمها الدول الأعضاء إلى اللجنة أو التي تطلب تقديمها من طرف الوكالات الدولية ليصدروا بخصوص ذلك توصياتهم و تقاريرهم بالإضافة إلى هذا يعملون على توسيع مصادر الحصول على المعلومات بشأن انتهاكات حقوق المرأة والفتيات، لاسيما وأن الدول تتعهد إخفاء هذه الانتهاكات في التقارير التي ترفعها للجنة فينسقون بذلك العمل مع المنظمات غير الحكومية لتلقي معلومات منها لأن ذلك يعد من بين أهم المهام التي تقوم بها اللجنة ألا وهو حماية حقوق المرأة التي كفلتها لها اتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة كما نجد أن البروتوكول

¹ - انظر، منتصر سعيد حمودة، مرجع سابق ص 244، 245.

الاختباري لاتفاقية المرأة الصادر بتاريخ 10/12/1999 بمناسبة الاحتفال باليوم العالمي لإصدار الإعلان العالمي لحقوق الإنسان قد نص في مادته الأولى على إمكانية تلقي شكاوى أو رسائل من طرف الأفراد ضد الدول الأطراف وضرورة اعتراف هذه الأخيرة باختصاص اللجنة بالنظر في ذلك وإصدار قرار بالإدانة وتعويض الضحايا عما لحقهم من أضرار بسبب ذلك، ولكن بعد التحقق من توفر الشروط التي نص عليها البروتوكول الاختياري لقبول الشكاوى¹ وهذا يمثل خطوة مميزة على المستوى الدولي لتكريس وتفعيل حقوق الإنسان بصفة عامة والمرأة والفتيات بصفة خاصة.

ومما تجب الإشارة إليه، أنه لا يمكن الوقوف عند هذا الحد إذا تعلق الأمر بحماية حقوق الطفل وبالتحديد الأنثى، فقد لعبت اللجنة دوراً بارزاً يظهر من خلال اعتمادها للتوصية رقم 14 بمناسبة انعقاد الدورة التاسعة للجنة سنة 1990 والتي طالبت من خلالها أن تدرج ضمن تقاريرها المقدمة إليها معلومات عن التدابير المتخذة للقضاء على الممارسات التقليدية الضارة بصحة الطفل خاصة قضية تشويه الأعضاء التناسلية الأنثوية "ختان الأنثى" واعتمادها أيضاً للتوصية رقم 19 بمناسبة الدورة الحادية عشر- المنعقدة سنة 1992 والتي دعت خلالها الدول إلى اتخاذ التدابير اللازمة والمناسبة لمنع العنف الجنسي- لاسيما الواقع ضد النساء والفتيات بما في ذلك التدابير القانونية والجنائية.

الفرع الرابع: اللجنة الدولية الخاصة باتفاقية حقوق الطفل

أُنشئت هذه اللجنة سنة 1991 بموجب المادة رقم 43/ 01 من اتفاقية حقوق الطفل والتي تنص على أنه "تنشأ لغرض دراسة التقدم الذي أحرزته الدول الأطراف في استيفاء تنفيذ الالتزامات التي تعهدت بها في هذه

¹ - لقد نص البروتوكول الاختياري على ضرورة توفر شروط لقبول تقديم شكاوى ورسائل من طرف الأفراد هي كالآتي :
أ- أن تكون الدولة المعنية بالرسالة أو الشكاوى قد قبلت باختصاص لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة وذلك بانضمامها إلى البروتوكول الاختياري لسنة 1999 ولا يكفي أن تكون طرفاً في اتفاقية المرأة لسنة 1989

ب- أن يكون الشخص صاحب الشكاوى أو الرسالة خاضعاً لولاية دولة تعد طرفاً في هذا البروتوكول

ج- أن تشتمل الشكاوى أو الرسالة على وقائع تشكل انتهاكات واضحة للاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة من طرف الدولة العضو في الاتفاقية والبروتوكول

د- أن تكون الشكاوى أو الرسالة مكتوبة دون التقيد ببلغة معينة

هـ- يجب ألا يكون الهدف هناك الهدف من الرسالة أو الشكاوى مجرد الإساءة للدولة المشكو في حقها وذلك عن طريق إساءة استعمال

الشكاى لحقه في الشكاوى

و- أن يكون صاحب الشكاوى قد استنفد طرق الطعن الداخلية إلا إذا كان من غير المحتمل أن تحقق هذه الطرق إنصافاً لصاحب الحق

ز- ألا يكون هناك سبق بالفصل في موضوع الرسالة أو الشكاوى من جانب اللجنة أو أي إجراء تحقيق دولي أو تسوية دولية

ح- أن تكون المخالفات الواردة في شكاوى الأفراد لاحقة أو مرتكبة من طرف الدولة العضو بعد قبولها اختصاص هذه اللجنة أي بعد انضمامها لهذا البروتوكول الاختياري ومع ذلك تخصص اللجنة بنظر شكاوى الأفراد في هذه المخالفات إذا كانت بدأت قبول الدولة الطرف لاختصاصها ولا زالت هذه المخالفات قائمة ومرتكبة من جانب هذه الدولة.

الاتفاقية لجنة معنية بحقوق الطفل..." وتتشكل هذه اللجنة من ثمانية عشر- خبيراً¹ يتم اختيارهم عن طريق الانتخاب على قائمة الأشخاص الذين ترشحهم الدول الأطراف ويتم ذلك بالاقتراع السري ولكل دولة طرف أن ترشح شخصاً واحداً من بين رعاياها ويشترط فيهم الأخلاق العالية والمكانة الرفيعة بالإضافة إلى الكفاءة المعترف بها في مجال حماية حقوق الإنسان بصفة عامة وحقوق الطفل بصفة خاصة وتجري عملية الاقتراع في مقر الأمم المتحدة والأشخاص الذين يحصلون على الأغلبية المطلقة من الأصوات لممثلي الدول الأطراف الحاضرين المصوتين يعتبرون أعضاء ضمن هذه اللجنة ويراعى في اختيارهم التوزيع الجغرافي العادل والتمثيل الكلي لكافة الثقافات السائدة في العالم، ويعمل هؤلاء ضمن اللجنة بصفته خبراء لا بصفته ممثلين لدولهم، وتدوم عضويتهم لمدة أربع سنوات قابلة للتجديد وإذا توفي أحد الأعضاء أو استقال أو أعلن لأي سبب آخر أنه غير قادر على تأدية مهامه قبل أن تنتهي ولايته اعتمدت الدولة التي رشحته خبيراً من بين رعاياها ليكمل المدة الباقية من ولايته وهنا بموافقة اللجنة، وتجتمع هذه اللجنة كما نصت المادة 10/43 مرة واحدة في السنة في مقر الأمم المتحدة أو في أي مكان آخر تحدده اللجنة وقد أعطت المادة الحق للدول الأطراف في إعادة النظر في عدد مرات الاجتماع إذا اقتضى- الأمر ذلك شرط موافقة الجمعية العامة، وهذا ما حدث حيث تعقد اللجنة في وقتنا الحاضر ثلاث دورات في السنة الواحدة ويدوم الاجتماع لمدة ثلاثة أسابيع يخصص عادة الأسبوع الرابع للإعداد القادمة .

أما فيما يتعلق بطريقة عمل اللجنة واختصاصها فقد نصت عليه المادتان 44 و 45 من الاتفاقية حيث ألزمت المادة 44 الدول الأطراف بتقديم تقارير عن التدابير التي أعتمدها لإنقاذ الحقوق المعترف بها في هذه الاتفاقية وعن التقدم المحرز في التمتع بتلك الحقوق إلى اللجنة عن طريق الأمين العام للأمم المتحدة وذلك في غضون سنتين من بدء نفاذ هذه الاتفاقية للدول الطرف المعنية، وبعد ذلك مرة كل خمس سنوات وتوضح التقارير المعدة بموجب هذه المادة العوامل والصعاب التي تؤثر على درجة الوفاء بالالتزامات التي أقرتها الاتفاقية إن وجدت مثل هذه الصعاب، ويجب أن تشمل التقارير أيضاً على معلومات كافية توفر للجنة أن تطلب من الدول الأطراف معلومات إضافية ذات صلة بتنفيذ الاتفاقية.

لكن على الرغم من أهمية هذه الخطوة المتعلقة بتشكيل لجنة لتلقي التقارير من قبل الدول الأطراف إلا أن هناك مجموعة من الانتقادات وجهت لها بدء بالفقرة السابعة من المادة 43 من الاتفاقية والمتعلقة باستبدال الدولة خبيراً بدلاً من الخبير الذي لم تنتهي مدة عضويته لسبب من الأسباب المذكورة في نص المادة لأن ذلك يتنافى ومبدأ شخصية العضوية المشار إليه في الفقرة الثانية من نفس المادة التي تشير إلى أن هؤلاء الأعضاء يعملون

¹ - تنص المادة 2/43 على أن اللجنة تتألف من عشرة خبراء ذوي المكانة الخلقية الرفيعة والكفاءة المعترف بها في الميدان الذي تعطيه هذه الاتفاقية "... غير أن الجمعية العامة أصدرت في ديسمبر 1995 قرارها رقم 50 / 155 والذي نصت من خلاله على زيادة عدد أعضائها إلى 18 عضواً وكان ذلك موافقةً لثلاثي الدول الأطراف في الاتفاقية ودخل هذا القرار حيز التنفيذ في أوائل سنة 2003

بصفتهم الشخصية وهم ليسوا ممثلو لدولهم ويتم اختيارهم عن طريق الانتداب وإن كانت الاتفاقية تسعى من خلال ذلك إلى المحافظة على نسب التوزيع الجغرافي العادل في تشكيل اللجنة.

أما النقطة الثانية فهي المتعلقة بالمدة المتعلقة بتقديم التقارير الدورية من قبل الدول الأطراف وهي مدة خمس سنوات حسب الفقرة 01 من المادة 44 من الاتفاقية فهي مدة طويلة جداً لمراقبة مدى التزام الدول الأطراف بتنفيذ الاتفاقية لأن ذلك سوف يؤدي إلى حدوث أضرار كبيرة على الأطفال في العالم خصوصاً الذين يعانون من أوضاع اجتماعية واقتصادية متردية وهذا حال أطفال معظم الدول الفقيرة والنامية لهذا من الأحسن مراجعة المدة المقترحة وتقليصها إلى سنة أو سنتين على الأكثر خصوصاً إذا علمنا إن اللجنة تعقد دوراتها حالياً ثلاث مرات في السنة الواحدة¹.

أما ثالثاً وأخيراً فإن اعتماد اللجنة في عملها وبشكل رئيسي على التقارير يعتبر شيئاً سلبياً لأن التجارب الماضية أثبتت إخفاق الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان كما أنه في الوقت نفسه أسلوب غير كاف لضمان التزام الدول الأطراف بتنفيذ ما جاء في الاتفاقية من أحكام ومبادئ خصوصاً إذا علمنا إن الدول الأطراف والهيئات الأخرى تعتمد في تقديم تقاريرها إلى عدة معايير تحول دون التنفيذ العلمي والحقيقي للاتفاقية؛ لهذا فإنه من الأحسن توسيع صلاحيات هذه اللجنة ومنحها سلطة تلقي الرسائل والشكاوى من الأطراف المتضررة وذلك وفقاً شروط موضوعية لأنه في ظل غياب آلية شكاوى تسمح للأطفال ومن ينوب عنهم بالتظلم بخصوص انتهاكات حقوق الأطفال المنصوص عليها ضمن الاتفاقية تظل الحماية الدولية لهم منتقصة رغم ما يمكن استعمله من الآليات الناشئة صكوك دولية أخرى للنظم بشأن بعض حقوق الطفل إلا أنها لا تغطي النطاق الكامل لكافة حقوق الطفل المنصوص عليها ضمن الاتفاقية فقط²، بالإضافة إلى عدم وجود لجان خاصة ذات جراءة بحقوق الطفل ضمن الآليات الدولية الأخرى والأكثر من هذا أن آلية الرسائل والشكاوى من شأنها أن تشجع الدول على إيجاد وسائل وآليات داخلية لمواجهة انتهاكات حقوق الأطفال وأن توفر لهم آلات خارجية في حالة استنفاد وسائل الانتصاف الداخلية عند عدم فعاليتها وتكون بذلك آلية الرسائل والشكاوى مكملة لآلية التقارير

1-أنظر منتصر سعيد حمودة ، المرجع السابق، ص 255

2-تجري في الآونة الأخيرة حملة دولية قوية ومتوسعة تطالب بروتوكول آلية شكاوى ملحق باتفاقية حقوق الطفل وتضم الحملة منظمات غير حكومية ، ومؤسسات حقوق إنسان وطنية وهيئات أخرى دولية وإقليمية ووطنية من جميع أنحاء العالم وذلك على أساس اعتبارهم أن اتفاقية حقوق الطفل تعتبر المعاهدة الحقوقية الوحيدة التي تلزم الدول الأطراف فيها بتقديم تقارير عن تنفيذها دون أن يلحق بها بروتوكول آلية شكاوى، الأمر الذي يعد تمييز فادح ضد الأطفال ومخالف لما أكدته المؤتمر لحقوق الإنسان سنة 1993 الذي نص على اعتبار حقوق الطفل أمر ذو أولوية في نطاق منظومة الأمم المتحدة في مجال حقوق الإنسان تتمتع اتفاقية حقوق الطفل بأكثر عدد من الدول المصدقة عليها وتكاملية وترابطية حقوق الإنسان حقيقية تؤدي إلى تداعيل كبير من مواثيق حقوق الإنسان غير أن هذه الاتفاقية تحتوي على حقوق خاصة وإضافية في بعض الحالات كما تشرف على أعمالها لجنة ذات خبرة خاصة في حقوق الطفل، وفي الوقت الذي لم توضع ضمن هذه الاتفاقية أي من آلية الشكاوى فإن هذا النقص يمكن تداركه باعتبار بروتوكول اختياري خاص بالأطفال ولزيد من التفصيل عن الحملة وما يتعلق بها زيارة الموقع الإلكتروني www.crin.org

التي تبغي الاتفاقية من خلالها التزام الدول الأطراف بتنفيذ الاتفاقية لأن آلية الرسائل والشكاوى تمكن الأفراد من مخاطبة لجنة حقوق الطفل مباشرة في حال عدم وفاء الدولة بالتزامها .

خاتمة:

وفي ختام هذه الورقة البحثية، وعلى ضوء ما تقدم يمكن أن نشير إلى أن هناك إرادة عالمية واضحة تسير نحو تجسيد حماية الطفل وتمكينه من تحقيق حقوقه، غير أن القضية الأساسية لا تتعلق بالإحاطة النظرية بحقوق الطفل فحسب أو الرغبة في البحث عن منجزات الطفولة في المجال الفكري أو القانوني أو المجال المؤسسي- والتنظيمي، بل إننا نسعى إلى إبراز الفجوة القائمة بين الأهداف المرجوة والواقع الأليم أو بصرح العبارة بين التشريع والتطبيق في التعاطي مع حقوق الطفل، ذلك أن هناك معوقات في تطبيق هذه الحقوق في الواقع المعاش.

ولا يخفى أن إشكاليات التطبيق ومعوقاته لا تعني الجانب العملي فقط ، بل إنها تعني من وجهة نظر الباحثين بالأساس إشكاليات نظرية تتعلق بتبني توجه معين أو مبادئ معينة، كما أن بعض هذه الإشكاليات تتعلق بثقافة المجتمع أو بالسياسات الاقتصادية والاجتماعية والأوضاع السياسية والحريات العامة.

قائمة المراجع:

- 01 - حسين الحمدي بوادي، حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، بدون سنة نشر.
- 02 - فاطمة بحري، الحماية الجنائية الموضوعية للأطفال المستخدمين، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر، 2008.
- 03 - وفاء مرزوق، حكاية حقوق الطفل في ظل الاتفاقيات الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2010.
- 04 - منتصر سعيد حمودة، حماية حقوق الطفل في القانون الدولي العام والإسلامي، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، مصر، بدون طبعة 2007.
- 05 - فاطمة شحاتة أحمد، زيدان مركز الطفل في القانون الدولي العام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2007.
- 06 - سلامة عبد التواب عبد الحليم، حماية الطفولة دراسة مقارنة في معايير العمل الدولية والعربية وقانون العمل، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، بدون طبعة.
- 07 - اتفاقية حقوق الطفل.
- 08 - الاتفاقيات الصادرة عن منظمة العمل الدولية.
- 09 - الموقع الإلكتروني www.crin.org

مدى فعالية إجراء الإبعاد في الحد من ظاهرة الهجرة غير الشرعية*
د/مسعودي يوسف- أستاذ محاضر أ، كلية الحقوق والعلوم السياسية -جامعة أحمد دراية- أدرار

الملخص:

لا أحد ينكر دور إجراء الإبعاد في الحد من الآثار السلبية لظاهرة الهجرة غير الشرعية رغم كونه حلا علاجيا؛ ولن يؤدي هذا الحل أكله ما لم يدعم بحلول وقائية تعتمد أساسا على إحداث تنمية اقتصادية شاملة. الكلمات المفتاحية: الهجرة غير الشرعية، الإبعاد، التنمية الاقتصادية.

Abstract :

No one denies the rule of expelling away in reducing the bad effect of the illegal migration, though it is considered as a remedy or a solution same how.

But this can't bring any fruitful results only if it is based on preventive solutions based on a general development.

Keywords: Illegal migration, expelling, economical development.

مقدمة

تعتبر الجزائر بحكم موقعها الجغرافي منطقة عبور للمهاجرين الأفارقة المتوجّهين نحو أوروبا، والذين يعبرون الإقليم الجزائري بطريقة غير مشروعة مخالفين بذلك الأحكام التنظيمية لقانون 11/08¹ التي نظمت حالات دخول الأجانب وإقامتهم فوق إقليم الدولة وإبعادهم منه.

وإذا كانت الدولة تملك الحق في إبعاد الأجانب وطردهم من أجل الحفاظ على النظام العام والمصالح الاقتصادية للبلاد، فإن هذا الحق مقيد بمجموعة من المبادئ والضمانات التي أقربها التشريعات والمواثيق الدولية، ولذلك يعول الكثيرون على إجراء إبعاد أو طرد الأجانب في إيجاد حل لهذه الظاهرة العالمية التي بدأت تتفاقم يوما بعد يوم، وتزداد معها معاناة شعوب الدول المصدرة والمستقبلة على حد السواء، فما مدى فعالية إجراء الإبعاد أو الطرد في الحد من ظاهرة الهجرة غير الشرعية؟

هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال دراسة المحاور التالية:

❖ أولا: مفهوم الهجرة غير الشرعية وأسبابها

* تاريخ إيداع المقال: 2016/07/08

تاريخ تحكيم المقال: 2016/07/14

¹ قانون رقم 11-08 مؤرخ في 2008/06/25 يتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها. الجريدة الرسمية، العدد 36، السنة 2008.

❖ ثانيا: قرار الإبعاد من الإقليم الجزائري

❖ ثالثا: دور التنمية وفعاليتها في الحد من ظاهرة الهجرة غير الشرعية

أولا: مفهوم الهجرة غير الشرعية وأسبابها

لم يكن للأجنبي مركز قانوني في المجتمعات السياسية القديمة، إذ كان يعامل معاملة قاسية واعتبره اليونانيون عبدا لهم، إلى أن ظهرت فكرة الضيافة التي كان لها أثر كبير في تحسين معاملة الأجانب. وخطى الرومان خطوة هامة في هذا المجال بإحداثهم قانون الشعوب¹، وكان لظهور البيانات أثر كبير في تطور معاملة الأجانب بدءا بالمسيحية فالإسلام. ويتطور وسائل الاتصال بين الشعوب في العصر- الحديث تطورت معاملة الأجانب المقيمين فوق إقليم الدولة. وعقب الحرب العالمية الأولى حل مبدأ الدخول المقيّد محل الدخول الحر وأصبحت الدول تشترط شروط محددة لدخول وإقامة الأجانب. وذلك حفاظا على كيانها ومصالحها.²

إن حرية التنقل هي من الحقوق الأساسية للإنسان، حيث نصت المادة 13 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان³ على أنه: "لكل فرد حرية التنقل واختيار محل إقامته داخل حدود كل دولة، ويحق له أن يغادر أي بلاد بما في ذلك بلده، كما يحق له العودة إليه". وتنص المادة 14 منه أيضاً على ما يلي: "لكل فرد الحق في أن يلجأ إلى بلاد أخرى أو يحاول الالتجاء إليها هرباً من الاضطهاد". ولكن هذه الحرية ليست مطلقة، فهي مقيدة بالأنظمة والقوانين الخاصة بكل دولة وفقا لما يتماشى مع مصالحها العليا، وبما لا يتعارض مع سيادتها الوطنية. ومقيدة أيضا بالشروط والإجراءات المنصوص عليها في المعاهدات الدولية. حيث لا يجوز لأي دولة أن تنزل عن الحد الأدنى لتمتع الأجانب بحقوقه وحرياته.⁴ ومن الحقوق العامة للأجنبي⁵ حقه في الدخول إلى إقليم الدولة الوافد إليها وفقا لشروط وإجراءات تنظيمية محددة تختلف من دولة لأخرى؛ وإن كانت أغلب تشريعات الدول تشترط حصول الأجنبي على تأشيرة مثبتة على جواز سفره للسماح له بدخول أراضيها.⁶

وتعرف الهجرة غير الشرعية على أنها: "التسلل عبر الحدود البرية والبحرية، والإقامة بدولة أخرى بطريقة غير مشروعة".⁷ ويعبر عن الشخص الذي يقوم بالهجرة باصطلاح "مهاجر" ويطلق هذا الاصطلاح في اللغة العربية على الشخص الوافد على البلاد والنازح منها على حد سواء، أما في اللغة الفرنسية فيعبر عنه باصطلاح

¹ بن عبيدة عبد الحفيظ، الجنسية ومركز الأجانب في الفقه والتشريع الجزائري، دار هوم، الجزائر، 2005، ص 226، ص 227.

² عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2008، ص 751.

³ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر بموجب قرار الجمعية العامة 217 ألف (د-3) المؤرخ في 10 كانون الأول/ديسمبر 1948.

⁴ عبده جميل غصوب، المرجع السابق، ص 749، ص 752.

⁵ تنص المادة 67 من الدستور الجزائري على أنه: "يتمتع كل أجنبي، يكون وجوده فوق التراب الوطني قانونيا، بحماية شخصه وأملاكه طبقا للقانون".

⁶ سعيد يوسف البستاني، المركز القانوني للأجانب وللعرب في الدول العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 197.

⁷ محمد رمضان، الهجرة السرية في المجتمع الجزائري: أبعادها وعلاقتها بالاغتراب الاجتماعي. دراسة ميدانية، مجلة علوم إنسانية السنة السابعة، العدد

"Immigrant" ويعني الشخص الوافد¹. وقد تفاقمت هذه الظاهرة في الآونة الأخيرة بشكل كبير؛ ومرد ذلك دوافع اقتصادية محضة تتمثل أساسا في البحث عن فرص العمل بالخارج، وتحسين الظروف المعيشية للمهاجرين². وعلى الصعيد الإفريقي شهدت القارة في عشرية التسعينات أزمات أمنية وسياسية حادة كالحروب الأهلية، اللاجئون، الفقر، الأمراض... وغيرها من العوامل التي جعلت من شمال إفريقيا منطقة لعبور المهاجرين إلى الضفة الأوربية³.

وفي الواقع، فإن الجزائر قد تحولت من بلد عبور إلى بلد استقرار، حيث أن أعدادا كبيرة من هؤلاء المهاجرين الأفارقة المقيمين بصفة غير شرعية يستقر بهم الأمر في الجزائر خاصة في المناطق الحدودية، ولا يتوقف الأمر عند هذا فحسب، بل أصبحوا يرتكبون جرائم خطيرة تهدد أمن وسلامة المواطنين والاقتصاد الوطني⁴ ودرءا لهذه الجرائم والآثار السلبية يأتي إجراء الإبعاد في مقدمة الحلول ضد كل أجنبي يكون وجوده في الجزائر يشكل تهديدا للنظام العام أو لأمن الدولة.

والمقصود بلفظ الأجنبي وفقا لقانون 11-08 الشخص الموجود في أراضي دولة لا يحمل جنسيتها". فالأجنبي في الدولة هو من لا يتمتع بالصفة الوطنية فيها؛ أي لا يحمل جنسيتها وفقا لأحكام قانون الجنسية، وفي هذا المعنى تنص المادة 03 من قانون 11-08 على أنه: "يعتبر أجنبيا كل فرد يحمل جنسية غير الجنسية الجزائرية، أو الذي لا يحمل أي جنسية".

¹ كريمة متقي، الهجرة السرية للأطفال القاصرين المغاربة نحو أوروبا، دراسة في ظل المواثيق الدولية والتشريعات الوطنية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، المغرب، السنة الجامعية 2006/2005، ص 7.

² الطبيب الشرقي، تقديم القانون رقم 02-03 المتعلق بدخول وإقامة الأجانب بالملكة المغربية وبالهجرة غير المشروعة، أشغال الندوة الوطنية التي نظمتها وزارة العدل ووزارة الداخلية، مراكش، يومي 19 و 20 ديسمبر 2003، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية، والقضائية، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، العدد 01، الطبعة الثالثة، مارس 2007، ص 20.

³ حسن البوكري، السياسات الهجرية في المنطقة الأورو مغربية: المثلث الهجري ليبيا- تونس- إيطاليا، ندوة: الهجرة من شمال إفريقيا إلى أوروبا: نحو تعزيز التعاون العربي الأوروبي، مركز جامعة الدول العربية، الأمانة العامة، تونس 6-7 ديسمبر 2007، ص 45.

⁴ يترتب على ظاهرة الهجرة غير الشرعية آثار سلبية على شعوب الدول المستقبلية، وفي هذا الصدد تشير إحصائيات الديوان الوطني لمكافحة المخدرات وإدماجها لسنة 2008 إلى تورط 118 شخص أجنبي في ارتكاب جرائم المخدرات، منهم 23 شخصا من نيجيريا، 15 شخصا من مالي، 12 شخصا من النيجر، 11 شخصا من المغرب، 09 أشخاص من الغابون، 05 أشخاص من الكاميرون، 05 أشخاص من فرنسا، 03 أشخاص من إسبانيا، 03 أشخاص من غينيا، 02 شخصين من أوغندا، 01 شخصا من الكونغو، 01 شخصا من ساحل العاج، 01 شخصا من ليبيا، 01 شخصا من سيراليون، 01 شخصا من التشاد، 01 شخصا من تونس، 01 شخصا من تركيا، و 23 آخرين لم تحدد جنسيتهم. الديوان الوطني لمكافحة المخدرات وإدماجها، الحصيلة السنوية للكميات المحجوزة من المخدرات والمؤثرات العقلية من طرف مصالح مكافحة لسنة 2008.

ثانيا: قرار الإبعاد من الإقليم الجزائري

إبعاد الأجنبي هو إجراء تضعه السلطة العمومية تجبر بموجبه الأجنبي مغادرة البلد وعدم الرجوع إليها تحت طائلة العقاب ويشمل هذا الإجراء الأجانب سواء كانوا مقيمين بصفة شرعية أو غير شرعية¹. ويتخذ الصور التالية:

الصورة الأولى: الإبعاد إلى الحدود² يتم إبعاد الأجنبي إلى الحدود في الحالات التالية:

- (1) عندما يهدد الأجنبي النظام العام³ أو أمن الدولة (المادة 1/30 من القانون 11/08)
- (2) عندما يحكم على الأجنبي بعقوبة سالبة للحرية أو بجناية أو جنحة (المادة 2/30 من القانون 11/08)
- (3) عندما لا يغادر الأجنبي الإقليم الجزائري وفقا للمادة 1/22 (في حالة سحب بطاقة الإقامة منه حينما لا يعود يستوفي الشروط القانونية المطلوبة) وعدم مغادرة الجزائر في مدة 30 يوما دون تبرير أن ذلك كان بسبب قوة قاهرة. (المادة 3/30 من القانون 11/08)

ويبلغ قرار الإبعاد للمعني بصفة رسمية ويستفيد حسب خطورة الوقائع المنسوبة إليه، من مهلة تتراوح مدتها من ثمان وأربعين (48) ساعة إلى خمسة عشر (15) يوما ابتداء من تاريخ تبليغه بقرار الإبعاد من الإقليم الجزائري. (المادة 1/31) وفي حالة رفضه الخروج تتولى مصالح الأمن إخراجه من الجزائر وعند الاقتضاء تسلط عليه عقوبات جزائية⁴.

¹ محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص 312.
² ويعبر عنه المشرع المغربي باصطلاح الاتقياد إلى الحدود، حيث جاء في نص المادة 21 من القانون رقم 02/03: "يمكن للإدارة أن تأمر بالاتقياد إلى الحدود بموجب قرار معلل في الحالات التالية:

- 1- إذا لم يستطع الأجنبي أن يبرر دخوله إلى التراب المغربي قد تم بصفة قانونية، إلا إذا تمت تسوية وضعيته لاحقا بعد دخوله إليه
- 2- إذا ظل الأجنبي داخل التراب المغربي لمدة تفوق مدة صلاحية تأشيرته، أو عند انصرام أجل ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ دخوله إليه، إذا لم يكن خاضعا لإلزامية التأشيرة وذلك ما لم يكن حاملا لبطاقة تسجيل مسلمة بصفة قانونية
- 3- إذا ظل الأجنبي الذي تم رفض تسليمه سند إقامة أو تجديده أو تم سحبه منه، مقيما فوق التراب المغربي، لمدة تفوق 15 يوما من تاريخ تبليغه بالرفض أو السحب

- 4- إذا لم يطلب الأجنبي تجديد سند إقامته وظل مقيما فوق التراب المغربي لمدة تفوق 15 يوما بعد انقضاء مدة صلاحية الإقامة
- 5- إذا صدر في حق الأجنبي حكم نهائي بسبب تزيف أو تزوير أو إقامة تحت اسم آخر غير اسمه أو عدم التوفر على سند للإقامة
- 6- إذا تم سحب وصل طلب بطاقة التسجيل من الأجنبي بعد تسليمه له
- 7- إذا سحبت من الأجنبي بطاقة تسجيله أو إقامته، أو تم رفض تسليم أو تجديد إحدى هاتين البطاقتين، وذلك في حالة صدور هذا السحب أو الرفض تطبيقا للأحكام التشريعية أو التنظيمية الجاري بها العمل، بسبب تهديد للنظام العام". قانون رقم 02/03 المتعلق بدخول وإقامة الأجانب بالملكة المغربية وبالهجرة غير المشروعة، ظهير شريف رقم 1.03.196 (11 نوفمبر 2003) الجريدة الرسمية، عدد 5160، السنة 2003.
- ³ يجب على الأجنبي مراعاة النظام العام داخل الدولة، وإلا أصبح شخصا غير مرغوب فيه، وصح إبعاده بموجب إجراء الطرد. ييار ماير، فانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص، ترجمة علي محمود مقلد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2008، ص 830.
- ⁴ بن عبيدة عبد الحفيظ، المرجع السابق، ص 247.

ويمكن للأجنبي موضوع قرار وزير الداخلية المتضمن الإبعاد خارج الإقليم الجزائري الطعن في القرار أمام القاضي الاستعجالي المختص في المواد الإدارية في ظرف 05 أيام ابتداء من تاريخ تبليغه بالقرار (3/31).

وفصل القاضي في مهلة أقصاها 20 يوما ابتداء من تاريخ تسجيل الطعن (المادة 4/31) ويوقف الطعن قرار الإبعاد (المادة 5/31)، ويمكن تمديد مهلة الطعن في قرار الإبعاد إلى غاية 30 يوما إذا لم يمس الشخص الأجنبي المبعد بأمن الدولة والنظام العام والآداب العامة. (المادة 1/32) ويمكن للقاضي الاستعجالي المختص أن يوقف تنفيذ قرار الإبعاد في حالة الضرورة القصوى لاسيما في الحالات التالية:

1- عندما يحتاج الطفل المقيم في الجزائر إلى أبويه المبعدين من أجل تعليمه ورعايته. (المادة 5/32 من القانون 11/08).

2- الأجنبي القاصر وقت اتخاذ قرار الإبعاد (المادة 6/32)

3- الأجنبي اليتيم القاصر وقت اتخاذ قرار الإبعاد (المادة 7/32)

4- المرأة الحامل وقت اتخاذ قرار الإبعاد. (المادة 8/32)

كما يمكن للأجنبي موضوع إجراء الإبعاد إلى الحدود الاتصال ببعثته الدبلوماسية لمساعدته بمحام أو مترجم (المادة 9/32). وفي حالة استحالة مغادرة الأجنبي المبعد للإقليم الجزائري يمكن تحديد مكان إقامته بموجب قرار صادر عن وزير الداخلية، إلى غاية أن يصبح تنفيذ هذا الإجراء ممكنا. (المادة 33)

الصورة الثانية: طرد الأجنبي يتم طرد الأجنبي الذي يخالف شروط الدخول والإقامة¹ في الجزائر (المهاجر غير الشرعي) بموجب قرار صادر عن الوالي المختص إقليميا وفقا للمادة (36) من قانون (11/08)، ويختلف الأمر عند المشرع المغربي الذي نص على حالة وحيدة لاتخاذ قرار الطرد ضد الشخص الأجنبي؛ حيث جاء في نص المادة 25 من قانون رقم 02/03 المتعلق بدخول وإقامة الأجانب بالمملكة المغربية وبالهجرة غير المشروعة، على أنه: "يمكن أن يتخذ قرار الطرد من قبل الإدارة، إذا كان وجود الشخص الأجنبي فوق التراب المغربي يشكل تهديدا خطيرا للنظام العام مع مراعاة مقتضيات المادة 26 بعده...".

الصورة الثالثة: وضع الأجنبي في إقامة جبرية بغرض التكفل بالمهاجرين غير الشرعيين الموقوفين ومعاملتهم معاملة إنسانية لائقة استحدث المشرع الجزائري مراكز انتظار تخصص لإيواء الرعايا الأجانب الموجودين في وضعيات غير شرعية ريثما يصلون إلى الحدود أو إلى بلدانهم الأصلية (المادة 1/37).

¹ وعليه، إذا كان الأجنبي مقيم بصفة قانونية فلا يجوز طرده، حيث نصت المادة 07 من الإعلان المتعلق بحقوق الإنسان للأفراد الذين ليسوا من مواطني البلد الذي يعيشون فيه، والذي تم اعتاده بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 144/40 المؤرخ في 13 ديسمبر 1985 على مايلي: "لا يجوز طرد الأجنبي الموجود بصورة قانونية في إقليم دولة ما من ذلك الإقليم إلا بموجب قرار يتم التوصل إليه وفقا للقانون، ويسمح له، إلا إذا اقتضت أسباب جبرية تتعلق بالأمن الوطني خلاف ذلك، أن يتقدم بالأسباب المناهضة لطرده، وأن تنظر في قضيته السلطة المختصة أو شخص أو أشخاص تعينهم خصيصا السلطة المختصة، وأن يمثل لهذا الغرض أمام السلطة المختصة أو من تعينه. ويحظر الطرد الفردي أو الجماعي للأجانب الموجودين بهذه الصورة الذي يقوم على أساس العرق أو اللون أو الدين أو الثقافة أو الأصل أو المنشأ القومي أو الإثني".

ويتخذ قرار الوضع في هذه المراكز من قبل الوالي المختص إقليميا لمدة لا تزيد عن 30 يوما قابلة للتجديد في انتظار استيفاء إجراءات طرده إلى الحدود أو ترحيله إلى بلده الأصلي. (المادة 2/37)

وتتمثل حالات تحديد إقامة الأجنبي المبعد في الأوضاع التالية:

- (1) الأجنبي الذي يطعن في قرار الطرد إذا رأت السلطات المعنية ذلك (المادة 31)
- (2) الأجنبي المعني بالطرد الذي يبرر عدم إمكانية مغادرته الإقليم الجزائرية (المادة 33)
- (3) الأجنبي العابر للإقليم الجزائري (المادة 2/34).
- (4) الأجنبي الذي طرد ورفضت الشركة التي نقلته، نقله مرة أخرى (المادة 3/34)
- (5) الأجنبي الذي طرد ورفضت سلطات البلد الذي حول إليه قبوله. (المادة 3/34)

وقد راعى المشرع الجزائري في معالجته لظاهرة الهجرة غير الشرعية عن طريق الإبعاد البعد الإنساني، حيث أجاز نص المادة 32 للقاضي الاستعجالي أن يأمر مؤقتا بوقف تنفيذ قرار الإبعاد في حالة الضرورة القصوى، لاسميا في الحالات التالية:

- 1- الأب الأجنبي أو الأم الأجنبية لطفل جزائري قاصر مقيم في الجزائر، إذا أثبتت (ت) أنه (ها) يساهم في رعاية وتربية هذا الطفل
- 2- الأجنبي القاصر عند اتخاذ قرار الإبعاد
- 3- الأجنبي اليتيم القاصر
- 4- المرأة الحامل عند صدور قرار الإبعاد.

كما عاقب المشرع الجزائري الأجنبي الذي يمتنع عن تنفيذ قرار الإبعاد أو قرار الطرد إلى الحدود، أو الذي يتم إبعاده ويدخل من جديد إلى الإقليم الجزائري دون تصريح بذلك بالحبس من سنتين (02) إلى خمس (05) سنوات إلا إذا أثبت عدم إمكانه الالتحاق ببلده الأصلي أو التوجه نحو بلد آخر وذلك طبقا لأحكام الاتفاقيات الدولية المتعلقة بنظام اللاجئين وعدمي الجنسية. (المادة 1/42 من القانون 11/08). والجدير بالذكر، أن المادة 33 من الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين¹ قد منعت طرد أو رد اللاجئين بأي صورة من الصور إلى حدود الأقاليم التي تكون حياة اللاجئين أو حريته مهددتين فيها بسبب عرقه أو دينه أو جنسيته أو انتمائه إلى فئة اجتماعية معينة أو بسبب آرائه السياسية.

كما يعاقب الأجنبي الذي يخفي وثائق السفر التي تسمح بتنفيذ قرار الإبعاد أو قرار الطرد إلى الحدود بنفس العقوبة (المادة 2/42 من القانون المذكور أعلاه).

¹ اعتمدها يوم 28 يوليو 1951 مؤتمر الأمم المتحدة للمفوضين بشأن اللاجئين وعدمي الجنسية، الذي دعت الجمعية العامة للأمم المتحدة إلى الانعقاد بمقتضى قرارها 429(د-5) المؤرخ في 14 ديسمبر 1950.

ويمكن للقضاء الحكم على الأجنبي الذي ارتكب مثل هذه الأفعال بعدم الدخول إلى الجزائر لمدة لا تتجاوز 10 سنوات، ويترتب على المنع من الإقليم الجزائري بقوة القانون إبعاد المحكوم عليه إلى الحدود.(الإبعاد القضائي المادة 3/42) وفي حالة امتناع الأجنبي عن تنفيذ قرار الإقامة الجبرية أو غادره فيما بعد دون رخصة يعاقب طبقاً لأحكام قانون العقوبات (المادة 43).

ومما سبق، يتبين لنا أن المشرع الجزائري قد خطى خطوة هامة في مجال مكافحة الهجرة غير الشرعية على الصعيد التشريعي، وهذا ما يبدو واضحاً من خلال الأحكام الجديدة التي جاء بها قانون 11/08 فيما يخص قراري الإبعاد إلى الحدود وقرار الطرد، وقد راعى المشرع عند صياغته لهذه الأحكام الجوانب الإنسانية بما يضمن كرامة المهاجرين المبعدين وحقوقهم وفقاً لما تقتضي- به المواثيق الدولية لحقوق الإنسان، كما ضاعف العقوبات الجزائية المفروضة على كل شخص يمتنع عن تنفيذ قرار الإبعاد أو قرار الطرد. وقام بتجريم أفعال الهجرة غير الشرعية سواء بالنسبة للمواطنين أو الأجانب، حيث نص في المادة 175 مكرر 1 من قانون العقوبات الجزائري¹ على ما يلي: "دون الإخلال بالأحكام التشريعية الأخرى السارية المفعول، يعاقب بالحبس من شهرين (2) إلى ستة (6) أشهر وبغرامة من 20.000 دج إلى 60.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل جزائري أو أجنبي مقيم يغادر الإقليم الوطني بصفة غير شرعية أثناء اجتيازه أحد مراكز الحدود البرية أو البحرية أو الجوية، وذلك بانتحاله هوية أو باستعماله وثائق مزورة أو أي وسيلة احتيالية أخرى للتملص من تقديم الوثائق الرسمية اللازمة أو من القيام بالإجراءات التي توجبها القوانين والأنظمة السارية المفعول.

وتطبق نفس العقوبة على كل شخص يغادر الإقليم الوطني عبر منافذ أو أماكن غير مراكز الحدود". والجدير بالذكر، أن المشرع المغربي كان سبقاً في تجريم الهجرة غير الشرعية حيث نص في المادة 50 من قانون رقم 02/03 المتعلق بدخول وإقامة الأجانب بالمملكة المغربية وبالهجرة غير المشروعة على أنه: "يعاقب بغرامة يتراوح قدرها بين 3000 و 10.000 درهم وبالحبس من شهر إلى ستة أشهر أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، دون الإخلال بأحكام القانون الجنائي المطبقة في هذه الحالات، كل شخص غادر التراب المغربي بصفة سرية، وذلك باستعماله أثناء اجتياز أحد مراكز الحدود البرية أو البحرية أو الجوية وسيلة احتيالية للتملص من تقديم الوثائق الرسمية اللازمة، أو من القيام بالإجراءات التي توجبها القوانين والأنظمة المعمول بها، أو باستعماله وثائق مزورة، أو بانتحاله اسماً، وكذا كل شخص تسلل إلى التراب المغربي أو غادره من منافذ أو عبر أماكن غير مراكز الحدود المعدة خصيصاً لذلك".

وعلى الرغم من هذا التطور الملحوظ في المعالجة التشريعية لظاهرة الهجرة غير الشرعية إلا أن الهجرة السرية لا زالت في تزايد مستمر وكبير، فهل من سبيل آخر للحد من الظاهرة؟.

¹ قانون رقم 09-01 مؤرخ في 25 فبراير 2010 يعدل ويقيم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو والمتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية، العدد 15، السنة 2009، ص 04.

ثالثا: دور التنمية وفعاليتها في الحد من ظاهرة الهجرة غير الشرعية

إن إجراء الطرد أو الإبعاد ليس كافيا وحده لمحاربة ظاهرة الهجرة غير الشرعية، إذ يجب التركيز على السبل الوقائية وإحداث تنمية حقيقية في مختلف المجالات، والعمل على إرساء دعائم اجتماعية واقتصادية مستدامة داخل الدول المصدرة.¹ دون أن يعني هذا إهمال المعالجة الأمنية للظاهرة.

كما يعول على مجهودات المجتمع المدني في محاربة الهجرة غير الشرعية عن طريق التوعية والتحسيس بمخاطر هذه الظاهرة ومساعدة المهاجرين غير الشرعيين في الرجوع إلى بلدانهم الأصلية وإعادة إدماجهم. ويضاف إلى هذه الجهود دور وسائل الإعلام بمختلف أنواعها في التعريف بمخاطر هذه الظاهرة وإبراز معاناة المهاجرين وتصحيح الصورة المغلوطة المرسومة في أذهان الكثيرين من الشباب عن أوضاع المهاجرين في أوروبا.²

إن الحل الأمثل والناجع لمحاربة الهجرة السرية يتطلب على المدى الطويل مواجهة الأسباب التي تؤدي إليها لاسيما تنامي الفقر وازدياد البطالة. ومن ثم لا مناص من سياسة تنموية تمكن من خلق فرص العمل واحترام الكرامة الإنسانية. وتحقيق ذلك يتطلب تنمية مستدامة قائمة على مشاريع وإنجازات ملموسة تسمح ببقاء المهاجرين في بلدانهم الأصلية.³

إن تبني الدول المتقدمة خيار المعالجة الأمنية للهجرة ومراقبة الحدود أثبت الواقع فشله ومحدوديته، وبالتالي يتعين صياغة مقاربة وقائية تنموية الموازية مع المقاربة الأمنية والحمائية. مع ضرورة معاملة المهاجرين معاملة إنسانية تكفل كرامتهم وتحمي حقوقهم.⁴

ونشير في هذا الإطار، إلى بعض التدابير المتخذة من قبل أوروبا لمكافحة الهجرة السرية، حيث تم إبرام عدة معاهدات إقليمية كاتفاقية شنغن " shengen " التي خلقت فضاء للتنقل الحر للأفراد، وتقوية التعاون الأمني. وبغية الحد من ظاهرة الهجرة أكدت معاهدة أمستردام على تطوير الشراكة الاقتصادية مع دول الجنوب، وإحداث سياسة مشتركة في ميدان التأشيرات والوثائق المزورة. وفرض عقوبات ردية ضد عصابات ومنظمات الهجرة غير الشرعية. وللمحد من تزايد أنشطة الجريمة المنظمة في مجال تهريب المهاجرين عقدت اتفاقية محاربة الجريمة المنظمة عبر الوطنية الملحق بها بروتوكول خاص لمكافحة تهريب المهاجرين، وأكد البرتوكول الملحق بالاتفاقية رغبة المجتمع الدولي في محاربة الهجرة غير الشرعية بالقضاء على الفقر ومحاربة البطالة، وتحقيق تنمية شاملة ومستدامة.⁵ ودعما لهذا التوجه عقد بالجزائر اجتماع خبراء الدول الأعضاء في الاتحاد الإفريقي حول

¹ كرم متقي، المرجع السابق، ص 55.

² كرم متقي، نفس المرجع، ص 57، ص 61.

³ سناء لعوسي، المغرب وتحديات ظاهرة الهجرة غير الشرعية نحو أوروبا، <http://www.ahewar.org>

⁴ محمد أوزكان، إشكالية الهجرة، أشغال الندوة الوطنية التي نظمتها وزارة العدل ووزارة الداخلية، مراكش، يومي 19 و 20 ديسمبر 2003، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية، والقضائية، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، العدد 01، الطبعة الثالثة، مارس 2007، ص 35.

⁵ الطيب الشرفاوي، المرجع السابق، ص 21.

الهجرة والتنمية، وتم الاتفاق على وضع خطة عمل من أجل سياسية افريقية موحدة في مجال الهجرة والتنمية تتحدد على المستوى الوطني بما يلي:

- "... القيام بمحملات توعية حول مخاطر الهجرة غير الشرعية للسكان المحليين تحديدا الشباب في المناطق التي تكثر فيها نسبة الهجرة.

- تحديد الجهات الوطنية المختصة المكلفة بجمع كافة المعلومات ذات الصلة والمتعلقة بمدى انتشار ظاهرة الهجرة غير الشرعية.

- تعزيز آليات مكافحة الاتجار بالشر.

- ضمان مراقبة أكثر فعالية على مستوى الحدود.

- التطرق إلى الأسباب المباشرة لهذه الظاهرة تحديدا الفقر والبطالة من خلال اتخاذ تدابير من شأنها أن تخلق جوا مناسبا لتثبيت المرشحين المحتملين للهجرة(خلق فرص العمل، الوصول إلى القروض، تشجيع المشاريع الصغيرة والمؤسسات المتوسطة والصغيرة)¹..."

خاتمة:

لاشك أن إجراء الإبعاد يعد طريقا أساسيا وهاما للحد من ظاهرة الهجرة غير الشرعية ولكنه يحتاج إلى تدعيمه بمجمل من المشاريع والانجازات التي تعمل على تحسين الظروف المعيشية والاقتصادية لشعوب الدول المصدرة، ولن يكون ذلك إلا من خلال إرساء معالم تنمية اقتصادية حقيقية شاملة. وبالموازاة مع ذلك لابد من تضافر الجهود وتعزيز التعاون بين مختلف مؤسسات المجتمع المدني واثين دورها في عملية التحسيس بمخاطر الهجرة السرية.

ودعما لهذا المسعى، يجب السعي نحو إبرام اتفاقيات ثنائية مع الدول المجاورة بغرض التصدي لظاهرة الهجرة غير الشرعية عن طريق إقامة مشاريع وبرامج تنموية داخل الدول الإفريقية المصدرة للهجرة من أجل ضمان بقاء مواطني هذه الدول في بلدانهم الأصلية وعدم التفكير في مغادرتها بطريقة غير شرعية خاصة وأن الظروف الاقتصادية هي التي تدفع بهؤلاء إلى التفكير في الهجرة.

¹ عناصر لموقف إفريقي موحد بشأن الهجرة والتنمية، اجتماع خبراء الدول الأعضاء في الاتحاد الإفريقي حول الهجرة والتنمية، الجزائر، 3-5 ابريل

2006، ص6، ص7، www.africa-union.org

وأخيرا، فإن المشرع الجزائري قد خطى خطوة هامة في مجال مكافحة الهجرة غير الشرعية على الصعيد التشريعي، وهذا ما يبدو واضحا من خلال الأحكام الجديدة التي جاء بها قانون 11/08 فيما يخص قراري الإبعاد إلى الحدود وقرار الطرد، وقد راعى المشرع عند صياغته لهذه الأحكام الجوانب الإنسانية بما يضمن كرامة المهاجرين المبعدين وحقوقهم وفقا لما تقتضي به المواثيق الدولية لحقوق الإنسان.

المراجع:

- قانون رقم 11-08 مؤرخ في 25/06/2008 يتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها. الجريدة الرسمية، العدد 36، السنة 2008.
- قانون رقم 09-01 مؤرخ في 25 فبراير 2010 يعدل ويستم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو والمتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية، العدد 15، السنة 2009، ص 04.
- قانون رقم 02/03 المتعلق بدخول وإقامة الأجانب بالمملكة المغربية وبالهجرة غير المشروعة، ظهير شريف رقم 1.03.196 (11 نوفمبر 2003) الجريدة الرسمية، عدد 5160، السنة 2003.
- بن عبيدة عبد الحفيظ، الجنسية ومركز الأجانب في الفقه والتشريع الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2005.
- عبده جميل غصوب، دروس في القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2008.
- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر بموجب قرار الجمعية العامة 217 ألف (د-3) المؤرخ في 10 كانون الأول/ديسمبر 1948.
- سعيد يوسف البستاني، المركز القانوني للأجانب وللعرب في الدول العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.
- محمد رمضان، الهجرة السرية في المجتمع الجزائري: أبعادها وعلاقتها بالاغتراب الاجتماعي. دراسة ميدانية، مجلة علوم إنسانية السنة السابعة، العدد 43، 2009.
- كريم متقي، الهجرة السرية للأطفال القاصرين المغاربة نحو أوروبا، دراسة في ظل المواثيق الدولية والتشريعات الوطنية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، المغرب، السنة الجامعية 2005/2006.
- الطيب الشرفاوي، تقديم القانون رقم 02-03 المتعلق بدخول وإقامة الأجانب بالمملكة المغربية وبالهجرة غير المشروعة، أشغال الندوة الوطنية التي نظمتها وزارة العدل ووزارة الداخلية، مراكش، يومي 19 و 20 ديسمبر 2003، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية، والقضائية، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، العدد 01، الطبعة الثالثة، مارس 2007.
- حسن البوكري، السياسات الهجرة في المنطقة الأورومغاربية: المثلث الهجري ليبيا- تونس- إيطاليا، ندوة: الهجرة من شمال إفريقيا إلى أوروبا: نحو تعزيز التعاون العربي الأوروبي، مركز جامعة الدول العربية، الأمانة العامة، تونس 6-7 ديسمبر 2007.
- محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.
- بيار ماير، فانسان هوزيه، القانون الدولي الخاص، ترجمة علي محمود مقلد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2008.
- سناء لعروسي، المغرب وتحديات ظاهرة الهجرة غير الشرعية نحو أوروبا، <http://www.ahewar.org>
- محمد أوزكان، إشكالية الهجرة، أشغال الندوة الوطنية التي نظمتها وزارة العدل ووزارة الداخلية، مراكش، يومي 19 و 20 ديسمبر 2003، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية، والقضائية، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، العدد 01، الطبعة الثالثة، مارس 2007.

ملاحظات على عملي التنسيق وإعادة الترتيب في التعديل الدستوري لسنة 2016*
أ/ بن قرة بن يعقوب- أستاذ مساعد "أ"- كلية الحقوق والعلم السياسية- جامعة ابن خلدون - تيارت

الملخص:

يعتبر الدستور الضابط الرئيسي للمجتمع السياسي المنظم، به تستقر الحياة المجتمعية، وتتحدد كافة خياراتها السياسية والاقتصادية، الثقافية والاجتماعية؛ وبما أن هذه الحياة المجتمعية بخياراتها المذكورة عرضة للتطور تصبح المراجعة الدستورية بالتبعية، حتمية تقتضيها ضرورة التطور الذي يكتنف مستويات التفكير الاجتماعي والسياسي والثقافي.

إلا أن قاعدة الضرورات التي تبيح المحظورات غير معترف بها في شأن التعديلات الدستورية، فالضرورة الملجئة للتعديل الدستوري يجب أن تستجيب للأطر التي رسمتها السلطة التأسيسية الأصلية لعمل السلطة التأسيسية المشتقة، من حيث اختصاصها وآليات عملها وحدود هذا الاختصاص الزمانية والموضوعية، وكذا المؤسسات التي قد تشترك معها لإخراج عملية التعديل الدستوري إلى النور.

فللمراجعة الدستورية ضوابط إجرائية وقوالب شكلية وحدود موضوعية ينص عليها الدستور ذاته، ويجب عدم الاعتداء عليها وإلا كانت عملية التعديل الدستوري غير دستورية، وفي ظل هذه الثلاثية الاشتراطية سيتم دراسة مدى التزام عملية المراجعة الدستورية لدستور الجزائري لسنة 2016 بهذه الضوابط والحدود..

Résumé :

La constitution est le moyen principal qui organise la société politique , puisque elle contient tous les choies de cette société , politiques , économiques et sociales.

Et puisque le développement de la vie sociale est une obligation raisonnable on dit que la révision constitutionnelle soit aussi une nécessité rationnel.

La participation des institutions constitutionnelles notamment le président de la république et le conseil constitutionnel, qui sont les garants de la constitution doit respecter les règles procédurales, les normes formelles et les limite objectifs déterminé par la constitution elle-même.

مقدمة

الدستور ليس مجموعة نصوص مقدسة ولا هو عقد اجتماعي دائم بل هو مرهون بمدة زمنية محددة لأنه نتاج جهد بشري يعتريه النقص كغيره من الأعمال البشرية الأخرى، لكنه قابل للتطور والتحسين، مما يجعله عقدا

تاريخ إيداع المقال: 2016/11/28

* تاريخ تحكيم المقال: 2016/12/06

اجتماعيا متجددا لأنه تعبير عن إرادة الشعب في مرحلة معينة من تاريخه تجسيدا لفلسفته ورؤيته الحضارية للمجتمع الذي ينشده في ظل ما يعايشه وما يرنو إليه في المستقبل، فلكل دستور إذن ظروفه وأسبابه وأبعاده التي يرمي إليها من تأسيس وتنظيم المجتمع والدولة وكافة العلاقات التي تنشأ في ظلها، وكذا الآليات المتعلقة بتنظيم الحكم من جهة وممارسة وتكريس الحقوق والحريات الفردية والجماعية للمواطن من جهة أخرى.

فالدستور يجسد تصور الشعب لمجتمع سياسي منظم، وتعديله بين فترة وأخرى يعبر عن إصراره على ضمان الديمومة لهذا المجتمع السياسي المنظم، ورغبته في الانتقال الواعي من مرحلة يعيشها إلى مرحلة أخرى أفضل نوعيا في جانبها السياسي والدستوري، ولا يمكن بداهة استنساخ دستور دولة ما وتطبيقه على دولة أخرى لأنه بالضرورة نتاج خاص بها وبتاريخها وبالقيم التي يؤمن بها شعبها، فالدستور يجسد أيضا تاريخ الشعب وآلامه، كما يحمل تطلعاته وآماله، وبذلك فمن المنطقي أن يكون عرضة للتعديل والمراجعة تبعا للتحويلات الاجتماعية وتلبية لمتطلبات الشعب وطموحاته المشروعة، ومسيرة منه للقيم العالمية.

وكما تختلف الدساتير وتنوع باختلاف قابليتها للتعديل والمجالات التي يمكن أن يشملها التعديل، تختلف عمليات التعديل الدستوري أيضا من حيث إجراءاتها باختلاف طبيعة الدستور محل التعديل وباختلاف السلطة المنوط بها المبادرة بالتعديل الدستوري أو إقراره، كما أنها تختلف باختلاف موضوعها ومداه، إذ قد يأخذ التعديل الدستوري شكل تعديل بسيط كالتغيير البسيط في الصلاحيات أو إعادة ضبط المصطلحات أو تصحيحها أو تصحيح بعض الآليات الدستورية.

وقد يأخذ شكل مراجعة دستورية بأبعاد التراجع عن بعض المبادئ أو الثوابت أو بعض آليات إقامة التوازن بين السلطات التي كانت من المسلمات التي بني عليها المجتمع السياسي خلال فترة زمنية معينة، فتكون المراجعة في صورة إعادة تكييف للحياة المجتمعية بكل مكوناتها السياسية والاقتصادية والثقافية والإيديولوجية مع متطلبات الواقع الجديد، وهو ما ينتج في النهاية دساتير جديدة من حيث مضمونها وصياغتها وترقيتها وهي عملية تستدعي غالبا ضرورة العودة إلى صاحب السلطة التأسيسية الأصلية لإقرارها، وفي كلتا صورتين تكون لبعض المؤسسات الدستورية القائمة أدوار فاعلة في هذه العملية أو تلك.

والتجربة الدستورية الجزائرية غنية في هذا الجانب، بالنظر إلى عدد التعديلات الدستورية المتلاحقة منذ تأسيس الدولة الجزائرية المستقلة، وقد كان لبعض المؤسسات الدستورية دور كبير في هذه التعديلات على غرار رئيس الجمهورية والبرلمان والمجلس الدستوري، التي اشتركت جميعها في التعديل الدستوري الأخير لسنة 2016، الذي اتخذ شكل مراجعة دستورية في ثوب تعديل دستوري، بالنظر إلى النسبة المهمة من النصوص القائمة قد شملها التعديل، بالإضافة إلى المواضيع المستجدة التي جاءت بها النصوص الجديدة.

أما عن الجانب الإجرائي لهذا التعديل فقد انتهج هذا الأخير آلية إشراك المؤسسات الدستورية الثلاث السابق ذكرها في هذه العملية؛ كما يمكن أن نذكر أن من أبرز المسائل الإجرائية المتعلقة بهذا التعديل الدستوري

مضمون الحكم الانتقالي الذي جيء به لأول مرة، والذي تضمن النص على عمليتي التنسيق وإعادة ترقيم المواد بعد إقرارها، لكن الإشكال المطروح الذي ستعالجه هذه المقالة هو تسليط الضوء على حدود هذه العملية، ومدى إمكانية امتداد عملية التنسيق إلى حد التدخل في إعادة صياغة نص المبادرة الرئاسية بالتعديل باستبدال بعض المصطلحات أو بحذف بعض الكلمات منه، أو إضافة مصطلحات جديدة إليه، وذلك بعد الرأي الملعل للمجلس الدستوري وموافقة البرلمان.

وقبل التفصيل في هذه الإشكالية يكون من المفيد التعرّج على الدور الذي يؤديه المجلس الدستوري في هذا التعديل الدستوري في ظل الصلاحيات المحدودة التي كرسها له الدستور السابق دستور 1996 ومحاولة تقييم أدائه في عملية التعديل الأخيرة في المبحث الأول،

وصولا إلى التعرّج على مجموعة من الصياغات الاصطلاحية المتباينة حال المقارنة ما بين مشروع التعديل الدستوري الذي درسه المجلس الدستوري وتم عرضه على البرلمان من جانب والقانون المتضمن التعديل الدستوري الصادر في الجريدة الرسمية من جانب آخر في المبحث الثاني.

المبحث الأول: محدودية دور المجلس الدستوري في التعديل الدستوري

على الرغم من أن المجلس الدستوري هو أبرز مؤسسة دستورية فاعلة في الحياة الدستورية، لسهرها على احترام الدستور وفق الآليات التي نص عليها الدستور، إلا أن مساهمته في عملية التعديل الدستوري معلقة على إرادة رئيس الجمهورية لإشراكه في العملية، كما أن دوره سلبي في هذه العملية بخلاف أدواره الإيجابية في الرقابة على التشريعات والاستشارات الشعبية، ورغم هذه السلبية التي تطبع مساهمته في عملية المراجعة الدستورية إلا أنه لم يكن موفقا في أدائها في عملية التعديل الدستوري لسنة 2016، وهو ما سيتم توضيحه في المطالبين المواليين.

المطلب الأول: مركز المجلس الدستوري في عملية التعديل الدستوري

قبل التطرق لتحديد مركز المجلس الدستوري الجزائري في عملية التعديل الدستوري من المفيد في هذا المقام التفصيل في الهيئات التي أوكل لها الدستور سلطة المبادرة بالتعديل الدستوري وإقراره.

الفرع الأول : سلطة المبادرة بالتعديل الدستوري

تنوزع سلطة المبادرة بالتعديل الدستوري في الجزائر حصرا ما بين رئيس الجمهورية وأعضاء البرلمان،

أولا: المبادرة الرئاسية بتعديل الدستور:

مكن المؤسس الدستوري الجزائري رئيس الجمهورية من المبادرة بمشروع التعديل الدستوري وأتاح له أن يختار أحد سبيلين إجرائيين:

السييل الأول: هو أن تخضع المبادرة التي يقدمها رئيس الجمهورية لتعديل الدستور لنفس الشروط والإجراءات التي يخضع لها أي نص تشريعي¹، والمقصود به كل الإجراءات المتعلقة بمراحل العملية التشريعية، من مرحلة الإيداع إلى مرحلة المناقشة وإدخال التعديلات على المشروع إلى مرحلة التصويت على مستوى كل غرفة على حدة.

وبعد أن يصوت كل مجلس على المبادرة الرئاسية بتعديل الدستور يعرض القانون المتضمن التعديل الدستوري خلال (50) الحسنيين يوما الموالية لإقراره على الاستفتاء الشعبي، وإذا ما رفضه الشعب أصبح هذا القانون لاغيا ولا يمكن عرضه مجددا على الشعب خلال نفس الفترة التشريعية.

وهي في نظر الباحث من أحسن طرق التعديل الدستوري التي يقرها الدستور الجزائري، لأن هذه الطريقة في التعديل تشرك رئيس الجمهورية بالمبادرة، والبرلمان بالدراسة والتنقيح وتبني هذه المبادرة، والشعب بالإقرار والمصادقة.

السييل الثاني: وهو يختلف عن سابقه، من حيث إشراك المجلس الدستوري في عملية التعديل، بحيث يُخطر المجلس الدستوري بمشروع المبادرة الرئاسية بتعديل الدستور، وإذا ما ارتأى المجلس الدستوري أن مشروع التعديل الدستوري لا يمس إطلاقا بالمبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري، ولا يمس حقوق الإنسان والمواطن وحراباتها بالإيقاص منها، ولا يمس بأي طريقة بالتوازنات الأساسية للسلطات والمؤسسات الدستورية، وعلل هذه الرؤية وأوجد لها ما يدعمها من الدستور القائم، كان بإمكان رئيس الجمهورية أن يتخطى اللجوء إلى الاستفتاء ويكتفي بتحقيق موافقة البرلمان بأغلبية $\frac{3}{4}$ ثلاثة أرباع أعضاء غرفتي البرلمان مجتمعيتين معا، ليصدر التعديل الدستوري؛ وإن كان هذا الإجراء لا يستثني لجوء رئيس الجمهورية إلى الاستفتاء الشعبي، في حالة عدم إحراز القانون للأغلبية الموصوفة المشتركة².

ثانيا: المبادرة البرلمانية بتعديل الدستور

يمكن لأعضاء البرلمان بأغلبية محددة بـ $\frac{3}{4}$ من أعضاء غرفتي البرلمان المنعقدتين معا، اقتراح تعديل الدستور على رئيس الجمهورية الذي يمكنه عرضه على الاستفتاء الشعبي؛ لكن المفارقة المسجلة بخصوص المبادرة البرلمانية بتعديل الدستور، أن الاقتراح لا يكون مقبولا إلا من $\frac{3}{4}$ من أعضاء البرلمان، دون أن تكون للبرلمان في المقابل القدرة على إشراك المجلس الدستوري في عملية التعديل الدستوري على شاكلة المبادرة الرئاسية، أي بمعنى سلب البرلمان - تلازمية مع حالة المبادرة - سلطة إقرار الدستور، وبمعنى آخر: أن البرلمان في حالة المبادرة

1- لا يمكن أن يستظهر مقصد المؤسس الدستوري من النص التشريعي على اعتبار اختلاف الأغلبية المشتركة ما بين القانون العادي والقانون العضوين إلا عند التطرق للإجراءات الموالية لها والتي نص المؤسس الدستوري على عرض القانون المتضمن التعديل الدستوري على الشعب.

2- بحسب رأي المجلس الدستوري حول التعديل الدستوري لسنة 2008؛ ينظر: رأي رقم 08/01 ر.ت.د.م/د. المؤرخ في 07 نوفمبر 2008 المتعلق بمشروع القانون المتضمن

التعديل الدستوري، ج.ر.ع. 63، الصادرة بتاريخ: 16 نوفمبر سنة 2008، ص. 04.

الرئاسية يمكن أن يكون سلطة إقرار لمشروع تعديل الدستور بأغلبية ¾ من أعضائه، ولا يمكن له بنفس الأغلبية أن يكون كذلك في حالة مبادرته هو ذاته بالتعديل الدستوري، وبعبارة أخرى: أن البرلمان لا يمكنه أن يمارس سلطة المبادرة بالتعديل الدستوري وسلطة إقراره في آن واحد.

كما أنه يمكن التنبيه إلى اختلاف آخر ما بين المبادرة البرلمانية والمبادرة الرئاسية بالتعديل الدستوري؛ إذ أن هذه الأخيرة يمكن إخضاعها للإجراءات المتعلقة بالعملية التشريعية بكافة مراحلها على مستوى غرفتي البرلمان ثم تعرض على الاستفتاء الشعبي، بخلاف المبادرة البرلمانية التي لا يمكن أن تخضع لمثل هذه الإجراءات، مع قيام احتمالية عرضها على الاستفتاء الشعبي التي هي مسألة تخضع في تقديرها لرئيس الجمهورية.

وما يلاحظ بشأن المبادرة البرلمانية أن هنالك العديد من المعوقات الإجرائية التي تعترض مسارها العادي، إذ أن حالات انعقاد البرلمان بغرفتيه معاً محدودة دستورياً على سبيل الحصر، من بينها هذه الحالة المنصوص عليها في المادة 177 من دستور 1996 والمادة 211 من دستور 2016 المتعلقة بالمبادرة البرلمانية بتعديل الدستور.

وإذا ما صرفنا النظر عن الحالات الوجوبية لانعقاد البرلمان بغرفتيه معاً، نجد أن بقية الحالات مرتبطة باستدعاء صادر عن إحدى الشخصيتين :

- رئيس الجمهورية¹
- أو رئيس مجلس الأمة،

فالمبادرة البرلمانية بتعديل الدستور لها كثير من المعوقات الإجرائية نذكر منها أن هذه المبادرة متعلقة في مبتهاها ومنبتها بإرادة الشخصيتين المذكورتين، إذ لا ينعقد البرلمان بغرفتيه معاً ويترب عنه اقتراح تعديل الدستور على رئيس الجمهورية إلا إذا تم استدعاؤه من رئيس مجلس الأمة²، لتأتي عقبة أخرى وهي وجوب تحقق الأغلبية الموصوفة السابق ذكرها لصحة المبادرة وقبولها، مع بقاءها تحت السلطة التقديرية لرئيس الجمهورية لعرضها على الاستفتاء، وهو معوق إجرائي آخر في وجه المبادرة البرلمانية بالتعديل الدستوري إذ أن ربطها بالسلطة التقديرية لرئيس الجمهورية لعرضها على الاستفتاء الشعبي لم ترتب عليه النصوص الدستورية السارية أي أثر قانوني حال امتناع رئيس الجمهورية عن ذلك، على اعتبار أن اللجوء إلى استشارة الشعب في أي مسألة ذات أهمية وطنية هو اختصاص استثنائي خاص برئيس الجمهورية ومرتبطة بمدة المهمة الرئاسية، ولا

1- مع مراعاة الأحكام التي تضمنتها نصوص المواد 89 و 90 من الدستور المتعلقة باستقرار رئيس الجمهورية القائم في ممارسة مهامه إلى غاية الإعلان عن انتخاب رئيس للجمهورية بسبب تمديد حملة إجراء الانتخابات نظراً لوفاة أحد المترشحين أو انسحابه أو حدوث مانع آخر له.
كما يسري على نفس حكمه رئيس الدولة ورئيس الدولة بالنيابة، وذلك بالأخذ في الحسبان عدم إمكانية استدعاء أحدها للبرلمان لانعقاد بغرفتيه معاً للتصويت على التعديل الدستوري على اعتبار عدم إمكانية القيام بالتعديل الدستوري إبان حصول المانع لرئيس الجمهورية أو وفاته أو استقالته، أو ثبوت الشعور النهائي لرئاسة الجمهورية طبقاً لنص المادة 90.

2- المادة 98 الفقرة الأخيرة من القانون العضوي رقم 99-02 المؤرخ في 08 مارس 1999، المحدد لتنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة، ج.ر.ع. 15. الصادرة بتاريخ: 09 مارس سنة 1999، ص. 21.

يمكن لأي أحد سواء اللجوء إليه كما لا يجوز له تفويضها لغيره¹، وهو ما يستشف من نصوص المواد 87 و 90 من دستور 1996².

وبالنتيجة لا يمكن لأي فصل سياسي بحسب التنظيم الدستوري والقانوني الحالي للعمل البرلماني، إنجاح المبادرة البرلمانية بالتعديل الدستوري، حتى ولو تحققت له الأغلبية الموصوفة المشترطة لاقتراح تعديل الدستور، اللهم إلا إذ استطاع إفتكاك رئاسة مجلس الأمة عند التجديد النصفى الذي يتم كل ثلاث سنوات، مع ما يتطلبه ذلك طبعاً من الحصول على الأغلبية المطلقة من أعضاء هذا المجلس³ من حضور قوي على مستوى المجالس المحلية الولائية والبلدية التي تتحدد بموجبها العضوية في مجلس الأمة.

الفرع الثاني: سلطة إقرار التعديل الدستوري

بالنظر إلى ما سبق تبياناه في الفرع السابق يمكن حصر ما يتعلق بسلطة تبني الدستور وإقراره في البرلمان و/ أو الشعب:

أولاً: الشعب:

نص الدستور الجزائري على أن السلطة التأسيسية ملك للشعب⁴، وتبعاً لذلك فهو يمارسها بنفسه عن طريق الاستفتاء أو بواسطة المؤسسات الدستورية التي يختارها.

إلا أن مسألة اللجوء إلى الاستفتاء الدستوري يختص بتقريرها رئيس الجمهورية في حالة المبادرة الرئاسية التي تتبع الإجراءات التشريعية العادية أو حالة المبادرة البرلمانية كما سبقت الإشارة إليها، مع التنبيه إلى أن حالة لجوء رئيس الجمهورية للبرلمان مع إشراك المجلس الدستوري برأيه لا تحول دون لجوء رئيس الجمهورية للاستفتاء الشعبي⁵.

وقد سبق للشعب في التجربة الدستورية الجزائرية أن مارس السلطة التأسيسية الأصلية كسلطة إقرار لدستوري 1963، و 1976 للموافقة على دستور جديد، ومارس السلطة التأسيسية المشتقة كسلطة تصديق على المبادرة بالتعديل الدستوري لسنة 1988، 1989، 1996.

إلا أن ما لوحظ على التعديل الدستوري لسنتي 1988 و 1989 أنها تما خارج الإطار الدستوري المنظم لعملية التعديل الدستوري وممارسة الوظيفة التأسيسية المنصوص عليها في الفصل السادس من الباب الثاني من

1- البند 10 من المادة 77، المادة 87 الفقرة 02، والمادة 90 الفقرة 03.

2- المواد 101 و 104 من دستور 2016 بعد التعديل.

3- المادة 06 من النظام الداخلي لمجلس الأمة، ج.ر.ع. 84، الصادرة بتاريخ: 28 نوفمبر سنة 1999، ص. 08

4- المادة 07 من دستور 1996، والمادة 08 من دستور 2016

5- بحسب رأي المجلس الدستوري:

ينظر: رأي رقم 08/01 ر.ت.د.م/د. المؤرخ في 07 نوفمبر 2008 المتعلق بمشروع القانون المتضمن التعديل الدستوري، ج.ر.ع. 63، الصادرة

بتاريخ: 16 نوفمبر سنة 2008، ص. 04.

دستور 1976: المواد من 191 إلى 196¹، فقد كانا بناء على المادة 05 منه التي تنص على استئثار الشعب بالسيادة الوطنية التي يمارسها عن طريق الاستفتاء²، وهي نفس المادة التي كانت محلا للتعديل الدستوري الموافق عليه في استفتاء 03 نوفمبر سنة 1988³ التي مكنت رئيس الجمهورية وحده من استفتاء الشعب في كل قضية ذات أهمية وطنية، وبناء عليه تم استفتاء الشعب في التعديل الدستوري لسنة 1989⁴، وهو الأمر عينه بالنسبة لدستور 1996⁵.

ويلاحظ أيضا أنه لم يتم تحديد الأغلبية المشترطة لإقرار التعديل الدستوري سواء مطلقة كانت أو موصوفة أو بسيطة، إلا أن تحقق أغلبية مطلقة على الأقل ادعى لأن تكون للدستور المقر شعبيا المكانة الحقيقية في النظام القانوني للدولة وأصدق في التعبير عن إرادة صاحب السلطة التأسيسية الأصلية، على نفس منحنى الانتخابات الرئاسية.

كما يمكن الإشارة إلى أن من نتائج رفض الشعب للقانون المتضمن مشروع التعديل الدستوري الذي صوت عليه البرلمان هو عدم إمكانية عرضه مجددا على الشعب خلال نفس الفترة التشريعية بناء على تعارض إرادة البرلمان صاحب السلطة المشتقة مع إرادة الشعب صاحب السلطة الأصلية.

ثانيا: البرلمان:

يمكن للبرلمان بغرفتيه المجتمعين معا في شكل مؤتمر، بأغلبية 3/4 أعضائه، مدعوما بالرأي المعلن للمجلس الدستوري الذي ارتأى أن المبادرة الرئاسية بتعديل الدستور لا تتضمن البتة مساسا بالمبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري ولا انتقاصا من حقوق الإنسان والمواطن وحرّياتها المكفولة دستوريا ولا إخلالا بالتوازنات الأساسية المكرسة دستوريا بين السلطات والمؤسسات الدستورية، يمكنه أن يكون سلطة إقرار لمشروع المبادرة الرئاسية بتعديل الدستور.

1- يرى الأستاذ سعيد بوالشعير: أن تعديل دستور 1976 سنتي 1988 و 1989 "لم تكن دستورية من وجهة نظر دستورية" ينظر: يومية الخبر بتاريخ 27 ماي 2013، نقلا عن: عمار عباس، محطات بارزة في تطور الدساتير الجزائرية، مجلة المجلس الدستوري، ع. 02، سنة 2013، هامش 57، ص. 25.

2- الأمر 97-76 المؤرخ في 22 نوفمبر سنة 1976 المتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج ر ع. 94، الصادرة بتاريخ 24 نوفمبر سنة 1976، ص. 1292.

3- مرسوم رئاسي رقم 223-88 المؤرخ في 05 نوفمبر سنة 1988 المتعلق بنشر التعديل الدستوري الموافق عليه في استفتاء 03 نوفمبر سنة 1988 في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج ر ع. 45 الصادرة بتاريخ 05 نوفمبر سنة 1988 ص. 1522.

4- مرسوم رئاسي رقم 18-89 المؤرخ في 05 نوفمبر سنة 1988 المتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فبراير سنة 1989 في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج ر ع. 09 الصادرة بتاريخ 01 مارس سنة 1989.

5- مرسوم رئاسي رقم 438-96 المؤرخ في 07 ديسمبر سنة 1996 المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر سنة 1996، في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج ر ع. 76 الصادرة بتاريخ 08 ديسمبر سنة 1996.

لكن ما يميز إجراءات إقرار الدستور والتصويت عليه عن العملية التشريعية لدى البرلمان أن الإقرار يكون بأعضاء الغرفتين معا وبدون مناقشة لمضمون المبادرة، قريبا جدا من الأوامر الرئاسية التي تمر عبر كل غرفة من البرلمان بالتصويت بدون مناقشة، إذ يعرض النص بكامله للتصويت والمصادقة عليه بدون مناقشة في الموضوع أو إمكانية إدخال أي تعديل¹.

إذ أنه لا يمكن للبرلمان إدخال تعديلات على نص مشروع التعديل، وهو الأمر عينه الذي كان في كل من تعديلي 2002²، وسنة 2008³، وحتى بالنسبة لتعديل سنة 2016 إذ بالرغم من أنها كانت المرة الأولى التي يسمح فيها لرؤساء المجموعات البرلمانية بالتدخل قبل التصويت على مشروع المراجعة الدستورية، مع تكييف صياغة نص النظام الداخلي المحدد لإجراءات وكيفية تنظيم وسير البرلمان المنعقد بغرفتيه المجتمعين معا مع ذلك⁴، إلا أنه لا يعتبر من قبيل المناقشة، لأنه لا يمكن إدخال أي تعديلات.

الفرع الثالث: إشراك المجلس الدستوري في إجراءات التعديل الدستوري

قبل الخوض في تفصيل هذا الفرع، من المفيد التذكير أن صاحب السلطة التأسيسية الأصلية - المثلة في الجزائر في الشعب-، هو الذي ينشئ السلطات المشتقة عنه ويحدد لها اختصاصها للقيام بالوظائف القانونية للدولة ويضبط حدود صلاحياتها وعلاقاتها مع بعضها، ويضع الآليات التي يقوم على أساسها توازن هذه السلطات، بالإضافة إلى إنشائه للمؤسسات الدستورية التي تساعد على كفالة هذا التوازن بما يحقق التوفيق بين السلطة والحرية داخل الدولة.

1- المادة 38 من القانون العضوي 02-99، المرجع السابق.

2- المادة 11 من النظام الداخلي لسير البرلمان المنعقد بغرفتيه المجتمعين معا يوم الاثنين 08 أفريل 2002، بقصر الأم- نادي الصنوبر- الجزائر: "يعرض رئيس البرلمان مشروع القانون المضمن التعديل الدستوري على أعضاء البرلمان للتصويت عليه بدون مناقشة. يتم التصويت على مشروع القانون المضمن التعديل الدستوري برفع اليد." ينظر الجريدة الرسمية للمداولات لمجلس الأمة، الفترة التشريعية الأولى، السنة الرابعة، الدورة الربعية 2002، السنة الأولى، العدد 02، الصادرة بتاريخ: 08 ماي 2002، ص. 05.

3- المادة 10 من النظام الداخلي لسير البرلمان المنعقد بغرفتيه المجتمعين معا يوم الاثنين 12 نوفمبر 2008، بقصر الأم- نادي الصنوبر- الجزائر: "يعرض رئيس البرلمان مشروع القانون المضمن التعديل الدستوري بكامله على أعضاء البرلمان للتصويت عليه بدون مناقشة. يتم التصويت على مشروع القانون المضمن التعديل الدستوري برفع اليد." ينظر الجريدة الرسمية للمناقشات للمجلس الشعبي الوطني، الفترة التشريعية السادسة، السنة الثانية، رقم 93، الصادرة بتاريخ: 03 ديسمبر 2008، ص. 05.

4- المادة 10 من النظام الداخلي المحدد لإجراءات وكيفية تنظيم وسير البرلمان المنعقد بغرفتيه المجتمعين معا يوم الأحد 07 فبراير 2016، بقصر الأم- نادي الصنوبر- الجزائر:

"يعرض رئيس البرلمان مشروع القانون المضمن التعديل الدستوري بكامله على أعضاء البرلمان للتصويت عليه. يتم التصويت على مشروع القانون المضمن التعديل الدستوري برفع الأيدي."

ينظر الجريدة الرسمية للمداولات لمجلس الأمة، الفترة التشريعية السابعة (2016-2018)، السنة الأولى، عدد خاص، الصادرة بتاريخ: 07 مارس 2016، ص. 05.

كما أنه زيادة على ذلك يقوم الدستور ذاته بتعيين صاحب السلطة التأسيسية المشتقة، ويقرر الإجراءات الواجب إتباعها لتعديل الدستور، على حسب ما تم تفصيله سابقا، إذ يمكن وصف أساليب تعديل الدستور الجزائري بأنها متعددة ومختلفة عن بعضها من حيث إجراءاتها بحسب السلطة المبادرة بالتعديل الدستوري والمؤسسات الدستورية الفاعلة فيه، ومن هذه الأساليب إشراك المجلس الدستوري برأيه حول مضمون المبادرة الرئاسية قبل عرضها على البرلمان.

فيشارك المجلس الدستوري برأيه الملعل في مشروعات التعديلات الدستورية ليس هو الأصل العام، بل إن الالتجاء إليه لا يأتي إلا لتجاوز اللجوء إلى الاستفتاء الشعبي، نظرا لما تتطلبه هذه العملية من تسخير كبير للموارد البشرية والمادية؛ فإذا ما تحصل مشروع التعديل الدستوري على $\frac{3}{4}$ ثلاث أرباع أعضاء غرفتي البرلمان بعد الرأي الملعل للمجلس الدستوري، أمكن لرئيس الجمهورية إصداره دون اللجوء إلى الاستفتاء.

وعلى الرغم من النتائج المهمة المترتبة عن رأي المجلس الدستوري حول مشروع التعديل الدستوري التي قد تؤدي إلى استبعاد طلب رأي صاحب السلطة التأسيسية، إلا أن الدور الذي يلعبه المجلس الدستوري في المراجعة الدستورية دور سلبي من جانبين:

الجانب الأول يظهر في أنه بالرغم من أن إرادة المؤسس الدستوري الأصلي التي أفصح عنها في وثيقة الدستور اتجهت إلى تقرير آليات لحماية هذه الإرادة، عبر تكليفه للمجلس الدستوري وتمكينه¹ من السهر على احترام إرادته التي يجسدها الدستور، إلا أن إدخال المجلس الدستوري في عملية التعديل الدستوري لإبداء رأيه بشأن مشروع التعديل، لا يكون تلقائيا وإنما هو مرتبط بالسلطة التقديرية لصاحب المبادرة الرئاسية ونعني به رئيس الجمهورية، كما أن إشراكه في هذه العملية لا يقوم باعتباره مؤسسة رقابية أو استشارية وإنما باعتباره مؤسسة مكلفة بالسهر على احترام الدستور، فهو يبدى رأيه من منظور الحفاظ على إرادة السلطة التأسيسية الأصلية: عن طريق افتراض ما يوافق هذه الإرادة، وذلك من خلال الدستور المائل أمامه روحا ونصا².

ومن جانب آخر فإن سلبية دوره تظهر أيضا في وقوفه عند حدود إبداء الرأي الملعل حول النصوص التي أخطر بها، دون أن تكون له إمكانية إعادة صياغتها أو تصويب المصطلحات الواردة في مشروع التعديل أو الإنقاص منها، ولا إدخال إضافة عليها، بحكم عدم إمكانية ممارسته للسلطة التأسيسية المشتقة، فحقيقة دور المجلس الدستوري في عملية التعديل الدستوري هي حماية النواة الأساسية للدستور لا غير، والتي تتضمن

1- أسبغ المؤسس الدستوري على قرارات وآراء المجلس الدستوري حجية مطلقة، جعلها غير قابلة لأي طريق من طرق الطعن وملزمة لكافة السلطات.

² ينظر في هذا الشأن حيثيات منطوق:

رأي رقم 01/ر.ت.د.م.د/ المؤرخ في 03 أفريل 2002 المتعلق بمشروع التعديل الدستوري، ج.ر.ع. 22، الصادرة بتاريخ: 03 أفريل سنة 2002، ص. 04

رأي رقم 08/01/ر.ت.د.م.د/ المؤرخ في 07 نوفمبر 2008 المتعلق بمشروع القانون المتضمن التعديل الدستوري، ج.ر.ع. 63، الصادرة بتاريخ: 16 نوفمبر سنة 2008، ص. 04

المبادئ العامة التي يقوم عليها المجتمع الجزائري والحقوق والحريات التي تعتبر تراثا مشتركا يجب أن تتناقله الأجيال بالإضافة إلى التوازنات الأساسية بين السلطات والمؤسسات الدستورية والتي تحدد خصوصية وطبيعة النظام السياسي الدستوري المراد تجسيده، وهي الحالة الوحيدة التي ألزم فيها المؤسس الدستوري المجلس الدستوري بالتعليل¹.

المطلب الثاني: التعديلات الدستورية المسكوت عنها من طرف المجلس الدستوري:

يعتبر تعديلا دستوريا أو ما يمكن أن يصطلح عليه بالمراجعة الدستورية كل تغيير يلحق نصا دستوريا أو جزء منه أو نصوصا بكاملها في الدستور²، بمعنى أنه يسري وصف التعديل الدستوري على كل إضافة للنص الدستوري كما الإلغاء؛ كما يمكن أن يسري على تبديل المصطلحات التي صيغ بها النص الدستوري الأصلي.

إذن فالتعديل في النص الدستوري لا يعني الإضافة فقط على حسب ما أورده نص مشروع التعديل الدستوري في صفحته الأولى، من كون المفردات المكتوبة بالخط العريض هي المصطلحات المضافة، بما يدفع إلى الاعتقاد بأن التعديل لا يتضمن سوى الإضافة في حين أنه في حقيقة الأمر بخلاف ذلك.

وإذا كان رأي المجلس الدستوري حول مشروع التعديل الدستوري شامل لكل مضمون مشروع التعديل ولكل حالات التعديل التي يمكن أن تسجل فيه بحسب المفهوم السابق، إلا أن المجلس الدستوري لم يكن موافقا كثيرا على غير عادته في رأيه حول مشروع التعديل الدستوري لغضه الطرف عن مجموعة من الأحكام الدستورية التي تم حذفها من دستور 1996 المعدل بمشروع التعديل الدستوري لسنة 2016.

زد على ذلك أن المجلس الدستوري أيضا لم يوفق في حصر جميع الإضافات التي طرأت على النصوص الدستورية، ولا كل التصويبات التي وردت عليها مما جعل رأيه المعلل قاصرا عن الإحاطة بكل الإضافات والتعديلات، على الرغم من تعلق بعض هذه الأحكام المسكوت عنها: المحذوفة منها أو المضافة- بحقوق الإنسان والمواطن أو بعمل السلطات، وهو ما سيتم تناوله في الفروع التالية.

الفرع الأول: الأحكام الدستورية المحذوفة:

بالرغم من أن رأي المجلس الدستوري شامل لكل التعديلات التي تطرأ على النصوص الدستورية إلا أن رأيه المعلل بخصوص التعديل الدستوري لسنة 2016 لم يقدر على حصر جميع الأحكام الدستورية المحذوفة خصوصا ما تعلق منها بالجانين المحوريين المتعلقين بالحقوق والحريات وعمل السلطات والمؤسسات الدستورية، وهو ما سيتم تناوله في الجزئيات التالية:

1- ينظر: رأي 01/ر.ق.ع/م د/المؤرخ في 05 فبراير 2004، المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المعدل والمتمم للأمر 97-07 المؤرخ في 06 مارس سنة 1997 والمتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، ج ر ع. 09، الصادرة بتاريخ 11 فبراير سنة 2004، ص. 18

² يوسف حاشي، في النظرية الدستورية، ابن النديم للنشر- والتوزيع منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، ط. 01، 2009، ص. 229 (بتصرف)

أولاً: النصوص المعدلة بالحذف المتعلقة بالحقوق والحريات

من النصوص الدستورية المعدلة بحذف بعض أحكامها ما أورده المادة 09 من دستور 2016 والتي هي نفس المادة 08 من دستور 1996 ، حيث كان النص يتضمن مجموعة من الغايات التي تسعى المؤسسات التي يختارها الشعب إلى تحقيقها؛ وبالمقارنة بين الدستورين (دستور 1996، ودستور 2016) من جهة، وكذا الرأي الملل للمجلس الدستوري حول مشروع التعديل الدستوري من جهة أخرى، نجد أنه تم حذف إحدى الغايات التي كانت مذكورة في السابق، دون أن يرر المجلس الدستوري لأسباب حذفها ونعني بذلك غاية: "القضاء على استغلال الإنسان لأخيه الإنسان"، وهي من الأهمية بمكان لارتباطها بعمل المؤسسات وحرية الإنسان وكرامته، لكن المجلس الدستوري لم يتناولها.

ويمكن أن نذكر أيضاً نص المادة 24 من مشروع التعديل الدستوري التي كانت تنص على مسؤولية الدولة عن أمن الأشخاص والممتلكات، وتكفلها بحماية كل مواطن في الخارج، تم حذف هذا الالتزام الأخير المعبر عنه بالفقرة الأخيرة من نص المادة السابقة الذكر التي أصبحت بفقرة واحدة وتحت رقم 26 من دستور 2016، والسبب راجع إلى أنه تم استحداث مادة جديدة، متعلقة بحماية حقوق المواطنين بالخارج ومصالحهم، وهي المادة 27 من دستور 2016، ولعله السبب في سكوت المجلس الدستوري عن هذا الحذف من نص المادة المذكورة.

ثانياً: النصوص المحذوفة المتعلقة بعمل السلطات

من الأحكام الدستورية المعدلة بحذفها من الدستور والتي غرض المجلس الدستوري الطرف عنها، ما تعلق بمجال اختصاص البرلمان بالتشريع سواء بقوانين عادية أو عضوية، إذ بالمقارنة بين الدستورين لسنتي 1996 و2016، نجد أنه تم حذف اختصاص البرلمان بالمصادقة على المخطط الوطني الذي كان منصوصاً عليه في مجالات القانون البند 11 من المادة 122 من دستور 1996، والتي أصبحت تحت رقم المادة 140 من دستور 2016.

وقد كان يمكن للمجلس الدستوري أن يعلل لهذا الحذف بالنظر إلى عدم جدوى إدراج المصادقة على المخطط الوطني ضمن مجالات القانون بالنظر إلى وجود آليات أخرى بديلة هي الموافقة البرلمانية على مخطط عمل الحكومة من جانب والمصادقة على قانون المالية لكل سنة من جانب آخر، زد على ذلك أن الممارسة البرلمانية جعلت من حذفه تحصيل حاصل بالنظر إلى أنه لم يصبح موجوداً عملياً لارتباطه في السابق بلوائح مؤتمرات حزب جبهة التحرير الوطني في فترة الحزب الواحد وتوجيهات الميثاق الوطني¹.

1- لمزيد من التفصيل حول مسألة التخطيط الوطني، يراجع:

قانون رقم 02-88 المؤرخ في 12 يناير 1988، المتعلق بالتخطيط. ج ر ع. 2 مؤرخة في 13 يناير 1988، ص. 39... المعدل بالقانون رقم 25-89 المؤرخ في 31 ديسمبر 1989، ج ر ع. 01، الصادرة بتاريخ: 03 يناير 1990، ص. 39.

أما عن مجال القوانين العضوية فيمكن الإشارة إلى أنه تم حذف اختصاص البرلمان بالتشريع بقانون عضوي فيما يتعلق بالأمن الوطني الذي كان منصوصا عليه في المادة 123 من دستور 1996 المادة 141 من دستور 2016.

وقد كان بإمكان المجلس الدستوري التعليل لهذا التعديل بالحذف، وتأسيسه على الأحكام المتعلقة بقيادة رئيس الجمهورية للقوات المسلحة، وتولية مسؤولية الدفاع الوطني وتجسيده للدولة في الداخل، المنصوص عليها في الدستور في المواد: 01- 77، 02-77، المادة 70 على التوالي¹.

وفي السياق ذاته المتعلق بعمل السلطات يمكن أن نسجل سقوط العبارة المتضمنة اختصاص المجلس الدستوري بإعلان نتائج عمليات الاستفتاء وانتخاب رئيس الجمهورية والانتخابات التشريعية من مشروع التعديل الدستوري التي كان منصوصا عليها في المادة 163 من دستور 1996، ولم يتناول المجلس الدستوري أسباب حذفها²، ليتم تداركها في نص التعديل الدستوري الصادر بالجريدة الرسمية في نص المادة 182 منه.

الفرع الثاني: الإضافات الاصطلاحية للنصوص الدستورية:

من بين النصوص التي طرأت عليها تعديلات بالإضافة يمكن ذكر إضافة كلمة "العامة" لقواعد قانون العقوبات في البند 07 من المادة 140 من دستور 2016، وهي المادة 122 من دستور 1996، والتي لم تكن تتضمن هذا الكلمة، والتي لها دلالتها اللغوية والقانونية،

إذ أن وجهة نظر الباحث تتجه أن مسألتي التجريم وضبط الإجراءات الجزائية لن تصبحا حكرا على السلطة التشريعية وحدها مادام أن الدستور يقيد هذه السلطة بالقواعد العامة، مما يعني بالنتيجة إمكانية الإحالة على التنظيم للتنصيص على القواعد التفصيلية لهذه القواعد الكلية العامة، هذا بغض الطرف طبعاً عن نص المادة 58 التي تنص على أنه "لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم".

كما أنه لم يتم الوقوف على المصادقة على المخطط الوطني سوى للسنوات التالية:

قانون رقم 27-89، المؤرخ في: 31 ديسمبر 1989، يتضمن المخطط الوطني لسنة 1990، ج ر ع. 01، الصادرة بتاريخ: 03 يناير 1990، ص. 42.

قانون رقم 37-90، المؤرخ في: 31 ديسمبر 1990، يتضمن المخطط الوطني لسنة 1991، ج ر ع. 57، الصادرة بتاريخ: 31 ديسمبر 1990، ص. 1984.

قانون رقم 26-91، المؤرخ في: 18 ديسمبر 1991، يتضمن المخطط الوطني لسنة 1992، ج ر ع. 65، الصادرة بتاريخ: 18 ديسمبر 1991، ص. 2532.

مرسوم تشريعي رقم 07-93، المؤرخ في: 24 أبريل 1993، يتعلق بالأهداف العامة للفترة 1993-1997 ويتضمن المخطط الوطني لسنة 1993، ج ر ع. 26، الصادرة بتاريخ: 26 أبريل 1993، ص. 03.

1- على ضوء تنظيم رئيس الجمهورية لوزارتي الخارجية والدفاع الوطني بمراسيم رئاسية، وتحديد المباشرة لصلاحيات وزيرها، بناء على اختصاصه بتقرير السياسة الخارجية وتوجيهها، وتوليه لمسؤولية الدفاع الوطني.

2- رأي المجلس الدستوري 16/01 ر.ت د/م د، المرجع السابق، ص. 25.

ويمكن الإشارة أيضا إلى نص المادة 95 من مشروع التعديل الدستوري التي تضمنت توسيع الاستشارات اللازمة قبل إعلان رئيس الجمهورية للحرب لتشمل رئيس المجلس الدستوري، إلا أن المجلس الدستوري لم يتناول هذه الإضافة إلا بصورة عرضية غير واضحة، تعلق بإعادة ترتيب الاستشارات بحسب الترتيب المؤسسي¹.

الفرع الثالث: التصحيح في تراكيب النصوص الدستورية:

من بين التعديلات التي أوردها نص التعديل الدستوري ولم يتناولها المجلس الدستوري في رأيه المعلن بعض التصويبات التي كان يكفي المجلس الدستوري الإشارة إليها فقط من قبيل تصحيح المصطلحات المستعملة في صياغة بعض المواد، ويمكن أن نذكر في هذه المقام بعض التصويبات لأخطاء كانت في نص الدستور السابق ولم تجد الفرصة لإعادة تصويبها بالرغم من مرورها على محطتي تعديل 2002، 2008.

المصطلح الأول الذي تم تصويبه بما يحقق انسجام نصوص الدستور مع التعديلات هو مصطلح "البرنامج" الذي ينفذه وينسقه الوزير الأول بعد مصادقة المجلس الشعبي الوطني، الذي كان في نص المادة 83 من دستور 1996، وبالنظر إلى أنه لم يتم استبداله بموجب تعديل 2008²، فقد استبدل بمصطلح "مخطط العمل" في نص المادة: 97، من التعديل الدستوري لسنة 2016.

ويمكن أن نذكر أيضا ما ورد على نص المادة 137 من مشروع التعديل الدستوري ونص التعديل الدستوري الصادر، التي نصت على تقديم الوزير الأول لاستقالة الحكومة في حالة مصادقة المجلس الشعبي الوطني على ملمس الرقابة، ، إذ كان الظاهر من صياغة نفس المادة من دستور 1996 المعدل، ربط الحكومة بالوزير الأول (حكومته)³، ولم يتناولها المجلس الدستوري كذلك.

كما تم أيضا تصويب المصطلح المعبر عن الأغلبية المشترطة لإقرار سقوط المهمة البرلمانية للنائب أو عضو مجلس الأمة أو تجريدته منها بحسب الحالة المنصوص عليها في المواد 106 ، 107 ، حيث تم تصحيح مصطلح أغلبية "أعضائهم" بعبارة أغلبية "أعضائه" في نص المادة 123 والمادة 124 على التوالي من دستور 2016⁴ بما يعبر حقيقة عن المقصد الدستوري حول أغلبية أعضاء المجلس المعني بالإجراء.

1- رأي المجلس الدستوري 16/01 ر.ت د/م د، المرجع السابق، ص. 18

2- المادة 13 من قانون 19-08 المؤرخ في 15 نوفمبر سنة 2008، المتضمن التعديل الدستوري، ج ر.ع. 63، الصادرة بتاريخ 16 نوفمبر سنة 2008، ص. 10.

3- ART. 137 : Lorsque la motion de censure est approuvée par l'Assemblée Populaire Nationale, le Premier ministre présente la démission de **son Gouvernement** au Président de la République.

4- لقد كانت هذه المصطلحات معدلة بحسب المشروع لكن لم ينتبه لها المجلس الدستوري لذلك لم يثرها ربما بسبب عدم كتابتها بالخط العريض.

المبحث الثاني: الأخطاء المادية الواردة على نص التعديل الدستوري:

تعتبر عملية تحرير القاعدة الدستورية المكتوبة مسألة من الأهمية بمكان لخصوصية مفرداتها ومثانة تراكيبها¹ من جانب، ولارتباط بنائها اللغوي والاصطلاحي بمفاهيم محددة ومقصودة لذاتها من جانب آخر، إذ أن هذه العملية ليست مجرد رصف للألفاظ بقدر ما هي وسيلة للتعبير عن إرادة السلطة التأسيسية الأصلية ومقصدها مستهدية في ذلك بفن الاصطلاح القانوني، والدستوري على الخصوص.

لذلك ينبغي أن تحترم عملية إعادة صياغة النص الدستوري إجراءات التعديل الدستوري وضوابطه، لأن وعاء القاعدة الدستورية المحسدة للمدلول الفكري المراد التعبير عنه هو النص الدستوري ذاته، الذي يتميز عن غيره من القواعد القانونية المكتوبة الأخرى من حيث دقة انتقاء المفردات والمصطلحات وحسن ترتيبها للدلالة على المعنى والمفهوم القانوني المقصود.

فمسألة تعديل الدستور أو المراجعة الدستورية هي مسألة قانونية وسياسية معا لأن الدستور ذاته تأطير قانوني للظواهر السياسية داخل الدولة، وتنظيم قانوني لعمل السلطات، وهو معبر عن مجموع المطالبات السياسية وحالة المجتمع في وقت معين بكل ما يميزها من دلالات غير متناسقة سياسية وتاريخية وقانونية²، مما يجعل مسألة الصياغة في أساسها عملية فكرية، تستلزم التحييص والتزوي لترجمة هذه المسائل إلى نصوص خطية مكتوبة، مع ما يتطلبه ذلك من ضرورة حسن اختيار المصطلحات بعناية.

وبناء على ذلك تكنسي مرحلة المبادرة أهميتها البالغة لتأثيرها البارز على الدستور من حيث دورها في اختيار الصياغة والمصطلحات؛ فالمبادرة الرئاسية -مثلا- بمشروع التعديل الدستوري بعد أن يتبناها البرلمان³ لا يمكن أن تبقى المؤسسة الرئاسية عليها سلطة لتغييرها بعد إقرارها، لأنه وقياسا على عملية التشريع بأوامر لا يمكن إدخال تعديلات على نص الأمر الصادر عن رئيس الجمهورية في حالاته المحددة⁴ بعد موافقة البرلمان عليه، إلا يتابع إجراءات تعديل النصوص القانونية، ماعدا طبعاً، ما تعلق منها بأخطاء مادية والتي تستدرك بآلياتها المعروفة، فإذا كان الأمر كذلك بالنسبة للأوامر التي أصبحت قوانين، فمن باب أولى بالنتيجة أن تكون استتالة إدخال تعديلات على مشروع التعديل الدستوري قائمة بعد إقراره وصيرورته دستورا.

ومن المسلم به لدى المهتمين بالقانون الدستوري والمتابعين لحركة تعاقب الدساتير أن يكون نص التعديل الدستوري الصادر في الجريدة الرسمية هو نفس النص الذي كان محلاً للرأي المعلن للمجلس الدستوري، وهو

1- يوسف حاشي، في النظرية الدستورية، ابن النديم للنشر والتوزيع منشورات الحلبي الحقوقية، الجزائر، ص. 198

2- Louis Favoreu et autres, Droit constitutionnel, 17^{eme} édition, Dalloz, 2015, p. 87

3- التركيز على المبادرة الرئاسية والموافقة على من البرلمان للتأسيس لما ستم دراسته لاحقا.

4- بين دورتي البرلمان أو في حالة شعور المجلس الشعبي الوطني في ظل دستور 1996، وفي العطل البرلمانية مع توافر حالة الاستعجال في دستور 2016.

نفس النص كذلك الذي تناوله البرلمان بالتصويت، لأن الدستور ذاته ينظم هذه العملية ويجعل من سلطة رئيس الجمهورية تجاه مشروع التعديل الذي ابتدره، تقف عند حد الإصدار كما سيتم توضيحه في أوانه. لكن المقارنة السطحية بين النص الذي تناوله المجلس الدستوري في رأيه ونص التعديل الدستوري لسنة 2016، الصادرين في الجريدة الرسمية، أظهرت أن هناك العديد من الاختلافات بين النصين، التي تطرح الكثير من الإستفهامات الفكرية والإشكاليات القانونية لاسيما ما تعلق منها بحجية آراء المجلس الدستوري، وهو ما سيتم تناوله في المطالب الموالية.

المطلب الأول: إعادة صياغة النصوص الدستورية خارج عملية التعديل الدستوري

سبق الإشارة إلى أن النص الدستوري يكتسب قدسيته من المفاهيم التي يحملها، لذلك فإن أي عملية تعديل لهذا النص يجب أن تلتزم بالحدود والضوابط المبينة دستوريا، بالنظر إلى أن المساس بالبناء المادي للقاعدة الدستورية هو بالنتيجة مساس بالمدلول القانوني الذي يحمله النص الدستوري، خصوصا إذا ثبت لدينا أن المجلس الدستوري كثيرا ما كان يقضي بعدم مطابقة بعض النصوص التشريعية لعدم مطابقتها للنص الدستوري في سبيل مبتغى الحفاظ على المقصد الدستوري¹.

ويمكن أن نسجل بشأن التعديل الدستوري الصادر لسنة 2016 الملاحظات التالية:

الفرع الأول: التغيير في البنية الاصطلاحية للنص الدستوري:

أولا: المصطلحات المغيرة كلية:

يمكن أن يذكر الدارس في هذا المقام نوعين من المصطلحات الدستورية المغيرة كلية، مصطلحات تم تغييرها خارج مشروع التعديل الدستوري، وأخرى تمت بعد الرأي المعلن للمجلس الدستوري و إقرار مشروع التعديل الدستوري من البرلمان والتي لا يمكن أن تستساغ إلا بإدخالها في إطار مفهوم آخر لعملية التنسيق التي تضمنتها الأحكام الانتقالية.

¹ - ينظر على سبيل المثال:

رأي رقم 01/د.م./12 المؤرخ في 08 يناير 2012 المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية للدستور، ج. ر. ع. 02 الصادرة بتاريخ: 15 يناير 2012، ص. 07 : والتي ارتأت فيها المجلس الدستوري أن المشرع بإضافته لكلمة "فتوي" قد تجاوز ما صرفت إليه إرادة المؤسس الدستوري وقضى بعدم مطابقتها للدستور.

رأي رقم 02/د.م./04 المؤرخ في 22 غشت 2004 المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالقانون الأساسي للقضاء للدستور، ج. ر. ع. 57 الصادرة بتاريخ: 08 سبتمبر 2004، ص. 05 : والتي ارتأت فيها المجلس الدستوري أن المشرع بإخضاعه للقضاء عند تعيينهم الأول وقبل توليهم وظائفهم لليمين بأن يحكموا وفقا للقانون، والزاهم لهم بأن يصدر أحكامهم طبقا لمبدأ الشرعية، يكرن قد استعمل مصطلحا لا يعكس بأمانة إرادة المؤسس الدستوري المعبر عنها في المادة 140 من الدستور

المادة 140 من دستور 1996: أساس القضاء مبادئ الشرعية والمساواة. الكل سواسية أمام القضاء، وهو في متناول الجميع ويجسده احترام القانون.

أ: المصطلحات المغيرة بدون إجراءات التعديل الدستوري:

من المصطلحات المغيرة بطريقة غير دستورية مصطلح العهدة المحددة بخمس سنوات بالنسبة للمجلس الشعبي الوطني وستة سنوات بالنسبة لمجلس الأمة .

فإذا ما تناولنا المصطلح الذي كان مستعملا في دستور 1996 نجد أن نص المادة 102 منه¹ كانت تأخذ بمصطلح "مدة" بالنسبة للمجلس الشعبي الوطني، ومصطلح "مهمة" بالنسبة لمجلس الأمة² ، وهي نفس المصطلحات التي جاء بها مشروع التعديل الدستوري وهو السبب في عدم تناول المجلس الدستوري للتعديل الوارد على هذين المصطلحين.

وإذا ما عرجنا على نص التعديل الدستوري الصادر بالجريدة الرسمية 2016 ، نجد بأنه استعمل مصطلحا آخر موحدا بينهما، للتعبير عن العهدة البرلمانية لكلا المجلسين وهو مصطلح "العهدة" وذلك باللغتين العربية والفرنسية³.

وما يلاحظ على توحيد المصطلح بلغتيه العربية والفرنسية أن مصطلح العهدة ذاته كثيرا ما لا يعبر عن مصطلح "mandat" حيث يمكن أن نسجل بهذا الخصوص تباين في تطابق الأخذ بين المصطلحين للتعبير عن العهدة الانتخابية التي تركز بالأساس على عامل الانتخاب أو للتعبير عن المهمة الإدارية التي تقوم على أساس التعيين⁴.

حتى وإن كان تصويب هذا المصطلح لا يطرح أي إشكالية بالنظر إلى الخطأ السابق الذي كان يفرق في الوصف القانوني والمصطلح المعبر عن عهدتي المجلسين، إلا أن ما يعاب على هذا التصويب أنه تم بعيدا عن عملية التعديل الدستوري وإجراءاته.

¹ - المادة 102 : يُنتخب المجلس الشعبي الوطني لمدة خمس (5) سنوات.

تحدد مهمة مجلس الأمة بمدة ست (6) سنوات.

ART. 102 : L'Assemblée Populaire Nationale est élue pour une durée de cinq (5) ans.

Le mandat du Conseil de la Nation est fixé à six (6) ans.

2- على اعتبار وجود الثلث الرئاسي في مجلس الأمة الذي غير بينها في المصطلح على نحو: (/) Assemblée Populaire Nationale. (Conseil de la Nation.

³ - المادة 119 : يُنتخب المجلس الشعبي الوطني لعهدتها خمس (5) سنوات.

تحدد عهدتها مجلس الأمة بمدة ست (6) سنوات.

Art. 119. . L'Assemblée Populaire Nationale est élue pour un mandat de cinq (5) ans.

Le mandat du Conseil de la Nation est fixé à six (6) ans

⁴ - يمكن أن نذكر على سبيل المثال:

مصطلح "المهمة الرئاسية" الذي تم ترجمته بمصطلح " mandat présidentiel " في نص المادة 88 من دستور 2016، والمادة 74 من دستور 1996 ومشروع التعديل الدستوري، أو مصطلح المهام المذكور في المادة 92 من دستور 2016 والمادة 78 من دستور 1996 ومشروع التعديل الدستوري، التي يعين فيها رئيس الجمهورية بمرسوم رئاسي والذي تم ترجمته بمصطلح "mandats".

ب: المصطلحات المغيرة بعد إقرار التعديل الدستوري:

في هذه الجزئية من الدراسة النقدية يمكن أن نشير ابتداء إلى أن التغيير في المصطلحات التي سيتم ذكرها، قد تم بعد عملية إقرار مشروع التعديل الدستوري من البرلمان والذي قد مس ترجمة المصطلحات إلى اللغة العربية، بحيث تم التراجع عن بعض المصطلحات الواردة في مشروع التعديل بنسخته العربية إلى غيرها من المصطلحات الأخرى.

وقد كان بالإمكان الوقوف على ثبات المصطلح باللغة الفرنسية مع إعادة تغيير ترجمته إلى اللغة العربية وذلك عند المقارنة بين نص المشروع الذي درسه المجلس الدستوري الثابت في رأيه المعلن، ونص التعديل الدستوري الصادرين بالجريدة الرسمية.

ومن المصطلحات التي تم تغييرها بعد إقرار التعديل الدستوري نذكرها بحسب ترتيبها في النص الدستوري:

- 1- مصطلح **الجمعيات** الوارد في نص المادة 131¹ من مشروع التعديل الدستوري وهو نفس المصطلح الذي تناوله المجلس الدستوري في رأيه المعلن² والذي تم استبداله بمصطلح **الشراكة** في المادة 149³، وشتان بين الكلمتين في الدلالة اللغوية والاصطلاحية والنتائج العملية المترتبة عن كل منها.
- 2- مصطلح ثاني أكثر غرابة عن سابقه تم استبداله هو كذلك بعد إقرار التعديل الدستوري، وهو المصطلح الوارد في نص المادة 117 من مشروع التعديل الدستوري⁴ التي أسست لتمكين اللجان على مستوى البرلمان

¹ - المادة 131 : يصادق رئيس الجمهورية على اتفاقيات الهدنة، ومعاهدات السلم والتحالف والاتحاد، والمعاهدات المتعلقة بمجود الدولة، والمعاهدات المتعلقة بقانون الأشخاص، والمعاهدات التي تترتب عليها نفقات غير واردة في ميزانية الدولة، والاتفاقات الثنائية أو المتعددة الأطراف المتعلقة بمناطق التبادل الحر **وبالجمعيات** وبالتكامل الاقتصادي، بعد أن توافق عليها كل غرفة من البرلمان صراحة.

ART. 131 : Les accords d'armistice, les traités de paix, d'alliances et d'union, les traités relatifs aux frontières de l'Etat, ainsi que les traités relatifs au statut des personnes et ceux entraînant des dépenses non prévues au budget de l'Etat, les accords bilatéraux ou multilatéraux relatifs aux zones de libre échange, aux **associations** et aux intégrations économiques, sont ratifiés par le Président de la République, après leur approbation expresse par chacune des chambres du Parlement.

2- رأي رقم 16/01 ر.ت.د.م.د، المؤرخ في 28 يناير سنة 2016، المتعلق بمشروع التعديل الدستوري، ج.ر.ع. 06، الصادرة بتاريخ: 03 فبراير 2016، ص. 23.

3- المادة 149 : يصادق رئيس الجمهورية على اتفاقيات الهدنة، ومعاهدات السلم والتحالف والاتحاد، والمعاهدات المتعلقة بمجود الدولة، والمعاهدات المتعلقة بقانون الأشخاص، والمعاهدات التي تترتب عليها نفقات غير واردة في ميزانية الدولة، والاتفاقات الثنائية أو المتعددة الأطراف المتعلقة بمناطق التبادل الحر **وبالشراكة** وبالتكامل الاقتصادي، بعد أن توافق عليها كل غرفة من البرلمان صراحة.

Art. 149 . Les accords d'armistice, les traités de paix, d'alliances et d'union, les traités relatifs aux frontières de l'Etat, ainsi que les traités relatifs au statut des personnes et ceux entraînant des dépenses non prévues au budget de l'Etat, les accords bilatéraux ou multilatéraux relatifs aux zones de libre échange, aux **associations** et aux intégrations économiques, sont ratifiés par le Président de la République, après leur approbation expresse par chacune des chambres du Parlement.

⁴ - المادة 117 : يشكل المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة لجانبها الدائمة في إطار نظامها الداخلي.

من تشكيل "بعثة إعلامية" حول موضوع محدد أو وضع معين"، وهي نفس العبارة الذي تناولها المجلس الدستوري في رأيه الملعل¹، بخلاف ما صدر به نص التعديل الدستوري الذي نص على تشكيل "بعثة استعلام" بدلا من بعثة إعلامية في نص المادة 143 منه².

والإشكالية التي يطرحها تبديل هذا المصطلح هو في العلاقة بين السلطين التشريعية والتنفيذية والتي هي إحدى المسائل التي يناط بها الرأي الملعل للمجلس الدستوري، على اعتبار أن المدلول القانوني المستظهر من نص المادة بعد تغيير المصطلح بلغته العربية، أصبح يمنح اللجان البرلمانية مكنة تختلف عن النص المدروس من طرف المجلس الدستوري والبرلمان³، مع الأخذ في الحسبان ما سبق للمجلس الدستوري أن رآه بخصوص لائحة المجلس الشعبي الوطني لسنة 1989، والتي قرر بشأنها أن منح اللجان الدائمة للمجلس الشعبي الوطني أو أعضائها سلطة تفتيشية من شأنه أن يشكل مساسا بمبدأ الفصل بين السلطات وبالاستقلالية اللازمة للهيئة التنفيذية⁴، وقضى بعدم مطابقتها للدستور.

يمكن كل لجنة دائمة من لجان الغرفتين تشكيل **بعثة إعلامية** مؤقتة حول موضوع محدد أو وضع معين.

ART. 117 : L'Assemblée Populaire Nationale et le Conseil de la Nation créent des commissions permanentes dans le cadre de leur règlement intérieur.

Chaque commission permanente au niveau de chacune des deux Chambres peut mettre sur pied **une Mission temporaire d'information** sur un sujet précis ou sur une situation donnée.

¹ - رأي رقم 16/01 ر.ت.د/م.د، المرجع السابق، ص. 20، 22.

² - المادة 134 : يشكل المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة لجانها الدائمة في إطار نظامها الداخلي.

يمكن كل لجنة دائمة من لجان الغرفتين تشكيل **بعثة استعلام** مؤقتة حول موضوع محدد أو وضع معين.

Art. 134. . L'Assemblée Populaire Nationale et le Conseil de la Nation créent des commissions permanentes dans le cadre de leur règlement intérieur.

Chaque commission permanente au niveau de chacune des deux chambres peut mettre sur pied **une mission temporaire d'information** sur un sujet précis ou sur une situation donnée.

3- للإطلاع على تقرير اللجنة البرلمانية المشتركة حول هذه المسألة، يراجع:

الجريدة الرسمية للمداولات، مجلس الأمة، العدد الخاص، السنة الأولى 2016، ص. 27.

الجريدة الرسمية للمناقشات، المجلس الشعبي الوطني، عدد خاص، السنة الرابعة، 2016، ص. 31.

يمكن التنبيه في هذا الصدد أن تقديم الوزير الأول لمشروع التعديل الدستوري أمام البرلمان صرح بأن مشروع هذا النص الدستوري يدخل في إطار دعم وظيفة مراقبة البرلمان على عمل الحكومة بالساح لكل لجنة دائمة في البرلمان بتشكيل **مهمة استعلام مؤقتة** حول مواضيع محددة. ينظر:

الجريدة الرسمية للمداولات، مجلس الأمة، العدد الخاص، السنة الأولى 2016، ص. 08.

الجريدة الرسمية للمناقشات، المجلس الشعبي الوطني، عدد خاص، السنة الرابعة، 2016، ص. 09.

4- ينظر قرار رقم 03 -ق.ن.د- م د- 89 المؤرخ في 18 ديسمبر سنة 1989 المتعلق بلائحة المجلس الشعبي الوطني المؤرخة في 29 أكتوبر سنة 1989، ج.ر.ع. 54 الصادرة بتاريخ 20 ديسمبر 1989، ص. 1493.

قضى فيه المجلس الدستوري بعد مطابقة الجزء الأخير من الفقرة 02 من المادة 49، للأسباب التي تم ذكرها في المتن، بالإضافة إلى أن المادة 94 من دستور 1989 لا تعطي للجان الدائمة سوى الحق في الزيارات الإعلامية التي تساعدها على حسن تقدير المسائل التي تطرح لدى دراسة القوانين.

ولذلك فإن عملية إعادة صياغة هذا المصطلح بعد رأي المجلس الدستوري لها تأثيرها القانوني والسياسي، لكونها قد تجاوزت النطاق الموضوعي لرأي المجلس الدستوري لاسيما ما تعلق منه بالتوازنات بين السلطات¹، ومن ثمة فإنها تشكل تهديدا حقيقيا وقائما على دستورية المراجعة الدستورية ذاتها، ويمكن أن تجعل من هذا التعديل الدستوري الصادر في الجريدة الرسمية غير دستوري من وجهة نظر إجرائية؛ لأن سلطة رئيس الجمهورية في عملية التعديل الدستوري بعد مبادرته بها، تتوقف عند حدود إصدار القانون المتضمن نص التعديل الدستوري الذي تم إقراره دون أن تكون له إمكانية إدخال تعديلات عليه خارج الإجراءات الدستورية².

وفي السياق ذاته المتعلق باستبدال المصطلحات يمكن أن نقف أيضا عند نص المادة 164 مكرر2 الجديدة في نص مشروع التعديل الدستوري³ والتي أسست للحصانة القضائية في المسائل الجزائية لكل أعضاء المجلس الدستوري بما فيهم الرئيس ونائبه، والتي يترتب عنها عدم إمكانية متابعتهم أو توقيفهم بسبب ارتكاب جريمة أو جنحة إلا بتنازل صريح من المعني بالأمر أو بترخيص من المجلس الدستوري.

بمعنى أن هؤلاء الأعضاء وفقا للنص الذي درسه المجلس الدستوري⁴ ووافق عليه البرلمان كانوا يتمتعون بالحصانة الجزائية المطلقة بالنظر إلى النص الذي أورد مصطلح الجريمة والذي من المتعارف عليه فقها وقانونا وقضاء أنها تشمل أنواعها الثلاث الجنائيات والجناح والمخالفات، بخلاف النص الصادر في الجريدة الرسمية⁵ الذي حصر الحصانة الجزائية في الجنائيات والجناح فقط.

المادة 49 فقرة 02 من اللائحة المتضمنة للنظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني: "كما يمكن لها كذلك أن تكلف أعضائها للقيام بجولات استطلاعية في الميدان حول مواضيع مطروحة في دراسة القوانين أو حول مواضيع هامة على الساحة متعلقة بالقطاعات التي تدخل في صلاحياتها" كما أن المجلس الدستوري قضى بأن المادة 94 من دستور 1989 (المادة 100 من دستور 1996، المادة 115 من دستور 2016)، التي تنص على أنه يجب على المجلس الشعبي الوطني في إطار اختصاصاته الدستورية أن يبقى وفيما لثقة الشعب ويظل يتحسس تطلعاته، لا تعطي للجان الدائمة سوى الحق في **الزيارات الإعلامية** التي تساعد على حسن تقدير المسائل التي تطرح لدى دراسة القوانين

1- إلا إذا كانت هذه المكنة المستجدة لا تعتبر من قبيل التوازنات الأساسية بين السلطات.

2- ينظر المواد:

176 من دستور 1996

210 و 218 من دستور 2016

3- المادة 164 مكرر2: يتمتع رئيس المجلس الدستوري ونائب الرئيس، وأعضاؤه، خلال عهدهم، بالحصانة القضائية في المسائل الجزائية.

ولا يمكن أن يكونوا محل متابعات أو توقيف بسبب ارتكاب **جريمة** أو جنحة إلا بتنازل صريح من المعني بالأمر أو بترخيص من المجلس الدستوري. ART. 164 ter : Durant leur mandat, le Président, le Vice Président et les membres du Conseil constitutionnel jouissent de l'immunité juridictionnelle en matière pénale.

Ils ne peuvent faire l'objet de poursuites, d'arrestations pour **crime** ou délit, que sur renonciation expresse de l'intéressé à son immunité ou sur autorisation du Conseil Constitutionnel.

4- رأي رقم 16/01 ر.ت.د.م.د، المرجع السابق، ص. 26.

5- المادة 185: يتمتع رئيس المجلس الدستوري ونائب الرئيس، وأعضاؤه، خلال عهدهم، بالحصانة القضائية في المسائل الجزائية. ولا يمكن أن يكونوا محل متابعات أو توقيف بسبب ارتكاب **جناية** أو جنحة إلا بتنازل صريح **عن الحصانة** من المعني بالأمر أو بترخيص من المجلس الدستوري.

كما أن الأحكام الدستورية المتعلقة بعمل السلطات والمؤسسات الدستورية قد كانت أيضا عرضة لإعادة تصويب العبارات الواردة في نص التعديل الدستوري المنشور بما يوافق حقيقة العمل المنوط بالسلطة ولقطع الطريق أمام التفسير الضيق لمفردات النصوص الدستورية، وهذا طبعاً بعد إقرار مشروع التعديل الدستوري من البرلمان.

وفي هذا الإطار يمكن الإشارة إلى إعادة ضبط المفردات العربية مع بقاء النص الفرنسي على حاله للعبارات الواردة في المواد 119 و 124 من مشروع التعديل الدستوري، عند مقارنتها بصياغة المواد 136 و 142 من دستور 2016، على التوالي¹، التي تربط مبادرة السلطة التنفيذية بالتشريع بإجراء دستوري وجوبي، هو الاستشارة القبلية لمجلس الدولة سواء بالنسبة لمشاريع القوانين أو الأوامر الصادرة عن رئيس الجمهورية، حيث تم استبدال عبارة "بعد الأخذ برأي مجلس الدولة" بعبارة "بعد رأي مجلس الدولة".

Art. 185. . Durant leur mandat, le Président, le vice-président et les membres du Conseil onstitutionnel jouissent de l'immunité juridictionnelle en matière pénale.

Ils ne peuvent faire l'objet de poursuites, d'arrestations pour crime ou délit, que sur renonciation expresse de l'intéressé à son immunité ou sur autorisation du Conseil constitutionnel.

¹ - ART. 119 : L'initiative des lois appartient concurremment au Premier Ministre, aux Députés et aux membres du Conseil de la Nation(...)

Les projets de lois sont présentés en Conseil des Ministres après avis du Conseil d'Etat (...)

المادة 119 : لكل من الوزير الأول والنواب وأعضاء مجلس الأمة حق المبادرة بالقوانين.(...)

تعرض مشاريع القوانين على مجلس الوزراء، بعد الأخذ برأي مجلس الدولة، (...)

Art. 136. . L'initiative des lois appartient concurremment au Premier ministre, aux députés et aux membres du Conseil de la Nation(...)

Les projets de lois sont présentés en Conseil des Ministres **après avis du Conseil d'Etat**, (...)

المادة 136 : لكل من الوزير الأول والنواب وأعضاء مجلس الأمة حق المبادرة بالقوانين.(...)

تعرض مشاريع القوانين على مجلس الوزراء، بعد رأي مجلس الدولة (...)

ART. 124 : En cas de vacance de l'Assemblée Populaire Nationale ou durant les vacances parlementaires, le Président de la République peut, sur des questions urgentes, légiférer par ordonnance, **après avis du Conseil d'Etat**.

المادة 124 : لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في مسائل عاجلة في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطل البرلمانية، بعد الأخذ برأي مجلس الدولة.

Art. 142. . En cas de vacance de l'Assemblée Populaire Nationale ou durant les vacances parlementaires, le Président de la République peut, sur des questions urgentes, légiférer par ordonnance, **après avis du Conseil d'Etat**.

المادة 142 : لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في مسائل عاجلة في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطل البرلمانية، بعد رأي مجلس الدولة.

فحتى وإن كانت العبارات الجديدة هي الأصح في التعبير الحقيقي على الطابع الاستشاري لمضمون آراء مجلس الدولة، إلا أن تعديل تراكيب النص الدستوري بهذه الطريقة وتجاهل رأي المجلس الدستوري بخصوص صياغة مشروع التعديل¹ غير محمود.

الفرع الثاني: إعادة صياغة النصوص الدستورية:

يمكن أن نسجل كذلك إعادة ضبط ترتيب الجمل المصاغة بها بعض النصوص الدستورية، سواء بالتقديم أو التأخير بين العبارات المشكلة لمتون المواد أو إعادة صياغتها بما يتناسب وفن الصياغة القانونية السليمة وذاتية الصياغة الدستورية على الخصوص، أو بالتراجع عن بعض المصطلحات إلى غيرها لتفادي تداخلها مع مفاهيم أخرى مجاورة لها في الدلالة.

ومن هذه النصوص نص المادة 65² من مشروع التعديل الدستوري الذي تمت إعادة صياغة فقراتها باللغة العربية في نص المادة 79³ من نص التعديل الدستوري، على نحو يجعلها بنفس تراتبية فقراتها باللغة الفرنسية، مع العدول عن الترجمة العربية للمصطلح الفرنسي " les parents " بمصطلح " الآباء " الذي كان في مشروع التعديل المدروس من طرف المجلس الدستوري، إلى الأخذ بمصطلح " الأولياء " في نص التعديل الدستوري الصادر بالجريدة الرسمية.

ويمكن أن نشير كذلك إلى إعادة صياغة الفقرة الثالثة من المادة 17 مكرر من مشروع التعديل الدستوري التي كانت صياغتها على النحو التالي: "كما تحمي الدولة الأملاك العمومية للمياه" لتصبح بعد إصدار التعديل الدستوري "كما تحمي الدولة الأملاك المائتة العمومية". في الفقرة الثالثة من نص المادة 19 منه.

كما يمكن أيضا الإشارة إلى تنقيح نص الفقرة 02 المادة 100 مكرر من مشروع التعديل الدستوري إلى نص الفقرة 02 من المادة 116 من دستور 2016 في الصياغتين العربية⁴ والفرنسية¹.

¹ - رأي المجلس الدستوري 16/01 رت د/م د، المرجع السابق، ص. 19 و 22.

2- المادة 65 : يلزم الآباء تحت طائلة المتابعات، بضمان تربية أبنائهم وعلى الأبناء واجب القيام بالإحسان إلى آبائهم ومساعدتهم.

Art. 65 : Sous peine de poursuites, les parents ont l'obligation d'assurer l'éducation de leurs enfants, et les enfants ont le devoir d'assurer aide et assistance à leurs parents

3- المادة 79 : تحت طائلة المتابعات، يلزم الأولياء بضمان تربية أبنائهم وعلى الأبناء واجب القيام بالإحسان إلى آبائهم ومساعدتهم.

Art. 79. . Sous peine de poursuites, les parents ont l'obligation d'assurer l'éducation de leurs enfants, et les enfants ont le devoir d'assurer aide et assistance à leurs parents.

مصطلح الأولياء أوسع وأشمل في الدلالة من مصطلح الآباء.

4- المادة 100 مكرر : يتفرغ النائب أو عضو مجلس الأمة كليا لممارسة عهده.

ينبغي أن ينص النظامان الداخليان للمجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة على أحكام تتعلق بوجود المشاركة الفعلية لأعضائها في أشغال اللجان وفي الجلسات العامة، تحت طائلة العقوبات المطبقة في حالة الغياب.

وللباحث أن يسجل ضمن الأحكام المستجدة في التعديل الدستوري لسنة 2016 مجموعة من النصوص التي بالرغم من حداثة إدراجها في مرتبة القواعد الدستورية إلا أنها لم تسلم هي الأخرى من عملية إعادة الصياغة، ويخص بالذكر، النصوص المتعلقة بمراقبة الانتخابات، بحيث أن السلطات العمومية المكلفة بتنظيم الانتخابات كانت ملزمة بإحاطتها بالشفافية والنزاهة بنص المادة 170 مكرر من مشروع التعديل، لكنها أصبحت ملزمة بالشفافية والحياد بحسب ما أورده التعديل الدستوري الصادر في نص المادة 193.

فمصطلحي النزاهة والحياد قد غاير بينهما نص الدستور الجديد على غير ما درسه المجلس الدستوري في مشروع التعديل الدستوري²، مع الإشارة إلى بقاء الترجمة باللغة الفرنسية (impartialité) على حالها³، وشتان ما بين إلزام السلطات العمومية بالنزاهة وبين إلزامها بالحياد.

ففي ذات السياق، يجد الباحث أن الدستور الجديد قد تضمن مصطلحي "النزاهة والحياد" معا في صيغة اليمين التي يؤديها أعضاء المجلس الدستوري أمام رئيس الجمهورية طبقا لنص المادة 183 الفقرة الأخيرة منها، وقد

المادة 116: يتفرغ النائب أو عضو مجلس الأمة كليا لممارسة عهده.

ينص النظامان الناخيان للمجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة على أحكام تتعلق بوجود المشاركة الفعلية لأعضائها في أشغال اللجان وفي الجلسات العامة، تحت طائلة العقوبات المطبقة في حالة الغياب.

1- Art. 100 bis : Le député ou le membre du Conseil de la Nation se consacre pleinement à l'exercice de son mandat.

Les règlements intérieurs de l'Assemblée Populaire Nationale et du Conseil de la Nation **doivent prévoir** des dispositions relatives à l'obligation de participation effective de leurs membres aux travaux des commissions et des séances plénières, sous peine de sanctions applicables en cas d'absence.

Art. 116. . Le député ou le membre du Conseil de la Nation se consacre pleinement à l'exercice de son mandat.

Les règlements intérieurs de l'Assemblée Populaire Nationale et du Conseil de la Nation **prévoient** des dispositions relatives à l'obligation de participation effective de leurs membres aux travaux des commissions et des séances plénières, sous peine de sanctions applicables en cas d'absence

2- رأي المجلس الدستوري 16/01 ر.ت د/م د، المرجع السابق، ص. 28.

3- النصوص من مشروع التعديل الدستوري:
باللغة العربية:

المادة 170 مكرر " تلزم السلطات العمومية المكلفة بتنظيم الانتخابات بإحاطتها بالشفافية **والنزاهة**."
باللغة الفرنسية:

ART. 170 bis : "Les pouvoirs publics en charge de l'organisation des élections sont tenus de les entourer de transparence et **d'impartialité**."

نص المادة في دستور 2016:

المادة 193 : تلزم السلطات العمومية المكلفة بتنظيم الانتخابات بإحاطتها بالشفافية **والحياد**.

Art. 193. . Les pouvoirs publics en charge de l'organisation des élections sont tenus de les entourer de transparence et **d'impartialité**.

جاءت الترجمة التي اعتمدت في النص بلغته الفرنسية على صيغة: "impartialité et neutralité"، بحيث تم اعتماد مصطلح النزاهة كترجمة موافقة لمصطلح "impartialité" وليس الحياد¹.

زيادة على كونه من غير المنطقي أن تستبدل مصطلحات التعديل الدستوري بعد إقرارها دستوريا، لا يجب في فن الصياغة التشريعية أن يكون المشرع الدستوري مذذب ما بين ترجمتين مختلفتين لمصطلح واحد.

وهو الأمر عينه الذي يمكن تسجيله كذلك على نص آخر مستجد في هذا الدستور الجديد والمتضمن التأسيس لمجلس وطني لحقوق الإنسان، والذي تم النص عليه في المادة 173 - 1 من مشروع التعديل الدستوري² الذي درسه المجلس الدستوري³، التي أوردت عبارة "رئيس الجمهورية، حامي الدستور" والتي تم الاستعاضة عنه بمصطلح "رئيس الجمهورية، ضامن الدستور" في نص المادة 198 من دستور 2016⁴.

فالمفارقة المسجلة بخصوص هذا المصطلح أنه زيادة على أن التغيير الوارد على النص الذي كان محلا للرأي الملل للمجلس الدستوري وكذا موافقة الأغلبية البرلمانية الموصوفة عليه، هي عدم التزام ترجمة موحدة كذلك لنفس المصطلح حيث يمكن الوقوف على استعمال نفس المصطلح باللغة الفرنسية مع التغيير في ترجمته العربية، وذلك عند المقارنة مع ما أورده نص المادة 70 من دستور 1996، والمادة 84 من دستور 2016⁵،

زد على ذلك أن لعبارة رئيس الجمهورية حامي الدستور دلالتها التي ارتكز عليها المجلس الدستوري عند استنتاجه أن المؤسس الدستوري عندما أخضع النظامين الداخليين لغرفتي البرلمان إجباريا لرقابة المطابقة أحكامهما مع الدستور قبل أن يصبح النظام الداخلي قابلا للتطبيق ومن ثم واجب التنفيذ قد أوكل صلاحية الإخطار في هذه الحالة لرئيس الجمهورية باعتباره حامي الدستور وهو ما لم يكن منصوصا عليه في الدستور⁶.

1 - Voir : Traduction des termes du serment prévu à l'Art. 183 de la Constitution

²- المادة 173 - 1 : يؤسس مجلس وطني لحقوق الإنسان، يدعى في صلب النص "المجلس" ويوضع لدى رئيس الجمهورية، حامي الدستور.
ART. 173-1 : Il est institué un Conseil National des Droits de l'Homme, ci-dessous dénommé « le Conseil », placé auprès du Président de la République **garant de la Constitution**

³- رأي المجلس الدستوري 16/01 ر.ت د/م د، المرجع السابق، ص. 29

⁴- المادة 198 : يؤسس مجلس وطني لحقوق الإنسان، يدعى في صلب النص "المجلس" ويوضع لدى رئيس الجمهورية، ضامن الدستور.
Art. 198. . Il est institué un Conseil National des Droits de l'Homme, ci-dessous dénommé « le Conseil », placé auprès du Président de la République **garant de la Constitution**

⁵- المادة 84 : يجسد رئيس الجمهورية، رئيس الدولة، وحدة الأمة.

وهو حامي الدستور.

Art. 84. . Le Président de la République, Chef de l'Etat, incarne l'unité de la Nation.

Il est **garant de la Constitution**.

⁶- رأي رقم 10/ر.ن.د/م د/2000 المؤرخ في 13 مايو سنة 2000، المتعلق بمراقبة مطابقة النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني للدستور، ج ر ع. 43 الصادرة بتاريخ: 30 يوليو سنة 2000، ص.03.

ثانيا: المصطلحات المضافة بعد إقرار التعديل الدستوري:

لعل أغلب ما تم تناوله سابقا في الملاحظات المذكورة آنفا لا تغير في صلاحيات المؤسسات الدستورية، بحيث يمكن أن يتم تصنيفها في خانة التصويبات اللغوية والاصطلاحية، لكن ما سيتم تناوله في هذه الجزئية، هو حالات تضمنت إضافة مصطلحات لها دلالتها القانونية والسياسية ولها تأثيرها الإجرائي، ناهيك عن أن عملية الإضافة تمت بعد الرأي المعلن للمجلس الدستوري.

فقد تمت إضافة عبارة "في كل الحالات" إلى الفقرة الخامسة من نص المادة 48 من دستور 1996 ، المادة 60 فقرة 05 من دستور 2016، ليصبح لزاما على الضبطية القضائية إعلام الشخص الموقوف للنظر بإمكانية طلبه إجراء فحص طبي عند انتهاء مدة التوقيف للنظر في كل الحالات.

كما يمكن أن نذكر أيضا حالة أخرى لإضافة مصطلح إلى النص الدستوري مما أدى إلى توسيع صلاحيات مؤسسة دستورية مستحدثة بنص التعديل الدستوري لسنة 2016، ونعني به مصطلح "الاستفتاء" الذي أضيف إلى نص المادة 170 مكرر 02 من مشروع التعديل الدستوري¹ والتي أعطى المجلس الدستوري رأيه بشأنها وهي على نفس الصياغة²، حيث كانت المادة تنص على سهر اللجنة العليا على شفافية ونزاهة الانتخابات الرئاسية والتشريعية والمحلية فقط ليصبح اختصاص هذه الهيئة بعد صدور نص التعديل الدستوري في الجريدة الرسمية شاملا للاستفتاء³.

فحتى وإن كان من المنطقي أن النص الدستوري الذي صادق عليه البرلمان أسس لهيئة عليا مستقلة لمراقبة كل أنواع الاستشارات السياسية الوطنية منها والمحلية بحسب خطاب رئيس الجمهورية للبرلمان⁴، مع حرص هذه الهيئة على شفافية هذه الاستشارات ونزاهتها، مما يجعل عدم تضمين نص مشروع التعديل الدستوري

¹ - المادة 170 مكرر 2: تُحدث هيئة عليا مستقلة لمراقبة الانتخابات (...)

تسهر اللجنة العليا على شفافية الانتخابات الرئاسية والتشريعية والمحلية ونزاهتها، منذ استدعاء الهيئة الناجبة حتى إعلان النتائج المؤقتة للاقتراع.

ART. 170 ter : Il est créé une Haute instance Indépendante de Surveillance des élections.(...)

La Haute instance veille à la transparence et à la probité des élections présidentielles, législatives et locales, depuis la convocation du corps électoral jusqu'à la proclamation des résultats provisoires du scrutin.

² - رأي المجلس الدستوري، المرجع السابق، ص. 29.

³ - المادة 194: تُحدث هيئة عليا مستقلة لمراقبة الانتخابات (...)

تسهر اللجنة العليا على شفافية الانتخابات الرئاسية والتشريعية والمحلية وكذا الاستفتاء ونزاهتها، منذ استدعاء الهيئة الناجبة حتى إعلان النتائج المؤقتة للاقتراع.

Art. 194. Il est créé une Haute Instance Indépendante de Surveillance des Elections.(...)

La Haute Instance veille à la transparence et à la probité des élections présidentielles, législatives et locales et du référendum, depuis la convocation du corps électoral jusqu'à la proclamation des résultats provisoires du scrutin.

⁴ - ينظر: الجريدة الرسمية للمداولات لمجلس الأمة، الفترة التشريعية السابعة (2016-2018)، السنة الأولى، عدد خاص، ص. 32.

لمصطلح "الاستفتاء" سهواً قد سقط منه، وتبعاً له لم يتناول الرأي المعلن للمجلس الدستوري، لكن تداركه بهذه الطريقة تفسر بالمكانة القانونية التي يتمتع بها النص الدستوري الذي لا يستساغ بأي حال إعادة صياغته بمنأى عن ضوابط التعديل الدستوري.

وفي الإطار ذاته المتعلق بالانتخابات يمكن تسجيل ملحظ مهم كان من الممكن تصويبه على شاكلة ما ذكر سابقاً، وهو نظر المجلس الدستوري في جوهر الطعون بالنسبة للانتخابات الرئاسية والتشريعية، دون أن يسري هذا الإجراء إلى الاستفتاءات، فقد كان من الممكن توسيع الإجراء ليشمل الاستفتاءات لأن احتمال الطعن فيها وارد، لكن ذلك لم يحدث.

المطلب الثاني: التنسيق غير الموفق لمواد التعديل الدستوري:

من الأمور المستجدة التي لم تعرفها الدساتير الجزائرية السابقة ما جاءت به الأحكام الانتقالية فيه، من أن يقوم تعديل دستوري جزئي بعد إقراره بإعادة ترقيم مواد الدستور بالكلية¹، فقد جاء النص في الأحكام الانتقالية على أن يكون نص التعديل الدستوري الذي يتم إقراره موضوع تنسيق وإعادة ترتيب في مواده.

فعملية التنسيق وإعادة الترتيب في مواد الدستور، بحسب الرأي الراجح عند الباحث راجعة إلى أسباب سياسية محضة² ألقت بظلالها على الجوانب التقنية لهذا التعديل الدستوري، بالنظر إلى الكم الكبير من التعديلات والإضافات التي جاء بها.

ويقصد بعملية التنسيق وإعادة الترتيب حذف المكرر من مواد الدستور الجديد بعد إقراره، وإعادة ترتيب مواده من جديد مما ينتج عنه تغير في ترقيم المواد على غير معهود الدستور السابق، وهذه العملية تستلزم بالنتيجة عملية مواءمة لها وهي التنسيق في ترقيم المواد التي تعني إعادة ضبط الإحالات التي تتضمنها نصوص بعض المواد، إلى الإحالات الصحيحة بترقيها الجديد.

وعلى الرغم من كون الدستور الجديد قد تم إعادة ترقيم مواده وتم تنسيق جل الإحالات التي تتضمنها نصوص المواد، إلا أن هذه العملية¹ لم تكن موفقة في بعض حالاتها المحددة، لعدم مراعاتها التعديلات الدستورية الجديدة المقررة، وهو ما سيتم تناوله في الفرعين المواليين.

¹ - يمكن أن نذكر بهذا الخصوص أن إعادة ترقيم بعض مواد الدستور طبقاً للتعديل الدستوري قد تمت في تعديلات دستورية سابقة مثل تعديل دستور 1976 في سنة 1979، أو سنة 1988 ينظر على التوالي:

الجريدة الرسمية العدد. 28 الصادرة بتاريخ: 10 جويلية 1979،

الجريدة الرسمية العدد. 45 الصادرة بتاريخ: 05 نوفمبر 1988.

لكن إعادة ترقيم جميع مواد الدستور المعدل أمر لم تعهده الدساتير الجزائرية، مما يدفع إلى القول أن هذا التعديل الدستوري يفرض ظهوره في ثوب دستور جديد، بعد إقرار مشروع التعديل وليس قبله.

2- وتتلخص الأسباب السياسية على حسب اعتقاد الباحث في توجه الإرادة السياسية نحو تطمين الطبقة السياسية والمعارضة وتخطي توجسها من الدستور الجديد التوافقي، مع الرغبة في تجاوز عرض الدستور الجديد على الاستفتاء.

الفرع الأول: الإحالة الخاطئة في نص المادة 144 من دستور 2016

تنظم المادة 144² من دستور 2016 عملية إصدار رئيس الجمهورية للقانون في أجلها الدستوري المحدد بـ (30) ثلاثين يوماً من تاريخ تسلمه إياه، وحالات وقف هذا الأجل.

والحدود القصوى لهذا الأجل مرتبطة بالمدة التي يتداول فيها المجلس الدستوري حال إخطاره، وآجال إصداره لرأيه، على نفس صيغة نص المادة 126 من دستور 1996³.

فالمادة المذكورة لم تكن محلاً للتعديل وإنما شملتها عملية إعادة التقييم وفق التسلسل الجديد لترقيم المواد، كما أنها من جهة أخرى كانت محلاً للتنسيق وذلك لاشتغالها على عدد من الإحالات على مواد أخرى، توجب إعادة تصحيح هذه الإحالات بحسب ترقيعها الجديد.

لكن إذا ما عرجنا على المواد التي أحالت عليها المادة 144 لاسيما المادة 188 منها، سنقف على أن نص هذه المادة، ينظم الآلية الجديدة التي جاء بها التعديل الدستوري الجديد وهي الدفع بعدم الدستورية والتي أوردتها نص المادة 166 مكرر⁴ من مشروع التعديل الدستوري ولا تتضمن الإجراءات المذكورة في نص المادة 167.

ولذلك فإن الإحالة الصحيحة التي يجب أن يتضمنها نص المادة 144 هي الإحالة إلى المادة 189⁵، والتي كانت تحت رقم 167 من مشروع التعديل الدستوري⁶، على اعتبار أنها المادة الصحيحة التي تتضمن إجراءات عمل المجلس الدستوري، وهو خطأ مادي قد تم تداركه⁷.

1- وإن كان لها وجود قبلاً في مختلف آراء المجلس الدستوري الذي كان يرى في بعض الأحيان ضرورة إعادة ترقيم مواد القوانين التي يراقب مدى دستوريته أو مطابقتها للدستور،

إلا أنه يرجح أن قام بهذه العملية هي الأمانة العامة للحكومة على اعتبار خبرتها في التعامل مع النصوص القانونية.

2- المادة 144 : يُصدر رئيس الجمهورية القانون في أجل ثلاثين (30) يوماً، ابتداء من تاريخ تسلمه إياه. غير أنه إذا أخطرت سلطة من السلطات المنصوص عليها في المادة 187 الآتية، المجلس الدستوري، قبل صدور القانون، يوقف هذا الأجل حتى يفصل في ذلك المجلس الدستوري وفق الشروط التي تحددها المادة 188 الآتية.

3- المادة 126 : يُصدر رئيس الجمهورية القانون في أجل ثلاثين (30) يوماً، ابتداء من تاريخ تسلمه إياه. غير أنه إذا أخطرت سلطة من السلطات المنصوص عليها في المادة 166 الآتية، المجلس الدستوري، قبل صدور القانون، يوقف هذا الأجل حتى يفصل في ذلك المجلس الدستوري وفق الشروط التي تحددها المادة 167 الآتية.

4- المادة 166 مكرر : يمكن إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس البوالة، عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور. تحدد شروط وكيفية تطبيق هذه الفقرة بموجب قانون عضوي.

5- الفقرة الأولى فقط من نص هذه المادة.

6- المادة 167 : يتداول المجلس الدستوري في جلسة مغلقة، ويعطي رأيه في ظرف ثلاثين (30) يوماً من تاريخ الإخطار. وفي حال وجود طارئ، ويطلب من رئيس الجمهورية، يخفف هذا الأجل إلى عشرة (10) أيام.

عندما يُخطر المجلس الدستوري على أساس المادة 166 مكرر فإن قراره يصدر خلال الأشهر الأربعة (4) التي تلي تاريخ إخطاره. ويمكن تمديد هذا الأجل مرة واحدة لمدة أقصاها أربعة (4) أشهر، بناء على قرار مسبب من المجلس ويبلغ إلى الجهة القضائية صاحبة الإخطار.

7- الجريدة الرسمية، العدد. 46، الصادرة بتاريخ 03 أوت سنة 2016، الموافق 29 شوال عام 1437، ص. 24

الفرع الثاني: عدم مراعاة مضمون التعديلات الجديدة

من النصوص الدستورية التي كانت محلا لإعادة تنسيق الإحالات التي تحتويها، نص المادة 104 من الدستور الجديد، والذي يتضمن أكبر عدد من الإحالات، وقد كانت كلها صحيحة، لكن المسألة المطروحة ليست متعلقة بالجانب الشكلي لنص المادة وإنما بالمحتوى الذي تضمنته.

فالمادة المذكورة خلفت نص المادة 90 من دستور 1996، والتي كانت في مجملها تقوم بعملية **تصنيف** إن صح التعبير لمجموع السلطات والصلاحيات التي لا يضطلع بها إلا رئيس الجمهورية وخلال مدة المهمة الرئاسية، فلا تتاح هذه السلطات والصلاحيات المستثناة بنص هذه المادة لرئيس الدولة بالنيابة خلال فترة الشغور المؤقت، ولا لرئيس الدولة خلال فترة الشغور النهائي، ولا حتى بالنسبة لرئيس الجمهورية السارية عهده¹ خلال فترة ما بعد مدة المهمة الرئاسية، بسبب تمديد آجال تنظيم انتخابات رئاسية جديدة.

ويستخلص من هذه المادة استثنائية رئيس الجمهورية بهذه السلطات تعلقها بمدة المهمة الرئاسية التي منحها الشعب السياسي للرئيس المنتخب لمدة خمس سنوات؛ وقد تم ربط عدم إمكانية مباشرة هذه السلطات والصلاحيات بفترتي الشغور المؤقت والشغور النهائي، وفترة تمديد إجراء الانتخابات الرئاسية من جديد تبعا لوفاة أحد المترشحين للدور الثاني أو تعرضه لمانع شرعي، وأحالت هذه المادة على النصوص المنظمة لهذه الفترات.

لكن بالرجوع إلى نصوص المواد المحال إليها، نجد أنها لا تتضمن فترتين بحسب الصياغة التي اعتمدها نص التعديل، إذ أن فترة الشغور النهائي قد تم تعديلها فأصبحت محددة بـ (90) تسعين يوما بدلا من (60) ستين يوما، ونتيجة لذلك فإن عدد الفترات هو ثلاثة، وهي مختلفة عن بعضها (45 يوما، 90 يوما، 60 يوما)، مقارنة بنص المادة 90 من دستور 1996 التي كانت تنص على فترتين فقط (45 يوما و 60 ستين) على اعتبار تساوي فترة الشغور النهائي مع فترة تمديد آجال الانتخابات الرئاسية بنفس الأسباب المذكورة في السابق، والتي كانت محدد بـ (60) ستين يوما.

لذلك فإن حذف التعيين العددي للفترات على حسب ما كان منصوصا عليه في المادة 90 من دستور 1996، والإبقاء على وصف الفترتين لا يستقيم معه مضمون المادة 104 من دستور 2016، خصوصا مع الإحالة إلى مادتين تتضمنان بمجموعهما 03 فترات.

وقد يكون من الإنصاف القول أن نص المادة بلغته الفرنسية لا يطرح أي إشكال على اعتبار عدم وجود صيغة المثني في هذه اللغة، كما أنه يمكن إيجاد مخرج افتراضي لنص المادة بصيغتها الحالية، على أن المقصود بالفترتين: فترتي 60 يوما و 90 يوما، على اعتبار أن فترة 45 يوما مرتبطة بفترة شغور مؤقت لا غير، يمارس فيها رئيس

1- رئيس الجمهورية القائم بحسب النص السابق، المادة 89 من دستور 1996.

الدولة محامه بالنيابة ضامنا لاستمرارية مؤسسة رئاسة الدولة في فترة مؤقتة، إلا أن مبتغى تحقيق تقانة النص الدستوري لتفادي الفراغات الدستورية تقتضي مراعاة هذه الملاحظة وتصويب نص المادة المذكورة.

خاتمة :

إن ما تم تسجيله من ملاحظات لا ينقص من المكتسبات التي قدمها التعديل الدستوري الأخير، ولا يفقده مكانته البارزة في مسار الحياة الدستورية الجزائرية باعتباره نقلة نوعية وبصمة متميزة في البناء الدستوري، خصوصا ما تعلق بتجذير الممارسة الديمقراطية وترقية دولة الحق والقانون، وإقرار العديد من الحقوق والحريات الجديدة التي تدخل ضمن آخر جيل من الحقوق على غرار الحق في البيئة والحق في الوصول إلى المعلومات والحصول عليها، كما أنه أقر عدة آليات دستورية لإقامة دولة الحق والقانون أبرزها آلية الدفع بعدم الدستورية المتاحة أمام المتقاضين.

لكن ما تم التوصل إليه سابقا من عدم إمكانية إدخال أي تعديلات على مشروع التعديل الدستوري سواء من المجلس الدستوري بالتأسيس على حدود رأيه المعلن التي يجب أن تقف عند حدود حماية الإرادة المفترضة للمؤسس الدستوري وحماية جوهر الدستور وروحه من التعديل، أو من البرلمان الذي لا يمكنه هو الآخر التعديل في مضمون مشروع المراجعة الدستورية، على اعتبار أن سلطته تقف عند حد التصويت بدون مناقشة؛ يجعل من الملاحظات الشكلية المسجلة على عملية التعديل الدستوري على قدرها من الوجهة لتعلقها بقدسية النص الدستوري، وبالنظر إلى أن ما تم الوقوف عليه من التغير في التركيبة الاصطلاحية للنصوص تم بمنأى عن الآليات الدستورية المقررة للتعديل الدستوري، مهما كانت الهيئة التي قامت بهذه العملية¹.

لكن هذه الملاحظات قد تغدو مهمة إذا ما كانت أخطاء مادية في الرأي المعلن للمجلس الدستوري الذي صدر بخلافه النص الدستوري، وللمجلس الدستوري بطبيعة الحال أن يتداركها، أو إذا ما ثبت أنه هو من قام بعملية التنسيق وإعادة ضبط المصطلحات الواردة في التعديل الأخير وتصويبها بما يوافق رأيه المعلن بشأنها، وهو مما يفتح مجالا آخر للبحث في مدى اختصاص المجلس الدستوري بهذه العملية.

قائمة المراجع:

النصوص القانونية:

أ: الدساتير الجزائرية:

- الأمر 76-97 المؤرخ في 22 نوفمبر سنة 1976 المتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجريدة الرسمية عدد. 94، الصادرة بتاريخ 24 نوفمبر سنة 1976.
- قانون رقم 79-06 المؤرخ في 07 يوليو سنة 1979 المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية العدد. 28 الصادرة بتاريخ : 10 جويلية سنة 1979.

1- مديرية الجريدة الرسمية على مستوى الأمانة العامة للحكومة على اعتبار أنها مكلفة بتحضير النصوص قصد نشرها في الجريدة الرسمية طبقا للإادة 10 من المقرر الصادر عن الأمانة العامة للحكومة المؤرخ في 25 جويلية سنة 2001 الذي يضبط هيكل الأمانة العامة للحكومة ويحدد مهامها

- المرسوم الرئاسي رقم 223-88 المؤرخ في 05 نوفمبر سنة 1988 المتعلق بنشر- التعديل الدستوري الموافق عليه في استفتاء 03 نوفمبر سنة 1988 في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجريدة الرسمية عدد. 45 الصادرة بتاريخ 05 نوفمبر سنة 1988.
- المرسوم الرئاسي رقم 89-18 المؤرخ في 05 نوفمبر سنة 1988 المتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فبراير سنة 1989 في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجريدة الرسمية عدد. 09 الصادرة بتاريخ 01 مارس سنة 1989.
- المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر سنة 1996 المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر سنة 1996، في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الجريدة الرسمية عدد. 76 الصادرة بتاريخ 08 ديسمبر سنة 1996.
- القانون رقم: 06-01 المؤرخ في 06 مارس سنة 2016، المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية عدد. 14 الصادرة بتاريخ: 07 مارس سنة 2016.
- القانون رقم: 06-01 المؤرخ في 06 مارس سنة 2016، المتضمن التعديل الدستوري (استدراك)، الجريدة الرسمية عدد 46، الصادرة بتاريخ 03 أوت سنة 2016
- **ب: النصوص القانونية:**
- القانون العضوي رقم 99-02 المؤرخ في 08 مارس سنة 1999، المحدد لتنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملها وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة، الجريدة الرسمية عدد. 15 الصادرة بتاريخ: 09 مارس سنة 1999.
- القانون رقم 88-02 المؤرخ في 12 يناير سنة 1988، المتعلق بالتخطيط. الجريدة الرسمية عدد. 2، الصادرة بتاريخ: 13 يناير سنة 1988.
- القانون رقم 89-25 المؤرخ في 31 ديسمبر سنة 1989، الجريدة الرسمية عدد. 1، الصادرة بتاريخ: 03 يناير سنة 1990.
- القانون رقم 89-27، المؤرخ في: 31 ديسمبر سنة 1989، يتضمن المخطط الوطني لسنة 1990، الجريدة الرسمية عدد. 1، الصادرة بتاريخ: 03 يناير سنة 1990.
- القانون رقم 90-37، المؤرخ في: 31 ديسمبر سنة 1990، يتضمن المخطط الوطني لسنة 1991، الجريدة الرسمية عدد. 57، الصادرة بتاريخ: 31 ديسمبر سنة 1990.
- القانون رقم 91-26، المؤرخ في: 18 ديسمبر سنة 1991، يتضمن المخطط الوطني لسنة 1992، الجريدة الرسمية عدد. 65، الصادرة بتاريخ: 18 ديسمبر سنة 1991.
- القانون 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر سنة 2008، المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية عدد 63، الصادرة بتاريخ: 16 نوفمبر سنة 2008.
- المرسوم التشريعي رقم 93-07، المؤرخ في 24 أبريل سنة 1993، يتعلق بالأهداف العامة للفترة 1993-1997 ويتضمن المخطط الوطني لسنة 1993، الجريدة الرسمية عدد. 26، الصادرة بتاريخ: 26 أبريل سنة 1993.
- **آراء المجلس الدستوري وقراراته:**
- **أ: آراء المجلس الدستوري:**
- رأي رقم 10/ر.ن.د/م د/2000 المؤرخ في 13 مايو سنة 2000، المتعلق بمراقبة مطابقة النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني للدستور، الجريدة الرسمية عدد. 43 الصادرة بتاريخ: 30 يوليو سنة 2000.

- رأي رقم 01/ر.ت.د.م.د/ المؤرخ في 03 أبريل 2002 المتعلق بمشروع التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية عدد. 22، الصادرة بتاريخ: 03 أبريل سنة 2002.
- رأي رقم 01/ر.ق.ع.م/د 04/ المؤرخ في 05 فبراير 2004، المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المعدل والمتمم للأمر 97-07 المؤرخ في 06 مارس سنة 1997 والمتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، الجريدة الرسمية عدد. 09، الصادرة بتاريخ 11 فبراير سنة 2004.
- رأي رقم 02/ر.ق.ع.م.د/د 04/ المؤرخ في 22 غشت 2004 المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالقانون الأساسي للقضاء للدستور، الجريدة الرسمية عدد. 57 الصادرة بتاريخ: 08 سبتمبر سنة 2004،
- رأي رقم 01/ 08 ر.ت.د.م.د / المؤرخ في 07 نوفمبر 2008 المتعلق بمشروع القانون المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية عدد. 63، الصادرة بتاريخ: 16 نوفمبر سنة 2008.
- رأي رقم 01/ر.م.د/د 12/ المؤرخ في 08 يناير 2012 المتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية للدستور، الجريدة الرسمية عدد. 02 الصادرة بتاريخ: 15 يناير سنة 2012
- رأي رقم 01/16 ر.ت.د.م.د، المؤرخ في 28 يناير سنة 2016، المتعلق بمشروع التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية عدد. 06، الصادرة بتاريخ: 03 فبراير سنة 2016.
- **ب: قرارات المجلس الدستوري:**
- قرار رقم 03 -ق.ن.د- م د- 89 المؤرخ في 18 ديسمبر سنة 1989 المتعلق بلائحة المجلس الشعبي الوطني المؤرخة في 29 أكتوبر سنة 1989، ج.ر.ع. 54 الصادرة بتاريخ 20 ديسمبر سنة 1989.
- **الأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان والأشغال البرلمانية:**
- النظام الداخلي لمجلس الأمة، الجريدة الرسمية عدد. 84، الصادرة بتاريخ: 28 نوفمبر سنة 1999.
- الجريدة الرسمية للمداولات، مجلس الأمة، الفترة التشريعية الأولى، السنة الرابعة، الدورة الربيعية 2002، السنة الأولى، العدد 02، الصادرة بتاريخ: 08 ماي سنة 2002
- الجريدة الرسمية للمناقشات، المجلس الشعبي الوطني، الفترة التشريعية السادسة، السنة الثانية، رقم 93، الصادرة بتاريخ: 03 ديسمبر سنة 2008.
- الجريدة الرسمية للمداولات، مجلس الأمة، الفترة التشريعية السابعة، السنة الأولى، عدد خاص، الصادرة بتاريخ: 07 مارس سنة 2016.
- الجريدة الرسمية للمناقشات، المجلس الشعبي الوطني، السنة الرابعة، 2016، عدد خاص.الصادرة بتاريخ: 07 مارس سنة 2016
- **المراجع الفقهية:**
- عمار عباس، محطات بارزة في تطور الدساتير الجزائرية، مجلة المجلس الدستوري، ع. 02، سنة 2013.
- يوسف حاشي، في النظرية الدستورية، ابن النديم للنشر والتوزيع منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، 2009
- Louis Favoreu et autres, Droit constitutionnel, 17 eme édition, Dalloz, 2015

الطعون الولائية في قانون الإجراءات الجبائية*

أ/ بن عمور عائشة - أستاذ مساعد قسم "أ" - معهد الحقوق والعلوم السياسية - المركز الجامعي الوشكري بتسمسيت

الملخص

لقد خص المشرع الجبائي طرق الطعن الولائي أو الطعن بالإعفاء بأهمية كبيرة، تظهر باعتبارها حق من حقوق المكلف بالضريبة، فقد تم إقرارها لفائدته، إذ لا تفوت عليه درجة من درجات التقاضي، ولا تكلفه مصاريف إضافية، وهو ما أدى بالتشريع الفرنسي بتسميته بالطعن المجاني. فإذا كان مصطلح القضاء المجاني يكمن في ممارسة سلطة التخفيض أو الإعفاء المقررة للإدارة بموجب القانون، فإن الجديد هو ما يتعلق بالتخفيض المشروط المستحدث بموجب أحكام المادة 93 مكرر من قانون الإجراءات الجبائية حسب ما أقره قانون المالية لسنة 2013.

Résumé :

Les voies de recours gracieux sont importance dans le domaine des procédures fiscales , Il apparaît comme un droit du contribuable à l'impôt, il a été approuvé pour son utilité, il ne manque pas le degré de litige, non affecté des dépenses supplémentaires, ce qui a conduit la législation française de recours gracieux. Le terme de juridiction gracieuse désigne l'exercice du pouvoir de remise ou de modération qui est accordé par la loi à l'administration. Donc la nouveauté c'est la remise conditionnelle induite en vertu des dispositions de l'article 93 bis du Code des procédures fiscales, tel qu'approuvé par la loi de finances 2013.

مقدمة:

يمثل الطعن الولائي في طريقي الإعفاء والتخفيض والتي تختلف عن طريقة التخفيض المشروط، إذ تقرر الأولى بالإرادة المنفردة للجهة الإدارية المختصة، أما الثانية فتعتبر عقدا بين الإدارة الجبائية والمكلف بالضريبة الموقوف على شروط. وعلى أساسه يطرح التساؤل التالي: ما هي طرق الطعن الولائي التي أقرها قانون الإجراءات الجبائية، وما هي التفرقات التي بينها؟ سنقسم للإجابة على التساؤل هذا البحث إلى مبحثين الأول يخصص للتخفيض والإعفاء والثاني للتخفيض المشروط.

* تاريخ إيداع المقال: 2016/07/08

تاريخ تحكيم المقال: 2016 /07/14

المبحث الأول: التخفيض والإعفاء

منح المشرع من خلال قانون الإجراءات الجبائية المكلفين الحق في طلب التماس الإعفاء من الضرائب المفروضة قانوناً أو التخفيف منها، في حالة العوز أو ضيق الحال، يحول دون السداد لدينه الجبائي، أو التماس الإعفاء من الزيادات في الضرائب أو الغرامة الجبائية التي يتعرضون لها بسبب عدم مراعاة النصوص القانونية. لذلك، يجب التطرق لمفهوم طريقة التخفيض والإعفاء، ومن ثم للأحكام الخاصة للاستفادة من أحدهما.

المطلب الأول: مفهوم التخفيض والإعفاء

يندرج التخفيض والإعفاء ضمن الطعن الولائي المنصوص عليه في المادة 92 من قانون الإجراءات الجبائية، إذ استعمل المشرع عدة عبارات تهدف في مجملها إلى وجود حالة عدم الدفع الكلي أو الجزئي: وهي سقوط أو إعفاء كلي أو جزئي⁽¹⁾ من دفع الضريبة.

فعندما يكون المكلف بالضريبة في حالة عوز تجعله غير قادر على التحرر كلياً أو جزئياً من ديونه تجاه الخزينة يمكنه الاستفادة من إعفاء أو تخفيض في الضريبة أو العقوبات المفروضة عليه⁽²⁾، يعد كل من التخفيض أو الإعفاء "تنازل عن كل الدين الجبائي أو جزئه يطلبه المكلف وتقبله الإدارة"⁽³⁾، فكلاهما "تصرف صادر عن الإدارة بإرادتها المنفردة للتخلي عن هذا الدين"⁽⁴⁾، حتى ولو طلبه المكلف، ليبقى تصرفاً بالإرادة المنفردة للإدارة.

يعد كل من التخفيض أو الإعفاء تنازل عن كل الدين الجبائي أو جزئه يطلبه المكلف وتقبله الإدارة، فكلاهما تصرف صادر عن الإدارة الجبائية بإرادتها المنفردة لتخلي عن هذا الدين⁽⁵⁾، فحتى ولو طلبه المكلف بالضريبة يبقى مجرد تصرف بالإرادة المنفردة للإدارة الجبائية، لذلك يعد قراراً إدارياً لا بد أن تتوافر فيه شروط العمل الإداري الانفرادي ومتى شابه عيب جاز الطعن فيه أمام القضاء المختص. يتعلق الإعفاء بطلب إبراء ذمة المدين من تسديد الدين ويقصد بالتخفيض تلك العملية التي تهدف إلى الإقصاص من مبلغ الحقوق أو الإعفاء الجزئي منها. والإعفاءات والتخفيضات ليست عقد ولا يتم الاتفاق عليها بالرغم من أن المكلف بالضريبة هو من يقدم طلبه ملتصقاً من الإدارة الجبائية المختصة بالإعفاء أو التخفيض.

¹ المادة 402-2 من ق ض م: "يجوز استثناء أن تكون العقوبة بنسبة 10 % والإلزام المنصوص عليه في الفقرة الأولى أعلاه لإعفاء متقبلاً للإدارة" والمادة 540 من ق ض م: "يجوز بصورة استثنائية، أن تسقط كل هذه الغرامة وأجزء منها ولا تيا من قبل الإدارة طبقاً لأحكام المادة 93 من قانون الإجراءات الجبائية".

² بن عارة منصور، الضريبة على أرباح الشركات، الطبعة 1، دار هومة، 2011، ص 107.

³ Thierry LAMBERT, Contrôle fiscal, Droit et pratique, P.U.F., 1999, p 200: « La remise ou modération est un abandon consenti par l'administration au contribuable et portant sur tout ou partie de la créance fiscale ».

⁴ D.G.I., Documentation fiscale, Contrôle fiscal, éd. Francis Lefebvre, 1992, n° 20150: « Les remises ou modération sont des actes unilatéraux d'abandon de créances émanant de l'administration »,

⁵ Thierry LAMBERT, Contrôle fiscal, op.cit., p 200.

المطلب الثاني: شروط قبول الطعن بالإعفاء أو التخفيض

تتمثل شروط قبول الطعن بالإعفاء في شروط موضوعية تخص وضعية المكلف وشروط موضوعية.

الفرع الأول: تواجد المكلف بالضريبة في حالة العجز أو الفقر

نص المشرع على حالة عامة وهي العجز أو الفقر يكون سببا لقبول النظر في طلب التماس العفو، الذي يحول دون تمكين الخزينة من حقوقها بموجب ذلك⁽¹⁾. ولا يمكن الاستفادة من الطعن الولائي إلا في حالة إثبات وضعية الفقر أو العجز وما عداها لا يمكن الاستفادة من هذا الإعفاء⁽²⁾.

في حالة العجز أو الفقر وعدم استطاعة دفع دين الضريبة و بدون الاعتراض على أي مبدأ أو وعاء أو مبلغ، يسمح فقط للمكلفين غير القادرين على الدفع بتقديم طلب إعفاء ضريبي. أما في حالات أخرى لا يطلب المكلف التخفيض الدين الرئيسي بل اللواحق أي الزيادات أو الغرامات الجبائية، وهنا لا يمكنه تبرير وضعية الفقر أو العجز. فلا يمكن أن يراجع مبلغ الحقوق المستحقة إلا إذا تعلق الأمر بالضرائب المباشرة أو كان المشتكي عاجزا تماما عن تسديد ما عليه من ديون تجاه الخزينة⁽³⁾. يجب أن يذكر المكلف في طلبه الأسباب الجدية المحققة أو المعتبرة كذلك، التي لا يمكن تجاوزها بأي إجراء لكي ينفذ بها.

وفي هذا الصدد اجتهد مجلس الدولة أن الطعن المقدم والمتعلق بتسوية وضعية المكلف بالضريبة اتجاه حقوق الخزينة، وعدم منازعته لدى شرعية الضرائب المفروضة عليه بأن ظروف المكلف كما في قضية الحال باعتباره ضحية إرهاب بسبب إصابته بجروح إثر عمل إرهابي مقبولة من أجل الاستفادة من تخفيض الضرائب المستحقة والغير ممكن تسديدها⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: الشروط الشكلية لقبول الإعفاء أو التخفيض

يقصد بالشروط الشكلية تلك الإجراءات الخاصة بالتخفيض أو الإعفاء في قيام المكلف بالضريبة بإرسال طلب إلى السلطة الإدارية للنظر فيه، رغم استخدام المشرع لمصطلح الشكوى في النص العربي، ويستخدم

¹ Les Dictionnaires Pratiques RF, Groupe Revue Fiduciaire, Fiscal 2012, n°59845,p1594.

² Jean Michel DOCARMO SILVA, Laurent GROSCLAUDE, DSLG1, Gestion Juridique, fiscale et sociale, Manuel et application, DUNOD, 2014-2015, p175.

³³ عباس عبد الرزاق، التحقيق المحاسبي والزراع الضريبي، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص 53.

⁴ قرار مجلس الدولة رقم 62653، (ش.ع) ضد إدارة الجمارك والنيابة العامة، مجلة مجلس الدولة، 2012، عدد 10، ص 91: " حيث أن مديرية الضرائب تدفع أن الدعوى غير مقبولة لأن الشكوى المقدمة من طرف المستأنف ليست نزاعية تقديمها أمام لجنة الطعن العفوي التي أصدرت قرار بالرفض كان على المستأنف الطعن فيه أمام المدير الجهوي وليس القضاء عملا بالمادة 93 من قانون الإجراءات الجبائية. وحيث أنه بالرجوع إلى الشكوى الموجهة إلى مدير الضرائب في 2008/08/17 وقرار الرفض الصادر عن لجنة الطعن العفوي يتضح أن الطاعن لا ينازع في مدى شرعية الضريبة المفروضة عليه بل يلتمس تسوية وضعيته باعتباره ضحية إرهاب بسبب إصابته بجروح إثر عمل إرهابي وهو ما يعتبر طلب عفو بمفهوم المادة 93 من قانون الإجراءات الجبائية مما يتعين معه القول أن الشكوى غير نزاعية وبالنتيجة القضاء بتأييد القرار المستأنف".

"demande" في النص باللغة الفرنسية التي تترجم بكلمة "طلب". ويلاحظ عدم تمييز المشرع بين المعنيين فترتبط الشكوى بالمنازعة، أما الطلب فهو التماس النظر في مسألة ما دون أي نزاع بينه وبين الإدارة الجبائية. تخص هذه الإجراءات طلب المكلف بالضريبة الملتمس من ناحية ومن ناحية أخرى دراسته.

أولاً: طلبات المكلف بالضريبة

يقدم المكلف بالضريبة طلبه على ورقة عادية مكتوبة⁽¹⁾، وموقعة من قبله التي ترفق بالإنذار أو إخطار بالضريبة يسمح بالتعرف السريع والأكد على المكلف بالضريبة⁽²⁾ يرسل إلى مصلحة الضرائب المختصة إقليمياً، وفي حالة غياب الإنذار يرفق بأي وثيقة تبين رقم المادة في الجدول التي سجلت تحتها الضريبة الخاصة بهذا الطلب كالإشعار بالدفع. إن قرارات الطعن الولائي لا يمكن أن تتخذ إلا بناءً على الطلبات التي يقدمها المكلفين⁽³⁾.

1: تقديم الطلبات

يرسل هذا الطلب في رسالة بسيطة إلى المدير الولائي للضرائب معفاة من الطابع فلا يمكن أن تمثل طلباً جماعياً، فيجب أن توقع من قبل المكلف بالضريبة للساح بضمان التخفيض أو الإعفاء شخصياً. كما أن القانون لم يحدد أي أجل للقيام بهذا الطلب أو الأجل الذي يستوجب على الإدارة الرد فيه على هذا الطلب، فبالتالي يمكن القيام به في أي وقت.

ولأن الحقوق المعنية هي فقط الضرائب المباشرة وفق للمادة 92 من قانون الإجراءات الجبائية، والملاحظ أن نص المادة 93 من نفس قانون جاء عاماً وهو ما يوسع من لتماس طلب الإعفاء من الضريبة المفروضة على المكلف بغض النظر إذا ما كانت مباشرة أو غير مباشرة. ويذكر في الفقرة الأولى من المادة 93 من قانون الإجراءات الجبائية أنه يمكن أخذ رأي رئيس المجلس الشعبي البلدي⁽⁴⁾ في مجال الضرائب التي تحصل لفائدة ميزانية البلديات وهي الرسم العقاري ورسم التطهير⁽⁵⁾. يتبد أن هذا الرأي ليس إلزامياً بإدراج المشرع عبارة

¹ مطبوعات المديرية العامة للضرائب، الضرائب على الدخل الإجمالي، المنازعات الجبائية، 2015.

² Banque Nationale d'Algérie, Groupe de fiscalité, Fiscalité de l'entreprise, 1992, p 484: « La demande peut être adressée sur papier libre et signée du contribuable. L'avertissement ou l'avis de mis en recouvrement s'il a été émis doit être joint à la demande afin de permettre une identification rapide et certaine ».

³ Ministère de l'Economie des Finances et de l'Industrie, Précis de fiscalité, T2, 1999, p172.

⁴ المادة 93 من ق إ ج: " ويمكن عرضها على رئيس المجلس الشعبي البلدي لإبداء رأيه فيها عندما يتعلق الأمر بشكاوى تعني الضرائب والرسوم المخصصة لميزانية البلديات".

⁵ المادة 197-2 من ق ض م: " الضرائب المحصلة لفائدة البلدية دون سواها: الرسم العقاري، رسم التطهير".

"يمكن"⁽¹⁾ التي تفيد الجواز بطلبه، غير أن هذا الرأي⁽²⁾ لا يتعلق إلا بالتخفيض أو الإعفاء من الضرائب المحصلة لميزانية.

يمكن للمكلف أن يطلب إعفاءه من العقوبات المفروضة عليه سواء تعلقت بالضرائب المباشرة وحتى الرسم على رقم الأعمال، باستثناء غرامات التأخير لأنها تعويض عن ضرر لاحق بالخزينة. وسواء تعلق بالزيادات في الضرائب أو الغرامات الجبائية التي يتعرضون لها لعدم مراعاة النصوص القانونية.

وتستثني الرسوم على رقم الأعمال كون المشرع في الفقرة 2 من المادة 93 من نفس القانون أعطى استثناء، وهو عدم قبول تخفيض العقوبات، تتعلق بجريمة تقديم وثائق غير صحيحة وفق للمادة 128 من قانون الرسم على رقم الأعمال. وقد أكد المشرع الفرنسي على اعتبار العقوبات والضرائب الصادرة بصفة نهائية هي التي تكون محل الطعن الولائي؛ أي تلك التي تكون توارخ الشكاوى أو الطعن لم تنقضي- فيها أو عندما يكون قرار قضائي لم يتم النطق به⁽³⁾.

2: دراسة الطلبات

لا يخضع الطلب لأي شروط متعلقة بالأجل فيمكن أن يكون في أي مرحلة بعد الوضع في التحصيل أو عدم قبول العقوبة⁽⁴⁾. كما أنه لم يحدد الأجل لاعتبار الطلب المتعلق بالوضعية المالية أو الاجتماعية المتغيرة للمكلف بالضريبة. بعد وصول الطلب إلى المدير الولائي للضرائب يقوم العون المؤهل من التحقيق من وضعية المكلف بالضريبة والحجج المطروحة من قبله لذلك يجب التمييز بين العقوبات الصادرة بصفة نهائية وغير النهائية، لأنه سيفرض طلبه إذا كانت هذه الحقوق غير نهائية ويجرر العون الإداري التقرير المؤقت تحضيرا للقرار النهائي⁽⁵⁾.

وللبحث عن سلطة البث في طلب المكلف بالضريبة قصد الحصول على تخفيض أو إعفاء، لابد من التمييز بين مرحلتين أولهما دراسة الملف وثانيهما صدور القرار. ففي مرحلة دراسة الملف، يوجه الطلب بداية إلى مدير الضرائب بالولاية التابع له مكان فرض الضريبة لفحص الملف المكون من الطلب والإنذار أو أية وثيقة يعرف بموجبها رقم المادة من الجدول، التي يسجل تحتها المكلف، ويرفقه بجميع الوثائق المحددة للحقوق والعقوبات،

¹ أي أنه رأي استشاري طلبه إجباري وأخذ به اختياري.

² المادة 93 من ق.إ.ج.

³ Précis de fiscalité2, op.cit., p173 : « Les pénalités et imposition principales doivent être considérée comme définitives lorsque les délais de réclamations ou de recours sont expirés ou encore lorsqu'une décision justice irrévocable est intervenue ».

⁴ Précis de fiscalité2, op.cit., p172.

⁵ Banque Nationale d'Algérie., op.cit., p 485.

كإشعار بالدفع أو عدم خضوع للضريبة وإشعار بالتحصيل. ففي الواقع العملي ترفض السلطة المختصة الطلب شكلاً إذا لم يرفق بالوثائق التي على الأقل تبين بيانات تسمح بتعرف على الحقوق أو العقوبات⁽¹⁾.

وأما مرحلة صدور القرار، فتعد سلطة البث تداولية بين الهيئة المختصة واللجنة المحدثة لهذا الشأن بمقتضى قرار من المدير العام للضرائب الذي يحددها، ويبين تشكيلتها وسيرها، والتي تختلف بحسب مبلغ الحصة الضريبية أو الغرامة، فإذا تجاوز المبلغ خمس (5) ملايين دينار فإن الاختصاص ينعقد إلى المدير الجهوي، أما إذا لم يتجاوز هذا المبلغ فإن مدير الضرائب بالولاية يؤول له هذا الاختصاص بعد أخذ رأي اللجنة المحدثة، فتؤول في مجال الطعن الولائي فقط اللجنة الولائية أو الجهوية حسب الحالة. ومادام النص القانوني لم يحدد ما إذا كان هذا الرأي ملزماً أم لا أو الرأي المرحح في حالة تعادل الأصوات، فيجب في هذه الحالة الرجوع للقرار الإداري الصادر عن المدير العام للضرائب المحدث والمشكل للجان ومسيرا لها⁽²⁾.

وتجد هذه اللجان أساسها في المادة 93 والمقرر رقم 16 الصادر بتاريخ 1991/05/25 عن المديرية العامة للضرائب المتعلقة بإنشاء وتكوين وسير عمل لجان الطعن الولائي، التي تختص بالنظر في طلبات المكلفين المتعلقة بالضرائب المباشرة والرسوم الماثلة والرسم على القيمة المضافة والضرائب غير المباشرة وحقوق التسجيل. بعدما يستلم الطلب يتم تسجيله في سجل خاص يفتح من قبل المفتشين الذين يذكر فيه الاسم ورقم المادة الخاضعة للضريبة والرقم التسلسلي، كما يمكن للمكلفين التابعين لمديرية مؤسسات الكبرى تقديم طعون ولائية بناء على أحكام المادة 93 قانون الإجراءات الجبائية، تؤول سلطة البث في طلبات إلى مدير المؤسسات الكبرى بعد الأخذ برأي اللجنة المحدثة لذلك بموجب المادة 173 من قانون الإجراءات الجبائية. ويتم طلب كل المبررات التكميلية المتعلقة بالمكلف بالضريبة وجميع آراء المصالح الأخرى كقبضة الضرائب فيما يخص سلوك المكلف بالنظر لاحترامه للالتزامات الجبائية، ويتم بعده إنشاء ملف الشكاية الذي يرسل إلى المفتشية لإجراء عملية التحقيق لاستخراج العناصر التي تثبت وجود التخفيض أو الإلغاء أو الرفض. فريئس المفتشية يقوم بدوره بتسجيل المعلومات الموجودة في الملف في سجل مخصص لهذا الغرض، ثم يقوم بالتحقيق في العناصر المقدمة من المكلف بجميع المعلومات وتحليلها ويقدم في الأخير اقتراحاته ومبرراتها.

يلاحظ سكوت المشرع حول مسألة تفويض الإدارة سلطتها في اتخاذ القرار بالإعفاء أو التخفيض لأعوان آخرين، وحسن ما فعل ولا سيما أن هذه السلطة تتعلق بحقوق الخزينة، وإلا ما الفائدة من فرض العقوبة، طالما أنه يمكن لأي عون تخفيضها أو الإعفاء من قيمتها، لذلك يعد هذا السكوت ضمانة للخزينة العمومية.

¹ Précis de fiscalité², op.cit., p173.

² المادة 93 من ق.إ.ج.

ثانيا: دراسة الطلب والظعن في نتائج

يفحص الطلب من الناحية الشكلية والموضوعية، ففحص الشكل ليم التأكد من أنه موقع من طرف المكلف أو ممثله القانوني، ومن ثم فحص الموضوع الذي يدرس الظروف الخاصة الاقتصادية والمالية ومدى حقيقة إمكانية الدفع. يتم قبول طلب المكلف بالضريبة أو رفضه بتفحص عناصر الملف من قبل السلطة المختصة فقد يتحصل على إعفاء أو تخفيض من الزيادات أو الغرامات الجبائية أو أحدها. ويمكن أن يكون هذا القرار مشروطا، ولكن إذا كان كذلك يجب على المكلف قبول هذا الشرط قبل منحه الإعفاء. ويتم تبليغ القرارات الصادرة عن السلطة المختصة غير مقترنة بأجل بواسطة ظرف مغلق ومعفى من الطابع البريدي والجبائي⁽¹⁾. تخضع القرارات الصادرة عن السلطة الإدارية للظعن السلمي فيجوز الظعن في قرارات المدير الولائي للضرائب أمام المدير الجهوي غير أن المشرع لم يجدد إمكانية الظعن في قرارات هذا الأخير أمام المدير العام للضرائب أو أمام نفس الجهة المصدرة للقرار، ولا سيما أن الاختصاص ينعقد إليه عندما يتجاوز مبلغ الغرامة خمس (5) ملايين دينار جزائري.

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى أن المشرع الإدارة الجبائية يستطيع منح تخفيض أو تخفيف الضرائب والغرامات والعقوبات الجبائية في حالة الغش التي يتعرضون لها في هذا المجال. كما أن المشرع لم يحدد المتسبب في حالة الغش سواء المكلف بالضريبة أو الغير إلا أنه أي غش يجرم المكلف من الاستفادة من تخفيض أو إعفاء، ولم يحدد المكلف ما إذا كان متابع بجرمة الغش الضريبي أو أي جريمة مؤسسة على غش.

وتكون الغرامات المنصوص عليها في المادة 128 من قانون الرسم على رقم الأعمال موضوع إعفاء كلي أو جزئي من قبل الإدارة، ويشترط المشرع أنه يجب أن يسدد المكلف بالرسم على رقم الأعمال حتى يستفيد من تخفيض أو تخفيف الغرامات في مجال الرسوم على رقم الأعمال. كما يجب أن لا يكون مبلغ التخفيض أقل من مبلغ التعويض التأخير حسب المادة 540 من قانون الضرائب غير المباشرة، المقدّر ب10%.

وقد قد نص في قانون المالية لسنة 2015 على أن المبالغ المدفوعة بعنوان تسديد الجداول المستحقة التي يوكّل تحصيلها لقاوض الضرائب موجهة لدفع الدين الأصلي للجداول في المقام الأول إذا تم تسديدها دفعة واحدة وطلب الإعفاء أو التخفيض من غرامات التحصيل. ويشير إلى أن غرامات التحصيل التي لم يقوم المكلف بتسديدها عند تاريخ الدفع، بالموازاة مع أصل الجداول، فإن تسديدها يتم بعد مراجعة من طرف اللجنة المكلفة بالظعن الولائي. وقد أعفى المشرع المكلفون بالضريبة الذين يسددون دفعة واحدة كامل الدين الأصلي

¹ المادة 92 من ق إ ج ح: " تبليغ هذه القرارات للمعنيين وفقا للشروط المحددة في المادة 292 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المضافة". حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 292 من ق ض م التي تتعلق بالمراسلات بين الإدارة والمكلف التي تتم بواسطة ظرف مغلق ومعفى من الطابع.

للمداول، الذي تجاوز تاريخ استحقاقه أربع (4) سنوات، ابتداء من أول يناير للسنة المالية لسنة الإدراج قيد التحصيل، من غرامات التحصيل المتعلقة بهذه الجداول⁽¹⁾.

وتعد أحكام المادة 51 السابقة لسنة 2015 أحكام التحفيز، الذي قدمته الدولة إلى المكلف بالضريبة الذي يلتزم بأداء مبلغ الدين الأصلي كاملاً دفعة واحدة، وهي تفرق بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان الجدول الضريبي الذي يلتزم المكلف بالضريبة بتسديده قد تم إدراجه في التحصيل منذ مدة تقل عن أربع سنوات، يجب على قابض الضرائب عند إعداده لجدول التسديد اعتبار المبلغ المسدد موجه لتسوية أصل الدين، دون مراعاة للعقوبات المترتبة، سواء تعلق الأمر بعقوبة الوعاء أو عقوبة التحصيل. مع العلم أنه قبل استحداث هذه المادة كان قابض الضرائب يوزع المبلغ المسدد إليه من طرف المكلف بالضريبة كما يلي: جزء يوجه إلى أصل الدين وعقوبة الوعاء وجزء ثان يوجه لتسديد جزء من عقوبة التأخير عن التحصيل، وقبل استحداث المادة 51 من قانون المالية لسنة 2015، كان قابض الضرائب إذا سدد المكلف بالضريبة أصل الدين كاملاً دفعة واحدة. لكن بعد استحداث المادة 51 من قانون المالية 2015 إذا قام المكلف بتسديد أصل الدين كاملاً دفعة واحدة وقدم ما يثبت تقديمه لطلب الإعفاء من عقوبات التأخير، فإن قابض الضرائب عليه أن يخصم المبلغ المدفوع من أصل الدين ويسجل في دفاتره مبلغ 100.000 دج في بند تسديد الدين الأصلي، أما عقوبات التأخير فإنها تؤجل حتى تبث لجنة الطعون في طلب المكلف بالضريبة.

وأما الحالة الثانية التي تتعلق بالديون التي أجل استحقاقها تجاوز أربع (4) سنوات تحسب ابتداء من أول جانفي من السنة الذي تلي سنة إدراج الجدول في التحصيل، وقام المكلف بالضريبة بتسديد أصل الدين كاملاً دفعة واحدة تلغى عنه بقوة القانون عقوبات التأخير دون تقديم طلب إعفاء إلى لجنة دراسة تخفيض عقوبات التأخير، ودون اشتراط قابض الضرائب أية وثيقة من أجل إلغاء كلي لعقوبات التأخير⁽²⁾.

المبحث الثاني: التخفيض المشروط

تدعمت طرق الطعن الجبائية المرتبطة بالمكلف بالضريبة بما يسمى التخفيض المشروط، الذي تسمح أحكامه للمكلف بتخفيض دينه الجبائي في إطار عقد مصالحة⁽³⁾. يكون التخفيض المشروط محفز للمكلف بالضريبة، الذي يقوم بالالتزام بجميع الشروط المنصوص عليها في العقد، ويتحصل في المقابل على تخفيض للعقوبات التي

¹ المادة 51 من ق المالية لسنة 2015، ج ر عدد 78، الصادرة بتاريخ 2014/12/31.

² إذا افترضنا أن الجدول الضريبي في المال السابق قد تم إدراجه في التحصيل في ماي 2011 فإن أجل أربع سنوات بحسب ابتداء من 01 جانفي 2012 إلى تاريخ تقدم المكلف بالضريبة من قابض الضرائب لتسوية وضعيته، فإذا افترضنا أن المكلف بالضريبة تقدم الآن أي في مارس 2016 من قابض الضرائب لتسديد أصل الدين دفعة واحدة تحسب الآجال كما يلي: 2012، 2013، 2014، 2015، وبالتالي فإن الجداول الصادرة سنة 2011 يمكن للمكلفين بالضريبة الاستفادة من إعفاء كلي من عقوبات التأخير شريطة تسديدهم أصل الدين كاملاً دفعة واحدة، يلاحظ أن المادة لم تترك لقابض الضرائب أي سلطة تقديرية.

³ تعلية المديرية العامة للضرائب رقم 217، التدبير المتعلق بالتخفيض المشروط للعقوبات والغرامات الجبائية، الصادرة بتاريخ 02 أبريل 2013، ص 2.

أثقلت كاهله. فلم تتخلى الإدارة الجبائية عن مورد الخزينة العمومية بأن تخفض أو تعفي المكلف من تسديد الحقوق الأصلية بل فقط أوجد لها المشرع طريقة لتسديد الدين مع التضحية بالعقوبة المرتبطة به. يتعين لدراسة هذا التدبير إعطاء مفهوم له في الأول، ومعرفة إجراءات اتخاذه ولاسيما أنه اتفاق مشروط في مطلب ثان.

المطلب الأول : مفهوم التخفيض المشروط

لقد استحدث المشرع المادتين 93 مكرر والمادة 173 بموجب المادتين 18 و19 على التوالي من قانون المالية لسنة 2013⁽¹⁾ في قانون الإجراءات الجبائية، يتبنى فيها وجود صلح أو مصلحة بين المكلف والإدارة الجبائية قصد تخفيف الغرامات أو الزيادات الجبائية. وقد استعمل المشرع عبارة "يمكن" أي أنه على سبيل الخيار للإدارة أن تقبل القيام بهذا التدبير كلما توافرت الشروط المتعلقة بطلبه من جهة، ومتى قبل المكلف بشروطه من جهة أخرى.

يلاحظ أنه تم إدراجها في القسم الأول من الباب الثاني من قانون الإجراءات الجبائية؛ مما يعني أنها حالة من حالات طلب الطعن الولائي إلا أنه يمتاز بخصائص خاصة. ويخضع حتى المكلفين المنصوص عليهم في المادة 160 من قانون الإجراءات الجبائية التابعين لمديرية المؤسسات الكبرى للاستفادة من التخفيض المشروط، وتخول سلطة البث في طلبات هذه الأخيرة إلى مدير كبريات المؤسسات بعد عرضها على لجنة الطعن المنشأة لهذا الغرض⁽²⁾. ولقد صدر النص التنظيمي الذي يشرح التخفيض المشروط عن المديرية العامة للضرائب موجهة لمدراء الضرائب على المستوى الولائي ومدير كبريات المؤسسات تحت رقم 217 الصادرة بتاريخ 02 أفريل 2013 بالجزائر، يبين فيها طرق تطبيق أحكام التخفيض المشروط المنصوص عليه في قانون المالية لسنة 2013. ويحدد أيضا أساس التخفيض المشروط ونطاق تطبيقه مع بيان كل الإجراءات المتعلقة به.

تطبق أحكام التخفيض المشروط لعقوبات الوعاء والغرامات الجبائية ابتداء من 01 جانفي 2013، فتقبل كل الطلبات المقدمة من هذا التاريخ بالنسبة للعقوبات والغرامات الجبائية المرتبطة بالضرائب المفروضة ابتداء من هذا التاريخ، وكذا العقوبات والغرامات الجبائية المرتبطة بالضرائب المفروضة قبل هذا التاريخ. ولكن على شرط عدم انقضاء أجل الطعن المسبق المتعلق بها، أو أنه لم يفصل فيها بعد في هذا الأجل⁽³⁾.

¹ المادة 93 مكرر من ق إ ج المستحدثة بموجبقانون رقم 12-12 المؤرخ في 26 ديسمبر 2012 المتعلق المالية لسنة 2013: "يمكن للإدارة، بصيغة تعاقدية، قبول طلب المكلف بالضريبة الرامي إلى تخفيف الغرامات الجبائية أو الزيادات الضريبية".

² الفقرة 4 من المادة 173 مكرر من ق إ ج ج.

³ التعلية رقم 217، المرجع السابق، ص 11.

الفرع الأول: التعريف بالتخفيض المشروط

عرفته تعلية المديرية العامة للضرائب رقم 217 بأنه⁽¹⁾ : " عقد بين الإدارة الجبائية والمكلف بالضريبة يهدف أو يسمح إما بإنهاء المتابعة الناشئة عن تقديم طعن نزاعي مسبق أو الوقاية من متابعة تخضع للفرض أو وضع في التحصيل مقابل تنازلات متبادلة". وعرفته رسالة المديرية العامة للضرائب⁽²⁾ بأنه: " صلح جبائي بين الإدارة الجبائية والمكلف بالضريبة من خلاله يقوم الطرفان بإنهاء المنازعة الناشئة أو تفادي أخرى محتملة، فهو عقد يجب أن يكون مكتوب".

تمثل هذه التضحيات المتبادلة من جانب الإدارة في تخفيض عقوبات الوعاء والغرامات الجبائية المطبقة، ويلتزم المكلف من جانبه بدفع المبالغ المستحقة في أجل المحدد في العقد، والتخلي عن أي إجراء نزاعي متعلق بالحقوق والعقوبات المنصوص عليها في العقد. هو كما وصفته المديرية العامة للضرائب في رسالة تحت رقم 74 لسنة 2014 بأداة لتخفيف القضايا النزاعية. ويبقى الطعن النزاعي مفتوحا في حالة عدم نجاح هذا العقد.

يتعلق التخفيض والإعفاء بالحقوق الأصلية وكذا العقوبات المرتبطة بها، لكن التخفيض المشروط لا يخص إلا عقوبات الوعاء والغرامات الجبائية مبدئيا. يتشابه طلب التخفيض المشروط مع التخفيض المنصوص عليه في المادة 93 من قانون الإجراءات الجبائية إلا أنه ليس إعفاء بل تخفيض ولا يمس الحقوق الأصلية (الدين الأصلي)، حسب التنظيم الصادر عن المديرية العامة للضرائب رقم 217 ، إذ أن المادتان 93 مكرر و173-4 من قانون الإجراءات الجبائية لم تحدد نسب التخفيض، واكتفت بالنص على المبدأ ألا وهو إمكانية المكلف بالضريبة الاستفادة من تخفيض العقوبات الجبائية والزيادات الضريبية، إذا طلب ذلك عن طريق التخفيض المشروط، لذلك يمكن القول تخفيض أنه إنقاص من قيمة الحق المدين به للخزينة.

لكن بالرجوع للنص التنظيمي فقد بين نسب التخفيض المشروط، وقسمها وفقا للحالة. ففي الحالة الأولى، تحدد نسبة التخفيض بين 90% و95% عندما يكون طلب المكلف قد تعهد فيه بالتسديد الفوري للحقوق الرئيسية والعقوبات الملزمة بها. وأما الحالة الثانية، فتحدد بحسب الآجال؛ إذا طلب المكلف بالضريبة التخفيض المشروط وتعهد بتسديد الحقوق الرئيسية والعقوبات الملزمة بها في الجدول الزمني (انطلاقا من نتيجة عقد التخفيض المشروط)، وهنا يتم العمل وفق سلم بحيث يستفيد من 80% إذا كانت مدة التسديد 4 أشهر وبنسبة 70%، إذا كانت مدة الدفع 8 أشهر وفي الأخير إذا كانت مدة التسديد 12 شهر تخفض النسبة لـ60%.

¹ Instruction n° 217 DGI : « La remise conditionnelle peut être définie comme étant un contrat par lequel l'administration fiscale et le contribuable mettent fin soit à une contestation née par l'introduction d'un recours contentieux préalable, ou préviennent une contestation à naître issue d'impositions enrôlées et mises en recouvrement, moyennant des concessions réciproques ».

²La lettre de DGI, Bulletin d'information de la Direction Générale des Impôts, N74/2014, p1: « LA REMISE CONDITIONNELLE : Un instrument d'atténuation des litiges contentieux ».

في حالة استفادة المكلف من جدول الدفع لدينه الجبائي في تاريخ تقديم طلبه للتخفيض المشروط، فإنه يتم الاتفاق إذا ما خضع لهذا التخفيض يقبل طلبه، و يأخذ في عين الاعتبار المبالغ التي دفعها من أجل مراجعة الجدول الزمني الممنوح سابقا والمحدد لنسب التخفيض الممنوح. فالمكلف بالضريبة الذي طلب تخفيض مشروط يستفيد من تأجيل الدفع القانوني فإنه يقبل الأخذ في الاعتبار نسبة 20% التي تم تسديدها⁽¹⁾.

تكون الضرائب والعقوبات التي تكون محل الإعفاء أو التخفيض مؤسسة ونهائية والتي لا تخضع للطعن النزاعي، غير أن التخفيض المشروط يتعلق بتلك الضرائب والعقوبات التي تكون قابلة للمتابعة أو كانت موضوع متابعة. كما لا يتعلق الطعن الولائي إلا بوضعية المكلف المالية والاجتماعية كمعيار للاستفادة من التخفيض أو الإعفاء، غير أن التخفيض المشروط لا يرتبط بوضعية المكلف على الإطلاق. يمكن الطعن في قرارات الخاصة بالإعفاء أو التخفيض عن طريق الطعن الإداري، إلا أن المشرع لم يحدد ما إذا تم طعن في قرارات المدير الجهوي أمام أي جهة، وترك الباب مفتوحا لرفع القضية أمام القضاء الإداري المختص، على عكس التخفيض المشروط اعتبره قاطعا لأي طعن نزاعي.

نص المشرع الجزائري على تقديم طلب كتابي للسلطة المختصة وهو المدير الولائي أو الجهوي حسب مبلغ العقوبة يلتمس فيه التخفيض في كلا الطريقتين. إلا أن القرار الصادر عن تديرين مختلف. ولأن في التخفيض المشروط الإدارة هي من تضع الشروط وما على المكلف إلا قبولها جملة واحدة أو رفضها، وبناء على قراره يمكن أن يصبح قرار التخفيض المشروط نهائي⁽²⁾. وتمنح الإدارة بالمقابل قرار بالتخفيض أو الإعفاء حسب درجة اقتناعها بالحالة المالية والاجتماعية والاقتصادية للمكلف بالضريبة.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للتخفيض المشروط

منح المشرع صراحة للتخفيض المشروط الصيغة التعاقدية وهو اتفاق بين المكلف والإدارة الجبائية، يتعلق بتخفيض في العقوبات الجبائية وهي الغرامات الجبائية أو الزيادات الضريبية، مما يفهم من روح النص أن الحقوق الأصلية غير معنية بهذا التخفيف ولا غرامات التحصيل المتعلقة بالتأخير⁽³⁾. فالتخفيض المشروط لا يمس الحقوق الأصلية بل يخص فقط تخفيض الغرامات والزيادات الجبائية المرتبطة بالضرائب أو الرسوم. كما أنه ذو طابع خاص فهو عبارة عن اقتراح المكلف بالضريبة بالتخفيض ودراسة الملف من الإدارة واقتراح جديد من طرف الإدارة و ما على المكلف إلا قبول أو رفض نتيجته، وبناء عليه يصدر القرار النهائي للاستفادة من التخفيض المشروط.

¹التعليمة رقم 217، المرجع السابق، ص 6.

²الفقرة 4 من المادة 173 مكرر من ق إ ج ج.

³المادتان 93 مكرر و 173-4 من ق إ ج ج.

بالرغم من اعتبار التخفيض المشروط عقد أو اتفاق تعاقدي فهو من نوع خاص، لأنه لا يعني تفاوض وحصول على نتيجة من ذلك، بل أن يطلب المكلف وتقبل الإدارة طلبه بالمقابل، وتجدر الإشارة أن المشرع في الفقرة الثانية من المادة 93 مكرر من قانون الإجراءات الجبائية قد اعتبر كتدبير للاستفادة من تخفيض للغرامات والزبادات الجبائية.

الفرع الثالث: نطاق تطبيق التخفيض المشروط

يتعلق التخفيض المشروط بعقوبات الوعاء والغرامات الجبائية في كل المادة الجبائية، فهو يتعلق بالجزاءات الجبائية المطبقة على الضرائب المباشرة، الضرائب غير المباشرة، الرسوم على رقم الأعمال، حقوق التسجيل، حقوق الطابع، والحقوق والرسوم غير المقننة المتعلقة بقواعد الوعاء والتحصيل والمنازعات المنصوص عليها في قوانين الضرائب وقانون الإجراءات الجبائية.

ومن المعلوم أن عقوبات الوعاء والغرامات الجبائية التي لا تخضع للتخفيض المشروط، يمكن أن تكون محل الطعن الولائي باستثناء تلك المرتبطة بالأعمال التدليسية. لذلك المكلف بالضريبة الذي تفوت عليه فرصة الحصول على تخفيض مشروط، لا يحرم من القيام بطلب الإعفاء أو التخفيض في إطار الطعن الولائي. يستثني صراحة المكلف الذي ارتكب مخالفة تتعلق باستعماله الأعمال التدليسية وتم توقيع عليه عقوبات جزائية جراء ذلك، فهو من سيفقد بدوره فرص الحصول على التخفيض أو الإعفاء. يلاحظ بالرجوع لنص المادة 93 مكرر من قانون الإجراءات الجبائية عدم تحديد المقصود بالعقوبات الجبائية محل التخفيض المشروط، لكن في النص التنظيمي الصادر عن المديرية العامة للضرائب، تم تفصيل العقوبات والغرامات الجبائية التي تكون موضوع التخفيض وحتى تلك المستثناة من استفادة منه.

وعليه، يتبين أن عقوبات الوعاء والغرامات الجبائية تفتح الحق في الاستفادة من أحكام التخفيض المشروط، التي لها صلة بالحقوق الصادرة عن التحصيل اللاحق لعملية الرقابة الجبائية كرقابة الوثائق والتحقيق المحاسبي والتحقيق المعمق في وضعية المكلف المتنازع فيها أو يمكن أن تكون محل نزاع؛ وبمعنى آخر فقط الغرامات الجبائية المفروضة في حالة عدم كفاية التصريح تقبل تطبيق أحكام التخفيض المشروط عليها⁽¹⁾.

¹ تعليمية المديرية العامة للضرائب رقم 217، المرجع السابق، ص 5. وهي عقوبات الوعاء وغرامات جبائية متعلقة بتأخر أو عدم التصريح الفصلي أو السنوي؛

عقوبات الدفع المتأخر للحقوق؛ عقوبات الوعاء المطبقة في حالة الأعمال التدليسية المقررة المتابع بموجب إجراء منفصل في هذا المجال؛ عقوبات الوعاء وغرامات جبائية التي انقضى أجل الطعن النزاعي (الطعن المسبق) فيها؛ عقوبات الوعاء وغرامات الجبائية التي لها علاقة بالحقوق التي صرح المكلف بقبولها (من دون أي تحفظ في الشكل أو في الموضوع) في إجابته عن تبليغ اقتراحات التويم؛ عقوبات الوعاء والغرامات الجبائية المرتبطة بالضرائب التي تكون محل متابعة من قبل لجان الطعن أو المحكمة الإدارية.

المطلب الثاني: طرق منح التخفيض المشروط

لقد تطرق النص التنظيمي رقم 217 الصادر عن المديرية العامة للضرائب لطرق منح التخفيض المشروط، بحيث نص على الطلب الذي يقدمه المكلف بالضريبة، وطريقة فحص الملف، طريقة الرد وتبليغ وصدور القرار.

الفرع الأول: الطلب الشكلي للمكلف بالضريبة

لقد نصت المادة 93-3 من قانون الإجراءات الجبائية على أنه من أجل الاستفادة من التخفيض المشروط على المكلف بالضريبة تقديم طلب كتابي على ورق عادي موقع من قبل المكلف بالضريبة، ويرفق بوثائق تثبت بيان عقوبات الوعاء موضوع الطلب مع النسخة الأصلية من جدول الفرض وتبليغ التحصيل، ووضعيته إذا ما كان في نزاع مرتبط بالتحصيل كالشكوى أو الإخضاع للضريبة.

يجب الذكر في طلب التماسه تطبيق المادة 93 مكرر من قانون الإجراءات الجبائية مع ذكر العقوبات محل التخفيض الملتبس. يقدم الطلب إلزاميا من طرف المكلف شخصا، لأن الوكالة المذكورة في المادة 75 من قانون الإجراءات الجبائية لا تتعلق إلا بطرق الطعن النزاعي، وعليه هذا الشرط يؤدي لاعتبار الوكيل كأنه هو المعني بالطلب المكتوب.

وتخضع طلبات التخفيض المشروط بالرغم من طبيعتها إلى تقاضي تامة إجراء نزاعي أو القيام به لذلك لا بد أن تقدم قبل انقضاء آجال المنصوص عليها في المادة 72 من قانون الإجراءات الجبائية، وهي على العموم قبل 31 ديسمبر من السنة التي تلي القيام بذلك الإجراء، أو طيلة مدة الطعن المسبق من تاريخ القيام الطعن المسبق وقبل اتخاذ القرار النزاعي. وتجدر الإشارة أن مواعيد الطلب تتعلق بالمواعيد المرتبطة بمنازعات الوعاء وليس تلك المرتبطة بمنازعات التحصيل⁽¹⁾.

ولم يحدد النص العام الجهة المختصة في استقبال الملف غير أن ذكر الجهة المختصة في الفصل وبالرجوع للنص التنظيمي نجده نص حسب الحالة توجه لمديرية الضرائب أو مركز فرض الضريبة (مديرية الضرائب، مديرية كبريات المؤسسات، المركز الجوازي للضرائب، ومركز الضرائب)، وتمنح هذه المصالح ابتداء من استلام الطلب وصل الإشعار بالاستلام للمكلف، لإثبات تاريخ تقديم الطلب.

الفرع الثاني: فحص طلب التخفيض المشروط

يبدأ فحص طلب التخفيض المشروط من قبل الجهة المخولة بذلك ابتداء من تاريخ استلام الطلب وتسجيله. فعند استلام الطلب يرفق بطابع خاص في يوم الوصول، يسجل في سجل خاص بالتسجيلات على مستوى لجان الطعن على مستوى مديرية الضرائب ومديرية كبرى المؤسسات أو على مستوى مصالح لجان الطعن بالمركز الجوازي للضرائب أو مركز الضرائب. مع وجوب إعادة ذكر العناوين التالية: رقم الطلب وتاريخ تقديمه

¹ التعلية 217، المرجع السابق، ص 7.

واسم ولقب، عنوان الاجتماعي للمكلف، رقم التعريف الجبائي، النشاط الممارس، سنة الفرض، مراجع الجدول أو جداول الدفع، مبلغ وطبيعة زيادات الوعاء موضوع تقديم الطلب، مبلغ الإعفاء المقترح لعقوبات الوعاء وفي الأخير السلطة المختصة في البث (مديرية الضرائب، مديرية كبرى المؤسسات).

ويجب على المصلحة أو مكتب لجان الطعن النظر في الطلب ، وذلك بفحص الاختصاص، إذا تبين أن الطلب موجه لجهة غير مختصة، تقوم هذه الأخيرة بتحويله للجهة المختصة وإعلام المكلف به، مثلاً إذا ما كان موجه للمدير الولائي وهو في الأصل موجه للمدير الجهوي للضرائب. وفحص تكملة الملف: يجب أن تراقب المصالح، الطلب المقدم من طرف المكلف بالضريبة مرفقاً بالوثائق المحددة للعقوبات والغرامات الجبائية محل هذا الطلب. والا كيف يتم دراسة الطلب من دون وثائق ثبوتية.

ليتم التأكد من مدى تطبيق المكلف لشروط التخفيض المشروط، وذلك بالتحقق من أن المكلف ملتزم بالدفع لحقوقه الرئيسية والتنازل عن كل إجراء نزاعي. من أجل مراقبة العناصر المدونة من قبل الملتزم في طلب التخفيض المشروط، يتم تحويلها لمكتب الشكاوى أو مصلحة الشكاوى لورقة التسجيل⁽¹⁾، ويقوم هذا الأخير بتحديد ما إذا كان المكلف قد قدم شكوى نزاعية بخصوص جدول محل طلب التخفيض المشروط.

تبعا لذلك، يجب الإشارة إلى مجال معالجة هذه الشكاوى والتعليق عليها يكون وفقاً للسجل الخاص بالشكاوى مع ذكر طلب التخفيض المشروط وتحديد تاريخ تقديم الطلب. ومن ثم يدرج على الأخص فيها الضرائب الأصلية التي يلتمس تخفيض عقوبات وعائنها أو الغرامات وكذا مجال معالجة آخر طعن مسبق مقدم .

لينتظر المكلف الرد على طلبه، وهنا يوجد حالتين، الحالة الأولى: أن يرد المكلف على مقترح الإدارة في الأجل المحدد، في حالة الرد السلبي، عندما لا يتمسك المكلف باقتراحات الإدارة، فإنها تعد كأنها لم تكن، وكنتيجة لذلك تبقى سارية شكاوى الطعن المسبق. ففي حالة الرد الموافق، عندما يقبل المكلف اقتراح المبلغ يجب عليه الإجابة على نموذج وبحول للإدارة الجبائية. وعند خضوع الرد للفحص يستدعى لتوقيع التزام على الاستفادة من التخفيض المشروط. والحالة الثانية، أن لا يرد المكلف في الأجل المحدد، إذا لم يرد المكلف في ظرف 30 يوم من تاريخ تبليغ الاقتراح بالتخفيض المشروط، فإنه يعتبر قرار بالرفض ويتم تبليغه للمعني.

وعليه، يستدعى المكلف بالضريبة إلى مديرية الضرائب بالولاية المختصة إقليمياً بعد التوقيع على العقد المتعلق بالتخفيض المشروط وتسلم له وثيقة وفق نموذج معد مسبقاً. يجب أن يذكر في العقد على الأقل قيمة العقوبات الخفضة المتفق عليها. ويتوقف جدول الدفع عندما يدفع دينه وفق السلم. يحجر العقد في نسختين أصليتين واحدة للمكلف والثانية لمصلحة لجان الطعن، وترسل نسخ لمصلحة الشكاوى ولقبض الذي وضع جدول الدفع من أجل إنهاء المتابعات.

¹ قد حددت التعليمات 217 مجموعة من النماذج التي تم بموجبها إجراءات تقديم الطلب وكيفية الحصول على التخفيض المشروط.

تجدر الإشارة، أن التخفيض المشروط عقد فإنه قد يكون محل بطلان كجزء الإخلال بأحد الالتزامات كعدم كتابة الشروط السابقة، كما لا تخفيض مشروط إذا لم يقيم المكلف بإجراء الدفع الحقوق المستحقة وفقاً لما اتفق عليه في العقد. وإذا تحقق قابض الضرائب بأن المكلف لم يحترم التزامه بالدفع وفق الطرق المحددة في العقد فإنه يجب عليه فوراً إعلام مدير الضرائب. في تبلغ هذه الحالة السلطة المختصة بطلان العقد برسالة للمكلف بالضريبة. وما ينجر عن البطلان أن المبالغ المتبقية تستحق فوراً. ولا يعتبر العقد نهائياً إلا إذا نفذت الالتزامات المتفق عليها، وللمكلف حق الطعن النزاعي إذا ما كانت مواعيده مفتوحة.

تمتلك مصلحة لجان الطعن أصل عقد التخفيض المشروط وتبريرات الدفع المدفوعة من قبل المكلف، لذلك تقوم بتأسيس قرار التخفيض المشروط لعقوبات الوعاء والغرامات الجبائية المنصوص عليها في العقد مع المكلف بالضريبة. يبلغ المكلف بالقرار عن طريق رسالة موصى عليه مع الإشعار بالاستلام أو عن طريق التسليم باليد. ويقفل نهائياً ملف المنازعات المحتملة المقدمة أمام مصلحة الشكاوي. فلا يأخذ التخفيض المشروط الصبغة النهائية، إلا بعد أن يدفع المكلف كل المبالغ المستحقة على عاتقه. وإذا ما قام بدفع الحقوق الأصلية ومقترح العقوبات غير المقبولة في التخفيض المشروط يجب عليه التقدم لمديرية الضرائب بالولاية المختصة إقليمياً بوصول أو أوصلة الدفع يثبت تسديده لدينه الجبائي.

وعليه، يعد الإعفاء والتخفيض من الأعمال الصادرة بالإرادة المنفردة للإدارة الجبائية، فهي الجهة المخولة في إصداره من دون أي إلزام من طرف المكلف بالضريبة، على عكس التخفيض المشروط الذي يعد اتفاق تعاقدي بين الإدارة والمكلف بالضريبة، وإن كان ذو طبيعة مختلفة عن العقود في الشريعة العامة

في ختام هذا البحث، تعتبر طرق الطعن الولاية في المادة الجبائية أساليب يسعى بموجبها المكلفين بالضريبة لعدم دفع الضريبة ومختلف الحقوق الجبائية المدينين بها للخرينة لظروف حددها المشرع في القوانين الضريبية، ويرجع أمر الأخذ بها للسلطان الإدارة الجبائية. ليبقى على المكلف بالضريبة الذي لم يتحصل على نتيجة مرضية من الطعن الولاية أن يطالب بالتخفيض أو الإعفاء عن طريق الطعن النزاعي وفقاً لقانون الإجراءات الجبائية.

قائمة المراجع:

- المديرية العامة للضرائب، قانون الضرائب المباشرة والرسوم الماثلة، 2016.
- المديرية العامة للضرائب قانون الإجراءات الجبائية، 2016.
- قانون رقم 58-75 المتعلق بالقانون المدني المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج ر رقم 44.
- قانون رقم 12-12 المتعلق بقانون المالية لسنة 2013 المؤرخ في 2012/12/26، ج.ر رقم 72 المؤرخة في 2012/12/30.
- قانون رقم 10-14 المتعلق بقانون المالية لسنة 2015 المؤرخ في 2012/12/30، ج.ر رقم 78 المؤرخة في 2014/12/31.
- تعليمية المديرية العامة للضرائب رقم 217، التدبير المتعلق بالتخفيض المشروط للعقوبات والغرامات الجبائية، الصادرة بتاريخ 02 أبريل 2013.

- تعليمية رقم 34 م و / م ع ض / م ع / المنشور التطبيقي رقم 55 / م و / م ع ض / 2012 المتعلق بتطبيق إجراء إعادة
جدولة الديون الجبائية للمؤسسات التي تعاني من صعوبات.
- مطبوعات المديرية العامة للضرائب، الضرائب على الدخل الإجمالي، المنازعات الجبائية، 2015.
- قرار مجلس الدولة رقم 62653، (ش.ع) ضد إدارة الجمارك والنيابة العامة، مجلة مجلس الدولة، 2012، عدد 10.
- بن عمارة منصور، الضريبة على أرباح الشركات، الطبعة 1، دار هومة، 2011.
- عباس عبد الرزاق، عباس عبد الرزاق، التحقيق المحاسبي والنزاع الضريبي، دار الهدى، الجزائر، 2012.
- رضا خلاصي، شذرات النظرية الجبائية، دار هومة، 2014.
- Banque Nationale d'Algérie, Groupe de fiscalité, Fiscalité de l'entreprise, 1992.
- D.G.I., Documentation fiscale, Contrôle fiscal, éd. Francis Lefebvre, 1992.
- Jean Michel DOCARMO SILVA, Laurent GROSCLAUDE, DSLG1, Gestion Juridique, fiscale et sociale, Manuel et application, DUNOD, 2014-2015.
- Les Dictionnaires Pratiques RF, Groupe Revue Fiduciaire, Fiscal 2012.
- Ministère de l'Economie des Finances et de l'Industrie, Précis de fiscalité, T2, 1999
- Thierry LAMBERT, Contrôle fiscal, Droit et pratique, P.U.F., 1999.

دور الوساطة الجنائية في تطور السياسة الجنائية*
أ/ آيت إفتان صارة- أستاذ مساعد "1" - جامعة ابن خلدون- تيارت

ملخص المقال :

إن إتساع الظاهرة الإجرامية أدى بالضرورة إلى ظهور توجهات جديدة على السياسة الجنائية ، فأصبح على الدولة التوجه نحو الموازنة بين المجني عليه والجاني ، بإستنباط سبل دخيلة على نظام العدالة ووظيفة النيابة فلم تقف على الخصومة الجنائية بل تبنت الوساطة الجنائية ، التي تعبر عن الحل الرضائي بين أطراف الدعوى

فالساسة الجنائية بتوجهها نحو الأخذ بالوساطة الجنائية أضفت تطور في نظام العدالة ووظيفة النيابة التي إقتصرت على توجيه الاتهام بتحريك الدعوى العمومية او حفظ الملف لإنعدام الدليل ، فدور النيابة الحالي بتنفيذ الوساطة الجنائية أصبح ذو ابعاد واسعة في تعويض المجني عليه الذي كان يصعب جبر ضرره في حالة حصول الجاني على البراءة ، كما أصبح لها بعد عقابي للجاني بالمساس بدمته المالية دون توقيع عقوبة سالبة للحرية ، كما لها بعد إقتصادي في ترشيد نفقات الدولة في تكاليف التقاضي ومصاريف الإنفاق على الجاني بالمؤسسات العقابية .

Résume :

L'accroissement du phénomène de la criminalité a conduit nécessairement à des nouvelles politiques pénales .L'état est amené à trouver un équilibre entre le criminel et la victime, en adoptant des méthodes étrangères au système de justice et à la fonction du parquet public de tel sorte qu'elles ne se limitent pas au contentieux pénale mais adoptent la médiation pénale qui reflète une solution consentie par les parties.

En adoptant la médiation pénale, la politique pénale fait évoluer la justice et la fonction du ministère public qui se contentait avant de déclencher l'action publique ou de classer l'affaire .Désormais le rôle du ministère public est très étendu en ce qu'il permet l'indemnisation de la victime qui ne pouvait pas avoir une indemnisation en cas d'innocence de l'accusé Le ministère peut aussi intervenir en cas sanction en ce qui concerne le patrimoine du criminel si la sanction n'est pas privative de liberté .En outre, le ministère public assume un rôle économique en contribuant à la rationalisation des dépenses publiques liées au coût de la justice et les établissements pénitentiaires.

تاريخ إيداع المقال: 2016/09/18

* تاريخ تحكيم المقال: 2016 /09/21

المقدمة

يقصد بالسياسة الجنائية مجموعة الخطوط التي تحدد توجهات السلطات المختلفة في مكافحة الظاهرة الإجرامية¹. ففي ذلك العلم أو الفن الذي يكشف وينظم بطريقة منطقية أفضل الحلول الممكنة لمختلف مشاكل الموضوع والمشاكل التي تثيرها الظاهرة الإجرامية، فالسياسة الجنائية تحدد قيمة القانون المعمول به، وتبين ما يجب أن يكون عليه القانون.

أما في وقتنا الحالي يرى البعض أن السياسة الجنائية تمتد دورها ليشمل محاولة التوفيق والإصلاح بين الجاني والمجني عليه عن طريق الوساطة الجنائية، فالسؤال المطروح ما تأثيرات الوساطة الجنائية على تطور السياسة الجنائية؟ وفيما يلي نتناول الدراسة في مبحثين إثنيين:

المبحث الأول: الوساطة الجنائية تمثل تطور في نظام العدالة الجنائية

المبحث الثاني: الوساطة الجنائية تمثل تطور في وظيفة النيابة العامة

المبحث الاول:الوساطة الجنائية تمثل تطور في نظام العدالة الجنائية .

ذهب رأي في الفقه² على أن السياسة الجنائية المعاصرة أصبحت تركز على مفهومين متوازنين للدعوى الجنائية: الخصومة الجنائية والمصالحة الجنائية. وتعد الوساطة الجنائية نموذج يشير إلى تحول العدالة الجنائية من عدالة عقابية - تقوم على العقوبة - إلى عدالة رضائية تفاهمية تقوم على فكرة التفاوض والتفاهم بين الأطراف لحل الخصومة. و أن هناك رأي آخر في الفقه³ يذهب إلى اعتبار الوساطة الجنائية تعبر عن سياسة جنائية تفتح المجال لعدالة تساهمية، يشترك فيها آخرون لمواجهة تصاعد الإجرام ومواجهة المجرمين، والتي أخفقت أجهزة العدالة التقليدية في مواجهتها، بالإضافة إلى اعتبارها شكلا لعدالة إصلاحية قائمة على التعويض. كما أن الوساطة الجنائية تتفاعل مع إعتبرات السياسة الجنائية الساعية صوب تدعيم آليات الخيار الثالث في الإجراءات الجنائية⁴. وتظهر ملامح هذا التطور في تطور دور النيابة العامة وأسلوبها في إدارة الدعوى الجنائية.

وتعد الوساطة الجنائية أحد أبرز الوسائل التي ساعدت على مواجهة أزمة العدالة الجنائية في فرنسا في السنوات الأخيرة، مما أدى بالفقه إلى اعتبارها تحولا جوهريا في السياسة الجنائية من عدالة عقابية تؤسس على الجزاء إلى عدالة أخرى أكثر رضائية. وقد ذهب رأي في الفقه الفرنسي إلى اعتبار الوساطة الجنائية تتجه نحو سياسة جنائية جديدة، باعتبارها صورة لعدالة غير قسرية. بينما ذهب رأي آخر إلى أن المجتمع الفرنسي-

1. د. احمد فتحي سرور، السياسة الجنائية، مجلة القانون والاقتصاد، مارس 1969، ص 13.

2 - د. احمد عصام الدين مليحي، "تقييم المعاملة في المؤسسات العقابية دراسة مقارنة، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، القاهرة، 2000، ص 196

3 - BERG(R) médiation penale, encyclopédie dalloz, sept 1999, No 4. p 2

4 - LE ROY(E) « la médiation, mode d'employé » droit et société, 1995. No. 29. p 50.

يتجه نحو التعددية القانونية أو بالأدق تعددية قضائية ، بحيث يتواجد إلى جانب الوسائل القضائية صور أخرى لعدالة رضائية كالتحكيم ، الصلح والوساطة .

المطلب الاول :الوساطة الجنائية نموذج للتحويل من عدالة عقابية إلى عدالة تعويضية إصلاحية :

ذهب البعض إلى أن إتجاه المشرع الفرنسي - منذ بداية السبعينات - في إقرار بعض الإصلاحات على نظام العدالة الجنائية ، والتي تتضمن إنشاء لجان للرقابة القضائية وتعويض المجني عليه ، العمل للمصلحة العامة ، تأجيل تنفيذ العقوبة لتعويض المجني عليه ، فإن هذه التعديلات ساعدت على التحويل من نموذج العدالة العقابية لصالح نموذج آخر من العدالة التعويضية .ففي نموذج العدالة العقابية ، تستأثر الدولة بحل النزاع ، ويكون شاغل القضاء هو التوقيع النموذجي للعقوبة بغية تحقيق الردع العام والخاص أكثر من مراعاة المصلحة الخاصة للأفراد¹ . أما مع السياسة الجنائية الجديدة ، فقد أصبح للمجني عليه الفرصة في الحصول على التعويض عن طريق لجنة تعويض المجني عليه ، وأصبح للجاني من خلال نصوص الوساطة الجنائية والتعويض دور فعال في حل النزاع ، وأصبح للأطراف سلطة التفاوض بشأن إنهاء الخصومة . فمسألة تعويض أضرار المجني عليه وإصلاح الإضطراب الناجم عن الجريمة من الأمور التي يصعب معالجتها في نطاق الدعوى الجنائية ، ولذلك كان من الأفضل معالجة هذه الأمور من خلال نموذج آخر للعدالة ، يقوم على فكرة التعويض أو الترضية² .

ومن ناحية يترتب على وقوع الجريمة إحداث فجوة في العلاقات بين الجاني والمجني عليه . ويترتب على مباشرة الدعوى الجنائية إستمرار وجود هذه الفجوة في العلاقات ناهيك عن الأجهزة القضائية - النيابة والقضاء - أثناء مباشرة الدعوى الجنائية تسعى إلى التطبيق الصحيح للقانون ، وتطبيق العقاب على الجاني ، دون مراعاة تعويض المجني عليه ، أو إصلاح الإضطراب الناجم عن الجريمة ، أو تأهيل الجاني .بينما تسعى الوساطة الجنائية إلى تحقيق تلك الأغراض السابقة ، وليس إبعاد الجاني عن طريق السجن أو التشهير - صحيفة السوابق - كما في الدعوى التقليدية³ ، فالوساطة الجنائية نموذج يقوم على إصلاح العلاقات الإجتماعية بين الأطراف ، فالجاني يقوم بإصلاح أضرار الجريمة بالشكل الذي يؤدي إلى إعادة إدماجه في المجتمع ، وإصلاح العلاقة بينه وبين المجني عليه وهو ما يساعد على تحقيق الإنسجام الإجتماعي . فالتعويض الذي يدفعه الجاني للمجني عليه ، لا يمكن إعتبره بمثابة عقوبة ، وإنما تدبير إصلاحي يهدف إلى إعادة تأهيله وإدماجه في المجتمع .

فالوساطة الجنائية من خلال سعيها إلى إنشاء علاقات جديدة بين الأطراف ، فإنه لن يكون هناك ضرورة للحديث عن خطأ الجاني ومسؤوليته الجنائية .

¹ -DAVIS(G):Making amends,mediation and reparation in criminal justice,Routledge.london and New york,1992.p114

² - BONAFE SCHMITT(Jean.Pierre) :la médiation une justice douce syros-alternatives,paris 1992 .p.19

³ - BONAFE SCHMITT(Jean.Pierre) :la médiation une justice douce,op.cité.p.19

فالوساطة تمكن الأطراف من الإجتاع، وتبادل أسباب النزاع، والتعبير عن المشاعر، بالشكل الذي يساعد على تصفية الخلاف، والوصول إلى ترضية، وإعادة العلاقات القديمة، أو إنشاء روابط جديدة تحقق الإنسجام الإجتماعي. وهو ما لا يتوافر من خلال الإجراءات القضائية، فجوهر الوساطة هو وضع النزاع في مكانه الصحيح، والعمل على تحليل أسبابه من أجل إيجاد عدد من الحلول الإختيارية، والتي تتسم بالعدل والإنصاف بمعرفة أطراف النزاع، دون اللجوء إلى الإجراءات المعتادة.

الفرع الأول: الوساطة الجنائية وسياسة الحد من العقاب.

تعرف السياسة الجنائية المعاصرة عدة وسائل لعلاج أزمة العدالة الجنائية، تتمثل في سياسة الحد من التجريم، سياسة الحد من العقاب، والمعالجة غير القضائية للدعوى الجنائية. وتتمثل سياسة الحد من العقاب في بقاء الفعل مجرماً، ولكن مع تخفيف فكرة الردع، وهذا ما قد يحدث عن طريق الشرطة التي قد تمتنع عن الملاحقة الجنائية في الجرائم التي يمكن التسامح فيها، أو النيابة العامة عن طريق سلطتها في عدم ملائمة تحريك الدعوى الجنائية¹. فعن طريق الوساطة الجنائية يمكن تفعيل سياسة الحد من العقاب، بالشكل الذي يؤدي إلى تطوير وإصلاح نظام العدالة الجنائية.

الفرع الثاني: الوساطة الجنائية ونظام الإختبار القضائي.

يقصد بنظام الإختبار القضائي النظام الذي بمقتضاه يمكن للمحكمة إيقاف السير في الدعوى القضائية لمدة معينة، ويتم خلالها مراقبة سلوك المتهم، وقد يتم تكليفه بتنفيذ إلزامات محددة، فإذا إنتهت فترة الإختبار بنجاح جاز للمحكمة الحكم بإقتضاء الدعوى الجنائية، وإذا خالف المتهم الإلزامات الملقاة على عاتقه يتم السير في الدعوى القضائية ضده². ويتولى رقابة المتهم في فترة الإختبار مؤسسات وهيئات إجتماعية تتولى تنفيذ برامج تأهيلية للجنة، ومن هنا ظهر الإرتباط بين نظام الإختبار القضائي والوساطة الجنائية، حيث كان القضاة يسمحون لهذه الجهات بالتوفيق بين الجاني والمجني عليه بالشكل الذي يحقق تعويض المجني عليه وتأهيل الجاني. فالوساطة الجنائية إرتبط تطبيقها في النظام الأنجلوأمريكي بالتحول عن الخصومة الجنائية والذي إنتشر- تطبيقه في الولايات المتحدة وكندا، والذي يهدف إلى إستبدال العقوبات التقليدية ببرامج تأهيلية وعلاجية. ومن هنا ظهر دور مؤسسات وجمعيات الرقابة القضائية وجمعيات مساعدة المجني عليهم، والتي تتولى الإشراف على برامج تأهيل الجناة.

¹ - د. عمر سالم، ملامح جديدة لنظام وقف التنفيذ في القانون الجنائي، دار النهضة العربية، مصر، 2006، ص 26، 27.

² - د. أحمد فتحي سرور، نظام الإختبار القضائي في نظرية القانون في التشريع المصري، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، العدد الثالث، ص 06.

ومن التشريعات الجنائية التي تعرف تطبيق الوساطة الجنائية في إطار الإختبار القضائي القانون النمساوي والقانون الإنجليزي¹. ويرى جانب هام من الفقه أن النيابة العامة في بلجيكا تعرف تطبيق نظام الإختبار القضائي في إطار سلطة الملائمة في تحريك الدعوى الجنائية ، أن الفقه الجنائي في فرنسا قد رفض تحويل مثل هذه السلطة للنيابة ، باعتبار أن هذا الأمر ينطوي على فرض شروط تمس الحرية الفردية للمتهم، الأمر الذي لا يجوز فرضه إلا عن طريق المحاكم .

الفرع الثالث : الوساطة الجنائية أحد اساليب السياسة الجنائية .

تعرف السياسة الجنائية أربعة أساليب لحل المنازعات الجنائية ، وكل أسلوب من تلك الأساليب يصلح لمواجهة جرائم معينة ذات طبيعة تتناسب وطبيعة الأسلوب المطبق ، دون أن يكون صالحا لمواجهة جرائم أخرى . وأول هذه الأساليب ، الأسلوب العقابي والذي يؤسس على فكرة العقوبة ، والذي يفرض على الجاني عند إرتكابه جريمة ، ويكون محور هذا الأسلوب شخص الجاني من خلال تأهيله وردعه ، كما في حال العقوبات المقيدة للحرية.

أما ثاني هذه الأساليب ، فهو الأسلوب العلاجي ويؤسس على فكرة التدابير الإحترازية ، وهو أيضا يفرض على الجاني بهدف إزالة الحالة الموجودة لديه لإرتكاب الجريمة، ويكون محور هذا الأسلوب هو مساعدة شخص الجاني من خلال إيداعه في المصحات العلاجية أو المؤسسات التأهيلية .

أما ثالث هذه الأساليب ، فهو الأسلوب التعويضي- ، والذي يؤسس على فكرة تعويض المجني عليه ، وهو يفرض على الجاني بهدف تعويض المجني عليه ، ومحور هذا الأسلوب هو شخص المجني عليه عن طريق إصلاح الضرر . وآخر هذه الأساليب هو الأسلوب التوفيقى ، والذي يعرض على كلا من الجاني والمجني عليه عند وجود جريمة ما ، ويسعى هذا الأسلوب إلى التوصل إلى حل النزاع بين الجاني والمجني عليه على الرغم من وقوع الجريمة ويكون محور هذا الأسلوب هو المحافظة على العلاقة بين طرفي النزاع من خلال إجراء عملية التفاوض بينهما للوصول إلى الحل التوفيقى² . وهذا الأسلوب هو الذي تقوم عليه الوساطة الجنائية . فالوساطة الجنائية هي أسلوب توفيقى بين طرفي النزاع بمساعدة الغير أملا في الوصول إلى حل رضائي يهدف إلى حماية العلاقة الإجتماعية³ .

¹ - عرف القانون الهولندي والنرويجي تطبيق نظام الإختبار القضائي في مرحلة الانهاى، حيث تملك النيابة العامة سلطة تقدير رفع الدعوى رغم ثبوت التهمة. بالنسبة لطائفة من المجرمين وفقا لاعتبارات السياسة الاجتماعية، فقد ترى عدم تقديمهم للمحاكمة في حالات الجرائم البسيطة او الحالات التي يكون فيها رفع الدعوى كافيا للضرر بالمتهمة حيث يستبدل ذلك بوضع المتهم تحت الإختبار لفترة معينة للتثبت من حسن سلوكه.

² -FAGET (Jacques)le cadre juridique de la médiationpenale entre repression et reparation,logiques juridiques ,L Harmattan, ,1997,p80

³ - د.عادل علي المانع، الوساطة في حل المنازعات الجنائية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع، السنة الثلاثون ديسمبر 2006، ص 43.

المطلب الثاني : الوساطة الجنائية صورة لخصصة الدعوى الجنائية .

ذهب رأي في الفقه الفرنسي¹ إلى اعتبار الوساطة الجنائية صورة من خصصة الدعوى الجنائية ، ذلك أن تعويض الضرر يصبح مسألة تخص أطراف النزاع بالدرجة الأولى ولا شأن للدولة بها . فالمناقشات بين الطرفين تكون مباشرة ، ومن دون تدخل الوسيط . وهو ما يسمح بأن يأخذ في الاعتبار ، وعلى نحو أفضل ، ليس فقط المعاناة أو الألم الذي يكابد المجني عليه ، وإنما أيضا مقترحات التعويض من جانب الجاني . وأنه لا محل للتخوف من فكرة خصصة الدعوى الجنائية ، باعتبار أن الوساطة تتم تحت رقابة دقيقة من النيابة العامة ، والتي يكون لها سلطة الحفظ أو تحريك الدعوى بناء على نتيجة الوساطة .

المطلب الثالث : الوساطة الجنائية نموذج لإدارة المنازعات الجنائية .

تعد الوساطة الجنائية عودة لأصل كان للكيانات الإجتماعية كالأُسرة والقبيلة تحتكر فيه مسألة حل المنازعات التي تحدث داخل نطاقها . إلا أن رغبة الدولة في إحتكار سلطة حل المنازعات في المجتمع والتطور الإجتماعي لهذه الكيانات ، أدى إلى سلب هذه الكيانات الإجتماعية لدورها التقليدي في حل المنازعات . حيث قامت الدولة بتحريم صور وأشكال العدالة الخاصة ، وهو ما يعرف بالعنف أو القهر المبرر من جانب الدولة لإحتكار سلطة حل المنازعات² . إلا أن هذا الإحتكار لم يكن أبدا مطلقا ، فإلى جانب الدعوى الجنائية ، كانت هناك مبادرات خاصة من الأفراد في حل منازعات ذات طبيعة جنائية³ . إلا أن أحزمة الدولة ، ونظرا للتطورات الإجتماعية ، لم تستطع مواجهة منازعات الجمهور المتزايدة ، الأمر الذي أدى إلى إتجاهها في منح جانب من سلطتها في حل المنازعات إلى جهات غير قضائية ، بالشكل الذي يخفف عبء القضايا المتراكمة بالمحاكم . فنظرا لنمو وتطور تجارب الوساطة الجنائية في فرنسا ، إتجهت الدولة نحو قبول مشاركة المجتمع المدني وتدعيم جمعيات الأهلية كجمعيات مساعدة المجني عليهم والرقابة القضائية من خلال الإعانات المالية⁴ .

المبحث الثاني : الوساطة الجنائية تمثل تطور في وظيفة النيابة العامة

إتجهت بعض التشريعات إلى الأخذ بنظام الوساطة الجنائية ، والذي يعبر عن تصور جديد لدور العدالة الجنائية تقوم فيه النيابة العامة بدور فعال أكثر من تحريك الدعوى الجنائية ، وما يترتب عليها من آثار سلبية بالنسبة للكثيرين ، أو الحفظ الذي لا يرضي الرأي العام أو المجني عليه ، وهو ما سوف تناوله على النحو التالي :

¹ - BONAFE-SCHMITT(J-P)la médiation pénale, en France et aux etats Unis L.G.D.J, 1998 p.18

² - د.إبراهيم عيد نايل، الوساطة الجنائية وسيلة غير تقليدية في حل المنازعات الجنائية - دراسة في النظام الإجرائي الفرنسي-، دار النهضة العربية، مصر، 2004، ص35

³ -BONAFE-SCHMITT(J-P)la médiation pénale, op.cité p.18

⁴ - BONAFE-SCHMITT(J-P)la médiation une justice douce syros-alternatives, op.cité ,p50

المطلب الأول : الوساطة الجنائية خيار ثالث في الدعوى الجنائية

الأصل أن النيابة العامة تملك سلطة التصرف في القضايا التي تصل إلى علمها عن طريق تحريك الدعوى الجنائية ، أو حفظ الأوراق لعدم الأهمية أو عدم كفاية الأدلة أو إذا كان المتهم مجهولا . وهذا هو الوضع الغالب في التشريعات الجنائية . ومنها تشريعنا الإجرائي الجزائري إلا أن المشرع الفرنسي إتجه إلى إضافة خيار حديث - ثالث - ، يتمثل في اللجوء إلى بدائل تغني عما سبق ذكره ، كأن تلجأ النيابة العامة إلى فرض التزامات على فاعل الجريمة ، أو أن تطلب منه أن يصحح وضعه القانوني تبعا لما هو مقرر قانونا أو أن يصلح الضرر الذي أحدثه بفعله ، أو أن يتم اللجوء إلى الوساطة الجنائية ، أو أن يتم اللجوء إلى الصلح الجنائي¹ .

وقد أكد المشرع الفرنسي في قانون الإجراءات الجنائية على ذلك من خلال نص المادة 40 - 1 التي تنص على أن : " للنيابة العامة الحق في أن تقرر بصدد الجريمة المرتكبة والمعروضة عليها أحد الخيارات الثلاثة التالية : 1- أن تبشر الدعوى الجنائية . 2- أن تلجأ إلى خيارات بديلة عن مباشرة الدعوى الجنائية بتطبيقها للأوضاع المقررة بالمادة 41 . 1 والمادة 241 . 3- أن تحفظ التحقيق إذا كانت الظروف الخاصة بإرتكاب الفعل الإجرامي تسوغ ذلك . " ومن البدائل التي نصت عليها المادة 41 . 1 فقرة خامسة إجراء الوساطة الجنائية .

المطلب الثاني : الوساطة الجنائية تمثل تحول في وظيفة النيابة العامة

تعتبر النيابة العامة شعبة من شعب السلطة القضائية ، وهي الجهة المكلفة نيابة عن المجتمع بمكافحة الجريمة ، وتقرير حق الدولة في العقاب عن طريق مباشرة الدعوى الجنائية وهي بذلك تبشر وظيفية الإتهام . ثم تطور الامر بعد ذلك إلى إختصاص النيابة العامة بمباشرة وظيفة التحقيق في الدعوى إلى جانب وظيفة الإتهام . إلا أن هذا الجمع بين الوظيفتين قد إنحصر في بعض التشريعات كالقانون الفرنسي ، تطبيقا لمبدأ الفصل بين وظائف القضاء الجنائي ، فإقتصر دور النيابة العامة على مباشرة وظيفة الإتهام ، وترك وظيفة التحقيق لأحد القضاة . إلا أن تطور وانتشار الجريمة في المجتمع الفرنسي - ، دعت إلى ضرورة تفعيل دور النيابة العامة في التعامل مع الجرائم اليومية المعتادة من خلال التوفيق بين الخصوم ، وهذا الدور جديد على النيابة العامة في القانون المقارن .

والواقع أن النيابة العامة كانت تبشر سلطتها في ملائمة تحريك الدعوى أو حفظها من خلال النظر في ملاسبات القضية وظروفها ، دون أن يتضمن ذلك أدنى إتصال بين طرفي النزاع ، إلا أنه من خلال آلية الحفظ تحت شرط والوساطة الجنائية أمكن لعضو النيابة إجراء إتصال بالجاني سواء كان بنفسه أو عن طريق وسيط بهدف إعطائه فرصة لإصلاح الضرر الناجم عن الجريمة . وهذا الدور الجديد للنيابة يكشف عن توسع في دورها في الدعوى الجنائية ، حيث أصبح دورها يشمل إختصاصا جديدا إلى جانب وظيفة الإتهام

¹ . د. إبراهيم عيد نايل، المرجع السابق، ص 35

التقليدية، يتعلق بسلطتها في إدارة عملية التفاوض بين طرفي الخصومة¹ وهو ما يماثل الدور الذي كان يقوم به قاضي الصلح في فرنسا حتى سنة 1958²، هذا وقد عرفت بعض التشريعات المقارنة نظام إرجاء تطبيق العقوبة بتعويض المجني عليه³. ونود أن نشير إلى أن التشريعات المقارنة قد اختلفت في قدر مشاركة أعضاء النيابة في عملية التفاوض بين طرفي النزاع فهناك القانون البلجيكي، والذي أعطى عضو النيابة دور مباشر وظاهر في متابعة وإدارة التفاوض بين طرفي النزاع وهناك القانون الفرنسي، والذي حضر- على أعضاء النيابة مباشرة دور الوسيط بين طرفي الخصومة. وقد كان أعضاء النيابة العامة في مدينة بونتواز الفرنسية، يقومون بإدارة الوساطة الجنائية مباشرة في دور العدالة والقانون في الأحياء التي تعاني من بعض المشاكل الأمنية والإجتماعية. إلا أن هذا الدور قد شهد تراجعاً بسبب الحضر الذي وضعته وزارة العدل الفرنسية على أعضاء النيابة العامة من القيام بدور الوسيط إستناداً إلى إعتبارات الحياد والإستقلال التي يجب أن تحكم مهمة الوسيط⁴.

وبالرغم من أن الوساطة الجنائية بطبيعتها إجراء غير قضائي، إلا أن النيابة العامة تقوم بدور هام في مباشرتها، حيث تقوم أولاً بتقدير مدى إمكانية تطبيقها من حيث طبيعة الجريمة والجاني وأثر الجريمة على النظام الإجتماعي فهي التي تقوم بإختيار الجرائم محل الوساطة، ناهيك عن سلطتها في متابعة الوساطة وتقدير مدى نجاحها من خلال القرار الذي تتخذه بشأن التصرف في الدعوى.

المطلب الثالث : مدى إعتبار الوساطة بديلاً عن النظام القضائي

أدى إنتشار تجارب الوساطة ونجاحها في العديد من الدول التي تسائل الفقه الجنائي، أثناء بحث وظيفة الوساطة في النظام الجنائي - عن مدى جواز إعتبار الوساطة نظاماً بديلاً عن النظام القضائي فإختلف الفقه بين إتجاهين: الأول يرى الوساطة نظاماً موازياً للنظام القضائي، والثاني يرى الوساطة نظاماً مكملًا للنظام القضائي.

الإتجاه الاول: الوساطة نظام بديل للنظام القضائي. ذهب البعض إلى إعتبار الوساطة بديلاً عن العدالة التقليدية، إستناداً على أنها لا تؤسس على فكرة تطبيق العقوبة، التي يقوم عليها القانون الجنائي، وإنما تؤسس على فكرة إصلاح العلاقات المتوترة بين الجاني والمجني عليه. وهي بالتالي تجنب الأطراف اللجوء إلى الدعوى الجنائية.

¹ - MONDON(D) :justice imposeKjustice négociéKles limites d'une opposition,l'exemple du parquetdroit et société. 1995,N°:30,31p241

² -BLANC(G) :la médiation penale,op.cité,N°2p211

³ - ابراهيم عيد نايل، المرجع السابق، ص32

⁴ - د.اسامة حسنين عبيد، الصلح في قانون الاجراءات الجنائية والنظم المرتبطة به، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، القاهرة، 2004، ص390

ويستند أنصار هذا الإتجاه في تبرير هذا الرأي على نموذج الوساطة الإجتماعية في الولايات الأمريكية وفرنسا ، والذي أمكن عن طريقها تسوية العديد من منازعات الحيرة والمنازعات الأسرية دون ولوج الطريق القضائي ، وبالتالي أمكن علاج ظاهرة تزايد منازعات الجمهور في النطاق الجنائي .

الإتجاه الثاني: الوساطة نظام مكمل للنظام القضائي وقد اعترض راي اخر في الفقه الفرنسي¹ على فكرة اعتبار الوساطة الجنائية بديلا عن العدالة التقليدية، بإعتبار أن قبول الوساطة يمثل تهديدا خطيرا للمؤسسة القضائية، وإخلال خطيرا بمبدأ قضائية العقوبة الذي يعد أحد المبادئ العامة في القانون الجنائي .

ويرى الرأي الراجح في الفقه الفرنسي أن الوساطة الجنائية لا يمكن ان تكون بديلا للقضاء ، وذلك ان الغالبية العظمى من صور الوساطة تعتبر وساطة قضائية ، فالنيابة العامة هي التي تقوم بإحالة القضايا إلى جمعيات مساعدة المجني عليهم والرقابة القضائية ، كما أنها هي التي تتولى تقييم نتائج الوساطة وإتخاذ قرارها بشأن الدعوى الجنائية² .

فضلا عن تبني المشرع الفرنسي- لفكرة دور العدالة والقانون ، وقنوات العدالة ، والتي تعتبر دوائر تندمج مباشرة في الهيئة القضائية

ومن ناحية ثانية ، فقد ذهب رأي آخر في الفقه الفرنسي-³ إلى أنه لا يمكن إعتبار الوساطة بديلا للدعوى القضائية ،حتى لو أدت إلى علاج ظاهرة تزايد منازعات الجمهور في النطاق الجنائي ذلك أن هذا السبب لا يكفي وحده لتبرير الوساطة الجنائية ، أو التي ينظر إليها من زوايا ضيقة ،مؤداها أن الأزمة المعاصرة للمؤسسة القضائية ،تعد مجرد مظهر لفقدان آلية التنظيم الإجتماعي في حل المنازعات .

والواقع أن الوساطة الجنائية لا تنافس النظام القضائي ،بل أن المجتمع يحتاج لكلا النظامين ،فلكل نظام مزاياه ومجالة الخاص .فالوساطة الجنائية لم تنظم من أجل القضاء على النظام القضائي وإنما من أجل التخفيف عنه ، فهي تخدم النظام القضائي من خلال التسوية السلمية للنزاعات⁴ ويرجح ان الرأي الثاني هو الأول بالتأييد ، فالوساطة الجنائية لا يمكن ان تكون بديلا عن الدعوى القضائية ،كما أنها لا يمكن أن تحل محلها في حل المنازعات ، وإنما هي شكل من أشكال التنظيم الإجتماعي لحل المنازعات الجنائية ، والتي من خلالها يمكن للسياسة الجنائية التوفيق بين الإتجاه العقابي والإتجاه التصالحي بالشكل الذي يحقق مواجهة فعالة للظاهرة الإجرامية .

¹ -ABEL(R) :reglement formel,informel des conflits analyse d'une alternative,sociologie du travail, 1981.p50

² - BONAFE-SCHMITT(J-P) la médiation une justice douce , op,cité, p 15

³ . BONFE-SCHMITT(J-P)la médiation une justice douce, op.cité.p.19

⁴ - عاشور مبروك ، نحو محاولة للتوفيق بين الخصوم ، دار النهضة العربية، مصر ، 2002، ص9-17

خاتمة :

فالساسة الجنائية بتوجهها بالأخذ نحو وساطة جنائية أضفت تطور في نظام العدالة ووظيفة النيابة التي إقتصرت على توجيه الإتهام بتحريك الدعوى العمومية ، أو حفظ الملف لجهل الجاني ، فأضافت السياسة الجنائية الحديثة عمل ذو فعالية على النيابة في الوصول إلى حلول دون اخذ مباشرة الدعوى العمومية التي تنتهي في بعض الاحيان ببراءة الجاني او حفظ الملف في أول وهلته لإنعدام الادلة ، والمجني عليه يصعب جبر ضرره فبالوظيفة الجديدة أصبح عمل النيابة جد فعال بتعويض المجني عليه وردع الجاني بطرح الوساطة الجنائية على الأطراف .

قائمة المراجع

01 - باللغة العربية :

- د.عاشور مبروك ، نحو محاولة للتوفيق بين الخصوم ، دار النهضة العربية، مصر 2002
- د.عمر سالم، ملامح جديدة لنظام وقف التنفيذ في القانون الجنائي ، دار النهضة العربية، مصر، 2006
- د.ابراهيم عيد نايل، الوساطة الجنائية وسيلة غير تقليدية في حل المنازعات الجنائية - دراسة في النظام الإجرائي الفرنسي، دار النهضة العربية، مصر، 2004
- د.اسامة حسين عبيد، الصلح في قانون الاجراءات الجنائية والنظم المرتبطة به، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، القاهرة، 2004
- د.عادل علي المناع، الوساطة في حل المنازعات الجنائية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع، السنة الثلاثون ديسمبر 2006
- د.احمد فتحي سرور، نظام الاختبار القضائي في نظرية القانون في التشريع المصري، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاجتماعية العدد الثالث.
- د. احمد فتحي سرور ، السياسة الجنائية ، مجلة القانون والاقتصاد ، مارس 1969 ، مطبعة جامعة القاهرة.
- د.احمد عصام الدين مليحي، "تقييم المعاملة في المؤسسات العقابية دراسة مقارنة، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية القاهرة ، 2000 .

02 - باللغة الأجنبية :

- ABEL(R) :règlement formel, informel des conflits analyse d'une alternative, sociologie du travail, 1981
- BERG(R) médiation pénale, encyclopédie dalloz, sept. 1999
- BONAFE-SCHMITT(Jean.Pierre) la médiation pénale en France et aux etats Unis L.G.D.J,1998. BONAFE-SCHMITT(Jean.Pierre) la médiation une justice douce syros-alternatives,paris1992
- BONAFE SCHMITT (Jean.Pierre) la médiation une justice douce syros-alternatives,paris 1992

- DAVIS(G) :Making amends,mediation and reparation in criminal justice,Routledge.london and New york,1992
- FAGET(Jacques)le cadre juridique de la médiationpenale entre repression et reparation,logiques juridiques ,L Harmattan, ,1997
- LE ROY(E) « la médiation, mode d'employé »droit et société, No,29,1995
- MONDON(D) :justice imposeKjustice négociéKles limites d'une opposition, l'exemple du parquetKdroit et société1995

المسؤولية الجنائية للأفراد ذوي المناصب العليا و مسؤولية القادة أمام المحكمة الجنائية الدولية*
أ/ داودي منصور - أستاذ مساعد "أ" - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة ابن خلدون - تيارت.

الملخص:

يشكل موضوع مسؤولية رؤساء الدول والقادة السياسيين والعسكريين عن جرائم الحرب والإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية التي تختص بها المحكمة الجنائية الدولية اهتمام دولي نظرا للآثار السلبية التي تمس السلم والأمن الدوليين جراء هذه الجرائم الخطيرة .

ومن هنا تأتي هذه الدراسة لتجيب على المسألة بالتعرض أولا لدراسة طبيعة الحصانة المقررة لرؤساء الدول والموظفين السامين بالدولة في القانون الدولي، ثم نعرض لحالات عدم الإعتداد بهذه الصفة الرسمية وهذه الحصانة في القانون الدولي الجنائي، ونبعث موقف النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية من خلال نص المادة (28) منه. (المبحث الأول)

وفي (المبحث الثاني) نقف أمام معالجة مسألتين تتضمن أولهما مسؤولية القادة العسكريين والأشخاص المدنيين ذوي المناصب العليا والمسألة الثانية تتضمن مسألة أوامر الرؤساء.

Résumé:

La question de la responsabilité des chefs d'Etats et des dirigeants politiques et militaires pour crimes de guerre, génocide et crimes contre l'humanité qui sont relevant de la compétence de la cour pénale internationale, elles 'agit d'intérêt de la communauté internationale parce qu'elle affecte la paix et la sécurité internationales.

On partagé cette étude, en deux conception : la nature de la immunité des chefs d'Etats et des gouvernements en droit pénale international et d'examiner la position du Statut de Rome grâce à son article (28). (Section I)

Dans (Section II) d'étudier la question de la responsabilité des commandants militaires et les commandants politiciens, la question de l'ordre de ses supérieurs.

مقدمة:

إن من أهداف القانون الدولي الجنائي، إزالة منطق القوة وقبول عدالة القانون، قصد حماية المجموعة البشرية من أي انتهاك خطير لحقوقها، سواء كان ذلك في وقت السلم أو أثناء الحرب.

تاريخ إيداع المقال: 2017/01/11

* تاريخ تحكيم المقال: 2017 / 01/16

وتأسيساً على هذا فقد قامت المحكمة الجنائية الدولية بإدانة مقترفي الجرائم الدولية البشعة قصد حماية قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان وقواعد القانون الدولي الإنساني وتأكيد المسؤولية الجنائية للأشخاص الطبيعية حيث نصت المادة الأولى من نظامها الأساسي على أنه (تنشأ بهذا محكمة جنائية دولية (المحكمة) وتكون المحكمة هيئة دائمة لها السلطة لممارسة أحكامها على الأشخاص إزاء أشد الجرائم خطورة موضع الاهتمام الدولي ذلك على النحو المشار إليه في هذا النظام الأساسي).

حيث أن الأساس الأول في تنظيم المسؤولية الدولية الجنائية للفرد كان في معاهدة فرساي المؤسسة في 28 جوان 1919 وذلك وفقاً لمادتها الشهيرة 227 والتي تنص على أنه (أن الدول المتحالفة تعلن مسؤولية الإمبراطور الألماني وللم الثاني واعتباره متهما بارتكاب جريمة عظمى ضد الأخلاق الدولية و قدسية المعاهدات).

غير أن التطور الحقيقي لمسألة المسؤولية الدولية الجنائية للفرد جاءت مع محاكمات نورمبرغ و طوكيو، إذ أنها أثبتت قاعدة فرض المسؤولية الجنائية الدولية للفرد، وذلك بعد الجرائم الفظيعة التي ارتكبت في الحرب العالمية الثانية ⁽¹⁾.

وبالرجوع إلى النظام الأساسي لمحكمة نورمبرغ و النظام الأساسي لمحكمة طوكيو نجد أن كليهما رتبت المسؤولية الدولية الجنائية للأفراد، سواء بصفته الرسمية أو كأفراد عاديين وكذلك دون الاعتداد بمبدأ الحصانة القضائية الجنائية للأفراد.

أما فيما يخص التجربة الثانية التي ظهرت بعد محاكمات نورمبرغ و طوكيو فقد جاءت بعد الأحداث الأليمة التي وقعت في إقليم يوغسلافيا مع بداية عام 1991 وكذلك الأعمال البشعة في إقليم رواندا في عام 1994 فقد شدت هذه الأعمال الإجرامية انتباه المجموعة الدولية بضرورة وقف هذه المآسي بوضع اليتين دوليتين تمثلان في تأسيس محكمتين جنائيتين دوليتين هما المحكمة الدولية الجنائية ليوغسلافيا و المحكمة الدولية الجنائية لرواندا ⁽²⁾.

ففي سابقة قانونية اتخذ مجلس الأمن المبادرة بتأسيس هيئتين قضائيتين للتصدي لللازمة في يوغسلافيا ورواندا، وهذا بعد فشل الحلول السياسية.

⁽¹⁾ حول محكمتي نورمبرغ و طوكيو: د/علي عبد القادر القهوجي، القانون الدولي الجنائي: أهم الجرائم الدولية - المحاكم الدولية الجنائية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2001. ص 227-268. د/ فتوح عبد الله الشاذلي، القانون الدولي الجنائي: أوليات القانون الدولي الجنائي - النظرية العامة للجريمة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2002. ص 115-118. كذلك:

Eric David « Principes de droit des conflits armés », Bruxelles, Bruyant, 2ème édition, 1999, p.582.

⁽²⁾ Pellet(Alain), « le tribunal criminel international pour l'ex-yougoslave : Poudre aux yeux - ou avancée, décisive ? » R.G.D.I.P, 1994/1, pp.25-35. Voir Mutoy Mubiala, « le tribunal internationale pour le Rwanda : vrais ou fausse copie du tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie ? » R.G.D.P.I, 1995/4, pp.929-954.

حيث أن دراسة النظامين الأساسيين لمحكمة يوغسلافيا و رواندا، تؤكد من جديد إرساء مبدأ المسؤولية الجنائية للأفراد سواء الأفراد العادين أو الأفراد ذوو المناصب العليا عن الجرائم الدولية التي ترتكب باسم ولحساب الدولة، كما لم يتم الاعتراف بالحصانات .

تنطوي هذه الدراسة على أهمية جلية نظرا لكونها تتضمن عرضا تفصيليا لصنف هام من أصناف المسؤولية الجنائية للأفراد أمام المحكمة الجنائية الدولية والمتمثلة في مسؤولية رؤساء الدول والموظفين السامين في الدولة ومسألة الحصانة، كما يتضمن شرحا لمسألة مسؤولية القادة العسكريين والرؤساء الآخرين، وهذا على التفصيل التالي:

المبحث الأول : المسؤولية الجنائية للأفراد ذوو المناصب العليا

المطلب الأول: تعيين طبيعة الحصانة المقررة لرؤساء الدول و الموظفين السامين في الدولة

المطلب الثاني : الحالات التي لا يجوز فيها للرؤساء التذرع بالحصانة القضائية

المبحث الثاني : مسؤولية القادة و الرؤساء الآخرين

المطلب الأول : مسؤولية القادة

المطلب الثاني : أوامر الرؤساء

المبحث الأول : المسؤولية الجنائية للأفراد ذوو المناصب العليا

تثير مسألة الحصانة، عدة إشكالات قانونية، ونعرض بالإجابة عن هذه المسألة أولا بدراسة طبيعة الحصانة المقررة لرؤساء الدول والموظفين السامين بالدولة في القانون الدولي كمطلب أول، ثم نعرض لحالات عدم الاعتراف بهذه الصفة الرسمية وهذه الحصانة في القانون الدولي الجنائي، ونبحث كذلك موقف النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية وهذا من خلال نص المادة (28) منه، كمطلب ثاني

المطلب الأول : تعيين طبيعة الحصانة المقررة لرؤساء الدول و الموظفين السامين في الدولة

تمنح قواعد القانون الدولي لرئيس الدولة الحصانات والامتيازات الدولية والدبلوماسية، وهي لا تشمل فقط شخصه بل تمتد لأسرته وحاشيته.⁽¹⁾

وهي بخلاف الحصانة التي تتمتع بها البعثات الدبلوماسية، فإن حصانة رئيس الدولة تستمد من حصانة الدولة ذاتها، وهو يتمتع بهذه الحصانات بحكم العرف والتقاليد بوصفه ممثلا للدولة يقوم بتأمين بعض وظائفها على الصعيد الدولي، وهي تستند إلى قاعدة اللياقة والمجاملة.⁽²⁾

(1) د/عبد الفتاح بيومي حجازي، المحكمة الجنائية الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2004، ص 149. د/علي الشامي: الدبلوماسية، نشأتها وتطورها وقواعدها، الطبعة الثانية، دار العلم للملايين 1994.

(2) د/عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 150.

وعندما يكون الرئيس خارج البلاد، سواء أكان لأغراض رسمية أم خاصة، سواء أكان سفره أو زيارته جرت بصورة علنية أو سرية، فإنه إلى جانب تمتعه بنظام الحصانات والامتيازات، فإنه يتمتع بجميع مظاهر الإكرام والحفاوة واحترام المراسم لجهة الألقاب والأسبقية.⁽¹⁾

وعلى الرغم من عدم وجود حتى اليوم لأي اتفاق دولي أو نص دولي يعنى مباشرة بتحديد وتعريف النظام القانوني الذي يطبق على رؤساء الدول خلال تواجدهم في دولة أجنبية والذي يتعلق بتسهيل تنقلاتهم في الخارج وبحمايتهم، فهناك فقط اتفاقية صادرة عن مجلس أوروبا صدق عليها عدد قليل من الدول الأوروبية وبحقغيرها من الدول التصديق عليها، وهي اتفاقية 16 مايو/أيار 1972.

وفي عام 1991 أحالت لجنة القانون الدولي إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة مشروع اتفاقية حول الحصانة، وحتى اليوم لم يتم صدور أي قرار بهذا الخصوص لعدم إمكانية التوصل إلى اتفاق، ولكن العرف الدولي يبقى بقيمة القانون الملزم حتى في غياب اتفاقية دولية تحدد معالمه.

فهناك عرف دولي بمنح رؤساء الدول حصانة أثناء قيامهم بمهامهم، وهو ملزم كأي قانون، ولكن الدولة الحديثة لم تكنف هذا المستوى من الحماية بل إنها وسعت الأمر ليشمل رئاسة الوزراء ووزارات سيادية في عدة بلدان.

والعالم يذكر كيف رفضت محكمة العدل الدولية في القرار الذي اتخذته في القضية المرفوعة من الكونغو ضد بلجيكا يوم 14 فبراير/شباط 2002 رفع الحصانة عن وزير الخارجية الكونغولي لأن هناك عرفا دوليا يحمي القنصل العام والسفير.

فقد كان منطق المحكمة يقول إنه ما دامت هناك حصانة لهؤلاء فلا تجوز محاكمة أو ملاحقة من قام بتعيين القنصل العام والسفير.⁽²⁾

(1) من المعروف أن الموقف في صدر الإسلام صارم من أي استثناء لمسئول أو قريب مسؤول من مواجهة القضاء كغيره من الناس. وإذا كان القرآن الكريم ينطلق من موقف أخلاقي عالمي سام أكثر منه إجابات قانونية محدودة الزمان والموضوع، فقد شهدت العقود الأربعة الأولى في حياة الدين الجديد عدة مواقف أساسية تم عن رفض فكرة التمايز والحصانة القضائية من حيث المبدأ. فقد جاء عند الإمام أحمد ومسلم والنسائي ماثورا عن الرسول صلى الله عليه وسلم "إنما هلك من كان قبلكم بأنه إذا سرق فيهم الشريف تركوه، وإذا سرق فيهم الضعيف قطعوه، والذي نفسي بيده! لو كانت فاطمة بنت محمد لقطعت يدها".

وأما عن غياب الحصانة حتى عن الأنبياء، فقد أطلق الرسول صلى الله عليه وسلم قبيل وفاته "ألا من كنت جلدت له ظهرا فهذا ظهري فليستقد، ومن كنت شمتت له عرضا فهذا عرضي فليستقد" أي يطلب القود وهو القصاص. لقد طالب الخليفة أبو بكر الصديق المسلمين بتقويم الاعوجاج في سلوك الخليفة لا السكوت عنه، في حين اختصر الإمام علي بن أبي طالب في عهده إلى مالك الأشتر النخعي إقامة القضاء بين الناس ببجالة جامعة "الحكم في إصاف المظلوم من الظالم والأخذ للضعيف من القوي وإقامة حدود الله". د/هيثم مناع، الحصانة والجرائم الجنسية، موقع الانترنت، الجزيرة نت، بتاريخ 2006/02/7.

(2) بلخيري حسينة، المسؤولية الدولية الجنائية لرئيس الدولة، مذكرة ماجستير في القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق، بن عكنون - جامعة الجزائر 2005، ص 131-132.

وللتذكير فقد رفضت فرنسا وبلجيكا الطلبات التي تقدمت بها المنظمات الحقوقية في نوفمبر/تشرين الثاني 1998 لحاكمة رئيس جمهورية الكونغو الديمقراطية "لوران كابيلا" أثناء زيارته لتلك الدولتين.

وعلى صعيد الدساتير والقوانين الأساسية الوطنية، لا حاجة للاستشهاد بأكثر من النظام الأساسي لدولة إسرائيل الذي يعطي المثل الأسوأ لإطلاق الحصانة حيث جاء فيه (أ- لا يحاكم رئيس الدولة أمام أية محكمة عادية أو خاصة تتعلق بأمر ذي صلة بوظائفه وصلاحياته، بحيث تكون حصانته مطلقة. ب- يحق لرئيس الدولة الامتناع عن الإدلاء بأي شهادة تتعلق بعمله كرئيس للدولة. ج- تبقى حصانة رئيس الدولة سارية المفعول حتى بعد انتهاء مدة رئاسته).⁽¹⁾

وبعد بعض الفقهاء إلى تقرير حصانة رؤساء الدول بالإحالة بطريقة القياس على الحصانة الدبلوماسية المنصوص عليها باتفاق فيينا الدولي الموقع بتاريخ 18 نيسان 1961 والمتعلق بالعلاقات الدبلوماسية، وعلى قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (VIXX) 2530 الصادر في 1969/12/8، الذي ينص في الفقرة الأولى من المادة (21) منه على أن رئيس الدولة الذي يقوم بمهامه ينتفع في الدولة التي تستقبله أو في أي دولة أخرى من التسهيلات والضمانات والحصانات المعترف بها في القانون الدولي لرؤساء الدول.⁽²⁾

وتحول هذه الحصانة التي يتمتع بها قادة الدول، دون إجراء محاكمة جنائية على الأقل أثناء ممارستهم لمهامهم، حصانة موجودة في الدستور والقانون الأساسي على الصعيد الوطني وفي العرف الدولي.

وكانت هذه الحصانة محصلة الجمع بين فكرة سيادة الدولة- الأمة وفكرة المزج بين هذه السيادة وبين من يمثلها على رأس الدولة. حيث بهذا المعنى يصبح التعرض للرئيس تعرضاً لسيادة دولته.⁽³⁾

وهناك من الفقهاء من اعتبر أن هذه الحصانة القضائية الممنوحة لرؤساء الدول أمام المحاكم الجنائية الأجنبية إنما تقوم على أسس وبواعث تسهيل النشاط والمهام التي يقوم بها الرئيس لدى ممارسته لواجباته الرئاسية وضرورة احترام الدولة من خلال احترام شخص رئيسها وتسهيل أموره بعدم وضع العراقيل والمعوقات أمام المهام العامة التي تقع على عاتقه، ولا تعني هذه الحصانة بأن أفعال الشخص المشمول بحمايتها أصبحت مشروعة.

فاللغة الدولية يقر بمسؤولية الدولة عن أعمال رئيسها وبعثاتها الدبلوماسية وكافة موظفيها.⁽¹⁾

⁽¹⁾ د/هيم مناع، الحصانة والجرائم الجسمية، موقع الانترنت : الجزيرة نت ، بتاريخ 2006/02/7.

⁽²⁾ إن النص الأصلي باللغة الإنجليزية للفقرة الأولى من المادة (21) من هذا القرار ينص على أنه :

ARTICLE 21 : Statute of the chief of I' State and the personalities of high row (1. The chief of I' Sending state, when it is with the head of a special mission, enjoys, in the State of reception or a Non-member state, facilities, privileges and immunities recognized by the international law to the chiefs of Stay in official visit.)

⁽³⁾ د/هيم مناع، الحصانة والجرائم الجسمية، موقع الانترنت : الجزيرة نت ، بتاريخ 2006/02/7.

المطلب الثاني : الحالات التي لا يجوز فيها للرؤساء التذرع بالحصانة القضائية

في المطلب السابق، توصلنا إلى أن رؤساء الدول يتمتعون بالحصانات والامتيازات المقررة في القانون الدولي، لكن ككل قاعدة قانونية فإن الحصانة ليست مطلقة شاملة جميع الجرائم التي يمكن أن يتهم رئيس الدولة بارتكابها. فقد استقر الفقه والاجتهاد الدولي على أن حصانة الرؤساء تقف عند حدود قواعد أمرة في القانون الدولي. فالمادة 35 من اتفاقية فيينا المتعلقة بالمعاهدات الدولية الصادرة في 23 أيار 1969 تنص على أنها (باطلة كل اتفاقية تكون عند إبرامها في حالة تعارض مع قواعد أمرة في القانون الدولي العام).

والمقصود بالقواعد الأمرة، بأنها القواعد المقبولة والمعترف بها من قبل الجماعة الدولية، وتكون مخالفتها محظورة، وأن تعديلها لا يمكن أن يتم إلا بموجب قاعدة أمرة جديدة في القانون الدولي. فقد رفض عدد كبير من الفقهاء الاعتراف بأي حصانة لرؤساء الدول، عندما يكونوا مسؤولين عن ارتكاب مخالفات جسيمة للقانون الدولي الإنساني.

ففي عام 1917 كتب الأستاذ "Merignhac"، معلقاً على الجرائم المرتكبة خلال الحرب، أنه ينبغي البحث عن المجرمين، حتى ولو كانوا في أعلى المناصب، رؤساء أو وزراء أو قادة جيوش، دون أن نهتم فيما إذا كانوا يتمتعوا بالحصانة الدبلوماسية.

وبعد الحرب العالمية الثانية، كتب الأستاذ "Donnedieu de Vabres"، بأنه وفقاً للمبادئ المقررة في القانون الدولي، فإنه لا يجوز بقاء أفعال معينة دون مساءلة، وكذلك لا تؤثر الحصانة الدبلوماسية على هذه المساءلة المطلوبة.

أما الأستاذ "Rolin" فقد رأى في عام 1951، أنه لا يمكن لرؤساء الدولة التذرع بحصانة دبلوماسية عند مخالفتهم قانون الشعوب.⁽²⁾

وكتب الأستاذ "Rousseau" أن مبدأ الحصانة المطلقة لرئيس الدولة، هو مبدأ يحمل اليوم في الحالة التي توجه فيها إلى رئيس الدولة تهمة مخالفة القانون الدولي الإنساني.

وفي النهاية فإن كل من الأستاذين "Zappala et Decaux, Emmanuel" قد أكدوا كذلك مبدأ عدم الاعتداد بالصفة الرسمية أو الحصانات الدبلوماسية للحكام، فبالنسبة للسيد "Decaux, Emmanuel" توصل سنة 2000 إلى أن تجريم التعذيب في الاتفاقية الدولية لردع جريمة التعذيب لعام 1984، وموجب ملاحقة كل من يرتكب جريمة الاختفاء القسري للأشخاص عنها في الإعلان الصادر عن الأمم المتحدة في العام 1992، يستنتج منه كل أشكال الحصانة لمرتكبي هذه الأفعال.

(1) د/ عبد الكريم علوان، الوسيط في القانون الدولي العام، الكتاب الأول : القانون الدولي المعاصر، دار مكتبة التريّة، لبنان 1997، ص 265-266. د/ عصام إساعيل، محاكمة الوزراء بين القضاء العدلي والقضاء السياسي، منشورات الحلبي الحقوقية 2006.

(2) Rolin, H.-Documents parlementaires, Sénat, 1950-1951, 24 mai 1951, n° 286, p.2.

وأن روح هذه النصوص واضحة، فهي تهدف إلى استبعاد كل أشكال عدم العقاب، بما فيها حصانة رئيس الدولة.⁽¹⁾

أما السيد "Zappala" رأى بأن هناك تمييز بين حصانة رئيس الدولة الوظيفية وحصانته الشخصية، وأن الأخيرة لا تتحقق عند ارتكاب رئيس الدولة لجرائم ماسة بالقانون الدولي.⁽²⁾

ومن يقرأ السوابق القضائية يجد العديد من المحاكمات التاريخية لرؤساء الدول وغيرهم من الأشخاص المتمتعين بالحصانة القضائية، دون أن يتمكن هؤلاء الأشخاص من التذرع بأي حصانة أو امتياز من أجل الإفلات من العقاب الدولي. حيث من المستقر عليه أن المبدأ في القانون الدولي، أنه ضمن بعض الظروف، فإن الحماية التي يستفيد منها ممثلي الدول لا تطبق عندما تشكل الأفعال المدانة جرائم في القانون الدولي.

وأول محاكمة لمسؤولين سامين في الدولة عن جرائم دولية في التاريخ الحديث كانت بعد الحرب العالمية الأولى، فموجب المادة (227) من معاهدة فرساي لعام 1919 أنشئت محكمة دولية خاصة لمحاكمة إمبراطور ألمانيا غليوم الثاني مع كفالة الضمانات الضرورية لمزاولته حقه في الدفاع. وبالنسبة لجرمي الحرب الآخرين الذين ارتكبوا جرائم ضد رعايا عدة دول، نصت المادة (229) من الاتفاقية ذاتها على أن (المرتكبون لجرائم ضد رعايا عدة دول فإنهم يحاكمون أمام المحاكم العسكرية للدول صاحبة الشأن). غير أن هذه المحاكمة لإمبراطور ألمانيا لم تتحقق فعليا بسبب رفض هولندا تسليمه، كما رفضت ألمانيا تسليم رعاياها لمحاكمتهم أمام محاكم دول الحلفاء أو أمام المحاكم الدولية.⁽³⁾

(1) Decaux, Emmanuel., "Les gouvernants" in Droit international pénal, s/ la dir. de Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux et Alain Pellet, Paris, Pédone, 2000. p. 192, § 28.

(2) Zappala, S., " Do heads of State in Office Denjoy Immunity from. Jurisdiction for International Crimes? ", EJIL, 2001, pp, 611.

وحول عدم الإعتداد بالحصانة أو الصفة الرسمية يرى الأستاذ " Emmanuel Decaux " في نسخته الأصلية على أنه: (Aujourd'hui l'affirmation d'une responsabilité du chef de l'Etat pour ses actes publics- et, a fortiori, une responsabilité de nature pénale correspond à une véritable révolution juridique. À L'exception fondée sur la notion d'actes privés. Vient s'ajouter une nouvelle exception relative aux « actes publics »insusceptibles par nature de se rattacher aux compétences de l'état, tels que les crimes internationaux. Il ne faudra pas moins de deux guerres mondiales pour voir consacrer le principe d'une responsabilité pénale du chef de l'état et-au-delà du chef d'état-la plaine responsabilité des « gouvernants »en tant que tels.).Decaux, Emmanuel, «Les Gouvernants » in Droit international pénal, s/ la dir. de Hervé Ascensio, Emmanuel Decaux et Alain Pellet, op.cit.p184, § 06.

(3) Paul Tavernier, « l'expérience des tribunaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda ».Revue international de la Croix-Rouge, Nov-Dec1997, p647.

المحاكمة الثانية هي التي أعقبت الحرب العالمية الثانية أمام محكمتي نورمبرغ وطوكيو حيث مارست تلك المحاكم عملها فعليا وقامت بمحاكمة كبار مسؤولي دول المحور وإدانتهم عن الجرائم المرتكبة بصفتهم الفردية وأصدرت الأحكام بحقهم.

وقد أكدت محكمة نورمبرغ في العديد من قراراتها وأحكامها على أن نظرية الحصانة التي تغطي الأفعال الجرمية المرتكبة باسم دولة ما والتي تفيد بضرورة حماية المسؤولين عن هذه الأفعال، هي نظرية غير صحيحة، ولا تقوم على أي أساس قانوني أو شرعي ولا يمكن الاستناد إلى القانون الدولي أو الأعراف الدولية للتخلص من المسؤولية الجنائية عن الأفعال الجرمية الخطيرة المرتكبة من قبل رؤساء الدول أو من قبل المسؤولين الكبار في هذه الدول، لأن الصفة الرسمية للمتهمين، كرؤساء أو موظفين عالىين، لا تؤلف لا عذرا محلا من المسؤولية الجنائية ولا باعثا لتخفيف العقوبة.⁽¹⁾

كما أكدت محكمة نورمبرغ " (إن جوهر الميثاق ذاته هو أن على الأفراد واجبات دولية تفوق الالتزامات الوطنية بالطاعة التي تفرضها آحاد الدول. ومن ينتهك قوانين الحرب لا يمكنه التمتع بالحصانة لدى تصرفه بتفويض من الدولة بسماحها بالتصرف تتجاوز اختصاصها بموجب القانون الدولي).⁽²⁾

كما ساهم قضاء كل من محكمتي يوغسلافيا ومحكمة رواندا في إلغاء حصانة الرؤساء والموظفين السامين في الدولة، ففي 29 حزيران/يونيو 2001، استدعى المدعى العام في محكمة يوغسلافيا طبق الصلاحيات المخولة له بالمادة (18) من النظام الأساسي ليصدر قرار اتهام سلوبودان ميلوسيفيتش، عندما كان رئيسا ليوغسلافيا السابقة، كما مثل أمام المحكمة العديد من المسؤولين الصرب الكبار، السابقين الذين كانوا في السلطة أثناء أحداث البوسنة والهرسك ولاحقا كوسوفو.⁽³⁾

وتعد محاكمة الرئيس البوغسلافي السابق سلوبودان ميلوسيفيتش، السابقة القانونية الفعلية الأولى لمحاكمة رئيس دولة أمام القضاء الجنائي الدولي، ولكنه توفي في السجن قبل انتهاء محاكمته.⁽⁴⁾

(1) Amnesty International « United Kingdom : The Pinochet case-Universal jurisdiction and absence of immunity for crimes against humanity », London, January 1999, AI Aindex : EUR45/01/99, pp 28-29.

(2) تقرير لجنة القانون الدولي، مشروع مدونة الجرائم المخلة بسلام الإنسانية وأمنها إلى الجمعية العامة عن أعمال دورتها الثامنة والأربعين. ص 56.

الوثيقة رقم: A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part2).

(3) عرفت محكمة يوغسلافيا عدة محاكمات للعديد من المسؤولين الصرب الكبار.

Herve, Ascensio et RAFAËLLE, MAISON, « l'activité des tribunaux pénaux internationaux (1999), AFDI, CNRS, Editions, Paris, pp p505. Voir aussi, Herve, Ascensio et RAFAËLLE, MAISON, « l'activité des tribunaux pénaux internationaux (2000), AFDI, CNRS, Editions, Paris, pp. 319-322.

(4) بلخيري حسينة، المرجع السابق، ص 131-133.

وبالمقابل قامت محكمة رواندا الدولية بمحاكمة العديد من الأشخاص ذوي المراكز العليا في الدولة على ما قاموا به من جرائم في حق قبيلة التوتسي. حيث أصدرت محكمة رواندا الدولية حكماً بالسجن المؤبد على رئيس وزراء رواندا السابق "جان كامبند" ⁽¹⁾.

من خلال ما عرضناه من اجتهادات قضائية، وما سبقها من مواقف فقهية، إنما هو دليل على أن لا حصانة لكل من يخرق القواعد الآمرة في القانون الدولي، أو يرتكب انتهاكات خطيرة للقانون الدولي الإنساني. ⁽²⁾

غير أن النصر الأهم جاء مع نظام روما، عندما أكدت المحكمة الجنائية الدولية في المادة (27) من نظامها الأساسي على عدم الاعتراف بالصفة الرسمية، حيث نصت على ما يلي (1- يطبق هذا النظام الأساسي على جميع الأشخاص بصورة متساوية دون أي تمييز بسبب الصفة الرسمية. وبوجه خاص فإن الصفة الرسمية للشخص، سواء كان رئيساً لدولة أو حكومة أو عضواً في حكومة أو برلمان أو ممثلاً منتخباً أو موظفاً حكومياً لا تعفيه بأي حال من الأحوال من المسؤولية الجنائية بموجب هذا النظام الأساسي، كما أنها لا تشكل في حد ذاتها سبباً لتخفيف العقوبة. 2- لا تحول الحصانات أو القواعد الإجرائية الخاصة التي قد ترتبط بالصفة الرسمية للشخص، سواء كانت في إطار القوانين الوطنية أو الدولية دون ممارسة المحكمة اختصاصها على هذا الشخص). ⁽³⁾

⁽¹⁾ Daniel Fontanaud, « la justice pénale internationale, problèmes politiques et sociaux », La documentation Française, N826, Aout 1999, pp.45-47.

⁽²⁾ والجدير بالذكر أن أهم قضية في العصر الحالي تعطي نظرة جلية حول مسألة عدم الاعتراف بالصفة الرسمية أو الحصانات القضائية سواء على مستوى الحاكم الوطنية أو على مستوى القضاء الدولي هي محاكمة الرئيس التشيلي "أغستو بينوشي" أمام القضاء الداخلي، وذلك إثر مذكرّة توقيف دولية أصدرها قاضيان إسبانيان بتهمة الإبادة الجماعية والتعذيب بحق أشخاص يحملون الجنسية الإسبانية، غير أن إصرار القضاء الجنائي التشيلي بحقه في محاكمة بينوشي، وبعد مفاوضات طويلة حول مسألة تسليمه من طرف بريطانيا إلى إسبانيا للقيام بمحاكمته على أساس الاختصاص الجنائي العالمي، جاء القرار الشهير من طرف محكمة الاستئناف التشيلية وبالتحديد يوم 11 يناير/كانون الثاني 2006، حيث رفعت محكمة الاستئناف التشيلية بـ 17 صوتاً مقابل ستة أصوات، الحصانة عن دكتاتور تشيلي السابق ليحكم وهو في التسعين من العمر في قضية تتعلق بجرمي قتل خارج القضاء عام 1973. لكن قبل أن يكمل القضاء التشيلي اختصاصه بهذه القضية توفي بينوشي.

Voire, Michel COSNARD, « Quelques observations sur les décisions de la chambre des lords du 25 Novembre et du 24 Mars 1999 dans l'affaire Pinochet », RGDIP, Tome 103/1999/2, pp.72-76.

⁽³⁾ لقد ظلت الصفة الرسمية للفرد تستبعد بصفة دائمة كوسيلة ممكنة للدفاع بصد الجرائم بموجب القانون الدولي، في النصوص ذات الصلة منذ اعتماد النظام الأساسي لمحكمة نورمبرغ العسكرية، بما في ذلك مشروع قانون الجرائم المحلة بسلم الإنسانية، وأهمها المشروع المقدم سنة 1996 إلى الجمعية العامة، حيث نصت المادة (7) منه على أنه " لا يعفى الفرد الذي يرتكب جريمة محلة بسلم الإنسانية وأمنها من مسؤوليته الجنائية ولا تخفف عقوبته بصفته الرسمية، حتى ولو تصرف بوصفه رئيس دولة أو حكومة."

كما اعتبرت لجنة القانون الدولي في تقريرها أن الهدف من هذه المادة هو منع الفرد الذي ارتكب جريمة محلة بسلم الإنسانية وأمنها التذرع بمنصبه كطرف يعفيه من المسؤولية أو يمنحه أي حصانة، حتى ولو ادعى أنه قام بالأعمال التي تشكل جريمة أثناء ممارسته لوظائفه. واعتبرت كذلك أن انتفاء الحصانة الإجرائية فيما يتعلق بالمحاكمة أو العقاب وفقاً للإجراءات القضائية المرعية هو نتيجة طبيعية أساسية لعدم وجود أي حصانة موضوعية أو دفاع موضوعي.

وواصلت اللجنة حديثها بالقول أنه سيكون هناك تناقض إذا ما منع الفرد من التذرع بصفته الرسمية لتجنب المسؤولية عن جريمة وسمح له مع ذلك بالتذرع بهذا الاعتبار ذاته لتجنب نتائج هذه المسؤولية. تقرير لجنة القانون الدولي، مشروع مدونة الجرائم المحلة بسلم الإنسانية وأمنها إلى الجمعية العامة عن أعمال دورتها الثامنة والأربعين. ص 57-56. الوثيقة رقم : A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part 2)

فلا تحول الحصانات أو القواعد الإجرائية الخاصة التي قد ترتبط بالصفة الرسمية للشخص، سواء كانت في إطار القانون الوطني أو القانون الدولي، دون ممارسة المحكمة لاختصاصها على هذا الشخص.⁽¹⁾

وبالتالي فإن حصانة رؤساء الدول والمسؤولين فيها لا تعلق على المبادئ الإنسانية الأساسية وتخضع الجرائم المرتكبة بمقتضاها للملاحقة بغض النظر عن مراكزهم، أي بتعبير آخر لا تحصنهم حصانتهم عن الأفعال المرتكبة بحق الإنسانية بما يخالف القانون و الضمير الإنساني.

واستناد إلى ما تقدم، فإن بالإمكان ملاحقة ومحكمة رؤساء الدول بارتكابهم جرائم خطيرة واقعة على القانون الدولي لحقوق الإنسان أو على القانون الدولي الإنساني كجرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية وجرائم الإبادة الجماعية أمام المحكمة الجنائية الدولية، إذ أن القانون الدولي الجنائي لا يخص رؤساء الدول والمسؤولين الكبار الحكوميين والعسكريين والمدنيين بأي حصانة قضائية أكانت الملاحقة مسيرة ضدهم وقت قيامهم بمهامهم الرئاسية أو بعد انتهاء هذه المهام.

وذلك لأن هذه الجرائم تحمل اعتداء على الكرامة الإنسانية وعلى القيم القانونية العليا للمجتمع الدولي، ما يبرر حرمان الفاعل الانتفاع من أي حصانة قضائية حتى وإن كان قد ارتكب إحدى هذه الجرائم بصفته رئيس دولة أو حكومة، أو بصفة ممثل لدولته لأن المصالح العليا للمجتمع الدولي المحمية باتفاقات دولية والتي يؤلف الاعتداء عليها جرائم خطيرة تعاقب عليها هذه الاتفاقيات الدولية، تعلق قوتها على مصلحة الدولة أو عدة دول وتفرض حماية وأمن الإنسانية وسلامتها بصورة مطلقة من قبل الأمم المتحدة و المرجعيات القضائية الدولية .

المبحث الثاني : مسؤولية القادة و الرؤساء الآخرين⁽²⁾

من خلال هذا المبحث نقف أمام معالجة مسألتين تتضمن أولهما مسؤولية القادة العسكريين والأشخاص المدنيين ذوي المناصب العليا، ك مطلب أول، والمسألة الثانية تتضمن مسألة أوامر الرؤساء، ك مطلب ثاني.

(1) د/عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق. ص 148.

(2) طبق هذا النوع من المسؤولية في عدة أحكام قضائية صدرت بعد الحرب العالمية الثانية، ففي قضية " ياماشيتا " (القائد الياباني)، قررت المحكمة أن الجنرال " ياماشيتا " مسؤول جنائيا لأنه فشل في التحكم بقواته التي ارتكبت مجازر في عدد من الأقاليم التي كانت اليابان قد احتلتها آنذاك.

كما أعلنت المحكمة العسكرية للولايات المتحدة في قضية الرهائن أنه " يجب أن يعتبر قائد السلاح مسئولاً عن الأفعال التي يرتكبها القادة التابعون له تنفيذاً لأوامره وعن الأفعال التي كان قائد السلاح على علم بها أو كان ينبغي أن يكون على علم بها". تقرير لجنة القانون الدولي، مشروع مدونة الجرائم المحلة بسلم الإنسانية وأمنها إلى الجمعية العامة عن أعمال دورتها الثامنة والأربعين. ص 53. الوثيقة رقم :

A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part2).

المطلب الأول : مسؤولية القادة⁽¹⁾

إن الرغبة الملحة للوفود المشاركة في المؤتمر التحضيري لإنشاء المحكمة الجنائية الدولية قصد توسيع مفهوم المسؤولية الجنائية للرؤساء، وعدم اقتصارها فقط على القادة العسكريين بما يتماشى واجتهادات المحكمة الدولية ليوغسلافيا، فإن هذه الحاجة أفرزت على المادة(28) للنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، والتي حاولت أن تشمل جميع الحالات الممكنة من العلاقات بين الرؤساء والمرؤوسين.⁽²⁾

ولذا فإن مبدأ مسؤولية الرؤساء لا يمثل فقط القادة العسكريين ولكن أيضا يشمل جميع من هم في التسلسل القيادي بدا من أعلى مستويات مصدري القرارات السياسية ومرورا بالضباط والجنود أو حتى أفراد الميليشيات أو المدنيين الذين ارتكبوا تلك الجرائم.⁽³⁾

ووفقا لهذا المبدأ، تقررت مسؤولية القائد العسكري أو الذي يقوم مقامه بموجب الفقرة الأولى من المادة(28)، التي تنص على أنه (1...- يكون القائد العسكري أو الشخص القائم فعلا بأعمال القائد العسكري مسئولا مسؤولية جنائية عن الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة والمرتبكة من جانب قوات تخضع لأمرته وسيطرته الفعليين، أو تخضع لسلطته وسيطرته الفعليين، حسب الحالة، نتيجة لعدم ممارسة القائد العسكري أو الشخص سيطرته على هذه القوات ممارسة سليمة: أ) إذا كان ذلك القائد العسكري أو الشخص قد علم، أو

(1) لقد قررت محكمة رواندا الدولية مسؤولية القادة العسكريين والأشخاص المدنيين ذوى المناصب العليا في قضية "سليبيسي"، وفي ذلك يقول الأستاذ بقول الأستاذ "أحمد لسان صاو" في نسخته الأصلية أنه :

(Dans l'affaire Celebici la chambre estime que « l'existence (du pouvoir hiérarchique) ne peut s'induire du seul titre officiel. Le facteur déterminant est la possession ou non d'un réel pouvoir de contrôle sur les agissements des subordonnés. Le titre officiel du commandant ne saurait être considéré comme une condition préalable et nécessaire à la mise en œuvre de la responsabilité du supérieur hiérarchique, celle-ci pouvant découler de l'exercice de fait, comme un droit des fonctions de commandements). Ahmedlyane SAW, « la responsabilité pénale internationale du supérieur hiérarchique dans la jurisprudence du tribunal pénal international pour le RAWANDA », Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques V83/N=3 Sept-éc2005, p218.

(2) إن نص المادة (28) يستند إلى مجموعة من الصكوك القانونية أهمها : نص المادة (86 فقرة1) والمادة (87) من البروتوكول الأول الإضافي إلى اتفاقيات جنيف لعام1949 ، حيث تنص الفقرة الأولى من المادة (86) على أنه " (... لا يعفى قيام أي مرؤوس بانتهاك الاتفاقيات أو هذا الملحق " البروتوكول " رؤساءه من المسؤولية الجنائية أو التأديبية ، حسب الأحوال ، إذا علموا ، أو كانت لديهم معلومات تتيح لهم في تلك الظروف ، إن يخلصوا إلى أنه كان يرتكب ، أو أنه في سبيله لارتكاب مثل هذا الانتهاك ن ولم يتخذوا كل ما في وسعهم من إجراءات مستطاعه لمنع أو قمع هذا الانتهاك " .

كما تنص المادة (87) تحت عنوان " واجبات القادة " على أنه (1- يتعين على الأطراف السامية المتعاقدة وعلى أطراف النزاع أن تكلف القادة العسكريين بمنع الانتهاكات للاتفاقيات ولهذا الملحق " البروتوكول " ، وإذا لزم الأمر بقمع هذه الانتهاكات وإبلاغها إلى السلطات المختصة ، وذلك فيما يتعلق بأفراد القوات المسلحة الذين يعملون تحت إمرتهم وغيرهم ممن يعملون تحت إشرافهم .).

(3) د/عادل ماجد، المحكمة الجنائية الدولية والسيادة الوطنية، مطبوعات مركز الدراسات السياسية والإستراتيجية، القاهرة 2001. ص 34 .

يفترض أن يكون قد علم، بسبب الظروف السائدة في ذلك الحين، بأن القوات ترتكب أو تكون على وشك ارتكاب هذه الجرائم.

ب) إذا لم يتخذ ذلك القائد العسكري أو الشخص جميع التدابير اللازمة والمعقولة في حدود سلطته لمنع أو قمع ارتكاب هذه الجرائم أو لعرض المسألة على السلطات المختصة للتحقيق والمقاضاة).

وبالمقابل فإن الفقرة الثانية من المادة (28) قررت مسؤولية الرئيس الإداري الأعلى وذلك بالنص على أنه (...)
2- فيما يتصل بعلاقة الرئيس والمرؤوس غير الوارد وصفها في الفقرة 1، يسأل الرئيس جنائيا عن الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة والمرتبكة من جانب مرؤوسين. يخضعون لسلطته وسيطرته الفعليتين، نتيجة لعدم ممارسة سيطرته على هؤلاء المرؤوسين ممارسة سليمة؛ إذا كان الرئيس قد علم أو تجاهل عن وعى أية معلومات تبين بوضوح أن مرؤوسيه يرتكبون أو على وشك أن يرتكبوا هذه الجرائم.

ب) إذا تعلقت الجرائم بأنشطة تندرج في إطار المسؤولية والسيطرة الفعليتين للرئيس. ج) إذا لم يتخذ الرئيس جميع التدابير اللازمة والمعقولة في حدود سلطته لمنع أو قمع ارتكاب هذه الجرائم أو لعرض المسألة على السلطات المختصة للتحقيق والمقاضاة).⁽¹⁾

وطبقا لنص المادة السابقة فإن مسؤولية القائد أو الرئيس تتضمن مفهومين للمسؤولية الجنائية، أولها المسؤولية المباشرة حيث يعد القائد مسئولا بإصداره الأوامر بارتكاب أفعال غير قانونية وهذا على أساس المادة (25) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، ويستند الفقه الجنائي بالدلالة على هذا المفهوم بقضية " تاديتش " حيث قررت غرفة المحاكمة الخاصة بالمحكمة الدولية ليوغسلافيا السابقة أنه (بالرغم من أن المتهم لم يضطلع بطريق مباشر في الأفعال المدعى بها، إلا أنه يظل مسئولا إذ استطاع مثل الإدعاء أن يثبت أن 1-أنه شارك عن وعي في التخطيط أو الأمر أو ارتكاب أو بشكل آخر في مساعدة أو مساندة في ارتكاب الجريمة. 2-أن هذه المشاركة قد أدت مباشرة وبصفة أساسية إلى ارتكاب الجريمة).⁽²⁾

(1) يلاحظ أن مسؤولية الرؤساء المدنيين ذوي المناصب العليا قررتها محكمة رواندا الدولية في العديد من القضايا التي عرضت أمامها، وفي هذا الصدد يقول الأستاذ " أحمد ليان صاو " في نسخته الأصلية أنه :

(Dans l'affaire Musema, la chambre considère que la responsabilité du supérieur civil ne peut être engagée que si ce dernier exerçait un contrôle effectif sur les auteurs de violations graves du droit international humanitaire, que ce soit un contrôle juridique ou simplement de fait. Dans l'affaire Delalic, la chambre d'Appel estime « qu'un supérieur exerce un contrôle effectif sur des subordonnés et dans la mesure où il peut les empêcher de commettre des crimes ou les en punir après coup, il peut être tenu responsable de ces crimes s'il n'utilise pas de ses moyens de contrôle ». Ahmed lyane SAW, « la responsabilité pénale internationale du supérieur hiérarchique dans la jurisprudence du tribunal pénal international pour le RAWANDA », op.cit., pp.223-224.

(2) د/عادل ماجد، المرجع السابق، ص.34.

أما المفهوم الثاني لمسؤولية القائد أو الرئيس، فهي المسؤولية الجنائية المفترضة حيث يعتبر القائد مسئولاً عن أفعال تابعيه غير القانونية برغم انه لم يأمر بارتكابها، وأساسها المادة(28) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية. وفي هذا فقد قررت غرفة المحاكمة بالمحكمة الدولية ليوغسلافيا أن مبدأ مسؤولية الرؤساء لا يشمل فقط القادة العسكريين، ولكن أيضاً المدنيين الذين يشغلون مناصب رئاسية ذات طبيعة واقعية أو ذات طبيعة قانونية.⁽¹⁾

وتجدر الإشارة أن بعض الفقه الجنائي يرى أن نص المادة السابقة، يعد النص الوحيد الأساسي الذي يذكر المسؤولية الجنائية عن الامتناع كعنصر في الركن المادي، إذ أقرت هذه المادة مسؤولية القائد والرئيس الأعلى عن أفعال مرؤوسيهما، في ظل بعض الظروف، حتى ولو لأنهما لم يأمرأ مباشرة بارتكاب الجرائم، وهذا على أساس أن من له سلطة في أن يمنع الجريمة ولا يقوم بذلك يعتبر إلى حد ما مسئولاً عن ارتكابها.⁽²⁾

وغم ما يطرحه بعض رجال القانون، أنه من الناحية العملية فإن المادة (28) سواء فيما يتعلق بالقائد العسكري أو الرئيس الأعلى صعوبات تتعلق بالركن المعنوي وبالعلاقة مع المادة(30) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، التي تشترط توافر القصد الجنائي المتمثل في العلم والإرادة، بينما تستند مسؤولية القائد والرئيس الأعلى على مجرد الإهمال.⁽³⁾

لكن يمكن رفع هذه العقبات العملية التي تثيرها هذه المادة إذا ما عدنا إلى ما أثير في التعليق على المادة(87) من البروتوكول الأول الذي أشار إلى أنه " إن هذا لا يعني أن كل حالة إهمال يمكن أن تكون جنائية... والإهمال يجب أن يكون على درجة من الجسامة تجعله يتساوى مع تعمد الأذى).⁽⁴⁾

والحقيقة أن هذا التقصير والإهمال من طرف القادة والمسؤولين الآخرين يؤكد مسؤولياتهم الجنائية، عن الجرائم التي يرتكبها مرؤوسيه، باعتبار أن هؤلاء القادة والمسؤولين الآخرين يمثلون الدولة أو يعبرون عن سيادتها.⁽⁵⁾

المطلب الثاني : أوامر الرؤساء

إن دراسة أوامر الرؤساء في إطار المادة(33) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، تقتضي- منا إلقاء نظرة على هذه المسألة- نظراً للبس الذي أثارته مسألة أوامر الرؤساء في الفقه الجنائي- وهذا من خلال دراستها بشكل موجز في القانون الداخلي، ثم نتفحص الحلول التي عاجلت فكرة أوامر الرؤساء في القانون الدولي، ثم

(1) د/عادل ماجد، المرجع السابق. ص.35.

(2) د/سوسن ترمخان بكة، الجرائم ضد الإنسانية في ضوء أحكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية 2006، لبنان. ص 163.

(3) د/سوسن ترمخان بكة، المرجع السابق. ص. 164.

(4) تقرير لجنة القانون الدولي، مشروع مدونة الجرائم الخلة بسلام الإنسانية وأمنها إلى الجمعية العامة عن أعمال دورتها الثامنة و الأربعين. ص 54- 55

. الوثيقة رقم : A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part2)

(5) د/عبد الفتاح بيومي حجازي-المرجع السابق.ص.183.

نقف أمام الموقف الذي حسم هذه المسألة، وهذا في إطار الفلسفة الجديدة، التي جاء بها النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في مادته (33).

- فبالنسبة للقانون الداخلي نجد عالج إشكالية أوامر الحكومة أو الرئيس المعني بعدة حلول تتلخص فيما يلي :
- اتجاه يعتبر أن الفعل المنفذ بموجب أمر الرئيس يشكل سببا من أسباب الإعفاء من المسؤولية الجنائية على أساس أن المنفذ مقتنع تماما بأنه تصرف وفقا لأحكام القانون.⁽¹⁾
 - اتجاه آخر يتمثل في أن الفعل المنفذ إثر أمر الرئيس يمكن أن يخلق حالة ضرورة لدى المنفذ الذي يجد نفسه أمام خيار ارتكاب فعل مجرم أو تعريض نفسه لعقوبات ولذا يستفيد من الإباحة.⁽²⁾
 - اتجاه ثالث يكون فيه الفعل في معظم الأحيان منفذ تحت وطأة إكراه معنوي بالغ بحيث لا يمكن لإرادة المنفذ أن تلعب دورها.⁽³⁾

⁽¹⁾ لقد حظي مبدأ مسؤولية المنفذين بعد تطبيقات في بلجيكا ، ذكرها السيد " جاك فريهين " ، بأنه (في سنة 1966 أذن مجلس الحرب في بروكسل عريفا بلجيكيا نفذ أمرا بقتل امرأة مدنية أصدره ضابط ، وكان ذلك أثناء عملية تلت استعادة " ستانفيلد " (في الكونغو). ورأى مجلس الحرب ما يلي : " إن الفعل المرتكب لا يشكل جريمة قتل وفقا لأحكام القانونين الكونغولي والبلجيكي فحسب ، وإنما أيضا إنهاكا جسيما لقوانين وأعراف الحرب والقوانين الإنسانية (...) إن عدم مشروعية الأمر لم تكن موضع شك، وكان على المدعى عليه أن يرفض تنفيذه (ينظر: جاك فريهين، المرجع السابق. ص 227.

كما جاء المؤتمر الرابع عشر للجمعية الدولية للقانون العسكري وقانون الحرب المنعقد في أئينا في مايو(أيار) 1997 ، بالتوصية الآتية: (يجب أن تتضمن اللوائح التأديبية العسكرية إجراء يسمح للمرؤوسين أن يمارسوا ، دونما إضرار بهم وفي إطار احترام الانضباط ، حقهم وواجبهم في عدم الانصياع لأوامر يؤدي تنفيذه على نحو يبين على وقوع جريمة حرب).

وكان هذا الاقتراح المذكور مبررا وفقا للآتي " (إن مبدأ نورمبرغ " الراي إلى العصيان الواجب للأوامر الإجرامية) المدرج اليوم في التشريعات الوطنية لا غبار عليه بلا شك ، إلا أنه يمكن أن يتحول إلى مجرد شخص بدون تأثير واقعي إذا ما كانت الظروف التي يعمل فيها المرؤوسين لا يدع أي مجال للملكة الاختيار ، اللهم إلا إذا طالبناهم بالمخاطرة أو موقف بطولي إزاء الأمر الصادر (...) في مثل تلك الظروف، حين تبرى المحكمة ساحة منفذ أمر إجرامي مع مراعاة التأكيد على الطابع غير المعقول للأمر ، فإنها في ذلك تصدر "حكما جيدا" : لقد أخذت في الاعتبار على نحو سليم الفعل الإجرامي موضوعيا والفاعل غير المسؤول ذاتيا على حد السواء. ولكن القول بأن الحكم ، وهو مقبول قضائيا ، يشكل خطوة أبعد في اتجاه حل المشكلة.

لعل جهدا إبداعيا بسيطا يمكن من وضع إجراء له من الفعالية ما يكفي لتمكين المرؤوسين من ممارسة حقهم وواجبهم في مثل تلك الظروف (...). وكان لهذه التوصية بعد اعتمادها من طرف المؤتمر ، أن أنشأ =المنتدى البلجيكي للقانون العسكري وقانون الحرب مجموعة عمل من أجل صياغة مشروع نص يضع هذه التوصية موضع التنفيذ ويمكن إدراجه في اللوائح التأديبية للجيش البلجيكي. جاك فريهين، المرجع السابق. ص 233- 234 .

⁽²⁾ لقد علق بعض رجال القانون على مبدأ مسؤولية المنفذين ، بأنه تحول عميق ، خاصة داخل المؤسسات العسكرية ، التي تتسم بالانضباط العسكري ، وفي مقتطفات من هذا التعليق ، يرى السيد " جاك فريهين " إنه (من غير المؤكد إطلاقا أن يكون معظم القادة العسكريين والمسؤولين السياسيين ، حتى داخل دولنا الموصوفة بالديمقراطية أكثر وعيا من المارشال مونتغمري بالتحويلات الجذرية والطابع الثوري لهذا المبدأ (...) الذي أدخل في تشريعاتنا). ويضيف في تعليقه بأنه (ليس من المؤكد أن يكون الجمهور حتى المطلع منه ، ولا القانونيون ، بما في ذلك المختصون منهم ، قد وعوا بسهولة أو وعوا حقيقة أبعاد هذا الانقلاب الذي وصفه فيلسوف ألماني بأنه "فجر لا يكاد يصدق"). جاك فريهين، رفض الانصياع للأوامر ذات الطابع الإجرامي البين نحو إجراء في متناول المرؤوسين، المجلة الدولية للصليب الأحمر، مختارات من أعداد 2002. ص 226.

⁽³⁾ حفظ منى، جريمة إبادة الجنس البشري في القانون الدولي، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق بن ككنون - جامعة الجزائر 2002.

هذا فيما يتعلق بالقانون الداخلي، أما على مستوى القانون الدولي فقد أثارت هذه المسألة نقاشاً كبيراً، منذ تاريخ انعقاد محكمة نورمبرغ، غير أن المحاولة التي قامت بها لجنة القانون الدولي إثر إعدادها لمشروع مدونة الجرائم المخلة بسلم الإنسانية وأمنها لعام 1996، تلخص هذه المجهودات الدولية من خلال دراستها لموضوع أوامر الرؤساء والذي كان في العديد من المؤتمرات الدولية قد تفادى خوضه، خاصة في المؤتمر الدبلوماسي المنعقد في سنة 1949 والذي أسفرت أعماله عن اتفاقيات جنيف، وكذلك الوضع نفسه أثناء المؤتمر الدبلوماسي المنعقد في سنة 1977 والذي أسفرت أعماله عن البروتوكولين الملحقين باتفاقيات جنيف.⁽¹⁾

فقد ذكر تقرير لجنة القانون الدولي على أن (التذرع بأوامر الرئيس الأعلى هو أكثر أساليب الدفاع استخداماً من جانب الرؤوسيين المتهمين بهذا النوع من السلوك الإجرامي المشمول بالمدونة. ومنذ الحرب العالمية الثانية ظلت حجة تصرف الرؤوس بناء على أمر صادر من الحكومة أو الرئيس الأعلى تواجه رفضاً مستمراً في اتخاذها أساساً لإعفاء الرؤوس من مسؤوليته عن جريمة بمقتضى القانون الدولي).⁽²⁾

وفي هذا الإطار فإن النظام الأساسي لمحكمة نورمبرغ العسكرية نص في المادة (08) على أنه "لا يعفى المدعى عليه من المسؤولية لكونه تصرف بناء على أمر من حكومته أو من رئيس أعلى، ولكن يجوز النظر في تخفيف العقوبة إذا قررت المحكمة أن العدالة تقتضي ذلك".

لذلك فرغم المحاولات العديدة لهيئة الدفاع أمام محكمة نورمبرغ بأن المنفذين كانوا يتصرفون بناء على أوامر رؤسائهم. فقد رفضت محكمة نورمبرغ هذه الحجة ونصت على أن (أحكام هذه المادة (المادة 08) تتفق مع قانون الأمم جميعها. وإن كون جندي قد أمر بالقتل أو التعذيب بما يخالف القانون الدولي للحرب لم يكن أبداً دفاعاً معترفاً به عن هذه الأفعال الوحشية، ومع ذلك فكما ينص النظام الأساسي في هذا الصدد، يجوز استخدام الأمر كأساس لتخفيف العقوبة).⁽³⁾

كما استبعدت حجة أوامر الرئيس الأعلى بصفة مستمرة في الصكوك القانونية ذات الصلة التي اعتمدت منذ النظام الأساسي لمحكمة نورمبرغ بما في ذلك قانون مجلس الرقابة التابع للحلفاء رقم 10 (المادة 04)، كما استبعدت

⁽¹⁾ لقد تضمنت الوثيقة الختامية للمؤتمر الدبلوماسي لعام 1977، المادة (77) ونصها كالآتي (إن مجرد التصرف بناء على أمر من سلطة أو رئيس لرؤوسه لا يعني متهماً من المسؤولية الجنائية، إذا ثبت أنه كان يعلم، في ظل الظروف القائمة أنه يتجرى خرقاً خطيراً أحكام الاتفاقيات أو نصوص البروتوكولين الحاليين. على أنه يمكن أن يؤخذ ذلك في الاعتبار من أجل تخفيف العقوبة.).

غير أن النتيجة أن هذا النص لم يتم إدراجه في البروتوكول الإضافي الأول، لأنه لم يحصل على أغلبية الثلثين لإدراجه. تشارلز غاراواي، أوامر الرؤساء لرؤوسهم والمحكمة الجنائية الدولية إقامة العدالة أو إنكارها، المجلة الدولية للصليب الأحمر، مختارات من أعداد 1999. ص 107.

⁽²⁾ تقرير لجنة القانون الدولي، مشروع مدونة الجرائم المخلة بسلم الإنسانية وأمنها إلى الجمعية العامة عن أعمال دورتها الثامنة والأربعين. ص 50

الوثيقة رقم: A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part2).

⁽³⁾ تقرير لجنة القانون الدولي، مشروع مدونة الجرائم المخلة بسلم الإنسانية وأمنها إلى الجمعية العامة عن أعمال دورتها الثامنة والأربعين. ص 50

الوثيقة رقم: A/CN.4/SER.A/1996/Add.1 (Part2).

هذه الحجة في النظام الأساسي لمحكمة يوغسلافيا السابقة (المادة 07) وكذا في النظام الأساسي لمحكمة راوند في مادتها (06).

كما أن انتفاء الدفاع القائم على مجرد أوامر صادرة من رئيس أعلى هو أمر اعترفت به لجنة القانون الدولي أيضا في مبادئ نورمبرغ (المبدأ الرابع) وفي مشروع مدونة 1994 (المادة 04).

ولذلك فليس بوسع المنفذين لأوامر الرؤساء غير المشروعة، التنصل من المسؤولية الجنائية، في إطار القانون الدولي الجنائي، وحتى في إطار القانون الوطني ومثال ذلك القانون البلجيكي السابق الذكر.

غير أنه وبعد استعراض موقف المشرع الوطني وكذا موقف القانون الدولي الجنائي بخصوص مسألة أوامر الرؤساء، فإن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية قد جاء بفلسفة جديدة عاج من خلالها هذه المسألة، بحيث أن نص المادة (33) من نظام المحكمة الجنائية الدولية قطع الطريق على أن لا تكون أوامر الرؤساء وسيلة لارتكاب الجرائم الدولية التي تتسم بالفظاعة من ذلك إبادة الجنس البشري أو الجرائم ضد الإنسانية أو جرائم الحرب، وفي الوقت ذاته تكرر مبدأ المسؤولية الجنائية للفرد عن هذه الجرائم الدولية.⁽¹⁾

ولهذا الغرض فقد نصت المادة (33) على أنه (في حالة ارتكاب أي شخص جريمة من الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة، لا يعنى الشخص من المسؤولية الجنائية إذا كان ارتكابه لتلك الجريمة قد تم امتثالا لأمر حكومة أو رئيس، عسكريا كان أو مدنيا) .

ومع ذلك فإن نص المادة (33)، قد أورد حالات استثنائية على مبدأ مسؤولية الرؤوسين تمكن المنفذين المتهمين بارتكاب جرائم دولية داخلية في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية الدفع بهذه الحجج أمامها، وتمثل هذه الحالات الاستثنائية التي ذكرتها المادة في أنه (لا يعفى الشخص من المسؤولية الجنائية إذا كان ارتكابه لتلك الجريمة قد تم امتثالا لأمر حكومة أو رئيس، عسكريا كان أو مدنيا عدا في الحالات التالية : أ) إذا كان على الشخص التزام قانوني بإطاعة أوامر الحكومة أو الرئيس المعني. ب) إذا لم يكن الشخص على علم بأن الأمر غير مشروع. ج) إذا لم تكن عدم مشروعية الأمر ظاهرة. 2- لأغراض هذه المادة، تكون عدم المشروعية ظاهرة في حالة أوامر ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية أو الجرائم ضد الإنسانية) .

غير أن هذا الدفع حتى يعد مقبولا، فإنه على الدفاع أن يثبت توفر الشروط (أ) (ب) (ج) مجتمعة لقبول هذا الدفع وانتفاء مسؤوليته، فعلى الإثبات يقع على دفاع المتهم.

إن نص المادة (33) كان محل نقاش قانوني بين رجال القانون، فمن ناحية ينتقد الأستاذ " Cassese " هذه المادة، بأنها استثنت الأوامر بارتكاب جرائم الحرب من الفقرة الثانية، وذلك بعدم اعتبار عدم مشروعية تلك الأوامر ظاهرة، ويعد ذلك ابتعاد عن ما يقره العرف الدولي في هذا المجال والذي بمقتضاه فإن صدور أي أمر

(1) د/عبد الفتاح بيومي مجازي-المرجع السابق، ص.184.

بارتكاب جريمة دولية بغض النظر عن نوعها يعتبر أمر غير مشروع . ومن ناحية ثانية يرى أن القائمة الرسمية للمادة (08) من النظام الأساسي لا تدع شكاً حول عدم وضوح مشروعية الأمر باقتراح مثل هذه الأفعال المكيفة كجرائم حرب.⁽¹⁾

وخلافاً للنقد السابق الذي ذكره الأستاذ " Cassese "، فإن هناك تحليل آخر يبرز ما توصل إليه محررو نظام روما من اقتصار " عدم مشروعية الأمر " ظاهرة فقط في جريمة الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية، وفي هذا المنوال يرى السيد "تشارلز غاراواي" بأن (الأمر قد لا يكون كذلك بالنسبة لجميع الجرائم وجميع الرتب.

والمثل الكافي على ذلك هو إن المادة (08) فقرة (2ب) تنص على أنه يعتبر جريمة، استخدام الرصاص القابل للانتشار أو التمدد بسهولة في الجسم البشري، مثل الطلقات ذات الغلاف الصلب الذي لا يغطي محتواها بالكامل أو الذي توجد به شقوق. وقليل من الجنود الخصوصيين هم الذين يعرفون تماماً طبيعة الجروح التي تحدثها الأنواع المختلفة من الذخيرة، وقليلون من بينهم يستطيعون التعرف على الطلقات التي ينطبق عليها هذا الحظر).⁽²⁾

والنتيجة التي نخرج بها هو أن نص المادة (33)، مثلما يرى السيد "تشارلز غاراواي" بأن (النص الوارد في هذه المادة يوفر توازناً ملائماً بين مصلحة العدالة والتزامات الجندي. وهو لا يتيح في حد ذاته فرصة الإفلات من العقاب ولكنه يسمح، في الحالات النادرة التي يمكن فيها التمسك به، بتحقيق العدالة بالنسبة لجندي يجد نفسه قد تحمل مسؤولية قرارات اتخذها بحسن نية بناء على أوامر صادرة من آخرين كانت لديهم المعلومات، التي حجبوها عن المتهم نفسه، والتي تجعل الأمر الصادر أمراً مخالفاً للقانون).⁽³⁾

خاتمة :

كخلاصة لهذه الدراسة، فإن معالجة النظام الأساسي لمستويات المسؤولية الجنائية للفرد كشف عن قدرة هذا النظام بتكريس نهج قانوني معاصر في توضيح الرؤية عن أهم إشكال قانوني وقعت فيه الأنظمة الدولية القضائية السابقة، وهو تحديد قواعد المسؤولية الجنائية للفرد بشكل متجانس، يضمن للمجموعة الدولية حقها في معاقبة الأشخاص المتهمين بارتكاب الجرائم الدولية المعرفة في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

(1) Antonio Cassese, « The Statute of the International Criminal Court : Some Preliminary Reflections », EJIL, Oxford, Vol10, N01, 1999. pp.156-157.

(2) تشارلز غاراواي، المرجع السابق، ص 109.

(3) تشارلز غاراواي، المرجع السابق، ص 109.

واقع النظام القانوني للمرافق العامة في ظل سياسة الخصوصية*
أ/ مدون كمال- أستاذ مساعد "أ"- بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة ابن خلدون/ تيارت

ملخص:

إن ظهور العولمة الاقتصادية كظاهرة كونية جديدة ، والتي تجسدت في زيادة التفاعل و الاندماج بين الأنشطة الاقتصادية في مختلف دول العالم ، وارتبطت بسيادة اقتصاد السوق فإذا هذا الارتباط بدوره يثير قضية العلاقة بالدولة وتأثير ذلك على المرفق العام عامة.

وإن من وسائل الاقتصاد الحر ظهور ما يسمى بالخصوصية التي تسارعت الدول المتقدمة كبريطانيا وفرنسا و الولايات المتحدة الأمريكية ثم لحقتها الدول النامية أو دول العالم الثالث ، إلى أن أصبحت ظاهرة تبتها كل دول العالم كأساس تحقيق النمو الاقتصادي و التنمية الاجتماعية ، فكانت البداية بالمرافق الاقتصادية غير الناجحة فقط ثم توسعت إلى مجالات أخرى اقتصادية وإدارية واجتماعية.

غير أن الخصوصية وباعتبارها دخیل على النظام القانوني للمرافق العامة ورغم تقييدها لدور الدولة في المجال الاقتصادي غير أنها لم تستطع القضاء أو تجاوز المبادئ الأساسية التي يركز المرفق العامة والمثثلة في مبدأ المساواة أمام المرافق العامة ، ومبدأ استمرارية المرفق العام ومبدأ قابلية المرفق العام للتغيير والتكيف .

Résumé:

La mondialisation économique comme nouvelle forme de globalisation s'est concrétisée par l'interaction et la fusion entre les activités économiques dans les différents pays .Elle est liée à l'économie du marché .Mais cette relation pose le problème de son lien avec l'Etat et son impact sur le service public d'une manière générale.

L'un des moyens de l'économie libre est la privatisation à laquelle se sont précipités les pays développés comme les Etats unis l'Angleterre ,et la France et aussi des pays sous développés de tel sorte qu'elle devient un phénomène adopté par les Etats pour la réalisation du développement économique et sociale .Le début concernait les services économiques non rentables et puis le phénomène s'est élargi à des domaines administratives ,économiques ,et sociales .

Mais la privatisation est étrangère au régime juridique des services publics et malgré sa limitation du rôle de l'Etat ,elle n'a pas pu éliminer ou dépasser les principes fondamentaux

* تاريخ إيداع المقال: 2017/02/02

تاريخ تحكيم المقال: 2017 / 02/14

du service public, à savoir le principe d'égalité devant les services publics ,la continuité et la mutabilité du service public

مقدمة

منذ بداية القرن العشرين وحتى منتصفه ، تعاظم دور الدولة حيث تدخلت في تقديم كثير من الخدمات ولذلك أنشأت ونظمت المرافق العامة بأنواعها سواء أكانت إدارية أو اقتصادية أو مهنية وكان الأمر مقصورا عليها فقط دون تدخل أو مشاركة القطاع الخاص . فكان ذلك راجعا لأحداث متمثلة في التغيرات التي واكبت الحرب العالمية الأولى والكساد الاقتصادي الكبير الذي أصاب معظم دول العالم فضلا عن نشوب الحرب العالمية الثانية وما خلفته من دمار استدعى قيام الدولة بأعمال التعمير والبناء وإعادة الحياة إلى الأنشطة الاقتصادية والاجتماعية في البلاد. ومع انتهاء عقد الثمانينات وبداية التسعينات من القرن الماضي شهد العالم عددا من التغيرات السياسية و الاقتصادية التي أعادت صياغة دور الدولة من جديد .

هذه التراكبات أدت إلى بزوغ ما يسمى بظاهرة العولمة، والتي تجسدت في زيادة التفاعل و الاندماج بين الأنشطة الاقتصادية في مختلف دول العالم ، وارتبطت بسيادة اقتصاد السوق فإذا هذا الارتباط بدوره يثير قضية العلاقة بالدولة وتأثير ذلك على المرفق العام عامة. ومن وسائل الاقتصاد الحر ظهور ما يسمى بالخصوصية التي تسارعت الدول المتقدمة كبريطانيا وفرنسا و م أ ثم لحقتها الدول النامية أو دول العالم الثالث إلى أن أصبحت ظاهرة تبنتها كل دول العالم- إلا كوريا الشمالية-كأساس تحقيق النمو الاقتصادي و التنمية الإجتماعية ، فكانت البداية للمرافق الاقتصادية غير الناجحة فقط ثم توسعت إلى مجالات أخرى اقتصادية وإدارية واجتماعية .

ومن خلال هذه نطرح الإشكالية التالية ما أثر الذي تخلفه الخصوصية على النظام القانوني للمرافق العامة لاسيما المبادئ الأساسية التي تحكم سير المرافق العامة ؟

وسيمت الإجابة على هذه الإشكالية بمناقشة: الإطار القانوني لمفهومي الخصوصية والمرفق العام في المبحث الأول، وأما الثاني يتطرق إلى أثر الخصوصية على المبادئ التي تحكم سير المرفق العام.

المبحث الأول : الإطار القانوني لمفهومي الخصوصية والمرفق العام.

قبل التطرق لأثر الخصوصية على النظام القانوني للمرافق العامة ، لابد أولا من تحديد الإطار القانوني لكل من الخصوصية كمفهوم جديد دخیل على القانون الإداري ، وكذلك التعرف على المرفق العام الذي هو نواة نشاط الدولة الهادف إلى تحقيق المنفعة العامة.

المطلب الأول : مفهوم الخصوصية

سيتمطرق هذا المطلب إلى التطور التاريخي للخصوصية ، ثم تناول تعريف هذا المصطلح من الناحية الفقهية والتشريعية .

الفرع الأول : تاريخ الخصوصية

يرجع بعض الفقه فكرة الخصوصية ، والتي تهدف إلى التحول نحو نمط الإنتاج الخاص إلى ابن خلدون ، عندما تحدث عن أهمية اضطلاع القطاع الخاص بالإنتاج منذ أكثر من ستمائة عام ، قد أنكر ابن خلدون على الدولة القيام بأعمال هي من صميم أعمال القطاع الخاص ، وأفرد عنواناً في كتابته المقدمة خاصاً في أن التجارة مع السلطان مضرة بالرعايا ومفسدة للجباية ، ورأى ابن خلدون أن مزاحمة الدولة للرعايا تؤدي إلى اختلال السوق وتعوق الاستثمار الخاص لسببين: الأول : عجز الأفراد عن مساهمة الدولة لانعدام التكافؤ بينهم ، و الثاني : تآكل رؤوس أموال الأفراد لعدم استثمارها نتيجة لمزاحمة الدولة للأفراد¹.

أما في الغرب فقد كان آدم سميث أول من دعا إلى الخصوصية ، حيث ذهب في عام 1776، لتدعيم فكرة الاعتماد على قوى السوق ، والمبادرة الفردية ، وذلك من أجل التخصص وتقسيم العمل وبالتالي تحقيق الكفاءة الاقتصادية². وفي ضوء هذه الأفكار ظهر الاقتراح المؤيد للخصوصية من جرمي بنتام في كتابه بانوبيتكون عام 1791 بإسناد السجون إلى الخواص بواسطة العقود، وقد أثر هذا الاقتراح على تصميم مباني السجون وإدارتها³.

وبالنسبة لدول العالم الثالث فإن جانباً من مفكرها واقتصادها بات يتساءل عن جدوى الاستقرار في تعظيم دور الدولة إلى الحد الذي أصبحت فيه غير قادرة على ممارسة وظائفها الحيوية التقليدية فضلاً عن وظائفها الإنتاجية خاصة في ظل عجز مزمناً ميزانيتها العامة وركز أنصار الخصوصية على دورها في زيادة مستوى الكفاءة الاقتصادية وتحقيق التنمية التي عجز عن القيام بها القطاع العام⁴.

¹ - المقدمة لابن خلدون ، طبعة دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ص 286، 281.

² - ستيف هانكي ، ضرورة حقوق الملكية ، مؤتمر تحويل الملكية العامة إلى القطاع الخاص والتنمية الاقتصادية والذي عقد في واشنطن سنة 1986، ترجمة محمد مصطفى غنيم ، دار الشروق ، القاهرة ، 1990 ، ص 51. نقلاً عن عبد الله حسن رمضان حسن ، مرجع سبق ذكره ، ص 17.

³ - وهذه المرحلة لم تقتصر على هذه المقترحات بل سبقتها أول عملية للخصوصية في العالم وكانت بالولايات المتحدة الأمريكية عندما سمحت بلدية نيويورك لشركة خاصة للقيام بأعمال النظافة لشوارع المدينة عام 1676 في حين أنها كانت تعد من الخدمات العامة التي يضطلع بها مؤسسة حكومية. ومن المؤكد أن هناك الكثير من الحالات والتجارب التي شارك فيها القطاع الخاص الحكومة في تقديم الخدمات العامة في فترات زمنية قديمة ولكن تمت قبل بلورة الخصوصية كنهج أو برنامج حيث تعبر عن منطلقات إيديولوجية سياسية اقتصادية في إعادة توزيع الأدوار بين القطاعين العام والخاص ماجد بن عبد العزيز الفهيدان خصخصة قطاع النقل وانعكاساتها على الأمن الوطني ، رسالة دكتوراه ، كلية الدراسات العليا ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض ، 2008، ص 37

⁴ - حسن رمضان حسن ، مرجع سابق ، ص 19.

الفرع الثاني : تعريف الخصخصة

يستخدم الباحثون عدة مصطلحات للدلالة على عملية الخصخصة¹ privatisation - إن كلمة privatization في اللغة الإنجليزية، هي اسم مشتق من الصفة privat ومعناها " الخاص " لذلك نلاحظ أن معظم الترجمات العربية مشتقة من كلمة خاص كالخصخصة والخصخصة² ولعل هذين المصطلحين هو أكثر الاصطلاحات شيوعاً في الاستخدام . غير أن مصطلح الخصخصة³ تأخر في الظهور ، حيث ظهر أول مرة في الطبعة التاسعة لمعجم ويب شارس نيوكو ليجيت سنة 1983⁴.

وللخصخصة⁵ مفهومان ضيق وواسع ، إذ يرى بعض الفقه أن الخصخصة تعني بمفهومها الضيق نقل الملكية من القطاع العام إلى القطاع الخاص، و تعني كذلك انتقال النشاط أو القطاع من الرقابة أو الملكية العامة إلى القطاع الخاص⁶. ولقد عرف التحول إلى القطاع الخاص بأنه تقليص لدور الدولة في الاقتصاد ومن الواضح أن هذا التعريف يتركز على حقيقة إن التحول إلى القطاع الخاص هو وسيلة لدعم القطاع الخاص وتقليص دور القطاع العام⁷.

أما المفهوم الواسع فيقصد بها " تشجيع الإدارة الخاصة للمرافق العامة مع الاحتفاظ بملكيتها للقطاع الحكومي لاسيما عن طريق عقود الامتياز والتأجير والإدارة المحددة المدة " . فالخصخصة بهذا المعنى لا تعدو أن تكون

¹ - يرى علماء اللغة في تحديد المعنى المصدري للإحداث ، استخدام صيغتي التفعيل والفعلة ، والصيغة الأولى كالتمميم والتخصيص ، على وزن تفعيل ، أما الصيغة الثانية بوزن فعلة ، كالخصخصة وعلى ذلك فإن الاصطلاحين : التخصيص والخصخصة ، صحيحان من الناحية اللغوية. أحمد محمد محرز ، النظام القانوني لتحول القطاع العام إلى القطاع الخاص - الخصخصة -، منشأة المعارف الإسكندرية ، مصر ، 2009 ، ص 5.

² - محمد فتوح محمد عثمان ، الخصخصة في الدول الليبرالية وأثرها على مفهوم القانون العام ، مجلة العلوم الإدارية ، المعهد الدولي للعلوم الإدارية ، مصر ، السنة السابعة والثلاثون ، العدد الأول ، يونيو 1995 ، ص 9 .

³ - كذلك ، إست خدمت كلمات وتعابير أخرى للدلالة على هذه العملية إذ يستخدم البعض كلمة "الأهنة" للدلالة على هذه العملية ، كما أن بعض الدول استخدمت مصطلحات أخرى للدلالة على هذه العملية فعلى سبيل المثال استخدمت تونس تعبير خروج الدولة من الاقتصاد والتفويت استخدمت الشيلي وسريلانكا تعبير الرأسالية الشعبية واستخدمت كوستاريكا وجاكا تعبير الديمقراطية الاقتصادية . محمد إبراهيم علي فندي الجبوري ، النظام القانوني لتحول إلى القطاع الخاص " الخصخصة " دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار حامد للنشر- والتوزيع ، الأردن ، 2008 ، ص ص : 18-19.

⁴ - نجة الجيلالي ، قانون المؤسسات العمومية الاقتصادية من الاشتراكية التسيير على الخصخصة ، دار الخلوونية ، الجزائر ، 2006 ، ص 357.

⁵ - وقد إتجه البعض إلى إستخدام تعبيرات غامضة غير مستساعة من بينها الإستخصاص ، التخصيص ، الخاصخصة والإخصاص والخاصة والتخاصية والتخصوص والتخصو وهي كلمات ومصطلحات ناشئة عن كلمة خاص . وقد لجأ البعض إلى كلمات ومصطلحات أكثر غرابة كان من بينها البرافطة ، الافترادية ، التفويت . محسن أحمد الحضيري ، الخصخصة منهج اقتصادي متكامل لإدارة عمليات التحول إلى القطاع الخاص على مستوى الاقتصاد القومي ، والوحدة الاقتصادية مكتبة الأنجلوا المصرية ، القاهرة ، طبعة سنة 1993 ، ص 18.

⁶ - د أونس ، الخصخصة : المفهوم ، الأساليب ، التحديات ، التجارب ، حالة الجزائر ، مؤتمر تحديات التنمية وتحديث الإدارة في الوطن العربي ، طرابلس ، ليبيا ، 15-17 مارس 2004 ، ص 8.

⁷ - محمد إبراهيم علي فندي الجبوري ، النظام القانوني لتحول إلى القطاع الخاص " الخصخصة " دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار حامد للنشر- والتوزيع ، الأردن ، 2008 ، ص 20.

عملية بحث عن دور جديد للدولة في إطار علاقة الحكومة بالقطاع الخاص لكن في النهاية لابد من تحديد مضمون ثابت ومحدد لجوهر هذه السياسة يتفق مع أهداف الدولة السياسية والاقتصادية والاجتماعية¹.

ويرى آخرون أنها العملية التي تتمثل في زيادة كفاءة إدارة وتشغيل المرافق والمشروعات العامة من خلال الاعتماد على آليات السوق والتخلص من المركزية وهو ما يعني أن الخصوصية هنا تنصرف إلى إدارة المرافق والمشروعات وفقا لعقود الإدارة من القطاع الخاص على أن تحتفظ الدولة بملكيتها للمشروعات والمرافق العامة.

ويمكن تعريفها كذلك على الوجه التالي : بأنها " سياسة تقوم بها الدول لنقل المشروعات العامة إلى القطاع الخاص يحكمها إطار قانوني منظم بغرض تحقيق أهدافها السياسية والاقتصادية والاجتماعية على أن يكون لها دور رقابي لمعالجة الآثار السلبية الناتجة عن هذه السياسة "، و تعتبر الخصوصية كذلك منهاجاً وأسلوباً تعتمد عليه الدول للتخلص من مشاكل البطالة والتضخم والخروج من الأزمات التي باتت تشكل تحدياً خطيراً على كافة الأصعدة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية لهذه الدول².

وقد حاول المشرع الجزائري طرح تعريف تشريعي لمصطلح الخصوصية حيث عرفه في الفقرة الثانية من نص المادة الأولى من الأمر 22/95 على أنها " تعني الخصوصية القيام بمعاملة أو معاملات تجارية تتجسد، إما في تحويل ملكية الأصول المادية أو المعنوية في مؤسسة عمومية إلى أشخاص طبيعيين أو معنويين تابعين للقانون الخاص وذلك بواسطة صيغ تعاقدية يجب أن تحدد كفاءات تحويل التسيير وممارسة شروطه".

وقد عرفها المشرع في الأمر 04/01³ بموجب المادة 13 حيث نصت على أنه " يقصد بالخصوصية كل صفقة تتجسد في نقل الملكية إلى الأشخاص طبيعيين أو معنويين خاضعين للقانون الخاص من غير المؤسسات العمومية".

وتأسيساً على ذلك لا تقتصر الخصوصية في نظر المشرع على تحويل ملكية الجانب المادي أو المعنوي لمؤسسة عمومية إلى أشخاص تابعين للقانون الخاص، ولكن نكون أمام خصوصية في حالة تحويل سلطة التسيير إلى هؤلاء الأشخاص في شكل عقود تسيير وهذا التوسيع لنطاق الخصوصية له ما يبرره حسب المنطلق السائد لدى السلطة والذي لا يعتبر الخصوصية مجرد عملية بيع لأصول عمومية، إنما أسلوب تقني اقتصادي الغاية منه إصلاح المؤسسة أو تحديثها، كما تقضي بذلك المادة الرابعة من الأمر 22/95 وهكذا تصبح الخصوصية حركة واعية تندرج في إطار غايات سياسة إعادة الهيكلة الصناعية، وتقوم الاقتصاد الوطني⁴.

¹ وجيه إبراهيم عبده محمد غنيم، أثر الخصخصة على النظام الضريبي في ظل النظم المالية المقارنة، كلية الحقوق، جامعة بنها، مصر، 2011، ص 22

² - وجيه إبراهيم عبده محمد غنيم، المرجع السابق، ص 24.

³ - الأمر 04-01 المؤرخ في 20 أوت 2001، المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصخصتها، المنشور بالجريدة الرسمية رقم 47 الصادرة بتاريخ 22 أوت 2001، ص 9.

⁴ - مجلة الجيلاي، المرجع السابق، ص 363.

المطلب الثاني : مفهوم المرفق العام

المرفق العام يعتبر ركيزة أساسية في القانون الإداري لعلاقة مفهومه بالقانون الإداري تعريفا وتطبيقا ، وكذا علاقته الوظيفية بكل وسائل القانون الإداري المادية والبشرية والقانونية ، و تعتبر المرفق العام الوجه الإيجابي للنشاط الإداري ، إذ تسعى الإدارة من خلاله إلى تقديم خدمات عامة للأفراد ، ولذلك يقال النشاط المرفقي هو بمثابة الوظيفة الاجتماعية للإدارة، وذلك بخلاف الوظيفة الأمنية المتمثلة في الضبط الإداري ¹ .

وعلى سبيل التوطئة إلى تعريف المرفق العام في الفرع الأول ، وعناصره في الفرع الثاني أما المبادئ التي تحكم سير المرافق العامة سيتم التطرق لها في المبحث الثاني .

الفرع الأول : تعريف المرفق العام

يعرف المرفق العام في أغلب الدراسات القانونية الإدارية وفق معيارين الشكلي أو المادي ، فالمرفق العام وفق المعيار الشكلي أو العضوي هو كل منظمة عامة تنشأ السلطة الحاكمة وتخضع في إدارتها لإرادة هذه السلطة بقصد تحقيق حاجات جمهور العامة بطريقة منتظمة ومطردة مع مراعاة مبدأ المساواة بين المنتفعين ² ، والقانون الإداري هو قانون الإدارة العامة وعليه أصبح القانون الإداري و قانون المرافق العامة.

أما المرفق العام وفق المعيار الموضوعي أو المادي أو الوظيفي أو الموضوعي بأنه كل نشاط يحقق منفعة عامة دون النظر إلى المنظمة أو الهيئة التي تتولاه ³ .

ولكن كل من التعريفين غير دقيق في تحديد تعريف المرفق العام؛ فمعيار الشكلي يجعل كل منظمات مرافق عامة لكن ليس كل تصرفات التي تقوم بها الهيئات الإدارية تسعى إلى تحقيق منفعة عامة ، بمعنى أنها أنشطة لا تستهدف تحقيق النفع العام مباشرة مثل إدارة السلطة الإدارية لأموالها الخاصة التي لا تعتبر مالا عاما ⁴ ، كذلك قيام الخواص بإدارة المرافق العامة عن طريق الامتياز أو التفويض ؛ فالذي يشرف على المرفق هو شخص خاص وليس إدارة عامة.

أما المعيار المادي أو الموضوعي هو كذلك غير دقيق ذلك أن النشاط الذي يستهدف المنفعة العامة ليس حكرا على الإدارة العامة فقط ، لأن هناك أشخاص خاصة سواء أكانوا أفراد طبيعيين او مؤسسات يسعون إلى

¹ - عبد الحفيظ الشحي ، مبادئ القانون الإداري ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2014 ، ص 341.

² - محمد فؤاد ممنا ، الوجيز في القانون الإداري - المرافق العامة -، مؤسسات المطبوعات الحديثة، الإسكندرية ، مصر ، 1961 ، ص 6

³ - محمد رفعت عبد الوهاب ، مبادئ وأحكام القانون الإداري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ص 268.

⁴ - محمد رفعت عبد الوهاب ، المرجع السابق ص 268.

تحقيق النفع العام ، مثال جمعيات التي تقدم خدمات تعليمية أو خدمات صحية هذا النشاط منفعة عامة لكن لا يمكن اعتباره مرفقا عاما¹.

ومن هذا كل من معيارين يقدم جانب من مفهوم المرفق العام ولذا استقر الفقه والقضاء على ضرورة تبني معيار مزدوج يجمع بين المعيارين الشكلي والموضوعي ووفقا لذلك يصبح المرفق العام هو كل مشروع² عام تنشئه الدولة بقصد إشباع الحاجات العامة³ ، سواء كانت إدارته عن طريق الدولة بنفسها ، أو أن تعهد به للغير لإدارته تحت إشرافها أو توجيهاتها ورقابته⁴.

ويعرفه بعض الفقه على أنه " كل مشروع عام يستهدف الوفاء بحاجات ذات نفع عام ،...فتتولاه الإدارة العامة بنفسها مباشرة أو تعهد به إلى الأفراد يديرونه تحت رقابتها "أو هو مشروع تتولاه الإدارة، لأداء خدمة عامة⁵.

الفرع الثاني: عناصر المرفق العام

من خلال التعريف السابق استنتج الفقه الإداري ثلاث عناصر أساسية يجب توفرها من أجل تحديد وجود مرفق عام.

أولا : المرفق العام مشروع عام تنشئه الدولة

إما إنشاء المرافق العامة فقد نص الدستور في المادة 140 فقرتها 28 إذ جاء فيها : "يشرع البرلمان في المبادئ التي يخصها له الدستور ، وكذلك في المجالات التالية : 28 - إنشاء فئات المؤسسات⁶" ولم ينص في إي مادة أخرى من الدستور على إمكانية البرلمان إنشاء مرافق عامة أو هيئات إدارية أخرى ، فمن خلال هذا يستنتج أن للبرلمان اختصاص واحد وأصيل في مجال إنشاء المرافق العامة هو إنشاء فئات المؤسسات أو منح الإذن للإدارة العامة لإقامة مرافق عامة كما هو الحال بالنسبة للمرافق العامة المحلية، فقد نص قانون الولاية 07-12 بموجب المادة 07 على إمكانية إنشاء مرافق عامة محلية تتكفل باحتياجات المواطن وتضمن له الاستمرارية والتساوي في الانتفاع⁷.

¹ - لأن للمرفق العام عناصر يجب أن تتوفر فيها النفع العام أحدها لكنه غير كافى سيتم التطرق لذلك بالتفصيل في الفرع الثاني من هذا المطلب .

² - يقصد بالمشروع بصفة عامة هو كل نشاط تمارسه مجموعة بشرية توجّهه وتقوم بالإشراف عليه و تسهر على تنفيذه مستعينة بوسائل مادية وفنية وقانونية لتحقيق غرض معين ، وهذا المفهوم ينطبق على المشروعات العامة والخاصة

³ - ثروت بدوي ، القانون الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2016 ، ص 398

⁴ - عبد الحفيظ الشبي ، المرجع السابق ، ص 343.

⁵ - محمود محمد حافظ ، نظرية المرفق العام، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 1982 ، ص 20 وما بعدها .

⁶ - القانون 01-16 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري ل. المنشور في الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 7 مارس 2016

⁷ - قانون الولاية 07-12 المؤرخ في 21 فيفري 2012 المتعلق بقانون الولاية المنشور في الجريدة الرسمية رقم 12 الصادرة بتاريخ 29 فيفري 2012.

والمقصود بفئات المؤسسات هو إنشاء نوع جديد من المؤسسات لم تكن موجودة سابقاً¹ وبرز مثال على ذلك استحداث مؤسسات ذات طابع العلمي والتكنولوجي نصت عليها المادة 17 من القانون 98-11 المتضمن القانون التوجيهي والبرنامج الخماسي حول البحث العلمي والتطوير التكنولوجي² بقولها " تنشأ مؤسسة عمومية خصوصية ذات طابع علمي وتكنولوجي لتحقيق نشاطات البحث العلمي والتطوير التكنولوجي . فقد أعطى القانون الإذن بإنشاء فئة جديدة من المؤسسات العامة ، ثم يبقى على الإدارة العامة أو السلطة التنفيذية العمل على إنشاء هذه المؤسسات من أجل تنفيذ البرامج الوطنية³ .

ومن هذا يستنتج أن استحداث المرافق بصفة عامة من اختصاص السلطة التنفيذية⁴ ويرجع السبب الأساسي في ذلك إلى المعرفة التقنية لإدارة العامة باحتياجاتها وكذا أعرف بالأساليب التي تمكنها من تحقيق أهدافها المتعلقة بالمنفعة العامة.

ثانيا : تحقيق المنفعة العامة

ويعني هذا لا يمكن اعتبار أي مشروع مرافقا عاما إلا إذا كان يستهدف تحقيق النفع العام ، ويقصد بالنفع العام في صورته العامة ، سد حاجات عامة أو تقديم خدمات عامة للجمهور فقد تكون هذه الخدمات مادية كالترود بالمياه أو الكهرباء وقد تكون معنوية كاللعليم والأمن والصحة⁵ .

والأصل أن المرافق العامة تقوم بأداء الخدمة العمومية دون مقابل، ومع ذلك قد تقوم بإدارة مرافق عامة نوعا من الربح، لكن يشترط أن لا يكون الربح هو الهدف الأساسي في إنشاء المشروع إنما الهدف الرئيسي هو تقديم الخدمة العامة ، ولا يتعارض استهداف النفع العام مع فرض رسوم مقابل الخدمة⁶ ، مثل رسوم التسجيلات في المؤسسات الجامعية والرسوم المفروضة على الفحوصات والتحليل الطبية في المؤسسات العمومية الاستشفائية .

¹ - القانون 01-88 القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية المؤرخ في 12 جانفي 1988، المنشور في الجريدة الرسمية رقم 02 المؤرخة في 13 جانفي 1988. حيث نصت هذا القانون على 3 أنواع من المؤسسات ؛ مؤسسات عمومية ذات طابع إداري ، مؤسسات عمومية ذات طابع صناعي وتجاري ومؤسسات عمومية إقتصادية .

² - القانون 98-11 المؤرخ في 22 أوت 1998 ، يتضمن القانون التوجيهي والبرنامج الخماسي حول البحث العلمي والتطوير التكنولوجي 1998-2002 ، الجريدو الرسمية رقم 64 المؤرخة في 24 أوت 1998 ، ص 7.

³ - وجاء المرسوم التنفيذي 99-256 المؤرخ في 16 نوفمبر 1999 ، الذي يحدد كليات إنشاء المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وتنظيمها في الجريدة الرسمية رقم 82 المؤرخة في 21 نوفمبر 1999 . تطبيقا لنص المادة 17 سابعة الذكر

⁴ - كذلك يستتج من المادة 143 من الدستور التي تنص على أن " يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون . يندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الذي يعود للوزير الأول " ، أنه يتجلى من هذه المادة أن المشرع الدستوري منح صلاحية للسلطة التنفيذية في إنشاء المرافق العامة وتركها في عومها من العمل التنظيمي للسلطة التنفيذية إلا ما تعلق بفئات المؤسسات الإستثناء المشار إليه سابقا .

⁵ - محمد فؤاد مهنّا ، المرجع السابق ، ص 9.

⁶ - عبد الحفيظ الشبي ، المرجع السابق ، ص 348 وما بعدها .

غير أنه وإن كان الهدف من المرفق العام هو تحقيق أكبر قدر كاف من المنفعة العامة ، وكان هو السبب الرئيسي في إنشائه ، لكن لا يعتبر عنصر المرفق العام عنصراً حاسماً في تحديد المرفق العام ، إذ يجب إضافة عنصر آخر وهو وجود علاقة بين المرفق العام و السلطة العامة لتفادي فكرة المشروعات الخاصة التي تستهدف النفع العام، المدارس الخاصة المستشفيات الخاصة ، والجمعيات التي تهتم بالفئات ضعيفة في المجتمع كالجمعيات الخاصة ذوي الاحتياجات الخاصة .

ثالثاً : خضوع المرفق العام سلطة عامة

وهذا العنصر أساسي في قيام المرفق العام إذ أنه يشترط وجود علاقة تبعية بين السلطة الإدارية والمرفق المنشئ ويجب أن يخضع المرفق لتوجيهات وقرارات السلطة المنشئة ، إذ يكون الخضوع قوياً والتبعية تصل على حد أن مصير إنشاء المشروع وتنظيمه وإلغاءه بيد السلطة العامة.

و تكون العلاقة بالسلطة الإدارية مباشرة في الحالات التي تشرف فيها السلطة على إدارة المشروع بنفسها أو أن يقوم بإدارته عن طريق شخص معنوي عام باستعمال أسلوب المؤسسة العامة ، أو قد تكون غير مباشرة بان تعهد بإدارة المرفق العام إلى شخص خاص إدارة المرفق كما هو الحال بالنسبة لأسلوب الامتياز¹.

المبحث الثاني : أثر الخصوصية على المبادئ التي تحكم سير المرافق العامة

من خلال هذا المبحث سيتم التطرق إلى مبادئ الأساسية التي تحكم المرافق العامة؛ والمتمثلة في مبدأ المساواة أمام المرافق العامة ، ومبدأ الإستمرارية ومبدأ قابلية المرفق العام للتغيير والتكيف ، ومدى تأثير مفهوم الخصوصية على كل مبدأ .

المطلب الأول : أثر الخصوصية على مبدأ المساواة أمام المرافق العامة

الفرع الأول : المقصود بمبدأ المساواة أمام المرافق العامة

تعني المساواة² في صورتها المجردة عدم التمييز بين الأفراد بسبب الأصل واللغة أو العقيدة أو الجنس، فالبشر كلهم متساوون في التكاليف والأعباء العامة والحقوق والحريات العامة، لا فرق بين فرد وآخر في تحمل العبء أو التمتع بمزية معينة بسبب أصله الاجتماعية أو ميوهه العقائدية والدينية، ولكل شخص توافرت فيه الشروط التي تتطلبها القاعدة القانونية المقررة الحق أن يستفيد من الحقوق والخدمات التي ترتبها هذه القواعد³.

ثم بعد ذلك جاءت المواثيق الدولية وإعلانات الحقوق لتؤكد على أهمية مبدأ المساواة بين الأفراد في الحقوق والواجبات العامة ، فقد نصت المادة الثانية من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في العاشر من ديسمبر

¹ - محمد رفعت عبد الوهاب ، المرجع السابق، ص 272.

² - كلمة مساواة مأخوذة من سواء وتستعمل المساواة في اللغة في المعاني التالية التكافؤ و المشابهة و المماثلة و المثل و النظير والعدل

³ - محمد متولي ، مبدأ المساواة أمام المرافق العامة بالتطبيق على توزيع الخدمات الصحية في مصر ، دادر النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 1998،

1948 على المبدأ بقولها " لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلان دون أي تمييز. بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو أي رأي آخر دون أي تفرقة ، كما أن لهم جميعا الحق في التمتع بحماية متكافئة دون أي تفرقة بين الرجال والنساء.

كما أن قيام الدولة القانونية يعتبر شرطا لا غنى عنه في أي مجتمع ديمقراطي وضروريا ليعتبر الأفراد بحقوقهم وحرياتهم حيث بمقتضاه يصدر التشريع بقانون يحمل صفة العموم والتجريد إعمالا لمبدأ المساواة الذي يعتبر ضمانة مهمة للأفراد وحجر الزاوية في كل تنظيم ديمقراطي للحقوق والحريات دون أي تمييز وتفرقة بين الأفراد بسبب الجنس أو اللغة أو الدين أو أي شيء آخر يميز ما بين الأفراد¹.

غير أن المساواة أمام المرافق العامة هي مساواة نسبية وليست مطلقة، فلا بد لإعمالها من أن تتوافر شروط التمتع بخدمات المرفق فحين يطلب الخدمة، وأن يكون الأفراد في ذات المركز القانوني وتتوافر بشأنهم ذات الضوابط التي فرضها القانون، ولا يعد ذلك إخلالا بمبدأ المساواة ، ولذا إذا كانت ظروف المنتفعين مغايرة من حيث المكان أو النوع أو الغرض أو كانت مغايرة من حيث البيئة أو الحالة الاجتماعية أو الثقافية كان طبيعيا أن يطلب المرفق من الراغبين الانتفاع بخدماته شروطا خاصة تتفق وهذه الظروف المذكورة ولا تعد هذه الشروط قيда على مبدأ المساواة لأنها تهدف إلى الصالح العام².

ومع ذلك "فإن هذا المبدأ لا يتعارض مع منح الإدارة بعض المزايا لطوائف معينة من الأفراد لاعتبارات خاصة كالسباح للعجزة أو المعاقين بالانتفاع من خدمات مرفق النقل مجانا أو بدفع رسوم مخفضة أو إعفاء أبناء الشهداء من بعض شروط الالتحاق بالجامعات، وإذا أخلت الجهة القائمة على إدارة المرفق بهذا المبدأ وميزت بين المنتفعين بخدماته فإن للمنتفعين أن يطلبوا من الإدارة التدخل لإجبار الجهة المشرفة على إدارة المرفق على احترام القانون، إذا كان المرفق يدار بواسطة ملتزم، فإن امتنعت الإدارة عن ذلك أو كان المرفق يدار بطريقة مباشرة فإن من حق الأفراد اللجوء إلى القضاء طالبين إلغاء القرار الذي أخل بمبدأ المساواة بين المنتفعين وإذا أصابهم ضرر من هذا القرار فإن لهم الحق في طلب التعويض المناسب"³.

كما يمكن لطبيعة الخدمة العامة المقدمة أو طبيعة المرفق أن تكون سببا في تقييد مبدأ المساواة ، إذ تقتضي طبيعة الخدمة المقدمة حصرها على بعض الأفراد دون غيرهم وليس في ذلك إخلال لمبدأ المساواة أمام المرافق العامة طالما كانت المساواة بين من تتوافر فيهم شروط الانتفاع بتلك الخدمة ومن ذلك تخصيص بعض

¹ - المواد 32 34 و 43 من الدستور الجزائري لسنة 2016 إذ تنص المادة 32 "كل المواطنين سواسية أمام القانون ، ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد ، أو العرق أو الجنس أو الرأي أو أي شرط أو ظرف آخر ، شخصي- أو إجتماعي " أما المادة 41 فنصت على " يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات ، وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية و المعنوية " .

² - محمد المتولي، المرجع السابق ، ص 218

³ د. مازن ليلو راضي، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق.

المنزهات للأطفال فقط أو للأطفال ذوي الاحتياجات الخاصة ، أو تخصيص بعض المستشفيات لتخصصات بعينها بشرط ألا تخالف في تطبيق مبدأ المساواة بين من تتأهل مراكزهم القانونية في الانتفاع بخدماتها¹.

الفرع الثاني : مبدأ المساواة أمام المرافق العامة بعد الخصوصية

تعد قاعدة المساواة أمام المرافق العامة من القواعد التي يتعين احترامها بصرف النظر عن القائم على المرفق العام أو المستخدم لهذا المرفق ، وبمعنى آخر فإن قاعدة المساواة أمام المرفق غايتها وضع سائر المتعاملين في مرتبة واحدة دون تفضيل أحد عن الآخر ، ونبد أي صورة من صور التمييز بين الأفراد حينما يكونون في مراكز قانونية متماثلة وينبغي وجود اختلافات بينهم تبرر الخروج عن قاعدة المساواة لمصلحة أي منهم².

غير أن خصوصية تسيير مرفق عام وإشراف الخواص³ على إدارته الذي ينتقل إليه عبء تنفيذ مهمة مرفق عام؛ لاسيما عندما يتعلق الأمر بمرفق تقدم خدمات أساسية للجمهور كما الحال بالنسبة لمرفقي الصحة والتعليم . ويكون أداء الشخص الخاص أو العام بنفس الطريقة أو أحسن من تلك التي كانت تدير بها الدولة المرفق . لا تمنع أو تنافي تطبيق المبادئ الدستورية التي كان يتبعها المرفق بل وبالعكس على المرفق السير على نفس الأحكام والنظم القانونية التي كان يسري عليها لاسيما فيما يتعلق بالخدمات التي يقدمها والمنفعين منها⁴.

غير أنه ما يمكن استنتاجه وحتى إن كان المشرع الجزائري من خلال الأمر 04-01 المتعلق بالمؤسسات العمومية الاقتصادية⁵ والنصوص التطبيقية له⁶ ، أن اللجوء إلى الخصوصية كان الهدف الأساسي منه هو المحافظة الخدمة التي كان يقدمها المرفق العام ومحاولة ضمان الاستفادة كل المرتفقين .

وقد حرص المشرع الجزائري على ضمان قاعدة المساواة أمام المرافق العامة بعد الخصوصية والنص عليها صراحة في المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بقانون الصفقات العمومية⁷ بموجب نص المادة 209 والتي تنص على " تخضع اتفاقيات تفويض المرفق العام لإبرامها إلى المبادئ المنصوص عليها في المادة 05 من هذا المرسوم⁸ .

¹ - محمد متولي ، المرجع السابق ، ص 222

² - محمود أحمد سليمان البراشدي ، النظام القانوني لأموال المرفق العام في ظل سياسة الخصوصية، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس، 2009 ، ص 632.

³ - يمكن أن يكون شغفا من أشخاص القانون العام .

⁴ - محمود أحمد سليمان البراشدي ، المرجع السابق ، ص 632.

⁵ - الأمر 04-01 المؤرخ في 20 أوت 2001 ، المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصوصتها، المنشور بالجريدة الرسمية رقم 47 الصادرة بتاريخ 22 أوت 2001 .

⁶ _ المرسوم التنفيذي 01 - 283 المؤرخ في 24 سبتمبر 2001، المتضمن الشكل الخاص بأجهزة إدارة المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها ، المنشور في الجريدة الرسمية رقم 55 الصادرة في تاريخ 26 سبتمبر 2001.

⁷ - المرسوم الرئاسي 15- 247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، الصادر في الجريدة الرسمية رقم 50 الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015، ص 3 وما بعدها.

⁸ - المادة 05 من تنص على " لضمان نجاعة الطلبات العمومية والإستعمال الحسن للمال العام ، يجب أن تراعي في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات ، ضمن إحترام أحكام هذا المرسوم "

زيادة على ذلك يخضع المرفق العام عند تنفيذ اتفاقية تفويضه على الخصوص إلى مبادئ الاستمرارية والمساواة والتكيف".

ورد في هذه الفقرة المبادئ الواجب على السلطة الإدارية مراعاتها في حالة خصوصية تسيير مرفق عام فقد نصت المادة على ضرورة تطبيق مبدأ المساواة إذ "يجب على الطرف المتعاقد معه في جميع الحالات عدم التمييز أو الانحياز دون مبرر قانوني بين الأشخاص والالتزام بالسياسة العامة للدولة لدى مباشرتها المهام المسندة إليها بموجب هذا القانون .

المطلب الثاني : أثر الخصوصية على مبدأ استمرارية المرافق العامة.

الفرع الأول : المقصود بمبدأ استمرارية المرافق العامة

مبدأ استمرارية المرافق العامة يعتبر من المبادئ الأساسية على الرغم من أنه لم يرد بشأنه نص في الدستور أو القانون ، لأن هذه النصوص سواء كانت واردة في الدستور أو المنخرطة في التشريع العادي أو الفرعي ، إنما تعتبر في حد ذاتها مقررّة لمبدأ أساسي من مبادئ القانون الإداري ، وليست منشأة له .

ولقد ذكر الفقه أن هذا المبدأ هو أهم المبادئ العامة التي تحكم عمل المرافق العامة وهناك من ذهب إلى أنه يعتبر القلب الذي يضخ الدم إلى بقية المبادئ وأوضح الفقه أهمية هذا المبدأ من حيث النتائج المترتبة على تطبيقه¹. هذا المبدأ يتعلق بجميع المرافق العامة سواء كانت إدارية أو اقتصادية ومهما اختلفت طرق إدارتها . سواء كانت تدار بالطريق الإداري المباشر أو بطريق الالتزام ، أو طريق أخرى خلاف ذلك².

فيمكن تصور الوضع لحظة انقطاع الكهرباء في المستشفى في أثناء قيام الأطباء بعملية جراحية لمريض والقلب أو البطن أو الرأس مفتوحا ، وكذلك الحال لو توقف مرفق نقل الطلبة المتأهبون لإجراء الامتحانات ، لا شك أن ذلك يؤدي إلى ارتباكهم واضطراب أحوالهم ، وصيهم كل غضبيهم على المرفق المعهود إليه بنقلهم³.

ويترتب على المبدأ المذكور نتائج مختلفة ، تعتبر في ذاتها تطبيقا لمبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام وإضطراب ، ومن أهمها تنظيم إضراب الموظفين ، تنظيم استقالتهم ، إقرار نظرية الموظف الفعلي ، نظرية الظروف الطارئة وحماية أموال المرافق العامة وغيرها :

أولا : أحكام الإضراب في الجزائر :

أصبح الإضراب مسموحا به في الجزائر ؛ بعد دستور 1989 بعد تبني النظام الانفتاح الاقتصادي والتعددية الحزبية وحرية التعبير والصحافة وكذا الحقوق النقابية . فقد نص المادة 57 من الدستور الحالي على " الحق في

1- فارس عبد الرحيم حاتم ، حدود سلطة الإدارة عند تطبيق مبدأ سير المرفق العام بانتظام واستمرار ، ص 220.

2 - محمد عبد الحميد ابو زيد ، منافع المرافق العامة وحتمية استدامتها، المرجع السابق ، ص 308 ، و محمد رفعت عبد الوهاب ، المرجع السابق، ص 309.

3 - محمد ابو زيد ، مبدأ دوام سير المرافق العامة ، المرجع السابق ، ص 10 ..

الإضراب معترف به ، ويمارس في إطار القانون ، يمكن أن يمنع ممارسة هذا الحق ، أو يجعل حدودا لممارسته ، في ميادين الدفاع الوطني والأمن ، أوفي جميع الخدمات أو الأعمال العمومية ذات المنفعة الحيوية للمجتمع".

و القانون 90-02¹ ، وضع قيودا وشروطا للممارسة للإضراب من طرف موظفي المرافق العامة ضمانا لاستمرارية تقديم خدماتها للجمهور ، على رأسها الالتزام بتقديم ما يسمى بالحد الأدنى من الخدمة بموجب نصوص المواد 37، 38، 39 و 40 حيث نصت المادة 37 على " إذا كان الإضراب يمس الأنظمة التي يمكن أن يضر انقطاعها التام استمرار المرافق العمومية الأساسية ، أو يمس الأنشطة الاقتصادية الحيوية أو تموين المواطنين أو المحافظة على المنشآت والأموال الموجودة ، فتعين تنظيم مواصلة الأنشطة الضرورية في شكل قدر أدنى من الخدمة إجباريا أو ناتج عن مفاوضات أو اتفاقيات أو عقود كما نصت على ذلك المادتان 38 و 39 أدناه " ، إذ تضمنت المادة 38 المجالات التي يجب فيها تقديم الحد الأدنى من الخدمة أما المادة 39 عم كيفية تحديد الحد الأدنى من الخدمة .

ثانيا :تنظيم استقالة

فقد اعترف المشرع الجزائري بحق الموظف في الاستقالة ، وأن الاستقالة يجب أن تكون في شكل طلب مكتوب يعلن فيه الموظف صراحة نيته بقطع العلاقة الوظيفية ، ويوجه هذا الطلب إلى السلطة المخولة بالتعيين ، ويتعين على الموظف مواصلة مهامه إلى غاية صدور قرار صريح هذه السلطة ، أو بعد مرور الأجل القانوني للرد على الاستقالة والمقدرة في الحالات العادية بشهرين ، غير أنه يمكن أن تمدد السلطة المخولة بالتعيين الموافقة على الاستقالة لمدة شهرين آخرين بعد انقضاء الأجل الأول وذلك لضرورة القصى المصلحة².

وقد يعاقب القانون على الاستقالة إذا كانت هذه الاستقالة الهدف منها المساس بالسير الحسن للمرفق العام كأن يقدم موظفين استقالة من أجل التأثير على الإدارة المستخدمة بالنسب في علاقة السير الحسن للمرفق العام ، نص المادة 115 من قانون العقوبات³ " القضاة والموظفون الذين يقررون بعد التشاور فيما بينهم تقديم استقالتهم بغرض منع أو وقف قيام القضاء بمهمته أو سير مصلحة عمومية يعاقبون بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات ".

ثالثا : الاعتداد بنظرية الموظف الفعلي

القاعدة العامة أن القرارات الإدارية يجب أن تصدر من الموظف المختص والمعين بطريقة قانونية طبقا للإجراءات والشروط السارية المفعول ، ومع ذلك ، فإنه يرد على هذا الاختصاص الشخصي استثناء تتمثل في

1 _ القانون 90-02 المؤرخ في 06-02-1990 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب الصادر في الجريدة الرسمية رقم 06 الصادرة بتاريخ 7 فيفري 1990.

2 - المواد 217 ، 218 ، 219 ، 220 من الأمر 03-06

3 - الأمر 66-156 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم

الأخذ بنظرية الموظف الفعلي أو الواقعي ، وهو الشخص الذي يكون قرار تعيينه باطلا ، أو الذي لم يصدر قرار تعيينه أصلا ، مع الاعتداد بالأخذ بالعمل والقرار والتصرف الصادر عنه ، و اعتباره سليما وقانونيا ومنتجا لآثاره ، بغض النظر عن مدى احتمال متابعتة شخصيا¹.

قد ابتدع القضاء الفرنسي نظرية الموظف الفعلي التي يمكن تطبيقها في الظروف العادية وكذلك الظروف الاستثنائية ومن أهم التطبيقات العملية في الظروف العادية هي حالي إلغاء الصفة الوظيفية والتفويض غير المشروع، وهذا ما أقرته الأحكام الصادرة من مجلس الدولة الفرنسي بشأن الأعمال التي باشرها الأفراد العاديون في فرنسا أبان الحرب العالمية الثانية².

الفرع الثاني : تطبيق قاعدة سير المرافق العامة بانتظام واطراد بعد الخوصصة

يمكن القول ابتداء أن تطبيق قاعدة سير المرفق العام بانتظام واطراد على المرفق بعد خوصصته من عدمه مرهون بمدى توافر الأساس الذي بنيت هذه القاعدة ، ويتحدد ذلك بطبيعة الخدمات التي يسديها المرفق والتي تجعل من النفع العام عنوانا لنشاطه ، وفيما إذا كانت وظيفة المرفق العام بعد الخوصصة تبقى بذات الأهمية التي تدعو إلى حمايتها و لضمان استمرار أدائها ، وبمعنى آخر فإن المناط في سحب قاعدة سير المرافق العام بانتظام واطراد للتطبيق على المرفق العام بعد الخوصصة هو مدى تلازم وظيفة المرفق وفكرة النفع العام التي يتوخاها.

والواقع أن مثل هذا التلازم لا ريب في تحقيقه ، بل إنه يعد من مقتضيات بقاء صفة العمومية للمرفق بعد الخوصصة . فمتى تحقق ذلك وثبت للنشاط وصف المرفق العام فإن هذه القاعدة تنطبق دون شك، ذلك أن هذه القاعدة تعد من مستلزمات قيام المرفق بنشاطه ، إذ هي مستوحاة من طبيعة النفع المحقق من نشاط المرفق والذي يتعين أن يكون دائما ومستمرا بلا انقطاع³.

وقد نص المشرع صراحة في نص المادة 16 من الأمر 01-04 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخوصصتها صراحة على أنه عندما تكون مؤسسة اقتصادية تقدم خدمة عمومية موضوع خوصصة -

1 - محمد الصغير بعللي ، القانون الإداري ، دار العلوم للنشر و التوزيع ، عنابة ، الجزائر ، ص 229.

2 - نجد في فرنسا في حالة الظروف الاستثنائية أول تطبيق لها إبان غزو الحلفاء لفرنسا ومغادرة أعضاء المجلس البلدي بحيث خلت المدينة من جميع الموظفين بإدارة المرافق العامة وإزاء هذه الظروف قام بعض الأفراد - بدافع الحرص على سير المرافق العامة - بتأليف مجلس فعلي وقيام هذا الأخير بالاستيلاء على البضائع والأغذية وتوريدها للسكان وقضى مجلس الدولة بصحة تصرفات هؤلاء الأفراد ، ومن الحالات الأخرى للنظرية في ظل الظروف الاستثنائية حالات التفويض الضمني ، محمد محمود أبو زيد ، المطول في القانون الإداري ، المصدر السابق، ص 462. عبد الغني بسيوني عبد الله ، النظرية العامة في القانون الإداري ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، 2003 ، ص 432.

3 - محمود أحمد سليمان البراشدي ، المرجع السابق ، ص 599-600.

تتكفل الدولة بضمان استمرارية الخدمة العمومية ، وذلك يكون من خلال شروط التعاقد بين الإدارة العامة والشخص الخاص¹.

فالخصوصية لا يمكن النظر إليها على أنها سياسة لتحقيق الربح فحسب، بل هي سياسة تتعلق بالمصلحة العامة ومن الواجب أن تعمل تلك السياسة في المحافظة على تلك المصلحة ، ومن مقتضيات الحفاظ على المصلحة العامة أن تلتزم سياسة الخصوصية بضمان توفير الخدمات للجمهور والقيام بكل ما من شأنه بقاء هذه الخدمات وإستمرار أدائها على سالف عهدا دون انتقاص أو انقطاع².

وطالما أن سياسة الخصوصية طالت المرافق الإستراتيجية كالصحة والتعليم والنقل والمطارات والموانئ ، وهي مرافق بالغة الأهمية بالنسبة للجمهور فإن حماية حقوق المتعاملين مع هذه المرافق يقع على عاتق الدولة بما توفره من وسائل رقابية على المرفق العام بعد خصوصته ، وأول مراتب هذه الحقوق بقاء الخدمات التي تسديها هذه المرافق متاحة للجمهور دون توقف أو انقطاع.

المطلب الثالث : أثر الخصوصية على مبدأ قابلية المرفق العام للتغيير والتكيف .

ويمكن استعراض مضمون هذه القاعدة ومدى تطبيقها على المرفق العام بعد الخصوصية وذلك من خلال الفرعيين التاليين.

الفرع الأول : المقصود بمبدأ قابلية المرفق العام للتغيير والتكيف

إن الظروف والأحوال الاقتصادية تتغير مع تغير الزمن والمتطلبات، و هذا التغيير قد يجعل النظام الذي وضع في ظروف معينة غير محقق للأغراض المقصودة منه في الظروف الجديدة. ولهذا كان من الطبيعي أن يسمح للسلطة العامة المختصة بتعديل النظم المقررة للمرافق العامة في كل وقت تحقيقا للمصلحة العامة دون أن تنقيد بحقوق الأفراد الخاصة التي قد تتأثر بهذا التعديل³.

لأن القواعد القانونية و التنظيمية المنظمة لسير المرافق العامة توضع بقصد تمكين هذه المرافق من تحقيق النفع العام بأفضل طريقة ممكنة، وفقا للظروف و الأحوال المصاحبة لوضعها⁴. لما كانت المرافق العامة منشأة لتحقيق النفع العام وكانت الحاجات العامة متعددة ومتطورة، فإن المرافق العامة القائمة على الوفاء بحاجات الجمهور ملتزمة بتعديل طرق أدائها لنشاطها حسبما تمليه اعتبارات النفع العام⁵.

¹ - فمن المؤكد أن خصوصية المرفق العام عند منح تسييره للقطاع الخاص بأي أسلوب من أساليب التسيير لا يخلى ذمة الدولة من الوفاء بالحاجات العامة أو تحملها من المسؤولية تجاه أفراد المجتمع ، ومن ثم فإن ذات القواعد التي تطبق على المرفق في عهدة الدولة تطبق عليه بعد الخصوصية .

² - وليد حيدر جابر ، طرق إدارة المرافق العامة ، مرجع سابق ، ص 131 .

³ - محمد فؤاد مهنّا ، المرجع السابق ، ص 190.

⁴ - عبد الغني بسيوني ، المرجع السابق ، ص 440.

⁵ - محمود أحمد سليمان البراشدي ، المرجع السابق ، ص 69

وعلى ذلك فإن قابلية المرفق العام للتعديل تعد من القواعد الأساسية التي تحكم المرافق العامة نظراً لما تحققه من ضبط للخدمات التي يقدمها المرفق، ومعناها بإيجاز كما يذكر الأستاذ سليمان الطحاوي هو تدخل السلطة العامة في أي وقت لتعديل قواعد سير المرافق العامة¹،

وقد استقر القضاء والفقه على أن هذا المبدأ يسري بالنسبة لكافة المرافق العامة أياً كان أسلوب إدارتها بطريقة الإدارة المباشرة أم بطريق الالتزام²، ومعنى آخر فإن مضمون هذه القاعدة يتمثل في أحقية الإدارة في تعديل قواعد سير المرفق العام بما يتلاءم مع المستجدات واعتبارات المصلحة العامة³.

وعلى ذلك فإذا ظهر لجهة الإدارة في أي وقت أن التنظيم القائم للمرفق العام لا يحقق انتفاع الجمهور به على الوجه المنشود وأن هناك تنظيماً أفضل منه يحقق هذه الغاية، فإنها تملك تغيير التنظيم القائم للمرفق العام، ومن ذلك تغيير طريقة إدارته من أسلوب الإدارة المباشرة إلى أسلوب المؤسسة العامة أو العكس، كما أن لها أن تغير من الرسوم المفروضة لقاء الانتفاع بخدمات المرفق العام زيادة أو نقصاناً أو تعديل شروط تقديم الخدمات العامة وتولي الوظائف بالمرفق العام⁴.

ومن أهم النتائج التي تترتب على قاعدة قابلية المرفق العام للتعديل وارتباطها بهدف المرفق العام وهو تحقيق النفع العام أنه ليس لأحد أن يحتج في مواجهة الإدارة عندما تمارس سلطتها التقديرية في تغيير النظام الذي يسير عليه المرفق العام طالما أن إعمالها لهذه السلطة يبتعد عن التعسف⁵. وينتج عن ذلك أنه لا يحق للمنتفعين بخدمات المرفق العام كما لا يحق أيضاً لموظفي المرفق وعماله التمسك بالقواعد والتنظيمات السابقة على التعديل، بحجة أنها كانت أصلح لهم، وبالتالي مقاومة سريان التعديلات الجديدة عليهم لأنها أكثر شدة⁶.

الفرع الثاني : تطبيق قاعدة قابلية المرفق العام للتعديل بعد الخصوصية

يقول الأستاذ الطحاوي في تحديد نطاق انطباق قاعدة قابلية المرفق العام للتعديل أنها "لا تقتصر على المرافق التي تدار بطريق الريجي وحدها، بل إنها تمتد لتشمل جميع أنواع المرافق العامة أياً كانت وسيلة إدارتها، لاسيما المرافق التي تدار بطريق الامتياز، فهذه المرافق، ولو أن إدارتها عملاً في يد الملتزم فرداً كان أو شركة، فإن للإدارة، بل عليها، أن تخضعها لإشرافها لتحقيق مصلحة الجمهور..⁷".

¹ - سليمان محمد الطحاوي، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص 394.

² - مازن ليلو راضي، الوجيز في القانون الإدارية، الجامعة المفتوحة الدفارك .

³ - محمود عاطف البناء، الوسيط في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 482.

⁴ - سليمان محمد الطحاوي، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص 559، 590.

⁵ - محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 361، 362.

⁶ - محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلب الحقوقية، ص 319.

⁷ - سليمان محمد الطحاوي، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص 559، 561.

وعلى هذا الأساس تقوم فكرة تطبيق قاعدة قابلية المرفق العام للتعديل على المرفق العام بعد الخوصصة، فلا شك أن النفع العام الذي يتوخى المرفق العام تحقيقه قبل الخوصصة وبعدها يعد من المهام المنوطة بالإدارة التي تملك توجيه المرفق القائم على تحقيقه الوجهة التي تراها أكثر قرباً للوصول إلى الخدمات الأفضل للجمهور المنتفعين. سبق الذكر أن الخوصصة لا تعفى الإدارة من مسؤوليتها في توفير الخدمات الضرورية للمواطنين، ولا يعد نقل الملكية العامة المتصلة بأصول أو نشاط يمثل مرفقاً عاماً خلاصاً من المحاسبة أما الرأي العام ومؤسساتها القانونية والقضائية عن أي تقصير في طبيعة الخدمات التي يقدمها المرفق بعد أيلولته للقطاع الخاص.

فالجمهور من المنتفعين لا يهيمه من يقدم الخدمة بقدر ما يهيمه الحصول عليها وفق أفضل المعايير وبأسر السبل وأقل تكلفة، فإن لم تقض حاجته على هذا النحو ولم تؤد الخدمة ياتقان، فإنه يشير بأصبع الاتهام والتقصير إلى الإدارة التي يقع على عاتقها الوفاء بهذه الاحتياجات. وهذا أساس فلسفة نظرية المرفق العام التي كرست لجهة الإدارة من المكثات ما يمكنها من سد حاجة الجمهور، والصلاحيات تقابلها المسؤولية على نحو ما هو معهود في فقه القانون الإداري.

وإن قاعدة قابلية المرفق العام للتعديل والتغيير ذاتها ليست بقاصرة على المرافق الإدارية أو المرافق المسيرة بطريق مباشر وحدها لإجماع الفقه، ذلك أنه من المعلوم أن قاعدة قابلية المرفق العام للتعديل تعد إحدى القواعد الدستورية الضابطة لسير المرافق العامة التي تنطبق على المرفق العام بوصفها هذا حتى بعد خصوصته¹، إلى جوار القاعدتين الأخريين السابق ذكرهما، وأن أساس خضوع المرفق العام لهذه القواعد ليس اتفاق الخوصصة وإنما طبيعة المرفق العام ذاته والهدف المعقود له تحقيقه وهو النفع العام.

وقد طبقت هذه القاعدة على المرافق العامة المسيرة بطريق الامتياز، ولم ينل من هذا التطبيق تعارض القاعدة مع نصوص عقد الامتياز، فاعتبارات المصلحة العامة وامتيازات الإدارة تمكنها من إجراء التعديل والتغيير على المرفق متى اقتضت ذلك المصلحة العامة، ودون الإخلال بحق المتعاقد في عدم التأثير على حقوقه المالية².

لا ريب أن القول بتطبيق قاعدة قابلية المرفق العام للتعديل والتغيير على حالة المرفق العام بعد أيلولته إلى القطاع الخاص لا يعني أن تكون هذه القاعدة سيقاً مسلطاً على الشخص الذي انتقل إليه المرفق العام بموجب اتفاق الخوصصة، فلا نعتقد أن هذه القاعدة تخول الإدارة التدخل السافر في طريقة أداء المرفق العام على نحو يفرغ عملية الخوصصة من مضمونها وأحد أهم أهدافها وهو تحرير المرافق العامة من المفاهيم التقليدية للإدارة الحكومية.

¹ - محمد محمد عبد اللطيف، النظام الدستوري للخوصصة، مرجع سابق، ص 78.

² - وأساس هذه المكنة حسماً استقر عليه القضاء هو اتصال عقد الامتياز بمرفق عام واعتبارات انتظام سير هذا المرفق، فحق الإدارة في تعديل عقد الامتياز كلما اقتضت المصلحة العامة تعديل خدمات المرفق العام مصدره ليس العقد، وإنما النظام الحاكم للمرافق العامة. فهذا الحق مرتبط في الأساس بالحاجة إلى التغيير التي تدعو إليها مصلحة الكافة من المنتفعين بالمرفق العام. د. إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام B.O.T دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2011، ص 278 وما بعدها.

كما أن هذه القاعدة لا يجتج بها لإهدار الشروط الاتفاقية التي يحويها اتفاق الخصوصية، فلا تعني بحال مراجعة الإدارة لالتزاماتها نحو الطرف الآخر بموجب هذا الاتفاق، بل إنها تظل ملتزمة بما يفرضه عليها الاتفاق. وهذا ما يظهر الاختلاف بين عقد الامتياز الخصوصية في نطاق قاعدة قابلية المرفق العام للتعديل، إن سلطان الإدارة على الملتزم في تعديل المرفق العام ينطبق بذات الكيفية على الشخص الخاص في ظل الخصوصية، وإنما ينحصر كما أسلفنا في تقييم أداء المرفق العام بوجه العام وتوجيهه أدائه حفظاً للصالح العام .

خاتمة :

ومن خلال ما سبق رغم أن الخصوصية مفهوم اقتصادي دخيل على القانون الإداري إلا أنها كانت تأخذ بعير الاعتبار المبادئ الأساسية التي تحكم سير المرافق العامة و تحافظ على الهدف الذي أنشأ من أجله المرفق وهو تقديم خدمة أو تحقيق منفعة عامة .

وأنه بالرغم من الإشادة بمسلك المشرع الجزائري في التأكيد على سريان المبادئ الأساسية التي تحكم سير المرافق العامة بعد الخصوصية في ضوء النصوص التي ساقها قانون الصفقات العمومية ، فإنه كان من الأولى وضع هذه القواعد في قانون جديد خاص بتنظيم الخصوصية بالمفهوم الجديد ، لأن القانون السابق قد تجاوزه الزمن ويجب تعديله وفق المتغيرات الجديدة الوطنية والدولية.

I. قائمة المراجع

1. محمد إبراهيم علي فندي الجبوري ، النظام القانوني للتحويل إلى القطاع الخاص " الخصخصة " دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار حامد للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2008
2. إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام B.O.T دراسة مقارنة ، دار الكتاب الحديث ، القاهرة، 2011.
3. ابن خلدون ، المقدمة طبعة دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان.
4. أحمد محمد محرز ، النظام القانوني لتحويل القطاع العام إلى القطاع الخاص- الخصخصة- ، منشأة المعارف الإسكندرية ، مصر ، 2009 .
5. ثروت بدوي ، القانون الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2016.
6. عبد الحفيظ الشعي ، مبادئ القانون الإداري ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 2014.
7. عجة الجبلاي ، قانون المؤسسات العمومية الاقتصادية من الاشتراكية التسيير على الخصوصية ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2006 .
8. محمد الصغير بيلي ، القانون الإداري ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، عنابة ، الجزائر .
9. محمد رفعت عبد الوهاب ، مبادئ وأحكام القانون الإداري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان .
10. محمد عبد الحميد ابوزيد ، منافع المرافق العامة وحتمية إستدامتها دراسة مقارنة ، مطبعة العشري ، مصر ، 2012
11. محمد فؤاد ممنا ، الوجيز في القانون الإداري - المرافق العامة - ، مؤسسات المطبوعات الحديثة، الإسكندرية ، مصر ، 1961.
12. محمد متولي ، مبدأ المساواة امام المرافق العامة بالتطبيق على توزيع الخدمات الصحية في مصر ، دادر النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 1998.

13. محمود أحمد سليمان البراشدي ، النظام القانوني لأموال المرفق العام في ظل سياسة الخصوصية، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، 2009 ،
14. محمود محمد حافظ ، نظرية المرفق العام، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 1982 ، ص 20 وما بعدها .
15. وجيه إبراهيم عبده محمد غنيم ، أثر الخصخصة على النظام الضريبي في ظل النظم المالية المقارنة، كلية الحقوق ، جامعة بنها ، مصر ، 2011
16. وليد بدر جابر، طرق إدارة المرافق العامة المؤسسة العامة والخصخصة، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2009

II. الرسائل والمقتنيات

1. ماجد بن عبد العزيز القهيدان خصخصة قطاع النقل وانعكاساتها على الامن الوطني ، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض ، 2008.
2. أونيس، الخصخصة : المفهوم ، الأساليب ، التحديات ، التجارب ، حالة الجزائر ، مؤتمر تحديات التنمية وتحديث الإدارة في الوطن العربي ، طرابلس ، ليبيا ، 15-17 مارس 2004.
3. محمد فتوح محمد عثمان ، الخصخصة في الدول الليبرالية وأثرها على مفهوم القانون العام ، مجلة العلوم الإدارية ، المعهد الدولي للعلوم الإدارية ، مصر ، السنة السابعة والثلاثون ، العدد الأول ، يونيه 1995.

III. النصوص القانونية

1. القانون 01-16 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري لدستور سنة 1996، المنشور في الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 7 مارس 2016
2. قانون الولاية 07-12 المؤرخ في 21 فيفري 2012 المتعلق بقانون الولاية المنشور في الجريدة الرسمية رقم 12 الصادرة بتاريخ 29 فيفري 2012.
3. الأمر 04-01 المؤرخ في 20 أوت 2001 ، المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصوصتها، المنشور بالجريدة الرسمية رقم 47 الصادرة بتاريخ 22 أوت 2001 .
4. القانون 11-98 المؤرخ في 22 أوت 1998 ، يتضمن القانون التوجيهي والبرنامج الخماسي حول البحث العلمي والتطوير التكنولوجي 1998-2002 ، الجريدة الرسمية رقم 64 المؤرخة في 24 أوت 1998.
5. القانون 02-90 المؤرخ في 06-02-1990 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب الصادر في الجريدة الرسمية رقم 06 الصادرة بتاريخ 7 فيفري 1990
6. القانون 01-88 القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية المؤرخ في 12 جانفي 1988، المنشور في الجريدة الرسمية رقم 02 المؤرخة في 13 جانفي 1988.
7. المرسوم الرئاسي 15- 247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، الصادر في الجريدة الرسمية رقم 50 الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015
8. المرسوم التنفيذي 01 - 283 المؤرخ في 24 سبتمبر 2001، المتضمن الشكل الخاص بأجهزة إدارة المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها ، المنشور في الجريدة الرسمية رقم 55 الصادرة في تاريخ 26 سبتمبر 2001.
9. المرسوم التنفيذي 99-256 المؤرخ في 16 نوفمبر 1999 ، الذي يحدد كفاءات إنشاء المؤسسة العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وتنظيمها في الجريدة الرسمية رقم 82 المؤرخة في 21 نوفمبر 1999 .

رؤية قانونية حول مواجهة الجريمة الإرهابية ما بين حماية الأمن الإقليمي وصيانة حقوق الإنسان والحريات الأساسية*

أ/ عزوزة سليم- أستاذ مساعد "أ"- كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة ابن خلدون -تيارت-
(طالب دكتوراه جامعة محمد بن أحمد - وهران-2)

ملخص:

نعالج من خلال هذا المقال الصعوبات التي تعترض عملية مواجهة الجريمة الإرهابية بشقيها الداخلي و الدولي والتي تمثل أساسا في خلق التوازن ما بين الحفاظ على الأمن الإقليمي للدولة وكيانها السياسي من جهة وكذا حقوق الإنسان و الحريات العامة والتي تعتبر من قبيل القواعد الآمرة في القانون الدولي من جهة أخرى وهي المعادلة الصعبة التي يستوجب على الدول و أجهزتها الأمنية إيجاد حل لها يكفل الحمتين. وعلى هذا الأساس نرسم من خلال هذا المقال القواعد و الأسس التي نتصورها لتحقيق هذه المعادلة الصعبة على نحو يكفل مكافحة الجريمة الإرهابية التي يتعاضم خطرها يوما بعد يوم بحكم إن مكافحة الإرهاب اليوم أصبح التزاما دوليا على أعضاء المجتمع الدولي يشتمون من خلاله حسن نيتهم في علاقاتهم الدولية لتحقيق الأمن و السلم الدوليين والذي يعتبر من مبادئ الأمم المتحدة .

Résumé :

Faites-nous luttons contre le terrorisme devant une équation difficile et nous essayons de trouver un cas où le tirage ou l'équilibre entre les deux extrémités, ce qui est le premier parti dans le visage du terrorisme et de la sauvegarde de la sécurité régionale, tandis que la seconde est sa pointe dans la protection des droits de l'homme.

D'une part, l'Etat doit prendre les mesures nécessaires pour lutter contre le terrorisme et de protéger la sécurité nationale et de maintenir la stabilité de la sécurité dans le pays et les mesures, d'autre part, doit tenir compte de la protection des droits de l'homme et de non-agression sur les libertés, le sujet de notre article que nous allons parler de la vision d'avenir sur la façon de lutter contre le terrorisme. .

Nous notons tout d'abord le principe ou la règle générale qui devrait être appliquée lorsque l'état est exposé à tout acte terroriste, à savoir, (l'application de la règle de droit) .. cette règle qui devrait être le contrôle de la réaction et les actions et les mesures pour remédier à cet acte terroriste nécessaires, expliquant les fondements et les principes qui sous-tendent

* تاريخ إيداع المقال: 2017/01/05

تاريخ تحكيم المقال: 2017 / 01/16

systemes juridiques face au terrorisme, conformément à la règle de droit, et la promesse des règles du droit international privé et les dispositions de la, et depuis qui protège et préserve les droits humains.

On parle alors de l'exception à cette règle, qui est que les pays qui sont exposés à des attaques terroristes prennent toutes les mesures nécessaires et les mesures de précaution qu'ils jugent appropriées pour lutter contre le terrorisme, même si l'effet sur les droits et les libertés personnelles.

تمهيد وتقسيم :

تجعلنا مكافحة الارهاب أمام معادلة صعبة والتي نحاول من خلالها إيجاد حالة من التعادل أو التوازن بين طرفيها، والتي تتمثل الطرف الأول فيها في مواجهة الإرهاب وحماية الأمن الاقليمي، بينما تتمثل طرفها الثاني في حماية حقوق الإنسان.

فمن ناحية يجب على الدولة أن تتخذ الإجراءات والتدابير اللازمة لمواجهة الإرهاب وحماية الأمن الوطني والحفاظ على استقرار الأمن في البلاد، ومن ناحية أخرى يجب عليها مراعاة حماية حقوق الإنسان وعدم الاعتداء على الحريات، وفي موضوع مقالنا هذا سوف نتحدث عن الرؤية المستقبلية حول كيفية مواجهة الإرهاب..

ونشير في البداية إلى المبدأ أو القاعدة العامة التي يجب تطبيقها عندما تتعرض الدولة لأى عمل إرهابي وهي (تطبيق حكم القانون) .. تلك القاعدة التي ينبغي أن تحكم ردود الفعل وما يجب اتخاذه من إجراءات وتدابير لمواجهة ذلك العمل الإرهابي، موضحين الأسس والمبادئ التي ترتكز عليها الأنظمة القانونية في مواجهتها للإرهاب بما يتفق مع حكم القانون، وما يتضمنه من قواعد وأحكام خاصة بالقانون الدولي، وبما يحمي ويحافظ على حقوق الإنسان.

ونشير بعد ذلك إلى الاستثناء من تلك القاعدة، وهو أن تقوم الدول التي تتعرض للهجمات الإرهابية باتخاذ كافة الإجراءات والتدابير الاحترازية التي تراها مناسبة لمكافحة الإرهاب، حتى ولو كان لذلك تأثير على الحقوق والحريات الشخصية.

وأخيراً نبين كيفية الحد من العمليات الإرهابية قبل وقوعها، وكيفية مواجهتها و التصدي لها بعد وقوعها.

وسوف نتناول الحديث حول هذا الموضوع من خلال ثلاثة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: القاعدة العامة في مواجهة الإرهاب.

المبحث الثاني: الاستثناء من القاعدة في مواجهة الإرهاب.

المبحث الثالث: مواجهة الإرهاب بين القاعدة والاستثناء.

المبحث الأول: القاعدة العامة في مواجهة الإرهاب

تواجه الأنظمة القانونية التي تتعرض للعمليات الإرهابية مشكلة في غاية الأهمية، وهي كيفية تحقيق التوازن بين مسؤوليتها وواجباتها نحو مكافحة الإرهاب، وبين متطلبات حماية حقوق الإنسان، فهي من ناحية تضطلع بمسؤولية تحقيق الأمن والاستقرار للمواطنين واتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع وقوع الجريمة وتعقب الجناة بعد وقوعها وضبطهم وتقديمهم للمحاكمة، ومن ناحية أخرى فهي مطالبة دولياً وإقليمياً بمراعاة حماية حقوق الإنسان.

وقيل في ذلك أن سلاح الإرهاب يجب أن يكافئ بسلاح العدالة، وأن الفكرة الفاسدة يجب مكافئتها بفكرة صالحة، ولا يجوز أن يعالج الضرر بضرر مثله، ويجب حماية القانون بالقانون، فالكفاح هنا لا يكون بإضافة إرهاب إلى إرهاب، أو بؤس إلى بؤس، أو حرب إلى حرب وإنما يتعلق أساساً بالدفاع عن دولة القانون.¹

وإذا كان الإرهابيون يعتقدون مبدأ " أن كل شيء مباح في سبيل قضيتهم "، فإن الدول في حربها ضد الإرهاب لا ينبغي لها أن تعتنق هذا المبدأ، فحقوق الإنسان مصانة لا يجوز المساس بها تحت أي ظرف.

ومن هنا.. فإن المواجهة الشاملة للإرهاب يجب ألا تكون بمنأى عن دولة القانون ومبادئ حقوق الإنسان.

ولكن على الجانب الآخر فإن من حق الدولة، بل من واجبها أن تواجه الإرهاب استخداماً لحقها في الدفاع عن سيادتها وأمنها واستقرارها والدفاع عن أرواح مواطنيها وسائر حقوقهم، وذلك باعتبار أن مواجهة الإرهاب تهدف أساساً إلى حماية حقوق الإنسان، وخاصة الحق في الحياة والحرية والحق في الأمن والأمان على شخصه.²

وفي هذا الإطار يرى (فرناندو تيسون) أحد علماء حقوق الإنسان أن القيود التي تفرضها الدولة على الحريات، تكون مبررة فقط إذا كانت بسبب الحاجة إلى الحفاظ على الحرية ذاتها، وليس لأسباب أخرى مثل النظام والأمن، وبطبيق ذلك على أحداث 11 سبتمبر 2001 نجد أنه إذا كان من الضروري فرض قيود مؤقتة على الحريات الفردية كرد فعل للتهديدات الإرهابية، فإنها تفرض لمواجهة الإرهاب ومن أجل حقوق الإنسان وليس نقيصاً لها.³

المبدأ " تطبيق حكم القانون "

إن القاعدة العامة في مواجهة الإرهاب هي تطبيق حكم القانون، وذلك يعني أن التصدي للحرب التي يشنها الإرهاب يجب أن يتم عن طريق استخدام الأدوات والطرق التي رسمها القانون .. وهو ما تتحلى به جميع الأنظمة القانونية.

¹ د. أحمد فتحي سرور - المواجهة القانونية للإرهاب - دار النهضة العربية - القاهرة - سنة 2008م - ص 11.

² انظر المادة رقم (٢) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان سنة 1948م.

³ Fernando Tyson. "Liberal Security" in Richard Ashby Wilson (ed) Human Rights in the "War on Terror" (Cambridge University Press, Cambridge, 2005), PP 57, 58.

إلا أن الصدمة التي أحدثتها هجمات 11 سبتمبر للأمريكيين قد دعت أجهزة الدولة بالولايات المتحدة الأمريكية إلى اتخاذ تدابير استثنائية لمكافحة الإرهاب.

كما قامت بإحياء الحكمة القديمة للباحث / سان جوست (Saint Just) الذي أسس نظرية الرعب التي تقول: "لا حرية لأعداء الحرية" والتي يمكن ترجمتها بطريقة أخرى .. بالعبرة المشهورة لوزير داخلية فرنسي أسبق كان قد قالها في الثمانينات وهي "سأرهب الإرهابيين"¹.

ووصل الأمر إلى حد أن دعا البعض إلى المطالبة باستخدام التعذيب كوسيلة مشروعة ونافهة" من وسائل القوة حتى أن أستاذ القانون في جامعة هارفارد الأستاذ Allen Dervhawitj لم يتردد في الكتابة قائلاً: "إن نتيجة التحليل البسيط لحساب التكلفة والعائد فيما يتعلق باستخدام التعذيب الذي لا يفضي إلى الموت تبدو واضحة ولا تحتاج إلى مناقشة، فمعاقبة أحد الإرهابيين المذنبين بعقوبة لا تفضي إلى الموت إذا كان يخفي معلومات لازمة لمنع وقوع عمل إرهابي أفضل من أن يسقط عدد كبير من القتلى الأبرياء"². كما أن هناك تصور للبعض يرى من خلاله أنه من الممكن للدولة أن تفوز في الحرب على الإرهاب بقتل جميع الإرهابيين.

ورداً على ذلك فقد قيل في هذا الصدد:

أنه يجب مواجهة الحجة الرئيسية لهؤلاء الذين يؤيدون استخدام التعذيب بحجة مماثلة، فإذا أسفر التعذيب مثلاً عن اكتشاف ثلاثين قبلة في مقابل فقدان قدر من الشرف باتباع أساليب التعذيب، فإنه سوف يخلق في الوقت نفسه خمسين إرهابياً جديداً يتسببون - من خلال ارتكاب أعمال إرهابية أخرى - في سقوط عدد أكبر من الضحايا الأبرياء³.

كما يرد (بنيامين كيرس Benjamin Kuipers): فيما يتعلق بالتصور الذي يرى ضرورة قتل جميع الإرهابيين، بأنه تصور خاطئ تماماً، وذلك لعدة أسباب أهمها⁴:

- أن البحث عن الإرهابيين وقتلهم يتسبب بالقطع في إلحاق الأذى بالكثير من المواطنين الأبرياء، الأمر الذي قد يجعل البعض من هؤلاء ومن أقاربهم يتحولون إلى إرهابيين جدد.

- أنه كلما استمرت سلطات الدولة في اتباع هذه الاستراتيجية، كلما كانت تبدو وكأنها إبادة جماعية، ومن ثم فإنها تؤدي كذلك إلى تجنيد إرهابيين جدد.

- وتصبح المحصلة هي خلق مزيد من الإرهابيين أكثر ممن يتم القضاء عليهم.

¹ د. أحمد فتحي سرور - المواجهة القانونية للإرهاب - المرجع السابق - ص 213.

² د. أحمد فتحي سرور - حكم القانون في مواجهة الإرهاب - القاهرة - سنة 2007م - ص 69.

³ د. أحمد فتحي سرور - حكم القانون في مواجهة الإرهاب - المرجع السابق - ص 81.

⁴ Benjamin Kuipers, Essays on Terrorism, Law Enforcement Executive Forum 6(5): 189-198, 2006.

[https://www.google.com.eg/search?q=terrorism\(causes+and+remedies\)+Law-E+enforcement-Executive+Forum](https://www.google.com.eg/search?q=terrorism(causes+and+remedies)+Law-E+enforcement-Executive+Forum).

وكذلك يرد : Daniel B. Prieto

بأن صناع السياسة في العالم يقدمون أهدافاً متساوية لتحسين الأمن الوطني من ناحية، ولحماية الحريات المدنية من ناحية أخرى، ويرون أن أي برنامج أو سياسة تعطي أولوية لهدف ما على حساب الآخر، لا تستمر ولا تدوم على المدى الطويل، ولذلك فإن سياسات وبرامج مكافحة الإرهاب في الولايات المتحدة الأمريكية التي تحيد عن الالتزام بالحريات الفردية، تضر بالسياسة الخارجية والأمن القومي الأمريكي، وتطعن في شرعية الجهود الأمريكية لمحاربة الإرهاب، كما تضعف الثقة في سياساتها من جانب الحلفاء ومن جانب الرأي العام الأمريكي¹.

ولذلك فإنه ينبغي الالتزام بتطبيق القاعدة العامة في هذا الشأن، ألا وهي مكافحة الإرهاب بسلح العدالة، وحماية القانون بالقانون.

الأسس والمبادئ التي تستند إليها الأنظمة القانونية:

تستند الأنظمة القانونية في مواجهتها للعمليات الإرهابية إلى العديد من الأسس والمبادئ، ومنها ما يلي:

* تضمن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان سنة 1948م، عدم السماح مطلقاً باستخدام القسوة أو الوحشية أو الخط من الكرامة الإنسانية في العقوبات، كما لم يسمح بالاعتداء على الحقوق الأساسية أو التعسف في التدخل فيها.²

* إذا كانت مواجهة الإرهاب تقتضي الانضمام إلى الاتفاقيات الدولية الخاصة بالإرهاب، فإن هذه المواجهة لا تكمل أيضا بغير الالتزام بالمواثيق الدولية لحقوق الإنسان.

* إن قرار مجلس الأمن سنة 2001م بشأن مواجهة الإرهاب لا يعنى إقرار هذه المواجهة بالمخالفة لحقوق الإنسان.

* لما كانت تدابير مواجهة الإرهاب قد تنطوي على المساس ببعض حقوق الإنسان، فقد نادى المقرر الخاص باللجنة الفرعية لحماية حقوق الإنسان بمراعاة المعيار الخاص بمدى احترام حقوق الإنسان عند تقييم تدابير مواجهة الإرهاب.³

¹Daniel B. Prieto, War About Terror: Civil Liberties and National Security after 9/11. WORKING PAPER.Council on Foreign Relations report.FEBRUARY 2009.

² انظر المادة رقم (12/5) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان سنة 1948م.

٣. الإطار المبدئي لمشروع المبادئ والإرشادات المتعلقة بحقوق الإنسان والإرهاب في وثيقة الأمم (UNDOC A/HRC/sub 1/58/30, 3

August 2006) sa

المبحث الثاني: الاستثناء من القاعدة في مواجهة الارهاب

لا يجادل أحد في أن الضمانات التي توفرها الشرعية الدستورية لا تطبق بذاتها عند زيادة الأخطار، وذلك باعتبار أن أهمية المحافظة على النظام العام المعرض للخطر تبدو أكثر أهمية في الظروف الاستثنائية عنها في الظروف العادية، مما يجعل التوازن بين المصلحة العامة وبين الحريات أمراً دقيقاً.

ويلاحظ أن الدساتير الوطنية والمواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان تتفق على وضع قيود وحدود على ممارسة بعض الحقوق والحريات أثناء الحالة الاستثنائية¹.

و في مصر مثلاً يلاحظ أن (الدستور المصرى سنة: 2001م) قد واجه الظروف الاستثنائية من خلال حالتين هما:

الأولى : التفويض التشريعي: إذ نصت المادة 06 ف1 من الدستور على أنه يجوز لرئيس الجمهورية إذا حدث ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير، وكان مجلس النواب غير قائم إصدار قرارات بقوانين أي قرارات لها قوة القانون .

الثانية : حالة الطوارئ: إذ نصت المادة 4 ف 1 من الدستور على أن يعلن رئيس الجمهورية حالة الطوارئ على الوجه الذى ينظمه القانون.

والأصل في حالة الطوارئ أن إعلانها لا يكون إلا لمواجهة نذر خطيرة تهدد معها المصالح الوطنية، وقد تنال هذه النذر من استقرار الدولة أو تعرض أمنها وسلامتها لمخاطر داهمة²... كما ينص المشرع الجزائى في التعديل الدستوري الاخير لسنة 2016 في مادته 106: "يحدد تنظيم حالة الطوارئ وحالة الحصار بموجب قانون عضوي" و في ذلك تأكيد على مبدأ الشرعية في تحديد حالة الظروف الاستثنائية .

ويؤيد ذلك ما جاء بالعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الذى أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 11 ديسمبر سنة 1966م³.

حيث نصت المادة الرابعة منه على أنه في حالة الطوارئ الاستثنائية التي تهدد حياة الأمة في فترة محددة، يجوز للدولة أن تتخذ في - أضيق الحدود - تدابير لا تتقيد بالالتزامات المقررة عليها بمقتضى- القانون الدولي، على أن يبين التشريع - بطريقة واضحة ومحددة - التدابير الاستثنائية الممنوحة في هذه الظروف، وذلك لتجنب أي تعسف في تطبيقها وتحاشي أي غموض حول حقوق الأفراد وواجباتهم، كما أكد في المادة التاسعة منه على عدم جواز المساس بحرية أحد ما لم تكن هناك أسباب تدعو إلى ذلك وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في التشريع.

¹ د. الشافعي محمد البشير -قانون حقوق الإنسان - منشأة المعارف - الاسكندرية - سنة 2004 م ص 262.

¹ د. إبراهيم على بدوى الشيخ - نفاذ التزامات مصر الدولية في مجال حقوق الإنسان في النظام القانوني المصرى - ملحق الوثائقي - دار النهضة العربية - سنة 2003 م - ص 591 وما بعدها.

وقد أوضحت الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان ، 195م أن ممارسة الحقوق والحريات يمكن أن تخضع لشروط أو قيود أو جزاءات ينص عليها القانون، مما يعد تدابير ضرورية في مجتمع ديمقراطي لحماية للأمن الوطني ووحدة الكيان الإقليمي للدولة، أو للمحافظة على الأمن العام، أو الدفاع عن النظام، أو منع وقوع الجريمة، أو حماية الصحة أو الأخلاق، أو حماية حقوق الغير في مواجهة إفشاء الأسرار الخاصة، أو لضمان استقلال سمعة ووحدة القضاء.

ويرى Jerik.Dahl الأستاذ المساعد في شئون الأمن القومي، وعضو هيئة التدريس بمركز الدفاع عن الوطن والأمن بكاليفورنيا... أن الأصل أنه لا ينبغي المفاضلة بين الأمن والحرية، واصفاً الاختيار بينهما أنه اختيار خاطئ، إلا أن التوازن والمفاضلة بينهما اليوم أصبح حقيقة لا بد منها.

ويقول بأن الدراسات تؤكد أنه طوال تاريخ الولايات المتحدة الأمريكية، يتم تقليص الحريات المدنية في أوقات أزمات الأمن القومي مقابل قدر أكبر من الأمن.

ويضيف أنه - بصفة عامة - يتم استعادة التوازن بين الحريات وبين الأمن بعد كل أزمة تقع في الولايات المتحدة الأمريكي.

ويؤكد ذلك أيضا ما جاء في قوله تعالى في محكم آياته: " يَسْأَلُونَكَ عَنِ الشَّهْرِ الْحَرَامِ قِتَالٍ فِيهِ قُلْ قِتَالٌ فِيهِ كَبِيرٌ وَصَدٌّ عَن سَبِيلِ اللَّهِ وَكُفْرٌ بِهِ وَالْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَإِخْرَاجُ أَهْلِهِ مِنْهُ أَكْبَرُ عِنْدَ اللَّهِ " ¹.

فعلى الرغم من أن القتال في الأشهر الحرم يعد كبيرة من الكبائر، إلا أن إيذاء المؤمنين وإخراجهم من ديارهم، يعتبر أشد حرمة، الأمر الذي يباح معه القتال في هذه الأشهر، استثناء من الأصل العام وهو تحريم القتال فيها.

ويرى البعض أننا قد دخلنا عصر " الاستثنائية " منذ 11 سبتمبر 2001م، حيث أصبحت المخاطر المتوقعة من تهديد الإرهاب أكبر من أي وقت مضى، وعليه فإنه من المقبول أخلاقياً تقليص الحريات المدنية من أجل المزيد من الأمن. ²

هذه الزيادة في المخاطر تتطلب - عندما ترغب الدولة في تحقيق التوازن بين حرية الفرد وبين سلطات الدولة - أن يتحول هذا التوازن لصالح الحفاظ على الأمن. ³

وهذا النهج يتحدى الموقف الذي سبق آن دافع عنه (مايكل ايجناتيف) العالم في مجال حقوق الإنسان، الذي اعترف فيما بعد بأن الدول الديمقراطية الليبرالية لديها الحق في الدفاع عن أمنها وسلامتها، حتى ولو كان في تلك العملية انتهاكاً لبعض الحقوق الأساسية التي يحمونها بشكل طبيعي .

¹ سورة البقرة - الآية : 217

²Goold, Benjamin and Lazarus, Liora Security and Human Rights (Oxford 2007) pl.

³Waldron, 'Security and Liberty: The Image of Balance', Journal of Political Philosophy, 1 1 2 (2003)p 192.

وعلى ذلك فإننا نرى أنه استثناء من المبدأ الذي يقضى- (بضرورة أن يكون التصدي للعمليات الإرهابية من خلال الأطر القانونية، حماية لحقوق الإنسان وحرياته)، فإنه يجوز بل يجب على الدول التي تتعرض لعمل إرهابي بما يؤثر على تحقيق الاستقرار أو الحفاظ على الأمن القومي للبلاد، أن تتخذ كافة الإجراءات والتدابير الاحترازية التي تراها مناسبة لمكافحة الإرهاب، حتى ولو تضمنت تلك الإجراءات مساسنا أو تعرضا لبعض الحقوق والحريات الشخصية.

وفي هذا المقام أود أن أعيد التذكرة مرة أخرى بالمقولة الشهيرة للسيد/ ديفيد كامرون رئيس وزراء بريطانيا عند مواجهته - بكل الشدة والحزم - للمظاهرات العنيفة التي اندلعت في لندن أواخر عام 2012م حيث قال: "عندما يتعلق الأمر بأمن بريطانيا، فلا يتحدثني أحد عن حقوق الإنسان".

فسقوط الدولة أو المساس بأمنها القومي يمثل ضررا أكبر بكثير من أي ضرر قد يلحق بالحقوق والحريات الشخصية، لذا فمن حق الدولة أن تضرب بكل حزم وشدة كل ما يؤثر على أمنها القومي، حتى وإن تخلت مؤقتا عن احترامها لحقوق الإنسان.

فإذا آمنا بأن الأصل في حياة الشعوب هو العيش في سلام وأمن واطمئنان، وأن تعرضهم للأعمال الإرهابية التي تهدف إلى الترويع والقتل والتخريب، إنما هو استثناء من هذا الأصل، فلا بد من أن نؤمن كذلك بأنه إذا كان الأصل في مواجهة أي عمل إجرامي بصفة عامة هو استخدام سلاح العدالة والتصدي لتلك الأعمال من خلال القنوات الشرعية وتطبيق أحكام القانون، فإن الاستثناء هو قيام الدولة - عند مواجهة عمل إجرامي إرهابي - باتخاذ كافة الإجراءات والتدابير اللازمة التي تكفل تحقيق الاستقرار وحماية الأمن القومي للبلاد، حتى ولو أدى الأمر إلى المساس ببعض الحقوق والحريات الشخصية "فالاستثناء لابد من أن يواجه باستثناء مثله".

ويجب ملاحظة أن هذه الإجراءات والتدابير الاستثنائية، يمكن أن تزول عنها صفة الاستثناء متى تم إدراجها ضمن المواد الدستورية والقانونية التي تحدد الجرائم التي توصف بالإرهابية"، وتنص على العقوبة التي توقع على كل جريمة، وتناسب مع درجة خطورتها، ففي هذه الحالة تكون تلك الإجراءات قد أصبحت تحت مظلة قانونية وحماية دستورية.

ومع ذلك وحيث إن الضرورة يجب أن تقدر بقدرها، فإن هذه التدابير الاستثنائية التي يتم اتخاذها باعتبارها ضرورة، لابد وأن يراعى القائمون عليها أن يتم تطبيقها دون أي تجاوز أو تعسف في استخدامها.

ويشترط لاتخاذ تلك التدابير الاستثنائية التي تنطوي على المساس بالحريات مراعاة الأمور الآتية:²

¹Michael Ignatieff The Lesser Evil: Political Ethics in an Age of Terror (Princeton University Press, Princeton, 2004) 8-9.

²د. عامر رمضان مرسى يونس - الحريات العامة في الظروف الاستثنائية " دراسة مقارنة " - مرجع سابق - ص ٧٢ وما بعدها.

- أن يكون اللجوء إلى الإجراء ضرورياً.
- أن يكون الإجراء محدداً من الناحية الزمنية، أى أن يكون له نطاق زمنى محدد المدة، كما يجب أن يكون له نطاق موضوعي، بمعنى أن يتحدد الإجراء في مكان معين أو في شخص أو أشخاص معينين بذواتهم.
- أن يكون الإجراء متناسباً مع الجريمة.
- أن يكون الباعث على اتخاذ الإجراء هو تحقيق الصالح العام.

المبحث الثالث: مواجهة الإرهاب بين القاعدة والاستثناء

تهديد وتقسيم:

من المعلوم أن تحقيق التنمية الشاملة بمختلف صورها وشتى مناحيها، يتطلب بيئة أمنية مواتية تُطمئن رأس المال، وتجذب السياحة والاستثمار، وتوفر المناخ المناسب للمشروعات الصناعية. وحيث أن الإرهاب عدو لا دين له ولا وطن، ولا يعبأ بأرواح المواطنين، ولا يسعى إلا إلى هدم الدولة وزعزعة استقرارها. فإن دحر الإرهاب وتحقيق الأمن يعد على رأس أولويات وأهداف أي دولة ذات سيادة، تتطلع إلى حياة آمنة مستقرة. والجريمة الإرهابية يتم مواجعتها - كغيرها من الجرائم - من خلال اتباع أسلوبي المنع أولاً ثم القمع ثانياً، ويعنى ذلك:

- أن تقوم الدولة باتخاذ كافة الإجراءات والتدابير اللازمة التي من شأنها أن تمنع الجرائم الإرهابية وتحول دون وقوعها.

- فإذا ما وقعت الجريمة الإرهابية رغم محاولات منعها، فإن الدولة تقوم باتخاذ إجراءات قمعها من خلال المواجهة الحازمة لها وضبط مرتكبيها وتقديمهم للعدالة. ويكون مكافئاً لأجهزة الدولة أن تتخذ كافة الإجراءات والتدابير اللازمة والتي تراها كافية لهذه المواجهة، حتى ولو كانت تلك الإجراءات تطويفي بعض صورها على المساس بالحقوق والحريات، ونوضح ذلك تفصيلاً من خلال مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: منع الجريمة الإرهابية قبل وقوعها

إن الهدف الأساسي من مكافحة الجرائم الإرهابية هو إرساء دعائم السكينة والأمن في البلاد، وذلك بالعمل على منعها قبل وقوعها وتجنب المجتمع ويلات وآثارها العنيفة المدمرة والدموية.

ويلاحظ أن الجريمة الإرهابية تقوم على ثلاثة أضلاع رئيسية تتكامل فيما بينها كما تتكامل الأضلاع الثلاثة للمثلث، فإذا سقط أحد تلك الأضلاع فلا يمكن أن تقع الجريمة، وهذه الأضلاع هي¹.

الضلع الأول: الإرهابي المنوط به تنفيذ العملية (Terroriste).

¹ اللواء/ محمد محمود السباعي - مكافحة الإرهاب - مجلة الأمن العام - العدد 148 - سنة 1995 م - ص 14.

الضلع الثاني: الأدوات المستخدمة في التنفيذ (Tools).

الضلع الثالث: هدف أو محل العملية (Target).

- فإذا تم ضبط الإرهابي قبل تنفيذ العملية، أو إذا نجحت أجهزة الدولة في تغيير معتقداته وإقناعه بالعدول عن أفكاره المتطرفة، فلن تقع الجريمة لعدم وجود من يرتكبها، حتى ولو توافرت أدوات الإرهاب.

- وإذا تم ضبط الأدوات المزمع استخدامها في ارتكاب وتنفيذ العملية الإرهابية، فلن تتم هذه العملية حتى ولو كان الإرهابي حراً طليقاً، حيث لن يجد ما يرتكب به جريمته.

- وأخيراً إذا تم تأمين هدف أو محل العملية الإرهابية (شخصاً كان أو منشأة حيوية أو طائرة أو سفينة... الخ) تأميناً جيداً، بحيث أمكن منع الإرهابي من الوصول إليه، فلن يتم ارتكاب الجريمة لتخلف أحد أضلاع مثلث الإرهاب وهو محل الجريمة أو هدفها.

الإجراءات التي تحول دون وقوع جريمة الإرهاب :

من المعلوم أنه لا توجد أي إجراءات فيأي منظومة أمنية يمكنها أن تمنع أو تحول دون وقوع الجريمة، ولكن .. هناك من الإجراءات والتدابير الأمنية التي من شأنها أن تحد من وقوع الجرائم الإرهابية.

وفما يلي نذكر أهم هذه الإجراءات المزمع تنفيذها:

● **الترخيص بالتدابير التي تسمح بكشف الجريمة أو التي تحول دون وقوعها،** وذلك لرصد أي عناصر أو أي تحركات غريبة، والتعامل معها قبل تنفيذ العملية .. مثل الترخيص بإنشاء نظام الرقابة بالفيديو، ونشر الكاميرات الحديثة بالأماكن المراد تأمينها ومداخلها ومخارجها والمناطق المحيطة بها، والنص على مراقبة تنقلات الأشخاص المشتبه في اشتراكهم في أعمال إرهابية، ومراقبة اتصالاتهم التليفونية والإلكترونية.. وغيرها، وكذلك النص على مراقبة الحدود ومنع الهجرة غير الشرعية.

● **التوسع في إجراء التحريات الدقيقة، وجمع المعلومات المتعلقة بالعناصر الإرهابية،** واستخدام كافة الأساليب والوسائل وأجهزة التنصت والمراقبة ... وغيرها، حتى يمكن حصرهم ورصد أوكارهم التي يحتمون فيها، وتحديد مصادر تمويلهم، وحصر المؤيدين والمشجعين لهم، وغير ذلك من المعلومات التي تحقق القدرة على التوقع والتنبؤ وتؤدي إلى كشف مخططاتهم الإجرامية.. الأمر الذي يساهم كثيراً في إحباط العمليات الإرهابية المزمع تنفيذها.

● **الاهتمام بعنصر البقطة** بتدعيم فاعلية نظم التأمين والحراسة، لجميع المواقع والمنشآت الحيوية، ووسائل المواصلات (البرية - البحرية - الجوية) والشخصيات الهامة التي يمكن أن تكون هدفاً للعمليات الإرهابية..

وغيرها، وكذلك تطوير هذه النظم ومضاعفة قدراتها من حيث تحديث التسليح وأساليب التدريب، ورفع مستوى الأداء بالنسبة للعنصر البشرى.

● **اتخاذ عنصر المبادأة (المبادرة) كأساس وركيزة للتعامل مع الإرهاب أي أن تكون أجهزة الدولة أسرع من المنظمات الإرهابية في التفكير والتنفيذ، وتبادر إلى اتخاذ الإجراءات والتدابير اللازمة لضبط العناصر الإرهابية، ومخازن أسلحتهم، وتدمير أوكارهم، وتخفيف منابع تمويلهم، ولا تجعل من هذه الإجراءات والتدابير الأمنية، مجرد ردود أفعال للعمليات الإرهابية بعد وقوعها.**

● **التوسع في تجريم الأفعال التي من شأنها أن تساعد على تحقيق الإرهاب ولو لم يقع بالفعل، وعدم اشتراط وقوع ضرر فعلى من العمل الإرهابي، مع تغليظ العقوبات التي توقع عليها.**
ومن أمثلة ذلك:

- تجريم إنشاء أو تأسيس أو تنظيم الجماعات الإرهابية، أو مجرد الانضمام إليها أو التحضير للإرهاب أو التشجيع عليه أو ترويجه.

- تجريم التحريض على الإرهاب ولو لم ينتج أثر.

- تجريم حيازة المفترقات وغيرها من أدوات الإرهاب.

- تجريم عدم الإبلاغ عن جريمة الإرهاب ممن يتصل علمه بارتكابها.

- تجريم تمويل الإرهاب.

● **تشجيع الحوارات والندوات التي تخلق بيئة ثقافية رافضة للإرهاب، والتركيز في ذلك على المدارس والجامعات ودور العبادة والوزارات وكافة الجهات المعنية، وتفعيل دورها في هذا الشأن، مع تجديد الخطاب الديني بصفة مستمرة .. وذلك حتى يمكن حماية الأطفال والشباب، وتجنبيهم خطر الوقوع في براثن الجماعات الإرهابية التي تعمل على اجتذابهم والسيطرة عليهم وبث الأفكار المسمومة في عقولهم، مما يصعب معه حينئذ إعادتهم الى رشدهم.**

● **القضاء على الفقر، والجهل، والأمية، ورفع مستوى المعيشة، وخلق فرص عمل مناسبة للشباب، حتى لا يتم استقطابهم بمعرفة الجماعات الإرهابية وانخراطهم بين صفوفهم.**

● **تنفيذ التعاون الدولي لمكافحة الإرهاب، ويتم ذلك من خلال ما يلي:**

- المواجهة الجماعية للقضاء على أسباب انتشار الإرهاب مثل الفقر المدقع، والأنظمة الديكتاتورية، وانتهاك حقوق الإنسان، والفساد، والتطرف الديني، والتمييز.. وغيرها من الأسباب التي تستغل كذريعة للأعمال الإرهابية.

- إيجاد تعريف شامل للإرهاب، وإدانتته أياً كانت دوافعه.
- تعزيز قيم التسامح، والتعددية والتعايش الإنساني على مستوى القاعدة الشعبية، ونشر- المعرفة بالحضارات والأديان وزيادة وعي الجمهور ووسائل الإعلام بأخطار الإرهاب والتطرف.
- التوسع في إبرام الاتفاقيات الثنائية بين الدول في مجال تطوير وتيسير إجراءات تبادل تسليم المجرمين مرتكبي جرائم الإرهاب الدولي ومحاكمتهم، والرقابة على الحدود، وتبادل المعلومات، والمعدات، والأساليب، والخبرات الكفيلة بالتعامل مع المنظمات الإرهابية.
- تجميد أصول الإرهابيين ومن يدعمهم ماليا ومصادرتها، ومصادرة الأموال الناتجة عن غسيل الأموال، وتهريب الأسلحة والمخدرات والجريمة المنظمة، واستخدامها في تعزيز وتطوير وسائل مكافحة الجريمة، وتعويض ومساعدة ضحايا الإرهاب.
- تشجيع الدول على اتخاذ التدابير والإجراءات التي تكفل منع الإرهابيين من استخدام قوانين اللجوء السياسي والهجرة للوصول إلى مأوى آمن، أو استخدام أراضي الدول كقواعد للتجنيد، والتدريب، والتخطيط والتحريض وشن العمليات الإرهابية ضد دول أخرى.
- إنشاء قاعدة بيانات دولية لجوازات السفر، واستخدام التقنيات والأساليب التكنولوجية المتطورة - من خلال التعاون الدولي - لمنع تزوير جوازات السفر واستخدامها من قبل الجماعات الإرهابية في التنقل من بلد لآخر.

المطلب الثاني: ملاحقة وقمع مرتكبي الجريمة بعد وقوعها

في حالة وقوع العمل الإرهابي (الذي يهدد حياة المواطنين أو يحدث ضرراً جسيماً بالنظام العام أو يؤثر على الأمن القومي والاستقرار بالبلاد)، على الرغم من كل الاحتياطات والتدابير التي تم اتخاذها لمنع وقوعها، فإن الدولة يجب عليها أن تقوم بملاحقة مرتكبي الجريمة الإرهابية وضبطهم وتقديمهم للعدالة في أسرع وقت وبأقل خسائر ممكنة، وهي بذلك تؤكد على قوة الدولة وهيبتها، وتحقيق الردع للإرهابيين، بالإضافة إلى زيادة ثقة المواطنين فيها.

ولتحقيق ذلك فإن الدولة تسير في اتجاهين متوازيين: أولهما اتخاذ إجراءات وتدابير رادعة، والثاني فرض عقوبات جسيمة على مرتكبي الجرائم الإرهابية.

الاتجاه الأول - إجراءات مواجهة رادعة:

تمشياً مع القاعدة الأصولية الشهيرة "الضرورات تبيح المحظورات"، فإن الدولة - عندما تتعرض لعمل إرهابي - لها أن تتخذ كافة الإجراءات والتدابير الاستثنائية التي تراها مناسبة وكافية لمواجهة ذلك العمل الإرهابي الذي يؤثر على استقرارها وأمنها الوطني، حتى ولو أدى ذلك إلى المساس بالحريات الشخصية، ودون التقيد بأية التزامات، حتى تلك المقررة بمقتضى القانون الدولي.

ويجب أن تكون هذه الإجراءات شديدة ورادة، أي أن تكون في شدتها على مستوى الشدة والعنف الذى تنسم به الأعمال الإرهابية - بل تزيد - حيث إن التراخي في إجراءات مواجهة وردع الإرهاب يؤدي حتماً إلى عواقب وخيمة وخطيرة لا يحمد عقباها.

ويلاحظ أن هذا التراخي في إجراءات المواجهة والردع يولد الإحساس لدى الإرهابيين بضعف الدولة وأنها تعاملهم بشيء من الخضوع وتستجيب لرغباتهم، الأمر الذى يؤدي بهم إلى ارتكاب المزيد من أعمال العنف، وبالتالي انتشار الفوضى وانهيار هيبة الدولة.

ولا ضير من أن يتعرض البعض - بسبب تلك الإجراءات - إلى المساس أو الانتقاص من حقوقهم وحررياتهم، وذلك في سبيل إحكام قبضة الدولة على العناصر الإرهابية وتحقيق الاستقرار والأمن للبلاد. فالضرر الناتج عن المساس بالحقوق والحريات الشخصية، أهون بكثير من الضرر الذى يلحق بالأمن القومي للبلاد. هذا بالإضافة إلى أنه من الملاحظ أن تلك الإجراءات والتدابير، تلقى قبولاً كبيراً لدى الغالبية العظمى من أفراد المجتمع لأسباب متعددة أهمها:

- أن هذه الإجراءات والتدابير تهدف بالأساس إلى حماية حقوقهم وحررياتهم، وهم الذين ينشدون الأمن والأمان، وتتوق أنفسهم دائماً إلى العيش في سلام في ظل بلد آمن مستقر، ويتطلعون إلى حياة هادئة مطمئنة دون خوف أو ترويع، وهم أيضاً الذين يحرصون دائماً على مطالبة الدولة بتوفير سبل التمتع بحرياتهم وحقوقهم الأساسية، وأهمها الحق في الحياة، والحق في الأمن.

- أولوية الاعتبارات الأمنية، فالإحساس بالأمن والأمان يعد شرطاً لازماً حتى يتمكن الإنسان من الاستمتاع بحقوقه، وعندما يجد الفرد أو المواطن نفسه في موقف يتعين عليه فيه أن يختار أو يفاضل بين إجراءات تكفل له قدراً أكبر من الأمن والأمان، وأخرى تتيح له هامشاً أوسع من الحريات والحقوق الفردية، فمن الطبيعي هذه الحالة أن تكون الأولوية لاعتبارات الأمن على ما عداها...

- إن أعمال العنف والتخريب التي تمارسها الجماعات الإرهابية، تضعف من شعور الإنسان والمواطن العادي بالأمن، وتجعله غير مطمئن على حياته وممتلكاته، وربما تجعله محمياً نفسياً لتقبل أي إجراءات استثنائية تطالب بها الحكومة أو تقوم باتخاذها فعلاً لاستعادة الأمن والانضباط، مثل حظر التجول، أو إعلان حالة الطوارئ، أو فرض الأحكام العرفية... إلخ.¹

ولا تثير على الحكومات التي يتعرض أمنها الوطني للخطر إذا فرضت هذه التدابير الأمنية في البلاد، طالما أنها تتم وفقاً للضوابط السابق الإشارة إليها، وأهمها أن تكون هذه التدابير مؤقتة تنتهى بانتهاء الظروف التي أدت إلى فرضها، أي أن يتم ذلك في إطار تفعيل مبدأ "الضرورة تقدر بقدرها، حيث ينبغي على الدولة - عند اتخاذها تلك الإجراءات والتدابير الاستثنائية - أن تحصر على عدم الدخول في منعطف التجاوز أو التعسف.

¹ د. حسن نافعة - مقال بجريدة المصري اليوم - بعنوان أمن المجتمع والمواطن - العدد 2284 - بتاريخ 2013/09/18 م.

الاتجاه الثاني- تقرير عقوبات رادعة:

إن العمليات الإرهابية من شأنها أن تؤدي إلى التدمير والقتل وزعزعة الإحساس بالأمن والسكينة لدى المواطنين. لذا فإن الأمر يتطلب ضرورة أن تتضمن التشريعات الوطنية (قوانين العقوبات أو القوانين الخاصة بمكافحة الإرهاب)، كافة الجرائم المنصوص عليها بمختلف الوثائق الدولية الخاصة بالإرهاب، وأن يفرد لها عقوبات جسيمة تتلاءم مع خطورتها، حتى تكون رادعاً لكل من يستهدف المواطنين بالترويع والإرهاب.

ولا بد من تفعيل هذه القوانين التي تضم الجرائم الإرهابية والعقوبات المقررة لها بصورة جادة وحازمة، ولكي يتم ذلك .. لا بد من تطبيق مبدأين هامين هما:

أولاً: مبدأ سرعة التقاضي :

ويعني هذا المبدأ العمل على سرعة نظر تلك الجرائم وسرعة البت والحكم فيها، وهو من المبادئ الدستورية الهامة بالنسبة لكافة القضايا، والذي تبدو أهميته أكثر وضوحاً وبشكل أكبر بالنسبة للقضايا المتعلقة بالجرائم الإرهابية، حيث إن زيادة الفجوة الزمنية بين وقت ارتكاب الجريمة ووقت صدور الحكم فيها، تتسبب في هدوء المشاعر تجاه الجناة، بل قد تجعل ستائر النسيان تسدل على الجريمة وظروف ارتكابها، وما يكون قد تخلف عنها من أشنع صور القتل والدمار والترويع والرعب الشديد، كما تتسبب من ناحية أخرى في عدم اكتراث عناصر الإرهاب بجسامة ما يقرّفونه من أعمال إرهابية وتشجعهم على ارتكاب المزيد منها.

ثانياً: مبدأ التنفيذ الفوري للأحكام القضائية :

وهو يعني ضرورة العمل على سرعة تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة في القضايا التي تنظر جرائم الإرهاب .. وذلك حتى تكون تلك القوانين مؤثرة ورادعة لمرتكبي تلك الجرائم ولشركائهم، ولكل من تسول له نفسه أن يسير على نهجهم أو يحذو حذوهم. وكذلك للحفاظ على هيبة الدولة ومؤسساتها وهو ما ذهب اليه المشرع الجزائري في تعديله الجديد لقانون الاجراءات الجزائية المعروض حالياً على البرلمان في مادته السادسة والذي يفرض وجوب الاسراع في تحريك الدعاوى الجزائية و الاجراءات التي تليها في اقرب وقت ممكن مع تسبيب حالات التأخر اذا كان هناك تأخر...مع افراد الجرائم الارهابية بتشكيلة خاصة في محكمة الجنايات مكونة من قضاة محترفين دون

المحلفين مع توسيع تشكيلتها من خمسة 05 قضاة الى سبعة 07 بموجب مشروع التعديل الاخير.¹

خاتمة :

و في الأخير نقول أن الفقه و القضاء الدولي و المشرعين في القوانين الوطنية قد أولوا أهمية بالغة لمكافحة الجريمة الإرهابية و مسبباتها و طرقها العلاجية إلا أنهم يواجهون دائماً صعوبة التوفيق ما بين مكافحة

¹ المادة 6 : من مشروع تعديل قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

الناجعة للإرهاب الدولي من جهة وصيانة حقوق الإنسان والحريات الأساسية للأفراد من جهة الأخرى ،
على ضوء هاته الصعوبة وجب الالتزام بمبدأ الشرعية في مكافحة الجرائم الإرهابية مع إعتداد مقاربات أخرى
أمنية و سياسية و اقتصادية و اجتماعية للقضاء على هاته الظاهرة التي أملت بالمجتمع الدولي وأصبحت تهدد
كيان الدول في أمنها و استقرارها .

إعمال المسؤولية الجنائية الدولية للفرد عن الجرائم ضد الإنسانية أمام المحاكم الجنائية الدولية المؤقتة*
ضامن محمد الأمين- باحث دكتوراه- جامعة الدكتور يحيى فارس بالمدينة

ملخص:

إن من أهم المحاكم التي جسدت القضاء الجنائي المؤقت: محكمتا نورمبرغ وطوكيو ومحكمتا يوغسلافيا ورواندا، هذه المحاكم أنشأت بسبب عدم وجود قضاء جنائي دولي دائم لمحاكمة مرتكبي الجرائم الدولية، وبدورها أنشأت لغرض معين وانتهى وجودها بتحقيق هذا الغرض وبالتالي تعد محاكم ذات طابع خاص حيث أنه كان لها دور فعال في تقرير المسؤولية الجنائية الدولية للفرد عن الجرائم الدولية عامة والجرائم ضد الإنسانية خاصة وبذلك ساهمت في زجر مرتكبي هذه الجرائم وفرض العقوبة الجزائية بغض النظر عن مراكز هؤلاء الأفراد.

Résumé:

L'un des tribunaux les plus importants, qui incarne la minuterie de justice pénale: les tribunaux de Nuremberg et de Tokyo tribunaux pour la Yougoslavie et le Rwanda, ces tribunaux ont établi en raison du manque d'un criminel passer une internationale permanente à poursuivre les auteurs de crimes internationaux, et à son tour, a créé un but particulier et a cessé d'exister pour atteindre cet objectif et est donc d'un tribunal de caractères spéciaux où il a joué un rôle dans le rapport de la responsabilité pénale internationale de l'individu contre les crimes et les crimes internationaux généraux contre l'humanité privée et a ainsi contribué à la enjointes les auteurs de ces crimes et l'imposition d'une sanction pénale quels que soient les centres de ces individus.

مقدمة:

تعتبر الجرائم ضد الإنسانية من الجرائم الدولية التي تتنافى مع القيم الإنسانية والأخلاقية المتفق عليها عالميا وعلى هذا لا بد من معاقبة الأشخاص المرتكبين لهاته الجرائم ولا بد من قمعها وإخضاعها لشتى الهياكل القضائية المتنوعة، فعلى المستوى الداخلي تم إدراجها في بعض التشريعات الجنائية للدول وأخضعت لولايتها القضائية تكريسا لمبدأ الاختصاص القضائي العالمي، أما على المستوى الدولي فقد تم وضع قواعد المسؤولية الجنائية الدولية لمتابعة ومعاقبة مرتكبي هذه الجرائم منذ لائحة نورمبرغ وحتى المحاكم الجنائية الدولية المؤقتة ليوغوسلافيا ورواندا.

* تاريخ إيداع المقال: 2017/02/02

تاريخ تحكيم المقال: 2017 / 02/14

وبالتالي إذا كانت الجرائم ضد الإنسانية جرائم دولية فكيف يعاقب عليها الفرد في إطار المحاكم الجنائية الدولية المؤقتة ؟ وماهي أبرز أوجه الممارسة الميدانية في هذا الإطار ؟

للإجابة على هذه الإشكالية سنقوم بدراسة اختصاصات هذه المحاكم وأهم تطبيقاتها في مجال تقرير المسؤولية الجنائية الدولية للفرد عن الجرائم ضد الإنسانية، حيث نقسم مقالنا إلى مبحثين: الأول نرتي فيه إلى تقرير المسؤولية الجنائية للفرد في ميثاق محكمة نورمبرغ وطوكيو 36 و الثاني نرتي فيه إلى تقرير أو إعمال المسؤولية الجنائية للفرد في ضوء ميثاق محكمة يوغسلافيا السابقة ورواندا.

المبحث الأول: تقرير المسؤولية الجنائية الدولية للفرد عن الجرائم ضد الإنسانية وفقا لميثاق محكمة نورمبرغ وطوكيو

لإقرار المسؤولية الجنائية الفردية على مرتكبي جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية والسلام قامت الدول المنتصرة بعد الحرب العالمية الثانية بإنشاء محكمة نورمبرغ وطوكيو وبالتالي اعتبرتا هاتين المحكمتين أول تجربة عملية لإقامة قضاء دولي جنائي شهدها المجتمع الدولي بعد الحرب العالمية الثانية.

وعليه سنعالج من خلال مطلبين: الأول يضم تقرير المسؤولية الجنائية الدولية للفرد من خلال محكمة نورمبرغ والثاني يضم تقرير المسؤولية الجنائية الدولية للفرد من خلال محكمة طوكيو أو محكمة الشرق الأقصى .

المطلب الأول: المحكمة العسكرية الدولية لنورمبرغ

سننتقل إلى إنشاء واختصاص هذه المحكمة ثم المسؤولية الجنائية الدولية للفرد وفقا لميثاقها ثم ثالثا إلى التطبيق العملي لمحكمة نورمبرغ.

الفرع الأول: إنشاء المحكمة واختصاصها

يعتبر إنشاء المحكمة الجنائية العسكرية بنورمبرغ من مستحدثات مؤتمر يالطا واتفاقية لندن 1945 والتي تمخضت عن مؤتمر لندن المنعقد بتاريخ 1945/06/26 بين ممثلي حكومات الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد السوفياتي وفرنسا وبريطانيا ومن ثم انضمت إليه تسع عشر دول حليفة، حيث تعتبر محكمة نورمبرغ محكمة ذات طبيعة خاصة ومؤقتة فرضتها ظروف الحرب العالمية الثانية⁽¹⁾، تتكون من أربعة قضاة تعين كل دولة من الدول الموقعة على الاتفاقية واحدا منها بالإضافة إلى أربعة قضاة مناوبين بالطريقة ذاتها⁽²⁾.

- اختصاص المحكمة: تختص المحكمة بمحاكمة ومعاقبة الأشخاص الذين ارتكبوا بصفته الشخصية أو بصفته أعضاء في منظمة تعمل لحساب دول المحور فعلا يدخل في نطاق جرائم ضد الإنسانية والجرائم ضد السلام

¹ - د. سوسن تمرخان بكة، "الجرائم ضد الإنسانية في ضوء أحكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية"، المرجع السابق، ص 17-18.

² - د. محمد فهد الشلالدة، " القانون الدولي الإنساني"، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص 359.

وجرائم الحرب وهذا ما يسمى بالاختصاص الشخصي- والاختصاص الموضوعي الذي تم تحديده في المادة 06 من نظام المحكمة الأساسي.

أ- الاختصاص الموضوعي: حيث يتضمن

- جرائم ضد السلام: المتمثلة في التخطيط والإعداد والبدء بالحرب العدوانية أو الحروب المخالفة لشروط المعاهدات الدولية، الاشتراك في مخطط عام أو مؤامرة لتحقيق أي من الأعمال المذكورة.

- جرائم الحرب: وتشمل هذه الجرائم القتل العمد، سوء المعاملة أو الترحيل إلى معسكرات الأعمال الشاقة، تدمير المدن والقرى أو التدمير الذي لا تبرره الضرورات العسكرية.

- الجرائم ضد الإنسانية: وتشمل القتل، الإفناء، الاستعمار والترحيل والإبعاد والنفي وأية أعمال غير إنسانية ترتكب ضد السكان المدنيين قبل الحروب أو بعدها أو أعمال القمع لأسباب سياسية أو عنصرية أو دينية⁽¹⁾.

ب- الاختصاص الشخصي

تختص المحكمة بمحاكمة ومعاقبة الأشخاص الذين ارتكبوا بصفته الشخصية أو بصفته أعضاء في منظمة تعمل لحساب دول المحور.

الفرع الثاني: المسؤولية الدولية الجنائية للفرد في محاكمة نورمبورغ

بعد الحرب العالمية الثانية وبسبب الجرائم الوحشية التي ارتكبتها الألمان ضد اليهود والكنائس الألمان وغيرهم حثت حكومة الولايات المتحدة الأمريكية على تطبيق المسؤولية الفردية عن الجرائم ضد الإنسانية، وكانت هذه الحكومة ترى في هذه الجرائم مسألة دولية أكثر منها مسألة قومية خصوصاً وأن التعذيب الذي تعرض له الضحايا كان سبباً في اشتعال الحرب العالمية الثانية وكان من رأي الولايات المتحدة الأمريكية اعتبار هذه الأفعال جرائم ضد الإنسانية وبندا قانونياً منفصلاً عن جرائم الحرب بسبب أن جرائم الحرب لا تغطي الجرائم التي ارتكبتها ألمان ضد ألمان⁽²⁾.

وجرى تفسير التصرفات الإنسانية والتعذيب في المادة 6/ج من ميثاق نورمبورغ بتوسع، بحيث تتضمن عبارة الجرائم ضد الإنسانية معنى شاملاً إلى أقصى حد ويتضمن تعريف المادة 6/ج بعض الضوابط المهمة وقد طبقت محكمة نورمبورغ التفسير بشكل ملتزم، ومن بين هذه الضوابط أن تكون التصرفات قد ارتكبت ضد المدنيين وليس ضد العسكريين لأن القواعد التي تحظر جرائم الحرب تحد من التصرفات ضد الجنود أيضاً.

¹ - د. محمد فهد الشلالدة، المرجع السابق، ص 360.

² - د. محمد مصطفى يونس، "المسؤولية الفردية عن الانتهاكات الجسدية لحقوق الإنسان"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 44-45.

ولذلك فإن بروتوكول 6 أكتوبر 1945 الموقع في برلين قد عدل في نص المادة 6/ج بحيث يعطي المعنى بعد التعديل أنه يترتب على الجرائم ضد الإنسانية المساءلة عن الأفعال التي لها علاقة بالحرب⁽¹⁾.

وتفسير تعريف ميثاق نورمبورغ للجرائم ضد الإنسانية فيما يتعلق بجرائم الحرب تأكد في الاتهام الموجه من حكومة تشيكوسلوفاكيا ضد "Sepp Dietz" قائد وحدة قوات العاصفة في النمسا، وجرى توجيه الاتهام ضد المذكور بأنه اصطنع مصادمات في مورافيا نتج عنها قتلي وإصابات خطيرة في صفوف المواطنين التشيك والبوليس وذلك لتسهيل غزو تشيكوسلوفاكيا في بداية مارس 1939.

قررت اللجنة القانونية أن الاتهام الموجه ضد "Dietz" يدخل في اختصاص المحكمة، لأن الجرائم ضد الإنسانية وفقا للتعريف الوارد في المادة 6/ج يوجب تعريف جرائم الحرب باعتبارها انتهاكات لقوانين وأعراف الحرب.

ويشير كتاب "تاريخ لجنة الأمم المتحدة لجرائم الحرب" إلى أن اللجنة اختارت أن تطبق مفهوم جرائم الحرب بتوسع وأن تفسر الجرائم ضد الإنسانية باعتبارها من بين جرائم الحرب بدلا من تفسير الجرائم ضد الإنسانية باعتبارها بندا قانونيا مستقلا⁽²⁾. كما تمت محاكمة "جوليو سترايخر" بتهمة التحريض على قتل اليهود وإبادتهم بوضعه محرر لمطبوعة أسبوعية، وقد وصفت هذه الأفعال التي اقترفها بالجرائم ضد الإنسانية حيث صدر حكم بإعدامه نتيجة ارتكابها⁽³⁾.

وبالنسبة للجرائم ضد الإنسانية التي تدخل في اختصاص المحكمة يجب أن يكون لها علاقة بجريمة ضد السلم أو جريمة حرب، والسبب في ذلك أن جرائم القتل والإبادة والاستبعاد والنفي والتصرفات غير الإنسانية الأخرى إذا جرى ارتكابها في وقت السلم لا تدخل في إطار الجرائم التي يعاقب عليها بمعرفة محكمة نورمبورغ.

الفرع الثالث: التطبيق العملي لمحكمة نورمبورغ في مجال الجرائم ضد الإنسانية

ما بين 20 نوفمبر 1945 و 30 سبتمبر 1946 عقدت محكمة نورمبورغ 403 جلسة⁽⁴⁾ حاکمت فيها 22 شخصا من بين 24 متبها من كبار زعماء النازية المدنيين والعسكريين، وفي 1 أكتوبر 1946 صدر الحكم بالإعدام شنتقا لـ 12 شخصا منها ما نفذ الحكم عليه ومنهم من قام بالانتحار في زنزانه، كما حكم بالسجن المؤبد على ثلاث متهمين، وحكم بالسجن 20 سنة على متهمين اثنين، الحكم بالسجن 15 سنة على متهم واحد، والحكم بالسجن 10 سنوات على متهم واحد، الحكم ببراءة 3 متهمين.

¹ - المرجع السابق، ص 45.

² - تاريخ لجنة الأمم المتحدة لجرائم الحرب، ص 37.

³ - عبد الوهاب حومد، "الإجرام الدولي"، ط1، مطبوعات جامعة الكويت، 1978.

⁴ - ياسر حسن كلزي، "المواجهة الدولية والوطنية لانتهاكات القانون الدولي الإنساني"، رسالة دكتوراه، الفلسفة في العلوم الأمنية، جامعة نايف العربية، 2009، ص 384.

وقد أدانت المحكمة ثلاثة منظمات باعتبارها منظمات إجرامية هي: هيئة رؤساء الحزب النازي، جهاز حماية الحزب النازي ومنظمة الشرطة السرية⁽¹⁾.

وقد تم تنفيذ هذه الأحكام فوراً بعد تصديقها من مجلس الرقابة في ألمانيا، حيث تم تنفيذ حكم الإعدام شنقاً في سجن نورمبورغ يوم 16 أكتوبر 1946 على من صدر الحكم عليهم بذلك وأما المحكومون بالسجن فقد تم حبسهم في معتقل "دشاو"⁽²⁾.

وجاءت أحكام المحكمة قطعية لا يجوز الطعن فيها وإن كان يحق لمجلس الرقابة أن يخفف أو يبذل في طريقة تنفيذ العقوبة السالبة للحرية دون أن يكون له الحق في تشديدها⁽³⁾.

المطلب الثاني: المحكمة العسكرية بطوكيو

نرتي في هذا المطلب إلى المسؤولية الجنائية الدولية للفرد عن الجرائم ضد الإنسانية في المحكمة العسكرية بطوكيو ثم التطبيق العملي لهذه المحكمة، ولكن قبل هذين العنوانين سنحاول عرض كيفية إنشاء هذه المحكمة واختصاصها.

الفرع الأول: إنشاء المحكمة واختصاصها

وقعت اليابان على وثيقة الاستسلام في الثاني من سبتمبر 1945 نتيجة القنبتين النوويتين على هيروشيما وناجازاكي وما خلفاه من دمار وخراب، حيث تضمنت هذه الوثيقة إخضاع سلطة إمبراطور اليابان والحكومة اليابانية لمشيئة القيادة العليا لقوات الحلفاء⁽⁴⁾.

وفي ديسمبر 1945 واستجابة لطلب الاتحاد السوفياتي تمت بموسكو الموافقة على تشكيل لجنة الشرق الأقصى- والتي تكونت من 11 دولة مع منح حق الفيتو داخلها للحلفاء الأربعة الكبار وكان مقر اللجنة بواشنطن .

وقد نقلت هذه اللجنة توجيهاتها إلى مجموعة استشارية لها بطوكيو عرفت باسم مجلس الحلفاء لليابان، هذه اللجنة كان كيانا سياسيا وليس تحقيقيا وقد انتقلت منها السلطة تدريجيا إلى الجنرال "دوجلاس مارك آرثر" القائد الأعلى لقوات الحلفاء، حيث أعلن بدوره ونياً عن لجنة الشرق الأقصى بإنشاء المحكمة العسكرية الدولية للشرق الأقصى⁽⁵⁾.

¹ - جرائم الحرب في القضاء الجنائي الدولي مقال متاح على الموقع:

<http://drkhalilhusseih.maktoob blog-com 09/11/2010>.

² - إحسان هندي، "مبادئ القانون الدولي العام في السلم والحرب"، دار الجيل للطباعة والنشر دمشق، ط1، 1984، ص309.

³ - د. سوسن تمرخان بكّة، المرجع السابق، ص20.

⁴ - د. مدهش محمد المعمرى، "المسؤولية الجنائية الدولية الفردية عن الجرائم ضد الإنسانية"، المكتب الجامعي الحديث، مصر، ط1، 2014.

ص340.

⁵ - د. أمجد هيكل، "المسؤولية الجنائية الدولية أمام القضاء الجنائي الدولي"، دراسة في إطار القانون الدولي الإنساني"، ط2، دار النهضة العربية، 2009.

ومن هنا تبين أن محكمة طوكيو تم تشكيلها بموجب تصريح خاص أو قرار صدر في 19/01/1946 وهذا هو الفرق الذي يكمن بينها وبين محكمة نورمبرغ التي أنشأت بموجب معاهدة دولية⁽¹⁾.

- اختصاص المحكمة: تنقسم الجرائم وفقا لنص المادة الخامسة من ميثاق المحكمة العسكرية لطوكيو إلى ثلاث فئات:

أ- الجرائم ضد السلام: التي يدخل ضمنها التدبير أو التحريض أو الإثارة أو شن حرب اعتداء بإعلان سابق أو دون إعلان، أو شن حرب مخالفة للقانون الدولي أو المعاهدات أو الاتفاقيات أو المواثيق الدولية، أو المساهمة في خطة عامة بقصد إيقاع أحد الأفعال المذكورة⁽²⁾.

ب- الجرائم المرتكبة ضد معاهدات الحرب: وهي مخالفة لقوانين وعادات الحرب.

ج- الجرائم ضد الإنسانية وتمثل في: القتل، الإبادة، الاسترقاق، الإبعاد وغيرها من الأفعال الغير إنسانية المرتكبة ضد أي شخص في وقت السلم أو أثناء الحرب وكذلك الاضطهادات المبينة على أسباب سياسية أو أجنبية متى كانت في سبيل تنفيذ أي جريمة من الجرائم الواقعة في اختصاص المحكمة أو ذات الصلة بها سواء كانت تلك الاضطهادات منافية للتشريع الداخلي للدولة المنفذة لها أم غير منافية⁽³⁾.

الفرع الثاني: المسؤولية الجنائية الدولية للفرد في ميثاق محكمة الشرق الأقصى

عكفت المحكمة على تطبيق وتفسير قواعد القانون الدولي الإنساني وأتبعت القواعد المعرفة لطائفة الجرائم التي ترتكب بالمخالفة للأعراف الدولية والتي تضع مرتكبها موضع المسؤولية، ومن ثم كانت المحكمة حريصة على أن تكون محاكمتها جادة وفعالة حتى تتفق مع مبادئ العدالة السامية العالمية، وكما ذكرنا سابقا أن المحكمة توجب المسؤولية الشخصية للفرد في الجرائم ضد السلام والجرائم المرتكبة ضد قواعد وأعراف الحرب والجرائم ضد الإنسانية وهذه من أوجه التشابه بين هذه المحكمة ومحكمة نورمبرغ في تقسيم الجرائم إلى ثلاث أقسام.

وتختص محكمة طوكيو في محاكمة الأشخاص الطبيعيين الذين يرتكبون تلك الجرائم بصفتهن الشخصية فقط وليس بصفتهن أعضاء في منظمات أو هيئات إرهابية، حيث لم يرد في لائحة محكمة طوكيو نص مماثل للمادة 9 من ميثاق نورمبرغ والذي يوجب للمحكمة إلصاق الصفة الإجرامية بالهيئات والمنظمات.

وتجدر الإشارة إلى أنه بخلاف الحال في ميثاق نورمبرغ فقد نصت المادة السابعة من لائحة طوكيو على أن الصفة الرسمية يمكن اعتبارها ظرفا من الظروف المخففة للعقاب بينما يلاحظ أنه ليس لتلك الصفة أي أثر على

³²، ص.

¹ - د. عبد الواحد الفار، "الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 112.

² - سعادي ربيعة، "آليات الجمع الدولي في مكافئة جرائم الحرب"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الدولي لحقوق الإنسان، كلية الحقوق، جامعة المدية، الجزائر، 2011، ص 85.

³ - د. علي يوسف الشكري، "القضاء الجنائي الدولي في عالم متغير"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط 1، 2008، ص 38.

العقاب في ميثاق نورمبورغ وقد اغفل تقرير اتهام طوكيو للجرائم ضد الإنسانية رغم أنها ارتكبت في الشرق الأقصى كما ارتكبت في أوروبا.

الفرع الثالث: التطبيق العملي لمحكمة طوكيو في مجال الجرائم ضد الإنسانية

من الثابت أن محاكمة طوكيو أو الشرق الأقصى قد طبقت مبدأ المسؤولية الجنائية الدولية للفرد على الجرائم ضد الإنسانية سواء أكان هؤلاء الأشخاص من المدنيين أو من العسكريين على حد سواء ولم تشترط هذه المحاكمات في بعض الحالات أن تكون للمتهم أي سلطة أو سيطرة مباشرة على مرتكبي انتهاكات قانون الحرب، بل اكتفت بأن تكون له القدرة على التأثير في هؤلاء الأشخاص، مما يؤدي في النهاية إلى منع ارتكاب هذه الجرائم⁽¹⁾.

وتنفذ أحكام الإدانة التي تصدرها المحكمة بناء على أمر القائد الأعلى للقوات المتحالفة، الذي له في هذه الحالة وفي أي وقت فرصة تخفيض العقوبة أو تعديلها، واستمرت محاكمات طوكيو من 1946/04/19 حتى 1948/11/12 أصدرت في نهايتها حكماً بالإدانة لـ 26 متهماً من العسكريين والمدنيين بعقوبات قريبة من العقوبات التي نطقت بها محكمة نورمبورغ⁽²⁾.

وسنعرض كمثل تطبيق عن هذه المحاكمات إلى قضية الجنرال الياباني "توموكي ياماشيتا": تتلخص وقائع القضية في أن الجنرال الياباني كان قائد للفرقة الرابعة عشر للجيش الياباني في الفلبين منذ 1944/10/9 حيث قام بارتكاب جرائم بشعة ضد السكان المدنيين وقوات الحلفاء في الفلبين باعتباره قائداً عسكرياً وضمن نطاق مسؤوليته وهو ما شكل حسب قرار الإدانة انتهاكاً لقانون الحرب حيث أنه وعند فشل قوات الجنرال في صد تقدم القوات الأمريكية فإن قواته ارتكبت جرائم عديدة وتحديدًا في إقليم "فاتانكس" والواقع تحت سيطرته العسكرية وتحت السيطرة المباشرة للضابط "فوجي شيكو" "foji schiko"، حيث قتل هذا الأخير وحده ما يقارب خمسة وعشرون ألف مدني فيليبيني من خلال إصداره الأوامر لجنوده لمواجهة المقاومة الوطنية الفلبينية من خلال إعلان الحرب على السكان المدنيين هناك إلى جانب ذلك فإن الجنرال "ياماشيتا" كان وحده مسؤولاً عن الانتهاكات التي وقعت في منطقة مانيلا، حيث قتل خلال أسبوعين فقط الآلاف من النساء والأطفال وقتل ما لا يقل عن ثمانية آلاف مدني في إقليم "لاكونا"⁽³⁾.

دافع الجنرال "ياماشيتا" عن نفسه بأن التهم الموجهة له منفية وقال أنه لم يأمر قواته بارتكاب أي من هذه الجرائم ولم يعلم بها، كما ادعى أيضاً أن بعضاً من القوات اليابانية الموجودة في هذه المنطقة كانت جزءاً من القوات البحرية اليابانية التي لا يسيطر عليها إلا في حدود ضيقة جداً، إلا أن اللجنة العسكرية رفضت دفاع

¹ - د. مدهش محمد المعمرى، المرجع السابق، ص 404.

² - د. علي عبد القادر القهوجي، "القانون الدولي الجنائي، أهم الجرائم الدولية، المحاكم الدولية"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2001، ص 264.

³ - د. صفوان مقصود خليل، "المسؤولية الجنائية للفرد وفقاً للقانون الدولي"، مجلة الشريعة والقانون، العدد 43، جويلية 2010، ص 129-130.

"ياماشيتا" وقالت أن شخصا مثل هذا القائد وماله من خبرة كبيرة وصلاحيات واسعة كان يجب أن يعلم بوقوع هذه الجرائم الواسعة الانتشار⁽¹⁾، واستسلم الجنرال في الثالث من سبتمبر 1945 وقدم للمحاكمة حيث وجه له الإدعاء العام 23 تهمة تتعلق بانتهاك للقانون الحرب واستمرت محاكمته لمدة شهرين إلى أن قضى- عليه بالإعدام شنقا في 1946/11/07⁽²⁾.

ونستخلص من وقائع القضية التي تعتبر من أكثر القضايا توسعا في تطبيق مبدأ مسؤولية الفرد عن الجرائم ضد الإنسانية أنها رسمت لنا مسؤولية القائد أو الرئيس عن أفعال مرؤوسيه في أعقاب الحرب العالمية الثانية، وبالتالي تعتبر محكمة طوكيو محكمة ذات أهمية ودور كبير في مجال تكريس وتثبيت قواعد المسؤولية الجنائية الفردية عن الجرائم الدولية بصفة عامة والجرائم ضد الإنسانية بصفة خاصة، كما نخلص إلى أن المحاكمات التي أعقبت الحرب العالمية الثانية تعد سابقة ناجحة وهامة في مجال القانون الدولي وإمكان توقيع الجزاء الجنائي الدولي على كل مذنب الجرائم ضد الإنسانية بالرغم من أن هذه التطبيقات الواقعة في المحاكم الدولية الجنائية المؤقتة أي نورمبورغ وطوكيو لم يعد لها وجود وزالت ولايتها.

المبحث الثاني: تقرير المسؤولية الجنائية الدولية للفرد عن الجرائم ضد الإنسانية وفقا لميثاق محكمتي يوغسلافيا ورواندا

إن الأحداث التي ارتكبت خلال العقد الأخير من القرن الماضي مثلت مآسي إنسانية مفجعة حيث أسفرت عن سقوط الآلاف من القتلى والمشردين وأغلبهم من النساء والأطفال، وبغرض وضع أسس لمعاقبة مرتكبي هذه المآسي وكذا تأكيد المسؤولية الجنائية الدولية المقررة في محكمتي نورمبورغ وطوكيو بعد الحرب العالمية الثانية، أصدر مجلس الأمن قرارين منفصلين عامي 1994/1993 بإنشاء كل من المحكمتين الجنائيتين الدوليتين يوغسلافيا السابقة ورواندا.

وعلى هذا سيقصر بحثنا في دراسة هاتين المحكمتين الجنائيتين الدوليتين اللتان لازالتا قائمتان بدورهما حتى الآن بالرغم من أنها مؤقتتان، وبالتالي سنقسم بحثنا هذا إلى مطلبين: الأول يختص في دراسة محكمة يوغسلافيا أما الثاني فسنعالج فيه محكمة رواندا بنفس التفاصيل التي نعرضها في محكمة يوغسلافيا.

المطلب الأول: المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بيوغسلافيا

نحاول أن ندرس في هذا الفرع محكمة يوغسلافيا من حيث تكوينها واختصاصها ثم إقرار المسؤولية الجنائية الدولية للفرد وفقا لنظامها الأساسي ثم التطبيق العملي للمحكمة .

¹ - نفس المرجع السابق، ص 124.

² - رجال جبال، "مسؤولية الفرد في القضاء الدولي"، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، تخصص حقوق، جامعة المدية، الجزائر، 2010-2011، ص 62.

الفرع الأول: إنشاء المحكمة واختصاصها

1- **إنشائها:** تم إنشاء المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة وإقرار نظامها عن طريق مجلس الأمن الدولي متصرفا بموجب الفصل السابع بالقرارين 93/808 و 93/827 وحدد مقرها الرئيسي- في لاهاي بهولندا حيث تتكون من إحدى عشر قاضيا منتخبا لولاية مدتها أربع سنوات قابلة للتجديد وهم موزعون على 3 دوائر: دائرتين للمحاكمة في الدرجة الأولى ودائرة الطعون، والمدعي العام في المحكمة يمارس عمله في استقلالية عن جهاز القضاة ويتولى مسؤولية إجراء التحقيقات والادعاء والاثام والتوقيف للمشتبه بهم بعد موافقة دائرة الدرجة الأولى⁽¹⁾، وتضم المحكمة مكتب قلم المحكمة حيث يقوم بإدارة المحكمة وتقديم الخدمات اللازمة لها ويتكون من الكاتب الأول وعدد من الموظفين المساعدين⁽²⁾.

2- اختصاصها:

أ- **الاختصاص النوعي:** حدد النظام الأساسي لمحكمة يوغسلافيا الاختصاص النوعي لهذه المحكمة حيث حدد الجرائم التي تختص بها المحكمة، ومنها الانتهاكات الجسدية لمعاهدات جنيف الأربعة لعام 1949 ومخالفة قوانين وأعراف الحرب⁽³⁾، وجرائم الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية، وقد عرف النظام الأساسي لمحكمة يوغسلافيا انتهاكات قوانين وأعراف الحرب بأنها استعمال الأسلحة السامة التي تسبب آلام ومعانات شديدة وتدمير تعسفي للمدن والقرى والهجوم المسلح أو القصف بأي وسيلة على المدن والقرى⁽⁴⁾.

ب- **الاختصاص المكاني والزمني:** يشمل الاختصاص المكاني للمحكمة إقليم جمهورية يوغسلافيا الاشتراكية الاتحادية السابقة بما في ذلك سطحها الأرضي ومجالها الجوي ومياهها الإقليمية المادة (8)، أما اختصاصها من حيث الزمان فهو جميع الجرائم المنصوص عليها في نظامها والمرتبكة ابتداء من 01 كانون الثاني/ يناير 1991 وما بعده فهو تاريخ مجرد لا يرتبط بمحدث بعينه⁽⁵⁾.

الفرع الثاني: المسؤولية الجنائية الدولية للفرد في ميثاق محكمة يوغسلافيا السابقة

نصت المادة الأولى من النظام الأساسي للمحكمة على أن المحكمة الدولية الجنائية تختص بمحاكمة الأشخاص المتهمين بارتكاب الجرائم ضد القانون الدولي الإنساني على إقليم يوغسلافيا السابقة منذ عام 1991⁽⁶⁾، كما أن

¹ - د. علي جميل حرب، "منظومة القضاء الجزائي الدولي، المحاكم الجزائية الدولية والجرائم الدولية المعتبرة"، منشورات الحلبي الحقوقية، ج 2، 2013، ص 105-107.

² - د. سوسن تمرخان بكه، المرجع السابق، ص 279.

³ - المادة 2 و المادة 3 من النظام الأساسي لمحكمة يوغسلافيا.

⁴ - زينب محمد عبد السلام، "إجراءات القبض والتحقيق والتقديم أمام المحكمة الجنائية الدولية"، دراسة تحليلية مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط 2014، ص 25.

⁵ - د. علي جميل حرب، "نظرية الجزء الدولي المعاصر، نظام العقوبات الدولية ضد الدول والأفراد"، ج 1، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 2013، ص 47.

⁶ - د. محمود شريف بسيوني، "المحكمة الجنائية الدولية، نشأتها ونظامها الأساسي"، مطابع روز اليوسف الجديدة، القاهرة، ط 3، 2002، ص 56.

المحكمة تختص بمحاكمة الأشخاص الطبيعيين دون الأشخاص الاعتباريين مثل الرابطات أو المنظمات والجمعيات حيث أن كل الأشخاص المساهمين في الجرائم والأفعال المنصوص عليها في النظام بالتخطيط أو التحريض أو الإعداد يسألون بصفتهم الشخصية عن الجرائم المبينة في النظام (7/1)، إذ أن الفقرة الثانية من المادة السابعة من نظام المحكمة أسقطت الحصانة الوطنية عن هؤلاء الأشخاص الطبيعيين أيًا كان موقعهم في الدولة⁽¹⁾، وبالتالي إن ارتكاب الجريمة لأمر يصدر من حكومة أو من رئيس أعلى لا يعفى مرتكبها من مسؤوليته الجنائية ولا يصلح سندا للدفاع عنه ما لم يكن هناك إكراه أو انعدام وجود سبيل للاختيار الأدبي، ومع هذا يمكن للمحكمة النظر في تحقيق العقوبة إذ رأت في ذلك استيفاء بمقتضيات العدالة، وقد أورد النظام الأساسي هذه الأسس بدقة في المواد السادسة والسابعة منه⁽²⁾.

وجدير بالإشارة أن المادة الخامسة من النظام الأساسي للمحكمة قد أعطت للمحكمة صلاحيات محاكمة الأشخاص المسؤولين عن الجرائم التي ترتكب ضد المدنيين في النزاعات المسلحة (دولية كانت أو داخلية) بالإضافة إلى أن النظام الأساسي قد جعل أولوية الاختصاص للمحكمة حتى ولو كان القضاء المحلي قد سبق وأن حوكم الشخص نفسه عن ذات الجريمة بل أن النظام الأساس للمحكمة جعل للاختصاص القضائي الجنائي الدولي ممثلا في المحكمة، وقد رفضت حكومة جمهورية يوغوسلافيا الفدرالية "صربيا والجبل الأسود" الاعتراف باختصاص المحكمة والتعاون معها مما أدى إلى عرقلة قدرات المحكمة⁽³⁾.

أضف إلى ذلك أن نص المادة السابعة من نظام المحكمة قد أقر بمبدأ المسؤولية الجنائية للفرد للذين يرتكبون جرائم دولية سواء كان ذلك بالتخطيط أو التحريض أو الأمر بالارتكاب كما أقرت بعدم الاعتداء بالصفة الرسمية كسبب من الإعفاء من المسؤولية على عكس بعض التشريعات الوطنية التي تعفي من المسؤولية الجنائية لذوي الصفات الخاصة بالرغم من توافر كل أركان الجريمة باعتبار أن هذه القاعدة من أهم مظاهر السيادة التي تحرص عليها الدولة⁽⁴⁾.

كما أكدت المادة التاسعة من نظامها الأساسي بأن للمحكمة الدولية والمحاكم الوطنية اختصاصا مشتركا في مقاضاة الأشخاص عن الجرائم الماسة بالإنسانية التي ارتكبت في إقليم يوغوسلافيا السابقة⁽⁵⁾، ومنه فإن عمل المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا مكمل لعمل المحاكم الجنائية الوطنية.

¹ - د. علي جميل حرب، "منظومة القضاء الجزائي الدولي"، المرجع السابق، ص 111.

² - د. عمر محمود الخزومي، "القانون الدولي الإنساني في ضوء المحكمة الجنائية الدولية"، دار الثقافة، عان، 2008، ص 162.

³ - د. صالح زيد قسيلة، "ضمانات الحماية الجنائية الدولية لحقوق الإنسان"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 485-486.

⁴ - د. أحمد أبو الوفا، "الوسيط في القانون الدولي العام"، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 5، 2010، ص 838.

⁵ - د. عبد القادر البقيرات، مفهوم الجرائم ضد الإنسانية على ضوء القانون الدولي الجنائي والقوانين الوطنية"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011، ص 182-183.

الفرع الثالث: التطبيق العملي لمحكمة يوغوسلافيا في مجال الجرائم ضد الإنسانية

لقد فصلت محكمة يوغوسلافيا في الكثير من القضايا حول مذني الجرائم ضد الإنسانية فوق إقليم يوغوسلافيا، حيث أصدرت عدة أحكام لغاية سنة 2001 ونفت بذلك الصفة الرسمية للمتهمين وطبقت قواعد المسؤولية الجنائية الدولية على الأفراد العادين والرؤساء والقادة العسكريين الذين ارتكبوا هذه الجرائم الشنيعة، ومن بين أولى المحاكمات التي أجرتها المحكمة الدولية محاكمة الجنرال الصربي "تاديش" عام 1996 حيث أدين بتهمة ارتكابه جرائم ضد الإنسانية، وقضية الفيلد مارشال "ليست" التي تسمى بقضية الرهائن حيث أتهم فيها إحدى عشر- شخصا من قادة الجيش الألمان بارتكاب جرائم ضد الإنسانية خلال الاحتلال الألماني ليوغوسلافيا واليونان، حيث أن المتهمين قاموا بتعذيب وقتل الثوار اليونانيين واليوغوسلافيين الذين وقعوا في الأسر كما أخذوا أعداد كبيرة من بينهم المواطنين في البلقان وقاموا بقتلهم وانزلوا على المواطنين الأبرياء في المناطق المحتلة إجراءات انتقام غير مقبولة مما جعل هؤلاء المستهدفين يتوجهون للدعاء ورفع الشكاوى، إلى أن المتهمين بذلك قد خالفوا قواعد القانون الدولي ولا يوجد إعفاء مبني على الوظيفة الرسمية للمتهم أو لكونه مطيعا لأوامر رؤسائه، فذهب دفاع المتهمين إلى أن هؤلاء المرؤوسين لم يكن لديهم شعور بأنهم يرتكبون جرما لأن أوامر "هتلر" لديهم تبقى متحدة مع القانون وأن أمر الرئيس لا ينشئ سبب إباحة، ولكن المحكمة رفضت دفاع المتهمين وحكمت بإعدامهم⁽¹⁾.

أما تنفيذ الأوامر العليا تحت الإكراه فهي من الظروف المخففة للعقاب وغير نافية للمسؤولية الجنائية لمرتكب الجريمة⁽²⁾. أضف إلى ذلك أنه ثبت للمحكمة أن الحزب الديمقراطي الصربي قد مارس مجموعة من الأفعال خاصة في إقليم البوسنة تهدف في مجملها إلى تدمير ما ليس صربي بما يعني إبادة باقي الجنسيات الأخرى عن طريق الإبادة المادية المباشرة⁽³⁾.

كما أصدرت المحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافية أحكام تتعلق بالجنرال "تيومير بلازيتش" في 1997/06/24 لارتكابه جرائم ضد الإنسانية بناء على مسؤوليته الرئيسية التي ارتكبتها أفراد القوات المسلحة التابعة لمجلس الاتحاد الكرواتي ضد المسلمين البوسنيين⁽⁴⁾.

كذلك قضية المتهم الجنرال "رادسلاف كريسيتش" الذي اعتقلته قوات الأمم المتحدة في 1992/12/02 لارتكابه جرائم ضد الإنسانية وجرائم الإبادة الجماعية وتدمير الممتلكات الشخصية بعد إعلان سقوط "سربرينيتشا" التي

¹ - د. نجا أحمد أحمد إبراهيم، "المسؤولية الدولية عن انتهاك قواعد القانون الدولي الإنساني"، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009، ص 195-196.

² - د. أمين عبد العزيز سلامة، "المسؤولية الدولية عن ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية"، دار العلوم للنشر، القاهرة، 2006، ص 118.

³ - ساي سين، "مسؤولية الدولة في حماية رعاياها في زمن الحرب، مجموعة القواعد الجنائية الدولية"، ج 2، دار الكتاب الحديث، 2010، ص 562.

⁴ - تقرير المحكمة الدولية لمحاكمة الأشخاص المسؤولين عن الانتهاكات الجسيمة للقانون الإنساني الدولي المرتكبة في إقليم يوغوسلافيا السابقة منذ عام 1991، الجمعية العامة للأمم المتحدة، البقرة 45، بند 53 من جدول الأعمال المؤقت، 1999/9/25، ص 16.

سبق أن أعلنتها الأمم المتحدة منطقة أمنة، حيث أعدم ما يتراوح بين سبعة آلاف إلى ثمانية آلاف شخص من قبل قوات صرب البوسنة وتوالت عمليات الإعدام الجماعية تحت سلطة المتهم، وقضية "بيلسيتش" الذي أتهم بارتكاب جرائم ضد الإنسانية وقتل بعض المحتجزين المسلمين وضرب آخرين منهم⁽¹⁾.

وفي الأخير نود الإشارة إلى أهم محاكمة قامت بها المحكمة الدولية ليوغسلافيا وهي محاكمة الرئيس الصربي السابق "ميلوزوفيتش" حيث تم تسليمه عام 2001 إلى محكمة جرائم الحرب الدولية بلاهاي وذلك بسبب التهم الموجهة إليه والتي تتعلق بجرائم ضد الإنسانية بالرغم من أنه كان رئيسا لدولة ذات سيادة يتمتع فيها بالحصانة، حيث سالت في عهده الدماء البريئة في كافة أرجاء يوغسلافيا ابتداء من البوسنة عام 1992 وفي كوسوفو عام 1998 مروراً بكرواتيا وحتى ما وقع بمقدونيا وإن كان على أسس مختلفة تماما يضرب جذوره العميقة في سياسة "ميلوزوفيتش" في البلقان.

لم يعترف "ميلوزوفيتش" بشرعية الجرائم التي قام بها وهذا لم يمنعه من أن يمثل أمام المحكمة الجنائية الدولية لجرائم الحرب وهذا يعتبر في حد ذاته منعظاً هاماً يسجل أروع انتصار حققته الإنسانية عبر تاريخها الطويل. وما من شك أيضاً أن محاكمة "ميلوزوفيتش" وأمثاله من الحكام هو مطلب دولي تتمناه الشعوب الفقيرة التي عانت من أمثال "ميلوزوفيتش" خاصة في عالمنا الإسلامي قبل الشعوب الغريبة المتقدمة التي تأخذ بزمام المبادرة في ملاحقة هؤلاء الحكام وتقديمهم للعدالة الجنائية⁽²⁾.

المطلب الثاني: المحكمة الجنائية الدولية لرواندا

قبل أن نتعرض إلى تقرير المسؤولية الجنائية الدولية للفرد في محكمة رواندا سنرتي إلى نبذة عن إقليم رواندا ثم إنشاء المحكمة واختصاصها ثم إلى التطبيق العملي لهذه المحكمة.

تتميز التركيبة السكانية لدولة رواندا بالتنوع العرقي إذ أنها تتكون من ثلاث قبائل رئيسية، قبائل الهوتو 84% وقبائل التوتسي 25% وقبائل التوا 1% من مجموع السكان، وقد كان الاستعمار البلجيكي يستغل هذه التركيبة السكانية لإثارة الفتنة والصراع بين هذه الجماعات العرقية خلال فترة الاستعمار حتى يتمكن من إدارة البلاد تحت الحكم الاستعماري حيث أن عمليات تدخل بلجيكا في هذه الصراعات لم يتوقف حتى بعد أن حصلت رواندا على استقلالها بل عملت على استمرار الصراع من خلال دعم هذا الطرف أو ذاك⁽³⁾.

وعلى أثر هذه الأعمال البشعة وجرائم القتل والتشريد التي وقعت في إقليم راوند بسبب النزاع القبلي بين قبيلة التوتسي والهوتو أصدر مجلس الأمن في سنة 1994 قرار رقم 935 القاضي بإنشاء لجنة التحقيق لتأكد من وقوع

¹ - د. عبد القادر البقرات، المرجع السابق، ص 185.

² - د. أحمد بشارة موسى، "المسؤولية الجنائية للفرد"، دار هومه، الجزائر، 2009، ص 579.

³ - د. مسعد عبد الرحمن زيدان قاسم، "تدخل الأمم المتحدة في النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2001، ص 153.

مجازر وإبادة للجنس البشري في تلك الدولة، وبعد أن أثبتت للجنة قيام تلك الانتهاكات الخطيرة التي تمس الإنسانية قدمت تقريراً مفصلاً لمجلس الأمن عن الأوضاع في هذا البلد الإفريقي حيث أصدر مجلس الأمن القرار رقم 955 بتاريخ 1994/11/08 الذي يقضي بإنشاء محكمة رواندا للنظر في الجرائم التي ارتكبت في إطار النزاع الداخلي وما أورده من جرائم في حق الإنسانية بين القبيلتين⁽¹⁾.

وكما هو الحال في المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة، تتألف المحكمة الدولية لرواندا من ثلاث أجهزة هي دوائر المحكمة ومكتب المدعي العام وقلم المحكمة ومقرها مدينة أورشا في تنزانيا، حيث أن المحكمتان كانتا تتقاسمان نفس المدعي العام ونفس الدائرة الاستئنافية وقد أدى هذا الاشتراك إلى العديد من المشاكل في مجالات مختلفة⁽²⁾، مما أدى بمجلس الأمن إلى فك هذا الارتباط بين المحكمتين وذلك بإصدار القرار رقم 1431 بتاريخ 14 أغسطس 2009 الذي حدد عدد القضاة بإضافة أربع قضاة خاصين بالتشكيكة القضائية ويتوزع القضاة على دوائر المحكمة الابتدائية ودائرة الاستئناف والتي يتألف أعضائها من سبعة قضاة يشترك خمسة منهم في النظر في كل حالة استئناف منفردة⁽³⁾.

الفرع الأول: اختصاص المحكمة

أ- الاختصاص النوعي: يلاحظ أن اختصاص محكمة رواندا النوعي ليس متطابقاً تماماً مع اختصاص محكمة يوغسلافيا إذ تختص المحكمتان على سبيل المثال في جرائم الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية (المادتان 2 و3 من نظام محكمة رواندا) بينما يختلفان من حيث الاختصاص في جرائم الحرب⁽⁴⁾.

أما بالنسبة لجرائم الحرب فالمحكمة تختص على وجه التحديد بالانتهاكات التي نصت عليها المادة الثالثة المشتركة في اتفاقيات جنيف بتاريخ 1949/08/12 وملحقها الإضافي 1977 وقد نصت على هذه الأفعال على سبيل المثال المادة الرابعة من النظام الأساس لمحكمة رواندا⁽⁵⁾.

ب- الاختصاص الزماني والمكاني: يبدأ اختصاص المحكمة من حيث الزمان بالرجوع إلى بداية الأحداث والمجازر المرتكبة من 1994/01/01 إلى غاية 1994/12/31 وما أثبتته لجنة الخبراء السابقة حول الانتهاكات الجسمية

¹ - محمد أمين الميداني، "المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة"، المجلة العربية لحقوق الإنسان، السنة الثالثة، ع3، جويلية، 1996، ص36-38.

² - د. محمود شريف بسيوني، "المحكمة الجنائية الدولية، نشأتها ونظامها الأساسي مع دراسة لتاريخ لجان التحقيق الدولية والمحاكم الجنائية الدولية السابقة"، المرجع السابق، ص64.

³ - د. عمر محمود المخزومي، "القانون الدولي الإنساني في ضوء المحكمة الدولية الجنائية"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، مصر، 2008، ص17.

⁴ - د. علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص302.

⁵ - نفس المرجع السابق، ص303.

الماسة بالإنسانية والتي وقعت في هذه المدة وهذا بالرغم من اقتراح حكومة رواندا بداية الحرب الأهلية في شهر أكتوبر 1990⁽¹⁾.

أما عن الاختصاص المكاني فقد تضمنت المادة الأولى من نظام المحكمة الأساسي اختصاصها بمحاكمة ومعاقبة مرتكبي الانتهاكات الجسيمة التي تمثل الجرائم ضد الإنسانية التي ارتكبت في إقليم رواندا نتيجة الحروب الأهلية بين جماعة التوتسي وجماعة الهوتو وملاحقة المسؤولين والمخططين لهذه الجرائم حتى خارج إقليم الدولة الرواندية على أقاليم الدول المجاورة⁽²⁾.

أما عن الاختصاص الغير قاصر أو الغير إستثنائي لمحكمة رواندا فقد نصت المادتان الثامنة والتاسعة من نظامها على الاختصاص المشترك بين هذه المحكمة الدولية والمحاكم الرواندية الوطنية بنفس التفاصيل الذي تم بيانه في محكمة يوغسلافيا السابقة⁽³⁾.

الفرع الثاني: المسؤولية الجنائية الدولية للفرد وفقا لميثاق محكمة رواندا الأساسي

سار النظام الأساسي لمحكمة رواندا على ذات النهج الذي سار عليه النظام الأساسي لمحكمة يوغسلافيا حيث تضمن النص على المسؤولية الجنائية الدولية الشخصية لمرتكبي الانتهاكات ضد الإنسانية نظرا لما ترتب عليه من صراعات عرقية ومجازر شعبية راح ضحيتها مئات الآلاف من الأبرياء بالقتل والتشريد في إقليم رواندا⁽⁴⁾.

كما إقتصر نظام المحكمة الأساسي على الأشخاص الطبيعيين دون غيرهم من الأشخاص الاعتباريين كالمنظمات أو الهيئات الدولية حيث أن هذه المسؤولية امتدت إلى أشخاص آخرين كانوا سببا في إحدى الجرائم التي تدخل ضمن النظام الأساسي للمحكمة كالتخطيط أو الأمر بالارتكاب أو المساعدة أو حتى المشجع بأي طريقة كانت وهذا طبقا لنص المادة السادسة من نظام المحكمة الأساسي⁽⁵⁾.

أضف إلى ذلك أنه لا يعنى من المسؤولية الجنائية رئيس دولة أو رئيس حكومة أو قائد عسكري أو موظف كبير في الدولة وهذا معناه أن الصفة الرسمية للمتهم أو الحصانة الدبلوماسية لا تؤثر ولا تصلح سببا لتخفيف أو نفي العقوبة، كذلك فإن ارتكاب الفعل بواسطة المروؤوس لا ينفي من مسؤولية رئيسه الأعلى إذا كان هذا الرئيس يعلم أو كان بإمكانه أن يعلم أن المروؤوس كان يستعد لارتكاب هذا الجرم، وكذلك لا يعفى من

¹ -Heifa Bouony , « Les tribunaux pénaux internationaux pour l'exyougoslavie et le rowanda », mémoire pour l'obtention du diplôme d'études approfondies en droit public, faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 1997, p157.

² -د. عبد القادر البقيرات، المرجع السابق، ص 191.

³ -د. علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص 303.

⁴ -د. طارق الحسيني محمد منصور العراقي، " المحكمة الجنائية الدولية كتطور لمفهوم المسؤولية والسيادة"، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة المنصورة، ص 222.

⁵ -المادة السادسة من النظام الأساسي لمحكمة رواندا

المسؤولية الجنائية الدولية أي مرتكب لجريمة تمس بالإنسانية بناء على أمر من حكومته أو رئيسه الأعلى ولكن بإمكان المحكمة تخفيف العقوبة إذا كان في هذا التخفيف تحقيقاً للعدالة⁽¹⁾.

وبذلك يظهر لنا أن نص المادتين الخامسة والسادسة من نظام محكمة رواندا مشابه لما جاء في نظام يوغسلافيا السابقة حيث وكما ذكرنا أن مبدأ المسؤولية الجنائية الفردية ينحصر- على الأشخاص الطبيعيين أي كانت مناصبهم ومسؤولياتهم وأي كانت مساهمتهم في الجريمة (تخطيط، إعداد، تشجيع، تحريض، تنفيذ)⁽²⁾.

وبالتالي صدرت قرارات جزائية تجاه دولة رواندا بداية وتلاها إنشاء المحكمة لمعاقبة المسؤولين والأشخاص الطبيعيين عن الجرائم المرتكبة فيها أمام المحكمة الخاصة الدولية برواندا (94/955)⁽³⁾.

كما أكد السيد "كاما لايتي" laity kama رئيس المحكمة الجنائية الدولية لرواندا على مبدأ المسؤولية الجنائية للفرد وصرح أنه أصبح معترفاً به في القانون الدولي ويمكن أن يلاحق أي فرد بتهمة انتهاك القانون الدولي من طرف المحاكم الدولية حتى إذا ارتكبت هذه الانتهاكات داخل أراضي دولية⁽⁴⁾.

الفرع الثالث: التطبيق العملي لمحكمة رواندا في مجال الجرائم ضد الإنسانية

حث مجلس الأمن الدولي في قراره رقم 95/978 على أن يقوم بالقبض على الأشخاص ممن تتوافر فيهم أدلة كافية على أنهم مسؤولون عن أعمال عنف شملت الولاية القضائية للمحكمة والذين يتواجدون على أراضيها، وقبل نهاية عام 1997 تم احتجاز 24 شخصاً وجهت لهم عدة تهمة، وهم من الأشخاص الذين تقلدوا مناصب رفيعة في رواندا خلال المأساة الرواندية في المجالين الإداري والسياسي وحتى المجال العسكري⁽⁵⁾.

وقد أصدرت المحكمة الدولية الجنائية أول أحكامها في سبتمبر 1998 ضد "جون بول أكيشو" عمدة مدينة "تابا" برواندا لمسؤوليته عن ارتكاب أعمال عنف جنسية وتعذيب وأفعال غير إنسانية مما يمكن وصفه بجرائم ضد الإنسانية، وقد تقررت مسؤوليته عن الجرائم السابقة باعتباره محرراً مباشراً على ارتكاب هذه الجرائم وحكم عليه بالسجن المؤبد⁽⁶⁾.

أما الحكم الثاني فكان ضد "جون كابندا" رئيس وزراء رواندا السابق حيث صدر الحكم بتاريخ 1998/09/4 وذلك لارتكابه جرائم ضد الإنسانية التي اشتملت على القتل وإبعاد المدنيين وارتكاب أفعال الإبادة الجماعية

¹ - د. عمر محمود الخزومي، المرجع السابق، ص 177. و د. علي يوسف الشكري، المرجع السابق، ص 58.

² - د. علي جميل حرب، "منظومة القضاء الجزائي الدولي، المحاكم الجزائية الدولية والجرائم الدولية المعتبرة"، المرجع السابق ص 121.

³ - المرجع السابق، ص 125.

⁴ - المجلة الدولية للصليب الأحمر، السنة العاشرة، العدد 58، نوفمبر-ديسمبر 1997 ملف خاص، القضاء الجنائي الدولي والقانون الدولي الإنساني، محكمتا يوغسلافيا السابقة ورواندا، ص 58.

⁵ - د. الطاهر مختار علي سعد، "القانون الدولي الجنائي، الجرائم الدولية"، ط 1، دار الكتب الجديدة المتحدة، بيروت، 2001، ص 168 و د. خالد حسن أبوغزالة، "المحكمة الجنائية الدولية والجرائم الدولية" المرجع السابق، ص 174.

⁶ - د. علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص 307.

والتآمر على ارتكابها والتحريض عليها وارتكاب جرائم الاعتداءات الجسمية والنفسية والقتل بحق أبناء قبيلة التوتسي، حيث حكم على "كابندا" بالسجن المؤبد.

واصلت المحكمة الجنائية الدولية لرواندا النظر في الجرائم التي تدخل في اختصاصها والبحث عن مسؤولية مرتكبيها⁽¹⁾، إذ أنه من القضايا التي عرضت على المحكمة ونظرت إليها أيضا قضية الطبيب "جيرارد تيان" الذي أدانته المحكمة بارتكاب جريمة الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية وقضت بحكمها بتاريخ 2003/02/19 والممثل في السجن لمدة 25 عاما، كما حكمت المحكمة على "تيان" والد "جيرارد" بالسجن عشر سنوات كونه كان مذنباً بتهمة تقديم المساعدة والتحريض على ارتكاب هذه الجرائم، كذلك قضية "إليزرنيتيفيكا" وزير الإعلام في حكومة رواندا المؤقت عام 1994 الذي أدانته المحكمة بارتكاب جرائم ضد الإنسانية وحكم عليه بالسجن مدى الحياة وهذا بتاريخ 2003/05/15⁽²⁾.

هذه من أهم القضايا العملية للمحكمة الجنائية الدولية لرواندا في مجال الجرائم ضد الإنسانية بالإضافة إلى ما أصدرته هذه المحكمة في ديسمبر 1999 من خلال الأحكام ضد تسعة أفراد من بينهم المتهم "جورج روتاغير" وهو رجل أعمال ونائب رئيس ميليشيات "الأنتر هاموس"، حيث وجدته المحكمة مذنباً بجريمة الإبادة الجماعية وفي جرائم ضد الإنسانية وحكم عليه بالسجن المؤبد، وفي يونيو 2000 أدانت اثنين آخرين بنفس التهم السابقة وكان من بينهم شخصا غير رواندي، وفي أغسطس من نفس السنة كان هناك 43 متبها رهن الاحتجاز في أروشا إذ تم القبض على عدة أفراد بمقتضى أوامر صادرة من المحكمة وتبادلت بلجيكا وتنزانيا وفرنسا والولايات المتحدة الأمريكية فيما بينهم نقل خمسة متهمين إلى أروشا⁽³⁾.

كما أدانت المحكمة الجنائية الدولية لرواندا أيضا رئيس مقاطعة "بيكوي" "لورنت سيانازا" بارتكاب جرائم ضد الإنسانية وحكمت عليه 25 سنة سجنا وكان ذلك بتاريخ 2003/05/15⁽⁴⁾.

بالإضافة إلى هذا كانت توجد 28 قضية محل نظر أمام المحكمة حيث أن ستة متهمين ينتظرون قضاياهم و14 شخص لا يزالون في حالة فرار وهذا بتاريخ 30 ديسمبر 2007.

إن إجراءات المحاكمة والحكم في محكمة رواندا تتشابه مع محكمة يوغسلافيا من حيث دور المدعي العام وافتتاح الدعوى واللغة المعمول بها وحقوق المتهم والشهود والحكم والعقوبات والجزاءات الأخيرة والطعن والاستئناف وإعادة النظر⁽⁵⁾، ومن حيث تنفيذ العقوبة فقد نصت المادة 26 من النظام الأساسي للمحكمة على أن يكون في

¹ - د. عبد القادر البقيرات، المرجع السابق، ص 197. ود. خالد أبو غزالة، المرجع السابق، ص 176.

² - زانا رفيق سعيد، "مراجعة القانون على الماضي في الجرائم ضد الإنسانية"، دار الكتب القانونية مصر - الإمارات، 2013، ص 155-156.

³ - د. صالح زيد قصيلة، "ضمانات الحماية الجنائية الدولية لحقوق الإنسان"، دار النهضة العربية، القاهرة 2009، ص 497.

⁴ - التقرير السنوي للأمم المتحدة عن أعمال المنظمة، الصادرة بتاريخ 08/26/08 الجمعية العامة، وثيقة رقم 38/1، ص 3، 2003.

⁵ - المواد (من 28-7) من النظام الأساسي لمحكمة رواندا.

رواندا أو في دول أخرى تعيينها المحكمة الدولية لرواندا من بين قائمة الدول التي أبدت لمجلس الأمن استعدادها لاستقبال المحكوم عليهم بموجب أحكام صادرة عنها⁽¹⁾.

خاتمة:

نستطيع القول أن المحكمة الجنائية الدولية لرواندا لم تنجح في تحقيق الهدف من إنشائها وإن كانت الحكومة الرواندية آنذاك قد احتجرت حوالي خمسة وسبعين ألف شخص في سجونها تمهيدا لتقديمهم إلى المحاكمة أمام المحاكم الوطنية لرواندا واتضح جليا مما تقدم أن فكرة المحكمة الجنائية الدولية المؤقتة التي تبناها مجلس الأمن الدولي في يوغسلافيا السابقة عام 1993 وفي رواندا عام 1994 إكالا للفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة لم تحقق الهدف من معاقبة الأفراد المنتهكين لقواعد القانون الدولي الإنساني وخاصة في مجال الجرائم ضد الإنسانية، وليس أدل على صدق القول سوى ما حدث على أرض الواقع في محاكمات يوغسلافيا السابقة ورواندا، لذلك كانت الحاجة ملحة وضرورية إلى إنشاء محكمة جنائية دولية دائمة تحمي حقوق الإنسان في كل ربوع العالم وتعاقب كل فرد مرتكب ومتهك للتراث المشترك للإنسانية.

المراجع:

- 1- د. سوسن ترمخان بكه، "الجرائم ضد الإنسانية في ضوء أحكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية".
- 2- د. محمد فهد الشلالدة، "القانون الدولي الإنساني"، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.
- 3- د. محمد مصطفى يونس، "المسؤولية الفردية عن الانتهاكات الجسدية لحقوق الإنسان"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
- 4- عبد الوهاب حومد، "الإجرام الدولي"، ط1، مطبوعات جامعة الكويت، 1978.
- 5- ياسر حسن كلزي، "المواجهة الدولية والوطنية لانتهاكات القانون الدولي الإنساني"، رسالة دكتوراه، الفلسفة في العلوم الأمنية، جامعة نايف العربية، 2009.
- 6- جرائم الحرب في القضاء الجنائي الدولي مقال متاح على الموقع: <http://drkhalilhusseih.maktoob blog-com 09/11/2010>.
- 7- إحسان هندي، "مبادئ القانون الدولي العام في السلم والحرب"، دار الجيل للطباعة والنشر دمشق، ط1، 1984.
- 8- د. مدهش محمد المعبري، "المسؤولية الجنائية الدولية الفردية عن الجرائم ضد الإنسانية"، المكتب الجامعي الحديث، مصر، ط1، 2014.
- 9- د. أجد هيك، "المسؤولية الجنائية الفردية الدولية أمام القضاء الجنائي الدولي"، دراسة في إطار القانون الدولي الإنساني"، ط2، دار النهضة العربية، 2009.
- 10- د. عبد الواحد الفار، "الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.
- 11- سعادي ربيعة، "آليات المجمع الدولي في مكافحة جرائم الحرب"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الدولي لحقوق الإنسان، كلية الحقوق، جامعة المديّة، الجزائر، 2011.

¹ - د. خالد حسن أبو غزالة، "المحكمة الجنائية الدولية والجرائم الدولية"، ط1، دار جليس الزمان، الأردن، 2010، ص 174.

- 12- د. علي يوسف الشكري، "القضاء الجنائي الدولي في عالم متغير"، دار الثقافة للنشر- والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2008.
- 13- د. علي عبد القادر القهوجي، "القانون الدولي الجنائي، أهم الجرائم الدولية، المحاكم الدولية"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2001.
- 14- د. صفوان مقصود خليل، "المسؤولية الجنائية للفرد وفقا للقانون الدولي"، مجلة الشريعة والقانون، العدد 43، جويلية 2010.
- 15- رحال جال، "مسؤولية الفرد في القضاء الدولي"، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، تخصص حقوق، جامعة المدية، الجزائر، 2010-2011.
- 16- د. علي جميل حرب، "منظومة القضاء الجزائي الدولي، المحاكم الجزائية الدولية والجرائم الدولية المعتبرة"، منشورات الحلبي الحقوقية، ج2، 2013.
- 17- زينب محمد عبد السلام، "الإجراءات القبض والتحقيق والتقديم أمام المحكمة الجنائية الدولية"، دراسة تحليلية مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ط2014.
- 18- د. علي جميل حرب، "نظرية الجزاء الدولي المعاصر، نظام العقوبات الدولية ضد الدول والأفراد"، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، ط2013.
- 19- د. محمود شريف بسيوني، "المحكمة الجنائية الدولية، نشأتها ونظامها الأساسي"، مطابع روز اليوسف الجديدة، القاهرة، ط3، 2002.
- 20- د. عمر محمود الخزومي، "القانون الدولي الإنساني في ضوء المحكمة الجنائية الدولية"، دار الثقافة، عمان، 2008.
- 21- د. صالح زيد قصيلة، "ضمانات الحماية الجنائية الدولية لحقوق الإنسان"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
- 22- د. أحمد أبو الوفا، "الوسيط في القانون الدولي العام"، دار النهضة العربية، القاهرة، ط5، 2010.
- 23- د. عبد القادر البقيرات، مفهوم الجرائم ضد الإنسانية على ضوء القانون الدولي الجنائي والقوانين الوطنية"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011.
- 24- د. نجاة أحمد أحمد إبراهيم، "المسؤولية الدولية عن انتهاء قواعد القانون الدولي الإنساني"، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2009.
- 25- د. أيمن عبد العزيز سلامة، "المسؤولية الدولية عن ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية"، دار العلوم للنشر، القاهرة، 2006.
- 26- سامي يسين، "مسؤولية الدولة في حماية رعاياها في زمن الحرب، مجموعة القواعد الجنائية الدولية"، ج2، دار الكتاب الحديث، 2010.
- 27- تقرير المحكمة الدولية لمحكمة الأشخاص المسؤولين عن الانتهاكات الجسيمة للقانون الإنساني الدولي المرتكبة في إقليم يوغسلافيا السابقة منذ عام 1991، الجمعية العامة للأمم المتحدة، الدورة 45، بند53 من جدول الأعمال المؤقت، 1999/9/25.
- 28- د. أحمد بشارة موسى، "المسؤولية الجنائية للفرد"، دار هومه، الجزائر، 2009.
- 29- د. مسعد عبد الرحمن زيدان قاسم، "تدخل الأمم المتحدة في النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2001.
- 30- محمد أمين الميداني، "المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة"، المجلة العربية لحقوق الإنسان، السنة الثالثة، ج3، جويلية، 1996.

- 31-Heifa Bouony ,« **Les tribunaux pénaux internationaux pour l'exyougoslavée et le rowanda** », mémoire pour l'obtention du diplôme d'études approfondies en droit public, faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 1997.
- 32- المجلة الدولية للصليب الأحمر، السنة العاشرة، العدد 58، نوفمبر-ديسمبر 1997 ملف خاص، القضاء الجنائي الدولي والقانون الدولي الإنساني، محكمتا يوغسلافيا السابقة ورواندا.
- 33- د. طارق الحسيني محمد منصور العراقي، " المحكمة الجنائية الدولية كتطور لمفهوم المسؤولية والسيادة"، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة المنصورة.
- 34- المادة السادسة من النظام الأساسي لمحكمة رواندا.
- 35- د. الطاهر مختار علي سعد، "القانون الدولي الجنائي، الجرائم الدولية"، ط1، دار الكتب الجديدة المتحدة، بيروت، 2001.
- 36- زانا رفيق سعيد، "مرجعية القانون على الماضي في الجرائم ضد الإنسانية"، دار الكتب القانونية مصر - الإمارات، 2013.
- 37- د. صالح زيد قصيلة، "ضمانات الحماية الجنائية الدولية لحقوق الانسان"، دار النهضة العربية، القاهرة 2009.
- 38- التقرير السنوي للأمين العام للأمم المتحدة عن أعمال المنظمة، الصادرة بتاريخ 08/26 الجمعية العامة، وثيقة رقم 38/1، 2003.
- 39- د. خالد حسن أبو غزالة، "المحكمة الجنائية الدولية والجرائم الدولية"، ط1، دار جليس الزمان ، الأردن، 2010.

طرق الطعن في احكام المحكمة الجنائية الدولية*
درويش أمين- باحث دكتوراه- جامعة جيلالي اليابس- سيدي بلعباس

ملخص باللغة العربية

يعتبر الطعن في الأحكام من المبادئ التي أخذت بها المحكمة الجنائية الدولية حيث أجازت نظر الدعوى على درجتين ويكون ذلك عن طريق الطعن بالاستئناف أمام الدائرة الإستئنافية بحيث تشكل هذه الدائرة قمة الهرم القضائي فيها المنوط بها الفصل في قرارات المدعي العام وقرارات الدائرة التمهيدية وأحكام الدائرة التمهيدية وكذلك إعادة النظر في الأحكام النهائية الصادرة عنها ، كما حدد النظام الأساسي الأشخاص الذين لهم الحق في الاستئناف وفقا لإجراءات وشروط محددة أما الطعن عن طريق التماس إعادة النظر فقد حدده هو الآخر النظام الأساسي للمحكمة بحيث منح صلاحية إعادة النظر في الإدانة أو العقوبة لدائرة الاستئناف طبقا للمادة 84 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية وحدد الأشخاص الذين لهم الحق في ذلك في طلب التماس إعادة النظر على سبيل الحصر- والأسباب التي تؤدي إلى إعادة النظر في الإدانة أو العقوبة سواء كانت أسباب موضوعية أو أسباب شخصية كما يجب أن تكون إجراءات وفقا للمواد 159 و 160 و 161 من القواعد الإجرائية للمحكمة وللدائرة الإستئنافية الحق في قبول الطعن سواء كان ذلك بالاستئناف أو إعادة التماس النظر عن طريق تأييده أو رفضه بالأغلبية .

Résumé :

Statut de la Cour pénale internationale a pris un appel qui signifie un recours ordinaire sans opposition au fait que le régime a exclu un procès par contumace, et des moyens de prendre un défi inhabituel, une requête en révision sans droit de veto et nous chercherons à faire appel et demander le réexamen.

01- appel: comme un moyen d'appel ordinaire vise à organiser et examiner les jugements des tribunaux comme intention première classe primaire de modifier ou d'annuler et de traiter à nouveau le sujet afin de corriger ce qui aurait pu contenir des erreurs de procédure ou de fond ou juridiques

- a également identifié le Statut des verdicts de la Cour pénale internationale et les décisions d'appel remplacé, ainsi que les personnes qui ont le droit de mener Alastniav conformément à l'article 81 du Statut de la Cour pénale internationale sont venus sous la reprise de l'acquiescement ou de condamnation ou de la peine du titre, ainsi que la procédure d'appel,

* تاريخ إيداع المقال: 2017/02/02

تاريخ تحكيم المقال: 2017 /02/14

elle soulève l'appel par le condamné ou Procureur afin de ne pas dépasser 30 jours à compter de la date de notification de la décision ou d'un jugement ou une ordonnance pour la réparation, la Chambre d'appel peut proroger cette période pour une bonne raison à la demande d'une partie qui cherche à déposer l'appel et est soumis aux procédures à suivre pour accepter l'appel

En lisant des articles 81, 82 et 83 du système, nous constatons qu'ils ont pris le chemin d'appel comme un moyen de poignarder un ordinaire et qui se classe le plus important a été soulevé pour arrêter la mise en œuvre de l'arrêt de l'appelant ou d'une décision, soit la condamnation ou l'innocence, mais pour les décisions initiales qui ne séparent pas les poursuites pénales sont fondamentalement que la reprise serait pas susceptible d'entraîner l'arrêt la mise en œuvre, à moins que la Chambre d'appel a vu à la demande d'un appel d'asile autrement.

02- appel en demandant une révision

Appel à reconsidérer: est une réforme de l'erreur judiciaire, qui est attribué à l'incident criminel montré après la certitude humaine qu'il est innocent d'entre eux, et après avoir épuisé toutes les tentatives d'annuler la peine sans bénéficier.

Statut a été décerné à la Cour pénale internationale habilitée à examiner la condamnation ou à la Chambre d'appel et décrit par l'article 84 du Statut de la Cour pénale internationale, que les titulaires du droit de demander un réexamen de la limitation et les raisons qui conduisent à la révision de la condamnation ou la peine, si l'objectif ou pour des raisons raisons personnelles.

à l'article 84, premier alinéa, du Statut de la Cour pénale internationale, qui a identifié les personnes qui n'ont pas le droit de faire la demande devant la Chambre d'appel d'examiner le jugement final soit la condamnation ou l'innocence et sont accusés de la personne condamnée, mais après la mort de l'accusé ont droit à la fois mari ou les enfants ou les parents ou toute autre personne du quartier ont reçu des instructions écrites exprès de l'accusé dans sa vie à faire cette procédure Procureur au nom de la personne à présenter cette demande.

Lors de la présentation de la demande doit être conforme à l'article 84 du Statut et articles 159, 160 et 161 du Règlement intérieur de la Cour.

- séparés par la Chambre d'appel d'accepter ou de rejeter la demande d'une majorité de ses juges et être appuyée par des motifs par écrit, la Chambre rejette la demande de réexamen si

elle le considère comme des raisons non fondées ou justifiées, mais si elle estime qu'il est méritoires, il peut, selon le cas:

- La première option appelle à la Chambre de première instance originale de convoquer à nouveau une décision à double tranchant, car il ne serait pas retarder l'action parce que ce circuit connaît les circonstances de l'affaire et étant déjà perspectives ou émis une décision qui est positif, mais la chose négative est qu'une telle décision manquer le but de l'appel était biaisé ancien parti au pouvoir de la Chambre de première instance.

Soit la deuxième option a formé une nouvelle Chambre de première instance

Soit la troisième option est de garder sa compétence afin de parvenir après avoir entendu les parties prévues par le Règlement de procédure et de preuve à la décision sur ce qui devrait être reconsidérée dans le jugement ou non conformément à l'article 84 du deuxième alinéa du Statut de la Cour.

مقدمة :

تمهين على النظام القضائي الدولي قاعدة التدرج بين المحاكم القضائية الدولي فهو نظام يقوم على الفصل في المنازعات الدولية على درجة واحدة فلا وجود لمحكمة أعلى يتم إستئناف الأحكام الصادرة عن المحكمة الأدنى درجة أمامها وإنما تستقل كل محكمة عن الأخرى وكل حكم يصدر من إحداها يعتبر نهائي غير قابل للإستئناف عليه وانطلاقا من المفهوم القانوني للطعن في الحكم باعتباره وسيلة إجرائية يتم بمقتضاها مراقبة صحة الأحكام ومراجعتها وانه لا ينحصر معنى الطعن على الحكم على مفهوم جواز نظر الدعوى على درجتين أو أمام محكمة أعلى درجة، وإنه يمكن الطعن على الحكم أمام ذات المحكمة التي أصدرته وذلك كما في المعارضة والتاس إعادة النظر، فقد قرر المشرع الدولي تقرير جواز الطعن الحكم الصادر عن محكمة الابتدائية بالإستئناف، كما قرر ايضا جواز الطعن على الحكم الصادر من الدائرة الإستئنافية والتاس إعادة النظر⁽¹⁾ وعليه يمكن التطرق إلى المبحث الأول إستئناف أحكام المحكمة الجنائية الدولية، أما المبحث الثاني التماس إعادة النظر لأحكام المحكمة الجنائية الدولية.

المبحث الاول: إستئناف أحكام المحكمة الجنائية الدولية

لقد أخذ النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بوسيلة طعن عادية وهي الاستئناف دون المعارضة لكون أن النظام استبعد المحاكمة الغيابية، وأخذ بوسيلة طعن غير عادية وهي التماس إعادة النظر دون النقض.

1- د. عصام عبد الفتاح مطر، القضاء الجنائي الدولي مقدمات إنشائها، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص 597.

ويعرف الاستئناف بأنه طريقة من طرق الطعن العادية يهدف إلى تنظيم ومراجعة الأحكام الصادرة بصفة ابتدائية عن المحاكم الدرجة الأولى بقصد تعديلها أو إلغائها والتصدي للموضوع من جديد بغرض تصحيح ما يمكن أن يكون قد تضمنته من أخطاء موضوعية أو إجرائية أو قانونية⁽¹⁾.

كما حدد النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الأشخاص الذين يحق لهم إجراء الإستئناف من بينهم المدعي العام الذي له الحق في استئناف جميع الأحكام التي تصدرها المحكمة الجنائية وفقاً لإجراءات محددة وعليه يمكن التطرق إلى المطلب الأول أنواع الأحكام و القرارات المستأنفة أما المطلب الثاني مواعيد الاستئناف وإجراءات تقديمه.

المطلب الأول: أنواع الأحكام والقرارات المستأنفة

لقد حدد النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في مواده المتعددة وكذا من خلال القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة في فئتين من الأحكام التي يجوز استئنافها والأولى تناولتها المادة 81 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية وجاءت تحت عنوان استئناف حكم البراءة أو الإدانة أو العقوبة حيث نصت الفقرتين الأولى والثانية⁽²⁾ وعليه سنطرق الى أنواع الاحكام التي يتم استئنافها ففي الفرع الاول الأحكام أما الفرع الثاني القرارات:

01- الفرع الأول: الأحكام

يجوز استئناف الأحكام الصادرة في الدعوى الجنائية والدعوى المدنية وبعض القرارات الأخرى التي نص عليها النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على النحو الآتي:

- يحق للمدعي العام للمحكمة أن يستأنف أي حكم صادر من إحدى الدوائر الابتدائية التابعة للمحكمة لأي سبب من الأسباب الآتية: خطأ في الإجراءات، أو غلط في الوقائع أو في القانون
- وللمدعي العام كذلك نيابة عن المحكوم عليه (الشخص المدان) أن يستأنف الأحكام الصادرة ضد هذا الشخص بالإدانة لذات الأسباب الثلاث السابقة أو لسبب آخر حالة ما إذا كان هناك ما يدعو إلى وجود أسباب تمس النزاهة والثقة المفترضة في التدابير أو القرارات أو الأحكام الصادرة عن الدائرة الابتدائية التي أصدرت الحكم محل الاستئناف وأثناء سير إجراءات الاستئناف يظل الشخص المدان متحفظ عليه لحين البث في الاستئناف ما لم تأمر الدائرة الابتدائية بغير ذلك ويفرج عنه إذا كانت مدة الحجز تتجاوز مدة السجن المحكوم بها عليه وإذا تمت تبرئته يفرج عليه فوراً⁽³⁾.

1- عبدالعزيز سعد، طرق وإجراءات الطعن في الاحكام والقرارات القضائية، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 121.

2- د- حماد القضاة، درجات التقاضي وإجراءاتها في المحكمة الجنائية الدولية، المرجع السابق، ص 140

3- لندة معمر يشوي، القضاء الجنائية الدولية الدائمة واختصاصاتها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 266 و 267.

- ويحق كذلك للشخص المدان أن يمارس الطعن بالاستئناف أصالة عن نفسه على هذه الحالات طالما أنه صدر ضده حكم بالإدانة⁽¹⁾.
- ويحق للمدعي العام والشخص المدان كذلك استئناف أي حكم بعقوبة إذا ما كان هناك عدم تناسب بين الجريمة والعقوبة المقضي بها⁽²⁾.
- يحق للمحكمة أثناء نظر استئناف حكم بعقوبة في نقض الحكم كلياً أو جزئياً إذا رأت أسباب تبرير ذلك، وفي هذه الحالة تدعو المدعي العام والشخص المدان إلى تقديم أسباب تستند لما ورد في نص المادة 81 فقرات 1، 2 بند (أ) من النظام، ويحق للمحكمة مراجعة العقوبة أيضاً عند نظرها استئناف ضد إدانة فقط إذا رأت من الأسباب ما يدعوها لتخفيض العقوبة أي في حالة عدم وجود تناسب بين الجريمة والعقوبة.

02-الفرع الثاني:القرارات

- أما فيما يتعلق بالقرارات، فهناك قرارات لا يشترط في استئنافها أي إذن من المحكمة، وهناك قرارات يتطلب لاستئنافها إذن من المحكمة فنيا يخص الأولى فهي تتمثل في:
 - أ- القرارات القاضية باستمرار حجز المتهم بالرغم من تبرئة ساحته وترفع في موعد لا يتجاوز 05 أيام من تاريخ التبليغ -إخطار مقدم الاستئناف بالقرار-⁽³⁾.
 - ب- القرارات المتعلقة بالاختصاص والمقبولية.
 - ج- القرارات القاضية برفض أو منح الإفراج عن شخص محل التحقيق أو مقاضاة، و يجب أن يرفع الاستئناف في الحالتين كذلك في ميعاد 05 أيام.
 - د- قرارات الدائرة التمهيدية القاضية بالتصرف بمبادرة منها في اتخاذ تدابير لضمان فاعلية الإجراءات ونزاهتها وبصورة خاصة لحماية حقوق الدفاع ويرفع الاستئناف في موعد لا يتجاوز يومين (02) عن تاريخ التبليغ⁽⁴⁾.
 - قرار دائرة ما قبل المحكمة (الدائرة التمهيدية) التصرف بمبادرة منها بموجب المادة 56 فقرة 03 بند (ب) وهي الخاصة بتدابير الحفاظ على الأدلة التي تراها الدائرة أساسية للدفاع أثناء المحاكمة.
 - أما القرارات التي يتطلب لإستئنافها إذنا من المحكمة فهي القرارات الصادرة بمقتضى- الفقرة 1(د) من المادة 82 وهي أي قرار ينطوي على مسألة من شأنها أن تؤثر تأثيرا كبيرا على عدالة وسرعة الإجراءات أو على نتيجة

1 - د. منتصر سعيد حمودة، حقوق الإنسان أثناء النزاعات المسلحة"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2008، ص 294.

2 - د. أحمد أبو الوفا، القانون الدولي الإنساني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص 163

3 - ينظر المادة 154 فقرة 1 من القواعد الإجرائية للمحكمة الجنائية الدولية.

4 - ينظر المادة 154 فقرة 2 من القواعد الإجرائية للمحكمة

المحاكمة وترى الدائرة الابتدائية أن اتخاذ دائرة الاستئناف قرارا فوريا بشأنها يمكن أن يؤدي إلى تحقيق تقدم كبير في سير الإجراءات و يرفع الاستئناف في أجل أقصاه خمسة (05 أيام) من تاريخ التبليغ⁽¹⁾.

وتنص المادة 57 فقرة 03(ج) على أنه يجوز للدولة المعنية أو المدعي العام كذلك بعد إذن من الدائرة التمهيدية استئناف القرار الصادر عنها و يتعلق الأمر بقرارات منح الإذن للمدعي العام باتخاذ خطوات تحقيق محددة داخل إقليم دولة طرف دون أن يكون قد ضمن تعاون تلك الدولة وموافقتها وينظر في هذا الاستئناف على أساس مستعجل⁽²⁾.

المطلب الثاني: مواعيد الاستئناف وإجراءات تقديمه

لقد بين النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية إجراءات الاستئناف أمام دائرة الاستئناف في نصوص محددة من مواد النظام الأساسي بالإضافة إلى القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الخاصة بالمحكمة الإجراءات المتبعة عند تقديم الاستئناف مع احترام الأجل القانونية لذلك سنتطرق إلى الفرع الأول مواعيد الاستئناف ثم الفرع الثاني إجراءات تقديم الاستئناف:

- الفرع الأول: مواعيد الاستئناف

فضلا عن الحالات المحدد أصل الاستئناف فيها سابقا، فإنه يرفع الاستئناف من طرف الشخص المدان أو المدعي العام في أجل لا يتجاوز 30 يوما من تاريخ إخطاره بالقرار أو الحكم أو الأمر مجبر الضرر، كما يجوز لدائرة الاستئناف تمديد هذه المدة لأي سبب وجيه عند تقديم طلب من طرف ملمات رفع الاستئناف⁽³⁾.

- الفرع الثاني: إجراءات تقديم الاستئناف

لقد بين النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية إجراءات الاستئناف أمام دائرة الاستئناف في نصوص محددة من مواد النظام الأساسي بالإضافة إلى تضمين القواعد الإجرائية الخاصة بالمحكمة الإجراءات المتبعة عند تقديم الاستئناف وقد جاء هذا الاتجاه مختلف عن الأنظمة السياسية للمحاكم القضائية الدولية السابقة، وقد صيغت أحكام الاستئناف في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على نحو تجمع فيه الدائرة الاستئنافية ما بين وظائف الاستئناف ووظائف النقض والتمييز وكان ذلك بمثابة حل وسط تخضع أحكام المحكمة لاستئناف واحد وبحق الاستئناف للمدعي العام على غرار الأطراف الاخرى الذين يحق لهم الاستئناف هذه الأحكام⁽⁴⁾ والقيام بالإجراءات التالية :

- يقدم طلب الاستئناف إلى مسجل المحكمة.

1- ينظر المادة 82 فقرة 1(د) والمادة 155 مجتمعتان.

2- ينظر المادة 150 فقرتين 01 و 02 من المواد الإجرائية.

3- ينظر المادة 150 فقرتين 01 و 02 من القواعد الإجرائية

4- د. جهاد القضاة، درجات التقاضي وإجراءاتها في المحكمة الجنائية الدولية، المرجع السابق، ص 144 و 145

- يخطر المسجل الأطراف التي شاركت في الإجراءات و التدابير أمام الدائرة الابتدائية بأنه قد تم تقديم استئناف .
- يحيل المسجل ملف القضية بالكامل من الدائرة الابتدائية إلى دائرة الاستئناف.
- أما إجراءات نظر الاستئناف فهي تتم كالتالي:
- تعقد دائرة الاستئناف في أسرع وقت ممكن جلسة استماع للاستئناف.
- تكون إجراءات الاستئناف خطية في حالة عدم عقد جلسة استماع.
- تتمتع دائرة الاستئناف بكافة سلطات الدائرة الابتدائية .
- إذا تبين لدائرة الاستئناف أن التدابير المستأنفة كانت مجحفة على نحو يمس بموثوقية القرار أو الحكم المستأنف قد شابه غلط جوهري في القانون أو الوقائع جاز لها أن تأمر بأي مما يلي:
- أن تلغى أو تعدل القرار أو الحكم المذكور.
- أن تأمر بإجراء محاكمة جديدة أمام دائرة ابتدائية أخرى.
- ويجوز أن تطلب من الدائرة الابتدائية التي صدر عنها القرار أو الحكم محل الاستئناف إعادة التحقيق في مسألة تتعلق بالوقائع وأن تبلغها بالنتيجة أو تبحث هذه الأدلة بنفسها دون اللجوء إلى الدائرة الابتدائية ⁽¹⁾.
- إذا كان مقدم الاستئناف الشخص المدان أو المدعي العام نيابة عنه في حكم أو قرار صادر بعقوبة فلا يحق لدائرة الاستئناف تعديله للأسوأ تطبيقاً لقاعدة أن لا يضار طاعن بطعنه ⁽²⁾.
- يصدر حكم دائرة الاستئناف بأغلبية آراء القضاة وينطق به في جلسة علنية ويجب أن يشمل الحكم على أسبابه وعندما لا يوجد إجماع على الحكم يجب أن يتضمن الحكم بيان رأي الأغلبية ورأي الأقلية، ولكن يجوز لأي قاضي من القضاة أن يصدر رأياً منفصلاً أو مخالفاً بشأن المسائل القانونية، ويجوز أن تصدر دائرة الاستئناف حكمها في غياب الشخص المبرأ أو المدان ⁽³⁾.
- للإشارة فقد أتت القواعد الإجرائية حسب المادتين 152 و157 على جواز وقف الاستئناف سواء بالنسبة للإستئنافات التي تتطلب إذناً حسب المادة 155 والتي لا تتطلب إذن حسب المادة 154 ويكون ذلك بواسطة إخطار يقدم للمسجل من طرف من قدم الاستئناف في أي وقت قبل صدور الحكم مع ضرورة إخطار الأطراف الأخرى بهذا الوقف.

1 - ينظر المادة 83 فقرة 02 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

2 - ينظر المادة 83 فقرة 03 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

3 - ينظر المادة 83 فقرتين 04 و05 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

من خلال قراءة المواد 81 و 82 و 83 من النظام نجد أنها أخذت بطريق الاستئناف كطريق طعن عادي والذي يترتب من أهم آثاره وقف تنفيذ الحكم المستأنف أو القرار سواء بالإدانة أو البراءة، أما بالنسبة للقرارات الأولية التي لا تفصل في الخصومة الجنائية فالأصل فيها أن استئنافها لا يترتب عليه وقف تنفيذها، إلا إذا رأت دائرة الاستئناف بناء على طلب ملبس الاستئناف غير ذلك.

المبحث الثاني: الطعن عن طريق التماس إعادة النظر

الطعن بإعادة النظر: هو وسيلة إصلاح الخطأ القضائي الذي ينسب الواقعة الإجرامية إلى الإنسان يتبين بعدها على وجه اليقين انه برئ منها وبعد استفاد كل المحاولات لإلغاء الحكم دون فائدة .

وقد منح النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية صلاحية إعادة النظر في الإدانة أو العقوبة لدائرة الاستئناف وبيتها المادة 84 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية منه أصحاب الحق في طلب إعادة النظر على سبيل الحصر- والأسباب التي تؤدي الى إعادة النظر في الإدانة أو العقوبة سواء كانت أسباب موضوعية أو أسباب شخصية⁽¹⁾ وعليه يمكن التطرق الى المطلب الأول أسباب طلب إعادة النظر أما المطلب الثاني إجراءات طلب إعادة النظر وآثاره

المطلب الأول: أسباب طلب إعادة النظر

يعتبر الطعن إعادة النظر في الأحكام النهائية إدانة أو عقوبة حق استثنائي محدد في حالات ومقيد بشروط وإجراءات وفقا للنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية سواء من حيث تحديد الجهة المختصة في تقديم هذا الطلب , وكذا تحديد الأسباب التي يعتمد عليها الطالب لقبول طلب وعليه تنطبق إلى الفرع الأول الجهات المختصة في طلب إعادة النظر أما الفرع الثاني أسباب طلب إعادة النظر

الفرع الأول: الجهات المختصة في طلب إعادة النظر

تختص الأصل أنه لا يقبل الطعن الا ممن كان صاحب الصفة في الدعوى الجنائية الدولية التي صدر بها الحكم القضائي ويجب أن يكون لمقدم الطعن الصفة والمصلحة مادية وموضوعية وقد اختلفت الأنظمة الأساسية للمحاكم الجنائية الدولية فيما بينها فيما يتعلق في الاشخاص الذين لهم حق في طلب إعادة النظر في الحكم , فبالرجوع إلى المادة 84 الفقرة الأولى من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية التي حدد الأشخاص الذين لم الحق في تقديم الطلب أمام دائرة الاستئناف لإعادة النظر في الحكم النهائي سواء بالإدانة أو البراءة وهم أ- المتهم المدان شخصيا .

ب - أما بعد وفاة المتهم فيحق لكل من الزوج أو الأولاد أو الوالدين أو أي شخص من الأحياء يكون قد تلقى تعليمات خطية صريحة من المتهم قيد حياته القيام بهذا الإجراء .

1 د- محمد القضاة، درجات التقاضي وإجراءاتها في المحكمة الجنائية الدولية، المرجع السابق، ص 150 .

ج- المدعي العام نيابة عن الشخص أن يقدم هذا الطلب⁽¹⁾

الفرع الثاني: أسباب إلتماس إعادة النظر

يجب أن يستند المدعي العام أو المتهم المدان في طلب إعادة النظر في الحكم النهائي الصادر بالإدانة أو العقوبة للأسباب التالية :

01- إكتشاف أدلة جديدة، ويشترط أن تتوفر في هذه الأدلة شرطان لكي يمكن الاستناد إليها لطلب إعادة النظر وهما:

أ- أنها لم تكن متاحة وقت المحاكمة،

ب- وأن عدم إتاحة هذه الأدلة لا يعزى كلياً أو جزئياً إزاء الطرف المقدم للطلب.

02 - أن تكون على قدر كاف من الأهمية، بحيث أنها لو كانت قد أثبتت عند المحاكمة لكان من المرجح أن تسفر عن حكم مختلف

03 - تكون على قدر كاف فيجب أن يستند الحق في تقديم الطلب إستناداً إلى أدلة جديدة كان يمكن أن يكون لها تأثير حاسم على الإدانة أو العقوبة⁽²⁾.

04- إذا تبين أن واحداً أو أكثر من القضاة الذين إشتروا في تقرير الإدانة أو إعتاد التهم، قد إرتكبوا في تلك الدعوى سلوكاً سيئاً جسيماً، أو أخلوا بواجباتهم إخلالاً جسيماً، على نحو يتسم بدرجة من الخطورة تكفي لتبرير عزل ذلك القاضي أو أولئك القضاة بموجب المادة 46 من النظام الأساسي.

المطلب الأول: إجراءات طلب إعادة النظر وآثاره

يخضع الطعن إعادة النظر في الأحكام النهائية إلى شروط وإجراءات وفقاً للنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية وجب على الطاعن التقيد بها من شأنها أن تؤدي إلى إعادة النظر فيها وقبول دعواه من الدائرة الإستئنافية واتخاذ بأشبه الإجراءات المناسبة وعليه تنطبق إلى الفرع الأول إجراءات إعادة النظر أما الفرع الثاني الآثار المترتبة عن طلب إعادة النظر

الفرع الأول: إجراءات إعادة النظر

بين النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية وكذا القواعد الإجرائية الخاصة بالمحكمة الإجراءات القانونية المتبعة عند تقديم الطعن عن طريق إعادة النظر في الحكم وبين الأشخاص الذين لهم الحق في ذلك وعند تقديم الطلب

1 - د. محمد القضاة، درجات التقاضي وإجراءاتها في المحكمة الجنائية الدولية، المرجع السابق، ص 152 .

وينظر المادة 84 الفقرة 01 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية

2 أ- ونوفي جمال ، مقدمة في القضاء الدولي الجنائي، مقدمة في القضاء الجنائي الدولي ، دار هومة ، الجزائر ، 2005، ص 164

- وينظر المادة 84 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

يجب أن يكون طبقا إلى المادة 84 من النظام الأساسي والقواعد 159 و 160 و 161 من القواعد الإجرائية للمحكمة⁽¹⁾ وهذه الإجراءات تتمثل فيما يلي:⁽²⁾

- يقدم الطلب بموجب عريضة خطية مسببة و مدعمة بمستندات تؤيدها قدر الإمكان.
- إذا استدعى الأمر حضور المتهم المحبوس في دولة أخرى تصدر الدائرة أمرا بإحضاره
- تحدد دائرة الاستئناف جلسة للنظر في موضوع الطلب.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن اعادة النظر

- تفصل دائرة الاستئناف في قبول الطلب أو رفضه بأغلبية قضااتها ويكون مؤيدا بأسباب خطية، فترفض الدائرة طلب إعادة النظر إذا رأت أنه بغير أساس أو أسباب تبرره، أما إذا رأت أنه جدير بالاعتبار جاز لها حسب ما يكون مناسباً:⁽³⁾

01- الخيار الأول تدعو الدائرة الابتدائية الأصلية إلى الانعقاد مجددا وهو قرار ذو حدين اذ من شأنه عدم التأخير الإجراءات نظرا لان هذه الدائرة ملزمة بظروف الدعوى وملابستها كونها سبق أن نظرتها أو أصدرت قرار بها وهو أمر ايجابي أما الأمر السلبي فهو أن يكون من شأن هذا القرار تفويت الغاية من الطعن فقد تنحاز الدائرة الابتدائية لحكمها السابق .

02- أما الخيار الثاني تتشكل دائرة ابتدائية جديدة

03- أما الخيار الثالث فهو تبقي على اختصاصها وذلك بهدف التوصل بعد سماع الأطراف على النحو المنصوص عليه في القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات الى القرار بشأن ما ينبغي إعادة النظر في الحكم من عدمه طبقا للمادة 84 الفقرة الثانية من النظام الأساسي للمحكمة

وفي كل الأحوال تعقد الدائرة الاستئناف جلسة استماع لتقرير ما اذا كان ينبغي اعادة النظر في الإدانة أو العقوبة في موعد تقررره هي وتبلغه إلى المقدم الطلب والى جميع الأطراف الذين تلقوا الإخطار في الجلسة , وتمارس دائرة الاستئناف جميع صلاحيات الدائرة الابتدائية مع مراعاة ما يقتضيه اختلاف الحال وذلك عملا

1 د- حماد القضاة، درجات التقاضي وإجراءاتها في المحكمة الجنائية الدولية ، المرجع السابق ، ص 150 .

وينظر المادة 161 من القواعد الإجرائية للمحكمة الجنائية الدولية.

2 - أ.سنديانة أحمد بودرعة ، صلاحيات المدعي العام في المحكمة الجنائية الدولية ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص 230 .

وينظر المادة 161 من القواعد الإجرائية للمحكمة الجنائية الدولية.

3 - د.حماد القضاة، درجات التقاضي وإجراءاتها في المحكمة الجنائية الدولية ، المرجع السابق ، ص 155 .

وينظر المادة 161 من القواعد الإجرائية للمحكمة الجنائية الدولية.

بالباب السادس من النظام الأساسي والقواعد المنظمة للإجراءات وتقديم الأدلة في الدائرتين التمهيدية والابتدائية طبقاً للمادة 161 الفقرة الأولى والثانية من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات في المحكمة⁽¹⁾

خاتمة :

وفي الأخير يمكن القول أن إدراج المحكمة الجنائية الدولية لموضوع الطعن في أحكامها سواء كان ذلك عن طريق الطعن بالاستئناف أو التماس إعادة النظر في نظامها الأساسي والقواعد الإجرائية المنظمة لها وذلك بتحديد إجراءات الطعن وكذا الشروط شكلية والموضوعية التي وجب توفرها من شأنها رفع ما أصاب الخصوم في الدعوى من ضرر ناشئ عن حكم أو قرار الذي صدر في غير صالحهم وهذا يعد تكريسا لمبادئ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان من خلال إرساء قرينة البراءة فالأصل في الإنسان البراءة إلى أن يثبت عكس ذلك بوجود أدلة وقرائن تدل على ارتكاب الأفعال والجرائم طبقاً للبرادة الخامسة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية وكذا مبدأ التقاضي على درجتين وإعطاء ضمانات كافية للأفراد لإعادة محاكمتهم في إطار المحاكمة العادلة الذي يساهم بقدر كبير في حماية حقوق الإنسان من الانتهاكات الواقعة عليه وتؤدي بالنتيجة إلى وجود عدالة الجنائية الدولية كل ذلك يساهم في الاستقرار و حفظ الأمن والسلم الدوليين .

المراجع باللغة العربية :

أولاً: الكتب

- 01- د. أحمد أبو الوفا، القانون الدولي الإنساني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص 163
- 02- د. عصام عبد الفتاح مطر، القضاء الجنائي الدولي مقدمات إنشائها، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010
- 03- عبدالعزيز سعد، طرق وإجراءات الطعن في الأحكام والقرارات القضائية، دارهومة، الجزائر، 2006.
- 04 - د. منتصر- سعيد حمودة، حقوق الإنسان أثناء النزاعات المسلحة"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2008، ص 294 .
- 05-لندة معمر يشوي، القضاء الجنائية الدولية البائنة واختصاصاتها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010
- 06 - أ. ونوقي جمال، مقدمة في القضاء الجنائي الدولي ن، دار هومة، الجزائر، 2005، ص 164

القوانين :

- 01-النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية لسنة 1998
- 02- القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات للمحكمة الجنائية الدولية

1 - د. محمد القضاة، درجات التقاضي وإجراءاتها في المحكمة الجنائية الدولية، المرجع السابق، ص 156 .

المنازعات الناتجة عن عملية المسح و الترقيم العقاري*

بن داني يوسف- باحث دكتوراه- كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس

الملخص:

تتنوع المنازعات المتعلقة بعملية الترقيم في السجل العقاري حسب نوع الترقيم، يبين الترقيم في حساب المجهول و ترقيم مؤقت قابلين للتسوية من طرف الإدارة المختصة نفسها، أي إدارة المسح غب أول وهلة، أو المحافظة العقارية بعد إيداع وثائق المسح لديها.

و في وقت لاحق تتم التسوية أمام السلطة القضائية المختصة، أي أمام القسم العقاري للمحكمة، إذا تعلق الأمر بمنازعات الترقيم المؤقت القائمة بين الأشخاص الخاضعين للقانون الخاص (المادة 516 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية)، بعد انقضاء الآجال القانونية الخاصة بالتسوية الإدارية، أو المحكمة الإدارية إذا تعلق الأمر بترقيم في حساب مجهول أو في حساب الدولة، وكذلك الترقيم النهائي الذي لا يمكن إلغائه إلا عن طريق القضاء (المادة 16 من المرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 25-03-1976 المتضمن تأسيس السجل التجاري).

تلك هي الفكرة التي يسعى هذا المقال لاحتواءها بالدراسة والتحليل.

Résumé

Les contestations relatives a l'immatriculation au livre foncier varient selon le type de numérotation entre le compte anonyme et provisoire de numérotation qui peuvent être réglé par l'administration compétente elle-même, c'est - a - dire l'administration cadastrale dans un premier temps, o la conservation foncière après le dépôt des documents du cadastre auprès de cette administration, e dans un seconde temps par l'autorité judiciaire compétente, c'est-a-dire devant la section foncière d tribunal, s'il s'agit d'une numérotation provisoire entre personnes de droit privé (ART 516 d ode de procédure civile et administrative après l'extinction des délais légaux concernant le règlement administratif, ou le tribunal administratif s'il s'agit d'une numérotation pour le compte anonyme, u au profit de l'état, ainsi que la numérotation définitive qui ne peut être annulé que par la justice (AET 16 du décret 7-63en date du 5-03197 portant constitution d livre foncier)

Telle est la réflexion que cet article chercher a contenir par étude et analyse

* تاريخ إيداع المقال: 2016/12/01

تاريخ تحكيم المقال: 2016 / 12/13

المقدمة

لقد كان لنظام الشهر الشخصي المعتمد إبان الحقبة الاستعمارية أسوء الأثر على أهم حق من الحقوق وهو حق الملكية العقارية، ذلك أنه لم يستجب لأهم أهداف الشهر العقاري المتمثلة في إعلان التصرفات العقارية لجميع المواطنين حتى تكون هذه التصرفات بمنى عن المنازعات التي من شأنها استحقاق أو استرداد العقار¹.

وقد استمرت الجزائر بعد استعادة السيادة الوطنية في تطبيق نظام الشهر الشخصي- الذي يعتمد في إعلان التصرفات العقارية على أساء الأشخاص والذي كانت تشوبه الكثير من العيوب، وكانت الملكية العقارية عرضة للمنازعات وعدم الاستقرار، ولهذا حاول المشرع أن يتدارك هذا الأمر فأصدر عدة نصوص تشريعية وتنظيمية منها الأمر رقم 73-71 المؤرخ في 08 نوفمبر 1971 المتضمن قانون الثورة الزراعية والمرسوم رقم 73-32 المؤرخ في 05 جانفي 1973 المتعلق بإثبات الملكية الخاصة، ثم القانون رقم 74-26 المؤرخ في 20 فيفري 1974 المتضمن إنشاء إحتياطات عقارية بلدية، إلا أن ذلك لم يف بالغرض المطلوب.

ولعل أهم نص أصدره المشرع الجزائري بعد الاستقلال هو الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري والذي كان يهدف إلى الانتقال من نظام الشهر الشخصي- إلى نظام الشهر العيني حيث جعل هذا الأمر عملية المسح العام للأراضي هي أساس الترقيم العقاري²، وتكريسا لنفس الغرض صدر المرسومان التطبيقيان لهذا الأمر وهما المرسوم رقم 62-76 المتعلق بإعداد مسح الأراضي، والمرسوم رقم 63-76 المتضمن تأسيس السجل العقاري المؤرخان في 25 مارس 1976، والذان تم تعديلها لاحقا بعدة مراسيم³، ويمثل المرسوم الأول الجانب التقني لعملية المسح العام الذي تقوم به الإدارة المحلية للمسح بالولاية (مديرية مسح الأراضي) والمرسوم الثاني الجانب القانوني المتمثل في السجل العقاري وتسليم سندات الملكية، وكل من مهام مصالح الحفظ العقاري المنتشرة على مستوى الولاية.

لقد أثار تبني الدولة لنظام الشهر العيني عدة منازعات نتيجة غياب المالكين أو الحائزين أثناء عملية المسح أو الأخطاء المرتكبة أثناء هذه العملية، حيث تم ترقيم حقوقهم باسم الغير أو باسم المجهول، ولهذا فتح القانون سبيلا للمتضررين يتمثل في الاعتراض على عملية تسجيل العقار من طرف فرقة المسح أو ترقيمه من طرف المحافظة العقارية حسب المرحلة التي تكون عليها هذه العملية⁴ أو الطعن أمام الجهات القضائية المختصة. فما هي

¹ - ممدوح البركشلي، أحكام الشهر العقاري في القانون السوري، مقال مجموعة أعمال الحلقة الدراسية لقوانين الشهر العقاري في الدول العربية لسنة 1972، ذكره جال بوشناق في مؤلفه شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، طبعة 2006، ص 19.

² - أنظر المادة 02 من الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري حيث جعلت من عملية مسح الأراضي أساسا ماديا للسجل العقاري.

³ - لقد تم تعديل المرسوم 62-76 بالمرسوم رقم 84-400 المؤرخ في 24 ديسمبر 1984 والمرسوم رقم 92-138 المؤرخ في 07 أفريل 1992، وتم تعديل المرسوم 63-76 بالمرسوم رقم 80-210 المؤرخ في 31 سبتمبر 1980 والمرسوم رقم 93-123 المؤرخ في 19 ماي 1993.

⁴ - أنظر المواد 11، 12، 13 و 14 من المرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 25 - 03 - 1973 المتضمن تأسيس السجل العقاري.

عملية المسح والترقيم العقاري، وما وظيفتها؟ وكيف يتم حل المنازعات الناجمة عنها؟ هذا ما سوف نتناوله في هذه الدراسة.

* أولا: مرحلة المسح العام للأراضي

إنه واستنادا للمرسوم رقم 62-76 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام المعدل والمتمم تقوم مصالح مسح الأراضي للولاية بإعداد مشروع قرار يتضمن افتتاح عملية المسح العام على إقليم بلدية معينة، ثم يقوم والي الولاية المختص إقليميا¹ بإصدار القرار وتوقيعه، ويكون تاريخ القرار بداية إنطلاق أشغال المسح العام، حيث تنص المادة 07 من نفس المرسوم على أنه: " تنشأ لجنة لمسح الأراضي من أجل وضع الحدود في كل بلدية بمجرد افتتاح العمليات المسحية، ويرأس هذه اللجنة قاضي يعينه رئيس المجلس القضائي... إلخ" فما هو إذا المسح العام للأراضي ؟ وما هي أهميته ؟

1 * مفهوم المسح العام للأراضي وأهميته

لقد عرفت المادة الثانية (02) من الأمر رقم 74-75 المسح العام بأنه: " يحدد ويعرف النطاق الطبيعي للعقارات، ويكون أساسا ماديا للسجل العقاري"

إن الملاحظ على هذا التعريف أن المشرع الجزائري لم يعرف المسح في حد ذاته بل إكتفى بذكر أهدافه، باعتباره عملية ترمي إلى فرز سائر الملكيات المتعلقة بالعقارات بغرض تأسيس السجل العقاري²، كما عرفت الأستاذة ليلي زروقي المسح العقاري بأنه: " يتكفل بتحديد معالم الأرض، وتقسيمها إلى وحدات ملكية وإعطائها أرقاما خاصة ورسم مخططاتها³، وعرفه الأستاذ خالد رامول بأنه: " أداة لحصر- جميع الملكيات العقارية سواء كانت حضرية أو ريفية..."⁴

وانطلاقا من التعريفات التشريعية والفقهية المختلفة لعملية المسح، والتي كانت كل واحد منها تنظر له من زاوية خاصة إما من خلال أهدافه أو إجراءاته، يمكننا أن نعرف عملية المسح بأنها: " تلك العملية التي تقوم بها جهة إدارية ذات طابع تقني هي مديرية مسح الأراضي على مستوى الولاية. وهذا مجرد و إحصاء العقارات الريفية والحضرية وترقيمها في شكل أقسام ومجموعات للملكية ووضع مخططات لها، وهذا بغرض تطهير الملكية العقارية"

¹ - أنظر إلى المادة 02 من المرسوم 62-76 المؤرخ في 25 - 03-1976 المتضمن إعداد مسح الأراضي

² - د عار بوضياف، المسح العقاري واشكالاته القانونية في الجزائر، مقال منشور بمجلة العلوم الاجتماعية والانسانية، أشارت إليه الأستاذة نعيمة حاجي في كتابها، المسح العام وتأسيس السجل العقاري في الجزائر، دار الهدى، طبعة 2009 ص 19.

³ - الأستاذة ليلي زروقي- أستاذة عمر حمدي باشا- المنازعات العقارية، دار هومو طبعة 2004 ص 47

⁴ - الأستاذ خالد رامول المحافظة العقارية كآلية للحفاظ العقاري في التشريع الجزائري، قصر- الكتاب الجزائر، ص 30 أشارت إليه الأستاذة نعيمة حاجي في متابها المسح العام وتأسيس السجل العقاري في الجزائر، مرجع سابق

من هذا المنطلق تبدو أهمية عملية المسح في كونها جاءت لتطهير العقار، وهذا بتحديد هويته وإعطائه شكله الرسمي وتسوية وضعية العقارات التي لا يملك أصحابها سندات لإثبات ملكيتهم، وهذا لإستقرار المراكز القانونية، والحد من المنازعات.

2* وظيفة عملية المسح وطبيعة أعمالها

تقوم فرقة مسح الأراضي بجمع الوثائق الضرورية للسير الحسن لعملية المسح، وبأعمال ميدانية تتمثل في عمليات التحقيق العقاري حيث تطلع هذه الفرقة على كل المخططات منها محاضر التحقيق الإجمالية والجزئية، ومخططات وسجلات محتويات الغابات، وقرارات تأميم الأراضي في إطار قانون الثورة الزراعية رقم 71-73 المشار إليه سابقا، وقرارات إرجاع هذه الأراضي إلى ملاكها الأصليين طبقا لقانون التوجيه العقاري رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990، والعقود المشهورة بالمحافظة العقارية والوثائق الجبائية الموجودة على مستوى إدارة الضرائب، وبعد نشر القرار الولائي المتضمن إطلاق عملية مسح الأراضي، تقوم مصالح المسح بنشر- عمليات المسح لتمكين المالكين العموميين والخواص من إثبات ملكياتهم أو حيازاتهم للعقارات محل المسح¹، وهذا بكل وسائل الإثبات المنصوص عليها قانونا والتي سيأتي تفصيلها لاحقا.

وبعد الانتهاء من عملية المسح، تودع نسخ من وثائق المسح لدى المحافظة العقارية المختصة إقليميا وهذا ما تضمنته المادة 08 من الأمر 63-76، وتتمثل هذه الوثائق في تصميم مسح الأراضي الذي يتشكل من جدول الأقسام، وسجل لقطع الأراضي ترتب فيه العقارات حسب الترتيب الطبوغرافي، ومن دفتر لمسح الأراضي تسجل فيه العقارات المتجمعة من قبل كل مالك أو مستغل حسب الترتيب الأبجدي، ومخطط لمسح الأراضي² ويأتي إيداع هذه الوثائق بالمحافظة العقارية بعد إيداعها بمقر البلدية محل وقوع العقار لمدة شهر لتمكين المعنيين من تقديم اعتراضاتهم أمام لجنة المسح³

ولعل أول سؤال يتبادر إلى الذهن هو كيف يمكن تكييف هذه الأعمال التي تقوم بها إدارة المسح؟ وما مدى جواز الطعن القضائي فيها؟

إن وثائق المسح المشار إليه سابقا لا يمكن أن تشكل قرارا إداريا بمفهومه القانوني التقليدي، بل هي مجرد عمل تحضيري ومهد لصدور هذا القرار من الجهة المختصة قانونا وهي المحافظة العقارية (قرار التقييم)⁴، وبالتالي فإن الأعمال التحضيرية لا تكون قابلة للطعن القضائي، ولكن تكون قابلة للتصحيح الإداري، حيث يجوز في هذه المرحلة تصحيح الأخطاء بوصف العقار أو بهوية المالك، وبشرط أن لا يمس هذا التصحيح المراكز القانونية للأطراف حسب رأينا أي عدم المساس بأصل الحق وهو حق الملكية أو تغيير المالك.

¹ - أنظر المادة 03 من المرسوم رقم 62-76 المؤرخ في 25-03-1976 المتضمن إعداد مسح الأراضي

² - أنظر المادة 08 من الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام، وتأسيس السجل العقاري.

³ - أنظر المادة 11 من المرسوم رقم 62-76 المؤرخ في 12-03-1976 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري

⁴ - أنظر قرار مجلس الدولة تحت رقم 100425/14 بتاريخ 24-04-2014 غير منشور

* ثانيا: مرحلة التقييم العقاري

لقد نصت المادة الثامنة من المرسوم رقم 63-76 على إيداع وثائق المسح لدى المحافظة العقارية وذلك من أجل تحديد حقوق الملكية والحقوق العينية الأخرى، وشهرها في السجل العقاري، ويثبت هذا الإيداع بموجب محضر تسليم يحرره المحافظ العقاري، كما نصت المادة التاسعة (09) من نفس المرسوم على أن هذا المحضر- يكون محل إشهار واسع في أجل أقصاه ثمانية أيام إبتداء من تاريخ إيداع وثائق مسح الأراضي ولمدة أربعة أشهر بكل وسيلة لتمكين المالكين وذوي الحقوق العينية العقارية الأخرى من تسليم كل وثيقة تشهد بحقوقهم على العقارات المسوَّحة من المحافظة العقارية، وتتطرق فيما يلي إلى مفهوم عملية والتقييم العقاري ثم حالات التقييم العقاري.

1- مفهوم عملية التقييم العقاري

رغم أن المشرع لم يعط تعريفا دقيقا لهذه العملية، إلا أنه وحسب ما يستشف من أحكام الأمر رقم 74-75 والمرسوم رقم 63-76 السابق الإشارة إليهما، فإنه يمكننا أن نعرف هذه العملية بأنها: " تلك العملية التي يقوم بها المحافظ العقاري المختص إقليميا بعد تسلمه لوثائق المسح من طرف مديرية مسح الأراضي ويكون هذا التقييم إما نهائيا أو مؤقتا".

وتتم عملية التقييم بعد أن يقوم المحافظ العقاري بتحديد حقوق الملكية، وباقي الحقوق العينية الواجب إشهارها في السجل العقاري بناء على وثائق المسح والعقود والوثائق المقدمة من طرف المعنيين بالمسح وهذا ما أشارت إليه المادتان 11 و 13 من الأمر رقم 74-75، ثم جاءت المادة 66 من القانون رقم 10-14 المؤرخ في 31-12-2014 المتضمن قانون المالية لسنة 2015 والمعدلة للمادة 11 من نفس المرسوم¹ لتوضح أن العون المكلف بمسك السجل العقاري هو الذي يقوم بتقييم العقارات المسوَّحة في السجل العقاري أثناء إيداع وثائق المسح.

2- سلطة المحافظ العقاري في عملية التقييم وحدودها

إن السؤال الذي كثيرا ما راود بعض القانونيين هو ما مدى سلطة المحافظ العقاري في رفض إجراء إشهار الحقوق إذا كانت عملية المسح غير مطابقة مع العقود المتمسك بها بعد إيداع وثائق المسح؟

نحن نعتقد ومن خلال استقراءنا لمجمل النصوص القانونية المنظمة لعملية المسح والتقييم العقاري لاسيما المادة 3/11 من المرسوم رقم 63-76² أن صلاحية المحافظ العقاري بعد إيداع وثائق المسح تقتصر على إشهار الحقوق حسب هذه الوثائق، ويمكن له تصحيح بعض الأخطاء المادية فقط دون تغيير لأصل الحق، لأنه وفي حالة حدوث منازعة من هذا القبيل أثناء عملية الاعتراض، كما سيتضح ذلك لاحقا فإن المحافظ العقاري يحرر محضر- بعدم الصلح ويحيل المتنازعين أمام الجهة القضائية المختصة³، لأن الحالات المنصوص عنها بالمواد من 100 إلى

¹ - أنظر المادة 66 من القانون رقم 14 - 10 المؤرخ في 31-12-2014 المتضمن قانون المالية لسنة 2015.

² - أنظر إلى المادة 3/11 من المرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 25-03-1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري.

³ - أنظر المادة رقم 15 من المرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 25-03-1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري.

110 من المرسوم رقم 63-76 والمتعلقة بسلطة المحافظ العقاري في رفض إجراء الإشهار وردت على سبيل الحصر وهذا ما تؤكد كذلك المادتان 516 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمادة 16 من المرسوم رقم 63-76 واللذان تنص على أن المنازعة في قرار التقييم تكون من إختصاص القضاء.¹

فالمحافظ العقاري يقوم أثناء عملية الإيداع بالتحقق من هوية الأطراف، وأهليتهم وصحة الوثائق المطلوبة من أجل إشهار الحقوق² ولعل المقصود هنا بصحة الوثائق المطلوبة هي تلك الوثائق التي يطلبها المحافظ العقاري من الأطراف والمنصوص عليها بالمادة 13 من الأمر رقم 74-75 والتي تتضمن وجوب إيداع المعنيين جدولاً محرراً على نسختين حسب الحالة إما من قبل موثق أو كاتب عقود إدارية أو كاتب ضبط، ويرفق هذا الجدول بجميع السندات والعقود المثبتة للملكية العقارات أو الحقوق العينية العقارية الأخرى المقدمة للإشهار وذكرت هذه المادة في فقرتها الثانية مضمون هذه الوثائق من عقود ووصف للعقارات بالاستناد لمخطط المسح وهوية وأهلية أصحاب الحقوق العينية والأعباء التي تشغل العقارات عند الاقتضاء، وبقراءة متأنية لمضمون هذه المادة يتضح بجلاء أن هذه الوثائق المطلوبة يجب أن تكون بالاستناد إلى مخطط مسح الأراضي أما إذا كانت مخالفة له وفي حالة نشوب منازعة أثناء الاعتراض فليس من صلاحية المحافظ العقاري تصحيح هذا الوضع حسب رأينا.

وما تجدر الإشارة إليه أن هذه المادة قد ألغيت بموجب المادة 66 من القانون 10-14 المؤرخ في 31 ديسمبر 2014 المتضمن قانون المالية لسنة 2015، بعد أن عدلت المادة 65 منه المادة 11 من الأمر رقم 74-75 والتي أصبحت تنص على أنه: "يقوم العون المكلف بمسك السجل العقاري بتقييم العقارات المسحوخة في السجل العقاري على أساس وثائق المسح" وأغفلت هذه المادة ذكر أن العون المكلف بمسك السجل العقاري يقوم بعملية التقييم تحت إشراف المحافظ العقاري، وفي رأينا أن هذا التعديل قد جاء ليؤكد المادة 3/11 من المرسوم 63-76³ والتي تنص على أن عملية التقييم تكون على أساس وثائق المسح، ومن جهة أخرى لتؤكد على عدم أهلية المحافظ العقاري للبت في منازعات التقييم الناشئة بعد عملية المسح والتي تعتبر من الأعمال القضائية المحضة.

وهكذا فإن التقييم يعتبر سارياً من تاريخ إيداع المسح بالمحافظة العقارية كما تنص على ذلك المادة 2/11 من المرسوم رقم 63-76⁴، وهذا بخلاف بعض الآراء التي تذهب إلى القول أنه لا يمكن أن تتم عملية التقييم إلا من يوم إحضار المعنيين للوثائق المطلوبة من المحافظ العقاري المنصوص عنها في المادة 13 السابق الإشارة إليها.

¹ - أنظر المادتان 516 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المؤرخ في 25-02-2008 تحت رقم 09-08 وكذلك المادة 16 من المرسوم رقم 63-76 المذكور أعلاه.

² - أنظر المادة 13 و 22 من الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 12-11-1975، والمادة 10 من المرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 25-03-1976 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري

³ - أنظر المادة 3/11 من المرسوم رقم 63-76 المذكور سابقاً

⁴ - تنص المادة 11 فقرة 2 من المرسوم رقم 63-76 على: "يعتبر التقييم العقاري قد تم من يوم الإمضاء على محضر تسليم وثائق مسح الأراضي"

ولكن غالبا ما يثار بعض الصعوبات في الأساس الذي يتم الاستناد إليه أثناء التحقيق الميداني الذي تقوم به فرقة المسح أو حتى أمام القاضي المختص في مرحلة لاحقة في تحديد هذه الحقوق العقارية، فأحيانا يتمسك ذوي الشأن بسندات رسمية أو عرفية يصعب الاستناد إليها من حيث مدى حجيتها وقوتها الثبوتية، وأحيانا أخرى لا يكون للأطراف أي سند مكتوب ويتمسكون بالحيازة كأساس للمطالبة بترقيم العقار، وهذا ما سنوضحه فيما يلي:

3- وسائل إثبات الملكية أو الحيازة كأساس للترقيم العقاري

إن أهم مشكل يواجه مصالح المسح أثناء إنطلاق هذه العملية أو القاضي المختص عند طرح النزاع عليه في مرحلة لاحقة هو تحديد تلك الوسائل التي يتم الإعتماد عليها في إثبات الملكية أو الحيازة والتي تكون كأساس للترقيم العقاري، ثم كيف يتم التحقيق في هذه الوثائق أو في واقعة الحيازة، ولهذا سوف نتطرق تباعا إلى تبيان هذه الوسائل ثم التسوية القضائية لمنازعات الترقيم العقاري.

3-1 الإثبات بواسطة سند رسمي مشهر

لقد نصت المادة 15 من الأمر 74-75 على: "كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارها في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية".

إن السند الرسمي كما عرفته المادة 324 من القانون المدني هو: "عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقا للأشكال القانونية، وفي حدود سلطته واختصاصه" أما عملية الشهر العقاري فهي تلك القواعد والإجراءات التي تهدف إلى تثبيت ملكية العقار أو حقوق عينية عقارية لشخص معين أو أشخاص معينين إتجاه الغير، وتهدف هذه القواعد والإجراءات إلى تنظيم شهر حق الملكية أو الحقوق العينية العقاري الأخرى الواردة عليها في سجلات معدة لإطلاع الكافة، فيكتسب الحق المشهر قوة ثبوت مطلقة¹، وتنقسم هذه السندات الرسمية إلى:

أ- سندات إدارية

وهي تلك المحررات الصادرة عن الإدارة حين إكتسابها أو تصرفها في أملاكها العقارية، وقد تأخذ شكل عقود أو قرارات إدارية، وهي أدلة إثبات ذات قوة مطلقة.

لقد بين المرسوم التنفيذي رقم 12-427 المؤرخ في 16 ديسمبر 2012 شروط وكيفية إدارة وتسجيل أملاك الدولة، إختصاص كل من الوزراء والولاة في إصدار القرارات المعينة للأملاك الوطنية العمومية، كما أوضح المرسوم التنفيذي رقم 91-65 المؤرخ في 02 مارس 1991 المتضمن تنظيم المصالح الخارجية للأملاك الدولة والحفظ

¹ - جمال بوشناق، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية طبعة 2005 ص 05.

العقاري إختصاص مدير أملاك الدولة بتحرير السندات المتعلقة بالتصرف في العقارات التابعة للدولة والولاية طبقاً للمادة 80 فقرة 02، كما حددت المادة 86 و 88 من القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18-12-1990 المتضمن التجويز العقاري إختصاص رئيس المجلس الشعبي البلدي عند التصرف في العقارات التابعة للبلدية إلى الخواص.

ب- سندات توثيقية

وهي تلك المحررات التي يبرمها الموثق باعتباره ضابطاً عمومياً حسب الأشكال القانونية، لاسيما القانون المنظم لمهنة التوثيق، ويتم إمضاؤها من طرفه والشهود والمتعاقدين.¹

ولكن الإشكال يطرح بالنسبة للدولة أثناء منازعاتها مع الخواص حيث لا تلم غالباً عقود توثيقية أو إدارية تثبت بها ملكيتها وهذا في غياب جرد للأملاك الوطنية المنصوص عليها بالمادتين 08 و 21 من قانون الأملاك الوطنية والمرسوم 91-455 المؤرخ في 23 نوفمبر 1991 المتعلق بجرد هذه الأملاك²، إلا أن هذا الإشكال لا يطرح بعد عملية المسح حيث تسجل الأملاك وترقم باسم الدولة، وتمنح دفترًا عقارياً بعد التقييم النهائي، مثلها في ذلك مثل الخواص، لأن المادة 46 من المرسوم رقم 76-63 لم تستثن الدولة من ذلك³.

ج- القرارات القضائية

ويقصد بها الأحكام والقرارات القضائية النهائية المنشئة أو الناقلة أو المvrحة أو المعدلة للحقوق والمتعلقة بالملكية العقارية أو بالحقوق العينية العقارية مثل حكم رسو المزاد، الحكم بتثبيت الوعد بالبيع العقاري، والحكم بتثبيت صحة العقد العرفي، والحكم القاضي بقسمة المال المشاع، والحكم المثبت للملكية على أساس التقادم المكسب، والحكم المصرح بشغور التركة وإلحاقها بملكية الدولة الخاصة⁴، وهي سندات ذات قوة ثبوتية مطلقة في الإثبات. وهي واجبة الإشهار وهذا ما تضمنته المادة 324 من القانون المدني والمادة 14 من الأمر رقم 75-74 وبمفهوم المخالفة فإن الأحكام الفاصلة في حماية الملكية من الاعتداء أي الأحكام المقررة للحقوق لا تكون سندا للملكية ولا يجوز إشهارها⁵.

¹ - أنظر المادة 324 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26-09-1975 المتضمن القانون المدني والمادة 03 من القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20-02-2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق.

² - راجع المرسوم التنفيذي رقم 91-455 المؤرخ في 23 نوفمبر 1991 ج ر رقم 06.

³ - أنظر المادة 46 من المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25-03-1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري.

⁴ - أنظر المواد 48، 51، 52 من القانون رقم 90-30 المؤرخ في 01-12-1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية المعدل والمتمم، وكذلك المواد 712-713 والمواد من 721 إلى 774 من القانون المدني، المرجع السابق

⁵ - أنظر قرار مجلس الدولة رقم 055673 المؤرخ في 25-11-2010 منشور بمجلة مجلس الدولة العدد 10

2-3 الإثبات في غياب السند الرسمي المشهر

قد يحدث أن لا يتوفر صاحب الحق على سند رسمي مشهر فيصعب عليه إثبات هذا الحق، ولهذا سمح المشرع بالإثبات عن طريق بعض العقود العرفية أو عن طريق الحيازة، سواء كانت بسند أو بدونه.

1-2-3 الإثبات بواسطة العقود العرفية

العقد العرفي هو ذلك العقد الذي لا يحرر من طرف ضابط عمومي أو موظف عام، وإن المشرع لا يتطلب توافر أي شرط شكلي في تحريره، ولكن يشترط لصحته أن يكون موقعه من أطراف هذا العقد، وأن يكون له تاريخ ثابت حتى يمكن الاحتجاج به تجاه الغير¹.

إن الملاحظ في الحياة العملية أن المحافظ العقاري غالبا ما يرفض إشهار وثائق المسح التي تمت على أساس هذا النوع من العقود، وبالتالي ترقيم العقار في السجل العقاري، خصوصا تلك العقود المبرمة بعد تاريخ 01-01-1971، وهو تاريخ نفاذ قانون التوثيق الصادر بتاريخ 15-12-1970، وهذا على الرغم من تمسك أصحابها لها، وبحيازتهم لهذه العقارات محل هذه العقود، ونميز بين هذه العقود فيما يلي:

أ- العقود العرفية المبرمة قبل 01-01-1971

نحن نعتقد أن هذه العقود والتي تكون ثابتة التاريخ حسب الشروط المحددة بالمادة 328 من القانون المدني²، والمبرمة قبل 01-01-1971، وهو تاريخ نفاذ الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 15-12-1970 والمتعلق بقانون التوثيق، هي سندات صحيحة وناقلة للحقوق العينية العقارية، وكذلك الحقوق العينية التبعية كحق الانتفاع، ولها الحجية في إثبات الملكية العقارية وهذا بموجب المرسوم التنفيذي رقم 93-123 المؤرخ في 19-05-1993 المعدل والمتمم للمرسوم رقم 76-63، ولا حاجة في نظرنا لإيداع هذه العقود وإشهارها بالمحافظة العقارية لكي يتم الترقيم على أساسها حسب ما يستخلص من المادة 89 من المرسوم رقم 76-63 وهذا إستثناء من القاعدة العامة من المرسوم المتعلق بأسبقية الشهر العقاري الواردة بالمادة 88 من نفس المرسوم، كما أن المادة 328 من القانون المدني جعلت ثبوت تاريخ العقد العرفي بمثابة ثبوت لهذا العقد وحجة على الغير، ويكون تاريخ العقد ثابتا ابتداء من يوم تسجيله أو من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام أو من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص أو من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط وامضاء ولم تشترط هذه المادة عملية الإشهار.

إن هذا النوع من العقود لا يثير أي إشكال أثناء عملية التحقيق التي تقوم بها فرقة المسح، أو حتى أثناء عملية الترقيم العقاري، إلا إذا تمت المنازعة في هذا السند في حد ذاته، والاعتراض على عملية الترقيم، فيصبح من إختصاص القضاء البت في هذه المنازعة كما سيتم تبيان ذلك لاحقا.

¹ - عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية والعقود العينية العقارية، دار هوم، ط 2004 ص 77.

² - أنظر المادة 328 من القانون المدني المرجع السابق.

ب- العقود العرفية المبرمة بعد تاريخ 1971-01-01

إن العقود العرفية المبرمة بعد هذا التاريخ، ليس لها أي أثر لنقل الحقوق العينية العقارية، ولا يترتب عنها إلزامات شخصية لأطرافها، وبالتالي تعتبر باطلة بطلانا مطلقا فيما يتعلق بالحقوق العينية العقارية¹.

ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بإبطالها، كما يجوز للقاضي إثارة بطلانها من تلقاء نفسه تطبيقا للمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني².

إن الواقع العملي يبين أن الكثير من المتقاضين غالبا ما يتمسكون بعقود عرفية أبرمت بعد تاريخ 1970-01-01 باعتبارها سند ملكية، وأحيانا أخرى يتمسكون بالملكية والحيازة في أن واحد، وقد جرت العادة على أن المحلف العقاري يرفض ترقيم العقارات وإشهار الحقوق على أساس هذه العقود رغم تسجيلها من طرف فرقة مسح الأراضي باسم حائزها، وهذا حتى لو تمسك أصحاب هذه العقود بحيازتهم للأرض محل المسح العقاري، ويقوم بترقيتها باسم مجهول أو مباشرة باسم الدولة مما يؤدي إلى طرح النزاع على الجهة القضائية المختصة كما سنوضحه لاحقا.

2-2-2 الإثبات عن طريق الحيازة

لم يتطرق المشرع الجزائري لتعريف الحيازة، واكتفى بذكر أحكامها وأثارها، إلا أن الفقه قد أسهب في تعريفها، ولعل أهم تعريف لها هو: "أن الحيازة ليست بحق عيني أو حق شخصي بل ليست أصلا ولكنها سبب لكسب الحق، وتكيف الحيازة بأنها واقعة مادية بسيطة تحدث آثار قانونية"³.

كما عرفها جانب آخر من الفقه على أنها سلطة فعلية مادية لشخص على شيء ما يستعملها بصفته مالكا لها أو صاحب حق عيني عليه، سواء استندت هذه السلطة إلى حق من هذه الحقوق أو لم تستند⁴.

لقد نصت المادة 827 من القانون المدني على أنه: كل من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا كان أو عقار دون أن يكون مالكا له أو خاصا به صار له ذلك ملكا إذا استمرت حيازته له خمسة عشر- (15) سنة بدون انقطاع"، فالحيازة إذن هي وسيلة إكتساب الملكية بالشروط التي حددها القانون المدني في المواد من 808 إلى 834 وهي:

¹ - أظر المادة 12 من القانون رقم 91-70 المؤرخ في 15-12-1970 المتعلق بقانون التوثيق.

² - أظر المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني المرجع السابق.

³ - عبد الرزاق السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ج 9، دار التراث العربي بيروت، 1968 ذكره المؤلفان محمودي عبد العزيز وحاج علي سعيد في مؤلفها إجراءات تفعيل الحيازة العقارية كآلية لتسليم عقود الملكية في القانون العقاري الجزائري، منشورات بغداد ط 2011 ص 14.

⁴ - عبد المنعم البدرابي، شرح القانون المدني في الحقوق العينية الأصلية، ط 1962 ص 489، ذكره المؤلفان محمودي عبد العزيز وحاج علي سعيد في مؤلفها إجراءات تفعيل الحيازة كآلية لتسليم عقود الملكية في القانون العقاري الجزائري، مرجع سابق

- توفر أركان الحيابة

تتكون الحيابة من ركنين، الركن المادي وهو السيطرة المادية أو الفعلية التي يقوم بها الحائز أو صاحب الحق على الحق موضوع الحيابة، سواء كان الحق حق ملكية أو حقا عينيا آخر، أو يقتضيه مضمون الحق موضوع الحيابة¹، والركن المعنوي هو القصد ونية الحائز في أن يظهر بمظهر المالك وصاحب الحق العيني الآخر والعمل لحساب نفسه²، وهذا يعني كذلك أن لا تقوم الحيابة على رخصة أو عمل مباح أو أعمال التسامح لتخلف عنصريه معا³.

- توفر عنصر الاستمرارية

لم يشر إلى ذلك المشرع الجزائري في نصوص القانون المدني لكنه تدارك ذلك بالمادة 39 من القانون رقم 90-25 المتعلق بالتوجيه العقاري بقولها: "ملكية مستمرة وغير منقطعة"، كما أشارت إلى ذلك المادة الأولى(01) من المرسوم رقم 83-352 المؤرخ 21 ماي 1983 المتضمن سن إجراء لإثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة، والملغى بموجب القانون رقم 07-02 المؤرخ في 07 فيفري 2007 المتضمن تأسيس إجراء لمعينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري.

- عدم الخفاء

وهذا يعني أن تكون الحيابة على الشيء علنية، وأن يمارس الحائز حيازته كأنه صاحب الحق، لأن الخفاء يمنع صاحب الحق من الاحتجاج على التعدي، وفي هذه الحالة فإن الجهل بالحيابة من طرف المالك لغفلته أو غيابه لا يعني خفاءها⁴.

- الهدوء وعدم الإكراه

فالحيابة ينبغي أن تمارس بصورة هادئة غير مقتزنة بإكراه، كأن يحصل عليها الحائز بالقوة أو التهديد الذي يستخدم في مواجهة صاحب الحق أو ضد الحائز الأول، وهذا لكي تكون هذه الحيابة جديرة بالحماية القانونية.

- عدم خضوع العقار لإجراءات المسح

لا يمكن التمسك بالحيابة أو الملكية على العقارات المسوحة، وهذا ما تضمنته المادة الأولى(01) من المرسوم رقم 83-352 المتعلق بسن إجراء إثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة (الملغى)، والمادة الثانية (02) فقرة 01

¹ - د محمودي عبد العزيز وحاج علي سعيد، إجراءات تفعيل الحيابة العقارية كآلية لتسليم عقود الملكية في القانون العقاري الجزائري، ص 27 مرجع سابق

² - نفس المرجع السابق ص 33

³ - قرار المحكمة العليا رقم 197177 المؤرخ في 31-05-2000 عقاري، ذكره نبيل صقر في مؤلفه الحيابة في قرارات المحكمة العليا، مرجع سابق.

⁴ - أنظر المادة 816 من القانون المدني، مرجع سابق

من القانون رقم 02-07 المتضمن تأسيس إجراء لمعابة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري¹.

— أن تكون الأرض محل الحياة من نوع الأملاك الخاصة

وهذا ما أشارت إليه المادة 39 من القانون رقم 25-90 المتعلق بالتوجيه العقاري، والتي أجازت لكل شخص يمارس في أراضي الملكية الخاصة لم تحرر عقودها ملكية مستمرة وغير منفصلة وهادئة علنية الحصول على شهادة حياة.

وكذلك المادة الثامنة (08) من المرسوم رقم 254-91 المؤرخ في 27 جويلية 1991 المتعلق بكيفية إعداد شهادة الحياة وتسليمها²، المحدثه بموجب المادة 39 من القانون رقم 25-90 المتضمن التوجيه العقاري والتي تنص على: " لا تقبل العروض إلا إذا كانت الحياة، وكان الأمر متعلقا بأراضي الملكية الخاصة"، بمفهوم المخالفة غير قابلة لواقعة الحياة.

كما تجدر الملاحظة إلى أن المشرع ومن خلال المادتين 13 و 14 من المرسوم رقم 63-76 قد سمح بترحيل وترقيم الأراضي التي ليس ملاكها الظاهرين سندات ملكية قانونية، على أساس الحياة كما سيتضح لاحقا، شرط أن تسمح لهم بإكتساب الملكية عن طريق التقادم المكسب، أي حسب الشروط القانونية السابق الإشارة إليها، ومن هنا يجب على فرقة المسح أثناء عملية التحقيق التي تجريها وكذلك على المحافظ العقاري التأكد من توافر عناصر الحياة وهذا حتى وإن كان الشخص محتج بعقد عرفي مبرم بعد تاريخ 01-01-1971 لأنه وفي هذه الحالة وإن كان العقد باطلا بطلانا مطلقا إلا أنه يمكن إعتباره قرينة على الدخول في الحياة وليس بإعتباره عقدا صحيحا³، ويجب في نظرنا أن تكون هذه الحياة واقعة قبل إجراء المسح وبعد أن تبدي مصالح أملاك الدولة رأيا.

ويرى البعض أنه لا يجوز ترقيم العقارات التي لها سند على أساس الحياة، ويستندون في ذلك إلى نص المادة 39 من القانون 25-90 المشار إليها، والتي يشترط أن لا تكون الأراضي عقود ملكية، ونحن نرى وإعمالا للمادتين 13 و 14 من المرسوم رقم 63-76 أن المشرع لم يذكر هذا الشرط، هذا فضلا عن كون المادة 39 من القانون رقم 25-90 تتحدث عن الحياة بدون سند المكرسة بموجب المادتين 13 و 14 من المرسوم رقم 63-76 وبالتالي لا

¹ أنظر المادة الأولى (01) من المرسوم رقم 352-83 (الملغى) بالقانون رقم 02-07 المؤرخ في 27-02-2007 المتضمن تأسيس إجراء لمعابة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري و المادة 1-02 من القانون رقم 02-07 المشار إليه، وكذلك قرار المحكمة العليا رقم 333926 بتاريخ 18-01-2006 عقاري، ذكره نبيل صقر في مؤلفه الحياة في قرارات المحكمة العليا، دار الهدى طبعة 2013 ص 28.

² أنظر المادة 08 من المرسوم رقم 254-91 المؤرخ في 27 جويلية 1991 المتعلق بكيفية إعداد شهادة الحياة.

³ أنظر قرار المحكمة العليا رقم 448006 المؤرخ في 14-05-2008 ذكره نبيل صقر في مؤلفه، الحياة في قرارات المحكمة العليا، المرجع السابق.

يجوز القياس على هذه الحالة ومعلوم أن الملكية تقوم على أساس التقادم المكسب عند توفر شروط الحياة، ولا يشترط فيها توفر السند الصحيح.¹

كما أن الترقيم على أساس الحياة بسند أو بدونه ليس له أثر مطلق، لأنه وفي حالة ظهور المالك الحقيقي للعقار، فإنه يمكن إعادة النظر في هذا الترقيم مؤقتاً كان أم نهائياً، إلا إذا انقضت مدة خمسة عشر سنة (15)، وتحسب هذه المدة في نظرنا من يوم بداية الحياة، وليس من تاريخ المسح أو الترقيم، حيث لا يجوز للمالك المطالبة بإلغاء الترقيم لسقوط الحق بالتقادم

4- حالات الترقيم العقاري

بعد إيداع وثائق المسح بالمحافظة العقارية يقوم المكلّف بمسك السجل العقاري تحت إشراف المحافظ العقاري بعملية ترقيم العقارات المسوّحة، وهذا الترقيم يكون إما مؤقتاً أو نهائياً.

4-1 حالات الترقيم المؤقت

وهي تتمثل في حالة ترقيم عقاري مؤقتاً لمدة أربعة (04) أشهر ثم ترقيمه أو مؤقتاً لمدة سنتين (02)

أ- الحالة الأولى: حالة الترقيم المؤقت لمدة أربعة أشهر (04)

وقد نصت المادة على هذه الحالة المادة 13 من المرسوم رقم 63-76 حيث يبقى الترقيم مؤقتاً لمدة أربعة أشهر (04)

تسري من يوم إيداع وثائق المسح، وهذا بالنسبة للعقارات التي ليس للمالكها الظاهرين سندات ملكية قانونية، لكن نتائج المسح أظهرت أنهم يمارسون عليها حياة تسمح لهم باكتساب ملكيتها عن طريق التقادم المكسب طبقاً لأحكام المادة 827 وما عليها من القانون المدني.²

ب- الحالة الثانية: الترقيم المؤقت لمدة سنتين (02)

وقد نصت على هذه الحالة المادة 14 من المرسوم رقم 63-76 حيث يبقى الترقيم مؤقتاً لمدة سنتين يسري ابتداء من يوم انجاز هذا الترقيم بالنسبة للعقارات التي ليس للمالكها الظاهرين سندات إثبات كافية حول حقوقهم وعندما لا يمكن للمحافظ العقاري أن يبدي رأيه في تحديد حقوق الملكية.

4-2 حالات الترقيم النهائي

للترقيم النهائي ثلاث حالات نوجزها فيما يلي:

¹ - أنظر قرار المحكمة العليا رقم 300815 المؤرخ في 18-05-2005 ذكره نبيل صقر في مؤلفه، الحياة في قرارات المحكمة العليا، المرجع السابق، وكذلك قرار المحكمة العليا رقم 223939 مؤرخ في 23-01-2002 منشور بالمجلة القضائية العدد الأول سنة 2003.

² - أنظر المادة 13 من المرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 25-03-1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري، أنظر المادة 14 من نفس المرسوم السابق.

أ- الحالة الأولى: حالة وجود عقود أو سندات تثبت الملكية العقارية

و قد نصت على هذه الحالة المادة 12 من المرسوم رقم 63-76 حيث يعتبر التقييم نهائياً بالنسبة للعقارات التي يتوفر مالكوها على سندات أو عقود أو كل الوثائق الأخرى المقبولة قانونياً لإثبات حق الملكية، و أن المحافظ العقاري ملزم في هذه الحالة بتسجيل حقوق الامتياز أو الرهون العقارية و حقوق التخصيص غير المتطلب عليها على البطاقات العقارية¹.

ب- الحالة الثانية: حالة تحول التقييم المؤقت إلى تقييم نهائي

وتتعلق هذه الحالة بتحول التقييم المؤقت إلى تقييم نهائي ضمن الآجال والشروط المحددة بالمادتين 13 و 14 من المرسوم رقم 63-76 كما سنبين ذلك في العنصر المتعلق بالمنازعات المتعلقة بالتقييم المؤقت².

ج- الحالة الثالثة: حالة الأملاك التي لا مالك لها

و لقد نصت على هذه الحالة المادة 23 مكرر الأمر رقم 74-75 و التي أدخلت بموجب المادة 65 من القانون رقم 10-14 المؤرخ في 31-12-2014 المتضمن قانون المالية لسنة 2015، و هي تخص العقارات التي لم يطالب بها خلال عمليات المسح فيتم تقييمها تقيماً نهائياً باسم الدولة، و في حالة احتجاج مبرر بسند الملكية قانوني فإن المحافظ العقاري يكون مؤهلاً في غضون خمسة عشر- (15) سنة ابتداء من تاريخ إيداع وثائق المسح لدى المحافظة العقارية للقيام و غياب أي نزاع، و بعد التحقيق تقوم به مصالح أملاك الدولة، و التدقيق المعتاد و بناء على رأي لجنة تتكون من ممثلين عن مصالح مديرية الحفظ العقاري للولاية و المحافظة العقارية و أملاك الدولة و مسح الأراضي والفلاحة والشؤون الدينية و الأوقاف و البلدية بتقييم الملك المطالب به باسم ملكه و يجب أن تشير أن هذه الحالة تتعلق بالأملاك المنصوص عنها بالمادة 48 من قانون الأملاك الوطنية والمادة 773 من القانون المدني³.

* ثالثاً: مرحلة طرح النزاع أمام الجهة القضائية المختصة

إنها آخر مرحلة بعد فشل التسوية الودية أمام المحافظ العقاري أو رفضه تصحيح التقييم المؤقت لصالح مجهول أو التقييم النهائي لصالح الدولة حسب قانون المالية لسنة 2015 وفي هذه الحالات فإن الدعوى ترمي إما إلى إلغاء قرار التقييم المؤقت أو النهائي أو تقتصر على طلب تعديله فقط و هذا ما سوف نتناوله فيما يلي:

¹ - أنظر المادة 12 من المرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 25-03-1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري، راجع الجزء المتعلق بالأحكام الخاصة بالاعتراض ومحاولة الصلح أمام المحافظ العقاري.

² - أنظر المادتين 13 و 14 من المرسوم رقم 63-76

³ - أنظر المادة 23 مكرر من الأمر رقم 74-75 المعدلة بموجب المادة 67 من القانون رقم 10-14 المؤرخ في 30-12-2014 المتضمن قانون المالية لسنة 2015.

1- المنازعات المتعلقة بالترقيم المؤقت

يمكن و تطبيقاً للمادة 15 من الأمر رقم 74-75 لكل شخص متضرر من عملية الترقيم المؤقت أن يوجه خلال المدة المنصوص عليها بالمادتين 13 و 14 من المرسوم رقم 63-76 احتجاجاً بموجب رسالة موصى عليها إلى كل من المحافظ العقاري و الطرف الخصم، و يفيد هذا الاحتجاج في سجل يفتح لهذا الغرض لدى المحافظة العقارية، و هذا ما يسمى بعملية الاعتراض على الترقيم المؤقت في السجل العقاري و تكون للمحافظ العقاري في هذه الحالة سلطة مصالحة الأطراف و تحرير محضر عن المصالحة أو عدم المصالحة، و تكون لاتفاقات الأطراف قوة الإلزام الخاص¹، و يجب في نظرنا أن تقتصر سلطة المحافظ العقاري على مصالحة الأطراف حول منازعة الترقيم و لا يبتعدها إلى أمور أخرى كاللتنازل عن الحقوق أو غيرها كما يقوم بذلك بعض المحافظين و في حالة فشل عملية المصالحة يحجر المحافظ العقاري محضراً بذلك و يبلغه للأطراف، و تكون للطرف المتضرر مهلة ستة (06) أشهر ابتداء من تاريخ التبليغ الشخصي لرفع دعواه أمام الجهة القضائية المختصة تحت طائلة عدم قبول الدعوى شكلاً لفوات الأجل²، و يصبح الترقيم نهائياً عند إنقضاء هذا الأجل دون إعتراض أو ستة (06) أشهر من تاريخ التبليغ الشخصي لمحضر عدم الصلح للأطراف المتنازعة دون رفع دعوى قضائية، كما يبقى الترقيم محتفظاً بطابعه المؤقت إلى حين الفصل النهائي في النزاع من طرف الجهة القضائية المختصة، كما يجب أن تشهر العريضة الافتتاحية للدعوى طبقاً للمادة 85 من المرسوم رقم 63-76 و المادة 519 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مع العلم أن هذا الشرط من النظام العام تشيره المحكمة من تلقاء نفسها و في أية مرحلة كانت عليها الدعوى³.

كما يجب إدخال المحافظ العقاري في النزاع باعتباره مصدراً لقرار الترقيم (شهادة الترقيم المؤقت)⁴، و لو كان النزاع مطروحاً أمام القضاء العادي (القسم العقاري)، لأنه وفي حالة الإخلال بهذه الشروط، سيقوم المحافظ العقاري بترقيم العقاري محل النزاع ترقياً نهائياً لعدم عمله بهذه الموافقة و مما تجدر الإشارة إليه أن المشرع قد ذكر عبارة الجهة القضائية المختصة دون تحديدها، بعد أن تدارك هذا الأمر أثناء صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فنص المادة 516 على أن " ينتظر القسم العقاري في الدعاوي المتعلقة بالترقيم المؤقت في السجل العقاري، قائمة عن الأشخاص الخاضعين للقانون الخاص".

¹ - أنظر المادة 15 من المرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 25-03-1976 المتضمن تأسيس السجل التجاري.

² - أنظر المادة 4/15 من المرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 25-03-1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري

³ - لقد تضمنت المادة 519 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نفس مضمون المادة 85 من المرسوم رقم 63-76 والتي تنص على : " ترفع الدعوى أمام القسم العقاري وينظر فيها حسب الإجراءات الواردة في هذا القانون، مع مراعاة الأحكام الخاصة بشهر دعوى الفسخ أو الإبطال أو التعديل أو نقض حقوق قائمة على عقود ثم شهرها، أنظر كذلك قرار مجلس الدولة رقم 203024 قرار غير منشور مؤرخ في 21-06-2000 والقرار رقم 004851 مؤرخ في 24-09-2001 منشور بمجلة مجلس البوالة عدد 1 لسنة 2002 ص 135.

⁴ - لقد نصت المادة 353-2 فقرة 7 من قانون المالية لسنة 2004 على هذه الشهادة وأنها ترتب نفس الآثار القانونية المنصوص عليها في مجال شهادة الحياة.

ويجدر بنا أن نتساءل عن كيف يمكن للقاضي العقاري في هذه الحالة إلغاء قرار إداري أم هي مجرد عمل تحضيرى وبالتالي يجوز مناقشة آثاره من طرف القاضي العقاري يتساءل البعض الآخر.

نحن نرى انه عملا بالمبادئ العامة للقانون الإداري فان الاختصاص بنظر القرارات الإدارية ينعقد للقاضي الإداري ما لم ينص القانون صراحة على خلاف ذلك فيما يتعلق ببعض القرارات الإدارية و لعل أهمها تلك الصادرة في القضايا العقارية، و السبب في ذلك يعود إلى أن هذه القرارات مرتبطة بالملكية الخاصة ، و القاضي العقاري هو الأقدر من غيره على حماية الملكية الخاصة.

2- المنازعات المتعلقة بالتزقيم النهائي

يقوم العون المكلف بمسك السجل العقاري بالتزقيم النهائي للعقار ضمن الآجال و الحالات المشار إليها سابقا ، ثم يقوم المحافظ العقاري بتحرير الدفتر العقاري و تسليمه إلى المالك أو الملاك المعترف بهم طبقا للمادة 46 من المرسوم رقم 63-76، و الدفتر العقاري هو سند إثبات الملكية العقارية بعد عملية المسح طبقا للمادة 19 من الأمر رقم 74-75 وهو يحتوي على نفس مضمون قرار التزقيم النهائي¹.

لقد نصت المادة 16 الفقرة الأولى (01) من المرسوم رقم 63-76 على انه " لا يجوز إعادة النظر في الحقوق الناتجة عن التزقيم النهائي الذي تم بموجب أحكام المواد 12،13،14 من هذا المرسوم إلا عن طريق القضاء وهذا يعني صراحة انه لا يجوز الاعتراض على الحقوق المقيدة نهائيا أمام المحافظ العقاري، كما يجب أن ننوه إلى أن المشرع وبموجب المادة 67 من قانون المالية لسنة 2015 المؤرخ في 31-12-2014 أضاف المادة 23 مكرر وسمح المحافظ العقاري بإلغاء التزقيم النهائي خلال مهلة 15 سنة من يوم إيداع وثائق المسح كما سبق أن ذكرنا بالنسبة للأمولاك التي لا مالك لها، والتي ترقم باسم الدولة، وهذا أمر غير مقبول في نظرنا لأنه يحاكي مبادئ القانون الإداري التي تجعل عملية إلغاء القرارات الإدارية من اختصاص القاضي بعد فوات مدة أربعة (04) أشهر من يوم صدورها أي المدة المحددة للطعن القضائي².

ومن الإشكالات التي تبقى مطروحة كذلك هو رفع المتقاضين لدعواهم بعد مدة زمنية طويلة بعد عملية التزقيم، فإلى أي مدى يبقى الطعن في التزقيم النهائي مفتوحا. خصوصا إذا علمنا أن هذه القرارات النهائية غير مبلغة ولا يعلم بها ذوو الشأن إلا بعد وقت طويل؟

¹ - أنظر المادة 19 من الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام

² - قرار مجلس الدولة المؤرخ في 10-28-2010 تحت رقم 56947 منشور بمجلة مجلس الدولة العدد 10.

والإجابة عن هذا التساؤل نرى أن أجل الطعن يبقى مفتوحاً شرط أن يتم ضمن الآجال المعقولة التي استقر عليها الإجتهد القضائي وهي أجل التقادم المقررة في القواعد العامة والقانون المدني والمقدرة بخمسة عشر- (15) سنة، وهذا يعني أن الترقيم النهائي وبالنتيجة الدفتر العقاري ليست له قوة ثبوتية مطلقة¹.

كما لا يفوتنا أن ننبه بهذا الصدد إلى أن الطعن القضائي يجب أن ينصب على قرار الترقيم النهائي، بعكس ما يقوم به بعض المتقاضين بواسطة محاميهم من رفع دعواهم للمطالبة بإلغاء الدفتر العقاري، والذي هو أثر من آثار الترقيم النهائي، ولا يمكن إعتبره قراراً إدارياً حسب رأينا. كما يجوز للقاضي الإداري في إطار السلطات الجديدة المخولة له بموجب المادة 978 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في حالة الحكم بإلغاء قرار الترقيم وبناء على طلب أحد الأطراف أن يصدر أمر للإدارة (المحافظة العقارية) بإعادة ترقيم العقار أو تصحيح مضمون قرار الترقيم²، وفي هذه الحالة يجب على القاضي المطروح أمامه النزاع أن يحدد في منطوق الحكم وصف العقار وموقعه ورقم القسم ورقم المجموعة وسعة المسح (المراجع المسحية). وهذا طبقاً للمادة 66 من المرسوم رقم 63-76 عندما يتعلق الأمر بعقار مسح، أما في حالة عدم وجود مخطط لمسح الأراضي، فعلى القاضي أن يبين في الحكم بالنسبة لكل عقار ريفي نوع العقار، موقعه ومحتوياته وأرقام المخطط المحتفظ به بصفة نظامية بمصالح مسح الأراضي والمحافظة العقارية، وفي حالة عدم وجود ذلك أسماء المالكين المجاورين وهذا ما تضمنته المادة 114 من المرسوم رقم 63-76.

3- سلطة القاضي في التحقيق والإثبات في منازعات الترقيم

يقوم القاضي المختص المطروح عليه الدعوى تتضمن منازعة في الترقيم سواء كان هذا الترقيم مؤقتاً أم نهائياً، بتحقيق الدعوى، وفحص أدلة الخصوم من عقود أو مستندات أخرى، وكذلك الوقائع التي تثبت أو تنفي حقوقهم، مستعملين في ذلك كل وسائل التحقيق والإثبات المنصوص عنها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما يجوز له اللجوء إلى ندب الخبراء بطلب من الخصوم أو من تلقاء نفسه وهذا طبقاً للمواد من 125 إلى 145 من نفس القانون³، وهذا كلما كانت الدعوى تحتاج إلى تحقيق فني، وفي هذا الإطار يمكن - حسب رأينا - للقاضي تفويض بعض صلاحياته للخبير لسماع الشهود حول واقعة الحيازة، وتاريخ بدايتها إذا كان النزاع منصبا حول هذه الواقعة⁴، هذا بالإضافة إلى قيامه بالعمل التقني المتمثل في مطابقة العقود والسندات مع أرض الواقع وتحديد مساحة العقارات المتنازع حولها، ورسم مخطط لها ومقارنتها مع وثائق المسح المودعة

¹ - أنظر قرار مجلس الدولة المؤرخ في 30-07-2012 تحت رقم 063457 منشور بمجلة مجلس الدولة رقم 10 وكذلك قرار مجلس الدولة رقم 1011 مؤرخ في 22-11-2012 غير منشور.

² - أنظر المادة 978 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

³ - أنظر المواد 125 إلى 145 والمادة 858 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

⁴ - أنظر قرار مجلس الدولة رقم 00568-15 المؤرخ في 30-07-2015 وكذلك قرار مجلس الدولة رقم 01129 المؤرخ في 27-11-2014.

لدى المحافظة العقارية، كما يمكن للقاضي التحقيق في الحيابة والتأكد من توافر شروطها، ويقوم بالفصل في المنازعة على أساس المفاضلة بين وسائل الإثبات التي يقدمها كل طرف¹.

وفي نفس الإطار يقوم القاضي بالتحقق من وجود قرار الترقيم المطعون فيه، إذ يجب إرفاق هذا القرار بملف الدعوى تحت طائلة عدم قبولها، إلا إذا أثبت المدعى أو المدعين وجود مانع مبرر أو امتناع الإدارة عن تسليم القرار مما يجعلهم في حالة إستحالة تقديمه للمحكمة المناقشة، وهذا ما تشير إليه صراحة المادة 819 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حتى ولو جاءت صياغة هذه المادة عامة تخص كل القرارات الإدارية دون استثناء، وفي هذه الحالة يقوم القاضي المختص بأمر الإدارة بتقديم قرار الترقيم المطعون فيه مستعملا صلاحياته في التحقيق في الدعوى وإثباتها.

خاتمة:

لقد تناولت هذه الدراسة موضوع المنازعات الناجمة عن عمليتي المسح والترقيم العقاري، وتم التمهيد لها بمفهوم وأهمية هاتين العمليتين في تطهير الملكية العقارية واستقرارها.

كما تم التطرق إلى كيفية إجراء عملية المسح والترقيم العقاري، والمراحل التي تمر بها، ثم كيفية حل هذه المنازعات أولا على المستوى الإداري أي أثناء مرحلة المسح والترقيم العقاري، وثانيا وفي مرحلة لاحقة أمام الجهات القضائية المختصة، وتم التركيز على هذه المرحلة باعتبارها المرحلة الحاسمة في حل المنازعة وتصحيح الأوضاع بما يكفل رد الحقوق إلى أصحابها وبصورة نهائية، وهذا استنادا إلى النصوص القانونية والتنظيمية التي تحكم هذا النوع من المنازعات، والمبادئ العامة للقانون.

كما أشرنا في مرحلة أخيرة إلى سلطة القاضي المختص سواء كان قاضي عقاري أو قاضي إداري في التحقيق في هذه الدعوى الرامية إلى إلغاء الترقيم وغض أدلة الأطراف من عقود وسندات أو وقائع مادية والمفاضلة بينها.

¹ - قرار المحكمة العليا المؤرخ في 25-02-2004 ملف رقم 246259 عقاري، ذكره نبيل صقر في مؤلفه الحيابة في قرارات المحكمة العليا ص 269، مرجع سابق، وقرار مجلس الدولة رقم 79070 المؤرخ في 31-10-2013.

حماية التشريعات الدولية والوطنية لمبدأ الحرية النقابية*

لطروش آمنة- طالبة دكتوراه- كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة مستغانم- عضوة بمخبر قانون العمل والتشغيل.

الملخص:

نظرا للأهمية التي يتميز بها مبدأ الحرية النقابية، بإعتباره أهم الحريات الأساسية التي يقوم عليها التنظيم الدولي و الوطني في الوقت الراهن، والذي يخول للأشخاص الذين يمارسون مهنة أو النشاط الواحد تجميع جهودهم في شكل نقابات مهنية للدفاع عن حقوقهم ومصالحهم المادية و المعنوية المشتركة، وكذا يمنح لكل شخص الحق في الانخراط أو الانسحاب منها بكل حرية .

ازدادت هذه العناية و تعززت، نتيجة للتحويلات الاقتصادية التي شهدها العالم، والتي أثرت على علاقة العمل، خاصة في مدى تحقق التوازن بين أطراف علاقة العمل الجماعية. فكان لزوما على التشريعات الدولية و الوطنية إحاطة مبدأ الحرية النقابية بجملة من الضمانات القانونية تحول أمام خرقه أو المساس به، باعتباره أهم الركائز الرئيسية والضرورية التي تقوم عليها علاقات العمل الجماعية، والذي يساعد على تحقيق الاستقرار الاقتصادي والاجتماعي داخل الدول.

Résumé :

Vu l'importance qui caractérise le principe de la liberté syndicale, considérée comme parmi les principe de la liberté fondamentale, sur quoi la réglementation international et national est fondés actuellement, et qui permet aux personnes exerçant un métier ou une fonction de même nature de ce composé en syndicat pour défendre leur droit et intérêt matériel et moral commun et aussi la possibilité de permettre le droit de l'adhésion ou le retrait en toute liberté.

Vu la préoccupation de la liberté syndical résulte du changement économique qui a connu le monde, dans les effets ont touché les relations de travail, et surtout dans l'instauration de l'équilibre entre les parties des relations collectifs du travail, et dans la mesure de l'obligation de protégé ces principes de liberté syndicales par des législations international et national avec un ensemble de garantit juridiques contre l'abus, et cela pour la réalisation de la stabilité économique et social dans les pays.

* تاريخ إيداع المقال: 2016/12/04

تاريخ تحكيم المقال: 2016 / 12/14

المقدمة:

يعد مبدأ الحرية النقابية أحد أهم الحريات العامة الأساسية للإنسان. هذه الحرية التي كانت في الماضي من بين المحظورات وتعد ممارستها جريمة يعاقب عليها القانون، كرس في الوقت الحالي في العديد من الإعلانات والعهود والاتفاقيات الدولية، وكذا في جل الدساتير والقوانين الوطنية للدول المعاصرة.

بدأ الإهتمام الدولي والوطني بكفالة مبدأ الحرية النقابية وحمايته، مباشرة عقب إنتهاء الحرب العالمية الأولى وظهور الثورة الصناعية¹، إذ كان لهذه الأخيرة فضل كبير في نمو الوعي لدى الأفراد في أن لهم مطالب متشابهة، ومشاركة لا يمكن تحقيقها إلا بتجمعهم وتكتلهم في شكل نقابات، وبذلك أصبحت ممارسة الحرية النقابية مبدأ عاما يخول لكل أفراد مهنة واحدة أو نشاط تجمع جهودهم في شكل نقابة للدفاع على مصالحهم المشتركة مما ساعد على ظهور نقابات عمالية، ونقابات لأصحاب العمل².

عرف مبدأ الحرية النقابية، ومنذ إقراره إلى يومنا هذا، تطورا من مجرد حرية ذات بعد فردي تهتم بمصالح الفرد الخاصة، إلى حرية أوسع نطاقا يضمها إلى جانب بعدها الفردي بعدا جماعيا والمتمثل في حرية إنشاء نقابات تتمتع بالشخصية المعنوية والإستقلالية بغرض الدفاع عن المصالح الجماعية والحقوق المشتركة للإعضاء المنتسبين إليها³.

إن الكفاح من أجل إقرار، وتعزيز مبدأ الحرية النقابية مرتبط بالكفاح من أجل تحقيق حقوق أساسية أخرى، مثل الحق في المفاوضات الجماعية، والحق في الإضراب وغيرها من الحقوق⁴، لذلك كان محل إهتمام التشريعات الدولية، والوطنية، إذ عملت هذه التشريعات على حمايته من خلال إحاطته بجملة من الضمانات القانونية تحول أمام المساس به بهدف إحداث التوازن المطلوب في علاقات العمل الجماعية.

وعليه نطرح الإشكال القانوني التالي: ماهي الضمانات التي أقرتها التشريعات الدولية والوطنية لحماية مبدأ الحرية النقابية؟ وما مدى فعاليتها في توفير الحماية المرجوة من وضعها؟

للإجابة على هذا الإشكال القانوني ثم تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين، إذ سنتطرق في المبحث الأول للجهود الدولية والوطنية لحماية مبدأ الحرية النقابية، أما المبحث الثاني سنتناول فيه الأجهزة الدولية والآليات الوطنية لحماية الحرية النقابية.

1 _ إبراهيم حلمي، الديمقراطية النقابية، بدون دار النشر، 1998، ص 37.

2 _ محمد حسين منصور، قانون العمل، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، الطبعة الأولى، ص 439.

3 _ عبد اللطيف خالفي، الوسيط في مدونة الشغل (علاقات الشغل الجماعية)، الجزء 2، المطبعة والوراقة الوطنية، المغرب، 2009، الطبعة الأولى، ص 175.

4 _ عبد المجيد صغبر بريم، الحق النقابي في معايير العمل الدولية والقانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2003-2004، ص 45.

المبحث الأول : الجهود الدولية والوطنية لحماية مبدأ الحرية النقابية.

إهتمت التشريعات الدولية و الوطنية بتكريس مبدأ الحرية النقابية من خلال النص عليه في العديد من الإعلانات والمواثيق والاتفاقيات الدولية، وكذا إدراجه ضمن القوانين الداخلية لجل الدول المعاصرة .

__ المطلب الأول :الإعتراف الدولي بمبدأ الحرية النقابية .

تجسد الإعتراف الدولي بمبدأ الحرية النقابية ببروز نوعين من الآليات التشريعية وهما:الآليات التشريعية الدولية،والآليات التشريعية الإقليمية.

__ الفرع الأول: الآليات التشريعية الدولية.

تتمثل الآليات التشريعية الدولية ألمقرة بمبدأ الحرية النقابية في العهود والمواثيق ذات الطابع العالمي الصادرة عن منظمة الأمم المتحدة،أو أحد وكالاتها المتخصصة(منظمة العمل الدولية¹).

- أولا: دور منظمة الأمم المتحدة في إقرار مبدأ الحرية النقابية .

إهتمت منظمة الأمم المتحدة ومنذ تأسيسها بإقرار مجموعة من الحقوق والحريات، ومن بينها الحرية النقابية بترسيخها في الإعلانات والمواثيق التي أشرفت من خلال أجهزتها على وضعها²،ومن بينها:

ا __ قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة

أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 23 مارس 1947 قرار في إطار محادثاتها مع منظمة العمل الدولية³، تعترف بموجبة بحق النقابات في ممارسة العمل النقابي بكل حرية بدون أي شرط أو قيد ،باعتباره يعد من قبيل الضمانات الإجتماعية الرئيسية التي لا يمكن التنازل عنها في مجال الحريات العامة،وأن حرية ممارسة العمل النقابي تعد أساسا لتحسين الظروف المعيشية للطبقة العاملة،وألية لرفع مستواها الإقتصادي⁴.

ب __ الإعلان العالمي لحقوق الإنسان

نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان سنة 1948⁵، في المادة 23 / 4 منه،على حق الشخص في إنشاء النقابات مع الآخرين،والانضمام إليها من أجل الدفاع عن مصالحه⁶،غير أن الإعلان تجاهل حرية الانسحاب من النقابات،ومبدأ إستقلالية النقابات عن الدول،فتكون بذلك قد حد من مضمون وأبعاد مبدأ الحرية النقابية¹.

¹ __تعد منظمة العمل الدولية صاحبة الإختصاص الدولي الأصيل في حماية وترقية حقوق وحريات أطراف علاقة العمل من عمال وأرباب العمل،وعلى رأسها الحرية النقابية.

__ عبد اللطيف خالفي، المرجع السابق، ص 143.

__ عصام طوالي الثعالبي،مدخل إلى تاريخ القانون النقابي،دار هومة،الجزائر،2014،ص 73.

__ عبد اللطيف خالفي، المرجع السابق، ص 143.

⁵ __إعلان العالمي لحقوق الإنسان،اعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب القرار رقم 217 ألف(د-3)،بتاريخ 10-12-1948.

⁶ __باتريس رولان و بول تافيرنيه،الحماية الدولية لحقوق الإنسان،منشورات عويدات،لبنان،1996، الطبعة الأولى،ص 17.

جـ_ الحرية النقابية في ظل العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966².

كرس العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية صراحة الحق في ممارسة الحرية النقابية، وهو ما تضمنته المادة 1/22 و2 منه³، إذ أورد أحكام جديدة لم يتناولها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وهي تلك الأحكام المتعلقة بالضوابط والقيود التشريعية على ممارسة الحرية النقابية⁴.

د_ العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

بدوره كرس العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1966⁵ الحرية النقابية بموجب نص صريح، وهو ما أقرته المادة 1/8 من العهد، والتي نصت على حق كل شخص في تكوين النقابات مع الآخرين، والانضمام إليها لتعزيز مصالحه الاقتصادية والاجتماعية وحمايتها، وحق النقابات في إنشاء إتحادات، وحق الإتحادات في تكوين منظمات نقابية دولية أو الانضمام إليها، على أن ممارسة هذه الحقوق يكون بكل حرية ألا تلك التي يفرضها القانون⁶.

ذ_ الإتفاقيات الدولية لإزالة كافة أشكال التمييز العنصري⁷.

عززت هذه الإتفاقيات بدورها الحرية النقابية بنصها على الحق في إنشاء النقابات والإلتقاء إليها، بدون أي تمييز من حيث العرق واللون والأصل القومي⁸.

هـ _ إعلان التقدم والإنماء في الميدان الإجتماعي⁹.

كفل الإعلان حماية الحرية النقابية من خلال منحه للعمال حق تكوين نقابات عمالية، وكذا مشاركة النقابات في التنمية الاقتصادية والاجتماعية¹⁰.

¹ _ أحمد حسن برعي، علاقات العمل الجماعية في القانون المصري المقارن (القانون النقابي)، دار الفكر العربي، مصر، 1976، ص56.
² _ العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لسنة 1966، أعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب القرار 2304 ألف (د-21) المؤرخ في 16-12-1966، بدأ العمل به في 23 مارس 1976.

³ _ باتريس رولان و بول تافيرنيه، المرجع السابق، ص40.
⁴ _ مناصرة سميحة، المرجع السابق، ص51.

⁵ _ العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لسنة 1966، أعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب قرار 2200 (د-21) المؤرخ في 16-12-1966، دخل حيز التنفيذ 1-3-1976، .

⁶ _ باتريس رولان و بول تافيرنيه، المرجع السابق، ص22.
⁷ _ الإتفاقيات الدولية لأزالة كافة أشكال التمييز العنصري، أعتمدتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب القرار 2106 ألف (د-20) المؤرخ في 21 ديسمبر 1965، دخلت حيز التنفيذ في 4 جانفي 1969.

⁸ _ تنص المادة 5/هـ-2 من الإتفاقيات المذكورة أعلاه، على أنه: "حق تأسيس النقابات والانضمام إلى النقابات، باتريس رولان و بول تافيرنيه، المرجع السابق، ص86.

⁹ _ إعلان التقدم والإنماء في الميدان الإجتماعي 1969، إعتمدته منظمة الأمم المتحدة بموجب القرار رقم 2542 (الدورة 24)، المؤرخ في 11 ديسمبر 1969.

¹⁰ _ أنظر المادة 20 (أ) من إعلان التقدم والإنماء في الميدان الإجتماعي.

ـثانيا : دور منظمة العمل الدولية في تكريس الحرية النقابية.

اـ دستور منظمة العمل الدولية

نص دستور منظمة العمل الدولية في ديباجته ،على إقرار مبدأ الحرية النقابية كأساس لتحسين ظروف العمل،وتحقيق الإستقرار والسلم الإجتماعي¹.

بـ إعلان فيلادلفيا² Philadelphia

نصت المادة 2 من الإعلان³ ،بأن حرية التعبير،والإجتماع ،وتكوين النقابات لا غنى عنها لتحقيق أي تقدم منشود،وبهذا تكون منظمة العمل الدولية قد أضافت من خلال هذا إعلان أبعاد جديدة لبرنامجها.مواكبة منها لحالة التقدم التي شهدتها العلاقات المهنية⁴.

جـ الإتفاقية رقم 11 لسنة 1921 بشأن حق العمال الزراعيين في التجمع والتكتل.

تعد هذه الإتفاقية أول إتفاقة صدرت عن المنظمة لترسيخ وإقرار الحرية النقابية،إذ ألزمت كل دولة عضو في المنظمة،وصادقة على هذه الإتفاقية بأن تكفل لكل من يعمل في الزراعة نفس الحقوق المتعلقة بالإجتماع والتكتل المكفولة لعمال الصناعة⁵،وأن تقوم بإلغاء أو تعديل كل النصوص القانونية التي تقيد وتضيق من هذه الحقوق المكفول لعمال الزراعة⁶.

دـ الإتفاقية رقم 87 لسنة 1948 المتعلقة بالحرية النقابية وحماية حق التنظيم⁷.

كفلت الإتفاقية حرية ممارسة العمل النقابي للعمال وأصحاب العمل بمنحهم الحق في تكوين منظمات نقابية طبقا لمعايير العمل الدولية التي تعزز،وتقر بحرية ممارسة الحق النقابي⁸،وكذا إقرارها لجملة من الحقوق تنصب كلها حول تعزيز الحرية النقابي⁹.

ـ رمضان عبد الله صابر،المرجع السابق،ص 19.¹

ـ إعلان فيلادلفيا، إعمده مؤتمر العمل الدولي في دورته 26 المنعقدة ب فيلادلفيا في 10 ماي 1944،دخل حيز التنفيذ سنة 1946.²

ـ بعد إعلان فيلادلفيا جزءا لا يتجزأ من النظام الأساسي لمنظمة العمل الدولية إذ حل محل الفصل 41 من دستور المنظمة³.

ـ عبد اللطيف خالفي،المرجع السابق،ص 146.⁴

ـ إبراهيم حلمي،المرجع السابق،ص 43.⁵

ـ سمغوني زكريا،حرية ممارسة الحق النقابي،دار الهدى،الجزائر،2013،ص11.⁶

ـ الإتفاقية رقم 87 لسنة 1948 المتعلقة بالحرية النقابية وحماية حق التنظيم،إعتمدها مؤتمر العمل الدولي في دورته 31 المنعقدة في سان

فرانسيسكو،بتاريخ 09-07-1948،النافذة بتاريخ 04-07-1950.⁷

ـ عبد الحميد صغير برهم،المرجع السابق،ص 52.⁸

ـ أظنلر المواد 2،3،4،5،8،9، من الإتفاقية رقم 87 لسنة 1948 بشأن الحرية النقابية وحماية حق التنظيم.⁹

هـ_ الإتفاقية رقم 98 لسنة 1949 المتعلقة بالحق في التنظيم والمفاوضة الجماعية¹

تضمنت الإتفاقية على مجموعة من الأحكام الأساسية لحماية الحقوق النقابية، والتي تشكل بدورها ضمانات لكفالة ممارسة العمل النقابي، إذ كفلة حماية العامل من أي تمييز قد يتعرض له من جراء إلتئائه النقابي، وكفالة حماية المنظمات النقابية للعمال ولأرباب العمل ضد أي أعمال تنطوي على تدخل من قبل بعضها البعض، سواء أكان التدخل بطريقة مباشرة أو عن طريق، وكلائها، أو أعضائها².

7_ الإتفاقية رقم 135 لعام 1971 المتعلقة بممثلي العمال (الخاصة بتوفير التسهيلات لمثلي العمال في المؤسسة)³.

منحت الإتفاقية حماية خاصة لمثلي العمال من الفصل بسبب صفتهم كممثلين للعمال أو لمشاركهم في النقابة، كما أعطت لهم كل التسهيلات اللازمة لتمكينهم من مواصلة دورهم التمثيلي بكل فعالية⁴.

6_ الإتفاقية رقم 141 لعام 1975 المتعلقة بشأن منظمات عمال الزراعة(الريفيين)⁵.

أقرت الإتفاقية على حق عمال الريق في إنشاء منظمات نقابية والإضمام إليها بدون أي ترخيص مسبق، غير أنها إشتطت عليهم أحترام النظام الداخلي لهذه المنظمات، كما أكدت على ضرورة إحترام مبادئ الحرية النقابية ومنح المنظمات النقابية الإستقلالية التامة ولا تكون عرضة لأي التدخل، أو إكراه، أو قمع⁶.

7_ الإتفاقية رقم 144 لسنة 1976 المتعلقة بالمشاورات الثلاثية⁷.

كرست الإتفاقية حق العمال وأصحاب العمل في إنشاء منظمات نقابية حرة ومستقلة، وأشارت إلى فكرة التمثيل وحددت المنظمات الممثلة للعمال ولأصحاب العمل⁸.

¹ _الإتفاقية رقم 98 لسنة 1949 المتعلقة بالحق في التنظيم والمفاوضة الجماعية، إعتمدها مؤتمر العمل الدولي في دورته 38 بجنيف بتاريخ 7-8-1949، ودخلت حيز التنفيذ في 18-07-1951

² _أنظر المادة الأولى والثانية من الإتفاقية رقم 98 لسنة 1949، المذكورة أعلاه.

³ _الإتفاقية رقم 135 لعام 1971 المتعلقة بممثلي العمال، إعتمدها مؤتمر العمل الدولي في دورته 56 المنعقدة 23 جوان 1971، دخلت حيز التنفيذ في 30 جوان 1973

⁴ _أنظر المادة الأولى والثانية من الإتفاقية رقم 135 لعام 1971 المذكورة أعلاه. سمغوني زكريا، المرجع السابق، ص46.

⁵ _الإتفاقية رقم 141 لعام 1975 المتعلقة بشأن منظمات عمال الزراعة، إعتمدها مؤتمر العمل الدولي في دورته الستين بجنيف في 4 يونيو 1975، دخلت حيز النفاذ في 24_11_1977.

⁶ _ أنظر المادة1/3 و2 من الإتفاقية رقم 141 لسنة 1975.

⁷ _ الإتفاقية رقم 144 لسنة 1976 المتعلقة بالمشاورات الثلاثية، إعتمدها المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية في دورته الحادية والستين، بجنيف في جوان 1976.

⁸ _ نصت المادة 1 من الإتفاقية المذكورة أعلاه على أنه: "أكثر المنظمات تمثيلا لأصحاب العمل والعمال المهتمين بحق الحرية النقابية".

8_التوصية رقم 143 لعام 1971 بشأن ممثلي العمال¹.

تعد هذه التوصية من أهم المواثيق الدولية التي نصت على العديد من التسهيلات التي يجب توفيرها للقيادات النقابية حتى يتمكنوا من أداء عملهم النقابي بكل حرية².

_الفرع الثاني: الآليات التشريعية الإقليمية المقررة بمبدأ الحرية النقابية

تتمثل الآليات التشريعية الإقليمية في العهود والمواثيق الإقليمية الصادرة عن الاتحادات الإقليمية³، سنتطرق في هذه الدراسة إلى بعض الاتحادات الإقليمية.

_ أولا : دور جامعة الدول العربية في تعزيز الحرية النقابية

ا_ الميثاق العربي لحقوق الإنسان.

خصص الميثاق العربي لحقوق الإنسان لسنة 1994 (قبل مراجعته سنة 2004) مادة تناول فيها صراحة على حق إنشاء النقابات، وهو ما تضمنته المادة 29 منه⁴. تمت مراجعة الميثاق العربي سنة 2004⁵، وإن من أهم المواضيع التي شملها المراجعة موضوع الحرية النقابية، إذ كفل الميثاق لكل شخص الحق في حرية تكوين النقابات المهنية، والانضمام إليها، وحرية ممارسة العمل النقابي من أجل حماية مصالحه، ومنعت وضع أي قيود إلا تلك التي ينص عليها التشريع لحماية النظام العام أو حماية حقوق الآخرين و حرياتهم⁶.

ب _ دور منظمة العمل العربية في إقرار مبدأ الحرية النقابية.

إهتمت منظمة العمل العربية⁷ ومنذ إنشائها بمبدأ الحرية النقابية، وعملت على بلورته من خلال إقرارها⁸ دستوراً به، و تضمينه في العديد من الإنفاقيات الصادرة عنها، ومنها:

¹ _ التوصية رقم 143 لعام 1971 بشأن ممثلي العمال، اعتمدها المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية، في دورته 56 المنعقدة بجنيف في 23 حزيران/يونيه 1971،

² _وليد سيد حبيب، المرجع السابق، ص46.

³ _تتمثل الاتحادات الإقليمية في تجمع عدد من الدول والتي تربط بين أعضائها روابط مشتركة كالدين أو اللغة أو الموقع الجغرافي أو غيرها من الروابط.

⁴ _مناصرة سميحة، المرجع السابق، ص 54.

⁵ _لقد أعتمد الميثاق العربي لحقوق الإنسان من قبل القمة العربية السادسة عشرة التي استضافتها تونس في 23 ماي 2004

⁶ _أنظر نص المادة 35 و1/2 من الميثاق المذكور أعلاه .

⁷ _تعد منظمة العمل العربية للعمل هيئة متخصصة تابعة لجامعة الدول العربية، والتي تهتم بحقوق وحرريات أطراف علاقة العمل، والتي تصدرها الحرية النقابية.

⁸ _إذ نصت المادة 2/3 منه، أن من بين أهداف المنظمة تنمية وصيانة الحقوق والحريات النقابية، عبد اللطيف خالفي، المرجع السابق، ص 150.

2_ الإتفاقية العربية رقم (1) لعام 1966 بشأن مستويات العمل والمعدلة بالإتفاقية العربية رقم (6) لعام 1976. أكدت الإتفاقية بحق العمال في إنشاء نقابات ترعى مصالحهم وتدافع على حقوقهم وتعمل على تحسين وضعيتهم المادية والإجتماعية، وضمان حماية العامل من أي تمييز بسبب إئتائه أو نشاطه النقابي¹، كما نصت في المادة 79 منها، على حق النقابات العالية أن تكون فيما بينها إتحادات إقليمية أو الإشتراك في الإتحادات الدولية في القضايا المتعلقة بالعمل².

3_ الإتفاقية العربية رقم (8) لعام 1977 بشأن الحريات والحقوق النقابية³

إحتوة الإتفاقية بدورها على مجموعة من الأحكام الأساسية لحماية الحقوق النقابية، والتي تعد ضمانات لكفالة ممارسة العمل النقابي، إذ أقرت للعمال وأصحاب العمل الحق في تكوين النقابات بدون إذن سابق، والإلتزام إليها للدفاع عن حقوقهم وتحقيق مصالحهم، كما ألزمت كل دولة طرف في الإتفاقية أن تكفل حرية العامل في الإلتزام أو عدم الإلتزام إلى النقابة وحريةهم في الإلتحاق منها. مع حظر إستخدام العامل أو إستمراره في عمله على شرط إلتزامه أو عدم إلتزامه إلى النقابة أو على شرط الإلتحاق منها⁴.

ثانيا : دور منظمة الوحدة الإفريقية في ترسيخ الحرية النقابية.

الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والمواطن.

كرس الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والمواطن لسنة 1981⁵ حق ممارسة الحرية النقابية، إذ نص على حق كل شخص أن ينشأ جمعيات والإلتزام إليها بكل حرية شريطة مراعاة الضوابط الواردة في القانون، وبما أن الحرية النقابية تندرج ضمن حرية تكوين الجمعيات نجد أن الميثاق قد نص على مبدأ الحرية النقابية ولكن بطريقة غير مباشرة⁶، مما يجعل ممارسة الحرية النقابية عرضة للإنتهاك والتعدي من طرف الدول الأطراف في الميثاق⁷

¹ أنظر المادتان 76 و78 من الإتفاقية العربية رقم (1) لعام 1966 بشأن مستويات العمل والمعدلة بالإتفاقية العربية رقم (6) لعام 1976.

² عبد اللطيف خالي، المرجع السابق، ص 150.

³ الإتفاقية العربية رقم (8) لعام 1977 بشأن الحريات والحقوق النقابية، إعتدها مؤتمر العمل العربي في دورته السادس في مارس 1977 بالإسكندرية (مصر).

⁴ أنظر المواد 13.1 و19 من الإتفاقية العربية رقم (8) لعام 1977 بشأن الحريات والحقوق النقابية.

⁵ الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والمواطن لسنة 1981، إعتدته منظمة الوحدة الإفريقية في دورتها ب نيروبي في 26 يونيو 1981، دخل حيز التنفيذ في 21 تشرين الأول 1986، ثم تسجيله في الأمم المتحدة في 10 أيلول 1981، رقم التسجيل 1663.

⁶ أنظر نص المادة 10 من الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والمواطن.

⁷ مناصرة سميحة، المرجع السابق، ص 53.

__ ثالثا : دور المجلس الأوربي لإقرار الحرية النقابية .

رغم التباينات التي تعرفها الدول الأوربية حول مبدأ الحرية النقابية الناتجة عن إختلاف أنظمتها القانونية، غير أنها حاولت إيجاد بعض التصورات المشتركة لمبدأ الحرية النقابية والذي تم بلورته من خلال بعض المواثيق التي أبرمتها هذه الدول فيما بينها ¹، منها:

ا_ المعاهدة الأوربية لحقوق الإنسان لسنة 1950 ².

أقر الميثاق الأوربي لحماية حقوق الإنسان والحريات العامة بمبدأ الحرية النقابية، وهو ما تضمنته المادة 11 من الميثاق ³، إذ أعطت الحق لكل فرد أن يؤسس مع الآخرين نقابة أو أن ينضم إليها، من أجل الدفاع عن مصالحهم المشتركة، على أن لا يخضع ممارسة هذا الحق لأية قيود غير تلك الواردة في القانون. حسبما تقتضيه الضرورة في مجتمع ديمقراطي ⁴، على أن يمارس هذا الحق بدون تمييز على أساس الجنس أو العرق أو اللون أو .. ⁵.

ب_ الميثاق الإجتماعي الأوربي charte sociale européenne ⁶

عمل الميثاق الإجتماعي الأوربي على ضمان وتشجيع مبدأ الحرية النقابية، من خلال منحه العمال وأصحاب العمل حرية تكوين والانضمام إلى المنظمات الوطنية أو الدولية لحماية مصالحهم الاقتصادية والإجتماعية ⁷.

ج = الميثاق الجماعي الأوربي لحقوق الأجراء الإجتماعية.

تضمن الميثاق الجماعي الأوربي لحقوق الأجراء الإجتماعية المبرم في أستراسبورغ في 9 ديسمبر 1989، الإقرار بمبدأ الحرية النقابية ⁸، وهو ما تضمنه نص المادة 11 منه ⁹.

المطلب الثاني :حماية التشريعات الوطنية لمبدأ الحرية النقابية

حرصت الدول الحديثة على إدراج نصوص قانونية خاصة بالإعتراف بالحرية النقابية وحمايتها، سواء على مستوى دساتيرها، أو في قوانينها العادية.

¹ _عبد اللطيف خالفي، المرجع السابق، ص 152.

² _المعاهدة الأوربية لحقوق الإنسان لسنة 1950، اعتمدها المجلس الأوربي بروما بتاريخ 4 نوفمبر 1950، بدأ العمل بها في 3 سبتمبر 1953.

³ _FRANCOIS duouiesne ,droit du travail ,GUALION , France,2015,10 édition ,p140.

⁴ _HENRI Oberdorff _JACQUES Robert, libertés fondamentales et droit de l homme, , MONTCHRESTIEN, France, 2002, 5 édition, p30 .

⁵ __ أنظر المادة 24 من المعاهدة الأوربية لحماية حقوق الإنسان والحريات العامة.

⁵ __ الميثاق الإجتماعي الأوربي 1961 (المعدل) سنة 1996 بمدينة ستراسبورغ بتاريخ 3 ماي 1996، دخل حيز النفاذ في 1-7-1999.

⁷ __ " l'art -5 - tous les travailleurs et employeurs ont le droit de s'associer librement au sein d'organisations nationales ou internationales pour protection de leur intérêts économiques et sociaux " .

⁸ _عبد اللطيف خالفي، المرجع السابق، ص 154

⁹ __ تنص المادة 11 من الميثاق المذكور أعلاه ،على أنه : "كل صاحب عمل أو عامل له مطلق الحرية للإنضمام أو عدم الإنضمام إلى المنظمات النقابية، من غير أن يترتب على ذلك أي ضرر شخصي أو مهني " .

الفرع الأول:الإعتراف الدستوري بالحرية النقابية

حظي مبدأ الحرية النقابية بإقرار جل دساتير دول لعالم ،باعتباره أهم الحريات الأساسية الممنوحة للمواطنين بصفة عامة ، وللعمال وأصحاب العمل على الخصوص،ومن بين هذه الدول نذكر :

__ الدستور الجزائري :

أقر الدستور الجزائري الصادر سنة 1989 بمبدأ الحرية النقابية كحرية أساسية لكل مواطن¹،و المعدل والمتمم بالدستور الصادر سنة 1996²المعدل والمتمم،والذي أكد بدوره على دستورية مبدأ الحرية النقابية ،إذ نصت المادة 56 منه ،على أنه:"الحق النقابي معترف به لجميع المواطنين".

__ الدستور المغربي

عمل المشرع المغربي على تكريس شرعية الحرية النقابية دستوريا ،وهو ما تضمنته الفصل التاسع من الدستورالمغربي الصادر في 14 سبتمبر 1962 والمعدل في سنة 1970 وسنة1972، وآخر تعديل في 4 سبتمبر 1992،على أنه : " يضمن الدستور لجميع المواطنين...حرية تأسيس الجمعيات وحرية الانخراط في أية منظمة نقابية وسياسية حسب إختيارهم ..ولا يمكن أن يوضع حد لممارسة هذه الحريات إلا بمقتضى القانون"³.

__ الدستور التونسي:

إحتوى الدستور التونسي على نص صريح يعترف بموجبه بضمان الحق النقابي،وهو ما نص عليه الفصل 2/8 منه،بقوله : "الحق النقابي مضمون"⁴.

__ الدستور اللبناني .

أقر الدستور اللبناني بمبدأ الحرية النقابية ،ولكن بطريقة غير مباشرة عندما إعترف بحرية الإجتماع وحرية إنشاء الجمعيات⁵ ، إذ نصت المادة 13 منه على أنه:" ... وحرية الإجتماع وحرية تأليف الجمعيات كلها مكفولة ضمن دائرة القانون"⁶.

__أنظر نص المادة 53 من الدستور 1998 الصادر في 23 فبراير 1989.¹

²__دستور سنة 1996 الصادر بموجب الأمر الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 28-11-1996،المعدل والمتمم لدستور 1989 ،الجريدة الرسمية رقم 76.

__عبد اللطيف خالفي ،المرجع السابق،ص 179³

__محمد الهادي بن عبد الله، مجلة الشغل معلق عليها ،دار إسهامات في أدبيات المؤسسة،تونس،2010،ص 252 .⁴

__محمد علي عبده ،قانون العمل (دراسة مقارنة)،الطبعة الأولى ،منشورات زين الحقوقية،لبنان،2007،ص 177 .⁵

⁶__حسين عبد اللطيف حمدان ،قانون العمل(دراسة مقارنة) ،منشورات الحلبي الحقوقية،لبنان،2005،الطبعة الأولى،ص 502.

__ الدستور المصري .

يعد مبدأ الحرية النقابية من بين المبادئ الدستورية التي كفلها الدستور المصري الحالي، وهو ما أقرته المادة 56 منه والتي جاء فيها: إنشاء النقابات والاتحادات على أساس ديمقراطي حق يكفله القانون ¹.

__ الدستور الفرنسي .

كرس الدستور الفرنسي الصادر سنة 1946 في ديباجته² مبدأ الحرية النقابية، و إعتبره أحد المبادئ الإجتماعية الضرورية ، و خول لكل فرد أن ينظم إلى النقابة التي يختارها للدفاع عن مصالحه وحقوقه، كما حافظ على تأييد هذا المبدأ عند تعيله للدستور سنة 1958.³

الفرع الثاني : الاعتراف التشريعي بمبدأ الحرية النقابية .

تكريسا لما جاء به الدستور بخصوص دسترة مبدأ الحرية النقابية ، فقد إكتفت بعض التشريعات بالنص على هذا المبدأ ضمن قانونها للعمل ، في حين قامت بعض التشريعات بإصدار قانون خاصة بالحرية النقابية ، ومثاله المشرع الجزائري ، والمصري ، لذلك سنحاول التطرق إلى بعض هذه التشريعات ، وهي:

التشريع الجزائري :

تكريسا لما جاء به الدستور بخصوص دستورية مبدأ الحرية النقابية ، صدور القانون رقم 90-14 المعدل والمتمم، المتعلق بكيفيات ممارسة الحق النقابي، والذي خول للعمال الأجراء، والمستخدمين ، والذين ينتمون إلى مهنة واحدة أو الفرع الواحد أو قطاع النشاط الواحد الحق أن يؤسسوا منظمات نقابية للدفاع عن مصالحهم المادية والمعنوية، أو ينخرطوا فيها بكل حرية شريطة أن يمثلوا بتشريع المعمول به والقوانين الأساسية لهذه المنظمات النقابية.⁵

ناهيك عن القانون رقم 90-11⁶ المتعلق بعلاقات العمل ، الذي أقر بدوره بالحرية النقابية وجعل حق العامل في ممارسة الحق النقابي على رأس الحقوق الأساسية التي يتمتع بها العمال.⁷

__ رمضان عبد الله صابر، المرجع السابق، ص 29.¹

² "tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix " .

³ __ JEAN Pélissier -ALAIN Supiot -AMOINE Jemmaud. droit du travail ,DALLOZE, 20 édition 2000, p555.

⁴ __ القانون رقم 90-14 المؤرخ في 2 جويلية 1990 المعدل والمتمم، المتعلق بكيفيات ممارسة الحق النقابي ، الجريدة الرسمية عدد 23 المؤرخة في 6 جويلية 1990.

⁵ __ أنظر المادة 2و3 من القانون رقم 90-14 ، المذكور أعلاه

⁶ __ القانون رقم 90-11 المؤرخ في 4-12 1990. المعدل والمتمم، المتعلق لعلاقات العمل، جريدة رسمية عدد 17 المؤرخة في 25 أفريل 1990.

⁷ __ أنظر المادة 1/5 من القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل، المعدل والمتمم.

التشريع المغربي :

أقر المشرع المغربي بمبدأ الحرية النقابية من خلال منحه للأشخاص الذين يمارسون مهنة واحدة أو محن متشابهة أو مرتبطة ببعضها البعض تأسيس النقابات المهنية بكل حرية وفق الشروط المنصوص عليها في هذا القانون، ولهم الحرية في أن ينخرطوا في النقابة المهنية التي يختارونها¹.

التشريع التونسي :

بالرجوع إلى مجلة الشغل التونسية² نجد أنها أقرت بحرية تأسيس النقابات مهنية، والتي تضم أشخاصا يتعاطون نفس المهنة أو حرفا متشابهة أو محن مرتبطة ببعضها البعض، كما منحت الحق لكل عضو من الانسحاب منها، كما إعترفت لهذه النقابات المهنية بإمكانية تكوين لاتحادات المهنية³.

التشريع المصري :

تكريسا لما جاء به الدستور، فقد تضمن القانون رقم 135 لسنة 1976 المتعلق بالنقابات العالية والمعدل بالقانون 1 لسنة 1981⁴، على حق العمال وأرباب العمل المنتمون في مجموعات مهنية أو صناعية متماثلة على تكوين نقابة عامة، كما كفل للعمال حرية الانضمام إلى المنظمة النقابية التي يختارها أو الانسحاب منها⁵.

التشريع اللبناني :

أقر قانون العمل اللبناني الحالي بدوره بمبدأ الحرية النقابية بطريقة مباشرة⁶، إذ منح للعمال ولأرباب العمل الحق في إنشاء النقابات المهنية⁷، والحق في الانضمام إليها بكل حرية⁸، غير أنه قيد حرية إنشاء هذه النقابات بالحصول على رخصة من وزير العمل⁹.

¹ أنظر المادة 398 من مدونة الشغل المغربية، عبد اللطيف خالفي، المرجع السابق، ص 175.

² أنظر الفصول 242، 252، و 254 من مجلة الشغل التونسية.

³ محمد الهادي بن عبد الله، المرجع السابق، ص 252 و 256.

⁴ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 439.

⁵ أنظر المادتين 3 و 13 من قانون النقابات العالية المذكور أعلاه.

⁶ جورج سعد، قانون العمل، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2015، الطبعة الأولى، ص 57.

⁷ تنص المادة 83 من القانون المذكور أعلاه، على أنه: "في كل فئة من فئات المهن يحق لأرباب العمل و الأجراء أن يؤلف كل منهم نقابة خاصة واحدة لها الشخصية المعنوية وحق التقاضي"، محمد علي عبده، المرجع نفسه، ص 287.

⁸ تنص المادة 90 من قانون العمل اللبناني، على أنه: "كل من رب العمل والأجير حر في أن ينتسب إلى النقابة أو لا ينتسب"، حسين عبد اللطيف حمدان، المرجع السابق، ص 518.

⁹ تنص المادة 86 من قانون العمل اللبناني على أنه: "لا تنشأ نقابة لأرباب العمل أو للأجراء إلا بعد الترخيص من وزير العمل"، محمد علي عبده، المرجع السابق، ص 296.

__ التشريع الفرنسي :

تم الاعتراف بالحرية النقابية ولأول مرة في فرنسا بموجب قانون الصادر في 21-03-1984. إذ نصت مادته الأولى منه، على الاعتراف بالحرية النقابية وإلغاء كافة الأحكام القانونية السابقة عليه والتي كانت تقيد حق العمال في تكوين النقابات¹. الصادر في Waldeck Rousseau

بالرجوع إلى قانون العمل الفرنسي- الحالي، ولسيما المادة 412-1 في فقرتها الأولى² منه، تجدها تنص على الاعتراف بممارسة النشاط النقابي في كل المؤسسات في إطار احترام الحقوق والحريات التي ينظمها دستور الجمهورية خاصة الحرية الفردية للعمل³.

المبحث الثاني:الأجهزة الدولية والآليات الوطنية لحماية الحرية النقابية.

إن لضمان حماية مبدأ الحرية النقابية لا يقتصر على إعراف التشريعات الدولية والوطنية بهذا المبدأ، بل لابد من وضع آليات تعمل على رقابة مدى تطبيق تلك التشريعات على أرض الواقع، لذلك سوف نتناول الآليات الدولية (المطلب الأول)، ثم الآليات الوطنية لحماية الحرية النقابية (المطلب الثاني).

المطلب الأول : الأجهزة الدولية لحماية الحرية النقابية.

تشمل الأجهزة الدولية لحماية الحرية النقابية في نوعين من الآليات، وهي: أجهزة دولية عامة، وأجهزة متخصصة لحماية الحرية النقابية.

__الفرع الأول:الأجهزة الدولية العامة لحماية الحرية النقابية.

تتمثل الأجهزة الدولية العامة لحماية الحرية النقابية في لجنتين وهما: لجنة الخبراء المعنية بتطبيق الإتفاقيات، والتوصيات، و لجنة تطبيق المعايير التابعة للمؤتمر الدولي للعمل.

__أولا: لجنة الخبراء المعنية بتطبيق الإتفاقيات والتوصيات

أنشئت اللجنة بموجب قرار الصادر عن مؤتمر العمل الدولي في دورته الثامنة عام 1926، وتتكون اللجنة من أعضاء يمثلون مختلف المناطق الجغرافية، ويعكسون مختلف الإتجاهات القانونية والاقتصادية والإجتماعية والثقافية، ويتم إختيارهم ولمدة ثلاثة سنوات من بين الأشخاص المشهود لهم بالكفاءة والنزاهة والحياد¹.

¹ _ JEAN Pélissier - AMOINE Jemmaud-ALAIN Supiot .op.cit,p10

² _ MARIE -FRANCOISE CLAVEL - fauquenot_ NATACHA MARIGNIE, le droit syndical , LIALISONS,1999 ,p 42.

³ -art .L .412-1 alinéa1 : " l'exercice du droit syndical est reconnu dans toutes les entreprises dans le respect des droits et libertés garantis par la constitution de la République , en particulier de la liberté individuelle du travail ".HENRI Oberdorff JACQUES Robert , op .cit ,P685 .

تسهر اللجنة على الإشراف ومراقبة مدى إحترام الدول والتزامها بالمعايير المنصوص عليها في دستور منظمة العمل الدولية، وكذا الإتفاقيات الصادرة عنها، وتقيم التقدم الذي حققته الدول في مجال تكريس مبدأ الحرية النقابية بتوفير الضمانات المنصوص عليها في الإتفاقية رقم 87 المتعلقة بالحرية النقابية وحماية حق التنظيم².

__ ثانيا : لجنة تطبيق المعايير التابعة للمؤتمر الدولي للعمل.

أنشئت هذه اللجنة بموجب قرار الصادر عن مؤتمر العمل الدولي في دورته الثامنة عام 1926³، تقوم اللجنة بدراسة التقارير المرفوعة إليها من طرف لجنة الخبراء، وبحث مدى تطبيق الإتفاقيات والتوصيات من طرف الدولة المعنية.أخذاً بعين الاعتبار تقرير لجنة الخبراء، و الإستماع لشروحات الدولة المعنية بخصوص الإجراءات التي إتبعها لتدارك التناقضات الواردة في تقرير لجنة الخبراء، كما تسمح لممثلي العمال وممثلي أرباب العمل إبداء آراهم حول مدى تطبيق دولهم للإتفاقيات والتوصيات الصادرة عن منظمة العمل الدولية⁴.

عند إنتهاءها من عملها ترسل تقريرها المتضمن الإستنتاجات والملاحظات التي توصلت إليها، إلى المؤتمر العمل الدولي الذي سوف يتولى مهمة مناقشة هذا التقرير في جلسة عامة.

__الفرع الثاني :الأجهزة الدولية المختصة بحماية الحرية النقابية

نظرا للأهمية التي يتميز بها مبدأ الحرية النقابية، على النحو ما سبق بيانه، أوجدت كل من منظمة العمل الدولية، ومنظمة العمل العربية كل على حسب إختصاصه آليات متخصصة لحماية الحرية النقابية إذ لا يمكن اللجوء إلى هذه الأجهزة إلا في حالة المساس بهذه الحرية.

__أولا : الأجهزة المتخصصة التابعة لمنظمة العمل الدولية.

قامت منظمة العمل الدولية بإنشاء أجهزة متخصصة لرعاية مدى إحترام الدول لمبدأ الحرية النقابية، ومتمثلة في:لجنة تقصي الحقائق والتوفيق في مجال الحرية النقابية، لجنة الحرية النقابية.

1_لجنة تقصي الحقائق والتوفيق في مجال الحرية النقابية⁵ (clcmis)

تم إنشاء هذه اللجنة بموجب القرار رقم 277 الصادر بتاريخ 17-02-1950 عن المجلس الإقتصادي والإجتماعي التابع لهيئة الأمم المتحدة في دورته العاشرة¹، وكان ذلك إستجابة لطلب الإتحاد العالمي للنقابات للجمعية العمومية والمتعلق بحماية النشاط النقابي من خلال ضمان الحرية النقابية².

¹ _ دليل الإجراءات المتعلقة بالإتفاقيات وتوصيات العمل الدولية، مكتب العمل الدولي، جنيف 2012، بدون دار النشر، ص30، المحمل من الموقع:

www . ilo .org

² _مناصرة سميحة ،المرجع السابق، ص133.

³ _ دليل الإجراءات المتعلقة بالإتفاقيات والتوصيات العمل الدولية ،المرجع السابق، ص30.

⁴ _وسيلة شاو،المرجع السابق، ص384 وما بعدها.

⁵ _Commission d'investigation et conciliation en matière de liberté syndicale.

تتولى اللجنة التحقيق في الشكاوى التي تحال إليها من طرف مجلس إدارة والمتعلقة بانتهاك الحرية النقابية³، وتقدم التوصيات والمقترحات للدول المعنية، وكذا العمل على إقناع الدول للمصادقة على الإتفاقيتين: الإتفاقية رقم 87 لسنة 1948 المتعلقة بالحرية النقابية وحماية حق التنظيم، والإتفاقية رقم 98 لسنة 1949 المتعلقة بالحقوق في التنظيم والمفاوضة الجماعية⁴.

3_ لجنة الحرية النقابية (c f a)⁵

أنشئت لجنة الحرية النقابية سنة 1951 من طرف مجلس إدارة منظمة العمل الدولية في شكل هيئة ثلاثية التريكية⁶، وهي تتكون من تسعة أعضاء يختارون من بين أعضاء المجلس، وتنعقد هذه اللجنة ثلاثة مرات في السنة لفحص الشكاوى المتعلقة بخرق الدول للحقوق النقابية⁷.

وهي جهاز متخصص بالتحقيق في الشكاوى الواردة إليها من طرف منظمات العمال أو أصحاب العمل ضد حكوماتهم أو من دولة⁸، والمتعلقة بانتهاك أو خرق الدول للحقوق والحريات النقابية، سواء كانت الدولة محل الشكاوى قد صادقت أو لم تصادق على الإتفاقيات المتعلقة بالحقوق النقابي⁹.

_ثانيا: الأجهزة المتخصصة التابعة لمنظمة العمل العربية.

إهتمت منظمة العمل العربية بدورها بحماية الحرية النقابية من خلال إنشاءها لأجهزة لمراقبة مدى إحترام الدول الأعضاء لهذا المبدأ، وتمثل هذه الأجهزة في لجتين وهما : لجنة الحرية النقابية، ولجنة تطبيق الإتفاقيات والتوصيات.

ا_ لجنة الحرية النقابية

تعمل لجنة الحرية النقابية التابعة لمنظمة العمل العربية على حماية الحقوق والحريات النقابية من خلال النظر في الشكاوى المرفوعة إليها من قبل المدير العام لمكتب العمل العربي فتصدر اللجنة بشأنها توصيات إلى المدير العام

¹ _ عصام طوالي النعالي، المرجع السابق، ص 85.

² _ إبراهيم حلي، المرجع السابق، ص 44.

³ _ وسية شايو، المرجع السابق، ص 386.

⁴ _ أحمد حسن برعي، المرجع السابق، ص 57.

⁵ _ comité de la liberté syndicale .

³ _ عبد المجيد صغير برعم، المرجع السابق، ص 27.

⁴ _ عصام طوالي النعالي، المرجع السابق، ص 86.

⁵ _ سلمية شايو، المرجع السابق، ص 383.

⁶ _ عبد المجيد صغير برعم، المرجع السابق، ص 27.

للمكتب العربي للعمل الذي يرفعها بدوره إلى المؤتمر العام لمنظمة العمل العربية¹، ولقد لعبت هذه اللجنة دورا كبيرا في إيجاد مجموعة من المبادئ الأساسية لإقرار وضمان احترام الحرية النقابية².

بـ لجنة تطبيق الإتفاقيات والتوصيات

تختص هذه اللجنة بفحص مدى احترام تطبيق الإتفاقيات والتوصيات العمل العربية من طرف الدول الأعضاء فيها، كما تنظر في الشكاوى التي تقدم إليها من قبل دولة طرف في الإتفاقية ضد دولة أخرى بسبب عدم تنفيذها لالتزاماتها الإتفاقية³.

ـ المطلب الثاني : الآليات الوطنية لحماية الحرية النقابية.

لم تكنفي التشريعات الوطنية بالإعتراف التشريعي بمبدأ الحرية النقابية بل عملت على وضع آليات لرقابة مدى تطبيق تلك النصوص التشريعية على أرض الواقع. لذلك سوف تقتصر دراستنا هذه، على الآليات التي وضعها التشريع الجزائري لرقابة احترام الحرية النقابية، والتي يمكن تقسيمها إلى نوعين :

ـ الفرع الأول: الآليات الغير قضائية :

نقصد بالآليات الغير قضائية لحماية الحرية النقابية مجموعة الآليات الغير جزائية التي تعمل على الضغط على الدولة أو أرباب العمل من أجل تنفيذ أو تعديل التشريعات المتعلقة بالحرية النقابية⁴، ومن أهمها :

1ـ البرلمان .

يعد البرلمان بإعتباره ممثلا للإرادة الشعبية المؤسسة الدستورية التي تهتم بتعزيز و حماية حقوق الإنسان والحريات العامة بما فيها الحرية النقابية وذلك من خلال ممارسته للوظيفتين المنوطتين به والمتمثلتين في : الوظيفة التشريعية والوظيفة الرقابية .

كما تعمل اللجان البرلمانية الدائمة في كل من غرفتي البرلمان⁵، على دراسة النصوص القانونية لتحديد مدى احترامها لحقوق الإنسان والحريات بما فيها الحرية النقابية وفي حالة تعارضها مع هذه الحقوق تعمل هذه اللجان على تعديلها، كما تتلقى الشكاوى والملاحظات حول إنتهاكات الصارخة لهذه الحقوق وتسعى إلى إيجاد حلول لها⁶.

7_ مناصرة سميحة ، المرجع السابق، ص 147

8_ لأكثر تفصيل حول المبادئ التي أقرتها لجنة الحريات النقابية راجع : رمضان عبد الله صابر، المرجع السابق، ص 27 .

1_ مناصرة سميحة ، المرجع السابق، ص 147 .

2_ مناصرة سميحة ، المرجع نفسه، ص 118.

3_ ويقصد بها : لجنة الحريات بالمجلس الشعبي الوطني، ولجنة حقوق الإنسان بمجلس الأمة .

4_ مناصرة سميحة ، المرجع السابق، ص 118.

2_ مفتشية العمل .

تعد مفتشية العمل هيئة مخولة قانونا بمراقبة تطبيق الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بعلاقات العمل الفردية والجماعية وظروف العمل والوقاية الصحية وأمن العمل¹، إذ يتمتع مفتشوا العمل بسلطة القيام بزيارات لأماكن العمل التابعة لمهامهم ومجال إختصاصهم لمعاينة أي تجاوزات. وفي مجال الحرية النقابية قد خول المشرع لمفتشي العمل مهمة معاينة ومتابعة أي عراقيل لممارسة الحق النقابي².

3_ اللجان الحكومية(اللجنة الوطنية الإستشارية لحماية حقوق الإنسان وترقيتها).

تم إنشاء هذه اللجنة بموجب المرسوم الرئاسي رقم 71/01 المؤرخ في 25-03-1971، وقد حدد الأمر رقم 04-09 المتعلق باللجنة الوطنية الإستشارية لترقية حقوق الإنسان وحمايتها³ مهمة اللجنة في الرقابة والإنذار المبكر والتقييم في مجال إحترام حقوق الإنسان⁴.

ويعد التصدي لكل مساس لحقوق الإنسان وحررياتهم الأساسية بما فيها الحرية النقابية من المهمات الرئيسية للجنة، كما تشارك في إعداد التقارير التي تقدمها الجزائر لأجهزة الأمم المتحدة ولجانها وإلى المؤسسات الجهوية تطبيقا لالتزاماتها الإتفاقية⁵، وغيرها من المهام .

4_ اللجان الغير حكومية (الرابطة الجزائرية للدفاع عن حقوق الإنسان).

أسست هذه الرابطة في 30-06-1985، وتعد عضو في الفيدرالية الدولية لرابطات حقوق الإنسان ومنذ تأسيسها عملت هذه الرابطة على حماية حقوق الإنسان والحريات العامة بما فيها الحرية النقابية وخاصة مسألة ممارسة الحق النقابي في المجتمع الجزائري⁶.

_ الفرع الثاني : الآليات القضائية

تعتبر الآليات القضائية من أهم الآليات الوطنية لحماية الحرية النقابية بإعتبار أن جهاز القضاء هو المحول قانونا بالتطبيق السليم للنصوص القانونية على المنازعات المعروضة عليه. ومن بين هذه الآليات نذكر :

¹ أنظر المادة 2 / 1 من القانون رقم 90_03 المؤرخ في 6_2_1990، المعدل والمتمم بالأمر 96_11 المؤرخ في 10_6_1996 يتعلق بمفتشية العمل .

1_ أنظر المادة 58 من القانون 90_14، المعدل والمتمم سالف الذكر.

³ الأمر رقم 04-09 المؤرخ في 27 أوت 2009 يتعلق باللجنة الوطنية الإستشارية لترقية حقوق الإنسان وحمايتها، الجريدة الرسمية عدد 49.

3_ أنظر المادة 1/10 من الأمر رقم 04-09 المؤرخ في 27 أوت 2009 يتعلق باللجنة الوطنية الإستشارية لترقية حقوق الإنسان وحمايتها.

⁵ أنظر المادة 2 من المرسوم الرئاسي رقم 09-263 المؤرخ في 30 أوت 2009 المتعلق بمهام اللجنة الوطنية الإستشارية لترقية حقوق الإنسان وحمايتها وتشكيلتها وكيفية تعيين أعضائها ومسيرها، الجريدة الرسمية، العدد 49.

5_ مناصرة سميحة، المرجع السابق، ص 124.

1_الدعوى القضائية .

إن القضاء الإجتماعي يعد أهم الأهمية التي تعمل على حماية الحرية النقابية من خلال ما يصدره من أحكام قضائية في المنازعات التي ترفع إليه والمتعلقة بانتهاك، وخرق الحرية النقابية¹، ومن بين الأحكام القضائية التي أصدرها القضاء الإجتماعي الجزائري يحمي بموجبها الحرية النقابية نذكر :

__ قرار الغرفة الإجتماعية الصادر في 14-04-1998، ملف رقم 159380²، والمتعلق ب " الحق النقابي معترف به لكل المواطنين".

__ قرار الغرفة الإجتماعية الصادر في 04-03-2010 ملف رقم 581883³، والمتعلق ب " أن أي إجراء تأديبي متخذ ضد مندوب نقابي بدون مراعاة الإجراءات القانونية باطلا وعدية الأثر".

2_ الدعوى النقابية.

وهي صلاحية النقابة برفع دعاوى القضائية أمام الجهات القضائية باعتبارها شخص معنوي يتمتع بأهلية التقاضي، سواء لحماية مصالح أحد أعضائها وتسمى دعوى المصلح الفردية، أو لحماية المصالح الجماعية لأعضائها، ومنها حماية ممارسة الحرية النقابية وتسمى دعوى المصالح الجماعية⁴، أو ترفع النقابة دعوى لحماية مصالحها الخاصة، وتسمى الدعوى المباشرة⁵.

خاتمة :

يتبين لنا من خلال هذه الدراسة أن الإعراف الدولي والوطني الذي حظي به مبدأ الحرية النقابية من خلال تكريسه في العديد من المواثيق والعهود و الإتفاقيات الدولية، خاصة الإتفاقية رقم الإتفاقية رقم 87 لسنة 1948 المتعلقة بالحرية النقابية وحماية حق التنظيم، وكذا تضمينه في جل الدساتير والقوانين العادية للدول، يعد من أهم الضمانات القانونية التي تسمح لكل فرد بصفة عامة و للعمال ولأصحاب العمل بالخصوص بتكوين منظمات نقابية بكل حرية أو الإنخراط فيها، من أجل الدفاع على حقوقهم، ومصالحهم المادية، والمعنوية.

6_أنظر المادة 500 من القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25-02-2008 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية .

__ المجلة القضائية لسنة 1998، العدد 2، ص 17.

__مجلة المحكمة العليا لسنة 2010، العدد 2، ص 377.

4_تنص المادة 1/16 من القانون 14-90، على أنه: " تكتسب المنظمة النقابية الشخصية المعنوية والأهلية المدنية بمجرد تأسيسها ويمكنها أن تقوم بما يأتي:-التقاضي وممارسة الحقوق المخصصة للطرف المدني لدى الجهات القضائية المتخصصة عقب وقائع لها علاقة بهدفها وألحقت أضرار بمصالح أعضائها الفردية أو الجماعية المادية أو المعنوية".

5_أهمية سليمان، آليات تسوية منازعات العمل والضمان الإجتماعي في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، الطبعة الخامسة، ص 75 وما بعدها.

لم تكنفي التشريعات الدولية والوطنية بالإعتراف بمبدأ الحرية النقابية بل عمدة إلى إنشاء أجهزة دولية و آليات وطنية لرقابة مدى إحترام تطبيق تلك النصوص التشريعية المكرسة للمبدأ على أرض الواقع، وكذا التصدي لأي إنتهاك أو خرق يمس به، باغية من وراء ذلك توفير حماية أكبر لممارسة الحرية النقابية.

وعليه نخلص مما سبق عرضه، إلى أن الإقرار الدولي والوطني بمبدأ الحرية النقابية، وكذا وضع آليات دولية ووطنية تسهر على رقابة حمايته من أي إنتهاك أو خرق صارخ له، يعدان من أهم الضمانات القانونية، وأكثرها فعالية التي وفرها التنظيم الدولي و الوطني لحماية مبدأ الحرية النقابية.

— قائمة المراجع :

— المراجع العامة

- 1_ أحمد حسن برعي، علاقات العمل الجماعية في القانون المصري المقارن (القانون النقابي)، دار الفكر العربي، مصر، 1976.
- 2_ أحمية سليمان، آليات تسوية منازعات العمل والضمان الإجتماعي في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، الطبعة الخامسة.
- 3_ باتريس رولان و بول تافيرنييه، الحماية الدولية لحقوق الإنسان، الطبعة الأولى، منشورات عويدات، لبنان، 1996.
- 4_ جورج سعد، قانون العمل، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2015، الطبعة الأولى.
- 5_ حسن عبد اللطيف حمدان، قانون العمل (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2005.
- 6_ عبد اللطيف خالفي، الوسيط في مدونة الشغل (علاقات الشغل الجماعية)، الجزء 2، المطبعة والوراقة الوطنية، المغرب، 2009، الطبعة الأولى.
- 7_ محمد الهادي بن عبد الله، مجلة الشغل معلق عليها، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، تونس، 2010.
- 8_ محمد حسين منصور، قانون العمل، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، الطبعة الأولى.
- 9_ محمد رياض دغان، النظام العام في علاقات العمل، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، الطبعة الأولى، 2015.
- 10_ محمد علي عبده، قانون العمل (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2007.
- 11_ وسيلة شابو، القانون الدولي للعمل، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015.
- 12_ دليل الإجراءات المتعلقة بالإتفاقيات وتوصيات العمل الدولية، مكتب العمل الدولي، جنيف 2012، بدون دار النشر، المحمل من الموقع: www.ilo.org

— المراجع المتخصصة:

- 1_ إبراهيم حلمي، الديمقراطية النقابية، بدون دار النشر، 1998.
 - 2_ رمضان عبد الله صابر، النقابات العمالية وممارسة حق الإضراب، دار النهضة العربية، مصر، 2004.
 - 3_ سمغوني زكريا، حرية ممارسة الحق النقابي، دار الهدى، الجزائر، 2013.
 - 4_ عصام طوالي الثعالي، مدخل إلى تاريخ القانون النقابي، دار هومة، الجزائر، 2014.
 - 5_ وليد سيد حبيب، الحقوق والحريات النقابية، دار العالم الثالث، مصر، 2006.
- الرسائل الجامعية :

- 1_ عبد المجيد صغير بريم، الحق النقابي في معايير العمل الدولية والقانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2003-2004.

2_ مناصرة سميحة ، الحرية النقابية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر-باتنة-، السنة الجامعية 2011-2012.

النصوص القانونية والتنظيمية:

== القانون رقم 90_03 المؤرخ في 6_2_1990 ، المعدل والمتمم بالأمر 96_11 المؤرخ في 10_6_1996 يتعلق بمقتضية العمل ، الجريدة الرسمية عدد 6 المؤرخة في 7 فبراير 1990.

_ القانون رقم 90_11 المؤرخ في 21_4_1990 ، والمتعلق لعلاقات العمل، المعدل والمتمم، جريدة رسمية عدد 17 المؤرخة في 25 أبريل 1990.

_ القانون رقم 90_14 المؤرخ في 2 جويلية 1990، المتعلق بكيفيات ممارسة الحق النقابي المعدل والمتمم،، الجريدة الرسمية عدد 23 المؤرخة في 6 جويلية 1990.

_ القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25-02-2008 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

_ الأمر رقم 09-04 المؤرخ في 27 أوت 2009 يتعلق بالجنة الوطنية الإستشارية لترقية حقوق الإنسان وحمايتها ، الجريدة الرسمية عدد 49.

¹ _ المرسوم الرئاسي رقم 09-263 المؤرخ في 30 أوت 2009 المتعلق بمهام اللجنة الوطنية الإستشارية لترقية حقوق الإنسان وحمايتها وتشكيلتها وكيفيات تعيين أعضائها ومسيرها، الجريدة الرسمية العدد 49.

المجلات القضائية:

_ المجلة القضائية لسنة 1998، العدد 2.

_ مجلة المحكمة العليا لسنة 2010، العدد 2 .

_OUVRAGES:

1_ **FRANCOIS** duouiesne ,droit du travail ,GUALION , France,2015,10 édition .

2_ **HENRI** Oberdorff **JACQUES** Robert, libertés fondamentales et droit de l homme, MONTCHRESTIEN, France, 2002, 5 édition.

3_ **JEAN** Pélissier -**ALAIN** Supiot -**AMOINE** Jemmaud, droit du travail,20 édition,DALLOZE, 2000.

4_ **MARIE** -**FRANCOISE** CLAVEL – fauquenot_ **NATACHA** MARIGNIE, le droit syndical, LIALISONS,1999.

جزاء تخلف العمل الرقابي لمندوب الحسابات*
علاوي عبد اللطيف- طالب دكتوراه- جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان-

الملخص:

مندوب الحسابات هو ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي المكلف بالرقابة الدائمة و المستمرة على حسابات الشركة و نتائجها و نشاطها ، يتمتع بجملة من الحقوق و الامتيازات التي تساعد في أداء الواجبات الرقابية الملقاة على عاتقه . في مقابل ذلك يخضع المندوب لمسؤوليات متنوعة سواء المدنية أو الجزائية ، منها تبعا لنوع الخطأ المرتكب من قبله قررهما المشرع في حقه حتى يجعل عمله في إطار منظم و محمي من جميع التأثيرات المحيطة و حتى يضمن معه قيامه بهذا العمل بالشكل الذي حددته القواعد المنظمة لمهنته .

الكلمات المفتاحية: مندوب الحسابات - الرقابة الدائمة و المستمرة - المسؤولية المدنية - المسؤولية الجزائية - نوع الخطأ - الحماية القانونية .

Summary

The auditor is so natural and moral person in charge of permanent control and continuing on the company's accounts and its findings , enjoy a set of rights and privileges to assist in the performance of these control functions that , in return delegate subject to responsibilities several , whether civil or criminal depending on the type of fault , approved by the legislature in the right even makes his work in a structured framework and protected from all the surrounding influences and even guaranteed him doing this work in the form prescribed by him .

key words : The auditor – Permanent control and continuing – Responsibilities civil – Responsibilities criminal – Type of fault - Legal protection .

مقدمة:

منذ أن وجدت مراجعة الحسابات كان من الطبيعي أن يكون مندوب الحسابات مسؤولا أمام أصحاب الطلب على خدمة المراجعة الحسابية ، و من طبيعة الأعمال أن تكون ديناميكية و بالتالي كان من الطبيعي أن تتنوع مسؤوليات مندوب الحسابات في اتجاه واحد يخدم أصحاب المصلحة في الشركة . و مما لا شك فيه أن نجاح المندوب في الوفاء بمسؤولياته ينعكس إيجابا في ترشيد قرارات أصحاب المصالح عن طريق الكشف لهم عن جميع حالات الغش و الاختلالات مما يطمئنهم إلى صدق القوائم المالية و إمكانية الاعتماد على ما توصله من

معلومات في اتخاذ القرارات السلمية¹. و لهذا و ذاك حرصت جميع التشريعات و منها التشريع الجزائري على خلق و إيجاد هذه المسؤوليات المتنوعة و المحيطة بالعمل الرقابي لمندوب الحسابات .

و منه يمكن القول أن مهنة مندوب الحسابات باعتبارها مهنة حرة و كغيرها من المهن تخضع إلى قيود و أحكام تنظمها كما تعاقب كل من يخالفها ، و ذلك بحسب نوع الخطأ المرتكب ، بحيث أن طبيعة الخطأ هي وحدها الكفيلة بتحديد طبيعة المسؤولية التي تقع على عاتق المندوب². و بالتالي يمكن القول أن مسؤولية مندوب الحسابات على هذا النحو يمكن أن تكون مسؤولية مدنية (أولا) ، كما يمكن أن تكون مسؤولية جزائية (ثانيا) .

أولا : المسؤولية المدنية لمندوب الحسابات

إن السبب في إيجاد المسؤولية المدنية هو جبر الضرر الذي تسبب فيه مندوب الحسابات أثناء تأدية مهامه الرقابية . هذا الخطأ لا يختلف إن ارتكب في حق الشركة أو الغير المتعامل معها ، و المسؤولية المدنية لمندوب الحسابات تجد أساسها القانوني في المادة 715 مكرر 14 من ق.ت³ بقولها : " مندوبوا الحسابات مسؤولين سواء إزاء الشركة أو إزاء الغير عن الأضرار الناتجة عن الأخطاء و اللامبالاة التي يكونون قد ارتكبوها في ممارسة وظائفهم ،

و لا يكونون مسؤولين مدنيا عن المخالفات التي يرتكبها القائمون بالإدارة أو أعضاء مجلس المديرين حسب الحالة إلا إذا لم يكشفوا عنها في تقريرهم للجمعية و / أو لوكيل الجمهورية رغم إطلاعهم عليها " . كما أكدت على هذه المسؤولية المادة 59 من القانون 10 - 01 المنظم للمهنة⁴ و التي نصت على أنه : " يتحمل محافظ الحسابات المسؤولية العامة عن العناية بمهمته و يلتزم بتوفير الوسائل دون النتائج " . و كذا المادة 61 من ذات القانون بقولها : " يعد محافظ الحسابات مسؤولا اتجاه الكيان المراقب عن الأخطاء التي يرتكبها أثناء تأدية مهامه و يعد متضامنا اتجاه الكيان أو اتجاه الغير عن كل ضرر ينتج عن مخالفة أحكام هذا القانون " .

أول ملاحظة على هذه النصوص هو أن المشرع حمل مندوب أو مندوبي الحسابات المسؤولية الكاملة عن الأضرار الناجمة عن الأخطاء التي قد ارتكبوها أثناء تأدية وظائفهم ليس هذا فحسب ، بل و جنبهم المسؤولية

¹ أنظر ، عبد الوهاب نصر علي ، مسؤولية مراقب الحسابات عن كشف الغش و الفساد و غسل الأموال مطلب حيوي لاستقرار أسواق المال العربية ، البار الجامعية الاسكندرية ، مصر ، السنة 2011 ، ص. 10 و 15

² أنظر ، بن جميلة محمد ، مسؤولية محافظ الحسابات في مراقبة شركات المساهمة ، مذكرة ماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة منتوري ، قسنطينة ، السنة الجامعية 2010 - 2011 ، ص. 111

³ الأمر 75 ت 59 مؤرخ في 27 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري و المعدل و المتمم ، ج ر عدد 101 لسنة 1975 الصادرة بتاريخ 19 ديسمبر 1975 .

⁴ القانون 10 - 01 المؤرخ في 29 يونيو 2010 المتعلق بمهن الخبير المحاسب و محافظ الحسابات و المحاسب المعتمد ، ج ر عدد 42 لسنة 2010 ، الصادرة بتاريخ 11 يوليو 2010

عن تلك الأضرار التي كان سببها القائمين بالإدارة شريطة إعلام وإخطار بذلك مجلس الإدارة أو الجمعيات العمومية أو حتى وكيل الجمهورية¹.

كما أن المشرع لم يول أية أهمية للأساس القانوني الذي تنبئ عليه مسؤولية المندوب أو المندوبين سواء عقدية أو تقصيرية ، بل تجاوزها مبتعدا بذلك عن النقاشات و المشادات الواقعة بين الفقه حول أساسها سواء عقدية أم حتى تقصيرية لأنه في كلتا الحالتين ، فإن مصدر التزام مندوب الحسابات هو القانون² ، أو ما يعرف في الفقه الحديث بالمسؤولية القانونية³ . ومعناها أن مسؤولية مندوب الحسابات تجد أساسها في القانون سواء المنظم للمهنة أو القانون التجاري لأن كليهما معا يشكلان نظام قانوني و ينظمان مهنة المندوب من جميع النواحي و الجوانب ، و هي لا يكون لها معلم إلا بتوفر أركانها .

أ/ أركان المسؤولية:

عند البحث في طي القوانين المنظمة لمهنة مندوب الحسابات و حتى في القانون التجاري لا يوجد دلالة بأن المشرع نظم أركان المسؤولية للمندوب و خصها بنظام خاص له وحده ، و ذلك ما يعني و بمفهوم المخالفة أنه أراد بذلك الاعتماد على القواعد العامة المنظمة للمسؤولية المدنية و أركانها المنصوص عليها في القانون المدني⁴ ، و هي الخطأ الواجب الإثبات و الضرر الناتج عن هذا الخطأ ، و كذا علاقة السببية التي تربط الخطأ بالضرر .

- الخطأ

على الرغم من أن الخطأ ركن من أركان المسؤولية المدنية و قد اعتمده المشرع كأساس لقيام هذا النوع من المسؤولية سواء في المادة 61 من القانون 10 - 01 سالف الذكر بقولها : " . . . عن الأخطاء التي يرتكبها . . . " . أو حتى في المادة 715 مكرر 14 من ق.ت التي نصت : " . . . عن الأخطاء و اللامبالاة . . . " .

هذا من جانب ، و من جانب آخر وحتى في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة لا يوجد تعريفا للخطأ في الشق المخصص للمسؤولية المدنية تحت عنوان الفعل المستحق للتعويض ، لأن المادة 124 من هذا القانون لم تأت بتعريف الخطأ و اكتفت بالقول " أن كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض " . في حين جاءت المادة 124 مكرر ببعض صور الخطأ ، و ذلك في حال الاستعمال التعسفي للحق إذا وقع بقصد الاضرار بالغير ، أو إذا كانت الفائدة المحققة أقل مقارنة مع أضرار

¹ المادة 715 مكرر 14 ف 02 من القانون التجاري .

² أنظر ، صابونجي نادية ، الرقابة على التسيير في شركة المساهمة ، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق جامعة جيلالي ليايس ، سيدي بلعباس ، السنة الجامعية 2008 - 2009 ، ص. 257 .

³ أنظر ، معيزي خالدية ، مسؤولية مندوب الحسابات في شركة المساهمة ، مذكرة ماجستير في قانون مسؤولية المهنيين كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، السنة الجامعية 2011 - 2012 ، ص. 28 .

⁴ القانون رقم 07 - 05 المؤرخ في 13 مايو 2007 و المتضمن القانون المدني ، ج ر عدد 31 لسنة 2007 ، الصادرة في 13 مايو 2007 .

الغير من ضرر ، أو إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة ، و هذه الصور قد جاءت على سبيل المثال لا الحصر .

و من هذا المنطلق يمكن القول أن عزوف المشرع عن إعطاء تعريفا واضحا و صريحا للخطأ فتح الباب على مصراعيه للفقه و ذلك للإدلاء بدلوه في هذا المجال . و من بين التعريفات المعطاة للخطأ بصفة عامة التعريف الذي جاء به الفقيه " بلانيول " و الذي يعتبر أكثر دقة و شمولية و هو أن : " الخطأ هو انتهاك للالتزام سابق الوجود " . مع أخذ كلمة التزام بمفهومها الواسع و العام أي الواجب و ليس بمعناها الضيق أي الحق الذي ينشأ بين الدائن و المدين نتيجة التزام عقدي ، لأن الخطأ يمكن أن يرتكب من طرف شخص ليس ملزما بمقتضى-أي علاقة¹ . هذا عن الخطأ بصفة عامة ، أما عن خطأ مندوب الحسابات الذي يوجب مسؤوليته المدنية ، فقد عرفه بعض الفقهاء على أنه انحراف محافظ الحسابات عن السلوك الفني المألوف أو هو الخطأ الذي يرتكبه أو يقوم به رجل فن الذي يقدم خدمة² . و منه يمكن و بصفة عامة و شاملة تقسيم أخطاء مندوب الحسابات إلى جزأين ، أخطاء ترتكب أثناء قيام مندوب الحسابات بأعمال الرقابة ، و أخرى يأتي بها في نتائج هذه الرقابة و ذلك تفصيلا كالآتي :

1 - الخطأ في الرقابة :

إن مندوب الحسابات ملزم بفحص دفاتر الشركة و مستنداتها و التحقيق في موجوداتها و التزاماتها كما لا يغفل عن مراجعة ميزانيتها و حساباتها . كما يراقب مدى احترامها للنصوص القانونية المنظمة للشركات و المؤسسات و التزامها بالأنظمة الأساسية لهذه الأخيرة . و من ثم عليه أن يبذل في ذلك عناية الرجل الحريص المتبصر- صاحب المهنة ، و بالتالي عليه كنتيجة لذلك إخطار الجمعيات العمومية و مجلس الإدارة أو مجلس المديرين أو الهيئات المكلفة بالمدولة و أحيانا إخطار حتى وكيل الجمهورية عن الأخطاء و المخالفات التي يكتشفها أثناء قيامه بعمله الرقابي . و من هنا يكون مندوب أو مندوبي الحسابات مسؤولون مدنيا سواء اتجه الشركة أو الغير عن الأخطاء و المخالفات و التجاوزات الحاصلة من القائمين بالإدارة في حسابات الشركة و دفاتها لو أنهم بذلوا العناية المطلوبة التي تقتضيها أصول مهنتهم .

و في هذه الحالة يقع عبء إثبات الخطأ على من يدعي المسؤولية المدنية للمندوب ، لأن هذا الأخير و كما سبقت الإشارة إليه لا يتحمل أخطاء القائمين بالإدارة بصفة عامة إذا أخطر بها الهيئات المختصة و حتى وكيل الجمهورية إذا كانت أخطاء بالغة الخطورة تصنف كأعمال جرمية . و من ذلك كله يمكن الوصول إلى اتجاه واحد هو أنه إذا حدث و أن وقعت مخالفات و تجاوزات في حسابات الشركة أو في ميزانيتها لا يعتبر البتة خطأ تتعقد من جرائه مسؤولية مندوب الحسابات ، ذلك أن هذا الأخير و هو يلتزم ببذل العناية اللازمة التي

¹ معري خالدية ، المرجع السابق ، ص. 29 .

² أنظر ، طيطوس فحي ، النظام القانوني لمهنة محافظ الحسابات ، مذكرة ماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة معسكر ، السنة الجامعية 2008 - 2009 ، ص. 142 .

تقتضيا أصول المهنة و ليس بتحقيق نتيجة وهو ما أشارت إليه المادة 59 من القانون 10 - 01 المنظم للمهنة . لذلك لا يسأل المندوب إلا عن الأضرار التي تلحق بالشركة و / أو الغير و الناشئة عن مخالفات كان له أن يكتشفها لو أنه بذل العناية و الحرص المطلوبين منه لأداء مهمته .

و انطلاقا من هذا المبدأ ، قضي بمسؤولية المندوب الذي لم يباشر رقابة جدية و حقيقية على حسابات الشركة إذ لم يتم بمراجعة دفاترها و مستنداتها المحاسبية أو لم يجز الاختبارات اللازمة عليها للكشف عن حقيقتها و اعتمد على الحسابات المقدمة له من قبل القائمين بالإدارة كما أعطيت له . كما تنعقد مسؤولية المندوب الذي اعتمد حسابات الشركة و صادق عليها دون أن يراجعها أو يجري اختبارات عليها من خلال المطابقة بين القيود الواردة في هذه الحسابات مع ما هو ثابت في دفاتر الشركة أو المؤسسة الخاضعة لرقابته ¹ .

يحدث كل هذا في الحالة التي يكون فيها التزام مندوب الحسابات لا يتعدى كونه بذل العناية اللازمة التي تقتضيا أصول المهنة ، لكن في بعض الأحيان يحدث تحول للالتزام ببذل عناية إلى التزام بتحقيق نتيجة كما في الاشهاد بصحة المكافآت التي تمنحها الشركة أو عدم التحقق من احترام القواعد المتعلقة بأسهم الضان ² . ففي هذه الحالة من يدعي خطأ مندوب الحسابات ليس عليه إلا إثبات عدم تحقق النتيجة لتقوم بذلك مسؤولية المندوب و الذي بدوره إذا ما أراد التخلص من هذه المسؤولية فما عليه إلا إثبات أحد الأسباب التي تعفيه من المسؤولية وفقا للقواعد العامة وهي خطأ الضحية أو فعل الغير أو القوة القاهرة . لذلك قضي بمسؤولية المندوب الذي لم يراقب قيام القائمين بالإدارة بتكوين الإحتياطات المنصوص عليها قانونا ، أو المندوب الذي لم يتحقق من امتلاك أعضاء مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة لأسهم الضان و المفروض أنها مخصصة لضمان أخطاء هؤلاء ، أو المندوب الذي لم يقدم تقريره بشأن الاتفاقية المبرمة بين أحد القائمين بالإدارة و الشركة ، كذلك تنعقد مسؤولية المندوب الذي لم يتم بإجراءات الإنذار الموجهة للجمعية العامة أو الهيئات المكلفة بالمداولات بالنشاطات المعرّلة للاستغلال في الشركة أو الذي لم يتم بإخطار وكيل الجمهورية حول أخطاء و مخالفات القائمين بالإدارة ³ .

2 - الخطأ في نتائج الرقابة :

تتحقق هذه الفرضية عندما يقوم مندوب الحسابات بواجبه الرقابي لكن ليس على أتم وجه و كما ينص عليه القانون و يفرض عليه و هذا ما سينعكس سلبا على حياة الشركة و مستقبلها . و كمثال على هذه الحالة عدم الكشف عن المخالفات و الأخطاء التي اطلع عليها المندوب خلال قيامه بعمله الرقابي مما يجعل الشركة أو

¹ أنظر ، سيد قاسم علي ، مراقب الحسابات دراسة مقارنة لدور مراقب الحسابات في شركة المساهمة ، دار الفكر العربي القاهرة ، مصر ، السنة 1991 ، ص. 233 ، 234 .

² أنظر ، بوعزة ديدن ، أجهزة الرقابة في شركات المساهمة ، مجلة دراسات قانونية ، مخبر القانون الخاص الأساسي ، العدد 03 ص. 24 . جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، السنة 2006

³ أنظر ، نفس المعنى ، معيزي خالدية ، المرجع السابق ، ص. 42 .

المؤسسة تبدو في وضعية مريحة و مظهر مالي حسن مما يسبب أضرار للغير المتعامل معها و حتى الشركاء في بعض الأحيان ، لأنه إذا حدث و أن طرحت هذه الشركة أسهم أو قيم منقولة من أي نوع للتداول فستلحق هذه الأخيرة رواجاً كبيراً في السوق سببه الصورة المزيفة عن الشركة و الذي حدث بسبب المعلومات الكاذبة المنشورة عنها و التي وافق عليها مندوب الحسابات ¹ .

لذلك قضي- بمسؤولية المندوب الذي لم يقدم تقرير كافي و شافي و صحيح و دقيق عن الميزانية للشركاء في الجمعيات العمومية و الذين هم بصدد اعتماد هذه الميزانية ، فيقترح عليهم اعتمادها رغم علمه اليقين بعدم صحة البيانات التي تضمنتها أو حتى نقصها . أو المندوب الذي لم يرفض الاشهاد تماماً رغم هذه المعطيات كما قضي- بمسؤولية المندوب الذي أكد صحة حسابات الشركة و على وجود أرباح قابلة للتوزيع مع العلم أنها أرباح صورية . كما يسأل المندوب عندما تتقدم جماعة من الغير للاكتتاب في أسهم الشركة بعد أن يطلعوا على تقرير مندوب الحسابات الذي يؤكد فيه سلامة حسابات الشركة على أنها تعبر عن المركز المالي الحقيقي لها و أنها في حالة ازدهار و نمو و ذلك كله عكس حقيقتها . و من هذا كله يمكن القول أن عدم علم مندوب الحسابات بهذه المخالفات لا يكفي وحده لنفي المسؤولية عنه بل يجب أن يكون عدم العلم قد صاحبه الدراسة الوافية و الكافية لمستندات الشركة و دفاترها الموضوعة تحت تصرفه في أي وقت و في كل حين ، كذا فحص موجوداتها و كل عناصرها التي تحافظ على بقائها و استمرارها ، كما قام بعمليات الجرد و التسجيل وفقاً للقواعد المعمول بها ² .

و قبل طي صفحة الخطأ يجب الإشارة إلى شيء ذو أهمية بالغة و هو ما يتعلق بمسؤولية الشخص المعنوي الممثل في محافظة الحسابات ، في هذه الحالة يكون الأشخاص مسؤولين مسؤولية شخصية عن أعمالهم و بالتالي عن أخطائهم حتى و لو كانوا في إطار شركة محافظة الحسابات ³ .

هذا فيما يخص المسؤولية عن العمل الشخصي- ، غير أنه يمكن أن يكون مندوب الحسابات مسؤولاً عن أخطاء الغير التي سببت ضرراً للشركة ، يحدث ذلك إذا كان هذا الغير يعمل لحساب مندوب الحسابات أو تابعا له و نخص بالذكر هنا و كما بينهم و أشار إليهم المشرع المندوبين المترشحين و الخبراء الذين استعان بهم المندوب لإنجاز مهمته ⁴ . كما تجب الإشارة هنا إلى أنه على مندوبي الحسابات أن يوكلوا إلى المساعدين و

¹ طيطوس فتحي ، المرجع السابق ، ص. 151 .

² سيد قاسم علي ، المرجع السابق ، ص. 238 .

³ قطع المشرع الطريق على كل جدال حول هذه النقطة و ذلك في المادة 57 من القانون المنظم للمهنة و التي جاء فيها أنه

تنجز أعمال المندوبين أسائهم الشخصية الخاصة و تحت مسؤولياتهم حتى و إن كانوا ضمن شركة ، و لا تقبل أية أساء مستعارة .

⁴ بالنسبة للمندوبين المترشحين فقد نص المشرع على ذلك صراحة في نص المادة 78 من القانون 10 - 01 المنظم للمهنة ، لأن مندوب الحسابات عندما يستقبلهم للتريض فهو بذلك يشرف عليهم و منه مسؤولاً عن أعمالهم ، أما بالنسبة للخبراء المتعدين و الذين يستعين بهم المندوب لإنجاز ما أوكل إليه من عمل ، فالملاحظ أن المشرع تكلم بنص صريح في القانون القديم 91 - 08 عنهم في المادة 42 منه ، أما في القانون الجديد 10 - 01 السالف ذكره فلم يتم حتى الإشارة إليهم ، و كل ما هنالك أنه أشار إليهم لكن هذه المرة في القانون التجاري و بالتحديد في المادة 715 مكرر 13 ف/2 بصدد حديثه عن الالتزام بالسر المهني .

الخير المحاسب جزءا فقط من مهامهم و بذلك فإن المسؤولية الشخصية للمندوبين تظل قائمة حتى و إن ارتكبت الأخطاء من غيرهم - شريطة التبعية - لأنهم من يقوم باختيار هؤلاء الأشخاص و يوجهونهم في أعمالهم . فمندوب الحسابات هو من سيكون له الحق في آخر المطاف بإعطاء رأيه الشخصي المتجسد في الإمضاء الذي يوقع في تقرير المراقبة ، و بهذا التوقيع ترجع إلى حسابه الأعمال التي يقوم بها هؤلاء ، و بالتالي المسؤولية هنا تضاعف لأنه من يقع عليه عبء الاختيار الصحيح لهم ¹ .

- الضرر

إن من بين الميزات الخاصة التي تنفرد بها المسؤولية المدنية عن باقي الأنواع من المسؤولية هو أنها مسؤولية تعويضية أي بمعنى لا يكتفي وقوع الخطأ لقيام هذه المسؤولية بل يجب أن يصاحب وقوع هذا الخطأ حدوث ضرر بسبب هذا الخطأ و بمnasبته ² ، و ذلك وفقا للقواعد العامة في القانون المدني هذه التي هي الأخرى تطبق في خصائص الضرر الموجب للتعويض عن المسؤولية المدنية . و منه يلزم أن يكون الضرر مؤكدا أي أنه قد حصل حقا و ذلك في حالتين إما بفقدان المتضرر للكسب أو لإصابته بالخسارة . و يكون الضرر مؤكدا إذا كان محقق الوقوع سواء في الحال أو حتى في المستقبل ، و كذا يكون متوقعا . وهذا ما يحجر للحديث عن الضرر المستقبلي أو ما يعرف بضيايع الفرصة ، و هذا ما جعل القضاء يجد حلا من خلال اجتهاداته و يتمثل في أن هذا النوع من الضرر يمكن أن يكون في ضيايع الفرصة في وضع حد للاختلاسات في الوقت المناسب ولو أنه يختلف تمام الاختلاف عن الضرر نفسه الناتج عن الاختلاسات في حد ذاتها ³ . كذلك من بين مميزات الضرر هو أن يكون حال و حقيقي ، والضرر من هذا المنطلق نوعان إما أن يكون ماديا أم معنويا ، فالأول يصيب الشخص في ممتلكاته و ماله ، أما الثاني ، فيصيبه في عاطفته و شعوره و لأن هذا الأخير لا يمكن تصويره في خطأ مندوب الحسابات لصعوبة تحقيقه إذ و في الغالب الأعم يتسبب خطأ المندوب في ضرر يتمثل أساسا في ضيايع فرصة للربح أو حتى للتقليل من الخسائر أو إلحاق خسارة بالذمة المالية للشركة أو المؤسسة التي يراقب حساباتها أو الغير الذي تعامل معها بسبب تقاريره . لكن هذا ليس معناه أنه لا يوجد أصلا ضررا معنويا أو أدبيا لأنه و في حقيقة الأمر قد يتحقق هذا النوع من الأضرار إذا ما قام مندوب الحسابات على سبيل المثال لا الحصر بتقديم تحفظات أو حتى القيام برفض المصادقة على حسابات الشركة بحجة أنها تخلو من المصادقية و بعيدة كل البعد عن الشرعية في حين أن ذلك غير صحيح بالمرّة ، ففي هذه الحالة فهو بعمله هذا يسبب تشويها لسمعة المديرين و القائمين بالإدارة و شبهة و ريبة في أعمالهم و بذلك يسبب لهم ضررا أدبيا .

¹ معيزي خالدية ، المرجع السابق ، ص. 59 .

² علي سيد قاسم ، المرجع السابق ، ص. 238 .

³ معيزي خالدية ، نفس المرجع السابق ، ص. 63 و 64 .

هذا فيما يخص مميزات الضرر بصفة عامة و موجزة ، أما فيما يخص تقدير التعويض عن هذه الأضرار أو الضرر الحاصل ، يرى بعض الفقه أن ذلك التقدير تحيط به كثير من الصعوبات و العراقيل ، لكن بالرغم من ذلك فإذا كانت تصاحب هذا الضرر بعض الدلائل و الوقائع المرتبطة به فذلك سيسهل الأمر في تقديره . فمثلا عدم قيام مندوب الحسابات بالكشف في تقاريره عن الاختلاسات و التبيد لأموال الشركة بصفة غير قانونية و مشبوهة مما عرضها إلى خسارة مالية تقدر بثمن معين و معلوم يوازي الأموال المختلسة والمبددة ، ومن هنا يكون التعويض عن الضرر في هذه الحالة يتماشى و قيمة الأموال المختلسة . إلا أنه في بعض الأحيان تواجه تقدير الضرر عدة مشاكل خاصة إذا غابت مثل هذه الوقائع و الدلائل المصاحبة والمساعدة كما أن الإشكال بهذا الخصوص يطرح بصفة حادة و ملحة فيما يخص تقدير التعويض عن الضرر المعنوي .

لكن رغم هذه الصعوبات و الإشكالات إلا أنه أحيانا يصعب تقدير التعويض أصلا مهما كان الضرر فمثلا شراء مكنتين لأسهم شركة معينة مطروحة لبيع على أساس أن هذه الشركة في مجبوحة مالية جيدة و تحقق أرباحا و رقم أعمال محترم و ذلك على أساس التقرير المعد من طرف مندوب الحسابات و المنشور ، إلا أن الحقيقة مغايرة تماما لما تم الإعلان عنه ليتضح فيما بعد أن قيمة هذه الأسهم أقل بكثير من سعر الشراء لأن الشركة تعاني صعوبات مالية حادة و مشاكل اقتصادية . ففي هذه الأحوال يصعب تقدير التعويض لذلك اقترح القضاء حلين ناجعين ، أولهما شراء المندوب لتلك الأسهم بمبلغ شرائها ، أو دفع فارق الثمن بين مبلغ الشراء والقيمة الحقيقية للأسهم لتدارك الاختلال الذي تسبب فيه بسبب تقريره هذا ¹ .

- علاقة السببية

إن علاقة السببية تعتبر الركن الثالث الذي تنعقد به المسؤولية و هي ركن مستقل عن الخطأ بحيث قد يوجد الخطأ و لا توجد السببية أو في أحيان أخرى قد توجد السببية و ينتفي الخطأ . و تعتبر السببية على أنها العلاقة المباشرة بين الخطأ الذي ارتكبه المسؤول و الضرر الذي أصاب المضرور ، و هم في هذا الصدد مندوب الحسابات من جهة و الشركة أو الغير المتعامل معها من جهة أخرى على التوالي . و منه يكون مندوب الحسابات مسؤولا إذا كان الخطأ الذي ارتكبه هو الذي تسبب في الضرر بصفة مباشرة ، لأنه إذا لم تجتمع هذه الشروط معا فلا يكون مسؤولا ، أي أنه إذا لم يكن خطأ المندوب هو الذي تسبب في الضرر الحاصل للشركة أو الغير المتعامل معها ، أو حتى إذا كان هذا الخطأ ليس هو السبب المباشر و الحقيقي في هذا الضرر فلا يكون مندوب الحسابات مسؤولا عن التعويض و بالتالي لا تنعقد مسؤوليته المدنية .

و يكفي لإثبات علاقة السببية إثبات عدم التزام مندوب الحسابات ببذل العناية اللازمة المألوفة في عمله والتي تحول دون حدوث الضرر . و إعلا لكل هذه المعطيات و المستلزمات لا يكون مندوب الحسابات مسؤولا عن الأخطاء و المخالفات التي يرتكبها مديرو الشركة و القائمين بإدارتها ما لم يكن على علم بها و أثبت استحالة

¹ طيطوس فتحي ، المرجع السابق ، ص. 153 ، 154 .

الكشف عنها رغم قيامه بالأعمال الرقابية كما يجب و تستلزمه أصول مهنته . أما عن الأخطاء التي كان على علم بها أو كان من السهل عليه الكشف عنها لو أدى واجبه الرقابي كما يملى عليه القانون و تفرضه أصول مهنته و لم يكشفها في تقاريره للجهات المعنية ، فسيكون مسؤولاً عنها مناصفة و تضامناً مع هؤلاء المديرين والقائمين بالإدارة حتى و لو لم يرتكبها لأن من واجبه الكشف عنها و اتخاذ إجراءات معينة بشأنها - الإعلام والإخطار - للحد من أضرارها والتخفيف من حدتها كأدنى شيء يجب الوصول إليه . كما يكون المندوب متضامناً معهم إذا كان في الأصل متواطئاً معهم في فعل يقع تحت طائلة نصوص التجريم أو حتى إذا كان مشتركاً معهم في القيام بهذا الخطأ أو الفعل الضار المجرم . كما لا يسأل المندوب و في نفس السياق عن الأخطاء التي ارتكبها المندوبون السابقون لعهدته و لو أن العمل الرقابي يتواصل حتى و لو تغير الأشخاص القائمين به . إلا أنه ملزم بالكشف عنها للجمعيات العامة و الشركاء حالة الإطلاع عليها ليقوم هؤلاء بتصحيحها و اتخاذ الإجراءات اللازمة بشأنها ، كما لا يسأل مندوب الحسابات عن المخالفات التي تقع بعد انتهاء مدة عهده الرقابية لدى الشركة ما لم يكن قد ساهم فيها أثناء عمله بطريقة مباشرة أو حتى غير مباشرة .

و إن تحققت عناصر المسؤولية كما سبق الإشارة إليه أعلاه فلا يبقى للمندوب إلا تحملها بحيث لا يمكن له أن يدفعها بالتدفع بغلطة في القانون أو حتى بحسن نيته ، و لا بضيق وقته و كثرة العمل الملحق على عاتقه . كما لا يجوز له التحجج بقلّة أو عدم كفاية الأتعاب التي يحصل عليها لقاء عمله . كذا لا يستطيع لقاء اللوم على مديري الشركة بسبب عدم تعاونهم معه و تمكينه من الأوراق و المستندات التي يطلبها لإتمام عمله ، لأن المشرع فرض عليه في هذه الحالة أن يكون حازماً في تصرفه و يتخذ الإجراءات اللازمة للحد من تعنتهم ورفض تعاونهم ، و ذلك باتخاذ إجراءات الإنذار و التحذير الموجه للشركاء و الجمعيات العمومية ¹ .

في الأخير ما يمكن أن يقال هو أنه صحيح أن المشرع تشدد في عناصر المسؤولية الملقاة على عاتق مندوب الحسابات حيث لم يتساهل في شروط تحققها لا شيء إلا كي يضمن مع ذلك قيام المندوب بعمله على أتم و أحسن صورة و في أفضل الظروف . لكن هذا ليس معناه أن المندوب لا يمكنه التبتة دراً المسؤولية عن نفسه لأنه إذا حدث ذلك قد يكون إجحافاً في حق مندوب الحسابات و تخويفاً له من ولوج مجال المراقبة الحساسة للشركات و المؤسسات أصلاً خوفاً من صعوبة الأمر و هذا ما لا يصب في صالح المهنة و المهنيين.

لذلك منح المشرع للمندوب إمكانية التخلص من المسؤولية و ذلك إعمالاً للقواعد العامة للمسؤولية المدنية بسبب غياب نصوص خاصة بالنسبة لمسؤولية المندوب . ومن هنا فإن الحديث عن أسباب نفي المسؤولية لا يعني أبداً شروط التخفيف منها لأنه لا يمكن التخفيف من مسؤولية مندوب الحسابات و لا حتى الإعفاء منها لأن التزاماته محددة بنصوص قانونية و لا يجوز مخالفتها ، لأن ذلك يعتبر من النظام العام ² . و الحديث عن

¹ سيد قاسم علي ، المرجع السابق ، ص. 243 .

² معيزي خالدية ، المرجع السابق ، ص. 70 .

أسباب النفي ما هو إلا مستوحى من القواعد العامة لأن في هذه الأحوال يتحقق ما معناه انتفاء خطأ المندوب مما يجعل سببا آخر كان محدثا للضرر و من ذلك القوة القاهرة و خطأ الغير و خطأ الضحية .

1 - القوة القاهرة

تعتبر القوة القاهرة و على حد تعبير الفقه الاستثناء الممتاز و الذي يعفي صراحة مندوب الحسابات من المسؤولية المدنية ، و لو أن ذلك مرتبط ببعض الشروط الخاصة و التي أهمها دوام أثار القوة القاهرة نظرا لأن مهام المندوب تتسم بالاستمرارية و الدوام . و مثال ذلك ضياع وثائق و مستندات حسابية لا يمكن للمندوب القيام بمهامه على أتم و أحسن وجه من دونها ، و في هذه الأحوال عليه تقديم تقرير ينوه فيه عن التحفظات المناسبة .

2 - خطأ الغير

كما سبق الإشارة إليه أن مندوب الحسابات لا يكون مسؤولا عن أخطاء غيره إلا إذا كانوا يعملون تحت إشرافه و مسؤوليته كمساعديه ، أما البقية من مسيرين و قائمين بالإدارة فيعتبرون هم المسؤولون عن أخطائهم ، على الرغم من أن مندوب الحسابات هنا ملزم باتخاذ بعض التدابير و الإجراءات سواء بإعلام القائمين بالإدارة و لفت نظرهم للتجاوزات الحاصلة و في حالة الاستمرار عليه إبلاغ الهيئات المشرفة على الشركة كالجمعية العمومية .

3 - خطأ الضحية

كذلك يعتبر خطأ الضحية من دوافع إبعاد المسؤولية عن مندوب الحسابات متى أثبت هذا الأخير أنه لولا خطأ هذه الضحية لما كان هناك ضرر إهمال الشركة و تهاونها في تقديم حساباتها قد يؤدي إلى حدوث اختلاسات بداخلها حتى و لو لم يقدم مندوب الحسابات تقريره في هذا الشأن ¹ .

ب/ دعوى المسؤولية

ما دام أن المسؤولية المدنية لمندوب الحسابات تعويضية كما أسلف الإشارة إليه ، فعنه أن المسألة تبدأ هذه المسؤولية مجتمعة لتنتهي إلى تقرير التعويض ، لكن هذا لا يتم إلا بالمرور عبر رابط أهم ألا و هو حلقة الوصول بين العنصر الأول و الذي هو تحقق كل عناصر و شروط المسؤولية و الثاني و هو التعويض . هذا الرابط هو ما يعبر عنه بدعوى المسؤولية ، و الحال في هذه الدعوى لها أطراف فقد تحرك من طرف الشركة أو من طرف واحد أو مجموعة من الشركاء الذين تضرروا أو حتى من الغير المتعامل مع الشركة ² . ويتم ذلك ضد الطرف الآخر المعني بإكمال الحلقة و هو مندوب أو مندوبو الحسابات عموما .

¹ نفس المعنى طيطوس فتحي ، المرجع السابق ، ص. 158 ، 159 .

² Voir , PENHOAT Claude , Droit De Société , DALLOZ , 5^e édition , AENGDE , Paris 1998 , p. 220 .

- الشركة

ففي حالة ما إذا كانت الشركة هي المتضررة من أعمال مندوبها فستدعي عليه و ذلك بواسطة الجهاز المكلف بتمثيل الشركة الذي هو المدير أو المديرين إذا تعددوا في الغالب الأعم ، لكن بعض الفقه يرى في ذلك بعض التناقض فمن جهة ، المدير هو من يملك السلطة القانونية لتمثيل الشركة ، لكن و من جانب آخر قد يكون ساهم في أعمال الاختلاس أو على الأقل يكون متها بها حتى وإن لم يقم بها كونه المسؤول الأول عن الشركة . كما قد تعهد هذه الأعمال إلى مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة أو حتى يتم تعيين وكيل خاص يباشرها باسم الشركة ¹ . أما المشرع الجزائري فقد كان واضحا بالنسبة لأخذ رأي الجمعية العامة حيث قضى- بأن أي شرط في القانون الأساسي يوجب بأخذ رأي هذه الجمعية لمباشرة دعوى الشركة أو حتى للعدول عنها يعد كائن لم يكن . كما لا يمكن حتى تكليف ذلك على أنه أخذ رأيها أو استشارتها المسبقة لأن الأمر سيان ، فكل ذلك يعتبر باطلا بطلانا مطلقا لهذا الشرط ² .

و سؤال يتبادر إلى الأذهان هو ما دخل الجمعية العامة في هذا الخصوص ما دام أن المدير أو المديرين - حال التعدد - له السلطة المطلقة و الكاملة لتمثيل الشركة و في كل الظروف ؟ و لعل الإجابة الوحيدة عن هذا التساؤل هو أن الجمعية العامة تعتبر أعلى و أول سلطة في الشركة و هي بمثابة السلطة التشريعية بداخلها .

- الشركاء

يحق للشريك الذي تضرر جراء عمل مندوب الحسابات بضرر يختلف بطبيعته عن ذلك الذي أصاب الشركة أن يرفع دعوى فردية ضد مندوب الحسابات مطالبا فيها بإياه بجبر الضرر ، كما يحق و في نفس السياق للمساهم الذي أقدم على شراء أسهم الشركة المطروحة للبيع بعد الإطلاع على تقرير المندوب الذي أعطاه بهذا التقرير صورة خاطئة و غير حقيقية عن المركز المالي للشركة . وأن الدعوى الفردية التي يرفعها شخص المتضرر وحده تبقى مشروطة بشخصية الضرر و اختلافه عن الضرر الذي يلحق بالشركة إن وجد . لكن يثور تساؤل في هذا الشأن ماذا لو كان هذا الضرر جماعي أي أصاب مجموعة من الشركاء ، فهل يجوز للشريك الواحد أن يمارس دعوى الشركة إلى جانب دعواه الشخصية خاصة إذا ما لاحظ القارئ عليها متعاسين عن فعل ذلك في مواجهة مندوب الحسابات ؟

و في هذا الشأن يمكن القول أن المشرع لم يتطرق إلى هذا الحكم لا في القانون المنظم للمهنة و لا حتى القوانين الأخرى . لكن بالرجوع إلى المادة 715 مكرر 24 من ق ت و التي تعالج نفس المسألة لكن هذه المرة في مواجهة القائمين بالإدارة و ليس مندوب الحسابات و مثل هذا القياس لا يمكن القيام به إلا بنص صريح يجيزه و يسمح به .

¹ بن جميلة محمد ، المرجع السابق ، ص. 121 ، 122 .

² المادة 715 مكرر 25 من القانون التجاري .

- الغير

يحق للغير المتعامل مع الشركة في إطار المشروع الذي أنشأت من أجله ، ألا وهم في هذه الحالة دائني الشركة أن يرفعوا دعوى ضد مندوب الحسابات الذي بسببه و جراء تصرفاته لحقت به أضرار معينة . غير أن الفقه يفرق بين نوعين من الغير ، دائنين لحق بهم ضرر جراء حل أو إفلاس الشركة أو نقص في ذمتها المالية وهذا النوع يحق لهم رفع دعوى فردية ضد المندوب في حال تقاعس الجهة المختصة بتحريك الدعوى الجماعية ضده . أما النوع الثاني فهم دائني الشركاء مباشرة فيحق لهم رفع دعوى المسؤولية فقط في حدود حقوق الشركاء المدينين لهم اتجاه هذا المندوب المتسبب في الضرر .

- مندوب الحسابات أو ورثته¹

ترفع دعوى المسؤولية المدنية للتعويض عن الأضرار التي حدثت سواء للشركة و / أو الغير و / أو الشركاء ضد من تسبب فيه و هو الطرف الآخر في العلاقة أي مندوب الحسابات ، و الأمر سيان سواء كان هذا الأخير شخصا طبيعيا أو حتى معنويا فلا إشكال ما دام أن المشرع كان صريحا و واضحا في حكمه على تحمل تبعة الأعمال الشخصية للمندوب حتى و لو كان منضيا إلى شركة محافظة الحسابات² . لكن الإشكال يثور في حالة وفاة مندوب الحسابات الذي بسببه لحق ضرر بأحد هؤلاء ، فمن يا ترى يتحمل تبعة عمله هذا ؟ لأن المتصفح للقانون المنظم للمهنة و حتى القانون التجاري يلاحظ عدم تطرق المشرع لمثل هذا الحكم ، و هذا خلافا لما فعلته بعض التشريعات التي جاءت صريحة في ذلك حيث ألزمت ورثة المندوب المتوفى بتحمل التعويض لمن تضرر من جراء عمل مورثهم شريطة قبول ذلك³ .

هذا إذن عن أطراف الدعوى على اختلافهم لكن قبل قفل باب هذه الدعوى لابد من الإشارة إلى نقطة ذات أهمية بالغة في هذا المجال و هي ما تعلق بالاختصاص في هذه الدعوى المدنية و كذا في ما يخص اقتضاؤها فبالنسبة للاختصاص القضائي للدعوى المدنية ضد مندوب الحسابات ، فهو نوعان إما اختصاص محلي ، هذا الأخير و الذي لم ينظمه المشرع بصفة منفردة في ما يخص مندوب الحسابات باعتباره مهني مستقل و بالتالي يتم الرجوع إلى القواعد العامة ، و بذلك على المدعي بالتعويض - الشركة ، الشركاء ، الغير - رفع دعواه أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المندوب . فإن لم يكن له موطننا معروفا فيؤول الاختصاص إلى الجهة التي يقع بها محل إقامته ، و إن لم يكن له محل إقامة معروفا فيكون الاختصاص للجهة الواقع بدائرتها آخر موطن له⁴ . هذا في حال ما إذا كان مندوب الحسابات شخصا طبيعيا ، لكن إذا ما كان هذا المندوب

¹ طيطوس فتحي ، المرجع السابق ، ص. 161 .

² راجع المادة 57 من القانون 10 - 01 المنظم للمهنة .

³ فمثلا التشريع الفرنسي يلزم الورثة إذا ما أرادوا أن يقبلوا تركة مورثهم ، أن يوافقوا على كل عناصرها الإيجابية و السلبية

⁴ المادة 37 من القانون 08 - 09 مؤرخ في 25 فبراير 2008 والمتضمن قانون الاجراءات المدنية و الإدارية ، ج ر عدد 21 الصادرة بتاريخ 23

أبريل 2008 .

شركة محافظة الحسابات فيعتقد الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها أحد فروع الشركة أما في حال تعدد المدعى عليهم أي أكثر من مندوب للحسابات تسبب في الضرر ، ففي هذه الحالة يكون للمتضرر حق الاختيار في رفع دعواه أمام الجهة القضائية الكائن بها موطن أحد هؤلاء المندوبين . هذا عن الاختصاص المحلي ، أما بالنسبة للاختصاص النوعي فهو الآخر ما يلاحظ عليه أن المشرع لم يخص دعوى المسؤولية ضد مندوب الحسابات بنص خاص لا في القانون التجاري و لا في القانون المنظم للمهنة مما يحتم الرجوع مرة أخرى للقواعد العامة ، فيعتقد الاختصاص للمحكمة الابتدائية المختصة إقليمياً¹ .

و في الأخير ما يمكن الختم به و هو أن دعوى المسؤولية ضد مندوب الحسابات تنقضي- بطريقتين إما بتنازل أصحاب الحق في مباشرتها عنها ، مع الإشارة إلى أن تنازل الشركة عن حقها في متابعة مندوبي الحسابات عن خطئهم في إعداد التقارير و المصادقة عليها لا يعني بالضرورة سقوط حق الشركاء أو حتى الغير المتعامل معها في رفع هذه الدعوى ، هذا طريق و الطريق الثاني هو اقتضاء الدعوى بالتقادم التي تطبق فيه القواعد العامة أو بالأحرى إسقاط المدة نفسها المطبقة على القائمين بالإدارة² . و بالتالي تتقادم هذه الدعوى بمضي- ثلاث سنوات من يوم ارتكاب الفعل الضار - الخطأ - أو من وقت العلم به إن كان قد أخفي ، هذا في الحالة العادية . أما استثناءاً فتمدد مدة التقادم إلى عشر سنوات و ذلك في حال تصنيف الفعل الضار المرتكب من مندوب الحسابات على أنه جريمة³ .

ثانيا : المسؤولية الجزائية

في حالة عدم كفاية المسؤولية المدنية لجبر الضرر الذي تسبب فيه مندوب الحسابات أو حتى في حالة جسامته الخطأ المرتكب من طرفه و خطورته ، في هذه الأحوال و لهذه الأسباب قام المشرع بتدعيم المسؤولية المدنية للمندوب بمسؤولية أخرى لا تقل عنها أهمية سعياً منه لتقويم تصرفات هذا الأخير في حال ارتكاب أخطاء و مخالفات مجرمة . لذلك تقررر مسؤولية مندوب الحسابات الجزائية سواء بنصوص في قانون العقوبات أو حتى في نصوص خاصة كالقانون المنظم للمهنة أو القانون التجاري . و الأساس القانوني لهذه المسؤولية هو ما نص عليه المشرع صراحة في القانون المنظم للمهنة رقم 10 - 01 سابق الإشارة إليه في المادة 62 منه بقوله : " يتحمل الخبير المحاسب و محافظ الحسابات و المحاسب المعتمد المسؤولية الجزائية عن كل تقصير في القيام بالتزام قانوني " .

أ/ الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات

¹ معيزي خالدية ، المرجع السابق ، ص. 113 حتى 115 .

² المادة 715 مكرر 26 من القانون التجاري و التي تحدد مدة تقادم الدعوى المدنية ضد القائمين بالإدارة .

³ أنظر في نفس السياق ، معيزي خالدية ، نفس المرجع السابق ، ص. من 118 حتى 121 .

إن مندوب الحسابات و هو يمارس مهامه الرقابية ليس بمنأى عن ارتكاب بعض الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات¹ ، و ذلك عند تكييفها حسب نشاطه باعتباره مهني محترف و هي :

- إفشاء السر المهني

إن مندوب الحسابات ملزم هو الآخر بالمحافظة على السر المهني باعتباره مهني مختص بالرقابة على أعمال الشركة و نشاطها² ، و بالرجوع إلى المواد المنظمة للسر المهني و ما صاحبها من عقوبات في المواد 301 و 302 من قانون العقوبات و التي تعاقب بالحبس - المادة 301 - من شهر إلى ستة أشهر و بغرامة من 500 إلى 5.000 دج الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلي بها إليهم و أفشوها في غير الحالات التي يوجب فيها القانون إفشاءها و يصرح لهم بذلك ، و مندوب الحسابات يدخل في خانة المؤتمنين بحكم المهنة و الوظيفة لذلك تشمله هذه العقوبات . أما المادة 302 منه فتعاقب كل من يعمل بأية صفة كانت في مؤسسة - و مندوب الحسابات يعمل كمرقب و متابع للحسابات - بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات و بغرامة من 500 إلى 10.000 دج إذا أدلى أو شرع في الإدلاء لأجنب أو جزائريين يقيمون بالخارج أسرار هته المؤسسة . كما يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنتين و بغرامة من 500 إلى 1.500 دج إذا أدلى بهذه المعلومات إلى جزائريين يقيمون بالجزائر . كما يمكن في جميع الأحوال أن يحكم عليه بالحرمان من حق فأكثر من الحقوق الوطنية لمدة سنة على الأقل و خمس سنوات على الأكثر .

- خيانة الأمانة

قد يسأل مندوب الحسابات عن جريمة خيانة الأمانة باعتباره الجهاز الممثل لحامي الشرعية إذ عين في منصبه لحراسة أموال الشركاء من التلاعب بها و اختلاسها من طرف القائمين بالإدارة و المسيرين ، و ذلك في تقاريرهم المقدمة إليهم للمصادقة عليها . إلا أن ما يجدر الإشارة إليه في هذا النوع من الجرائم هو استبعاد تصور مندوب الحسابات كفاعل أصلي لأنه في غالب الأحيان إن لم نقل في جميع الأحوال لا تكون أموال الشركة في حيازته إلا أن مسؤوليته تقوم فيها على أساس أنه شريك ساعد القائمين بالإدارة في القيام بعملية الاختلاس³ .

- النصب و التزوير

¹ أنظر ، القانون رقم 14 - 01 مؤرخ في 04 فبراير 2014 يعدل و يقم الأمر رقم 66 - 156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات ، ج ر عدد 07 لسنة 2014 ، الصادرة بتاريخ 16 فبراير 2014 .

² أنظر ، المادة 715 مكرر 13 من القانون التجاري ، و كذا المادة 71 من القانون 01-10 المنظم للمهنة السابق الإشارة إليه و التي تتحدث عموما عن التزام مندوبي الحسابات و مساعدتهم بالسر المهني و ذلك بالموازاة مع السلطات الممنوحة لهم لأداء مهامهم الرقابية ، و ذلك بحتمهم في الاطلاع في أي وقت يشاؤون على دفاتر الشركة و جميع وثائقها الحساسة مما يجبرهم بطلعون على جميع أسرارها .

³ أنظر ، زروال معزوزة ، المسؤولية المدنية والجناحية للمسيرين في شركة المساهمة ، مذكرة ماجستير في القانون ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، السنة الجامعية 2006 - 2007 ، ص. 151 .

قد يسأل مندوب الحسابات عن جريمة النصب و التزوير إذا ما قام بالتواطؤ مع القائمين بالإدارة على نشر معلومات كاذبة عن حالة الشركة و ماليتها معاكسة للحقيقة أو قام بإعداد أو المصادقة على تقرير أو عدة تقارير تفيد بأن مالية الشركة تحقق أرباحا قابلة للتوزيع على الشركاء مما يؤدي إلى توزيع أرباح صورية التي وتعتبر هي الأخرى جريمة معاقب عليها .

ب/ الجرائم الواردة في القانون المنظم للمهنة أو في القانون التجاري

إضافة إلى الجرائم السابقة ، هناك بعض الجرائم الخاصة التي يمكن أن يرتكبها مندوب الحسابات أثناء تأدية وظائفه الرقابية قام المشرع بالنص عليها صراحة في القانون المنظم للمهنة و في القانون التجاري .

- الممارسة غير الشرعية لمهنة مندوب الحسابات

تقوم مهنة مندوب الحسابات على مبادئ أساسية أصلها شرعية الرقابة ، لأنه الحارس الشرعي على حسابات الشركة ، لذلك يجب أن يمارس هذه المهنة بطريقة انتظامية عن طريق استكمال جميع الشروط والمستلزمات القانونية . لهذا تتم متابعة الممارسة غير الشرعية للرقابة على الشركة بهدف ضمان احترام مهنة ولقب مندوب الحسابات و بالتالي تحقيق فاعلية ممارسة مهنته . و عليه يمكن القول أنه يتم انتهاك حرمة مهنة مندوب الحسابات بانتهاك اللقب أو ممارسة العمليات الخاصة بهذه المهنة و التي تهدف إلى احتكار المهنة لإثبات توافر الضمانات الضرورية في المهني لاسميا الخبرة و الشرف ، لأن كل نشاط خارج الاطار القانوني يشكل جريمة معاقب عليها ، لأن كل احتكار يتوجب حمايته ¹ .

و بالرجوع إلى نص المادة 74 من القانون 10 - 01 المنظم للمهنة نجد يبين و يعرف معنى الممارسة غير الشرعية لهذه المهنة بحيث جاء فيها أنه يعد ممارسة غير شرعية لمهنة مندوب الحسابات كل شخص إما غير مسجل أصلا في جدول المصنف الوطني أو تم توقيف تسجيله مؤقتا لسبب ما أو تم شطبه تماما من هذا الجدول إلا أنه و رغم ذلك يواصل القيام بأداء مهامه الرقابية و التزاماته اتجاه الشركة التي يراقب حساباتها وكأن شيء لم يحدث. كما أضافت نفس المادة نوعا آخر للممارسة غير الشرعية للمهنة حيث اعتبرت أن انتحال صفة مندوب الحسابات أو تسمية شركة محافظة الحسابات أو أي صفة أخرى من أي نوع الهدف منها خلق تشابه أو خلط في هذه الصفات و التسميات يعد أيضا من قبيل الممارسة غير الشرعية لمهنة مندوب الحسابات . هذا إذن فيما يخص تعريف المخالفة و الحالات التي تتحقق فيها ، أما بالنسبة للعقوبة ، فقد نصت عليها المادة 73 من ذات القانون بقولها : " يعاقب كل من يمارس مهنة الخبير المحاسب و محافظ الحسابات و المحاسب المعتمد بطريقة غير شرعية بغرامة من 500.000 دج إلى 2.000.000 دج .

¹ أنظر ، فنيخ عبد القادر ، الجح المتعلقة بمراقبة الشركات من قبل مندوب الحسابات ، أطروحة دكتوراه في القانون تخصص قانون أعمال ، كلية الحقوق ، جامعة وهران ، السنة الجامعية 2011 - 2012 ، ص. 12 و 13 .

و في حالة العود ، يعاقب مرتكب هذه المخالفة بالحبس تتراوح مدته من ستة (6) أشهر إلى سنة واحدة ، و بضعف الغرامة " .

ليس هذا فحسب بل إن المشرع نص على عقوبة أخرى في القانون التجاري تخص الممارسة غير الشرعية لمهنة مندوب الحسابات في نص المادة 829 منه و التي تخص شركات المساهمة - و لو أن تطبيق هذه الأحكام لا يقتصر عليها وحدها بل يشمل شركات التوصية بالأسهم و الشركات ذات المسؤولية المحدودة - والتي تقتضي - بأنه " يعاقب بالحبس من شهرين إلى ستة أشهر و بغرامة من 20.000 دج إلى 200.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل شخص يقبل عمداً أو يمارس أو يحتفظ بوظائف مندوبي الحسابات بالرغم من عدم الملائمة القانونية " .

و بالتالي الملاحظة الأولى على هاذين النصين توجي بأن هناك عقوبتين للتطبيق على الممارسة غير الشرعية لمهنة مندوب الحسابات ، لكن في الحقيقة هناك قاعدة واحدة واجبة التطبيق بالنسبة لهذه المخالفة و ذلك تطبيقاً لقاعدة أخرى مشهورة في القانون و هي أن الخاص يقيد العام و منه العقوبة المنصوص عليها في القانون المنظم للمهنة هي الواجبة التطبيق ¹ .

كما أن حالات المنع والتنافي ² ، والتي تسمح بممارسة مهنة المندوب بكل استقلالية فكرية وأخلاقية تدخل في هذا السياق و تعتبر ممارسة غير شرعية لمهنة مندوب الحسابات لأنها بهذا الوصف تعد مخالفة بحد ذاتها لأن المندوب إذا ما واصل مهامه الرقابية و هو موجود في حالة من حالات التنافي ففي هذه الحالة يعتبر مندوباً فعلياً ، و الركن المادي لهذه الجريمة محقق بهذا الوصف دون الحاجة إلى القيام بأفعال و تصرفات تلحق أضراراً بالشركة أو غيرها ، أما في ما يخص الركن المعنوي أو ما يعرف بالقصد الجنائي فهو ممارسة المهنة أو مواصلة القيام بها رغم علمه بتوافر سبب يمنعه من ذلك ³ .

¹ إن هذا الكلام منطقي و معقول ، لكن ألا يتبادر إلى الأذهان سؤال مهم و هو ما الذي دفع المشرع إلى النص على نوعين من العقوبات على نفس المخالفة ، هل كان ساهياً أو جاهلاً لقاعدة الخاص يقيد العام و هو واضعها ؟ أم كان الهدف المنشود من ذلك هو وضع نص خاص بشركة المساهمة فتتقلب القاعدة رأساً على عقب لتصبح المادة 829 من ق. ت هي الخاص و المادة 73 من القانون المنظم للمهنة هي العام ؟

² المواد من 64 حتى 67 من القانون 10 - 01 المنظم للمهنة السابق الإشارة إليه ، و كذا المادة 715 مكرر 06 من القانون التجاري و التي في مجملها في مجملها تمنع على مندوب الحسابات ممارسة بعض الأنشطة و المهام كالأنشطة التجارية على اختلافها و كل عهدة برمانية أو انتخابية في المجالس المحلية و كذلك عهدة إدارية أو العضوية في مجالس المراقبة للشركات المراقبة و بصفة عامة كل عمل مأجور يقتضي - صفة خضوع قانوني و تبعية ليس هذا فحسب بل يمنع تعيين كندوب للحسابات في الشركة الأقرء و الأصهار لغاية الدرجة الرابعة بما في ذلك القائمين بالإدارة و أعضاء مجلس المديرين و مجلس المراقبة ، و القائمون بالإدارة و أعضاء مجلس المديرين و مجلس المراقبة و أزواجهم للشركات التي تملك عشر رأس مال الشركة و بصفة عامة جميع الأشخاص الذين تحصلوا أو لا زالوا يتحصلون على أجرة في مقابل نشاطهم لدى الشركة أو الذين لم تنتهي مدة خمس سنوات من انتهاء نشاطهم لديها كما تمنع على مندوب الحسابات القيام بالمراقبة على الشركات التي يمتلك فيها مساهمات بصفة مباشرة أو غير مباشرة و كذا القيام بأعمال التسيير أو القيام بالمراقبة القبلية و بصفة أعم القيام بأية مهام في الشركات التي تكون له فيها مصالح مباشرة أو غير مباشرة .

³ معيزي خالدية ، المرجع السابق ، ص. 78 و 79 .

- جريمة إعطاء معلومات كاذبة أو التصريح بها

إن مهمة مندوب الحسابات و كما سبق الإشارة إليها تتمثل دوماً و في جميع الظروف بالمراقبة الدائمة والمستمرة لدفاتر الشركة و حساباتها و كل ما يتعلق بمالياتها . بمعنى أن عمله يتميز بالديمومة و الاستمرار و من هذا المبدأ ، فإن مندوب الحسابات يسهر على أن يكون كل شيء يسير بصفة جيدة و منتظمة و هو بدوره يبلغ كل شيء إلى أصحاب الشأن و هم على العموم الشركاء أو الجمعيات العامة أو حتى الهيئات المكلفة بالمداوالات داخل الشركة أحيانا أخرى ، و ذلك من خلال تقاريره التي يرفعها لهاته الهيئات طوال عهده الرقابية .

واضح أن مهمة مندوب الحسابات تتجاوز عملية فحص صحة الحسابات السنوية و مطابقتها للمعلومات المبينة في تقارير التسيير التي يقدمها القائمون بالإدارة ، فيطلعوا علاوة على ذلك مجلس الإدارة أو مجلس المديرين بعمليات المراقبة و التحقيق التي قاموا بها و مختلف عمليات السير التي أدوها و مناصب الموازنة و الوثائق الأخرى المتعلقة بالحسابات التي يرون ضرورة ادخال تغيرات عليها¹ . و انطلاقاً من ذلك يمكن لمندوب الحسابات و هو يقوم بعمله أن يرتكب جريمة إعطاء معلومات كاذبة و غير صحيحة أو التصريح بهذه المعلومات . و قد نص المشرع على هذه الجريمة في القانون التجاري في المادة 830 منه و هذا في ما يخص شركة المساهمة ، حيث جاء فيها أنه " يعاقب بالسجن من سنة إلى خمس سنوات و بغرامة من 20.000 دج إلى 500.000 دج أو بإحدى العقوبتين فقط ، كل مندوب للحسابات يتعمد إعطاء معلومات كاذبة أو تأكيدها عن حالة الشركة" .

و تتحقق هذه الجريمة بتوفر عنصرين العنصر- المادي المتمثل في حالتين - و ذلك حسب النص - إما إعطاء معلومات كاذبة أي أن مندوب الحسابات في هذه الحالة يكون هو مصدر المعلومة الكاذبة أو الخاطئة وذلك بتضمينها تقاريره المرفوعة للجمعيات العمومية أو المساهمين و سواء كانت هذه التقارير المرفوعة العام أو الخاصة ، بل الأكثر من ذلك حتى و لو كانت هذه المعلومات الكاذبة قد أعطاهها بطريقة شفوية إذا تم تقديمها في سبيل الإجابة عن تساؤلات و استفسارات المساهمين في وقت انعقاد الجمعيات العامة . و هذه الجريمة تقوم على أساس علم مندوب الحسابات بالوضعية المالية الحقيقية للشركة ، لكن رغم هذا العلم قام بالتصريح بعكس الحقيقة و ذلك دون النظر إلى الجهة التي قدمت إليها هذه المعلومات ، لأن المشرع اعتمد على التصريح بالكاذب و لم يعتمد على الجهة التي قدمت إليها المعلومات الكاذبة . كما اعتمد القصد الجنائي أي تعمد إعطاء معلومات كاذبة لأنه و في المقابل في حال عدم توفر هذا القصد كالحطأ أو عدم الانتباه المبرر مثلاً فهذا يعد الأساس للمسؤولية المدنية و ليس الجزائية ، كل ذلك حالة . أما الحالة الثانية للركن المادي و التي يمكن أن تتحقق هي

¹ أنظر ، بوحفص جلاب نعناعة ، الاطار التشريعي المنظم لمهنة و مسؤولية محافظ الحسابات في الشركات التجارية ، المجلة

النقدية للقانون و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، العدد 02 ، سنة 2008 ، ص. 243 ، 244 .

قيام مندوب الحسابات بمجرد تأكيد ما ورد في تقارير مجلس الإدارة أو مجلس المديرين أو الهيئات المكلفة بالمداورات المرفوعة للجمعية العامة باعتبار أن المندوب يعلم بأنها كاذبة غير أنه صرح بصحتها و جديتها¹.

في الأخير ما يجب الإشارة إليه هو أنه و بمجرد توافر أركان الجنحة يمكن متابعة مندوب الحسابات بصرف النظر عن الطرف الذي تلقى تلك المعلومات أو البيانات الكاذبة ، طالما أن الركن المادي متوفر بصورها عنه و وصولها إلى علم غيره ، سواء كانت وجهتها - المعلومات - الجمعية العامة للمساهمين أو الهيئات الإدارية أو حتى مندوب حسابات آخر ، كما لا يستبعد وكيل الجمهورية بما أن الركن الشرعي لا يضع إطارا خاصا لهذه المسألة².

- جريمة عدم الإبلاغ عن جريمة

لعل أهم و أخطر التزام يقع على عاتق مندوب الحسابات يتمثل في الزامية إعلامه لوكيل الجمهورية بكافة الجرائم المرتكبة في الشركة و التي عاينها أو علم بها أثناء القيام بمهامه الرقابية ، ليس هذا فحسب بل إن المشرع ذهب لأبعد من ذلك بتجريمه امتناع مندوب الحسابات عن اتمام هذا الالتزام القانوني³ ، لأن إبلاغ وكيل الجمهورية بالأفعال المجرمة قد جعله المشرع من بين الالتزامات الخاصة المفروضة على مندوب الحسابات وذلك بالرغم من أن هذا الالتزام كان محل نقد لأنه ليس عميلا أو واشيا للنياية العامة و لا يعمل لحسابها و ذلك حسب تقدير الفقه ، و لو أن هذه المهمة تعتبر أداة لأخلاقية عالم الأعمال كما أن من طبيعتها أن تدعم استقلالية مندوب الحسابات إزاء الشركة التي يقوم بمراقبتها⁴ . لكن ما دام أن المشرع قد فرض عليه ذلك و إلا عرض نفسه لارتكاب جريمة عدم الإبلاغ عن جريمة لوكيل الجمهورية ، و هذا ما قام المشرع بالنص عليه صراحة في المادة 830 من ق.ت و التي جاء فيها بأنه يعاقب بالسجن من سنة إلى خمس سنوات و بغرامة من 20.000 دج إلى 500.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط ، كل مندوب للحسابات الذي لم يكشف لوكيل الجمهورية عن الوقائع الإجرامية التي علم بها .

لكن الصعوبة تتور بشأن تحديد الوقائع التي يجب على المندوب الكشف عنها أي ما المعيار المحدد للوقائع الإجرامية محل الكشف عنها لوكيل الجمهورية . لذلك قيل في هذا الشأن عدة آراء للفقه ، و الراجح منها قال بأنه يتوجب على مندوب الحسابات بالكشف عن المخالفات التي تتعلق بقانون العقوبات أو لها تأثيرها على الحسابات أو الوضعية المالية للشركة أو التي لها علاقة بتسيير أجهزة الشركة . و تحقيقا لذات الغاية و تفاديا

¹ صابونجي نادية ، المرجع السابق ، ص. 264 و 265 .

² فنينخ عبد القادر ، المرجع السابق ، ص. 238 .

³ أنظر ، بوقرور سعيد ، جريمة امتناع محافظ حسابات شركة المساهمة عن إبلاغ وكيل الجمهورية بالأفعال الإجرامية و دوره في حماية الشركة من جرائم الفساد - بين شرعية التجريم و واقعية الأعمال - مجلة العلوم القانونية و الإدارية و السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، العدد 16 ، سنة 2013 ص. 204 و 205 .

⁴ أنظر ، زراوي صالح فرحة ، وظيفة المراقبة الحسابية لمندوبي الحسابات في الشركات التجارية ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية ، معهد الحقوق و العلوم الإدارية ، بن عكنون ، الجزائر ، 1994 ، العدد 01 ، ص. 170 .

لتقرير مسؤولية المندوب لصعوبة الوقوف عند بعض الوقائع ، فيكون لزاما عليه أن يدلي بجميع الأفعال وبخاصة بحكم تخصصه و التي يعتقد أنها تشكل وقائع مجرمة¹ .

و قد اشترط المشرع علم مندوب الحسابات بالوقائع الإجرامية لقيام جريمة عدم إفشائها لوكيل الجمهورية و بذلك يعد عنصر العلم بالوقائع الإجرامية شرطا أساسيا في تكوين الركن المادي للجريمة . و بالتالي فإن عدم علم المندوب بالوقائع الإجرامية يعد مانعا لمسائلته جزائيا ، و منه لا تعتبر امكانية اكتشاف الوقائع المجرمة إذا طبق مندوب الحسابات التزاماته القانونية و المهنية بمثابة توافر لعنصر- العلم بها ، بل إن عدم اكتشاف المندوب للوقائع المجرمة بسبب عدم تطبيق الالتزامات القانونية و التوصيات المهنية يعد إهالا يتوجب معه مساءلة المندوب مدنيا و تأديبيا و ليس جزائيا تطبيقا للنص التجريبي الذي يشترط صراحة العلم اليقيني للمندوب بهذه الوقائع لقيام جريمة امتناعه عن إفشائها احتراماً لمبدأ شرعية التجريم² .

وإقامة الدليل على إهمال مندوب الحسابات غير كاف لإدانتهم ، بل يجب توفر عنصر القصد الجنائي من وراء ذلك والمتمثل في نية عدم الكشف عن الأفعال المجرمة رغم توفر قرينة العلم بها بشكل واضح وحقوقي³ . إلا أنه في أحيان أخرى و عند تشديد المسؤولية على المندوب تكون قرينة العلم مفترضة ، و ذلك لأن مندوب الحسابات و هو يقوم بعمله الرقابي لابد عليه من التفتن لما يجري من حوله من أعمال و تصرفات صغيرها وكبيرها و ذلك باعتباره مهني محترف لابد أن يقوم بعمله على أكمل وجه .

في الأخير ما يجب الإشارة إليه هو أنه كل المخالفات ذات الطابع الجزائي تفرض معه إعلام وكيل الجمهورية بها دون تميز للفاعل لأن القانون يلزم بالإخطار عن الوقائع لا عن الأشخاص الذين ارتكبوها . فقد ترتكب هذه الجرائم من مسيري الشركة أو من موظفيها بما فيهم مندوب حسابات آخر أو من قبل المصفي أو الغير ، كما أن المندوب غير ملزم بالتبليغ عن الأفعال التي زالت عنها الصفة الإجرامية إما بالعضو أو التقادم أو لأي سبب آخر⁴ .

¹ بوعزة ديدن ، المرجع السابق ، ص. من 19 حتى 21 .

² بوقرور سعيد ، المرجع السابق ، ص. 213 و 214 .

³ معيزي خالدية ، المرجع السابق ، ص. 96 .

⁴ بوحفص جلاب نعاة ، المرجع السابق ، ص. 247 .

ثالثا : آثار المسؤولية الجزائية

إن النتيجة الحتمية لأي مسؤولية و على غرار المسؤولية المدنية - و كما سبق الإشارة إليه - فإنه يترتب على المسؤولية الجزائية أيضا ما يعرف بدعوى المسؤولية التي يكون أطرافها هم أنفسهم أطراف الدعوى المدنية سواء الشركة أو الشركاء أو الغير الدائن لها ، و لتجنب التكرار لم يتم إعادة ما قيل بشأنهم¹.

لكن ما يجب الإشارة إليه في هذا الشأن أنه ليس للمدعين بالحق المدني بعد تحريك الدعوى الجزائية سوى مباشرة دعواهم المدنية فقط ، و ليس لهم أي دور في مباشرة الدعوى الجنائية ذلك لأنه لا يمكن لهم أن يطلبوا من المحكمة توقيع أي عقوبة على مندوب الحسابات ، إذ ليس لهم سوى الطعن في الجانب المدني دون الجانب الجزائي حتى و لو صدر الحكم بالبراءة ضد هذا المندوب في هذا الجانب . في المقابل ترك الدعوى المدنية لا يؤثر على سير الدعوى الجنائية لأن هذا الحق كما هو معلوم قرر لحماية حق المجتمع و لكي يتأسس المدعي المدني كطرف في الدعوى الجزائية ضد مندوب الحسابات لا بد من أن يكون قد لحق به ضرر من وراء الفعل المجرم المعاقب عليه قانونا سواء في القوانين العامة أو حتى الخاصة منها .

و قبل طي صفحة آثار الدعوى الجزائية لا بد من التعرّيج على تقادم و انقضاء الدعوى العمومية التي تعتبر من النظام العام حيث لا يمكن للمتضرر التنازل عنها لأنها حق المجتمع كما يمكن للقاضي أن يدفع بها من تلقاء نفسه ، و منه فإن مدة تقادم الجنايات هي عشر سنوات و الجناح ثلاث سنوات و سنتين للمخالفات² . أما عن انقطاع التقادم في الدعوى العمومية ، فهو ينقطع بإجراء تحقيق أو القيام بمتابعة ، و هذا ما يؤدي إلى البدء في حساب المدة من جديد . كما تؤثر الدعوى الجزائية على المدنية إلى حد أنها تصل إلى إيقافها ، أي بمعنى أن النزاع إذا كان مطروحا على المحاكم المدنية ثم عرض على المحكمة الجزائية ، فعلى القاضي المدني إرجاء الفصل في الدعوى المدنية³ ، حيث غالبا و عند تطبيق هذه القاعدة على مسؤولية مندوب الحسابات تكون عند متابعة المسيرين و القائمين بالإدارة بتهمة اختلاس أموال الشركة و في نفس الوقت متابعة المندوب بدعوى مدنية⁴ . لذلك تساعد الدعوى الجزائية بفضل فاعلية البحث و التحري و نجاعة التحقيقات و سرعتها في تقدير التعويض و سرعة الإجراءات للحصول عليه . كما يؤثر الحكم الجزائي على القاضي المدني في حكمه حيث يتقيد هذا

¹ فيما يخص أطراف الدعوى أظن أطراف الدعوى المدنية السابق التطرق لها ، ص. 06 و ما يليها .

² المواد 07 ، 08 و 09 من الأمر 66 - 155 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية ، المعدل و المكمم ، ج ر عدد 48 ، الصادرة بتاريخ 10 يونيو 1966 .

³ راجع المادتين الثانية و الثالثة من ذات القانون .

⁴ المواد 800 ، 801 و 811 ، 813 من القانون التجاري ، و التي تتحدث في مجملها عن متابعة المسيرين و القائمين بالإدارة بجرائم تتعلق باختلاس أموال الشركة ، و التي من المؤكد متابعة مندوب الحسابات فيها كشريك فيها و ليس كفعل أصلي أو متابعته مدنيا بسبب مشاركته في تسبب الأضرار للشخص المعنوي أو الغير .

الأخير و ينصاع للحكم الجزائي خاصة في حالة الحكم بالبراءة أو رفض الدعوى لعدم كفاية الأدلة¹ .
خاتمة:

في الأخير ما يمكن قوله هو أن أي مهمة محتكرة تحتاج إلى الحماية القانونية من جانب ، و من جانب آخر لا يجب إهمال الجانب المهم لها ألا و هو تقرير العقاب لها في حال الاخلال بالقواعد القانونية المنظمة لها ، و هو ما تقرر في مهنة مندوب الحسابات حيث أنه و في حال إخلاله بأحد الالتزامات الملقاة على عاتقه ، فلا مناص من تقرير مسؤوليته سواء المدنية منها أو الجزائية و ذلك حتى يتم ضمان الحد الأدنى من الحرص والاهتمام أثناء القيام بهذه المهمة التي هي في الحقيقة صعبة لكن في نفس الوقت ذات أهمية كبيرة و بالغة في حياة الشركة نظرا للطلب المتزايد و المستمر على الخدمات التي يقدمها مندوب الحسابات .

¹ معيزي خالدية ، المرجع السابق ، ص. 132 ، 133 و 136 ، 137 .

الوظيفة التنموية للديمقراطية التشاركية

العربي مداح - طالب دكتوراه بجامعة الجزائر 01- تخصص قانون الإدارة والمالية

ملخص:

إن الإصلاحات التشريعية لقانوني الجماعات المحلية ، باتت ضرورة حتمية تقتضيها التنمية المحلية بسبب التأخر الذي عرفته البلديات، إما بسبب الفساد الإداري أو حالات الانسداد التي عرفتها المجالس المنتخبة باعتبار البلدية الخلية الأساسية في بناء أي تنمية.

ولقد أفرزت هذه الإصلاحات على نظام الديمقراطية التشاركية الذي يسمح للمجتمع المدني والجمعيات والمواطنين بصفة عامة ، المشاركة في صنع القرارات المحلية ، وممارسة الرقابة الشعبية كسلطة مضادة لتحقيق العدالة الاجتماعية، وتصويب عمل المجالس المحلية.

Résumé :

les réformes juridiques relatives aux lois des collectivités locales sont devenues une obligation pour le développement interne à cause du retard cumulé par les communes soit par la dégradation administrative ou le blocage des APC, en signalant que la commune est pièce maitresse dans ce développement.

Ces réformes ont imposé un système d'une démocratie participative qui permettra à la société civile ,aux associations et les citoyens d'une manière générale d'être impliqué dans les décisions afin d'être un pouvoir populaire opposant pour le contrôle et le suivi ayant comme objectif la concrétisation une justice sociale et orientation des missions de ces assemblés.

مقدمة .

تعتبر الجماعات المحلية تجسيدا لنظام اللامركزية الإدارية الذي يعني تمتع سكان الأقاليم المحلية بالاستقلالية في إدارة شؤونهم المحلية بأنفسهم عن طريق المجالس المنتخبة .

هذه الاستقلالية منحت على أساس الاعتراف لهم بالحاجات والمصالح المحلية المتميزة، فسكان الأقاليم المحلية أدركوا وأعلم بشؤونهم وحل مشاكلهم من غيرهم .

* تاريخ إيداع المقال: 2016/12/14

تاريخ تحكيم المقال: 2016 / 12/29

غير أن هذا الاستقلال ليس على إطلاقه ، فتظل الجماعات المحلية مرتبطة بالسلطة المركزية ولا تخرج في نشاطها عن نطاق المشروعية (احترام الدستور والنصوص التشريعية والتنظيمية) ، وكذا تعمل في إطار السياسة العامة التي تضعها الدولة باعتبارها الهيئة الوصية عليها .

وإذا كانت سياسة الدولة تقتضي النهوض بالتنمية وتحسين الخدمة العمومية وترقية جودة التسيير على المستوى الوطني والمحلي خاصة ، فإن التنظيم الإداري عندئذ يبنى على أساس مبدأ الديمقراطية التشاركية.

وإذا كان المشرع الدستوري الجزائري قد أسس للديمقراطية التساهمية صراحة بمناسبة التعديل الدستوري الأخير في المادة 16 بمقتضى القانون 16 _ 01 المؤرخ في 07 مارس 2016 ، فهاهي إذا آليات وسبل نجاح الديمقراطية التساهمية في التجربة الجزائرية ؟ .

ستتناول الدراسة قانون البلدية على الخصوص باعتبارها الخلية القاعدية في بناء التنمية المحلية و الوطنية ككل ، وقد قسم البحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : مفهوم الديمقراطية التشاركية .

المطلب الثاني : تطبيقات الديمقراطية التشاركية في قوانين البلدية .

المطلب الأول : مفهوم الديمقراطية التشاركية.

الديمقراطية التشاركية ليست ديمقراطية مباشرة تجعل المواطنين يمارسون الحكم والتسيير بأنفسهم دون وساطة نواب عنهم ، ولا هي ديمقراطية تمثيلية (نيابية) يمارس الشعب الحكم وتسيير الشأن العام بطريق غير مباشر بواسطة نواب ينتخبهم ، وإنما هي تتوسط النظامين السابقين ويطلق عليها الديمقراطية الشبه مباشرة ، كنتيجة لتطور نظام الديمقراطية النيابية ، وهي تجمع بين حق الانتخاب والرقابة والمشاركة في التسيير⁽¹⁾ .

الفرع الأول : تعريف الديمقراطية التشاركية وتمييزها عن الديمقراطية التمثيلية.

لا يمكن تعريف الديمقراطية التشاركية (التساهمية) دون تمييزها عن الديمقراطية التمثيلية، إذ أن الديمقراطية التشاركية نشأت من رحم الديمقراطية التمثيلية.

أولا : تعريف الديمقراطية التشاركية .

تعرف الديمقراطية التشاركية على أنها نظام يمكن المواطنين من خلاله المشاركة في صنع القرارات السياسية ذات الأولويات بالنسبة إليهم ، وذلك عن طريق التفاعل مع السلطات القائمة محلياً كانت أو مركزية ، وتعرف كذلك على أنها مجموعة من الآليات والإجراءات التي تسمح بإشراك المجتمع المدني والمواطنين ككل في صنع القرارات التي تهمهم .

¹ _ د عبد الكريم علوان ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، ط 1 ، 2009 ، ص 155 _ 160 .
_ د محسن خليل ، النظم السياسية والدستور اللبناني ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، 1979 ، ص 231 _ 236 .

فالديمقراطية التشاركية تقوم على ركائز أهمها المواطنة الفعالة والنشطة ، والتي من خلالها يكون المواطنون قادرين على البحث بأنفسهم على سبل وحلول ملائمة لقضاياهم ، المواطنة لا تشمل فقط حقوقا وواجبات بل تذهب إلى أبعد من ذلك في تحديد معايير السلوك الأخلاقية والاجتماعية التي يتوقعها كل مجتمع من مواطنيه ، وتنجح بوجود استعدادات فعلية لدى السلطات السياسية والتمثيلية القائمتين لتقاسم السلطة وجعل الوظيفة الديمقراطية تتمحور أكثر حول تحسين أوضاع المواطنين.

فعلى المستوى المحلي فإن الديمقراطية التشاركية تعني مشاركة المواطنين المحليين جنبا إلى جنب مع ممثلهم في صنع القرارات المحلية بما يتجاوب وتطلعاتهم ، عن طريق القيام باستشارات واجتماعات دورية مع السكان وكذا المجتمع المدني وفتح نقاشات عامة حول الأولويات المحلية (مشاريع محلية أو قرارات عمومية حاسمة) باعتبارهم الأكثر ارتباطا ومعرفة بقضاياهم . ولأن المواطنة تقتضي التعبير عن نفسها على أرض الواقع في المشاركة في الشأن العام بالرأي والصوت الانتخابي وممارسة المنصب السياسي كعبير عن انتمائهم للوطن واستعدادهم للعمل على رقيه وتقدمه والتشاركية تقتضي المشاركة فيالتنفيذ وحتى في الصياغة.⁽¹⁾

ثانيا : تميز الديمقراطية التشاركية عن الديمقراطية التمثيلية .

إن مشاركة المواطنين في اتخاذ القرارات التي تعينهم لهُ جوهر الديمقراطية بذاته ، وسواء كانت مشاركة مباشرة مع ممثلهم كالديمقراطية التشاركية ، أو غير مباشرة كالديمقراطية التمثيلية⁽²⁾ ، فالمواطنون في الديمقراطية التمثيلية يكتفون باختيار من ينوبهم في تسير شؤونهم المحلية ، من دون أن تكون لهم القدرة على مراقبة ممثلهم طيلة العهدة الانتخابية ، وتقتصر مشاركتهم في العمل السياسي على الإدلاء بأصواتهم في كل استحقاق انتخابي وتنتهي بانتهائه.

أما الديمقراطية التشاركية فالأمر مختلف ، فدور المواطن فيها لا يقف عند حدود التصويت والترشح والولوج إلى المجالس المحلية المنتخبة ، بل يمتد ليشمل الحق في طلب المعلومات والحق في الاستشارة والحق في المتابعة وتقييم نشاط ممثليه ، فحقونه لم تعد موسمية فهي إذا مستمرة ومباشرة ودائمة وتمارس بشكل يومي وعن قرب ، حتى قيل عن الديمقراطية التشاركية بهذا المعنى أنها ديمقراطية مستمرة ومباشرة تميزا لها عن الديمقراطية التمثيلية. إن الديمقراطية التشاركية (التساهمية)⁽³⁾ ليست تقيضا للديمقراطية التمثيلية ولا إلغاء لها ، ولكن جاءت لتلافي قصورها وعجزها عن مساندة متطلبات المواطنين الاجتماعية والثقافية والاقتصادية والتي تعرف تزايداً مستمرا ولم تجد قنوات للتعبير عنها في ظل الديمقراطية التمثيلية .

¹ — وهي في نظر ورسو أن يكون للشعب الكلمة العليا والقرار الأخير في أشكال وصور عديدة لا تقتصر على إنتخاب النواب فقط بل تذهب إلى أبعد من ذلك كالرقابة ولمشاركة المباشرة في إصدار القوانين والقرارات الهامة

— أنظر د محمد عبد الوهاب رفعت ، النظم السياسية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، القاهرة، 2001 ، ص 227 .

² — مرجع نفسه ص 266 _ 267 .

³ — مرجع نفسه ، ص 311 _ 312 .

لذلك فالديمقراطية التمثيلية والتشاركية جنباً إلى جنب تجعل المواطنين يساهمون بفاعلية في التنمية المحلية ، يتأثرون ويتفاعلون مع الروابط الاجتماعية والاقتصادية التي تجمعهم ، وكلما كانت هذه الروابط قوية ومتينة ومنسجمة كلما ساعدت وسهلت من خدمة الإدارة المحلية للمجتمع المحلي في تحقيق رغباته وتحسين ظروفه المعيشية وتمكينه من تطلعاته المستقبلية واشراكه في العمل التنموي .

الفرع الثاني : مظاهر الديمقراطية التشاركية.

للمشاركة التشاركية (شبه مباشرة) مظاهر عديدة ، متفق عليها بين الفقهاء ، كالاستفتاء والاعتراض والمبادرة الشعبية ، ولا يشترط حتماً وجودها كلها ، بل يكفي وجود بعضها أو أحدها لتحقيق الديمقراطية التشاركية .

أولاً : الاستفتاء الشعبي .

يعرف الاستفتاء على أنه الطريقة الديمقراطية الشبه المباشرة لمشاركة الشعب في سن الشرائع الدستورية والقانونية ذات الطبيعة السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية، والتي تثير جدلاً محتدماً داخل الرأي العام المحلي ، قد يجري الاستفتاء بناء على تعبئة برلمانية أو شعبية أو هما معاً ، أو بناء على طلب من الحكومة التي ترمي من خلاله إلى تعزيز موقفها وقياس توجهات الرأي العام لتجنب التبعات السياسية لقراراتها وحتى يكون الدعم الشعبي لها مضمون .

ويعرف كذلك على أنه أسلوب من أجل مجموع المواطنين يعبرون عن آرائهم في موضوع معين وللسلطة الحاكمة أن تأخذ بهذا الرأي أو لا تأخذ به⁽¹⁾ .

فالاستفتاء يضمن حق المشاركة لجميع المواطنين (المؤهلين للإدلاء بأصواتهم) وقاعدة للمشاركة على أوسع نطاق لها.

إن الاستفتاء الشعبي مكلفاً من الناحية التنظيمية لذلك لا تلجأ إليه الدول إلا نادراً وغالباً ما يكون في القضايا المصيرية جداً ، حتى أن المواطن لا يتفاعل معه كثيراً ، لأنه لا يتيح له تقديم مقترحات أو تعديلات جديدة ، ويكتفي فيه بالإدلاء بصوته عن طريق الإقرار بنعم أو الرضا بلا .

فإذا كان الاستفتاء الشعبي على المستوى الوطني مكلفاً ولا يتيح للمواطن مشاركة فعالة ، فإنه على المستوى المحلي أو حتى الجهوي غير مكلف من جهة ومن جهة أخرى استشارة المواطن المحلي في المشاريع التنموية التي تهتم فيه تحقيق للشفافية وتعزيز ثقة المواطن المحلي بدولته.

— أنظر كذلك د عبد الكريم علوان ، مرجع سابق ، ص 160 .

¹ — د محمد فرغلي محمد علي ، نظم وإجراءات انتخاب أعضاء المجالس المحلية في ضوء القضاء والفقه ، دراسة تأصيلية وتطبيقية لنظام الانتخاب المحلي في مصر والدول العربية ، دار النهضة ، 1998 ، ص 19 .

ونشير إلى أن الاستفتاء المحلي أو الجهوي تجربة أخذت بها دول متقدمة مثل اسبانيا ولقيت استحسانا كبيرا من طرف المواطنين.

ثانيا : المبادرة الشعبية .

المبادرة الشعبية هي وسيلة تتاح للجمعيات والمجتمع المدني والمواطنين بصفة عامة لإيصال مقترحاتهم في رسم وتفعيل الخطوط العريضة للبرامج التنويع المحلية سواء شاركوا في صياغتها أم لا ، وقد تصل إلى مرحلة الاستفتاء وذلك بجمع عدد معين من التوقيعات⁽¹⁾ .

هذه الآلية لا تضمن مشاركة شعبية واسعة فحسب ، بل تركز أيضا روح المبادرة لدى المواطنين فيصوتون على المسائل التي يرونها مهمة بالنسبة إليهم قد لا تكون حاضرة في برامج المجالس المنتخبة .

هذه الآلية تأخذ بها سويسرا كضرب من ضروب الديمقراطية المباشرة في تقديم مقترحاتهم بخصوص القرارات المحلية الهامة .

ثالثا :الاعتراض الشعبي .

في إطار الديمقراطية التشاركية يحق للجمعيات والمجتمع المدني والمواطنين بصفة عامة أن يقدموا عرائض بخصوص قرارات ومشاريع هامة تهم المجتمع المحلي والوطني ككل ، وهي آلية تسمح للمواطن بالتواصل مباشرة مع السلطات العمومية القائمة قصد إبداء تظلماته وفي نفس الوقت تمنحه دورا إيجابيا في الحياة السياسية⁽²⁾ .

لقدعرفت هذه الآلية منذ القدم وتحديدا مع إعلان الميثاق الأعظم لسنة 2015 في النظام السياسي البريطاني الذي أقر حق تقديم عرائض للملك ، يتم تعيين لجان لتلقيها ولجان أخرى لدراستها وإحالتها على الملك ليقرها ويحيلها على السلطة المختصة وكلها تتعلق بملأ فراغ تشريعي يطال بعض المواضيع التي تهم المصلحة العامة⁽³⁾ .

لقد عرفت بعض الدول على غرار فرنسا وبريطانيا والمغرب الأقصى⁴ وحتى بعض المنظمات الدولية في ميثاقها آلية تقديم العرائض ، فهل يمكن تصور أخذ المشرع الجزائري بهذه الآلية على الأقل على مستوى الجماعات المحلية خاصة وقد تم التنصيص الدستوري على الديمقراطية التساهمية بمقتضى المادة 14 من دستور 1996 المعدل والمتمم بنص القانون 16_01 المؤرخ في : 06 مارس 2016⁽⁵⁾ .

¹ _ د عبد الكريم علوان ، مرجع سابق ، ص 163 .

² _ د محمد عبد الوهاب رفعت ، مرجع سابق ، ص 315 .

³ _ رشيد لزرق ، الدستور المغربي وحق تقديم العرائض ، دراسة مقارنة لحق تقديم العرائض بين التجارب الدولية والتراكم المغربي ،

مقالة منشورة على الموقع <http://www.hibapress.com> بتاريخ : 08_04_2014 على الساعة 09 و 20 د .

⁴ _ دستور المملكة المغربية لسنة 2011 ، الفصل 15 ، ج ر رقم 5964 ، بتاريخ : 30 يوليو 2011 ، ص 3600 .

⁵ _ قانون رقم 16_01 ، مؤرخ في 06 مارس 2016 ، يتضمن التعديل الدستوري ، الجريدة الرسمية ، العدد ، 14 ،

بتاريخ 07 مارس 2016 .

رابعاً : الموازنة التشاركية .

يمكن تعريف الموازنة التشاركية على أنها الآلية التي من خلالها يقرر السكان المحليين أو يساهموا في صياغة قرار تخصيص جميع أو جزء من الموارد العامة المتاحة ، فهي نوع من المشاورة الديمقراطية التطوعية في اتخاذ القرارات ، فهي تمكن المواطنين من مناقشة مشروعات الإنفاق العام وتحديد الأولويات الخاصة بها ، وتمنحهم السلطة لاتخاذ القرارات الفعلية حول المبالغ التي يتم إنفاقها.

عند أخذ الموازنة التشاركية على محمل الجد وبالثقة المتبادلة بين المواطنين والسلطات القائمة يمكنهم الاستفادة على حد سواء ، حتى أن الموازنة التشاركية أدت إلى زيادة استعداد الأشخاص لدفع الضرائب، وفي بعض الأحيان تدفع إلى التضامن الاجتماعي للأشخاص مع الحكومة ، وهي تتيح بالنسبة للمواطنين فرصة لتعميق فكرة المواطنة والديمقراطية والمساهمة في تنمية مناطقهم وحافز للمشاركة في صناعة قرارات الموارد العامة المحلية، وبالنسبة للسلطات القائمة فإنها تعمل على إعادة توجيه استثمارات البلدية وتعزيز الشبكات الاجتماعية وتقريب وجهات النظر بين المنتخبين وجماعات المجتمع المدني وفي بعض الأحيان زيادة إيرادات البلدية .

ظهرت الموازنة التشاركية لأول مرة في بعض المدن البرازيلية (مدينة بورتو أليجري سنة 1989) وسرعان ما انتشرت في عدد كبير من مدن القارة الأوروبية (اسبانيا ، فرنسا ، إيطاليا ، ألمانيا ...) وحتى في إفريقيا (الكاميرون) وآسيا .

ونشير إلى أن هناك مظاهر أخرى للديمقراطية التشاركية محل خلاف بين الفقهاء تصل إلى حد إقالة النواب وحل المجلس .

المطلب الثاني : تطبيقات الديمقراطية التشاركية في قوانين البلدية .

تعتبر الإدارة المحلية صورة من صور التسيير الناقى ومكان لممارسة الديمقراطية بأشكالها المختلفة ، تمثيلية كانت أو تشاركية، والجزائر على غرار الدول التي تأخذ بنظام اللامركزية الإدارية عرفت تطبيقات لنظام الديمقراطية عبر فترات مختلفة في قانون الجماعات المحلية (البلدية) .

الفرع الأول :فترة ما قبل التعددية الحزبية .

تميزت الفترة ما قبل التعددية الحزبية بمرحلة انتقالية بعد الاستقلال مباشرة ، وفترة صدور أول قانون للبلدية (الأمر 67_24)⁽¹⁾ .

أولاً : الفترة الإنتقالية (1962 _ 1967).

عرف التنظيم الإداري الجزائري أزمة حرجة عقب الإستقلال سنة 1962 بسبب هجرة موظفي البلديات الأوربيين وغياب إطارات وكفاءات جزائرية للقيام بالحاجات المحلية وضمان استمرارية المرافق العمومية⁽¹⁾ ، ورغم

¹ _ أمر 67 _ 24 ، مؤرخ في 18 جانفي 1967 ، المتعلق بالقانون البلدي ، الجريدة الرسمية الجزائرية عدد 06.

نص المشرع الدستوري الجزائري في المادة 09⁽²⁾ من أول دستور للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية على تبني صريح لنظام اللا مركزية الإدارية " تتكون الجمهورية من مجموعات إدارية يحدد القانون مداها واختصاصاتها.

البلدية هي المجموعة الإقليمية الإدارية ، الاقتصادية والاجتماعية القاعدية " .

لم يعمر الدستور إلا قليلا وواستمرت المرحلة الانتقالية بتبعاتها .

ثانيا : صدور الأمر 67_24 المؤرخ في 18 جانفي 1967 .

أقر المشرع الجزائري أول منظومة قانونية خاصة بالجماعات المحلية _ في غياب دستور ينص عليها _ ممثلة في الأمر 67_24 واعتبرت البلدية بموجبه الخلية القاعدية للدولة " البلدية هي الجماعة الإقليمية السياسية والإدارية والاقتصادية والثقافية وتحدث بموجب قانون "⁽³⁾ .

إن نص المشرع في دياحة القانون على أن البلدية قريبة من المواطنين في حياتهم الاجتماعية وفي أعمالهم يفهم منه أن الديمقراطية تمثيلية فقط يمارسها المواطنون عن طريق انتخاب ممثلهم في المجالس المحلية البلدية ، ورغم نص المشرع في المادة 89⁽⁴⁾ على إمكانية إطلاع المواطنين على مداوات المجلس الشعبي البلدي ، فهي لا ترقى إلى درجة الديمقراطية التشاركية ، إذ أن المواطنين يمكنهم الاطلاع على مداوات المجلس دون حقهم في الإدلاء بمقترحاتهم.

ورغم صدور دستور 1976⁽⁵⁾ والذي كرس الخيار الاشتراكي ظلت مشاركة المواطنين تقتصر في انتخاب ممثلهم بمناسبة الاستحقاقات الانتخابية ، وانعدمت كل أشكال الرقابة الشعبية على المجالس المحلية أثناء العهدة الانتخابية ، وظلت المجالس الشعبية المنتخبة تخضع لرقابة الحزب الذي انفرذ بالقرار التثوي واستبعدت كل مشاركة مباشرة للمواطنين إلا من كانت له عضوية سابقة في الحزب ، فتمثيل المجتمع المحلي إذ يكون من هؤلاء المناضلين فقط .

الفرع الأول : فترة التعددية الحزبية وما بعدها.

تراجعت الدولة الجزائرية عن الخيار الاشتراكي الذي كان يعتبر الإدارة المحلية اشتراكا للقوى الاجتماعية في السلطة خاصة فئة العمال والفلاحين ، وكنتيجة للحراك السياسي والاقتصادي والاجتماعي الذي نادي

¹ _ مرجع نفسه ، الديباجة ، ص 91 .

² _ دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1963 ، بتاريخ : 10 سبتمبر 1963 ، المادة 09 .

³ _ أمر 67_24 ، مرجع سابق . المادة الأولى .

⁴ _ الأمر 67_24 ، مرجع نفسه ، المادة 89 .

⁵ _ أمر رقم 76_97 ، مؤرخ في 22 نوفمبر 1976 ، المتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، الجريدة

الرسمية ، العدد 94 ، بتاريخ : 24 نوفمبر 1976 .

إصلاحات سياسية وإدارية ، جاء دستور 1989⁽¹⁾ ليلغي نظام الحزب الواحد ويقر التعددية الحزبية، وصدر القانون 90_08 المتعلق بالبلدية بما يضمن هذه المبادئ والتوجهات، ولم يكن في مستوى تطلعات المواطنين واصطدم بعدة عقبات وبات ضروريا إجراء إصلاحات وتعديلات على المنظومة التشريعية للبلدية فصدر قانون 11 _ 10 .

أولا : قانون 90 _ 08 المؤرخ في 07 أفريل 1990 .

رغم النص الدستوري على مشاركة المواطنين في تسير الشؤون المحلية ، ورغم أن قانون 90_08 كان يضمن حق الإعلام للمواطن⁽²⁾ فيما يخص شؤون بلديته، إلا أنه كان يفتقر لآليات تمكن المواطن من المساهمة بشكل مباشر جنبا إلى جنب مع المجالس المنتخبة في تسير شؤون البلدية، وظلت المجالس المحلية تنفرد بالتسيير نائية بنفسها عن كل رقابة شعبية على أعمالها أو على الأقل على تنفيذها لبرامجها التي وعدت بها.

عرفت المجالس البلدية المنتخبة حالات انسداد عديدة كنتيجة للخلافات الحزبية ، وتعطلت معها التنمية المحلية ، وضاعت فرص التنمية على المواطنين في غياب آليات شعبية رقابية على أعمال المجالس ، وغياب التواصل من طرف المنتخبين بناخبهم والذين لم يكونوا متشبعين بمقاربة حوارية .

أصبحت إذا الديمقراطية التمثيلية لا تكفي وحدها لإشباع رغبات المواطنين ، وبات التفكير في إصلاح المنظومة القانونية للجماعة المحلية أكثر من ضرورة ، لتواكب التطورات السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي تعرفها الدولة ، ولتمكين المواطن المحلي في المساهمة في التنمية المحلية بما يستجيب لتطلعاته وطموحاته .

ثانيا : قانون 11 _ 10 المؤرخ في 22 جوان 2011 المتعلق بالبلدية .

يهدف معالجة الاختلالات التي طالت قوانين البلدية السابقة والتي أثبتتها الممارسة ، ونظرا لما أصبح يتمتع به المواطن المحلي من حس وعلم وإطلاع ، تعين على المشرع الجزائري أن يضع هذا المواطن في لب اهتماماته ، ويستثمر طاقاته واقتراحاته ومبادراته المتعلقة بتسيير بلديته ، فصدر قانون البلدية 11 _ 10 لسنة 2011⁽³⁾ يجسد الديمقراطية التشاركية في باب كامل (الباب الثالث) تحت عنوان مشاركة المواطنين في تسير شؤون البلدية .

إن وضع المواطن المحلي في برامج التنمية المحلية عن طريق إحقاقه بطريقة مباشرة في تسير الشأن المحلي من شأنه أن يدعم عمل المجالس المحلية ويكسبها قوة .

¹ _ مرسوم رئاسي رقم 89_18 ، مؤرخ في 28 فيفري 1989 ، يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فبراير 1989
الجريدة الرسمية ، العدد 09 ، ص 234 .

² _ قانون رقم 90_08 مؤرخ في 07 أفريل 1990 ، المتعلق بالبلدية ، الجريدة الرسمية ، العدد 15 ، المادة 16 فقرة 04 .

³ _ قانون رقم 11 _ 10 مؤرخ في 22 جوان 2011 ، المتعلق بالبلدية ، الجريدة الرسمية العدد 37 ، بتاريخ 03 جويلية 2011 .

إن اتخاذ المجلس الشعبي البلدي التدابير اللازمة لإعلام المواطنين واستشارتهم حول خيارات التنمية الإقتصادية والإجتماعية والثقافية للبلدية ، يشعرهم بالمواطنة وبأهميتهم في صناعة وتنفيذ القرارات المحلية وتزويدهم ارتباطا بمجتمعهم المحلي الذين ينتمون إليه .

كما أن الرقابة الشعبية تقتضي السماح للسكان المحليين حضور اجتماعات المجالس المحلية وعرض جداول أعمال المجالس قبل عقدها بفترة زمنية تمكن المواطنين من تقديم اقتراحاتهم وانتقاداتهم وهم بذلك يكونوا على اتصال دائم بممثلهم في المجالس وفي نفس الوقت يساهمون في تسيير شؤونهم المحلية .

كما أن تقديم المجلس الشعبي البلدي عرض عن نشاطه السنوي أمام المواطنين يخلق الشعور بالرقابة لدى الممثلين فيزيدهم ذلك التزاما ويعزز الثقة بينهم وبين السكان .

غير أن الإطار الذي ينظم المبادرات المحلية ويحفز المواطنين ويحثهم على المشاركة في تسوية مشاكلهم وتحسين ظروف معيشتهم غير محدد و يبقى غامضا ، بسبب إحالة تنظيمه للتشريع والتنظيم .

خاتمة :

إن نجاح الديمقراطية التشاركية يتوقف على عوامل عدة ، منها المجتمع المدني القوي الفاعل المتحمس والمواطن الإيجابي المدرك لدوره الرائد في التنمية ، وكذا الدور الرقابي الذي تمارسه الصحافة ووسائل الإعلام المختلفة ، والتي كثيرا ما تصد لتقرارات سياسية هامة ، وإرادة سياسية من قبل السلطات القائمة في تجسيد و تفعيل آليات الديمقراطية التشاركية عن طريق سن القوانين والتنظيمات التي تقرها ، وقد أبان المشرع الدستوري الجزائري عن إرادته ونيته في تمكين المواطن من ممارسة العمل السياسي المحلي من خلال تعديل المادة 14 من دستور 1996 بموجب القانون 16 _ 01 المؤرخ في 07 مارس 2016 .

لذلك نحن نتطلع إلى قوانين وتنظيمات تضع الديمقراطية التساهمية موضع التطبيق ، وتتيح للمواطن ممارسة المواطنة الحقبة التي ليست حقوقا وواجبات بقدر ماهي مشاركة في الشأن العام وممارسة المنصب السياسي .

قائمة المراجع .

1. د عبد الكريم علوان ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، دار الثقافة للنشر- والتوزيع ، الأردن ، الطبعة الاولى ، 2009 .
2. د محسن خليل ، النظم السياسية والدستور اللبناني ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر- ، بيروت ، لبنان ، 1979 .
3. د محمد عبد الوهاب رفعت ، النظم السياسية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، القاهرة، 2001.
4. د محمد فرغلي محمد علي ، نظم وإجراءات إنتخاب أعضاء المجالس المحلية في ضوء القضاء والفقه ، دراسة تأصيلية وتطبيقية لنظام الإنتخاب المحلي في مصر والدول العربية ، دار النهضة ، 1998.
5. دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، لسنة 1963 ، بتاريخ 10 سبتمبر 1963

6. أمر رقم 97_76 ، مؤرخ في : 22 نوفمبر 1976 ، المتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية . الجريدة الرسمية العدد 94 ، بتاريخ : 24 نوفمبر 1967.
7. مرسوم رئاسي رقم 89_18 ، مؤرخ في : 28 فيفري 1989 ، يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فبراير 1989 ، الجريدة الرسمية العدد 09 ، ص 234.
8. قانون رقم 16_01 ، مؤرخ في 06 مارس 2016 ، يتضمن التعديل الدستوري ، الجريدة الرسمية العدد 14 ، بتاريخ 07 مارس 2016 .
9. أمر رقم 67_24 ، مؤرخ في 18 جاني 1967 ، المتعلق بالقانون البلدي ، الجريدة الرسمية ، العدد 06 .
- 10- قانون رقم 90_08 ، مؤرخ في 07 أبريل 1990 ، المتعلق بالبلدية ، الجريدة الرسمية ، العدد 15.
- 11- قانون رقم 11_10 ، مؤرخ في 22 جوان 2011 ، المتعلق بالبلدية ، الجريدة الرسمية العدد 37 ، بتاريخ 03 جويلية 2011.
- 12- دستور المملكة المغربية لسنة 2011 ، الجريدة الرسمية للمملكة المغربية العدد 5964، بتاريخ : 30 يوليو 2011 ص 6300 .
- 13- رشيد لزرق ، الدستور المغربي وحق تقديم العرائض (دراسة مقارنة لحق تقديم العرائض بين التجارب الدولية والتراكم المغربي) ، مقالة منشورة بتاريخ : 08_04_2014
على الساعة 09 و 20 د ، على الموقع <http://www.hibapress.com>

الدعوى الجزائية بين المثلث الفوري وعقوبة العمل لنفع العام*

بكوش محمد أمين- السنة الثالثة دكتوراه (Imd) تخصص علوم جنائية- جامعة وهران 2 "محمد بن أحمد" /كلية الحقوق والعلوم السياسية/قسم:الحقوق.

ملخص:

المثلث الفوري هو إجراء من إجراءات المتابعة الجزائية، قصد منها البث في النزاع الجزائي بطريقة سريعة، تم سنه في الجزائر بموجب الأمر رقم 15-02 المؤرخ في 23 يوليو 2015 المعدل و المتمم للأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 يونيو 1966 والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية، وهو يعتبر طريق من طرق إخطار المحكمة الجنحية بالدعوى العمومية، بحيث أن الهدف من هذا الإجراء هو إحالة أطراف القضية للمحاكمة في نفس اليوم الذي قدّم فيه المشتبه فيه من طرف ضابط الشرطة القضائية إلى النيابة العامة و أن تخضع المحاكمة فيه للقواعد العامة سواء متعلق منها بإستجواب المتهم وسماح إفادة الضحية وشهادة الشهود، وتقوم المحكمة بعد ذلك بالفصل في القضية بعد التماسات النيابة، و دفاع المتهم بموجب حكم قابل للإستئناف.

وعليه فإن الأحكام الجزائية هي أحكام فاصلة في الدعوى العمومية التي باشرتها النيابة العامة عن طريق إجراء المثلث الفوري-، والتي بموجبها توقع الجهات القضائية العقوبات المقررة قانونا للجرائم المرتكبة، وكما أن المشرع وضع قواعد خاصة وإجراءات لتنفيذ العقوبات بمختلف أنواعها من عقوبات سالبة للحرية وكذا عقوبات بديلة -عقوبة العمل لنفع العام-، بالنظر لظروف كل الجاني ونوع الجريمة المرتكبة، وكما انه منح التقرير فيها لقاضي تطبيق العقوبات، بما يكفل إصلاح وتأهيل الجاني بحيث تتجلى أهمية بدائل العقوبة السالبة للحرية في تكريس السياسة الجنائية الحقيقية والفاعلة في إصلاح الجاني من خلال تعليمه حرفة يمتنها في إطار المنفعة العامة، فيخدم بذلك نفسه والمجتمع في آن واحد.

Résumé :

La comparution immédiate est une procédure de poursuite criminelle, dont le but de diffuser rapidement dans le conflit Pénal, elle a été introduite en Algérie par l'ordonnance N° 15-02 du 23 juillet 2015 modifiant et complétant l'ordonnance n° 66-156 du 8 juin 1966 portant code de procédure pénale, elle est considéré comme l'un des voies de notification du tribunal de délits par l'action publique, afin que l'objectif de cette procédure consiste a transmis les parties de l'affaire au procès dans la même journée, dont le suspect est présenté par l'office de police judiciaire aux parquet, et le procès sous réserve des règles générales, qu'elles soient liées à l'interrogation de l'accusé et d'entendre le témoignage de la

* تاريخ إيداع المقال: 2016/12/19

تاريخ تحكيم المقال: 2016 / 12/25

victime ou des témoins , le tribunal rendre sa décision après les réquisitions du parquet ,après avoir entendu les plaidoiries de la défense de l'accusé, par et un jugement susceptible d'appel.

Ainsi, les jugements rendus en matière pénale, se sont des jugements qui tranchent l'action publique déclenché par le parquet -Grâce à l'voie du comparution immédiate-, suit à laquelle les différentes instances judiciaires prédit des peines prévues par la loi pour les infractions Commises, En outre le législateur a promulguée des règles particulières et des procédures pour l'exécution des peines de toutes sortes de peines privatives de liberté ainsi que des peines alternatives— peine de travail d'intérêt public— , prenant en compte la situation de chaque condamné et le type d'infraction commises, cette prérogative a été attribué aux juge d'application des peines, Pour assurer la réparation et la réhabilitation du condamné afin de refléter

L'importance des alternatives des peines privatives de liberté qui Consacrent la politique pénale réelle et efficace a la réparation de condamné à travers de lui apprenne une profession qu'ils exercent dans le cadre du travail d'utilité publique ce que lui permettre de servir-le lui- et la société en même temps.

مقدمة :

إن الأمر الثابت أن الهدف الأساسي من السياسة العقابية هو ردع المجرم عن الإجرام بصفة عامة وعن الجريمة المقترفة بصفة خاصة، وهو ما عمد الفقه العقابي على تسميته بالردع الخاص، وكذا ردع غيره عن إتيان نفس الجرم وتحذيره بذات المآل إذا هولم يعتبر وهو ما أستخدم عليه بالردع العام.

ولما كان الحد الأقصى المرجو من توقيع العقاب ليس إيذاء المجرم سواء يارهاقه جسدياً أو معنوياً، فإنه لم يكن من المستغرب أن تسعى المجتمعات البشرية في تطورها وتطورها لمفهوم العقاب، البحث عن وسائل أخرى بديلة لتلك العقوبات التقليدية (الحبس)، ومن بينها نظامنا القانوني وذلك وفقاً لقانون العقوبات الجزائري الذي تبني نظام العقوبات البديلة بموجب القانون رقم 01/09 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المعدل والمتمم للأمر 166/23 المتضمن قانون العقوبات الجزائري، في الفصل الأول مكرر من الباب الأول من المواد 05 مكرر 01 إلى 05 مكرر 06 تحت عنوان "العمل لنفع العام".

ومن المعلوم أن كل جريمة يقابلها جزاء خاص بها و أن توقيع ذلك الجزاء على الجاني يتم بمعرفة من الدولة ممثلة في جهاز يدعى النيابة العامة التي تحيل مرتكب الفعل على المحاكمة بهدف توقيع العقوبة المناسبة على مرتكب

الجريمة بحق المجتمع تطبيقاً للقانون ، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 29 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري بقولها: "تباشر النيابة العامة الدعوى العمومية باسم المجتمع وتطالب بتطبيق القانون".

وأمام تضخم عدد القضايا المعروضة على المحاكم الجزائرية ، و بطء وتيرة الإجراءات (من تاريخ تحريك الدعوى العمومية إلى غاية الفصل النهائي في القضية) و الذي نجم عنه التقليل من فعالية مرفق القضاء ، الأمر الذي أدى بأغلب التشريعات المقارنة إلى تبني إجراءات جزائية جديدة من شأنها التقليل من عدد القضايا المعروضة على القضاء الجزائي وتبسيط إجراءاتها، وهو الأمر نفسه الذي دفع بالمشرع الجزائري مؤخراً لإدخال العديد من التعديلات على قانون الإجراءات الجزائية بموجب الأمر رقم 02-15 المؤرخ في 23 جويلية 2015، و البعض منها إجراءات بديلة لتحريك الدعوى العمومية كالوساطة القضائية ، و الأخرى قصد منها البث في النزاع الجزائي بطريقة سريعة ، كما هو الشأن فيما يخص الأمر الجزائي أو المثلث الفوري كطريقين من طرق إخطار المحكمة الجنحية بالدعوى .

ولكن ومع تطور الفقه والعلوم القانونية أصبح الحديث ملحا عن مدى النفع الذي يعود على المجتمع والمجرم من تفعيل نظام هذه العقوبة في ظل الإجراءات المستحدثة لتحريك الدعوى العمومية في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري ، ونقصد هنا على الخصوص إجراء المثلث الفوري ، لأن تطبيقها السليم يؤدي إلى إيجاد نظام عقابي جديد يركز على فكرة المشاركة الحرة للمحكوم عليه في وضع الأسس التي يركز عليها بناء مصيره الاجتماعي بعد تنفيذ العقوبة الملقاة على كاهله ، وهل من شأن إدخال هذا النوع الجديد من العقوبات (عقوبة العمل لنفع العام) و الإجراءات (المثلث الفوري) أن تقلل من حالة الاكتظاظ التي تعاني منها المؤسسات الإصلاحية والعقابية الخاصة باستقبال المحبوسين؟ هذا من جهة ، وكما أنها من جهة أخرى هل ستعود بالمنفعة على قطاعات الدولة من خلال الخدمات الجنحية التي يؤديها المدانون للفترة المحددة في الحكم ؟.

وللإجابة عن هذا التساؤل وجب أولا التطرق إلى مفهوم إجراء المثلث الفوري كطريق جديد لتحريك الدعوى العمومية ، ومن ثمة تعرض لمعرفة عقوبة العمل لنفع العام كآلية مستحدثة للفصل في الدعوى الجزائية.

أولا: مفهوم المثلث الفوري:

هو إجراء من إجراءات المتابعة الجزائية التي تتخذها النيابة العامة لتحريك الدعوى العمومية ، وفقا لمبدأ ملائمة المتابعة ، الهدف منه إحالة أطراف القضية للمحاكمة⁽¹⁾ في نفس اليوم الذي قدم فيه المشتبه فيه من طرف ضابط الشرطة القضائية إلى النيابة العامة.

وهو الإجراء الذي نص عليه المشرع في التعديل الأخير لقانون الإجراءات الجزائية⁽²⁾ .

¹ - المادة 333 من الأمر رقم 02-15 المؤرخ في 23 يوليو 2015 المعدل و المكمّل للأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 يونيو 1966 والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية.

² - المادة 339 من الأمر رقم 02-15 ، من نفس القانون.

ثانيا: الشروط الواجب توافرها للجوء إلى إجراء المثل الفوري.

(أ) الشروط الموضوعية المتعلقة بالجريمة ذاتها:

- الجريمة المرتكبة تحمل وصفا جنحيا ،وبتالي:

* - لا مجال لتطبيق الإجراء على المخالفات.

* - لا مجال لتطبيقه كذلك على الجنابات.

- توافر حالة التلبس المنصوص عليها(حسب نص المادة 41 من قانون الإجراءات الجزائية)،وعليه تكون في:

* - صورة الجرم المشهود الفعلية (مفاجأة المشتبه فيه وقت ارتكاب الجريمة /إكتشاف الجريمة عقب إركابها).

* - صورة الجرم المشهود الاعتبارية (تتبع العامة للمشتبه فيه بالصياح / حيازة المشتبه فيه لأشياء تدل على مساهمته في الجريمة / وجود آثار على المشتبه فيه أو في حوزته) .

- عدم خضوع الجنية لإجراءات متابعة خاصة، مثل ما هو الحال في:

* جرائم الأحداث.

* الجرائم الخاضعة لإمتياز التقاضي⁽¹⁾ .

- بساطة القضية التي لا تستوجب اللجوء إلى التحقيق القضائي، و ثبوت الوقائع بصفة كلية.

ب) الشروط الشخصية المتعلقة بالمشتبه فيه ذاته:

و يقصد هنا حالة عدم تقديم المشتبه فيه لضمانات كافية لحضور جلسة المحاكمة.

¹ - خضوع هجمات التحقيق إلى قواعد خاصة بسبب وظيفة المتهم و من بين هذه القواعد ما يعرف بإمتيازات التقاضي: بحيث تمتنع بعض الأشخاص بإمتياز في التقاضي بان تخضع مسألتهم الجزائية والتحقيق معهم لإجراءات خاصة. منهم:1- رئيس الجمهورية و الوزير الأول: منح الدستور الجزائري لرئيس الجمهورية و الوزير الأول إمتيازات خاصة في التقاضي، حيث تنص المادة 158 من الدستور على إنشاء هيئة قضائية خاصة و هي المحكمة العليا للدولة، تختص بمحاكمة رئيس الجمهورية عن جريمة الخيانة العظمى تختص أيضا بمحاكمة الوزير الأول عن الجنابات و الجنج التي يرتكبها بسبب تأديته لوظيفته/2- أعضاء الحكومة، قضاة المحكمة العليا، الولاة، رؤساء المجالس و النواب العامون لدى المجالس: وفقا للمادة 573 إ ج ج، يتعين على وكيل الجمهورية الذي أخطر بالجريمة إحالة الملف بالطريق السلمي إلى النائب العام لدى المحكمة العليا الذي يرفعه إلى الرئيس الأول للمحكمة العليا، و لهذا الأخير أن يعين قاضي من المحكمة العليا لإجراء التحقيق/3- قضاة المجالس و رؤساء المحاكم ووكلاء الجمهورية: نصت المادة 575 إ ج ج على أنه يتعين على وكيل الجمهورية الذي أخطر بالدعوى إحالة الملف بالطريق السلمي إلى النائب العام لدى المحكمة العليا الذي يرفعه بدوره إلى رئيس المحكمة العليا و لهذا الأخير أن يتدب قاضي تحقيق من خارج دائرة إختصاص المجلس الذي يعمل فيه القاضي المتابع جزائيا/4- قضاء المحاكم و ضباط الشرطة القضائية: نصت عليها المادتين 576 و 577 إ ج ج حيث يقوم وكيل الجمهورية بإرسال الملف إلى النائب العام لدى المجلس القضائي الذي يعرضه بدوره على رئيس المجلس القضائي فيأمر بفتح تحقيق في الدعوى و يعين قاضي تحقيق خارج دائرة إختصاص المحكمة التي يعمل بها القاضي المتابع أو ضباط الشرطة القضائية المتابع (يخضعون لنفس إجراءات المتابعة)/5- الجرائم العسكرية: تختص المحاكم العسكرية دون سواها في التحقيق في الجرائم التي يرتكبها العسكريون بشرط أن تقع الجريمة داخل المؤسسة العسكرية أو بسبب الخدمة العسكرية: فتختص المحاكم العسكرية بالنظر في الجرائم ذات الطابع العسكري و الواردة في المواد من 254 إلى 336 من قانون القضاء العسكري .

*- كحالة الشخص بدون موطن معروف أو عمل قار.

*- كحالة الأجنبي.

ثالثا: الشروط الإجرائية المتبعة في المثل الفوري.

- 1- إستجواب المشتبه فيه من طرف وكيل الجمهورية عن هويته و الأفعال المنسوبة إليه.
- 2- يمكن للمشتبه فيه الإستعانة بمحام، حين مثوله أمام ذلك القاضي - وكيل الجمهورية -، و يتم الإستجواب بحضوره- بمحام-، و ينوّه بذلك بمحضر الإستجواب.
- 3- إخبار المشتبه فيه بأنّه سوف يمثل فورا أمام المحكمة.
- 4- إبلاغ الضحية و الشهود بأنّهم سوف يمثلون فورا أمام المحكمة.
- 5- في حالة تأسيس المتهم لمحام للدفاع عنه، يتعيّن وضع نسخة من الإجراءات تحت تصرف المحام المؤسس في القضية.
- 6- السماح للمحام من الإتصال بالمتهم على إفراد في مكان مهيأ لهذا الغرض يوفر الأمن و يضمن سرية المحادثة، ولهذا السبب تم إعداد قاعة المحادثة داخل كل محكمة.

ويشترط في هذا المكان أن يشتمل على أجزاء مرئية (إطار زجاجي) الهدف منها تمكين أفراد القوة العمومية من مراقبة المتهم، بحيث انه يبقى تحت الحراسة الأمنية إلى غاية مثوله أمام المحكمة، و من جهة أخرى يجب أن يتمتع المكان بخاصية عزل الصوت أو كتم الصوت "Insonorisé" لضمان سرية المحادثة بين المتهم و دفاعه.

رابعا: إجراءات المحاكمة في إطار المثل الفوري:

المبدأ أنّ محاكمة المتهم تتم في نفس اليوم الذي يمثل فيه أمام المحكمة طبقا لمبدأ المعالجة الفورية للجريمة، ولإعتبار وضوح القضية المحالة للمحكمة، إلا أنّهُ لمتطلبات تتعلق بضمان حق الدفاع، وحسن سير المحاكمة، قد يستدعي الأمر تأجيل القضية لجلسة لاحق.⁽¹⁾

أ) - تأجيل المحاكمة:

بالرجوع للمادة 339 من قانون الإجراءات الجزائية التي تنص على انه: "إذا لم تكن الدعوى مهيأة للفصل أمرت المحكمة بتأجيلها إلى جلسة من اقرب الجلسات".

¹ - راسلت المديرية العامة للشؤون القضائية والقانونية التابعة لوزارة العدل، رؤساء المجالس القضائية ووكلاء الجمهورية بكافة التراب الوطني، عبر مذكرة تفصيلية توضيحية تخطرهم فيها عن كيفية تطبيق إجراءات المثل الفوري الذي حل محل إجراءات التلبس، بهدف مراعاة متطلبات حامية الحقوق والحريات الخاصة بالمتهم، بحيث أوضحت هاته المذكرة أن المتهم يتم إحالته على المحاكمة في الجلسة المنعقدة بقسم الجنيح في نفس اليوم الذي يقدم فيه أمام النيابة العامة، مع مراعاة ظروف كل محكمة وتنظيم المعمول بها وعدد جلسات قسم الجنيح بها، وفي هذا الصدد يتعين على وكلاء الجمهورية مراعاة هذه المسألة عند تسيرهم التقديمات. أما في الحالات التي تكون فيها مواعيد جلسات الجنيح متباعدة ولا تسمح بإجراء المحاكمة فورا بعد تقديم المشتبه فيه، فيتعين عقد جلسة خاصة يرأسها رئيس المحكمة أو يعين من ينوبه في حال غيابه بما في ذلك أيام العطل للفصل في الجنيحة.

ما إذا ارتأت المحكمة تأجيل القضية سواء تلقائياً أو بطلب من المتهم أو دفاعه، فيتعين على المحكمة أن تفصل في مسألة ترك المتهم حراً أو إيداعه الحبس أو تركه تحت الرقابة القضائية وفي حال تم إيداع المتهم الحبس فإنه يمثل في الجلسة الموالية موقوفاً وتطبق بشأنه الإجراءات العادية.

أ-1-أسباب التأجيل:

يتعين اللجوء إلى تأجيل المحاكمة في حالتين:

* - تمسك المتهم بحقه في تحضير دفاعه بعد أن يقوم رئيس الجلسة بتنبيهه بذلك الحق وإذا استعمل المتهم هذا الحق منحت له المحكمة مهلة ثلاث أيام على الأقل لتحضير دفاعه ⁽¹⁾.

* - إذا رأت المحكمة أن الدعوى غير مهيأة للفصل فيها (عدم حضور الشهود / عدم حضور الضحية / تمسك المتهم بحضور شاهد نفي / أوراق الملف الجزائي غير مكتملة و على الخصوص شهادة ميلاد المتهم أو صحيفة السوابق القضائية).

أ-2- آجال التأجيل:

* - حدّد القانون مهلته الدنيا في أجل لا يقل عن 03 أيام.

* - لم يحدّد القانون حدّه الأقصى بأجل محدد " إلى أقرب جلسة ممكنة " ⁽²⁾.

أ-3- البث في وضعية حرية المتهم:

إذا تقرر تأجيل القضية لسبب ما ، يتعين البث في مدى بقاء المتهم في الإفراج من عدمه ، إذ يمكن أن يأمر بحبسه مؤقتاً ، أو وضعه تحت نظام الرقابة القضائية ، و ذلك بعد الإستماع لطلبات النيابة العامة و المتهم و دفاعه.

لا يتم التطرق لموضوع القضية بل فقط مناقشة الضمانات التي يقدمها المتهم للمثول أمام المحكمة (كشخصيته ، مدى خطورة الوقائع) لأنّ المقصود من ذلك الإجراء ليس توقيع عقوبة مسبقة ، و لكن ضمان مثول المتهم أمام المحكمة ، و لحسن سير إجراءاتها لا غير .

و يكون فصل المحكمة بشأن التدابير المقيدة لحرية المتهم بموجب أمر غير قابل للإستئناف ، حسب الحالات التالية ⁽¹⁾:

¹ - الفقرة 01 و 02 من المادة 339 مكرر 05 من الأمر رقم 02-15، المؤرخ في 23 يوليو 2015 المعدل والمتمم للأمر رقم 155-66 المؤرخ في 8 يونيو 1966 والمتضمن قانوناً لإجراء الجزائية.

² - الفقرة 3 من المادة 339 مكرر 5 من الأمر رقم 02/15 بمصطلح "جلسة من اقرب الجلسات"، ويفهم من هذا النص أنها تأجل إلى أول جلسة موالية لعمل المحكمة التي أحيل عليها الملف. غير أنه في التشريع الفرنسي (المادة 397 من ق ا ج ف) قد جعل التأجيل في هذه الحالة محصوراً بين أسبوعين وستة أسابيع .

- ترك المتهم حرًا:

الأصل هو بقاء المتهم حراً طبقاً لمطلوبات قرينة البراءة⁽²⁾، ويكون ذلك، لما يقدم المتهم ضمانات كافية للمشول أمام المحكمة (موطن معروف، مهنة مستقرة).

كما أن بقاء أوترك المتهم حرًا ليس من شأنه التأثير على حسن سير المحاكمة (عدم الضغط على الشهود مثلاً).

- إخضاع المتهم لتدبير من تدابير الرقابة القضائية: يعتبر من الإجراءات البديلة عن اللجوء للحبس المؤقت.

يلجأ إليها القاضي كخيار وسط بين ترك المتهم حرًا أو وضعه في الحبس المؤقت، وذلك عندما يرى بأن إخضاع المتهم لإحدى تدابير الرقابة القضائية المنصوص عليها في المادة 125 مكرر 01 من ق.إ.ج، كفييلة بضمان مشول المتهم أمام المحكمة في التاريخ الذي أجلت إليه القضية.

بحيث على القاضي إختيار التدبير الذي يحقق الغرض من توقيع الرقابة القضائية بالنظر إلى خطورة الوقائع ومدى ملائمة كل تدبير مع شخصية المتهم، والتي تكون كفييلة يجعله يمثل للحضور أمام المحكمة في الجلسة التي تم تأجيل القضية لتاريخها.

ويجوز القاضي أمراً مكتوباً بوضع المتهم تحت نظام الرقابة القضائية، ويحدد فيه التدبير أو التدابير التي يلتزم المتهم بالتقيّد بها، وتتولى النيابة العامة متابعة تنفيذ تدابير الرقابة القضائية.

وفي حالة مخالفة المتهم لإلزامات الرقابة القضائية، لا يترتب عليه وضعه رهن الحبس المؤقت كما هو الحال بالنسبة لخرق تدابير الرقابة القضائية المقررة من طرف قاضي التحقيق، وإنما يجعل منه مرتكباً لجنحة مخالفة لإلزامات الرقابة القضائية، المقررة بموجب المادة 4/129 من ق.إ.ج والتي تعاقب "بالحبس من 03 أشهر إلى 03 سنوات وبالغرامة من 500 إلى 50.000 دينار"، كل من تهرب من إجراءات المراقبة.

وبعد الفصل النهائي في القضية يتعين على القاضي الحكم أن يرفع الرقابة القضائية التي أمر بها، وذلك لإنهاء مبررها بالمحاكمة⁽³⁾.

- وضع المتهم رهن الحبس المؤقت:

هو الخيار الأخير الذي يلجأ إليه قاضي الحكم، بحكم طابعه الإستثنائي⁽¹⁾. ذلك أن الغرض الأساسي من وضع المتهم رهن الحبس المؤقت هو ضمان مثوله أمام المحكمة ولحسن سير إجراءاتها وأنه لا يمكن في كل الأحوال أن

¹ - المادة 339 مكرر 6 من الأمر رقم 02-15 المؤرخ في 23 يوليو 2015 المعدل والمتمم للأمر رقم 155-66 المؤرخ في 8 يونيو 1966 والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية

² - المادة 123 الإجراءات من الأمر رقم 02/15 المؤرخ في 23/07/2015 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية.

³ - المادة 125 مكرر 3 من الأمر رقم 02/15 المؤرخ في 23 يوليو 2015 المعدل والمتمم للأمر رقم 155-66 المؤرخ في 8 يونيو 1966 والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية.

يشكل عقوبة مسبقة أو حكماً مسبقاً بالعقوبة المحتمل توقيعها ضد المتهم ، ويجزّر القاضي الأمر بوضع المتهم رهن الحبس المؤقت ، و يتم تنفيذه بسعي من النيابة العامة.

وعليه نستنتج بأن وضع المتهم رهن الحبس المؤقت:

لا يترتب عليه إدانة المتهم بالضرورة بتاريخ المحاكمة لأن القاضي يبني حكمه بناء على ما يدور خلال تلك الجلسة وليس قبلها طبقاً للمادة 212 من قانون الإجراءات الجزائية ، والتي تنص على أنه "لا يسوغ للقاضي أن يبني قراره حكمه إلا على الأدلة المقدمة له في معرض المرافعات والتي حصلت المناقشة فيها حضورياً أمامه".

كما لا يترتب على ذلك عقاب المتهم بعقوبة سالبة للحرية نافذة بالضرورة ، لأن تقدير العقوبة الملائمة تستنتج من المحاكمة أيضاً ، أي بعد محاكمة المتهم وبناء على العناصر الموضوعية والشخصية التي تستجمعها خلال تلك الجلسة والتي قد لا تتوفر لها قبلها.

ويلجأ إليه الحبس المؤقت عادة في حالة : (إنعدام موطن مستقر للمتهم / جدّ خطورة الأفعال / لأنه الإجراء الوحيد لمنع الضغوط على الشهود أو الضحية / لمنع التواطؤ بين المتهمين / حماية للمتهم نفسه).

وبعد الفصل النهائي في القضية ، فإذا تم الحكم على المتهم بالبراءة أو بعقوبة الغرامة أو بعقوبة سالبة للحرية مع وقف التنفيذ أو بعقوبة العمل للنفع العام أو كانت مدة العقوبة المحكوم بها عليه قد استنفدت بمدة الحبس المؤقت فإنه يفرج عن المتهم بقوة القانون ، طبقاً للمادة 365 من قانون الإجراءات الجزائية ، وإلا فإن المتهم يبقى محبوساً إلا إذا قرر القاضي الإفراج عنه.

وتجدر الإشارة إلى أن جميع الأوامر التي تصدرها المحكمة سواء بترك المتهم حراً أو وضعه تحت الرقابة القضائية أو رهن الحبس المؤقت تكون غير قابلة للاستئناف طبقاً للفقرة الأخيرة المادة 339 مكرر 6 من قانون الإجراءات الجزائية .

(ب)- المحاكمة:

تشكل القاعدة الأساسية والغاية التي وجد من أجلها إجراء المشول الفوري ، و تخضع للقواعد العامة للمحاكمة سواء المتعلقة باستجواب المتهم وسماع إفادة الضحية وشهادة الشهود، وتقوم المحكمة بالفصل في القضية بعد التماسات النيابة ، و دفاع المتهم بموجب حكم قابل للاستئناف.

وعليه فالأحكام الجزائية هي الأحكام الفاصلة في الدعوى العمومية التي حركتها النيابة العامة ، والتي بموجبها توقع الجهات القضائية العقوبات المقررة قانوناً للجرائم المرتكبة، إذ لا عقوبة بدون حكم بالإدانة، وبذلك ينصرف مفهومها إلى الأحكام التي تصدر عن المحكمة درجة أولى، وإلى القرارات الجزائية التي تصدر عن الغرفة الجزائية

¹ - المادة 1/123 من الأمر رقم 02/15 المؤرخ في 2015/07/23 المعدل و المتم لقانون الإجراءات الجزائية.

(الجنح، المخالفات، الأحداث) بالمجلس القضائي كدرجة استثنأؤ عن محكمة الجنايات، وكما أن المشرع قد وضع قواعد خاصة وإجراءات معينة لتنفيذ العقوبات بمختلف أنواعها من عقوبات سالبة للحرية و كذاعقوبات بديلة للحبس نظرا لظروف كل الجاني ونوع الجريمة المرتكبة، و منح سلطة التقرير فيها لقاضي تطبيق العقوبات بحيث تنص المادة 23 من قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين على أن "يسهر قاضي تطبيق العقوبات، فضلا عن الصلاحيات المخولة له قانونا بمقتضى أحكام هذا القانون، على مراقبة مشروعية تطبيق العقوبات السالبة للحرية والعقوبات البديلة عند الاقتضاء".⁽¹⁾

وبالتالي فإن قانون تنظيم السجون منح للقاضي -تطبيق العقوبات- نوعا من المرونة في تطبيق الجزاء بما يكفل إصلاح وتأهيل الجاني بحيث تتجلى أهمية بدائل العقوبة السالبة للحرية في تكريس السياسة الجنائية الحقيقية والفاعلة في إصلاح الجاني، وهو ما سنتناوله من خلا دراستنا لإجراءات تطبيق عقوبة العمل للنفع العام .
أولا: مفهوم عقوبة العمل للنفع العام كآلية مستحدثة للفصل في الدعوى الجزائية:

وفي هذا الصدد فإن المشرع الجزائري ومن أجل مواكبة التشريعات العالمية فإنه هذا حذوها في سن العقوبات البديلة وذلك بالنص عليها بالمادة 05 من قانون 04/05 المؤرخ في 06 فبراير 2005 المتضمن قانون تنظيم السجون و إعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين بالقول تتولى إدارة السجون ضمان تطبيق العقوبات السالبة للحرية و التدابير الأمنية و العقوبات البديلة وفقا للقانون .

وتبعاً لذلك جاء القانون 01/09 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المعدل للأمر رقم 156/66 المتضمن قانون العقوبات لإضافة المادة 05 مكرر 1 و ما يليها والتي تنص على العقوبة البديلة المتمثلة في "العمل للنفع العام".

لم يورد المشرع ضمن المادة 05 مكرر 01 تعريفا للعقوبة العمل للنفع العام إلا أننا يمكننا تعريفها على أنها هي: "قيام المتهم المدان بعمل يعود بالفائدة على المجتمع جبرا لضرر المرتكب من طرفه وذلك دون أن يتلقى عليه اجراء بدلا من تطبيق عقوبة الحبس المنطوق بها".

وعرفها د.محمود طه جلال على أنها: "عقوبة قوامها التزام المحكوم عليه بالعمل لصالح لهيئة أو مؤسسة، أو جمعية عامة، وذلك لمدة محددة قانونا تقدرها المحكمة وبدون مقابل".⁽²⁾

وقد خالف المشرع الجزائري في تصنيف هذه العقوبة -العمل للنفع العام - باقي التشريعات المقارنة و اعتبرها عقوبة بديلة للعقوبة السالبة للحرية .

في حين أن بعض التشريعات المقارنة اعتبرت عقوبة العمل للنفع العام عقوبة تكميلية وأخرى اعتبرتها عقوبة تبعية للعقوبة الحبسية بعد فترة اختبار أو عقوبة أصلية وهو ما ذهب إليه أغلب التشريعات المقارنة⁽¹⁾.

¹ - المادة 23 من القانون رقم 05-04 المؤرخ في 06 فيفري سنة 2005، المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، الجريدة الرسمية، العدد 12، الصادر بتاريخ: 2005/02/13.

² - د.محمود طه جلال ، أصول التجريم والعقاب في السياسة الجنائية المعاصرة ، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، 2005، ص399.

ثانيا: شروط إصدار عقوبة العمل للنفع العام:

لقدت تضمنت المادة 05 مكرر 1 و 05 مكرر 2 شروط إصدار عقوبة العمل للنفع العام وقد جاء المنشور الوزاري رقم 02 المؤرخ في 21 أفريل 2009 لتوضيح كيفية تطبيق هذه العقوبة و شروطها ، ويمكن تقسيم هذه الشروط إلى شروط تتعلق بالمحكوم عليه و العقوبة المنطوق بها و شروط تتعلق بالحكم و القرار.

1 / شروط المتعلقة بالمحكوم عليه:

- أن لا يكون مسبوقا قضائيا إي انتكاسي.
- أن لا يقل سنه عن 16 سنة وقت ارتكاب الجريمة.
- موافقته الصريحة على قبول عقوبة العمل للنفع العام.

2 / شروط المتعلقة بالعقوبة :

- أن لا تتجاوز عقوبة المقررة قانونا للجريمة المرتكبة مدة 03 سنوات حبس وليس سجن .
- أن لا تتجاوز العقوبة المنطوق بها سنة حبس نافذ.
- تنفيذ عقوبة العمل للنفع العام يكون خلال 18 شهر منتارخ صيرورة الحكم النهائي.
- أن تتراوح مدة العمل من 40 ساعة إلى 600 ساعة للمدان البالغ و من 20 ساعة إلى 300 ساعة بالنسبة للمدان للقصر.

3 / الشروط المتعلقة بالحكم أو القرار المتضمن عقوبة العمل للنفع العام:

- ضرورة ذكر العقوبة الأصلية المنطوق بها في الحكم أو القرار.
- ضرورة ذكر أن عقوبة الحبس النافذ الأصلية قد استبدلت بعقوبة العمل للنفع العام.
- ضرورة أن يكون الحكم حضوري. كما في حالة تطبيق إجراء المثل الفوري .
- يجب أن يتضمن الحكم أو القرار التنويه إلى أن المحكوم عليه أعطي الحق في قبول أو رفض هذه العقوبة البديلة.
- ويجدر على قاضي الحكم تنبيه المحكوم عليه إلى أنه في حالة الإخلال بالالتزامات تطبق عليه العقوبة الأصلية (عقوبة الحبس المنطوق بها).
- ومع ضرورة ذكر الحجم الساعي المقدر لعقوبة العمل للنفع العام .

¹ - مازيت عمر، قاضي تطبيق العقوبات ونائب عام مساعد بمجلس قضاء بجاية، <http://www.courdebejaia.mjustice.dz>

ثالثا: إجراءات الحكم بعقوبة العمل للنفع العام و تقدير مدتها:

لقد نصت المادة 05 مكرر 1 من قانون العقوبات بالقول " يمكن الجهة القضائية أن تستبدل عقوبة الحبس بعقوبة العمل للنفع العام. "

وبتالي فإن المشرع الجزائري قد منح قضاة الحكم سواء على مستوى الدرجة الأولى أو الاستئناف السلطة التقديرية في إمكانية استبدال العقوبة الحبس بعقوبة العمل للنفع العام إذ رأى القاضي المختص جدوى في إقرار هذه العقوبة البديلة من عدمه.

وبما أن عقوبة العمل للنفع العام تعتبر من العقوبات البديلة وجب على المحكمة أو المجلس تقرير عقوبة الحبس الأصلية و النطق بها قبل اللجوء لاستبدالها بعقوبة العمل للنفع العام ، بمعنى أنه بعد الانتهاء من إجراءات المحاكمة و الانسحاب للمداولة و تقريره للعقوبة الأصلية و معمرات توافر الشروط السالف ذكرها و توافر لديه قناعة بإفادته المتهم بالعقوبة البديلة ، فإنه يعود جلسة المحاكمة للنطق بالعقوبة الحبس و من ثمة استبدالها بعقوبة العمل للنفع العام وهذا بعد استطلاع رأي المتهم في قبول أو عدم قبول استبدال العقوبة الأصلية بعقوبة العمل للنفع العام.

ففي حالة موافقة المتهم المدان على عقوبة العمل للنفع العام، تصرح المحكمة باستبدال عقوبة الحبس بالعقوبة البديلة مع تحديد الكم الساعي⁽¹⁾ للعمل المطلوب، وتنبيهه بأن عدم احترامه للالتزامات المفروضة عليه سيؤدي به ذلك إلى الرجوع لتنفيذ العقوبة الحبس الأصلية.

رابعا: دور النيابة في تنفيذ العقوبة البديلة :

برجعونا للمنشور الوزاري رقم 02 المؤرخ في 21 أفريل 2009 فقد أوكلت مهمة القيام بإجراءات تنفيذ الأحكام و القرارات التي قضت بعقوبة العمل للنفع العام⁽²⁾ للنائب العام المساعد على مستوى المجلس القضائي المختص، وبذلك تهم النيابة العامة على العموم بما يلي :

¹ - تقدير مدة العمل للنفع العام : حددت المادة 05 مكرر 1 من قانون العقوبات مدة العمل للنفع العام ما بين 40 ساعة إلى 600 ساعة للبالغين و 20 ساعة إلى 300 ساعة للقصر وقد وضعت معيار لذلك في حساب ساعات العمل حسب العقوبة الحبس المقررة وذلك بحساب ساعتين عمل عن كل يوم حبس ، وبذلك فإنه لا يجوز أصلا التزول عن الحد الأدنى المقرر وهو 40 ساعة ولا تجاوز الأقصى المحدد بـ 600 ساعة هذا بالنسبة للبالغين ، أما بالنسبة للقصر ما بين 16 إلى 18 ساعة فلا يجوز أن تقل عن 20 ساعة ولا تزيد عن 300 ساعة طبقا للفقرة الأخيرة من المادة 05 مكرر 1.

² - إن عقوبة العمل للنفع العام لا تصبح نافذة إلا بعد صيرورة الحكم أو القرار نهائي حسب المادة 05 مكرر 06 من قانون العقوبات.

1 - التسجيل في صحيفة السوابق القضائية:

يتم ذلك عن طريق إرسال القسمة رقم 01 المتضمنة العقوبة الأصلية⁽¹⁾ مع الإشارة إلى أنها قد استبدلت بعقوبة العمل للنفع العام، ويتم أيضا تسجيلها على القسمة رقم 02، في حين تسلم البطاقة رقم 03 من صحيفة السوابق القضائية خالية من العقوبة الأصلية و عقوبة العمل للنفع العام.

2 - إجراءات تنفيذ عقوبة العمل للنفع العام:

بعد صيرورة الحكم أو القرار القاضي بعقوبة العمل للنفع العام نهائيا يتم إرسال نسخة من الحكم أو القرار بالإضافة إلى مستخرج منها إلى النائب العام المساعد على مستوى المجلس المختص للتنفيذ و ذلك حسب ما ورد بالمشور الوزاري رقم 02⁽²⁾.

وعليه فإن النائب العام مساعديقوم باختيار احد الطريقتين لتصرف في الملف:

*/- إرسال الملف المتضمن نسخة من القرار أو الحكم مع مستخرج منه إلى قاضي تطبيق العقوبات لسهر علتنفيذها⁽³⁾ ، إذا كان المدان بهذه العقوبة يقطن بدائرة اختصاص قاضي تطبيق العقوبات المختص.

*/- إرسال الوثائق إلى النائب العام بمجلس اختصاص مكان سكن المحكوم عليه لتطبيقها من طرف قاضي تطبيق العقوبات مكان سكن المعني.

خامسا: دور قاضي تطبيق العقوبات:

1 - إجراءات تطبيق عقوبة العمل للنفع العام:

بالرجوع للمادة 05 مكرر 03 والمادة 23 من القانون رقم 05-04 المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، فقد أسندت مهمة تطبيق عقوبة العمل للنفع العام لقاضي تطبيق العقوبات ، وعليه فان قاضي تطبيق العقوبات من اجل تنفيذها، عليه المرور بمجموعة من الخطوات نوردتها كالاتي:

- استدعاء المحكوم عليه عن طريق المحضر القضائي بالعنوان المحدد بالملف و يتضمن هذا الاستدعاء:

(تاريخ و ساعة الحضور/الموضوع وهو تطبيق حكم قضائي يتعلق بعقوبة العمل للنفع العام/تنبيه انه في حالة عدم حضوره في التاريخ المذكور تطبق عليه العقوبة الأصلية بالحبس).

¹ - إذا تضمنت العقوبة الأصلية عقوبة الغرامة بالإضافة للمصاريف القضائية فإنها تنفذ بكافة الطرق القانونية المعتادة ، و يطبق عليها الإكراه البدني طبقا للمادة 600 وما يليها من قانون الإجراءات الجزائية ذلك أن عقوبة الغرامة مستثناة ولا يمكن من استبدالها بعقوبة العمل للنفع العام.

² - المنشور الوزاري رقم 02 المؤرخ في 21 أبريل 2009 المتعلق بكيفية تطبيق عقوبة العمل للنفع العام و شروطها.

³ - المادة 23 من القانون رقم 05-04 ، المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين.

وبهذا فإن قاضي تطبيق العقوبات يصبح أمام حالتين:

1/ حالة امتثال المعني للاستدعاء:

في حالة امتثال المحكوم عليه و بقصد تشكيل ملف له يقوم:

- بالتحقق من هويته الكاملة و التعرف على وضعيته الاجتماعية و المهنية و العائلية.

- و يقوم بعرضه على طبيب المؤسسة العقابية و ذلك للتحقق من حالته الصحية أو عند الضرورة على أي طبيب آخر. (حتى يتسنى لقاضي تطبيق العقوبات اختيار طبيعة العمل الذي يتناسب معه).

و يقوم في الأخير بتحرير بطاقة معلومات تضم بملف المعني.

- وبعد اكتمال ملف الشخص للمحكوم عليه يكون قاضي تطبيق العقوبات قد كون اقتناع حول قدرات ومؤهلات المدان بما يسمح له من اختيار منصب عمل من المناصب المعروضة والتي تتناسب واندماجه الاجتماعي دون التأثير عن السير العادي لحياته.

أما فيما يخص المحكوم عليه القصر و فئة النساء يجب على قاضي تطبيق العقوبات مراعاة الأحكام المتعلقة بتشريع العمل في هذا الشأن (كمرعاة الاستمرار في الدراسة و عدم الإبعاد عن المحيط العائلي للقصر و عدم التشغيل الليلي بالنسبة للنساء وغيرها من الأحكام).

يقوم قاضي تطبيق العقوبات بإصدار مقرر وضع يحدد فيه المؤسسة المستقبلية و كيفية أداء العمل للنفع العام .

و يتضمن على الخصوص ما يلي:

1- الهوية الكاملة للمعني.

2- طبيعة العمل المسند الموكل إليه.

3- التزامات المعني

4- عدد الساعات الإجمالية و البرنامج الزمني المتفق عليه مع المؤسسة المستقبلية.

5- الضمان الاجتماعي (إن كان المعني مؤمن أو غير مؤمن)⁽¹⁾.

يجب أن يتضمن مقرر الوضع الإشارة أنه في حالة الإخلال بالالتزامات و الشروط ستنفذ عقوبة الحبس الأصلية المنطوق بها.

ويذكر على هامش مقرر الوضع . تنبيه المؤسسة المستقبلية بضرورة موافاة قاضي تطبيق العقوبات ببطاقة مراقبة أداء تنفيذ أو سير عقوبة العمل للنفع العام وفقا للبرنامج المسطر له، وعن كل إخلال من المعني.

¹ - في حالة عدم التأمين يقوم قاضي تطبيق العقوبات بإرسال الهوية الكاملة للمعني للمديرية العامة لإدارة السجون و إعادة الإدماج عن طريق مدير المؤسسة العقابية قصد تأمين المعني اجتماعيا.

ويشترط في مقرر الوضع أن يتم إبلاغه لكل من المعني و النيابة العامة و إلى المؤسسة المستقبلية وكذا المصالح الخارجية لإدارة السجون المكلفة بإعادة الإدماج الاجتماعي للمحوسين.

ب/ حالة عدم امتثال المحكوم عليه لاستدعاء قاضي تطبيق العقوبات:

كما سبق الذكر يتم استدعاء المحكوم عليه من طرف قاضي تطبيق العقوبات بواسطة المحضر- القضائي، فإذا لم يتقدم المحكوم عليه رغم ثبوت تبليغه شخصيا، وعدم حضور أو من ينويه لتقديم مبرر لعدم الحضور أو تعذر تقديم مبرر جدي (الذي يخضع لسلطة التقديرية لقاضي تطبيق العقوبات) يقوم قاضي تطبيق العقوبات بتحرير محضر عدم المثول يتضمن: عرض للإجراءات التي تم اتخاذها وإنجازها و المتعلقة بتبليغ المعني و عدم تقديم عذر جدي للمثول امامه، بحيث يتم تحرير محضر بعدم المثول.

يقوم بعد ذلك بإرسال هذا المحضر- للنيابة العامة (النائب العام المساعد المختص) الذي يحوله لمصلحة تنفيذ العقوبات لتتولى باقي إجراءات التنفيذ لعقوبة الحبس الأصلية⁽¹⁾.

2- إشكالات تنفيذ ووقف تطبيق عقوبة العمل للنفع العام :

يعتبر قاضي تطبيق العقوبات هو الشخص المؤهل للفصل في إشكالات التي تعيق التطبيق السليم لعقوبة العمل للنفع العام⁽²⁾ وله في ذلك اتخاذ جميع الإجراءات اللازمة لحل هذه الإشكالات، سواء بتعديل البرنامج المحدد للعمل كتغيير أيام العمل أو الساعات المحددة و كذا المؤسسة المستقبلية (و ذلك على سبيل المثال لا الحصر).

أ/ حالة وقف تنفيذ عقوبة العمل للنفع العام :

يمكن لهذه الإشكالات العارضة أن تدفع بقاضي تطبيق العقوبات إلى اتخاذ مقرر بوقف تطبيق عقوبة العمل للنفع العام و ذلك:

إما (لأسباب صحية أو لأسباب عائلية، لأسباب اجتماعية).⁽³⁾

بحيثوجب على المحكوم عليه بعقوبة النفع العام تقديم الأسباب الجديدة لتبرير وقف تنفيذ العقوبة عليه و لقاضي تطبيق العقوبات اتخاذ كل إجراءات التحري للتأكد من صحتها وله ان يستعين بالنيابة العامة في ذلك.

ويشترط أن يتم إبلاغ مقرر وقف تنفيذ العقوبة لكل من المعني و النيابة العامة و المؤسسة المستقبلية وكذا المصالح الخارجية لإدارة السجون المكلفة بإعادة الإدماج الاجتماعي للمحوسين.

و يتم استكمال تطبيق عقوبة النفع العام بعد انتهاء السبب الذي تم توقيفها من أجلها .

¹ المنشور الوزاري رقم 02 المؤرخ في 21 أبريل 2009 المتعلق بكيفية تطبيق عقوبة العمل للنفع العام و شروطها.

² انظر المادة 5 مكرر 3 من قانون العقوبات المعدل والمتمم.

³ انظر المادة 17 ومايليها من القانون رقم 05- 04، المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحوسين.

ب/ الإشعار بانتهاء تنفيذ عقوبة العمل للنفع العام :

يتلقى قاضي تطبيق العقوبات إخطار من المؤسسة المستقبلية بإنهاء المحكوم عليه للالتزامات المترتبة عن عقوبة العمل للنفع العام، حينها يقوم بدوره بتحرير إشعار بانتهاء تنفيذ عقوبة العمل للنفع العام، و يرسل نسخة منه للنياية العامة لتقوم بدورها بإرساله لمصلحة صحيفة السوابق القضائية للتأشير بذلك على القسمة رقم 01 وكذا الحكم أو القرار .

إن التطبيق الميداني لعقوبة العمل لنفع العام في إطار الإجراء المستحدث- نظام المثول الفوري- أمام الجهات القضائية الجزائية، لقد أثمر عن تراجع فعلي في عدد المتهمين الموقوفين الذين يوجدون رهن الحبس المؤقت، كما أن إجراء المثول فيحد ذاته ساهم حسبما أكدته النائب العام لدى مجلس قضاء الجزائر بالملتقى التكويني حول تحسين أداء عمل النيابة، والذي جمع بين قضاة النيابة من الجزائر وفرنسا، بحيث صرح أن " العمل بنظام المثول الفوري في المواد الجزائية أدى إلى تقليص نسبة المتهمين الموضوعين رهن الحبس الاحتياطي ". وأوضح أن "التعديلات الأخيرة لقانون الإجراءات الجزائية استبدلت إجراء التلبس بإجراء المثول الفوري، بمعنى أن إصدار أوامر الإيداع في حالات التلبس ضد المتهمين لم يعد من اختصاص النيابة، وإنما أصبح من اختصاص قاضي الحكم الذي أضحي الضامن الوحيد لحريات وحقوق الأفراد. "

مضيفا أن "وكيل الجمهورية لم يعد له الحق في إصدار أوامر الإيداع، وذلك على ضوء التعديلات الأخيرة لقانون الإجراءات الجزائية". وأشار إلى أن العمل بنظام المثول الفوري أدى كذلك "إلى تخفيف العبء عن الجهات القضائية عن طريق الفصل الفوري والسريع في القضايا البسيطة"، مما يجعل الحكم فيها ميسور أو سريعا، وهذا ما يخدم مصلحة جميع الأطراف.

خاتمة :

إن الملاحظ من خلال هذه الدراسة أن القاضي الجزائري الذي تعرض عليه الدعوى الجزائية للبحث فيها عن طريق إجراء المثول الفوري أصبح يحوز على كامل السلطة التقديرية لوضع المتهم رهن الحبس الاحتياطي أو الرقابة القضائية أو الإفراج عنه أو الفصل في القضية وكل هذا تحقيقا للسياسة الجنائية الحديثة والمتبناة من طرف المشرع والتي قصد بها العمل على التقليل من عدد القضايا المعروضة على القضاء الجزائري وتبسيط إجراءاتها وكذا تقليل من حالة الاكتظاظ التي تشهدها المؤسسات الإصلاحية والعقابية.

وبالرجوع لعقوبة العمل للمنفعة العامة التي يمكن أن تكون العقوبة الفاصلة في الدعوى العمومية ومن خلال ما تحققة الخدمات المجانية التي يؤديها المدان للفترة المحددة في الحكم، يمكننا القول أن الدمج بين هاتين الآليتين: (إجراء المثول الفوري) و(عقوبة العمل لنفع العام) من شأنه فتح بابا جديدا لإصلاح الجناة ومعالجة الحالات الإجرامية خارج المؤسسات العقابية ودون تعرض المحكوم عليه لالتقاط أمراض السجن وكذا تأهيله وإصلاحه وتوظيفه ككفاءة بشرية. لأن هدف السياسة الجنائية الحديثة هي الوقاية وشم المكافحة وشم العلاج..

/*- قائمة المراجع:

/* القوانين والأوامر:

- الأمر رقم 02-15 المؤرخ في 23 يوليو 2015 المعدل و المتمم للأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 يونيو 1966 والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية.
- القانون 01/09 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المعدل للأمر رقم 66/156 المتضمن قانون العقوبات.
- القانون رقم 05-04 المؤرخ في 06 فيفري سنة 2005، المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، الجريدة الرسمية، العدد 12، الصادر بتاريخ 2005 / 02 / 13.
- المنشور الوزاري رقم 02 المؤرخ في 21 أفريل 2009 المتعلق بكيفية تطبيق عقوبة العمل لنفع العام و شروطها.

/* المؤلفات :

- د.محمود طه جلال ، أصول التجريم والعقاب في السياسة الجنائية المعاصرة ، دار النهضة العربية للطبع والنشر- والتوزيع، 2005.
- /* المنشورات:

- مازيت عمر، قاضي تطبيق العقوبات ونائب عام مساعد بمجلس قضاء بجاية، <http://www.courdebejaia.mjustice.dz>
- المراسلة الصادرة المديرية العامة للشؤون القضائية والقانونية التابعة لوزارة العدل، رؤساء المجالس القضائية ووكلاء الجمهورية بكافة التراب الوطني بتاريخ فيفري 2016.

/*المواقع الالكترونية:

<http://www.al-fadjr.com/ar/national/329337.html>

<http://www.eldjazairstahafa.com/?page=rubrique&rub=49&date=2016-03-24&aff=65283>

التسرب في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري*
راجح وهيبة - طالبة دكتوراه - تخصص قانون إجرائي - جامعة مستغانم

ملخص:

إن ظاهرة الإجرام تنمو وتتطور بتطور المجتمعات، فبعد أن كانت تقتصر على ما يسمى بالإجرام التقليدي بات تتوسع لتأخذ أبعادا أخرى لتتخذ في ذلك شكلا جديدا تمثل في الجريمة المنظمة التي أصبحت لا تنحصر في إقليم محدد بل امتدت أثارها إلى أقاليم أخرى، لنجد الدول نفسها مضطرة إلى التأقلم مع هذا النوع الجديد باتخاذ إجراءات جديدة تسهل من ملاحقة مرتكبي هذه الجرائم المستحدثة والحد من الانتشار السريع للإجرام المعقد والمنظم.

لقد عمد المشرع الجزائري بدوره إلى تبني وسائل قانونية جديدة تساعده على محاربة ظاهرة الجريمة المنظمة تحت ما يسمى بأساليب التحري الخاصة ومن ذلك التسرب الذي يعتبر من أهم وأصعب الأساليب القانونية التي أقر المشرع استعمالها، فالتسرب إجراء يسمح بالاندماج في صفوف العصابات الإجرامية والتأقلم معها لكشف الحقيقة، إذ يمكن أن تتعرض خلاله حياة المتسرب إلى خطر وهذا ما يجعله أكثر الأساليب التي يجب عند اتخاذها إتباع أكبر قدر ممكن من الاحتياطات واعتقاد أسلوب دقيق للتحضير والتخطيط لمثل هذه العملية (عملية التسرب).

الكلمات الدالة: التسرب، الجريمة المنظمة، التحقيق القضائي.

Résumé :

La criminalité progresse et se développe en fonction des sociétés, elle prend de nouvelles formes et d'autres envergures représentées par le crime organisé qui a dépassé les frontières d'un pays pour s'étendre à d'autres, ce qui a obligé les pays par leur législations, à travailler sur de nouvelles dispositions plus efficace pour ce nouveau type de criminalité organisé si complexe, et arrêter son extension.

Le législateur algérien, à son tour adopté de nouveaux moyens légaux pour lutter contre le crime organisé, utilisant des méthodes d'enquêtes spéciales, l'infiltration est considérée des plus importantes et des plus rudes de ces méthodes, consistant en l'infiltration au sein des groupes criminels afin d'aboutir à la vérité, cette procédure pourrait mettre la vie de l'agent infiltré en danger, pour ce la vigilance s'impose comme primordiale pour procéder à cette méthode.

* تاريخ إيداع المقال: 2016/12/19

تاريخ تحكيم المقال: 2016 / 12/25

Mots clé : L'infiltration, le crime organisé, l'instruction judiciaire.

مقدمة:

إن تطور المجتمعات على المستوى الدولي والتحولت الاقتصادية والتكنولوجية السريعة، أفرزت ظهور أشكال جديدة من الإجرام تتميز بالخطورة والتعقيد⁽¹⁾، مما دفع العديد التشريعات إلى العمل على إدخال جديدة لمكافحتها خاصة مع انتشار ظاهرة الإجرام المعقد وإن كان في المجتمعات الغربية أولا بعدها المجتمعات العربية من بينها الجزائر، بحيث ارتقت معظم التشريعات إلى سن قوانين تهدف من خلالها إلى ضمان المن وحقوق الأفراد وحررياتهم.

ورغم كل ما تقوم به المجتمعات والجهات المختصة لمكافحة الجريمة سواء المنية أو القضائية، تقع العديد من الجرائم التي تمس بمصلحة المجتمع وكذا مصلحة الفرد مما يدفع الدولة إلى البحث عن وسائل وأساليب جديدة تكون أكثر فعالية لردع مرتكبي هذه الجرائم بمختلف أنواعها وفرض حق الدولة في العقاب بفتنشي- الجريمة المنظمة التي باتت من أصعب أنواع الجرائم المستحدثة عمده المشرع الجزائري إلى وضع أساليب جديدة يكون فيها الوصول إلى الحقيقة فعالا وسريعا مثله مثل التشريعات الغربية.

لقد منحت التعديلات الجديدة لقانون الإجراءات الجزائية المتضمن بالقانون رقم 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية صلاحيات جديدة لمواجهة أنواع معينة من الجرائم نظرا لخطورتها ولطبيعتها الخاصة وهذه الصلاحيات هي:

-اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات (التصنت الهاتفني) والتقاط الصور.

-الإذن بإجراء عملية التسرب لأجل مراقبة الأشخاص بإيهاهم من قبل الشخص المتسرب بأنه فاعل معهم أو شريك لهم أو خاف.⁽²⁾

فالمشرع الجزائري بإتباعه لمثل هذه القواعد الإجرائية وبتقييده حرمة الحياة الخاصة للفرد إنما هو هدف من خلالها إلى تغليب المصلحة العامة المتمثلة في حسن سير التحريات والتحقيقات القضائية بغرض الوصول إلى الحقيقة على المصلحة الخاصة المتمثلة في ضمان الأسرار الخاصة للأفراد⁽³⁾، حيث أن القانون الجزائري وسع من اختصاصات الشرطة القضائية على حساب ضمانه للحقوق والحریات الفردية انطلاقا من حق الجماعة في توقيع العقاب وعدم إفلات المجرمين منه بوضع القيود على الحريات الفردية⁽⁴⁾، فرغم أن مثل هذه الأساليب من شأنها أن تمس بقدسية الحرية الشخصية المكرسة في العديد من الدساتير إلا انه أصبح يستدل بها إظهار

¹ - كور طارق، آليات مكافحة جريمة الصرف، مذكرة لئيل شهادة الماجستير، جامعة العربي بن مهيدي - أم بواقي- جوان 2012، ص 130.

² - محمد حريط، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، الطبعة السادسة، دار هومة، الجزائر 2012، ص 132-133.

³ - أحمد غاي، ضمانات المشتبه فيه أثناء التحريات الأولية، الطبعة الثانية دار هومة، الجزائرية، 2011، ص 302.

⁴ - عبد الرحان وأهياية، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة الجزائر، 2011، ص 282.

الحقيقة ليخرج بذلك المشرع الجزائري ويجذو حذو العديد من التشريعات المقارنة منها التشريع الفرنسي- عن الأصل العام القائم على احترام الحرية الشخصية للفرد خدمة لمصلحة المجتمع والصالح العام هادفاً بذلك إلى محاربة ظاهرة الجريمة المنظمة.

ويعتبر التسرب آلية من آليات البحث والتحري الخاصة التي اتبعها المشرع الجزائري في مواجهة ظاهرة الإجرام المعقد والمنظم ومن خلال هذا المقال سيتم التطرق إلى هذا الإجراء الذي عهد به إلى الجهات القضائية المختصة الحق في استعمالها، وذلك من خلال تحديد: ما المقصود بإجراء التسرب؟ ومتى يتم اللجوء إلى هذا النوع من الإجراء؟ وما هي إجراءات التسرب؟.

أولاً: تحديد مفهوم التسرب l'infiltration

لغة: الدخول والولوج

اصطلاحاً: فقد عرفته المادة 65 مكرر 5 من قانون الإجراءات الجزائية " يقصد بالتسرب قيام ضابط أو عون الشرطة القضائية تحت مسؤولية ضابط الشرطة القضائية المكلف بتنسيق العملية بمراقبة الأشخاص المشتبه في ارتكابهم جناية أو جنحة بإيهاهم انه فاعل معهم أو شريك لهم أو خاف ⁽¹⁾.

فبصدد القانون 22-06 السالف الذكر أصبح من الممكن لجوء القاضي التحقيق في سبيل كشف الحقيقة ولو بطريق غير مباشر عن طريق الضابط أو عون الشرطة القضائية إلى عملية الاندماج في صفوف المجرمين خافيا هويته وصفته لمباشرة ما يسند إليه من دور يتصل بنشاط المتهمين المراد كشف حقيقتهم، لأن مثل هذا الاندماج في صفوف المتهمين كفرد منهم يساعد على اكتشاف الكثير من الحقائق التي قد يتعذر اكتشافها في حالة أصبح إفصاح المندمج عن صفته ⁽²⁾.

وعليه فإنه يمكن القول بأن التسرب يعد من أكثر الأساليب التحري الخاصة تعقيدا التي يتم استعمالها للكشف والتحري عن الجرائم والتي تقوم من خلالها العون المتسرب بالاندماج في صفوف عصابة إجرامية تعمل على ارتكاب أحد الجرائم الموصوفة والتي حددها التشريع الجزائري بشكل حصري المتمثلة في جرائم المخدرات والجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية والجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات وجرائم تبييض الموال والإرهاب والجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف والجرائم الفساد.

إن إجراء التسرب يسمح للون المتسرب حين مباشرته لهذه العملية بالقيام بتصرفات من شأنها أن توهم أفراد العصابة الإجرامية بأنه فرد لا يتجزأ عن هذه العصابة، وذلك بغية الحصول على المعلومات اللازمة للوصول إلى

¹ - علاوة هوام، التسرب كآلية للكشف عن الجرائم في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، منشورة بمجلة الفقه والقانون، العدد الثاني، 10 ديسمبر 2012، ص

2.

² - فوزي عمارة، اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور والتسرب كإجراءات تحقيق قضائي في المواد الجزائية، منشور بمجلة العلوم الإنسانية، العدد 33، جوان 2010، ص 245.

الحقيقة والإطلاع على مخططات هذه العصابة الإجرامية التي يمكن أن تمتد إلى شبكات إجرامية أخرى، بحيث يلتزم العون المتسرب في تحسيس العصابة بمشاركته الإيجابية بالاستعانة بمختلف الوسائل القانونية والمادية التي أقرها القانون له، على أن لا يتبع خلال عملياته أسلوب التحريض للقيام بجريمة معينة وإنما يعمل على أن تكون العملية تحت مراقبته ويتخذ مع يراه مناسبة بالتنسيق مع السلطات المعنية والمسؤولين عن هذه العملية لوضع حد للمجرمين وتسليط حق الدولة في العقاب.

1- الأساس القانوني للتسرب:

إن التسرب هو نظام من أنظمة التحري والتحقيق الخاصة التي تتيح لضباط وأعوان الشرطة القضائية باختراف الجماعات الإجرامية والتوغل في وسطها تحت مسؤولية ضابط الشرطة القضائية آخر مكلف بتنسيق التسرب تحت مراقبته مصدر الإذن "وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق" بهدف مراقبة أشخاص مشتبه فيهم وكشف أنشطتهم الإجرامية.

وذلك بإخفاء المتسرب لهويته وصفته وتقديم نفسه على أنه أحد أفراد العصابة المشتبه فيها بوصفه فاعل أو شريك أو خاف، بحيث يتطلب ربط العلاقات مع الأشخاص المشتبه فيهم بالإيصال بهم بطريق مباشر أو غير مباشر حسب مقتضيات العملية مع ضرورة الاحتفاظ بالشر المهني إلى حين تحقيق الغاية من العملية وهو ما يستلزم المشاركة المباشرة في نشاط الخلية الإجرامية وهنا تظهر صعوبة إجراء التسرب وتعقيداته⁽¹⁾.

لقد نظم المشرع الجزائري عملية التسرب في المواد 65 مكرر 11 إلى 65 مكرر 18 بحيث عرف التسرب في المادتين 65 مكرر 12 و 65 مكرر 14 بأنه السباح لأحد ضباط أو أعوان الشرطة القضائية باستعمال هوية مستعارة وإيهام الأشخاص المشتبه في ارتكابهم جناية أو جنحة موصوفة بأنها من جرائم المخدرات أو جريمة منظمة عابرة للحدود الوطنية أو جريمة ماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات أو جرائم تبييض الأموال أو الإرهاب أو الجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف وجرائم الفساد (الرشوة) إيهامهم بأنه فاعل أو شريك معهم في الجريمة، ويتجسد ذلك من خلال قيامه باقتناء أو حيازة أو نقل أو تسليم أو إعطاء مواد أو أموال أو منتجات أو وثائق أو معلومات ناتجة أو متحصل عليها من ارتكاب الجريمة أو مستعملة في ارتكابها، كما يسمح القانون باستعمال أو وضع تحت تصرف مرتكبي الجريمة الوسائل ذات الطابع القانوني أو المالي ووسائل النقل أو التخزين أو الإيواء أو الحفظ أو الاتصال⁽²⁾.

¹ - علاوة هوام، التسرب كالية للكشف عن الجرائم في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المرجع السابق، ص 2.

² - أحمد غاي، الوجيز في تنظيم ومهام الشرطة القضائية، الطبعة الخامسة، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 81-82.

فالمتسرب المرخص له وكل الأشخاص الذي قام بتسخيرهم لهذا الغرض وضعهم المشرع بمنأى عن تحمل أية مسؤولية جزائية في سبيل بلوغ الحقيقة (المادة 65 مكرر 14 من قانون الإجراءات الجزائية) ودون أن تشكل الأفعال التي يقوم بها خلال عملية التسرب تحريضا منه على ارتكاب الجريمة⁽¹⁾.

2-منفذو عملية التسرب:

لقد حاول المشرع الجزائري مثله مثل باقي التشريعات الأخرى العمل على تفعيل إجراء التسرب كإجراء من إجراءات التحقيق لمحاربة تطور ظاهرة الجريمة المنظمة والتصدي لها وأرجع الحق إلى تنفيذ هذا النوع من الإجراء إما إلى الضابط الشرطة القضائية أو عون شرطة القضائية ويكون تحت مسؤولية ضابط الشرطة القضائية وفق المادة 65 مكرر 12 من قانون الإجراءات الجزائية.

ونظرا لخطورة هذا الإجراء أخضعه المشرع لضوابطه وجعله ينفذ بإذن من السلطة القضائية ومراقبتها المباشرة والسلطة المختصة بالإذن بالقيام بعملية التسرب حصرها القانون في وكيل الجمهورية وذلك قبل فتح قضائي أما بعد فتح تحقيق قضائي المكلف بالقضية بعد إخطار وكيل الجمهورية، وتجدر الإشارة إلى أن الإذن بالتسرب أمر جوازي أي متروك لتقدير وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق ويعتمد اتخاذ هذا القرار على المعطيات والعناصر المتوفرة حول القضية التي يبرر اللجوء الإجراء ومدى ضرورته ولضمان فعالية التحقيق⁽²⁾.

ثانيا: إجراءات التسرب:

إن إجراء التسرب عمل صعب وفي غاية الخطورة يتظاهر من خلاله المتسرب بأنه فرد من جماعة إجرامية للحصول على المعلومات التي تفيده وتساعد للوصول إلى الحقيقة، أين يتم اعتبارها كأدلة لإدانة مرتكبي الجرائم، إذ تختلف الإجراءات المتعلقة بعملية التسرب على اختلاف القوانين والتشريعات ويتبع فيها ضوابط وذلك من أجل تحقيق أهداف عملية التسرب وتسهيل تنفيذها.

1-الشروط الشكلية لعملية التسرب:

أ-الإذن بإجراء التسرب:

يجوز للقاضي التحقيق المختص عند اقتضاء ضرورة التحقيق ذلك أن يأذن بإجراء عملية التسرب، وحتى يكون هذا الإذن قانونيا اشترط المشرع في المادة 65 مكرر 15 من قانون الإجراءات الجزائية أن يكون مكتوبا ومسببا، والتسبب يكفي للدلالة على أنه مكتوبا مما يؤدي إلى استبعاد الإذن الشفوي والإذن المسبب يتيح للقضاء تقدير صحة الإذن بعملية التسرب وتقدير بطلانه إذ ثبت أنه اتخذ دون موجب أو اقتضاء (المادة 65 مكرر 15 فقرة 1 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري) ولقد رتب المشرع على تخلف شرط الكتابة والتسبب

¹ فوزي عمار، اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والنقاط الصور والتسرب كإجراءات تحقيق قضائي في المواد الجزائية، المرجع السابق، ص 246.

² -أحمد غاي، الوجيز في تنظيم ومهام الشرطة القضائية، المرجع السابق، ص 82.

في الأذن بطلانه، والإذن الصادر عن قاضي التحقيق ينبغي أن يتضمن الجريمة التي بررت اللجوء إلى التسرب وهوية ضابط الشرطة القضائية المسؤول عن العملية والمدة التي تستغرقها العملية، وما يلاحظ على الإذن الصادر عن قاضي التحقيق لإجراء التسرب:

أن ضرورة التحقيق هي العامل المتحكم في وقت ومكان إجرائه، فحتى وإن كان المشرع قد وضع كقاعدة عامة الوقت الذي تستغرقه العملية والمقدرة بأربعة أشهر مبدئياً، فإنه بالمقابل ترك المجال مفتوحاً لقاضي التحقيق لإمكانية تجديده بعدد من المرات مقدرة بأربعة أشهر غير محدد، فتحت غطاء "ضرورة التحقيق" يمكن تحديد هذه الفترة مرة أو عدة مرات دون رقيب أو حسيب.

لم يفترض المشرع أن يتضمن هذا الإذن تعيين المتهم أو المتهمين والأشخاص الذين يكونون محلاً لهذا الإجراء. هذا وما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري قد رتب فقط على عدم مراعاة الكتابة في الإذن وتسببه البطلان، في حين لم يقتضيه في حالة عدم ذكر الجريمة وهوية الضابط الشرطة القضائية المسؤول عن عملية التسرب والمدة التي تستغرقها وهو ما يعني أن عدم الشكليات المنصوص عليها في الفقرة الثانية والثالثة من المادة 65 مكرر 15 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري لا يترتب عليه بطلان الإذن بالتسرب⁽¹⁾.

ب- تنفيذ عملية التسرب:

قبل تنفيذ إجراء التسرب يلزم القانون ضابط الشرطة القضائية المسؤول والمنسق للعملية أن يحضر تقريراً يضمنه العناصر الأساسية والضرورية لمعينة الجرائم، مع مراعاة تلك الجرائم التي يمكن أن تشكل خطراً على العون المتسرب وكل ما يتم تسخيره لتنفيذ العملية وفق ما يراه مناسباً ومساعداً على التنفيذ، بحيث يتم إبقاء الإذن بالتسرب خارج ملف الإجراءات حفاظاً على السرية اللازمة لتنفيذ الإجراء والمحصورة بين وكيل الجمهورية أو قاضي التحقيق وضابط الشرطة القضائية المشرف على العملية وكذا العون المتسرب إلى غاية الانتهاء من العملية⁽²⁾.

أما بالنسبة لأسلوب تنفيذ عملية التسرب فهو متروك لتقدير وفطنته بالتنسيق مع الضابط المسؤول عن العملية الذي يساعده في تدليل الصعوبات ويوفر له الحماية اللازمة للمتسرب أن يتخذ ما يراه مناسباً لتنفيذ إذن التسرب دون أن يلتزم في ذلك طريقة بعينها حتى تلك التي أعدت سلفاً بالتنسيق مع الضابط المسؤول ومنسق العملية، مادام قد التزم بأحكام القانون وإجراءاته واقتضت خروجه عما سبق الاتفاق عليه.

¹ - فوزي عمارة، اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والنقاط الصور والتسرب لإجراءات تحقيق قضائي في المواد الجزائية، المرجع السابق، ص: 248-249.

² - علاوة هوام، التسرب كآلية للكشف عن الجرائم في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المرجع السابق، ص: 3.

ج-مدة تنفيذ عملية التسرب:

المدة الحقيقية في الإذن والتي عادة ما تقدر بأربعة أشهر، غير ملزمة لقاضي التحقيق الذي يجوز به أن يأمر في أي وقت بوقف العملية حتى قبل انقضاء المدة المحددة (المادة 65 مكرر 15 فقرة 5 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري) كما يجوز لقاضي التحقيق في حالة انقضاء الأجل المحدد بالإذن أن يوقف العملية وعدم تمديد أجلها⁽¹⁾.

2-الشروط الموضوعية:

يعتبر إجراء التسرب مستحدثا جدا في مجال التحريات والتحقيقات ونظرا لما يكتسبه من خطورة على الحريات وحقوق الإنسان وضع له ضوابط تجعله يقع ضمن الأطر القانونية⁽²⁾، هذا من جهة ومن جهة ثانية المخاطر التي تكتنفه وما يمكن أن يتعرض له المتسرب من تهديد على حياته وأمنه وسلامته فالعصابات الإجرامية عادة ما تكون مسلحة وحذرة⁽³⁾.

أ-السلطة المختصة بإجراء التسرب:

حتى وإن كان المتسرب هو عون أو ضابط شرطة قضائية، إلا أن هذا الإجراء لا تكون له في مرحلة التحقيق أية قيمة قانونية إذ لم تكن تحت رقابة قاضي التحقيق، فبهذه الرقابة يصعب الإجراء التحقيق بحيث كلف المشرع الجزائري قاضي التحقيق الإذن بعملية التسرب ومراقبتها، أما تنفيذها يتم بمعرفة ضابط الشرطة القضائية في إطار الإنابة القضائية الذي هو حق مكفول لقاضي التحقيق لتنفيذ مثل هذه العمليات، وبالتالي لا يمكن تصور هذا القاضي منفذا لهذه العملية، كما لا يمكن أن يكون ضابط الشرطة القضائية مراقبا للعملية وإنما منسقا ومسؤولا فقط عليها، فهذا الأخير هو بمثابة همزة الوصل بين المتسرب الذي كفله الضابط بالعملية وقاضي التحقيق (المادة 65 مكرر 12 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري).

ب-وقت ومكان إجراء عملية التسرب:

نظرا لن صفة المتسرب مخفية وهويته مستعارة، بحيث لا يتحرك بصفته عون أو ضابط شرطة قضائية، الأمر الذي جعل المشرع لا يحدد له حيزا مكانيا يتحرك فيه، قد خوله إلى الأماكن الخاصة لا يكون بصفته الأصلية وإنما بصفته المستعارة التي تترك له الحرية لدخول كل الأماكن التي يمكن أن يكشف فيها الحقيقة دون أن يترتب على ذلك أي مسؤولية جزائية والتسرب كإجراء من الإجراءات التحقيق لا يقيد المتسرب كذلك بحيز زمني معين يتحرك فيه ضرورة التحقيق تبرر عملياته طول ساعات الليل والنهار، بحيث ينص التسرب على مراقبة

¹ فوزي عمار، اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور والتسرب كإجراءات تحقيق قضائي في المواد الجزائية، المرجع السابق، ص: 249.

² زبيحة زيدان، الجريمة المعلوماتية في التشريع الجزائري والدولي، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص 169.

³ -احمد غاي، الوجيز في تنظيم ومهام الشرطة القضائية، المرجع السابق، ص: 84.

المتهمين بارتكاب جناية أو جنحة بشرط أن تكون هذه الجنايات والجنح لكي تكشف بموجبها الجنايات والجنح المستقبلية، فالتسرب يختلف عن المرشد الذي يستخدمه الشرطة لترصد الأشخاص والجرائم التي يمكن وقوعها⁽¹⁾.

وإضافة إلى أن التسرب ينبغي أن ينصب على جناية أو جنحة متعلقة بالجرائم المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 65 مكرر 5 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري⁽²⁾، فمن الضروري أن يكون هذا الإجراء هو الوحيد أو الأنسب الذي بواسطته يمكن إظهار الحقيقة بعد أن أثبت الإجراءات الأخرى عدم نجاعتها، فضرورة التحقيق في معناها الضيق تعد من الشروط الأساسية للجوء إلى هذا الإجراء، لأن التسرب أحيز لعله معينة ولغرض خاص وبصفة استثنائية، فتختلف تلك العلة يمنع من الشروط الأساسية للجوء إلى هذا الإجراء، لأن التسرب أحيز لعله معينة ولغرض خاص وبصفة استثنائية، فتختلف تلك العلة يمنع قاضي التحقيق من الإذن به وإلا عدّ متعسفا، أو بمعنى آخر أن التسرب الذي لا يلتمس من حصوله فائدة لإظهار الحقيقة يعد تسربا تحكيميا⁽³⁾.

3- الحماية القانونية لمنفذ التسرب:

نتيجة لخطورة عملية التسرب فقد كفل له القانون حماية خاصة ولأولاده الرعاية للحفاظ على امن وسلامة روحه وسريته محمته غذ جعل المتسرب بمنأى عن تحمل المسؤولية الجنائية عن الجرائم التي يكون قد ارتكها عرضا أثناء تنفيذها للمهام الموكلة إليه ومنع للكشف عن هويته الحقيقية وسمح له بأخذ هوية مستعارة ورتب على مخالفة هذه الإجراءات عقوبات جزائية وهي العقوبات التي تتضاعف إذ أضفى هذا الكشف للهوية عن تعرض المتسرب أو أحد أفراد عائلته للضرب أو الجرح أو عرض حياته للخطر وقد تتضاعف إذ حدث الوفاة، ومن الحماية الخاصة للمتسرب عدم جواز سماعه كشاهد على العملية مع جواز ذلك بالنسبة للضابط المسؤول أو المنسق وإذا حدث أن وقع توقيف العملية أو انقضى أجلها دون تجديد فإن ضرورات حماية المتسرب تجيز له مواصلة نشاطه دون تحميله لأي مسؤولية بشرط إخبار الجهة المصدرة الإذن، على أن لا تتجاوز فترة تامين المتسرب مدة أربعة أشهر قابلة للتجديد مرة واحدة⁽⁴⁾.

إن المشرع الجزائري لم يترك مجالا للمناقشة قيمة شهادة العون المتسرب كدليل يقدم أمام القضاء، ويبدو أن سبب ذلك مرده أن قواعد أداء الشهادة أمام القضاء تتطلب كما هو معلوم أن يتقدم الشاهد شخصا أمام

¹ - فوزي عمارة، قاضي التحقيق، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه العلوم، جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة - كلية الحقوق، السنة الجامعية، 2009-2010، ص: 205-206.

² - وتمثل هذه الجرائم في جرائم المخدرات أو الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية أو الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات أو جرائم تبييض الموال أو الإرهاب أو الجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف وكذا جرائم الفساد.

³ - فوزي عمارة، اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والنقاط الصور والتسرب كإجراءات تحقيق قضائي في المواد الجزائية، المرجع السابق، ص: 248.

⁴ - علاوة هوام، التسرب كآلية للكشف عن الجرائم في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، المرجع السابق، ص: 4.

حرمة المحكمة وأن يدلى بهويته الحقيقية وإن يواجه المتهمين، وذلك كله مستبعد مسبقا بسبب نوعية مهمة المتسرب، وأما في القانون الفرنسي فقد وضعت تدابير لسماح العون المتسرب إذ تمسك المتهم بطلب المواجهة ويكون ذلك بترتيب طريقة لسماح صوت العون فقط خلال أجهزة صوتية تنقل الصوت مع تغيير نبراته حتى لا يعرف وبذلك تبقى الهوية هويته مجهولة بالنسبة لكل الحاضرين بقاعة الجلسات، وفي هذه الحالة تكون تصريحات هذا الشاهد مفيدة في توضيح وشرح الأدلة التي تم الحصول عليها عن طريق عملية التسرب، وإما التصريحات وحدها إذ لم تكن تتعلق بأدلة أخرى فإنه لا يمكن الاعتماد عليها بمفردها كدليل إدانة مادام الشاهد لا يكتشف عن هويته ولا يواجه المتهم عيانا⁽¹⁾.

4- الآثار المترتبة على عملية التسرب:

يقوم ضابط الشرطة القضائية المنتدب باعتباره المسؤول عن عملية التسرب بتحرير تقارير عن العمليات التي يقوم بها المتسرب ويحيلها على قاضي التحقيق على أساس انه المنسق بين هذا الأخير والمتسرب، والمشرع الجزائري لم يثير إلى ما إذا كان ضابط الشرطة القضائية المسؤول عن عملية التسرب، ولا موقف القانون من الجرائم التي يتم اكتشافها عرضا أثناء أداء المتسرب لمهامه، ولا لإمكانية الطعن في الأذن بالتسرب عن طريق الاستئناف، فكل ما أشار إليه المشرع الجزائري هو إيداع الإذن أو الرخصة التي يتم بها تنفيذ عملية التسرب في ملف الإجراءات بعد الانتهاء من العملية وكذا سماح ضابط الشرطة القضائية الذي جرت عملية التسرب تحت مسؤوليته دون سواء كشاهد على العملية⁽²⁾.

ثالثا: اعتبارات تتعلق بعملية التسرب:

عن إجراء التسرب لا يزال محصورا على المستوى النظري أكثر منه على المستوى التطبيقي، ويرجع ذلك إلى جملة من الاعتبارات التي ينبغي التركيز عليها لضمان فعالية هذا الإجراء باعتباره أسلوبا من أساليب التحري الخاصة، فرغم أن المشرع الجزائري أدرج مثل هذه الوسائل القانونية في إطار إجراءات التحقيق القضائي للكشف عن الحقيقة، فالواقع يثبت أن استعمالها لا يزال محدودا وقد يرجع في تردد القائمين على هذا الإجراء إما إلى المخاطر التي قد تترتب على عملية التسرب نظرا لتعدها أو عدم تأهيل العناصر المنفذة لها، بحيث لا بد أن ينفذ مثل هذه العمليات مجموعة من الأشخاص الذين تلقوا تدريبا خاصا وأن يكون تعيين منفذوا عملية التسرب والتشاور ووضع تقارير عن المخاطر التي من شأنها أن تنتج عن العملية وأن يتم تحديد أهداف العملية بوضوح.

¹ - نجحي جمال، إثبات الجريمة على ضوء الاجتهاد القضائي، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 253.

² - فوزي عارة، اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور والتسرب كإجراءات تحقيق قضائي في المواد الجزائية، المرجع السابق، ص: 250-251.

فإجراء التسرب يجب أن يكون من الأساليب التي تهمل أصحاب الشأن في اتخاذها لما لها من تهديد مباشر على حياة المتسرب، لذلك فيجدر دراسة فرص نجاح عملية التسرب ومدى إذا كانت المعلومات التي سوف يتحصل عليها المتسرب نتيجة اختراقه للعصابة الإجرامية مفيدة ومهمة ومن شأنها أن تحدث تغييرا جذريا في التحقيق أم فقط يكون اللجوء إلى اكتشاف معلومة قد لا تساعد في مجرى التحقيق.

إن منفذو عملية التسرب يجب أن يكونوا مختصين في مجال الجريمة المنظمة وان تتوفر لهم كافة الإمكانيات الفنية التي تساعدهم على تنفيذ المهمة بنجاح، ويترتب على ذلك أخذ اليقظة والاحتياطات الأمنية الكافية تحسبا لأي طارئ قد يحدث داخل العصابة الإجرامية من شأنه كشف المتسرب أو الاقتراب من كشف هويته وتعريضه للخطر، فنجاح العملية يرجع إلى التحضير الجيد لخطة العمل ومباشرة العملية انطلاقا من أسس واضحة ومحددة ومعلومات صحيحة، فمثل هذه الأساليب الخاصة للبحث والتحري قد يكون لها ارتباطا وثيق بمسائل قانونية معقدة.

خاتمة:

عن المشرع الجزائري ورغم انه أقر استعمال أساليب خاصة للتحري والكشف عن الجرائم من خلال القانون 22-06 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-155 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، فهو يدرك أن مثل هذه الوسائل من شأنها أن تمس بخصوصيات إلا أراد المكرسة في العديد من المبادئ الدستورية إلا أنه عمد إلى إقرارها تغليبا منه لمصلحة المجتمع، محاولا بذلك خلق فعالية في إجراءات مكافحة بعض الجرائم المستحدثة والتي تتطلب مواجهتها إجراءات استثنائية نظرا لطبيعتها الخاصة والتي تصب في باب الإجراء المعقد والمنظم.

إن إتباع في مثل هذه الأساليب الخاصة لمواجهة بع الجرائم الخطيرة إنما يرجع للطابع الاستثنائي التي تتميز به هذه الجرائم، ومع ذلك فإن المشرع الجزائري حينما أقر اتخاذ سواء إجراءات اعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والنقاط الصور أو التسرب الذي كان موضوع بحثنا، عمد أيضا إلى التأكيد على ضرورة الحفاظ على السر المهني عند إنجاز مثل هذه العمليات حتى لا يطرح ذلك أي إشكال قانوني ضانا منه على قدسية الحياة الخاصة للأفراد.

فإجراء التسرب في حد ذاته يتطلب في إقراره الإلمام بكافة الترتيبات القانونية والمادية والتقنية اللازمة التي تسمح بكشف الجرائم ومعاقبة المجرمين، ذلك انه يعتبر من أخطر الوسائل المستعملة في إطار البحث والتحري عن الجرائم المعقدة والمنظمة إذ لا بد من العمل على:

- اختيار أشخاص متخصصين ومؤهلين للقيام بعملية التسرب بحيث لا بد أن يكون ممن لهم خبرة في مجال الجريمة المنظمة، وذلك بمراعاة المستوى التعليمي للأعوان.
- توفير كافة الإمكانيات خاصة المادية والتقنية منها.

- العمل على توضيح إجراءات القيام بعملية التسرب وأساليب تنفيذها من خلال وضع نصوص تنظيمية تساهم وتضمن فعالية في متابعة الجرائم والتعرف على وقائعها.

العدالة البديلة و جهاز القضاء نحو تنظيم للعلاقة بينهما*

طويل مريم - طالبة دكتوراه - عضو بمخبر القانون المقارن جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان-

ملخص:

يعتبر جهاز القضاء أحد أهم الأسس و الركائز التي تضمن استقرار المجتمع عن طريق تحقيق العدالة، إلا أن اللجوء إليه لا يخلو من بعض المعوقات ككثرة القضايا و بطء إجراءات التقاضي وتعقيدها و كثرة التكاليف و الأكثر من ذلك الصعوبات التي تعترض تنفيذ الأحكام و القرارات القضائية ،وهو ما يؤثر في سير الخصومة القضائية لئلا صار من الضروري تبني آليات جديدة تسمح للأفراد بحل هذه النزاعات بطريقة سريعة و فعالة و سرية وهذه الطرق تتمثل في الصلح ،الوساطة و التحكيم ،فالعلاقة بين هذه الطرق البديلة و جهاز القضاء هي علاقة مكملّة ،واللجوء إلى هذه العدالة البديلة يعود بالنفع العام على مرفق القضاء ويساهم أيضا الحفاظ على العلاقات الإجتماعية و الإقتصادية من أجل تحقيق السلم الإجتماعي.

Résumé :

Le pouvoir judiciaire est l'une des plus importantes fondations et piliers qui garantissent la stabilité de la société en réalisation de la justice, et le recours à ce système à beaucoup des obstacle comme la complexité des transaction et le cout de la procédure, Ce qui affecte le cours de conflit, Alors l'adoption de nouveaux mécanismes et donc nécessaire pour permettre aux individus de résoudre leurs litiges d'une façon rapide efficace et discrète, et les modes alternatifs de règlements des conflits s'agit de la conciliation ,la médiation et l'arbitrage, et la relation entre ces modes et le système juridique est une relation complémentaire , l'utilisation de MARC porte un intérêt général au service de la justice ainsi qu'au justiciables, et ce service conserve les liens et relations sociales et économiques pour la réalisation d'une pais sociale .

مقدمة:

إن التزايد المضطرد لحجم القضايا أمام القضاء وتعقيدها المستمر و تكاثر الطعون التي رسمها القانون من أجل حماية هذه الحقوق ،ترك الانطباع لدى المواطن بصفة عامة و المتقاضي بصفة خاصة ببطيء في سير العدالة.

* تاريخ إيداع المقال: 2017/02/19

تاريخ تحكيم المقال: 2017 / 02/23

ومن الوسائل التي رآها المشرع تساهم في تخفيف الضغط على الجهات القضائية اعتماده لطرق بديلة لتسوية النزاعات و هي طرق اهتمت التشريعات الحديثة كلها إليها ، وهذه الأدوات المستعملة أثبتت نجاعتها و لو بنسب متفاوتة حسب خصوصية كل مجتمع وعاداته و تقاليده و خصوصية نظامه القضائي¹.

فمنذ صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في 2008/02/25 أصبح النظام القضائي أو نظام العدالة في الجزائر يقوم على أسلوب الطرق البديلة لحل المنازعات أملا في اجتياز المشكلات التي يواجهها القضاء ومن هنا تظهر أهم أوجه العلاقة بينها من خلال الدور المساعد الذي يلعبه نظام الطرق البديلة للقضاء من جهة ودور القضاء في تفعيل هذا النظام من جهة أخرى حيث أنه و بهدف ضمان هذه الفاعلية اختار المشرع الجزائري الإشراف القضائي على هذا النظام فمنح المشرع القضاء دورا مهما يمتد عبر مراحل الطرق البديلة من بدايتها إلى نهايتها².

فإذا كان القضاء كما بين ذلك سابقا يحتاج إلى نظام الطرق البديلة من تحقيق أهدافه و ضمان فاعليته . إلا أن دور القضاء في نظام الطرق البديلة لحل المنازعات يختلف بحسب ما إذا كنا أمام الصلح أو الوساطة أو التحكيم.

أولاً: من الدور الحصري للقضاء إلى الحاجة إلى حلول العدالة البديلة:

إذا كان الطريق الأصلي يتمثل في القضاء فإن الطريق البديل يتمثل في الصلح و الوساطة و التحكيم . و الصلح و الوساطة يجريان تحت رقابة القاضي ، و الطرق البديلة ليست وليدة التشريع الجزائري و إنما أخذت بها معظم تشريعات العالم فظهرت هذه الوسائل بأسماء مختلفة و متنوعة لا تخلو من الغرابة و غير واضحة المعالم أحيانا و لا يمكن تعريفها بشكل دقيق وقد أطلق عليها الفقه تسميات متعددة بحيث أصبحت تفوق ثمانين اسما فاعتبرها البعض بأنها قضاء غير رسمي " justice informelle " و أطلق عليها البعض مصطلح قضاء اتفاقي " justice convenue " و هناك من سماها قضاء ودي " justice amiable " و في اللغة الفرنسية تعرف بـ " mode alternatif de résolution des conflits " MARC و تعرف أيضا بـ " SORREL " المصطلح المستعمل في كندا وهي اختصار لـ " solution de recharge au règlement du litiges " .³

فجميع هذه التسميات تدور حول فكرة واحدة هو البديل أو الخيار " alternative " عن النظام القضائي الكلاسيكي .

¹- ديب عبد السلام، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، موفم للنشر، الطبعة الثانية، الجزائر، 2009، ص 411.

²- قانون رقم 09-08، مؤرخ في 2008/02/25 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج. ر عدد 21، سنة 2008.

³- هناك من يعرفها بأنها وسائل أو عمليات مختلفة تستخدم لحل المشكلات أو المنازعات خارج نطاق المحاكم و الهيئات القضائية الرسمية.

أ- الحاجة إلى القضاء :

إن اللجوء للطرق الودية التي يختارها المتنازعون لأجل نزاعاتهم بعيدا عن القضاء الكلاسيكي، ولكن يبقى القضاء هو الطريق الأصلي لحل النزاع¹ فهو يشكل حاجة ملحة و أساسية للحياة البشرية لا يمكن الإستغناء عنها، لأن الإنسان اجتماعي بطبعه و ميلال بفطرته إلى هضم حقوق الآخرين أو الإعتداء عليهم في المجتمعات البدائية وحتى في المجتمعات الحديثة حيث تعقدت الأمور بشكل كبير وأصبحت ظروف العيش والحياة صعبة و قاسية. فأصبحت الحماية القانونية إحدى أهم الوظائف الأساسية المتصلة بسيادة الدولة و لهذا كان وما يزال وسيظل كذلك القضاء من المهام الجلية والوظائف العظمى التي كانت على الدوام محل تقدير وتعظيم و تشريف، وعليه تذهب معظم الدساتير العالمية إلى تكريس الحق الحصري للدولة في حسم النزاعات عن طريق جهاز القضاء الذي يمثل مظهر من مظاهر سيادة الدولة الحديثة. حيث جاء في نص المادة 139 من الدستور الجزائري ما يلي: "تحمي السلطة القضائية المجتمع و الحريات و تضمن للجميع و لكل واحد الحفاظ على حقوقهم الأساسية".

كما جاء في ق.إ.م.إ مايلي "يجوز لكل شخص يدعي حقا رفع دعوى أمام القضاء للحصول على ذلك الحق أو حايته".

وإذا كان القضاء هو الساهر على فرض احترام القانون من الجميع و دون تمييز ،وبالتالي هو السلطة التي توفر المناخ السليم لنمو الإقتصاد و الحافز على تشجيع الإستثمار ،إلا أنه أصبح من المألوف أن نسلم بأن هذا المواطن أوذاك المتقاضى لا يثق في القضاء ،فعلا هي ظاهرة غير صحية تعرفها حتى بعض الدول المتقدمة في أوروبا

وغيرها لأن المواطن إذا لم يستطع حماية حقوقه وحريته بواسطة القضاء لأول وهلة فهو يعبر عن غضبه واحتجازه قبل أن يلجأ إلى طرق الطعن ،و إذا تغيرت خيبة أمله مع القضاء فالفضب و الإحتجاج يتحولان إلى ثقة في القضاء مع مر الأيام ،عبر رفع الشكاوى و توجيه اللوم عبر الإعلام للمحاكم مع البحث عن وسائل أو بدائل تؤدي إلى حل النزاعات دون اللجوء إلى القضاء كالوساطة والتحكيم و الصلح.

ب من الحاجة إلى القضاء إلى الحاجة إلى العدالة البديلة:

أصبح اللجوء للوسائل البديلة لحل النزاعات في وقتنا الحالي أمراً ملحاً، وذلك لتلبية متطلبات الأعمال الحديثة، والتي لم تعد المحاكم قادرة على التصدي لها بشكل منفرد. فمع التطور المستمر في التجارة والخدمات، وما نتج عن ذلك من تعقيد في المعاملات، وحاجة إلى السرعة والفعالية في بث الخلافات وتخصيصية من قبل من ينظر بهذه الخلافات أو يسهم في حلها، نشأت الحاجة لوجود آليات قانونية يمكن

¹-loic cadiet,thomas clay ,les modes alteratifs de reglement des conflits,1ere edition,dalloz,paris ,2016,p4

للأطراف من خلالها حل خلافاتهم بشكل سريع وعادل وفعال، مع منحهم مرونة وحرية لا تتوفر عادة في المحاكم.

فلا غرو إذن أن تعرف الوسائل البديلة لحل النزاعات اهتماما متزايدا على صعيد مختلف الأنظمة القانونية والقضائية، وذلك لما توفره هذه الأخيرة من مرونة و سرعة في البت و الحفاظ على السرية وما تضمنه من مشاركة الأطراف في إيجاد الحلول لمنازعاتهم.¹

ونظرا لما تحتله الوسائل البديلة لحل النزاعات من مكانة بارزة في الفكر القانوني والاقتصادي على المستوى العالمي، وما شهده العالم منذ نصف قرن ويزيد من حركة فقهية و تشريعية لتنظيم الوسائل البديلة، وما تمثله في الحاضر من فعل مؤثر على صعيد التقاضي كان من الطبيعي أن تعمل الدول جاهدة لإيجاد إطار ملائم يضمن لهذه الوسائل تقنينها ثم تطبيقها لتكون بذلك أداة فاعلة لتحقيق وتثبيت العدالة وصيانة الحقوق.²

ثانيا :رسم أوجه العلاقة بين القضاء و العدالة البديلة.

أ-الطابع التكميلي للطرق البديلة:

تلعب الطرق البديلة دورا تكميليا للقضاء الرسمي فلم توجد لتعوضه أو تنافسه بل جاءت لتساعده في التخفيف من الأعباء التي أصبحت تعيق سيره و أداء مهامه.

فجهاز القضاء في جميع الدول لا يمكن الإستغناء عنه أو تعويضه بأي جهاز أو نظام مهما كانت المزايا التي يقدمها و إيجابياتها، ونظام الطرق البديلة لحل المنازعات أو ما يسمى بالعدالة البديلة و إن كان يعبر عن حاجة ملحة للفصل في المنازعات في أسرع وقت و بأقل جهد و تكلفة فهو يبقى وجه من أوجه إصلاح قطاع العدالة الذي ما فتئت الدول تسعى إلى تحقيقه يسير جنبا إلى جنب مع جهاز القضاء و يلعب دورا مكملًا له من أجل تحقيق غاية واحدة وهي حل النزاعات.

الدور المساعد و المكمل للقضاء:

- **الوجه الإيجابي:**البحث في العلاقة التي تجمع بين نظام الطرق البديلة و القضاء ليس بالأمر العسير ذلك أن القضاء كان منذ القديم و لا يزال الوسيلة الأساسية لحل النزاعات و هو الملاذ لمحكمة منصفة كما أن هذه الآليات إنما تم إقرارها بهدف تخفيف العبء على القضاء الذي يشهد تراكما في القضايا و من هنا كان الدور المساعد الذي يلعبه نظام الطرق البديلة للقضاء أهم مظهر من مظاهر علاقة التأثير و التأثير التي تجمعها.

¹ - سولم سفيان، الطرق البديلة لحل النزاعات المدنية في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه في الحقوق، قانون خاص، جامعة محمد خيضر- بسكرة، 2013-2014، ص 8.

² -أحمد أنوار ناجي، مدى فعالية الوسائل البديلة لحل المنازعات و علاقتها بالقضاء، مجلة الفقه و القانون، متاح على الموقع، www.majalah.new.ma، ص 16.

فالوسائل البديلة لحل النزاعات تهدف إلى تكلمة الآليات الرسمية للدولة (القضاء) لا أن تحل محلها، حيث يعد القضاء الفعال المحفز الرئيسي للمتقاضين في استخدام الطرق البديلة لحل منازعاتهم .

فهذه الآليات و إن كانت تبدو بديلة لطرق التقاضي أمام المحاكم فإنها في الحقيقة ليست سوى وسائل أو أدوات مساعدة أو بالأحرى هي طريق مواز لتخفيف العبء عن المحاكم و الإقتصاد في النفقة والوقت

والإبتعاد عن طول الخصومة القضائية،و أيضا لما تضمنه هذه الآليات من الحفاظ على السرية بين الأطراف

وخصوصية النزاع بعيدا عن علانية المحاكم و ما تتيحه هذه الطرق من مشاركة الخصوم في إيجاد حلول لنزاعاتهم فتقلهم من مجال القانون المفروض إلى القانون القابل للمفاوضة ،كما أن هذه الأدوات تعمل على تهدئة النفوس بين المتخاصمين بما يحقق ديمومة العلاقات التجارية فيما بينهم. فالأصل أن المحاكم هي صاحبة الولاية العامة بالفصل في جميع المنازعات بكل فروعها المدنية و التجارية و غيرها.¹

فلو نحاول إيجاد العلاقة بين الصلح و القضاء فنلاحظ أن الصلح وسيلة لمساعدة القضاء و القضاة و المحاكم عن الفصل في المشاكل التي ترفع إليهم و التي قد يطول البث فيها من طرف المحاكم.²

والفرق بين القضاء والتحكيم أن القاضي يستمد ولايته من القانون و حده أما المحكم على عكس ذلك فيستمدها من إرادة الأطراف أنفسهم.³

فالوسائل البديلة لحل المنازعات هي طرق أو عمليات مختلفة تستخدم لحل المنازعات خارج عن نطاق المحاكم والهيئات القضائية الرسمية. مستفيدة من مزاياها في سرعة حسم النزاع والحفاظ على السرية وحفظ الكلف في أوضاع كثيرة. إضافة إلى مرونتها من حيث إجراءات حل النزاع والقواعد المطبقة عليه. تطورت هذه الطرق إلى جانب الآليات الرسمية وهي ليست بديلة عن القضاء لأنها تجري تحت إشرافه. ومن ثم فهي بديلة عن بعض المساطر والإجراءات القضائية.

إن الطرق البديلة لحل المنازعات ليست آلية جديدة، وإنما هي قديمة قدم وجود الإنسانية وكانت موجودة وفعالة. لكن الجديد هو ضرورتها في وقت يحتاج إليها الجميع على مختلف المستويات والمجالات.

هذه الضرورة أفرزتها المعضلة التي يواجهها القضاء منذ أمد بعيد في مختلف الأنظمة القضائية عبر العالم. تتجلى في تراكم أعداد مرتفعة من القضايا. بسبب التأخير في إصدار الأحكام البطيء في الحسم في المنازعات. تعدد أوجه الطعن عبر مختلف درجات التقاضي زيادة على اتسام إجراءات التبليغ بالتعقيد. وانعدام الفعالية. كما أن معضلة تضخم وتراكم القضايا ليست حكرا على الدول النامية. بل تعاني منه أيضا وبدرجات متفاوتة الدول

¹ - سوام سفيان، الطرق البديلة لحل النزاعات المدنية في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه السابقة ص 69 و 70.

² - بلقاسم شتوان، الصلح في الشريعة و القانون (دراسة مقارنة) دار الفكر و القانون، 2010، ص 49.

³ - بن صاولة شفيقة، الصلح في المادة الإدارية، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية 2008، ص 46.

المتقدمة بدورها مع فارق في نوعية وموضوع القضايا. هذه الأزمة عرفتها الولايات المتحدة الأمريكية في أول الأمر على مستوى الدول المتقدمة وما فتئ أن امتد الأمر إلى الدول الأخرى كفرنسا والمملكة المتحدة .

ب- علاقة تظاهر بين العدالة البديلة و عدالة الدولة (الوجه السلبي):

القضاء هو سلطة من سلطات الدولة تحقق من خلالها وظيفة إقامة العدالة و هي وظيفة لا يصح أن يترك أمرها للأفراد و إلا سادت الفوضى و ضاعت حقوق الضعفاء.

فالقضاة و المحامين يرون أن هذه الطرق تمس صميم مهنة الدفاع و القضاء لأنها تجردهم من مهامهم و تحولها للوسيط أو المحكم إلى الطرق البديلة على أنها منافسة للجهاز القضائي و ليس مكمل له.

و من هنا لا يوجد نظام قضائي مثالي و بالتالي تنظم الطرق البديلة حل النزاعات وجعلها جزءا من النظام القانوني و القضائي في أغلب الدول المتقدمة كانت أو نامية أصبح مطلباً ضروريا نظرا لأهمية هذا النظام في تجنب مساوئ العمل القضائي التي أصبحت لا تخفى على أحد و في هذا الشأن يقول أحد الفقهاء الفرنسيين "أن الطرق البديلة هي تطور للجهاز القضائي و ليست ثورة ضده"¹

فالحد من حجم المنازعات التي باتت تثقل كاهل القضاء و التي تؤثر على نوعية الأحكام و التقليل منها و حلها لا يتحقق إلا بهذه البدائل التي تعتبر أكثر ملائمة، كما أن تحقيق السرعة في حل المنازعات و اجتناب إطالة المدة لا يتجسد إلا بهذه الوسائل أو الطرق.

ج- مدى فاعلية الوسائل البديلة و علاقتها بالقضاء:

يلتقى نظام الوسائل البديلة لحل المنازعات هجوما يبلغ حد العنف أحيانا وخاصة في الدول النامية، فيرى البعض أن الوسائل البديلة (بمفهومها التقليدي) وإن كانت أسبق في الظهور من القضاء، فإن مرجع ذلك يتمثل في تأخر ظهور الدولة بسلطاتها الثلاث، فالقضاء هو سلطة من سلطات الدولة تحقق من خلالها وظيفة إقامة العدالة، وهي وظيفة لا يصح أن يترك أمرها للأفراد، وإلا سادت الفوضى وضاعت حقوق الضعفاء.

فنظام الوسائل البديلة إذا كان ضروريا فهو شر لا بد منه لذلك يجب أن يظل له طابع الاستثناء، فكل القواعد والأحكام التي يكرسها نظام الوسائل البديلة هي من صنع الدول المتقدمة، بل أسهمت وتسهم في تكوين أدبياتها الشركات المتعددة الجنسيات، ولا يحكمها في ذلك إلا تحقيق مصالحها دون اعتداد بمصالح الدول النامية، فنظام الوسائل البديلة هو آلية من آليات النظام العالمي الجديد يستخدمها لضمان زيادة وزعامة دول الشمال المتقدم و بقاء تخلف وتبعية الجنوب المتخلف، فالمقصود بهذا النظام هو منع القضاء الوطني من

¹ -سولام سفيان، رسالة دكتوراه السابقة، ص 174.

النظر في المنازعات فهو بمثابة " طوق النجاة" الذي يمكن الشركات العالمية من بسط سيطرتها وتحسين نفسها ضد نزعات القاضي الوطني وتشدد القوانين في دول العالم الثالث.¹

أضف إلى ذلك يرى هذا الاتجاه أن فكرة إيجاد عدالة التهيئة والتسكين التي تجبذ الحوار بناء على الوساطة ليست فكرة مقبولة دائما، و تعطي الانطباع بأن الوسائل البديلة لتسوية النزاعات تساهم في خلق نوعين من العدالة وهما العدالة المنتقصة والعدالة التقليدية.

لكن هذا الرأي لا يخلو من المبالغة، فالنظرة الموضوعية تكشف عن أن بطء إجراءات التقاضي وتعدد درجاته وارتفاع تكاليفه في الدول المتقدمة بوجه خاص، يجعل الوسائل البديلة أكثر ملاءمة، فالقضاء بنوء كاهله بعدد من القضايا التي تطرح عليه وفتح باب الوسائل البديلة يساهم في حل المشكلة على الصعيد الوطني خاصة مع توقع ازدياد الوعي بهذا النظام ومزاياه التي تكمن في الآتي:

- 1- تقليل عدد الدعاوى التي تحال على القضاء، فقد أثبتت تجارب البلدان التي أخذت بهذا النظام بأنها ساهمت بشكل مباشر في تخفيف العبء على المحاكم.
- 2- محدودية التكاليف واستغلال الوقت .
- تؤدي الوسائل البديلة لتوفير الوقت والجهد والنفقات على الخصوم ووكلائهم من خلال إنهاء الدعاوى في مراحلها الأولى، فالوصول إلى حل خارج القضاء يكون من دون شك أسرع وأوفر.
- 3- خلق بيئة استثمارية جاذبة.
- 4- يمثل نظام الوسائل البديلة ضمانة له مفعول أكثر من قرار المحكمة، لأنها تكون مبنية على الواقع الحقيقي للأحداث، بينما يشوه هذا الواقع عندما يعرض أمام القاضي، لذا يمكننا القول بأن هذا النظام أقرب إلى الواقع من القضاء.
- 5- الخصوصية: يكفل هذا النظام محافظة طرفي النزاع على خصوصية النزاع القائم بينهما وذلك بغية خلق روابط جيدة بين الأشخاص أو المؤسسات، كما هو الشأن في الوساطة العائلية فهذا النظام يتيح للزوجين تقييم الأمور والبحث عن مصلحة الأبناء، وإيجاد طرق أفضل للمستقبل بالحوار والاحترام المتبادل مما يساهم في المحافظة على الروابط الاجتماعية.
- 6- تحقيق مكاسب مشتركة لطرفي النزاع:فالتسوية النهائية لهذا النظام (خاصة الوساطة) قائمة على حل مرض لطرفي النزاع.
- 7- المرونة: تتسم إجراءات هذا النظام بالمرونة لعدم وجود إجراءات وقواعد مرسومة محددة.

¹-عروي عبد الكريم، الطرق البديلة في حل النزاعات القضائية"الصلح و الوساطة القضائية، طبقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 1 كلية الحقوق بن عكنون، 2012 ص 116.

- 8- المحافظة على العلاقات الودية بين الخصوم: تبقى العلاقات الودية بين الخصوم قائمة في الوساطة بعكس الخصومة القضائية التي تؤدي في الغالب إلى قطع مثل تلك العلاقات.
 - 9- توفير ملتمتي لأطراف النزاع قبل بدء المحاكمة: تساعد جلسات الوساطة على توفير ملتمتي الأخير بين الخصوم قد يساهم في حل النزاع.¹
 - 10- الحلول الخلاقة التي يمكن التوصل إليها : تساعد جلسات نظام الوسائل البديلة على تجاوز العقبات وتوفير الحلول الخلافة والإبداعية لحل النزاع، فلقد عرضت الوساطة أفكارا جديدة لحل الخلافات العائلية تعطي فيها الأولوية لإعداد مشترك للقرارات الضرورية في إعادة تنظيم الأسرة أكثر من الاهتمام بالمطالبة بالحقوق الفردية.
 - 11- تنفيذ اتفاقية التسوية رضائيا: لما كانت اتفاقية التسوية في الوساطة من صنع أطراف النزاع فإن تنفيذها على الأغلب سيتم برضاهم بعكس حكم القضاء الذي يتم تنفيذه جبرا.
- و هذه الطرق تلعب دورا مهما أيضا في مجال الإستثمار فنأخذ على سبيل المثال التحكيم.

فأصبح التحكيم ظاهرة من مظاهر العصر الحديث وزاد اللجوء إليه كنظام لحسم المنازعات لما يوفره من مزايا لا يحقها قضاء الدولة المثقل بالقضايا و أيضا لما يوفره من مزايا للمتعاقدين من دول مختلفة ، ولقد أدى التطور الهائل الذي طرأ على التجارة والإستثمار إلى ذبوع التحكيم و انتشاره على الصعيد الخارجي مما يضاعف أهميته ويتوجب الإحاطة به بل و أضحي يتمتع بالقبول لدى أغلب الدول المتقدمة في أنظمتها القانونية والاقتصادية والاجتماعية و يعد التحكيم هو الوسيلة المثلى و الملائمة لفض المنازعات الناشئة في إطار العلاقات الداخلية و الخارجية فقط، وإنما أيضا كحافز ضروري نتيجة هذه العلاقات و تطويرها بما يحقق المزايا للدولة المنتجة و المستهلكة.²

أهمية التحكيم في عقود الإستثمار:

يعد التحكيم التجاري عنصرا رئيسيا في عقود الإستثمار الأجنبية و التي تكاد جميعها تتضمن شرط إحالة جميع منازعاتهم إلى التحكيم ، فالمستثمر الأجنبي يعبر دائما على إضافة شرط التحكيم نظرا للمزايا التي يوفرها التحكيم له³ و لما له من دور في فض خلاف الأطراف من خلال قراراته الملزمة.⁴

¹ -أحمد أنوار ناجي، مدى فعالية الوسائل البديلة لحل المنازعات و علاقتها بالقضاء، مجلة الفقه و القانون ، متاح على الموقع، www.majalah.new.ma، ص16

² -بلاق محمد، حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2015-2016، ص149.

³ -محمد وليد منصور ، قوانين الإستثمار و التجارة و الشركات و التحكيم الجديدة و أثرها الإيجابي على الإستثمار، مجلة التحكيم ، العدد السابع، 2010، ص190.

⁴ -هني عبد اللطيف ، حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد-دراسة مقارنة-رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2015-2016، ص133.

مزايا التحكيم في مجال الإستثمار:

يتمتع التحكيم التجاري بالعديد من المزايا التي جعلته محط أنظار الخصوم في منازعات عقود الإستثمار التي تبرمها الدولة الأمر الذي أدى إلى أنتشار التحكيم كوسيلة لحل تلك المنازعات و تتجلى تلك المزايا في:

مرونة التحكيم بما يتناسب مع طبيعة المنازعات الناشئة عن عقود الإستثمار إذ تتميز عقود الإستثمار التي تبرمها الدولة بأنها عقود ذات قيمة مالية عالية و يحتاج تنفيذها إلى فترة زمنية طويلة و على مراحل مختلفة، فعلى سبيل المثال نجد أن عقود الإستثمار في مجال الأعمال الإستخراجية امتد تنفيذها عشرات السنين الأمر الذي يتطلب وجود آلية لتسوية المنازعات، و التحكيم وبشكل أساسي يقوم على مبدأ سلطان الإرادة حيث يستطيع أطراف النزاع في عقود الإستثمار التي تبرمها الدولة تنظيم العملية التحكيمية بالشكل الذي يتلاءم مع ظروفهم التجارية و الاقتصادية و بما يتفق مع طبيعة عقود الإستثمارات مصدر النزاع .

-توفر عنصر السرعة في حسم المنازعات التي تنشأ عن عقود الإستثمار التي تبرمها الدولة إذ تتسم هذه العقود بضخامة رأس المال المستثمر ووجود جداول زمنية لتنفيذها .

-تجنب الكثير من المشاكل التي تثار في ميدان تنازع القوانين بالنسبة لعقود الإستثمارات بالنظر لما يوفره التحكيم للأطراف من إفراح المجال الذي تعمل فيه الإرادة في تعين القواعد الإجرائية و القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق.

خاتمة:

هكذا قمنا باستعراض أهم مزايا وأهداف نظام الوسائل البديلة لحل المنازعات مما يطرح التساؤل عن العلاقة القائمة بين هذه النظم والقضاء، فالأصل أن نظام الوسائل البديلة يلعب دورا مكملًا للقضاء على صعيد تخفيف حجم العبء الملقى على كاهل القضاء، فهو يسير معه جنبا إلى جانب في تحقيق العدالة، وفي الختام فإن الطرق البديلة لفض النزاعات كمبدأ جديد على التشريع فإنها شرعت لتغيير الوسائل التقليدية حل النزاعات بعيدا عن الإجراءات المعقدة المألوفة بعيدا عن المشاحنات التي تحدث في ساحات المحاكم، ولذلك تم إستحداث هذه الطرق البديلة و التي تهدف إلى التوفيق بين آراء الطرفين بحيث يتم التوصل إلى حسم النزاع بالإتفاق على تسوية تتضمن أقل جهد، أسرع وقت و بأقل تكاليف و بتحقيق نتيجة ترضي الطرفين و لتحقيق الغاية المنشودة من طرف المشرع في إدخال الصلح و الوساطة و التحكيم كطرق بديلة في حل النزاعات .

المراجع:

- 1-أحمد أنوار ناجي،مدى فعالية الوسائل البديلة لحل المنازعات و علاقتها بالقضاء،مجلة الفقه و القانون ، متاح على الموقع www.majalah.new.ma،
- 2-بلاق محمد،حدود مساهمة القواعد المادية في حل منازعات عقود التجارة الدولية ،رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص،جامعة تلمسان،2015-2016،
- 3- بلقاسم شتوان ،الصلح في الشريعة و القانون (دراسة مقارنة)دار الفكر و القانون،2010.

- 4-بن صاولة شفيقة ،الصلح في المادة الإدارية ،دار هومة ،الجزائر،الطبعة الثانية 2008 .
- 5- ديب عبد السلام،قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد،مؤم للنشر،الطبعة الثانية،الجزائر، 2009 .
- 6- سولم سفيان،الطرق البديلة لحل النزاعات المدنية في القانون الجزائري،رسالة دكتوراه في الحقوق ،قانون خاص ،جامعة محمد خيضر بسكرة ، 2013-2014.
- 7- عروي عبد الكريم ،الطرق البديلة في حل النزاعات القضائية"الصلح و الوساطة القضائية،طبقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية"،مذكرة ماجستير،جامعة الجزائر 1 كلية الحقوق بن عكنون،2012.
- 8- محمد وليد منصور،قوانين الإستثمار و التجارة و الشركات و التحكيم الجديدة و أثرها الإيجابي على الإستثمار،مجلة التحكيم ،العدد السابع ،2010.
- 9-هني عبد اللطيف حدود الأخذ بفكرة إعادة التفاوض في العقد-دراسة مقارنة-رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص،جامعة تلمسان،2015-2016،ص133.
- 10-قانون رقم 09-08،مؤرخ في 2008/02/25 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية،ج.ر عدد 21،سنة 2008.
- 11-loic cadiet,thomas clay ,les modes alteratifs de reglement des conflits,1ere edition,dalloz,paris ,2016.

الحقوق اللصيقة بالشخصية والحماية القانونية المقررة لها^{*}
د/ ولد عمر طيب- أستاذ محاضر "أ" - جامعة ابن خلدون - تيارت

ملخص المقال :

يتضمن هذا المقال تحديد مفهوم الحقوق اللصيقة بالشخصية وتقسيماتها المختلفة مع خصائصها ، كما تم التطرق أيضا إلى الحماية القانونية التي وفرها المشرع لهذه الحقوق مدنيا وجزائيا في إطار إعمال قواعد المسؤولية المدنية والجزائية .

Résumé :

Cet article inclut la définition du concept des droits inhérents à la personnalité et les différentes divisions avec leurs caractéristiques, aussi il a été adressé à la protection juridique prévue par le législateur pour ces droits et criminellement civils dans le cadre de la mise en œuvre des règles de la responsabilité civile et pénale

كلمات مفتاحية :

الحقوق الشخصية ، أنواع الحقوق الشخصية ، حماية الحقوق الشخصية ، ميزات الحقوق اللصيقة ، المسؤولية المدنية ، المسؤولية الجزائية ، حماية حقوق الشخصية .

les mots clés

Les droits personnels, les types de droits personnels, protection des droits personnels, les droits de caractéristiques inhérentes, la responsabilité civile, la responsabilité pénale, la protection des droits personnels.

مقدمة :

لقد نص الدستور الجزائري على الحقوق اللصيقة بالشخصية والتي تعتبر تكريسا لمبادئ حقوق الإنسان المنصوص عليها في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ، وبهذه الحقوق تثبت للإنسان منذ ولادته حيا ، وتلازمه طول حياته إلى مماته ، وكما أنها حقوق لا تعرف التمييز في الجنس والعرق والديانة.

إن الحقوق اللصيقة بالشخصية les droits de la personnalité لها علاقة وطيدة ، بما يعرف بالحقوق العامة والحريات العامة ، المكرسة في معظم دساتير العالم ، ولهذا فموضوع الدراسة يتمحور حول معرفة هذه الحقوق وتقسيماتها ، وكذا ما مدى الحماية التي وفرتها النصوص التشريعية والمدنية والجنائية لهذه الحقوق

^{*} تاريخ إيداع المقال: 2016/09/08

تاريخ تحكيم المقال: 2016 /09/11

ذات الأهمية البالغة في الوقت الحالي ، خصوصا أمام الانتهاكات المتزايدة لحقوق الإنسان في العالم ، ولهذا فإن دراسة هذا الموضوع تقتضي منا ، الإلمام بكل الجوانب التي لها علاقة بتحديد مفهوم الحقوق للصيقة بالشخصية في (المبحث الأول) والحماية القانونية لهذه الحقوق في (المبحث الثاني).

المبحث الأول : ماهية الحقوق للصيقة بالشخصية وتقسيماها

ندرس في هذا المحور تحديد ماهية الحقوق للصيقة بالشخصية ونميزها عن بقية الحقوق الأخرى في (المطلب الأول) ونتطرق كذلك إلى تقسيات هذه الحقوق في (المطلب الثاني) .

المطلب الأول : تحديد مفهوم الحقوق للصيقة بالشخصية

مما لا شك فيه ، إن ظهور الحقوق الشخصية ، يعتبر حديث نسبيا وتتميز عن الحقوق ، بأنها غير مالية ، وأصبحت تكتسي أهمية بالغة في الوقت الراهن¹ ولقد وجد الفقه صعوبة كبيرة في تحديد مفهوم الحقوق للصيقة بالشخصية ، فهم من سهاها بالحقوق ومن بينها الدستور الفرنسي-والجزائري² وعلى هذا تعتبر هذه الحقوق من المبادئ الدستورية الهامة والتي تهدف إلى حمايتها وترقيتها ، وهذه الحقوق باعتبارها لصيقة بشخصية الإنسان ، فهي تلازمه جنينا وولادته حيا إلى مماته ، ولقد سمىها الثورة الفرنسية بحقوق الإنسان أو الحقوق الطبيعية³ Les droits de l'homme ou droit naturels وهي لكل الناس دون تفرقة في السن أو الجنس أو الدين أو الجنسية ، كما يمكن تعريفها بأنها مجموعة القيم التي تثبت للإنسان باعتبارها تشكل مقومات بشخصيته الإنسانية ، وتضمن حماية هذه الشخصية وازدهارها أن هذه الحقوق للصيقة بالإنسان لا تنفك عنه ، فهي توجد بوجوده وتظل تلازمه إلى حين مماته وهي ثابتة لجميع الناس دون تفرقة وتميز ، وتتعلق بالكيان المادي والمعنوي للإنسان⁴

ولقد ازدهرت فكرة الحقوق للصيقة بالشخصية الأخيرة ، وذلك نتيجة لتطور أنسنة القانون أو الطابع الإنساني للقانون الذي نما بدوره لتوفير الحماية اللازمة في مواجهة المخاطر التي يتعرض لها نتيجة التطور العلمي والحضاري المعاصر ، فقد أزال التقدم العلمي العديد من الحواجز الطبيعية التي كانت تحمي الإنسان⁵ .

¹ محمد سعيد جعفر ، مدخل لدراسة العلوم القانونية ، الجزء الثاني ، دروس في نظرية الحق ، الطبعة الأولى ، دار هومة ، الجزائر ، 2011 ، ص 54 .

² لقد تطرق المشرع الدستوري في الجزائر إلى مسألة الحقوق العامة والحريات في المواد 38 ، 40 ، 41 ، 42 ، 46 من القانون رقم 16 / 10 المؤرخ في 2016/03/06 المتضمن التعديل الدستوري ، ج ر العدد 14 لسنة 2016 .

³ محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر 1985 ، ص 18

⁴ محمد سعيد جعفر ، مدخل الى العلوم القانونية ، المرجع السابق ، ص 55 .

⁵ نفس المرجع ، ص 55

ويطلق بعض الفقهاء على الحقوق الشخصية إصلاح القوانين العامة والحريات العامة ، لكونها تثبت لكافة الناس ، والتي أضحت اليوم محلا لمواثيق دولية ، فالإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 1948/12/10 فقد تضمن العديد من الحقوق والحريات فقد اعترف للفرد بحقه في الحياة (المادة 03) وشخصيته القانونية (المادة 06) وحقه في التقاضي (المادة 08) وحرية المعتقد (المادة 18) . إلى ما إلى ذلك من الحقوق والحريات¹ والتي تعتبر من الحقوق المدسرة وتعتبر هذه الحقوق اللصيقة بالشخصية من الحقوق المطلقة ، فهي تستهدف حماية الإنسان ذاته ، بما أنه إنسان وله قيم معنوية تسموا على الأمور المادية وهي لا تقدم بالتقود ، لذلك تسمى بالحقوق غير المالية ، تميزا لها عن الحقوق المالية التي تستهدف المنفعة بالمال وهي بذلك لا تنتقل من صاحبها إلى غيره أي تصرف قانوني سواء من خلال حياته أو بعد مماته يبدو أنه لا تكنسب بالتقادم ولا يجوز التصرف فيها ، وبالتالي تخرج عن دائرة التعامل²

المطلب الثاني : تقسيمات الحقوق اللصيقة بالشخصية

إن حصر- الحقوق اللصيقة بالشخصية ليس أمرا يسيرا وذلك نظرا لأن مقومات الشخصية الإنسانية ليست محصورة في الزمان وهي متغيرة بتغير وتحول المجتمع على هذا الأساس ، يمكن تقسيم القوى التي يتصل بالشخصية الإنسانية إلى ثلاثة أقسام تتضمن مختلف العناصر المكونة للشخصية في مظاهر المادية والمعنوية والفردية والاجتماعية ،

ونحاول التطرق إلى ذلك إتباعا:

أولا : الحقوق ذات الصلة بالشخصية الإنسانية :

وهذه الحقوق بدورها تنقسم إلى حقوق الشخصية المتنقلة بالكيان المادي للشخصية وحقوق الشخصية المتعلقة بالكيان المعنوي للشخصية .

1- حقوق الشخصية ذات الصلة بالكيان المادي :

وتشمل الحق في الحياة و الحق في سلامة البدن ، إن الحق في الحياة من الحقوق الأساسية التي مجدها معظم الشرائع السماوية ، ومنها الإسلام كما أن الدساتير والقوانين الأخرى منعت المساس بحق الإنسان في الحياة ، ومبدأ المشروعية في قانون العقوبات ، جرم فعل القتل أو إزهاق روح الإنسان³ ويمتد الأمر إلى حرمة المساس بسلامة البدن كأفعال الضرب والجرح والأذى التي تلحق بالإنسان والتعذيب إلى غير

¹ عار بوضيف ، المدخل الى العلوم القانونية ، النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري ، الطبعة الثانية ، دار الريحانة ، الجزائر ، 1999 ص 51 .

² احمد سي علي ، مدخل للعلوم القانونية ، النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القوانين الحديثة ، دارهومة للطباعة والنشر- والتوزيع ، الجزائر ، 2010 ، ص 240 .

³ ينظر في هذا الشأن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم ، ولا سيما المواد 254 الى 263 منه .

ذلك¹ بخصوص هذه النقطة الأخيرة هناك حالات يجوز فيها المساس بحرمة البدن بترخيص خاصة بالمريض نفسه (موافقته) كما في العمليات الجراحية وزرع الأعضاء البشرية ، بصفة عامة يمكن القول أن التقدم العلمي، أضفى نوع من المرونة على حرمة الجسد في المجال الطبي (كالتبرع بالأعضاء البشرية) شريطة عدم إلحاق الأذى بالشخص المتبرع والمتلقي ، كذلك الشأن بالنسبة لاعتبارات المحافظة على الصحة العامة قد يجبر الشخص على إجراء التحاليل اللازمة في الأمراض الوبائية أو المعدية وما تقتضيه من الفحوصات اللازمة كالكشف عن مرض الإيدز ، ومن الإيولا و حمى المستنقعات والتطعيم ضد بعض الأوبئة²

2- الحقوق الشخصية ذات الارتباط بالكيان المعنوي :

إن الشخصية الأدبية إن صحت التنمية تعني القيم المعنوية والتي تتطلب حمايتها وفق النصوص القانونية والأعراف الدولية وحقوق الإنسان ، ومنها حق الإنسان في صيانة شرفه وحماية أسراره الخاصة المتعلقة بحياته المهنية والعائلية والعاطفية ، وحمايته من الشتم والقذف .

ثانيا : الحقوق المتعلقة بالعناصر المميزة للشخصية :

ويدخل في نطاق هذه الحقوق ، حق الإنسان في احترام اسمه وصورته والتي نحاول التفصيل فيها :

الحق في الاسم :

لكل شخص الحق في اتخاذ اسم يميزه عن الآخرين ، ويمنع أي اعتداء عليه حسب النصوص القانونية الحامية له³.

الحق في الصورة :

فالصورة هي الشكل والتمثال ، وصورة الشيء ماهيته المجردة ، قال الله تعالى " الذي خلقك فسواك فعدلك في أي صورة ما شاء ركبك " الانفطار

والحق في الصورة فهو ذلك الاستثثار الذي ينتج للشخص مع غيره من أن يرسمه أو يلتقط صورة دون إذن منه صريح أو ضمني ، وما يستتبع ذلك من حقه في الاعتراض على نشر صورته على الجمهور فن التعريف السابق ، يتضح أن الحق في الصورة يتكون من عنصرين أساسيين هما :

- الاعتراض على قيام الغير بتصويره أو رسمه دون رضاه
- منع نشر الصورة إذا تم التقاطها أو الحصول عليها بأي طريقة¹

¹ محمد السعيد جعفر ، المرجع السابق ، ص 60 .

² محمد سعيد جعفر ، نفس المرجع ، ص 62

³ ينظر المادة 48 من القانون المدني الجزائري 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المعدل والمتمم .

الحق في الصوت :

يعتبر صوت الإنسان أحد المقدمات الأساسية للشخصية ، ويعتبر الصورة المسموعة للشخصية ، ف يمكن التعرف على الشخص بصوته ، ويمكن لأي شخص أن يمنع أي معتدي على تقليد صوته ، ويلحق ذلك ضرر بائع به ².

ثالثا : الحقوق المتعلقة بنشاط الشخصية

ويندرج تحت هذه الحقوق ما يندرج في إطار الحريات العامة ، ومنها حرية النشاط الفكري والروحي كحرية الرأي والمعتقد والتعبير إضافة إلى حرية النشاط المعنوي ومزاولة المهنة التي ترغب فيها الشخص وعي حقوق كما نعلم دستورية ، ولقد نص عليها الدستور الجزائري صراحة ³.

المبحث الثاني: الحماية القانونية للحقوق اللصيقة بالشخصية

وتتطرق في هذا المبحث إلى دراسة ما مدى الحماية القانونية التي وفرها المشرع الجزائري لمختلف الحقوق اللصيقة بالشخصية سواء تعلقت بالكيان المادي أو المعنوي ونبحث ذلك في مطلبين الحماية المدنية للحقوق اللصيقة بالشخصية في (المطلب الأول) ، الحماية الجنائية للحقوق اللصيقة بالشخصية في (المطلب الثاني)

المطلب الأول : الحماية المدنية للحقوق اللصيقة بالشخصية

إن القانون المدني وفر حماية كبيرة للحقوق اللصيقة بالشخصية وذلك بضمان التعويض عن الأضرار التي تلحق بالشخصية جراء الأضرار الحاصلة على شخصه سواء أكانت أضرار مادية أو معنوية ، وفي هذا السياق لقد حمى القانون المدني الحقوق اللصيقة بشخصية الإنسان من حيث الكيان المادي ⁴ حيث نصت المادة 47 من (ق م ج) لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء و التعويض كما يكون قد لحقه من ضرر " وهذه المادة جاءت عامة لتشمل كل اعتداء مادي أو معنوي على شخصية الإنسان، يعتبر اعتداء غير مشروع ويستلزم وقفة ، والتعويض عنه في حالة الضرر المبين وهذا يتماشى تماما لحماية الإنسان من كل الانتهاكات التي جاءت المواثيق الدولية كالخقوق في الحياة وسلامة البدن وحق الحرية والمعتقد والحق في الاسم والصوت والصورة ⁵ وهذا ما انعكس على القوانين الوطنية ، في مجال تعزيز الحماية القانونية للحقوق اللصيقة بالشخصية ، فإن وقع اعتداء

¹ فهد محسن الدجاني ، الطبيعة القانونية للحق في الصورة الشخصية وحمايته المدنية في القانون الكويتي ، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب ، الكويت ، العدد 56 ، ص 204 .

² محمد سعيد جعفر ، المرجع السابق ، ص 74 .

³ ينظر المادة 42 من التعديل الدستوري الجديد ، القانون رقم 10/16 المؤرخ في 2016/03/06 ج ر العدد 14 لسنة 2016

⁴ ينظر المادة 47 من القانون المدني (الأمر 58/75) المعدل والمتمم .

⁵ هاني سلمان ، الطعجات ، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ، دار الشروق للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن 2000 ، ص 118

على حق من الحقوق السابقة ، فإن المتضرر يستطيع طلب التعويض بالاستناد كما قلنا على نصوص القانون المدني ، فمثلا في القانون الجزائري لا يوجد ما يمنع تطبيق أحكام المادة 124 من (ق م ج) والتي تنص : كل فعل يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض فلا يوجد ما يمنع من تطبيق نص كهذه المادة من القضاء على الحقوق اللصيقة بالشخصية كما هو الشأن بتطبيقها في الحقوق المالية وفي تصورها أن الحماية المدنية للحقوق الشخصية ، قد تكون مقترنة بأفعال أو اعتداءات على هذه الحقوق ، فمثلا فالاعتداء على الحق في الصورة يستوجب وقف الاعتداء وتعويض الضحية ، وفقا لأحكام المادة 47 من (ق م ج) كما هو الشأن في بعض القوانين العربية ولا سيما القانون الكويتي الذي يستوجب التعويض عن الضرر اللاحق جراء الاعتداء على الصورة ، وفي هذه الحالة قد يأمر بوقف الاعتداء مع إعادة الحال إلى ما كان عليه¹ وعلى خلاف ذلك فإن القانون المصري لا يترك الحق في التعويض عن الأضرار اللاحقة بالحقوق اللصيقة بالشخصية إلى القواعد العامة ، وأوجب أن يكون التعويض على أساس قوانين خاصة ، وهذا لا يعني أن في الجزائر هناك فراغا تشريعا بخصوص الاعتداء على الحقوق اللصيقة بالشخصية فإنه يمكن ممارسة الدعوى المدنية وفقا للقواعد وفقا للقواعد العامة في المسؤولية ، أي بالاستناد على نص المادة 124 والمادة 47 من القانون المدني في تأسيس الدعوى وطلب التعويض مع إيقاف وقوع الضرر إن اقتضى الأمر².

إن التعويض عن الأضرار التي تمس الحقوق اللصيقة بالشخصية لا تقتصر فقط على الكيان المادي للشخصية وإنما تمتد كذلك التعويض الأذى اللاحق بالكيان المعنوي (الأدبي) ، ويشمل الضرر المعنوي حسب مدلول المادة 182 من (ق م ج) الحرية والشرف والسمعة ، وبالتالي أي ضرر يمس بسمعة الشخص وشرفه أو حرته يستوجب التعويض .

المطلب الثاني: الحماية الجنائية للحقوق اللصيقة بالشخصية

زيادة على الحماية المدنية ، أولى المشرع الجزائري حماية جنائية خاصة للحقوق اللصيقة بالشخصية لاسيما في حالة التعدي على الحريات الفردية والرشف واعتبار الأشخاص أو على حياتهم بالتهديد أو الخطف أو التعذيب أو التسميم أو القتل أو الضرب والجرح وغيرها من الأفعال الإجرامية التي تمس الحقوق الأساسية للشخص الطبيعي³ ولعل هذا الأساس استوجب القانون معاقبة كل الأفعال الماسة بكيان الإنسان كجرائم القتل أو الضرب والتعذيب أو الماسة بكرامته الإنسانية وطبق عليها أشد العقوبات في القانون الجنائي .

¹ فهد محسن الدجاني ، المرجع السابق ، ص 217 .

² ينظر المواد 124/ 124/ 47 مكرر من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم .

³ ينظر المواد 107 / 296 / 284 / 293 / 262/260 / 254 من الأمر رقم 66 / 156 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم .

فلقد نصت المواد 264 / 276 من ق ع على المعاقبة على كل ما من شأنه إلحاق الأذى بجسم الإنسان كأفعال الجرح والضرب وأعمال العنف العمدية والتعذيب¹

في هذا السياق لقد شدد المشرع الجزائري على تطبيق أقصى- العقوبات على الجرائم الماسة بالكيان المادي للشخصية الإنسانية ، ومن بعض العقوبات المقررة لبعض الجرائم ، نخص بالذكر ما جاء الذكر 262 من ق ع " يعاقب باعتباره قاتلا كل مجرم ممّا كان وصفه استعمل التعذيب أو ارتكب أفعالا وحشية لارتكاب الجريمة " وباعتبار أن الحق في الحياة مقدس شرعا وقانونا فلقد أوجب المشرع تطبيق أقصى العقوبة عليه ، والتي قد تصل إلى حد الإعدام ، وهناك تسلسل في العقوبات عن الجرائم الماسة بكيان الشخصية حسب طبيعة الأفعال المجرمة² .

وفي بعض الأحيان قد يترتب عن الأفعال الإجرامية الماسة بالكيان المادي والمعنوي للشخصية الإنسانية عقوبات جزائية ومدنية في آن واحد .

فالعقوبات الجزائية غايتها الجزر أما التعويض المقرر في المجال المدني فغايتها جبر الضرر والتعويض أما عن طريق تقدير مالي أو إعادة الحالة إلى ما كانت الحالة إلى ما كانت عليه ، كوقف الاعتداء على الملكية الفكرية للإنسان .

خاتمة:

نستنتج من الدراسة التي قمنا بها أن معظم الدساتير والقوانين الوطنية في دول العالم أولت أهمية جد بالغة للحقوق اللصيقة بالشخصية الإنسانية سواء كانت حقوق تتعلق بالكيان المادي الشخصي- كالحق في الحياة وسلامة الجسم أو حقوق تتعلق بالكيان المعنوي للشخصية كالحق في الاسم والصورة والصوت والحق في الحرية والمعتقد، فإن كل هذه الحقوق لها حماية منقطعة النظير في إطار التفويض القانونية المدنية منها والجنائية بالرغم من أن التقدم العلمي الحاصل حد من بعض هذه الحقوق إلا أنه لم يعد لها وأضحت حقوقا مشروعة لا يجوز التخلي عنها أو الحد منها إلا في حالات جد خاصة وبترخيص من الشخص نفسه لاعتبارات طبية أو علمية ، كالفحص الطبي عن الأمراض الماسة بالكيان المادي ، التي تجبرها القوانين الطبية ، أو التنازل عن بعض الحقوق المعنوية ، كالحق في استعمال الصورة مثلا إلا أنه اتضح أن بعض الحقوق تعد مطلقة للإنسان ولا يجوز التنازل عنها أبدا كالحق في الحياة وصيانة شرف الإنسان وسمعته بالرغم من أن بعض الدول تستن قوانين منافية للأخلاق والقيم الدينية كالسباح بتوافر المثليين وهذه ليست حقوقا وإنما خرقا للذات البشرية وخروجها عن القيم الدينية والأخلاقية .

¹ ينظر المواد 264/276 من الأمر المتعلق بقانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم .

² فعلى سبيل المثال ما نصت عليه المادة 296 من قانون العقوبات في تعريف جريمة القذف والمادة 284 من قانون العقوبات التي تنص على عقوبة جريمة القتل والمادة 260 والتي تنص على القتل بالتسميم إلى ما إلى ذلك من العقوبات .

قائمة المراجع:

- ¹ - محمد سعيد جعفرور ، مدخل لدراسة العلوم القانونية ، الجزء الثاني ، دروس في نظرية الحق ، الطبعة الأولى ، دار هومة ، الجزائر ، 2011 ، ص 54 .
- لقد تطرق المشرع الدستوري في الجزائر إلى مسألة الحقوق العامة والحريات في المواد 38 ، 40، 41، 42 ، 46 من القانون رقم 16 / 10 المؤرخ في 2016/03/06 المتضمن التعديل الدستوري ، ج ر العدد 14 لسنة 2016 .
- ² - محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر 1985 ، ص 18
- ³ - محمد سعيد جعفرور ، مدخل إلى العلوم القانونية ، المرجع السابق ، ص 55 .
- ⁴ - نفس المرجع ، ص 55
- ⁵ - عمار بوضياف ، المدخل إلى العلوم القانونية ، النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري ، الطبعة الثانية ، دار الريحانة ، الجزائر ، 1999 ص 51 .
- احمد سي علي ، مدخل للعلوم القانونية ، النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القوانين الحديثة ، دار هومة للطباعة والنشر- والتوزيع ، الجزائر 2010 ، ص 240 ر .
- ⁶ - ينظر في هذا الشأن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم ، ولاسيما المواد 254 إلى 263 منه .
- ⁷ - محمد السعيد جعفرور ، المرجع السابق ، ص 60 .
- محمد سعيد جعفرور ، نفس المرجع ، ص 62
- ⁸ - ينظر المادة 48 من القانون المدني الجزائري 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المعدل والمتمم .
- فهيّد محسن الديحاني ، الطبيعة القانونية للحق في الصورة الشخصية وحايته المدنية في القانون الكويتي ، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب ، الكويت ، العدد 56 ، ص 204 .
- ⁹ - محمد سعيد جعفرور ، المرجع السابق ، ص 74 .
- ¹⁰ - ينظر المادة 42 من التعديل الدستوري الجديد ، القانون رقم 10/16 المؤرخ في 2016/03/06 ج ر العدد 14 لسنة 2016
- ¹¹ - ينظر المادة 47 من القانون المدني (الأمر 58/75) المعدل والمتمم .
- ¹² - هاني سلمان ، الطعيات ، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ، دار الشروق للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن 2000 ، ص 118
- ¹³ - فهيّد محسن الديحاني ، المرجع السابق ، ص 217 .
- ¹⁴ - ينظر المواد 124/ 124/47 مكرر من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم .
- ¹⁵ - ينظر المواد 107 / 296 / 284 / 293 / 262/260 / 254 / من الأمر رقم 66 / 156 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم .¹
- ينظر المواد 264/276 من الأمر المتعلق بقانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم .
- ¹⁷ - فعلى سبيل المثال ما نصت عليه المادة 296 من قانون العقوبات في تعريف جريمة التذف والمادة 284 من قانون العقوبات التي تنص على عقوبة جريمة القتل والمادة 260 والتي تنص على القتل بالتسميم إلى ما إلى ذلك من العقوبات .

حالات تكفل صندوق ضمان السيارات بتعويض ضحايا حوادث المرور وفقاً للتشريع الجزائري*

د/ يامة إبراهيم أستاذ محاضر قسم "أ" - جامعة احمد دراية بادرار

تسيية عمر - طالب دكتوراه - جامعة احمد دراية بادرار

الملخص:

يعالج هذا المقال موضوع حول صندوق ضمان السيارات الذي استحدثه المشرع الجزائري بعد التزايد الكبير لحوادث المرور، والارتفاع الرهيب للضحايا التي ترتبها، وما ترتب عن ذلك من بقاء أغلب هؤلاء دون حصولهم على تعويضات تجبر الأضرار التي تصيبهم جراء هذه الحوادث لأسباب مختلفة.

ومن ثمة فإن الهدف من استحداث هذا الصندوق هو التكفل بتعويض ضحايا حوادث السيارات في الحالات التي لا يمكنهم الحصول على التعويض من المسؤول عن الحادث أو المؤمن لسبب من الأسباب المحددة في القانون، بحيث يضمن لهم هذا الصندوق مبلغ التعويض المحدد في قانون إلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض.

فمن خلال هذا الدراسة سيتم التطرق إلى تنظيم صندوق ضمان السيارات، وإلى حصر الحالات القانونية التي يتدخل فيها لتعويض ضحايا حوادث المرور في الجزائر.

الكلمات المفتاحية: صندوق ضمان السيارات، التأمين، التعويض، حوادث المرور.

Abstract:

This article deals with the subject of the car insurance fund developed by the Algerian legislature after the huge increase of traffic accidents, and the terrible increase of road casualties most of whom do not get compensation for the damages caused by these accidents for various reasons.

Hence, the goal of the creation of this fund is to provide for compensation for victims of car accidents in cases where they cannot get compensation from the responsible for the accident or the insured for one of the reasons specified in the law, so as to ensure them, through this fund, the amount of compensation stated in the car insurance law and compensationsystem.

This study sheds light on the way to regulate car insurance fund, and to specify the legal cases in which it intervenes to compensate victims of road accidents in Algeria.

Key words: car insurance fund, insurance, compensation road accidents.

* تاريخ إيداع المقال: 2017/01/30

تاريخ تحكيم المقال: 2017 /02/07

المقدمة:

الأصل في نظام التأمين الإلزامي على السيارات أنه في حالة وقوع حادث مرور، فإن الضحايا التي يربتها، أو ذوي حقوقهم، يتحصلون على التعويض عن الأضرار اللاحقة بهم من قبل المؤمن. غير أنه هناك حالات أين يتعذر عليهم ذلك، لأسباب عدة، كأن يكون المسؤول عن الحادث مجهولاً، أو يكون معروفاً إلا أنه لم يكتب عقد التأمين. لذلك وحماية لضحايا حوادث المرور، وتمكينهم من الحصول على التعويضات، ألقت الدولة إلزاماً على عاتقها يكمن في تعويضهم، و ذلك من خلال إنشاء صندوق ضمان السيارات كهيئة ذات شخصية معنوية تتمتع بنظام خاص، يتولى تعويض الأضرار الجسدية التي تصيب ضحايا حوادث السيارات أو ذوي حقوقهم، في حالات محددة، ووفقاً لشروط معينة.

وانطلاقاً مما سبق نحاول في هذه الورقة العلمية التعريف بهذا الصندوق، و على الحالات التي يتولى فيها تعويض ضحايا حوادث السير، و ذلك من خلال بحثين، نتناول في المبحث الأول مفهوم صندوق ضمان السيارات، و في المبحث الثاني حالات تعويض صندوق ضمان السيارات ضحايا حوادث المرور.

ولمعالجة هذا الموضوع استعملنا المنهج الوصفي والتحليلي مقسمين الدراسة إلى بحثين تناولنا في المبحث الأول تنظيم الصندوق، وخصصنا المبحث الثاني لحالات تعويض ضحايا حوادث المرور من طرف هذا الصندوق.

المبحث الأول: مفهوم صندوق ضمان السيارات

تتأول في هذا المبحث الأول تعريف صندوق ضمان السيارات ونشأته، وهدف المشرع الجزائري من استحداث هذا الصندوق الخاص بتعويض ضحايا حوادث المرور رغم إقراره للإلزامية التأمين على السيارات كيفما كان نوعها أو من يمتلكها.

المطلب الأول: تعريف صندوق ضمان السيارات

لم يعرف المشرع الجزائري صندوق ضمان السيارات لا في الأمر 74-15 المؤرخ في 30 يناير 1974 المتعلقين بقواعد سير الصندوق الخاص بالتعويضات والأجهزة الضابطة لتدخله¹، ولا في المرسوم 80-37 المؤرخ في 17 فبراير 1980 المتضمن شروط تطبيق المادتين 32 و34 من الأمر رقم 74-15 المتعلقين بقواعد سير الصندوق الخاص بالتعويضات والأجهزة الضابطة لتدخله² غير أنه وبالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 04-103 المؤرخ في 05 أبريل 2004 المتضمن إنشاء صندوق ضمان السيارات ويحدد قانونه الأساسي³ يمكن أن يُستشف من المواد الأولى والثانية والرابعة منه التعريف التالي: أنه مؤسسة عمومية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، يوضع تحت وصاية الوزير المكلف بالمالية، يتولى مهمة تعويض ضحايا حوادث الجسدية أو ذوي حقوقهم في

1- الجريدة الرسمية رقم 15 الصادرة بتاريخ 19-02-1974.

2 - الجريدة الرسمية رقم 08 الصادرة بتاريخ 19-02-1980.

3- الجريدة الرسمية رقم 21 الصادرة بتاريخ 07-04-2004.

حالة بقاء المسؤول عن الأضرار مجهولا، أو سقط عنه الضمان، أو كانت تغطيته غير كافية، أو غير مؤمن، أو معسرا.¹

المطلب الثاني: نشأة صندوق ضمان السيارات

تم إنشاء هذا الصندوق بموجب المادة 70 من الأمر رقم 69-07 المؤرخ في 31-12-1969 المتضمن قانون المالية لسنة 1970، واصطلح عليه اسم الصندوق الخاص بالتعويضات²، وفي سنة 1974 أعيد تنظيمه، وذلك بموجب الأمر 74-15 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار³ الذي تناوله بشيء من التفصيل في المواد من 24 إلى 34. ثم حدد المرسوم 80-37 المذكور أعلاه كيفية تسييره، وأضاف القانون 88-31 المعدل والمتمم للأمر رقم 74-15 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار⁴، بعض العناصر المتعلقة بتحويله في باب الإيرادات. وأخيرا صدر المرسوم التنفيذي رقم 04-103 المشار إليه أعلاه، والذي تضمن قانونه الأساسي وأجهزة تسييره، وبموجبه تم إعادة تسميته لصندوق ضمان السيارات.⁵

المطلب الثالث: الهدف من إنشاء صندوق ضمان السيارات.

إن الهدف الأساسي والرئيسي- من إنشاء صندوق ضمان السيارات هو حماية المضرورين من حوادث السيارات أو ذوي حقوقهم، وذلك بتكليفهم من الحصول على التعويض عما أصابهم من ضرر. بحيث عندما لا يتسنى لهم اقتناء التعويض من قبل المؤمن أو المسؤول عن الحادث عن طريق أعمال نظام التأمين الإلزامي، بسبب بقاء المتسبب في الحادث مجهول، أو أنه معروف إلا أنه هرب، أو أنه لم يكتب في نظام التأمين الإجباري، أو أنه اكتتب إلا أن مبلغ التأمين غير كاف، أو أنه في حالة إعسار، فإن المضرورين لا يجدوا أمامهم مخرج، إلا اللجوء إلى الصندوق باعتباره الملجأ الأخير الذي يسعف المضرورين بجبر ما أصابهم من ضرر.⁶

1- أنظر المواد الأولى والثانية والرابعة من المرسوم التنفيذي رقم 04-103 المؤرخ في 05-04-2004 المتضمن إنشاء صندوق ضمان السيارات ويحدد قانونه الأساسي الجريدة الرسمية رقم 21 الصادرة بتاريخ 07-04-2004.

2- انظر الأمر رقم 69-07 المؤرخ في 31-12-1969 المتضمن قانون المالية لسنة 1970، الجريدة الرسمية العدد 110، الصادرة بتاريخ 31-12-1969

3- الجريدة الرسمية رقم 15 الصادرة بتاريخ 19-02-1974.

4- الجريدة الرسمية رقم 29 الصادرة بتاريخ 20-07-1988.

5- بن قارة بوجمعة، النظام القانوني للمسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث المرور في الجزائر، محاضرات أقيمت على الطلبة القضاة، الدورة 19، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، أكتوبر 2008، ص 26.

6- محمد نصر الدين منصور، ضمان تعويض المضرورين بين قواعد المسؤولية الفردية واعتبارات التضامن الاجتماعي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، سنة 2001، ص 266-267.

وبذلك فإن هذا الصندوق يلعب دور احتياطي وتكميلي لنظام التأمين الإجباري، لكونه يتدخل لسد ثغراته والنقائص التي تتخلله، بتعويضه الضحايا أو ذويهم في الحالات التي يعجز هذا النظام على ذلك.¹

المبحث الثاني: حالات تعويض صندوق ضمان السيارات ضحايا حوادث المرور.

لقد حدد الأمر 15-74 السالف ذكره الحالات التي يتكفل فيها صندوق ضمان السيارات بدفع التعويضات لضحايا حوادث المرور أو ذوي حقوقهم في المادتين 09 و 24 منه، و التي يمكن حصرها في المطالب التالية:

المطلب الأول: بقاء المسؤول عن الحادث مجهولا.

من بين الحالات التي يتدخل فيها صندوق ضمان السيارات، ويتكفل بتعويض المضررين أو ذوي حقوقهم، حالة بقاء المتسبب في الحادث غير معروف، وهذه الحالة كثيرة الوقوع في الحياة العملية، إذ أنه كثيرا ما يتسبب شخص في حادث مرور، ثم يهرب من أجل التملص من المسؤولية المدنية والجزائية الناتجة عن هذا الحادث، ولا يتمكن رجال الأمن من معرفته، وبالتالي يبقى المضرور أو ذوي حقوقه من دون الحصول على التعويض من الشخص المسؤول عن الحادث أو مؤمن السيارة التي سبب بها الحادث، ومن ثم يتكفل صندوق ضمان السيارات بالتعويض.²

المطلب الثاني: انعدام التأمين

نكون أمام حالة انعدام التأمين؛ إما في حالة انعدام عقد التأمين أصلا، بحيث لم يكتب مالك المركبة تأمين عن مركبته وقت الحادث. وإما في حالة الاستثناء من الضمان، بحيث أنه يوجد أصلا عقد التأمين، إلا أن الضرر الحاصل جراء الحادث مستبعد من مجال تغطية عقد التأمين.

ونظرا للإشكالات التي يثيرها الاستثناء من الضمان، والصعوبات التي تعترضه بالمقارنة مع حالة انعدام عقد التأمين سوف يتم تناوله بنوع من التفصيل.

الفرع الأول. تعريف الاستثناء من الضمان.

يقصد بالاستثناء من الضمان؛ استبعاد بعد الأضرار أو المخاطر من التأمين، بحيث لا يشملها نطاق الضمان، وتصبح غير مؤمن منها³، ويكون ذلك إما بنص قانوني، أو باتفاق طرفي العقد في حدود ما يسمح به القانون.

1- سعد واصف، شرح قانون التأمين الإجباري من المسؤولية عن حوادث السيارات، مع دراسة لنظام صندوق الضمان (دراسة مقارنة)، المطبعة العالمية، القاهرة، سنة 1962-1963، ص 208.

2- أبو زيد عبد الباقي مصطفى، التأمين من المسؤولية المدنية عن حوادث السير، دراسة مقارنة بين النظامين المصري والفرنسي، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 1970، ص 158.

3- عبد الرزاق أحمد السنبوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، عقود الغرر، عقود المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة الجديدة، سنة 2000، ص 1330. أنظر في تعريف الاستبعاد الاتفاق من

الفرع الثاني: حالات الاستثناء من الضمان

تتمثل حالات الاستثناء من الضمان المنصوص عليها قانوناً:

أولاً: الاستثناء الاتفاقي من الضمان

و يقصد بالاستثناء الاتفاقي للضمان اتجاه إرادة المتعاقدين إلى استبعاد بعض الأضرار، أو المخاطر من الضمان، بحيث لو تقع فيما بعد لا يلتزم المؤمن بتغطيتها، كونها خارجة عن مجال التأمين.¹

و لكي يرتب الاستثناء الاتفاقي للضمان آثاره لابد من توافر بعض الشروط و التي تتمثل في:

أ. يجب أن يكون الاستثناء بموجب شرط خاص.

ب. يجب أن يكون الاستثناء واضحاً.

ج. يجب أن يكون الاستثناء قطعياً.

د. يجب أن يكون الاستثناء محددًا.

ثانياً: الاستثناء القانوني من الضمان

يقصد بالاستثناء القانوني من الضمان استبعاد بعض المخاطر والأضرار من نطاق التأمين بموجب نصوص قانونية خاصة. ولقد نص قانون إلزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض عن الأضرار على بعض الأضرار التي تستثنى من الضمان، كما ميز في هذا الصدد بين الأضرار المستثناة بقوة القانون، والتي لا يشملها الضمان بتاتا، حتى ولو وجد اتفاق خاص حولها، والأضرار التي لا يشملها الضمان إلا باتفاق خاص بشأنها.

(1) الأضرار المستثناة من الضمان بقوة القانون.

والتي تتمثل في:

أ. الأضرار التي يتسبب فيها المؤمن له عمداً.

ب. الأضرار الناتجة عن الانفجارات وانبعثات الحرارة والاشعاعات.

ج. الأضرار التي تسببها المركبات المقنطرة من سائق غير بالغ السن القانونية أو غير حامل الوثائق اللازمة للقيادة.

(2) الأضرار التي لا يشملها الضمان إلا باتفاق خاص.

والتي تتمثل في:

الضمان؛ أشرف جابر سيد، الاستبعاد الاتفاقي من الضمان في عقد التأمين دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، سنة 2006، ص 11 إلى 15.

1- أبو زيد عبد الباقي مصطفى، المرجع السابق، ص 322.

- أ. الأضرار الحاصلة خلال الاختبارات أو السباقات أو المنافسات أو تجاربها.
- ب. الأضرار الناتجة عن نقل المواد سريعة الالتهاب أو المتفجرة.
- ج. الأضرار التي تقع على البضائع والأشياء التي تنقلها المركبة المؤمن عليها.
- د. الأضرار الناتجة عن عمليات شحن وتفريغ المركبة المؤمن عليها.
- هـ. الأضرار التي تصيب المباني أو الأشياء أو الحيوانات المكثرة للمؤمن له أو السائق أو المعهودة إليها بأية صفة كانت.

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى أن المشرع قد ألزم المؤمن له في جميع حالات الاستثناء من الضمان أن يكتب عقد تأمين، وفقاً لما هو منصوص عليه في الأحكام القانونية والتنظيمية، وهذا يُستشف بنصه في الفقرة الأخيرة من المادة 04 من المرسوم رقم 34-80، المذكور أعلاه، على أن الاستثناءات من الضمان لا تُغني المؤمن له عن توقيع ضمان إلزامي آخر وفقاً للنصوص القانونية والتنظيمية السارية المفعول¹. وهذا حرصاً منه على حماية المضرور، وضمان حصوله على تعويض عن مثل هذه الأضرار.

الفرع الثالث: الآثار المترتبة عن الحالات المستثناة من الضمان

ينتج عن الاستثناء من الضمان، سواء كان قانوني أو اتفاقي، حالة عدم التأمين، بحيث يصبح الخطر المُستثنى من الضمان غير مؤمن منه، إذ أنه لا يكون للمؤمن له أي حق في الضمان بالنسبة للخطر، أو الضرر الناتج عن الحادث، وبالنسبة لا يمكنه أن يطالب المؤمن بتعويضه الضرر الذي يلحقه جراء تحقق الخطر المؤمن منه، كون أن عقد التأمين لا يترتب آثاره في هذه الحالة، ومن ثم ليس للمؤمن أي التزام اتجاه المؤمن له².

وهذه الآثار لا تسري فقط في مواجهة المؤمن له، بل حتى في مواجهة المضرور، بحيث لا يلتزم المؤمن بتغطية الخطر المستبعد من الضمان اتجاه المضرور، ولا يمكن لهذا الأخير أن يطالب المؤمن بتعويضه عن الضرر اللاحق به نتيجة تحقق هذا الخطر³. وذلك لكون أن الضرر اللاحق به لا يغطيه عقد التأمين، وأن هذه الحالة، وحالة انعدام عقد التأمين سيان. ولهذا وصفت الآثار المترتبة عن الحالات المستثناة من الضمان بالخطيرة.

1- أنظر الفقرة الأخيرة من المادة 04 من المرسوم رقم 34-80 المؤرخ في 16-02-1980 المتضمن تحديد شروط تطبيق المادة 07 من الأمر رقم 74-

15 المؤرخ في 30-01-1974 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض عن الأضرار، سابق الإشارة إليه.

2- عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص 1330.

3- أشرف جابر سيد، المرجع السابق، ص 29.

غير أن ذلك ليس من النظام العام، بحيث أنه يجوز للمؤمن أن لا يتمسك بحقه، ويتولى تغطية الخطر المستبعد من الضمان، وذلك بتنازله عن أعمال هذه الآثار. والتنازل قد يكون صريحا؛ وقد يكون ضمنيا كأن يدفع مبلغ التأمين إلى المؤمن له¹⁴، أو يدفع التعويض للمضرور.

ومتى توفرت حالة من الحالات المستثناة من الضمان، فإن صندوق ضمان السيارات هو من يتولى تعويض المضرورين أو ذوي حقوقهم، ذلك لكون أنهم يتعذر عليهم الحصول على التعويض من عند المؤمن لأن الضمان منعدم في هذه الحالات. وهذا ما يحقق حماية كبيرة لهم، وحصانة ضد الحالات المستثناة من الضمان، لأن لو لا تدخل هذا الصندوق لتعويضهم لفقدوا حقوقهم لأسباب لا يد لهم فيها.

غير أن صندوق ضمان السيارات لا يتكفل بتعويض المضرورين في جميع الحالات المستثناة من الضمان، بل هناك حالات لا يلتزم فيها بالتعويض وفقا لما نصت عليه المادتين 06 و 07 من المرسوم رقم 80-37 السالف الذكر. و التي تتمثل في:

- (1)- الأضرار التي تصيب مسيبتها إذا تسبب فيها عن قصد.
- (2)- الأضرار الناتجة عن الانفجارات وانبعثات الحرارة والاشعاعات.
- (3)- الأضرار التي تصيب سائق غير بالغ السن القانونية أو غير حامل الوثائق اللازمة للقيادة.²

المطلب الثالث: سقوط الحق في الضمان.

قبل التطرق إلى حالات سقوط الحق في الضمان طبقا لما اقره المشرع الجزائري لابد من تجديد المقصود بسقوط الحق في الضمان وعلى هذا الأساس سيتم التطرق في هذا المطلب إلى تعريف سقوط الحق في الضمان ثم إلى حالات سقوط الحق في الضمان.

الفرع الأول. تعريف سقوط الحق في الضمان.

يُعرف سقوط الحق في الضمان بأنه دفع، أو وسيلة يسمح للمؤمن أن يمتنع عن تنفيذ التزامه بالضمان -حتى ولو تحقق الخطر المؤمن منه- بسبب عدم تنفيذ المؤمن له لأحد الالتزامات التي يفرضها عليه عقد التأمين أو القانون³. وبالتالي فهو جزاء على عدم وفاء المؤمن له بالتزاماته العقدية أو القانونية.⁴

1- أشرف جابر سيد، المرجع نفسه، ص 29.

2- بن عبيدة عبد الحفيظ، إلزامية تأمين السيارات ونظام تعويض الأضرار الناشئة عن حوادث المرور في التشريع الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، سنة 2002، ص 59.

3- محمد شكري سرور، سقوط الحق في الضمان دراسة في عقد التأمين البري، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة 1979-1980، ص 22.

4- راشد راشد، التأمينات البرية الخاصة في ضوء قانون التأمين الجزائري المؤرخ في 09 أوت 1980، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1992، ص 70.

الفرع الثاني: حالات سقوط حق المؤمن له في الضمان.

قد ينص القانون صراحة على حالات معينة يسقط فيها حق المؤمن له في الضمان، ويكون حينئذ السقوط قانوني، كما أنه وإلى جانب ذلك، يمكن للمتعاقد أن يتفق صراحة في عقد التأمين على حالات أخرى يسقط فيها حق المؤمن له في الضمان والآثار المترتبة عن سقوط الحق في الضمان.

أولاً: السقوط القانوني للحق في الضمان.

السقوط القانوني للحق في الضمان هو ذلك الجزء الذي يترتب على مخالفة التزام يفرضه القانون على المؤمن له¹. إذ أنه هناك حالات نص عليها المشرع تؤدي إلى سقوط حق المؤمن له في الضمان، وهذا ما نصت عليه المادة 05 من المرسوم رقم 34-80 السالف الذكر. و تتمثل هذه الحالات في:

- (1). قيادة المركبة في حالة سكر أو تحت تأثير الكحول أو المخدرات أو المنومات المحظورة.
- (2). نقل أشخاص بعوض بدون ترخيص قانوني مسبق.
- (3). نقل الأشخاص أو الأشياء وقت الحادث بصورة غير مطابقة لشروط المحافظة على الأمان.²

ثانياً: السقوط الاتفاقي للحق في الضمان.

السقوط الاتفاقي هو نص المتعاقدين في عقد التأمين على بعض الالتزامات التي يجب على المؤمن له أن يلتزم بها، بحيث متى أحل المؤمن له يترتب عن ذلك سقوط حقه في الضمان، وهذا وفقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين³، كما أنه قد يفرض القانون على المؤمن له بعض الالتزامات، دون أن ينص على الجزاء المترتب على مخالفتها، ومن ثم يمكن للمتعاقد أن يتفق على جعل سقوط الحق في الضمان جزاء للإخلال بهذه الالتزامات⁴ وفي كلتا الحالتين يعتبر السقوط اتفاقي لكون أن مصدره إرادة المتعاقدين.

و لصحة السقوط الاتفاقي للضمان لابد من توافر جملة من الشروط و التي تتمثل في:

- أ. وجود شرط خاص بالسقوط.
- ب. يجب أن يكون شرط السقوط واضحاً.
- ج. ألا يكون شرط السقوط بسبب مخالفة القوانين واللوائح إلا إذا كانت المخالفة تشكل جناية أو جنحة عمدية.

1- محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص30.

2- أنظر المادة 05 من المرسوم رقم 34-80 المؤرخ في 16-02-1980 المتضمن تحديد شروط تطبيق المادة 07 من الأمر رقم 15-74 المؤرخ في 30-01-1974 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض عن الأضرار، سابق الإشارة إليه.

3- محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص81.

4- كيحل كمال، مدى سلطان الإرادة اتجاه إسقاط الحق في الضمان في قانون التأمين الجزائري، مجلة الحقيقة، تصدر عن جامعة أدرار، العدد 08، ماي 2006، ص95.

د. ألا يكون شرط السقوط بسبب التأخر في إعلان الحادث المؤمن منه للسلطات.

ه. ألا يكون شرط شرط السقوط بسبب التأخر في تقديم المستندات.

د. ألا يكون شرط السقوط بسبب مخالفة التزام ليس له أثر في وقوع الحادث.

الفرع الثالث: الآثار المترتبة عن سقوط الحق في الضمان

أولاً: آثار السقوط في العلاقة بين المؤمن والمؤمن له.

يترتب على سقوط الحق في الضمان سقوط حق المؤمن له في مبلغ التأمين، بحيث يفقد حقه في التعويض عن الضرر اللاحق به نتيجة وقوع الحادث المؤمن عليه.¹

غير أنه ووفقاً للفقرة الأخيرة من المادة 05 من المرسوم رقم 34-80 المذكور أعلاه فإن آثار سقوط الحق في الضمان لا تسري على ذوي حقوق السائق الذي يُحكم عليه وقت الحادث بقيادة المركبة وهو في حالة سكر، أو تحت تأثير الكحول، أو المخدرات، أو المنومات المحظورة، وذوي حقوق السائق أو المالك الذي ينقل وقت الحادث أشخاص بعوض، وبدون رخصة مسبقة، كما لا تسري على الأشخاص الذين يعيلونهم في حالة العجز الدائم الذي يزيد عن 66%.²

غير أن ذلك لا يؤدي إلى بطلان عقد التأمين، بل يبقى ساري المفعول بالنسبة للماضي والمستقبل، فبالنسبة للماضي؛ تبقى الأقساط التي دفعها المؤمن له للمؤمن، وتلك التي استُحققت، ولم تدفع بعد من حق المؤمن، وللمؤمن له أن يطلب مبلغ الضمان عن جميع الحوادث المؤمن منها، والتي وقعت في الماضي، ما عدا الحادث الذي سقط حقه فيه. وبالنسبة إلى المستقبل؛ يكون المؤمن دائناً بالأقساط التي لم يحل أجلها بعد، والمقابلة للمدة المتبقية من العقد، ويكون للمؤمن له حق طلب التعويض عن جميع الحوادث التي تقع في المستقبل، إلا إذا سقط حقه مرة أخرى بسبب مخالفة جديدة يجازيها السقوط.³

ثانياً: آثار السقوط بالنسبة للمضروب

حتى ولو تحقق سقوط حق المؤمن له في الضمان، فإن آثاره لا تسري على المضروب، وبالتالي لا يمكن للمؤمن أن يدفع اتجاه المضروب من الحادث بهذا السقوط.⁴

1- راشد راشد، المرجع السابق، ص 77. أنظر أيضاً؛ فايز أحمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 73.

2- أنظر الفقرة الأخيرة من المادة 05 من المرسوم رقم 34-80 المؤرخ في 16-02-1980 المتضمن تحديد شروط تطبيق المادة 07 من الأمر رقم 74-

15 المؤرخ في 30-01-1974 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار، سابق الإشارة إليه.

3- عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص 1329-1330.

4- محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص 72.

وبناء على ذلك وضع المشرع الجزائري نص خاص في قانون إلزامية التأمين على السيارات حظر من خلاله على المؤمن التمسك بسقوط حق المؤمن له في الضمان في مواجهة المضرورين من حوادث المرور أو ذوي حقوقهم، وهذا في نص المادة 05 من المرسوم رقم 34-80 السالف الذكر في فقرتها الأخيرة.¹

وبالمقابل ولحماية المؤمن، فإنه يمكنه أن يرجع على المؤمن له بما أداه للمضرور من تعويض، ويتم ذلك بموجب الحلول محل المؤمن له طبقاً للمادة 261 من القانون المدني، لأن المؤمن له يصبح المسؤول الوحيد عن الضرر اللاحق بالمضرور، ويكون بذلك المتحمل النهائي للتعويض، ويكون التزام المؤمن بتعويض المضرور فقط لحماية المضرور، وضمان حصوله على تعويض عما أصابه من ضرر²، ذلك باعتبار أن المؤمن غالباً يكون ملئاً بالذمة.³

تبعاً للهدف الذي جاء من أجله قانون إلزامية التأمين على السيارات، والمتمثل في حماية ضحايا حوادث السيارات، فإنه قد وضع حصانة لهم ضد الآثار المترتبة عن سقوط حق المؤمن له في الضمان، وذلك من خلال إقراره بتدخل صندوق ضمان السيارات لتكفله بتعويضهم في مثل هذه الحالة. وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 24 من الأمر رقم 15-74 المذكورة أعلاه، والتي جاء فيها أنه يكلف صندوق ضمان السيارات بتحمل كل أو جزء من التعويضات المقررة لضحايا الحوادث الجسائية أو ذوي حقوقهم في حالة سقوط الحق في الضمان.⁴

و في حالة سقوط حق المؤمن له في الضمان، فالأصل أن المؤمن ملزم بدفع التعويضات المستحقة للضحايا أو ذوي حقوقهم، وفي حالة امتناعه عن ذلك، فإن صندوق ضمان السيارات يتدخل ويتكفل بتعويضهم. وفي هذه الحالة يمكن للصندوق أن يرجع على المؤمن لاستيفاء ما دفعه للضحايا أو ذوي حقوقهم، ذلك وفقاً للقواعد العامة للحلول المنصوص عليه في المادة 261 من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر، لأن المؤمن هو المكلف بدفع هذه التعويضات.⁵

المطلب الرابع: عدم كفاية الضمان

من الحالات أيضاً التي يتكفل فيها صندوق ضمان السيارات بدفع التعويضات للمصابين من حوادث السيارات أو لذوي حقوقهم، حالة عدم كفاية الضمان، وفقاً لما هو وارد في المادة 24 من الأمر رقم 15-74 السالفة الذكر.⁶

1- أنظر الفقرة الأخيرة من المادة 05 من المرسوم رقم 34-80 المؤرخ في 16-02-1980 المتضمن تحديد شروط تطبيق المادة 07 من الأمر رقم 74-15 المؤرخ في 30-01-1974 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض عن الأضرار، سابق الإشارة إليه.
2- كيل كمال، مدى سلطان الإرادة اتجاه إسقاط الحق في الضمان في قانون التأمين الجزائري، مجلة الحقيقة، تصدر عن جامعة أدرار، العدد 08، ماي 2006 ص 116.

3- أنظر المادة 261 من القانون المدني الجزائري

4- أنظر المادة 24 من الأمر رقم 15-74 المؤرخ في 30-01-1974 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض عن الأضرار، المعدل والمتمم، سابق الإشارة إليه.

5- وكما سبق بيانه، فإنه يمكن للمؤمن إذا ما دفع التعويضات للضحايا أو ذوي حقوقهم أن يرجع على المؤمن له لاستيفاء ما دفعه لهم منه تعويض.

6- أنظر المادة 24 من الأمر رقم 15-74 المؤرخ في 30-01-1974 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض عن الأضرار، المعدل والمتمم.

وتتوفر هذه الحالة في حالة وجود عقد التأمين ساري المفعول، إلا أن مبلغ التأمين غير كاف لتغطية الأضرار التي لحقت بالضحية أو ذوي حقوقه جراء حادث المرور. وعدم كفاية الضمان قد يكون سببه أن مبلغ التأمين المتفق عليه في وثيقة التأمين غير كاف لجبر ما لحق المضرور أو ذويه من ضرر¹، وقد يكون بسبب طارئ ما يطرأ على عقد التأمين، فيجعل الضمان غير كاف، كأن يحتاج المؤمن على المضرور ببعض الدفع التي يجوز له التمسك بها في مواجهته، والتي من شأنها أن تجعل الضمان غير كاف لتغطية الأضرار التي تصيب هذا الأخير أو ذويه².

المطلب الخامس: عسر المؤمن

في حالة ما إذا كان المسؤول عن الحادث غير قادر على دفع كل أو جزء التعويضات المستحقة للضحايا أو ذوي حقوقهم بسبب عسره، فإن صندوق ضمان السيارات يتكفل بهذا التعويضات، كما هو منصوص عليه في المادة 24 من الأمر رقم 15-74 المذكورة أعلاه³.

ومن الناحية العملية، فإن هذه الحالة نادرة الوقوع، ذلك لكون أن شركات التأمين تتميز في الغالب بمليء الزمة، وأن الدولة تحرص على مثل هذه الشركات من حيث إدارتها، تمويلها واستثماراتها، وتبذل جهد كبير لمنع وقوعها في حالات الاعسار. إلا أن ذلك ليس من المستحيل، إذ يمكن أن يقع المؤمن في حالة الإفلاس، أو التصفية، وبالتالي تعجز على الوفاء بالتزامها بالتعويض⁴.

والجدير بالذكر، أنه ومن أجل حصول الضحايا أو ذوي حقوقهم على التعويضات من صندوق ضمان السيارات في مثل هذه الحالة، يجب عليهم أولاً إثبات عسر- المؤمن، ومن ثم مطالبة الصندوق بالتعويضات، ويكون ذلك بإثباتهم أنهم أخطروا المؤمن بالدفع، وإثباتهم رفضه بالوفاء أو بقاء الإخطار بدون نتيجة خلال أجل شهر واحد من تاريخ التبليغ، وهذا ما نصت عليه الفقرة 03 من المادة 30 من الأمر 15-74 المذكور

1- سعد واصف، شرح قانون التأمين الإجباري من المسؤولية عن حوادث السيارات، مع دراسة لنظام صندوق الضمان (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 214.

2- أبو زيد عبد الباقي مصطفى، المرجع السابق، ص 160.

3- أنظر المادة 24 من الأمر رقم 15-74 المؤرخ في 30-01-1974 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض عن الأضرار، المعدل والمتمم، سابق الإشارة إليه.

4- أبو زيد عبد الباقي مصطفى، المرجع السابق، ص 160.

أعلاه.¹ وهذا ما استقرت عليه أيضا المحكمة العليا الجزائرية في عدة قراراتها، كالقرار رقم 540961 المؤرخ في 18-03-2010.

خاتمة:

وفي الختام نستخلص أن الدولة أولت اهتماما كبيرا بحوادث المرور، بحيث أنها جعلتها خطرا اجتماعيا، يتكفل به المجتمع برمته، وذلك من خلال إلزامها بتعويض الأضرار الجسدية التي تصيب ضحايا هذه الحوادث، بواسطة صندوق ضمان السيارات الذي أنشئته خصيصا لتعويضهم في الحالات التي يتعذر عليهم حصولهم على تعويض من المؤمن أو المسؤول عن الحادث، سعيا منها لحمايتهم، لاسيما أمام تزايد حوادث المرور في بلادنا، وبقاء العديد من الضحايا دون حصولهم على تعويض.

و يمكن القول أن التزام الدولة بتعويض ضحايا حوادث السير له أهمية كبيرة، لكون أن هؤلاء يحتاجون إلى حماية كبيرة وفعالة، و من الضروري جبر الأضرار التي تصيبهم جراء هذه الحوادث، إذ أن تدخل الدولة في ذلك يشكل أكبر حماية، و أهم ضمانة لهؤلاء الضحايا.

غير أنه من الناحية العلمية ونظرا لمركزية هذا الصندوق على مستوى العاصمة فضلا عن الإجراءات المقعدة لحصول ضحايا حوادث المرور عن التعويضات المستحقة لهم وفقا للحالات التي نص عليها المشرع في مختلف النصوص القانونية ذات الصلة، جعل عدد من المتضررين على يحصلون على تعويضاتهم المستحقة أو يتخلون عنها بسبب تعقد وطول إجراءات الحصول عليها.

لذلك فإننا ندعو المشرع الجزائري لإعادة النظر في مختلف النصوص القانونية الخاصة بصندوق ضمان تعويض حوادث السيارات وتبسيط إجراءات حصول المتضررين للتعويضات فضلا عن ضرورة تقريبه من المتضررين من حوادث المرور.

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: الكتب و المذكرات و المقالات:

- 1- أشرف جابر سيد، الاستبعاد الاتفاقي من الضمان في عقد التأمين دراسة مقارنة بين القانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، سنة 2006.
- 2- أبو زيد عبد الباقي مصطفى، التأمين من المسؤولية المدنية عن حوادث السير، دراسة مقارنة بين النظامين المصري والفرنسي، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 1970.

1- أنظر الفقرة 03 من المادة 30 من الأمر رقم 15-74 المؤرخ في 30-01-1974 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض عن الأضرار، المعدل والمتمم، سابق الإشارة إليه.

2- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 540961، بتاريخ 18-03-2010، قضية (صندوق ضمان السيارات)، ضد (ت.ه) و(ب.ج)، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، سنة 2010، ص 142.

3- مجلة المحكمة العليا، العدد 01، سنة 2010.

- 3- بن عبدة عبد الحفيظ، إلزامية تأمين السيارات ونظام تعويض الأضرار الناشئة عن حوادث المرور في التشريع الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، سنة 2002.
- 4- محمد نصر الدين منصور، ضمان تعويض المضررين بين قواعد المسؤولية الفردية واعتبارات التضامن الاجتماعي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، سنة 2001.
- 5 محمد شكري سرور، سقوط الحق في الضمان دراسة في عقد التأمين البري، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة 1979-1980.
- 6- محمد السعيد رشدي، حالات رجوع المؤمن على المؤمن له في المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات (دراسة في القانون الكويتي والقانون المقارن)، مجلة المحامي، جمعية المحامين الكويتية، العدد 11، السنة 21، يناير / فبراير / مارس 1997.
- 7- سعد واصف، شرح قانون التأمين الإجباري من المسؤولية عن حوادث السيارات، مع دراسة لنظام صندوق الضمان (دراسة مقارنة)، المطبعة العالمية، القاهرة، سنة 1962-1963.
- 8- عبد الرزاق أحمد السنبهري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، عقود الغرر، عقود المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة الجديدة، سنة 2000.
- 9- راشد راشد، التأمينات البرية الخاصة في ضوء قانون التأمين الجزائري المؤرخ في 09 أوت 1980، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1992.
- 10- كحل كمال، مدى سلطان الإرادة اتجاه إسقاط الحق في الضمان في قانون التأمين الجزائري، مجلة الحقيقة، تصدر عن جامعة أدرار، العدد 08، ماي 2006.

ثانيا: النصوص القانونية:

- 1- الأمر رقم 69-07 المؤرخ في 31-12-1969 المتضمن قانون المالية لسنة 1970، (المنشور في ج.ر.ج.د.ش لسنة 1969، سنة 06، العدد 110، المنشورة بتاريخ 31-12-1969).
- 3- الأمر رقم 74-15 المؤرخ في 30-01-1974 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض عن الأضرار (المنشور في ج.ر.ج.د.ش لسنة 1974، سنة 11، العدد 15، المنشورة بتاريخ 19-02-1974، صفحة 230)، المعدل والمتمم، بالقانون رقم 88-31 المؤرخ في 19-07-1988، (المنشور في ج.ر.ج.د.ش لسنة 1988، سنة 25، العدد 29، المنشور بتاريخ 20-07-1988).
- 4- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26-09-1975 المتضمن القانون المدني، (المنشور في ج.ر.ج.د.ش لسنة 1975، سنة 12، العدد 78، المنشورة بتاريخ 30-09-1975، صفحة 990)، المعدل والمتمم، آخر تعديل كان بموجب القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، (المنشور في ج.ر.ج.د.ش لسنة 2007، سنة 44، العدد 31، المنشور بتاريخ 13-05-2007).
- 5- المرسوم رقم 80-34 المؤرخ في 16-02-1980 المتضمن تحديد شروط تطبيق المادة 07 من الأمر رقم 74-15 المؤرخ في 30-01-1974 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض عن الأضرار، (المنشور في ج.ر.ج.د.ش لسنة 1980، سنة 17، العدد 08، المنشورة بتاريخ 19-02-1980).
- 6- المرسوم رقم 80-37 المؤرخ في 16-02-1980 المتضمن شروط تطبيق المادتين 32-هـ و 34 من الأمر رقم 74-15 المؤرخ في 30-01-1974 المؤرخ في 30-01-1974 المتعلقين بقواعد سير الصندوق الخاص بالتعويضات والأجهزة الضابطة لتدخله، (المنشور في ج.ر.ج.د.ش لسنة 1980، سنة 17، العدد 08، المنشورة بتاريخ 19-02-1980).

7- المرسوم التنفيذي رقم 103-04 المؤرخ في 05-04-2004 المتضمن إنشاء صندوق ضمان السيارات ويحدد قانونه الأساسي،
(المنشور في ج.ر.ج.د.ش لسنة 2004، السنة 41، العدد 21، المنشورة بتاريخ 07-04-2004.

ثالثا: الاجتهادات القضائية:

1- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 540961، بتاريخ 18-03-2010، قضية (صندوق ضمان السيارات)، ضد (ت.هـ)
و(ب.ح)، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، سنة 2010.

عبء الإثبات في قضايا الأحوال الشخصية*
د. نوزاد عباس أحمد- جامعة تكريت- العراق

ملخص :

بعد إقامة الدليل أساساً للإثبات الصحيح ، وإلا ضاع الحق من صاحبه كون القانون ألقى عبء الإثبات على الخصم الذي يلتزم بتكليف الخصم الآخر به ، من هنا يعد هذا الأخير تكليف ثقيل وخير وسيلة لإظهار الحق ، ففي نطاق الأحوال الشخصية يعد من الموضوعات الأساسية وأكثرها تطبيقاً وترتيباً للأثار.

Résumé :

La mise en place du guide constitue le fondement de la preuve correcte, ou le fait que la loi a perdu le fardeau de la preuve de l'opposant qui est obligé d'assigner l'autre adversaire, C'est pourquoi ce dernier est un mandat lourd et la meilleure façon de montrer le droit, dans le champ d'application du statut personnel est l'un des principaux sujets, la plus appliquée et un arrangement des effets.

المقدمة:

ان تحديد ومعرفة أي من الخصمين ، هو الذي يكلف ويحمل عب الإثبات بداءه مسألة في غاية الأهمية ، لان إلقاء عب الإثبات بصورة خاطئة على غير المكلف به قد يؤدي الى عجزه عن إقامة الدليل ، لا لسبب أن الحق ليس في جانبه ، بل لان أدواته العامة النافعة تعوزه ، فلا يهتدي إليها ، أو لا يوفق في كيفية أدائها ، بل وقد يكون الحق مترواحاً متأرجحاً غير مستقر الحال بين الطرفين المتداعيين فلا يتمكن أي منها أن يثبتته أو ينفيه ، لذا فتكليف إحداها بالإثبات معنى ذلك الحكم عليه أو على خصمه ، وبعبارة أكثر وضوحاً أن الحق قد يضيع من صاحبه لا لشيء إلا لأن القانون قد ألقى عب الإثبات على خصم حيث كان بالإمكان أو يجب تكليف الخصم الآخر به .

ولذا سمي واجب الإثبات (عبئاً) لانه تكليف ثقيل ، إذ البدء بالإثبات معناه المباداه بالهجوم وفي هذا الميدان مخاطرة ومغامرة ، والبادئ فيه كثيراً ما يخونه السلاح لعب فيه من غير حاجة الى مقاومة خصمه أو دفاعه ، وإذا كان إلقاء عب الإثبات في موضعه هو خير وسيلة لإظهار الحق فلا شك ان الحق قد يلحقه ضرر جسيم وكبير إذا جعل عبء الإثبات في غير موضعه.

* تاريخ إيداع المقال: 2016/09/08

تاريخ تحكيم المقال: 2016 /09/11

من الموضوعات الاساسية في نطاق الاحوال الشخصية (حقوق الاسرة)، و التي تكون مجالاً لتطبيق الكثير من الآثار هي مواضيع المهر و الزواج و النفقة و الطلاق ، ولذا فنحن هنا في هذا البحث نحاول أن نسلط الضوء على عبء اثبات في كل منها في مطلب مستقل .

المطلب الأول : عبء اثبات عقد الزواج

الزواج هو ميثاق ترابط و تماسك و مودة شرعي، يجمع بين رجل و امرأة، على وجه الدوام و البقاء، غايته الستر و العفاف، مع تكثير ابناء الأمة، بأنشاء أسرة تحت رعاية الزوج، على أسس من الاستقرار، تكفل للمتعاقدین تحمل اعبائها بطمأنينة و سلامة وود واحترام⁽¹⁾، او هو حل استمتاع الرجل بالمرأة لم يمنعه من عقد الزواج مانع شرعي، بعد ان كان ذلك محرماً عليهما قبل العقد⁽²⁾.

اما المادة (3) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل، فقد عرف عقد الزواج بأنه: (عقد بين رجل و امرأة تحل له شرعاً غايته انشاء رابطة للحياة المشتركة و النسل). لعقد الزواج كما في غيره من العقود الاخرى، اركان و شروط يجب توافرها لكي يكون موجوداً، حيث يعتبر هذه الازكان و الشروط من مستلزمات العقد لا يقوم من دونها اذا اختل ركن منها، اصبح العقد غير قائم اصلاً و تعيين الحكم بطلانه، فان من اركان عقد الزواج الاهلية في المتعاقدين حتى يكون الرضا في عقد الزواج صحيحاً بتوافق ارادتين، ارادة رجل و امرأة، و الركن الاخر المحل، الذي يتطلب فيه عدم وجود مانع شرعي او قانوني يمنع من تحقيقه، و اخيراً ضرورة ان يكون سبب العقد المحدد في ثنائياً تعريف عقد الزواج مشروعاً يعبر عن نية صادقة سامية معلومة تعلو بمكانة ارتباط الرجل بالمرأة نحو هدف نبيل⁽³⁾. ان تسجيل عقد الزواج في المحكمة الشرعية المختصة هو للاثبات و ضمان الحقوق، و لكنه ليس ركناً للعقد و شرطاً فيه، لكن لوثيقة الزواج الصادرة وفق اصولها قوة في الاثبات لكونها ورقة رسمية حجتها في الاثبات حجية مطلقة ما لم يطعن فيها بالتزوير، و لهذا تعتبر وثيقة عقد الزواج، باعتبارها ورقة رسمية، حجة على طرفيها، و حجة على الغير، و حجة بما احتوته من بيانات، تعتبر حجة على طرفيها فلا يجوز لاحد المتعاقدين ان يطعن فيها الا عن طريق الطعن بالتزوير⁽⁴⁾، فاذا ادعت امرأة بانها زوجة رجل معين، و انكر الرجل ذلك، فابرزت المرأة وثيقة الزواج، صادرة وفق اصولها، فتعتبر زوجة ذلك الرجل، و لا يطلب منها اقامة البيئة على ذلك ما لم يبادر الرجل فيطعن بوثيقة الزواج هذه بالتزوير⁽⁵⁾.

(1) د. صلاح الدين الناهي، الاسرة والمرأة، شركة الطبع والنشر الاهلية ذات المسؤولية المحدودة، بغداد، 1377هـ، 1958م، ص21.

(2) محسن ناجي، شرح قانون الاحوال الشخصية، ط1، مطبعة الرابطة، بغداد 1962، ص127.

(3) علي محمد ابراهيم الكرباسي، شرح قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل مطبعة بغداد، شارع المتنبي، ص16.

(4) د. احمد الكبيسي، الوجيز في شرح الاحوال الشخصية وتعديلاته، ط، بغداد، 1990، ص57.

(5) محسن ناجي، شرح قانون الاحوال الشخصية، ص196؛ انور العمروسي، اصول المرافعات الشرعية في مسائل الاحوال الشخصية، ط2، شركة الاسكندرية للطباعة والنشر، 1964، ص292.

ان اثبات الزواج يكون بكل وسائل الاثبات، حيث يمكن اعتماد البيئة الخطية و البيئة الشخصية و بيئة الاقرار و غيرها من البيئات او الادلة المستخدمة لاثبات واقعة زواج صحيحة، ترتب في لحظة من اللحظات نشوئها انكارها من احد طرفيها، مما تطلب الامر اثبات صحة الواقعة و ليس هنالك سبيل الا ادلة الاثبات، ان اثبات عقد الزواج، بالمفهوم الحالي يعني اثباته امام القضاء، بالطرق التي حددها القانون، على وجود عقد الزواج⁽¹⁾.

اذا اختلف الزوجان في الخلوة كان القول للزوج و البيئة على الزوجة، واذا اصررت الزوجة على ان القول لها و عليه البيئة بعد تكليفها بالاثبات تعتبر عاجزة عن الاثبات⁽²⁾.

ان المقتضى على محكمة الموضوع ان تكلف وكيل الميزة (المدعية) باثبات كون موكلته لم تقبض مهرها المعجل عند زواجها من المميز عليه بجميع طرق الاثبات المقررة قانونا ما دام عقد زواجها عرفا و لم ينظم به مستند كتابي وان عجز عن اثبات ذلك تمنحه حق توجيه اليمين الحاسمة الى المدعي عليه عملا بحكم المادة (118) من قانون الاثبات⁽³⁾، ان المدعي عليه المميز اقر بزواجه من المميز عليها (المدعية) و الدخول⁽⁴⁾، لا يعتبر عقد الزواج ما لم يجر تسجيله في المحكمة المختصة بعد حضور الطرفين المتعاقدين او من ينوب عنها لاثبات هذا العقد⁽⁵⁾، ان الرسمية في تسجيل عقد الزواج هي الضمان في الاثبات، لغرض حمايته من التلاعب و ضمان اثباته عند الحجود و الانكار⁽⁶⁾ ان اثبات عقد الزواج يمكن اثباته امام المحكمة الشرعية بالبيئة الشخصية⁽⁷⁾، وثيقة عقد الزواج المبرزة في دعوى نفقة الزوجية كافية لاثبات الزوجية و لا مجال لتكليف اثبات الزوجة دعواها بالبيئة الشخصية، لانه يكفي بعد ثبوت الزوجية بتحليفها اليمين الشرعية عملا بالنصوص الفقهية و بما جاء في المادة (60) من قانون حقوق العائلة لسنة 1951⁽⁸⁾.

اذا كانت البيئة الشخصية غير كافية لاثبات عقد الزواج و غير كافية لاثبات المعاشرة الزوجية فأن المدعية تعتبر عاجزة عن الاثبات و يتعين منحها حق تحليف خصمها اليمين⁽⁹⁾، ولا يجوز اعتماد الشهادة الواحدة لاثبات

(1) محمد محي الدين عبد الحميد، الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية، ط2، م. السعادة، مصر 1958، ص 117.

(2) انور العمروسي، اصول المرافعات الشرعية في مسائل الاحوال الشخصية، ص 393.

(3) رقم القرار 6520/ش، 2002، ت 4357 في 20/2/2002 غير منشور.

(4) رقم الاضبارة 1448/ش/2002 ت 4307 في 18/8/2002 غير منشور.

(5) مجلس شورى الدولة (ديوان التدوين القانوني) رقم القرار 1974/95 في 5/5/1974، مجلة العدالة لسنة 1974، ص 470.

(6) مجلس شورى الدولة (ديوان التدوين القانوني) رقم القرار 10/53 في 25/4/1965، مجلة ديوان التدوين القانوني سنة 1965، ص 65.

(7) محكمة تمييز العراق رقم القرار 1692/ش/1974 في 17/12/1974 النشرة القضائية عدد (4) لسنة 1974.

(8) قرار محكمة الاستئناف الشرعية الاردنية رقم 1845 في 16/10/1975، المبادئ القضائية التي استقرت عليها اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية في المملكة الاردنية الهاشمية من 1/7/1973 الى 30/6/1983، المجموعة الثانية، اعداد محمد حمزة العربي، دار الفرقان للنشر والتوزيع، عمان- الاردن.

(9) رقم القرار 12/موسعة/84/85 في 29/8/1984، ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز - قسم الاحوال الشخصية، مطبعة اسعد، بغداد، 1989، ص 163.

الزوجية و تخليف الزوجة اليمين المتممة لتعلق ذلك بالحل والحرمة⁽¹⁾، لا يجوز رد دعوى المدعية بثبوت الزوجية، اذا دفعت بأن المدعي عليه عقد عليها عقدا شرعيا، بعد طلاقها الخلعي منه، و لها بينة شخصية على ذلك، و انما يلزم الامر الاستماع الى البينة المذكورة، فان عجزت عن الاثبات، فلها حق تخليف المدعي عليه اليمين الحاسمة بهذا الخصوص⁽²⁾.

ان خلاصة القول توضح امكانية اثبات عقد الزواج بالادلة المتاحة شرعاً و قانوناً، اذا لم يقر الزوج الزوجية لينهي بإقراره الاستمرار في اجراءات الدعوى، تطلب الامر من الزوجة المدعية البحث عن وسيلة اخرى لاثبات صحة ادعائها لكونها هي المكلفة باثبات ذلك، فاذا لم تكن لديها بينة خطية كافية لاثبات ما تدعيه، امكن لجوؤها الى البينة الشخصية، و اذا تعذر عليها و عجزت عن اثبات ذلك بقى امامها اللجوء الى اليمين الحاسمة بعد اذن المحكمة الشرعية؛ لان اليمين الحاسمة وسيلة اثبات لا يجوز اللجوء اليها الا عند الانكار. ان اثبات حصول الحلوة الصحيحة التي تكون من اثارها استحقاق الزوجة كامل مهرها، او وجود رابطة زوجية بين رجل وامرأة، يتطلب من الزوجة المدعية ضرورة اثبات ذلك، لانها هي المدعية التي تتحمل عبء اثبات ادعائها.

المطلب الثاني: عبء اثبات المهر

المهر يعرف بانه اسم المال الذي تستحقه المرأة، اما بعقد النكاح، سواء بالتسمية او بالعقد، و اما بالدخول في عقد فاسد او بشبهة، و للمهر اساء منها الصداق، و النحلة، و الأجر⁽³⁾، و المهر اثر من اثار العقد الصحيح، و يعتبر واجب في ذمة الزوج، و الزوجة تتصرف فيه كيف ما تشاء، لانه اثر مهم من اثار عقد الزواج المالية، يرتبه العقد للزوجة على زوجها، فالمهر اذن حكم من احكام العقد، و ليس ركنا فيه و لا شرطاً من شروط صحته، و نوعا المهر هما، المهر المسمى المعين مقداره، و مهر المثل اذا لم يعين مقدار المهر في عقد الزواج، او في اتفاق لاحق⁽⁴⁾.

و لما كان المهر حكماً من احكام عقد الزواج المترتبة عليه بعد انعقاده، فانه لا يجب على الزوج الوفاء به حين العقد، بل يجوز تعجيله او تأجيله كلا او بعضا، و تراعى بصدد الوفاء به جميع الشروط التي ينص عليها القانون، او يتفق عليها العاقدان، على ان تكون غير مخالفة للقانون⁽⁵⁾.

وعن اثبات عدم دفع المهر المعجل او المؤجل او كليهما يقع على الزوجة المدعية، و ينتقل عبء الأثبات الى الزوج اذا ابدى دفعا بدفع المهر للزوجة، حيث يتطلب الامر هنا منه اثبات واقعة الدفع، و يمكن اثبات ذلك بطرق الاثبات كافة وان زادت قيمة المهر على النصاب القانوني الذي حدده القانون لتحريره في مستند كتابي،

(1) رقم القرار 2577/ش/84/85 في 15/5/1985، ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية، قسم الاحوال الشخصية، ص163.

(2) رقم القرار 2287/ش/84/85 في 25/2/1985، ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية، ص141.

(3) د. ابراهيم عبد الهادي احمد النجار، حقوق المرأة في الشريعة الاسلامية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 1996، ص91.

(4) علي الكرياسي، شرح قانون الاحوال الشخصية، ص37.

(5) محسن ناجي، شرح قانون الاحوال الشخصية، ص22.

اذا تعذر الحصول على ذلك لوجود مانع مادي او ادبي⁽¹⁾، و اذا عجزت الزوجة عن اقامة البيئة، كان القول قول الزوج، مع توجيه اليمين الحاسمة اليه، بطلب المدعية التي قد يكون لها الاثر النهائي لحسم موضوع الدعوى⁽²⁾. ان المدعي عليه (المميز) اصبح عاجز عن اثبات تسديدة المهر المؤجل، فمنحته المحكمة حق تحليف المدعية المميز عليها (زوجته) اليمين الحاسمة فرفض ذلك، فحسر ما توجهت به اليمين⁽³⁾، ان عقد الزواج يشير الى ان الزوجة قبضت مقدم مهرها المعجل فكان على محكمة الموضوع بعد ان انكرت ذلك ان تكلفها لتقديم دليل كتابي صادر عن الزوج يؤيد عدم استلامها لمقدم مهرها صادر بعد عقد الزواج و في حالة عدم وجود الدليل الكتابي فان المدعية تعتبر عاجزة عن الاثبات و منحها حق توجيه اليمين الحاسمة الى المدعي عليه بانها لم تكن كاذبة باقرارها باستلام مقدم مهرها⁽⁴⁾، اذا دفع المدعي عليه بدفع المهر، تطلب الامر منه اثبات ذلك لانتقال عبء الاثبات بعد التحول من مبدأ الدفاع الى الهجوم⁽⁵⁾ اذا انكرت الزوجة قبضها ببقية صداقها المعجل و قامت البيئة على دفع الصداق لوالد الزوجة فيجب اعتبار الزوج عاجزا عن اثبات تسديد باقي الصداق و منحه حق تحليف الزوجة اليمين على عدم تسلمها ببقية الصداق لا مباشرة و لا بالواسطة⁽⁶⁾، اذا ادعت الزوجة حال قيام الزوجية بأن مهرها المؤجل الذي تطلب الحكم به يزيد على ما دون في الورقة العادية فلها ان تثبت ادعائها بالبيئة الشخصية⁽⁷⁾.

المطلب الثالث : عبء اثبات نفقة الزوجة

النفقة هي تكليف مالي واجب عن الزوج لزوجته لقاء احتباسها له حقيقة او حكماً، و تتحقق نفقة الزوجة اذا توافر شرطان هما: ان يكون هناك عقد زواج صحيح و ان يحتبس الزوج زوجته حقيقة او حكماً⁽⁸⁾، لكن من مسقطات نفقة الزوجة اذا تركت دار الزوجية بلا اذن و بغير وجه شرعي، او حبست عن جريمة او دين، او اذا امتنعت عن السفر مع زوجها من دون عذر شرعي⁽⁹⁾، ان نفقة الزوجة تشمل الطعام و الكسوة و السكن

(1) د. احمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية وتعديلاته، ص 88.

(2) د. محمود السراوي، شرح قانون الاحوال الشخصية الاردني، القسم الاول، عقد الزواج وآثاره، ط2، دار الفكر للطباعة والنشر- والتوزيع، عمان، الاردن، 1996، ص 195.

(3) رقم الاضبارة 1560/ش/2002 ت 4371 في 2002/8/2 غير منشور.

(4) رقم الاضبارة 1419/ش/2002 ت 4279 في 2002/8/17 غير منشور.

(5) قرار محكمة الاستئناف الاردنية رقم 18645 في 1975/10/16، المبادئ القضائية التي استقرت عليها محكمة الاستئناف الاردنية.

(6) قرار محكمة تمييز العراق رقم 199/ هيئة عامة ثانية/ 1975 في 1976/1/17، مجلة الاحكام العدلية العدد (1) 1976، ص 90.

(7) قرار محكمة تمييز العراق رقم 1491/ مواد شخصية/ 1978 في 1978/8/15 مجلة الاحكام العدلية العدد (3) لسنة 1978، ص 72.

(8) م (23) قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل؛ علي الكرياسي، شرح قانون الاحوال الشخصية، ص 51.

(9) م (25) فق (1) قانون الاحوال الشخصية العراقي؛ د. احمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية وتعديلاته، ص 238.

و لوازمها و اجرة التطبيب و العلاج بالقدر المعروف و خدمة الزوجة التي يكون لا مثالها معين، و يعتمد في تقدير قيمة النفقة للزوجة على زوجها بحسب حالتها يسرا و عسرا⁽¹⁾.

اما بخصوص عبء الاثبات في اسباب استحقاق او سقوط النفقة الزوجية. عبء الاثبات عندما تكون المطالبة عن نفقة ماضية متراكمة. ان النفقة الزوجية واجبه على الزوج من حين العقد الصحيح، فلا تكلف الزوجة باثبات تحقق ما تراكم منها بذمة الزوج عن مده ماضيه، و لا يطلب منها اثبات ذلك، فالاصل هو استحقاقها للنفقة، و لا يكلف مدعي الاصل اثباته، فاذا دفع الزوج عدم استحقاق زوجته للنفقة بسبب من اسباب سقوطها، كان ذلك ادعاء خلاف الاصل، و كلف الزوج الاثبات⁽²⁾. فلو ان امرأة رفعت على زوجها دعوى تطالب نفقتها لمدة سنتين، و لم يبد الزوج دفعا من الدفع التي فيما لو ثبتت تؤدي الى سقوط نفقتها، اعتبرت الزوجة مستحقة لها، و حكمت المحكمة لها بالنفقة. اما اذا ادعى الزوج بانه كان ينفق على زوجته او ان زوجته لا تستحق النفقة بسبب امتناعها عن الانتقال لبيتها، او تركها بيت الزوجية من دون عذر او لاي سبب من اسباب سقوط النفقة، كلف هو الاثبات، فأثبت ذلك، كانت الزوجة غير مستحقة لنفقتها الماضية، و ان عجز عن الاثبات، حكمت المحكمة لها بالنفقة، ويجوز ان تكلف الزوجة بالاثبات، فيما لو ادعت خلاف ما اثبتته الزوج، فمثلا اذا اثبت الزوج، ان زوجته لم تنتقل الى بيت الزوجية بالرغم من طلبه منها الانتقال اليه، فادعت الزوجة، انها لم تنتقل الى بيت الزوجية، بسبب عدم قيام الزوج بأداء مهرها المعجل، كلفت هي بالاثبات، فأثبتت ذلك حكمت لها بالنفقة بالرغم من امتناعها عن الانتقال الى بيت الزوجية، و ان عجزت ردت دعواها⁽³⁾.

اما بخصوص عبء الاثبات عندما تكون المطالبة عن نفقة مستمرة، يقضي بها من تاريخ المطالبة بها، فعندما ترفع الزوجة دعواها طالبة من المحكمة المختصة الحكم لها بالنفقة، اما ان يقبل الزوج على فرض النفقة لزوجته، فتقوم المحكمة الشرعية المختصة بتحديد مقدارها مع فرضها و تنتهي الدعوى، و اما ان يدي استعداده لتبئية البيت المناسب لحالتها المالية⁽⁴⁾. وفي حالة قيام الزوج بتبئية البيت تنتهي الدعوى، و ان امتنعت الزوجة لسبب من الاسباب الشرعية التي تعطيها الحق في الامتناع عن الانتقال لبيتها الذي هيأه الزوج، كلفت عندها الزوجة باثبات هذا السبب، فأثبتته حكمت المحكمة لها بالنفقة، و ان عجزت عن اثباته ردت دعواها، و يجوز للزوج في حالة اثبات زوجته السبب الذي دفعها للامتناع من الانتقال للبيت الشرعي الذي قام الزوج بتبئيته، ان يثبت عكس ما ادعته الزوجة، فأثبت ذلك، و بقيت الزوجة متمتعة عن الموافقة

(1) م (24) فق (12)؛ م (27) قانون الاحوال الشخصية العراقي؛ محسن ناجي، شرح قانون الاحوال الشخصية، ص 238؛ د. ابراهيم عبد الهادي احمد النجار، حقوق المرأة في الشريعة الاسلامية، ص 106.

(2) علي الكرباسي، المصدر السابق، ص 51.

(3) محسن ناجي، المصدر السابق، ص 245؛ انور العمروسي، المصدر السابق، ص 276؛ محمد محي الدين عبد الحميد، المصدر السابق، ص 219.

(4) محسن ناجي، المصدر السابق، ص 246؛ علي الكرباسي، المصدر السابق، ص 51.

ردت دعواها، و حكم بنشوزها. على المحكمة ان تتحقق من يسار المدعي عليه قبل فرض النفقة عليه بأثر رجعي ، اذا ظهر من وقائع الدعوى ان المحكمة اغفلت مراعاة المادة (118) من قانون الاثبات، باعتبار ان المدعية (المميزه) عاجزة عن اثبات بقية المصاريف التي تطالب بها و منحها حق تحليف المميز عليه (المدعي عليه) اليمين الحاسمة، مما اخل بصحة الحكم الصادر منها لذا قرر نقضه و اعادة الاضبارة الى محكمتها للسير فيها وفق الاصول⁽¹⁾، تبين ان الحكم الصادر من المحكمة الشرعية المختصة صحيح و موافق لاحكام الشرع و القانون حيث استتمت المحكمة الى بينة الطرفين و رجحت بينة المميز عليها (المدعية الزوجة) على بينة المميز عليه (المدعي عليه الزوج) بما لها من سلطة تقديرية في تقدير الشهادة من الناحيتين الموضوعية و الشخصية وفق المادة (82) من قانون الاثبات رقم 107 لسنة 1979، و ركنت الى ثلاثة خبراء و جاء تقديرهم للنفقة مناسباً و الحالة الاجتماعية و الاقتصادية في الوقت الحاضر و قرر تصديقه⁽²⁾. ان نفقة الزوجة على زوجها تشمل اجور التطبيب و ان المدعية قدمت بينة تحريرية تؤيد صرفها المبالغ المطالب بها لاجراء العملية الجراحية في العين و قد جاء تقدير الخبراء مؤيد لاستحقاق المدعية للمبلغ المطالب به⁽³⁾.

اذا عجزت الزوجة المدعية عن اثبات موارد المدعي عليه فلا يصار الى رد الدعوى كما قضت المحكمة بل يصار الى تقدير نفقة الاعسار من قبل المحكمة، مما يستوجب ذلك نقض الحكم الصادر بهذا الخصوص⁽⁴⁾ لكي يتسنى لمحكمة الموضوع اصدار حكمها بالتفريق بسبب عدم الاتفاق ضرورة تكليف المدعية اثبات كون المدعي عليه لم يقم بالاتفاق عليها خلال مدة الاحمال المبتدئة من تاريخ تبليغ المدعي عليه في 7، 6، 1970 بكتاها المرقم 70/249 والمورخ 10، 5، 1970، و كان الى المحكمة ان تكلف المدعية باقامة البينة ترك المدعية من دون نفقة خلال المدة المذكورة و لا تكتفي بقول المدعية، و لهذا قرر نقض الحكم المذكور لصدوره خلاف الاصل⁽⁵⁾، اذا ادعى الزوج ان زوجته هي التي تركت دار الزوجية فعليه كلفة اثبات ذلك باعتبار ان الاصل وجوب النفقة للزوجة على الزوج من تاريخ العقد الصحيح، و ذلك من يدعي عدم الوجوب و هو خلاف الاصل عليه اثبات سبب عدم وجوبها ببينة⁽⁶⁾.

(1) جمهورية السودان مآ/أ س ش 1987/2 في 1988/1/3 مجلة الفقه والقضاء تصدرها الامانة العامة لجامعة الدول العربية العدد (11) لسنة (1992)، ص 107.

(2) رقم الاضبارة 1359/ش/2002 ت 4238 في 2002/1/15 غير منشور.

(3) رقم الاضبارة 1405/ش/2002 ت 4268 في 2002/8/17 غير منشور.

(4) رقم الاضبارة 1784/ش/2002 ت 4800 في 2002/5/14 غير منشور.

(5) قرار محكمة تمييز العراق رقم 2805/2651/ش/1970 في 1970/12/23 النشرة القضائية العدد (4) لسنة 1971 ص 22.

(6) قرار محكمة تمييز العراق رقم 1310/ش/1973 في 1974/3/30 النشرة القضائية العدد (1) لسنة 1974، ص 199.

المطلب الرابع: عبء اثبات الطلاق

الطلاق هو انحلال الرابطة الزوجية بإرادة الزوج او هو رفع قيد الزواج بايقاع من الزوج، و لا يقع الطلاق الا بالصيغة المخصوصة له شرعاً⁽¹⁾.

و لا يتحقق الطلاق الا بتوافر شروطه المثلة بوجود عقد زواج صحيح و الاهلية اللازمة للطلاق و الصيغة المخصوصة له شرعاً، و ينقسم الطلاق الى قسمين، الطلاق الرجعي و هو ما جاز للزوج مراجعة زوجته اثناء عدتها من دون عقد و تثبت الرجعة بما يثبت به الطلاق، و طلاق بائن و هو قسبان طلاق بائن بينونة صغرى و هي ما جاز للزوج التزوج بمطلقة بعقد جديد، و طلاق بائن بينونة كبرى و هو ما حرم فيه على الزوج التزوج من مطلقة التي طلقها ثلاثاً متفرقات و قضت عدتها⁽²⁾، لقد اوجب القانون على من اراد ايقاع الطلاق ان يقيم الدعوى في المحكمة الشرعية بطلب ايقاعه و استحصال حكم به، فاذا تعذر عليه مراجعة المحكمة المختصة وجب عليه تسجيل الطلاق في المحكمة خلال مدة العدة، و في حال ثبوت ان الزوج تعسف في طلاق زوجته طلاقاً تعسفياً مع تضررها بسبب ذلك، حكمت لها بالتعويض المناسب، بعد التحقيق من حالة الزوج المالية و درجة تعسفه⁽³⁾. ان دعوى الطلاق تقام في محكمة محل العقد او محكمة اقامة المدعي عليها او محكمة المحل الذي حدث فيه سبب الدعوى⁽⁴⁾.

ان عبء اثبات ايقاع الطلاق على عاتق الزوج الذي يطلب الحكم بصحته، فاذا تعذر عليه ذلك فله تخليف الزوجة يمين عدم العلم انطلاقاً من قاعدة البينة على المدعي و اليمين على المدعي عليه، فأن حلفت اليمين او رفض يحكم بالطلاق من تاريخ الاقرار به امام المحكمة، اما عبء اثبات الطلاق التعسفي، فلكي تحكم المحكمة بالتعويض المناسب، يقع على الزوجة عبء اثبات ذلك⁽⁵⁾. ان واجب تحقيق العدالة بين الخصوم يستوجب عدم رد الدعوى من قبل المحكمة الشرعية قبل استكمال إجراءاتها سيما و انها تتعلق بموضوع الحل و الحرمة مما كان يقتضي الامر الاستماع الى البينة الشخصية للمدعية المميّزة و من ثم لها صلاحية تقدير الشهادة من الناحية الموضوعية و الشخصية، و اذا عجزت عن الاثبات منحها حق تخليفه اليمين بعدم ايقاع الطلاق التعسفي الموجب للتعويض، مما كان ذلك سبباً لنقض القرار الصادر بهذا الخصوص⁽⁶⁾. اليمين الحاسمة، فأن حلفت وقع الطلاق الرجعي من تاريخ الجلسة التي كرر فيها المدعي دعواه⁽⁷⁾ اذا عجز المدعي الزوج عن اثبات

(1) د. ابراهيم عبد الهادي احمد النجار، المصدر السابق، ص 143.

(2) م (38) من قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1979 المعدل؛ د. احمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية وتعديلاته، ص 141.

(3) م (39) قانون الاحوال الشخصية؛ علي الكرياسي، المصدر السابق، ص 59.

(4) م (303) قانون المرافعات العراقي رقم 83 لسنة 1969 المعدل.

(5) السيد محمد الهاشمي، القضاء بين يديك ص 76.

(6) رقم الاضبارة 1407/ش/2002 ت 4270 في 2002/8/17 غير منشور.

(7) قرار محكمة تمييز العراق رقم 1277/ش/1979 في 1979/10/2، مجموعة الاحكام العدلية عدد (4) لسنة، 1979، ص 44.

طلاقه لزوجته خارج المحكمة فينبغي على المحكمة منحه حق تخليفها اليمين عن ذلك، فإذا حلفت اليمين، فيكون الطلاق واقعا بتاريخ الجلسة التي حضر فيها المدعي للمرافعة فعلا وكرر فيها عريضة الطلاق، وطلب الحكم بإيقاعه⁽¹⁾، إذا عجز المدعي عن اثبات ادعائه بعدم الانسجام و تعذر الحياة الزوجية، و الشقاق و الضرر من زوجته المدعي عليها فلا يصح رد دعواه، بل يتطلب من المحكمة ان تطلب منه ايقاع الطلاق ان شاء⁽²⁾، ادعاء المطلقة برجع الزوج عن الطلاق لا يثبت بمجرد قولها وعلى المحكمة ان تكلفها اثبات ذلك قبل ان تقضي- لها بالنفقة⁽³⁾. دعوى الطلاق من الدعاوى الحسبية التي لا تنحصر- فيها الشهادة، اذا عجزت المدعية من اثبات الطلاق حلفت المدعي عليه اليمين من تلقاء نفسها على عدم الطلاق و لا يتوقف ذلك على طلب المدعية⁽⁴⁾، لا وجه لتكليف المطلقة اثبات دعواها ان زوجها طلقها طلاقا تعسفيا، لان طلاق الزوج لزوجته اصلا مكروه شرعا و يعتبر طلاقا تعسفيا ما لم يكن الطلاق لسبب معقول، و انما الذي يكلف للاثبات هو المطلق اذا ادعى للطلاق سببا معقولا⁽⁵⁾، اذا دفع المطلق دعوى مطلقة طلبها بالتعويض للطلاق التعسفي بانه طلقها مكرها بعد ان صبر على أذاها و سوء معاملتها واهمالها اياه وعدم قيامها بواجباته الزوجية مدة تزيد على ثماني سنوات، فيعتبر هذا دفعا مقبولا من المدعي عليه بعد الحكم الغيابي المعارض عليه لانه يعتبر من الاعذار الشرعية للطلاق و كان على المحكمة الابتدائية التحقق فيه و فصله بوجه شرعي، لذلك كان على حكمها المحكمة برد اعتراض المدعي مستوجبا للفسخ⁽⁶⁾، لا يجوز اثبات الطلاق بشهادة رجل و امرأة لعدم اكتمال نصاب الشهادة شرعا و لا يتم النصاب في هذه الحالة بتخليف المدعي اليمين المتممة، و انما تخليف المدعي عليها.

المطلب الخامس: عبء اثبات سبب التفريق

الطلاق حق من حقوق الزوج، له ان يوقعه، وله ان يمتنع عن ايقاعه، ولا تملك الزوجة حق الطلاق، ما لم يوكّلها او يفوضها به الزوج، وهذا ما يحدث في النادر القليل، فان اصاب الزوجة ضرر او عنث من الزوج لاي سبب كان، تعذر عليها التحلل منه لعدم فائدة استمرار الحياة الزوجية⁽⁷⁾، و بسبب ذلك تدخل المشرع من خلاله اعطى القاضي حق ايقاع الطلاق بدل الزوج، اذا تعذر استمرار الحياة الزوجية، لوجود الاسباب الكافية لذلك، و هذا ما يطلق عليه بالتفريق القضائي بحكم القاضي الذي يعرف بأنه تطليق القاضي الزوجة من

(1) قرار محكمة تمييز العراق رقم 280/ش/88/87 في 11/10/1987، مجموعة الاحكام العدلية العدد (4) لسنة 1987، ص 96.

(2) قرار محكمة تمييز العراق رقم 3354/ش/85/84 في 12/4/1986 مجموعة الاحكام العدلية العدد 3/1 لسنة 1986، ص 277.

(3) قرار محكمة تمييز العراق (مجلس التمييز الشرعي) العدد 396/1951، مجلة الاحكام القضائية تصدر عن دار المعرفة، بغداد العدد (1) المجلد (1) ميس 1953، ص 30.

(4) قرار محكمة التمييز رقم 147/ش/63 في 17/11/1963، قضاء محكمة التمييز، المجلد الاول، ص 200.

(5) قرار محكمة الاستئناف الاردنية رقم 1859 في 13/1/1978، المبادئ القضائية التي استقر عليها اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية الاردنية، ص 59.

(6) قرار محكمة الاستئناف الشرعية رقم 23733 في 12/5/1983، ص 60.

(7) انور العمروسي، المصدر السابق، ص 458؛ محمد محي الدين عبد الحميد، المصدر السابق، ص 303.

زوجها و لو كان ذلك من دون رضاه⁽¹⁾ واسباب طلب التفريق القضائي منها ما يعطي الحق لكلا الزوجين مثل حالة اضرار احد الزوجين بالآخر، ضررا يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية، و منها ما هو خاص بالزوجة حيث اجاز لها القانون طلب التفريق القضائي مثلا في حالة هجر الزوج زوجته من دون عذر مشروع مدة سنتين، او حكم عليه بعقوبة مقيدة للحرية لمدة ثلاث سنوات فاكثر⁽²⁾، يجوز اثبات سبب التفريق بوسائل الاثبات كافة، بما فيها الشهادة و القرائن، لكونها من الوقائع المادية التي يجوز اثباتها بالوسائل القانونية الممكنة كافة، مع تمتع محكمة الموضوع بسلطة تقدير الادلة، و يقع عبء اثبات السبب المباشر للتفريق على عاتق الطرف المدعي بطلب التفريق سواء كان الزوج او الزوجة، حسب نص المادة (40) من قانون الاحوال الشخصية، او على عاتق الزوجة حسب نص المادة (42) من القانون نفسه، و حكم التفريق القضائي اعتباره طلاقا باثنا بينونة صغرى⁽³⁾. اذا دفعت الزوجة دعوى المطاوعة بعدم زفافها و عجزت عن اثبات كلفت الزوج باعداد بيت شرعي لتزف الزوجة اليه فأن نكل او تغيب قضت المحكمة بالتفريق بطلب الزوجة لعدم جواز بقائها معلقة رغم اظهار الطاعة⁽⁴⁾ ظهر ان الحكم الصادر غير صحيح و مخالف لاحكام القانون و ذلك لان وكيل المميز عليه المعارض المدعي عليه عندما اعتبرته المحكمة في الجلسة المؤرخة في 2001/12/13 عاجزا عن اثبات دعواه الاعتراضية و منحته حق توجيه اليمين الى الميزة المعارض عليها المدعية لم يبين رأيه بشأن توجيه اليمين من عدمها حسب الصيغة التي استقرت عليها المحكمة مما قرر نقضه و اعادة الدعوى الى محكمة الموضوع للنظر فيه مجددا⁽⁵⁾، ان قرار المحكمة الشرعية صحيح و موافق لاحكام الشرع و القانون حيث تثبت للمحكمة من اقرار المدعي عليه (المميز) و شهادة الشهود هجرة المميز عليها المدعية المدة القانونية المنصوص عليها في المادة (42) اولا 2- من قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل، و انه لم يقطع المدة القانونية بمراجعة زوجته او اقامة دعوى المطاوعة، مما يعني ذلك سببا كافيا لطلب التفريق، من دون ان يكون لاعتراض المميز وجه قانوني⁽⁶⁾، وجد ان الحكم الصادر من المحكمة الشرعية المختصة غير صحيح و مخالف لاحكام الشرع و القانون، و ذلك لان اثبات وجود الخلاف المستحكم بين الزوجين الموجب للتفريق وفق المادة (41) من قانون الاحوال الشخصية، يجب ان يكون عن طريق ادلة الاثبات المقررة قانونا و من ضمن هذه الادلة شهادة الشهود، و يكون تقدير قيمة الشهادة الى محكمة الموضوع عملا بحكم المادة (82) من قانون الاثبات، و حيث ان المحكمة حسب سلطتها التقديرية لم تعتمد على البيئة الشخصية المقدمة من قبل الزوج المميز عليه المدعي، لذلك فكان

(1) علي الكرباسي، المصدر السابق، ص 73؛ د. احمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية وتعديلاته، ص 151؛ د. عبد الستار حامد، احكام الاسرة في الفقه الاسلامي، احكام انهاء النكاح، ج 2، ط 1، مطبعة الجامعة بغداد، 1406هـ/1986، ص 95.

(2) علي الكرباسي، المصدر السابق، ص 73.

(3) محسن ناجي، المصدر السابق، ص 314؛ محمد الهاشمي، القضاء بين يديك، ص 95.

(4) قرار محكمة تمييز العراق رقم 960/ش/1977 في 10/7/1977 / مجموعة الاحكام العدلية العدد (4) لسنة 1978، ص 85.

(1) رقم الاضبارة 1517/ش/2002 ت 4359 في 20/8/2002 غير منشور.

(6) رقم الاضبارة 3203/ش/2002 ت 4314 في 18/8/2002 غير منشور.

المقتضي و الحالة هذه ان تحكم برد الدعوى، و لا يجوز لها ان تخضع لتطبيق المادة (118) اثبات، و تعتبر المدعي عاجزا عن الاثبات و تمنحه حق توجيه اليمين بالزوجة المميز عليها، حيث لا يجوز اللجوء الى هذا الطريق في مثل هذه المسائل، لان مسألة كون الخلاف مستحكما او غير مستحكم يكون تقديره الى محكمة الموضوع و ليس الى الخصم عن طريق حلف اليمين، لذلك لم تلاحظ محكمة ذلك و منحت المميز عليه المدعي حق توجيه اليمين الى الميزة الزوجة باعتبار ان هناك خلافا مستحكما بينها بعدما اعتبرت المميز عليه عاجزا عن اثبات هذا الخلاف (الادعاء) و حكمت وفق الادعاء بعدما ردت الميزة اليمين الى المميز عليه و قيام الاخير بحلف هذا اليمين، و حيث ان هذا الاجراء لا يستند الى احكام القانون لذا قرر نقضه⁽¹⁾، لكي يحكم بالتفريق من قبل محكمة الموضوع، يجب تكليف المدعية اثبات الضرر الجسيم الذي يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية، و اذا كانت الشهادات المستعملة لم تؤيد صحة وجود الضرر الجسيم الذي هو معيار طلب التفريق وفق احكام المادة (40) من قانون الاحوال الشخصية، اعتبرت المدعية عاجزة عن اثبات الضرر و منحها حق تحليف المدعي عليه اليمين الحاسمة⁽²⁾ الاساس القانوني لطلب التفريق وجود احد الاسباب التي حددها القانون، و لهذا لا يجوز الحكم بالتفريق بين المدعية و زوجها المدعي عليه، استنادا الى تقرير طبي يشير الى اصابة الزوج بمرض نفسي و عصبي، اذا كانت اللجنة الطبية التي فحصت المدعي عليه غير مختصة بالامراض النفسية و العصبية و ليس من بين اعضائها طبيب مختص بهذه الامراض⁽³⁾. الضرر الذي يعطي للزوجة الحق بالتطليق هو الذي يقع من الزوج دون الزوجة بحيث تصبح العشرة الزوجية مستحيلة بينها او بين امثالها، و يقصد بالضرر في هذا المجال اذاء الزوج زوجته بالقول و بالفعل اذاء لا يليق بمثلها، و يعتبر من الوقائع المادية التي يجوز اثباتها بكافة طرق الاثبات، و تتحمل الزوجة عبء اثباته، لكونها هي المدعية في الدعوى⁽⁴⁾، اذا استندت الزوجة الى وقائع مادية معينة و طلبت الحكم بالتفريق و عجزت عن اثبات الوقائع المذكورة فعلى المحكمة ان تمنحها حق تحليف الزوج اليمين⁽⁵⁾.

المطلب السادس : عبء اثبات النسب

الغرض الاساس من الزواج الى جانب البحث عن الاستقرار، والأمان النفسي- والعقلي والاجتماعي، هو التولد و النسل، و هذا ما اوضحته الفقرة (1) من المادة الثالثة من قانون الاحوال الشخصية، عندما اشارت الى ان الزواج رابطة للحياة المشتركة و النسل.

(1) رقم الاضبارة 3874/ش/2002 ت 4315 في 2002/8/18 غير منشور.

(2) تمييز عراقي رقم الاضبارة 13825/ش/2002 ت 4206 في 2002/8/10 غير منشور.

(3) تمييز عراقي رقم الاضبارة 1969/ش/1986 ت 2214 في 1988/2/21، المجلة العربية للفقهاء والقضاء تصدرها الامانة العامة بجماعة الدول العربية

(15) لسنة 1992، ص 110.

(4) قرار محكمة النقض المصرية في النقض رقم 50 لسنة 52 بتاريخ 1983/1/28، المجلة العربية للفقهاء والقضاء العدد (11) 1992.

(5) قضاء محكمة تمييز العراق رقم 472/ش/1969، ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية- قسم الاحوال الشخصية، ص 41.

اذن يعتبر النسل نتيجة طبيعة بمشيئة الباري عز و جل من نتائج الزواج التي قصدها الشريعة الاسلامية
اولا، و القانون ثانيا، و لذلك يعتبر النسل اهم غرض من اغراضه، و يترتب عليه على التولد و النسل ثبوت
نسب الاولاد من الابوين - الزوجين- ذلك لان ثبوت نسب اولادهما حق مشترك بينهما⁽¹⁾.

ان ثبوت النسب بين الابوين بالاقرار و البينة او أي دليل او قرينة على ثبوت النسب، حيث اجاز القانون
اللجوء الى مختلف الوسائل و في مقدمتها الاقرار و الاعتراف بالقرائن القانونية و القرائن القضائية⁽²⁾، فلو
حصل ان الزوج انكر قبل رفع دعوى ثبوت النسب امام المحكمة الشرعية المختصة، بعدم صلته بالمولود، فان
الامر يتطلب من الزوجة عند دعواها امكانيتها في اثبات ذلك بمختلف الوسائل الممكنة لثبوت نسب ولدها
من ابيه المنكر، و اذا تعذر عليها ذلك اللجوء الى ضمير المدعي عليه لحسم موضوع الدعوى، اما اذا ابدى
الزوج دفعا من دون ان يصدر اقرار منه بنسب الطفل، بعدم صحة الوقائع التي تم اثباتها، فيطلب الامر منه
عند ذلك، اثبات صحة دفعه⁽³⁾، اقامة المدعي بانكار نسب الصغيرة اليه، و دفع الام المدعي عليها بانها رزقت
بها منه على فراش الزوجية، تكليف المحكمة لها باثبات هذا الدفع باعتبارها مدعية فيه⁽⁴⁾، اذا تبين من البينة
الشخصية التي استمعتها المحكمة ان علاقة المدعي بالمدعي عليها ثابتة ناشئة قبل تاريخ عقد الزواج و ان
الاتصال بينهما ممكن فعلى المحكمة توجيه اليمين المتهمة الى المدعي عليها بخصوص اثبات نسب الصغير⁽⁵⁾ النسب
يثبت في جانب الرجل، و على ما جرى به قضاء هذه المحكمة بالفراش و بالاقرار و البينة⁽⁶⁾ اذا اقر الزوج
نسب الطفل المجهول و قررت المحكمة ثبوت نسبه منه يترتب على هذا الاقرار الاثار الشرعية والقانونية نفسها
التي يربتها الاقرار بالنسبة وفق قانون الاحوال الشخصية و لا تسمع الدعوى بعد وفاة المقر لاثبات عدم صحة
هذا النسب لاي سبب⁽⁷⁾، تعتبر الاولاد شرعيين منذ انعقاد الزواج الصحيح حسب احكام الشريعة
الاسلامية لا منذ تاريخ تسجيل الزواج في المحكمة و لان التسجيل ليس ركن من اركان عقد الزواج و ليس
شرطا من شروط الصحة و التقادم في الشريعة الاسلامية انما هو وسيلة للاثبات عند قيام النزاع⁽⁸⁾.

المطلب السابع: عبء اثبات الرضاة و الحضانة

- (1) د. احمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية وتعديلاته، ص 195.
(2) محمد محي الدين عبد الحميد، المصدر السابق، ص 368؛ علي الكرياسي، المصدر السابق، ص 91.
(3) محسن ناجي، المصدر السابق، ص 366؛ محمد الهاشمي، المصدر السابق، ص 127.
(4) قرار محكمة النقض المصرية، 1975/2/25 طعن رقم 29 سنة 30 ق. انور طلبة، المبادئ القانونية، ص 244.
(5) قرار محكمة تمييز العراق رقم 38/هيئة موسعة اولى 87/86 في 87/6/29؛ ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية رقم الاحوال الشخصية ص 257.
(6) نقض مصري 1972/6/14 طعن 72 س 38 ق، انور طلبة، المبادئ القانونية، ص 648.
(7) قرار محكمة تمييز العراق رقم 663/هيئة عامة/ 1979 مجموعة الاحكام العدلية، العدد (1) 1980، ص 37.
(8) ديوان التدوين القانوني رقم القرار 8/85 في 1961/6/5 مجلة التدوين القانوني ص 141/40 عدد (1) سنة 1961.

نسب كل طفل من امه ثابت بالولادة، و نسبه من ابيه ثابت بالفراش، او بالاقرار، وثبوت نسبه من امه و ابيه يترتب عليه واجبات له اتجاه الابوين، هي حقوق للطفل. و من بين هذه الواجبات هي حاجة الطفل الصغير للعناية و الرعاية حتى يبلغ العمر، الذي يكون قادرا على تلبية حاجاته بنفسه، فالرعاية المتمثلة بتوفير الغذاء اللازم للطفل يرتبط بها ايضا واجب العناية الخاصة به التي تعرف بالحضانة⁽¹⁾. الام بحسب طبيعتها تعتبر المسؤول المباشر عن ارضاع ولدها، لكونها الاقرب اليه و الاشفق عليه من غيرها. ان الواجب الشرعي و القانوني يشير الى مسؤولية الام عن ارضاع ولدها الصغير الا في الحالات المرضية التي تمنعها من ذلك⁽²⁾، ان انتهاء مدة الرضاعة، لا يعني ان الصغير لم يعد في حاجة للعناية به و تربيته و المحافظة عليه، فلا بد ان يكون في حضانة امه التي يقصد بها المدة اللازمة لرعاية شؤون الصغير و تربيته و المحافظة عليه⁽³⁾ و تستحق الام المرضعة اجرة ارضاع الولد و تقع كلفة ذلك على الزوج المكلف بنفقته و يعتبر ذلك في مقابل غذائه، و ايضا تستحق الحاضنة اجرة على حضانتها الصغير، و اذا حصل نزاع قضائي بخصوص ذلك، تطلب الامر من الام المرضعة و الحاضنة في الوقت نفسه اثبات عدم دفع اجرة الرضاعة، و في حالة دفع الزوج بدفعة الاجرة المتفق عليها بينهما، او قامت المحكمة المختصة بتقديرها حسب حالة الزوج المالية، لانتقال عبء اثبات اليه⁽⁴⁾. اما في حالة رفع الزوج دعوى يطالب فيها اسقاط حضانة ولده الصغير من امه، و كلف باثبات السبب المباشر، فاذا ادعى ان سبب طلب اسقاط الحضانة هو سوء خلق الزوجة او عدم اهليتها، العقلية و النفسية، تطلب الامر منه ضرورة اثبات ذلك⁽⁵⁾. لا يجوز الحكم باجرة الحضانة و الرضاع قبل تأكد المحكمة من مدة الرضاعة و معرفة ما اريد من لوازم الحضانة مع تكليف المدعية باثبات مدة الرضاعة و الحضانة التي تستحق بموجبها الاجرة المطالب بها⁽⁶⁾ لا يصلح الحكم بسقوط حضانة مطلقة المدعي لاطفالها بحجة الخيانة الزوجية، استنادا الى البيئة الشخصية المستمعة و الاوراق التحقيقية وانما يلزم صدور حكم بذلك⁽⁷⁾ اسقاط حضانة الحاضنة لفساد اخلاقها و سوء تصرفها يسقط حق امها في الحضانة، كذلك الام التي لا تستطيع كبح جماح ابنتها لا تقدر ايضا على كبح جماح المحضون و مراقبته و تربيته، و ذلك لفقدان الثقة والامان فيهما معا و هذا يستدعي بطبيعة الحال ضرورة اثباته بحجة قاطعة تعتبر مبررا لاسقاط حضانة الام و ام الام⁽⁸⁾، في حالة فقدان ام الصغير احد شروط الحضانة او وفاتها تنتقل الحضانة الى الاب الا اذا اقتضت مصلحة الصغير ذلك و عندها تنتقل الحضانة الى من تختاره المحكمة مراعية بذلك مصلحة الصغير عملا باحكام المادة (57) فقرة (7)

(1) محمد محي الدين عبد الحميد، المصدر السابق، ص 390؛ د. احمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية، ص 209.

(2) علي الكرباسي، المصدر السابق، ص 105.

(3) محسن ناجي، المصدر السابق، ص 387.

(4) محمد الهاشمي، المصدر السابق، ص 146.

(5) علي الكرباسي، شرح قانون الاحوال الشخصية، ص 106.

(6) قرار محكمة تمييز العراق رقم 510/ش/1963 في 1963/12/26، ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية، ص 149.

(7) قرار محكمة تمييز العراق رقم 2295/ش/83/82 في 1982/2/5، ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية، ص 101.

(8) الجرائد ملف 9977 في 1984/1/9، مجلة الفقه والقضاء، العدد (15) لسنة 1994.

من قانون الاحوال الشخصية فقد كان على المحكمة التوسع في تحقيق عمن هو اهل لحضانة الصغيرة، تعيينه بعد وفاة امها و ان تستعين باللجنة الرسمية للفحص على الصغيرة، للتأكد عن طريق ذلك بمن هو اقرب اليها و اصلح لحضانتها⁽¹⁾، اذا تمكنت المدعية من اثبات تضرر البنت من خلال وجودها مع والدها و عملا باحكام المادة 6/57 من قانون الاحوال الشخصية المعدل تعين اصدار حكم باسترداد المحضون و اعادته الى من حكم لصالحه باستلام المحضون⁽²⁾، كلفه اثبات عمر المحضون على المدعي دفتر النفوس لا يصلح للاثبات الا اذا اسس على بيان ولادة، فان لم يكن كذلك وجب اثبات العمر بالبينة، فأن لم يكن هناك بيينة يرسل الى لجنة طبية مختصة لتقدير عمره⁽³⁾.

خاتمة :

وبعد هذه الجولة في الأثبات في مسائل الأحوال الشخصية يمكن لنا أن نحدد أهم النتائج التي خرجنا بها بما يأتي :

- 1- إلقاء عب الإثبات بصورة خاطئة على غير المكلف به قد يؤدي الى عجزه عن إقامة الدليل ، لا لسبب أن الحق ليس في جانبه ، بل لان أدواته العامة النافعة تعوزه
- 2- سمي واجب الإثبات (عبئا)لانه تكليف ثقيل
- 3- ان اثبات عقد الزواج يكون بالادلة المتاحة شرعا و قانونا، اذا لم يقر الزوج الزوجية لينهي بإقراره الاستمرار في اجراءات الدعوى
- 4- أن اثبات عدم دفع المهر المعجل او المؤجل او كليهما يقع على الزوجة المدعية، و ينتقل عبء الأثبات الى الزوج اذا ابدى دفعا بدفع المهر للزوجة، حيث يتطلب الامر هنا منه اثبات واقعة الدفع، و يمكن اثبات ذلك بطرق الاثبات
- 5- ان النفقة الزوجية واجبه على الزوج من حين العقد الصحيح، فلا تكلف الزوجة باثبات تحقق ما تراكم منها بذمة الزوج عن مده ماضيه، و لا يطلب منها اثبات ذلك، فالاصل هو استحقاقها للنفقة، و لا يكلف مدعي الاصل اثباته، فاذا دفع الزوج عدم استحقاق زوجته للنفقة بسبب من اسباب سقوطها، كان ذلك ادعاء خلاف الاصل، و كلف الزوج الاثبات
- 6- ان عبء اثبات ايقاع الطلاق على عاتق الزوج الذي يطلب الحكم بصحته، فاذا تعذر عليه ذلك فله تحليف الزوجة يمين عدم العلم انطلاقا من قاعدة البينة على المدعي و اليمين على المدعي عليه، فأن حلفت اليمين او رفض يحكم بالطلاق من تاريخ الاقرار به امام المحكمة، اما عبء اثبات الطلاق التعسفي، فلكي تحكم المحكمة بالتعويض المناسب، يقع على الزوجة عبء اثبات ذلك.

(1) قرار محكمة تمييز العراق رقم 777/ش/84/85 في 6/10/1984، علي الكرباسي، شرح قانون الاحوال الشخصية، ص 110.

(2) قرار محكمة تمييز العراق رقم 950/ش/1978 في 17/1/1979، مجموعة الاحكام العدلية العدد (1) 1979، ص 53.

(3) قرار محكمة تمييز العراق رقم 741/ش/1964 في 14/10/1964، قضاء محكمة التمييز، المجلد الثاني، 1964، ص 18.

7- ان ثبوت النسب بين الابوين بالاقرار و البينة او أي دليل او قرينة على ثبوت النسب، حيث اجاز القانون اللجوء الى مختلف الوسائل و في مقدمتها الاقرار و الاعتراف بالقرائن القانونية و القرائن القضائية.

المصادر و المراجع:

بعد القرآن الكريم

-ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز - قسم الاحوال الشخصية، مطبعة اسعد، بغداد، 1989.
-ابراهيم عبد الهادي احمد النجار، حقوق المرأة في الشريعة الاسلامية، مكتبة دار الثقافة للنشر- والتوزيع، عمان، الاردن، 1996

-احمد الكبيسي، الوجيز في شرح الاحوال الشخصية وتعديلاته، ط، بغداد، 1990،.
-انور العمروسي، اصول المرافعات الشرعية في مسائل الاحوال الشخصية، ط2، شركة الاسكندرية للطباعة والنشر، 1964.
-صلاح الدين الناهي، الاسرة والمرأة، شركة الطبع والنشر الاهلية ذات المسؤولية المحدودة، بغداد، 1377هـ، 1958م
-عبد الستار حامد، احكام الاسرة في الفقه الاسلامي، احكام انتهاء النكاح، ج2، ط1، مطبعة الجامعة بغداد، 1406هـ/1986

-علي محمد ابراهيم الكرباسي، شرح قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 المعدل مطبعة بغداد، شارع المتني.
-المبادئ القضائية التي استقرت عليها اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية في المملكة الاردنية الهاشمية من 1973/7/1 الى 1983/6/30، المجموعة الثانية، اعداد محمد حمزة العربي، دار الفرقان للنشر والتوزيع، عمان- الاردن.

-مجلة الاحكام العدلية العدد (1) 1976

-مجلة الاحكام القضائية تصدر عن دار المعرفة، بغداد العدد (1) المجلد (1) مايس 1953
-مجلة العدالة لسنة 1974.

-المجلة العربية للفقه والقضاء تصدرها الامانة العامة بجامعة الدول العربية (15) لسنة 1992
-مجلة الفقه والقضاء تصدرها الامانة العامة لجامعة الدول العربية العدد (11) لسنة (1992)،
-مجلة ديوان التدوين القانوني سنة 1965.

-محسن ناجي، شرح قانون الاحوال الشخصية، ط1، مطبعة الرابطة، بغداد 1962.
-محمد محي الدين عبد الحميد، الاحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية، ط2، م. السعادة، مصر 1958 .
-محمود السرطاوي، شرح قانون الاحوال الشخصية الاردني، القسم الاول، عقد الزواج وآثاره، ط2، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 1996.
-الكثير من القرارات القضائية غير المنشورة ذكرت بارقامها في صفحات البحث .

حماية التنوع البيولوجي البحري في القانون الدولي المعاصر*

د/ مبطوش الحاج- أستاذ محاضر "أ"- جامعة ابن خلدون- تيارت

أ/ عيسى علي- أستاذ مساعد "ب"- جامعة ابن خلدون- تيارت

الملخص باللغة العربية:

إن تحليل الاتفاقيات و الإعلانات الدولية الحديثة ذات الصلة بالصيد البحري و البيئة البحرية تم بالتوجه إلى ضرورة تنظيم الصيد البحري بطريقة مستدامة تحافظ على البيئة البحرية بما في ذلك التنوع البيولوجي البحري، و ما يمكن تسجيله على مختلف الآليات القانونية التي تم تفعيلها في الآونة الأخيرة افتقارها إلى التنسيق في المعايير المنتهجة فيما بينها من خلال تعدد المتدخلين، و سوء تقدير سياق الخطر الذي يهدد الجهود المبذولة في إطار المحافظة على البيئة البحرية .

ان الظاهرة تستدعي اليوم تضافر الجهود من أجل إيجاد تنظيم يهدف إلى حوكمة تسيير المجالات البحرية و الحفاظ على بيئتها من خلال تنوع الهيئات المختصة ، و كذا الآليات القانونية سواء كانت دولية أو إقليمية ، لقد عرف التنوع البيولوجي كاهتمام مشترك للإنسانية و تم التأكيد على ذلك من خلال القرار 1803 للجمعية العامة للأمم المتحدة في ديسمبر 1982 و تم إيجاد الإطار القانوني العام الذي يمكن من خلاله توفير الحماية للتنوع البيولوجي ضمن نصوص اتفاقية قانون البحار 1982 و التي تعتبر الرمح الذي ولدت منه اتفاقية التنوع البيولوجي 1992، التي تهدف أساسا إلى وضع نظام متوازن للمجالات البحرية و الساحلية و تحديد المجالات البحرية المحمية ، الاستعمال العقلاني للموارد البحرية و الساحلية و مكافحة غمر المواد الملوثة و السامة و أثارها على البيئة و الوصول إلى تحقيق الأهداف من خلال الاعتماد على المنظمات الدولية و الاتفاقيات و المخططات الإقليمية.

ملخص المقال باللغة الفرنسية:

Une analyse des accords et les déclarations internationales modernes liées à la pêche maritime et de l'environnement marin reflète l'orientation de la nécessité de réglementer la pêche de manière durable qui préserve l'environnement marin, y compris la biodiversité marine, et ce qui peut être enregistré sur un des différents mécanismes juridiques qui ont été activés dans le récent manque de fait connaître en coordination les uns avec les autres normes à travers la multiplicité des acteurs, et le contexte de calcul erroné du danger qui menace les efforts dans le cadre de la préservation de l'environnement marin.

* تاريخ إيداع المقال: 2016/11/13

تاريخ تحكيم المقال: 2016 / 11/16

Le phénomène exige des efforts concertés afin de trouver l'organisation vise à aires marines de conduite de la gouvernance et de préserver l'environnement grâce à la diversification des organismes compétents, et ainsi que des mécanismes juridiques, que ce soit international ou régional, ont connu la biodiversité comme une inquiétude commun de l'humanité et a été confirmée par la résolution 1803 de l'Assemblée générale des Nations Unies en Décembre 1982 et a été un cadre juridique général à travers lequel pour assurer la protection de la biodiversité dans le texte de la Convention sur le droit de la mer en 1982, qui est considéré comme l'utérus, qui est né de la Convention sur la diversité biologique en 1992, qui vise principalement à développer un système équilibré des zones marines et côtière et l'identification des zones marines protégées, l'utilisation rationnelle des ressources marines et de substances d'inondation côtière et antitoxiques et polluantes et leurs effets sur l'environnement et l'accès pour atteindre les objectifs en se fondant sur les organisations et les accords internationaux et les cartes régionales

الكلمات المفتاحية: التنوع البيولوجي ، البيئة البحرية ، قانون البحار ، حماية الوسط البحري ، اتفاقية التنوع البيولوجي ، القانون الدولي المعاصر

مقدمة :

تمثل البحار والمحيطات واحد و سبعون بالمائة 71% من إجمالي مساحة كوكب الأرض ، و تلعب دورا أساسيا في النظام الايكولوجي البري و البحري ، و كذلك هو الحال بالنسبة لنشاط الإنسان سواء تعلق الأمر بجانب الاتصال (النقل البحري) أو مصادر التغذية (الصيد البحري) ، من هذا المنطلق تكوّن البحار والمحيطات عوامل أساسية يُرتكز عليها في تنظيم ديمومة الصيد أو الأمن أو التنوع البيولوجي .

و ان كان من المعلوم أن المجالات المائية البحرية مثّلت مصدرا للحياة على الكوكب ، لم يكن ممد أسلافنا مُهددا بنشاط الإنسان و بما أن المحيطات تجمع ما يفوق 90% من الكائنات البيولوجية ، يجب على الإنسان اليوم أن يعمل على مكافحة تقلص التنوع البيولوجي و خاصة التنوع البيولوجي البحري .

ان تحليل الاتفاقيات و الإعلانات الدولية الحديثة ذات الصلة بالصيد البحري و البيئة البحرية تم بالتوجه الى ضرورة تنظيم الصيد البحري بطريقة مستدامة تحافظ على البيئة البحرية بما في ذلك التنوع البيولوجي البحري، و ما يمكن تسجيله على مختلف الآليات القانونية التي تم تفعيلها في الآونة الأخيرة افتقارها إلى التنسيق في المعايير المنتهجة فيما بينها من خلال تعدد المتدخلين ، و سوء تقدير سياق الخطر الذي يهدد الجهود المبذولة في إطار المحافظة على البيئة البحرية .

لقد عُرف التنوع البيولوجي كاهتمام مشترك للإنسانية و تم التأكيد على ذلك من خلال القرار 1803 للجمعية العامة للأمم المتحدة في ديسمبر 1982 و تم إيجاد الإطار القانوني العام الذي يمكن من خلاله توفير الحماية

للتنوع البيولوجي ضمن نصوص اتفاقية قانون البحار 1982¹ و التي تعتبر الرحم الذي ولدت منه اتفاقية التنوع البيولوجي 1992².

و على الرغم من أن نصوص اتفاقية قانون البحار 1982 لم تتطرق بصورة مباشرة للتنوع البيولوجي البحري و لكنها تضمنت من خلال بعض المواد الخصائص العامة المتعلقة بحماية الوسط البحري ، إذ يستشف من خلالها حماية ضمنية للتنوع البيولوجي البحري ، و لم تخص بالذكر نصوصها أيضا إسناد متابعة موضوع التنوع البيولوجي البحري و حمايته خاصة في اعالي البحار ، وأخضعت كل النشاطات الممارسة في أعالي البحار لقانون دولة العلم ، و لا يمكن الاحتجاج بسيادة الدولة ، و تبقى مسألة معالجة الأضرار الناتجة عن هذه النشاطات على عاتق دولة العلم.

باستثناء المياه العذبة التي تحويها قاع المحيطات و التي تعتبر تراثا مشتركا للإنسانية طبقا لنص المادة 136 من اتفاقية قانون البحار 1982³ ، تبقى المكونات الأخرى للتنوع البيولوجي البحري حاليا تخضع لنظام المنطقة الدولية و أعالي البحار .

إن حماية التنوع البيولوجي البحري و بنهج متخصص و أكثر دقة تم اعتماده من خلال إبرام اتفاقية التنوع البيولوجي لسنة 1992 بريو دي جانرو في 05 جوان 1992 ، هذا النص الذي اعترف بسيادة الدول على تنوعها البيولوجي و أعطاهها حق الاستخدام تبعا لنظمها و سياستها الاقتصادية ، حتى و ان قامت بإعداد نظام مجالات محمية داخل مجالها البيولوجي المتنوع و كل عمل جموي أو ثنائي يخضع لنصوص الاتفاقية .

تنظر هذه الاتفاقية الى التنوع البيولوجي البحري كأحد العناصر المكونة للتنوع البيولوجي و عليه فإنها لا تحمل سوى عدد قليل من الالتزامات التي تقع على عاتق الدول جراء نشاطها في اعالي البحار كون هذه المناطق تخرج عن سيادة الدول ، الا اذا كانت هذه النشاطات ممارسة من قبل دولة عضو في الاتفاقية ، فهي تعلم أهمية التعاون بين الدول من اجل المحافظة على الاستغلال المستدام للتنوع البيولوجي من خلال احترام النظام الايكولوجي خارج مناطق اختصاصها القانوني .

و ان كان للدول الحق في استخدام مصادرها الطبيعية ، فإنه يقع على عاتقها واجب العمل على أن تكون نشاطاتها غير ضارة بالبيئة في المجالات الخاضعة لسيادة دول أخرى ، او تلك التي لا تخضع لسيادة أي دولة (أعالي البحار) نظرا لطبيعة التلوث البيئي العابر للحدود .

¹ اتفاقية قانون البحار لعام 1982 www.un.org/depts/los/convention

² اتفاقية التنوع البيولوجي 1992 www.un.org/depts/los/convention الاتفاقية تضم ثلاثة أهداف رئيسية هي: حفظ التنوع

البيولوجي، الاستخدام المستدام لمكوناته، التقاسم العادل والمنصف للمنافع الناشئة عن استخدام الموارد الجينية

³ المادة 136 من اتفاقية قانون البحار لعام 1982 www.un.org/depts/los/convention

إن غياب نظام خاص بالتنوع البيولوجي البحري و خاصة استخدام و استغلال و حاية المصادر الجينية التي تحويها أعماق البحار و المحيطات هو الذي استدعى الدول الأطراف في اتفاقية التنوع البيولوجي في المؤتمر الثاني للدول الأطراف المنعقد في نوفمبر 1995 باندونيسيا إلى تحديد برنامج عمل سمي (mandat de jakarta) مذكرة جاكارتا هذا البرنامج خُصص للعمل على إعداد مخطط لإيجاد إطار عام لاتفاقية التنوع البيولوجي البحري و الساحلي ، النصوص الأساسية لهذه الاتفاقية تهدف أساسا إلى وضع نظام متوازن للمجالات البحرية و الساحلية و تحديد المجالات البحرية المحمية ، الاستعمال العقلاني للموارد البحرية و الساحلية و مكافحة غمر المواد الملوثة و السامة و أثارها على البيئة و الوصول الى تحقيق الأهداف من خلال الاعتماد على المنظمات الدولية و الاتفاقيات و المخططات الإقليمية ، هذا التذبذب في النصوص و عدم الوضوح للإطار القانوني الذي يحمي التنوع البيولوجي البحري ، يستدعي التساؤل حول تحديد مفهوم التنوع البيولوجي و التنوع البيولوجي البحري و ما هي السبل القانونية لتحقيق أفضل حماية لهذا التنوع ، و هو ما يجعلنا نطرح الإشكالية التالية :

ما ذا يعني التنوع البيولوجي البحري و كيف تبلور النظام القانوني الدولي لحمايته و ما هي الأفاق المنشودة في إدارة و تسيير مصادر التنوع و الأنواع في البيئة البحرية ؟

هذه الإشكالية ستكون محل دراسة من خلال هذه الورقة البحثية و ذلك بالتوقف عند محورين أساسيين تناول المحور الأول الإطار العام لحماية التنوع البيولوجي البحري أما المحور الثاني فخصص ل : إدارة و تسيير مصادر التنوع البيولوجي في البيئة البحرية وذلك على النحو الموالي :

المبحث الأول : الإطار العام لحماية التنوع البيولوجي البحري

إذا كان مفهوم التنوع البيولوجي يجمع بين التنوع في الأحياء المستمدة من كافة المصادر إلا انه يمكن تقسيمه حسب البيئة التي تتواجد فيها هته الكائنات العضوية الحية ، كالبيئة البرية و البيئة البحرية ، و عليه سنتطرق إلى تعريف التنوع البيولوجي البحري و الإطار العام لحمايته ضمن المطلب الأول ثم نتناول في المطلب الثاني الإطار الخاص لحماية التنوع البيولوجي البحري .

المطلب الاول : التنوع البيولوجي البحري ضمن المواثيق الدولية العامة

قبل التطرق إلى وضعية التنوع البيولوجي البحري على الصعيد الدولي باعتبار المصادر الرئيسية للكائنات العضوية الحية و غير الحية مستمدة في معظمها من أعالي البحار و التي لا تخضع لسيادة أي دولة ، لا بد من التعريف بالتنوع البيولوجي البحري ابتداء.

الفرع الأول : تحديد المفهوم العام للتنوع البيولوجي البحري

أولا : المقصود بالتنوع البيولوجي البحري

التنوع البيولوجي مصطلح عام يعني تنوع الحياة و عناصرها ، فهو يجمع كل أنواع الحياة من أبسط خلية في تكوين جهازها إلى الجسم كله ، و يعني الإنسان و النظام الايكولوجي و الطبيعة .

و بمعنى أدق التنوع البيولوجي تم تحديده من خلال المادة 02 من اتفاقية التنوع البيولوجي التي تم وضعها للتوقيع في 05 جوان 1992 (التنوع البيولوجي يعني تباين الكائنات العضوية الحية المستمدة من كافة المصادر بما فيها، ضمن أمور أخرى ، النظم الايكولوجية الأرضية و البحرية و الأحياء المائية و المركبات الايكولوجية التي يعد جزءا منها ، و ذلك يتضمن التنوع داخل الأنواع و بين الأنواع و النظم الايكولوجية)¹

إذن فالتنوع البيولوجي ليس مجموع النظم الايكولوجية و العوامل و الأجهزة الجينية و لكنه التنوع الذي يظهر الاختلافات داخل الأنواع و خصوصية كل نوع عن الآخر، و يعرف التنوع البيولوجي على انه "مجموعة أنواع الكائنات العضوية الحية التي تحي و تعيش على سطح كوكب الأرض و التي تمتد على كامل سلم التصنيف و التطور بدءا من أدناها من الكائنات الدقيقة إلى أعلاها من الشديات و النباتات الراقية ، بالإضافة إلى المورثات و الجينات و توزعها في جمع الكائنات باعتبار أنها سر الحياة و جوهرها"²

التنوع البيولوجي هو تنوع الحياة في سياقها فهو يجمع ثلاث مستويات :

➤ التنوع في النظم الايكولوجية

➤ التنوع في مستوى الأنواع

➤ التنوع على مستوى الجينات

من خلال التعاريف الواردة بشأن التنوع البيولوجي ، فإنه يشمل المستويات الرئيسية التي لا غنى عنها لتشكيلها ذلك الترابط و التماسك الغير قابل للانفصال ، و التي سنوردها كما يلي:

1 : مستويات التنوع البيولوجي

1-1 التنوع في النظم الايكولوجية (الأنظمة البيئية)

يعرف النظام الايكولوجي écosystème على أنه تجمع الكائنات الحية المختلفة في بيئة غير حية تتفاعل معها و يتكون هذا النظام من عنصرين هما :

¹ المادة 2 من اتفاقية التنوع البيولوجي الموقع عليها بتاريخ 05 جوان 1992

² العايب جبال ، التنوع البيولوجي كبعد في القانون الدولي و الجهود الدولية و الجزائرية لحمايته . مذكرة ماجستير في القانون الدولي و العلاقات الدولية، جامعة الجزائر 01 ، سنة 2005 ص 9

أ- الكائنات الحية و التي تعرف بـ « biocénose » .

تشمل الحيوانات و النباتات و الكائنات المجهرية التي تجد في محيطها الشروط التي تسمح لها بالعيش و التكاثر، تشترك مع بعضها في عدة وظائف متماثلة هي التغذية ، التكاثر ، و التنفس ، و التحسس ، البراز و الحركة¹.

ب- المجال غير الحي و يعرف بـ: "biotop"

هو المجال الجغرافي و الكيميائي الذي تعيش فيه الحيوانات و النباتات ، و هذا المجال يتضمن مجموع الموارد الضرورية للحياة و تفاعلها معه فإذا أخذنا مثلاً نظاماً بيئياً غالياً فإنه يتشكل من تربة و هذه التربة تحوي الماء و الأملاح المعدنية اللازمة لنمو النبات ، و تتكون أيضاً من الغلاف الهوائي الذي يوفر الأكسجين و الكربون و الضوء المستمد من الشمس²

2-1- التنوع على مستوى الأنواع :

يعرف النوع بأنه (الوحدة الأساسية في التصنيف ، و يقصد به مجموع الأفراد المتشابهة فيما بينها و التي لها تركيب وراثي واحد ، و قادرة على التزاوج و الإخصاب فيما بينها ، فتتحد أفراد مشابهة لها)³.

3-1- التنوع على مستوى الجينات :

يعود اختلاف الكائنات الحية فيما بينها و المنحدرة من أصول سابقة إلى الجزيئات الوراثية المنتشرة داخل الكائن الحي و المكونة لأنسجته وفقاً لما توصل إليه علماء البيولوجيا الجزيئية الذين بينوا أن الاختلاف في الجزيئات يظهر جلياً في البنية المرفولوجية للكائن الحي و في طريقة حيلته و التعايش مع العوامل البيئية و الظروف المحيطة به⁴.

2- وضعية التنوع البيولوجي البحري و اتجاهاته على الصعيد الدولي

لقد كشفت الدراسات الميدانية و التقييمية الدولية حول الأوساط البحرية و البيئية التي تم إجرائها في السنوات الأخيرة عن حدوث انخفاض شديد في الموارد البحرية الحية ، و ضياع مستمر للموائل الساحلية و تدهور للبيئة البحرية على العموم ووفقاً لمؤشر الكوكب الحي البحري LPI و هو المؤشر الذي يتتبع الاتجاهات

¹ العايب جمال ، مرجع سابق ، ص 14

² نفس المرجع ، ص 14

³ وزارة الدولة لشؤون البيئة السورية - وحدة التنوع الحيوي و برنامج الأمم المتحدة للبيئة ، الدراسة الوطنية للتنوع الحيوي في الجمهورية العربية السورية 1997 ص 07

⁴ العايب جمال ، نفس المرجع ، ص 12

القائمة لدى 341 كائن من الكائنات الممثلة للأنواع البحرية في أربع محيطات ، حيث سجل تراجع إجمالي بنسبة 14% في مؤشر الكوكب الحي البحري بين عامي 1970 و 2005¹

وهذا كله نتيجة للعوامل التي تؤثر في البيئة البحرية و تسبب تلوثها مما يفضي- إلى تقلص الأنواع الحية و الغير حية ضمن الأوساط المائية البحرية و ستعرض للوضع الراهن للتنوع البيولوجي البحري على النحو الموالي

1-2 مصاب الأنهار: يوجد في جميع أنحاء العالم حوالي 1200 مصبا رئيسيا للأنهار ، و هي تغطي مساحة تقدر بحوالي 500.000 كيلومتر مربع ، ومن مخلفات الاستغلال البشري الذي أدى إلى استنفاد 95 % من الأنواع و انقراض 96 % منها و ارتباط ذلك في كثير من الأحيان بتدمير الموائل ، استنفاد معظم الثدييات و الطيور و الزواحف في مصاب الأنهار مع حلول عام 1900 إلى 1950 و كانت المحاربات أول موارد الفقاريات المتدهورة نظرا للقيمة التي تنطوي عليها و السهولة التي يمكن بها الوصول إليها ، بالإضافة إلى أساليب صيدها المدمرة في بعض المناطق ، و تدمير أكثر من 65 % من الأعشاب البحرية و موائل الأراضي الرطبة .²

2-2 الشعاب المرجانية : وفقا للشبكة العالمية لرصد الشعاب المرجانية GCRMN فإن التقديرات المجمعة تشير الى أن العالم قد فقد بشكل فعلي 19 % من المناطق الأصلية للشعاب المرجانية وأن 15 % منها معرضة بشكل خطير للضياع خلال 10 ال 20 سنة القادمة ، وأن مساحات أخرى عرضة للخطر في غضون 40 عاما ، و مع ذلك فإن 46 % من شعاب العالم المرجانية تعتبر سليمة نسبيا و غير معرضة لأي خطر أو تهديد فوري من شأنه أن يدمرها ، و ما ينبغي ملاحظته هو أن هذه التنبؤات تحمل تحذيرات كثيرة نظرا للمصادر المختلفة و المثيرة للشكوك .

2-3 شعاب الأسماك الصدفية : ان تردي حالة نشاط الصيد و كفافته ، و تدهور مناطق الصيد الساحلية في الفترة الأخيرة أدى إلى مستوى يقارب الانقراض الوظيفي لشعاب الأسماك الصدفية في جميع أنحاء العالم و فقدت في هذا الإطار وظائف و خدمات النظام الايكولوجي الذي توفره هذه الشعاب ، و لقد سجل عل الصعيد العالمي ضياع 85 % من شعاب المحاربات بدرجة تفوق الخسائر المبلغ عنها بالنسبة الى الموائل المهمة الأخرى بما فيها الشعاب المرجانية و الأعشاب البحرية من جراء الأمطار الحمضية و صب النفايات و بعض الملوثات الأخرى على شعاب الأسماك بصفة عامة .³

¹ الاستعراض المتعمق لتنفيذ برنامج العمل بشأن التنوع البيولوجي البحري و الساحلي ، الاجتماع الرابع عشر لدول الأطراف في الاتفاقية المتعلقة بالتنوع البيولوجي، الهيئة العلمية للمشورة العلمية و التقنية و التكنولوجيا ، نيروبي 10-21 مايو 2010 ص 10 www.cbd.int/doc/meetings/sbstta-14/official/sbstta-14-04ar

² الاستعراض المتعمق لتنفيذ برنامج العمل بشأن التنوع البيولوجي البحري و الساحلي ، الاجتماع الرابع عشر لدول الأطراف في الاتفاقية المتعلقة بالتنوع البيولوجي، الهيئة العلمية للمشورة العلمية و التقنية و التكنولوجيا ، نيروبي 10-21 مايو 2010 ص 11 www.cbd.int/doc/meetings/sbstta-14/official/sbstta-14-04ar

³ الاستعراض المتعمق لتنفيذ برنامج العمل بشأن التنوع البيولوجي البحري و الساحلي مرجع سابق ، ص 12

4-2- المنافس المائية الحرارية : تقع المنافس المائية الحرارية على طول جميع الارتفاعات المتطاولة النشطة وسط المحيطات و مراكز انتشار الأقواس الخلفية ، ومن المعروف أن المنافس المائية الحرارية تدعم بشكل استثنائي المجتمعات البيولوجية المنتجة في أعماق البحار ، وتتراوح حيوانات هذه المنافس بين البكتيريا الصغيرة المخلقة كيميائيا إلى الديدان الأنبوبية و المحاريات و سرطانات البحر العملاقة و يشكل 91 % من الأنواع التي تعيش في هذه المنافس و حولها نسبة الأنواع المتوطنة ، و توضح الكائنات الحية السائدة الألاف من الأحياء ذات الوفرة المنخفضة غالبية التنوع ضمن شعب الكائنات الحية¹

ثانيا : التهديدات المؤثرة سلبا في التنوع البيولوجي البحري والعوامل المتصلة به :

1- التهديدات المؤثرة في التنوع البيولوجي البحري

لقد أفضت التحليلات العلمية و المتابعة للتنوع البيولوجي البحري إلى تحديد 149 نوعا من التهديدات التي تخص التنوع البيولوجي البحري و الساحلي و قد تم تصنيفه الى 07 أقسام سيتم الاقتصار على ذكر ما تعلق بشكل أكثر بالتنوع البيولوجي البحري على النحو الموالي :

1-1- الصيد البحري في المنظومات الحساسة

تتمثل ابرز المشاكل التي حددت في الصيد في معشبات "البوزيدونيا" ، و الصيد على الشعاب المرجانية و الصيد على تراكبات مايرل ، و الصيد في المغارات و الصيد البحري غير الشرعي و استخراج بلح البحر، تجميع الطحالب التجارية ،الصيد في اعالي البحار من قبل القوارب الغير مرخصة ، القرصنة ، و استعمال المتفجرات) وكذا عمليات القنص العرضي ، و الصيد البحري المفرط و النقص في عمليات المتابعة و المعلومات .²

2-1- اجتياح الأنواع غير الأصلية (الأنواع الغريبة الغازية):

تتزايد حالات تفشي الأنواع الغريبة الغازية و الإصابة بها من حيث العدد و الشدة مع تزايد الآثار المأساوية التي تصيب التنوع البيولوجي ، و الإنتاجية البيولوجية ، و هياكل الموائل ، و مصائد الأسماك ، و يشير توزيعها الجغرافي إلى وجود علاقة قوية بين ظهور الأنواع الغازية و المناطق المضطربة و الملوثة و ذات الصيد المفرط و بوجه خاص مواقع طرق الشحن الرئيسية على نطاق عالمي و الطرق الملاحية الكبرى و من المرجح أن يؤدي تزايد الآثار الناجمة عن تغير المناخ إلى تسريع و تيرة هذه الغزوات و إلى زيادة احتمال حدوث غزوات تقوم بها أنواع أخرى .³

¹ نفس المرجع ص13

² برنامج العمل الاستراتيجي للمحافظة على التنوع البيولوجي ،برنامج الامم المتحدة للبيئة ، خطة عمل البحر الأبيض المتوسط ، مركز الأنشطة الإقليمية للمناطق المتمتعة بحماية خاصة . ص14 www.sapbio.rac-spa.org

³ الاستعراض المتعمق لتنفيذ برنامج العمل بشأن التنوع البيولوجي البحري و الساحلي مرجع سابق ، ص 14

2- السدود و الحواجز :

إن أهم التأثيرات السلبية للسدود و الحواجز المائية هي تلك التغيرات في الشبكة المائية ، و الحد من تدفق المياه العذبة إلى مصبات الأنهار و الملوحة المتنامية في دلتا الأنهار.¹

3- التلوث :

و هو الهاجس الأكبر الذي يشغل القسط الأكبر من الاهتمامات الدولية ، إذ يشمل العديد من المشاكل انطلاقا من التعفن الغذائي و التلوث الحضري و الصناعي إلى غاية المصرفات تحت البحرية و الأعمال الفلاحية المعتمدة على المخصبات و المبيدات الكيماوية و ما يتسرب منها إلى البحار.²

ثالثا : العوامل المتصلة بالتنوع البيولوجي البحري

1- موارد المياه الدفيئة :

إن الاكتشافات المتوصل إليها في نهاية السبعينيات لموارد المياه الدفيئة العميقة (المحيط الأطلسي- في خليج كاليفورنيا ...و غيرها) فتح الطريق أمام المنظمات المتخصصة في البيوتكنولوجيا إلى اكتشاف التنوع البكتيري البحري و استخداماته في الصناعة الغذائية و مواد التجميل و الاستخدامات الطبية ، هته المصادر تتميز بقصر مدة حياتها لذلك و جب العمل على حمايتها مادام انها مهددة من خلال انتهاك الأعماق الذي يشكل خطرا على النظم البيئية الهشة ، و عليه فإن العمل على حماية التنوع البيولوجي من خلال المحافظة على هذه الموارد و المصادر ، و عم السباح باستغلالها إلا بعد الترخيص المسبق إلا ما تعلق منه بالمصادر التي لم تصبح فاعلة في المس بالتنوع البيولوجي البحري.³

و تسعى بعض البلدان إلى الاقتداء بمن سبقتها في تصنيف بعض المناطق البحرية على أنها مناطق محمية (كندا و البرتغال) كون هته المناطق تقع داخل المنطقة الاقتصادية الخالصة لهته الدول .

2- أعماق البحار :

تحتوي على كمية هائلة من الأنواع و تنوعها ما يتجلى من خلال تقسيمات بيولوجية متعددة .

1-2- **الرصيف القاري :** الرصيف القاري بما فيه الرصيف القاري البارد يحتوي على أنواع كثيرة من الأسماك و الحيتان ذات الطبيعة التجارية الهامة ، و التي تستدعي استخدام شبك الصيد التي تبقى تحت الماء لمدة

¹ برنامج العمل الاستراتيجي للمحافظة على التنوع البيولوجي مرجع سابق ص14

² نفس المرجع ص14

³ Gwenaëlle proutière-Mauléon et Jean-Pierre beurrier, Quelle gouvernance pour la biodiversité marine au de la des zones de juridiction ?N°07/2007 gouvernance mondiale ,institut du développement durable et des relation internationales paris France

زمنية يمكن من خلالها جمع أنواع نادرة من الأسماك و قد تترك آثارا من خلال البقايا التي تخلفها في قاع البحر مما يكون على المكونات الحرارية و الكيميائية للقاع إضافة إلى المساهمة في تقلص الأنواع النادرة.

2-2- المكونات المعدنية: أعماق المحيطات تحتوي مناجم للمعادن مثل المنغنيز التي يستخدمها الساكنة البحرية ، هذه المعادن تعتبر من قبل المخزون الهائل للحديد و المنغنيز و "النيكل" و "النحاس" و "الكوبالت" وتشكل مواضع اهتمام بالبحث كل من النيكل و النحاس و الكوبالت دون غيرها بهدف الاستعمال في الميدان الاقتصادي نظرا لاعتبارها من قبيل المعادن النفيسة و تنوع مجالات استخداماتها ، لكن هته الدراسات والبحوث يجب أن تقدر الجانب البيئي المحتمل و أن تحدد تداعيات الاستعمال على توازن النظام الايكولوجي و مدى تحمله لهته الاستخدامات .

2-3- المصادر الباردة : هته المناطق ذات درجة البرودة المنخفضة جدا ، تعرف هجرة الكائنات البيولوجية الحية المتغذية على الكيميائية و الشروط البيو تكنولوجية و مدة حياة أطول ، فهي تمثل اذن نفس الاهمية كموارد المناطق الحارة و لكن تحديد مواقعها غير معروف ما يخلق صعوبة في تعريف المناطق المحمية .

إضافة إلى الغازات الهيدروية و المخلفات المعدنية و التلوث بالنفط وزيوت السفن و عوامل التجارب العلمية و البحث و الاستكشاف كلها عوامل تتصل بالتنوع البيولوجي البحري بطريقة مباشرة أو غير مباشرة تثر فيه و تتأثر به و من هنا و جب على المجتمع الدولي العمل على إيجاد إطار قانوني يحمي و يحافظ على هته الموارد و الأنواع و التنوع داخل الأوساط المائية البحرية سواء على الصعيد الدولي أو الإقليمي أو ضمن الاتفاقيات الشائبة.

و هو ماسيتم التطرق إليه من خلال استعراض الاهتمامات الدولية بالتنوع البيولوجي البحري من خلال القواعد العامة للقانون الدولي من خلال إثارة مشكلة أعالي البحار و تنظيم الصيد البحري فيها و ظهور البوادر الأولى للنصوص الحماية

رابعا :أعالي البحار و مشكلة الصيد البحري

تحدد أعالي البحار على أنها المناطق البحرية التي لا تتبع للبحار الإقليمية و لا إلى البحار الداخلية لدولة ما و لا للمنطقة الاقتصادية الخالصة وهو ما أشارت إليه المادة 86 من اتفاقية قانون البحار لعام 1982 و أعطت المادة 87 من نفس الاتفاقية حرية أعالي البحار باعتبارها مفتوحة لجميع الدول الساحلية و غير الساحلية في مجالات الملاحة و التحليق و وضع الكابلات و خطوط الأنابيب و حرية إقامة الجزر الاصطناعية و حرية صيد الأسماك و حرية البحث العلمي .²

¹ Gwenaëlle proutière-Mauléon et Jean-Pierre beurrier, Quelle gouvernance pour la biodiversité marine au de la des zones de juridiction ? page 21

² انظر المواد 86 و 87 من اتفاقية الامم المتحد لقانون البحار 1982 المعدلة في 1994 www.un.org/depts/los convention

ومن هنا فكل منطقة تخرج عن التحديد السالف الذكر تكون ضمن ما يعرف بأعماق البحار الكبرى ، بمعنى القاع و ما تحت القاع ، و تعرف أيضا بالمنطقة و التي تعد تراثا مشتركا للإنسانية بما فيها المياه العذبة التي تحويها طبقا للمادة 133 و 136 من اتفاقية قانون البحار¹

إن النظام المطبق على هذه المنطقة مبني على مبدأ الحرية (المادة 87،ق،ب) و الذي يؤكد على عدم أحقية أي دولة بسط نفوذها أو سيادتها على أي جزء من هته المنطقة ، في حين يسمح بممارسة هذه الحرية في إطار لتعاون و مراعاة مصالح الدول الأخرى المحمية بنصوص القانون الدولي ، إذن فهي منطقة حرة و غير خاضعة لأي سيادة و هو ما يمكن اعتباره ملكية مشتركة للجميع².

و في هذه المنطقة بالذات لا تمتلك الدول الاختصاص العام ولا المحدد ، و إنما لها سلسلة من الميزات المحددة بنص المادة 87 من اتفاقية قانون البحار .

ان الثروات الطبيعية لأعالي البحار و التي هي قابلة للاستغلال كالثروات السمكية و المصادر الحية البيولوجية ليست خاضعة للملكية أحد ، ما يستدعي أن يحق لكل واحد حرية الاصطياد في ظل نظام خاص .

و بما أن اتفاقية قانون البحار 1982 تعتمد حرية الصيد فهي تطرح مشكلة ذات طبيعة خاصة بالنظر إلى أهمية نشاط الصيد البحري بالنظر إلى المردود التجاري للصيد و المصادر المعتمدة فيه اذ فاقت 500.000 طن في السنوات الأخيرة³

و لقد دأبت المنظمات الدولية المتخصصة في مجال الصيد البحري على العمل على تحضير برامج خاصة من بينها برنامج علمي يمكن من خلاله تقييم المخزون و من ثم اعطاء التعليمات المتعلقة بالمحافظة على القيمة الفعلية للموارد الصيدية .

ان الدول الساحلية تمتلك الأهلية الخاصة على الموارد السمكية في المناطق الخاضعة لسيادتها و إلى غاية 200 ميل بحري ابتداء من خطوط الأساس و بعد هذه المنطقة تعطي اتفاقية قانون البحار حرية الصيد البحري بالتنسيق مع الدول المتعاونة مباشرة بواسطة تدخل منظمات الصيد البحري المختصة بهدف الحفاظ على الموارد والمخزون ومصالح الدول المجاورة (م 116،ق،ب) إذن يحق لكل الدول أن يمارس صيادوها حق الصيد في أعالي البحار في إطار التزامها الاتفاقية وحقوق ومصالح الدول المجاورة.

ولقد حددت المادة 116 من اتفاقية قانون البحار بوضوح حرية الصيد والالتزامات الواقعة على الدول التي تمارس الصيد وكذا حقوق والتزامات دول الجوار.⁴

¹ انظر المواد 133 و 136 من اتفاقية قانون البحار ، نفس المرجع

² A-KISS D Shelton , traite de droit Européen de l'environnement , édition frison –poche 1995

³ Gwenaëlle proutière-Mauléon et Jean-Pierre beurrier, op. cité p22

⁴ المادة 116 من اتفاقية قانون البحار ، مرجع سابق

الاتفاقية المتعلقة بتطبيق نصوص اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار في 10 ديسمبر 1982 المتعلقة بالمحافظة على حيز مخزون الأسماك المبرمة في نيويورك في 14 أوت 1998 والتي كرست هذه القاعدة حيث ألزمت دول العالم أن تفرض على بحارها احترام المعايير المفروضة من قبل المنظمات الدولية للصيد، ومن هنا يجب على هته الدول إصدار ترخيصات لبواخر الصيد التي تمارس الصيد في أعالي البحار ووضع سجل متابعة لكل باخرة مسجلة ويحق لدول الجوار الأعضاء في المنظمات الإقليمية للصيد أن تراقب وتفحص وثائق سفن الصيد في أعالي البحار. من خلال هته المعايير والاحتياطات للمحافظة بدأ ت تظهر شيئا فشيئا ظاهرة مخزون الثروة السمكية لأعالي البحار لفائدة الدول الساحلية ، اتفاقية ليا في 12 يوليو 1989 والتي أنشأت منظمة المحيط الأطلسي- لصيد التونة قد خصصت استغلال هذه الثروة لفائدة الدول الشاطئية في مناطق أعالي البحار المحاذية للمنطقة الاقتصادية الخالصة والدول الحبيسة لا يستفيد سوى . بما تبقى من مناطق أعالي البحار ويمكن للدول الشاطئية أن تمتع هذا النشاط على الدول الأخرى - الحبيسة- حتى في المناطق التي تخرج من المنطقة الاقتصادية الخالصة وهو ما دفع لتكاثر عمليات الصيد الغير مرخصة والتي تؤدي حتما إلى تدهور وضع الثروة السمكية بأعالي البحار.¹

هذه الظاهرة أخذت حيز الاهتمام الذي ظهر من خلال المناقشات التي دارت في المؤتمر المتعلق بحكومة الصيد البحري في أعالي البحار في مايو 2005 بيان جونس (كندا) حيث أقرت بعض لدول العلم بأنها لا تراقب فعليا سفنها المستعملة للصيد في أعالي البحار ومن ثم كان التهريب أكثر وجودا تحت غطاء العلم للدول التي تفتقر لوسائل الوقاية والتي تعتمد نظام الترقيم الحر .

ومن ثم فإن مخطط العمل الدولي المقترح من اللجنة الدولية للصيد التابعة للفاو FAO في مارس 2002 لم ينجح في التقليل من الظاهرة ومحاربتها وعليه أصبح لزاما على الدول آخذا مسؤوليتها بجدية .وعموما أصبح الصيد في الشواطئ أو في أعالي البحار أو يهدم الساكنة البحرية ويؤثر على الكائنات الحية البحرية.

تمثل البحار و المحيطات 71% من إجمالي مساحة كوكب الأرض و تلعب دورا أساسيا في النظام الإيكولوجي البري و البحري ، وتمثل عاملا أساسيا في نشاطات الإنسان سواء تعلق الأمر بمصادر الغذاء (الصيد البحري)، أو جانب الاتصال (النقل البحري) .

من هذا المنطلق تكون البحار و المحيطات عوامل أساسية يركز عليها في تنظيم و ديمومة الصيد أو الأمن أو التنوع البيولوجي البحري ، و إذا كان من المعلوم اليوم أن المجالات المائية البحرية مثلت مصدرا للحياة على الكوكب و لم يكن مهد أسلافنا مهددا بنشاط الإنسان ، ما دامت المحيطات تجمع ما يفوق 90 % من الكائنات

¹ Gwenaëlle proutière-Mauléon et Jean-Pierre beurrier, op.cité .p 23

البيولوجية ، يقع على الإنسان واجب العمل على مكافحة تقلص التنوع البيولوجي و خاصة التنوع البيولوجي البحري¹.

ان تحليل الاتفاقيات و الإعلانات الدولية الحديثة ذات الصلة بالصيد و البيئة البحرية تنم بالتوجه إلى ضرورة تنظيم الصيد البحري بطريقة مستدامة تحافظ على البيئة البحرية ، غير أن الملاحظ هو افتقار المبادرات التي تم تفعيلها مؤخرا إلى التنسيق قيا بينها من حيث المعايير المعمدة سواء تعلق الأمر بالمتدخلين و تعددهم أو سوء تقدير للخطر الذي يهدد الجهود المبذولة في إطار المحافظة على البيئة البحرية ، فالظاهرة تستدعي اليوم تضافر الجهود من اجل إيجاد تنظيم يهدف إلى حوكمة تسيير المجالات البحرية و الحفاظ على بنيتها من خلال تنويع الهيئات المختصة و كذا الآليات القانونية سواء على الصعيد الدولي أو الإقليمي.

فلقد عرف التنوع البيولوجي كاهتمام مشترك للإنسانية و تم التأكيد على ذلك من خلال قرار الجمعية العامة 1803 في ديسمبر 1962 و تم إيجاد الإطار القانوني العام الذي يمكن من خلاله حمايته ضمن نصوص اتفاقية قانون البحار لعام 1982 و التي تؤسس للإطار القانوني الخاص بالتنوع البيولوجي المترجم من خلال اتفاقية التنوع البيولوجي 1992 .

حيث لم تتطرق اتفاقية قانون البحار 1982 بصورة مباشرة للتنوع البيولوجي البحري و لكنها تتضمن من خلال النصوص الواردة فيها و المتنوعة الخصائص العامة المتعلقة بحماية الوسط البحري التي يمكن من خلالها حماية التنوع البيولوجي البحري ، و للإشارة فإن اتفاقية قانون البحار 1982 لم تتطرق أيضا إلى النص على أية هيئة أو لجنة تعكف على متابعة موضوع حماية التنوع البيولوجي و حماية أعالي البحار ، و اكتفت بإخضاع النشاطات الممارسة في أعالي البحار إلى قانون الدولة صاحبة العلم ، و لا يمكن أن تحتج أي دولة بسيادتها ، و تبقى مسألة معالجة الأضرار الناتجة عن هته النشاطات عل عاتق ' دولة العلم ' .

إستثناء المياه العذبة التي تحويها قاع المحيطات و التي تعتبر تراثا مشتركا للإنسانية بناءا على المادة 136 من اتفاقية قانون البحار 1982 (المنطقة و مواردها تراث مشترك للإنسانية) ، تبقى المكونات الأخرى للتنوع البيولوجي البحري حاليا تخضع لنظام المنطقة الدولية و أعالي البحار .

إن حماية التنوع البيولوجي البحري و بطريقة أكثر دقة و خصوصية تم إقرارها من خلال إبرام اتفاقية التنوع البيولوجي لسنة 1992 بريو دي جانيرو في 05 جوان 1992 ، هذا النص الذي اعترف بسيادة الدول على تنوعها البيولوجي و الذي أعطاها حق الاستخدام و الاستعمال طبقا لنظمها و سياساته الاقتصادية حتى و إن قامت بتحديد و تفعيل نظم المجالات المحمية داخل مجالها البيولوجي المتنوع و كل عمل جموي أو ثنائي يفترض فيه الخضوع لهذه الاتفاقية .

¹ Gwenaëlle proutière-Mauléon et Jean-Pierre beurrier, op.cité.P28

لقد حددت هذه الاتفاقية إطاراً عاماً لحماية التنوع البيولوجي و الاستخدام المستدام للمكونات وفق توزيع عادل و متوازن كاستخدام المصادر الجينية و ذلك من خلال التعاون على نقل التطور التكنولوجي و التقنية العالية¹.

تنظر هذه الاتفاقية الى التنوع البيولوجي البحري كأحد العناصر المكونة للتنوع البيولوجي و عليه فإنها لا تحمل سوى عدد قليل من الالتزامات الواقعة على عاتق الدول من خلال نشاطها في أعالي البحار كمن هذه المناطق تخرج عن سيادة الدول ، الا اذا كانت هذه النشاطات من دولة عضو في الاتفاقية و التي تعلم من دون شك اهمية التعاون بين الدول من أجل المحافظة على الاستغلال المستدام للتنوع البيولوجي من خلال احترام النظام الايكولوجي خارج مناطق سيادتها ، فإن كان للدول الحق في استغلال مواردها فإنه يقع على عاتقها واجب العمل على أن تكون نشاطاتها غير ضارة بالبيئة في المجالات الخاضعة لسيادة دولة أخرى أو حتى تلك التي لا تخضع لسيادة أي دولة (أعالي البحار) .

إن غياب نظام خاص بالتنوع البيولوجي البحري و خاصة ما يتصل باستخدام و استغلال و حماية الموارد الجينية التي تحويها أعماق البحار ، هو الذي استدعى الدول الأطراف في اتفاقية التنوع البيولوجي في المؤتمر الثاني للدول الأطراف المتعقد في نوفمبر 1995 بإندونيسيا إلى تحديد برنامج عمل سمي (مذكرة جاكرتا) .

هذا البرنامج خصص للعمل على إعداد مخطط عمل لإيجاد اتفاقية التنوع البيولوجي البحري و الساحلي ، تهدف النصوص الأساسية لهذه الاتفاقية إلى وضع نظام متوازن للمجالات البحرية و الساحلية و تحديد المجالات البحرية المحمية ، الاستغلال العقلاني للموارد البحرية و الساحلية و مكافحة غمر المواد الملوثة السامة و آثارها على البيئة ، و تهدف الوثيقة إلى الوصول إلى هذا الهدف من خلال الاعتماد على المنظمات الدولية و الاتفاقيات و المخططات الإقليمية ، الحكومات و كذا المنظمات الغير حكومية ، هذا الاجتماع غير المنظور القانوني للموارد الطبيعية و اعاد ترتيبها .

إن حماية الأحياء داخل المحيطات يمكن أن يتبلور من خلال إيجاد آليات قانونية أخرى إقليمية كانت أو دولية تتبنى عاملاً من العوامل ، أو احد الكائنات الحية البحرية المهددة على نسق اتفاقية منظمة البحار الدولية مارلبور 1978 ، او اتفاقية اوسبار 1992 أو اتفاقية برشلونة 1995، و عموماً و منذ سنة 2001 لم تعد الاشكالية تتعلق بعدد ووفرة النصوص القانونية و انما تبقي في تطبيق النصوص .

¹ الاتفاقية المتعلقة بالتنوع البيولوجي الهيئة الفرعية للمشورة العلمية التقنية و التكنولوجية ، الاجتماع الرابع عشر 10-21 ماي 2010 ، نيروبي ، ص8

الفرع الثاني : التنوع البيولوجي البحري ضمن اتفاقية البحار 1982 و اهتمامات الهيئات الدولية أولا : اتفاقية قانون البحار 1982.

اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لسنة 1982 تؤسس الإطار القانوني العام المتضمن حماية المحيطات وهي لا تتضمن بصورة مباشرة التنوع البيولوجي البحري حيث لم يكن هناك حديث عن التنوع البيولوجي البحري وقت إمضاء الاتفاقية

النصوص ذات الصلة بالتنوع البيولوجي البحري .

- اتفاقية قانون البحار تتضمن نصوصا عديدة وقواعد عامة تتصل بحماية الوسط البحري و من ثم حماية التنوع البيولوجي البحري وفي هذا الصدد نجد المواد 192 إلى 196 تشير إلى:

- تلزم الدول بالحماية والمحافظة على الأوساط البحرية هذا الالتزام يعني تكلفة المناطق البحرية سواء تلك الخاضعة لسيادة الدول أو تلك المتعلقة بالملكية المشتركة للإنسانية.

- كما تلزم الدول خاصة بالحماية والمحافظة على النظم الايكولوجية والأصناف المنقرضة أو الحساسة والتي هي تحت أي تهديد [مواد 192 إلى 194]

- كل استغلال يجب أن يتم في إطار هذه الأهداف

- تلزم الدول بأخذ الاحتياطات الواجبة لمنع التلوث

- تتعاون الدول من أجل تجسيد أهداف الاتفاقية بطريقة مباشرة أو من خلال المنظمات الدولية أو الإقليمية المتخصصة في مجال المحافظة أو الاستعمال المستدام للموارد البحرية وأيضا فيما يتعلق بحماية البيئة البحرية. [118+197]¹

- نشاط أي دولة لا يجب أن ينجم عنه ضرر بيئة الغير.

- على الدول أخذ الاحتياطات اللازمة لمنع إدخال الأنواع الغريبة.

وهناك نصوص أخرى تتضمنها اتفاقية قانون البحار 982 تتعلق خصوصا بالمنطقة والموارد التي تحويها جاءت في الفصل الرابع من الاتفاقية المعدلة في 1994 وكذلك الأمر بالنسبة للنصوص الواردة في الفصل السادس التي تعالج مكافحة التلوث والتي تتعلق بصورة غير مباشرة بالتنوع البيولوجي.

لم تعين اتفاقية قانون البحار أي منظمة أو جهاز خاص يرعى النظم الايكولوجية لأعالي البحار لذلك تبقى معالجة النشاطات الممارسة في أعالي البحار تتخبط بين الاختصاص القضائي لدولة العلم ودول الجوار في ظل الإطار القانوني الحالي للاتفاقية وعليه فإن حماية النظام الايكولوجي في أعالي البحار يبقى خاضعا لإدارة الدول لتتعاون

¹ المادة 118 و 197 من اتفاقية قانون البحار ، مرجع سابق

فيما بينها أو عن طريق المنظمات الدولية وهو ما أشارت إليه الاتفاقية بالتزام الدول بالتعاون من أجل اعتماد قواعد مشتركة من خلال انشاء منظمات دولية تعني بالصيد البحري وعليه فإن المسؤولية عن جبر الضرر تعود على الدولة .. العلم بناء على الالتزام بالتعاون وإيجاد قواعد لحماية النظام الإيكولوجي من خلال ضمان التسيير والمحافظة على المخزون المهدد .

هذه القواعد العامة والتي تمت مناقشتها خلال المؤتمرات الدولية الخاصة بالبيئة أو التنمية فإنها تؤسس القاعدة المبدئية أين يمكن من خلالها تنظيم الحماية و المحافظة على الوسط البحري ويمكن تفعيلها بصورة جدا ما دامت لا تتعارض مع أي ضوابط أخرى.

ثانيا : دور الهيئات الدولية في أعماق البحار.

أنشأت الهيئة الدولية لأعماق البحار بموجب الفصل السادس من اتفاقية قانون البحار تهدف أساسا إلى تسيير الاستعمال واستغلال الموارد المائية في المنطقة الدولية لأعالي البحار التي تخرج عن نطاق السيادة المحدودة للدول.

فكل عملية استغلال لا بد أن تخضع لموافقة وترخيص من الهيئة الدولية لأعماق البحار وبالنظر إلى الإمكانيات المالية والتكنولوجيا العالية التي يتطلبها هذا النوع من المشاريع فإن عددا قليلا فقط تم اعتماده من قبل اللجنة الدولية في الوقت الذي تبقى فيه الموارد البحرية غير محددة وتكاليفها معقولة بالمقارنة مع استغلال الموارد البحرية.

الموارد الجينية ليست خاضعة لسلطة اللجنة الدولية لأعماق البحار كونها ليست ضمن الموارد المائية المحددة ضمن المادة 133 [الموارد الصلبة – الغازية - السائلة¹.....]

هذا ما استدعى الهيئة إلى دراسة إمكانية توسيع اختصاصاتها إلى حماية التنوع البيولوجي للأعماق وهو ما يستدعي مراجعة نصوص اتفاقية قانون البحار التي من الصعب إيجاد اتفاق على تعديلها حيث دامت المشاورات 9 سنوات لإمضاءها و 12 سنة من أجل تعديلها سنة 1994 و دخولها حيز النفاذ .

وفي غياب نص صريح يحمي هته الموارد يبقى الإطار العام لاتفاقية قانون البحار يحمي بصورة عامة ويقلل من الاستغلال حيث أن الهيئة الدولية لأعماق البحار لا تعنى بحماية البيئة البحرية طبقا لنص المادة 145.

تؤكد الاتفاقية على التعاون الدولي والتفاهم المشترك في مجال البحث من خلال المواد 138-141-143 فهي تلزم الدول المستغلة لأعالي البحار الأخذ بعين الاعتبار الإحتياجات التي تتضمن المحافظة على الموارد البيولوجية وتتعاون مع الدول المعنية [م117] وتكلفهم بالعمل على حماية البيئة البحرية بهدف حماية النظام الإيكولوجي بنص المواد 192-194 ، و بأن يتفادوا إدخال أي أنواع سامة المواد [196-202]

¹ المادة 133 من اتفاقية قانون البحار 1982 . مرجع سابق

هته النصوص والقواعد العامة يمكن تصنيفها ضمن العمل على حاية التنوع البيولوجي البحري.

المطلب الثاني: الإطار الخاص لحماية التنوع البيولوجي البحري

إن البقاء في الإطار العام لحماية التنوع البيولوجي من خلال النصوص القانونية المتصلة بشكل غير مباشر بموضوع التنوع البيولوجي البحري لا يمكن من استنباط السبل القانونية و الآليات المتاحة لحماية هذا التنوع و المحافظة على النظام الايكولوجي وهو ما يحدو بنا إلى البحث في الإطار الخاص بحماية التنوع البيولوجي البحري تبعاً لما يلي :

الفرع الأول : اتفاقية التنوع البيولوجي 1992

تم تحديد الإطار القانوني للتنوع البيولوجي بصورة خاصة من خلال التوقع على اتفاقية التنوع البيولوجي سنة 1992 والتي سجلت حيز النفاذ سنة 1994 ولقد تناولت المادة 02 من الاتفاقية مفهوم التنوع البيولوجي وأضوت على المجالات البحرية، وتشير أيضاً المادة 22 إلى أن الدول الأطراف في الاتفاقية تعمل على تطبيق بنود اتفاقية التنوع البيولوجي بما في ذلك ما تعلق منها بالأوساط البحرية بناء على الحقوق والالتزامات المنبثقة عن قانون البحار.

هذا النص الذي يعترف بسيادة الدول على تنوعها البيولوجي ما يترك لها حرية الاستغلال تطبيقاً لسياستها الاقتصادية حتى وإن اقتضى الأمر انشاء نظام لحماية الهواء ضمن مبادئ مناطق التنوع البيولوجي "الإيجاد أو الاحتفاظ بوسائل تستهدف تنظيم أو إدارة أو التحكم في المخاطر المرتبطة باستخدام وإطلاق كائنات حية ومعدلة ناجمة عن التكنولوجيا الإحيائية التي قد يكون لها تأثير معاكس على الناحية البيئية مما يؤثر على صيانة التنوع البيولوجي على نحو قابل للاستمرار مع الأخذ في الاعتبار أيضاً المخاطر على صحة البشر"¹

تسطر اتفاقية التنوع البيولوجي إطاراً للمحافظة على التنوع البيولوجي والاستعمال القابل للاستمرار لمكوناته وتوزيع عادل ومتوازن بين المستفيدين من الموارد الجينية كما في ذلك نقل التقنية الضرورية التي تستدعيها مسائل التوصل إلى الموارد

حيث تنص المادة 15 " يحاول كل طرف متعاقد تطوير وتنفيذ البحوث العلمية القائمة على الموارد الجينية التي توزعها الأطراف الأخرى المتعاقدة بالمشاركة لهذه الأطراف وفي تلك الأطراف في ما أمكن"²

والعمل على نقل التكنولوجيا ونقلها فيما بين الدول المتعاقدة وهو ما جاء به نص المادة 16 : "...وأن الحصول على التكنولوجيا ونقلها فيما بين الأطراف المتعاقدة تعد عناصر أساسية لتحقيق أهداف هذه الاتفاقية..."³

¹ المادة 08 من اتفاقية التنوع البيولوجي 1995

² المادة 15 من اتفاقية التنوع البيولوجي 1995

³ المادة 16 من اتفاقية التنوع البيولوجي 1995

كما أكدت المادة 19 على استخدام التكنولوجيا الحيوية وتوزيع فوائدها¹.

يرى جانب من الفقه أن نصوص هذه الاتفاقية خاصة في مجال الموارد الجينية والموارد الجينية البحرية لم تميز بالحزم والفصل من خلال انتشارها إلى كل ما أمكن الأمر ما يضعف من قوة النص القانوني²

إن التمتع في اتفاقية التنوع البيولوجي يوحي أن الاتفاقية مغلقة على تصور الموارد الخاصة بسلطة مجموعة 77 ولفائدها ما يدل على أنها قابلة للتطبيق على أعالي البحار وأنها تنظر إلى التنوع البيولوجي البحري كأحد مكونات التنوع البيولوجي العام.

فهي لم تشر إلا إلى التزامات تقع على عاتق الدول المعنية بأعالي البحار لأن هذه الحالات تخرج من اختصاصها إلا ما تعلق بالاتفاقيات الثنائية الإقليمية أو الدولية المتضمنة استغلال الموارد المائية في أعالي البحار في إطار المحافظة على البيئة البحرية والتنوع البيولوجي البحري.

إذن فاتفاقية التنوع البيولوجي يمكن تطبيقها بصورة غير مباشرة كونها تعرف بأهمية التعاون بين الدول في إطار احترام النظام الإيكولوجي الحالي في المجالات الخارجة عن مناطق السيادة أين يمكن للدول حق استغلال مواردها الخالصة فيقع على عاتقهم أيضا واجب العمل على أن لا يحدث هذا الاستغلال ضررا بيئيا على الدول الأخرى أو في مناطق لا تخضع لأي سيادة وطنية بالمقابل فإن نصوص الاتفاقية تطبق على الدول الأطراف بينها حتى عندما تمارس نشاطاتها داخل المناطق الخاضعة لسيادتها .

فاستغلال الموارد لا بد أن يكون قابلا للاستمرار وأن يحافظ على الموارد(م8) وأن يتم التوزيع العادل ونقل التكنولوجيا والمشاركة في الوصول إلى الموارد والتعاون العلمي (م5) وهذا الأخير يهدف إلى الإعلام وتكوين الباحثين.

إن التطرق إلى ميدان الدراسة في المجال البيولوجي البحري المحدد بالبحار الخاضعة للسيادة والتي لا تتجاوز 200 ميل بحري ، عناوين الملكية الخاصة الفردية أو الجماعية مضمونة بنصوص القانون ، القانون الوطني في الدولة صاحبة السيادة على المنطقة ، ومن بين هته النصوص هناك منها من ينظم قانون الملكية الفكرية التي أصبحت تلعب دورا مميّزا في نقل التكنولوجيا.

¹ Gwenaëlle proutière-Mauléon et Jean-Pierre beurrier, Quelle gouvernance pour la biodiversité marine au de la des zones de juridiction ?N°07/2007 gouvernance mondiale ,institut du développement durable et des relation internationales paris France .

² Gwenaëlle proutière-Mauléon et Jean-Pierre beurrier, Quelle gouvernance pour la biodiversité marine au de la des zones de juridiction ?N°07/2007 gouvernance mondiale ,institut du développement durable et des relation internationales paris France

من خلال الاتهامات الموجهة إلى بعض الدول الأطراف في الاتفاقية ومجموعة 77 خصوصا جرت مناقشات في 2002 في المؤتمر الحادي عشر للدول الأطراف لاهاي أين تم وضع خطوط عمل تتضمن شفافية أكبر في مجال المعلومات وتبادل فوائدها وفي سنة 2003 اقترحت فرنسا إنشاء لجنة علمية دولية يمكن من خلالها أن تجمع الدول بهدف الوصول الى مستوى اعلى من التنسيق و التبادل العلمي و التكنولوجي .

إن غياب التنظيم الخاص والمتخصص بالتنوع البيولوجي البحري وحماية الموارد الجينية التي تحويها أعماق البحار هو ما استدع العمل على إيجاد برنامج عمل خاص عرف بنوثيقة جاكارتا mandat de Djakarta والتي تعني بالتنوع البيولوجي البحري والساحلي، في خضم المؤتمر الثاني للدول الأطراف في اتفاقية التنوع البيولوجي والذي انعقد في اندونيسيا نوفمبر 1995 ويهدف إلى إيجاد خطة لتطبيق اتفاقية حول التنوع البيولوجي البحري والساحلي وأهم المبادئ الأساسية المقترحة:

- معايير التسيير المتوازن للمجالات البحرية والساحلية - تحديد المناطق البحرية المحمية - مكافحة زرع الأنواع الغريبة والغازية .

- دراسة التأثير على البيئة - الاستعمال المنتظم للموارد البحرية والساحلية ، وتعتمد الوثيقة على المنظمات الدولية، الاتفاقيات وخطط العمل الإقليمية، الحكومات والمنظمات الغير حكومية

الفرع الثاني : الوثائق الدولية ذات الصلة بالتنوع البيولوجي البحري.

إن الحياة في المحيطات يمكن أن تخضع أيضا للحماية من خلال وسائل وآليات قانونية أخرى وهي الوثائق التقليدية الدولية لقانون البيئة ، الاتفاقيات الحمائية والإقليمية والتي تتعلق بالأنواع أو الساكنة المهددة والمقاربات الإقليمية ومثالها تنظيم وتسيير الصيد البحري

اولا : في مجال تنظيم الصيد البحري

اتفاقيتان مهمتان تتعلق بتنظيم الصيد البحري القانون التوجيهي للصيد المسؤول تحت رابعة منظمة الفاو FAO في أكتوبر 1995 والاتفاق المتعلق بتطبيق بنود الاتفاقية للأمم المتحدة قانون البحار 1982-12-10 والمتعلق بمخزون الأسماك التي تنتقل في مختلف الأقاليم البحرية والأسماك المهاجرة الكبرى -نيويورك 1995/08/4، 1995

والتي وضعت من أجل عمليات الصيد في أعالي البحار فالقانون التوجيهي للصيد الذي يضبط تطبيقات الصيد المسؤول من خلال واجب الدول (م06) وفي تفعيل مبدأ الحيطه في تسيير المخزون والاستعمال المعقول لأدوات الصيد التي تحافظ على البيئة و ينص أيضا على واجب الدول على العمل فيما بينها من أجل نقل المعلومات ووضع إستراتيجية موحدة في أخذ القرارات والعمل على تقليص عمليات الصيد الفائضة حيث تعمل دول العلم على مراقبة السفن التي تحمل علمها ويلزمها بتطبيق القانون والتي تعمل داخل المنطقة الاقتصادية التابعة لسيادتها بالتعاون مع دول الميناء.

إن اتفاقية نيويورك وضعت الدول الشاطئية موضع السمو من الدول التي تمارس الصيد من خلال إجبارها التعامل بالقوانين المفروضة على المناطق التي تخضع للدول المطلة على البحر

هذه الاتفاقية مهمة أيضا من حيث نظرتها إلى حماية التنوع البيولوجي البحري إذ تحمل إطارا تفصيليا حول حماية مخزون الأسماك التي تنتقل في مختلف الأقاليم البحرية والأسماك المهاجرة الكبرى حيث مبادئ قانون البيئة كمبدأ الحيطه، مثال ذلك حبال الصيد في أعماق البحار لا يمكن أن تخضع لنشاط سكان الدول الشاطئية والتي تتضرر أحيانا من عملية الصيد .

بعض عناصر تم إدخالهم من قبل منظمة الفاو FAO ومثال ذلك في إطار المخطط الرابع للعمل الدولي من أجل تسيير فترات الصيد وحماية وتسيير الحيتان وحماية الطيور البحرية في المصائد

ثانيا : في مجال مكافحة التلوث

المقاربة الأكثر أهمية يمكن أن نستسقي من خلال عمل المنظمة الدولية البحرية "OME" في مجال التلوث وفي إطار الإقرار العام للحماية من التلوث البحري بالسفن ، المنظمة "OMI" بعثت أنظمة المسؤولية المدنية من أجل التجاوب مع الأضرار التي يخلفها التلوث النفطي أو النقل البحري للبضائع الخطيرة منذ سنة 2001 وتضطلع هذه المنظمة أيضا باكتشاف وتحديد المناطق التي تمثل منفعة خاصة في مجال الحفظ والحماية ، إذن يمكنها إدماج آلية للمراقبة ضمن مناطق أعالي البحار.

المنظمة " OMI " تبحث أيضا عن حماية البيئة البحرية من التلوث البحري الناتج عن السفن وخاصة الاتفاقية الدولية حول مراقبة وتسيير المياه والجزر والحواجز المائية التي يجب أن تخضع لتسيير على مستوى الموانئ أو المياه التي هي في حالة إيكولوجية مستنفرة

ويمكن أن نشير أيضا إلى عدد من الاتفاقيات في نفس المجال:

- اتفاقية لندن 1972 المعدلة في 1996 المتعلقة بالحماية من التلوث البحري الناتج عن النفايات والتي تنضم إغراق النفايات في البحر ومعالجة النفايات الضارة .

- اتفاقية مار لوبل 1978 التي تسمح بتحديد مناطق لتفريغو إغراق النفايات مثل الماء المستعمل أو السوائل الأخرى الضارة

- اتفاقية أوسبار 1992 المتعلقة بالسواحل الشمالية والأطلسية و في أعالي البحار ما عدا بحر البلطيق والبحر الأبيض المتوسط

- برنامج العمل الدولي لحماية الوسط البحري من التلوث الناتج عن الأنشطة البرية

- إعلان مونتريال حول حماية الأوساط البحرية من التلوث الناتج عن الزلازل ومكافحة تلوث الجوار والساحل الناتج عن النشاطات البرية .

هذه النصوص لا تتضمن بصورة مباشرة أعالي البحار ولكنها تهدف إلى مكافحة التلوث والتقليص من الحوادث البحرية فهي تساعد على العمل على حماية التنوع البيولوجي البحري في أعالي البحار في مجال حماية الأنواع:

- ما بين النصوص التي يمكن ذكرها والتي يمكن تطبيقها بهدف حماية الأنواع ويمكن ذكر:

- الاتفاقية الدولية لحماية سمك الحوت - واشنطن-1946

- الاتفاقية المؤقتة لحماية الفقمه في القطب الشمالي -1957-

- اتفاقية جنيف حول الصيد والمحافظة على الموارد البيولوجية لأعالي البحار -1958-

- اتفاقية التجارة الدولية لأنواع والنباتات والحيوانات المتوحشة والمهددة بالانقراض واشنطن

- اتفاقية بون حول الأنواع المهاجرة.

ثالثا : في مجال حماية البيئة البحرية :

أخيرا وفي مجال حماية البيئة يمكن الاستشارة إلى اتفاقية ليا المتعلقة بحماية البيئة البحرية والمناطق الساحلية للمحيط الأطلسي الجنوب شرقي المنعقد في 1911/11/12 ومن جهة أخرى الاتفاقيات المتعلقة للبحار الإقليمية مثل اتفاقية برشلونة 1995 واتفاقية موناكو 1996/11/26 المتعلقة بحماية التنوع البيولوجي للبحر الأبيض المتوسط والبحر الأسود.

الاتفاقيات الأخيرة كانت تتضمن بروتوكول المجالات البحرية المحمية والتي تساعد على العمل على تحديد المجالات المحمية في مختلف المساحات البحرية وفي أعالي البحار.

فاتفاقية برشلونة 1995 تتضمن بروتوكولا ينص على المجالات المحمية في البحر الأبيض المتوسط ومنذ سنة 2001 تضمن بصفة خاصة التنوع في مجال عمله ومن ثم إمكانية تحديد المناطق المحمية وتحقيق الاستغلال المستدام للتنوع البيولوجي محمي وهو ما يحقق تجسيد لمخطط العمل للقرن 21 والذي ينص على حماية المناطق البحرية المهددة وكذا ساكتها .

ويمكن تبني نصوص اتفاقية برشلونة وتطبيقها في مجالات بحرية أخرى غير البحر الأبيض المتوسط من خلال الآفاق والتنظيمات الموجودة والآليات التي يمكن تفعيلها لحالة التنوع البيولوجي البحري نسجل أن هناك تنوع في النصوص تتضمن أدوات جماعية وإقليمية تتصل مباشرة أو بصفة غير مباشرة بالتنوع البيولوجي البحري وتضع التزامات على الدول

وهنا يظهر الحديث عن تطبيق هته النصوص أو صعوبة تطبيقها ميدانيا .

المبحث الثاني الثاني : تنفيذ البرنامج العملي بشأن التنوع البيولوجي البحري

المطلب الأول : ادارة المناطق البحرية و حمايتها

الفرع الأول : التكامل في مجال ادارة المناطق البحرية و حمايتها :

اشار مؤتمر الاطراف في اتفاقية التنوع البيولوجي الى أن برنامج العمل التفصيلي سيكون ساي المفعول لمدة 06 سنوات (2004-2010) و عندها سيجري استعراض معمق للتنفيذ و تنقيح برنامج العمل عند الاقتضاء ، وقرر مؤتمر الأطراف إجراء استعراض معمق لبرنامج العمل بشأن التنوع البيولوجي البحري والساحلي في اجتماعه العاشر وقد أجري هذا الاستعراض وفقا للمبادئ التوجيهية الواردة في اتفاقية التنوع البيولوجي.

تطبق معظم البلدان الساحلية في العالم [البلدان المتقدمة والنامية على حد سواء] الآن إدارة متكاملة للمناطق البحرية والساحلية ووفقا للتقارير الوطنية الصادرة عام 2005 فإن 78% من جميع الأطراف في الاتفاقية المتعلقة بالتنوع البيولوجي قد أقامت إدارة متكاملة محسنة للمناطق البحرية بغية لتقليل الرواسب والأحمال المغذية في البيئة البحرية ويدل هذا الرقم على زيادة منذ عام 2002 حينما كانت 28% فقط من البلدان المجيبة تتوفر على ترتيبات ميدانية مؤسسية وإدارية وتشريعية لتنفيذ الإدارة المتكاملة للمناطق البحرية¹

يبد أن 58% من البلدان كانت قد وضعت هذه الترتيبات في ذلك الوقت وعلى الرغم من عدم توافر إحصاءات محدثة فمن المرجح أن تنفيذ الإدارة المتكاملة للمناطق البحرية والساحلية في مختلف أشكاله قد ازداد في الوقت الحاضر ، ويكون كل بلد من البلدان الساحلية التي قدمت تقريرا وطنيا طوعيا قد أبلغ حتى الآن عن بعض المبادرات ذات الصلة بالإدارة المتكاملة للمناطق البحرية والساحلية ومع ذلك فلا يزال إدماج شواغل التنوع البيولوجي في الأنشطة القطاعية يمثل أحد التحديات التي تواجهها الإدارة المتكاملة للمناطق البحرية والساحلية وبالمثل فالتنسيق بين القطاعات والمستويات الحكومية يظل بحاجة إلى المزيد من التعزيز لكون العديد من الأنشطة و السياسات والتشريعات لا تزال ذات طابع قطاعي ولا توفر تدابير فعالة لتحقيق التكامل .²

وقد تنسى أيضا تنفيذ الإدارة المتكاملة للمناطق البحرية والساحلية من خلال برنامج العمل العالمي لحماية البيئة البحرية من الأنشطة البرية [GPA] الذي وضعه برنامج الأمم المتحدة للبيئة ، ووفقا للاستعراض الحكومي الدولي الثاني الذي أجراه برنامج العمل العالمي في عام 2006 فقد شارك أكثر من 60 بلدا في العمليات ذات الصلة ببرامج العمل الوطنية وهي تمثل في معظمها جزءا من الجهود الإقليمية المنسقة التي تبذلها منظمات البحار الإقليمية ذات الصلة ويتراوح وضع برامج العمل الوطنية هذه من مرحلة التخطيط أو الإعداد إلى التنفيذ الفعلي

¹ - تقرير الهيئة الفرعية للمشورة العلمية والتقنية والتكنولوجية ، الاتفاقية المتعلقة بالتنوع البيولوجي الاجتماع 14 ، نيروبي 10-21 مايو 2010 ص 15

² نفس المرجع ص 16

من خلال مشاريع رائدة وتشتمل هذه الأنشطة على مكافحة التلوث بما في ذلك الملوثات العضوية الثابتة [Pops] والمعادن الثقيلة ومعالجة مياه الصرف الصحي البيئي والرصد بالإضافة الى اصلاح البيئة¹.

إن وضع خطط وطنية وإقليمية للإدارة المتكاملة للمناطق البحرية والساحلية تتميز بشمولها وسعة نطاقها والنطاق الواسع للنظم الإيكولوجية وتراعي الأنظمة الإيكولوجية والأنواع والموائل بالإضافة إلى الاستخدامات والاحتياجات البشرية إن دُعمت هذه الخطط على نحو متزايد حتى ولو لم يكن ذلك بشكل شامل بسياسة عامة ومثال على ذلك فقد وافق برلمان النرويج على تلبية الحاجة الداعية إلى وضع إدارة متكاملة لجميع المناطق البحرية بالاستناد إلى نهج النظام الإيكولوجي وأقامت كندا إدارة متكاملة للمحيطات وهي بصدد تطبيقها في خمس مناطق واسعة لإدارة المحيطات [LOMAs] ويتضمن النهج حكومة الإدارة المتكاملة للمحيطات وهيئاتها الاستشارية والتقييمات الشاملة للخصائص الاجتماعية والاقتصادية والايكولوجية وما يقابلها من حفظ لهذه المناطق يقوم على النظام البيئي وقد وضعت استراليا خططاً بيئية قائمة على قاعدة علمية وأثبتت هذه الخطط فعاليتها في مجال تخطيط وتنفيذ إدارة متكاملة للمناطق البحرية والساحلية.²

الفرع الثاني: إنشاء مناطق محمية وإدارتها.

يتضح من التقارير الوطنية والطوعية المقدمة بموجب الاتفاقية المتعلقة بالتنوع البيولوجي بروز الاتجاه الرامي إلى إنشاء مناطق بحرية محمية جديدة أفادت 94 % من الأطراف بأن خططها القادمة تتضمن إنشاء مناطق بحرية وساحلية محمية جديدة وتشير التقارير إلى أن جميع البلدان الساحلية التي قدمت تقاريرها و قد أنشأت منطقة واحدة أو بضعة مناطق بحرية وساحلية محمية جديدة وأقامت في بعض الحالات شبكات وطنية وفي الكثير من الحالات تعد التغطية التي تحققت للمناطق البحرية والساحلية المحمية عملاً مثيراً للإعجاب ويبدو أن هذا الاتجاه سيواصل في المستقبل حيث أن العديد من البلدان قد حددت أهدافاً تتعلق بإنشاء شبكات ومناطق بحرية وساحلية محمية ويرمي الهدف المنشود في معظم الأحيان إلى حماية ما بين 10 إلى 30 في المائة من الموائل البحرية والساحلية أو إلى التركيز على أنواع محددة من النظم الإيكولوجية مثل الشعاب المرجانية³

وهناك العديد من الأنشطة التي تضطلع بها البلدان بصورة فردية أو جماعية من أجل إنشاء شبكات ومناطق بحرية وساحلية محمية وعلى الرغم من تزايد المساحة التي تغطيها المناطق لبحرية والساحلية المحمية فإنها لا تزال كافية للوصول إلى نسبة 10% التي تشكل الهدف الذي حددته الاتفاقية المتعلقة بالتنوع البيولوجي وبالإضافة إلى ذلك فإن الشبكة العالمية للمناطق البحرية والساحلية البحرية لا تمثل حتى الآن شبكة شاملة أو ملائمة أو مدارة بكفاءة وبوجه خاص فلا يزال تمثيل النظم الإيكولوجية الشديدة البعد عن الشواطئ والموجودة في

¹ - تقرير الهيئة الفرعية للمشورة العلمية والتقنية والتكنولوجية ، الاتفاقية المتعلقة بالتنوع البيولوجي الاجتماع 14 ، نيروبي 10-21 مايو 2010 ص 16

² نفس المرجع ، ص 16

³ نفس المرجع ص 19

المناطق الاقتصادية الخالصة وما وراءها تمثيلا ناقصا كما أن موائل المحيطات المفتوحة لا تحصل إلا على قدر ضئيل للغاية من الحماية وسيفرض تغير المناخ على مديري المناطق البحرية والساحلية المحمية تحديات إضافية إلا أن إنشاء مناطق أخرى منها قد يكون أحد أفضل السبل الكفيلة بزيادة مرونة النظم الإيكولوجية الهشة.¹

المطلب الثاني : أهداف و أفاق الإدارة المتكاملة للمناطق البحرية

الفرع الأول : حفظ الموارد الحية واستخدامه المستدام

تضم محيطات العالم 32 شعبة حية من شعب الكائنات المعروفة على الأرض وتحتوي على ما بين 500000 و 10 ملايين نوع بحري ومن المعروف أن تنوع الأنواع يصل إلى 1000 نوع في المتر المربع الواحد في المحيط الهندي الهادئ وأنه يجري بشكل دائم اكتشاف أنواع محيطية جديدة ولا سيما في أعماق البحار ولذلك فمن غير المستغرب أن تنطوي الموارد الجينية في محيطات العالم وسواحلها على فائدة حقيقية ومحتملة بالنسبة إلى الاستخدامات التجارية على البشرية ويجري حاليا على نطاق عالمي لتجميع المعلومات المتعلقة بطائفة واسعة من النظم الإيكولوجية والأنواع البحرية من طرف تعداد الحياة البحرية وهو شبكة عالمية من الباحثين الذين هم الآن على وشك الانتهاء من عملهم وتشتمل قاعدة بيانات التعداد حتى الآن على سجلات لأكثر من 16 مليون نوع من الأنواع المكتشفة حتى الآن.

ويقدم العمل الجاري من خلال منظمة الأغذية والزراعة بشأن وضع نهج للنظام الإيكولوجي في مصائد الأسماك (EAF) مثلا واعدة على تطبيق نهج النظام الإيكولوجي في القطاع القائم على إدارة الموارد البحرية كما اتخذت مبادرات هامة من طرف المشاريع الإيكولوجية البحرية الكبيرة (LME) المدعومة من مرفق البيئة العالمية وهي المشاريع التي تعكف على تجريب واختبار السبل الكفيلة بتنفيذ الإدارة المتكاملة للمحيطات والسواحل ومصاب الأنهار وأحواض المياه العذبة من خلال نهج النظام الإيكولوجي وقد قدم مرفق البيئة العالمية منذ عام 1995 تمويلات كبيرة لدعم المشاريع المدارة قطريا من أجل بدء العمل بالتقييمات وممارسات الإدارة المتعددة القطاعات والقائمة على النظام الإيكولوجي في المشاريع الإيكولوجية البحرية القائمة حول حواف المحيطات، وقد أطلقت خلال السنوات القليلة الماضية مبادرات كبرى جديدة من أجل حفظ الشعاب المرجانية واستخدامها المستدام وتتضمن هذه المبادرات الجهود الجاري بذلها على المستوى الوطني من خلال المبادرة الدولية للشعاب المرجانية (ICRAN) ومبادرات إقليمية مثل مبادرة للشعاب المرجانية في المحيط الهادئ (CRISP) وتحدي ميكرونيزيا وتحدي منطقة البحر الكاريبي وتحدي المحيط الهندي وبرنامج البحوث المحددة الهدف بشأن الشعاب المرجانية المشترك بين مرفق البيئة العالمية والبنك الدولي وتعد المحافظة على أعلى

¹ تقرير الهيئة الفرعية للمشورة العلمية والتكنولوجية ، الاتفاقية المتعلقة بالتنوع البيولوجي الاجتماع 14 ، نيروبي 10-21 مايو 2010 ص 20

معدلات التنوع البيولوجي العالمية للشعاب المرجانية هي الهدف الذي تسعى إليه اندونيسيا والفلبين وماليزيا وبابوا غينيا الجديدة وجزر سليمان وتيمور¹

وشكلت هذه البلدان مبادرة مثلث الشعاب في عام 2006 استجابة للدعوات التي أطلقتها اتفاقية التنوع البيولوجي والصندوق العالمي للطبيعة والمنظمة الدولية لحفظ وصون الطبيعة بغية الحد من ضياع التنوع البيولوجي وإنشاء شبكات للمناطق البحرية المحمية وتقدم هذه المبادرة مثالا على الجهود المبذولة على نطاق واسع لبناء قدرة الشعاب المرجانية على الانتعاش.

إن الاتفاقية المتعلقة بالتنوع البيولوجي تؤدي دورا رئيسيا في دعم عمل الجمعية العامة فيما يتعلق بالمناطق البحرية المحمية الواقعة خارج الولاية الوطنية وذلك من خلال التركيز على توفير المعلومات العلمية وحسب الاقتضاء ، المعلومات والمشورة التقنية المتعلقة بالتنوع البيولوجي البحري وتطبيق نهج النظام الايكولوجي وعلى تحقيق هدف عام 2010 ومن ثم فإن اتفاقية التنوع البيولوجي تؤدي هذا الدور من خلال تطوير واعتماد معايير علمية لتحديد المناطق البحرية المهمة إيكولوجيا أو بيولوجيا والتي تحتاج إلى الحماية في مياه المحيطات المفتوحة وموائل أعماق البحار وعن طريق تعزيز العمل المتعلق باستعراض وتوليف أحدث المعلومات العلمية المتعلقة بهذه المناطق بالإضافة إلى وضع نظام للتصنيف البيوجغرافي لمناطق المحيطات العميقة.²

الفرع الثاني: الوقاية من الآثار السلبية لتربية الاحياء البحرية و الانواع الغريبة الغازية

أولا : التقدم المحرز في الوقاية من الآثار السلبية

سنت العديد من البلدان المتقدمة منها والنامية على حد سواء [أو هي في طور صياغة] تشريعات ولوائح وطنية تتعلق بتربية الأحياء المائية وهي تحكم مجالات الترخيص لتربية الأحياء المائية ورصدها ومراقبتها وتكفل هذه الصكوك القانونية قيام كل تطوير لهذه الصناعة على مشاريع مستدامة وفي مواقع مناسبة ووفقا لمستويات عالية من الحماية البيئية والايكولوجية وتغطي معظم القوانين واللوائح أوجها عدة لجانب العرض في تربية الأحياء المائية بما في ذلك التخطيط وفرص الوصول والمياه ومياه الصرف الصحي والبذور والأعلاف والاستثمار في تربية الأحياء المائية وحركة الأسماك ومكافحة الأمراض ووفقا للتقارير الوطنية الثالثة المقدمة بموجب الاتفاقية فإن 45 في المائة من جميع الأطراف قد وضعت أساليب فعالة للتحكم في الفضلات والنفايات السائلة وبينما يبدو أن معظم البلدان تمتلك أحكاما قانونية وأطر سياساتية ميدانية لتحقيق تنمية مستدامة في مجال تربية الأحياء المائية فإن إنفاذ القوانين والتقييد بالسياسات لا يزال يمثل مشكلة في الكثير من الحالات وغالبا ما تكون الموارد المالية والبشرية اللازمة لرصد اللوائح وإنفاذها موارد محدودة ويمثل هذا الوضع مشكلة خاصة بالنسبة إلى البلدان التي تمتلك أعدادا كبيرة من صغار المزارعين وتتضمن التقنيات الأكثر شيوعا في مجال تنفيذ تقييم الأثر

¹ تقرير الهيئة الفرعية للمشورة العلمية والتقنية والتكنولوجية ، الاتفاقية المتعلقة بالتنوع البيولوجي الاجتماع 14 ، نيروبي 10-21 مايو 2010 ص 18

² تقرير الهيئة الفرعية للمشورة العلمية والتقنية والتكنولوجية ، الاتفاقية المتعلقة بالتنوع البيولوجي الاجتماع 14 ، نيروبي 10-21 مايو 2010 ص 18

البيئي واختيار الموقع ومن المحتمل أيضا أن تلقى هذه التقنيات أوسع النجاح في مجال الوقاية من الآثار السلبية على التنوع البيولوجي والحد منها ، كما حظيت مسألتنا التقليل من تصريف السائلة في البيئة ومنع الانبعاثات بالاهتمام، ولا تزال مسألة إدارة الموارد الجينية بحاجة إلى المزيد من العمل والبحث¹

ثانيا : التقدم المحرز في الوقاية من الأنواع الغريبة الغازية واستئصالها

لا تزال الأنواع الغريبة الغازية الساحلية والبحرية تمثل مشكلة خطيرة في جميع أنحاء العالم – فما إن تستقر الأنواع الغريبة الغازية حتى يصبح من الصعب استئصالها أو إدارتها ولا سيما داخل البيئة البحرية ويجري الآن التعامل مع ناقل مياه الصابورة من خلال الاتفاقية الدولية لمراقبة وتصريف مياه صابورة السفن ورواسبها غير أن هذه الاتفاقية لم تدخل بعد حيز النفاذ ويتعين الاستمرار في مراقبة المواد التي تطلق في الممرات الرئيسية وبوجه خاص مراقبة التلوث البيولوجي وذلك من خلال الجهود الدولية المبذولة وبالنظر إلى مساهمة التلوث البيولوجي على ما يبدو في حدوث غزوات الأنواع البحرية فمن الضروري معالجة هذه المسألة على وجه الاستعجال وقد تحتاج تربية الأحياء البحرية ونواقل النفايات البحرية إلى المزيد من الاهتمام وأخيرا فإنه على كل إستراتيجية ترمي إلى الوقاية من الغزوات الجديدة أن تأخذ في حسابها أن التلوث البحري وتدهور الموائل يجعلان النظم الايكولوجية أكثر ضعفا أمام هذه الغزوات ومن ثم فإنه ينبغي لها أن تتضمن عنصر- بناء مرونة النظم الايكولوجية من خلال تحسين الإدارة والحماية.²

خاتمة :

لقد أدى الاهتمام بحماية البيئة و العمل على تقليص و مكافحة التلوث إلى تخفيف الأضرار و الأخطار المحددة للمكونات الطبيعية للبيئة من موارد بيولوجية عضوية و مادية بما في ذلك مصادر تنوع الأحياء البحرية أو ما اصطلح عليه بالتنوع البيولوجي البحري و ذلك نتيجة للجهود المبذولة على المستوى الدولي و المحلي بهدف تحقيق التنمية المستدامة دون الإخلال بالنظام الايكولوجي ، و لما كانت البحار و المحيطات مصدر استزاق الإنسان لما توفر من مصادر غذائية هامة من خلال مخزون الأسماك و تنوع الأنواع في هذا المخزون ، أو من خلال الموارد الطبيعية المستخدمة في الصناعات التحويلية ، أو استخدام البحر في حد ذاته كطريق للتنقل و الانتقال (النقل البحري) ، لأجل هذا تفتنت الدول و العاملين في مجال البيئة الى الخطر الكبير الذي يشكله تدهور البيئة البحرية ر على التنوع البيولوجي في أعماق البحار و خاصة في تلك المناطق التي تبقى مفتوحة لكل الدول و لا تخضع لسيادة أي دولة ، و احتواءها الرصيد الأكبر من مخزون الأسماك أو من مصادر الطاقة و المعادن ، لهذا كله توجهت الجهود و النوايا إلى العمل على إيجاد سبل جديدة متزنة و منسقة بين أعضاء المجتمع الدولي على العموم و بين الدول الأطراف في اتفاقية التنوع البيولوجي بوجه خاص من أجل تجسيد

¹ نفس المرجع ص20

² تقرير الهيئة الفرعية للمشورة العلمية والتقنية والتكنولوجية ، الاتفاقية المتعلقة بالتنوع البيولوجي الاجتماع 14 ، نيروبي 10-21 مايو 2010 ص20

النصوص القانونية المتفق عليها و المتعلقة بحماية التنوع البيولوجي البحري من خلال الاستغلال المستدام للثروات البحرية و التوزيع العادل و المنصف بين الأطراف .

غير أن تغليب المصالح الذاتية في أغلب الأحيان لا يسمح لبعض الدول أو لا يتماشى مع الجهود الدولية و المواثيق التي صودق عليه ، خاصة ما تعلق منها بنقل التكنولوجيا و التقنية المتطورة و جبر الضرر ، ان حماية الأحياء داخل المحيطات يمكن ان يتبلور من خلال إيجاد آليات قانونية أخرى عل نسق اتفاقية منظمة البحار الدولية ماربول 1978 أو اتفاقية أوسبار 1992 أو اتفاقية برشلونة 1995 ، و منذ سنة 2001 لا يمكن القول أن الأمر لا يتعلق بوفرة النصوص القانونية من عدمه و الجزم بذلك و إنما الإشكال يطرح حول كيفية تفعيل و تطبيق النصوص و توفير الموارد المالية للآليات العاملة في مجال حماية البيئة البحرية و إعطاءها الاختصاصات المتعلقة بحماية التنوع البيولوجي البحري الذي يعتبر رقما مهما في معادلة الحياة الطبيعية على كوكب الأرض .

قائمة المراجع:

● باللغة العربية

- 1- اتفاقية قانون البحار لعام 1982 www.un.org/depts/los/coventions
- 2- اتفاقية النوع البيولوجي لعام 1992 www.un.org/depts/los/coventions
- 3- الاستعراض المتعمق لتنفيذ برنامج العمل بشأن التنوع البيولوجي البحري و الساحلي ، الاجتماع الرابع عشر- لدول الأطراف في الاتفاقية المتعلقة بالتنوع البيولوجي، الهيئة العلمية للمشورة العلمية و التقنية و التكنولوجيا ، نيروبي 10-21 مايو 2010 www.cbd.int/doc/meetings/sbstta-14/official/sbstta-14-04ar
- 4- برنامج العمل الاستراتيجي للمحافظة على التنوع البيولوجي ، برنامج الامم المتحدة للبيئة ، خطة عمل البحر الأبيض المتوسط ، مركز الأنشطة الإقليمية للمناطق المتمتعة بحماية خاصة . www.sapbio.rac-spa.org
- 5- وزارة الدولة لشؤون البيئة السورية -وحدة التنوع الحيوي و برنامج الأمم المتحدة للبيئة ، الدراسة الوطنية للتنوع الحيوي في الجمهورية العربية السورية 1997
- 6- تقرير الهيئة الفرعية للمشورة العلمية و التقنية و التكنولوجيا ، الاتفاقية المتعلقة بالتنوع البيولوجي الاجتماع 14 ، نيروبي 10-21 مايو 2010
- 7- العايب جمال ، التنوع البيولوجي كبعد في القانون الدولي و الجهود الدولية و الجزائرية لحمايته .مذكرة ماجستير في القانون الدولي و العلاقات الدولية ، جامعة الجزائر 01 ،سنة 2005.

● باللغة الأجنبية

- 8- Gwenaëlle proutière-Mauléon et Jean-Pierre beurrier, Quelle gouvernance pour la biodiversité marine au de la des zones de juridiction ?N°07/2007 gouvernance mondiale ,institut du développement durable et des relation internationales paris France
- 9- A-KISS D Shelton , traite de droit Européen de l'environnement , édition frison – poche 1995

دعوى الرجوع ضد مرتكب الخطأ من أجل التعويض في مجال الضمان الاجتماعي*

د/ بن سالم كمال - أستاذ محاضر "ب" - كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة عبد الحميد بن باديس - مستغانم

الملخص:

من المفيد القول أن هاجس المخاطر المهنية المتعددة من حوادث العمل والأمراض المهنية، أصبح يهدد أمن وسلامة فئات عريضة من المجتمع النشيط، مما أثار حفيظة الرأي العام العالمي، على رأسه أعضاء منظمة العمل الدولية، التي جعلت مسألة الوقاية من المخاطر المهنية في أماكن العمل أحد أولوياتها العليا، قبل مسألة معالجة المخاطر المهنية، وازعة في اعتبارها حماية أمن وسلامة الفئات النشيطة في المجتمع ضمن سلم أولوياتها، منتقدة بعض نظم الحماية الاجتماعية الحالية التي أعفت المستخدم من مسؤوليته المباشرة والشخصية عن أخطائه أو أخطاء تابعيه المحتملة في مجال الوقاية الصحية والأمن وطب العمل.

مقترحة - في هذا الإطار - وضع المستخدم أمام مسؤولياته المهنية المترتبة عن الوقاية الصحية والأمن وطب العمل، لاسيما في حالة حوادث العمل والأمراض المهنية، وعدم الاكتفاء بإلزام المستخدم باتخاذ تدابير الحماية، بل تحمل أيضا تبعات الإخلال بتدابير الحماية الواجبة للعمال، منها مساهمته المالية في معالجة تبعات المخاطر المهنية إلى جانب صناديق الضمان الاجتماعي.

وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري، حيث أجاز وبصفة استثنائية - لهيئة الضمان الاجتماعي أو للمضرب أو ذوي حقوقه الرجوع ضد مرتكب الخطأ، في حالة ثبوت الخطأ على أساس القواعد العامة للمسؤولية المدنية.

أمام سكوت قانون المنازعات في مجال الضمان الاجتماعي عن طبيعة الخطأ المرتكب كأساس لقيام مسؤولية المستخدم أو الغير وعن معايير تقديره، يبقى تدخل المحكمة العليا وملحا ومهما لبيان حدود المساحة المخصصة لقضاة الموضوع في تكليف الخطأ الشخصي للمستخدم أو تابعه أو خطأ الغير، كأساس لأي دعوى رجوع هيئة الضمان الاجتماعي أو المؤمن له اجتماعيا. كما أنه سيزيل الصعوبات العملية المترتبة عن استيفاء التعويض التكميلي أو مبلغ الأداءات المقدمة من المستخدم أو الغير أمام الجهات القضائية المختصة.

Résumé :

Dans l'exercice même de son activité professionnelle, le travailleur court des risques divers. Avec le développement du machinisme au cours du 19^{ème} siècle, avec l'utilisation des forces et de produits nouveaux, s'est accru le risque d'accidents du travail ou de maladies professionnelles.

تاريخ إيداع المقال: 2016/07/11

* تاريخ تحكيم المقال: 2016/07/27

A la suite d'une lente évolution, la société a certes assumé la charge de leur réparation. Mais du moment où les principaux acteurs de la relation de travail se participent effectivement par ses actes dans le préjudice causé à la victime, en ce moment là, et par conséquent, on doit responsabiliser les auteurs du préjudice causé à l'assuré sociale.

Il est nécessaire de rappeler que si la violation des règles de sécurité a causé un préjudice sans provoquer d'accident du travail, les règles générales de la responsabilité civile seront appliquées. L'employeur sera responsable non seulement de ses propres fautes mais aussi de celles de ses préposés et devra réparer le préjudice causé.

Mais en cas d'accident du travail, les règles de droit commun sont écartées pour laisser place à la législation spéciale de la réparation forfaitaire par l'organisme de la sécurité sociale. Ni la victime, ni ses proches en cas d'accident mortel, ne peuvent faire condamner l'employeur ou un salarié de l'entreprise à réparer le préjudice causé. C'est seulement en cas de faute inexcusable ou intentionnelle de l'employeur que la victime peut exceptionnellement obtenir une réparation complémentaire ou un remboursement du montant des prestations servies qui sera versée par l'organisme de sécurité sociale, mais mise à la charge de l'employeur.

Il est préférable de rappeler, que devant silence de la législation de sécurité sociale en matière de détermination de la nature juridique de la faute et leurs critères de qualification, reste éventuelle intervention de la cour suprême nécessaire afin de déterminer les frontières de la zone réservé aux juges de fond en matière de définition et de qualification de la faute personnelle de l'employeur ou celle de son préposé ou du tiers responsable, du préjudice causé à l'assuré sociale.

Cette éventuelle intervention va donc, sans doute, permettre aux organismes de sécurité sociale ou de l'assuré social ou de ses ayants droit de se retourner contre l'auteur de la faute pour une réparation complémentaire ou un remboursement du montant des prestations servies.

المقدمة:

ممارسة العامل لأي نشاط مهني يجعله معرضا لمخاطر مهنية متعددة كحادث العمل أو المرض المهني، وهو ما يقتضي- التأمين على المخاطر المهنية لدى هيئة الضمان الاجتماعي، هذه الأخيرة تتولى جبر المخاطر المهنية والتقليل من آثارها على المسار المهني للعامل أو صحته أو حياته، وهو ما يعكس أحد مزايا نظام التأمينات الاجتماعي المتمثل في طابعه التضامني.

تجدر الإشارة إلى أن مجموع المخاطر المهنية الناجمة عن ممارسة نشاط مهني ما، أيا كان نوعه، تتكفل هيئة الضمان الاجتماعي بجبر الأضرار اللاحقة بالمؤمن له اجتماعيا أو ذوي حقوقه، أيا كان الشخص المتسبب في حدوثها، سواء كان المتسبب المستخدم بخطئه الشخصي، أو بخطأ أحد تابعيه، أو خطأ المضرور، أو خطأ الغير (...).

غير أن المشرع الجزائري- وبصفة استثنائية- أجاز لهيئة الضمان الاجتماعي كما أجاز للمضرور أو ذوي حقوقه الرجوع ضد مرتكب الخطأ، في حالة ثبوت الخطأ الذي أساسه القواعد العامة للمسؤولية المدنية¹.

في اعتقادنا، طبقا لمبادئ القانون الاجتماعي، لا تقوم المسؤولية المدنية للمستخدم سواء تجاه هيئة الضمان الاجتماعي أو المضرور أو الغير على أساس القواعد العامة المقررة في القانون المدني، إلا في حالة ثبوت خطأ المستخدم أو تابعه، انجر عنه حادث عمل أو مرض مهني، وهو ما أشار إليه صراحة قانون المنازعات في مجال الضمان الاجتماعي حيث أحال المؤمن له اجتماعيا أو ذوي حقوقه وكذا هيئة الضمان الاجتماعي على القواعد العامة للمسؤولية المدنية من أجل المطالبة بالتعويض.

في اعتقادنا، هاجس المخاطر المهنية المتعددة، من حوادث العمل والأمراض المهنية، الذي أصبح يهدد أمن وسلامة فئات عريضة من المجتمع النشيط، وأثار حفيظة الرأي العام العالمي، على رأسها أعضاء منظمة العمل الدولية، التي جعلت مسألة الوقاية من المخاطر المهنية في أماكن العمل أحد أولوياتها العليا، قبل مسألة معالجة المخاطر المهنية، واضحة في اعتبارها حاية أمن وسلامة الفئات النشيطة في المجتمع ضمن سلم أولوياتها، منتقدة بعض نظم الحماية الاجتماعية الحالية التي أعفت المستخدم من مسؤوليته المباشرة والشخصية عن أخطائه أو أخطاء تابعيه المحتملة في مجال الوقاية الصحية والأمن وطب العمل.

مقترحة- في هذا الإطار- وضع المستخدم أمام مسؤولياته المهنية المترتبة عن الوقاية الصحية والأمن وطب العمل، لاسيما في حالة حوادث العمل والأمراض المهنية، وعدم الاكتفاء بإلزام المستخدم باتخاذ تدابير الحماية، بل تحمل أيضا تبعات الإخلال بتدابير الحماية الواجبة للعمال، منها مساهمته المالية في معالجة تبعات المخاطر المهنية إلى جانب صناديق التأمين الاجتماعي².

¹ - م. 69 من ق.ر.م: 08-08 المؤرخ في 23 فبراير 2008 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي.

² - Dans le rapport général « Risques professionnels : protection sociale et responsabilité de l'entreprise », présenté au congrès mondial de droit du travail et de la sécurité sociale (Paris, 5 au 8 septembre 2006), il est signalé qu'on observe, aujourd'hui, que les régimes public d'allocation maladie sont souvent remplacés, pour une période plus au moins longue, par des obligations pesant sur l'employeur, pour l'inciter de mettre en œuvre les mesures de prévention. Dans certains pays (la Slovaquie, par exemple) l'employeur doit verser une indemnité, prélevée sur ses propres fonds, au travailleur absent au cours des 30 jours ouvrés., citée par M.N.Koriche, Droit du travail, les transformations du droit Algérien du travail entre statut et contrat, Tome 2, O.P.U. 2009, p.35.

الإشكال المطروح، ما طبيعة الخطأ المرتكب كأساس لقيام مسؤولية المستخدم أو الغير تجاه هيئة الضمان الاجتماعي أو المؤمن له اجتماعيا؟ وما هي معايير تقديره طبقا لاجتهاد المحكمة العليا لاسيما بعد سكوت قانون المنازعات في مجال الضمان الاجتماعي؟

ما هي حدود المساحة المختصة لقضاة الموضوع في تكيف وتقدير الخطأ الشخصي للمستخدم أو تابعه أو خطأ الغير كأساس لأي دعوى رجوع هيئة الضمان الاجتماعي أو المؤمن له اجتماعيا؟

ما هي الصعوبات العملية المترتبة عن استيفاء التعويض التكميلي أو مبلغ الأداءات المقدمة من المستخدم أو الغير أمام الجهات القضائية المختصة؟

إجابة عن الإشكال المطروح، تناولنا في المبحث الأول المسؤولية المدنية عن خطأ المستخدم أو تابعه أو خطأ الغير، والمبحث الثاني شروط دعوى الرجوع من أجل التعويض وإجراءاتها.

المبحث الأول: المسؤولية المدنية عن خطأ المستخدم أو تابعه أو خطأ الغير

انطلاقا من المبدأ المدني المتعلق بالمسؤولية المدنية الوارد تحت عنوان العمل المستحق للتعويض، الذي يقضي- بأن كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض، يعد المستخدم مسؤولا مدنيا عن خطئه المرتكب أو خطأ تابعه في إطار ممارسة صلاحياته المتعلقة بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل، متى انجر عنه أضرار تستوجب تعويض ضحية حادث عمل أو مرض مهني.

من الواضح أن العمل المستحق للتعويض وإن اختلف فإنه يشترك من حيث أركانه في الخطأ والضرر والعلاقة السببية، وبما أن مسؤولية المستخدم عن حوادث العمل والأمراض المهنية تقصيرية، فهي الأخرى تتكون من ثلاثة أركان، خطأ المستخدم أو تابعه والضرر والعلاقة السببية بينها.

المطلب الأول: مفهوم خطأ المستخدم أو خطأ الغير ومعايير تقديرهما

إذا كان الخطأ الشخصي للمستخدم أو تابعه كأساس لقيام مسؤوليته المدنية، فلا بد من تحديد طبيعة الخطأ ومعايير تقديره.

من المفيد القول أنه لا يعتبر المستخدم مسؤولا عن أخطائه الشخصية فقط، بل تقوم مسؤوليته أيضا عن أخطاء تابعيه الذين يعملون تحت إدارته، وذلك تطبيقا لمبدأ مدني الذي يجعل المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبة، كما أنه وبغض النظر عن آليات تشغيل التابع وكيفية تنصيبه، تتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبوع²، كما لهذا الأخير حق الرجوع على تابعه في حالة ارتكابه خطأ جسيما¹.

¹ م. 124 من أ. رقم: 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم (...).

² م. 136 من أ. رقم: 58-75 المتضمن القانون المدني.

الفرع الأول: مفهوم الخطأ كأساس لقيام مسؤولية المستخدم أو الغير

من المفيد بداية تعريف عبارة الخطأ من الناحية اللغوية والناحية الاصطلاحية بالنظر إلى مصدره التشريعي أو القضائي أو الفقهي، وبأبعاده المعنوية والمادية.

الخطأ لغة: من سلك سبيل خطأ عامداً أو غير عامد، وهو ضد الصواب.²

الخطأ اصطلاحاً: لقد تقدم الفقه بالعديد من الاقتراحات حول تعريف الخطأ، كما تمكن الاجتهاد القضائي من إيجاد تعريف قانوني للخطأ، ولكنها في مجملها اقتصرت على إبراز أركان الخطأ.³

فهناك من عرف الخطأ، على أنه: "إخلال بالتزام سابق نشأ عن العقد أو عن القانون أو قواعد الأخلاق"⁴، كما عرف البعض الخطأ، على أنه: "إخلال بواجب كان بالإمكان معرفته ومراعاته"⁵.

يتضح من هذين التعريفين أن الخطأ هو إخلال الشخص بالتزام ما، غير أن هناك صعوبة في تحديد طبيعة ومصدر الالتزام محل الإخلال، فهناك التزامات محددة ومعينة بدقة، لا تثير أية صعوبة في تحديدها ومن ثم تحديد الخطأ، كالتزامات الناشئة عن العقد، أو الالتزامات التي يربتها القانون، ولكن هناك حالات أخرى يصعب فيها تحديد الالتزام المخل، خاصة وأن مفهوم الخطأ ينطوي على عنصر معنوي، فالخطأ هو انحراف الفرد عن السلوك المألوف، بمعنى أن الشخص يرتكب خطأ ليس عند مخالفته لواجبات قانونية ناشئة عن القانون أو العقد أو العرف فحسب، بل كذلك عند مخالفة واجبات أخلاقية أو من طبيعة أخرى⁶، وهو ما ذهب إليه البعض، بالقول بأن الخطأ المدني عكس الخطأ الجزائي لا يخضع لمبدأ الشرعية، ومن ثم استحالة حصر- الالتزامات التي يرتب الإخلال بها خطأ⁷.

هناك من الفقه من يرى أن الخطأ هو إخلال بالثقة المشروعة، بمعنى من حق الفرد في تعاملاته مع الغير أن يتوقع سلوكاً عادياً خالياً من سوء النية، وإذا تبين أن الغير قد أخل بهذا السلوك، فيكون حينئذ قد أخل بالثقة المشروعة، وارتكب خطأ⁸.

¹ - م. 137 من أ. رقم: 58-75 المتضمن القانون المدني.

² - المنجد في اللغة والأعلام، دار المشرق: بيروت، ط. الثالثة والأربعون، سنة 2008، ص. 186.

³ - علي فيلاي، الالتزامات (العمل المستحق للتعويض)، مؤلف للنشر: الجزائر، ط. الثالثة، سنة 2012، ص. 52 و 53.

⁴ - La faute est définie comme : « le manquement à une obligation préexistante », Planiol, Traité élémentaire de droit civil, 2^{ème} éd. , T. 2, N. 863.

⁵ - La faute est définie comme : « la faute est l'inexécution d'un devoir que l'agent pouvait connaitre et observer », J.Savatier, définition citée dans l'ouvrage d'Ali fillali, OP.CIT, p.53.

⁶ - L.Borsali Hamdan, réflexion sur la notion de faute en droit civil algérien, Th. Oran 1990, p.55

⁷ - G.Marty, l'illicéité et responsabilité, Etudes juridiques offertes à L. Julliot de la Morandière, p.344.

⁸ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 55.

يرى التيار الحديث أنه يكفي إخلال بالتزام تفرضه القواعد القانونية لوجود الخطأ المدني من دون أن تتساءل عن الحالة النفسية للفاعل، فالخطأ المدني لا يتضمن عنصرا ذاتيا بل يقتصر- على عنصر- موضوعي فقط، مما يسمح بمسائلة الأشخاص الاعتبارية وكذا المجنون والغير المميز (...)، فالخطأ المدني في تصورهم هو كل فعل يرتكبه الشخص ويلحق ضررا بالغير، وهو ما يسمى بالخطأ الموضوعي، ومن ثم يعوض الضحية بغض النظر عن سلوك الفاعل¹.

لقد أخذ المشرع الجزائري في المواد 124 و124 مكرر و125 من القانون المدني بالمفهوم التقليدي للخطأ الذي يقتضي إلى جانب التعدي توفر عنصر الإدراك لدى الفاعل حتى يسأل²، وهو ما سنتعرض له لاحقا.

الفرع الثاني: معايير تقدير خطأ المستخدم أو تابعه أو خطأ الغير أو خطأ المضرور

إن ارتباط الخطأ باعتباره أساس المسؤولية الشخصية بتمييز الفاعل، يثير بعض الصعوبة بالنسبة للمؤسسات المستخدمة كأشخاص اعتبارية، لأنها ليست حقيقية بل هي مجرد شخصية مفترضة لا وجود لها على الواقع، بل مجرد حيلة قانونية اهتدى إليها المشرع قصد تحقيق بعض النتائج، ومن ثم لا تملك إدراكا ولا تمييزا.

يمارس الشخص الاعتباري نشاطاته المختلفة بواسطة تابعيه أو عن طريق الأعضاء القائمين بإدارته، فيكون الشخص الاعتباري مسؤولا متبوعا بالنسبة للأضرار التي يتسبب فيها تابعوه، في حين يكون مسؤولا شخصيا عن الأخطاء التي يرتكبها مثله القانوني الذي يعبر عن إرادة الشخص المعنوي.

قد يقوم الشخص بفعل التعدي بقصد الإضرار بالغير، وقد يحصل منه ذلك عن غير قصد، وقد يكون الالتزام القانوني محل التعدي ذا أهمية بالغة، وقد يكون أمرا بسيطا، ويترتب على هذه الاحتمالات وجود نية الإضرار بالغير أو عدم وجودها من جهة، وأهمية الالتزام القانوني الخل به من جهة أخرى، فهناك الخطأ العمدي والخطأ بإهمال، والخطأ الجسيم، والخطأ البسيط، والخطأ التافه، والخطأ الغير المعذور أو الخطأ غير المغتفر³.

¹ - « En principe, il semble impossible d'admettre une conception subjective et morale de la faute. Cette conception se détruit d'elle-même(...). A la vérité, le juge ne peut considérer les hommes que de l'extérieur s'il prétend les pénétrer ; il commence à entrevoir leurs raisons de leurs défauts et il ne se permettra jamais de les condamner. », tunc, Intervention au colloque de Bale de 1968 sur le fondement et les fonctions de responsabilité civile, Travaux de ce colloque, éd.1973, p.203.

² - المادة 124 وضعت حدا للمخالفات الفقهية التي أثارتها صياغتها الأصلية، التي جاء فيها: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

³ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص.72.

كقاعدة عامة، ومن الناحية النظرية، ليس لهذا التباين في الأخطاء أهمية عملية، حيث أن نتيجتها واحدة بالنسبة للمسؤولية المدنية، وهي جبر الضرر اللاحق بالضحية، فالخطأ بإهمال مثله مثل الخطأ العمدي، يلزم الفاعل المسؤول بتعويض الضرر الذي أصاب الضحية لا غير¹.

غير أنه استثناء، قد تعتد بعض التشريعات بدرجة الخطأ في بعض الحالات الخاصة، كالتشريع المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي الذي اعتد بالخطأ الغير المعذور والخطأ العمدي الذي يرتكبها المستخدم ضد المؤمن له اجتماعياً²، والتقنين المدني الذي اعتد بدرجة الخطأ لقيام مسؤولية المدين في حالة الغش في تنفيذ العمل، أو حالة ارتكابه خطأ جسيم في تنفيذ العمل³.

من الواضح عملياً أن القاضي يتأثر في تقديره للتعويض بدرجة الخطأ، إذ كثيراً ما يهتم بوضعية الضحية في حالة الخطأ العمدي، بينما يراعي الوضع الاجتماعي أو الاقتصادي للمستخدم في حالة ارتكابه خطأ بسيط أو تافه.

1- تكييف وتصنيف خطأ المستخدم أو تابعه:

تجدر الإشارة إلى أنه رغم تغطية الضرر اللاحق بالمؤمن له اجتماعياً أو ذوي حقوقه في إطار نظام التأمين الاجتماعي، يبقى ضحية حادث العمل أو المرض المهني بإمكانه وبصفة استثنائية- الحصول على تعويض على عاتق المستخدم طبقاً لأحكام القانون العام، تكمة للأداءات المقدمة أو التي ستقدمها هيئة الضمان الاجتماعي، بسبب الخطأ غير المعذور أو الخطأ العمدي المرتكب من طرف المستخدم أو تابعه⁴.

من المفيد الإشارة إلى ما ورد من درجات الخطأ في التشريع المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي، ويتعلق الأمر بالخطأ الغير المعذور والخطأ العمدي الذي قد يرتكبها المستخدم ضد المؤمن له اجتماعياً، حيث تتحدد على ضوءها مسؤولية المستخدم عن خطئه الشخصي أو مسؤوليته عن خطأ تابعه، وهو ما انسجم تماماً مع توصيات منظمة العمل الدولية⁵.

¹ -écrit L.Borsali Hamdan : « La distinction entre faute intentionnelle et faute non intentionnelle et la distinction entre différentes fautes non intentionnelles sont sans conséquences véritable sur le plan de l'obligation à réparation. », OP.CIT, p.118.

² م.ق. 71-08: رقم 08-08 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي.

³ م.ق. 172 من أ. رقم: 58-75 المضمن القانون المدني.

⁴ - M.N.Koriche, OP.CIT, p.36.

⁵ - Dans le rapport général « Risques professionnels : protection sociale et responsabilité de l'entreprise », présenté au congrès mondial de droit du travail et de la sécurité sociale (Paris, 5 au 8 septembre 2006), il est observé que les rapports nationaux sont unanimes pour relever que la réglementation procède à une combinaison du régime forfaitaire de réparation avec des possibilités de recours de droit commun, en cas de négligence caractérisé ou de faute intentionnelle de la part de l'employeur., M.N.Koriche, OP.CIT, p.36.

أ-الخطأ العمدي:

لم يعرف المشرع الجزائري المقصود بالخطأ العمدي لقيام المسؤولية المدنية للمستخدم تجاه المؤمن له اجتماعيا أو ذوي حقوقه أو هيئة الضمان الاجتماعي.

بالرجوع إلى القواعد العامة، حدد المشرع الجزائري صور التعسف في استعمال الحق، واعتبرها خطأ موجبا للتعويض، متى كانت الغاية منها الإضرار بالغير، وهو ما يتطلب وجود عنصر-العمد أو الإصرار لدى الفاعل لإلحاق الضرر بالغير، حيث يعرف الخطأ العمدي بفعل التعدي الذي يصدر عن الشخص بقصد الإضرار بالغير، وليس بمحض إرادته الحرة، بل رغبة منه في إلحاق الضرر بالغير، فهو يريد الآثار المترتبة عن فعله¹.

كما سوت القواعد العامة بين السلوك الذي ينطوي على الغش أو التدليس أو الخطأ الجسيم إلى درجة تشابهها بالخطأ العمدي، فالغش أو التدليس يتطلبان دائما وجود نية الغش والتحايل لدى الفاعل، وهذا يعني حتما الإضرار بالغير².

بينما لم يستقر الفقه على تعريف موحد للخطأ العمدي، بل ارتبط تعريفه بنظريتين، الأولى نظرية العلم، والثانية نظرية الإرادة، فيرى أنصار النظرية الأولى أنه لا بد من وجود رغبة في الإضرار بالغير لدى الفاعل، كأن يكون على علم ودراية بأن الفعل الذي يقدم عليه سيلحق ضررا بالغير، فالإرادة حسبهم لا سيطرة لها على إحداث النتيجة، وإنما تقتصر على الفعل فقط، فالعلم هو الذي يعطي إرادة الفعل صفتها غير المشروعة. بينما يكفي أنصار النظرية الثانية، إدراك الفاعل على أن يكون الفعل الذي يرتكبه قد يلحق ضررا بالغير ولو كان لا يرغب فيه³.

بينما عرف المشرع الفرنسي الخطأ المتعمد، بأنه عبارة عن وجود فعل إرادي من جساماة استثنائية قد ارتكبت بنية الإضرار بالغير، فالخطأ العمدي بالنسبة له يتكون من عنصرين، هما: إرادة الفعل، ونية الإضرار⁴.

فلا تكفي إرادة المستخدم في ارتكاب الفعل، بل يتطلب اتجاه نية المستخدم إلى إحداث الضرر بالعامل، وهو ما يشكل صعوبة عملية للتعرف على النية الحقيقية لصاحب العمل، كونها مسألة باطنية، فالعامل المضروب أو ذوي حقوقه، أو هيئة الضمان الاجتماعي، يقع على عاتقها عبئ إثبات سوء نية المستخدم، كأساس لأي دعوى رجوع ضده، وهو ما يجعل احتمال حصولها على التعويض ضئيلا أو منعما⁵.

¹- 124 مكرر من أ. رقم: 58-75 المتضمن القانون المدني.

²- 172 و 182 من أ. رقم: 58-75 المتضمن القانون المدني.

³ - L.Borsali Hamdan, OP.CIT, p.128.

⁴- راجع المادة 3-452 من قانون الضمان الاجتماعي الفرنسي.

⁵- قالية فيروز، الحماية القانونية للعامل من الأخطار المهنية، مذكرة ما جستير، جامعة تيزي وزو، السنة 2005، ص.152 وما يليها.

تجدر الإشارة إلى أنه في حالة تهاون المستخدم أو عدم مراعاته لقواعد الوقاية الصحية والأمن وطب العمل يتعرض للمسائلة الجزائية، حتى وإن نسبت هذه المخالفات إلى العمال، فإنها تعتبر من فعل المستخدم، إذا لم يتخذ هذا الأخير الإجراءات الضرورية لفرض احترام التعليمات القانونية في هذا المجال، ولم يتخذ العقوبات التأديبية على مرتكبي هذه المخالفات، غير أنه لا يسأل المستخدم إذا ارتكبت هذه المخالفات عمداً من طرف العمال¹، وهو ما يخول في هذه الحالة الحق للضحية في المطالبة بالتعويض التكميلي مباشرة من مرتكب الخطأ العمدي.

ب- الخطأ غير المعذور:

لم يعرف المشرع الجزائي المقصود بالخطأ غير المعذور في قانون المنازعات في مجال الضمان الاجتماعي، بينما كان قد عرفه في القانون السابق، على أنه: "يمثل الخطأ غير المعذور والصادر عن صاحب العمل في توفر إحدى الشروط التالية: خطأ ذو خطورة استثنائية، - عدم استدلال صاحب العمل بأي فعل مبرر، - خطأ ينجم عن إدراك صاحب العمل بالخطر الذي يسببه، - خطأ ينجم عن فعل أو عن تغاض متعمد"².

انطلاقاً من قراءتنا لشروط الخطأ غير المعذور، نرى أن معايير تقديره نوعان: معيار موضوعي ومعيار ذاتي، فالشرطين الأول والثاني، معياران موضوعيان، لتعلقها بتحديد درجة الخطأ المرتكب، واستحالة تبرير الخطأ المرتكب من طرف المستخدم، بينما الشرطين الثالث والرابع، معياران ذاتيان، لتعلق الأول بإثبات علم المستخدم بالضرر الذي يمكن أن يلحق بالعامل، وتعلق الثاني بالإرادة، ولهذا فالخطأ غير المعذور ينقسم إلى عناصر، موضوعية وأخرى ذاتية، تضعه ما بين الخطأ العمدي والخطأ الجسيم، وتجعله من أنواع الخطأ الموصوف³.

من خلال الصياغة القانونية الصريحة للمادة، تسمح للقاضي بتقدير الخطأ غير المعذور بمجرد توفر أحد المعايير المذكورة في القانون السابق، بينما اشترط القضاء الفرنسي استيفاء الشروط كلها في الخطأ غير المعذور⁴.

¹ م. 36 من ق. رقم: 88-07 المؤرخ في 26 يناير 1988 المتعلق بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل، ج.ر. مؤرخة في 27-01-1988، ع. 4، ص. 117.

² م. 45 من ق. رقم: 83-15 المؤرخ في 03 جويلية 1983 المتعلق بنزاعات الضمان الاجتماعي.

³ - قالية فيروز، المرجع السابق، ص. 181 وما يليها.

⁴ - La cour de cassation française toutes chambres réunies a défini la faute inexcusable dans un arrêt du 15 juillet 1941 dans les termes suivants: « La faute inexcusable s'entend d'une faute d'une gravité exceptionnelle, dérivant d'un acte ou d'une omission volontaire, de la conscience du danger que devait en, avoir son auteur, de l'absence de toute cause justificative et se distinguant par le défaut d'un élément intentionnel de la faute visée au paragraphe 1 de la loi du 9 avril 1898. ».

من الواضح أن الخطأ غير المعذور يتسم بدرجة من الخطورة عبر عنها المشرع الجزائري بالخطورة الاستثنائية، وأنه سلوك متعمد صادر عن الإرادة الحرة لصاحب العمل، كما أنه سلوك يدرك صاحب العمل مسبقاً عواقبه الخطيرة التي قد تلحق بالعامل، وليس له ما يبرره عملياً، وهو ما يجعله يقترب في -اعتقادنا- من الخطأ الجسيم. رغم سكوت قانون المنازعات في مجال الضمان الاجتماعي عن تعريف خطأ الغير المعذور، غير أنه اعتبره سبباً موجباً لدعوى رجوع هيئة الضمان الاجتماعي ضد المستخدم، وهو ما يتطلب تدخل المحكمة العليا في تعريف الخطأ غير المعذور، أو بيان معايير تقديره لقضاة الموضوع، تأسيساً بمحكمة النقض الفرنسية التي عرفت الخطأ غير المعذور، بأنه خطأ ذو خطورة استثنائية ناتج عن انحراف سلوك أو إهمال إرادي للضмир، مما يهدد ضمير الفاعل، وهو خطأ يقترب من الخطأ العمدي.

فمثلاً من قبيل الخطأ غير المعذور الذي قد يصدر عن المستخدم في أماكن العمل، عدم توفير للعامل الألبسة الخاصة والتجهيزات والمعدات الفردية ذات الفعالية المعترف به من أجل الحماية، بالتوازي مع طبيعة النشاط والأخطار، أو عدم إخضاع وسائل العمل إلى رقابة دورية وصيانة من أجل الحفاظ على حسن سيرها، ومن ثم ضمان الأمن في وسط العمل، أو استعمال أجهزة أو آلات لا تستجيب إلى الضوابط الوطنية أو الدولية السارية في مجال الوقاية والأمن، بسبب عيوب في تصميمها أو صنعها أو خلل لحقها، أو امتناع المستخدم عن توفير طب العمل في أماكن العمل نفسها، كعدم إخضاع العامل للفحوص الطبية عند التشغيل أو الفحوص الدورية أو الخاصة أو المتعلقة باستئناف العمل، عدم اتخاذ تدابير الأمن والسلامة عند تشغيل النساء والعمال القصر والعمال المعوقين¹.

فهذه جميعها التزامات مضمّنة تقع على عاتق المستخدم في مجال الوقاية الصحية والأمن وطب العمل، فعند ثبوت كل مخالفة من طرف المستخدم، يتعرض هذا الأخير بصفة شخصية للعقوبات المنصوص عليها في قانون الوقاية الصحية والأمن وطب العمل، وعندما تنسب المخالفات إلى العمال، فإنها تعتبر من فعل المسير، إذا لم يتخذ الإجراءات الضرورية لفرض احترام التعليمات القانونية في هذا المجال، ولم يتخذ العقوبات التأديبية على مرتكبي هذه المخالفات².

يتعرض المستخدم للعقوبات المنصوص عليها في قانون الوقاية الصحية والأمن وطب العمل، إضافة إلى العقوبات التي قد يتعرض لها تطبيقاً لقانون العقوبات، في حالة حادث عمل أو وفاة أو جروح، طبقاً لمفهوم التشريع المعمول به³، وما يترتب عنه من متابعات مدنية من طرف المصاب أو ذوي حقوقه أو هيئة الضمان الاجتماعي طبقاً لقانون المنازعات في مجال الضمان الاجتماعي⁴.

¹ - م. من 6 إلى 11 من ق. ر.ق. 07-88 المتعلق بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل.

² - م. من 35 إلى 43 من ق. ر.ق. 07-88 المتعلق بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل.

³ - م. 41 و 42 من ق. ر.ق. 07-88 المتعلق بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل.

⁴ - م. من 69 إلى 77 من ق. ر.ق. 08-08 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي.

فالخطأ غير المعذور هو خطأ ذو خطورة استثنائية، ينتج عن فعل أو إهمال متعمد من المستخدم، بالرغم من إدراكه للخطر الذي يسببه من دون أي مبرر.

2- خطأ المضرور:

لم يمنع قانون المنازعات في مجال الضمان الاجتماعي المستخدم من إثبات خطأ المضرور أو خطأ الغير كوسيلتين لنفي المسؤولية عن نفسه ولو جزئياً، وذلك بغرض إنصاف المستخدم أو الغير في تحديد نصيب كل منهما في المسؤولية في حالة تعدد المسؤولين عن الضرر اللاحق بالضحية أو ذوي حقوقه، كقيام مسؤولية المضرور عن خطئه ولو جزئياً، أو قيام مسؤولية المستخدم أو الغير الشاملة أو المشتركة عن خطئيهما، ففي هذه الحالة لا يمكن لهيئة الضمان الاجتماعي سوى الرجوع على المستخدم أو الغير في حدود مسؤوليتيهما الشاملة أو المشتركة.

بينما مسؤولية المضرور عن خطئه المرتكب ولو جزئياً ليست محلاً لدعوى رجوع لهيئة الضمان الاجتماعي، كما أن حقوق المضرور الاجتماعية المترتبة في ذمة هيئة الضمان الاجتماعي، غير وارد أن تكون محلاً لاقتطاع من هذه الأخيرة، لأن حقوق المؤمن له اجتماعياً أو ذوي حقوقه هي محل التزام هيئة الضمان الاجتماعي.¹

3-خطأ الغير:

عاجت أحكام قانون المنازعات في مجال الضمان الاجتماعي خطأ الغير المتسبب في الضرر اللاحق بالمؤمن له اجتماعياً سواء كان جزئياً أو شاملاً، حيث ألزمت -في الحالتين-هيئة الضمان الاجتماعي بالرجوع على الغير لتعويض المبالغ التي دفعها أو التي عليها أن تدفعها للمؤمن له اجتماعياً أو ذوي حقوقه.²

غير أنه ينبغي هنا التفرقة بين حالتين، إذا كانت المسؤولية عن الأضرار مشتركة بين الغير والمستخدم، يمكن لهيئة الضمان الاجتماعي أن ترجع على أحدهما أو كليهما متضامنين³، بينما إذا كانت المسؤولية عن الأضرار مشتركة بين المضرور والغير أو المستخدم، فلا يمكن لهيئة الضمان الاجتماعي الرجوع على هذين الأخيرين إلا في حدود مسؤوليتيهما.⁴

المطلب الثاني: عبئ إثبات علاقة السببية بين خطأ المستخدم أو تابعه والضرر اللاحق بالضحية

تؤكد القواعد العامة المتعلقة بالمسؤولية الشخصية للفاعل على أن كل عمل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير، يلزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض، بمعنى لا تكتمل المسؤولية التقصيرية للفاعل لمجرد وجود الخطأ المرتكب من طرف الشخص، والحاق الضرر به، بل لا بد من وجود علاقة سببية بينهما، بمعنى أن يكون الخطأ هو الذي ألحق الضرر، أو بعبارة أخرى أن يكون خطأ المسؤول هو المتسبب في الضرر اللاحق

¹ - M.N.Koriche, OP.CIT, p.36et 37.

² - م. 70 من ق.ر.م:08-08 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي.

³ - م. 74 من ق.ر.م:08-08 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي.

⁴ - م. 75 من ق.ر.م:08-08 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي.

بالمضروب، أي أن يكون الضرر قد ترتب كنتيجة مباشرة للفعل الضار، وقد يكون هناك خطأ وضرر ولكن لا توجد رابطة سببية بينهما¹.

اشتراط قانون المنازعات في مجال الضمان الاجتماعي قيام علاقة سببية بين الخطأ الشخصي - للمستخدم أو تابعه والضرر اللاحق بالمؤمن له اجتماعيا أو ذوي حقوقه لقيام مسؤولية المستخدم، ومن ثم استحقاق التعويض التكميلي أو استرداد مبلغ الأداءات المقدمة².

يثير موضوع إثبات علاقة السببية بين الخطأ الشخصي للمستخدم أو تابعه والضرر اللاحق بالمؤمن له اجتماعيا أو ذوي حقوقه تساؤلات حول من يقع عليه عبئ الإثبات؟ وما هي وسائل الإثبات المحتملة؟

الفرع الأول: إثبات علاقة السببية

بالرجوع إلى القواعد العامة لم تعرف علاقة السببية، ولكن في إطار بيانها لمعايير تقدير التعويض، اشتترطت في الضرر الموجب للتعويض أن يكون نتيجة طبيعية لعدم تنفيذ الالتزام أو للتأخر في تنفيذه³، فلاعتداد بالضرر الذي يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام يعني بالنسبة للفقهاء أن المشرع الجزائري اعتمد نظرية السبب المنتج، وكرسها القضاء الجزائري في أكثر من مناسبة⁴.

يثير موضوع إثبات علاقة السببية تساؤلين، هما على من يقع عبئ إثبات علاقة السببية، ووسائل إثبات علاقة السببية.

أولا/ عبئ إثبات علاقة السببية:

في غياب أحكام خاصة تنظم إثبات علاقة السببية في قانون المنازعات في مجال الضمان الاجتماعي يجب الرجوع إلى القواعد العامة، التي تقضي في مادة الإثبات أن البينة على المدعي واليمين على من أنكر، غير أن التطبيقات القضائية أظهرت مرونة في تطبيقها⁵.

أعني إثبات علاقة السببية يقع على عاتق المضروب:

طبقا للقواعد العامة يجوز للمضروب أن يثبت علاقة السببية بكل الوسائل، كالشهود والقرائن المادية والخبرات بمختلف أنواعها(...).

¹ -يسرد بعض الفقهاء مثالا عن ذلك، كما لو أن شخصا دس السم لشخص آخر، وقبل أن يسري السم في جسده، قتله أحد الأشخاص بغير ناري، فإن الخطأ قد تحقق دون شك في جانب من دس له السم، ولكنه لا يسأل عن مقتله، لأنه لا توجد بين الخطأ الذي ارتكبه وبين مقتل الشخص، أية علاقة سببية.

² م. 70 و 71 و 72 من ق. رقم: 08-08 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي.

³ -علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 193.

⁴ -علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 318 و 319.

⁵ - (Actori Incumbi Probatio).

مبدئياً على المضرور أن يثبت خطأ المسؤول والضرر الذي أصابه ووجود علاقة سببية بينهما، والا كانت دعواه غير مؤسسة قانوناً، فهذه الأركان واجبة الإثبات، ويقع عبئ إثباتها على عاتق المضرور طبقاً للمادة 124 من القانون المدني الجزائري.

في اعتقادنا تطبيق المادة 124 من القانون المدني في مجال حوادث العمل والأمراض المهنية، عديم الفعالية، لما يترتب عنها من صعوبات عملية، من شأنها الإضرار بمصلحة المضرور عوض حمايته، وتحمله مسؤولية لا مبرر لها، مما يتطلب إبداء المرونة في تطبيقها من طرف قضاة الموضوع، إلى حد ينسجم مع خصوصية العلاقة، ويراعي حساسية المركز القانوني للمضرور.

من المفيد التمييز بين المضرور كشخص عادي لا تربطه أية علاقة قانونية بمرتكب الخطأ المتسبب في الضرر، والمضرور بصفته عاملاً تربطه علاقة عمل بالمستخدم، حيث توصف هذه العلاقة الخاصة بالعمل بالمأجور التابع، فالعامل باعتباره الطرف الضعيف في علاقة العمل لا يمكن تحميله أكثر مما يمكن أن يتحملة عملياً، آخذين بعين الاعتبار الحفاظ على مساره المهني، بينما المستخدم مرتكب الخطأ المتسبب في الضرر اللاحق بالموءمن له اجتماعياً أو ذوي حقوقه، باعتباره الطرف الأقوى في علاقة العمل، لما يملكه من نفوذ وسلطات مترتبة عن مسؤولية تسيير الهيئة المستخدمة، لها آثار مباشرة على تنفيذ علاقة العمل.

في وقت يعاني فيه العامل المصاب تداعيات صحية لحادث العمل أو المرض المهني، قد تبتعد مؤقتاً عن العمل، نحمله فيها عبئ إثبات خطأ المستخدم أو تابعه، من وجهة نظرنا مهمة شبه مستحيلة استحالة مادياً. في هذه الحالة لا بد أن يلعب القضاء دوراً إيجابياً وأكثر فاعلية من أجل تحمل عبئ المضرور في هذا المجال، أو على الأقل مشاركته المضرور في تحمل عبئ إثبات علاقة السببية، وهذا ليس انحيازاً لطرف على حساب الآخر، بل ترجيح لكفتي الميزان، بالنظر إلى ثقل طرفي العلاقة القانونية.

ب- وسائل إثبات علاقة السببية:

لا يمكن تحميل العامل عبئ الإدلاء بالشهادة ضد المستخدم أو تابعه، تجنباً للآثار السلبية المحتملة لهذه الوسيلة من الإثبات على مساره المهني.

في اعتقادنا لا بد من تفعيل في مجال حوادث العمل والأمراض المهنية- وسائل إثبات بديلة أكثر فعالية على المستوى القضائي يستعين بها قضاة الموضوع عند الحاجة، على غرار القرائن القانونية التي خصصت لضحية حادث عمل أو مرض مهني، والقرائن القضائية التي يستخلصها القاضي من ملابس الحادث أو المرض، ومرافعات الأطراف، والوثائق والمستندات المقدمة، من محاضر التحقيق الابتدائي للضبطية القضائية، ومحاضر التحقيق القضائي، ومحاضر المعاينات والإعذارات بالامتنال والمخالفات المحررة من طرف مفتشي- العمل، أو محاضر المخالفات المحررة من طرف أعوان الرقابة التابعين لهيئة الضمان الاجتماعي، وكذا التقارير الدورية الصادرة عن لجنة الوقاية الصحية والأمن التابعة للهيئة المستخدمة.

لابد من تفعيل وسائل الإثبات الخاصة بالمادة الاجتماعية، تراعي خصوصية العلاقة التي تربط مرتكب الخطأ بالضحية، هذه العلاقة الخاصة تستدعي تدخل أعوان مراقبون مخفون يسهرون على استقرارها، وعدم الاكتفاء بالقواعد العامة في مجال الإثبات لعدم فاعليتها العملية في كثير من الحالات.

ج-توظيف القرائن القانونية كوسيلة لإثبات في مجال حوادث العمل والأمراض المهنية:

استثناء، ويهدف حماية الطرف المضرور أو ذوي حقوقه، افترض قانون حوادث العمل والأمراض المهنية وجود علاقة السببية بين الخطأ والضرر، حيث أحال إلى بعض القرائن القانونية في إثبات الطابع المهني للحدث أو المرض، حيث اعتبر كل حادث أو وفاة تطراً في مكان العمل أو في مدته، إما في وقت بعيد عن ظرف وقوع الحادث، وإما أثناء العلاج الذي عقب الحادث، ناتجتين عن العمل ما لم يثبت العكس، من طرف المستخدم أو هيئة الضمان الاجتماعي¹.

افترض أيضاً القانون الطابع المهني لحادث العمل، كل حادث عمل يطرأ أثناء المسافة التي يقطعها المؤمن للذهاب إلى عمله أو الإياب منه، وذلك أيا كانت وسيلة النقل المستعملة، شريطة ألا يكون المسار قد انقطع أو انخرط²، وهو ما استقرت عليه المحكمة العليا³.

غير أنه يسقط الطابع المهني لحادثة الوفاة بقوة القانون، إذا اعترض ذوو الحقوق على طلب تشريح الجثة المقدم من طرف هيئة الضمان الاجتماعي، في هذه الحالة يقع على عاتق ذوي حقوق الضحية إثبات علاقة السببية بين الحادث والوفاة طبقاً للقواعد العامة⁴.

من الواضح أن حماية العامل المؤمن له اجتماعياً أو ذوي حقوقه، من وراء افتراض الطابع المهني للحادث أو المرض بموجب أحكام خاصة.

بينما يكون المستخدم مسؤولاً مسؤولية شخصية عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار، متى كان هذا الأخير يعمل لحسابه، غير أنه للمستخدم حق الرجوع على تابعه المرتكب للخطأ الجسيم والمتسبب في الضرر اللاحق بالضحية أو ذوي حقوقه⁵.

¹ م. 9 من ق. ر. 13-83 المؤرخ في 2 جويلية 1983 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية، المعدل والمتمم (...).

² م. 12 من ق. ر. 13-83 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية.

³ غ.م.ع.، ملف رقم: 118623، قرار بتاريخ: 11-07-1995، م.ق. لعام 1996، ع. 2، ص. 85: "المبدأ: من المقرر قانوناً أن كل إصابة أو وفاة تطراً في مكان العمل أو أثناء مدته، تعتبر ناتجة عن العمل ومستوجبة للتعويض، إلا إذا ثبت العكس. ومتى تبين أن مورث الطاعنين توفي على إثر سكتة قلبية وهو يقود شاحنة تابعة للبلدية التي كان يعمل بها، وصرحت اللجنة الوطنية للطعون بقبول الدعوى حادث العمل إثر الوفاة، فإن قضاة الموضوع يرفضهم طلب التعويض لعدم التأسيس، قد خالفوا القانون واستوجب قرارهم النقض".

⁴ م. 11 من ق. ر. 13-83 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية.

⁵ م. 136 و 137 من أ. ر. 58-75 المتضمن القانون المدني.

المبحث الثاني: شروط دعوى الرجوع من أجل التعويض وإجراءاتها

عرف التشريع الجزائري خلال السنوات الأخيرة انتشارا لأنظمة خاصة للتعويض، منفصلة عن القواعد العامة للمسؤولية المدنية، والتي يكاد يفوق عدد الضحايا الخاضعين لهذه الأنظمة الخاصة عدد المتضررين الذين يمكن أن تسعفهم القواعد العامة للمسؤولية المدنية¹، حيث أجاز قانون المنازعات في مجال الضمان الاجتماعي لهيئة الضمان الاجتماعي الرجوع على مرتكب الخطأ المتسبب في الضرر اللاحق بالمؤمن له اجتماعيا من أجل تعويض مبلغ الأداءات المقدمة، كما أجاز للمؤمن له اجتماعيا أو ذوي حقوقه الرجوع على مرتكب الخطأ قصد الحصول على تعويض تكميلي²، وهو ما سنتناوله لاحقا.

المطلب الأول: دعوى رجوع هيئة الضمان الاجتماعي ضد مرتكب الخطأ

تجدر الإشارة إلى أن تناول موضوع دعوى رجوع هيئة الضمان الاجتماعي ضد مرتكب الخطأ المتسبب في الضرر اللاحق بالمؤمن له اجتماعيا، يثير تساؤلات حول طبيعتها القانونية وشروطها وإجراءاتها.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لدعوى رجوع هيئة الضمان الاجتماعي ضد مرتكب الخطأ

من المفيد أن نشير إلى أن رجوع هيئة الضمان الاجتماعي ضد مرتكب الخطأ المتسبب في الضرر اللاحق بالمؤمن له اجتماعيا تارة يكون وجوبيا وتارة يكون جواريا.

1- بالرجوع إلى صريح القانون، رجوع هيئة الضمان الاجتماعي على الغير يكون وجوبيا³، بينما على المستخدم يكون جواريا⁴، وسر اختلاف الحالتين، يعود إلى كون الغير وهو المتسبب في الضرر اللاحق بالمؤمن له اجتماعيا أو ذوي حقوقه، المترتب عن حادث العمل المقترن بحادث المرور، وطالما الغير مؤمن له لدى شركة التأمين، فنقوم مسؤولية هذه الأخيرة بصفتها المسؤول عن الحقوق المدنية، ومن ثم تقوم مسؤولية الغير عن خطئه أيا كان نوعه، ويستوجب متابعتها سواء من طرف الضحية أو ذوي حقوقه أو من طرف هيئة الضمان الاجتماعي من أجل التعويض.

¹ -Ali Filali, L'indemnisation du dommage corporel : la consécration d'un système d'indemnisation exclusif de la responsabilité civile, RASJEP, n° 01-2008, p.99. ouvrage cité par Bentrria maamar, L'influence de la notion de risque sur le régime juridique de la responsabilité civile des professionnelles, m. Tlemcen-2012, p.17.

² م. 69 من ق.ر.م: 08-08 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي.

³ م. 70 من ق.ر.م: 08-08 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي: "يجب على هيئة الضمان الاجتماعي، طبقا لأحكام القانون العام، الرجوع على الغير (...).".

⁴ م. 71 من ق.ر.م: 08-08 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي: "يمكن هيئة الضمان الاجتماعي، طبقا لأحكام القانون العام، الرجوع على المستخدم (...).".

بينما المستخدم أو أحد تابعيه، يفترض قيام علاقة عمل بين العامل والمستخدم، مؤمن عليها اجتماعيا لدى هيئة الضمان الاجتماعي من التعرض لمختلف الأخطار المهنية، بإيراد سنوي يدفع أقساطا وفقا للتشريع المعمول به، وتحمل المسؤولية القانونية على عاتق المستخدم، لذا يتخذ رجوع هيئة الضمان الاجتماعي على المستخدم الطابع الجوازي، الغاية منه الظاهرة، استرداد مبالغ الأداءات المقدمة للضحية أو لذوي حقوقه، و الحفية أو المقنعة هي تحسيس المستخدم بالتقصير في مسؤوليته في حماية سلامة وأمن العمال في وسط العمل، وهي حسب البعض شكل من أشكال العقاب للمستخدم حتى يتجنب مستقبلا هذه الدرجة من الخطأ غير المعذور أو الخطأ العمدي، وهو ما يبرر امتناع مختلف تشريعات الضمان الاجتماعي التأمين على هذا النوع من الأخطاء، لأن المستخدم ملزم بحماية العامل مهنيا وأخذ الحيلة وتفاذي الخطر، ولا يمكن التأمين عليها لتبرير المخالفات التي يقرتها المستخدم، وإيجاد غطاء قانوني يحميه، حتى وإن كان مؤمن اجتماعيا على العامل المصاب.¹

2- الطابع الاستثنائي لدعوى رجوع هيئة الضمان الاجتماعي على المستخدم، هو تكريس لبعض حالات رجوع هيئة الضمان الاجتماعي على المستخدم متى استوفت الشروط القانونية، وهي استثناء عن مبدأ حصانة صاحب العمل في مجال نظام حوادث العمل، والمقصود به عدم إمكانية مطالبة صاحب العمل بالتعويض لفائدة المصاب أو ذوي حقوقه أو لهيئة الضمان الاجتماعي، بل ينبغي اللجوء إلى الهيئات التي حددها القانون لهذا الغرض²، وهو ما انتهى إليه المجلس الأعلى³، فالاستثناء تحكمه قواعد القانون العام⁴، بينما المبدأ تحكمه قواعد القانون الخاص⁵.

الفرع الأول: شروط دعوى رجوع هيئة الضمان الاجتماعي ضد مرتكب الخطأ

من الواضح أن شروط دعوى رجوع هيئة الضمان الاجتماعي ضد المستخدم أو الغير نوعان، شروط عامة مقررّة وفقا لأحكام القانون العام، وشروط خاصة مقررّة وفقا لأحكام قانون المنازعات في مجال الضمان الاجتماعي.

¹ -قالية فيروز، الحماية القانونية للعامل من الأخطار المهنية، مذكرة ما جستير، جامعة تيزي وزو، السنة 2005، ص. 181 وما يليها.

² -لحطاح علال، حوادث العمل بين نظرية الأخطار المهنية وقواعد المسؤولية، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، ص. 95 وما يليها.

³ -غ.إ.م.أ.، ملف رقم: 33761، قرار بتاريخ: 12-03-1984، م.ق.، ع. 2، ص. 153: "المبدأ: متى كان من المقرر قانونا أن التعويضات الناجمة عن حوادث العمل والأمراض المهنية، يتحمل تكليفها صندوق الضمان الاجتماعي، فإن القضاء بها على المستخدم الذي يعتبر أجنبيا عن النزاع يعد خرقا للقانون. إذا كان الثابت، أن الأمر يتعلق بطلب تعويض العامل عن مرض انتابه نتيجة انتكاس لحادث عمل، وكان المجلس قد قضى- على الشركة- الطاعة-بصفقتها المستخدمة للعامل بالتعويض له عن هذا المرض، فإن المجلس بهذا القضاء خرق أحكام القانون، ومتى كان كذلك استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار من الطاعة بمخالفة أحكام هذا المبدأ".

⁴ -قواعد المسؤولية التقصيرية.

⁵ -قواعد حوادث العمل والأمراض المهنية في مجال الضمان الاجتماعي.

أولا/ الشروط العامة لدعوى الرجوع:

يتعين على هيئة الضمان الاجتماعي التقيد في دعواها بشروط قبول الدعوى، وشروط افتتاح الدعوى، وإجراءات قيدها أمام الجهة القضائية المختصة طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية¹.

ثانيا/ الشروط الخاصة بدعوى الرجوع:

الشروط الخاصة بدعوى الرجوع، منها ما هي شكلية، ومنها ما هي موضوعية.

1-الشروط الشكلية لدعوى الرجوع:

أ-يتعين على هيئة الضمان الاجتماعي قبل اللجوء إلى دعوى الرجوع ضد المستخدم أو الغير تحت طائلة عدم قبولها شكلا، إعدار المستخدم أو الغير ودعوته إلى تسوية وضعيته في أجل ثلاثين (30) يوما ابتداء من تاريخ استلام التبليغ، على أن يبلغ الإعدار إما برسالة موصى عليها مع وصل بالاستلام، وإما بواسطة محضر قضائي أو عون مراقبة معتمد لدى الضمان الاجتماعي بمحضر استلام².

لجوء هيئة الضمان الاجتماعي إلى إعدار المستخدم أو الغير هو إجراء وجوبي، يترتب عن تخلفه عدم قبول الدعوى شكلا، وإن كان المشرع الجزائري لم يصرح بذلك، فقط من خلال الوقوف على صياغة المادة 46 فقرة 1 من قانون المنازعات في مجال الضمان الاجتماعي، توحى بأن قبول دعوى الرجوع شكلا يتوقف على استيفاء إجراء الإعدار.

لم يكتف المشرع الجزائري بالتصريح عن وجوبية الإعدار كإجراء شكلي جوهري، بل امتد التصريح ليشمل بيانات الإعدار، حيث يتخلف أحدها يجعل الإعدار باطلا وكأنه لم يكن، مما يوحي بعدم إمكانية قبول دعوى الرجوع شكلا لعدم صحة محضر تبليغ الإعدار، من خلال الوقوف على الصياغة الواردة بالمادة 46 فقرة 2 من قانون المنازعات في مجال الضمان الاجتماعي، التالية: "يجب أن يتضمن الإعدار تحت طائلة البطلان، البيانات التالية: (...)".

ب- اختصاص القسم الاجتماعي للمحكمة بالفصل في دعوى الرجوع هيئة الضمان الاجتماعي ضد المستخدم أو الغير طبقا لقواعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهو المقصود من العبارتين الصريحيتين الواردتين في المادتين 70 و 71 من قانون المنازعات في مجال الضمان الاجتماعي، على أنه: "يجب على هيئة الضمان الاجتماعي، طبقا لأحكام القانون العام، (...)"، وهو ما انتهت إليه المحكمة العليا³.

¹ - المواد من 13 إلى 39 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

² - م. 46 ف. 1 و 3 من ق.ر.م. 08-08 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي.

³ - غ.إ.م.ع.، ملف رقم: 269703، قرار صادر بتاريخ: 18-06-2003، حمودي عبد الرزاق، دليل الاجتهادات القضائية في القضايا الاجتماعية، ج. 2، ط. 1، ص. 269.

ج- احترام تقادم دعوى الرجوع هيئة الضمان الاجتماعي في أجل أربع (4) سنوات ابتداء من تاريخ الاستحقاق¹، غير أنه إذا باشرت هيئة الضمان الاجتماعي إجراء الإعذار قبل رفع دعوى الرجوع تسقط مدة التقادم ابتداء من تاريخ استلام محضر تبليغ الإعذار للمستخدم أو للغير².

2- الشروط الموضوعية لدعوى الرجوع:

أثبتت خطأ الغير أيا كان نوعه، أو ثبوت الخطأ غير المعذور أو الخطأ العمدي للمستخدم أو خطأ أحد تابعيه، كشرط لأي دعوى رجوع تباشرها هيئة الضمان الاجتماعي، وهو ما انتهت إليه المحكمة العليا³.

بالرجوع إلى قانون المنازعات في مجال الضمان الاجتماعي لا يمكن رجوع هيئة الضمان الاجتماعي على المستخدم أو الغير إلا في حالة ثبوت خطأ أحدهما، غير أنه فرق بين حالتين، خطأ الغير وخطأ المستخدم.

في الحالة الأولى، اكتفى المشرع بشرط ارتكاب الغير للخطأ أيا كان نوعه، بمعنى لم يشترط درجة الخطأ (كالخطأ البسيط أو الخطأ التافه أو الخطأ غير المعذور أو الخطأ العمدي أو الخطأ الجسيم)، **بينما في الحالة الثانية**، اشترط درجة الخطأ لدى المستخدم، وهو أن يكون خطأ غير معذور أو خطأ عمدي، كأساس لأي دعوى رجوع ضد أحدهما.

في اعتقادنا، اختلاف الحالتين مردّه، كون الغير هو المتسبب في الضرر اللاحق بالمؤمن له اجتماعيا أو ذوي حقوقه، المترتب عن حادث العمل المقترن بحادث المرور، فتقوم مسؤولية شركة التأمين بصفتها المؤمن على حوادث المرور، والمسؤولة عن الحقوق المدنية، ومن ثم تقوم مسؤولية الغير عن خطئه أيا كانت درجته⁴، بينما المستخدم أو أحد تابعيه، يفترض قيام علاقة عمل بين العامل والمستخدم، مؤمن عليها اجتماعيا لدى هيئة الضمان الاجتماعي من مختلف الأخطار المهنية، لذا لا يمكن لهيئة الضمان الاجتماعي الرجوع على المستخدم إلا عند ارتكابه للخطأ غير المعذور أو الخطأ العمدي من أجل تعويض مبالغ الأداءات المقدمة أو التي ستدفع للضحية أو لذوي حقوقه.

¹ م. 79 من ق. رقم: 08-08 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي.

² م. 79 ف. 3 من ق. رقم: 08-08 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي.

³ غ.م.ع.، ملف رقم: 50879، قرار بتاريخ: 23-01-1989، م.ق.، ع. 2، ص. 119: "المبدأ: من المقرر قانونا أنه لا يمكن رفع أية دعوى عادية من طرف الضحية أو ذوي حقوقها للتعويض التكميلي عن حادث الشغل إلا في حالة ثبوت خطأ صاحب العمل أو أحد تابعيه ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه باعتماد الأساس القانوني يعد غير مبرر. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن المجلس رفض دعوى المدعية في الطعن الرامية إلى الحصول على تعويض تكميلي لعدم إثباتها خطأ صاحب العمل أو أحد تابعيه مطبقا في ذلك المادة 109 من الأمر المشار إليه أعلاه، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".

⁴ تناح إمكانية رفع دعوى رجوع هيئة الضمان الاجتماعي ضد الغير في حالة اقتران حادث العمل بحادث المرور، أين يتسبب فيه الغير بخطئه في إلحاق الضرر بالعامل المؤمن له اجتماعيا أو ذوي حقوقه، وهو يقود المركبة المؤمن عليها لدى شركة التأمين، فتقوم المسؤولية المدنية لهذه الأخيرة بصفتها المسؤولة عن الحقوق المدنية طبقا لقانون إلزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض عليها. فتقوم هيئة الضمان الاجتماعي باسترجاع ما دفعته من الشركة المؤمنة للمركبة المتسببة في الحادث طبقا للقانون، بصفتها المسؤول عن الحقوق المدنية عن طريق دعوى الرجوع، أي باسترجاع ما تم دفعه للضحية أو ذوي حقوقه من مبالغ الأداءات المقررة في إطار نظام حوادث العمل والأمراض المهنية.

ب-تحديد موضوع الطلب القضائي، فإنه طبقا لما ورد في المادتين 70 و71 من قانون المنازعات في مجال الضمان الاجتماعي، يتحدد موضوع دعوى الرجوع بتعويض مبالغ الأداءات المقدمة أو التي عليها أن تدفعها هيئة الضمان الاجتماعي للمؤمن له اجتماعيا أو ذوي حقوقه.

الفرع الثاني: تعدد المسؤولين عن الضرر اللاحق بالمؤمن له اجتماعيا أو ذوي حقوقه

افترض قانون المنازعات في مجال الضمان الاجتماعي حالة تعدد المسؤولين عن الضرر اللاحق بالمؤمن له اجتماعيا أو ذوي حقوقه، كقيام مسؤولية المضرور عن خطئه ولو جزئيا، أو قيام مسؤولية المستخدم أو الغير الشاملة أو المشتركة عن خطئها، وهذا بعد قيام المستخدم بإثبات خطأ المضرور المؤمن له اجتماعيا أو خطأ الغير كوسيلتين لنفي المسؤولية عن نفسه ولو جزئيا¹.

التساؤل المطروح، على أي منها يمكن رجوع هيئة الضمان الاجتماعي؟

أجاب المشرع الجزائري صراحة على هذا التساؤل المطروح، بجوازه لهيئة الضمان الاجتماعي الرجوع على المستخدم أو الغير أو كليهما متضامين في حالة ثبوت مسؤوليتهم المشتركة²، غير أن رجوع هيئة الضمان الاجتماعي أيضا على هذين الأخيرين لا يكون إلا في حدود مسؤوليتهم المشتركة، إذا تحمل المؤمن له اجتماعيا المسؤولية على الضرر جزئيا وتحمل الغير أو المستخدم الجزء الآخر³، وهو ما انتهت إليه المحكمة العليا⁴.

من المفيد القول أن هذه الأحكام الخاصة بالمسؤولية الشاملة أو المشتركة بين المستخدم والغير، أو بين هذا الأخير والمضرور، جاءت منسجمة مع القواعد العامة المتعلقة بالتنفيذ عن طريق التعويض⁵.

¹ - أجازت المادة 127 من القانون المدني للشخص المسؤول أن يتخلص من مسؤوليته عن فعله الشخصي إذا أثبت أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كما أجازت المادة 178 من نفس القانون للمستخدم قامت مسؤوليته الشخصية، سواء عن خطئه الشخصي أو عن خطأ تابعه، أن يتخلص من المسؤولية المترتبة عليه، وذلك عن طريق إثبات أن الضرر الذي يدعيه المضرور هو من فعل السبب الأجنبي، وهذا ما لم تتفق الأطراف أو يقضي القانون بخلاف ذلك.

² - م.74 من ق.ر.م.08-08 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي.

³ - م.75 من ق.ر.م.08-08 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي.

⁴ - غ.م.ع.، ملف رقم: 71728، قرار بتاريخ: 24-09-1990، م.ق. لعام 1992، ع.2، ص.28: "من المقرر قانونا أنه إذا كانت مسؤولية الغير صاحب الحادثة شاملة أو مشتركة مع مسؤولية المصاب، يسمح لصندوق الضمان الاجتماعي بالمطالبة برد التعويضات التي تولت دفعها إلى حدود التعويض المتكفل به الغير، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون. ولما كان الثابت في قضية الحال - أن قضاة المجلس بقضائهم برفض دعوى صندوق الضمان الاجتماعي، كونها لم تقدم على افراد بالنسبة للدعوى الأصلية المقدمة من طرف الضحية خالفوا القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه."

⁵ - م.177 و178 من أ.ر.م. 58-75 المتضمن القانون المدني.

المطلب الثاني: دعوى رجوع المؤمن له اجتماعيا أو ذوي حقوقه ضد مرتكب الخطأ

أجاز قانون المنازعات في مجال الضمان الاجتماعي رجوع المؤمن له اجتماعيا أو ذوي حقوقه ضد الغير أو المستخدم من أجل المطالبة بالتعويض التكميلي. التساؤل المطروح، ما المقصود بالتعويض التكميلي؟ وما هي آليات استيفائه؟

الفرع الأول: حق المؤمن له اجتماعيا أو ذوي حقوقه في تكملة التعويض

المقصود بالتعويض التكميلي المتضمن في موضوع الطلب القضائي، المحدد من طرف المؤمن له اجتماعيا أو ذوي حقوقه، هو الفارق بين التعويض الجزافي المحدد في قانون التأمينات الاجتماعية، والتعويض الكامل الذي يقدره القاضي وفقا للقواعد العامة للمسؤولية المدنية، وهذه القاعدة بمثابة ضمان لعدم تجاوز المؤمن له اجتماعيا للتعويض، فلا يثرى المضرور بلا سبب.

في اعتقادنا، لا وجود لقاعدة الجمع بين التعويضين عن ضرر واحد، إذا افترضنا تسلم العامل لحقه في التعويض عن إصابة العمل من هيئة الضمان الاجتماعي، بينما يتقاضى أيضا حقه في التعويض التكميلي من المسؤول عن الفعل الضار اللاحق به، فلا مانع من الجمع بين التعويضين لأنهما متحدثان في الغاية وهو جبر الضرر، جبرا مكافئا له لا يجوز أن يكون زائدا عليه لأن كل زيادة تعتبر إثراء بلا سبب¹.

1-أساس حق المضرور في تكملة التعويض:

طبقا للقواعد العامة، ينقسم الضرر إلى أنواع، أهمها الضرر المادي والضرر المعنوي، فالضرر المادي هو الذي يصيب المضرور في حق من حقوقه التي يحميها القانون، سواء في جسمه أو في ماله، أو يصيب في مصلحة مادية مشروعة، بينما الضرر المعنوي فهو الذي يمس المضرور في مشاعره أو عواطفه أو في شرفه أو في عقيدته².

مبدئيا كل أنواع الضرر سواء كانت مادية أو معنوية قابلة للتعويض عنها وفقا للقواعد العامة للمسؤولية المدنية، بينما إذا تعلق الأمر بالمسؤولية المدنية في إطار نظام حوادث العمل والأمراض المهنية، فإنها تتميز ببعض الخصوصية، ليس على مستوى الشروط الموجبة للتعويض في النظامين، بل تكمن في طبيعة الأضرار المعوض عنها، وهو ما يرر الطابع التكميلي للتعويض في إطار نظام حوادث العمل والأمراض المهنية.

من المفيد القول أن الضرر المالي والضرر المعنوي وإن كانا قابلان للتعويض وفقا للقواعد العامة للمسؤولية المدنية، غير أنهما لا يمكن تعويضهما وفقا لقواعد الضمان الاجتماعي التي اشترطت صراحة أن تكون الإصابة

¹ - قالية فيروز، المرجع السابق، ص. 184 وما يليها.

² - علي سليمان، المرجع السابق، ص. 162.

جسدية، فالضرر الوحيد الموجب للتعويض هو الضرر الجسدي، لسكوت المشرع الجزائري عن كل من الضرر المالي والضرر المعنوي اللذان أصابا المؤمن له اجتماعيا أو ذوي حقوقه، حتى وإن أديا إلى وفاته.

قد أجد تبريرا لهذا الرفض للتعويض عن الضرر المالي والضرر المعنوي في إطار نظام حوادث العمل، بمحاولة تجنب هيئة الضمان الاجتماعي أعباء مالية إضافية عن أخطاء ليست مسؤولة عنها، كالأخطاء العمدية والأخطاء غير المعذورة والأخطاء الجسدية المرتكبة من الغير أو المستخدم، وبالتالي إشراك الأطراف المسؤولة عن إلحاق الضرر بالمؤمن له اجتماعيا أو ذوي حقوقه كالغير أو المستخدم، وليس حمايتهم قانونا، لأن المستخدم ملزم بحماية سلامة وأمن العامل في الوسط المهني، وبالتالي لا يمكن عدم مسألتته عن أخطاء هو ارتكبتها أو ساهم في ارتكابها.

وإن كان هذا التبرير لا يروق لبعض شراح القانون المدني، الذين يرون فيه مخالفة للقواعد العامة المقررة للتعويض عن المسؤولية التقصيرية، في وقت ينتظر من تشريع خاص أن يبين أو يكمل حقا أساسيا أقرته القواعد العامة عوض نفيه¹.

2-مدى أولوية المضرور عن هيئة الضمان الاجتماعي في استيفاء حقوقه طبقا لأحكام قانون المنازعات في مجال الضمان الاجتماعي؟

لم يصرح قانون المنازعات في مجال الضمان الاجتماعي بأولوية المضرور (المؤمن له اجتماعيا أو ذوي حقوقه) عن هيئة الضمان الاجتماعي في تكملة التعويض أو في استيفاء حقوقه من الغير أو المستخدم، خلافا لما فعله في نظام التأمين عن حوادث المرور، حيث ورد في الفقرة واحد من المادة 38 من الأمر المتعلق بالتأمينات، على أنه: "... (..) ويجب أن يستفيد أولويا المؤمن له من أية دعوى رجوع حتى استيفائه التعويض الكلي حسب المسؤوليات المترتبة (...)"، وورد أيضا في الفقرة الثانية من المادة 118 من نفس الأمر، على أنه: "يجب أن يستفيد المؤمن له أولويا من تقديم أي طعن حتى استيفائه التعويض الكلي حسب المسؤوليات المترتبة"².

الواضح من هذه الأحكام أن المضرور ليس له الحق في تكملة التعويض فحسب، بل له الأولوية في ذلك، بحيث يتقدم على حق المؤمن في استرجاع المبالغ التي دفعها جبرا للضرر الذي أصاب الضحية.

رغم الطابع الحمائي الغالب على الأحكام المنظمة للطعون ضد الغير أو المستخدمين في المواد من 69 إلى 77 من قانون المنازعات في مجال الضمان الاجتماعي لفائدة المؤمن له اجتماعيا أو ذوي حقوقه، تبقى مسألة حق الأولوية

¹ - قالية فيروز، المرجع السابق، ص. 171 وما يليها.

² - رقم: 07-95 المؤرخ في 25-01-1995 المتعلق بالتأمينات، المعدل والمقيم بالقانون رقم: 04-06 المؤرخ في 20-02-2006، والقانون رقم: 24-06 المؤرخ في 26-12-2006 المتضمن قانون المالية لسنة 2007، والأمر رقم: 02-08 المؤرخ في 24-07-2008 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2008، والأمر رقم: 01-10 المؤرخ في 26-08-2010 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010.

أو حق التقدم لهذا الأخير عن هيئة الضمان الاجتماعي في استيفاء حقوقه من الغير أو المستخدم غير واضحة بالشكل الصريح الذي رأيناه في نظام التأمين عن حوادث المرور.

بمقارنة فرص تدخل المؤمن له اجتماعيا أو ذوي حقوقه في دعوى الرجوع مع فرص تدخل هيئة الضمان الاجتماعي، يبقى المؤمن له اجتماعيا أو ذوي حقوقه أوفر حظا من هيئة الضمان الاجتماعي، حيث يمكن للمؤمن له اجتماعيا التدخل في دعوى الرجوع المرفوعة من طرف هيئة الضمان الاجتماعي سواء ضد الغير أو ضد المستخدم من أجل استرجاع مبالغ الأداءات المقدمة، كما يمكن للمؤمن له اجتماعيا إدخال هيئة الضمان الاجتماعي في دعوى الرجوع التي يرفعها ضد الغير أو ضد المستخدم من أجل المطالبة بتعويض تكميلي، وهنا يتجلى الطابع الحمائي لهذه الأحكام، نظرا لكون المؤمن له اجتماعيا أو ذوي حقوقه هو الطرف الأضعف في هذه العلاقة الاجتماعية¹.

الفرع الثاني: آليات دعوى رجوع المؤمن له اجتماعيا أو ذوي حقوقه ضد مرتكب الخطأ

مباشرة دعوى رجوع المؤمن له اجتماعيا أو ذوي حقوقه ضد الغير أو المستخدم لا يتم إلا بموجب طريقتين، طريق الدعوى الأصلية وطريق الدعوى التبعية.

عن طريق الدعوى الأصلية: دعوى قضائية ترفع من قبل المؤمن له اجتماعيا أو ذوي حقوقه ضد الغير أو المستخدم، من أجل مطالبة أحدهما أو كليهما بتعويض تكميلي، وذلك في حضور المدخل في الخصام وجوبا المتمثل في هيئة الضمان الاجتماعي²، كطرف أصلي في الدعوى حتى تكون هذه الأخيرة ملزمة بالحكم الصادر، وذلك قبل قفل باب المرافعة، ضامنا لحسن سير العدالة وإظهارا للحقيقة، وذلك وفقا لإجراءات الإدخال في الخصومة المقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية³.

عن طريق الدعوى التبعية: لا تتم هذه الدعوى إلا عن طريق تسجيل دعوى تتضمن التدخل في الخصومة من طرف المؤمن له اجتماعيا أو ذوي حقوقه أمام القسم المدني للمحكمة المختصة، وأثناء سريان دعوى الرجوع المرفوعة من طرف هيئة الضمان الاجتماعي ضد الغير أو المستخدم، وقبل قفل باب المرافعة، وفقا للإجراءات المقررة لدفع الدعوى⁴.

¹ م. 72 و 73 من ق.ر.م: 08-08 المتعلق بالنازعات في مجال الضمان الاجتماعي.

² م. 72 من ق.ر.م: 08-08 المتعلق بالنازعات في مجال الضمان الاجتماعي.

³ م. 199 وما يليها من أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

⁴ م. 73 من ق.ر.م: 08-08 المتعلق بالنازعات في مجال الضمان الاجتماعي.

الفرع الثالث: التوظيف التشريعي لمبدأ عدم جواز الجمع بين التعويضات

في حالة حادث عمل مقترن بحادث المرور، لا بد من مواجهة هذه الحالة المزدوجة في ظل أحكام قانون المنازعات في مجال الضمان الاجتماعي، لتفادي الجمع بين التعويضين، التعويض عن حادث العمل والتعويض عن حادث المرور.

طبقاً للمادة 10 من الأمر المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن حوادث العمل والأمراض المهنية، يمنع الجمع بين التعويضات الممنوحة في إطار نظام التأمين عن حوادث المرور والتعويضات الممنوحة بعنوان حوادث العمل والأمراض المهنية.¹

بمعنى لا يمكن للمصاب أو ذوي حقوقه الاستفادة في وقت واحد من التعويض الممنوح من شركة التأمين على أساس حادث المرور، والتعويض الممنوح من طرف هيئة الضمان الاجتماعي على أساس حادث العمل، وهو ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا.²

في اعتقادنا، الغاية من منع الجمع بين التعويضات هو تفادي أخذ المصاب أو ذوي حقوقه تعويضات عن نفس الضرر.³

في حالة حصول المصاب أو ذوي حقوقه على التعويضين معا في آن واحد، لهيئة الضمان الاجتماعي الاستئثار بحق استرجاع مبالغ الأداءات المدفوعة دون شركة التأمين، وذلك بموجب تبليغ إعدار للمصاب أو ذوي حقوقه قبل أي دعوى للرجوع، وهو المقصود بما ورد في المادة 77 من قانون المنازعات في مجال الضمان الاجتماعي، وهو إمكانية إجراء تسوية ودية بين هيئة الضمان الاجتماعي وشركة التأمين، عن طريق اقتطاع هذه الأخيرة مبالغ الأداءات المستحقة للضحية بصفقتها مؤمن له اجتماعيا أو ذوي حقوقه المطالب بها من طرف هيئة الضمان الاجتماعي، من مبلغ التعويض الذي تمنحه في إطار نظام حوادث المرور، ولكن عملية الاقتطاع بحاجة إلى تنظيم لم يصدر إلى حد الساعة.⁴

¹ - أ. رقم: 74-15 المؤرخ في 23-01-1974 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن حوادث العمل والأمراض المهنية، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 88-31 المؤرخ في 19-07-1988.

² - غ.م.ع.، ملف رقم: 76892، قرار بتاريخ: 11-05-1992، قرار غير منشور، مشار إليه في المرجع، حمودي عبد الرزاق، دليل الاجتهادات القضائية في القضايا الاجتماعية، ج. 2، ط. 1، ص. 286: "من المستقر عليه قضاء أنه لا يجوز أن يجمع المضرور بين التعويض المحدد بمقتضى التشريع المتعلق بجبر حوادث العمل، والتعويض المنصوص عليه بموجب التشريع الخاص بحوادث المرور، ولما كان ثابتاً من مستندات القضية أن الحادث المتضرر منه يكتسي طابع حادث الشغل، وعلى أساسه سدد صندوق الضمان الاجتماعي للمطعون ضده معاشاً دورياً استرجعه الصندوق فيما بعد من الشركة المؤمنة للمركبة المتسببة في الحادث طبقاً للقانون".

³ - كما يجري من الناحية العملية، وتنادي لأخذ تعويضين عن نفس الضرر، لجوء بعض شركات التأمين المحكوم عليها بدفع التعويضات للضحية أو ذوي حقوقه عن الضرر الناتج عن حادث المرور، إلى اشتراط تقديم شهادة رفع اليد عن الأداءات الممكن دفعها من طرف هيئة الضمان الاجتماعي قبل دفع أي تعويض، في هذه الحالة تلتزم شركة التأمين (المسؤول المدني) بتسديد مبلغ التعويض إلى هيئة الضمان الاجتماعي بقوة القانون.

⁴ - م. 77 من ق. رقم: 08-08 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي.

من الملاحظ أن هناك العديد من حالات النزاع التي تشب بين هيئة الضمان الاجتماعي وشركة التأمين، حول التعويضات المدفوعة إلى المصاب أو ذوي حقوقه في حالة الحادثة المزدوجة، فبالرجوع إلى المادتين 12 من الأمر رقم: 15-74 والمادة 10 من القانون رقم: 31-88، لهيئة الضمان الاجتماعي أن تحل محل الضحية أو ذوي حقوقه بقوة القانون، من أجل مطالبة شركة التأمين باسترداد ما تم دفعه من مبالغ الأداءات المستحقة للضحية أو ذوي حقوقه أو التي يتعين دفعها لهم¹.

لا تعتبر المادة 417 من قانون الإجراءات الجزائية أساسا لحلول هيئة الضمان الاجتماعي محل الضحية أو ذوي حقوقه للمطالبة بالتعويض أمام القضاء الجزائي، بل هي أساس لحلول المسؤول عن الحقوق المدنية محل المتهم المتسبب في الضرر الناتج عن حادث المرور²، بينما أجاز المشرع الجزائري صراحة للصندوق الخاص بالتعويضات التدخل في النزاع أمام القضاء الجزائي في جميع الدعاوى القائمة بين المصابين جسانيا بحوادث المرور أو ذوي حقوقهم³.

غير أنه من الواضح أن موقف المشرع الجزائري بات مترددا من إدخال هيئة الضمان الاجتماعي في الدعوى المدنية المرتبطة بالدعوى العمومية، فلا هو أدخلها في الدعوى، ولا هو أخرجها منها نهائيا، فإلزام الجهة الإدارية أو القضائية بإرسال محضر وقوع الحادث أثناء المسار في غضون عشرة (10) أيام إلى هيئة الضمان الاجتماعي لمكان الحادث، وكذا تمكين هذه الأخيرة من حقها في الإطلاع على المستندات الخاصة بالإجراءات الجارية المتعلقة بالدعوى المدنية المرتبطة بالدعوى العمومية، تسلمها لها النيابة العامة أو القاضي المكلف بالملف، بناء على طلبها⁴.

حبذا لو تعمم مقتضيات المنصوص عليها في المادة 16 مكرر من القانون رقم: 31-88 والمواد 11 و13 و14 من المرسوم التشريعي رقم: 37-80 لتشمل هيئة الضمان الاجتماعي، لأن تدخل هذه الأخيرة في الدعوى مباشرة يمكن من تفادي منح تعويضات للمصاب أو لذوي حقوقه، كما يمكنها من استرجاع المبالغ التي دفعها للمصاب أو لذوي حقوقه، مما يحول دون تملص شركة التأمين من رد المبالغ المدفوعة إلى هيئة الضمان الاجتماعي، وهو ما يعني هذه الأخيرة من رفع دعوى الرجوع أمام القضاء المدني ضد شركة التأمين مجددا، بهدف تخفيف عبئ الإجراءات القضائية ورجح الوقت وادخار للجهد، بغض النظر عن ما يترتب عنها من آثار مالية ونفسية على المتقاضى.

¹ - أ. رقم: 15-74 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض الذي يمكن أن يستوفيه نفس الضحايا بعنوان التعويض عن حوادث العمل والأمراض المهنية.

² - م. 417 ف. 2 و6 من قانون الإجراءات الجزائية.

³ - م. 11 من المرسوم التشريعي رقم: 37-80.

⁴ - م. 20 و21 من ق. رقم: 13-83 المتعلق بحوادث العمل والأمراض المهنية.

خاتمة:

* مهما قيل عن طبيعة الخطأ المرتكب كأساس لقيام مسؤولية المستخدم أو الغير، وعن معايير تقديره لاسيما بعد سكوت قانون المنازعات في مجال الضمان الاجتماعي عن تعريف كل من الخطأ غير المعذور والخطأ العمدي.

* سكوت قانون المنازعات في مجال الضمان الاجتماعي عن تعريف كل من الخطأ غير المعذور والخطأ العمدي، يقتضي تدخل المحكمة العليا لوضع معايير تقديرهما وفقا للمفاهيم الفقهية المتعلقة بدرجات الخطأ من جهة، وما استقر عليه القضاء الفرنسي في هذا المجال من جهة أخرى.

* من الضروري البحث عن حدود المساحة المخصصة لقضاة الموضوع في تكييف وتقدير الخطأ كأساس لأي دعوى رجوع هيئة الضمان الاجتماعي أو المؤمن له اجتماعيا ضد المستخدم أو الغير.

* توسيع تطبيق الأمر رقم: 74-15 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض الذي يمكن أن يستوفيه نفس الضحايا بعنوان التعويض عن حوادث العمل والأمراض المهنية، ليشمل حلول هيئة الضمان الاجتماعي محل الضحية أو ذوي حقوقه أمام القضاء الجزائي من أجل مطالبة شركة التأمين باسترداد ما تم دفعه من مبالغ الأداءات المستحقة للضحية أو ذوي حقوقه أو التي يتعين دفعها لهم.

* إدراج هيئة الضمان الاجتماعي ضمن المشمولين بحق الاستئناف في المادة 417 من قانون الإجراءات الجزائية، كأساس لحلولها محل الضحية أو ذوي حقوقه من أجل المطالبة بالتعويض أمام القضاء الجزائي في حادث المرور المقترن بحادث العمل، على غرار تدخل الصندوق الخاص بالتعويضات في النزاع أمام القضاء الجزائي في جميع الدعاوى القائمة بين المصابين جسانيا بحوادث المرور أو ذوي حقوقهم.

* حبذا لو تعمم المتعضيات المنصوص عليها في المادة 16 مكرر من القانون رقم: 88-31 والمواد 11 و13 و14 من المرسوم التشريعي رقم: 80-37 لتشمل هيئة الضمان الاجتماعي.

* ضرورة إصدار تنظيم يحدد آليات عملية الاقتطاع في إطار تسوية ودية بين هيئة الضمان الاجتماعي وشركة التأمين، بموجبها تقتطع هذه الأخيرة مبالغ الأداءات المستحقة للضحية بصفها مؤمن له اجتماعيا أو ذوي حقوقه المطالب بها من طرف هيئة الضمان الاجتماعي، من مبلغ التعويض الذي تمنحه في إطار نظام حوادث المرور.

قائمة المراجع:

I. المراجع باللغة العربية:

1. المنجد في اللغة والأعلام، دار المشرق: بيروت، ط. الثالثة والأربعون، سنة 2008.
2. علي فيلاي، الالتزامات (العمل المستحق للتعويض)، موف للنشر: الجزائر، ط. الثالثة، سنة 2012.
3. خالية فيروز، الحماية القانونية للعامل من الأخطار المهنية، مذكرة ماجستير، جامعة تيزي وزو، السنة 2005.
4. طحطاح علال، حوادث العمل بين نظرية الأخطار المهنية وقواعد المسؤولية، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر.
5. حمودي عبد الرزاق، دليل الاجتهادات القضائية في القضايا الاجتماعية، ج. 1 و 2، ط. 1.
6. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)، د.م.ج: الجزائر، ط. 03.

II. المراجع باللغة الفرنسية:

1. M.N.Koriche, Droit du travail, les transformations du droit Algérien du travail entre statut et contrat, Tome 2, O.P.U. 2009.
2. L.Borsali Hamdan, réflexion sur la notion de faute en droit civil algérien, Th. Oran 1990.
3. Planiol, Traité élémentaire de droit civil, 2^{ème} éd. , T. 2.
4. Bentria maamar, L'influence de la notion de risque sur le régime juridique de la responsabilité civile des professionnelles, m. Tlemcen-2012.

III. النصوص القانونية والتنظيمية:

1. أ. رقم: 74-15 المؤرخ في 23-01-1974 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض عن حوادث العمل والأمراض المهنية، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 88-31 المؤرخ في 19-07-1988.
2. أ. رقم: 74-15 المؤرخ في 23-01-1974 المتعلق بالزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض عن حوادث العمل والأمراض المهنية، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 88-31 المؤرخ في 19-07-1988.
3. أ. رقم: 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم (...).
4. قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد لعام 2008.
5. ق. رقم: 83-15 المؤرخ في 03 جويلية 1983 المتعلق بنزاعات الضمان الاجتماعي.
6. ق. رقم: 88-07 المؤرخ في 26 يناير 1988 المتعلق الوقاية الصحية والأمن وطب العمل، ج.ر. مؤرخة في 27-01-1988، ع. 4، ص. 117.
7. أ. رقم: 95-07 المؤرخ في 25-01-1995 المتعلق بالتأمينات، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 06-04 المؤرخ في 20-02-2006، والقانون رقم: 06-24 المؤرخ في 26-12-2006 المتضمن قانون المالية لسنة 2007، والأمر رقم: 08-02 المؤرخ في 24-07-2008 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2008، والأمر رقم: 10-01 المؤرخ في 26-08-2010 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010.
8. ق. رقم: 08-08 المؤرخ في 23 فبراير 2008 المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي.

تصفية الشركة الفعلية*

د/ معمر خالد- أستاذ محاضر "ب"- جامعة ابن خلدون - تيارت.

ملخص:

يقوم الأشخاص بالعديد من التصرفات القانونية التي قد تعتبر باطلة بطلانا نسبيا أو مطلقا ، ومعلوم أن البطلان يعيد أطراف العلاقة إلى ما كانوا عليه قبل التعاقد لحماية للنظام العام، غير أن هذا الأمر لا يستقيم في مجال الشركات التجارية ، فالحكم عليها بالبطلان يؤدي إلى الإخلال بالائتمان التجاري وإلى عدم حماية الغير الذين تعاملوا معها وفقا للوضع الظاهر.

من أجل ذلك استحدثت فكرة الشركة الفعلية ووفقها لا ينج البطلان آثاره إلا على مستقبل الشركة - ما لم يكن متعلقا بعدم مشروعية موضوع الشركة - ولذلك تطرقنا في هذا الموضوع إلى قواعد تصفية الشركة الفعلية ومقارنتها بقواعد تصفية الشركات الصحيحة.

Résumé :

Les contrats conclus par les personnes qui sont parfois nuls et parfois absolus, sachant que l'annulation envoie la relation des parties a la première situation dans le but de la protection de l'ordre public, si non ce n'est pas le cas concernant les sociétés commerciales, vu les effets négatifs touchant la confiance et la protection d'autrui.

Pour cette raison l'idée de la société réelle vient pour changer l'avenir des entreprises dans leur objet et leur immunité, dans ce souci, nous allons traiter les règles juridiques comparatives de la liquidation de la société réelle.

مقدمة:

لقد كان للقضاء دور جد هام في إيجاد نظرية الشركة الفعلية ذلك أنه من المتفق عليه أن بطلان التصرف القانوني يعيد الأطراف إلى ما كانوا عليه قبل التعاقد ، وإعمال هذه القاعدة في مجال الشركات يقتضي أنه متى تم إبطال عقد الشركة ومهما كانت طبيعة البطلان (مطلقا أم نسبيا) فإن الشركاء يعودون إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد.

هذه القاعدة قد تكون صحيحة نظريا ووفقها يمكن القول بأن عقد الشركة أصبح كأن لم يكن ولكن هذا الأمر يعتبر صعبا وعسيرا من الناحية العملية لارتباط هذه الشركة مع الغير وأيلولتها دائنة أو مدينة ، و فيه من ناحية أخرى مساس بالمراكز القانونية التي تمتع بها من تعاملوا مع الشركة عن حسن نية.

* تاريخ إيداع المقال: 2017/01/11

تاريخ تحكيم المقال: 2017 / 01/15

من هذه الأوضاع أوجد القضاء نظرية الشركة الفعلية وفيها يتم العمل على الحد من الآثار السلبية للبطلان وتعتبر الشركة التي تقرر بطلانها لعب في تكوينها أو لعدم شهرها ممتعة بكيان فعلي وواقعي في الماضي وأن أثر البطلان يسري عليها فوراً ولا يمس ماضيها.

قد جاء المشرع بالعديد من النصوص القانونية ذات الصلة بهذه النظرية ومنها نص المادة 545/3 والمواد من 733 إلى 743 من القانون التجاري وكذلك المادة 418 من القانون المدني ، وكلها نصوص ترسخ الوجود الفعلي للشركة ، وبما انه من المعلوم أن لكل كيان قانوني بداية ونهاية وأن الشركة القانونية لها حياة تبدأ بالتأسيس (الفيد) وتنتهي بالشطب من السجل التجاري لتوفر أي سبب من أسباب انقضاء الشركات التجارية .

فإن المشكل القانوني الذي يثور في هذا الصدد يتعلق أساساً في إيجاد وسيلة لتصفية الشركة الفعلية وفي إمكانية تطبيق النصوص القانونية المعمول بها في التصفية على الشركة الفعلية وفي كيفية تعيين المصفي ومحافظي الحسابات والمراقبين وفي بقاء أو عدم بقاء الشخصية المعنوية للشركة قيد التصفية.

إذن فالثابت أن الشركة القانونية الصحيحة تختلف عن الشركة الفعلية ويكون من نتائج ذلك أن قواعد التصفية لا بد أن تكون مختلفة أو على الأقل متميزة فيما يتعلق بالشركة الفعلية.

ولذلك الأساس أردنا الإجابة على إشكالية جد هامة في هذا الموضوع مفادها:

كيف يمكن إيجاد ضوابط قانونية لتصفية الشركة الفعلية وتجنب آثارها السلبية حماية للشركاء والغير الذين تعاملوا معها ، بالنظر إلى خصوصيتها و مقاربة لقواعد تصفية الشركات التجارية النظامية ؟

لذلك الغرض قمنا بتقسيم هذا الموضوع إلى جزأين تناولنا في الأول (مبحث) مجال وجود الشركة الفعلية المنبثق عن حالات البطلان وعن غيره من الحالات وفي المبحث الثاني إلى ضوابط وآثار تصفية الشركة الفعلية وعلاقة الشركاء مع الغير أثناء عملية التصفية.

المبحث الأول: نطاق الشركة الفعلية.

يلاحظ بداية أن أغلب حالات وجود الشركة الفعلية كانت نتاج بطلان شركات الأشخاص التي اندفع مؤسسوها لإنشائها غير مراعين للقواعد والأنظمة القانونية فتسببوا في انهيارها قبل شهرها وبعد تأسيسها وقيد حياتها.

غير أن البطلان لا يؤدي في كل الحالات إلى إنشاء شركة فعلية ، فالبطلان الذي يلحق الشركة قبل مزاولتها نشاطها يخضع للقواعد العامة في الأثر الرجعي للبطلان ويعيد الأطراف إلى ما كانوا عليه قبل التعاقد ، ومن ذلك نجد أن البطلان ليس بالسبب الوحيد لوجود الشركة الفعلية ، وعلى هذا الأساس تطرقنا في هذا

المبحث إلى وجود الشركة الفعلية الراجع إلى بطلان الشركة ووجودها الراجع إلى أسباب غير تلك المتعلقة بالبطلان.¹

المطلب الأول: وجود الشركة الفعلية لسبب البطلان.

البطلان قد يلحق الشركة لعدة أسباب منها ما يتعلق بالإخلال بالأركان الموضوعية (العامة والخاصة) لتأسيس الشركات التجارية ومنها ما يتعلق بتخلف الأركان الشكلية (الكتابة والشهر) ومنها ما يتعلق بمخالفة قواعد التأسيس.

الفرع الأول: وجود الشركة الفعلية لسبب البطلان المقرر من تخلف الأركان الموضوعية.

الأركان الموضوعية نوعان منها ما يطلق عليه بالأركان الموضوعية العامة (التراضي، المحل والسبب) ومنها ما يطلق عليه بالأركان الموضوعية الخاصة (تعدد الشركاء، تقديم الحصص، نية المشاركة، اقتسام الأرباح وتحمل الخسائر) ولتخلف هذه الأركان آثار متعددة في مسألة قيام الشركة الفعلية فصلها وفق ما يلي:

أولاً: قيام الشركة الفعلية المتعلق بتخلف الأركان الموضوعية العامة.

إن تخلف أحد الأركان الموضوعية العامة لعقد الشركة سواء تعلق الأمر بالتراضي أو المحل أو السبب يؤدي إلى بطلان الشركة بطلاناً مطلقاً، وهذه النتيجة أدت إلى القول بأن الشركة الباطلة بطلاناً مطلقاً لا يمكن فيها الحديث عن وجود شركة فعلية وأن الشركة الباطلة لا يعتد بوجودها الفعلي في الفترة السابقة للحكم بالبطلان وتعتبر جميع التصرفات التي قامت بها باطلة وتؤدي إلى سقوط جميع الحقوق والالتزامات التي نشأت عن ذلك ويرجع الأطراف إلى ما كانوا عليه قبل التعاقد تطبيقاً للقواعد العامة للبطلان، ووفقاً لهذه القواعد يتم كذلك استرجاع الحصص وتوزيع الأرباح والخسائر وتبطل كل العلاقات مع الغير سيء النية.²

ويسير الفقه الحديث إلى التفصيل أكثر في هذه المسألة فيرون مثلاً في جانب انعدام الرضا لأحد الشركاء هو أن البطلان الناتج عن ذلك لا يمنع حقيقة وجود شركة فعلية بين باقي الشركاء الذين لم يشب رضاهم أي عيب خاصة وأن انعدام الرضا في الشريك يؤدي إلى استرداد حصته كاملة دون تحمل الخسائر والديون.³

1 - حمز العبد القادر، النظام القانوني لتأسيس شركة المساهمة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، القاهرة، 2013، ص: 110.

2 - تنص المادة 742 من القانون التجاري على أنه: "لا يجوز للشركة ولا للشركاء الاحتجاج بالبطلان تجاه الغير حسن النية، غير أن البطلان الناتج عن عدم الأهلية أو عيب في الرضاء ممكن الاحتجاج به حتى تجاه الغير من طرف عديم الأهلية ومثليه الشرعيين أو من طرف الشريك الذي انتزع رضاه بطريق الغلط أو التدليس أو العنف"

3 - سليم عبد الله أحمد الجبوري، الشركة الفعلية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 1، 2011، ص: 146.

ثانيا : قيام الشركة الفعلية المتعلق بتخلف الأركان الموضوعية الخاصة:

الأركان الموضوعية الخاصة هي تلك الشروط الواجب توافرها لقيام عقد الشركة والخاصة بها دون غيرها من العقود والتي منها : تعدد الشركاء ، تقديم الحصص ، اقتسام الأرباح وتحمل الخسائر المقترنة كلها بنية الاشتراك.¹

وبالنظر إلى هذه الأركان الموضوعية الخاصة فإنه يثور الجدل حول انعدام أحدها وأثره على إنشاء شركة فعلية أم لا ، إذ أن اختلال أحد الأركان لا يجعل عقد الشركة قائما فهذه الأركان إنما وجدت من أجل قيام عقد واحد هو عقد الشركة وإن تخلف أحدها يعني بالضرورة أن الشركة لم تتأسس وبالتالي لا يمكن الحديث عن قيام الشركة الفعلية لعدم قيام الشركة التي عاها البطلان (اختلال أحد الأركان الموضوعية الخاصة).²

يذكر الأستاذ : **سليم عبد الله الجبوري** في كتابه الشركة الفعلية هذا الكلام بشأن تخلف ركن تعدد الشركاء وتقديم الحصص ونية الاشتراك والتي تنخر في طبيعة العقد برمته غير أن تخلف ركن اقتسام الأرباح وتحمل الخسائر أو تضمين عقد الشركة شرط الأسد فإن البطلان يلحق الشركة ويمكن على إثره نشوء الشركة الفعلية بينما نجد في التشريع الجزائري أن تضمين العقد شرط الأسد لا يرق لأن يكون سببا مبطلا لعقد الشركة بل يطل العقد وتبقى الشركة قائمة وليست شركة فعلية.³

الفرع الثاني: وجود الشركة الفعلية نتيجة الإخلال بالأركان الشكلية .

اشتراط المشرع في المادة 418 من القانون المدني والمادتين 545 و 549 من القانون التجاري الكتابة والشهر كركنين شكليين يجب توافرها لقيام عقد الشركة صحيحا منتجا لآثاره القانونية ملزما للكافة حجة عليهم ، وقد يحدث أن يغفل الشركاء أحد هاذين الشرطين فهل ينتج عن ذلك قيام شركة فعلية.

أولا: وجود الشركة الفعلية عن تخلف شرط الكتابة.

أصبحت الكتابة الرسمية ركنا من أركان عقد الشركة لا تنعقد بدونه وليست مجرد وسيلة من وسائل الإثبات ولعل الحكمة من هذا الاشتراط تنبيه الشركاء إلى أهمية العمل القانوني الذي يقدمون عليه وإلى إنشاء شخص قانوني معنوي له استقلال عن الشركاء ، له حياته فيجب إذن أن يكون له نظام مستقل.⁴

1 - مفلح عواد القضاة، الوجود الواقعي والقانوني للشركة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1985 ، ص: 65.

2 - علي حسن يونس، الشركات التجارية ، دار الفكر العربي ، 1974 ، ص: 69.

3 - تنص المادة 733 من القانون التجاري على أنه: "لا يحصل بطلان الشركة أو عقد معدل للقانون الأساسي إلا بنص صريح في هذا القانون أو القانون الذي يسري على بطلان العقود... كما أن هذا البطلان لا يحصل من بطلان الشروط المحظورة بالفقرة الأولى من المادة 416 من القانون المدني:"

ذلك أن المادة 416 من القانون المدني قضت ببطلان عقد الشركة في حالة إدراج شرط الأسد فيها.

4 - عمار عمورة ، شرح القانون التجاري الجزائري ، الأعمال التجارية ، الناجر ، الشركات التجارية ، دار المعرفة ، الجزائر ، 2009، ص:144.

إن تخلف ركن الكتابة ينتج عنه وجود شركة فعلية لأن هذا البطلان المتعلق بتخلف ركن الكتابة إنما جاء لحماية مصالح الغير وفي ذلك نص المادة 2/418 الذي يفهم منه أن البطلان لا يقع بقوة القانون وإنما يجب أن يتمسك به من له مصلحة في ذلك ، وأنه لا يمكن أن يحتج الشركاء ببطلان العقد على الغير إذ لا يستفيد محمل من إهماله ، فعدم الكتابة هو إهمال من الشركاء لا يجوز أن يستفيدوا منه للتوصل من التزاماتهم تجاه الغير.¹

غير أنه يمكن لهم أن يتمسكوا بالبطلان فيما بينهم لمساهمتهم في إهمال كتابة العقد، وعلى كل فإن الشركة الفعلية تقوم في كل الأحوال عن تخلف ركن الكتابة سواء كان التمسك به من طرف الشركاء (الشركة قائمة فعلا بينهم) أو من طرف الغير (البطلان لا يعدم الشركة بأثر رجعي).²

ثانيا : وجود الشركة الفعلية لتخلف ركن الشهر.

الشهر هو إجراء قانوني يهدف إلى إعلام الغير بجميع بيانات الشخص المعنوي ورأساله ومثله وحالته القانونية ليكون كل ذلك حجة عليهم وحتى يكونوا على اطلاع وبينة من أمرهم عند التعامل مع هذا الشخص المعنوي.³

وإذا سبق لنا القول بأن تخلف الكتابة ينتج عنه شركة فعلية فمن باب أولى أن تخلف الشهر الذي يقتضي وجود كتابة سابقة ينتج عنه هو الآخر شركة فعلية.⁴

ثم إن المشرع نص في المادة 549 من القانون التجاري على أن الشركة لا تتمتع بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري ، واعترف لها بالوجود الفعلي عندما ألزم الشركاء بمسؤوليتهم التضامنية الكاملة عن جميع التعهدات التي حدثت في هذه الفترة ، وتضيف المادة 736 من نفس القانون أن عدم القيام بإجراءات النشر هو عمل يمكن تصحيحه من خلال منح أجل للممكن من إزالة البطلان.⁵

الفرع الثالث: وجود الشركة الفعلية لسبب البطلان المقرر من مخالفة قواعد التأسيس.

معلوم أن عقد الشركة هو من العقود التي تدخل المشرع في تنظيمها وتقرير العديد من المسائل المتعلقة بها ومن ذلك أنه اشترط إجراءات أساسية للقيام بتأسيس الشركة تأسيسا قانونيا صحيحا يكفل حماية الغير وحماية الادخار والاثنان العام.

1 - علوية راخ ، نظرية الشركة الفعلية ، دراسة مقارنة ، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في القانون ، معهد العلوم القانونية والإدارية ، جامعة عنابة ، ص: 100.

2 - سليم عبد الله أحمد الجبوري، مرجع سبق ذكره، ص: 167.

3 - نجد في الكثير من الكتب إيراد كلمة "الإشهار القانوني" ويقصدون بها كلمة "الشهر"، والحقيقة أن المعنيين مختلفين فالشهر كما قدمنا هو إجراء قانوني أمام مصالح متخصصة مفاده نشأة الشخص المعنوي وولادته القانونية والحكمة منه إعلام الغير بجميع تفصيلات عقد الشركة وحمايتهم أكثر عند التعامل مع هذا الشخص ، بينما الإشهار فهو عمل تجاري دعائي وترويجي دوره التعريف بالشركة ومنتجاتها قصد تحقيق الربح وجلب المستهلكين للتعامل مع هذه الشركة .

4 - سميحة القيلوبي، الشركات التجارية ، النظرية العامة للشركات ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط 5 ، 2011، ص: 107.

5 - المواد : 734 ، 736 تنكلم عن هذا العنصر وكذا عن عدم إمكانية الاحتجاج ببطلان الشركة لعدم الشهر تجاه الغير .

ومن بين هذه الشروط المتعلقة بالتأسيس نجد الحد الأدنى للشركاء المؤسسين ، وضع القانون الأساسي للشركة في قالب رسمي، الحد الأدنى لرأس المال الشركة ، أداء الحصص العينية كاملة ، التأسيس وإيداع المبالغ الأخرى لدى المؤسسات المالية المختصة بذلك بالإضافة إلى اجتماع الجمعية العامة التأسيسية وصدر قراراتها بذلك بالأغلبية المقررة قانوناً.¹

وإذا تخلف أي شرط من هذه الشروط فهذا يعني أن عملية التأسيس غير صحيحة ومن ثمة فإن عقد الشركة قد بطل ، وأن أي شخص ذو مصلحة إذا تقدم بطلب بطلان الشركة لمخالفتها لقواعد التأسيس المنصوص عليها قانوناً وكان ذلك قبل شهر عقد الشركة وقيدتها في السجل التجاري فإن البطلان يتم بأثر رجعي ولا تطبق أحكام الشركة الفعلية.²

أما إذا تم قيد الشركة واكتشف بعد ذلك أنه كان هناك خرق لقواعد تأسيس الشركة فإن القيد لا يصح الإجراءات وتعتبر الشركة باطلة إلا أن هذا البطلان لا يمحو الوجود الفعلي للشركة في هذه الفترة ولا يؤثر على صحة التصرفات والمعاملات التي قام بها هذا الشخص المعنوي مع الغير قبل تقرير البطلان.³

المطلب الثاني: وجود الشركة الفعلية لسبب غير البطلان.

قد تنشأ شركة فعلية في غير حالات البطلان المذكورة سلفاً كأن تستمر بعد القيام بحلها أو حدوث سبب من أسباب انقضاءها ، أو أن تكون موجودة فعلياً قبل البدء في إجراءات تأسيسها.

الفرع الأول: وجود الشركة الفعلية بعد حلها وانقضاءها.

تحل الشركة وتنقضي للعديد من الأسباب القانونية الإرادية وغير الإرادية والقضائية وتختلف من شركة إلى أخرى وقد تكون موحدة على كل الشركات ، وإذا حدث أي سبب من أسباب انقضاء الشركة فالأصل أن الشركة تتحول من مرحلة الكبر والتطور إلى مرحلة الزوال والتصفية.⁴

ثم إن حدوث هذه الأسباب المؤدية إلى انقضاء الشركات التجارية لا يؤدي إلى زوالها على الفور ، فالشركة لظالمات تلتزم بالعديد من التعهدات والعمليات القانونية فقد تكون ملزمة بالوفاء بأعمال معينة وقد تكون مرتبطة بعقود عمل أو إيجار ، ولذلك فإن انقضاء الشركة لحدوث سبب من أسباب الانقضاء يجعل الشركة في مرحلة التصفية والتي تستلزم الإبقاء على شخصيتها المعنوية قائمة لحاجات التصفية.⁵

1 - حمز العن عبد القادر ، مرجع سبق ذكره ، ص: 113.

4 - سلم عبد الله أحمد الجبوري ، مرجع سبق ذكره ، ص: 180.

5 - حمز العن عبد القادر ، المرجع السابق ، ص: 114.

4 - بن عفان خالد ، النظام القانوني لتصفية الشركات التجارية في الجزائر ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الجيلالي اليابس ، سيدي بلعباس ، 2016/2015 ، ص: 13.

5 - معمر خالد ، المسؤولية الناشئة عن تصفية الشركات التجارية ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون ، تخصص : قانون الأعمال ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الجيلالي اليابس ، سيدي بلعباس ، 2016/2015 ، ص: 192.

ثم إن الشركة في هذه المرحلة وعلى الرغم من اعتراف المشرع بالإبقاء على شخصيتها المعنوية فإن ذلك في الأصل مرده إلى وجود شركة فعلية قائمة بعد حدوث سبب من أسباب انقضاء الشركة.¹

وكما هو الشأن باعتراف المشرع بالوجود الفعلي للشركة على الرغم من الإخلال بالأركان الموضوعية أو الشكلية أو قواعد التأسيس فإن من شأن الاعتراف بالوجود الفعلي للشركة واستمرار شخصيتها أثناء مرحلة التصفية أن يكون فيه تسهيل لتسوية علاقات الشركة مع الغير لأن انعدام شخصية الشركة يؤدي إلى اعتبار أموالها ملكا مشاعا بين الشركاء ويجعل دائي الشركة يفقدون حق الأفضلية المقرر لهم على أموالها.²

وقد جاء المشرع في المادة 439 والمادة 440 من القانون المدني والمادة 562، 563 مكرر 9 من القانون التجاري على أنه يمكن الاستمرار في عقد الشركة على الرغم من وجود سبب من أسباب الانقضاء ك وفاة أحد الشركاء ، وهذا الاستمرار ما هو في الحقيقة إلا وجود فعلي لشركة فعلية ، إذ اشترط المشرع في مثل حالات هذه وجوب تحول هذه الشركة إلى شركة توصية بالأسهم أو توصية بسيطة.³

ولهذا فإن انقضاء الشركة التجارية لهذه الأسباب و إن كان متعلقا بتفسير إرادة الشركاء أثناء عقد الشركة إلا أنه يتعلق بالنظام العام ولا يمنع من جواز اتفاق الشركاء الباقين على الاستمرار في عقد الشركة.⁴

الفرع الثاني: وجود الشركة الفعلية قبل التأسيس.

يعترف القانون بوجود الشركة القانونية منذ تقييدها في السجل التجاري ، والملاحظ من نص المادة 549 من القانون التجاري أن فترة تأسيس هذه الشركة قد يأخذ بعض الزمن الذي قد يجعل الشركاء المؤسسين يتعهدون لحساب الشخص المعنوي الذي يقومون بتأسيسه ، وأن هذا الشخص (الشركة) يمكن أن تقبل بهذه التعهدات بعد إنشائها وتعتبر عند ذلك بمثابة تعهداتها منذ تأسيسها.

في هذا النص دلالة لوجود شركة فعلية قائمة في فترة التأسيس ، وفي هذه الفترة تكون شخصيتها القانونية قد ثبتت في الواقع وبتمام إجراءات التأسيس يتحول وجودها الفعلي إلى وجود قانوني صحيح.⁵

1 - عباس مصطفى المصري ، تنظيم الشركات التجارية ، شركات الأشخاص ، شركات الأموال ، دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية ، مصر ، 2002، ص: 75.

2 - كما يترتب على انعدام الشخصية المعنوية للشركة أن كل دائن يصبح ملزما برفع دعواه على الشريك بنسبة حصته من الحقوق المترتبة للشركة في ذمته وأن يرفعها أمام محكمة محل إقامته (موطن المدعي عليه).

3 - عباس حلمي المنزلاوي ، القانون التجاري ، الشركات التجارية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط3، 1992، ص: 39.

4 - فتية يوسف عماري ، مقال بعنوان " الأمر 27 / 96 والتصور الجديد لمفهوم عقد الشركة ، الشركة ذات المسؤولية المحدودة وذات الشخص الوحيد ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، ج 37، رقم 02 ، 1999 ، ص: 79.

5 - سليم عبد الله أحمد الجبوري، مرجع سبق ذكره، ص: 180.

كما يمكن في الأصل أن يحتج بهذا الوجود الفعلي على الغير ولا تقبل دعاوى الشركة قبل الغير إلا من يوم العلم بها المقترن بتمام إجراءات الشهر القانونية ، غير أن المادة 506 من القانون المدني المصري مثلاً أتاحت إمكانية تمسك الغير بالشخصية المعنوية للشركة ولو لم تتم إجراءات الشهر.¹

ولعل الهدف من ذلك هو الاعتراف بوجود الشركة الفعلية منذ تاريخ انعقاد العقد مما يجعل الغير في حاية معتبرة ويجعل الشركات تحت الرقابة السابقة على تكوينها ، وهي فترة التأسيس التي كثيراً ما تتم فيها بعض التصرفات الأساسية لتكوين وإنشاء عقد الشركة كشراء بعض العقارات أو المتقولات ...²

المبحث الثاني: ضوابط وآثار تصفية الشركة الفعلية.

رأينا فيما تقدم أن وجود الشركة الفعلية قد يكون لأسباب متعلقة بالبطلان ولأسباب أخرى خارجة عنه ، وفي كل الحالات فإن الشركة الفعلية يجب أن تتم تصفيته إذا قضي بانقضائها ولم يتم تصحيح وضعها الواقعي ، وعلى هذا الأساس تنطبق في هذا المبحث إلى الضوابط القانونية لتصفية الشركة الفعلية سواء بتطبيق العقد الأساسي للشركة أم لا ، وكيفية تعيين المصفي وإتمام إجراءات التصفية وكذا الآثار المترتبة على ذلك من علاقة الشركة بالغير والشركاء بالغير أثناء هذه المرحلة.

المطلب الأول: القواعد العامة لتصفية الشركة الفعلية.

بداية يجب التذكير بأن المشرع يقوم بالعمل أكثر فأكثر على الحد من حالات البطلان فنجد في نص المادة 735 من القانون التجاري يقضي بأنه: " تنقضي دعوى البطلان إذا انقطع سبب البطلان في اليوم الذي تتولى فيه المحكمة النظر في الأصل ابتدائياً إلا إذا كان هذا البطلان مبنياً على عدم قانونية موضوع الشركة".

هذا النص فيه دلالة قاطعة على أن المشرع يسهر قدر الإمكان للحفاظ على المراكز القانونية التي أنشأها وجود الشخص المعنوي من خلال التضييق من حالات البطلان ومن استحداثه إمكانية إصلاح العيب (التصحيح) الموجب للبطلان.³

ثم إن إصلاح العيوب ممكن حتى أثناء قيام خصومة البطلان ، وفي ذلك يمكن للمحكمة أن تمنح أجلاً لذوي المصلحة من أجل إزالة سبب البطلان ، ومن جانب آخر يمنع على المحكمة أن تصدر الحكم الفاصل بالبطلان إلا بعد فوات شهرين على الأقل من تاريخ الخوض في الخصومة.⁴

1 - سميحة القيلوبي ، مرجع سبق ذكره ، ص: 119.

2 - مفلح عواد القضاة ، مرجع سبق ذكره ، ص: 312.

3 - وفقاً للمشرع الجزائري فإنه يمكن تصحيح كل عيوب التي شابت تأسيس الشركة وحياتها إلا إذا تعلق الأمر بعدم مشروعية المحل (موضوع الشركة) أو مخالفته للنظام العام.

4 - تنص المادة 1/736 من القانون التجاري على أنه: " يجوز للمحكمة التي تتولى النظر في دعوى البطلان أن تحدد أجلاً ولو تلقائياً للممكن من إزالة البطلان ، ولا يصوغ لها أن تقضي بالبطلان في أقل من شهرين من تاريخ طلب افتتاح الدعوى".

إذن إذا تم تصحيح الشركة فلا مجال للحديث عن الشركة الفعلية أما إذا لم يصحح الوضع وقضي بالبطلان فنكون أمام تصفية متعلقة بشركة فعلية، غير أن وضعية هذه الشركة الفعلية متعددة ، فقد يتقرر البطلان بعد قيام الشركة بالعديد من التصرفات وقد يكون في مرحلة التأسيس وقد يكون في حالات لم تعمل فيها الشركة وقد يكون البطلان مطلقاً وقد يكون نسبياً ، ووفقاً لكل ذلك تختلف مسألة تصفية الشركة الفعلية من ناحية إعمال العقد التأسيس من عدمه.¹

وفي كل الحالات نجد أن العديد من الحالات تتفق فيها قواعد تصفية الشركة الفعلية مع الشركة النظامية ، وبعبارة أخرى أن قواعد تصفية الشركة الفعلية هي نفسها قواعد تصفية الشركة النظامية مع وجود بعض الاستثناءات.²

الفرع الأول: احتفاظ الشركة الفعلية بشخصيتها القانونية خلال التصفية:

أتى المشرع على الأحكام الخاصة بتصفية الشركة الفعلية في نفس الموضع الذي تطرق فيه إلى تصفية الشركات النظامية ، وذكرت المادة 444 من القانون المدني والمادة 2/766 من القانون التجاري أن الشركة تحتفظ بشخصيتها المعنوية طيلة مدة التصفية وبالقدر اللازم لحاجاتها فقط.³

ويستوي في آثار بقاء الشخصية المعنوية للشركة الفعلية أنه يجب أن يضاف إلى اسم الشركة عبارة : " شركة في حالة تصفية " ويجب عليها أن تحتفظ بموطنها وجنسيته لمعرفة الاختصاص القضائي ولها أن تتم بعض التصرفات اللازمة للتصفية.⁴

الفرع الثاني: تمثيل الشركة الفعلية من طرف المصفي.

تنص المادة 3/445 من القانون المدني على أنه: " وفي الحالات التي تكون فيها الشركة باطلة فإن المحكمة تعين المصفي وتحدد طريقة التصفية بناء على طلب كل من يهيم الأمر " فيفهم من هذا النص أنه حتى في حالات بطلان الشركة فإنه يجب تعيين مصف توكل إليه مباشرة العمليات التي بمقتضاها يجب الوصول إلى إنهاء الآثار لقانونية التي خلفها الشخص المعنوي المبطل.⁵

¹ - حمود محمد محمد شمسان ، تصفية الشركات التجارية (دراسة مقارنة) ، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق ، جامعة القاهرة ، كلية الحقوق ، قسم القانون التجاري، ص: 205.

² - عليوة رايح، مرجع سبق ذكره، ص: 110.

³ - يستوي الأمر كذلك بشأن الآثار المترتبة على بقاء الشخصية المعنوية لأن المشرع يجعل من البطلان سبباً من أسباب حل الشركة وانقضاءها وفقاً للمادة 766 من القانون التجاري : "... مهما كان السبب..." ولا مجال للتفرقة بين الشركة الفعلية والشركة النظامية عند التصفية فلا بد من أن تظهر للغير بأنها في مرحلة تصفية فقط ، وهذا كله حماية لهم وتسهيلاً لتسوية علاقات الشركة بالشركاء والغير.

⁴ - سليم عبد الله أحمد الجبوري، مرجع سبق ذكره، ص: 232.

⁵ - Etienne Grosbois ,Responsabilité civile et contrôle de la société , thèse de doctorat de l'université de CAEN BASSE- NORMANDIE ; spécialité : droit privé et sciences criminelles, soutenue le 04 /12/2012, p :203.

غير أن المحكمة التي قضت بالبطلان هي التي يجب عليها أن تعين مصفيا أو عدة مصفين للشركة الباطلة والسؤال المطروح هو هل على المحكمة تعيين الشخص الذي تم تحديده في العقد التأسيسي أم تعيين شخص آخر؟

إذا تفحصنا نصوص المواد 741.765 من القانون التجاري والمادة 443 من القانون المدني فإننا نجدتها متفقة كلها على تطبيق أحكام القانون الأساسي للشركة محل التصفية ما لم تتعارض مع النظام العام، فالمادة 741 تنص على أنه يتم الشروع في تصفية الشركة الباطلة طبقا لأحكام القانون الأساسي والقسم الخامس من القانون التجاري ، الذي يبدأ بالمادة 765 والتي تنص صراحة أن عملية تصفية الشركات التجارية تخضع للأحكام التي يشتمل عليها القانون الأساسي.¹

ويقوم المصفي بنفس المهام التي يقوم بها لو كان في إطار تصفية شركة قانونية ويتمتع بكل السلطات والصلاحيات المراد منها إنهاء الآثار التي خلفتها الشركة المنحلة عن طريق استيفاء حقوقها وتسوية المراكز القانونية لدائنيها ومطالبة الغير بما يقع في ذمتهم من أموال للشركة.²

المطلب الثاني : بعض الحالات التفصيلية لتصفية الشركات التجارية.

سبق أن أشرنا في المبحث الأول أن مجال الشركة الفعلية ليس هو البطلان فقط وإنما قد تكون وفقا لأسباب أخرى ، ثم إن المشرع عندما أوجد نظرية التصحيح والأحكام الخاصة بتقادم دعاوى البطلان كان يرمي إلى المحافظة على هذا الكيان القائم بالنظر إلى الوضع الظاهر الذي أصبح يتمتع به.

غير أنه قد لا يكون هذا الوضع قائما فالكثير من الشركات التي تبطل في مرحلة التأسيس ولا ترتبط بأية علاقات مع الغير ، ومنها ما يتم تأسيسها ولم تقم بأي عمل ولم ترتبط بأي عقد ، ومنها من عملت وتم إبطالها.

الفرع الأول: تصفية الشركة التي أبطلت في مرحلة التأسيس.

قد تجتمع قوى مجموعة من الأشخاص لإنشاء شركة تجارية يحققون بها مشروعهم الاقتصادي وخلال فترة التأسيس ينفقون العديد من المصروفات ويلتزمون بالكثير من عقود التوريد والتجهيز والتهيئة، ولكن قد يتعثر مجهودهم ويتعطل لوجود سبب من أسباب بطلان الشركة كعدم مشروعيتها أو انهيار ركن تعدد الشركاء فيها، فيجب عندئذ تصفية هذا الكائن الذي وجد لفترة من الزمن (فترة التأسيس).³

في هذه الحالة يجب التمييز بين حالات متعددة فيما إذا كان البطلان مطلقا أو إذا كان البطلان نسبيا وفيما إذا ارتبطت الشركة قيد التأسيس بعلاقات مع الغير أم لا.

1 - معمر خالد ، مرجع سبق ذكره ، ص: 135.

2 - حسين أحمد محمد الغشامي ، الإجراءات القانونية لتصفية الشركات التجارية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي ، تامنغست، الجزائر ، عدد: 08، جوان 2015، ص: 72.

3 - معمر خالد ، مرجع سبق ذكره ، ص: 146.

أ- تصفية الشركة الباطلة بطلانا مطلقا.

الشركة الباطلة بطلانا مطلقا لا يمكن فيها الحديث عن وجود شركة فعلية فالبطلان المطلق يهدم الوجود الفعلي ويعدمه وتعتبر ميع التصرفات التي قامت بها الشركة ولو خلال مرحلة التأسيس باطلة وتؤدي إلى سقوط جميع الحقوق والالتزامات التي نشأت عن ذلك.¹

وبشأن تصفيتها فإنه يتم إجراء عمل محاسبي بين الشركاء المؤسسين لمعرفة مصروفات التأسيس وخصمها من مجموع رأس المال وإعادة الباقي على الشركاء ولا ضرورة إذن لتعيين مصفي، فهذه العمليات المحاسبية كثيرا ما يقوم بها الشركاء أنفسهم جميعهم أو أحدهم بحسب الأحوال.²

أما إذا دعت الضرورة إلى تعيين مصفي فالأصل أن المحكمة التي قضت بالبطلان هي التي تتولى تعيينه وتبين صلاحياته ولا يعتد بعقد الشركة لأنه معدوم ولا اعتبار له.³

ب- تصفية الشركة الباطلة بطلانا نسبيا.

تبطل الشركة فيها إذا توفر سبب من أسباب البطلان النسبي ويقتصر أثر البطلان على المستقبل مما يجعل عقد الشركة محل اعتبار على عكس حالة البطلان المطلق التي تعدمه تماما، ثم إن مثل هذه الشركة قد مارست نشاطها في الماضي كشركة صحيحة ولذلك يجب تسوية شؤونها وإنهاء علاقاتها وتصفيتها ، وعلى المحكمة التي قضت بالبطلان أن تقوم بتعيين مصف وفقا للعقد التأسيس وعلى ما اتفق عليه الشركاء، وفي حالة عدم الاتفاق تتولى المحكمة ذلك.⁴

ج- تصفية الشركة التي لم تعمل بعد:

الأصل أن استغلال الشركة وقيامها بنشاطها الذي أنشئت من أجله يعتبر من النظام العام مثله مثل ضرورة استعمال السكن المؤجر (الالتزام بالاستعمال) و الالتزام باستغلال المحل التجاري، وقد اشترط المشرع الأردني في قانون الشركات منح مهلة 30 يوما قصد إعلام مراقب السجل (السجل التجاري) بحالة التوقف عن النشاط حيث يقوم حيث يقوم المراقب بمنح الشركة مدة زمنية لاستئناف نشاطها تحت طائلة إلغاء تسجيلها وشطبها.⁵

لم تتوصل لنص مماثل في التشريع الجزائري ، حيث قد يكتمل البناء القانوني للشركة وتصبح أهلا للبدء في نشاطها غير أنها لا تقوم بذلك وتظل على هذا النحو فترة من الزمن وكأنها أصبحت بلا غرض ، ومعلوم أن

1- ينظر فيما سبق المطلب الأول من المبحث الأول المتعلق بحالات وجود الشركة الفعلية لتخلف الأركان الموضوعية وأهم الأقوال في ذلك.

2- سليم عبد الله أحمد الجبوري، مرجع سبق ذكره، ص: 233.

3- PHILIPPE MERLE Droit commercial, sociétés commerciales . 2eme édition, Précis dalloz ,p 103.

4- حمود محمد محمد شمسان ، مرجع سبق ذكره ، ص: 177.

5- معمر خالد ، مرجع سبق ذكره ، ص: 136.

انتهاء الغرض الذي أنشئت من أجله الشركة هو سبب من أسباب انقضاء الشركات ، وبالتالي فإنها إذا دخلت دور التصفية فإنه يجب إعمال نفس القواعد العامة التي تخضع لها الشركات التجارية أثناء انقضاءها من تعيين المصفي وفقا لما اشتمل عليه العقد التأسيسي وإن لم يكن فتتولى المحكمة ذلك.¹

خاتمة:

يظهر بداهة أن الشركة الصحيحة القائمة على أسس قانونية تختلف عن الشركة الفعلية في العديد من الأحكام على اعتبار الأخيرة استثناء المقصود منه حماية الغير حسني النية الذين تعاملوا مع كيان وجد مخالفا للقانون واتخذوا بوضعه الظاهر وتعاملوا معه .

ومن خلال هذا الموضوع أردنا الوصول إلى مقارنة بشأن الأحكام المطبقة على تصفية الشركة الفعلية ، فوجدنا أن المشرع يقوم بوضع العديد من الأحكام والقواعد القانونية لتجنب حالات البطلان وبالتالي الإبقاء على الكائن المعنوي و سيروته فخصص له أحكام التصحيح وضيق على طلب البطلان بمواعيد متعددة.

ثم أحال على تطبيق القواعد العامة المتعلقة بتصفية الشركات التجارية على تصفية الشركات الباطلة (الناتج عنها الشركة الفعلية) واستثنى حالة البطلان المقرر من عدم مشروعية المحل ، حيث قرر انعدام العقد في الماضي والمستقبل وجعل من التصفية عمليات محاسبية يقوم بها الشركاء أنفسهم.

أما باقي الحالات فلا فرق بين قواعد تصفية الشركة الفعلية والشركة الصحيحة لا من حيث بقاء الشخصية المعنوية ولا من حيث إعمال العقد التأسيسي ولا من حيث تعيين المصفي وتحديد صلاحياته.

1 - منصور عبد السلام الصرايرة، المسؤولية المدنية للمصفي تجاه الشركة المساهمة العامة في التصفية الإجبارية. مجلة الشريعة والقانون، عمان الأردن، العدد : 45 جانفي 2011 ، ص: 180.

إعمال مبدأ الوجاهية في مجال الواقع والقانون في الدعوى المدنية*
أ/ شامي يسين- أستاذ مساعد "أ"-معهد الحقوق والعلوم السياسية بتتسيمسيت

ملخص:

لا عدالة بدون دفاع فمن المسلم أن حق الدفاع حق ثابت للخصوم لا يحتاج إلى نصوص تقرره ولعل مبدأ الوجاهية هو أكبر تمثيل لهذا الحق وأشمل صورة من صور هذا المبدأ الأعم فالوجاهية هي أحد التعبيرات الفنية عن حق الدفاع حيث تتضمن العلم التام بالخصومة وإعلامهم بكل وقائع الدعوى إلا أن تطبيقات هذا المبدأ تختلف في مجال الواقع والقانون من عدة أوجه وهو ما يمثل جوانب للقاضي وجوانب للخصوم في الدعوى .

Résumé:

No justice without defense, it is recognized that the right of defense is the right of opponents does not need to texts decided by perhaps the principle of defaulting parties is the largest representation of this right and most comprehensive form of this broader Confrontatio principle is one of artistic expressions of the right to defense, where includes full science antagonism and inform them of all the facts of the case only the applications of this principle differ in fact and law in many ways, representing aspects of the judge and the aspects of the litigants in the lawsuit..

مقدمة :

يعتبر مبدأ الوجاهية من المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية باعتباره أهم تطبيقات حق الدفاع في كامل مراحل الدعوى فحق الدفاع تركز على مبدأ أساسي وهو مبدأ المساواة بين الخصوم. فان لجأ المتقاضون إلى القضاء طلبا للحماية القضائية وجب على القاضي أن يتبع في القضاء بينهم مجموعة من القواعد والأسس التي تكفل لهم العدالة وتعد الوجاهية بين الخصوم ضرورة، حيث يتجادل الخصوم أمام القاضي ويرد كل منهم على حجج الآخر بعد أن يعلم بها ويمتص المهلة اللازمة لتنظيم دفاعه وهذا ما يعرف في الفقه الإجرائي بمبدأ الوجاهية . إلا أن إعمال المبدأ يختلف في مجال الواقع وهو الوجود المادي لوقائع الدعوى وبين مجال القانون والممثل في العناصر القانونية المنظمة للدعوى بالنسبة للقاضي والخصوم، وهو ما سوف نتطرق له بإسهاب في بحثنا هذا . وعلى أساس ما سبق فان الإشكال المطروح يمثل في ما مدى تطبيق مبدأ الوجاهية في مسائل الواقع والقانون في الدعوى المدنية ؟.

* تاريخ إيداع المقال: 2017/02/14

تاريخ تحكيم المقال: 2017 /02/28

ولإجابة عن هذه الإشكالية ارتأينا معالجتها بالتطرق لنطاق الواقع والقانون في الدعوى المدنية (المبحث الأول) وتبيان تطبيقات مبدأ الوجاهية في ميدان الواقع والقانون (المبحث الثاني).

المبحث الأول : نطاق الواقع والقانون في الدعوى المدنية

إن التمييز بين مسائل الواقع والقانون في الدعوى المدنية من الأمور المعقدة مشكلة كانت ومازالت تشغل بال الفقهاء ولم تحز يوماً إجماعهم¹ كما أن التفرقة بين الواقع والقانون ليست دائماً واحدة سواء من حيث إمكانية وجودها أو من حيث فائدتها، كما أن التمييز بين مسائل الواقع والقانون يصعب تطبيقه على مسألة إعمال مبدأ الوجاهية حيث أن المبدأ شامل لكامل مراحل الدعوى المدنية منذ انعقادها إلى غاية الحكم فيها ليتخطاها إلى إجراءات التنفيذ وهو ما لن يكون بالأمر الهين وعليه سنطرق للموضوع بشكل متدرج نهدف له بتحديد مسائل الواقع والقانون كتمهيد نستهل به بحثنا هذا .

المطلب الأول : الإطار المفاهيمي لمجال الواقع والقانون

الدعوى هي سلطة الالتجاء للقضاء للحصول على تقرير حق أو لحمايته² وهي تتكون من وجود مادي للوقائع ووجود قانوني وعلى هذين الأساسين يقوم القاضي بتكوين قناعته من إيراد وقائع الادعاء و الدفع المثارة في مواجهة الأدلة المقدمة لإثبات صحة هذه الوقائع³

و ينبنى على هذا ويقوم عليه أن مسائل الواقع هي جوهر الإجراءات لأنها تدفع القاضي لحماية التنظيم القانوني كما أنها مصدر الروابط القانونية التي قد تكون طبيعية أو اختيارية والوقائع الاختيارية إما أن تكون مادية أو أعمالاً قانونية والأعمال القانونية إما أن تكون صادرة عن جانب واحد أو صادرة عن جانبين والقانون هو الذي يحدد الآثار القانونية الناتجة عن أعمال الواقع⁴.

وبالتالي فإن مجال الواقع في الدعوى المدنية ينحصر - في وقائع الدعوى والمتمثلة في الوسائل التي تؤسس عليها الدعوى بالإضافة إلى المستندات والوثائق التي تؤيد الدعوى⁵ وأدلتها وطلبات المدعى وأسانيده.

أما مجال القانون فإن أساسه هو القاعدة التي سادت الفكر القانوني وهي أن المحكمة تعلم القانون وهي ملزمة بتطبيقه وعلى أساسها يحكم القاضي مستعيناً بخبرته القانونية وكذلك بخبراته العامة⁶ فهو الخبير في القانون ولا ينتظر من

1 محمد عيد القصاص، التزام القاضي باحترام مبدأ الموازنة دراسة تحليلية مقارنة في قانون المرافعات المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، 1994، ص 183

2 أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، ط 15، 1990، منشأة المعارف، ص 158

3 "الدفاع في الدعوى وتحديد نطاقه وما يعد تجاوزاً له من سلطة قاضي الموضوع متى أقام حكمه على أسباب صائغة". الطعن رقم 461 سنة 48 ق جلسة 1983/03/24، فتحة قره، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية ج 2، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص 183

4 منصور حاتم محسن هادي حسن الكبي، الأثر الإجرائي للواقع والقانون في تحديد وصف محكمة التمييز، 2009، مجلة المحقق للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، المجلد الأول الإصدار الأول، ص 6

5 نص المادة 15 من القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المؤرخ في 25 فبراير 2008، ج ر رقم 21... عرض موجز للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى ..

6 صحر إمام، دور القاضي في الإثبات، ط 1، دار الفكر الجامعي، 2007، ص 21

الأطراف أو وكلائهم أن يضيفوا على طلباتهم أوصافاً قانونية محددة أو أن يحددوا القاعدة القانونية الأكثر انطباقاً على حيثيات النزاع وبالتالي فلا يمكن له تفويض الغير لدراسة المسائل القانونية المثارة في الدعوى¹.

الفرع الأول : دور الخصوم في مجال الواقع والقانون

إن دور الخصوم في مجال الواقع ينحصر - في موضوع النزاع ويتحدد موضوع النزاع بالادعاءات التي يقدمها الخصوم في صحيفة الافتتاحية للدعوى المدنية ومذكرات الرد² فالطلبات هي التي تنشأ بها الخصومة القضائية وهي التي يتحدد بها موضوع النزاع إلا أن ذلك لا يعني إمكانية تعديل هذا الطلب بالزيادة أو النقصان بل أجاز تعديلها بناء على تقديم طلبات عارضة بشرط أن تكون الطلبات مرتبطة بالادعاءات الأصلية أو إبداء الطلبات بشكل ضمني³.

كما يقع على عاتق الخصم توضيح الوقائع المحددة والمنتجة والتي يعتد بها القانون وهذا عن طريق حفظ حق العلم بكل إجراءات الخصومة القضائية وما تحتويه من عناصر في مجال الواقع أي العلم بما لدى الخصم من ادعاءات ووسائل و دفع، فهي العلم بوجود الإجراء الذي يتخذ لنشأة الخصومة فيجب على المدعي أن يبلغ المدعى عليه بعريضة الدعوى التي أنشأت الخصومة والتي تحتوي بياناتها وقائع الدعوى وطلبات المدعي وأسانيده والمحكمة المرفوعة أممها وتاريخ الجلسة ، وكذلك العلم بكل إجراء يتخذ أثناء سيرها كما لو قدم أحد الخصوم طلباً عارضاً أو دفعا من الدفع أو دليلاً من أدلة الإثبات⁴ بحيث يقع على الخصوم عبء إثبات الواقع دون أن يكلفوا بإثبات القانون طبقاً للقاعدة التقليدية القاضي يعلم القانون⁵. فالخصوم أسياد حقوقهم الموضوعية وهم الذين يملكون ترجمتها قضائياً تطبيقاً لمبدأ الخصومة ملك لأطرافها .

أما بالنسبة لدورهم في مجال القانون فينحصر في تقديم الادعاءات والأسانيذ دون الالتزام بتحديد القاعدة القانونية التي تنطبق على هذه الوقائع لأن هذا من صميم عمل القاضي . فالقاعدة التي كانت تعطيهم كامل الحق في مجال الواقع تنعدم في مجال القانون والذي يعد من الحقوق الحصرية التي يتحكم القاضي بها دون الخصوم فهو المحول بالبحث عن القاعدة القانونية الواجبة التطبيق بالإضافة إلى تفسيرها وفقاً لما تقتضيه وقائع الدعوى .

الفرع الثاني: دور القاضي في مجال الواقع والقانون

إن دور القاضي في مجال الواقع واضح جلي مبني أساساً على عدم تدخله في البنيان الواقعي للدعوى بالشكل الذي طرحه الخصوم ابتداءً فنشاط القاضي مطلوب وليس معروض⁶ بالإضافة إلى امتناعه على عدم تأسيس حكمه على وقائع لم يثرها الخصوم ذلك أن القاعدة التي سادت وما زال صداها يطفئ على الفكر القانوني هي أن " الخصوم هم سادة

1 منصور حاتم محسن .هادي الكعبي مرجع سابق ص10

2 نص المادة 25 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " يتحدد موضوع النزاع بالادعاءات التي يقدمها الخصوم في عريضة افتتاح الدعوى ومذكرات الرد"

3 شويحة زينب .الإجراءات المدنية في ظل القانون 09/08 الجزء الأول ط1 .دار أسامة للنشر والتوزيع .2009.ص69

4 أحمد خليل .مبدأ المواجهة ودوره في التنفيذ الجبري دراسة في واجب الإعلام في مجال القانون الإجرائي دار المطبوعات الجامعية .الإسكندرية.1999.ص23

5 منصور حاتم محسن .هادي حسن الكعبي .مرجع نفسه .ص8

6 أحمد ماهر زغول. أعمال القاضي التي تحوز حجية الأمر المقضي وضوابط حجيتها .دار النهضة العربية .القاهرة 1993.ص232

الوقائع " ¹ فالدعوى ملك لأطرافها هم الذين يبدؤونها ويقومون بتوجيهها كيفما شاءوا ويملكون وقفها أو تركها فهم الذين يحددون موضوعها محلا وسببا بما يقدمونه من طلبات و دفع و أدلة ² أي أنهم يحتكرون المبادرة في تقديمه ولعل السبب الآخر لهذه القاعدة هو ما يسمى بحياذ القاضي وهو مبدأ رئيسي وأساسي يحكم نشاطه في الدعوى مفاده أنه على هذه الأخير أن يزن المصالح القانونية للخصوم بالعدل وزنا مجردا من الأهواء محايدا بالحكم في الدعوى بناء على الأدلة المطروحة أمامه والوقائع الواردة في الملف ³.

فتحدد واجبات القاضي بالنسبة لمجال الواقع بما عرضه الخصوم في الادعاءات النهائية فلا يعتد القاضي إلا بالوقائع التي تصلح أساسا للادعاء وبالوقائع التي تقدم قبل اختتام المرافعة ⁴.

وحتى بالنسبة للمفهوم السابق لحياذ القاضي فإن المفهوم الجديد للحياذ السلبي قد أضفى حياد إيجابي زود القاضي بسلطات ومكانات تعينه على القيام بدوره فقد اتجهت النصوص الإجرائية والموضوعية لقوانين المرافعات في التشريعات المقارنة إلى تحويل القاضي صراحة الحرية في شكل العمل القضائي ومضمونه بحيث يمكن القول بان سير الدعوى المدنية لم يعد خاضعا وتابعا فقط لإرادة المترافعين وحدهم إنما هناك دور فعال إيجابي نشط للقاضي في الدعوى المدنية عامة وفي إدارة الدليل خاصة ⁵ كذلك للقاضي أن يتحرر في حالات استثنائية من مبدأ الطلب فيستطيع أن يفصل في نزاع معين دون الحاجة إلى طلب الخصوم في الحالات التي تتعلق فيها المسألة المتنازع عليها بالنظام العام إذ تعتبر هذه المسألة المطروحة على المحكمة بقوة القانون وتقتضي فيها من تلقاء نفسها دون الحاجة لطلب لذلك فيستطيع القاضي الذي ينظر في نزاع متعلق بعقد معين أن يحكم بطلان العقد من تلقاء نفسه إذا كان سبب البطلان متعلقا بالنظام العام كما لو كان سبب العقد غير مشروع ⁶ مثلا

أما بخصوص دور القاضي في مجال القانون فإن القانون مهمة القاضي وهو العضو المنوط به الفصل في المنازعات طبقا للقواعد القانونية التي تحكمها فإنه يلتزم بإعمال القانون وتطبيقه من تلقاء نفسه ولا يعتبر ذلك من قبيل حكم القاضي بعلمه الشخصي ويتفرع عن ذلك عدم التزام الخصوم بتقديم النصوص القانونية التي تنطبق على النزاع أو بتقديم تفسيرات قانونية معينة لتلك النصوص أو بإعطاء النزاع تكييفه القانوني فيكفي الخصوم تقديم الواقع صرفا دون تولينه بأي لون قانوني ⁷ فالقاضي ملزم بالفصل في المنازعات المعروضة أمامه طبقا للقانون حتى وإن لم يطلب الخصوم صراحة تطبيقه لأن سيطرة القاضي في نطاق القانون مطلقة كأساس لتوزيع المهام الإجرائية بين القاضي والخصوم في الدعوى كما أن له

1 محمد عبد الصاوص . مرجع سابق ص 191

2 سحر عبد الستار يوسف أمام . مرجع السابق ص 12

3 طلعت دويدار . تطور الحماية التشريعية لمبدأ حيدة القضاة . دار الجامعة الجديدة 2009. ص 10

4 نص المادة 26 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية : " لا يجوز للقاضي أن يؤسس حكمه على وقائع لم تكن محل المناقشات والمرافعات "

5 سحر عبد الستار أمام يوسف . مرجع سابق ص 31

6 نبيل اساميل عمر . سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية . دار الجامعة الجديدة 2008. ص 20

7 نبيل اساميل عمر . مرجع نفسه ص 25

أن يأمر في الجلسة بحضور الخصوم شخصياً لتقديم توضيحات يراها ضرورية¹ وله أن يأمر شفاهة بإحضار أي وثيقة لنفس الغرض كما له القيام بأي إجراء من إجراءات التحقيق² وله تكييف الوقائع والتصرفات محل النزاع التكييف القانوني الصحيح دون التقيد بتكييف الخصوم³ بالإضافة لعدة سلطات خولها له المشرع نص عليها من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

كما أنه للقاضي أن يطلب من الخصوم توضيحات بشأن القانون بل وله أن يستعين من الخبراء والمتخصصين في مجال القانون في الواقعة التي تحكمها المسألة حيث أن التزام القاضي بتطبيق القانون لا يتنافى مع حقه في طلب معاونة الخصوم وليس فيما يقدمه الخصوم من الأدلة التي تيسر للقاضي العلم بالقانون سوى معاونة منهم تدفعهم إليها مصلحتهم في تطبيق هذا القانون ولا ترقى بالتالي لمرتبة الالتزام⁴

المطلب الثاني : أهمية التمييز بين مسائل الواقع والقانون

تتمثل أهمية التمييز بين مسائل الواقع والقانون من ناحيتين⁵

الفرع الأول : الناحية الإجرائية

يميل جانب كبير من الفقه إلى أن مسألة التمييز بين مسائل الواقع والقانون لها الأهمية الكبيرة في تحديد نطاق رقابة المحكمة العليا باعتبارها جهة القانون التي تنظر فيما إذا كانت المحاكم قد طبقت النصوص والمبادئ القانونية بصفة سليمة في الأحكام الصادرة منها وقض الأحكام غير الصحيحة⁶، وعليه فإن تحديد نطاق المحكمة العليا مرتبط بمدى تطبيق المحاكم للقانون بشكل سليم وفي حال العكس تدخل القضية اختصاص المحكمة العليا

إلا أن بعض الفقه⁷ يرى بأن المحكمة العليا لا تراقب كل مسائل القانون ولا ينجو من رقبتها كل مسائل الواقع ولذلك يرى أن تحديد الإطار الذي تراقب فيه محكمة النقض قاضي الموضوع لا يمكن في التمييز بين الواقع والقانون وإنما في تلمس الحدود التي بسطت فيها المحكمة العليا رقبتها على قاضي الموضوع .

الفرع الثاني : من ناحية تحديد دور القاضي والخصوم

بالإضافة للأهمية الإجرائية لمجال الواقع والقانون في تحديد نطاق المحكمة العليا فإن له أهمية في تحديد دور القاضي والأطراف في الدعوى المدنية حيث يختص الخصوم بتقديم الواقع في حين يختص القاضي بتطبيق القانون فيستطيع القاضي استبدال النصوص لتصحيح الأخطاء التي ارتكبتها الخصوم لكن بشرط عدم المساس بالوقائع التي عرضها

1 نص المادة 27 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

2 نص المادة 28 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

3 نص المادة 29 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

4 نبيل اسماعيل عمر . مرجع سابق . ص 27

5 عيد القصاص . مرجع سابق . ص 185

6 محمد إبراهيم الجيزي في الإجراءات المدنية ج 2 ط 3 ديوان المطبوعات الجامعية . 2006 . ص 238

7 أحمد الصاوي نطاق رقابة محكمة النقض أشار إليه . محمد عيد القصاص . مرجع سابق . ص 186

الخصوم واحترام مبدأ الوجاهية فيما قدمه من تلقاء نفسه من مسائل القانون¹، ويلتزم القاضي بمعرفة العرف ويستطيع إثارته من تلقاء نفسه ولا يعد ذلك تدخلا منه في ميدان الواقع إلا أن جانباً من الفقه يرى بأن هذا التفريق لم يعد منطقياً بعدما أصاب دور القاضي تطور إيجابي أدى لتدخله في مجال الواقع بعدما لم تعد السيادة المطلقة للخصوم كما أن السيادة المطلقة للقانون لم تعد للقاضي وإنما تحديد عمل كل من القاضي والخصوم في الدعوى على أساس مبدأ الوجاهية بمعنى أن سلطة القاضي في مجال الواقع بالإضافة لسلطته في مجال القانون بدأت تجد دورها في حدود مبدأ الوجاهية².

المبحث الثاني : تطبيق القاضي والخصوم لمبدأ الوجاهية في ميدان الواقع والقانون

إن مضمون مبدأ الوجاهية هو إحاطة أطراف الدعوى علماً بما يمكن إدخاله في ملف الدعوى من وقائع عن طريق غيرهم وكذلك ما ينطبق عليها من أوجه القانون .

وعليه نعالج في هذا المبحث تطبيقات مبدأ الوجاهية في مسائل الواقع والقانون .

المطلب الأول : مبدأ الوجاهية في مسائل الواقع

نتناول في هذا الصدد تطبيقات مبدأ الوجاهية في مسائل الواقع من خلال الوقائع وأدلة الإثبات.

الفرع الأول : التمييز بين الوقائع وأدلة الإثبات

من الأعباء التي تقع على عاتق الخصوم تقديم توضيح الوقائع التي يستندون إليها في ادعاءاتهم فمن يدعى حقاً أمام القضاء يتعين عليه تقديم الوقائع المنشئة لهذا الحق³

يميز الفقه في هذا الصدد بين نوعين من عناصر الواقع أولها التي تكون سبب الطلب القضائي أو أساس الادعاء وبين أسانيد أثبات هذه الوقائع فهناك جانب من الفقه يميز بين الوقائع التي يؤسس عليها الخصوم ادعاءاتهم وبين وسائل الواقع بهدف التمييز بين الوقائع وأدلة الإثبات أما الجانب الآخر فيميز بين الوقائع التي يطرحها الخصوم على القاضي بصفة أساسية وتلك التي يطرحونها عليه بصفة مساعدة وأساس هذه التفرقة هو الدور الذي تقوم به الواقعة المطروحة .

فالوقائع الأساسية هي " تلك التي ألحق بها القانون نتائج قانونية تستجيب لطلبات الخصوم " أما الوقائع الفرعية فهي " الوقائع التي لا تحدد بناتها النتيجة القانونية المطلوبة ولا يرتبط بها القانون مباشرة الأثر القانوني المطلوب"⁴، فالتفرقة واضحة بين ما يقدمه الخصوم من وقائع لتأسيس ادعاءاتهم وما يقدمونه أو يقوم به القاضي من تلقاء نفسه من أدلة إثبات لهذه الوقائع .

1 منصور حاتم محسن ،هادي حسن الكعبي مرجع سابق ص.13

2 عيد النصاص.مرجع سابق ص.187

3 سحر عبد الستار إمام يوسف.مرجع سابق ص.41

4 عيد النصاص .مرجع سابق ص.206

ويتعين على القاضي في بناء حكمه وتكوين عقيدته بشأن واقعة النزاع أن يؤسس هذا الاقتناع بناء على الوقائع الواردة في ملف الدعوى¹

الفرع الثاني : إعمال الجاهية في وقائع الدعوى والإثبات

ويتجسد إعمال مبدأ الجاهية في مسألة الواقع من خلال عدة نقاط لعل أهمها هو التزام القاضي بأن لا يعتمد في تقدير أدلة الإثبات وترجيح ما يراه راجحا منها على عناصر واقعية لم يتعرض الخصوم لمناقشتها فنص المادة 26 من قانون الإجراءات المدنية واضح ألزم القاضي بأن لا يؤسس حكمه على وقائع لم تكن محل المناقشات والمرافعات فلا يمكن للقاضي بناء قناعته بشأن مصداقية دليل ما على أساس لم يرد في المرافعة والمناقشات حيث أن الخصومة هي محور الأساسي الذي يستمد منه القاضي اقتناعه وهذا ما يضمن أن تكون الدعايم التي أقيم عليها الحكم محل علم الخصوم مطروحة للنقاش بينهم احترما لمبدأ الجاهية ، كما أن إعمال مبدأ الجاهية في مسائل الواقع يتطلب أن لا يصل القاضي إلى نتيجة مفاجئة لم يتناقش الخصوم على أساسها ولم يتوقعوها² فافتناع القاضي مضبوط بما تناقش فيه الخصوم³ هذا بالإضافة إلى التزام كل من الخصوم والقاضي بإعلام بعضهم بالأدلة الكتابية بموجب المادة 70 من نفس القانون وإخطار الخصوم من طرف القاضي لحضور إجراءات التحقيق بموجب المادة 85 وتنفيذها علانية إعمالا لمبدأ الجاهية بين الخصوم بموجب المادة 89 وحق الخصوم في الحصول على نسخ من محاضر المعاينات التي يقوم بها القاضي بموجب المادة 149 وتطبيق مبدأ الجاهية حال سماع الشهود عن طريق دعوة الخصوم للحضور بموجب المادة 151 وغيرها من عناصر الواقع التي تفيد بضرورة إعمال الجاهية في ميدان الواقع .

المطلب الثاني :إعمال مبدأ الجاهية في مسائل القانون

إذا كان رفع الدعوى وإيداع صحيفتها قلم الكتاب وتحديد موضوع النزاع وكذلك الوقائع من صميم عمل الخصوم فان مسألة تطبيق القاعدة القانونية وتكييف سبب الادعاء وتفسير قواعد القانون يقع على عاتق القاضي.

1 " سلطة محكمة الموضوع في فهم الواقع والموازنة بين حجج الخصوم وأوجه دفاعهم مفادها استقلالها بتقدير مدى حجية أو جدية طلب الخصم ضم قضية أخرى أو وقف احداها ريثما يفصل في الأخرى مدام التزامها بتعقب حجج جميع الخصوم متى أقامت قضاءها على أسباب صائغة " طعن رقم 673 لسنة 49 ق جلسة 1984/01/26. فتيحة قره . مرجع سابق ص.803

2 إلا أنه وان كان يحضر على القاضي القضاء بعلمه الشخصي إلا أن هذا لا يمنعه - بموجب البور الحديث الاميجالي للقاضي - من أن يأخذ في اعتباره وقائع واردة في ملف الدعوى لم يثرها الخصوم صراحة لتأييد دعواهم وهو ما نصت عليه المادة 207 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي- والتي يقابلها في القانون الجزائري المادة 2/26 ،بالإضافة إلى أنه يمكن للقاضي أن يدعوا الخصوم لتقديم إيضاحات متعلقة بالواقعة إذا ما رأى ضرورة لذلك

3 التقصاص. مرجع سابق ص.214

الفرع الأول : تكييف سبب الادعاء¹

تعرف المادة 25 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديدة كيفية تحديد نطاق موضوع النزاع بأن النزاع المؤسس على ادعاء ينطوي على محل _ موضوع _ وسبب فالادعاء أو مزاعم المدعى ترمي إلى التحصيل على نتيجة بواسطة المبادرة القضائية التي يقوم بها فقد تكون النتيجة المتوخاة إبطالا أو جزاءا وتعويضاً وهذه النتيجة المطالب بها تؤسس من الناحية القانونية على سبب قد يكون عقداً أو مسؤولية تعاقدية أو جزائية وهذان العنصران هما المكونان الموضوعيان للخصومة²

وكما سبق القول فإن القاضي له كامل السلطة في مجال القانون في الدعوى المدنية ولعل تكييف الوقائع والأعمال التي يقدمها الخصوم كأساس لادعاءاتهم من صلب عمله³ إما بتكييفه بدءاً أو بإعادة التكييف للوقائع والأعمال المتنازع عليها وذلك بتعديل التكييف المقترح من الخصوم فهو ملزم لإسباغ الوصف القانوني الصحيح على ادعاءات الخصوم دون التقيد بتكييف الخصوم لها في حدود سبب الدعوى⁴ بحكم ثقافته القانونية وخبرته العلمية وعليه فإن تكييف الواقعة أمر يقوم به القاضي من تلقاء نفسه دون طلب الخصوم وهو ما يعني عدم التزامه بمتابعة وجهة نظر قلم كتاب المحكمة أو الخصوم بشأنه⁵ ، ويختلف إعمال مبدأ الوجاهية في مجال التكييف من حيث اعتماد القاضي في سبيل التكييف على أوجه واقعية لم يناقشها الخصوم وهو ما نجد نص القانون صريحاً اتجاهه بموجب المادة 26 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقاعدة أمرة لا تجيز له تأسيس حكمه على وقائع لم تكن محل المناقشة بين الخصوم.

فالقانون عنصر مكون لعناصر السبب القضائي وهو الذي يمنع القاضي من المساس به خشية تعديل السبب⁶ فلا يجوز له أني صدر في حكمه عن سبب غير سبب الطلب إذا يعتبر حينها حكماً بغير طلب⁷

فلا خلاف على أن القاضي ملزم حيناً يؤدي واجبه في تكييف سبب الادعاء المعروض عليه بأن لا يتعدى حدود الواقع الذي ناقشه الخصوم⁸ ، إلا أن ذلك لا يمنع من احتمال اعتماد القاضي على عناصر واقعية لم يناقشها الخصوم مثال

1 سبب الإدعاء هو المحدد لعناصر الخصومة وموجهها للحل المطلوب وهو الذي يسمح للقاضي بأن يوجه تركيزه إزاء المشكلة القانونية المحددة بموجبه لمزيد من

التفصيل يراجع نبيل اسماعيل عمر سبب الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف دار الجامعة الجديدة الإسكندرية 2008. ص 215

2 عبد السلام ديب قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد ترجمة للمحاكمة العادلة . ط2. دار موف للنشر الجزائر ص 99

3 "تحصيل فهم الواقع في الدعوى من سلطة محكمة الموضوع تكييف هذا الفهم وتطبيق القانون عليه " طعن رقم 621 لسنة 53 ق جلسة 1984/4/10. فتيحة

قره مرجع سابق ص 384

4 سحر إمام مرجع سابق ص 46

5 أبو الوفا. مرجع سابق 458.

6 نبيل اسماعيل عمر سبب الطلب القضائي ص 217

7 نبيل اسماعيل عمر سلطة القاضي التقديرية ص 14

8 " محكمة الموضوع لا تملك تغيير سبب الدعوى من تلقاء نفسها " طعن رقم 461 لسنة 53 ق جلسة 1984/04/29. فتيحة قره مرجع سابق ص 445

ذلك حينما يحل القاضي محل الخطأ الشخصي المسؤولية عن الأشياء فإنه مجبر على أن يأخذ في اعتباره بعض الوقائع الجديدة¹ التي لم يتباحثها الخصوم².

الفرع الثاني : تفسير القاعدة القانونية

قد يقوم الخصم بمحاولة تفسير القاعدة القانونية قاصدا حمل القاضي على أن يفهم القانون الفهم الذي يتفق مع مصلحته وهي لن تعدو مجرد محاولة للقاضي القول الفصل فيها لان تفسير القانون من مهام القاضي الذي يستعين في هذا العلم بمراجعة نصوص القانون وما وضعه الفقه من شرح لهذه النصوص وما قرره القضاء من مبادئ في تطبيقها، فالقاضي ملزم بأن يعمل فهمه وثقافته القانونية لتحديد محتوى القاعدة التي تحكم الدعوى المعروضة دون أن يعني ذلك حرمانه من الاستعانة بما يقدمه الخصوم منهم قانوني .

وفي إطار بحثنا هذا فقد انقسم الفقه حول علاقة مبدأ الوجاهية بتفسير القاعدة القانونية .

أولا : اتجاه يستبعد مبدأ الوجاهية في مجال تفسير القانون

يرى الأستاذ normand بهذا الصدد أن القاضي غير ملزم بإعمال الوجاهية في مجال القانون المتعلق بتفسير القاعدة القانونية معتمدا في ذلك على قاعدة " افتراض علم القاضي بالقانون "ففي مطلق الأحوال فان القاضي يعتمد على فهمه الشخصي لأحكام القانون ولا يقيده في ذلك فقه أو قضاء سابق وإنما يكون هذا الفهم الشخصي- خاضعا لرقابة المحكمة العليا فتعقب على قضائه بما ترى التعقيب عليه ،وتفسير المعايير القانونية من طرف القاضي يكون خارجا عن المرافعة وبالتالي فإنه لا يخضع للمناقشة التوجيهية حسب رأي الأستاذ وهو ما ذهب إليه الأستاذ viatte في أن القاضي ملزم بإعمال الوجاهية كلما أثار من تلقاء نفسه وجهما قانونيا لا يمثل إثارة لوجه قانوني لم يطلب تطبيقه من أي من الخصوم أما قبول أو رفض تطبيق قاعدة قانونية طلبها الخصوم ولكن على أساس سبب قانوني مختلف فان الأمر حينها يستلزم مناقشة توجيهية .

ثانيا : اتجاه يوجب إعمال الوجاهية في مجال تفسير القانون

يرى الاتجاه المعارض للرأي السابق أن القاضي ملزم بإعمال الوجاهية أثناء تفسيره للقانون فإذا كان تطبيق القانون على الواقع يخضع لمبدأ الوجاهية فإنه لا يتصور كيف يفلت تفسيرها من هذا المبدأ فالقاضي قبل أن يطبق قاعدة القانون ينبغي أن يعرف ماذا تعني وما هي الشروط اللازمة لها فالتطبيق إذا يفترض التفسير ومتى كان من واجب القاضي أن يطبق قاعدة القانون بأعمال مبدأ الوجاهية بين الخصوم فإنه ملزم بان يبين لهم كيف يفهم هذه القاعدة فيناقشونه في هذا الفهم ويحاولون تعديله³.

1 تجدر الإشارة إلى أن اعتداد القاضي في تغيير التكيف على عناصر واقعية أدخلت الى الدعوى بطريقة صحيحة فلا يمكن له مثلا الاعتماد على معلومات شخصية غير ثابتة بملف الدعوى .

2 محمد عيد النصاص .مرجع سابق ص263

3 محمد عيد النصاص .مرجع نفسه ص274

خاتمة :

في دراستنا التي دارت حول إعمال مبدأ الوجاهية في مسائل الواقع والقانون فإننا انتهينا إلى أن إعمال الوجاهية في مجال الواقع والقانون ينحصر في حق الأطراف خصوما وقاضي في العلم التام وفي وقت مفيد بكافة إجراءات الخصومة وما تحتويه من عناصر واقعية وقانونية يمكن أن تكون أساسا في تكوين اقتناع القاضي وهو بذلك صورة من صور حماية حقوق الخصوم وصورة من صور إعمال حقوق الدفاع بشكل لا يدع مجالا للشك في أن المحاكمة قد انبنت على اقتناع سليم للقاضي للوصول لحكم قضائي عادل في الدعوى المدنية .

قائمة المراجع :

الكتب والمؤلفات

- 1- أحمد ابو الوفا. المرافعات المدنية والتجارية. ط15. 1990. منشأة المعارف
- 2- أحمد خليل. مبدأ المواجهة ودوره في التنفيذ الجبري دراسة في واجب الإعلام في مجال القانون الإجرائي. دار المطبوعات الجامعية. الإسكندرية. 1999
- 3- أحمد ماهر زغلول. أعمال القاضي التي تحوز حجية الأمر المقضي وضوابط حجيتها. دار النهضة العربية. القاهرة. 1993. ص232
- 4- أحمد ابراهيم الوجيز في الإجراءات المدنية ج2. ط3. ديوان المطبوعات الجامعية. 2006
- 5- طلعت دويدار . تطور الحماية التشريعية لمبدأ حييدة القضاة . دار الجامعة الجديدة. 2009
- 6- محمد عيد القصاص. التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة دراسة تحليلية مقارنة في قانون المرافعات المصري والفرنسي. دار النهضة العربية. 1994
- 7- سمر عبد الستار يوسف أمام. دور القاضي في الإثبات. ط1. دار الفكر الجامعي. 2007
- 8- شويحة زينب. الإجراءات المدنية في ظل القانون 09/08. الجزء الأول. ط1. دار اسامة للنشر والتوزيع. 2009
- 9- نبيل اسماعيل عمر. سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية. دار الجامعة الجديدة. 2008.
- 10- نبيل اسماعيل عمر. سبب الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف. دار الجامعة الجديدة. الإسكندرية. 2008.

- مقالات

منصور حاتم محسن هادي حسن الكعي. الأثر الإجرائي للواقع والقانون في تحديد وصف محكمة التمييز. مجلة المحقق للعلوم القانونية والسياسية. جامعة بابل. العراق. المجلد الأول. الإصدار الأول. سنة 2009

الأحكام القضائية

فتيحة قه . مجموعة المبادئ القانونية التي قررت بها محكمة النقض المصرية. ج2. دار المطبوعات الجامعية. الإسكندرية. 2006

-القوانين:

قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008. جريدة رسمية رقم 21

الرقابة على التجميعات الاقتصادية في ظل قانون المنافسة الجزائري*
أ/ قارة سليمان محمد خليل- أستاذ مساعد "أ"- المركز الجامعي أحمد زبانة غليزان.

ملخص:

تميز النظام الاقتصادي العالمي بظاهرة تركيز المؤسسات التجارية، و تحالف الشركات الكبرى، لبناء وحدات اقتصادية عملاقة، مما يؤدي إلى نشوء شركات جديدة تفرض سيطرتها على الأسواق. مما استدعى تدخل التشريع من أجل الحد من خطر نفوذ الشركات الاحتكارية، و ذلك بتقييد عمليات التركيز الاقتصادي، حفاظا على النظام العام الاقتصادي.

Résumé :

Le système économique mondial est marqué par le phénomène de la concentration des entreprises, et l'Alliance des grandes sociétés, pour le but de construire des unités économiques géantes. conduisant à l'émergence de nouvelles entreprises dominantes dans le marché, ce qui a nécessité l'intervention de législateur afin de réduire le risque d'influence des entreprises monopolistiques, par la limitation des opérations de concentration économique, afin de préserver l'ordre public économique.

مقدمة:

يشهد النظام الاقتصادي العالمي المعاصر ظاهرة تركيز القوى الاقتصادية بصورة لم نشهدها من قبل، و تعود اسباب هذه الظاهرة لظروف الحياة الحديثة ، و المصاعب و المشاكل التي تقف في وجه الشركات الصغيرة و تعيق تقدمها، وقد ساهم التطور التكنولوجي في زيادة عمليات التركزات، اذ ترتب عليه عجز المؤسسات الصغيرة في تحقيق اهدافها، حيث ظلت منعزلة تتصارع فيما بينها، و أضفى السبيل الوحيد امامها هو تجمعها خشية من أن تبتلعها الشركات الضخمة التي اصبحت تسيطر على الأسواق¹. بالإضافة إلى أن بعض دول العالم² شجعت الشركات الصغيرة من أجل الصمود و عدم الانسحاب من السوق، بالتكتل و انشاء مجتمعات، حيث شجعت المؤسسات الصغيرة على التحالف فيما بينها لتقوية مركزها التنافسي اتجاه الشركات الكبيرة¹.

* تاريخ إيداع المقال: 2016/09/08

تاريخ تحكيم المقال: 2016 / 09/11

عدنان باقي لطيف، التنظيم القانوني للمنافسة و منع الممارسات الاحتكارية، دار الكتب القانونية، مصر ، ص. 303.¹

² مثال عن تلك التجارب، تشجيع الحكومة الكندية المؤسسات الكبيرة على التعاقد من الباطن مع المؤسسات الصغيرة ، و كذا تجربة الحكومة اليابانية التي اباحت للمؤسسات الصغيرة التجمع من أجل ضمان بقاء الشركات الصغيرة، و وفرت ما يعرف بفكرة **الاخوة الصغار**، و التي مفادها وجود شركات صغيرة تعمل في قطاع الصناعة، حيث ترتبط مع شركات أكبر من خلال عقود من الباطن لتوريد مستلزمات الانتاج و يتم تقوية الشركات الكبيرة بتوفير التقنيات الحديثة و المعلومات اللازمة للشركات الصغيرة و امدادها بالقروض.

تعد رقابة عمليات التركيز أو التجميع الاقتصادي من قبيل الرقابة الاحتياطية المسبقة، الرامية إلى التأكد من عدم بلوغ بعض المؤسسات مستوى من القوة الاقتصادية يجعلها في وضع محين يصعب تفاديه فيما بعد، ويفترض أن ينتج عنه إضعاف للمنافسة بالسوق، مع الإشارة هنا إلى أن إخضاع عمليات التجميع المؤثرة في المنافسة إلى الرقابة، لا يعني منعها أو عدم التشجيع عليها².

محاولة منا للإلمام بالدراسة بجميع النقاط القانونية للتركيزات الاقتصادية، فسنقوم بتقسيم هذه الدراسة إلى قسمين نعالج في الأول ماهية التركيز، ونخصص الثاني لشروط وإجراءات إخضاعه للرقابة.

المبحث الأول: ماهية التجميع الاقتصادي.

سنحاول في هذا الجزء من البحث تسليط الضوء على تعريف عمليات التجميع و التطور التاريخي لرقابة المشرع الجزائري عليها (المطلب الأول)، لتتبعه بأنواع التركيزات الاقتصادية و طرقها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف عمليات التجميع الاقتصادي والتطور التاريخي للرقابة عليها.

في بداية الأمر لم تكن عمليات التركيز الاقتصادي محظورة إلا أن الأمر تغير، حيث أن التجميعات أصبحت تضر وتمس المنافسة، الأمر الذي أوجب على المشرعين التحرك من أجل الوقوف في وجه الاحتكار الناتج عن هذه العمليات، وعليه سنتعرض للتطور التاريخي للرقابة على عملية التجميع و للمفهوم الفقهي والقانوني للتجميعات الاقتصادية.

الفرع الأول: تعريف التجميعات الاقتصادية:

بداية يجب التنويه إلى أن أغلب التشريعات المقارنة لا تعطي تعريفا محددا للتركيز الاقتصادي، و إنما تعرفه عن طريق وصف حالاته، باعتبار أن اعطاء التعريفات هي في الأساس مهمة فقهية لا تشريعية³. و عليه سنحاول التعرض لأهم التعريفات التشريعية للتركيز الاقتصادي، لنلجأ بتعريف التشريعات المقارنة وكذا تعريف المشرع الجزائري.

أولا-التعريف الفقهي لعملية التجميع:

يمكن تعريف التركيز الاقتصادي بأنه تجمع عدد من المؤسسات والذي ينتج عنه تغيير مستمر في هيكلية السوق، ما يؤدي إلى فقد المؤسسات المجمعة لاستقلاليتها مع تعزيز القوة الاقتصادية للتجميع⁴.

لأكثر معلومات راجع : محمد فتحي صفرو، واقع المشروعات الصغيرة و المتوسطة و اهميتها الاقتصادية، بحث مقدم لندوة المشروعات الصغيرة و المتوسطة في الوطن العربي، القاهرة من 17 الى 22 يناير 2004، متاح على الموقع: www.ssic2008.com ص. 40 و ما بعدها

¹ طاهر شوقي مومن، التجميع المؤقت للمشروعات، دار النهضة العربية، 2011، مصر، ص. 8.

² معين فندي الشناق، الاحتكارات و الممارسات المقيدة للمنافسة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الاردن، 2010، ص. 200.

³ أسامة فتحي عبادة يوسف، النظام القانوني لعمليات التركيز الاقتصادي في قانون المنافسة، دار الفكر و القانون، المنصورة، مصر، 2014، ص. 63.

⁴ بن وطاس ايمان، مسؤولية العون الاقتصادي، دار الهومة، الجزائر، 2012، ص. 115.

كما يمكن تعريفه على أنه اندماج بالالتحام بين مؤسستي أعمال أو أكثر يتم بموجبها فقدان هوية مؤسسة أعمال أو أكثر وتكون النتيجة قيام مؤسسة واحدة.¹

وورد تعريف آخر للتجميع على أنها عبارة عن مجموعة من الشركات المتميزة، لكل واحدة منها شخصيتها القانونية المستقلة، ترتبط فيما بينها بعلاقات بنوية مستمرة ناجمة عن الاشتراك في رأس المال، وتدار المجموعة بواسطة إحدى شركاتها.²

كما عرفه جانب آخر من الفقه بأنه: ظاهرة اقتصادية تتم بنمو حجم المؤسسات من جهة وانخفاض عدد المؤسسات التي تعمل في السوق من جهة أخرى.³

ثانيا- التعريف التشريعي للتجميع الاقتصادي:

لقد عرفت المادة 15 من قانون المنافسة الجزائري (والتي تقابلها المادة L430.1 من القانون التجاري الفرنسي-)، التجميع أنه:

"يتم التجميع في مفهوم هذا الأمر إذا:

- (1) اندمجت مؤسستان أو أكثر كانت مستقلة من قبل.
- (2) حصل شخص أو عدة أشخاص طبيعيين لهم نفوذ هي مؤسسة على الأقل أو حصلت مؤسسة أو عدة مؤسسات على مراقبة مؤسسة، أو عدة مؤسسات أو جزء منها أو جزء منها بصفة مباشرة أو غير مباشرة عن طريق أخذ أسهم من رأس المال أو عن طريق شراء عناصر من أصول المؤسسة أو بموجب عقد أو بأية وسيلة أخرى".

أما المشرع المغربي فقد عرف التركيز الاقتصادي بأنه: "ينتج التركيز عن كل عقد، كيفما كان شكله، إذا كان يقضي بتحويل الملكية والانتفاع فيما يتعلق بمجموع أو بعض ممتلكات منشأة وحقوقها والتزاماتها أو عندما يكون الغرض منه أو يترتب عليه تمكين منشأة أو مجموعة منشآت من ممارسة نفوذ حاسم على واحدة أو أكثر من المنشآت الأخرى بصفة مباشرة وغير مباشرة".⁴

أما المشرع الأردني فلقد عرف التركيز الاقتصادي في المادة 9 فقرة 1 من قانون المنافسة الأردني على أنه: "يعتبر تركزا اقتصاديا لمقاصد هذا القانون كل عمل ينشأ عنه نقل كلي أو جزئي للملكية أو حقوق الانتفاع من ممتلكات، أو حقوق أو أسهم أو حصص أو التزامات مؤسسة أو مجموعة مؤسسات من السيطرة بصورة مباشرة أو غير مباشرة على مؤسسة أو مجموعة من مؤسسات أخرى".⁵

¹ عبد الفتاح مراد، شرح قانون المنافسة و منع الممارسات الاحتكارية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الاردن، 2010. ص. 396.

² حسين الماحي، حماية المنافسة، الطبعة الاولى، المكتبة العصرية، مصر، 2007، ص. 103.

³ ليندا حسن ذكي، حماية المنافسة و منع الإحتكار، رسالة دكتوراه، سنة الجامعية 2005-2006، جامعة حلوان، مصر، ص. 254.

⁴ المادة 11 من القانون 06-99 المتعلق بحرية الاسعار و المنافسة المغربي، المؤرخ في 5 يونيو 2000، الصادر في يونيو 2000.

⁵ قانون المنافسة الاردني رقم 33 لسنة 2004 منشور في الجريدة الرسمية رقم 4673 تاريخ 2004/09/01.

أما المشرع المصري فقد عرف التجميع بـ: "... اكتساب أصول أو حقوق ملكية أو انتفاع أو أسهم، أو إقامة اتحادات أو اندماجات أو دمج، أو الجمع بين إدارة شخصين أو أكثر على نحو يؤدي إلى السيطرة أو يعظم من الوضع المسيطر ...".

باستعراضنا لمجموعة من التعاريف التشريعية نلاحظ:

أولاً: اختلاف المشرعين في المصطلح المستعمل للدلالة على التركيز، فهناك من استعمل التجميع على غرار مشرعنا وهناك من استعمل التركز ومن استعمل الاندماج ومن استعمل التركيز، وباعتقادنا فإن المصطلح الصحيح والدقيق هو مصطلح "التركيز" والذي يقابله باللغة الفرنسية ¹ « Concentration ».

ثانياً: جميع التعاريف تصب بأن هنالك معيارين لتحديد مفهوم التجميع يمثل الأول في الوسيلة المستعملة وهي الاندماج، أما الثانية فتتمثل في نقل سلطة الرقابة والسيطرة.

الفرع الثاني: التطور التاريخي لعملية الرقابة على التجميعات في ظل القانون الجزائري:

التركيز يؤدي في كثير من الأحيان إلى آثار سلبية على عملية المنافسة، و من أجل تلك الآثار اعتنت جميع التشريعات العالمية بتنظيم الاندماج، و ذلك لحماية اقتصادها من تسلل الشركات المتعددة الجنسيات و محاولة تكوينها لاحتكارات في أسواقها الوطنية.

يرجع تنظيم التجميعات مثله مثل حظر الاتفاقات والتعسف في الهجينة إلى قانون الأسعار الصادر في 1989² الملغى الذي كان يخضع كل فعل يرمي إلى تجميع المؤسسات قصد التحكم الفعلي في جزء هام من السوق الوطنية إلى ترخيص مسبق³، وقد كرر هذا الحكم بصورة أوضح في الأمر 95-06 المتعلق بالمنافسة⁴ الملغى الذي أوجب على الأعوان الاقتصاديين تقديم عمليات أو مشاريع التجميع التي ترمي إلى تحقيق 30% من المبيعات المنتجة على مستوى السوق الداخلية إلى مجلس المنافسة الذي يتولى البث فيها بالقبول أو الرفض⁵. إلى أن أورد الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة المعدل والمتم⁶ في بابه الثاني المتعلق بمبادئ المنافسة فصلاً ثالثاً عنوانه "التجمعات الاقتصادية" وأولاه أهمية خاصة إذ خصص له المواد من 15 إلى 22، ويظهر لأول وهلة أن

¹ La concentration est le regroupement de deux ou plusieurs entreprises ayant une logique industrielle, commerciale ou financière (par fusion absorption =, apport partiel ou prise de participation) afin de constituer un ensemble plus vaste (un groupe).

Dictionnaire français Larousse, disponible sur le site :

www.larousse.fr/dictionnaires/français/concentration/17866?q=concentration#17739

² قانون 12/89 المتعلق بالأسعار الصادر بتاريخ 1989/07/05، ج.ر. الصادرة بتاريخ 1989/07/19، العدد 29.

³ المادة 31 من القانون 12/89 السالف الذكر.

⁴ قانون 95-06 و المتعلق بالمنافسة المؤرخ في 25 يناير 1995، الصادر ب.ج.ر. الصادرة بتاريخ 22 فيفري 1995، عدد 9.

⁵ ينظم الأمر 06/95 التجميعات و مشاريع التجميعات في المادتين 11 و 12 الواقعيتين تحت الفصل الثاني المعنون بممارسات المنافسة و المعاملات المنافية للمنافسة من الباب الأول الخاص بمبادئ المنافسة.

⁶ الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة الصادر بتاريخ 2003/07/19، ج.ر. الصادرة بتاريخ 2003/07/20، عدد 43.

هذا الفصل يرمي إلى فرض رقابة على المؤسسات، تقيد حريتها في ممارسة النشاط الاقتصادي وتقيد بالتالي حرية السوق، إلا أن أحكامه تبين أنه وضع من أجل حماية السير الحسن للسوق ومن أجل حماية حرية المنافسة، فالهدف من تنظيم التجميعات عن طريق مراقبتها هو منع ما يمكن أن ينجم عنها من مخالفات تقيد المنافسة¹.

المطلب الثاني: أنواع التجميعات وطرقها:

مما لا شك فيه ان للتركيزات انواع مختلفة، حيث لا يقتصر في صورة واحدة فقط، فقد نكون امام تركيز افقي، كما قد نكون امام تركيز اقتصادي عمودي او رأسي، هذا لا يمنع من وجود نوع اخر من التركيز و هو ما يسمى بالتركيز التنويجي، إضافة إلى ذلك فقد حدد المشرع الجزائري في المواد 15 و 16 من قانون المنافسة، طرقا يتم بها التجميع الاقتصادي. و هذا ما سنحاول التطرق اليه فيما يلي.

الفرع الأول: أنواع التجميعات:

يتحقق التركيز الاقتصادي بإحدى صورتين، إما ان يكون افقيا حيث يكون بين شركات متنافسة في المنتج نفسه، و قد يكون رأسيا او عموديا، حيث يقوم بين شركات تقوم بإنتاج منتج ما في مراحل انتاج مختلفة، قد يكون التركيز خليطا بين التركيز الافقي و العمودي².

و ما تجدر الإشارة إليه انه يمكننا ان نصادف نوعا اخر من التركيز و هو التركيز التنويجي، حيث يتميز هذا الاخير بانتفاء الصلة الاقتصادية بين الشركة الدامجة و المندمجة.

أولا: التجمع الأفقي:

يتجسد هذا النوع من التجميع باندماجالشركات المتنافسة في نفس المنتج، وغالبا ما يلجأ إلى هذا النوع بغرض التخلص من المنافسة بين الشركات المتنافسة، ويكون ذلك باندماجها معا مما يؤدي إلى زيادة نصيبها في السوق وقوتها الاحتكارية³.

وبعبارة أخرى يقصد بالتجميع الأفقي انضمام شركتين أو أكثر في الخط التجاري نفسه، وفي السوق الجغرافي نفسه، وهو اندماج يؤدي إلى رفع الأسعار شأنه شأن تكوين التحالفات، وذلك لأن هذا النوع من الاندماج يسمح لشركات كانت متنافسة من قبل، أن تسيطر على المرافق الإنتاجية فيما بينها، ولأنه يسعى إلى تقليل عدد الشركات المتنافسة في السوق.

رغم أن هذا النوع من التركيز قد يترتب عليه انخفاض التكاليف وأحيانا تخفيض الأسعار في السوق مقارنة بما كانت عليه من قبل التجميع، إلا أنه في النهاية يزيد نسبة التركيز أو السيطرة على السوق، ويسمح بتكوين الاحتكارات بعد زيادة الأحجام ونسب التركيز مما يؤدي إلى التحكم في الإنتاج والأسعار¹.

¹ بن وطاس ايمان، المرجع السابق، ص. 115.

² حسام الدين عبد الغني الصغير، النظام القانوني لاندماج الشركات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2004، ص. 12-13.

³ أمل شليبي، المحدث من آليات الاحتكار، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006، ص. 150.

ثانيا: التجميع العمودي "الرأسي":

ويقصد بهذا النوع من التجميعات انضمام شركتين أو أكثر، تعمل في مراحل مختلفة من مراحل الإنتاج والتسويق، وذلك من خلال تنفيذ بعض عمليات الإنتاج والتسويق تنفيذا داخليا، ورغم فائدة هذا الانخفاض في التكاليف، إلا أن هذا النوع من التجميع قد يستخدم لإغلاق قنوات التوزيع أمام المنافسين الآخرين². ويجب التوضيح إلى أن التقيد الذي يتسبب فيه التجميع الرأسي أو العمودي، حين يؤدي إلى وضع عراقيل أمام دخول شركات جديدة إلى سوق المنتجات أو الخدمات المعنية، التي تستحوذ الشركات المندمجة على وضع مسيطر في ذلك السوق، يضع الشركات غير المشاركة في التجميع أمام حلين: إما الانسحاب من السوق، وإما الدخول إليه بنشاطها أو الأنشطة الأخرى المتكاملة.

وقد تمارس الشركة المتجمعة الجديدة أسلوب الاقصاء اتجاه الشركات المنافسة بتكسيدها الخسائر، وذلك عن طريق رفع سعر المادة الأولية أو المادة النصف مصنعة، والتي تحتاجها الشركات المنافسة من أجل ممارسة نشاطها، وبالمقابل تخفض الشركة المتجمعة سعر البيع، مما يؤدي إلى إرهاب المنافسين وذلك بسبب سعر الإنتاج المرتفع والباهض، وسعر المنخفض للسلع المنافسة، وهذا ما يؤدي إلى اقصاد جميع الشركات المنافسة من السوق³.

ثالثا: التجميع التويعي:

يشمل هذا التجميع مؤسسات تشارك في أنشطة اقتصادية متنوعة إذ أن هذه المؤسسات لا تتنافس فيما بينها بسبب اختلاف منتوجاتها⁴. بمفهوم آخر، يعد التجميع التويعي أو المختلط، قيام شركة معينة بمد نطاق عملها إلى أسواق سلعية، أو جغرافية جديدة بدلا من أن تتوسع داخليا⁵. إن اندماج شركتين أو أكثر كانت قبل الاتحاد تعمل في خطوط تجارة مختلفة، أو عملت في أجزاء ومستويات مختلفة من الإنتاج ولم تكن هناك علاقة أو صلة تجارية فعلية بينها، فالسمة المميزة للتجميع التكتلي أنه لا توجد علاقة وصلة اقتصادية بين الشركة الدامجة والشركة المندمجة⁶.

¹ مغاوري شلي علي، حاية المنافسة و منع الاحتكار بين النظرية و التطبيق، تحليل لأهم التجارب الدولية العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005، ص. 48.

² مغاوري شلي علي، المرجع السابق، ص. 48.

³ حسين الماحي، المرجع السابق، ص. 106.

⁴ لحاري ويزة، حاية المستهلك في ظل قانون حاية المستهلك و قع الغش و قانون المنافسة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، السنة الجامعية 2010-2011، ص. 84.

⁵ معين فندي الشناق، المرجع السابق، ص. 210.

⁶ جلال مسعد، مدى تأثر المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، السنة الجامعية 2012، 2013، ص. 193.

الفرع الثاني: طرق التجميع:

من خلال استقراءنا للمادة 15 من قانون المنافسة السالفة الذكر نستنتج بأن التجميع يكون بإحدى الطرق التالية:

أولاً: التجميع بالاندماج:

الاندماج هي العملية التي تجتمع بفضلها شركتان أو أكثر من أجل تكوين شركة واحدة، ينتج هذا الدمج سواء بطريقة الضم، أو عن طريق إنشاء شركة جديدة من طرف الشركات الموجودة سابقاً¹.
الاندماج عملية قانونية تتوحد بمقتضاها شركتان أو أكثر، و يتم هذا التوحد اما بانصهار احدهما في الاخرى، و اما بمزجهما معا في شركة جديدة تحل محلها².
الاندماج فكرة قانونية معقدة نظرا لتعدد جوانبها، و تنوع تنظيمها، فهو عقد فريد من نوعه له قواعده و شروطه، و يمر انجازه انجازه و تنفيذه بمراحل متعددة³، اذ يرمه ممثلو شركتين او أكثر، يؤدي الى ضم شركة في اخرى فتزول به الاولى و تبقى الثانية، او تزول الاثنتان معا لتكوين شركة واحدة جديدة⁴.
تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد تعرض لموضوع الاندماج في المادة 744 من القانون التجاري⁵ حيث ذكر عدة طرق يتم عبرها اندماج الشركات و هي كالآتي:

1- الاندماج بطريقة الضم: « Fusion par absorption »

بالرجوع الى الفقرة الاولى من المادة 744 من القانون التجاري الجزائري، يمكننا القول ان الاندماج بطريقة الضم هو التحام شركة او أكثر بشركة اخرى، فتزول الشخصية المعنوية للأولى و تنتقل اصولها و خصوصها الى الثانية، التي تظل محتفظة بشخصيتها المعنوية، و الاندماج بطريقة الضم هو الأكثر وقوعا في الحياة العملية، اذ عادة ما لا تكون الشركتان المندجتان على نفس القدر من الاهمية الاقتصادية فقتيلع الشركة الاقوى الشركة

¹ Mohamed SALAH, les sociétés commerciales, tome 1, édition edik, Algérie, 2005, p 159.

² محمد فريد العربي، الشركات التجارية، المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الاطار القانوني و تعدد الاشكال، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2008، ص. 283.

³ لمزيد من المعلومات راجع:

Mohamed SALAH, op.cit., p.160 et suite.

كذلك محمد فريد العربي، المرجع السابق، ص. 391 و ما يليها.

⁴ محمود صالح قائد الارياي، اندماج الشركات و انقسامها، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية مصر، 2012، ص. 36.

⁵ المادة 744 من ق. ت. ج. تنص على ما يلي: " للشركة ولو في حالة تصفيتها، ان تدمج في شركة اخرى ا وان تساهم في تأسيس شركة جديدة بطريقة الدمج.

كما لها ان تقدم مالبها لشركات موجودة او تساهم معها في اشاء شركات جديدة بطريقة الاندماج و الانفصال.
كما لها ان تقدم رأسها لشركات جديدة بطريقة الانفصال".

الاقل قوة¹، فغالبا ما تختلف القدرات المالية للشركات الداخلة في الاندماج، لأن الشركة الاقوى تلجأ الى ضم الأضعف، و لكن بموافقة الشركة الاخرى، فضلا عن ان هذه الصورة من صور الاندماج الايسر- و الاقل تكلفة للشركات الراغبة في الاندماج، خلافا للاندماج بطريق المزج الذي يقتضي اتخاذ اجراءات تأسيس شركة جديدة، و هذا ما يتطلب وقتا طويلا و نفقات كبيرة²

مثال عن الاندماج بطريق الضم، انصهار الشركة "ب" المندمجة في الشركة "أ" حيث تؤدي هذه العملية إلى حل الشركة "ب" المندمجة، أو فقدانها لشخصيتها المعنوية وزيادة رأس مال الشركة "أ" الداخلة.

2-الاندماج بطريق المزج أو الدمج: « fusion par combinaison »

تعد هذه الصورة تفاعلا ايجابيا بين شركتين او أكثر، استجابة لظروف اقتصادية تمر بها الدول او القطاعات الاقتصادية ذاتها، او رغبة في منافسة اقتصادية أكبر، و يحدث عندما تتفق شركتان او أكثر على توقفهما عن الوجود، و انصهارهما معا في شركة واحدة جديدة تمتلك جميع موجودات الشركات السابقة و أموالها، كما تتحمل كقاعدة عامة ديون و التزامات تلك الشركات.

و ينتج عن الاندماج بطريق المزج زوال الشخصية الاعتبارية لجميع الشركات المندمجة، و نشوء شخصية اعتبارية واحدة جديدة للشركة المنشأة نتيجة لهذا النوع من الاندماج.

و يختلف الاندماج بالمزج عن الاندماج بالضم، فإن الاول اي الابتلاع لا يؤدي الى زوال الشخصية المعنوية للشركة المبتلعة او الضامة، بل تظل مستمرة متمتعة بشخصيتها المعنوية، بعكس الشركة المبتلعة التي تزول شخصيتها المعنوية، و تفقد وجودها تماما، اما الندمج بطرق المزج فتؤدي الى انحلال جميع الشخصيات المعنوية للشركات الرتغبة في الاندماج، و ظهور كيان قانوني جديد، يكون هو المسؤول عن جميع التزامات الشركات المندمجة باعتباره خلفا عاما لها³.

تتمثل هذه الصورة في اندماج الشركتين "أ" و "ب" في شركة جديدة واحدة، حيث يؤدي هذا الاندماج إلى حل الشركتين المندمجتين وتكوين شركة جديدة "ج".

¹ حسني المصري، إندماج الشركات و انقسامها دراسة مقارنة بين القانون المصري و الفرنسي، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2007، ص. 47.

² محمود صالح قائد الارياي، المرجع السابق، ص. 37-38.

³ محمود صالح قائد الارياي، المرجع السابق، ص. 39.

3- الاندماج عن طريق الانفصال: « Fusion par scission »

الانفصال هي عملية بمقتضاها يقسم رأسمال الشركة على عدة شركات جديدة أو قائمة، و في هذه الحالة اشار المشرع حالة الاندماج عن طريق الانفصال، و هو عملية بمقتضاها تقدم شركة ماليتها لشركات موجودة او تساهم معها في انشاء شركات جديدة¹.

يمكن القول بأن الاندماج بطريق الانفصال هو انقسام ذمة شركة واحدة الى قسمين أو أكثر، و دمجها في شركتين قائمتين، أو انقسام ذمة أكثر من شركة الى عدد من الاقسام لتنشأ عليها شركتان جديدتان أو أكثر، و يمثل الغرض من هذه العملية في تحقيق التخصيص في الانتاج أو اعادة تنظيمه².

ثانيا: التجميع عن طريق المراقبة:

تطرق المشرع الجزائري لمسألة التجميع عن طريق ممارسة النفوذ أو المراقبة في المادة 16 من قانون المنافسة والتي نصت:

"يقصد بالمراقبة المذكورة في الحالة 2 من المادة 15 أعلاه المراقبة الناتجة عن قانون العقود أو عن طرق أخرى تعطي بصفة فردية أو جماعية حسب الظروف الواقعة إمكانية ممارسة النفوذ الأكيد والدائم على نشاط مؤسسة لا سيما فيما يتعلق بما يأتي:

- 1- حقوق الملكية أو الانتفاع على ممتلكات مؤسسته أو على جزء منها.
- 2- حقوق أو عقود المؤسسة التي يترتب عليها النفوذ الأكيد على أجهزة المؤسسة من ناحية تشكيلها أو مداولاتها أو قراراتها".

باستقراءنا لنص المادة 16 نلاحظ أن المشرع الجزائري حدد وسائل ممارسة النفوذ الأكيد على سبيل المثال لا الحصر اذ استعمل مصطلح "لا سيما فيما يتعلق".

ونحن نرى بأن المشرع الجزائري على حق إذ كان هدفه عدم التقيد بمفهوم قانوني مضيق وإنما فتح الباب أمام اجتهاد مجلس المنافسة في تحديد وسائل ممارسة النفوذ.

والمراقبة تنتج من النفوذ الذي يملكه شخص أو عدة أشخاص طبيعيين على مؤسسة أو أكثر. أو عن النفوذ الذي تمتلكه مؤسسة أو عدة مؤسسات، على مؤسسة أو عدة مؤسسات أخرى أو على جزء منها. ويتم ذلك إما عن طريق شراء أسهم فيها أو عن طريق شراء عناصر من أصولها، وإما بموجب عقد ناقل للملكية كل أو جزء من ممتلكاتها كعقد بيع أو عقد ناقل لحق الانتفاع بها، مثل إيجار التسيير، أو عن طريق أية وسيلة أخرى

¹Mohamed SALAH, op.cit., p.160.

²حسني المصري، المرجع السابق، ص. 38.

تكتسب بها المؤسسة نفوذاً أكيدا على مؤسسة أخرى، تسمح بالتدخل في سيرها والتأثير عليها من حيث تشكيلها أو مداولاتها أو قراراتها¹.

ومفاد هذه الحالة من حالات التركيز الاقتصادي، أنه قد تحصل إحدى المؤسسات أو الشركات بشكل مباشر أو غير مباشر، على جزء من رأس مال مؤسسة أخرى، في شكل تنازل أو نقل جزئي للأسهم بالشرء أو غيره، فيمنح ذلك الجزء الذي حصلت عليه المؤسسة المكتسبة حق التصويت واتخاذ القرار في مؤسسة أخرى، وينجم عن ذلك تمتع الشركة حاملة أغلبية الأسهم بنفوذ وتأثير ملموس².

من أجل خضوع التجميع الذي يتجسد في شكل ممارسة النفوذ لرقابة سلطات المنافسة، لا بد من توافر الشروط التي حددها المشرع الجزائري³.

ثالثا: التجميع عن طريق إنشاء مؤسسة مشتركة:

يتم التجميع كذلك بإنشاء مؤسسة مشتركة تتفرع من مؤسستين متنافستين فيما بينها أو أكثر، والهدف من إنشائها هو بسط سيطرتها على قطاع اقتصادي معين، أو السيطرة على أسواق معينة مع الحد من المنافسة فيما بينها، وتحقيق مطالبها على قدم المساواة.

يكون الفرع عادة تحت رقابة متساوية بين شركات الأم، كل واحدة منها تملك حصتها من الأسهم، ويكون لها حق الانتخاب في الجمعية العامة.

يخضع الفرع المشترك للمراقبة الخاصة بالتجميعات، لأن إنشاؤه يقتضي- تحول كل أو جزء من الأموال وحقوق والتزامات المؤسسة، كما قد تؤدي هذه المؤسسة الفرعية إلى وضع اتفاقيات بين المؤسسات الأم، تكون منافية للمنافسة وهو الأمر المحظور، فإذا كانت عملية مباحة بعد إخضاعها للمراقبة، فإنه يحظر الاتفاق الماس بالمنافسة بين المؤسسات المتجمعة⁴. هنا تنشور مشكلة تفسير المؤسسة المشتركة إذ يتم اعتبارها تارة آلية من آليات التجميع أو التركيز الاقتصادي، وتارة أخرى يتم ترجمتها وتحليلها على أنها اتفاق مقيد للمنافسة، هذه الصعوبة أدت بالجموعة الأوروبية إلى إصدار منشورين واردين في لاحقة 1989 للتمييز بين المؤسسة المشتركة بصفتها عملية تركيزية وبين المؤسسة المشتركة بصفتها عملية تواطئية أو تنسيقية. وفي سنة 1997 تم إصدار لائحة عن

¹ بن وطاس إيمان، المرجع السابق، ص. 118.

² جلال مسعد، المرجع السابق، ص. 202.

³ تتمثل هذه الشروط فيما يلي:

- أن يكون النفوذ دائم و استراتيجي.
- ضرورة اكتساب وسائل ممارسة النفوذ الاكيد.
- اكتساب حقوق الملكية على ممتلكات مؤسسة كوسيلة لممارسة النفوذ الاكيد.
- اكتساب حقوق الانتفاع على ممتلكات مؤسسة كوسيلة للممارسة النفوذ الاكيد.
- العقد كوسيلة للممارسة النفوذ و المراقبة.

⁴ لحراري ويزة، المرجع السابق، ص. 82.

المجموعة الأوروبية والتي نصت على هجر عملية التمييز والتفرقة، لأنها تفرقة مركبة ومعقدة، وفي ظل هذا التعديل تعتبر المؤسسة المشتركة عملية تجميعية حتى وإن كان هدفها أو نتج عنها مساس بالمنافسة. و من أجل تيسير تطبيق فكرة عدم التمييز بين المؤسسة المشتركة التوافقية والمؤسسة المشتركة التجميعية¹، وضع معيار أو نظرية المؤسسة كاملة الممارسة L'entreprise de pleine exercice والذي تضمنته اللائحة الأوروبية في 2 مارس 1998، بمقتضى هذه النظرية، إن مراقبة التجميعات الاقتصادية لا يكون إلا على المؤسسة المشتركة كاملة الممارسة، إذ يجب أن تكون مراقبة من طرف وحدتين مميزتين على الأقل، هذا ما يقضي الحالة التي يمكن فيها لأحد الشركاء اتخاذ القرارات المهمة لوحده، بدون أن يملك الشركاء الآخرون الحق في الاعتراض.

كما يجب على المؤسسة المشتركة كاملة الممارسة أن تتصل مباشرة بالسوق كما يفعل منافسوها، وبالتالي يستبعد الفرع المنشأ من أجل البحث والتطوير، باعتبار هذا الفرع تابع للمؤسسات التي أسسته، فيما يتعلق بمهمة التوزيع².

ولقد أخذ المشرع الجزائري بنظرية المؤسسة المشتركة كاملة الممارسة باعتبار المؤسسة المشتركة التي تؤدي بصفة دائمة مهام مؤسسة اقتصادية مستقلة تجميعا اقتصاديا.

المبحث الثاني: شروط إخضاع التجميع للرقابة:

حتى لا تقع عملية مراقبة التجميع تحت طائلة البطالان لابد من توفر شروط حيث سنقوم بالتطرق إليها بالتفصيل في النقطة الموالية:

المطلب الأول: الهجمة على السوق:

لا يكفي أن تكون عملية التجميع الاقتصادي متطابقة مع التعريف الوارد في نص المادة 15 من قانون المنافسة الجزائري لإخضاعها للرقابة حيث تكون بعض عمليات التجميع غير ذات أهمية، ولا تتمتع بثقل اقتصادي يعول عليه، إذ ولا يخشى معها أن تتسبب في تقييد المنافسة في السوق، بينما تبلغ بعض عمليات التركيز من الحجم ما يخشى معه أن تصبح ذات توجهات احتكارية تضر بالمنافسة الحرة.

يعتمد من أجل معرفة مدى القوة الاقتصادية المحصل عليها بفعل التجميع على مقاييس معينة، يفترض القانون أن بلوغها أو تجاوزها سيؤدي إلى تقييد المنافسة. يمكن أن تقاس القوة الاقتصادية بحجم المبيعات أو المشتريات التي تحققها المؤسسات المعنية بالتجميع (وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري) كما يمكن قياس القوة الاقتصادية بالاعتماد على رقم الأعمال (هذا المعيار أخذ به المشرع الفرنسي والأمريكي)³.

¹ جلال مسعد، المرجع السابق، ص. 202.

² MarieMALAURIE-VIGNAL, droit de la concurrence, 2^{ème} édition, armand colin, dalloz, paris, 2003, p.230.

³ جلال مسعد، المرجع السابق، ص. 213.

الفرع الاول: معيار الحصة في السوق:

لا بد علينا قبل التطرق لنسبة الحصة في السوق (ب) أن نتطرق لتحديد مفهوم السوق و نطاقه (أ)¹.

أولاً: تحديد السوق:

إن تحديد السوق المعني بالاندماج أمر بالغ الأهمية من أجل التعرف على مقدار المنافسة ومدى درجة التركيز الذي تتمتع به الشركات المندمجة والذي يتطلب تحديد أمرين هما البعد السلعي والبعد الجغرافي للسوق. عرف المشرع الجزائري السوق في المادة الثالثة من قانون المنافسة بنصه على ما يلي: ب - السوق: كل سوق للسلع والخدمات المعنية بممارسات مقيدة للمنافسة وكذا تلك التي يعتبرها المستهلك بمثابة أو تعويضية لا سيما بسبب مميزاتها وأسعارها والاستعمال الذي خصصت له والمنطقة الجغرافية التي تعرض المؤسسات فيه السلع أو الخدمات المعنية".

ويغطي مفهوم السوق من منظور قانون المنافسة بعدين: البعد الأول هو المنتج (البعد النظري: أي المكان النظري الذي يتقابل العرض والطلب للمنتجات أو الخدمات التي يعتبرها المشتري أو المستعمل معوضه لبعضه البعض)، والبعد الآخر هو البعد الجغرافي (أي البعد الإقليمي: أي المناطق التي يمارس فيه البائع نشاطه). ويثير كل من البعدين إشكاليات عملية تتعلق بتحديد قائمة المنتجات التي يعدها المستهلك قابلة للتعويض بعضها ببعض باعتبار خاصيتها واستغلالاتها وأسعارها وكذلك بتحديد المناطق التي تكون فيها ظروف المنافسة متجانسة².

بالاستناد على تعريف السوق الذي أتى به المشرع الجزائري، نستنتج أنه يقوم على أساس تلبية حاجة معينة للمستهلك حيث يقوم بتحديد البعد السلعي للسوق على معطيات عديدة منها:

- أهمية السلعة أو الخدمة التي تقدم من الشركات المتنافسة: والأهمية تقاس من زاوية مدى الحاجة للسلعة، أو الخدمة، والجمهور المستهدف والحاجة المستمرة الدائمة للسلعة أو الخدمة، حيث أنه كلما ازدادت أهمية السلعة ازدادت أهمية البحث في مدى وجود الممارسات المقيدة للمنافسة كالتجميع مثلاً³.
- تماثل المنتجات في الخصائص والاستخدام.
- مدى إمكانية تحول المشتريين عن منتج إلى منتج آخر نتيجة للتغيير النسبي في السعر أو في أية عوامل تنافسية أخرى.
- اتخاذ البائع لقراراته التجارية على أساس تحول المشتريين عن المنتجات إلى منتجات أخرى نتيجة التغيير النسبي في السعر أو في العوامل التنافسية.

¹ معين فندي الشناق، المرجع السابق، ص. 194.

² معين فندي الشناق، المرجع السابق، ص. 195.

³ حسين الماحي، المرجع السابق، ص. 22.

- مدى توافر المنتجات البديلة أما المستهلك¹.
- ويمكن تعريف السوق الجغرافي بأنه المنطقة التي تمارس فيها المؤسسة نشاطها التجاري حيث تعرض فيه منتجاتها على القاطنين أو المترددين على هذه المنطقة، وتسود ظروف واحدة للمنافسة².
- وفي هذا الصدد يؤخذ في الاعتبار فرص التنافس المحتملة، وكذا تأثير المعايير الآتية:
- مدى القدرة على انتقال المشتريين بين مناطق جغرافية نتيجة التغيرات النسبية في الأسعار أو في العوامل التنافسية الأخرى.
- أما إذا كان البائعون يتخذون قراراتهم التجارية على أساس انتقال المشتريين بين المناطق الجغرافية، بما في ذلك تكلفة التأمين والوقت اللازم لتزويد المنطقة الجغرافية بالمنتجات المعنية، من أسواق أو مناطق جغرافية أخرى أو من الخارج.
- الرسوم الجمركية والقيود الجمركية على المستوردين المحلي والخارجي³.

ثانيا: نسبة الحصة من السوق:

- لم يخضع المشرع التجميعات إلى رقابة مجلس المنافسة إلا تلك التي اعتبرها ذات قيمة اقتصادية كبيرة والتي من شأنها المساس بحرية المنافسة في السوق، حيث وضع حدا يتم على إثره تقرير التجميعات الواجب إخضاعها لرقابة مجلس المنافسة، ويتمثل هذا الحد في تحقيق حد يفوق 40% من المبيعات أو المشتريات المنجزة في سوق معينة، وما تجدر إليه الإشارة هنا أن الأمر 06/95 المتعلق بالمنافسة الملغي، حدد العتبة القانونية بـ 30% من المبيعات المنجزة على مستوى السوق الداخلية من السلع أو الخدمات، ولعل رفعها في ظل الأمر 03/03 يهدف إلى توسيع نطاق حرية التجميعات⁴.
- اعتمد المشرع الجزائري في السابق على عدة معايير من أجل تقدير العتبة القانونية للتجميعات، والتي نص عليها على سبيل المثال في المرسوم التنفيذي 315-2000 المؤرخ في 14 أكتوبر 2000 وهي:
- حصة السوق التي يحوزها كل عون اقتصادي معني بعملية التجميع.
 - حصة السوق التي تمسها عملية التجميع.
 - آثار عملية التجميع على حرية اختيار المومنين والموزعين المتحاملين الآخرين.
 - تطور العرض والطلب على السلع والخدمات المعنية بعملية التجميع.

¹ معين فندي الشناق، المرجع السابق، ص. 197.

² حسين الماخي، المرجع السابق، ص. 22.

³ بن و طاس إيمان، المرجع السابق، ص. 119.

⁴ المرجع نفسه، ص. 120.

- حصة الواردات من سوق السلع والخدمات نفسها.
 - النفوذ المالي والاقتصادي الناتج عن عملية التجميع.
- إلا أن المشرع الجزائري ألغى هذه المعايير وذلك بإلغائه للمرسوم التنفيذي 315-2000 بموجب المادة 73 من الأمر 03/03، وأصبح يعتمد فقط على المعيار الكمي وهو المعيار الوحيد الذي نصت عليه المادة 18 في تقدير التجميعات.
- ويتم تقدير النسبة المنصوص عليها في المادة 18 بالنظر إلى المبيعات أي العرض، وبالنظر كذلك إلى المشتريات أي الطلب، ولعل الهدف من ذلك هو إدخال كل قطاعات النشاط الاقتصادي من إنتاج وتوزيع وخدمات واستيراد في مجال المراقبة.
- أما المشرع الفرنسي فقد كان يعتمد على عتبتين من أجل إخضاع التجميع للمراقبة، وهذا في ظل أمر 1 ديسمبر 1986، إذ نصت المادة 38 فقرة 2 من الأمر السالف الذكر على عتبة نسبية وأخرى نقدية أو مطلقة، إذ يكفي تحقيق الشركات المجتمعة إحدى العتبتين فقط، وتمثل العتبة النسبية في تحقيق الشركات المتجمعة ما مجموعه 25% من المبيعات، المشتريات أو عمليات أخرى في سوق وطنية للسلع أو الخدمات القابلة للاستبدال، أو في جزء جوهري منه¹.
- أما العتبة النقدية أو المطلقة فتتمثل في تحقيق الشركات موضوع التجميع رقم أعمال بدون رسوم يفوق 7 ملايين فرنك فرنسي، مع وجوب توفر شرط يتمثل في تحقيق شركتين على الأقل من التجميع تحقق رقم أعمال يفوق مليارين فرنك فرنسي، مع العلم أنه لا معنى لتحديد السوق الذي حققت فيه الشركات أرقام أعمالها، إذ يكفي فقط تحقيقه من أجل إخضاع التجميع للمراقبة².
- لكن المشرع الفرنسي وبإصداره لقانون NRE لنسبة 2001 قام بإلغاء معيار الحصة في السوق وأبقى على معيار رقم الأعمال.
- الفرع الثاني: معيار رقم الأعمال:**
- يفضل اللجوء لمعيار رقم الأعمال لمعرفة حصة المؤسسة في السوق إذ يعتبر أحيانا معرفة حجم السلع والخدمات التي ترمي عملية التجميع لتحقيقها صعبا، إذ اعتمد على هذا المعيار في فرنسا بموجب قانون NRE لسنة 2001، حيث لا تصبح عملية التجميع محلا للمراقبة من طرف سلطة المنافسة الفرنسية إلا إذا تحققت الشروط التالية:
- إذا حققت كل المؤسسات الأطراف في التجميع رقم أعمال إجمالي عالمي من غير الرسوم يفوق 150 مليون أورو.

¹Jaune Bernard BLAISE, droit de affaires, L G D J , delta, 1999, p. 456.

²جلال مسعد، المرجع السابق، ص. 217.

- إذا حققت مؤسستين اثنتين على الأقل من التجميع رقم أعمال إجمالي من غير الرسوم محقق في فرنسا يفوق 50 مليون أورو لكل مؤسسة على حدى.
- ألا يدخل التجميع في إطار تطبيق اللائحة الأوروبية رقم 4064/89 المتضمنة مراقبة عمليات التجميع بين المؤسسات.

المطلب لثاني: مساس التجميع بالمنافسة:

لا تخضع مشاريع التجميع بين المؤسسات للرقابة إلا إذا كانت ذات طبيعة تمس بالمنافسة خاصة بخلق أو تعزيز وضعية الهيمنة على السوق، ينبج المساس بالمنافسة عن التغير الدائم لهيكل السوق وخاصة بظهور وضعية الهيمنة عليه¹.

لا يكفي أن تحقق التجميعات الحد أو ما يفوق ما وضعته المادة 18، فحتى يقرر مجلس المنافسة منعها أو حظرها يجب بالإضافة إلى ذلك أن تؤدي هذه التجميعات إلى إحداث آثار سلبية على المنافسة، وتعزيز وضعية الهيمنة في السوق، وهذا ما نصت عليه المادة 17 من الأمر 03/03 المتعلق بالمنافسة، أن ينبج عن تعزيز الهيمنة في السوق آثارا سلبية عديدة، منها مثلا، تعمد المؤسسة التي تحتل وضعية الهيمنة رفع أسعار المنتجات والسلع التي تعرضها، أو الخدمات التي تؤديها مما يؤثر على القدرة الشرائية للمستهلك، كما أن نفس المؤسسة وفي نفس الوضعية ونظرا لعدم وجود منافسين حقيقيين في السوق قد تلجأ إلى التقليل من جودة ونوعية السلع والخدمات المعروضة على الجمهور.

كما قد يؤثر التجميع على عدد المنافسين في السوق إذ يهدف إلى التقليل من عددهم، حيث تعتمد المؤسسة المتجمعة إلى الحد من دخول منافسين جدد للسوق وذلك من خلال وضع قيود لدخول السوق واستبعاد المنافسين المحتملين².

خاتمة:

في ختام دراستنا تجب الإشارة الى ان عمليات التركيز تؤدي الى رفع تنافسية المؤسسات المندمجة، و زيادة قوتها في السوق، الا ان اغلبية هذه العمليات قد تؤدي الى اعطاء المؤسسات الناجمة عنها، وضعية هيمنة او مركز مهيمن، او قد تعززها بشكل يسيء الى وضع المنافسة في السوق، و بالتالي يضر- بالاقتصاد و المستهلك. و في هذا السياق نشير الى ان المبدأ الذي يحكم التركزات الاقتصادية في ظل تبني سياسة حرية التجارة و المنافسة، هو ان التركيز غير محظور في ذاته، بل المحظور منه ما يؤثر سلبا على المنافسة.

¹Jaune Bernard BLAISE, op cit, p. 457.

² بن وطاس ايمان، المرجع السابق، ص. 122.

قائمة المراجع:

باللغة العربية:

1- كتب و مؤلفات:

1. أسامة فتحي عبادة يوسف، النظام القانوني لعمليات التركيز الاقتصادي في قانون المنافسة، دار الفكر و القانون، المنصورة، مصر، 2014.
2. أمل شليبي، الحد من آليات الاحتكار، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2006.
3. بن وطاس ايمان، مسؤولية العون الاقتصادي، دار الهومة، الجزائر، 2012.
4. حسام الدين عبد الغني الصغير، النظام القانوني لاندماج الشركات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر 2000.
5. حسني المصري، إندماج الشركات و انقسامها دراسة مقارنة بين القانون المصري و الفرنسي، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2007.
6. حسين الماحي، حماية المنافسة، الطبعة الاولى، المكتبة العصرية، مصر، 2007.
7. طاهر شوقي مومن، التجميع المؤقت للمشروعات، دار النهضة العربية، 2011، مصر.
8. عبد الفتاح مراد، شرح قانون المنافسة و منع الممارسات الاحتكارية، دار الثقافة للنشر- و التوزيع، الاردن، 2010.
9. عدنان باقي لطيف، التنظيم القانوني للمنافسة و منع الممارسات الاحتكارية، دار الكتب القانونية، مصر.
10. محمد فريد العربي، الشركات التجارية، المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الاطار القانوني و تعدد الاشكال، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2008.
11. محمود صالح قائد الارياضي، إندماج الشركات و انقسامها، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية مصر، 2012.
12. معين فندي الشناق، الاحتكارات و الممارسات المقيدة للمنافسة، دار الثقافة للنشر- و التوزيع، عمان، الاردن، 2010.
13. مغاوري شليبي علي، حماية المنافسة و منع الاحتكار بين النظرية و التطبيق، تحليل لأهم التجارب الدولية العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005.

2- رسائل و مذكرات:

1. جلال مسعد، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية، رسالة لنيل شهادة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، السنة الجامعية 2012، 2013.
2. ليلى حسن ذكي، حماية المنافسة و منع الإحتكار، رسالة دكتوراه، سنة الجامعية 2005-2006، جامعة حلوان، مصر.
3. حراري ويزة، حماية المستهلك في ظل قانون حماية المستهلك و قمع الغش و قانون المنافسة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، السنة الجامعية 2010-2011.

Ouvrages en français :

1. Jaune Bernard BLAISE, droit de affaires, L G D J , delta, 1999.
2. MarieMALAURIE-VIGNAL, droit de la concurrence, 2^{ème} édition, armand colin, dalloz, paris, 2003.
3. Mohamed SALAH, les sociétés commerciales, tome 1, édition edik, Algérie, 2005.

تأثير العدول عن التعاقد على الاستقرار العقدي في القانون المدني الجزائري نظرة تأصيلية على ضوء الفقه الإسلامي.

شارف بن يحيى - أستاذ مساعد قسم "أ" بكلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة تيارت.
وطالب دكتوراه تخصص القانون المدني بكلية الحقوق جامعة وهران 2

ملخص:

أصبح العدول عن التعاقد سواء في المرحلة السابقة للتعاقد أو اللاحقة له ميكانيزم يفرض نفسه من أجل حماية الطرف الضعيف خاصة في العلاقة التعاقدية لاسيما في عقود الاستهلاك والعقود الالكترونية أمام التطور الرهيب لوسائل التعاقد الحديثة، ورغم التصادم الدائم للعدول عن التعاقد بمبدأ القوة الملزمة للعقد مما دفع برجال القانون كل مرة إلى خلق استثناءات جديد له وفق مقتضيات العدالة العقدية. غير أن الفقه الإسلامي كان سباقا من خلال نظرية الخيارات والعقد غير اللازم في إيجاد التوافق بين تخفيف قوة هذا المبدأ وإقرار مكنة العدول.

Résumé :

Il est devenu le droit de repentir soit dans la période pré-contractuelle ou après lui, un mécanisme qui lui-même impose pour protéger la partie la plus faible surtout dans la relation contractuelle, En particulier, la consommation des contrats et des contrats électroniques devant la terrible évolution des moyens modernes de contrat, Malgré la collision constante de le droit de repentir avec le principe de la force obligatoire du contrat Incitons les hommes de la loi chaque fois Pour créer de nouvelles exceptions à lui conformément aux exigences de la justice contractuel .

Cependant, le Fiqh islamique A été un pionnier dans la recherche de compatibilité entre alléger la puissance de ce principe Et l'adoption d'une façon de repentir (dédit.) grâce à la théorie des options.

مقدمة:

أصبح موضوع العدول عن العقد يفرض نفسه اليوم لارتباطه بمعاملات الناس وما استجد فيها من تطور وسرعة تؤدي في الكثير من الأحيان إلى التسرع أو سوء التقدير قبل إبرام العقد وحتى بعده، ولعل تطور التشريعات والنظم القانونية للمجتمعات فرض بكل حزم دورا هاما للإرادة المنفردة في هدم وإزالة جانب كبير

* تاريخ إيداع المقال: 2017/01/29

تاريخ تحكيم المقال: 2017 / 02/07

من التصرفات القانونية بعدما كان منحصر دورها إلى وقت ليس ببعيد في مدى قدرتها على إنشاء تصرفات قانونية وفي حدود ضيقة، هذا الدور المستمد من تأصيل لقواعد الفقه الإسلامي الحنيف والذي تضمنه المشرع الجزائري من خلال إدراجه في نصوص القانون المدني للإرادة المنفردة كمصدر من مصادر الالتزام.

وإذا كان بإمكان أحد أطراف العلاقة التعاقدية العدول عن التعاقد من خلال تطبيقات نظرية عيوب الإرادة تشكل ضمانة تقليديا لحماية الرضا، فإن هذا الضمان لم كافيا اليوم أمام تطور وسائل الاتصال والتعاقد الحديثة من جهة وحاجة البعض إلى ضرورة مشاوره أهل خبرة أو استعمال مبيع أو توفير متسع من الوقت للتفكير قبل تحديد الموقف المناسب من التعاقد.

إن القوة الملزمة للعقد وما تستوجبه على طرفي العقد من ضرورة الالتزام به وعدم الرجوع عنه بمجرد تلاقي الإرادتين وتوافق الإيجاب بالقبول، فالشخص وإن كان حر في الدخول في العلاقة التعاقدية بإرادته وحده لكنه غير حر في الخروج منها.¹

هذا ما جعل الفقه الفرنسي يتجه نحو طرح مفهوم جديد لمبدأ القوة الملزمة للعقد بحيث يستوعب الأوضاع القانونية المستجدة التي لا يسمح بها المفهوم التقليدي للمبدأ برغم كثرة الاستثناءات الواردة عليه وتتابعها، وذلك من خلال فكري النافع والعادل في العقود وكذا التوقعات المعقولة للدائن وما لها من ارتباط وثيق بمبادئ الحرية والمسؤولية والثقة بين المتعاقدين.²

الإشكالية: إلى أي مدى يشكل العدول عن التعاقد تهديدا لمبدأ القوة الملزمة للعقد في القانون المدني الجزائري؟ وينسف بالاستقرار العقدي؟ أم أنه لكل قاعدة استثناء له مبرراته الهادفة لحماية الرضا؟ وما موقف الفقه الإسلامي من ذلك؟

وللإجابة على هذه الإشكالية لا بأس بالتعرض إلى مبحثين الأول حول مفهوم العدول عن التعاقد والثاني يتمحور حول أحكام العدول وتطبيقاته.

المبحث الأول: مفهوم العدول عن التعاقد

أمام عدم كفاية نظرية عيوب الإرادة وقصورها عن توفير الحماية اللازمة وتحقيق المقاصد الحقيقية لإرادة الطرفين في الدخول في العلاقة التعاقدية، وبرغم من توافر شروط انعقاد وصحة العقد مما يستوجب تنفيذه، بيد أن ما يعرفه الوقت الحالي من حالات دعائية وترويجية غيرت بصفة جذرية أنماط ووسائل التعاقد التقليدية وأدت إلى ظهور ما يصطلح عليه بالبيع الاستفزازية أو العدوانية ventes agressives الهادفة لانتزاع رضا المتعاقد

¹ - ريان عادل ناصر، حق الرجوع عن العقد، منشورات زين الحقوقية، ط1، لبنان، 2016، ص 22.

² - علاء حسين علي، الانفرادية في سياق الالتزامات التعاقدية دراسة في دور الإرادة المنفردة في النطاق العقدي، منشورات زين الحقوقية، ط1،

2011، ص 31 وما بعدها

دون منحه فرصة التروي والتفكير¹ يدفعنا ضرورة توفير المناخ الملائم لإبرام العقد من حيث التروي والتأمل وعدم التسرع.

المطلب الأول: تعريف العدول وصوره

إن الحديث عن العدول عن العلاقة التعاقدية يستوجب تحديد دقيق لمعنى العدول في حد ذاته مع تبيان الصور المختلفة التي يتجسد فيها عبر مختلف مراحل التعاقد.

ولأن الفقه الإسلامي يحمل في طياته مقاصد جلييلة لحفظ حق العاقد في تحقيق مصلحته المشروعة بما لها من المرونة الواقعية من خلال نظرية الخيارات، نجد قد عالج فكرة العدول عن التعاقد بإرادة منفردة تحت مسمى العقود غير اللازمة.²

الفرع الأول: تعرف العدول عن التعاقد

قد تختلط بالعدول عن التعاقد مصطلحات ونظم قانونية مشابهة لا يسع الأمر لتفصيلها منها البطلان والفسخ والشرط والالتزام التخييري،³ مما يستوجب وقفة لإجلاء اللبس بينها، غير أن الكثير من القوانين العربية ما تطلق على العدول مصطلح الرجوع فالعدول عن التعاقد أو الرجوع عن التعاقد لها نفس الدور والأثر فقط تختلف المسميات، هذا بالرغم من محاولة البعض قصر العدول عن التعاقد في المرحلة السابقة للتعاقد بينما وصف الرجوع عن العقد في المرحلة ما بعد إبرام العقد.⁴

كما أن العدول عن التعاقد قد يكون في شكل الرجوع عن الإيجاب أي قبل توافق الإيجاب بالقبول وارتباطها ويعني أدق قبل قبول القابل أي في الفسحة الزمنية بين صدور الإيجاب وقبول القابل.⁵

غير أننا نرى العكس من ذلك فلكل من الرجوع أو العدول نفس التعريف والأثر سواء كان في مرحلة قبيل تكوين العقد أو بعد إبرامه حيث أن الضابط بين المرحلتين وليد الإرادة الحرة والتي كثيرا ما تكون منفردة.

¹ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا دراسة لفكرة العقد غير اللازم في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في القانون الوضعي، 1985، مجلة المحامي الكويتية، ص 79.

² - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا دراسة لفكرة العقد غير اللازم في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في القانون الوضعي، نفس المرجع، ص 94.

³ - ريان عادل ناصر، حق الرجوع عن العقد، المرجع السابق، ص 29 وما بعدها.

⁴ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا دراسة لفكرة العقد غير اللازم في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في القانون الوضعي، نفس المرجع، ص 90.

⁵ - محمد نجيب عوضين المغربي، أسس التعاقد بالوسائل المستحدثة دراسة مقارنة في الفقه والقانون المدني، دار الثقافة العربية، القاهرة، ص 102 وما بعدها.

الفقرة الأولى: تعريف العدول عن التعاقد من وجهة نظر القانون

العدول مكنته وقدرة أحد المتعاقدين في الرجوع عن تعاقدته بإرادته المنفردة استثناء على القواعد العامة التي تجعل للعقد بمجرد إبرامه قوة ملزمة تحول دون نقضه أو العدول عنه إلا باتفاق الطرفين،¹ ويرى البعض بأنه الحق المعطى للمتعاقد بأن يلغي من طرف واحد العقد الذي قبله والذي يجب أن يكون مبدئياً باتاً ونهائياً.²

إن العدول عن التعاقد يفترض أمرين أما في أن يكون العدول في مرحلة تكوين العقد أو يكون في العدول عن تنفيذه بعد أن أبرم صحيحاً، ففي الأمر الأول مساس بمبدأ الرضائية أما في الثاني ففيه تهديد لمبدأ القوة الملزمة للعقد.³

ولعل التساؤل الذي أثاره الفقه بخصوص اعتبار العدول عن التعاقد بإرادة منفردة حقاً أم أنه مجرد رخصة؟ ذهب البعض إلى كون العدول ليس حقاً شخصياً لأن العدول لا يخول صاحبه سلطة اقتضاء أداء معين، ليضيف الدكتور إبراهيم النجار بأنه حق شخصي ذو طبيعة خاصة.⁴

وهناك من أدرجه ضمن الحقوق الإرادية أو الترخيصية التي لا تخول لصاحبه سلطة على شيء أو على أي كائن في العالم الخارجي وإنما ترخص في أن ينهي علاقة قانونية بإرادته المنفردة.⁵

فالعدول عن التعاقد ليس حقاً شخصياً ولا حقاً عينياً ولا مجرد رخصة بل هو مكنته قانونية وقدرة أي في مرحلة وسطى بين الرخصة والحق.⁶

ولابد من الإشارة إلى العدول عن التعاقد في مجال حماية المستهلك لاسيما في العقود الالكترونية الذي غالباً ما يعترى المشتري فيها التسرع جراء الدعاية الرهيبة بمختلف التقنيات التكنولوجية الحديثة، وقد تناول المشرع الفرنسي هذه النقطة لأول مرة سنة 1971 بمناسبة إقراره للرجوع عن التعاقد لطالب العلم الذي يتلقى العلم عن طريق المراسلة.⁷

¹ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا دراسة لفكرة العقد غير اللازم في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في القانون الوضعي، المرجع السابق، ص 108.

² - pierre bareeze, guide juridique de l'internet et du commerce électronique, ed vuibert, paris, p215

³ - محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، منشأة المعارف، 2008، الإسكندرية، ص 103.

⁴ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا دراسة لفكرة العقد غير اللازم في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في القانون الوضعي، المرجع السابق، ص 110.

⁵ - عبد الحي حمجازي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مقال بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية كلية الحقوق جامعة عين شمس، العدد الأول، السنة الثانية، 1959، ص 162.

⁶ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا دراسة لفكرة العقد غير اللازم في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في القانون الوضعي، المرجع السابق، ص 111.

⁷ - انظر في نشأ الرجوع عن التعاقد في فرنسا: محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، المرجع السابق، ص 82 وما بعدها.

لذلك عرف العدول عن التعاقد في هذا المجال بأنه إحدى الآليات القانونية الحديثة التي أوجدها المشرع لغرض توفير الحماية اللازمة والفعالة للمستهلك في مرحلة تنفيذ العقد.¹

الفقرة الثانية: تعريف العدول عن التعاقد من وجهة نظر الفقه الإسلامي

ولقد عرف الفقه الإسلامي العدول عن التعاقد من خلال نظرية العقد غير اللازم التي تستند أساساً إلى نظرية الخيارات التي اشتهر بها الفقه الإسلامي ويمتاز الرجوع في التعاقد الذي يقرره الفقه الإسلامي مع العقد غير اللازم بأنه لا يقتصر على حالة التسرع في التعاقد بل يشمل حالات أخرى تقررت لحماية الرضا بصفة عامة وليس فقط التسرع فيه.²

والعقد غير اللازم هو كل عقد يمكن فسخه من أحد طرفيه دون توقف على رضا الآخر وموافقته،³ وقد عرف الكسائي الرجوع في باب الهبة بقوله: "الرجوع فسخ العقد بعد تمامه.." ⁴ ويلاحظ أن الفقيه الكسائي- ملك العلماء - قصر الرجوع في الفسخ غير أن الرجوع في الفقه الإسلامي اشم و اعم بكثير من الفسخ الذي قد يعتبر احد صوره فقط فكل فسخ رجوع وليس كل رجوع فسخ، كما يطلق على الرجوع أيضاً كل من الرد والنقض.⁵

الفرع الثاني: صور العدول عن التعاقد وتطبيقاته

بعد التعريف بمضمون العدول عن التعاقد لا بأس من تبيان صوره وتطبيقاته التي تتراوح بين المرحلة السابقة للتعاقد ومرحلة بعد إبرام العقد، وهناك من قسم العدول إلى ثلاث تقسيمات بحسب طبيعة العقد ومقتضاه كما هو الحال بالنسبة للعدول عن الهبة وبحسب التشريع وهو ما يسمى بالعدول التشريعي لاسيما في عقود الاستهلاك وبحسب الاتفاق ويطلق عليه العدول الاتفاقي عن التعاقد.⁶

الفقرة الأولى: صور العدول عن العقد في المرحلة السابقة للتعاقد والعقود المعلق على شرط

وتتضمن هذه المرحلة عديد الأوضاع القانونية التي يتجسد من خلال العدول عن التعاقد قبل إبرام العقد أصلاً منها:

¹ - منصور حاتم محسن واسراء خضير مظلوم، العدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الالكتروني، بمجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية كلية القانون جامعة بابل، العدد الثاني السنة الرابعة، ص52.

² - محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، المرجع السابق، ص101 و 109 و 141.

³ - محمد نجيب عوضين المغربي، أهم النظريات الفقهية في التشريع الإسلامي، دار الثقافة العربي، كلية الحقوق جامعة القاهرة، ص 198

⁴ - علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكسائي الحنفي، بدائع الصانع في ترتيب الشرائع، ج6، ط2، 1986، لبنان، ص128.

⁵ - نايف محمد العجبي، الرجوع وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الشريعة الإسلامية بكلية دار العلوم جامعة القاهرة تحت إشراف الدكتور محمد بلتاجي حسن، 2001، ص 6 وما بعدها.

⁶ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا دراسة لفكرة العقد غير اللازم في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في القانون الوضعي، المرجع السابق، ص 24 و 33 و 53.

1- العدول في التعاقد بالعربون:

نظم المشرع الجزائري التعاقد بالعربون بموجب القانون 10/05 في نص المادة 72 مكرر، ويعتبر كمرحلة مهمة من المراحل السابقة للتعاقد، والعربون هو مبلغ من المال أو أي شيء آخر تحدد قيمته في العقد يدفعه أحد المتعاقدين للآخر بعد الاتفاق على المسائل الجوهرية الأخرى على أن يتفقا أيضا على تحديد مدة زمنية معقولة تسمح للمتعاقد إما توكيد العقد أو استعمال حقه في العدول بصرف النظر عن الضرر ما لم يكن متعسفا.

كما يعرف العربون في مجال حماية المستهلك بأنه المبلغ المدفوع مسبقا من طرف المستهلك أو المحترف إلى البائع لضمان تسليم السلعة وتنفيذ العقد على أنه عند العدول عن ذلك يفقده من دفعه و يرد ضعفه من قبضه ما لم يشترط في العقد غير ذلك.¹

وقد ترك المشرع الجزائري من خلال نص المادة 72 مكرر الأصل في الحرية للمتعاقدين في الاتفاق على دلالة العربون على اعتبار أن النص القانوني السالف الذكر من النصوص المكملة وليس الآمرة، إذ أن المنطلق في هذا النص هو تطبيق مبدأ سلطان الإرادة ثم في حالة الاختلاف بين المتعاقدين نلجأ إلى تطبيق النص القانوني أين غلب المشرع الجزائري دلالة العدول، وبذلك تكون أحكام العربون الواردة في هذه المادة حكما عاما يصدق على العربون في سائر العقود، والعدول عن التعاقد بالعربون حق ثابت لأحد أطراف العقد مقابل فقدان قيمة العربون أو رد ضعفها ما لم يكن متعسفا في ممارسة العدول.²

ولابد من الإشارة إلى أن العربون بدل عن العدول فإذا أراد المتعاقد العدول دفع ثمنه وفقا لقاعدة إذا عدل عنه من دفع لفقده وان عدل عنه من قبضه رده ومثله.³

هذا وقد عالج الفقه الإسلامي العربون واختلف الفقهاء في جواز التعاقد به عموما فأبطله الحنفية والمالكية والشافعية لحديث النهي عنه ولما فيه من الشرط الفاسد والغرر ودخوله في آكل المال بالباطل وروى عن عمر وابنه واحمد جوازه،⁴ أين تم التعرض له ضمن فقه الخيارات كخيار الشرط الذي قد يكون أيضا خيار رؤية أو خيار عيب وقد يكون خيار عدول بمعنى أن للمتعاقد الحق في العدول عن التعاقد بفسخه وعدم إمضائه،

¹ - Brunelle Fessars, les obligations non matérialisées dans les contrats, thèse pour obtenir le grade de docteur, université de Montpellier, soutenue le 05/12/2015, p90 - 91

² - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا دراسة لفكرة العقد غير اللازم في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في القانون الوضعي، المرجع السابق، ص 38.

³ - محمد شتا أبو سعد، الشرط كوصف التراضي في القانون المدني المقارن والشريعة الإسلامية، عالم الكتب، القاهرة، 1980، ص 168.

⁴ - الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، ج3، دار الحديث، مصر، 1994، ص22.

ودفع العربون للمتعاقد الآخر يعنى إعطاء المتعاقدين حرية العدول عن إتمام العقد وإمكان فسخه،¹ والعدول بهذا الاعتبار، فهو خيار لا يوهن القوة الملزمة للعقد لأنه خيار تعاقدى نشأ بإرادة المتعاقدين.²

2- العدول في الوعد بالبيع:

إن الغرض من الدعوة إلى التعاقد هو إبرام العقد يرتب حقوقا وواجبات على الطرفين لكن قد تحول عوامل مادية دون التمكن من هذا الإبرام فيلجأ الأطراف إلى الوعد بدل إبرام العقد نهائيا وهو ما أشارت إليه المادة 71 مدي جزائري.³

ويعتبر الوعد بالتعاقد وسط بين الإيجاب والعقد النهائي فهو عقد كامل لا مجرد إيجاب، فهو مرحلة دون التعاقد النهائي وخطوة نحوه عند قبول الطرف الآخر⁴، وقد نصت المادتين 71 و 72 مدي جزائري على أحكام الوعد بالتعاقد مشترطة ضرورة التطرق للمسائل الجوهرية وتوفر الشكلية في الوعد المرتبط بالعقود الشكلية، وقد يقتزن الوعد بالتعاقد سواء كان ملزم لجانب واحد أو للجانبين بالعربون للدلالة على رغبة الأطراف في استكمال إبرام العقد أو للدلالة على حق الأطراف في العدول عن الوعد مقابل فقدان قيمة العربون أو ضعفه.

فبتوفر الشروط القانونية للوعد بالتعاقد ينتج هذا الأخير آثاره،⁵ فللواعد العدول عن التعاقد قبل إبداء رغبة الموعود له، أما إذا أعلن الموعود له خلال فترة المحددة رغبته في إبرام العقد تم التعاقد دونما حاجة إلى رضا جديد من جانب الواعد ويصبح العقد نهائيا واجب التنفيذ فان عدل الواعد عن التنفيذ جاز للموعود له أن يطلب التنفيذ العيني باستصدار حكم قضائي يقوم مقام العقد وفقا لنص المادة 72 مدي جزائري.⁶

أما الفقه الإسلامي فنجده يعرف الوعد في الفقه الإسلامي بأنه إلزام الشخص نفسه حالا بأمر يفعله في المستقبل،⁷ ويعرف أيضا بأنه مجرد إخبار عن إنشاء أمر مستقبل دون التزام له في الحال،⁸ وجاء في فتح العلي المالكي "أما العدة فليس فيها إلزام الشخص نفسه الآن .. ولا خلاف على استحباب الوفاء بالوعد".⁹

¹ - عبد الحكم فودة، الوعد والتعهد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، دار الكتب القانونية، القاهرة، 1992، ص 177

² - محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، مكتبة دار الثقافة، ط2، عمان الأردن، 1998، ص 598

³ - علي فيلال، الالتزامات النظرية العامة للعقد، مؤلف للنشر، ط3، الجزائر، 2013، <ص152.

⁴ - السنهوري، الوسيط، ج1، دار احياء التراث العربي، لبنان، ص 251.

⁵ - بلعاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المقارن، دار حافظ، ط1، السعودية، 2011، ص 140 وما بعدها.

⁶ - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، ج1، دار الهدى، ط2، عين مليلة الجزائر، 2004، ص 138.

⁷ - عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي، ج1، ط1، القاهرة، 1993، ص 30.

⁸ - فتحي الدبرني، النظريات الفقهية، منشورات جامعة دمشق، ط2، سوريا، 1997، ص 268.

⁹ - محمد أحمد عlish، فتح العلي المالكي في الفتوى على مذهب الإمام مالك، ج1، دار المعرفة، لبنان، د. س، ص 254.

فالوعد يعتبر من صور الالتزام بإرادة واحدة وفي الفقه الإسلامي أمثلة كثيرة متناثرة في كتب الفقه ذكر الزحيلي البعض منها.¹

ولابد من التوضيح أن الوعد في الفقه الإسلامي يختلف عن العقد من نواح عدة، فالعقد يتضمن إنشاء التزام² في الحال أما الوعد يكون بالنسبة للمستقبل،³ في حين عاج المالكية هذه المسألة بأن الوفاء بالوعد لا خلاف فيه وإنما الاختلاف في وجوب القضاء به في مواقف أربعة: أ- يجب الوفاء به مطلقاً، ب - لا يجب الوفاء به مطلقاً، ج- يجب الوفاء به إذا كان معلق لسبب وان لم يدخل الموعود في سبب العدة (الوعد) كقولك أريد أن اشتري كذا فأسلفني كذا فقال له نعم ثم بدا له قبل الشراء فهذا الوعد يلزمه سواء بطلب الموعود له أو بعرض من الواعد من تلقاء نفسه كأن يقول لك سأسلفك كذا لشراء كذا، أما إن كان من غير سبب فلا يقضي به كقولك أسلفني كذا أو يقول لك سأسلفك كذا دون تحديد الغرض من هذا التسليف (شراء كذا في المثال الأول)، د- يجب الوفاء به إذا كان معلق على سبب ودخل الموعود في السبب جراء الوعد كقوله اهدم دراك وأنا أسلفك لبناء دار جديدة.⁴

وفي نفس المعنى يقول القرافي في الفرق 214 من فروقه: " بين قاعدة الكذب وقاعدة الوعد وما يجب الوفاء به وما لا يجب ": "... والذي لا يلزم من ذلك أن تعده من غير ذكر سبب فيقول لك أسلفني كذا فتقول نعم، بذلك قضى عمر بن عبد العزيز."⁵

أما فقهاء الحنفية فقد استثنوا من حكم عدم الإلزام بالوعد ما لو كان الوعد مصوغاً في صورة تعليق، وقد نصت المواد 84 و 623 و 1511 و 1512 و 1522 على أحكام الوعد إذ أن الوعد المجرد (وهو الوعد الذي لا يشمل على إيجاب وقبول قطعيين)⁶ لا يلزم الوفاء به شرعاً عند الحنفية إلا في صورة واحدة وهي إذا باعه ماله بيعاً باتاً بغبن فاحش ثم وعده المشتري بأن يرد له الثمن صح الوعد المجرد، لأن المواعيد إذ اكتسبت بصورة التعاليق تكون لازمة.⁷

¹ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4، دار الفكر، ط 2، دمشق، 1985، ص 84.

² - وقد ميز الفقه الإسلامي بين الالتزام والوعد في أكثر من نقطة و للتفصيل أكثر انظر: محمد أحمد عليش، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، ج 1، المرجع السابق، ص 257 وما بعدها.

³ - فتحي البريني، النظريات الفقهية، المرجع السابق، ص 268.

⁴ - محمد أحمد عليش، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، ج 1، المرجع السابق، ص 254 وما بعدها.

⁵ - شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمان الصنهاجي المشهور بالقرافي، الفروق، ج 1، دار السلام، ط 1، مصر، 2001، ص 1141.

⁶ - مصطفى أحمد الزرقا، العقود المسبقة في الفقه الإسلامي عقد البيع، ط 2، دار القلم، دمشق، 2012، ص 171.

⁷ - سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، منشورات الحلبي، المجلد الأول، ط 3، الأستاذة العلية، 1305 هجري، ص 56 وانظر شرح المواد 48 و 623 و 1511 و 1512 و 1522 من نفس المرجع.

وذكر ابن تيمية الحنبلي أكثر من مثال عن الوعد: "وقال ابن منصور: قلت لأحمد قيل لسفيان ماذا ترى في رجل قال: إذا ملكت عشرة دراهم فهي على المساكين، فملكها؟ فأجاب فيها قال: أحب أن ينتزه عنها. قيل له يتصدق بها كلها، قال: نعم."¹

ويرى الأستاذ بدران أبو العنين بأن الوعد يجب الوفاء به قضاء إلا إذا وجد ما يمنع من الوفاء كالموت أو الإفلاس باعتباره يمهد لعقد مستقبلي.²

وعليه فالوفاء بالوعد لازما عند الحنفية في حالة واحدة دون سواها إذا صدر معلقا على شرط منعا لتغير الموعود، أما المالكية فالوفاء بالوعد يكون على الراجح عندهم لازما إذا كان هذا الوعد مبنيا على سبب وشرع الموعود في الدخول في هذا السبب فعلا بناء على هذا الوعد، في حين الوفاء بالوعد عند الشافعية والحنابلة غير واجب ولا يجبر الواعد على الوفاء بما وعد به.³

3- العدول في البيع بالتجربة:

إذا تم البيع بشرط التجربة احتفظ المشتري بحق تجربة المبيع وثبت له خيار قبول المبيع أو رفضه خلال مدة معينة، وقد نظم المشرع الجزائري أحكام البيع بالتجربة في المادة 355 مدني جزائري: "في البيع على شرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه وعلى البائع أن يمكنه من التجربة فإذا رفض المشتري المبيع يجب عليه أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها فان لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع، فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تجربته للمبيع اعتبر سكوته قبولا.

يعتبر البيع على شرط التجربة بيعا موقفا على شرط القبول إلا إذا تبين من الاتفاق أو من الظروف إن البيع معلق على شرط فاسخ".

وعليه يتحلل شرط التجربة إلى خيار العدول عن التعاقد إذا انه مع الشرط الواقف لا يرتب العقد أي اثر فيتوقف إبرام العقد على قبول المشتري للمبيع بعد تجربته، ولا شك أن تعليق البيع على شرط واقف يحقق مصلحة المشتري بشكل أوفى، فلا يصبح البيع لازما للمشتري بل يمنحه مكنة العدول عنه بإرادة منفردة بعد تجربة المبيع دون انتظار لإرادة البائع.⁴

¹ - ابن تيمية، العقود، مكتبة المورد، ط1، القاهرة، 1423 هجري، ص 75 وما بعدها.

² - بدران أبو العنين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، المرجع السابق، ص 367.

³ - عزالدين محمد خوجة، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، ط1، مجموعة دلة للبركة، 1993، ص 15.

⁴ - انظر: ابراهيم السوقي أبو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا دراسة لفكرة العقد غير اللازم في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في القانون الوضعي، المرجع السابق، ص 45 ومحمد شتا سعد، الشرط كوصف للتراضي في القانون المقارن والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص

فالمهلة الممنوحة للمشتري خلال فترة التجربة هي نفسها المدة القانونية لمارية العدول،¹ فللمشتري حرية الرفض دون إبداء أسباب معينة وهو ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري بقولها: " المشتري وحده هو الذي يتحكم في نتيجة التجربة...فان المفروض أن يكون المبيع من الأشياء التي يتطلب فيها ان تناسب المشتري مناسبة شخصية فهو وحده الذي يستطيع ان يقرر ذلك".²

4- العدول في البيع بالمذاق:

لا ينعقد بالبيع بشرط المذاق إلا بعد تمام مذاق المبيع من المشتري وقبوله إياه مع إعلان ذلك للبائع حسب نص المادة 354 مدني جزائري: " يتعين على المشتري في البيع بشرط المذاق أن يقبل المبيع كيفما شاء غير انه يجب عليه أن يعلن بقبوله في أجل المحدد بعقد الاتفاق أو العرف، ولا ينعقد العقد إلا من يوم هذا الإعلان." وعليه فالملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا بعد مذاق المبيع وقبوله، أما قبل المذاق فإننا نكون بصدد وعد بالبيع من جانب واحد وهو مالك الشيء لصالح الراغب في الشراء فإذا تم المذاق فللمشتري خيار العدول بعد المذاق.³

الفقرة الثانية : العدول عن التعاقد بعد إبرام العقد

ولعل عقود الاستهلاك الأكثر تطبيقا للعدول عن التعاقد بعد إبرام العقد، فالتطور التكنولوجي الحاصل وما نتج عنه من عقود الكترونية ساهم في ضرورة منح المستهلك بعد إبرامه للعقد تأميننا للحماية القانونية له بغية إنقاذه من الإكراه المعنوي الذي يمارسه عليه المهني لاسيما أمام عدم توفر الخبرة الفنية والمؤهلات القانونية والوقت الكافي للتفكير في جميع جوانب العقد فيقع عندئذ ضحية الإغراء الدعائي القوي.⁴

لذلك وفر المشرع للمستهلك مكنة العدول عن التعاقد حتى وان انعقد العقد وقد لجأ المشرع الفرنسي إلى هذه المكنة في التشريع الصادر في 1972/01/03 الخاص بالتحويل الائتماني أين نصت المادة 21 منه : " يجوز للمكتب في هذا الائتمان الرجوع فيه خلال مدة محددة لا تقل عن 15 يوما".⁵

لنتوالى التشريعات الفرنسية في الصدور سنة 1978 الخاص بإعلام وحماية المستهلك في نطاق عمليات الائتمان وفي 1988 بخصوص حق الرجوع عن التعاقد في البيع عبر المسافات والبيع عن طريق التلفزيون، أما في

¹ - محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، المرجع السابق، ص 124.

² - محمد حسنين، عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1982، ص 40.

³ - انظر كل من: ابراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا دراسة لفكرة العقد غير اللازم في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته

في القانون الوضعي، المرجع السابق، ص 46 ومحمد حسنين، عقد البيع، المرجع السابق، ص 35.

⁴ - ريان عادل ناصر، حق الرجوع عن العقد، المرجع السابق، ص 10.

⁵ - ابراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا دراسة لفكرة العقد غير اللازم في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في القانون الوضعي، المرجع السابق، ص 19.

القانون الانجليزي ففي سنة 1946 صدر قانون أعطى خيار الرجوع للمشتري في البيع الايجاري خلال أربعة أيام ثم امتد إلى الائتمان الاستهلاكي سنة 1948.¹

إن خيار العدول هذا تقرر بصفة خاصة في مجال وسائل الاستهلاك المختلفة بقصد ضمان وحماية رضاء المتعاقد الذي لا تجديه وسائل الحماية التقليدية المتعلقة بعبوب الإرادة.²

أن توفير مكنة العدول عن التعاقد في العقد الصحيح السليم الذي ابرم وهو متوفرا على كل أركانه موضوع اعنتي به أيضا الفقه الإسلامي ونظمه في شكل العقود غير اللازمة عند الحنفية والعقود الجائزة عن الجمهور، فالعقد غير اللازم أو الجائز هو عقد يقبل الرجوع فيه بإرادة منفردة لأحد المتعاقدين دون توقف ذلك على رضاء المتعاقد الآخر.³

ويتحقق العدول الشرعي أو التشريعي في الفقه الإسلامي من خلال خيار المجلس وخيار الرؤية وخيار العيب.⁴

المطلب الثاني: أساس العدول عن التعاقد:

نظرا لخطورة العدول عن التعاقد ومساسه بمبدأ القوة الملزمة للعقد وتصغيره لدور الرضا كركن ركين في العلاقة التعاقدية كان لابد من البحث عن أساس قانوني للقول بهذا الاستثناء، ثم كذلك لابد من التحري عن التأصيل الفقهي للعدول عن التعاقد في الفقه الإسلامي كل ذلك لإيجاد مقتضى التوفيق بين مبدأ القوة الملزمة للعقد ومكنة العدول عنه.

الفرع الأول: الأساس القانوني للعدول عن العقد:

لقد أدى أخذ المشرع المدني الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة وصعوبة العدول عن التعاقد إن لم يكن مستحيلا على الإطلاق إلى حد أصبح فيه - مع مرور الزمن وتغير وسائل التعاقد ومضامينها - غير كاف لتحقيق التوازن العقدي بين التزامات العاقدين، ذلك أن موجة التطور الصناعي والاقتصادي التي يعرفها العالم اليوم فرضت معايير جديدة ووسائل مستحدثة تحتاج إلى ترو وتفكير قبل الإقدام والإحجام عن أي عملية عقدية،⁵ بل وتسمح بممارسة العدول عن التعاقد سواء في الفترة السابقة عن العقد أو بعد إبرامه.

¹ * محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، المرجع السابق، ص 83 وما بعدها

² - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا دراسة لفكرة العقد غير اللازم في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في القانون الوضعي، المرجع السابق، ص 20.

³ - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، مصر، 1976، ص 424.

⁴ - محمد سكاكحل المجاجي، أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي، دار ابن حزم، ط1، لبنان، 2001، ص 236 و 255 و 260.

⁵ - جرعود الياقوت، عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير في العقود المسؤولية تحت اشراف الدكتور أحمد توفيق بسعي، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2002، ص 8.

ويقسم الفقه العدول والرجوع عن التعاقد إلى عدول في العقود غير اللازمة بطبيعتها كعقد الوكالة والعمل والهبة والشركة والوديعة والكفالة والرهن وعدول تشريعي بنص القانون كبيع المسافات والبيع الإلكتروني وعدول اتفاقي متضمن عربون العدول وبيع الوفاء والبيع بشرط التجربة والبيع بشرط المذاق.¹

ورغم المحاولات العديد للقول بأن أساس العدول عن التعاقد هو الشرط الإرادي البحث أو اعتباره من قبيل الرخصة، التكوين التدريجي للرضا² إلا أنها باءت بالفشل ليكون الأساس القانوني الذي يستند إليه خيار العدول يمكن في جعل العقد الذي يتضمنه عقدا غير لازم بالنسبة لمن تقرر له الخيار لأن العقد غير اللازم هو العقد الذي يجيز الرجوع فيه بالإرادة المنفردة.³

الفرع الثاني: أساس العدول عن التعاقد في الفقه الإسلامي

إذا كان الأصل في العقد اللازم تنفيذه حفاظا على استقرار المعاملات، فقد يضار منه من يتعجل في التعاقد إذ لم يحصل على القدر الكافي من التروي والتفكير أو لنقص الخبرة في التعامل مما يستوجب تجربة المبيع أو استعماله، فلو كان الأمر بلزوم العقد مطلقا بمجرد صدور الإيجاب والقبول لصار هذا اللزوم ظالما .. وقد عنى الفقه الإسلامي للجمع بين الجدية في التعاقد لتحقيق استقرار المعاملات وبين إيجاد مخرج لبعض ما يلحق العقد من أمور تستلزم التخفيف من حدة اللزوم وهو "الخيارات".⁴

إذ تكمن أهمية اللزوم في العقد تعود إلى أهمية إصباح الجدية على التعاقد وأنه متى تم العقد صحيحا نافذا لا يجوز التلاعب والاستهانة بقوة العقد ولزومه من أحد الأطراف.⁵

وعليه فإن نظرية العقد غير اللازم والعدول عن التعاقد بصورة وتطبيقاته المختلفة تشكل نظاما عاما ينظمه الفقه الإسلامي تنظيما دقيقا مفصلا ومباشرا وتعرفه النظم القانونية الأخرى وان لم تصل إلى حد تنظييمه في نظرية متكاملة مستقلة.⁶

¹ - ريان عادل ناصر، حق الرجوع عن العقد، المرجع السابق، ص 39 وما بعدها

² - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا دراسة لفكرة العقد غير اللازم في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في القانون الوضعي، المرجع السابق، ص 97.

³ - انظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا دراسة لفكرة العقد غير اللازم في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في القانون الوضعي، المرجع السابق، ص 98 ومحمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، المرجع السابق، ص 105.

⁴ - انظر: محمد نجيب عوضين المغربي، اهم النظريات الفقهية في التشريع الاسلامي، المرجع السابق، ص 200 بدران ابو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، المرجع السابق، ص 522.

⁵ - محمد نجيب عوضين المغربي، اهم النظريات الفقهية في التشريع الاسلامي، المرجع السابق، ص 198 وما بعدها.

⁶ - ريان عادل ناصر، حق الرجوع عن العقد، المرجع السابق، ص 26.

المبحث الثاني: أحكام العدول عن التعاقد

إن القول بالعدول عن التعاقد على إطلاقا يشكل فعلا هدماً لمبدأ القوة الملزمة للعقد، ومنه فإقرار نظرية العقد غير اللازم لا يمنع من ضرورة المحافظة على الاستقرار العقدي قدر المستطاع لتحقيق توازن بين اداءات وعطاءات المتعاقدين، وعليه كانا لزاما إيجاد ضوابط للعدول عن التعاقد لابد من الحرص على توفرها، لتحقيق آثار العدول عن التعاقد كحماية للرضا وتحقيق للمصلحة ورفعاً للجور عن المستهلك الضعيف من جبروت المهني المحترف.

المطلب الأول: ضوابط العدول عن التعاقد

على اعتبار أن العدول عن التعاقد يشكل استثناء عن القاعدة العامة المتمثلة في مبدأ القوة الملزمة للعقد وحتى يكون استثناء يعزز القاعدة ويحقق سبب وجوده النبيل، لابد على كلا المتعاقدين الالتزام بقواعد الشرف وحسن النية والأمانة عند التفكير في الدخول في العلاقة التعاقدية أو تنفيذها، بل ومن الضروري إخضاع العدول إن اعتبرناه حقاً لمبدأ مهم وهو عدم التعسف في استعمال الحق، كل ذلك كي تضمن عدالة عقدية معقولة.

وذلك من خلال التعرض إلى شروط ممارسة العدول وحالات انقضائه فيما يلي:

الفقرة الأولى: شروط ممارسة العدول عن التعاقد

ممارسة خيار العدول عن التعاقد سواء في المرحلة السابقة للتعاقد أو بعد إبرام العقد لا يخضع كأصل عام لشروط محددة بذاتها بل هو تعبير عن الإرادة أي إرادة العدول خلال فترة محددة والا سقط خيار العدول الذي قد يكون صريحاً كما قد يكون ضمنياً، فإذا لم يتطلب القانون أو لم يتفق الأطراف على وسيلة معينة للعدول جاز العدول عن التعاقد بأي طريقة كانت، وما عدا حالة عربون العدول الذي يشترط فيه تطبيق قاعدة العدول من خلال فقدان العربون ورده مضاعفاً، فإن مجانية العدول عن التعاقد مضمونة ولا يستوجب عند ممارسته تقديم مبلغ مالي فهو يستعمل بلا مقابل لاسيما في عقود الاستهلاك باعتبار العدول تقرر لمصلحة المستهلك كحماية لرضاه وتوفير الوقت الكافي للتأمل والتفكير في العلاقة التعاقدية، إذ لا يعقل أن يكون ضمان الرضا له مقابل يلتزم المستهلك بدفعه، على أن يمارس خيار العدول من صاحبه كأصل عام.¹

ولقد ذكر القرافي في الفقه المالكي في الفرق 180 " بين الملك وبين التصرف " قوله: "إن الإنسان قد يملك أن يملك هل يعد مالكا أم لا؟ قولان: فمن ملك أن يملك لا يتمكن من التصرف، ولا أخذ العوض من ذلك الشيء الذي ملك أن يملكه.."²

¹ - ابراهيم البسوقي أبو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا دراسة لفكرة العقد غير اللازم في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في القانون

الوضعي، المرجع السابق، ص 116 و 117.

² - القرافي، الفروق، ج3، المرجع السابق، ص 1011.

إن من الضوابط التي اشترطها بعض الفقه للعدول عن التعاقد ضرورة إخضاعه لرقابة القضاء للتحقق من مدى التعسف في استعمال الحق باعتبار ان تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق على العدول عن التعاقد من شأنها أن تشكل وسيلة ضمان ثبات واستقرار العقود، ومعلوم أن الترابط بين الحق والمصلحة له جذوره لاسيما إذا اعتبرنا أن الحق عبارة عن مكنة قانونية لحماية المصلحة المراد بها هذا الحق، مما يقتضي عدم التعسف في استعماله لأجل تحقيق مصلحة غير مقصودة لا شرعا ولا قانونا للإضرار بالغير، ويفضي هذا التلازم بين الحقوق والمصالح إلى ضرورة التقيد عند استعمال هذه الحقوق بالمصالح التي أنيطت بها، ذلك أن عمل نظرية التعسف هو الرقابة على استعمال الحقوق واستخدامها.¹

ولقد أكدت محكمة التمييز الفرنسية أن العدول الذي مورس عن سوء نية يكون غير فعال، وأن خطأ من مارس العدول يكمن في أنه ينشئ إلزاما على عاتقه بالتعويض عن الضرر الذي ألحقه بالتعاقد الآخر.²

غير انه لا يمكن العدول عن العدول فاستعمال خيار العدول يكون نهائيا قياسا على عدم تجزئة خيار الرؤية في الفقه الإسلامي وفقا لنص المادة 328 من مجلة الأحكام العدلية لان ترك الباقي يوجب تفريق الصفقة وهو غير جائز قبل تمام العقد وخيار الرؤية يمنع تمامه.³

الفقرة الثانية: انقضاء خيار العدول عن التعاقد

على اعتبار أن خيار العدول خيار مؤقت كقاعدة عامة ينقضي استعماله خلالها ولا سقط، فتخرج حالات الإسقاط بالضرورة عن إرادة المشتري إما عدم تعبيره عنها أثناء مدة الخيار أو لتغيير في المبيع بعد القبض.

1- انتهاء المدة المتفق عليها للخيار من غير اختيار:

يبطل خيار العدول بانقضاء مدته دون قيام المشتري بفسخ العقد فيبقى العقد بلا خيار ويصبح عندها لازما، وفي ذلك يقول صاحب المبدع: "وان مضت المدة ولم يفسخا بطل خيارهما ولزم العقد وهو الأصح"⁴ في ظاهر المذهب، لأن مدة الخيار ملحقة بالعقد فبطلت بانقضائها كالأجل،⁵ فخير المجلس مثلا ينقضي بانقضاء المجلس وتفرق الأبدان.⁶

¹ - محمد سراج، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص 274.

² - سمر فايز إسماعيل، العربون في العقود، منشورات زين، ط2، لبنان، 2011، ص 49.

³ - سليم رستم باز، شرح المجلة، المرجع السابق، ص 174.

⁴ - انظر: ابن الفلاح، المبدع شرح المقنع، ج4، المكتب الاسلامي، ص 69 والمرداوي، الإنصاف، ج4، بيت الأفكار الدولية، لبنان، 2004، ص 378.

⁵ - أبي يعلى الفراء، التعليقات الكبيرة، ج3، دار النوادر، ط1، لبنان، 2010، ص 153.

⁶ - محمد سكاكحل المجاجي، أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي، المرجع السابق، ص 237.

أما إذا لم تعين مدة للخيار كرجوع الواهب في الهبة فيكون العدول في أي وقت شاء صاحبه،¹ أما في الفقه الإسلامي فهناك تطبيقات عديدة لخيار العدول غير المحدد المدة كخيار الرؤية وخيار العيب.²

2- موت من له حق الخيار:

موت من له الخيار عند الحنابلة، لأن خيار العدول لا يورث عندهم لأنه مجرد رغبة ومشينة،³ ومثل هذا لا يخلف الوارث فيه المورث،⁴ فيصير العقد لازماً لأنه وقع العجز عن الفسخ فيلزم ضرورة ما لم يطالب به قبل موته فيجوز حينئذ انتقال الحق فيه إلى الورثة.⁵

غير أنه في القانون الوضعي لا يسقط خيار العدول بموت صاحبه بل ينتقل إلى الورثة رغم الصفة الشخصية التي يتمتع بها العدول عن التعاقد، هذا ما لم يكن الخيار قد منح لاعتبارات شخصية.⁶

3- هلاك المبيع أو تعيبه بعد قبضه أثناء مدة الخيار :

تعيب محل العقد أو هلاكه في يد المشتري بعد قبضه أثناء مدة الخيار، يسقط خيار المشتري ويطله، ذلك لأن فسخ العقد بعد القبض موجب لرد المقبوض، وبعد هلاكه لا يمكن رده، وإذا تعيب بمتنع رده، فالمنصوص أنه يرجع بالثمن لأنه مغرور كما قال ابن قدامة، وحينئذ لا يكون هناك معنى لإبقاء الخيار، ويستوي في ذلك الهلاك بفعل من له الخيار أو بفعل غيره أو بأفة سلاوية.⁷

وعليه فإذا تلف المبيع في يد المشتري سقط خياره واستقر الثمن في ذمته.⁸

¹ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا دراسة لفكرة العقد غير اللازم في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في القانون الوضعي، المرجع السابق، ص 124.

² - عبد الحميد الجياش، التعريف بالفقه الإسلامي والنظريات الفقهية، دار النهضة العربية وكتبة الزهراء، ط1، لبنان، 2009، ص 188 وما بعدها.

³ - عبد الحميد الجياش، التعريف بالفقه الإسلامي والنظريات الفقهية، المرجع السابق، ص 185.

⁴ - محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، دار الكتاب الحديث، ط2، القاهرة، 1996، ص 668.

⁵ - الرحيباني، مطالب أولى النبي، ج3، المكتب الإسلامي، دمشق، ص 99.

⁶ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا دراسة لفكرة العقد غير اللازم في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في القانون الوضعي، المرجع السابق، ص 125.

⁷ - انظر كل من: المتنع الانصاف الشرح الكبير، ج11، دار هجر، 1995، ص 326 وأبي الخطاب محفوظ بن احمد بن الحسن الكلوزاني، الهداية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، شركة غراس للطبع، ط1، الكويت، 2004، ص 237 وابن قدامة المقدسي، الكافي، ج3، دار هجر، ط1، مصر، 1997، ص 125.

⁸ - انظر: الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج2، دار الكتب العلمية، ط2، لبنان، 2003، ص 163 وعبد الله السامري الحنبلي، المستوعب، ج1، ط1، مكة، 2003، ص 607.

4- الإسقاط الصريح:

وخيار العدول يعد فسخا دون حاجة إلى اشتراط موافقة البائع في ذلك سواء كان حاضرا أو غائبا لأن من لا يعتبر رضاه في رفع العقد لا يعتبر حضوره، كما أن حديث إن رضي أخذ وان سخط ترك جاء على العموم دون اشتراط حضور البائع أو غيبته.¹

وأبهما تم التصريح به أثناء الفترة المتفق عليها اسقط الخيار وفي ذلك يقول ابن قدامة: "ولأن الخيار يبطل بالتصريح بالرضا".²

5- الإسقاط بالدلالة:

في هذه الحالة لا يصرح المشتري بإسقاط خيار العربون وإنما يتصرف في المبيع أثناء فترة الخيار بما يدل على ذلك، فيسقط خيار المشتري إذا باع أو وهب أو أوقف أو رهن أو قام بأي تصرف آخر في المبيع خلال فترة الخيار،³ ففني ذلك اختيار للإمضاء وترك للفسخ فتصبح هذه التصرفات دليلا على قصد إبقاء الملك وإجازة للتعاقد وبالتالي تأكيد العقد.⁴

المطلب الثاني: آثار العدول عن التعاقد على الاستقرار العقدي

لبيان آثار العدول عن التعاقد على الاستقرار العقدي ومدى إخلاله بمبدأ القوة الملزمة للعقد لآبا بالتعرض إلى حالة العقد والتزامات المتعاقدين قبل إعمال خيار العدول عن التعاقد ثم عند إعماله على المرحلة السابقة للتعاقد وكذا اللاحقة له.

الفقرة الأولى: اثر خيار العدول قبل إعماله

خلال فترة العدول وقبيل الفصل في الإقدام أو الإجماع عن التعاقد يختلف اثر العدول بين المرحلة السابقة للتعاقد والعقد النهائي.

1- اعتبار العقد غير لازم لأحد أطرافه:

يبقى العقد قبل ممارسة العدول نافذا بالنسبة للمتعاقد الآخر الذي لا يملك خيار العدول، بينما صاحب الخيار في مرحلة اتخاذ القرار بالعدول من عدمه.

¹ - أي يعلي الفراء، التعليقة الكبيرة، ج3، المرجع السابق، ص 127 و 128 وعبد الله السامري الحنبلي، المستوعب، ج1، نفس المرجع، ص 607.

² - ابن قدامة، المغني، ج6، دار عالم الكتب، ط3، الرياض، 1997، ص 18.

³ - انظر: بدران ابو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، المرجع السابق، ص529 وابن قدامة، المغني، ج6، المرجع السابق، ص24.

⁴ - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص437.

ولابد هنا من التمييز بين اثر العدول في المرحلة السابقة للتعاقد أين يؤدي العدول إلى عدم إتمام العقد وبالتالي ممارسة العدول من شأنها أن تأجل تكوين العقد بصفته النهائية مما سيتوجب التزام ممارس العدول بحسن النية والاعتدال والجدية والاستقامة والتعاون وغيرها من الالتزامات في هذه المرحلة التي ترتب المسؤولية قبل التعاقدية جراء تفويت الفرصة وتضييعها، كما نجد أن الفقه الإسلامي يوجب الضمان والتعويض عن فرصة المنفعة التي انعقد سبب وجودها.¹

أما اثر العدول في المرحلة اللاحقة لإبرام العقد فيؤدي إلى وقف تنفيذ التزامات المتعاقد لفترة محددة بمهلة التفكير والتروي ثم إمكانية العدول عن التعاقد أو الاستمرار فيه.²

وفي الفقه الإسلامي الذي يعتبر الخيارات موانع للزوم العقد من شأنها أن تخفف هذا اللزوم، فمثلا في خيار الشرط نجد أن العقد خلال زمن الخيار يكون غير لازم في حق من اشترط الخيار ولازم في حق من لم يشترطه.³

2- إمكانية تنفيذ العقد من الطرف الآخر:

إن العقد المقترن به خيار العدول يكون غير لازم لمن تقرر له الخيار فقط وبالتالي فإن العقد بالنسبة للمتعاقد الآخر يكون لازما قابلا للتنفيذ ففي البيع المنزلي vende a domicile في القانون الفرنسي للمشتري فيه خيار العدول خلال مهلة محددة ولا يمنع البائع رغم ذلك من تسليم المبيع منذ لحظة توقيع العقد إذ قد يكون من صالح المشتري تجربة المبيع وفحصه.⁴

الفقرة الثانية: إعمال خيار العدول عن التعاقد

إن خيار العدول عن التعاقد يعطي لصاحبه التخيير بين أمرين إمضاء العقد فيصبح العقد باتا نهائيا نافذا لازما غير قابل للعدول عنه او رفض العقد واعتبار التعاقد كأن لم يكن، وباختيار المضي في العقد تترتب اثار تبعية منها:

- اختفاء علاقة الخضوع بين المتعاقدين اذ بمجرد إبرام العقد تنتهي هذه العلاقة بانتهاء مبررها،

- سقوط وانقضاء خيار الرجوع بمجرد استعماله،

¹ - بلحاج العربي، الاطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني المقارن، المرجع السابق، ص 65 و وما بعدها و ص 198 وما بعدها

² - ابراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا دراسة لفكرة العقد غير اللازم في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في القانون الوضعي، المرجع السابق، ص 128.

³ - محمد نجيب عوضين المغربي، اهم النظريات الفقهية في التشريع الاسلامي، المرجع السابق، ص 200 وما بعدها.

⁴ - ابراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا دراسة لفكرة العقد غير اللازم في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في القانون الوضعي، المرجع السابق، ص 134.

- زوال حالة الشك وعدم اليقين التي كانت تشوب العقد.¹

خاتمة:

على الرغم من صرامة مبدأ القوة الملزمة للعقد باعتباره شريعة المتعاقدين التي لا تقبل المساس بها بالتعديل أو الإنهاء أو النقص أو حتى العدول عن التعاقد سواء في المرحلة السابقة للتعاقد أو المرحلة اللاحقة له، إلا أن الإرادة المنفردة لها دور كبير في تقليص هذه الصرامة من خلال العدول عن التعاقد اتفاقاً أو تشريعاً لاسيما في مجال حماية المستهلك من جشع المحترف وما يستعمله من وسائل عالية التطور للدعاية واستنزاف المستهلك للمضي في إبرام العقد.

فالعدول عن التعاقد لا يشكل أي تهديد لمبدأ القوامة الملزمة للعقد ذلك أن العدول يبقى مجرد استثناء له ضوابطه التي لا تسمح له بالخروج عن بعبدا عن فلك هذا المبدأ، كما أن الاستقرار العقدي مكفول برغم ممارسة العدول عن التعاقد إما من خلال تطبيق قاعدة عربون العدول أو من خلال ضمانات أخرى إذا كان العدول مجانيا كاحترام مبدأ تنفيذ العقد بحسن نية وعدم التعسف في استعمال الحق والتعويض عن تفويت الفرص والمسؤولية عن قطع المفاوضات بالنسبة للمرحلة السابقة للتعاقد.

هي مبادئ وأفكار لها أبعادها أيضا في الفقه الإسلامي من خلال تطبيقات نظرية العقد غير اللازم وفقه الخيارات كوسيلة جدية لإيجاد التوافق بين القوة الملزمة للعقد والعدول عن التعاقد الهدف منه هو حماية الرضا وتحقيق المصلحة للمتعاقد.

فأصبح اليوم التعاقد بحاجة إلى مشورة أكبر لأهل الخبرة أو استعمال مبيع أو توفير متسع من الوقت للتفكير والتروي قبل تحديد الإقدام على التعاقد خلالها يمكن ممارسة خيار العدول لاسيما في العقود الالكترونية.

قائمة المراجع:

- 1- ريان عادل ناصر، حق الرجوع عن العقد، منشورات زين الحقوقية، ط1، لبنان، 2016.
- 2- علاء حسين علي، الانفرادية في سياق الالتزامات التعاقدية دراسة في دور الإرادة المنفردة في النطاق العقدي، منشورات زين الحقوقية، ط1، 2011.
- 3- ابراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا دراسة لفكرة العقد غير اللازم في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في القانون الوضعي، 1985، مجلة المحامي الكويتية.
- 4- محمد نجيب عوضين المغربي، أسس التعاقد بالوسائل المستحدثة دراسة مقارنة في الفقه والقانون المدني، دار الثقافة العربية، القاهرة.
- 5- محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، منشأة المعارف، 2008، الإسكندرية.

¹ - ابراهيم الدسوقي أبو الليل، الرجوع في التعاقد كوسيلة لحماية الرضا دراسة لفكرة العقد غير اللازم في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته في القانون الوضعي، المرجع السابق، 135.

- 6- عبد الحي حمادي، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ، مقال بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية كلية الحقوق جامعة عين شمس، العدد الاول، السنة الثانية، 1959.
- 7- منصور حاتم محسن واسراء خضير مظلوم، العدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الالكتروني، بمجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية كلية القانون جامعة بابل، العدد الثاني السنة الرابعة.
- 8- محمد نجيب عوضين المغربي، أهم النظريات الفقهية في التشريع الإسلامي، دار الثقافة العربي، كلية الحقوق جامعة القاهرة.
- 9- علاء الدين ابي بكر بن مسعود الكسائي الحنفي، بدائع الصانع في ترتيب الشرائع، ج6، ط2، 1986، لبنان.
- 10- نايف محمد العجمي، الرجوع وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير في الشريعة الإسلامية بكلية دار العلوم جامعة القاهرة تحت إشراف الدكتور محمد بلتاجي حسن، 2001.
- 11- محمد شتا أبو سعد، الشرط كوصف التراضي في القانون المدني المقارن والشريعة الإسلامية، عالم الكتب، القاهرة، 1980.
- 12- الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، ج3، دار الحديث، مصر، 1994.
- 13- عبد الحكم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، دار الكتب القانونية، القاهرة، 1992.
- 14- محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، مكتبة دار الثقافة، ط2، عمان الأردن، 1998.
- 15- علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، مؤلف للنشر، ط3، الجزائر، 2013.
- 16- السنهوري، الوسيط، ج1، دار احياء التراث العربي، لبنان.
- 17- بلحاج العربي، الاطار القانوني للمرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المقارن، دار حافظ، ط1، السعودية، 2011.
- 18- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، ج1، دار الهدى، ط2، عين مليلة الجزائر، 2004.
- 19- عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي، ج1، ط1، القاهرة، 1993.
- 20- فتحي الدريني، النظريات الفقهية، منشورات جامعة دمشق، ط2، سوريا، 1997.
- 21- محمد أحمد عيش، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، ج1، دار المعرفة، لبنان، د. س.
- 22- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، دار الفكر، ط2، دمشق، 1985.
- 23- شهاب الدين أبي العباس أحمد بن ادريس بن عبد الرحمان الصنهاجي المشهور بالقرافي، الفروق، ج1، دار السلام، ط1، مصر، 2001.
- 24- مصطفى أحمد الزرقا، العقود المسماة في الفقه الإسلامي عقد البيع، ط2، دار القلم، دمشق، 2012.
- 25- سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، منشورات الحلبي، المجلد الأول، ط3، الأستاذة العلية، 1305 هجري.
- 26- ابن تيمية، العقود، مكتبة المورد، ط1، القاهرة، 1423 هجري.
- 27- عزالدين محمد خوجة، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، ط1، مجموعة دلة للبركة، 1993.
- 28- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، مصر، 1976.
- 29- محمد سكهال المجاجي، أحكام عقد البيع في الفقه الإسلامي المالكي، دار ابن حزم، ط1، لبنان، 2001.
- 30- جرعود الباقوت، عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير في العقود المسؤولية تحت اشراف الدكتور أحمد توفيق بسعي، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2002.

- 31- محمد سراج، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.
- 32- سمر فايز اسماعيل، العربون في العقود، منشورات زين، ط2، لبنان، 2011.
- 33- ابن المفلق، المبدع شرح المقنع، ج4، المكتب الإسلامي.
- 34- والمرداوي، الإنصاف، ج4، بيت الأفكار الدولية، لبنان، 2004.
- 35- أبي يعلى الفراء، التعليقة الكبيرة، ج3، دار النوادر، ط1، لبنان، 2010.
- عبد الحميد الجياش، التعريف بالفقه الإسلامي والنظريات الفقهية، دار النهضة العربية وكتبة الزهراء، ط1، لبنان، 2009.
- 36- محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، دار الكتاب الحديث، ط2، القاهرة، 1996 .
- 37- الرحيباني، مطالب أولى النهى، ج3، المكتب الإسلامي، دمشق.
- 38- المقنع الإنصاف الشرح الكبير، ج11، دار هجر، 1995.
- 39- أبي الخطاب محفوظ بن احمد بن الحسن الكلوزاني، الهداية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، شركة غراس للطبع، ط1، الكويت، 2004.
- 40- ابن قدامة المقدسي، الكافي، ج3، دار هجر، ط1، مصر، 1997.
- 41- الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج2، دار الكتب العلمية، ط2، لبنان، 2003.
- 42- عبد الله السامري الحنبلي، المستوعب، ج1، ط1، مكة، 2003.
- 43- ابن قدامة، المغني، ج6، دار عالم الكتب، ط3، الرياض، 1997.
- 44- Brunelle Fessars, les obligations non matérialisées dans les contrats, thèse pour obtenir le grade de docteur, université de Montpellier, soutenue le 05/12/2015.
- 45- pierre bareeze, guide juridique de l'internet et du commerce électronique, ed vuibert, paris.

الأطر القانونية لفاعلية اتفاق التحكيم و تأثيرها على منازعات الاستثمار
أ/ زيار الشاذلي- أستاذ مساعد^{*} - جامعة ابن خلدون تيارت- الملحقة الجامعية قصر الشلالة

الملخص:

يبرم اتفاق التحكيم بتطابق إرادتي طرفي العقد على أساس مبدأ حرية التعاقد , لكن بمجرد إعلان القبول بالتحكيم كوسيلة لحل النزاعات التي يحتمل نشوبها بمناسبة تنفيذ العقد الأصلي, يحال النزاع إلى الهيئة التحكيمية التي تستأثر بنظر النزاع, ويستبعد بذلك القضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار, بل يجب على القاضي إحالة الأطراف إلى التحكيم , إذا طرح النزاع أمامه ودفع أحدهم باتفاقية التحكيم , يعني المبدأ القانوني المتعلق بحلول هيئة التحكيم محل القضاء الداخلي لفض النزاع , كما أن الاتفاق على التحكيم يقيد حرية كل الأطراف ذات العلاقة بالنزاع التحكيمي سواء المستثمر أو الدولة التي يحمل جنسيتها .

abstract ;

the accord of arbitrage with voluntary of organs of contract primary independent of the contract ,but advertise the accepting with arbitrage as instrument to solve the conflicts' which possible to start occasionally, to practice the original contract, the conflicttransmit to arbitration treatment which see to conflictfaraway the national low for the country receiver to investement, but the judge must take the organs to arbitrage if the conflict proposed in front him and one of them go to take convention of the arbitrage it means legal principle which concern instead arbitrage treatment the internal low to solve the conflict, and the accord of the arbitrage close the independent all the organs which related arbitrary conflict so the investor or the country which takes her nationality.

مقدمة :

في ظل التطور المستمر للعلاقات الخاصة بالدولة، و تزايد اللجوء إلى هيئات التحكيم الخاص الدولي ، بات من الضروري البحث عن قاعدة عامة تنظم العلاقة بين المحاكم الوطنية و هيئات التحكيم ، قاعدة تحدد مجال اختصاص كل منهم ، فإذا كان للمحاكم الوطنية سلطة التدخل فيما يعرض على هيئة التحكيم من منازعات فان ذلك سيجرد نظام التحكيم من أي قيمة علمية ذات طابع قانوني .

ولم تكن هناك قاعدة في هذا الشأن حتى سنة 1958 ، فقد رأى واضعوا اتفاقية نيويورك ضمنا فعالا لنظام الاعتراف بالأحكام الأجنبية الصادرة عن الأمم المتحدة سنة 1958، وجوب الأخذ بقاعدة دولية جديدة في

^{*} تاريخ إيداع المقال: 2017/02/09

تاريخ تحكيم المقال: 2017 /02/14

المادة 2فقرة 3 مؤداها فرض التزام على المحاكم الوطنية للدول الموقعة على الاتفاقية بالامتناع عن سماع الدعوى التي تقام أمامها بالخالفه لاتفاقيات التحكيم المبرمة.

إذ أنه لوحظ أن توحيد قواعد تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ، و تبسيط إجراءاتها لن يؤدي إلى تقدم حقيقي إذا ظل الباب مفتوحا للتخلص من نتائج الحصول على حكم تحكيم ، عن طريق لجوء أحد الأطراف ابتداء إلى القضاء الوطني بدعوى قضائية ، يمكن التمسك بها كعقبة في سبيل تحقيق التحكيم مسبقا.

ولتفادي أي تداخل بين صلاحيات الهيئة القضائية وحدود اختصاصها ، وسلطات الهيئات التحكيمية الدولية ، لجأت معظم التنظيمات الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي ، سواء تعلق الأمر بالقوانين الداخلية أو الاتفاقيات الدولية أو لوائح وأنظمة التحكيم للمؤسسات الدولية.

إلى محاولة وضع قواعد عامة تحاول تنظيم العلاقة بين الطرفين بحيث تحدد هذه القواعد نطاق التحكيم كجهة وتمنع الخروج عن هذا الاختصاص أو الاعتداء على الاختصاص بأن من المتفق عليه دوليا، أن المحاكم الوطنية ملزمة بالامتناع عن سماع الدعوى التي تقام أمامها إذا تبين لها وجود اتفاق بين الأطراف على إحالة نزاعهم على التحكيم ، وتوجيه أطراف النزاع إلى الجهات المختصة المنصوص عليها في الاتفاق ، وهو ما يطرح مجموعة من التساؤلات القانونية منها : ما هو دور القانون في ضبط آثار قبول اتفاق التحكيم على منازعات الاستثمار الأجنبي ؟ و للإجابة عن هذا التساؤل تناول حالة ثبوت عدم صحة الاتفاق التحكيمي ، وبذلك تم إقرار مبدأ استبعاد القاضي الوطني عن القضية ، وبالتالي نزع اختصاص من القضاء الداخلي و تحويله إلى هيئة التحكيم (الفرع الأول) ، إلا أن هذا الاستبعاد ليس مطلقا بل يبقى لهذا القاضي دور لا يمكن حرمانه منه ، سواء في مساعدة هيئة التحكيم أو في إعطاء القوة التنفيذية لقراراتها أو المساهمة في تشكيلها أو القيام بأي دور آخر منحه إياه الأطراف أو القانون (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الأساس القانوني لنزع اختصاص من القضاء الداخلي وتحويله لهيئة التحكيم .

استقر القانون والفقه والقضاء على أن القبول باللجوء إلى التحكيم يؤدي إلى استبعاد القاضي الوطني ونزع الاختصاص منه في نظر النزاع¹ ، وقد نصت معظم القوانين والاتفاقيات الدولية وأنظمة التحكيم على هذا المبدأ (أولا) ، لكنها اختلفت فيما بينها حول موقف الجهات القضائية من تحديد طبيعة الدفع باستقلال اتفاق التحكيم (ثانيا).

¹ - شوشو عاشور ، الحماية الاتفاقية للاستثمار الأجنبي في الجزائر ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير فرع القانون الخاص ، كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر ، سنة 2008 ، ص 66.

أولا : فعالية الاتفاقيات الدولية في تفعيل مبدأ استقلالية التحكيم في إطاره العام .

لمواجهة الآثار السلبية التي تترتب على اللجوء لمثل هذا الأسلوب الذي يهدد فاعلية نظام التحكيم الخاص الدولي¹، وضعت هذه القاعدة موضع التطبيق حتى لا يترك الأمر للتشريعات الداخلية التي تتفاوت مواقفها، و يعطي بعضها للقضاء الداخلي سلطة تقديرية تتنافى مع الحسم المطلوب².

وبناء عليه فقد تضمنت الاتفاقية نص قطعي الدلالة في العمل على إقامة تعهد دولي مصدره الانضمام الدولي للاتفاقيات الدولية المشتركة التي تتناول التحكيم الدولي³، و الذي مؤداه أن يقع التزام مباشر على كاهل محاكم الدولة، و الذي من شأنه ضرورة التخلي عن النظر في المنازعات التي يكون موضوعها ضمن نطاق اتفاق التحكيم⁴، و الذي توافرت فيه الشروط التي تتطلبها المادة 2فقرة 1من اتفاقية نيويورك و أيا ما كان جنسية أطراف اتفاق التحكيم⁵، و أيا ما كان انعقاده .

يرجع الفقه هذه القاعدة إلى فكرة تطبيق القوة الملزمة للاتفاق أو مبدأ : " العقد شريعة المتعاقدين "⁶، باعتباره من المبادئ المستقرة في القانون الدولي للعقود⁷، أخذ المشرع الجزائري بهذا المبدأ في القانون رقم 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁸، حيث نص في المادة 1045 على " يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم، على أن تثار من أحد الأطراف"، كما اقتصر استبعاد القاضي بناء على طلب أحد الأطراف إذا وجد اتفاق بينهم على إحالة نزاعاتهم إلى التحكيم.

¹ - ياسر كامل الصيرفي، اتفاق التحكيم بين الرضاية و الشككية في ضوء مقتضيات التجارة الدولية، بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم التجاري الدولي "أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية" المعقد بكلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، أبو ظبي من 21 إلى 23 أبريل 2008، ص من 1 إلى 16 المتواجد على الموقع الإلكتروني :

<http://Ama2.Alfadal.net/montada-f9/Tepic-1527.html>.

² - د مصطفى ناطق صالح الناصري، التطورات الحديثة في التحكيم التجاري الدولي، دراسة قانونية مقارنة و معمقة في نظام التحكيم، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2015، ص 73.

³ - حسيني يمينة، تراضي الأطراف على التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مذكرة ماجستير، فرع قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وز، سنة 2011، ص 38.

⁴ - تنص هذه المادة على أنه و على المحكمة الدولة المتعاقدة عندما تطرح أمامها دعوى بشأن مسألة سبق للأطراف الاتفاق على التحكيم فيها، أن تأمر بناء على طلب أحد الأطراف بإحالتها على التحكيم.....".

⁵ - د صلاح الدين جمال الدين و محمود صلاح الدين مصيلحي، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية - دراسة في ضوء أهم و أحدث أحكام التحكيم الدولي -دار الفكر للنشر و التوزيع، الجمهورية العربية المصرية، سنة 2006، ص 16.

⁶ - تنص المادة 106 من أحكام القانون المدني الجزائري على: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون".

⁷ - د صلاح الدين جمال الدين و محمود صلاح الدين مصيلحي، مرجع سابق، ص 16.

⁸ - قانون رقم 09-08، مؤرخ في 25 فيفري 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج ر، العدد 21 صادرة بتاريخ 23 أبريل سنة 2008.

سواء كانت الخصومة التحكيمية قائمة أم لا , لكنه لم يحدد الوقت الذي يجب أن يثار فيه الدفع بعدم اختصاص القاضي فهل يكون قبل الشروع في مناقشة موضوع الدعوى أو في أي مرحلة من مراحلها على الصعيد الدولي, يمكن اعتبار اتفاقية نيويورك لسنة 1958 أول اتفاقية أكدت مبدأ استبعاد القاضي الوطني على النزاع المطروح على التحكيم .

أو متفق بشأنه على اللجوء إلى التحكيم , حيث جاء في الفقرة الثالثة من المادة الثانية من الاتفاقية "تقوم أي دولة متعاقدة , يرفع إليها نزاع بشأن قضية أبرم الأطراف بخصوصها اتفاقية حسب مفهوم هذه المادة بإحالة الأطراف على التحكيم , بناء على طلب أحد الأطراف, إلا إذا لاحظ أن الاتفاقية المذكورة باطلة , أو عديمة التأثير لا يمكن تطبيقها , فهذه الاتفاقية لم تشترط لجوء أحد الطرفين إلى التحكيم الدولي لنزع الاختصاص من القضاء الداخلي , بل يكفي وجود شرط تحكيمي في العقد الأصلي المبرم بينهما , لأن يدفع أحد الطرفين بعدم اختصاص القاضي أو بعدم قبول الدعوى استنادا على اتفاقية التحكيم ¹ .

أما القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون² التجاري الدولي لسنة 1985, فقد نصت المادة الثامنة منه , بأنه على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاق التحكيم أن تحيل الطرفين إلى التحكيم , إذا طلب منها أحد الطرفين في موعد أقصاه تاريخ بيانه الأول في موضوع نزاع , ما لم يتضح لها أن الاتفاق باطل أو لاغ أو عديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه في هذا النص إشارة إلى أن المحكمة التي يطرح أمامها النزاع المتفق بشأنه على التحكيم لا تستطيع أن تتخذ قرار إحالة الأطراف إلى التحكيم من تلقاء نفسها .

بل يجب أن يثيره أحد الخصوم قبل الخوض في موضوع النزاع , وإذا لم يفعل تستمر المحكمة في نظر النزاع على أساس قبول الأطراف ضمنيا باختصاصها , كما أعطيت المحكمة صلاحية دراسة الاتفاق التحكيمي ومدى صحته , فإذا تبين لها أنه باطل أو منعدم أو لتنفيذ تتجاهله , وتواصل السير في الخصومة إلى غاية إصدار حكم يلاحظ في اتفاقية واشنطن لسنة 1965 , استبعاد كل سبل حل النزاع الأخرى بمجرد موافقة الطرفين على التحكيم.

طبقا لهذه الاتفاقية , إلا إذا تم الاتفاق في العقد الأصلي على خلاف ذلك , إلا أن الاتفاقية أعطت لكل دولة منظمة إليها حق وضع شرط استنفاد وسائل الحل الداخلية , قبل اللجوء للتحكيم كما منحها حق اختيار المواضيع التي لا ترغب إدراجها في اتفاقية التحكيم (عدم قابليتها للتحكيم) , إن وجود اتفاق التحكيم أو إحالة إلى التحكيم المركز في إطار اتفاقيات الاستثمار لا يتضمن ما سبق يعني تنازلا إلى وسيلة أخرى لحل نزاع دون أي تحكيم .

- صلاح الدين جمال الدين ومحمود صلاح الدين مصيلحي, مرجع سابق , ص 18.¹

² - القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي سنة 1985 مع التعديلات التي اعتمدت سنة 2006 , منشور في الموقع :

أي أمام حجة قضائية أخرى أو الطعن لديها بقرار التحكيم"، وهو استبعاد إلى القضاء الوطني لا يتضمن أي إمكانية لاشتراط استنفاد إجراءات مسبقة أو اللجوء إلى القضاء قبل اللجوء¹ إلى التحكيم، وهو ما جاء في معظم الاتفاقيات الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمار، كما نصت على تضمينه طرق حل المنازعات المتعلقة بالاستثمار، حيث أعطت الاختيار للمستثمر الأجنبي بين القضاء الداخلي والتحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي. خاصة أمام الهيئات التحكيمية للمركز الدولي لتسوية خلافات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، فإذا اختار المستثمر اللجوء إلى هذا الأخير فإن نظامه هو الذي يطبق وبالتالي يستبعد القاضي الوطني، أما إذا اختار التحكيم الخاص فإن الهيئة التحكيمية تعتمد على بنود الاتفاق الثنائي لتحديد اختصاصها².

وواضح أن لأطراف النزاع المعروض على تحكيم المركز، الحرية في تحديد واختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم فيما بينهم³، لهذا السبب نصت بعض الاتفاقيات صراحة على اختيار أحد الطرق المنصوص عليها لحل النزاع، والتي تعتبر أن جعل الاختيار نهائيا يمثل تضيقا على الحماية الممنوحة للاستثمار الأجنبي حيث لا يمنح المستثمر فرصة لتصحيح سوء اختياره.

فلا يستطيع اللجوء إلى التحكيم إذا سبق له طرح النزاع أمام القضاء، لتدعيم فكرة استبعاد القضاء الداخلي بمجرد الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي، وحسب اتفاقية واشنطن لسنة 1965 فإن عدم تحويل مبالغ الضمان يتعرض مع أحكام الاتفاق الثنائي الذي يوفر الحماية من التأميم منها حرية تحويل الرساميل الأجنبية، ومنع كل تمييز للمعاملة العادلة والمنصفة للاستثمار وغيرها⁴.

جاء قرار هيئة التحكيم الدولي بالاستناد إلى اتفاقية واشنطن على النحو التالي :

"إن الاستثمار يجب أن يكون له صفة الديمومة، نوعا من المخاطرة، بالإضافة إلى التحويلات المالية إلى مكان الاستثمار، لذلك فإن النزاع المطروح لا يتعلق باستثمار، وإنما اتفاق تعاقدى لا يخضع لاختصاص المركز، وبما أن العقد الأصلي يحيل على تحكيم مركز القاهرة الدولي فإن الهيئة التحكيمية تنصح بإحالة إليه⁵".

ثانيا : موقف الجهات القضائية من تحديد طبيعة الدفع باستقلال اتفاق التحكيم .

إذا ثار نزاع متفق بشأنه على التحكيم ورفع أحد الخصوم دعوى أمام القضاء الوطني، بخصوص نفس النزاع يجوز للطرف الآخر أن يدفع بوجود اتفاق التحكيم، حتى يمنع المحكمة من الفصل في القضية تنفيذا لبنود هذا

¹ - قرني ياسين، ضمانات الاستثمار في التشريع الجزائري، مذكرة ليل شهادة الماجستير تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر بسكرة، سنة 2008، ص 62.

² - د أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، سنة 2001، ص 159.

³ - د صلاح الدين جمال الدين و محمود صلاح الدين مصيلحي، مرجع سابق، ص 48.

⁴ - د أحمد أبو الوفا، مرجع نفسه، ص 367.

⁵ - د بن سهلة ثاني بن علي و د نعمي فوزي، تطور الاستثمارات الأجنبية في الجزائر على ضوء نظام تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، مجلة الإدارة، جامعة الجزائر، العدد 34، سنة 2002، ص 34.

الاتفاق، لكن الجدل القائم بخصوص المنع يدور حول طبيعته هل يعتبر دفعا بعدم اختصاص المحكمة أو دفعا لقبول الدعوى .

يرى جانب من الفقه أن هذا الدفع يعد من قبيل الدفع بعدم الاختصاص، وهو لا يتعلق بالنظام العام، فيتعين أن يثيره من يهيم الأمر قبل التطرق إلى أي دفاع موضوع متعلقا بالنزاع، ولا يمكن للمحكمة أن تأخذ به من تلقاء نفسها، سائر المشروع الجزائي هذا الاتجاه إذا نص في المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على عدم اختصاص القاضي بالفصل في موضوع النزاع إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن تثار من أحد الأطراف، فالدفع باتفاقية التحكيم ينزع اختصاص من القاضي حسب القانون الجزائي .

بينما ذهب المشرع المصري في اتجاه آخر واعتبر أن الدفع باتفاقية التحكيم يعد من قبيل الدفع بعدم القبول وليس عدم الاختصاص¹، فجاء في المادة 13 من قانون المرافعات والتحكيم: "يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيمي أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعي عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب للدفاع في الدعوى" يجب أن نناقش الأسس التي اعتمد عليها كل طرف لتبرير تفسيره لطبيعة الدفع باتفاقية التحكيم .

إن نزاع الاختصاص من المحكمة بمجرد طلب أحد الخصوم بناء على اتفاق تحكيمي صحيح، يبدو غير واقعي لأن الدفع بعدم الاختصاص يعني أن المحكمة غير مختصة أصلاً بنظر النزاع المعروض، عليها طبقاً لقواعد توزيع الاختصاص القضائي التي بمقتضاها يتم توزيع الدعوى على المحاكم التابعة لجهة قضاء واحدة، بل على العكس فإن تطبيق هذه الأخيرة يعد أمر جوهري تنص عليه كل النظم القانونية ويمثل مبدأ عام².

لكن التحكيم ليس قضاء عاماً حتى نميز بين اختصاصه بالدعوى وعدم اختصاص المحكمة المرفوع أمامها النزاع، وفي الحقيقة عندما يدفع المدعي عليه باتفاق التحكيم، يعترض على السلطة الخصم في اللجوء إلى أي محكمة سواء كانت مختصة أصلاً أو لم تكن و بالتالي فهو لا ينكر اختصاص المحكمة معينة .

و إنما ينكره لجميع المحاكم ثم إن المحكمة التي انتزعت منها سلطة نظر النزاع يمكن أن تلعب دوراً مساعداً أو رقابياً لعمل الهيئة التحكيمية³، كاتخاذ بعض الإجراءات الوقائية أو تعيين المحكمين أو غيرها، إذن الدفع في هذه الحالة ليس دفع بعدم القبول للتنازل عن الحق في رفع الدعوى إلى الجهات القضائية، وليس تنازلاً عن الحق في اللجوء إلى القضاء، وإنما هو عدم قبول للانحراف عن الطريق المتفق عليه لحل النزاع وأصل الاتفاق على التحكيم هو إقامة مانع يحول دون طرح النزاع على القضاء أن الدفع باتفاق التحكيم ليس من النظام العام.

¹ - د جلال محمود الكندي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، سنة 2005، ص 33.

² - د صلاح الدين جبال الدين و محمود صلاح الدين مصيلحي، مرجع سابق، ص 42.

³ - د احمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص 162.

بل مقرر لمصلحة الخصوم لذلك يجب إثارته قبل بدأ أي دفع في الموضوع وإلا سقط هذا الحق لأن أساسه هو اتفاق الطرفين على التحكيم ، والتنازل عن حقها في الفصل في الدعوى عن طريق الخصومة العادية فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، وقد نصت على هذا المبدأ معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية فالمرجع المصري مثلاً نص في المادة 13 من قانون المرافعات والتحكيم على ضرورة عدم قبول الدعوى التي يوجد بشأنها اتفاق تحكيمي إذا دفع المدعي عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب للدفاع في الدعوى ، ولم يذكر المشرع الجزائري شرط إثارة الدفع قبل أي دفع في الموضوع لكنه اشترط " إثارته من أحد الخصوم " واشترط أن تكون الخصومة التحكيمية قائمة أو أن توجد اتفاقية تحكيم بين الطرفين¹.

ولم تشترط هذه القاعدة لترتيب أثرها أن يكون الأطراف قد بدؤوا في إجراءات التحكيم ، بل يكفي أن يوجد شرط التحكيم في العقد ليرتب على ذلك الأثر المانع للقضاء الوطني من نظر النزاع المعروض² و لابد من التوضيح أن المرسوم التشريعي رقم 93-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية السابق حيث كان يشترط أن تكون الخصومة قائمة ولم يكن واضحاً في مسألة اللجوء إلى القضاء إذ لم يكن الطرفان قد شرعا في اتفاق التحكيم .

أما على مستوى الاتفاقيات متعددة الأطراف، فيمكن الإشارة إلى ما جاءت في المادة الثانية من اتفاقية نيويورك للاعتراف للقرارات التحكيمية وتنفيذها حيث نصت على : " تقوم أية دولة متعاقدة يرفع إليها نزاع بشأن قضية أبرم الأطراف بخصوصها اتفاقية حسب مفهوم هذه المادة إلى إحالة الأطراف على التحكيم بناء على احد الأطراف "بمفهوم المخالفة .

نستنتج انه إذا لم يطلب احد الأطراف الأخذ اتفاقية التحكيم تكون المحكمة مختصة وتستمر بنظر النزاع باعتبار قبول الأطراف بهذا الاختصاص ، وتنازلهم الضمني عن حقهم في الاعتراض وطلب التحكيم جاء في المادة الثامنة من قانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي³: " على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى مسألة ابرم بشأنها اتفاق تحكيم طرفين إذ طلب منها ذلك احد الطرفين في موعد أقصاه تاريخ تقديم بيان أول في موضوع النزاع"، يظهر من العبارة الأخيرة أن المقصود هو الدفع بعدم القبول قبل أي دفع في الموضوع وقد استمدت معظم التشريعات الوطنية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي نصوصها من الأحكام هذا القانون النموذجي⁴

وأصبح من المتفق عليه أن تقديم الدفع يجب أن يكون في أول جلسة وخوض الأطراف في موضوع النزاع يعني تنازلهم عن الحق .

¹ - د أحمد هندي ، سلطة الخصوم و المحكمة في اختصاص الغير ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، سنة 2006 ، ص 53.

- د صلاح الدين جمال الدين و محمود صلاح مصيلحي، مرجع سابق ، ص 17.

³ القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ، لجنة الأمم المتحدة لتجارة الدولية بصيغته التي اعتمدها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ، يونيو 1985 ، مرجع سابق .

⁴ - د نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية و التجارية الوطنية و الدولية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، سنة 2004 ، ص 139.

ثالثاً: موقف مختلف التشريعات و القوانين من الدفع باتفاقيات التحكيم .

بما أن معظم الاتفاقيات والتشريعات ربطت إحالت القاضي الأطراف إلى الهيئة التحكيمية، بشرط انعدام أو بطلان اتفاقية التحكيم، فإنه يتبادر إلى الذهن التساؤل عن الموقف الذي يجب على القاضي اتخاذه إذا تحقق هذا الشرط ؟.

إذا نظرنا إلى التشريعات الداخلية وبعض الاتفاقيات الدولية، نستخلص أن القاضي الذي يطرح أمامه النزاع المتفق بشأنه على التحكيم ملزم بدراسة اتفاقية التحكيم، والتأكد من مدى صحتها أو بطلانها، فإذا تبين له أنها باطلة أو لا يمكن تطبيقها لا يعتد بها ويستمر في نظر النزاع وينزع الاختصاص من هيئة التحكيم، وإذا كان الأطراف لم يشعروا بعد في إجراءات اللجوء إلى التحكيم. يكفي القاضي إثبات عدم وجود الاتفاقية لينعقد له الاختصاص، أما إذا ثبت وجود وصحة الاتفاقية فما عليه إلا أن يقضي- بعدم الاختصاص، لكن في الواقع إعطاء القاضي الوطني سلطة دراسة اتفاقية التحكيم قد يتعارض مع مبدأ اختصاص هيئة التحكيم في تحديد اختصاصها حيث تنظر في وجود وصحة الاتفاقية وتقرر على أساسها اختصاصها من عدمه لذلك يجب التمييز بين حالتين:

إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة يجب على القاضي الذي يطرح عليه النزاع أن يقضي- بعدم الاختصاص ويحيل الأطراف إلى التحكيم دون أن يتطرق إلى اتفاق التحكيم¹.

إذا كانت الخصومة غير قائمة أي لم يشرع الطرفان في إجراءات التحكيم فإن القاضي يبحث في مسألة بطلان اتفاقية التحكيم أو انعدامها أو مدى عدم إمكانية تطبيقها، نصت بعض التشريعات على عدم قبول الدعوى القضائية إذا وجد بشأنها اتفاق تحكيم دون أن تشترط صحة الاتفاق لكن الفقهاء يرجعون ذلك إلى كونه شرطاً ضمناً فلا يتصور أن يقصد المشرع الاعتماد على اتفاق باطل لنزع اختصاص من القاضي.

وإذا كان هدف الرقابة القضائية الوطنية هو التيقن من التزام المحكم بوظيفته المعهود إليه بها من الأطراف واحترامه للقواعد القانونية المرتبطة باتفاق التحكيم وإجراءاته².

إن الدفع باتفاق التحكيم يرتب حرمان الخصوم من اللجوء إلى القضاء العادي بصدد الموضوع المتفق عليه بشأنه على التحكيم، وبالتالي منع المحكمة المقامة أمامها دعوى في موضوع النزاع من نظره وهو ما يسمى "الأثر السلبي لاتفاقية التحكيم"، لكن مبدأ استبعاد القاضي الوطني ليس مطلقاً، فهو يتدخل في عدة مراحل من الخصومة التحكيمية.

¹ - د جمال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 90.

² - د صلاح الدين جمال الدين و محمود صلاح الدين مصيلحي، مرجع سابق، ص 111.

الفرع الثاني: مبدأ تجسيد استبعاد القضاء الداخلي

تستدعي فعالية التحكيم التجاري الدولي استبعاد القضايا المتعلقة بالتحكيم ، وقوفا عند إرادة أطراف النزاع الذين اختاروا حله طرقا بديلة عن القضاء الوطني ، لكن حاجة هيئة التحكيم لمساعدة القضاء تجعل هذا الاستبعاد ليس مطلقا بل يمكن أن يتدخل رقابة قضاء الدولة على مختلف مراحل خصومة التحكيم (أولا)، كما يمكن أن يتدخل بصفة استعجالية إذا طلب منه ذلك (ثانيا).

أولا : إقرار رقابة قضاء الدولة على مختلف مراحل خصومة التحكيم

يتمتع القاضي بسلطات واسعة في مساعدة الهيئات التحكيمية والرقابة على أعمالها ، بهدف تدعيم فعالية التحكيم وتمكينه من أداء الدور المحدد له على المستوى الداخلي والدولي ، فهو يملك سلطة إصدار أوامر تقتزن إجراءات في حالة عدم الالتزام بتنفيذها، عكس المحكم الذي تنحصر سلطاته فيما يقرره له الأطراف وفي حدود ما يسمح به القانون¹.

وهذا يؤثر على قدرته الذاتية في تسيير كل إجراءات خصومة التحكيم إذا لم تلتزم كل الأطراف طوعية بأوامره .

من أجل تجنب هذا العجز ، حرصت قوانين التحكيم الوطنية والدولية على إقرار رقابة قضاء الدولة على التحكيم² ، ومعاونيه في الحالات التي يمكن أن تتسبب في تعثر العملية التحكيمية والتي لم تتفق الأطراف على كيفية مواجهتها .

و كنموذج على مجالات تدخل القضاء في التحكيم ضمن التشريعات الداخلية ندرس ماتضمنه القانون الجزائري (أ) وعلى المستوى الدولي تنطرق لما جاء به القانون النموذجي للتحكيم التجاري (ب)

أ/ دور القانون الجزائري في تحديد نطاق تدخل القاضي في العملية التحكيمية :

لا يفصل القاضي في موضوع النزاع متى وجدت اتفاقية تحكيم ، أو كانت الخصومة التحكيمية القائمة إلا إذا ارتضى الطرفان المتنازعان اختصاصه ، ولم يترك المجال مفتوح "للطرف السيئ النية اللجوء إليه متى وجد نفسه محمدا بإجراء التحكيم" مثلما ذهبت بعض التفسيرات للباة 458 مكرر من المرسوم التشريعي رقم 93 - 09 قبل إلغائه بمقتضى القانون رقم 08-09.

لكن هناك حالات عديدة يجد القاضي الجزائري نفسه مضطرا للتدخل على أساس السلطات التي منحها له المشرع، نلخص بعض الحالات فيما يلي:

- د جمال محمود الكردي ، مرجع سابق، ص 109.

²- FOUCHARD (ph), les conflits de lois en matière d'arbitralité des litiges de propriété industrielle, Rev arb.1977.p63.

1- المساعدة في تعيين المحكم (المحكمين).

الأصل أن تعيين المحكم (أو المحكمين) وعزله (عزلهم) واستبداله (استبدالهم) يدخل ضمن اختصاص الأطراف , إلا أن القاضي الوطني يملك صلاحية التدخل في هذه المهمة، في حالة غياب التعيين أو عدم الاتفاق عليه أو طلب احد الطرفين المساعدة لعزل أو استبدال المحكم في كل الحالات يجب أن يرفع الطلب بالطرف المعني بالتعجيل إلى القاضي المختص ، حسب ما نصت عليه المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه: "يعين القاضي المحكم بأمر على ذيل العريضة مما لا يسمح بالاستماع إلى جميع الأطراف بما فيهم المحكم المعين"، وهذا من شأنه أن يعرقل عملية تشكيل المحكمة التحكيمية ويؤثر على الفعالية المرجوة من التحكيم خاصة إذا عمد احد الأطراف إلى الشروع في إجراءات "رد المحكم" أو إذا رفض المحكم المعين المهمة المسندة إليها مما يجعل تشكيل محكمة التحكيم غير صحيح وفق القانون الجزائري.

2-سلطة القاضي في رد المحكمين :

نذكر بأن المشرع الجزائري بعد تطرقه لحالات الرد في المادة 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹ , أكد على اختصاص القاضي في الفصل في طلب الرد, بأمر بناء على طلب من يمه التعجيل في الحالة الاستثنائية التي لا يتضمن فيها نظام التحكيم كقياسات تسوية النزاعات الخاصة بإجراءات رد المحكمين وعجز الأطراف على الاتفاق على هذه الإجراءات , ويكون أمر القاضي في هذه الحالة غير قابل لأي طعن .

3 - مسألة إنهاء مهمة التحكيم:

إذا رفض المحكم القيام بمهمته أو تعذر عليه ذلك بحصول مانع له أو إذا انقطع عن أدائها بما يؤدي إلى تأخير في إجراءات التحكيم , ولأجل ذلك يتفق الطرفان على عزله.

يجوز لرئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه , أن يأمر بإنهاء المهمة التحكيمية بناء على طلب أحد الخصوم² , إذا رفض المحكم القيام بمهمته أو تعذر عليه ذلك بحصول مانع له أو إذا انقطع عن أدائها بما يؤدي إلى تأخير في إجراءات التحكيم , ولم يتفق الطرفان على عزله يجوز لرئيس المحكمة , التي يقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه أن يأمر بإنهاء المهمة التحكيمية بناء على طلب احد الأطراف.

¹ - تنص المادة 1016 من قانون 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على: "يجوز رد المحكم في الحالات الآتية :

1- عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف.

2- عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف.

3- عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته, لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط.

- د احمد أبو الوفا , مرجع سابق , ص 226.

حيث نصت المادة 1024 (فقرة 1) من القانون رقم 09-08: ينتهي التحكيم بوفاء احد المحكمين و رفضه القيام بمهمته بمبرر أو تنحيته أو حصول مانع له , ما لم يوجد شرط مخالف , أو إذا اتفق الأطراف على استبداله من قبل المحكم أو المحكمين الباقين , وفي حالة غياب الاتفاق تطبق أحكام المادة¹ 1009 أعلاه".

4- سلطة القاضي في مواجهة المسائل العارضة التي تخرج عن ولاية هيئة التحكيم:

إذا عرضت خلال إجراءات التحكيم مسألة تخرج عن ولاية هيئة التحكيم , كحصول عارض جنائي , أو طعن بالتزوير في ورقة قدمت لها أو اتخذت إجراءات جنائية عن تزويرها , وجب على محكمة التحكيم إحالة الأطراف إلى الجهة القضائية المختصة , وإيقاف الإجراءات حتى يصدر الحكم النهائي في هذا الشأن و يترتب على ذلك وقف سريان الميعاد المحدد لإصدار حكم التحكيم , ويستأنف سريان هذا الميعاد من تاريخ الحكم في المسألة العارضة .

5- تدخل القاضي بصدد الطعون ببطلان الأحكام التحكيمية :

يرفع الطعن بالبطلان في حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه , ويقبل الطعن ابتداء من تاريخ النطق بحكم التحكيم لا يقبل الطعن بعد في أجل شهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ في هذه الحالة يكون الاختصاص حصريا للقاضي الجزائري , ولا يمكن للأطراف الاتفاق على مخالفته هذه القاعدة الآمرة .

6- تدخل القاضي بصدد إصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكمين:

لا ينفذ الحكم التحكيمي في الجزائر , إلا إذا كان غير مخالف للنظام العام الدولي, ويتم التنفيذ بعد أن يصدر رئيس المحكمة التي أصدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ , إذا كان مقر التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني , وأمر بتنفيذ (أي إعطائه الصيغة التنفيذية).

حرص القانون التحكيمي الجزائري (ومعظم قوانين التحكيم المقارنة) , على تنظيم كيفية تدخل القضاء لمساعدة التحكيم وتدعيمه, كدور جديد ينأى به بجانب دوره التقليدي المتمثل في الرقابة اللاحقة على أعمال المحكمين , يبدأ دور القضاء في مساعدة هيئة التحكيم مع ميلاد اتفاق التحكيم , ويستمر حتى بعد صدور حكم المحكمين لكن المشرع حرص على حصر وتحديد حالات تدخل القاضي وتضييقها في معظم الأحيان, حتى لا يترتب على

¹ - تنص المادة 1009 من القانون رقم 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري على أنه : " إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم , بفعل احد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ الإجراءات تعيين الحكم أو المحكمين , يعين المحكم أو المحكمين من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه".

المبالغة فيها شل فعالية التحكيم واحتوائه من طرف القضاء الوطني فيمس بذلك الجوهر القضاء السليم لعملية التحكيم¹.

ب/ نطاق تدخل القاضي الوطني في العملية التحكيمية ضمن أحكام القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي: الحد و التقيص من تدخل المحاكم في التحكيم التجاري الدولي من أهم متطلبات تحقيق فعالية هذا التحكيم لذلك حرصت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي على إقرار هذا المفهوم بشكل صريح , حيث نصت المادة الخامسة على أنه : « في المسائل التي ينظمها هذا القانون لا يجب لأي محكمة أن تتدخل إلا حيث يكون منصوصا على ذلك في هذا القانون

بما أن الحد من تدخل المحاكم يستلزم بالضرورة تحديد حالات التدخل ، فقد جاء في المادة السادسة من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 تحت عنوان "محكمة أو سلطة أخرى لأداء وظائف معينة تتعلق بالمساعدة والإشراف في مجال التحكيم" , النص على الحدود التي يمكن للمحكمة أو المحاكم الوطنية أن تتدخل فيها في مسائل التحكيم التجاري الدولي , يمكن ذكر بعضها على النحو التالي :

1- حالة تعيين المحكمين أو ردّهم أو عزّلم:

للأطراف حرية الاتفاق على الإجراء الواجب إتباعه في تعيين المحكم والمحكمين , فان لم يكونوا قد اتفقوا على ذلك وجب إتباع الإجراءات التالية -في حالة التحكيم بثلاثة محكمين , يعين كل من الطرفين محكما , ويقوم المحكمان المعينان بتعيين المحكم الثالث , وإذا لم يتم أحد الطرفين بتعيين المحكم خلال ثلاثين يوما من تاريخ تسلمه طلبا بذلك من الطرف الآخر , أو إذا لم يتفق المحكمان على المحكم الثالث تؤوّل مسألة تعيينه إلى المحكمة أو السلطة المختصة².

- المحكم الفرد إذا لم يستطع الطرفان الاتفاق على تعيينه, تقوم المحكمة المختصة بهذا التعيين إذا طلب منها أحد الطرفين ذلك , كما نصت المادتان 13 و 14 من القانون على سلطة القاضي الوطني في التدخل من أجل إنهاء ولاية المحكم الذي لم يستطع القيام بمهمته على أحسن وجه , وكذلك لتصدي المسألة رد المحكم إذا توفرت أسباب الرد³, وذلك بقرار نهائي غير قابل للطعن .

¹ - حسن طالي, تسوية المنازعات في القانون الجزائري للاستثمارات , المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية السياسية , العدد 02, جامعة الجزائر , مارس 1989, ص ص , 406-407.

² - بودودة سعاد , التحكيم التجاري الدولي كضمان من ضمانات الاستثمار , رسالة لنيل شهادة الماجستير كلية الحقوق بن عكنون , الجزائر , 2012سنة , ص 73.

³ - محمد كولا , تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري , منشورات بغدادي , سنة 2008 , ص 181.

2- الطعن في اختصاص هيئة التحكيم :

يمكن لأي طرف الدفع بعد اختصاص هيئة التحكيم أو تجاوزها سلطتها , ولهذه الهيئة أن تفصل في الدفع , إذا قررت أنها مختصة تتدخل المحكمة أو السلطة المختصة في الدولة المضيفة للاستثمار , بطلب من احد الأطراف للفصل في موضوع الاختصاص المثار¹ بقرار غير قابل للطعن.

3- اعتراف المحاكم باتفاق التحكيم :

على المحاكم الوطنية الاعتراف باتفاق التحكيم الصحيح ذي الأثر الممكن تنفيذه, فتحيل طرفي أي دعوى ترفع أمامها بشأن مسألة مرتبطة, بالاتفاقية إلى التحكيم بناء على طلب احدهما قبل الخضوع في موضوع الدعوى. كما نص القانون النموذجي على حالات أخرى لتدخل السلطة القضائية , كحالات الطعن في قرار التحكيم عن طريق طلب الإلغاء (المادة 34) أو مساعدة هيئة التحكيم للحصول على الأدلة في إجراءات التحكيم (المادة 27) أو اتخاذ إجراءات وقتية سواء قبل بدء إجراءات التحكيم أو في أثناءها (المادة 9 و 17) , أو في مسألة الاعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذها (المادة 35 و 36).

و باستقراء لكل ما تقدم, نستخلص بأنه وفقا لنصوص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي , تلعب المحاكم الوطنية دورا مهما في مساعدة هيئات التحكيم , ابتداء من مرحلة الاتفاق على التحكيم , حتى تنفيذ قرار المحكمين , لما لها من سلطات واسعة في اتخاذ الإجراءات الردعية الضرورية في بعض المسائل والمواقف. لكننا نرى بان القضاء يقوم بدور تكميلي في القضايا التحكيمية , لان اتساع نطاق تدخله قد يقلص من فعالية التحكيم , ويضيق مجالات الحماية للاستثمارات الأجنبية , ويدفع المستثمرين إلى العزوف عن الاستثمار في الدولة التي توسع نطاق تدخل قضائها.

ثانيا: اثر اتفاق التحكيم على نطاق تدخل قاضي الأمور المستعجلة.

تعد مسألة الاختصاص في اتخاذ تدابير المؤقتة والتحفيزية ذات الطبيعة المستعجلة في المنازعات المتفق بشأنها على اتفاق التحكيم² و من المسائل الهامة في التحكيم التجاري نظرا لدورها لتعزيز فعالية التحكيم في حل نزاعات الاستثمار.

إن الغاية من اتخاذ تدابير مستعجلة في القضايا المتفق بشأنها على التحكيم تتمثل في تحقيق الوقاية من خطر محقق يهدد المصلحة التي يحميها القانون متى كان متنازعا عليها, إلى حين البت في موضوع النزاع.

¹ - د نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق ، ص 217.

² - مشهور حديثة الجازي ، التحكيم في منازعات الاستثمار ، مقال منشور في مجلة نقابة المحامين ، العددان التاسع و العاشر ، سنة 2002، ص 63.

فقد يسبب أي تأخير في تشكيل هيئة التحكيم أو في الإجراءات أمامها أو في صدور قرارها في الموضوع أو في إجراءات تنفيذه تضييع الوسائل اللازمة لتحقيق الحماية القانونية للحق مستقبلا، والحق ليس هو الرابطة لأنها ليست إلا الموضوع الذي ينظمه القانون¹ عن طريق الحقوق و الواجبات ، وبالتالي يلعب قضاء الاستعجال دورا بارزا في دعم المتخاصمين بأحكام عاجلة تصدر بعد إجراءات محدودة ومواعيد قصيرة ، وتكون نافذة جبرا بمجرد صدورهما ، الأمر الذي يضمن للأطراف الاطمئنان على فعالية القرار الذي يصدر في الموضوع .

من أمثلة التدابير المستعجلة، الحجز التحفظي، الحراسة القضائية، دعوى إثبات حالة، منع الما قول من التوقف عن العمل قبل البت في موضوع النزاع، نظرا لما يترتب على هذا التوقف من أضرار لا يمكن جبرها.

إذا كان اتفاق التحكيم يمنع القضاء العادي من نظر النزاع المتفق على طرحه على التحكيم ، احتراماً لإرادة الأطراف التي أقرها المشرع فإن الإشكال يكمن في نطاق هذا الأثر فهل يقتصر هذا المنع على القضاء العادي أم يمتد ليشمل اختصاص وسلطة القضاء المستعجل في اتخاذ التدابير المؤقتة ذات العلاقة بموضوع النزاع ؟ ثم هل يمكن للهيئة التحكيمية اتخاذ قرار مستعجل أثناء عملية التحكيم ؟ وهل يجوز الاتفاق على منح هيئة التحكيم سلطة الفصل في المسائل المستعجلة ؟ أم المسائل المستعجلة تعد من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على التحكيم بشأنها .

هذه التساؤلات تدفع للبحث والتحري في القوانين المقارنة و الاتفاقيات الدولية عن أثر اتفاقية التحكيم على اختصاص قاضي الأمور المستعجلة:

أعطى المشرع الجزائري الحق للمدعي عليه في التمسك باتفاق التحكيم ، إذا قام المدعي باللجوء إلى القضاء بشأنها على التحكيم لكنه نص على عدم اختصاص القاضي بالفصل في موضوع النزاع إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا أثبت الطرف المتضرر وجود اتفاقية تحكيم صحيحة، فإشارة المشرع إلى استبعاد فحص الموضوع ، يترك المجال مفتوحا للتساؤل عن مدى استبعاد دور قاضي الأمور المستعجلة ، خاصة إذا نظرنا إلى ما جاء في المادة² 1046 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، حيث أعطى محكمة التحكيم إمكانية الأمر باتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية بناء على طلب أحد الأطراف ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك ، وجعل تدخل القاضي الوطني محصورا في تقديم الدعم للهيئة التحكيمية ، حيث يجوز لهذه الأخيرة أن تطلب تدخله إذا لم يرق الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إراديا .

بينما الفقرة الأخيرة من المادة المذكورة أعلاه تنص على: " يمكن لمحكمة التحكيم أو القاضي أن يخضع التدابير المؤقتة أو التحفظية لتقديم الضمانات من قبل الطرف الذي طلب هذا التدبير ".

¹ - د محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري " النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام -التصرف القانوني، دار الهدى للنشر- و التوزيع ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية ، الجزائر ، سنة 2004 ، ص13.

² - تنص المادة 1046 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على : " يمكن لمحكمة التحكيم أن تتخذ إجراءات مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب احد الأطراف ".

استنادا إلى هذا النص , يمكن لقاضي الأمور المستعجلة أن يأمر بالتدابير المؤقتة ¹ , ويقررها بطلب الضمانات الملائمة بناء على مبدأ احترام إرادة الأطراف الذي يعتبر أساس التحكيم التجاري الدولي , لذا فإنه إذا خولت اتفاقية التحكيم هيئة التحكيم صراحة النظر في المنازعات الموضوعية والحفظية الخاصة بالنزاع المتفق بشأنه على التحكيم , فليس من حق المحكمة الوطنية اتخاذ مثل هذه الإجراءات إلا إذا طلبت الهيئة التحكيمية مساعدتها في تنفيذ ما اتخذته من إجراءات مؤقتة , أما إذا لم يتضمن اتفاق التحكيم إحالة المسائل المستعجلة إلى هيئة التحكيم فلا يمكن لهذه الأخيرة نظرها.

لأن سلطتها استثنائية ومستعدة من اتفاقية التحكيم , ولا يجوز لها تجاوزها , عندئذ يمكن الرجوع للقواعد العامة , وفتح الباب لقاضي الأمور المستعجلة للبت في أي طلب لاتخاذ تدبير مؤقت أو أي إجراء آخر .

يمكن القول أن المادة 1046 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تمنع المحاكم الجزائية من نظر الدعاوى الموضوعية الداخلة في إطار اتفاق التحكيم دون المنازعات في القضايا ذات الطابع الاستعجالي , التي تبقى ضمن الاختصاص النوعي لقاضي الأمور المستعجلة .

فلا تناقض بين إحالة موضوع نزاع للتحكيم والإبقاء على الاختصاص في المسائل المستعجلة للقاضي المختص كما حدده قانون الإجراءات المدنية والإدارية , واللجوء للتحكيم , لأن دور القاضي في هذه الحالة هو دور مساعد وليس دور تدخليا .

قد يحدث أن تقوم منازعة مستعجلة بعد الاتفاق على التحكيم , وقبل تشكيل الهيئة التحكيمية في هذه الحالة نكون أمام خطر محقق يهدد مصلحة أحد الطرفين لا يمكن تجنبه إذا انتظرنا إلى غاية تشكيل المحكمة التحكيمية , لطرح النزاع أمامها فيكون في هذه الحالة تدخل القضاء الوطني ضروريا للمحافظة على الحق المهدد وبالتالي يدعم تدخل القاضي في فعالية اتفاق التحكيم .

أكد المشرع المصري , على حرية الأطراف في الاتفاق على أن يكون لهيئة التحكيم , بناء على طلب أحدهما ² , وإن كانت جميعها تصب في عدة محاور بحيث أنه يمكن أن تأمر أيا منها اتخاذ ما تراه مناسبا من تدابير مؤقتة أو تحفظية تقتضيها طبيعة النزاع , وأن تطلب تقديم ضمان كاف لتغطية نفقات التدبير الذي تأمر به , وفي حالة عدم تنفيذ التدبير طوعا , يمكن اللجوء إلى القاضي المصري لإصدار الأمر بتنفيذ التدبير .

أما على صعيد الاتفاقيات الدولية والأنظمة المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي , فإننا ندرس أحكام التدابير المؤقتة في البعض منها كما يلي:

¹ - تعولت كريم , استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي , دراسة على ضوء المرسوم التشريعي 93-91 و القانون المقارن , مذكرة ماجستير فرع قانون الأعمال , كلية الحقوق , جامعة مولود معمري تيزي وزو , 2004 , ص 63 .
- د جبال محمود الكردى , مرجع سابق , ص 90 .²

1- في نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية :

يجوز نص المادة 23فقرة 2 من نظام التحكيم الخاص لغرفة التجارة الدولية للأطراف , قبل إرسال الملف إلى هيئة التحكيم , اللجوء إلى أية سلطة قضائية للحصول على تدابير مؤقتة أو تحفظية , ولا يعد اللجوء إلى تلك السلطة على هذا النحو انتهاكا لاتفاق التحكيم¹ , ولا يشكل عدولا عنه ولا ينال من اختصاص هيئة التحكيم في هذا الشأن غير أن الفقرة الأولى من المادة 23 السالفة الذكر اعترفت أيضا هيئة التحكيم باختصاص قاضي الأمور المستعجلة .

وهذا ما دعا إليه جانب من الفقه حين يؤكد بان اتفاق التحكيم , وان كان لا يسلب قاضي الأمور المستعجلة اختصاصه , إلا انه يمكن أن تخول هيئة التحكيم أيضا البت في المسائل المستعجلة , فيكون الاختصاص مشتركا بين قاضي الأمور المستعجلة وهيئة التحكيم² .

2- قانون التحكيم الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي لسنة 1985:

تطرت قواعد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985, المعدل سنة 2006, إلى التدابير المؤقتة في الفصل الرابع, حيث أعطت سلطة اتخاذ التدابير المؤقتة لهيئة التحكيم وجعلت دور القاضي الوطني مساعدا, فقد نصت المادة 17 من القانون على:

"يجوز لهيئة التحكيم أن تصدر تدابير مؤقتة بناء على طلب احد الطرفين, مالم يتفق الطرفان على خلاف ذلك: -التدبير المؤقت هو أي تدبير وقي سواء أكان في شكل قرار أم في شكل آخر, تأمر فيه هيئة التحكيم أحد الطرفين في أي وقت

يسبق القرار الذي يفصل نهائيا في النزاع بما يلي :

أ / أن يبقى الحال على ما هو عليه أو يعيده إلى ما كان عليه إلى حين الفصل في النزاع أو:

ب / أن يتخذ إجراء يمنع حدوث ضرر حالي أو وشيك أو مساس بعملية التحكيم نفسها أو يمتنع عن اتخاذ إجراء يحتمل أن يسبب ذلك الضرر المساس أو :

ج/ أن يوفر وسيلة للمحافظة على الموجودات اللاتي يمكن بواسطتها تنفيذ قرار لاحق أو:

د / أن يحافظ على الأدلة التي قد تكون هامة و جوهرية في حل النزاع."

وقد ألزم القانون الأطراف بالاعتراف بالتدبير المؤقت و نفاذه, وإذا لم يتحقق ذلك, يتعين على الطرف المعني بالتنفيذ اللجوء إلى المحكمة المختصة لطلب الأمر بالتنفيذ¹ .

- تعولت كريم , مرجع سابق , ص 69.¹

² - إسكندر أحمد , التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الدولية بالطرق السلمية , المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية و الاقتصادية , عدد 4, سنة 1999, ص 113.

3- في تحكيم المركز الدولي لتسوية خلافات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى:

عندما يتعرض نزاع موجود فعلا إلى تهديد جديد ووقائع حقيقية تفقد الحكم المنتظر كل فعاليته ، يتعين اتخاذ قرارات سريعة وملائمة للحفاظ على الحقوق المهددة ، وهنا تظهر أهمية الإجراءات المؤقتة التي يجب أن تقوم بها الهيئة التحكيمية و/ أو الجهات القضائية لكن اتفاقية واشنطن لسنة 1965، لم تفصل في مسألة الإجراءات الوقفية أو التحفظية ولم تحدد الشروط التي يجب إن تحقق حتى يمكن الأمر بهذه الإجراءات ، بل نصت المادة 37 على جواز إصدار توصية من طرف محكمة التحكيم المشكلة من طرف المركز بموافقة الأطراف ، وباتخاذ كافة التدابير التحفظية التي تستهدف فقط المحافظة على حقوق الأطراف.

يضاف إلى ذلك تأكيد إلزام قضاء الدولة بالانصياع إلى الأحكام القضائية² متى قدرت أن الظروف تتطلب ذلك بما أن النص يشير إلى "توصية" فان تنفيذها يخضع إلى نية اتجاه الأطراف المعنية بها لتنفيذها طواعية.

أما في حالة رفض التنفيذ أو الالتزام بالإجراءات التحفظية المتخذة من طرف المحكمة التحكيمية ، فان هذه الإجراءات تفتقر إلى أي قوة ردعية قد يستدعي ذلك لجوء الطرف المتضرر إلى القضاء الوطني لطلب اتخاذ ما يحفظ له حقه المهدد .

خاصة وان المادة 39 من لائحة المركز نصت في فقرتها الخامسة : إن تدخل الجهات القضائية بطلب من احد أطراف النزاع لاتخاذ تدابير تحفظية ، سواء قبل أو الأثناء إجراءات التحكيم ، لا يشكل تناقضا ولا تعارضا مع اتفاق التحكيم ولا مع أحكام المادة 47 من الاتفاقية متى وجد اتفاق بين الطرفين على ذلك³.

4- في الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية :

لقد دخلت الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية حيز التنفيذ سنة 1981 ، بعد أن تم التوقيع عليها قبل ذلك التاريخ بسنة خلال القمة العربية المنعقدة بعمان في 24 سبتمبر 1980 وانضمت لتلك الاتفاقية 21 دولة عربية⁴.

و إذا كانت معظم القوانين والاتفاقيات الدولية أعطت القضاء الداخلي دورا هاما في إصدار أوامر الإجراءات التحفظية فان اتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية ، أعطت هذا الدور للهيئة التحكيمية فقط ، وهذا ما تنص عليه المادة 29⁵ من الاتفاقية ، فلم تنص الاتفاقية على الظروف الملائمة لاتخاذ

¹ - إسكندر أحمد ، مرجع نفسه ، ص 115.

² - د صلاح الدين جبال الدين ، محمود مصيلحي ، مرجع سابق ، ص 190 .

³ - د ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية و التحكيم ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، سنة 2004 ، ص 288.

⁴ - د قادري عبد العزيز ، الاستثمارات الدولية "التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات" دار هوم للطباعة و النشر ، الجزائر ، سنة 2006 ،

ص 365.

⁵ - تنص المادة 29 من الاتفاقية على : " للهيئة ، بناء على طلب احد من الطرفين أن تتخذ أياجراء مؤقت أو تحفظي تراه ضروريا " .

الإجراء التحفظي بل تركت ذلك للسلطة التقديرية لمحكمة التحكيم ، ولم تشر- إلى أي دور للقاضي الوطني في اتخاذ هذا النوع من الإجراءات .

غير أن الاتفاقية تسمح للمستثمر العربي باللجوء إلى قضاء الدولة المستقبلية لاستثماره ، إلا أن رفع الدعوى إلى محكمة الاستثمار يمنع ذلك المستثمر من اللجوء إلى قضاء الدولة المستقبلية للاستثمار والعكس بالعكس أي أن رفع الدعوى أمام قضاء تلك الدولة يمنع من عرضه على محكمة الاستثمار العربي¹ وفقا لأحكام المادة 31 .

إن القاسم المشترك بين جميع القوانين والنصوص المشار إليها سابقا، يتمثل في إجماعها على عدم تأثر اختصاص قاضي الأمور المستعجلة المنصوص عليه في القوانين الداخلية (الوطنية)، في اتخاذ إجراء تحفظي ، بما تخوله اتفاقية التحكيم للهيئة التحكيمية من اتخاذ إجراءات مماثلة وعلى اعتبار اللجوء إلى القاضي ، لطلب أي إجراء مؤقت لا يعني التنازل عن اتفاقية التحكيم ، كما أن هذه القوانين لم تضع الشروط التي يجب توافرها حتى يعتقد الاختصاص لقاضي الأمور المستعجلة.

وهذا يعني الإحالة إلى القواعد العامة التي تشترط قيام حالة الاستعجال وضرورة التزام القاضي كما رأينا في معظم الاتفاقيات والنصوص ، خاصة قانون التحكيم الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي المسمى قانون (uncitral).

لذا فإنه لا يوجد تعارض بين نظام التحكيم واختصاص المحكم و اختصاص قاضي الأمور المستعجلة فهذا الأخير (uncitral) يحكم في المسألة المطروحة أمامه بصفة مؤقتة دون المساس بأصل الحق ولا يؤثر بتاتا على الحكم في الموضوع الذي سوف تصدره الهيئة التحكيمية.

بل يعتبر سندنا لها وداعما لفعالية أحكامها حتى في الحالات التي اعترف فيها للهيئة التحكيم باتخاذ التدابير التحفظية باعتبارها محكمة موضوع ، فإن معظم قراراتها في هذا المجال لا تكون ذات فعالية لأنها سوف تصطدم بعقبات قانونية ومادية عند تنفيذها² ، فهي لا تملك سلطة الردع ولا سلطة إجبار الأطراف على الالتزام بأوامرها ، فلا مناص من طلب تدخل القاضي الوطني المختص لمساعدة الهيئة التحكيمية على تنفيذ الإجراءات الوقتية التي اتخذتها ، أو أنها تطلب منه اتخاذ هذه الإجراءات ومتابعة تنفيذها لما يملكه من سلطة المتابعة وإدارة أوامر التنفيذ الجبري.

رغم كل ما سبق فإن اختصاص محكمة التحكيم في اتخاذ الإجراءات التحفظية يبقى قائما لا جدال من حيث أصبح هذا الاختصاص ذا أهمية كبرى تصطدم أحيانا مع اختصاص قضاء الدولة .

- د قادري عبد العزيز ، مرجع سابق ، ص 368¹.

² - مهدي جزيرة ، توطين الاستثمارات العربية في الوطن العربي ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون الأعمال ، كلية الحقوق العلوم السياسية جامعة الجزائر ، ، سنة 2012، ص 58.

فقد تأمر الهيئة التحكيمية في بعض الحالات بتدابير معاكسة للتدابير التي أمر بها القاضي الوطني بل أصبح في الوقت الحالي بإمكان هذه الهيئة أن تتخذ إجراء مستعجلا يهدف إلى منع الطرف من مواصلة دعواه أمام القاضي¹، لكن يجب أن يكون موضوع اتخاذ إجراءات تحفظية مدروسا بدقة من طرف أعضاء الهيئة التحكيمية لتقدير مدى أهمية مثل هذا الإجراء وتجنب الطلبات التعسفية لاتخاذها .

خاصة مع سكوت معظم أنظمة التحكيم، كنظام غرفة التجارة الدولية والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، عن تحديد الشروط المطلوبة لقبول طلب الإجراءات الوقائية يضاف إلى ذلك انعدام مبدأ أساسي من مبادئ التقاضي وهو مبدأ "المواجهة بين الأطراف" في القضايا الاستعجالية".

بالرغم من القبول باختصاص محكمة التحكيم في مجال التدابير الاستعجالية (المؤقتة)، فإن أكبر عقبة ما تزال تواجهها هي انعدام الطابع التنفيذي لقراراتها، حيث لم تتطرق اتفاقية نيويورك ولا معظم القوانين الوطنية إلى مسألة إعطاء الصيغة التنفيذية " للأوامر المؤقتة للهيئة التحكيمية " ² مما يجعلها بدون فعالية إذا رفضت الأطراف الانصياع لها طواعية، بقبول طعن البطلان ضد "حكم تحكيمي" مؤقت باتخاذ إجراء تحفظي، دون أن تنتظر المحكمة صدور الحكم في موضوع النزاع لقبول هذا الحكم. وقد فتح هذا القرار المجال للجهات القضائية لإلغاء التدابير المؤقتة التي تصدرها الهيئات التحكيمية³، إذا أصبح بإمكان القضاء إلغاء بعض الإجراءات الوقائية المتخذة من طرف محاكم التحكيم سيكون أولى به أيضا أن يعطي الصيغة التنفيذية لهذا النوع من القرارات .

عندما يقدر بأنها مؤسسة قانونا مما كانت الاجتهادات والتصورات، فإنه في مجال التدابير التحفظية، لا يمكن للهيئات التحكيمية أن تستأثر بالاختصاص الحصري، لأنها ستكون بحاجة إلى القضاء الوطني لمساعدتها⁴، سواء بإعطاء الصيغة التنفيذية لأوامرها، أو باتخاذ الإجراءات التحفظية عن طريق الاستعجال دون أن يسلب منها اختصاص النظر في موضوع نزاع باعتباره اختصاصا حصريا لها لا ينافيها قضاء الدولة⁵.

خاتمة :

يتمتع القاضي بسلطات واسعة في مساعدة الهيئات التحكيمية والرقابة على أعمالها، بهدف تدعيم فعالية التحكيم وتمكينه من أداء الدور المحدد له على المستوى الداخلي والدولي، فهو يملك سلطة إصدار أوامر تقتزن

¹ - تشام فاروق، الاستثمارات العربية، واقعها وأفاقها في ظل النظام العالمي الجديد، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر الاستثمار والتمويل، تطوير الإدارة العربية لتطوير الاستثمار، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، سنة 2004، ص 45.

² - محمد بواط، التحكيم في حل النزاعات الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة حسنية بن بوعلي الشلف، سنة 2008، ص 62.

³ - كروم نسرين، إجراءات التحكيم التجاري الدولي في القانون المقارن، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، 2007، ص 43

⁴ - خليل بوصنبورة، القرار التحكيمي وطرق الطعن فيه وفقا للقانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة منتوري قسنطينة، كلية الحقوق، سنة 2008، ص 73.

- د جبال محمود الكردي، مرجع سابق، ص 109⁵

بجزاءات في حالة عدم الالتزام بتنفيذها، عكس المحكم الذي تنحصر سلطاته فيما يقرره له الأطراف وفي حدود ما يسمح به القانون.

وهذا يؤثر على قدرته الذاتية في تسيير كل إجراءات خصومة التحكيم إذا لم تلتزم كل الأطراف طوعية بأوامره .

من أجل تجنب هذا العجز ، حرصت قوانين التحكيم الوطنية والدولية على إقرار رقابة قضاء الدولة على التحكيم ، ومعاونيه في الحالات التي يمكن أن تنسب في تعثر العملية التحكيمية والتي لم تتفق الأطراف على كيفية مواجعتها فإذا ثار نزاع متفق بشأنه على التحكيم ورفع احد الخصوم دعوى أمام القضاء الوطني، بخصوص نفس النزاع يجوز للطرف الآخر أن يدفع بوجود اتفاق التحكيم ، حتى يمنع المحكمة من الفصل في القضية تنفيذا لبنود هذا الاتفاق، لكن الجدل القائم بخصوص المنع يدور حول طبيعته هل يعتبر دفعا بعدم اختصاص المحكمة أو دفعا لقبول الدعوى .

لا يمكن أن يؤدي وضع قواعد دولية لتبسيط إجراءات التحكيم، وتسهيل تنفيذ قرارات الهيئات التحكيمية ، إلى فعالية حقيقة للتحكيم إذا بقي المجال مفتوحا لتدخل القضاء الداخلي ، لوضع عراقيل أمام إصدار القرارات التحكيمية أو تنفيذها ، لذلك وضعت معظم الاتفاقيات الثنائية والجماعية المتعلقة، بالاستثمار مجموعة من القواعد لأجل أن يتم لترتيب أن يكون الأطراف قد شرعوا في إجراءات اللجوء إلى التحكيم ، بل يكفي أن يتضمن العقد الأصلي شرط التحكيم حتى يترتب الأثر المانع للقضاء الوطني في نظرة النزاع المعروض أمامه. ومن كل ذلك نخلص إلى التوصيات التالية :

- أن الأوان إلى التوجه الجديد للمشرع في تناول جميع المسائل القانونية التي لها علاقة باتفاق التحكيم و علاقته بالاستثمار فأثار قبول فعالية اتفاق التحكيم على منازعات الاستثمار فكرة قانونية حاول رجال القانون و الفقه على العمل على تجسيدها و تكريسها بالنظر للعلاقة الوطيدة بين اتفاق التحكيم و الاستثمار في إطاره العام .

- ضرورة تنظيم مسألة نزاع الاختصاص من القضاء الداخلي و تحويله إلى هيئة التحكيم و ضبطه بإطار قانوني سلس حتى يجسد أكثر من فعالية للتحكيم التجاري الدولي .

- ضرورة تحديد دور القاضي بدقة في المسائل التحكيمية حتى لا يكون هناك تداخل في الصلاحيات و سوء فهم القانون من ناحية أخرى.

قائمة المراجع :

1/ الكتب:

- 1- د مصطفى ناطق صالح الناصري، التطورات الحديثة في التحكيم التجاري الدولي، دراسة قانونية مقارنة و معمقة في نظام التحكيم، دار الكتب القانونية، مصر ، سنة 2015.
- 2- د صلاح الدين جمال الدين و محمود صلاح الدين مصيلحي ، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية – دراسة في ضوء أهم و أحدث أحكام التحكيم الدولي دار الفكر للنشر و التوزيع ، الجمهورية العربية المصرية ، سنة 2006 ، ص 16.
- 3- د أحمد أبو الوفا ، التحكيم الاختياري و الإجباري ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، مصر ، سنة 2001، ص 159.
- 4- د جمال محمود الكردي ، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم ، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، سنة 2005، ص 33.
- 5- د أحمد هندي ، سلطة الخصوم و المحكمة في اختصاص الغير ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، سنة 2006، ص 53.
- 6- د نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية و التجارية الوطنية و الدولية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر- ، سنة 2004 .
- 7- محمد كولا ، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري ، منشورات بغدادي ، سنة 2008 .
- 8- د محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري " النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام –التصرف القانوني ، دار الهدى للنشر و التوزيع ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية ، الجزائر ، سنة 2004 .
- 9- د ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية و التحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر ، سنة 2004 ، ص 288.
- 10- د قادري عبد العزيز ،الاستثمارات الدولية "التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات "دار هومو للطباعة و النشر، الجزائر ، سنة 2006 .

2/ المقالات :

- 1- د بن سهلة ثاني بن علي و د نعيمة فوزي ، تطور الاستثمارات الأجنبية في الجزائر على ضوء نظام تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، مجلة الإدارة ، جامعة الجزائر ، العدد 34 ، سنة 2002، ص 34.
- 2- حسن طالبي، تسوية المنازعات في القانون الجزائري للاستثمارات ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية السياسية ، العدد 02، جامعة الجزائر ، مارس 1989، ص ص ، 406-407.
- ، ص 181.
- ³ - مشهور حديثة الجازي ، التحكيم في منازعات الاستثمار ، مقال منشور في مجلة نقابة المحامين ، العددان التاسع و العاشر ، سنة 2002، ص 63.
- ⁴ - إسكندر أحمد ، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الدولية بالطرق السلمية ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية و الاقتصادية ، عدد 4، سنة 1999، ص 113.
- ⁵ - تشام فاروق ، الاستثمارات العربية ، واقعها و آفاقها في ظل النظام العالمي الجديد ، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر الاستثمار و التمويل ، تطوير الإدارة العربية لتطوير الاستثمار ، المنظمة العربية للتنمية الإدارية ، سنة 2004.

3/ مذكرات و رسائل دكتوراه :

- 1 - شوشو عاشور ، الحماية الاتفاقية للاستثمار الأجنبي في الجزائر ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير فرع القانون الخاص ،كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر ، سنة 2008،

- 2- حسيني يمينة ، تراضي الأطراف على التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، مذكرة ماجستير ، فرع قانون التعاون الدولي ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري تيزي وز ، سنة 2011 .
- 3- قرفي ياسين ، ضمانات الاستثمار في التشريع الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق ، جامعة محمد خيضر بسكرة ، سنة 2008 ، 62.
- 4- بودودة سعاد ، التحكيم التجاري الدولي كضمان من ضمانات الاستثمار ، رسالة لنيل شهادة الماجستير كلية الحقوق بن عكنون ، الجزائر ، سنة 2012
- 5- تعويلت كريم ، استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي ، دراسة على ضوء المرسوم التشريعي 91-93 و القانون المقارن ، مذكرة ماجستير فرع قانون الأعمال ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2004.
- 6- خليل بوصنبورة ، القرار التحكيمي وطرق الطعن فيه وفقا للقانون الجزائري ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام ، جامعة منتوري قسنطينة، كلية الحقوق ، سنة 2008.
- 7- محمد بواط ، التحكيم في حل النزاعات الدولية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة حسنية بن بوعلي الشلف ، سنة 2008.
- 8- كروم نسرين ، إجراءات التحكيم التجاري الدولي في القانون المقارن ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق بن عكنون ، 2007 .
- 9- هدي جزيرة ، توطین الاستثمارات العربية في الوطن العربي ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون الأعمال ، كلية الحقوق العلوم السياسية جامعة الجزائر ، سنة 2012.

4/ الملتقيات:

- 1- ياسر كامل الصيرفي ، اتفاق التحكيم بين الرضائية و الشككية في ضوء مقتضيات التجارة الدولية ، بحث مقدم إلى مؤتمر التحكيم التجاري الدولي " أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية " المنعقد بكلية الحقوق ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، أبو ظبي من 21 إلى 23 أبريل 2008، ص من 1 إلى 16 المتواجد على الموقع الإلكتروني : [http:// Ama2.Alfadal.net/ montada-f9/ Tepic -1527 html](http://Ama2.Alfadal.net/montada-f9/Tepic-1527.html).

5/ القوانين :

- 1- قانون رقم 09-08 ، مؤرخ في 25 فيفري 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ج ر ، العدد 21 صادرة بتاريخ 23 أفريل سنة 2008.
- 2- القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي سنة 1985 مع التعديلات التي اعتمدت سنة 2006 ، منشور في الموقع : www.uncitral.org/pdf/textes/arbitration/ml-arb/07-86996-EBOOK-a.pdf

6 / الكتب باللغة الأجنبية :

- ¹-FOUCHARD (ph), les conflits de lois en matière d'arbitralité des litiges de propriété industrielle, Rev .arb.1977.p63.

إستغلال الأطفال في مجال العمل*

1/ علاق نوال- أستاذ مساعد "أ"- جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغاثم وطالبة في الدكتوراه- كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة وهران 2

ملخص:

يعتبر الحق في العمل حقاً أساسياً ثابت قانوناً وشرعاً لكل شخص. وبالنسبة للأطفال يكون تشغيلهم معقولاً ومقبولاً إذ حقق التوفيق بين حق الطفل في الرعاية والنمو السليم والرفاهية وحقه في العمل كمساهمة مقبولة للعيش من أجل الإستعداد لمرحلة البلوغ والتحصير لحياة البالغين. وقبل اعتراف النصوص الوضعية بهذه الحقوق، لم يكن يصنف عمل الأطفال كظاهرة سلبية إلا بعدما تفاقمت أشكال الاستغلال وانتشرت دولياً في أمقت صورها، وصارت مكافئة من أولويات المجتمع الدولي. ومن هذا المنظور تُعنى المعايير الدولية لعمل الأطفال ومختلف التشريعات بحماية الطفل العامل عن طريق منع كل ما من شأنه الإساءة إليه واستغلاله. وهذا ما يقتضي تحديد أنواع الأعمال التي يمكن أن يكلف بها الأطفال والتي تشكل خطراً عليهم. هذا ولعمل الأطفال في الشريعة أحكام و ضوابط ترجح مشروعيتها شريطة أن يكون العمل مشروعاً وأن يتم تكليف الطفل على سبيل التدب لا الوجوب وحسب قدراته البدنية والعقلية وآلا يتنافى مع الرعاية الكاملة للطفل وحمايته من جميع أشكال الإستغلال.

Résumé :

Le droit au travail est un droit fondamental reconnu, à chaque personne, en droit positif et par la Charia. L'emploi des enfants peut être raisonnable et acceptable s'il arrive à concilier les droits de l'enfant à la protection, à une croissance saine et à son bien-être avec son droit au travail considéré comme une contribution acceptable lui permettant de se préparer à la vie des adultes. Avant la reconnaissance de ces droits, le travail des enfants n'était pas considéré comme un phénomène négatif. Mais cette vision des choses a changé avec l'aggravation et l'expansion des formes négatives de l'exploitation, voir des pires formes de travail des enfants. Et la lutte contre ces formes d'exploitation des enfants par le travail est devenue l'une des priorités de la communauté internationale. Dans cette perspective, les normes internationales et la législation du travail des enfants visent à protéger les enfants en empêchant tout abus et exploitation. Ce qui nécessite l'identification des différentes formes de travail qui constituent des dangers pour les enfants. Ceci étant, le travail des enfants est légalisé par la Chariâa à condition qu'il soit licite, que l'enfant n'y soit pas contraint, qu'il

* تاريخ إيداع المقال: 2017/02/09

تاريخ تحكيم المقال: 2017 /02/13

n'affecte pas ses capacités physiques et morales et qu'il ne soit en aucun cas incompatible avec les nécessités de sa protection contre toute forme d'exploitation.

مقدمة

مبدئياً لا يجوز 'توظيف' طفل ما لم يكتمل 16 سنة (15 سنة في عقود التمهين)، كسب أدنى للعمل، مع اشتراط رخصة وصيته الشرعي. كما يُمنع استخدامه في الأشغال الخطيرة والتي تنعدم فيها النظافة أو تضرّ صحته أو تمسّ أخلاقيات¹. ومع دسترة هذا المنع بموجب المادة 69 من دستور 2016 وتحديد مفهوم الطفل في خطر وحالاته بموجب المادة 2 من قانون حماية الطفل لسنة 2015، تتأكد خطورة مجال العمل بالنسبة للأطفال، وضرورة التصدي لما قد يتعرضون له من إساءات واستغلال.

فباعتبار الطفل هو كل شخص لم يبلغ 18 سنة كاملة، فسواء تم تشغيله قبل أو بعد اكتماله السن الأدنى للعمل فإن احتمال تعرضه لمخاطر الإستغلال قائماً. فالإشكال إذاً يكمن في هذا الإحتمال. وبالتالي هل كل عمل يؤديه الأطفال هو بطبيعته استغلالاً لهم؟ وإلى أي مدى يتأكد استغلال الأطفال في مجال العمل ليعتبر من عمل وعالة الأطفال والذي يقتضي المواجهة؟ هذين السؤالين متلازمين وسنحاول الرد عليهما بتحديد ماهية عمل الأطفال (أولاً) من المنظورين القانوني والشرعي ثم تبيان أحكام الاستغلال في مجال العمل عموماً و ما يخص منه الأطفال تحديداً (ثانياً).

أولاً : ماهية عمل الأطفال

أ - النظرة الوضعية لعمل الأطفال

1 - مفهوم عمل الأطفال

العمل لغة هو المهنة والفعل : عمل الرجل أي فعل فعلاً واتخذ مهنة، والجمع أعمال؛ ورجل عمّول أي مطبوع على العمل؛ وعمّيل عملاً، وأعمّله غيره واستعمله؛ واعتّمل الرجل: عمّل بنفسه؛ العمّلة والعمّالة والغمالة: أجز ما عمّل، ورزق العامل الذي يجعل له على ما قلّد من العمل². والعمّلة هم القوم يعملون بأيديهم ضرورياً من العمل في طين أو حفّر أو غيره³. وفي نفس المعنى تستعمل كلمة 'العمّالة' للدلالة على فئة اليد العاملة ومنها عمالة الأطفال travail des enfants أي فئة اليد العاملة من الأطفال main d'œuvre infantile والعمل اصطلاحاً

¹ - المادة 15 من القانون رقم 11-90 المؤرخ في 26 رمضان 1490 الموافق 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل الجريدة الرسمية العدد 17 لسنة 1990.

² - ابن منظور 'لسان لعرب' والجوهري 'الصاح في اللغة'، و 'القاموس المحيط' لفيروزآبادي

³ - ابن منظور 'لسان لعرب'

هو كل جهد مشروع مقصود ومنظم، بدنياً أو ذهنياً أو كليهما، يبذله الإنسان لإيجاد منفعة اقتصادية مادية و/أو معنوية¹.

ومن منظور وضعي يُعرّف تشغيل أو عمل الأطفال، على أنه كل استخدام للأطفال في نشاط اقتصادي ينجم عنه مساس بكرامتهم و الإضرار بنموهم الطبيعي، الجسدي والنفسي². وهو ما يُطلق عليه تسمية "عمل أو عمالة الأطفال". ويتخذ هذا النشاط مظاهر عديدة و مُتنوعة.

ومن هذا المنظور تُعنى المعايير الدولية لعمل الأطفال ومختلف التشريعات بحماية الطفل العامل عن طريق منع تشغيل من لم يبلغ السن الأدنى للعمل وحضر بعض الأشكال من العمل مع ضبط تلك المسموح بها في إطار منظم لمن تُجيز القوانين والمعايير الدولية تشغيلهم.

فانطلاقاً من وجود فئات عمرية تقابلها أصناف و أشكال من الأعمال، فإن حماية الأطفال في مجال العمل تقتضي ضبط العلاقة بين هذه الأشكال وتلك الأصناف. غير أن وجود أشكال ممقوتة، أو غير مسموح بها، فرض اللجوء إلى استعمال منطق آخر للتصدي للظاهرة وهو منطق مكافئة عمل الأطفال من أجل القضاء عليه نهائياً.

لكن، إذا كانت مكافئة أسوأ أشكال عمل الأطفال مقبولة بل وضرورية، فهل كل أعمال الأطفال غير مقبولة وبالتالي تقتضي مكافئتها؟

في الواقع يمكن التمييز بين نوعين من أعمال الأطفال: الأعمال المقبولة أو المسموح بها والأعمال الممقوتة أو غير المسموح بها³. ومع ذلك تتعدد الأشكال و التسميات ويبقى معها عمل الأطفال مصطلح وضعي مُثير للجدل.

2 - مفهوم وضعي مثير للجدل

يبدأ الجدل مع المصطلحات المستعملة: 'عمل الأطفال'، 'عمالة الأطفال'، 'الأطفال المُشغلون اقتصادياً'، 'الأطفال الناشطون اقتصادياً'. وبالنسبة لبعض المختصين يتضح هذا اللبس بالرجوع إلى التحديد الاصطلاحي الوارد في اللغة الإنجليزية استناداً إلى المبادرات الوضعية الأولى للتصدي لعمل الأطفال كظاهرة اجتماعية و اقتصادية و قانونية حيث يُميز بين عبارتي «work child» و «child labour»

فُتستعمل العبارة الأولى «work child» للدلالة على "مساهمة مقبولة للعيش والتحضير لحياة البالغين إن لم يكن فيها مساس برفاهية الطفل عموماً وليس في هذا النوع من العمل استغلالاً ولا استرقاقاً وهذا النوع من

¹ - العلي صالح الحميد، "عناصر الإنتاج في الاقتصاد الإسلامي و الأنظمة الاقتصادية المعاصرة"، دار اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، ط1، 2000 ص 40.

² - اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989

³ - وصفا البنك الدولي بعمالة الأطفال الضارة كمشكلة خطيرة، المرجع «عمالة (تشغيل) الأطفال: قضايا واتجاهات بالنسبة للبنك الدولي»، ديفيد دي فيراتي و كاو ل. كوخ فيزر، وثيقة البنك الدولي، أكتوبر 1997، ص9.

المشاركة في اقتصاد العائلة لا يمنع المدرس". فهو إذاً عمل معقول ومقبول بالنظر إلى ضرورات التوفيق بين حق الطفل في الرعاية والنمو السليم وحقه في العمل من أجل الإستعداد لمرحلة البلوغ.

درجة أعلى من حيث جدّة العمل: فهي تُحيل على نشاط بالوقت «child labour» في حين تُمثل الثانية الكامل ومناقضة للمدرس العادي للطفل الفقير الذي هو مُلزم بالمساهمة في إعالة أسرته البئسة". فالجمع بين الهشاشتين والخاصيتين: الضعف والفقر يفتح في الغالب السبيل نحو أشكال عمل منبوذة. لذا فهي تحمل معنى . ويمكن أن تُقابلها في اللغة العربية عبارتي عمل "la main d'œuvre enfantine" اليد العاملة الصبانية/الصغيرة ؛ فتارة يكون محل مكافحة travail des enfants الأطفال وعمالة الأطفال، في حين تُردّد نفس العبارة بالفرنسية : réglemmentation du travail des enfants ، وتارة يكون موضوع ضبط وتنظيم lutte contre le travail des enfants enfants.

وهذا ما نلمسه من تقارير ودراسات الهيئات المُتخصّصة¹ كمنظمة العمل الدولية. وقد أتى هذا التمييز واضحاً في الميثاق الإجتماعي الأوروبي تحت عنوان "منع تشغيل الأطفال وحماية الشباب أثناء العمل".²

وبعض النظر عن موقف كل من التزعتين "أنصار عمل الأطفال" و"المعارضين لهم"، فإن عمل الأطفال لم يكن يُعتبر ظاهرة سلبية إلا بعدما تفاقمت أشكال الاستغلال وانتشرت دولياً في أمقت صورها. وحينها صار خطاب الزعة الوضعية³ يتحور حول عمل وعمالة الأطفال. وصارت مكافحته باعتباره ظاهرة سلبية من أولويات المجتمع الدولي. فبات من الضروري انتباه أسلوب التعميم عن طريق التصدي لظاهرة عمل الأطفال. و"كأن الموقف العدائي لها - بسبب انتشار سلبياتها - أنسى الجميع قيمة عمل الأطفال القصر والأحداث كظاهرة إيجابية أو على الأقل ذات منفعة ولو فردية، شخصية أو عائلية، كالأعمال في إطار عائلي".⁴

إن عمل الأطفال مصطلح مثير للجدل: فهناك من يعتبر طلب الأم من ابنتها الصغيرة أن تجلب لها قدحا من الماء عملاً غير إنساني يدخل ضمن عمل واستغلال الأطفال ويجب القضاء عليه. وهناك من يعتبر العمل جزء من تنشئة الطفل، وهذا ما يجعل فئة من الأثرياء يرسلون أبناءهم إلى سوق العمل لمواجهة الواقع وليتدربوا على كيفية العيش في "العالم الحقيقي".

¹ - Michel Bonnet « Le travail des enfants: terrain de luttes », Cahiers libres, Editions -Page : Deux, 1999, p 126. « Regards sur les enfants travailleurs La mise au travail des enfants dans le monde contemporain Analyse et études de cas », Editions Page Deux, 1998, p 231. - MANIER Bénédicte, « Le travail des enfants dans le monde », La Découverte, collection Repères, 3^{ème} éd^o, 2011, p 18 et svt.

² - Charte sociale européenne 1961, révisée en 1996, document du Conseil de l'Europe, Série des traités européens n° 35S.

³ - وهي لا تتعلق بالتوانين والنصوص الوضعية بحسب بل كذلك بمختلف العلوم الإجتماعية والإقتصادية والسياسية وغيرها فكلها نزعات وضعية.

⁴ - S. VARENNE , « Les valeurs du travail des enfants, Etude économique et sociale du travail des enfants », thèse, Nantes, 2001, p.60.

وبين هذا وذاك كثيرون ممن تضطرم ظروف الحياة الصعبة إلى تشجيع أبنائهم، أو دفعهم للعمل كي يساهموا في رفد دخل العائلة. هنا يكمن الجدل فيما إذا كان مفهوم عمل الأطفال سلبيا فقط أم يحتمل معنى إيجابيا يجب الاعتراف به ومحاولة ضبطه.

فليس كل عمل هو بالضرورة مُضِرّ بالأطفال¹، وليس كل طفل يعمل يُعرض نفسه للإهانة أو الخطر. فبعض الأطفال يساهمون في مهام منزلية ويساعدون والديهم في بعض الأعمال دون أن ينال ذلك من تدرسهم ونموهم الجسدي والنفسي. ومن الشبان والقُصّر ما بين 15 و18 سنة من يعملون بطريقة مشروعة تماماً وفي ظروف مطابقة لسنهم ولا تُشكل خطراً على نموهم العادي. بل إنهم يكتسبون التأهيل والسلوك اللذين سيحتاجون إليهما كعمال وإطارات في المستقبل ويساهمون بقدراتهم وكفاءاتهم في الرخاء الاقتصادي لبلدهم.

ورغم أن عمالة الأطفال بفهمها العام تُعدّ خرقاً للقانون الدولي فلا زال الاعتقاد سائداً، وهو لا يخص سوى الدول العربية والنامية فقط، " بأن عمل الأطفال هو أمر طبيعي بل وضروري لتنشئة الطفل تنشئة تمكنه من الاعتماد على نفسه في المستقبل...بل وأن هناك من يستحسن ضرب أصحاب العمل للأطفال لتأديبهم كي يصبحوا رجالاً أقوياء في المستقبل"².

وفي المقابل نجد دُعاة "النظرة الإنسانية" وهم المناهضون لعمل الأطفال باعتبار هؤلاء هم أمل المستقبل وهم أفضل استثمار لأي مجتمع³. وحسب تقديرات الخبراء فإن مزايا القضاء على عمالة الأطفال في العالم تعادل سبعة أضعاف التكاليف التي تترتب على إنهاء هذه الممارسات. وفي لغة الأرقام يعني هذا الاستثمار ارتفاع إضافي في المداخل السنوية المستقبلية بنسبة 11%⁴. أي أن فوائد القضاء على عمالة الأطفال تصل إلى 1.5 تريليون دولار مُقابل تكلفة القضاء عليه تُقدّر ب 760 مليار دولار⁵.

ويتعلّق الأمر بالأعمال المقنونة أو غير المسموح بها وهي كل الأعمال غير المرغوب فيها لأسباب كامنّة فيها كونها تضر بصحة الطفل وتُعيق نموه أو تَنعُعه من التمدّس أو التكوين. وعلى العموم تُشير المعايير والاتفاقيات الدولية لعمل الأطفال إلى ثلاثة فئات من الأعمال التي يجب مكافئتها:

◆ الأعمال المؤدّاة مِن يَقلّ سنّهم عن الحد الأدنى المبدئي أو المناسب لها؛

¹ « Considérer toute activité économique comme également inacceptable, c'est jeter la confusion, banaliser la question et rendre encore plus difficile l'élimination du travail des enfants », Rapport UNICEF, « La situation des enfants dans le monde », 1997

² - حميد علي الكفائي "عمالة الأطفال انتهاك لطفولتهم"، موقع ال'ب.ب.س.، 2001/07/04

³ - [لينا نبيل](#)، " أطفال الأشغال الشاقة"، الحوار المتمدن، العدد 785، 26/3/2004، ص 7.

⁴ - دراسة أجرتها منظمة العمل الدولية بعنوان " الاستثمار في كل طفل.. دراسة اقتصادية للتكاليف والفوائد المترتبة على القضاء على عمالة الأطفال"، وثيقة المكتب الدولي للشغل، منظمة العمل الدولية، جنيف، 2001.

⁵ - " أطفال الأشغال الشاقة"، نفس المرجع، ص 8.

- ◆ الأعمال الخطرة التي تختمل الإضرار بصحة الطفل الجسدية أو العقلية أو الأخلاقية؛
- ◆ الأعمال الموصوفة بأسوأ أشكال عمل الأطفال طبقاً للاتفاقية 1999/182.

لكن وإلى حين القضاء النهائي على عمل الأطفال فما البديل للعائلات والمجتمعات الفقيرة؟

إنّ التماذج النظرية للتُمَوُّ الاقتصادي والمعايير الدولية لعمل الأطفال لا تنطبق على واقع المجتمعات التي لا زال الفقر المُدقع فيها يدفع الأفراد و الأسر إلى البحث عن كل سُبل العيش ولو بدفع " فلذات أبادهم إلى الشوارع للعمل أو التسوُّل"؛ بل و إلى أكثر من ذلك.

باستطراد العناصر السابقة يتبيّن جلياً بأن مضمون حماية الطفل العامل يندرج بالضرورة ضمن حماية الطفل والطفولة في مختلف مراحلها و أوصافها الكامنة: طفل، قاصر، حدث، مُراهق، شاب...، أو العليقة بها : عامل، عمل، عمالة، وما قد ينطوي على هذه الأوصاف من استغلال وقهر واسترقاق.

ب - عمل الأطفال من منظور شرعي

قبل تبين موقف الشرع من عمل الأطفال وأحكامه (2) علينا تحديد الأسس التي يستند إليها كمقاربة شاملة للمنظور الشرعي (1).

1 - أسس المنظور الشرعي للعمل

أكد الإسلام كرامة العمل، ورفع من قدره وارتقى به إلى درجة العبادة. 'فالعَمَل والنشاط الإقتصادي عبادة وجهاد' طالما اقترن بالنية الصالحة والتزم بالأحكام الشرعية¹ مصداقاً لقوله تعالى في سورة التوبة، الآية 105 :

"وَقُلْ اعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ وَسَتُرَدُّونَ إِلَىٰ عَالَمِ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ" فالعمل كحق وواجب من أعظم أركان الإنتاج وهو مطلوب لإغناء النفس وللأسرة والمجتمع بل وللأحياء عامة ولعمارة الأرض².

- وكرم الإنسان قائلاً جل و على:

" ولقد كرمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات فضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلاً" (الإسراء، 70آ)

فتكريم الإنسان يتحقق مع العبادة وتفضيله بالعمل على أساس أن العمل عبادة. والعبادة كلّها منافع ولا تضر. وما هي إلّا كذلك.

¹ - يوسف القرضاوي، دور القيم والأخلاق في الاقتصاد الإسلامي، مكتبة وهبة، القاهرة ط 1415 هـ/1995م، ص 143؛ وكذلك صالح حميد العلي، المرجع السابق، ص 72.

² - يوسف القرضاوي، نفس المرجع، ص 135 إلى 150.

كما أن رفع الحرج عن العباد، ودرء الضرر عنهم من أسس العبادات والمعاملات : " لا يكلف الله نفسا لا وسعها" ولا ضرر ولا ضرارا. فلا العامل يُسئ إلى نفسه بالمَحَرَّمات والمُفسدات العقلية والبدنية، ولا رب العمل يقهر مستخدميه بالقسر وتكليفهم ما لا يطيقون. فتقوى الله في النفس والعباد من المقاصد الشرعية الضرورية.

- ثم إن الرحمة أساس الإرتقاء بالعبادات والمعاملات. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "ليس منا من لم يوقر كبيرنا، ويرحم صغيرنا"¹

فالحديث تضمن التنبيه على أهمية الرفق والشفقة على الصغير والتوقير والتعظيم للكبير، ومن لم يتصف بذلك فقد خالف سنة النبي صلى الله عليه وسلم. فمن لا يكون من أهل الرحمة لأطفالنا، ولم يوقر، أي لم يعظم كبيرنا وهو يشمل الشاب والشيخ، فهو ليس منا. فليس من المسلمين والمتقين من لم يرحم صغيرنا لعجزه وبرأته عن قبائح الأعمال وقد يكون صغيرا ، لجهله وغباوته وخرقه وغفلته وضعفه وهشاشته. فيجب أن يُرحم بالتعليم والإرشاد والشفقة. قال عليه الصلاة والسلام: "كُلُّكُمْ رَاعٍ وَمَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ"

ونستنتج مما سبق أن العمل عبادة وتكريم الإنسان فضل من الله الذي كتب على نفسه الرحمة وأوجبها على عباده بالعطف والرعاية. والأطفال أولى بالرعاية والعطف بهم، والرحمة من أصول الواجبات الأسرية والاجتماعية والتزامات أُولي الأمر. وهم، من باب أولى، في مجال العمل ، أحوج من غيرهم إلى الحماية لتمكينهم من النمو السليم وتحضيرهم كنساء و رجال المستقبل. فالمنظور الشرعي لعمل الأطفال يستند إلى مقارنة شاملة لرعاية الطفل والطفولة.

فهل تُجيز هذه المقاربة عمل الأطفال؟ وإلى أي مدى؟ وما هي احكام عمل/عماله الأطفال بالنظر إلى تلك الأسس الشرعية من تكريم الإنسان إلى الرفق بالأطفال؟

وبعبارة أخرى أدق ما حكم تشغيل الأطفال في الفقه الإسلامي؟ وما هي الضوابط الشرعية التي تُحقق مقاصد الشرع في هذا الحكم؟

إن الإجابة عن هذه التساؤلات تنصرف إلى حكم و ضوابط عمالة الأطفال في الشريعة.

2 - عمل الأطفال في الشريعة : الحكم والضوابط²

1.2- حكم عمالة الأطفال في الشريعة : يجمع الباحثون والمختصون¹ على أن في هذه المسألة قولان لدى كل من القدامى والمعاصرين:

¹ - وفي رواية أخرى "لَيْسَ مِنَّا مَنْ لَمْ يَرْحَمْ صَغِيرَنَا وَيُقَوِّرْ كَبِيرَنَا" عن أبي هريرة ، وكذلك رواه البخاري "من لم يرحم صغيرنا، ويعرف حق كبيرنا، فليس منا ."

² - مرام إبراهيم المواجهدة، "عمالة الأطفال من منظور شرعي" ماجستير، جامعة مؤتة، 2006. وكذلك : حمد فكري حمد عزام و مرام إبراهيم المواجهدة "حكم عمالة الأطفال في الفقه الإسلامي" المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد الرابع، العدد3، 2008.

- أما بالنسبة للعلماء القدامى، ويصنّفون ضمن الفقه التقليدي، فإن البحث في مشروعية عمل الطفل كمتاجر وأجير يفضي إلى قولين:

٥ **القول الأول** : وهو يُجيز عمل الطفل المُميز في التجارة وكأجير مع وجوب إذن من قبل وليه الذي يختبره قبل البلوغ. وهذا ما ذهب إليه كل من الحنفية والمالكية والحنابلة وغيرهم² مُستدلين بقوله تعالى: " وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم " (النساء، آ6). وقوله أيضاً: " وَأَحْلَ اللَّهُ النَّبِيَّ وَحَرَّمَ الرِّبَا " (البقرة، 75)

فبيع الصغير على الإباحة إذ لم تُتميّز الآية بينه وبين الكبير. كما أن تصرف الصغير بما في ذلك عمله كأجير هو " التصرف الصادر عن طفل مميز أهل لهذا التصرف باعتباره عاقلاً مميزاً، واحتمال عدم هدايته إلى الصواب مدفوع بتوقف تصرفه على إجازة الولي لتدارك ما قد يقع فيه من خطأ"³.

٥ **والقول الثاني**⁴ وهو قول الشافعية والذي لا يجيز تصرف الصغير في البيع والإجارة ولو كان مُميّزاً، واستدلوا بقوله تعالى :

" **وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ** " (النساء، آ6-5) فالصغير سفيه لأنه لا يحسن التصرف لذا يُنهى عن تمكينه من المال ولا يصح تصرفه في البيع والإجارة إلا حين تحقّق البلوغ والرشد.

وبعد مناقشة أدلة كل من الفريقين تم " ترجيح القول الأول وهو صحة تصرف الصغير في البيع والإجارة لما في ذلك من تعويده على العمل والالتزام واكتساب الحرف كما أن في تصحيح عقودهم مصلحة لذويهم، فهناك أسر فقيرة تعتمد في نفقتها على كسب أطفالها، كما أن كثيراً من أصحاب المتاجر يأذنون لأولادهم بالبيع والشراء في محلاتهم التجارية حال غيابهم لقضاء حوائجهم ، ويُمنع الطفل إذا كان في العمل حرج ومشقة، إذ جاء الشرع برفعها عملاً بقوله تعالى :

" **وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ** " (الحج، آ22)

ومع ذلك، فإن تغيّر ظروف حياة الأطفال من محيط وعصر العلماء السابقين إلى ظروف وحياة عصرية تجعل النظرة إلى حكم عمل الأطفال تتكيف معها. فالعلماء المعاصرون يكتفون حكم عمل الأطفال من وجهين وعلى قولين:

٥ **القول الأول** ويُجيز تشغيل الأطفال بدلالة الكتاب و السنة؛ فمن الكتاب قوله تعالى:

¹ - نفس المرجعين السابقين.

² - الظاهرية و الإباضية و الجعفرية.

³ - حمد فخري حمد عزام و مرام إبراهيم المواجهة، "حكم عمالة الأطفال في الفقه الإسلامي" المرجع السابق، ص 5.

⁴ - حمد فخري حمد عزام و مرام إبراهيم المواجهة، "حكم عمالة الأطفال في الفقه الإسلامي" المرجع السابق، ص 5.

" و قُلِ اعْمَلُوا فَتَسْبِيحَ اللَّهِ عَمَلَكُمْ وَ رُسُولُهُ وَ الْمُؤْمِنُونَ " (التوبة، 105)

وفي هذه الآية دلالة على مشروعية العمل للصغير والكبير دون تمييز. ومن السنة، " أخرج مُسلم في صحيحه عن ثابت، عن أنس بن ملك- رضي الله عنها- قال ' أتى علي رسول الله صلى الله عليه وسلم و أنا ألعب مع الغلمان، قال : فسلم علينا، فبعثني إلى حاجة، فبطأت على أي فلما جئت؛ قالت ما حبسك؟ قلت بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم لحاجة، قالت وما حاجته؟ قلت إنها سر، قالت: لا تُخَدِّثَنَّ بسر- رسول الله صلى الله عليه وسلم أحداً، قال أنس : والله لو حَدَّثْتُ به أحداً لَحَدَّثْتُكَ، يا ثابت".

وفي هذا دلالة على "جواز تكليف الأطفال بأعمال سواء كانت بأجر أو بدون أجر، فعملهم مشروع وهو المطلوب"¹.

- وعن ابن عباس- رضي الله عنها- عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: " من مَسى- كالأ من عمل يده أمسى مغفوراً له".

ففي هذا الحديث حث الإنسان على العمل دون تمييز في السن، ' فكان عمل الصغير مضموناً في عموم الحديث '².

ومن المعقول يرى الباحثون والمختصون³ بأن لبعض الأطفال القدرة على أداء بعض الأعمال، كالأعمال البسيطة والمتكررة، أحسن من الكبار؛ كما أن الخوف على الأطفال من العمل وتربيتهم على الدلال تفسدهم وتجعلهم عاجزين عن مواجهة صعوبات الحياة المستقبلية.

ويمكن دعم رأي الذين أجازوا عمل الأطفال برأي علماء النفس والاجتماع والذين أقرروا إيجابياته مجملة فيما يلي :

- ♦ زيادة دخل الأسرة،
- ♦ احترام الآخرين و كسب محبتهم،
- ♦ تعلم الأطفال حرفة تؤهلهم لكسب المال،
- ♦ الشعور بتحمل المسؤولية.

٥ أما القول الثاني للعلماء المعاصرين⁴ فإنه لا ييجز تشغيل الأطفال استناداً إلى ما يلي :

¹ - حمد فخري حمد عزام و مرام إبراهيم المواجهة ، نفس المرجع، ص 6.

² - حمد فخري حمد عزام، نفس المرجع، ص 6.

³ - حمد فخري حمد عزام و مرام إبراهيم المواجهة ، نفس المرجع، ص 6.

⁴ - وهم : محمد المبارك، " نظام الإسلام في الإقتصاد : مبادئ وقواعد عامة " - بيروت، دار الفكر العربي، ط3، 1981، ص 20- 21؛ وعبد اللطيف بن سعيد الغامدي، " حقوق الإنسان في الإسلام"، الرياض، مكتبة الملك فهد الوطنية، ط1، 200، ص 263، مُشار إليهما في المرجع السابق لحمد فخري حمد عزام و مرام إبراهيم المواجهة ، ص 6.

- من الكتاب قوله تعالى :

" لا يَكْلِفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا " (البقرة، 276)

فالأية دلت على عدم تكليف الإنسان ما لا يطيق و من باب أولى الصغار لضعفهم وعدم قدرتهم على أداء أعمال لا تقوى أجسامهم عليها و/أو عقولهم على استيعابها.

- **و من السنة¹** ما أخرجه الترميذي عن ابن عمر- رضي الله عنها- قال : "عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم في جيش وأنا ابن أربع عشرة فلم يقبلني". وفي الحديث دلالة على منعه تجنيد الأطفال، فلم يُجْزِ صلى الله عليه وسلم عبد الله بن عمر - رضي الله عنها- للجهاد وهو ابن أربع عشرة سنة. فسائر أنواع العمل ممنوعة في حق الطفل لضعفه وللمخاطر والأضرار التي قد يتعرض الله.

- وما رواه ابن عباس - رضي الله عنها - قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " ليس منا من لم يرحم صغيرنا ويوقر كبيرنا ". ومن الرحمة بالصغير عدم تكليفه بالعمل لأنه ضعيف وجسمه لا زال ينمو.

- وحديثه صلى الله عليه وسلم " **كلكم راع وكلكم مسؤول** ... " وهو يدل على وجوب رعاية الآباء لأبنائهم، فالطفل ضعيف عقلاً وجسداً فلا يتحمل مسؤولية نفسه فكيف يكلف نفسه بتحمل مسؤولية العمل ؟

- **ومن الأثر** ما ورد عن عثمان بن عفان رضي الله عنه قال : " لا تُكَلِّفُوا الصبية الكسب فإنكم متى كلفتموهن الكسب سرقوا "؛ وفي هذا تصريح " بمنع تشغيل الأطفال؛ لأن عملهم قد يؤدي بهم إلى انحرافات تدفعهم إلى السرقة ".

ومن المقول : أنه لا يجوز تشغيل الصغار قبل تمام نموهم وتربيتهم. وقد أثبتت الدراسات مدى خطورة عمالة الأطفال على أخلاقهم وأبدانهم ومن كل الجوانب؛ وقد أشرنا إليها آنفاً.

الرأي الراجح في حكم عمالة الأطفال

بعد مناقشة الآراء السابقة بمختلف أقوالها وأدلتها تم ترجيح " جواز تشغيل الأطفال كاستثناء على الأصل، " لأن الأصل هو تخصيص هذه المرحلة للتربية والتعليم والحفظ لا للعمل". فالشرع لم يكلف الصغير في هذه المرحلة، لضعف بنيته الجسمية والعقلية والنفسية، فهي غير مهيأة بعد للعمل. إلا أنه إذا أقدم على عمل مشروع فقبوله يكون استثناءً وعلى سبيل التدب لا الوجوب².

ولدعم جواز عمل الأطفال و ترجيح مشروعيته تم الإستناد إلى الأدلة السالف ذكرها وإلى أسباب مؤيدة لها كما يلي²:

- لِمَا أخرجه البخاري في صحيحه عن أنس ابن مالك، رضي الله عنها قال:

¹ - نفس المرجع، ص 6.

² - حمد فخري حمد عزام، المرجع السابق، ص. 9.

" لما قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة أخذ أبو طلحة بيدي فانطلق بي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: إن أنساً رجل كَيْسٌ فليخدمك، قال : فخدمته في الخضر- و السفر، فوالله ما قال لي شئ صنعته لِمَ صنعتُ هذا هكذا؟ ولا لشيء لَمْ أصنعه لِمَ لَمْ تصنع هذا هكذا؟¹ ويُستدلُّ من هذا الحديث جواز تشغيل الأطفال ليس آتياً بحسب بل وبصفة مُستمرة. ولو كان عمل الأطفال ممنوعاً لما أقرَّ الرَّسُولُ صلى الله عليه وسلم وصحابته الكرام من بعدهم تشغيلهم سواء لخدمة رب العمل أم للكسب.²

- كما أجاز عدد من الفقهاء عمل الأطفال بل انهم أسقطوا عن الولي النفقة على طفله متى كان قادراً على الكسب، لأنَّ الأصل أن يُنفق الإنسان على نفسه كبيراً أكان أم صغيراً، ولأنَّ التَّفَقُّه على الولد للحاجة ولا حاجة مع الغني. ففي كتب الفقه نصوص صريحة³ ' تُحْجِزُ لِلطِّفْلِ أن يكون عاملاً و مُحترفاً يُنفق من عمله على نفسه. و لكن ' حسب قدراته وإمكاناته لأنه أصلاً غير مُكَلَّف'.

فالنَّدب في حق الصغير يكون كسائر الطاعات كالصلاة وغيرها. فيُدرج ضمن تكوين وتطوير شخصيته وعلاقاته بالجمتمع واكتساب الثقة في النفس والخبرة والتعوُّد على تحمُّل المسؤولية و'هذا دليل واضح على مشروعية عمل الأطفال كلما تحقق التَّناسب بين التكليف والقدرات العقلية والبدنية'.⁴

2.2 - ضوابط عمالة الأطفال في الشريعة

إن تقرير مشروعية عمل الأطفال يقتضي تحديد الضوابط المُحقَّقة للمقاصد الشرعية في إطار تكريم الإنسان وارتقاء العمل إلى العبادة ودرء الأضرار والمفاسد التي يمكن أن تتولَّد عنه. وتتلخص هذه الضوابط في مشروعية العمل وأن يكون الطفل مميّزاً مع اشتراط إذن الولي أو الوصي وأن يُحقَّق العمل للطفل مصلحة و أن يُحدَّد نوع العمل وظروفه تناسباً مع قدراته ومُدَّته وأجرته وأن لا يؤثر العمل في تعليمه ولا على أخلاقه الإسلامية وأن لا يمنعه من اللَّعب⁵. ويمكن توضيح ذلك كما يلي:

- مشروعية العمل الذي يؤديه أو يُكَلَّف به الطفل إذ يُحرَّم على الأطفال العمل في المحرمات كصناعة الخمر والمخدرات وتوزيعها والمتاجرة بها لِما تُؤدِّي إليه من مفسدات تمسُّ الجوانب الصحية والحلقية والنفسية والاجتماعية والاقتصادية. فالخمر من المحرمات بدليل الكتاب والسنة. وكذلك الأمر بالنسبة للزنى والتي تنشر- استغلال الأطفال ومفاسد كثيرة، قال تعالى :

¹ - البخاري "صحيح البخاري" كتاب من استعان عبداً أو صبيّاً، رقم الحديث 6911 و مسلم، 'صحيح مسلم' كتاب الفضائل، حديث رقم 2309

² - جاء في رواية مسلم أن أنس رضي الله عنهما خدم رسول الله صلى الله عليه وسلم عشر سنوات. حمد فخري حمد عزام، نفس المرجع ص 10.

³ - ذُكِرَ منها :- " فتح القدير في شرح الهداية"، لابن الهمام (1388م- 1457م)، ثنائي مجلدات في فقه الحنفية، ج 4.

- " عمدة القاري في ' شرح صحيح البخاري"، لمحمود بن أحمد بدر الدين العيني (1361م- 1451 م).

- " شرح الخروشي على مختصر سيدي خليل"، لمحمد بن عبد الله الخروشي (1601 م- 1690 م) المالكي.

- " مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج"، للإمام الخطيب الشربيني، (---م- 1570م) الشافعي.

⁴ - حمد فخري حمد عزام، المرجع السابق، ص 10 و 11.

⁵ - حمد فخري حمد عزام و مرام إبراهيم المواجهة، المرجع السابق، ص 11 إلى 14.

" ولا تقربوا الزنى إنه كان فاحشة و ساء سيلاً " (الإسراء، 32).

والتحريم يتعدى إلى الذرائع الموصلة إليه : كالخمر - شاربها وساقيه وبائعه... - والزنى - الأفلام والصور الإباحية واستغلال الأطفال والإتجار بهم جنسياً... فلا يمكن للشَّرع أن يُحرِّم شيئاً ويبيح الذرائع الموصلة إليه، ومن ذلك استخدام الأطفال مباشرة في المحرمات أو كوساطة أو وسيلة تفضي إليها.

- أن يكون الطفل مُميّزاً أي قادراً على التمييز بين الأمور خيراً و شراً حسناً . وقيحها نافعها وضارها وإن هي قدرة أولية غير كاملة. ولا يعتدُّ الشرع بتصرفات الطفل غير المميّز لأنه لا يدرك معنى العمل و أهميته و ' لا المصالح المقصودة من تشريع العمل '. واتخذ سن السابعة كسن للتمييز اعتباراً بأمر الصغير بالصلاة¹ - اشتراط إذن الولي والوصي على الطفل لأنه المسؤول عن تربيته ورعايته وهو الذي يُراعي مصالحه فيدراً عنه من الأعمال ما قد يضُرُّ به أو يسيئُ إليه.

- أن يحقق العمل للطفل مصلحة ظاهرة كالكسب علم أو حرفة أو مال ينتفع به ويحقق مصلحته. فانتفاء المصلحة يعتبره الفقهاء عبثاً و العبث لا يُشَرَّع².

- ضرورة تحديد طبيعة العمل الذي يكلف به الطفل من حيث نوعه وظروف القيام به صحياً وأمنياً تناسباً مع قدراته وكذا تحديد مدته وأجرته تفادياً لأي استغلال اقتصادي.

- ألا يُؤثِّر العمل على تعليم الطفل أو تكوينه حتي يتسنى له الإرتقاء إلى المستوى المطلوب لمواجهة الحياة والعمل في المستقبل الذي يتطلب مؤهلات وكفاءات ومهارات مُتزايدة. وألا يؤثر كذلك في تربيته وأخلاقه الإسلامية هي مُهمة ومسؤولية الوالدين بالمراقبة والمتابعة تفادياً لوقوعه في الفواحش و السلوك الإجرامي من خلال الإحتكاك بباقي الأطفال وزملاء العمل و صاحب العمل. " فالأصل أن مرحلة الطفولة للتعليم والتأديب والحفظ من كل سوء والرعاية، فإن أخلَّ العمل بهذا الأصل فهو غير مشروع"³

- تمكين الطفل من ممارسة اللعب بتوفير الوقت الكافي له وتخصيص طفولته للعب واكتساب المهارات لأنها مرحلة الحركية والاكتشافات والتأثيرات الإيجابية على نمو الطفل ودكانته وتوازنه البدني والعقلي والنفسي. فعن أنس بن مالك رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " عرامة الصبي في صغره، زيادة له في عقله في كبره"⁴.

فكثرة اللعب والحركة والحيوية والقوة والشراسة في الصغر لا تضر، بل هي دليل على الفطنة والذكاء. كما أن هناك رابطة لا تنفصم بين الحركة والعقل⁵، وبين الصغر والكبر. وهذا ما يؤكِّده علماء النفس لما للعب من أهمية

¹ - حمد فخري حمد عزام و مرام إبراهيم المجادة، المرجع السابق، ص 11.

² - نفس المرجع، ص 12.

³ - حمد فخري حمد عزام و مرام إبراهيم المجادة، المرجع السابق، ص 12.

⁴ - وقد رواه وضعفه؛ عرامة الصبي : أي حَدَّثُهُ و شَرَّاسْتَهُ و لعبه و حيويته و كثرة حركته.

⁵ - سحر احمد رحمة، " الطفل وتنمية الذكاء"، مجلة اليوم، الرياض، العدد 11094، أكتوبر 2003.

في حياة الطفل ونموه بما في ذلك من تقوية جسمه وتهذيبه النفسية والإحساس بالسعادة وهو ما يُتَمَيُّ قُدْرَاتِهِ واستعداداته الفكرية والاجتماعية.

- العطف على الأطفال والرحمة بهم وتكليفهم بما يطيقون إذ " لا يكلف الله نفساً إلا وسعها " و " من لا يرحم لا يُرحم "، كما سبق بيانه. فضعف الطفل يقتضي - الفرق به والمحافظة عليه بتخفيف الكلف والأثقال عنه¹.

- تحريم تشغيل الأطفال في ما يضرهم أو يحتمل الخطر أو يمنعهم من النمو العادي والتَّمَتُّع بطفولتهم. بل، ومن هذا المنظور، لقد رفع الإسلام التكليف كلفة عن الصبي حتى يبلغ².
" ولا شك أنه إذا كان الشرع أمر بإعانة العبد إذا كلفناه فمن باب أولى يحرص على عدم تحميل الأولاد والأطفال فليدات الأبدان ما لا يطيقون ويخُصُّ على إعانتهم إذا كلفناهم بشيء".
ومفاد القول أن الشرع خصَّ الطفل بالرعاية الكاملة، وبالتالي، وبأدلة من الكتاب والسنة ورأي الفقهاء والعلماء القدامى والمعاصرين، فإنه لم يجز عمل الأطفال إلا استثناءً وبشروط وضوابط تضمن له الحماية الكاملة خلال جميع مراحل طفولته، بعيداً عن أي استغلال.

ثانياً : استغلال الأطفال في مجال العمل

ما كانت عمالة الأطفال وتشغيلهم لتحتلَّ الصدارة كظاهرة سلبية وموضوع جدل إلا لأشكال الإستغلال التي تكتنفها وردود فعل حادة حقوق الإنسان والطفل لمواجهة هذه الأشكال. ويزداد الموضوع أهمية في مجال العمل باعتبار الإستغلال الإقتصادي وتداعياته من أبرز الخصائص التاريخية والاجتماعية لعمالة الأطفال. ومن هذا المنطلق، وبعد تحديد ماهية الإستغلال عموماً وفي مجال العمل (أ) نبين طبيعته الخاصة بعمل الأطفال (ب).

أ - مفهوم الإستغلال في مجال العمل

تتجلى أهمية تحديد مدلول الإستغلال في مجال العمل وأحكامه وطبيعته من حيث أنه يُشكِّلُ المنطلق الأساسي لوضع استراتيجيات التصدي له و لعمالة الأطفال، بدءاً بأبرز خصائصه وهي طبيعته المتغيرة و سرعة تكيفه مع المحيط و انتشاره وتجذُّره. ويُدرج الإستغلال في مجال العمل ضمن الإستغلال الإقتصادي والذي ينصرف أصلاً إلى الإستغلال بمفهومه العام.

1 - الإستغلال لغوياً هو اسم و مصدر لفعل إستغلَّ، كاستغلال الأرض بجرثها وزرعها أي الإستفادة من مَحْصُولِهَا و غَلَّتْهَا، والمنجم باستخراج المعادن و الانتفاع بها. واستغلال الوقت هو الإنتفاع منه واغتنامه واستثماره، وكذلك الفرص والظروف. واستغلَّ ماله : استثمره وموقفاً استخلص فائدةً منه³، وفي مجال النقل

¹ - لسان العرب لابن منظور حول تفسير الرعي و الرعاية في أحد الأحاديث.

² - عادل محمد صالح أبو العلا، "حقوق الطفل من وجه نظر الإسلام"، مجلة أطفال الخليج، جامعة الملك عبد العزيز - المملكة العربية السعودية،

فبراير 2015، الموقع : http://www.gulfkids.com/ar/index.php?action=show_res&r_id=68&topic_id=1757

³ - المعاجم: الغني و المعجم الوسيط و اللغة العربية المعاصر، موقع "المعاني"

تنظيم سير وحركة وسائل النقل وشبكاته والإنتفاع بها¹. الإستغلال هو أخذ الغلة، فهو إبراز قيمة شيء والإستفادة منه. ويقال أيضاً "استغلَّ عبده أي كلَّفه أن يُغلَّ عليه"²؛ وقد يحمل هذا التعريف مفهوماً سلبياً.

والإستغلال بالمفهوم السلبي والدال على التذليل وتقليل الشأن يعني التماذي والمبالغة والتعسف في حق شخص وشعوره وضعفه وسداجته³. فاستغلال شخص بهذا المعنى هو "الإنتفاع منه بغير حق، لجأه أو نفوذه، لجنى من ورائه أغراضاً شخصية. واستغلَّ شيئاً وجملَ فلان: عمل على الاستفادة منه بالخداع والوسائل الملتوية والإنتفاع بطريقة لا أخلاقية. فاستغلال شخص وأغوائه هو الاستعمال الذي يَهْدِفُ إلى الإساءة"⁴.

2- وفي الاقتصاد السياسي و علم الاقتصاد و علم الاجتماع و في قانون العمل يُختصر الإستغلال في " التنفع غير العادل". فَيَتَوَّه به إلى " علاقة اجتماعية مستمرة يعامل فيها أشخاص معيّنون بشكل سيء أو ظالم من أجل مصلحة آخرين". فيعامل المُستغلُّ كوسيلة أو شيء و يُستخدَم كمورد مالي لتحقيق غايات و مآرب نفعية شخصية على حساب المُستخدَم . فهو بذلك يعني نهب شيء من شخص أو مجموعة- بدون وجه حق وبخس الآخرين حقهم في التجارة أو إجبار شخص بكل الأساليب على العمل أو كذلك مُعاملته بشكل تمييزي ينتج عنه فائدة مُقبل مَصْرَّة⁵.

فالإستغلال المقصود عموماً والشائع استعماله هو إذاً الاستغلال الاقتصادي كظاهرة اقتصادية-اجتماعية. وحاولت مختلف الإتجاهات الفكرية والإيديولوجية تفسيرها وإقامة نظريات بشأنها⁶.

فيشير الاستغلال في الفكر الماركسي إلى انتفاع الرأسماليين بجهد وعرق الآخرين وهم الطبقة الكادحة. فتهتم هذه النظرية أساساً بتحليل استغلال طبقة مجتمعية لأخرى باعتبار الإستغلال كعنصر-أساسي ملازم للرأسمالية. فيتحقق التوافق الطّردي بين اقتصاد و"حرية" السوق وتراكم رأس المال من جهة ونسبة الاستغلال من جهة أخرى والتي تخلق القيمة الفائضة. فمن أجل عيشه وبقائه يضطر العامل المُستغلُّ إلى التنازل عن نصيبه من القيمة الفائضة (الأرباح و الفوائد) لفائدة رب العمل الرأسمالي. فيدفع هذا الأخير للعامل أجراً أقل من قيمة ما أنتجه وجمده وعرقه.

<http://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar/>

¹ -CNRTL(Centre national de Ressources Textuelles et Lexicales), in <http://www.cnrtl.fr/>

² - لسان العرب لابن منظور.

³ -Dictionnaire de Français : <http://www.toupie.org/Dictionnaire/>

⁴ - ويقال أيضاً يستغلَّ علاقاته الخاصة و استغلال النفوذ مَطْلَبَةٌ لتحقيق مآرب شخصية، و استغلال مباشر : هو أن يستغلَّ صاحب الأرض أرضه بنفسه أو لحسابه، "المعاني"، المرجع السابق.

⁵ - نفس المرجع.

⁶ - كظاهرة الاستغلال: البنيوية الماركسية ، و النظرية التنظيمية الكلاسيكية الجديدة.

وفي نفس السياق الإقتصادي، ومن منظور كليّ، يطول الحديث عن استغلال الدول المستعمرة للدول المستعمرة واستنزاف ثرواتها واستعباد شعوبها و هدر الطاقات البشرية ومنهم الأطفال. وفي إطار العمولة تزداد المشكلة جدّة لينتشر الإستغلال الإقتصادي في أبشع صور ممارساته، بل وبمقلنته و ترشيده¹.

وفي مجال العمل، باعتباره عصب الإقتصاد، " فإذا ما دفع رب عمل أجيرا أقل مما يستحق أو طلب منه أن يعمل فوق طاقته فهو مُستغلّ لجده وعرقه"². والإستغلال، من هذا المنظور، مفهوم متغير بتغير الأنشطة والمجالات والقطاعات التي يُمارس فيها العمل وتحول كَيْفِيَّاتِ التفاعل معها، و منها الكيفيات والطرق السلبية الرامية إلى الضرر والإساءة من أجل تحقيق أغراض أنانية من قبل المُستخدِم المُستغلّ على حساب العامل المُستغلّ. فهو كل عمل يؤدي في ظروف عمل تعسّفية بشكل خاص يعكس خطورة انتهاكات الحقوق الأساسية المعنية.

وهذا عين الإستغلال الذي أكثر ما يُمارس في حق الأطفال، كونهم ضعفاء ولا حول لهم ولا قوة إلا أن ينصاعوا وهم مُجبرون على مواجهة حالتهم و أوضاع أسرهم الإقتصادية و الإجتماعية المزرية.

3- ومن منظور شرعي يُخضّ الإسلام على الكسب الحلال والعمل المنتج ويجارب الإحتكار الذي يقوم على استغلال الناس وحاجاتهم³ وأكل أموالهم بالباطل و بالباطل قال تعالى:

"يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ" (البقرة، آ188)

كما حث النبي صلى الله عليه وسلم على العدل وعلى مكارم الأخلاق وعلى تحمل الأمانة والمسؤولية. ففي الصحيحين من حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "ألا كلّم راع و كلّم مسئول عن رعيته..."، قال العلامة السيوطي رحمه الله في "الديباج على مسلم"⁴ كلّم راع أي حافظ مؤتمن ملتزم صلاح ما قام عليه وما هو تحت نظره... و منهم العمال.

¹ -Robert Cabanes, « de la socialisation par le travail l'exploitation- logique domestique et logique du marché», in « L'enfant au travail - oppression, mise au travail, prolétarianisation-, Collectif sous la direction de Bernard Schlemmer, publié avec le concours du BIT, éditions KARTHALA et ORSTOM, Paris, 1996, p 390.

² معجم "المعاني"، نفس المرجع. وكتب الأديب الفرنسي 'زولا' في هذا الشأن ما يلي :

« Cet argent qui (...) favorise l'exploitation du travailleur (...) en réduisant son salaire à la plus petite somme dont il a besoin, pour ne pas mourir de faim » (E. Zola, Argent, 1891, p. 305

³ عمرو أبو الفضل، الإسلام يجارب الاحتكار واستغلال حاجة الناس، مجلة الاتحاد، أبو ظبي، 2008.

⁴ عبد الرحمن السيوطي، "الديباج على صحيح مسلم بن الحجاج"، تحقيق: أبو إسحاق الحويني، دار ابن عفاان للنشر- والتوزيع، الخبر، المملكة العربية السعودية، 1416هـ - 1996م، ط1، المجلد1، رقم 1829.

"فلا يجوز استغلال ظروف الآخرين واستنفاد طاقاتهم وعدم الاكتراث بجاهلهم، وخاصة من طرف من كانت له مسؤولية عليهم"¹. بل إن الشرع جاء بالرفق ووجوب تحمّل الأمانة وإعطاء كل ذي حق حقه إذ أن كل راع مسؤول عن رعيته. فكل رب عمل مسؤول عن رعيته/العمال وكذلك للمجتمع والدول دور في مواجهة الظواهر السلبية كالإستغلال بوجه عام وفي مجال العمل بوجه خاص.

فباعتبار الأجر أول حق من حقوق العامل، فإن النبي صلى الله عليه وسلم أوصى أمته وأمرها برعاية "حق الأجير بتأدية أجره إليه دون تأخير ومماثلة بل وقبل جفاف عرقه". وهذه "كناية عن وجوب المبادرة والإسراع في الإعطاء عقب فراغ العمل" درءاً لأي إبطال في الوفاء بالإلتزام وهو الأجر.² فعن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه" (وفي رواية حقه بدل أجره).

فالعامل وكل حقوقه، من أجر وراحة ورفق به وعدم إيذائه وحسن معاملته، أمانة بين يدي وعلى عاتق مُستخدمه؛ وقد أمر الله بأدائها؛

"إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا" (النساء، 58)

فلا يجوز للمستخدم أن يظلم عامل تحت إمرته " بنقص أجرته أو مماطلته في أدائها له ". فَإِنْ فَعَلَ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ فَقَدْ ارْتَكَبَ ظُلْمًا، والله تعالى دَمَّ الظُّلْمَ وَالظَّالِمِينَ في كتابه فقال عز وجل :

" وَمَا لِلظَّالِمِينَ مِنْ نَصِيرٍ " (الحج، 71)

كما حذر الرسول صلى الله عليه وسلم منه؛ فعن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " اتقوا الظلم فإن الظلم ظلمات يوم القيامة " (رواه مسلم)

و عن أبي هريرة، رضي الله عنه، قال : قال النبي صلى الله عليه وسلم : "قال الله فَلَا تَأْكُلْ أَمْوَالَهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ، رَجُلٌ أَعْطَىٰ بِي ثُمَّ عَدَرَ، وَرَجُلٌ بَاعَ حُرًّا فَأَكَلَ ثَمَنَهُ، وَرَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوْفَىٰ مِنْهُ وَلَمْ يُعْطِ أَجْرَهُ" (رواه البخاري)

قال المناوي، رحمه الله " ذكر الثلاثة ليس للتنقييد فإنه خصم كل ظالم، لكنه أراد التخليص عليهم لغرابة قبح فعلهم"³. وقال الشيخ ابن عثيمين، رحمه الله " والثالث هذا الرجل الذي استأجر أجيرا فاستوفى منه وقام

¹ - الهيئة العامة لشؤون الفتوى، الإمارات العربية المتحدة، رقم الفتوى- 9909 01 أبريل 2010 الموقع :

<http://www.awqaf.ae/Fatwa.aspx?SectionID=9&RefID=9909>

² - الشيخ محمود شلتوت، ' استغلال حاجة المحتاج في نظر الإسلام '، شبكة الألوكة، 2013/02/17 الموقع:

<http://www.alukah.net/contactus.aspx>

³ - "فيض القدير شرح الجامع الصغير من أحاديث البشير النذير" 3 / 315 للمناوي (952هـ / 1031 هـ).

الأجير بالعمل كاملاً ثم لم يعطه أجرته... هذا ظلم وأكل سحت والعياذ بالله، و يكون الله خصم هذا الظالم يوم القيامة، ويأخذ من حسناته ويعطيها هذا العامل¹.

و قد ذهبت سنة المصطفى صلى الله عليه وسلم إلى أبعد من أداء حق الأجير دون إبطاء أو تأخير، ليضرب أروع الأمثلة في معاملة الخادم أحسن معاملة على نحو ما أشرنا إليها بشأن أنس بن مالك رضي الله عنه حينما خدمه طويلاً دون أدنى ملاحظة. وقد حذر النبي صلى الله عليه وسلم أبا ذر الغفاري رضي الله عنه من الإساءة للخادم فقال: **"...م إخوانكم جعلهم الله تحت أيديكم فأطعموهم مما تأكلون وألبسوهم مما تلبسون ولا تكلفوهم ما يغلبهم فإن كلفتموهم فأعينوهم"**

ومُجمل القول أن " القرآن الكريم قد قابل في كثير من آياته بين صورة التراحم المطلوبة وصورة الاستغلال المظلمة الممقوتة؛ " وأسهمت الأحاديث النبوية الشريفة في توضيح ذلك، " كي يُمعن الناظرون في الآثار الطيبة لصورة التراحم، والآثار السيئة لصورة الاستغلال"³.

وينطبق هذا على كل أشكال وفضائل العمل وأطرافه سواء في ظل علاقات عمل مشروعة في إطار مهيكّل أو في ظل استخدام اليد العاملة لتحقيق مآرب شخصية خارج أي إطار قانوني أو أدنى ضوابط أخلاقية. ومما لا شك فيه أن كل ما سبق ذكره عن الإستغلال في مجال العمل ينصرف إلى الأطفال بوجه عام. لكن خصوصيات هذه الفئة تستوقفنا من أجل تبيان طبيعة استغلالها في مجال العمل.

2- طبيعة استغلال الأطفال في مجال العمل

يتميّز استغلال الأطفال في مجال العمل بطبيعة خاصة بالنظر إلى الضّعف والهشاشة والقابلية للتأثر والإنزلاق والتي تجعل من الأطفال فئة خاصة من الفئات التي تستوجب الحماية والرعاية. وهي الخصائص التي تحدّد علاقة المُستخدِم القوي 'المُستغل' بالطفّل المُستخدَم وهو أضعف ممّا لو كان بالغاً.

فهي إذا علاقة تتأرجح بين المعايير والضوابط القانونية التي تسعى إلى حماية الفئة الضعيفة وبين الممارسات والضغوط التي يفرضها ذوي المصالح للإنتفاع على حساب هذه الفئة. ومن ثم، وحين تتحوّل هذه العلاقة إلى صراع، تبرز نزعات وأفكار لتأييد أو مكافئة عمل الأطفال.

فمسألة استغلال الأطفال مبنية على أساس " الفكر - الإيديولوجية - السائد(ة) والذي يحجب الواقع والحقيقة كحجاب فعّال " مهما كانت مُبررات جواز تشغيل الأطفال و بالأشكال المُفرطة للإستغلال سواء تحت غطاء

¹ - ابن عثيمين في شرح رياض الصالحين (274/6)، أي عبد الله حمزة النابلي، في شرح الحديث " أعطوا الأجير أجره..."، مُلتقى أهل الحديث، الموقع

<http://www.ahlalhddeeth.com/vb/showthread.php?t=306703>

² - "معاملة الخدم بالحسنى"، الفتوى رقم 07-5764 يونيو 2009، الهيئة العامة لشؤون الفتوى، المرجع السابق.

³ - الشيخ محمود شلتوت، المرجع السابق.

إسعاف الأسرة ماديا في بعض المجتمعات، في إطار الثقافة السائدة فيها مع الرضا الاجتماعي به (بالإستغلال)، أو بحجة الطابع المؤقت له في انتظار إعادة التوازنات الإقتصادية بين الدول الغنية والدول النامية والفقيرة كما تدعيه وتمارسه كبرى الشركات والنظريات الرأسمالية التي تدعمها¹.

ومن أجل مواجهة هذا الإشكال، والتصدي لعلالة الأطفال، وُضعت معايير وقوانين تتمحور كلها حول طبيعة إستغلال الأطفال. وما دامت حقوق الطفل هي جزء من حقوق الإنسان فإن إستغلال الأطفال يدرج عموما ضمن إستغلال الإنسان للإنسان مع افتراض وجود توازن ومساواة بين الفئات الإجتماعية. ثم إنه وبالنظر إلى خصوصيات الطفل والطفولة يتخذ الإستغلال صبغة خاصة تُميزها سلطة القوي على الضعيف بدنياً وذهنيّاً واقتصادياً. لذا تسعى القوانين والمعايير الدولية لعمل الأطفال إلى ضبط المفاهيم من أجل الكشف عن العوامل والخصائص التي تكتنفها وتُميزها من أجل تحديد آليات ووسائل التصدي لها. ومن هذه المفاهيم مفهوم الإستغلال في مجال العمل.

فطبقاً للمعايير الدولية لعمل الأطفال² يُعدُّ استغلالاً لكل استخدام من حيث طبيعته وظروف أدائه من شأنه المساس بصحة الأطفال وأمنهم وحياتهم وأخلاقيهم ونموهم البدني والذهني؛ فيهدر طاقاتهم ويُقوّت عليهم فرصة متابعة تعلّمهم وإدماجهم الإجتماعي بما يضمن لهم حياة وطفولة على غرار باقي الأطفال³. فهو كل إهدار للجهد البدني والعقلي وللصحة والوقت والطفولة وحياة الأطفال.

ويُستفاد من المادة 36 من اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 بأن الإستغلال يشمل كل ما من شأنه المساس والإضرار بكل "مظاهر رفاهية الطفل". وهذا مفهوم أوسع من مفهوم حقوق الطفل ولكنه قَيِّم إذ يفتح أبواب الاعتبار المعنوية والخلقية والإجتماعية للإستغلال.

ومن منظور خاص بمنظمة العمل الدولية، فإن مفهوم الإستغلال في العمل نابع من الملاحظة الميدانية المُستمرّة لواقع عمل الأطفال بهدف تحصيلهم وحماية الشبان العاملين من كل مخاطر العمل. وتعتبر المنظمة بأن أحسن أداة فعّالة للكشف عن الإستغلال هو ملاحظة الأطفال العاملين في عين المكان. وهذا ما أَسَمَّته بطريقة ' La méthode d'Observation et de Suivi du Travail des Enfants -

OSTE

¹-Bernard Schlemmer, «L'ENFANT EXPLOITÉ-oppression, mise au travail, prolétarianisation », Éditions Karthala-Orstom, 1996, pp 9-11.

² - المتّمة اساساً في إتفاقيتي المنظمة العالمية للشغل : رقم 138 لسنة 1973 حول السن الأدنى و رقم 182 لسنة 1999 حول أسوأ أشكال عمل الأطفال و اتفاقية الأمم المتحدة حول حقوق الطفل لسنة 1989، المرجع :

"Rapport mondial sur le travail des enfants : Vulnérabilité économique, protection sociale et lutte contre le travail des enfants ", Genève : BIT, 2013.

³ - المادة 1/3 من الإتفاقية 138/1973 و المادة 3 من الإتفاقية 182/1999 و المادتان 1/32 و المادة 35-1 من اتفاقية 1989.

هذا دليل على تعدّد و تشعّب أشكال الإستغلال و قطاعات مُمارساته و تحولاته. لذا أشارت إتفاقية الأمم المتحدة حول الجريمة المنظمة 'عبر الوطنية'¹ إلى أدنى تعريف للإستغلال أي، يشمل، على سبيل المثال لا الحصر، الدعارة وأشكال الإستغلال الجنسي والأشغال الشاقة والإسترقاق... والمعاملات اللاإنسانية.²

وطبقاً لبرتكول 'بالارم' Palerme³ حول الإتجار بالأشخاص - النساء والأطفال على وجه الخصوص - يتوقّف تحقق وثبوت الجريمة على عنصر الإستغلال إلى جانب عنصر حركة ونقل شخص أو أشخاص.⁴

هنا كذلك تظهر وتثبت أهمية وخطورة الإستغلال الاقتصادي وغير الإقتصادي للأطفال في مجال العمل بالنظر إلى طبيعته المُسيئة والضارة⁵ ومساسه بكرامة وحقوق الطفل.⁶ فكلّما انطوى عمل الأطفال على الإستغلال تحول إلى خرق كرامة وحقوق الأطفال.⁷ وبعبارة أخرى "يُعَدُّ استغلالاً لكلّ عمَلٍ يمسُّ بحقوق الطفل"⁸ بل وكذلك برفاهيته كما سبق توضيحه.

وقد ذهب منظمة اليونسيف إلى وضع تسعة معايير لوصف عمل الأطفال على أنه استغلالاً. فيعتبر كذلك كل عمل يُؤدّي بوقت كامل في سن مبكر - بحجم ساعي كبير يُكرّس للعمل - بأشغال تنطوي على ضغوط بدنية واجتماعية ونفسية مفرطة - بأجر غير كاف - بفرض مسؤولية مفرطة - بشغل يمنع من التربية والتعليم - يؤدّي إلى المساس بكرامة الطفل واحترام شخصه - أو لا يُسهّل النمو الإجتماعي والنفسي الكامل للطفل⁹

¹ - اعتمدت بموجب قرار 25/55 للجمعية العامة بتاريخ 15 نوفمبر 2000، و دخلت حيز التنفيذ في 29 سبتمبر 2003، والاتفاقية تكملها ثلاثة بروتوكولات، التي تستهدف الأنشطة ومظاهر الجريمة المنظمة محددة: بروتوكول منع وقوع ومعاقبة الاتجار بالأشخاص، وبخاصة النساء والأطفال . بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو؛ بروتوكول مكافحة صنع والاتجار غير المشروع في الأسلحة النارية وأجزائها ومكوناتها والذخيرة.

² - المادة 3/3 و 3/3 من إتفاقية الأمم المتحدة حول الجريمة المنظمة... لسنة 2000.

³ - art 3(a) du Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants (Protocole de Palerme année 2000 entrée en vigueur en 2003); - « Travail des enfants, Les réponses politiques et législatives modernes au travail des enfants », BIT(Bureau international du Travail), Genève, 2007, p 53.

⁴ - Yao Agbete et Alessandra Aula, « Manuel sur la traite des êtres humains », UNODOC (Office des Nations Unies contre la Drogue et le Crime, Vienne, New York, 2010, p 10 et svt. Site de l'Office <https://www.unodc.org>

⁵ - « le travail des enfants:mettre un terme à l'exploitation : renforcer la position des enfants travailleurs » Fondation Terre des hommes(Tdh), ONG Suisse, 12 mai 2014, p1. Site : www.tdh.de/fileadmin/

⁶ - « Quand le travail est synonyme d'exploitation », Tdh, op.cité, p 2.

⁷ - « Quand le travail est synonyme d'exploitation », ^{Ibd.}, p 3.

⁸ - Ibid., p 5.

⁹ - UNICEF, «Qu'est-ce que le travail des enfants», in site de l'UNICEF www.unicef.org. http://www.unicef.org/evaldatabase/index_23753.html

فالإستغلال معيار الحد الفاصل بين الأعمال المقبولة والتي تنفع الأطفال وتُسائر تعلّمهم وتُمدرّسهم وبين الأعمال المنبوذة التي يَكْلُفُ بها الأطفال وهي تُسئ إليهم. وهو في نظر البعض 'معيار معنوي خلقي بالنسبة لعالم الصغار'. في حين يتخذ مفهوم الإستغلال طابعاً إقتصادياً إذا ما طُبّق على 'الكبار'. فقد يعترض هذا الأخير في حالة التعسف في حقه واستغلاله، وهو أمر لا يُذكر بشأن الأطفال¹.

وفي الجزائر، ومنذ النصوص الأساسية الأولى، اتّخذت مكافحة جميع أشكال استغلال الإنسان والتمييز وإزالة مُخَلّفات الاستعمار من الأهداف الأساسية لبناء الدولة المستقلة وإعادة الاعتبار لكرامة الإنسان². فتمسّكت " بتشييد مجتمع جديد أساسه القضاء على استغلال الإنسان للإنسان". فهو جديد لأنه يقيض النظام الإستعماري التمييزي والإستغلالي³، والذي سلب من أطفال الجزائر طفولتهم وحرّمهم من العيش كباقي الأطفال.

- فوجب دستور 1976، والذي كرس النهج الإشتراكي- الإجتماعي، تقرّر حظر أي تعامل من شأنه استغلال الغير، سواء في إطار علاقات عمل أو خارج هذا الإطار. فهو مبدأ جوهرى أقرته المادتان 10 و 33 منه. وتأكّد بموجب القانون الأساسي العام للعامل لسنة 1978 والذي دَعَمَه مبدأ " من كل حسب قدرته ولكل حسب عمله" ولا يجوز إهانة العامل أو تهديده أو الضغط عليه أو حمله على التشيع والتبعية⁴. وتعرّزَ بموجب دستور 1996 و بالخصوص في المادة 8 منه كمبدأ عام والمادة 9 التي منعت كل المؤسسات " من إقامة علاقات الاستغلال والتبعية"⁵

وفي إطار آخر تعديل دستوري لسنة 2016 أُضيفت فقرة ثالثة إلى المادة 40 منه⁶ (المادة 34 من دستور 1996 المعدل). ففي صياغة فقرتها الأولى والثانية الساريتين " تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة الإنسان"، "ويحظر أي عنف بدني ومعنوي أو أي مساس بالكرامة". وأتت الفقرة المُضافة لتُجرّم " المعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة" إذ يقيم القانون ويُعاقب على اقترافها إلى جانب قمع "العنف ضد الأطفال"⁷. وهذه قاعدة عامة وتخص كذلك الطفل باعتباره إنسان، ومن باب أولى في مجال العمل. وهي تتناسب وتتكامل مع دَسترة مبدأ جوهرى وهو المعاقبة على تشغيل الأطفال دون سن السادسة عشر سنة¹ لتعزيز المنع المُقرر قانوناً.

¹ -Olga Nieuwenhuys, « L'exploitation des enfants en économie domestique - le cas du Kerala (Inde) », in Bernard Schlemmer, op cité, p 421.

² - المادة 10 من الدستور الجزائري الأول لسنة 1963 وميثاق وقانون التسيير الإشتراكي للمؤسسات، الجريدة الرسمية (ج.ر.)، العدد 1971/101.

³ - مقدمة دستور 1976 الصادر في 24 نوفمبر 1976، ج.ر. العدد 1976/94.

⁴ - المواد 4-5-8 من القانون رقم 12-78 المؤرخ في أول رمضان 1398 الموافق ل 05 أوت 1978 المتضمن القانون الأساسي العام للعامل، ج.ر. العدد 1978/32.

⁵ - رقم 76 المؤرخة في 8 ديسمبر 1996، وهي صياغة المادتين 8 و 9 من التعديل الدستوري لسنة 1989، ج.ر. العدد 1989/9.

⁶ - قانون 01-16 مؤرخ في 26 جمادى الأولى 1437 الموافق 6 مارس 2016 يتضمن التعديل الدستوري، ج.ر. 2016/14؛

⁷ - الفقرة الرابعة المُضافة إلى المادة 72 بعد التعديل الدستوري لسنة 2016 (سابقا المادة 58).

¹ - الفقرة الخامسة من المادة 69 من التعديل الدستوري لسنة 2016 (سابقا المادة 55).

وهذا ما يجعل علاقات العمل تندرج ضمن هذه المبادئ، ومن ثم يضحى استغلال الأطفال في مجال العمل من "الممنوعات" المقررة دستورياً. بل وأنه مُحَرَّمٌ ومُجَرَّمٌ شرعاً كما أسلفنا بيانه من خلال المنظور الشرعي للإستغلال في مجال العمل. وجاء التعديل الدستوري الجديد ليؤكد تحريم ومن ثم تجريم " السلوك المخالف للخلق الإسلامي " بموجب المادة 10 منه (المادة 9 سابقاً)، ويُدرج استغلال الأطفال في مجال العمل ضمن هذا التحريم وذلك المنع.

- وعلى المستوى التشريعي يمثل قانون 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990 النص الأساسي والمرجعي لمنظومة العمل. و بالرجوع إلى أحكامه فلا حظها لا تنصّد لمسألة الإستغلال سواء بتعريفه أو الإشارة إليه. و مع ذلك جعلت ' احترام السلامة البدنية و المعنوية للعامل و كرامته و حمايته من أي تمييز ' من حقوقه الأساسية إلى جانب حقوق أخرى.¹

غير أن المادة 15 منه شرّعت المبدأ الأساسي لمنع استغلال الأطفال في مجال العمل. فوضعت قاعدةً ومعيّار السن الأدنى للتوظيف، وهو 16 سنة مع مجوب رخصة الولي الشرعي؛ أو 15 سنة بالنسبة لعقود التمهين حسب النصوص التي تحكمها. كما أنها أقامت حظراً على استخدام الطفل العامل/القاصر " في الأشغال الخطيرة أو التي تنعدم فيها النظافة أو تضرّ بصحته أو تمس بأخلاقياته. " وهذه كلها من عناصر تعريف الإستغلال بشأن الأطفال في إطار شروط علاقة العمل وظروف أدائه.

وطبقاً لقانون 15-12 المؤرخ في 17 يوليو 2015 المتعلق بحماية الطفل² يعتبر الإستغلال من السبل والسلوكات التي تجعل "الطفل في خطر" في صحته أو أخلاقه أو تربيته أو أمنه أو ظروفه المعيشية. وخصّص الإستغلال الإقتصادي للطفل بتعريف غير حصري، إذ يتعلق، على سبيل المثال، بكل تشغيل أو تكليف بعمل يحرم الطفل من متابعة دراسته أو يكون ضاراً بصحته أو بسلامته البدنية و/أو المعنوية.³ وكذلك الأمر بالنسبة للإستغلال الجنسي الذي ينصرف إلى مختلف أشكاله " لاسيما المواد الإباحية والبغاء والإشراك في عروض جنسية."⁴

وذهب قانون العقوبات¹ إلى تقديم تعريف مُائل شامل لكل أشكال الإستغلال الإقتصادي وغيره وهو أقرب من تعريف المعايير الدولية المُشار إليها. فطبقاً للمادة 303 مكرر 4 منه " ...يشمل الإستغلال استغلال دعارة الغير وسائر أشكال الإستغلال الجنسي أو استغلال الغير في السخرة أو الخدمة كرها والإسترقاق أو الممارسات

¹ - المادة 6 من قانون 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل، ج.ر. العدد 17/1990.

² - الجريدة الرسمية العدد 39 لسنة 2015.

³ - المادة 2 من القانون المتعلق بحماية الطفل لسنة 2015.

⁴ - المادة 8 من قانون 2015 المتعلق بحماية الطفل.

¹ - الأمر 66-156 المؤرخ في 08 جوان 1966 لمتضمن قانون العقوبات، المعدل و المّتم، ج.ر. 49/1966.

الشبيهة بالرق أو الإستعباد أو نزع الأعضاء".¹ ولا تتحدّد هذه الأشكال بالكيفيات التقليديّة- الفيزيائية المباشرة فقط،

وعلى العموم لا يخرج مفهوم الاستغلال في القانون الجزائري عن ذلك الذي جاءت به اتفاقية حقوق الطفل وعن خصائصه التي أوردتها المادة 34 من الميثاق العربي لحقوق الإنسان لسنة 2004² والمادة 15 من الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورفاهيته لسنة 1990.³

وقد ذهب المشرع التونسي إلى صياغتين صريحتين لتعريف كل من الإستغلال الجنسي والإستغلال الإقتصادي في المادتين 25 و26 من قانون 1995 المتعلّق بحماية الطفل؛⁴ إضافة إلى العناصر العامة للإستغلال والواردة في المادتين 2 و20 من نفس القانون. غير أن هذا القانون انفرّد بإضافة نوع آخر من الإستغلال المتعلّق بمختلف أشكال الجريمة المنظمة حيث أضاف بموجب المادة 19 كل سلوك من شأنه "غرس التعصّب والكراهية وتحريض الأطفال على ارتكاب أعمال العنف والإرهاب".

خلاصة :

جوهر القول أن استغلال الأطفال في مجال العمل يُشكّل ظاهرة مُعقّدة ذات أبعاد اجتماعية واقتصادية وثقافية وسياسية وطنية ودولية " مُتداخلة ومتراصة في كل المستويات"⁵. فطبيعة الإستغلال هذه تجعله يمس بجُلّ حقوق الطفل المُعترف له بها شرعاً و قانوناً، والواردة في اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989 ومنها أساساً :

- الحق في الحياة،
- الحق في المساواة و منع التمييز،
- الحق في الحماية من جميع أشكال العنف و سوء المعاملة و الإهمال،
- الحق في الخدمات الطبية و إعادة التربية،
- الحق في التعليم و التربية و التكوين،

¹ - أُضيفت هذه المادة بموجب قانون 01-09 بتاريخ 25 فبراير 2009 المتضمن تعديل قانون العقوبات، ج.ر. 2009/15.

² - المُعتمد بتونس في ماي 2004 و المصدق عليه بموجب المرسوم الرأسي 62-06 المؤرخ في 11 فبراير 2006 ج.ر. 2006/08.

³ - المُعتمد بأديس أبابا في 1990 و المصدق عليه بموجب المرسوم الرأسي 242-03 المؤرخ في 8 جويلية 2003، ج.ر. 2003/41.

⁴ - Loi n° 95-92 du 9 novembre 1995, relative à la publication du code de la protection de l'enfant, JORT n° 90/1995.

⁵ - « Le travail des enfants : mettre un terme à l'exploitation, renforcer la position des enfants travailleurs », op cité, p 2.

- الحق في الراحة و اللعب و التسلية...

و هي الحقوق التي أقرتها المادة 3 من قانون 2015 المتعلق بحماية الطفل إلى جانب حقوق أخرى تضمن كرامته و حمايته في مختلف الحالات و المجالات، و تجعله عن منأى من كل استغلال.

الحصة كؤشر لوجود وضعية الهيمنة في السوق^{*}

أ/ بخدة كمال- أستاذ مساعد¹ كلية العلوم الاقتصادية التجارية وعلوم التسيير - جامعة ابن خلدون تيارت

ملخص :

عند البحث عن تواجد مؤسسة ما في وضعية هيمنة من عدمه ، غالبا ما تستعين الهيئات المكلفة بالمنافسة بالمعيار الكمي الذي يستند الى حصة المؤسسة في السوق المعني ، وحجم الحصة السوقية قد يكون كبيرا لا يدع مجالا للشك في أن المؤسسة في مركز مسيطر ، كما قد يكون متوسطا أو صغيرا لا يكفي لوحده للحكم بوجود وضعية الهيمنة ، ويعتمد حساب الحصة السوقية على حجم المبيعات المحققة من قبل المؤسسة في السوق المعني بالمقارنة مع باقي المنافسين .

الكلمات المفتاحية : الحصة – الهيمنة – المؤسسة – السوق .

Résumé

Lorsqu'on cherche si une entreprise est en position dominante ou non , Les organes chargés de la concurrence se réfèrent souvent au critère quantitatif , qui se base sur la part de l'entreprise sur le marché concerné.

Le volume de la part peut être grand ne laisse aucun doute que l'entreprise est en position dominante , tout comme il peut être une part moyenne ou petite, qui ne peut être seule convaincante de l'existence de la position dominante. le calcul de la part de marché s'appuie sur le volume des ventes réalisés par l'entreprise dans le marché concerné par rapport au autres concurrents.

Mots- clés : part –domination – entreprise- marché.

مقدمة :

تعتبر الهيمنة الاقتصادية الوضعية التي تمكن المؤسسة من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعني ومن شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيها ، وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها أو زبائنها أو مومنيها¹ ، وغالبا ما يثور التساؤل حول المؤشرات او الدلائل التي من شأنها الجزم بتواجد مؤسسة ما في وضعية هيمنة اقتصادية في السوق المعني .

^{*} تاريخ إيداع المقال: 2016/12/11

تاريخ تحكيم المقال: 2016/12/14

1 الفقرة الثالثة من المادة 03 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة ج ر رقم 43 المؤرخة في 20-07-2003 المعدل والمتمم. بالقانون رقم 12-08 المؤرخ في 25 جوان 2008 ج ر رقم 36 مؤرخة في 02-07-2008 والمعدل بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 15 اوت 2010 ج ر رقم 36 مؤرخ في 18-08-2010.

ونجد أن هذه الدلائل تنقسم في الغالب الى نوعين ، دلائل رئيسية وهي تشمل المؤشرات الكمية وأخرى ثانوية او مكملة وهي دائما تكون كيفية أو نوعية ، وسواء كانت هذه الدلائل أو المؤشرات رئيسية أو مكملة فهي في الحالتين تتجسد في صفات ومميزات تتمتع بها المؤسسة الحائزة لوضعية الهيمنة لا تتوافر لنظرائها في السوق المعتبرة قانونا ، هذه الخصائص والمميزات قد يكون مصدرها التفوق التكنولوجي والمعرفة الفنية، وقد يكون التفوق المالي للمشروع المسيطر .

ونشير في هذا السياق الى أن وضعية الهيمنة الاقتصادية ليست محظورة في حد ذاتها ، ولكن المخطر هو التعسف في استغلالها ، وقد أرست مختلف التشريعات والأحكام القضائية المقارنة عدة معايير للحكم على مؤسسة بأنها حائزة لمركز مسيطر ، وبعد المعيار الكمي أهمها ، وهو يستند على الحصة في السوق (أو نصيب المؤسسة) من إجمالي عدد الحصص في السوق وهو معيار يكاد يلقي الإجماع من قبل الفقه والقضاء على أهميته، إذ يكفي لوحده في معظم الحالات للقول أن مؤسسة ما في وضعية هيمنة في السوق المعني لا سيما اذا كانت الحصة كبيرة ، ويشير هذا الموضوع عدة تساؤلات لعل أهمها : ماهو مقدار الحصة في السوق الذي يكفي للقول بتواجد المؤسسة في وضعية هيمنة ؟ كيفية حساب هذه الحصة السوقية ؟ وماهي التطورات التي تطرأ على الحصة في السوق سواء في الماضي أو في المستقبل ؟

وللإجابة على هذه التساؤلات قسمنا هذه الدراسة الى بحثين يتناول المبحث الأول مقدار الحصة في السوق، ثم تقدير الحصة في السوق في المبحث الثاني .

المبحث الأول : مقدار الحصة في السوق

تعتبر الحصة في السوق المعيار الأول الذي يتعين اللجوء اليه للحكم على امتلاك مؤسسة ما لوضعية هيمنة اقتصادية في السوق المعني من عدمه تمهيدا لإدانتها في حالة ثبوت التعسف في استغلالها ، ويختلف حجم الحصة من سوق لآخر، فقد تكون الحصة كبيرة وهذا يعد مؤشر قوي على تواجد المؤسسة في موضع قوة بالمقارنة مع باقي المنافسين ، كما قد تكون الحصة صغيرة ومتواضعة لا تكاد تذكر تدل على إنعدام المركز المهيمن في السوق المعني ، ونجد حصة متوسطة ليست بالكبيرة كما أنها ليست صغيرة ، فهذه هي أنواع الحصص في السوق ، وعليه نقسم هذا المبحث الى مطلبين، يتناول الأول الحصة الكبيرة في السوق ، في حين يتعرض الثاني للحصة المتوسطة والحصة الصغيرة .

المطلب الأول : الحصة الكبيرة في السوق المعني

للإحاطة بمفهوم الحصة الكبيرة في السوق المعني ، نتناول دراسة الحصة الكبيرة في القانون المقارن ، وكذا الحصة الكبيرة في القانون الجزائري.

الفرع الأول : الحصة الكبيرة في القانون المقارن

ومعناه أن تحوز المؤسسة حصة كبيرة في السوق المعني ، وغني عن البيان ان حجم الحصة الكبيرة في السوق له أثر كبير سواء على هيكل السوق او على المتنافسين فيه ، فيعتبر الحجم في حد ذاته مصدر قوة ، ويضمن بالتالي الحماية ضد المنافسة القوية الاتية من الغير¹ ، مع التأكيد أنه لا يوجد رقم معين يحدد مقدار هذه الحصة² .

تجدر الإشارة إلى أن هناك عددا من الدول من سن تشريعات تحدد نسبة معينة تعتبرها قرينة على تواجد المؤسسة في وضعية هيمنة ، مثل ماهو عليه الحال بالنسبة للقانون الألماني الذي يعتبر المشروع في مركز مسيطر إذا تعدى نصيبه من السوق 33% طبقا لأحكام المادة 22 من قانون المنافسة الألماني الصادر في 27 جويلية 1957³ ، كما حدد المشرع المصري هذه النسبة من خلال المادة الرابعة من قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية، وجعلها تبدأ من 25%⁴ ، في حين تركت دول أخرى الأمر للهيئات المكلفة بالمنافسة وكذا القضاء لإرساء النسبة التي يراها ملائمة .

ولقد أولى القضاء الأوربي أهمية كبيرة لحجم الحصة التي تحوزها المؤسسة ، واعتبرها دليلا واضحا على تواجد المؤسسة في وضعية هيمنة، فبحسب اجتهاد محكمة العدل الأوربية عند نظرها في قضية HOFF»

MANN.LAROCHE على الرغم من اختلاف الأهمية القانونية للحصة من سوق لأخر إلا أن الحصة الكبيرة بحد ذاتها-دون وجود الظروف الاستثنائية-دليل على المركز المسيطر والمشروع الذي يستحوذ على حصة كبيرة لبعض الوقت.هو بموجب هذه الحصة في وضع مسيطر⁵ .

ويتضح من قضاء المحكمة أنه يتعين توافر شرطين للقول بان الحصة الكبيرة في السوق قرينة على تواجد المؤسسة في وضعية هيمنة :

الشرط الأول : عدم تواجد ظروف استثنائية تجعل من الحصة الكبيرة قليلة التأثير في السوق.

الشرط الثاني : إمتلاك الحصة لبعض الوقت في السوق ، فإذا حاز المشروع على حصة سوقية كبيرة بصورة طارئة أو مؤقتة أو خلال مرحلة إنتقالية معينة ، فلا تؤخذ هذه الحصة بعين الإعتبار¹ .

1 عمر محمد حجاد ، الإحتكار والمنافسة غير المشروعة دراسة تحليلية مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، 2009، ص 44.

2 محمد شريف كيو ، قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقا لأمر 03-03 والقانون 04-04 ، منشورات بغدادي ، 2010 ، ص 47.

3 ليلى حسن ذكي ، قانون حماية المنافسة ومنع الإحتكار - دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي- والأوربي - المكتبة العالية ، مصر- ، 2015، ص 201.

4 « السيطرة على سوق معينة في تطبيق أحكام هذا القانون هي قدرة الشخص الذي تزيد حصته على 25% من تلك السوق على إحداث تأثير فعال على الاسعار أو حجم المعروض يهدون أن تكون لمنافسيه القدرة على الحد من ذلك » قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري تحت رقم 2005/03.

5 HOFFMANN.LAROCHE.AFF85/76.1979.

1 أسامة فتحي عبادة يوسف ، النظام القانوني لعمليات التركيز الاقتصادي في قانون المنافسة (دراسة تحليلية مقارنة) ، دار الفكر والقانون ، مصر ، 2014 ، ص 316.

غير أنه يعاب على هذا الحكم بالرغم من أهميته أنه لم يحدد مقدار الحصة الكبيرة ، كما لم يشر- الى الوقت الذي يتعين أنه يحتفظ فيه المشروع بهذه الحصة (الكبيرة) حتى يمكن الجزم بتحقيق وضعية الهيمنة الاقتصادية¹ .

وفي قرارات لاحقة حددت المحكمة الأوروبية مقدار الحصة في السوق ب 70% الى 80% في قضية (HILTI/AG) مثلاً واعتبرت هذه النسبة دليلاً واضحاً على أن الشركة تتمتع بمركز مسيطر داخل السوق² .

وفي قرار حديث يتعلق بشركة الاتصالات TELEFONICA رأّت المحكمة الأوروبية ان حصة 70% الى 80% من السوق تشكل بحد ذاتها دليلاً واضحاً على وجود المؤسسة في وضعية الهيمنة³ .

أما القضاء الفرنسي- اعتبر أن امتلاك شركة canal-plus لنسبة 70% من سوق البث التلفزيوني المدفوع payant يجعلها في وضعية هيمنة في هذا السوق⁴ ، كذلك الأمر مع إتحاد منتجي الجبن وكذا شركة (CAVES) بحصة تزيد عن 73% من سوق صناعة الجبن من نوع Requefort في حين يمتلك الآخرين لحصص تنحصر- ما بين 09% و 08% فقط لا يدع مجالاً في إمتلاك الإتحاد لمركز مسيطر في هذا السوق⁵ .

ويلاحظ أن معظم القرارات والأحكام الصادرة عن الهيئات المكلفة بالمنافسة حددت مقدار الحصة السوقية عندما يتعلق الأمر بمراقبة التجميعات وإساءة إستغلال وضعية الهيمنة بنسبة تجاوزت في معظم الأحيان بكثير 50% به ، ولهذا اعتبر اللجوء الى المعايير الكيفية غير ضروري¹ .

الفرع الثاني : الحصة الكبيرة في ظل القانون الجزائري

في حين أن التشريع الجزائري عرف صدور الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة² ، هذا الأخير ألغى جميع النصوص السابقة بما فيها الأمر 06-95 المتعلق بالمنافسة¹ ، وكذا المرسوم التنفيذي رقم 314-2000² ، هذا الأخير كان قد

1 ولید عزت الدسوقي عشري الجلاّد ، الوضع المسيطر في قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية – دراسة مقارنة – رسالة دكتوراه كلية الحقوق ، جامعة المنوفية ، 2013 ، مصر ، ص 57، 58.

2 « Une part de marché de 70% à 80% constitue en elle-même un indice clair de l'existence d'une position dominante »TPI.12décembre 1991-HILTI AG/COMMISSION.

3 TUE.T 336/07 TELEFONICA.DA et TELEFONICA DE ESPANA ,SA contre commission 29 Mars 2012.

4 Cass.com.30 mai 2000 .BULL.CIV.IV112(chaine de télévision a péage représentant plus de 70 % des abonnés de télévision payant).

5 Conseil de la concurrence français 08avril 2004 société des caves et des producteurs de requefort réunis.

1 « Il convient d'observer, d'ailleurs que les parts de marché relevées dans la plupart des arrêts ou des décisions rendus par les autorités de la concurrence , en matière de contrôle des concentration ou d'abus de position , sont largement supérieur a 50% le plus souvent , le recours aux critères qualitatifs n'est donc pas nécessaire » ANDRE Décocq et GEORGES Décocq, droit de la concurrence .droit interne et droit de l'union Européenne 5eme éd .p 151.152 n 101.

2 الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالمنافسة .

حدد المقاييس التي تبين أن العون الاقتصادي في وضعية هيمنة من خلال المادة الثانية والتي نصت على مايلي «المقاييس التي تحدد وضعية هيمنة عون اقتصادي على سوق السلع او الخدمات او على جزء منها هي على الخصوص ما يأتي :

حصة السوق التي يحوزها العون الاقتصادي مقارنة الى حصة التي يحوزها كل عون من الاعوان الاقتصاديين وبين الاخرين الموجودين في نفس السوق ... » .

غير أن المشرع بمناسبة صدور الأمر 03-03 المذكور أعلاه لم يحدد المقاييس التي تبين أن المؤسسة في وضعية هيمنة وبقي صامتا ، ويبدو أن المشرع مال إلى ترك الأمر لمجلس المنافسة وكذا مختلف سلطات الضبط الاقتصادي للقيام بهذه المهمة ، وفي هذا السياق سبق لسلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية أن وضعت معايير محددة للقول بوجود مؤسسة ناشطة في سوق الهاتف النقال في وضعية هيمنة إقتصادية ، حيث جاء في قرارها الحامل رقم 06 أن العوامل التي تؤخذ بعين الاعتبار للقول أن مؤسسة أوراسكوم تيلكوم الجزائر (المعروفة إختصارا OTA) في وضعية هيمنة هي حصتها في السوق المعنية التي تجاوزت 50% نهاية شهر ديسمبر 2006 وقد جاءت حيثيات القرار كما يلي:

« حيث أن عدد المشتركين في مؤسسة OTA تجاوز نهاية شهر ديسمبر 2006 ، 10 ملايين بالضبط حسب المعلومات المرسلة من طرف المؤسسة الى مصالح سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية حوالي 10.530.826 مشترك.

حيث أن مؤسسة OTA تحوز مع نهاية شهر ديسمبر 2006 في سوق الهاتف المحمول الموجه للجمهور من نوع GSM حصة تفوق 50% من عدد المشتركين .

حيث أنه بناء على ماسبق تعتبر مؤسسة OTA في وضعية قوة إقتصادية بالمفهوم المنصوص عليه في الأحكام التشريعية والتنظيمية سارية المفعول ¹ .

أهم ما يمكن ملاحظته على هذا القرار هو إعتاده بصفة شبه كلية على حصة المؤسسة لاسيما من حيث عدد المشتركين للقول بوجود وضعية الهيمنة الاقتصادية ² .

أما مجلس المنافسة فقد أوكلت له المادة 34 من الامر 03-03 العديد من الصلاحيات ومن ضمنها « سلطة اتخاذ القرار والاقتراح وابداء الرأي بمبادرة منه أو بطلب من الوزير المكلف بالتجارة أو كل طرف معني بهدف

1 الأمر رقم 06-95 المؤرخ في 25 يناير 1995 يتعلق بالمنافسة ج ر رقم 09 (ملغى).

2 المرسوم التنفيذي رقم 314-2000 المؤرخ في 14 أكتوبر 2000 يحدد المقاييس التي تبين أن العون الاقتصادي في وضعية الهيمنة وكذلك مقاييس الاعمال الموصوفة بالتعسف في وضعية الهيمنة ج ر رقم 61 سنة 2000 (ملغى).

1 Décision n 06/SP/PC/ATPT du 06 février 2007 déclarant l'opérateur ORASCOM TELECOM ALGERIE en positions dominante sur le marché de la téléphonie mobile au public de type GSM .W.W.W.ARPT.D.2

2 Menouer MUSTAPHA , droit de la concurrence, Berti éd ,2013,p 126.

تشجيع وضمان الضبط الفعال للسوق باي وسيلة ملائمة أو اتخاذ القرار في كل عمل أو تدبير من شأنه ضمان السير الحسن للمنافسة وترقيتها » .

كذلك المادة 35 « ييدي مجلس المنافسة رأييه في كل مسألة ترتبط بالمنافسة اذا طلبت الحكومة ذلك » ، وعملا بأحكام هذه المادة طلب وزير التجارة من مجلس المنافسة إبداء رأييه بخصوص قرينة استغلال الموقف المهيمن على مستوى سوق الاسمنت من قبل مجمع LAFARGE ، وجاء في الرأي الذي أبداه المجلس «أن هناك بعد احتكاري ثنائي لسوق الاسمنت بين كل مجمع GICA بنسبة 51% ومجمع LAFARGE بنسبة 36% ونسبة 13% بالنسبة للمستوردين يتقاسم المجمعين السوق عن بعد بسبب عدم ختمه لأي شكل تفاهم أو تحالف .» ... في الحقيقة لا تبدو المعلومات المجمعة على أرض الواقع كافية لجلب دلائل رسمية في حين وجود الموقف المهيمن كما هو محدد في المادة 11 من الأمر رقم 03-03 .. ¹ » ، وننوه الى أن الإحالة الى المادة 11 من الأمر 03-03 جاءت في غير محلها كونها تتعلق بوضعية التبعية الاقتصادية ، وكان على المجلس الإحالة الى المادة 07 من الأمر 03-03.

من خلال هذا الرأي يبدو جليا أن مجلس المنافسة في بحثه عن إستغلال الموقف المهيمن من قبل مجمع LAFARGE قام أولا بالتحقق اذا كان المجمع المذكور في وضعية هيمنة ، وفي سبيل ذلك قام بالبحث عن الحصة السوقية لكل المؤسسات الناشطة على مستوى سوق الإسمنت ، وتبين له أن هناك إحتكار ثنائي ويقصد بذلك هيمنة جماعية ، حيث يحوز مجمع GICA على نسبة 51% محتلا بذلك المرتبة الأولى ، في حين جاء مجمع LAFARGE في المرتبة الثانية بـ 36% ، وجاء الباقي في المرتبة الثالثة بـ 13% من السوق ، ويبدو أن مجلس المنافسة اعتبر ان نسبة 36% من السوق المعتبرة قانونا (سوق الاسمنت) متواضعة اذا نظرنا اليها بمفردها لكون باقي الحصص ليست مبعثرة (مشتتة)، بل هناك من يملك 51% GICA وآخرون 13% من السوق ، هذا الامر جعل المجلس يرى أن مجمع LAFARGE ليس في مركز مهيمن على هذه السوق بمفرده استنادا الى حصته السوقية وبالتالي لا يمكنه استغلال هذا المركز بشكل منافي للمنافسة لعدم قدرته على التأثير على السوق المعني بمفرده .

المطلب الثاني : الحصة المتوسطة والحصة الصغيرة

كذلك نجد حصص اخرى مختلفة الأحجام ، فهناك حصة صغيرة تكون في الغالب نسبة متدنية من حجم المبيعات في السوق ، وتوجد حصة متوسطة ليست صغيرة وليست كبيرة ، وعليه سنعرض لهذه لأنواع من الحصص في السوق اتباعا.

1 رأي مجلس المنافسة رقم 03 المؤرخ في جويلية 2013 الصادر تبعا لطلب وزير التجارة المتعلق بقرينة استغلال الموقف المهيمن على مستوى سوق الاسمنت تطبيقا للمادة 35 من الامر رقم 03-03 بتاريخ 19 جويلية 2003 المعدل والمتم المتعلق بالمنافسة ، مجلس المنافسة ، النشرة الرسمية للمنافسة عدد 02، 2013.

الفرع الأول : الحصة المتوسطة في السوق المعني

الحصة المتوسطة في السوق ليست بالحصة الكبيرة لدرجة تصل الى 80% أو 90% ولا هي بالحصة الصغيرة لدرجة تصل الى 10% مثلاً ، إنما هي حصة متوسطة لا تزيد في الغالب عن 50% ولا تقل عن 25% وقد ساهم جانب من الفقه الاوربي بالمنطقة الرمادية ZONE GRISE¹ ، في حين أن القضاء الأمريكي حدد هذه النسبة ما بين 40% و 70% واطلق عليها نسبة الشك² .

ويعود هذا التردد حول نسبة هذه الحصة الى كون هذه الاخيرة لا تؤدي الى السيطرة تلقائياً أو أوتوماتيكياً في السوق المعنوية ، ولذا فإن مؤشرات السلوك وكذا الانجاز الهيكلي الاخر ينبغي أن يؤخذ في عين الاعتبار³ ، ويتفق القضاء الأمريكي مع نظيره الاوربي مثلاً في المحكمة الابتدائية أنه يجب أن نبحث في المؤشرات الثانوية على أنها مؤشرات رئيسية وأن ننظر الى الحصة في السوق على أنها مؤشر ثانوي⁴ ، وذكر الفقه ببعض المؤشرات التي يجب النظر اليها قبل الرجوع الحصة السوقية وتمثل في مايلي :

1 مدى قدرة منتج جديد على دخول السوق المعنية دون مواجهة عوائق ، ومن أمثلة العوائق ندرة المواد الخام أو عدم تمكنهم من الحصول عليها مثل المنتج الرئيسي- ، وجود حقوق الملكية الفكرية مرتبطة بمثل هذا النوع من السلع .

2 القراءة المستقبلية للسوق مثل الحالة المالية للمنتج نفسه فإذا كان بعض المنتجين في حالة مالية متعثرة رغم إمتلاكهم حصة كبيرة نسبياً في السوق تتعدى 70% فلا يمكن منطقياً تصور أنه يسيطر على السوق ويمتلك قوة إحتكارية¹ .

فمثل هذه المؤشرات للسوق تكون المؤشر الرئيسي الذي على أساسه يمكن القول بقيام وضعية الهيمنة في حق مؤسسة ما من عدمه مع الإستئناس دائماً بالحصة في السوق المعني² .

1 Nicolas PETIT , Droit européen de la concurrence, Montchrestien Lextens éd 2013 p 289 n 779.

2 أميرة عبد الغفار محمد ، الوسائل القانونية لمكافحة الممارسات الاحتكارية وحماية المنافسة ، دراسة مقارنة بين القانون المصري والتشريعات الأمريكية المقارنة ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 2010 ، ص 78.

3 أحمد محمد محمود خلف ، الحماية الجنائية للمستهلك في مجال عدم الاخلال بالاسعار وحماية المنافسة ومنع الاحتكار ، دار الجامعة الجديدة ، جمهورية مصر ، 2008 ، ص 84.

4 « Or dans une autre situation , lorsque la part détenue par l'entreprise est insuffisante c'est -à -dire inférieur a 50%" ces éléments secondaires doivent étre analysés à titre principale pour déterminer si l'entreprise est en situation de domination ,ces éléments peuvent étre qualifiés d'indices secondaire de domination » Valérie FAURE , L'apport de tribunal de première instance des communautés européennes au droit communautaire de la concurrence , DALLOZ 2005 ,p 590 n 882.

1 وليد عزت الدسوقي ، المرجع السابق ، ص 79.

2 سامي عبد الباقي ، المرجع السابق ، ص 91.

الفرع الثاني :الحصة الصغيرة في السوق المعني

تعد الحصة الصغيرة دليلا واضحاً على عدم حيازة المؤسسة لوضعية الهيمنة ، فحصة تعادل أو تقل عن 10% في السوق المعتمدة قانوناً تعد قرينة على انعدام هذا المركز¹ ، و سبق لمحكمة العدل الأوروبية أن أكدت على هذا الأمر ، فعلى سبيل المثال اعتبرت في قضية SABA II أنه نظرياً لا يمكن للمؤسسة أن تكون في وضعية هيمنة مع إمتلاكها لحصة تعادل 10% فقط في السوق المعني إلا اذا توافرت ظروف استثنائية² .

كما رأى مجلس المنافسة الفرنسي في قضية مؤسسة La française de maintenance أنها لا تمتلك الا حصة 10% من سوق الألعاب مما دفع مجلس المنافسة الى رفض مزاعم منافسيها بامتلاكها مركز مسيطر في هذه السوق (مهما كانت الامتيازات والتفضيلات التي تتمتع بها)³ .

سبق القول أنه يمكن لنسبة قليلة أن تكون دليلاً على وجود مركز محتمل بشرط توافر ظروف استثنائية ، ونجد في القضاء الأوربي بعض الامثلة منها قرار TETRA PACK II حيث أنه على الرغم من حيازة هذه المؤسسة لـ 20 % فقط من سوق المنتج المعني إلا أن وجود حواجز لدخول منافسين جدد في هذه السوق وخاصة الحواجز التكنولوجية أدت بالمحكمة الى اعتبار هذه الحواجز ظروف خاصة إستثنائية منحت هذه المؤسسة القدرة على تقييد المنافسة بالرغم من ضعف حصتها⁴ .

المبحث الثاني : تقدير الحصة في السوق

تعتبر مسألة حساب حجم الحصة السوقية مهمة للغاية ، فكلما كان طريقة حساب نصيب المؤسسة في السوق المعتمدة قانوناً دقيقاً كلما أدى ذلك الى سلامة القرارات والأحكام الصادرة عن الهيئات المكلفة بالمنافسة ، كذلك تطور الحصة فوجد أن هذه الأخيرة قد تطرأ عليها تغيرات سواء في الماضي أو المستقبل ، وعليه سندرس ضمن هذا المبحث حساب الحصة السوقية في المطلب الأول ، وتطور الحصة السوقية في المطلب الثاني .

المطلب الأول : حساب الحصة في السوق

لحساب الحصة في السوق يتعين دائماً الرجوع الى السوق المعني ، فهناك من يعتمد على حجم مبيعات المؤسسة في السوق ، في حين يرى آخرون الإعتماد على القدرة الانتاجية للمؤسسة في السوق المعتمدة قانوناً.

الفرع الأول: طرق حساب الحصة في السوق

عادة ما تقاس الحصة في السوق باتباع إحدى الطريقتين :

1 أسامة فتحي عبادة يوسف ، المرجع السابق ، ص 317.

2 CAUE C75/84 SABA II et métro /contre commission ,22 octobre 1986.

3 « quels que soient par ailleurs les avantages ou les privilège dont elle dispose » cité par Clair Mongouachon , Abus de position dominante et secteur public, BRUYLANT ,2012, p 142 n 211.

4 TP I 06 OCTOBRE 1994 TETRA PAK/commission affaire .T 83/91.

الأولى تعتمد على حساب حجم المبيعات على أساس العدد أو القيمة فبحسب هذه الطريقة تعد المؤسسة الأكثر بيعاً لمنتجاتها في مركز أفضل بالمقارنة مع مركز المؤسسات الأقل بيعاً ، فتعتبر المؤسسة التي تحقق مبيعات ب 20% فإن حصتها من السوق المعني تكون 20 %، اذا فالحصة في السوق على ضوء هذه الطريقة هي كمية او حجم المبيعات التي حققتها المؤسسة من اجمالي مبيعات السوق المعني ¹ ، بحيث تقوم المؤسسة بالسيطرة على نسبة عالية من المبيعات التي تحت في السوق ككل بالمقارنة مع حجم مبيعات المؤسسات الاخرى العامة التي تنشط في ذات السوق ² .

أما **الطريقة الثانية** تعتمد على المقدرة الإنتاجية للمؤسسة ، فالمؤسسة الأكثر إنتاجاً تكون مقدرتها الاقتصادية أكبر من المؤسسة التي تنتج أقل ، فبحسب هذه الطريقة تعد المؤسسة التي تنتج 50% من حجم إنتاج سلعة أو منتج ما حائزة لحصة 50 % من السوق المعني ³ ، وهذا بغض النظر عن حجم المبيعات في السوق ، فطالما كان في إمكان المؤسسة انتاج كمية أكبر من منافسيها تعتبر حصتها كبيرة في السوق المعني .

الفرع الثاني : تقييم طريقي الحساب

يميل غالبية الفقه الى الأخذ بالطريقة الاولى كونها الأكثر تعبيراً عن حقيقة المقدرة الاقتصادية الفعلية للمؤسسة في السوق المعني ⁴ ، فكلما كان حجم المبيعات كبيراً كلما دل ذلك على تمتع المؤسسة بقدرة اقتصادية كبيرة من شأنها التأثير على السوق المعني بشكل كبير ¹ ، في حين أن الطريقة الثانية والتي تعتمد على القدرة الإنتاجية للمؤسسة لتحديد الحصة في السوق المعني لا تعبر عن حقيقة القدرة الاقتصادية للمؤسسة ، ويعود ذلك الى ان هذه الاخيرة قد تنتج أكثر من حاجة السوق ، وتخفق في بيع وتسويق منتجاتها وعليه لا يمكن أن نأخذ في الحسبان مجموع السلع غير المصروفة ضمن الحصة السوقية لهذه المؤسسة ² .

علاوة على ماسبق يفضل جانب كبير من الفقه الاعتماد على مؤشر حجم المبيعات وليس قيمة المبيعات عند حساب حصة المؤسسة من السوق عند اتباع الطريقة الاولى المذكورة انفاً ³ ، وتوضح فائدة الأخذ بهذا الرأي من خلال المثال التالي ، لنفرض أن حجم مبيعات مؤسسة ما ألف وحدة من سلعة ما تمثل 50% من السوق ،

1 « La part de marché ,C'est la partie des ventes totales d'un marché que réalise une entreprise », Nicolas PETIT OP.CIT,p 151 n 352.

2 جلال مسعد ، مدى تأثير المنافسة الحرة بالممارسات التجارية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2012، ص 135.

3 سامي عبد الباقي أبو صالح ، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2011، ص 81.

4 حسين ماضي ، حماية المنافسة – دراسة مقارنة في ضوء احكام القانون المصري رقم 03 لسنة 2005 ولائحته التنفيذية ، المكتبة العصرية ، الطبعة الاولى ، مصر ، ص 97 .

1 سامي عبد الباقي أبو صالح ، المرجع السابق ، ص 84 .

2 حسين الماحي ، المرجع السابق ، ص 97 .

3 أحمد عبد الرحمن المحم ، الاحتكار والافعال الاحتكارية دراسة تطبيقية مقارنة في القانون الامريكي والاوربي والكويتي ، جامعة للكويت ، 1997، ص 65.

وفي نفس الوقت يبلغ حجم مبيعات مؤسسة أخرى منافسة من نفس السلعة 500 وحدة تمثل حجم 25% من السوق فإذا كان المشروع الأول يبيع إنتاجه بسعر الوحدة 100 دينار مثلاً ، فيكون حينئذ إجمالي قيمة مبيعاته مائة ألف دينار (100.000) ، في الوقت الذي يبيع فيه منافسه الوحدة من السلعة بسعر 210 دينار ، فيكون إجمالي قيمة مبيعاته (105.000) دينار مائة وخمسة ألف دينار ، ففي هذا المثال يشير مؤشر نصيب المؤسسة الأولى لوضعية هيمنة بمقدار حصة توازي 50% من إجمالي مبيعات السوق ، بالرغم من أن قيمة مبيعاتها مائة ألف دينار فقط ، بينما المؤسسة الثانية قيمة مبيعاتها مائة وخمسة ألف دينار إلا أن حجم مبيعاته لا يتعدى 25 % من السوق .

في حين إذا غيرنا ونظرنا الى مقدار الحصة من زاوية قيمة المبيعات سيكون المشروع الثاني في مركز مسيطر وهذا راجع بطبيعة الحال لإرتفاع قيمة مبيعاته الى مائة وخمسة ألف دينار بالرغم من كونه ليس المسيطر فعلياً على السوق المعترف ، لذلك يعتبر مؤشر قيمة مبيعات المؤسسة في السوق غير معبر عن حقيقة الوضع في السوق المعني لكونه لا يعطي مقياساً دقيقاً يعكس حجم الحصة التي تحوزها المؤسسة في السوق المعني¹ وبالتالي قدرتها على التأثير على المنافسة.

المطلب الثاني : تطور الحصة في السوق

تفيد دراسة تطور الحصة في السوق المعترف في إثبات أو نفي قيام وضعية الهيمنة في حق مؤسسة ما خلال فترة زمنية محددة ، فحيازة الحصة السوقية لفترة وجيزة أو عارضة لا يعتد به ، وتلجأ عادة الهيئات المكلفة بالمنافسة الى معرفة نسبة هذه الحصة وتطورها سواء خلال فترة زمنية سابقة (في الماضي) أو بالعكس خلال فترة تكون مستقبلية من خلال معطيات معينة ولا سيما في الأسواق التي تعرف حركة ونمو متسارعين .

وترتباً على ماسبق نتعرض ضمن الفرع الأول الى تطور الحصة في الماضي ، ثم تطور الحصة في المستقبل ثانياً.

الفرع الأول : تطور الحصة في الماضي

جاء في إحدى الوثائق التوجيهية Document d'orientation الصادرة عن الإتحاد الأوروبي أنه « إذا كانت الحصة في السوق كبيرة ومملوكة منذ مدة طويلة فهذا عنصر- يحتمل أن يشكل دليل أولي جدي على وجود وضعية الهيمنة في بعض الظروف وإمكانية وقوع ممارسات تعسفية خطيرة »¹.

على النقيض من ذلك إذا أصبحت حصص مؤسسة ما في السوق بالتراجع فهذا يدل على أن هذه الأخيرة فقدت وضعية الهيمنة ، فالمؤسسة التي لا تستطيع الحفاظ على مقدار ثابت لحصتها في السوق يعد دليل على

1 عمر محمد طاحون ، تأثير الهيمنة الاقتصادية على التوازن العقدي ، رسالة دكتوراه ، جامعة المنوفية ، كلية الحقوق ، مصر ، ص 204.
« 1 si la part de marché est élevée et soutenue longtemps il est très probable que cet élément constitue un premier indice sérieux de l'existence d'une position dominante et dans certaines circonstances d'éventuels effets graves de pratiques abusives » cité par Nicolas PETIT , op cit n 787.

أنها لا تتمتع بمركز مسيطر طالما كان بمقدور باقي المنافسين في السوق الدخول الى هذا الاخير والمنافسة فيه والاستحواذ على حصص معتبرة ، بما حاصله أن المؤسسة المعنية لا تستطيع التصرف باستقلالية دون اعتبار لمنافسيها أو عملائها¹.

في حين يعتقد جانب من الفقه أن فقدان المؤسسة لبعض حصصها في السوق لا يعد بالضرورة دليلا على فقدان المؤسسة لمركزها الريادي في السوق المعني ، لا سيما اذا كان السوق أصلا غير جذاب (مستقطب) peu attractif بالنسبة للمنافسين أو اذا كانت باقي الحصص مبعثرة (مشتتة) بين المنافسين المتواجين بهذه السوق ، ويوضح المثال التالي هذه الوضعية ، تعمل مؤسسة ABBOTT في مجال المواد الطبية المخدرة وكان لها احتكار كامل في هذه السوق وبدأت تأنيها تدريجيا منافسة من قبل الغير داخل هذه السوق ، هذه المنافسة فرضت أسعار أقل من أسعار مؤسسة ABBOTT ، هذا الامر دفع هذه الاخيرة الى مراجعة أسعارها وجعلها مساوية للأسعار التي وضعها المنافسين الجدد ، وقد اعتبر تصرفها هذا تكييفا مع الوضع الجديد في السوق وليس فقدان لقدرتها على التصرف باستقلال اتجاه منافسيها ، فبقياها باعادة النظر في اسعارها احتفظت بحصة جوهرية من الفائدة التي كانت تجنيها في السابق ، وستحافظ على حصتها الكبيرة بالمقارنة مع باقي المنافسين².

في حين لا تشاطر بعض هيئات المنافسة هذا الرأي ، ففي قضية MICHELIN II لم تهتم المفوضية الاوربية عند معاينة وضعية الهيمنة بتراجع حصة شركة ميشلان في السوق بل اعتبرته عامل اضافي يدين الشركة ، وأنه شجعها على القيام بممارسات تعسفية لحماية مصالحها¹، وفي مناسبة أخرى قضى- بأن شركة FEUDOR لم تكن في مركز مسيطر على الرغم من ان حصتها في السوق لا بأس بها ، تقدر ب 47% في سوق بيع الولاعات Briquets التي ترمى بعد الاستعمال لكون هذه النسبة (47%) في تناقص مستمر².

الفرع الثاني : تطور الحصة في المستقبل

التطور المحتمل للحصة في السوق في المستقبل أمر مهم خاصة في الأسواق التي تعرف الابتكارات مثل ألعاب الفيديو والهاتف النقال ، الإعلام الآلي... الخ ، كذلك الامر بالنسبة للأسواق الموسمية saisonnier مثل

1 ولید عزت الدوقی ، المرجع السابق ، ص 87.

2 CONS.CONC, déc n 2001-D-23mai société ABBOTT et le marché des produits anesthésiques, cité par Marie MALAURIE VIGNAL, L'abus de position dominante L.G.D.G. 2002 ,p 68 n 99.

1 Exemple cité par Nicolas PETIT,p 291 n 789.

2Avis, Briquets non rechargeables 1105/1979.

أشار اليه فيكتور تادرس ، المركز المسيطر للمشروع في السوق المعنية على ضوء أحكام قوانين المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية -دراسة مقارنة- ، دار النهضة العربية ، ص 27 .

إنتاج الأفلام السينمائية Prêt à porter فيمكن المؤسسة حائزة ل 100% من السوق ان تفقد حصتها بسرعة ، وهذا بالنظر لتقلبات السوق ، وقد اعترفت المفوضية الأوربية ضمنا بهذه الوضعية¹ .

نجد في الوقت الحالي عوامل أخرى تتدخل في بعض الأحيان لتؤثر على حصة مؤسسة ما ، مثل الدور الذي يقوم به الإعلام والمجتمع المدني بما يضمنه من جمعيات طبية ، اجتماعية دينية ، بعد أن أصبح كل منها يلعب دورا أساسيا في توجيه المستهلك نحو سلع أو منتجات بعينها ، أو بالعكس تغيير وجهة المستهلك عن سلع أو منتجات معينة مثل ما حدث مع منتجات الألبان الدنماركية التي كانت مسيطرة على هذه السوق في العديد من الدول الإسلامية خاصة دول الخليج ، حيث قامت حملة واسعة في معظم الدول الإسلامية لمقاطعة المنتجات الدنماركية بعد نشر إحدى المجلات الدنماركية رسوما مسيئة للرسول الكريم عليه الصلاة والسلام ، هذه الحملة أدت الى تراجع كبير في حصص ومدا خيل الشركات الدنماركية الى حدود قياسية خاصة في دول الخليج العربي بعد أن لاقت هذه الدعوات استجابة واسعة من قبل المستهلكين .

كما حدث كذلك مع شركة فولسفاغن الألمانية لصناعة السيارات في 2015 بسبب فضيحة تتعلق بأجهزة الإنذار عن التلوث بعد أن تبين لأجهزة الرقابة في الوم أ أن هناك غش في هذه الأجهزة وأنها لا تعمل و لا تقوم بالتنبيه عن وجود مواد ملوثة صادرة عن السيارات الحاملة لعلامة فولسفاغن ، وهذا بهدف الإفلات من رقابة الأجهزة المختصة ، وتسببت هذه القضية في تراجع كبير في الإقبال على شراء سيارات مصنع فولسفاغن وتراجع حصصها في الوم أ و مختلف أنحاء العالم ، وهذا نظرا للضرر الكبير الذي أصاب سمعة الشركة الألمانية .

خاتمة :

بالرغم من الأهمية التي تمثلها الحصة في السوق للحكم على تواجد مؤسسة ما في وضعية هيمنة اقتصادية من عدمه ، إلا أن ذلك يعد غير كاف ، فإذا كانت الحصة الكبيرة تدل دلالة تكاد تكون قاطعة على حيابة المؤسسة لمركز مسيطر ، فالحصة الصغيرة والتي غالبا ما تعتبر غير كافية وبالتالي تفلت من رقابة الهيئات المكلفة بالمنافسة ، قد تمكن المؤسسة من ممارسة تأثير فعال على السوق المعني ، وذلك بالقيام بتصرفات احتكارية يكون هدفها إعاقة المنافسة أو الحد من الدخول الى السوق المعني ، لاسيما إذا لم يكن في مقدرة باقي المنافسين مواجهة هذه التصرفات بسبب التكاليف الإضافية التي سيتحملونها او الحواجز التي تمنع دخولهم .

كما يعتبر تحديد نسبة معينة تحكيميا ولا يراعي مقتضيات السوق ، فما يعتبر نسبة مهمة أو كبيرة في بعض الصناعات قد يكون متواضعا في أخرى مثل صناعة الإسمنت وصناعة المشروبات بمختلف أنواعها ، فالأولى يوجد فيها عدد قليل من المتعاملين في حين أن الثانية تعرف تواجد الكثير من المتعاملين ، فنسبة 20 %تعتبر متواضعة بالنسبة لصناعة الإسمنت ، أما بالنسبة لصناعة المشروبات فهي تعتبر مهمة وكبيرة وهذا بسبب تواجد عدد كبير من المتعاملين في السوق والسيطرة عليه ليست بالأمر الهين ، ومع هذا لا يمكن أن ننكر

1 Môme ouvrage , p 290-291.

أهمية الحصة السوقية إذ يكفي القول أنه أنه لم يحدث أن اعتمدت هيئات المنافسة على معيار آخر لوحده من دون أن تستعين بمعيار الحصة في السوق.

إشكالية التهيئة العمرانية بين السكنات الخضراء والذكية في ظل المعايير الدولية والتشريعات الجزائرية* لطرش علي - طالب دكتوراه- جامعة مستغانم

الملخص:

واحدة من أكبر المآسي البيئية في المجتمع الجزائري هي الفوضى العمرانية التي تفاقمت مشاكلها على البيئة بكل معاييرها الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ، وللحد منها سعى العلم من جهة إلى البحث في ميدان المباني الخضراء صديقة البيئة ، كما سعى للبحث عن راحة ورفاهية الإنسان من خلال المباني الذكية من جهة أخرى . ولكن بالمقابل لم يعطي المشرع الجزائري إلى هذا العلم نصيبه من التشريع والتنظيم ، وقد يعزى سبب ذلك لحداثة هذا العلم ، أو سعي المشرع إلى علاج تفاقم أزمة الإسكان من خلال علاج موزني دون التخطيط لإستراتيجية بعيدة المدى .

Résumé:

Un des plus grandes tragédies de l'environnement dans la société algérienne est le chaos problèmes urbains exacerbées pour l'environnement dans toutes les normes économiques, sociaux et culturels, et de réduire les chercheurs la science d'une part à la recherche dans le domaine de l'environnement de la construction écologique, a également cherché à regarder pour le confort et le bien-être à travers les bâtiments intelligents, d'une part d'autre part. Mais le contraste ne donne pas le législateur algérien de partager cette connaissance de la législation et de la réglementation, la cause peut être attribuée à la nouveauté de cette science, ou de chercher le législateur de remédier à la crise du logement aggravation en traitant Modi sans planification de la stratégie à long terme.

المقدمة

لوقنا بعملية حسابية بسيطة حول الوقت الذي نقضيه خارج المباني مقارنة مع ما نقضيه داخلها ، لوجدنا أننا نعيش أغلب أوقاتنا داخلها ، حيث إضافة إلى فترة الليل ، نقضي غالبية النهار داخل المباني كأماكن العمل والمطاعم والمقاهي ، ولذلك فالداعي أكبر للاهتمام ببيئتها الداخلية لتوفير الراحة الحرارية ، الصوتية ، البصرية والهوائية ، وهكذا إهتمامات لن توجد على أرض الواقع مالم تضبط الإستراتيجية الخاصة بالترشيد والكفاءة في إدارة الطاقة والمياه والنفايات . وحيث أصبحت واقعا ملموسا في الكثير من دول ومدن العالم التي رأت أنه لا مناص من

* تاريخ إيداع المقال: 2016/12/15

تاريخ تحكيم المقال: 2016 / 12/19

توفير كل الذي أتينا على ذكره إلا من خلال السكنات الخضراء والذكية ، فكيف يمكن للمشرع الجزائري أن يساهم في تفعيلها مادامت تخدم التنمية بكل معاييرها .

المبحث الأول: التنمية العمرانية المستدامة في إطار البيئة العمرانية الخضراء

نستعرض في المطلب الأول مفهوم البناء الأخضر صديق البيئة ، ونتناول معايير البناء الأخضر- الدولية بين التفعيل والتشريع المساعد في المطلب الثاني .

المطلب الأول = مفهوم البناء الأخضر

إنَّ ظاهرة البناء الأخضر تبنتها الأمم السابقة قبل الثورة الصناعية بزمان طويل، حيث التكامل الكبير بين طبيعة البناء و البيئة المحيطة بهلتصل أحياناً إلى النوبان ، كمساكن الإسكيمو من الجليد و اليابان من قصب المامبوا والهنود الحمر من جلود الحيوانات ، وكذلك كانت المساكن الحشبية. كلها شعوب زاوجت بين نمط البناء والبيئة التي بُني عليها فكانت مبانيهم مستدامة في إطار حماية البيئة

الفرع الأول = تعريف البناء الأخضر

لقد نشأت حركة المباني الخضراء في الولايات المتحدة الأمريكية عام 1970 ، ولم تتوقف بعدها مبادرات الإستدامة الحديثة للبناء الأخضر ، حيث أصبحت واقعاً ملموساً في العديد من دول العالم . وقد تمَّ تعريف المباني الخضراء من حيث التصميم والتقنية والغاية من إنشائها ، وإنني أقترح تعريفاً يجمع بين ذلك : " المباني الخضراء هي فلسفة التصميم المتكامل للمباني المندمجة مع البيئة المحيطة بها ، تستلهم منها الهيكل والجوهر فتأخذ منها المواد الأولية وتستخدمها بتقنيات علمية تضمن التنمية العمرانية المستدامة في إطار حماية البيئة "

الفرع الثاني = خصائص البناء الأخضر

إن البناء الأخضر تصميم عمراني قديم ثارت عليه المباني الحديثة ، ولكن سلبياتها جعلت الإنسان من جديد يفكر في إعادة بعثه لخصائصه:

1- خاصية التنمية العمرانية المستدامة من حيث إطالة عمر البناء المصمم بمواد أولية من البيئة المحيطة وبتقنيات الإستدامة التي تلبي حاجيات الأجيال الحاضرة دون التفريط في حاجيات الأجيال اللاحقة . 2 - خاصية حماية البيئة من التلوث بكل أصنافه مع خلق جو من التعايش السلمي مع الطبيعة وحماية البيئة الثقافية ، الإجتماعية والإقتصادية للسكان ،

الفرع الثالث = الأهداف المراد تحقيقها من البناء الأخضر

إنَّ البناء الأخضر- كفكرة تضمن التنمية العمرانية المستدامة في إطار حماية البيئة بما يهدف لحماية سكان المباني، إظهار ثقافة المجتمع ، الإقتصاد في البناء وإطالة عمره بمواد بناء محلية ، الحفاظ على موارد البناء للأجيال

المستقبلية، تحسين ظروف العيش والعمل بالحد من التدهور البيئي، مع ترشيد إستخدام الموارد الطاقوية الناضبة

المطلب الثاني : معايير البناء الأخضر الدولية بين التفعيل والتشريع المساعد

الفرع الأول = معايير التصميم الخارجي للبناء الأخضر

يمكن إجمال أهم هذه المعايير في :الراحة الحرارية ، الراحة الصوتية ، الراحة البصرية ، الراحة الهوائية . والتي يمكن الوصول إليها عن طريق حسابات تقنية بين غلاف السكنات من حيث المساحة ، مواد البناء البيئية المرخصة بعلامة البناء الأخضر . ولكن تطبيق مواصفات كهذه تعتمد على البناء التقني و على برامج ودورات تدريبية وتحفيز خاصة للوصول إلى تعميمات للسكنات الخضراء بأقل التكاليف .

الفرع الثاني = معايير التصميم الداخلية الدولية للبناء الأخضر

إنها تتمثل في الترشيد والكفاءة في إدارة الطاقة والمياه و النفايات . من خلال التنسيق العلمي العملي بين أنظمة التحكم الداخلية لهذه السكنات وبين نظام التحكم المركزي للطاقة الكهربائية والمياه والنفايات على مستوى البلدية أو الدائرة أو حتى على مستوى الولاية قليلة التعداد السكاني

الفرع الثالث = الآليات التشريعية لتبني المعايير الدولية للسكنات الخضراء

توضع هذه الآليات إستراتيجية تنمية بعيدة المدى وبمنظرة تكاملية مع حماية البيئة لتتولى بعدها السلطات التنفيذية تطبيقها في صورة قرارات إدارية . وتصرفات تحدث أثراً على البيئة . وإن علمنا أن القطاع العقاري في الجزائر يعيش جدلاً واسعاً بين أهل الإختصاص وأن أزمة السكن مازالت لحد الساعة تشكل هاجساً يهدد بانفجار إجتماعي ، وأن السياسات المتبعة لإحتواء ذلك ليست إلا سياسات ترقيع . فأن الأوان بالمشروع الجزائري إلى التفكير في مستقبل عقاري صديق البيئة من خلال المباني الخضراء كفكر ثقافي عقاري جديد .

المبحث الثاني : التنمية العمرانية المستدامة في إطار البيئة العمرانية الذكية

إن المباني الذكية لحماية البيئة ، تبناه العالم الحديث وهو في الأصل واجهة عمرانية حديثة لظاهرة قديمة ، فمنذ القدم والإنسان يبني مأواه بتصاميم خاصة تأويه وتحميه . ومع مرور الزمن تطورت حياته السكنية مسخراً لذلك العلم والتكنولوجيا . ولكن هذا السلوك العمراني يحتاج إلى الدراسة والتنظيم فهل نسلخ تصاميمه الوردية من العالم الأول و نصمم ذلك على واقعنا البيئي بنسق (copier – coller) ؟ وهل لهذه المباني أثر في حاضرنا المعاري ؟ وكيف هي نظرة المشرع الجزائري لهذا النوع من العمران ؟

المطلب الأول : مفهوم البناء الذكي

من حق الإنسان أن يحلم بثورة في سكنه كي يحوله من جهاد مسرف في إستهلاك الطاقة الناضبة ومؤثر في البيئة إلى منزل ذكي صديق له وللبيئة ، هذا المنزل يحاور صاحبه من خلال تقنيات وآليات تكنولوجية

متطورة ، فينذره بأي خطر في البيت حتى في حالغيابه بإرسال مراسلات إنذار إلى هاتفه النقال ، ويتصل بالشرطة لإعلامهم عن جريمة السرقة في توها . كما يسهل عليه عناء الخدمات المنزلية ، ويؤمن له حياته بتذكيره وقت تناول الدواء واتصاله بمقره أو الحماية المدنية إذا أغمي عليه أو تعرض لأزمة قلبية ، كما يؤمن له ماله الذي يدخره في غرفة لا تفتح بالمفتاح بل ببصاة اليد والعين والصوت. كما يعد صديقاً للبيئة عندما لا يسرف في إستهلاك الطاقة الناضبة بالتحكم في الإنارة الداخلية للمنزل حسب الحركة البشرية وحسب الإضاءة المتسلسلة إلى البيت من الشمس ، وبالتحكم في التدفئة وتكييف الهواء ألياً حسب الجو الخارجي دون الحاجة إلى ضبط يدوي .

الفرع الأول: تعريف المبني الذكي

" المباني الذكية هي المباني التي توفر بيئة سريعة الإستجابة ، وفاعلة ، وداعمة من أجل تحقيق أداء أفضل لمستخدمي المباني " ¹ ، كما عرفها معهد المباني الذكية في الولايات المتحدة الأمريكية " بأنها مباني تدمج فيها أنظمة متعددة بكفاءة عالية لإدارة الموارد والإمكانيات من أجل تعظيم الأداء الفني ، وزيادة العائد ، وترشيد تكلفة التشغيل ، وتحقيق المرونة " ² ، كما تم تعريفها بأنها مباني تتميز بفاعلية وتغير مستمرين ، وكذلك تستجيب لإحتياجات الأفراد وتساعد على رفع كفاءة الإنتاج ، وترشيد الإنفاق ، ومتوافقة بيئياً من خلال التفاعل المتواصل بين المكونات الرئيسية للمباني الذكية وهي البناء والعمليات ، والمستخدمين والإدارة ، وكذا العلاقات المتبادلة بينهم . ³ أما التعريف الذي أقترحه فهو كالآتي : " المباني الذكية هي نسخة حديثة لظاهرة عمرانية قديمة حيث وظف الإنسان أحدث التقنيات العلمية على المبني التقليدي للحصول على أحسن الأداءات الفنية التي حولت هذا الجماد إلى صديق للإنسان والبيئة " .

الفرع الثاني: المباني الذكية بين هندسة التصميم والتقنيات المدمجة بالتصميم

إذا كانت المباني الذكية مشكلة من هيكل وتقنيات مدمجة في هذا الهيكل كشرائح ووسائط إلكترونية ووسائل إتصال وكاميرات وغيرها . فإن التقنية لها أهمية أكبر من الشكل ، لأن الشكل تكمن أهميته في الحفاظ على البيئة الثقافية ، الإجتماعية والاقتصادية أما التقنية فهي صام الأمان لذلك كله من خلال البرمجة والتحكم والتواصل عن بعد ، كأن يتمكن الفرد من خلال مقر عمله غلق نوافذ المبني البعيد عنه وتشغيل المكيف والتنبيه عن الخطر من خلال الشبكة العنكبوتية الموصولة بباقي الوصلات والتجهيزات الإلكترونية . ولذلك نجد عند

¹ - Kell , A ,Intelligent Buildings Now ,Electro-technology , October /November ,pp.26-27.

² - ربيع محمد رفعت أحمد ، تقنيات المباني الذكية ودورها في تدعيم بناء مدن المعرفة ، المدينة المنورة ، العربية السعودية (أستاذ بقسم العمارة بكلية تصميم البيئة بجامعة الملك فهد للبترول والمعادن) Email : rabee@kfupm.edu.sa

³ - Lustig , A , CIB Working group , Meeting heldat international building congressproceedings ,1995

الدول آفاق للإنتقال من المباني الذكية إلى المدينة الذكية، علماً أن الجزائر وإن كانت تفتقد شيئاً من التقنية فإن لها عوامل إنتاج ضخمة كما لها علماء إستفادت من علمهم وتصاميمهم دولاً أخرى¹

المطلب الثاني: تأثير نمط الدراسات الإستراتيجية على المباني الذكية كتنمية عمرانية مستدامة

لقد كشف الواقع الإقتصادي الدولي أن الدول التي أحدثت تطوراً إيجابياً في مجال التنمية وحماية البيئة هي التي وضعت سياسات إستراتيجية بعيدة المدى وكانت خططها التنموية والبيئية مبنية على التكاملية². كما أثبتت التجربة الجزائرية أن الخطط التنموية قصيرة المدى لم توفر للبيئة حماية ولا للتنمية ما كان مأمولاً منها ، وبالكاد وفرت إستقراراً إجتماعياً رغم توافر عوامل الإنتاج إضافة إلى عدم تكامل السياسة التنموية مع السياسة الحمائية للبيئة الذي لم يعطي نتائجاً ترقى إلى التصدي الفعلي للمشاكل الواقعية المعقدة.

الفرع الأول: تأثير الدراسات المعمارية للمباني الذكية المنفصلة عن الدراسات البيئية

إن الجزائر شاسعة المساحة، متعددة البيئات الثقافية³ و الإجتماعية⁴، ولذلك إذا أقمنا دراسات علمية أو صياغات تشريعية أو تنظيمية لهذا النمط العمراني الذي دون أن نتعرض إلى تأثير ذلك على هذه البيئات ، سنجد أنفسنا أمام فوضى عمرانية تخنق بيئاتنا الثقافية والإجتماعية . تماماً كما حدث ويحدث مع السياسة المركزية العمرانية للبناء الريفي الموحد بتوحيد الغلاف المالي الممنوح والتصميم المقترح ، كالية لإمتصاص أزمة السكن دون أدنى دراسة تكاملية مع البيئة .

الفرع الثاني: تأثير الدراسات المعمارية للمباني الذكية المتبوعة للدراسات البيئية

إن درسنا المباني الذكية بشكل متبوع للدراسات البيئية ، نكون قد حكمنا جزء من البيئة المعمارية على البيئة العمرانية ككل و الأبعاد البيئية الأخرى ، وهذا ينشئ فوضى عمرانية. تماماً مثل التصاميم المركزية الموحدة المفروضة على كل الوطن، مما يعطي إنطباعاً بأن هذه الدراسة لم تأخذ بعين الإعتبار تأثيرها المباشر وغير المباشر على الأبعاد البيئية أو أنها جعلت لهذه الأبعاد أهمية ثانوية مقارنة بالأهمية الأساسية وهي التعمير ، أي نصمم ثم بنى المباني الذكية وبعدها ندرس تأثيرها وخدمتها للبيئة ، وحينها تكون هذه الدراسة عقيمة .

¹ - لقد صمم العالم الجزائري لوط بونايطرو مباني ذكية ومدناً ذكية إحتلت المراتب الأولى و حصدت جوائز عالمية

² - التكاملية ويقصد بها أن يكون هناك تكامل بين الدراسات التنموية والدراسات البيئية .

³ - تنوع البيئات الثقافية في الجزائر ناتج عن تنوع الحضارات بها ، ومن هذه البيئات الثقافية نجد على سبيل الذكر لا الحصر: الشاوية ، القبائلية ، التارقية ، المزابية ، الزناتية ، الريفية ، الشنوية ، الشلحية وغيرها

⁴ - المجتمع الريفي يختلف عن مجتمع المدينة ، كما أن مجتمع المدن الساحلية و الداخلية و الصحراوية والحدودية هي بيئات إجتماعية مختلفة . بل حتى المدن المكتظة بالسكان كالعاصمة أو سطيف أو وهران تختلف بيئتها الإجتماعية عن المدن المتوسطة وأصغر النسة .

الفرع الثالث :تأثير الدراسات المعمارية للمباني الذكية التابعة للدراسات البيئية

منطقي أن الثور وصاحبه هو من يجر ويتحكم في المحراث وليس العكس ،فالبيئة تملي شروطها الفلاحية على الفلاح عن نوع المحراث وعمق الحرث وطريقة وزمن الزرع ، ومن هذا الباب يجب أن تكون الدراسات المعمارية للمباني الذكية تابعة للدراسات البيئية ، أي أن البيئة بأبعادها الاقتصادية ،الاجتماعية والثقافية هي التي تتحكم وتملي شروطا على المعماري والمهندس والمقاول المنجز للمباني الذكية كما تملي شروطها على المشرع الذي يترجم ذلك كله إلى تشريعات إلزامية لكل الأشخاص المعنيين بهذا النمط العمراني الحديث .

المطلب الثالث : نظرة المشرع الجزائري إلى المباني الذكية فيالقوانين والتنظيمات

الفرع الأول : نظرة المشرع الجزائري إلى المباني الذكية في القوانين والتنظيمات العمرانية

حتى لا أستغرق وقتاً طويلاً في البحث عن التشريعات والتنظيمات التي إهتمت بهذا النمط العمراني الحديث ، توجهت مباشرة إلى المصالح غير المركزة للوزارات المعنية بالسكن على مستوى ولاية غليزان وهي مديرية السكن والتجهيزات العمومية ، مديرية البناء والتهيئة العمرانية ، مديرية الطاقة والمناجم¹ ، ومن خلال الحوار العلمي مع مسؤولي هذه المصالح تبين أن المشرع لم يعطي لهذه الظاهرة العمرانية نصيباً من الإهتمام عكس العمران الكلاسيكي ، بل حتى المباني العمومية حديثة الإنشاء أو الموجودة على التصاميم والتخات ليست ذكية ، وقد يعزى ذلك إلى أسباب أوجزها في :1 - حادثة كهذا نمط عمراني . 2- أزمة السكن المهددة بإفجار إجتماعي كانت ومازالت دوماً تدفع المشرع إلى البحث عن العلاج الموضوعي لعلاج هذه الأزمة دون وضع إستراتيجية بعيدة المدى ، ولذلك لم يكن من أولويات المشرع هذا النمط العمراني المحافظ على البيئة . 3- المقاربات والمقارنات بين البناء الذكي والبناء الكلاسيكي مازالت لم تتحدد بدقة لاستقطاب الشرائح الاجتماعية.

الفرعالثاني : نظرة المشرع الجزائري إلى المباني الذكية فيالقوانين والتنظيمات البيئية

لم يتناول المشرع صراحة المباني الذكية ،وأشار لها ضمناً، من خلال:1قانون ترقية الطاقات المتجددة في إطار التنمية المستدامة رقم 04/09¹. حيث عرف الطاقات المتجددة بأنها " مجموع الطرق التي تسمح باقتصاد معتبر في الطاقة ، بالجوء إلى تقنيات هندسة المناخ الحيوي في عملية البناء ".ولكن نصوصه لا تقود إلى شراكة مع الأشخاص المعنية بالسكن والتهيئة العمرانية للبناء الذكي.2- القانون التوجيهي للمدينة رقم 06-06² حيث ينص على إعداد المبادئ العامة لسياسة المدينة في إطار تهيئة الإقليم وتتميته المستدامة المنفذة بالتنسيق والتشاور

¹ - مديرية الطاقة والمناجم بإعتبارها مسؤولة عن الطاقات الناضبة و المتجددة من حيث المنشأ والإستعمال ، ومن الطاقات المتجددة نجد الطاقة الشمسية

¹ - القانون رقم 09-04 المتعلق بترقية الطاقات المتجددة في إطار التنمية المستدامة المؤرخ في 14أوت 2004 الصادر بالجريدة الرسمية رقم 52 المؤرخة في 18 أوت 2004 (من خلال الفقرة الثانية من المادة الثالثة)

² - القانون رقم 06-06 المتضمن القانون التوجيهي للمدينة المؤرخ في 20 فيفري 2006 الصادر بالجريدة الرسمية رقم 15 المؤرخة في 12 مارس 2006

مع مختلف القطاعات والفاعلين المعنيين انطلاقاً من خيارات محددة من الدولة ومنفذة في إطار اللاتمركز واللامركزية والتسيير الجوّاري . بمعنكّل الأشخاص ينفذون ما توصلت إليه الدولة من خيارات ثم يدرسون تأثير ذلك على البيئة والتنمية المستدامة . لتُقر بأنّ نظرة الدولة حيال هكذا موضوع ليست مبنية على التكميلية بنظرة التبعية الإيجابية ، بل هي مؤسسة على التبعية السلبية ، أي حماية البيئة تابعة لسياسة المدينة .

الفرع الثالث : المرصد الوطني للمدينة بين الواقع والمستقبلاّ ممول لبناء مدن ذكية.

إنّ المرصد الوطني للمدينة المنصوص عليه في المادة 26 من القانون التوجيهي للمدينة رقم 06-06 نعلق عليه آمالا كبيرة بالمساهمة في إنشاء المدن الذكية في إطار حماية البيئة ، وذلك لما له من صلاحيات أبرزها : 1- إعداد دراسات حول تطور المدن . 2- تقديم إقتراحات و تدابير إلى الحكومة لترقية السياسة الوطنية للمدينة 3- إقتراح إطار نشاط يسمح بمشاركة وإستشارة المواطن على الحكومة . 4- المساهمة في ترقية التعاون الدولي . فهو حلقة وصل قانونية بين السلطة التنفيذية وبين المواطن ليشارك ويستشار ، إضافة إلى إعداد دراسات تقنية حول المدينة والإحتكاك دولياً بما يخدم الصالح العام للمدينة الجزائرية ويحقق التنمية المستدامة ويضمن حماية البيئة . ولكن هذا المرصد الذي نعلق عليه آمالاً في بناء مدن ذكية لم ينشأ بعد ، لأنّ تنظيمه أحاله القانون إلى التنظيم الذي مزال لم يصدر بعد . وفي انتظار صدور هذا التنظيم يبقى هذا النص القانوني جامداً .

خاتمة

يحتاج البناء الذكي إلى وقفة علمية بين أهل العلم ورجال القانون والتشاور والحوار بين كل الأشخاص المعنية بهكذا بناء ، ليس من منطلق الإنهار بما وراء البحار فنسلك منه نسخاً تدمر بيئتنا الإجتماعية والثقافية ، بل ننحت من واقعنا الإجتماعي والثقافي تصاميم معاصرة تحمي بيئتنا وتحافظ على جذورنا الثقافية . ولذلك على المشرع أن يسير بالتوازي مع هذه الظاهرة لإنفاذ مشاريع تنموية بعيدة المدى ، لا أن يدير لها ظهره بالتفوق على المباني التقليدية بداعي الحلول المؤقتة لأزمة السكن التي ليست إلى ترفيعاً وعلاجاً موضعياً ، ولا بتجميد النصوص بإجالات إلى التنظيم الذي لا يرى النور كالمرصد الوطني للمدينة ، أما فيما يخص العمران الأخضر- صديق البيئة فلا يمكن الحديث عن ثماره دون إسقاط ذلك على راحة الإنسان في سكنه والتي لها عتبات قياسية تقنية عالمية ، وحيث ليس من السهل الموازنة بين هذه الراحة وبين الحوكمة والترشيدي في إدارة الطاقة والمياه و النفايات ، فمن الضروري تدخل المشرع لتنظيم السكنات الخضراء لما لها من أهمية بالغة في حياة المواطن من جهة وتعكس إيجاباً على معايير التنمية الداخلية للدولة الإقتصادية ، الإجتماعية وحتى الثقافية .

الفشل الدولاتي في ليبيا بين الحثيات والتداعيات*
بالجيلالي محمد- باحث دكتوراه- جامعة الجزائر (03)

ملخص:

اجتاحت منطقة شمال أفريقيا موجات من الثورات الشعبية مع بداية العشرية الحالية مطالبة بضخ دم جديد في دواليب الحكم وتحقيق الاحتياجات المجتمعية حيث كانت أولى موجاته بثورة الياسمين على خلفية حادثة البوعزيزي لتتوسع رقعة الاحتجاجات في المنطقة استلهاها بما حققت ، ثم تلتها ثورة 25 يناير في مصر- ثورة 17 فبراير في ليبيا، والتي غيرت البيئة الإقليمية وتوازنتها. ونظرا لأهمية الأمن الإقليمي في الحفاظ على الأمن الداخلي والذي ظلت مختلف الوحدات السياسية المكون للمجتمع الدولي توليه أهمية بالغة ، وتعتبر أي تحول في فضاءها الإقليمي تهديدا لأمنها القومي ، ونظرا لتباين ردود أفعال النظم القائمة في الثورات الثالثة فقد استجابت كل من تونس ومصر للمطالب الجماهيرية غير أن ردة فعل النظام الليبي تمخض عنها حرب أهلية بين كتائب العقيد معمر القذافي والمليشيات المسلحة المناوئة له مما ولد دولة فاشلة في المنطقة خلفت مجموعة من التداعيات سواء في البيئة الداخلية أو الإقليمية و الدولية في ظل تنامي نشاط المجموعات الإرهابية بمختلف مسمياتها من القاعدة في بلاد المغرب الإسلامي إلى مجموعات داعش في شرق ليبيا ، بالإضافة الى التهديدات اللاتماثلية وهجرة غير شرعية ، وتجارة المخدرات والاتجار بالبشر- وغيرها بالإضافة إلى تنافس القوى الكبرى والصاعدة على موارد المنطقة تحت ذريعة الحرب على الإرهاب كله قنابل موقوتة باتت تهدد الأمن الإقليمي بمختلف أبعاده.

Abstract

Swept North Africa waves of popular revolts with the current decimal beginning claim to inject new blood in the spokes of governance and societal needs, where the first Mujath revolution jasmine on the back of Bouazizi incident to expand the scope of the protests in the region Inspired including achieved, then followed by the January 25 revolution in Egypt revolution 17 February in Libya, and that changed the regional environment and balances. Due to the importance of regional security in maintaining internal security, which remained the various political units component of the international community taking utmost importance, and considers any shift in the regional-space threat to national security, due to the differing reactions of the existing systems in the third revolutions have responded to both Tunisia and Egypt, the mass of the demands is that the

* تاريخ إيداع المقال: 2016/12/15

تاريخ تحكيم المقال: 2016 / 12/19

rose Libyan regime did resulted in the civil war between the battalions of Colonel Muammar Gaddafi and armed militias opposed to him than a failed state was born in the region left a range of consequences, both in the domestic environment, regional and international in the light of the growing activity of terrorist groups of various denominations from al-Qaeda in the Islamic Maghreb to Daesh groups in eastern Libya, in addition to the asymmetric threats and illegal immigration, and drug trafficking, human trafficking, etc. in addition to the big power rivalry and emerging on the resources of the region under the pretext of the war on terror the whole time bombs threatening regional security and its various dimensions

مقدمة:

اجتاحت منطقة شمال أفريقيا موجات من الثورات الشعبية مع بداية العشرية الحالية مطالبة بضخ دم جديد في دواليب الحكم وتحقيق الاحتجاجات الجمعية حيث كانت أولى موجاته بثورة الياسمين على خلفية حادثة البوعزيزي لتتوسع رقعة الاحتجاجات في المنطقة استلهاما بما حققت، ثم تلتها ثورة 25 يناير في مصر- فثورة 17 فبراير في ليبيا، والتي غيرت البيئة الإقليمية وتوازنتها. ونظرا لأهمية الأمن الإقليمي في الحفاظ على الأمن الداخلي والذي ظلت مختلف الوحدات السياسية المكون للمجتمع الدولي توليه أهمية بالغة، وتعتبر أي تحول في فضاءها الإقليمي تهديدا لأمنها القومي، ونظرا لتباين ردود أفعال النظم القائمة في الثورات الثالثة فقد استجابت كل من تونس ومصر للمطالب الجماهيرية غير أن ردة فعل النظام الليبي تمخض عنها حرب أهلية بين كتائب العقيد معمر القذافي والمليشيات المسلحة المناوئة له مما ولد دولة فاشلة في المنطقة خلفت مجموعة من التداعيات سواء في البيئة الداخلية أو الإقليمية و الدولية في ظل تنامي نشاط المجموعات الإرهابية بمختلف مسمياتها من القاعدة في بلاد المغرب الإسلامي إلى مجموعات داعش في شرق ليبيا، بالإضافة الى التهديدات اللاتماثلية وهجرة غير شرعية، وتجارة المخدرات والاتجار بالبشر وغيرها بالإضافة إلى تنافس القوى الكبرى والصاعدة على موارد المنطقة تحت ذريعة الحرب على الإرهاب كله قنابل موقوتة باتت تهدد الأمن الإقليمي بمختلف أبعاده.

وفي ظل هذه التطورات الخطيرة تباينت ردود أفعال الدول الإقليمية والدولية حيال ما جرى في ليبيا والتي أنبأت ببروز دولة فاشلة صارت عبء على المنطقة وأمنها واستقرارها وأبانت عن انكشاف أمني في المنطقة ويهدد بالاختراق من قبل قوى دولية طامعة في ثروات المنطقة مما زاد الوضع تعقيدا.

وهذا ما تطرقت له هذه الدراسة الموسومة بـ **الفشل الدولاني في ليبيا بين الحثيات والتداعيات** من خلال محورين سرد المحور الأول إلى أسباب الفشل الدولاني في ليبيا، أما المحور الثاني ناقش تداعيات فشل الدولة الليبية .

وانطلاقا من ذلك تطرح الدراسة المشكلة البحثية الواردة : ما هي تأثيرات الفشل الدولاني في ليبيا على أمن واستقرار منطقة شمال أفريقيا؟

المحور الأول:أسباب الفشل الدولاقي في ليبيا.

تزاوجت مجموعة من الأسباب المحلية والإقليمية منها والخارجية لتؤد فشل الدولة في ليبيا فالأسباب المحلية تفرعت إلى مجموعة من الفواعل من السيورة التاريخية إلى طبيعة النظام القائم ونمط القيادة، إلى البناء الاجتماعي والهيكلي الاقتصادي والمكون الثقافي والهوياتي، زيادة على المستويات الخارجية من الأوضاع الجوسياسية في المصريح العالمي والتوازنات الإقليمية التي بدأت على ما يربو عن عقدين من الزمن وتسارعت وتيرته في بداية العشرية الجارية، وفيما يلي تعرض هذه الدراسة على الأسباب الداخلية والخارجية التي شكلت البيئة الحاضنة لتفشي مؤشرات وعوامل فشل الدولة الليبية إن لم تكن حالة اللادولة.

1-الأسباب الداخلية:

تَشَعَّبَت الأسباب الداخلية التي خلّفت فشل الدولة في ليبيا وصارت تشكل تهديدا للأمن والسلم الداخلي والإقليمي وحتى الدولي والتي شملت طبيعة النظام السياسي الليبي ونمط القيادة منذ تولي العقيد معمر القذافي سدة الحكم في البلاد، ودور المعطى القبلي والاثني في مختلف التطورات التي شهدتها ليبيا إضافة إلى طبيعة الاقتصاد الليبي الذي ظل يعتمد على الربوع النفطية، وارتأت الدراسة تقسيمها إلى أسباب سياسية وأمنية وأخرى اقتصادية واجتماعية.

أ-الأسباب السياسية والأمنية:

بالرجوع إلى السيورة التاريخية خضعت للحكم العثماني ابتداء من 1551 حتى 28 من سبتمبر 1911 عندما أعلنت إيطاليا الحرب على تركيا، واحتلت سفنها طرابلس وبنى غازي، لتختتم بالتوقيع على معاهدة أوشي في سويسرا عام 1912 م لتدخل ليبيا في مرحلة جديدة من الاستعمار الإيطالي، وبعد نهاية الحرب العالمية الثانية ودخول القوات الحليفة إلى ليبيا خضعت برقة طرابلس للإدارة العسكرية البريطانية المباشرة وفزان للإدارة العسكرية الفرنسية، وفي عام 1947 تم تشكيل لجنة رباعية مكونة من إيطاليا وبريطانيا وفرنسا والولايات المتحدة الأمريكية قصد تنظيم استفتاء حول تقرير المصير، حيث في 24 كانون الأول عام 1951 أعلن عن استقلالها تحت نظام ملكي فيدرالي، ثم أعلن عن دولة موحدة.¹

ولم يستمر الحكم الملكي طويلا حيث تعرض لانقلاب عسكري عشية الفاتح من نوفمبر 1969 من قبل مجموعة من الضباط الأحرار الودوديين بقيادة الملازم أول معمر القذافي الذي تمخض عنه قيام سُمي جمهوري، وتم تشكيل مجلس قيادة الثورة برئاسة القذافي ليخلف كافة المؤسسات السالفة لتدخل ليبيا في مرحلة جديدة. واقتداء بالجارة الشرقية مصر تبنت مجموعة الانقلاب نظام الحزب الواحد تحت مُسمى الاتحاد الاشتراكي، ثم تم التخلي عليه بعد عامين عقب إعلان القذافي ثورته الشعبية، ثم في الحقبة ذاتها (السبعينيات) أخذ يجسد

¹ - دنيا الأمل إسماعيل، "إشكالية الإصلاح في النظام السياسي الليبي"، الحوار المتعدد، العدد 12، 2010/07/3061. مأخوذ من الموقع: <http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=222083> تاريخ الاطلاع 2015/04/30: الساعة 13:51.

أفكاره الواردة في الكتاب الأخضر والدفاع عن نظريته العالمية الثالثة التي اعتبرها مسلك ثالث بين الرأسمالية والاشتراكية، والتي تمثل الديمقراطية المباشرة عبر المؤتمرات واللجان الشعبية واعتبار الأحزاب السياسية عار يجب تجنبه.¹

وفي الفترة ذاتها (السبعينيات) عدّل اسم ليبيا من الجمهورية العربية الليبية إلى الجماهيرية العربية الشعبية الاشتراكية ألحق بها العظمى عقب الهجمات الأمريكية على باب العزيزية عام 1986 م.²

غير زخم المعارضة ارتفع بداية من النصف الثاني من الثمانينيات وزادة وتيرة الانقلابية العسكرية للتخلص من القذافي تحت قيادة الجبهة الوطنية لإنقاذ ليبيا العام 1986 م وانقلاب قاده فايد إبراهيم فايد العام 1987 إضافة إلى محاولة أخرى لمجموعة شباب من قبيلة المزاريع المعروفة بعدائها لقبيلة القذافة التي ينحدر منها القذافي، كانت آخر محاولة انقلابية عام 1993 م.³ رغم القبضة الحديدية للقذافي على مجمل الحياة السياسية والأمنية توالى المحاولات الانقلابية ضده غير أنها باءت كلها بالفشل.

أما سياسة ليبيا الخارجية التي اتسمت بالتبدل والتلون بأكثر من لون فخلال سبعينيات القرن الماضي اصطبغت بصبغة العروبة والوحدة العربية، غير أن تردي العمل الجماعي العربي على خلفية التطبيع مع إسرائيل من قبل بعض الدول العربية حول دائرة اهتمام القذافي في سياسته الخارجية نحو الدائرة الأفريقية مما ولد مسارات تأزمية في علاقات ليبيا العربية على مستواها الثنائي.

فحصلة أكثر من أربعة عقود تحت مظلة فلسفة الكتاب الأخضر قضت على كل الوسائط الممكنة بين الداخل والمحكوم فيما يخص الأحزاب السياسية، أو جمعيات المجتمع المدني أو حرية الاعلام، مما خلف خلا بانيويا في النسق السياسي الليبي أدى إلى عدم قدرته على التكيف مع تغيرات البيئتين الداخلية والخارجية، وهو ما بدا جليا عشية القضاء على نظام القذافي بمقتله.¹

فظام الجماهير القائم على اللجان الشعبية والمؤتمرات الشعبية التي اعتبرت القذافي أدوات للديمقراطية المباشرة ولدت فراغا مؤسساتيا وخلقت بيئة الديكتاتورية وتفشي الفساد والأجهزة الأمنية الموازية للجيش النظام التابعة لأنبائه كانت أداة في يد ملك ملوك أفريقيا لإحكام قبضته على الشعب والأرض الليبية بإجراءات قسرية.²

وظلت الأمور تراوح مكانها حتى بداية العشرية الحالية، حيث اجتاحت موجات ما سمي بالربيع العربي منطقة شمال أفريقيا على خلفية اقدام الشاب الجامعي البطل محمد البوعزيزي النار في جسد في تونس لتنتقل ألسنة

¹ - علي عبد اللطيف أحيدة، "الأصوات المهمشة: الخضوع والعصيات في ليبيا أثناء الاستعمار وبعده"، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2009، ص 137.

² - حميدة ننع، "تسع عشر عاما على الثورة الليبية من مرحلة الوحدة ... إلى الجماهيرية"، مجلة التضامن، فرنسا العدد 282، 1988/09/05.

³ - جريدة الرأي، الأردن، العدد 3078، 1993/04/30.

¹ - أحمد إدريس، "الأزمة الليبية و تداعياتها على منطقة المغرب العربي"، مركز الدراسات المتوسطة والدولية، العدد 6 سبتمبر 2011، ص 03.

² - الاحتجاجات الشعبية في شمال أفريقيا والشرق الأوسط (7): فهم الصراع في ليبيا، تقرير الشرق الأوسط رقم 107 - 6 جوان 2011.

النار وتطرق باب العزيزية وتحرق كرسيا عمر أزيد من أربعة عقود ،وتدخل ليبيا في مرحلة جديدة ظن كثرا من المتتبعين أنها شعاع فجر جديد غير أنها أبانت عن قطع من الليل الأسود فكك الدولة الليبية وقضى- على مأسسة الدولة فيها في ظل تغول الميليشيات المسلحة على الساحة الليبية.

ب-الأسباب الاجتماعية والاقتصادية:

عند استنطاق تركيبة المجتمع الليبي يلاحظ أن القبيلة الركن الركين في البناء الاجتماعي نظرا للعلاقة الوثيقة بين الفرد والقبيلة مما شكل أزمة هوية وتغلغل للدولة في المجتمع الليبي ،حيث تقدر نسبة شعور الانتماء القبلي في ليبيا بـ 90% والتي تقدر بأكثر من 140 قبيلة ،ولعبت دورا بارزا في مجمل محطات تاريخ ليبيا ودرجة تأثيرها على النسيج الاجتماعي والمعطى السياسي.¹

وتعتبر الظاهرة القبلية ظاهرة تمتاز بها جل المجتمعات ولم تكن يوما معضلة مهددة لكيان الدول كونها نتاجا طبيعيا ،غير أن التوظيف السياسي في دولة ما بعد الاستعمار في سائر دول ما بعد الاستعمار ومنها ليبيا أفرزت اختلالات بنيوية في مجتمعات ظلت القبائل بها تعيش في وُدِّ لملايين السنين إلا بعدد الحالات المعزولة.

فرغم اعتبارها جرما في اديولوجية القذافي إلا أنه استعملها في تكريس استمراريته في السلطة من خلال قبيلته القذافذة ،أو عن طرق بناء شبكة من العلاقات مع قبائل أخرى مما أدى إلى تمايز مناطقي ولّد صراع بين الشرق ليبيا وغربها خصوصا في توزيع الربوع النفطية غير العادل ،مما ولّد احتقانا اجتماعيا خطيرا بين مقاطعات شرق البلاد وغربها ساحلها وصحرائها ،ولا غرابة أن تحتضن مدن شرق ليبيا الثوار ضد النظام الملكي ثم تعاقب ثورة 17 فبراير 2011 وتُشعل شرارات اللهب التي أحرقت ابن جهمم ،وحتمًا سوف تدلو القبيلة بدلوها في مختلف المحطات القادمة من مستقبل ليبيا.¹

أما المعطى الاقتصادي التي يُعتبر مُعطاها ما في كسب تأييد الجبهة الاجتماعية وتأييدها للنظام من عدمه ،وبحكم طبيعة الاقتصاد الليبي المعتمد على الربوع النفطية ذو الجودة العالية على غرار الوفرة كان من الممكن أن ينقل ليبيا إلى مصاف الدولة المتقدمة لو وُظف بشكل عقلاني رشيد ،غير أنه كان نقمة على شعبها في ظل استفحال الفساد في كامل مفاصل الدولة واستئثار فئة قليلة من الليبيين به من عائلة القذافي خصوصا أبناءه وقبيلته والبطانة المقربة منه ،وأدمنوا على حرق دولاراته في البذخ وظلوا قابعين في غرف شهر العسل وتورطوا في عدّة ملفات إقليمية و دولية كانت وبالاً عليهم وعلى الشعب الليبي.

ورغم ارتفاع دخول الخزينة الليبية بعد رفع الحصار الغربي وارتفاع أسعار النفط في الأسواق العالمية حيث تقدر أرصدة النظام الليبي ما يفوق 200 مليار دولار من عوائد النفط ،علاوة على دخول الخزينة الليبية ما يربو عن

¹-بكيل نت ،"القبيلة وطبيعتها "،مؤتمر قبائل بكيل العام (بكيل نت) ،مأخوذ من الموقع: [http:// www.bakeel.net.p.2](http://www.bakeel.net.p.2) ،تاريخ الاطلاع:2015/09/12 على الساعة 18:02.

- الديمقراطية ويب ،تأثير القبيلة على العملية السياسية في ليبيا : دراسة حالة لقبول و بعد ثورة فبراير 2011.¹

50 مليار دولار سنويا غير توزيع هذه الثروة ظل يكرس الطبقية والمناطقية رغم تأكيد بعض التقارير الدولية على الثراء النسبي للعشب الليبي مقارنة مع شعوب المنطقة.¹

غير أن سياسة الخوصصة التي تبناه النظام بداية من 2006 م قضت على الطبقة الوسطى بإيعاز من صندوق النقد الدولي فارتفعت أسعار المواد الأساسية بشكل جنوني رغم الزيادات في الأجور، فرغم المؤشرات الجيدة في التنمية البشرية ونصيب الفرد من الدخل القومي، حيث احتلت المركز (55) في تقرير 2009 ثم المركز (52) عام 2010 م على المستوى العالمي وظلت تحتل المركز الأول على المستوى الأفريقي في التنمية البشرية²، إلا هذا لا يعكس بحق البيئة الداخلية المعاشية والتي كانت أقوى العوامل الداخلية المفجرة لثورة 17 فبراير 2011 م وسببا فيما آلت إليه الأوضاع في ليبيا بعد ثورة وولدت فشلا دولانيا.

* الأسباب الخارجية:

تعرّزت العوامل الداخلية السالفة الذكر بنظيرتها الخارجية التي تمخض على الفشل الدولاتي في ليبيا وفيما يلي تورد الدراسة جملة العوامل الخارجية التي أسهمت في رسم ملامح الفشل الدولاتي في ليبيا:

* السياسة الخارجية الليبية:

بنى القذافي سياسته الخارجية على السعي لبلمرة القومية العربية ووحدتها، والدفاع على القضايا التحررية وتقرى مصير الشعوب المستعمرة و مناهضة الامبريالية اقتداء بالجارة الشرقية (مصر)، وهو ما ردهه القذافي في خطابه من أن جمال عبد الناصر عهد إليه بأمانة الوحدة العربية بعد وفاته، وبالتالي انجر على ذلك مجموعة من التوجهات في السياسة الخارجية للقذافي التي ألقت به في جملة من المغامرات على الساحتين الإقليمية والدولية.¹

ومنذ ذلك الوقت كانت توجهات القذافي حيال العالم الخارجي يسودها التبدل والتناقض انجر عنها توترات وأزمات سياسية وحروب وحصار وعقوبات، انطلاقا من دول الجوار إلى أفريقيا إلى القوى الكبرى، فنشبت حرب بين ليبيا ومصر عام 1977 م من دون أسباب مقنعة، وكادت أن تندلع مع الجارة الغربية (تونس) عقب أحداث القفصة.² ومع الجارة الجنوبية (تشاد) نشبت حرب لأسباب واهية، إضافة إلى تورط القذافي في النزاع السوداني من خلال إيواء جماعات مسلحة ضد الحكومة السودانية في الجنوب قبل انفصاله إضافة إلى الضلوع

- نظرة في ثورات عام 2011 في شمال أفريقيا وتداعياتها، تقارير مركز الجزيرة للدراسات، 12/07/2011، ص 03.¹
- فنجي محمد أمية، التنمية البشرية: المفاهيم ومؤشرات القياس، دراسة حالة ليبيا، أطروحة دكتوراه في العلوم السياسية بجامعة الجزائر، 2008، ص 40-46.²

¹- Patrick Haemzadeh, *Au cœur de la libye de kadhafi*, Paris: j lattés, 1^{er} éd. 2001.

- البهلول اشتيوي، "ثمن الحرية: ليبيا و السنوات العجاف"، منتدى المعارف، بيروت، ط1، 2013، ص 116.²

في الكثير من الانقلابات و محاولات اغتيال رؤساء على غرار محاولة الانقلاب على الملك المغربي الحسن الثاني، ومحاولة اغتيال الملك السعودي عبد الله بن سعود.¹

إضافة إلى دفع الأسطول السادس الأمريكي إلى توجيه ضربات لليبيا خلال مناورات النجم الساطع قبالة خليج سرت، وحادثة الملهي الليبي في ألمانيا الذي أدى إلى مقتل ثلاثة جنود أمريكيين أدى إلى قصف الولايات المتحدة الأمريكية لطرابلس، وقضية لوكربي و حادثة سقوط الطائرة الفرنسية (A.T.A.772) التي أدت بالأسرة الدولية بفرض حصار على ليبيا دام أزيد من ثمانية سنوات²، زيادة على عبارات السب والشتم والإهانة لرؤساء الدول في تصريحات إعلامية أو قمم الأمم المتحدة وجامعة الدول العربية وغيرها يصنفهم بالغباء والتأمر والخبث وغيرها.

كل هذه السياسات والتصرفات ولدت له أعداء كثر في الأطر الإقليمية العربية والأفريقية والدولية، والتي لم تفوت فرصة للقضاء عليه بعد ثورة شعبه عليه وبالتالي رهن مستقبل الدولة الليبية في يد فواعل إقليمية ودولية مصلحية.

*الحراك العربي:

ظلت أغلب الأنظمة السياسية في منطقة شمال أفريقيا مُتمنعة عن أية تحولات ديمقراطية حقيقية في مختلف موجات التحول الديمقراطي في العالم، ومن غير المتوقع بزغ شعاع فجر جديد في سواحل تونس لينتقل عبر كرات البيلارد إلى كافة منطقة الشمال الأفريقي وأسقطت عروش ظنت أنها ممانعة حصونها، ووحّدت الجماهير هتافها الذي طالما فرقته الساسة في عبارة "الشعب يريد إسقاط النظام"، حيث برهنت الثورات على نقلة نوعية في أساليب وتكتيكات المطالبة، ففي العصور الغابرة اقترنت الثورات بالعنف والدماء لكن الربيع العربي شكل عهدا جديدا في إزالة الرؤساء وأبت إلا أن تختار الأسلوب الراقي لمقاومة أنظمة ظلت عبر فترات تقطع نصيبا وافرا من موارد الدولة للتسلح وتعد العدة لثورة شعوبها، لأنها فشلت أو خسرت جل إن لم نقل كل الحروب الخارجية.¹

فالحراك الشعبي الذي قطف الشعب التونسي ثماره بثورة الياسمين، وشباب ثورة 25 يناير في مصر حرك ملهم ثورة 17 فبراير في ليبيا "فتحي تريل"، ورغم عامل القرب الجغرافي إلا أن خصوصية ليبيا ونظامها حمل تباين درجة الاستجابة للنظم الثلاث، ففي الثورتين التونسية والمصرية استجاب النظامين للمطالب الشعبية في

¹ - نفس المرجع، ص 117.

² - أحمد السيد النجار، "قضية لوكربي و مستقبل النظام الدولي"، بيروت: مركز دراسات العالم الإسلامي، 1992، ص 79.

¹ - علي حرب، "ثورات القوة الناعمة في العالم العربي: من المنظومة إلى الشبكة"، البار العربية للعلوم ناشرون، ط 2 جديدة، 2012، ص. ص 9-7.

ظل حياد المؤسسة العسكرية، إلا أن تعنت القذافي ورفضه لمطالب شعبه أدى إلى عسكرة الثورة الليبية، مما ولد فوضى سلاح وأبان عن فشل الدولة.¹

باتت العولمة ونواتجها من الوقائع الافتراضية وشبكات العنكبوتية أداة تعبئة وتحجيد وصنع رأي عام عربي ودولي لتكوين تجمعات افتراضية دلت بدلوها في مسارات الثورات العربية حيث دعت الجماهير الليبية عبر مدونة الكاتب الليبي "جمال الحاجي" إلى يوم غضب في 17 فبراير 2011 م والمطالبة لرحيل النظام.²

*التدخل الإنساني:

تباينت ردود أفعال أنظمة شمال أفريقيا حيال المطالب الجماهيرية بين الاستجابة والرد بالقوة وهو ما تجلّى في الحالة الليبية، حيث استخدمت كتائب القذافي القوة المفرطة، مما ولد موقفا شاجبا في البداية تطور سريعا إلى تدخل إنساني.

فإخفاق نظام القذافي في حلحلة الأزمة وطبيعة الاستجابة التي واجه بها المظاهرات الشعبية خصوصا في شرقي ليبيا، سرعان من تحولت إلى حرب مفتوحة استخدم فيها الأسلحة الثقيلة أنجر عنه تدخل قوى خارجية تجلّت بسقوطه وفتح الباب على مصراعيه للانهيار المؤسساتي وبات يهدد مستقبل ووحدة الدولة الليبية.³

وبخلاف الحالتين التونسية والمصرية جاء الرد الخارجي سريعا من قبل جامعة الدول العربية الذي دعا مجلس الأمن الدولي لتحمل مسؤوليته حيال تدهور الأوضاع وانتهاكات حقوق الانسان في قبل القوات الموالية للعقيد القذافي من خلال تبني القرار رقم 7298 بتاريخ 02 مارس 2011 م، ودعم قراري مجلس الأمن الدولي رقم 1970 و 1973.¹

غير أن السلوك التدخلّي للناتو لاعتبارات إنسانية أو بمقتضى- أخلاقي جعلها محل شك في شرعيته والمساس بسيادة الدول، إضافة إلى ازدواجية في المعايير والانتقائية في التدخل حيث سارع إلى التدخل في ليبيا غير أن امتنع عن ذلك حيال انتهاكات إنسانية في عدة دول وبالتالي فهدفه مصلحي ملفوف بالبعد الأخلاقي إضافة إلى خطر التدخل العسكري على المدنيين.²

¹ - خالد حنفي علي، "الانتفاضات المتتالية: انهيار النظم السياسية في المنطقة العربية"، مجلة السياسة الدولية، المجلد 46، العدد 184، أبريل 2011، ص 57.

² - زياد عقل، "الأزمة الليبية من الاحتجاج السلمي إلى التدخل الدولي"، القاهرة، ملف الأهرام الاستراتيجي، عدد 196 أبريل 2011، ص 45.

- سليمان العودة، أسئلة الثورة، بيروت: مركز نماء للبحوث و الدراسات الإنمائية، 2012، ص 159.³

<http://www.un.org/en/> //خصوص القرارات الثلاثة على موقع منظمة الأمم المتحدة على الرابط التالي:¹

- أندريس فوج راسموسن، "الناتو والربيع العربي"، الشرق الأوسط، 03 يونيو 2011.²

ومن ثمة كان التدخل الإنساني للئاتو أحد المتغيرات التي مهدت الطريق لتفريخ الميليشيات المسلحة وتصارع مختلف الفواعل السياسية ما بعد القذافي على المتوقع في الخريطة السياسية المستقبلية في ليبيا بدافع المصالح الشخصية والقبائلية والمناطقية الضيقة ذات الامتدادات الإقليمية والدولية.

المحور الثاني: تداعيات فشل الدولاقي في ليبيا.

استطاع ثوار ليبيا حسم المعركة ضد القذافي لصالحهم بمساعدة الضربات الجوية للئاتو بعد حرب دامت ثمانية أشهر تمخض عنها مقتل القذافي لتطوي ليبيا صفحة دامت أزيد من أربعة عقود غابت فيها هيكلية مؤسساتية تستطيع قيادة ليبيا ما بعد القذافي إلى بر الأمان، وشوّهت البنى الاجتماعية والمعالن الثقافية مما أدى إلى وأد العملية التحولية منذ ولادته وتنبأ بميلاد دولة منهرة في منطقة شمال أفريقيا تولد مجموعة من التداعيات الداخلية والإقليمية التي تشكل تهديد للأمن المحلي والإقليمي، وفيما يلي تتطرق الدراسة إلى تداعيات فشل الدولة الليبية على المستوى الداخلي وكذا الإقليمي:

1-تداعيات فشل الدولة الليبية على المستوى الداخلي :

لم تستطع الفواعل المتحكمة في الساحة الليبية من استصدار عقد اجتماعي جديد يمكنها من الخروج من حالة اللادولة والولوج إلى إعادة مؤسسة الحياة السياسية والأمنية، ويتطرق هذا العنصر- إلى التداعيات السياسية والأمنية وكذا الاجتماعية الاقتصادية.

أ-التداعيات السياسية والأمنية:

مرّت أكثر من خمسة سنوات على سقوط نظام القذافي وما تزال الصراعات السياسية مكتسية طابع الشرعية الثورية مقابل الشرعية السياسية تُحتم على مجمل الساحة السياسية في ظل تفكك المؤسسات أو انعدامها وتغوّل الميليشيات المسلحة على مختلف الحكومات المتعاقبة ما بعد القذافي وفلول النظام السابق، وأهم ما ميزها هو تعثر عملية بناء مؤسسات سياسية وعملية الانتقال الديمقراطي رغم تشكيل المجلس الوطني الانتقالي بهدف توجيه مسارات الثورة وبلوغ أهدافها، وإعلانه عن خارطة طريق لمستقبل ليبيا من خلال ميلاد الوثيقة الدستورية في أوت 2011 م، وتحديد تاريخ 07 جويلية 2012 م تاريخ انتخاب مجلس وطني جديد (المؤتمر الوطني العام) واختيار السيد عبد الرحيم الكيب رئيسا للحكومة الانتقالية في 31 أكتوبر 2011 م.¹

¹ -عبد العظيم جبر حافظ، "التطورات السياسية في ليبيا على اثر ثورة 17 /شباط / 2011: (رؤية سياسية تحليلية)"، جلة المستنصرية للدراسات العربية والدولية، العدد 38، ص 114.

وبالفعل تم إجراء الانتخابات في موعدها المحدد والتي تمخض عنها حصول تيار ليبرالي على المرتبة الأولى وتلاها حرب العدالة والبناء الذراع السياسي لحركة الاخوان المسلمين التي تنافست على 80 مقعدا في حين خصصت 120 مقعدا للقوائم المستقلة.¹

غير أن الولاءات غير المعلنة للنواب الـ 120 أدى إلى استقطابات داخل المؤتمر الوطني العام بين التيارات المنافسة وسعيها لفرض أجندات قبلية وفتوية و جهوية ،وزادت حدته بعد التحسين الدستوري لقانون العزل السياسي في 11 أبريل 2013.² وتزامن هذا مع الانفلات الأمني الخطير خصوصا في العاصمة طرابلس ومدينة بنغازي شرقي ليبيا ،غير أنه في منتصف عام 2014 دخلت ليبيا في حرب شاملة عقب إقدام اللواء المتقاعد خليفة حفتر على إطلاق ما سماها عملية الكرامة لتطهير ليبيا من الإرهاب حسب وصفه وهدد أعضاء المؤتمر الوطني العامة والحكومة المنبثقة عنه بالاستقالة أو الاعتقال.³

وبغية لحلحلة الأزمتين السياسية والأمنية أُجريت ثاني انتخابات برلمانية بعد رحيل القذافي بتاريخ 22 أبريل 2014 التي شهدت صعود تحالف القوى الوطنية المدعوم بالفيدراليين على حساب التيار الإسلامي التي لاقت ترحيبا دوليا ،وأشخب عقيلة صالح قويدر المحسوب على نظام القذافي رئيسا للبرلمان الذكف عبد الله الشني لتشكيل الحكومة.⁴

ونظرا لتردي الأوضاع الأمنية في طرابلس وبنغازي الاغتيالات التي طالت العسكريين السابقين والقضاة والإعلاميين ،أعلن البرلمان الجديد تحويل مقره إلى مدينة طبرق ورفض حضور جلسة الاستلام والتسليم في العاصمة طرابلس في خرجة مخالفة لللائحة الدستورية (لائحة فبراير) وعقد جلساته في طبرق⁵، حيث لاقى هذا القرار رفضا من قبل المؤتمر الوطني العام الذي تقدم بشكوى إلى المحكمة العليا الدستورية التي قضت بعدم شرعية جلسات برلمان طبرق ،إضافة إلى عدم دستورية قانون الانتخابات وبالتالي إلغاء العملية الانتخابية و نتائجها ،وهو ما رفضه البرلمان الجديد¹.

وأمام كل هذه التطورات سعت أطراف إقليمية ودولية لحلحلة الصراع وأهمها التي تشرف عليها الأمم المتحدة والتي كللت بالتوقيع على اتفاق لتشكيل حكومة وفاق وطني ،غير أنها تواجه تحديات عدة خصوصا في ظل تمسك اللواء خليفة حفتر بحقبة وزارة الدفاع وتحديات دعاة الفدرلة والمصالح الإقليمية على حساب الكفاءة زيادة على تحدي جمع السلاح ودمج الميليشيات في الجيش الوطني الليبي كلها عقبات سوف تكشف الأيام

¹ تاريخ الاطلاع: 2015/12/12، على الساعة 21:19. <http://www.islamtoday.net>، الإسلام اليوم ،"ليبيا...إنجازات و نجاحات رغم المعوقات"، من الموقع:

² نفس المرجع.

³ عوائق الحوار الوطني...ومواقف الإخوان المسلمين ،من الموقع: www.eiss-eg.org، تاريخ الاطلاع: 2016/03/01، على الساعة 21:55:

2015/12/12، BBC - نتائج الانتخابات البرلمانية الليبية ،عربي

⁴ - أولى جلسة للبرلمان الليبي تثير جدلا سياسيا وقانونيا ،جريدة المصريون ،العدد 645، 2014/08/05، ص 08.

⁵ - الحكم بطلان برلمان طبرق و سيناريوهات ما بعد ه ،حديث الثورة ،الجزيرة نت ،2015/12/10.

مدى قدرة حكومة الوفاق الوطني بقيادة السراج على فك شفراتها خصوصا بعد دخول فاعل جديد على الساحل الليبية وهو تنظيم الدولة الإسلامية في ليبيا وتوسعه.

ب-التداعيات الاجتماعية والاقتصادية:

ألقي الصراع بين الفقاء الليبيين بظلاله على البعدين الاقتصادي والاجتماعي كحال الثنائية السياسية والأمنية نظرا لدرجة الارتباطية في كافة هذه المتغيرات، ونظرا لطبيعة الاقتصاد الليبي المرتكز على الربوع النفطية برزت مجموعات قبلية ومناطية ترفض الانضواء تحت قبة الدولة، وتسعى جاهدة لاستمرارية عدم التوافق وتعميق الصراع بين الشرق والغرب والشمال والجنوب على شاكلة أمراء الحروب وبالتالي لا يمكن اختزال الصراع على الشرعية الثورية مقابل الشرعية الدستورية بل يتعداه إلى صراع اقتصادي واجتماعي، ومنذ اندلاع ثورة 17 فبراير 2011 م تزايد عدد اللاجئين إلى دول الحوار ووفق تقرير صدر عن الأمم المتحدة في مارس 2015 م أن تصاعد العنف المسلح أسفر عن مقتل ما يزيد عن 2825 وإجبار أكثر من 394 ألف شخص على النزوح.¹ زيادة على توظيف القبيلة في الصراع الدائر بين مختلف الأطراف ومحاوله جعلها بديلا عن الأحزاب السياسية.

واستمر المعطى القبلي والمناطقي حتى في تشكيل حكومة الوفاق الوطني التي عكست منطق المحاصصة بين الأقاليم الثلاث الرئيسية فالنواب الثلاث لرئيس الحكومة فايز مصطفى السراج؛ أحمد أمعيتيق من إقليم طرابلس، وفتحي المجبري من إقليم برقة، وموسى الكوني من إقليم فزان.²

وظل الجانب الاقتصادي هو الآخر حبيس تلك الصراعات خصوصا في المناطق النفطية، حيث يبلغ إنتاج النفط والغاز في المنطقة الشرقية ثلثي الإنتاج الوطني وتوجد أربعة منشآت من أصل ستة شرقي ليبيا وبالتالي سعى طرفي الصراع للسيطرة عليها قصد توفير الموارد المالية ضد الطرف الآخر، إضافة إلى تعرضها للتخريب فحوالي 10.000 كلم من أنابيب النفط والغاز تعرضت للهجوم والتعطيل.¹

ونتيجة لكل هذا تراجعت صادرات النفط الليبية إلى 400.000 برميل يوميا بعد أن استعادت عافيته عقب ثورة 17 فبراير 2011، نظرا لاتساع رقعة الصراع و الانقسامات السياسية الحادة وهجمات داعش على المنشآت النفطية خصوصا في سرت التي باتت تحت سيطرتها.²

¹ إبراهيم منشاوي، "فرص و تحديات: تشكيل الحكومة الليبية الجديدة و إعادة بناء الدولة"، المركز العربي للبحث والدراسات، العدد 39469، 13 أكتوبر 2015، ص 07.

- الجائزة: الصراع على ثروات الطاقة الليبية، تقرير مجموعة الأزمات رقم 165، 03 ديسمبر 2015، ص 02.

- نفس المرجع، ص 3.

² أحمد طرابلسي، "ليبيا الصراعات و الفوضى: اقتصاد لا يعرف الهدنة"، من الموقع: <http://www.alaraby.co.uk/economy>، تاريخ الاطلاع: 2015/10/22

زيادة إلى التنافس قصد للسيطرة على المؤسسات الرئيسية كمصرف ليبيا المركزي والمؤسسة الوطنية للنفط والمؤسسة المالية للاستثمار كونها تمثل مجتمعة ما يزيد عن 130 مليار دولار وتجمع خبرات تكنوقراطية عالية الكفاءة قادرة على إعادة بناء الدولة، دون نسيان درجة الفساد المالي والإداري الذي تفتش بعد الثورة، حيث قُدرت قيمة الأموال المهربة إلى الخارج بـ 20 مليار دولار بين عام 2012 م وأواسط عام 2015 م، وكذا تضخيم فواتير أجور العمال خصوصا الميليشيات المسلحة.¹

2-تداعيات فشل الدولة الليبية على المستوى الإقليمي:

نظرا لمدى ارتباطية البيئة الداخلية وجوارها الإقليمي من تأثر وتأثير فإن أي تغير في أحدهما أو كليهما سوف يؤثر في الآخر فالثورة التونسية حركت سائر جماهير المنطقة وبالتالي فتداعيات الصراع الليبي أَلقت بظلالها على سائر المنطقة وما جاورها، بتداعيات هذا الفشل تصيب كل من شمال أفريقيا والساحل الأفريقي، الضفة الشالية للمتوسط وهو ما درجته الدراسة في دفة هذا الشطر من المحور.

أ-تداعيات فشل الدولة الليبية على شمال أفريقيا:

أولى الدول تأثرا بالفشل الدولاقي الليبي هي الجارة الشرقية (مصر-) تنوعت بين امنية واقتصادية واجتماعية وسياسية، وأبرزها على المستويين الاقتصادي والاجتماعي حيث قُدِّر عدد العمالة المصرية في ليبيا بأكثر من مليون ونصف تعرضوا لتهديدات خصوصا بعد تولي عبد الفتاح السيسي- رئاسة مصر-، مما بات يشكل أعباء اقتصادية على مص، وأبرزها مقتل 21 قبطيا مصريا في السواحل الليبية والتدخل المصري في ليبيا.²

بالإضافة إلى تخوف القيادة المصرية الجديدة من صعود التيار الاخواني في ليبيا والتهديدات التي تشكلها خصوصا بعد ادراجها ضمن قائمة الإرهاب، دون نسيان تدفق السلاح من ليبيا وانتقاله إلى سيناء التي باتت تشكل تهديدا للأمن القومي المصري.¹

وفي تونس هي الأخرى التي لم تكتمل مسارات التحول الديمقراطي بعد ثورة الياسمين حتى وجدت نفسها أمام احتضان التونسيين لأكثر من 800 ألف لاجئ ليبي ناهيك عن آلاف الجرحى الذين عُولجوا في المستشفيات التونسية، بالإضافة إلى عودة قرابة ثلاثة آلاف موظف تونسي كانوا يشتغلون في ليبيا وتبخر عقود عمل يفوق 13 ألف مليار دولار، توقف حوالي 1300 شركة تونسية تصدر إلى ليبيا.²

- أحمد طرابلسي، مرجع سابق.¹

- ناغجي السيد، "الدم المصري رخصة تخاذل الحكومة...العمال المصريون في ليبيا"، من الموقع:²

<http://www.albawabhnews.com/1111924>، تاريخ الاطلاع: 2016/01/10، على الساعة 13:07

- "الخطر القادم من ليبيا على الأمن القومي المصري والعربي"، ANN-شبكة الاخبار العربية¹

² -عبد اللطيف الحناشي، "الصراع في ليبيا: أبعاده وتداعياته على تونس"، جريدة الوطن التونسية، العدد، 2015/12/07 ص 10.

بالإضافة إلى خطر تمدد تنظيم الدولة الإسلامية إلى الداخل التونسي وتوفير الدعم لوجستيكي وتهريب الأسلحة وتوفير معسكرات لتدريب لعناصر جهادية ،وقد تعرضت تونس إلى عدّة هجمات إرهابية أهمها الهجوم على فندق في محافظة سوسة في 2015/06/26 الذي خلف 37 قتيل و إصابة 36 آخرون منهم سباح أجنب ،بالإضافة إلى الاعتداء على متحف باردو بالعاصمة التونسية وشهدت تونس تصاعد وتيرة الاعتداءات الإرهابية عامي 2014 م و 2015 م لتبلغ 1808 عملية.¹

بالإضافة إلى تعدي تداعياته إلى داخل الفواعل السياسية التونسية حيث توسعت هوة الخلافات بين كبار رجال الأعمال والسياسة خصوصا بين حركة النهضة ونداء تونس.

والجزائر هي الأخرى لم تكن في منى من مخلفات الحالة المتردية التي آلت إليها الأوضاع في ليبيا وآثارها على الساحل ،فالجزائر أمام نار دولتين فاشلتين على حدود الجنوبية في ليبيا ومالي من خلال سعي عدة أطراف في كل من ليبيا في إقليم برقة وكذا تأسيس الكيان الأزوادي في شمال مالي وتخوف الجزائر من انتقال هذه المطالب إلى الداخل الجزائري لما تملكه من تنوع اثني.

وظلت مشكلة تأمين الحدود الجزائرية مع ليبيا 1000 كلم وأزيد عن 3000 كلم التي تتعرض لتهديدات فوق دولانية ،وأكد تقرير اللجنة العقوبات في الأمم المتحدة على أن "المرابطون" و"أنصار الشريعة" الإرهابيين يتخذان من ليبيا قاعد خلفية لشن هجمات على الداخل الجزائري وأضاف أن ليبيا تمثل نقطة ربط لتمدّد داعش بين الشرق الأوسط وشمال أفريقيا والساحل وأوروبا التي تكتسي- أهمية كبيرة لتوسيع التنظيم مناطق سيطرته.¹ بالإضافة إلى تدفق آلاف المهاجرين غير حيث بلغ تعدادهم 50 ألف مهاجر عام 2015 مما يشكل تهديدا للنسيج الاجتماعي وتزايد نفقات إيوائهم ،خطورة الأمراض التي تحملونها على السكان الأصليين.²

ب-تداعيات فشل الدولة الليبية على الساحل:

واصلت ارتدادات فشل الدولة الليبية في الزحف نحو منطقة الساحل الأفريقي نظرا للقرب الجغرافي والامتدادات العرقية والإثنية ،فعمق سقوط نظام القذافي تحركت مشاعر الحماس في الساحل الأفريقي خصوصا دولة مالي التي عانت من مشاكل داخلية ،والتي تسارعت وتيرتها وهددت كيان الدولة من خلال سعي حركة الأزواد لبناء كيان مستقل عن باماكو والتي كانت للقذافي اليد الطولى في حيثيات مشكلة مالي والطوارق من خلال دمج العقيد معمر القذافي عام 2006 م لعناصر معارضة لحكومة باماكو وعلى رأسهم محمد آغ الذي تحالف مع إبراهيم آغ باهنغا الذي عاد عقب انهيار نظام القذافي ليعلنوا عن تأسيس كيان أزوادي في

¹ هجوم دموي على فندق في تونس ينسف جهود تأمين المناطق السياحية، العرب، العدد 27، 2015/06/9961، ص 02.

¹ تقرير أممي أشار إلى أن المرابطون وأنصار الشريعة يستخدمان ليبيا لاستهداف الجزائر وتونس"، الفجر الجزائرية ، 4610، 2015/12/03، ص

02.

- قناة الخبر الجزائرية، 2016/01/25، على الساعة : 17:55 ²

أفريل 2012 م تحت قيادة بلال آغ الشريف وضم أيضا آغ ناجم الناشط في كئائب القذافي كوزير الدفاع حيث سيطرة على أكثر من 66% من الأراضى المالية.¹

غير أن حلم تأسيس كيان للأزواد سرعان ما تبخر عقب سيطرة جماعات الجهادية من أنصار الدين وحركة التوحيد الجهاد أذرع القاعدة في بلاد المغرب الإسلامي على سائر المنطقة المستقلة.²

وأمام هذه التطورات سارعت الأمم المتحدة و الاتحاد الأفريقي لبحث سبل مواجهة هذه التطورات ،حيث تبني مجلس الأمن القرار رقم 2071 المحدد لشكل التدخل الدولي في الأزمة المالية ،وتبنت مجموعة الايكواس تحت إشراف مجلس الأمن الأفريقي التابع للاتحاد الإفريقي خطة للتدخل في شال مالي ،غير أن القوات الفرنسية سارعت إلى التدخل وتبعها دعم دولي دفاعا عن مصالحها في الساحل وبالتالي تحولت مالي إلى قاعدة صلبة تؤوي المجموعات المسلحة المتطرفة.³

ج-مخاطر فشل الدولة الليبية على شال المتوسط:

ظلت الهجرة غير الشرعية تأرق ساسة دول الاتحاد الأوروبي التي سعت إلى تبني عدة استراتيجيات سواء في إطار جماعي بين دول الضفتين أو بشكل ثنائي ،فإيطاليا سعت إلى التعاون مع ليبيا في عهد القذافي الذي ظل يهدد أوروبا بزحف ملايين المهاجرين نحو أوروبا بغية تقديم مساعدات مادية وعسكرية لهذا الأخير الذي ظل متحكما في الملف وتناقص عدد المهاجرين غير الشرعيين حتى وصل إلى 234 مهاجرا عام 2010 م.¹

غير أنه في أعقاب ثورة 17 فبراير 2011 تدفق آلاف المهاجرين غير الشرعيين على أوروبا انطلاقا من السواحل الليبية ارتفع بوتيرة متسارعة حيث بلغت 20 ألف مهاجر غير شرعي لترتفع إلى ثلاث مرات تقريبا العام 2013 م ب 70 ألف ،و 218 ألف العام 2014 م ،بالإضافة إلى هلاك الآلاف في عرض البحر المتوسط مما شكل الوجه أسوء عام في تاريخ حوادث الغرق وإحراج الاتحاد الأوروبي ،وبحسب احصائيات المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين أن 80% من المهاجرين غير الشرعيين الذين دخلوا السواحل الإيطالية انطلقوا من السواحل الليبية ،بحيث تجاوز عددهم في ألف شخص في اليوم الواحد.²

¹ -عبد الله ماما دوباه ،آفاق الوضع الأمني والسياسي في شال مالي ،مركز الجزيرة للدراسات ،29 أوت 2012، ص 03.

- محمد سعيد اقشاش ،الطوارق عرب الصحراء الكبرى ،مركز الدراسات شؤون الصحراء ،ط 1989، ص 123.

³ -الحافظ النوني ،أزمة الدولة ما بعد الاستعمار في أفريقيا :حالة الدولة الفاشلة (نموذج مالي) ،المستقبل العربي ص 65- 67. من الموقع :

www.caus.org.lb/PDF تاريخ الاطلاع: 2016/01/16، على الساعة : 17:51

¹ -الحسين الشيخ العلوي ،"الهجرة غير الشرعية عبر ليبيا... معاناة إنسانية برسم التسعير"، مركز الجزيرة للدراسات 14 ماي 2015 ، ص 02.

المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين ،من الموقع:²

<http://www.alhura.com/content/Europe-meeting-policy-immigration-reform-/269592.html>

تاريخ الاطلاع: 2016/01/21، على الساعة : 21:55

وبالتالي استمرار الصراع بين الفقاء الليبيين سهل مأمورية شبكات تهريب المهاجرين غير شرعيين من دول الساحل والصحراء الذين اتخذوا من ليبيا قاعدة لانطلاق المهاجرين غير الشرعيين على طول السواحل الليبية التي تمتد على مسافة 1800 كلم و إمتدادات برية لآلاف الكيلومترات في ظل غياب شبه تام لمراقبة الحدود، وعقب كارثة غرق أكثر من 800 مهاجر غير شرعي قبالة السواحل الايطالية طالبت دول الاتحاد الأوروبي تفويضا من مجلس الامن يمكنها من مهاجمة زوارق المهاجرين غير الشرعيين في أفريل 2014 غير أنه لاقى رفضا واسعا.¹

بالإضافة إلى مشاكل الاندماج للمهاجرين غير الشرعيين مما يهدد النسيج الاجتماعي وزيادة النفقات الاقتصادية على دول الوصول خصوصا في ظل الازمة الاقتصادية التي تشهدها أوروبا، بالإضافة إلى تنامي الهجمات الإرهابية وإمكانية تسلل عناصر جهادية إلى أوروبا وتهديد أمن أوروبا.²

استنتاجات:

من خلال تتبع مسارات الدراسة وكإجابة على المشكلة البحثية واختبار الفرضيات المصوغة نستنتج أنه توفرت جملة من المؤشرات والعوامل المُنخِصة لبلوغ حالة الفشل الدلّاتي ثم الانهيار زادت مخاطر تداعياتها على المستويين المحلي، الإقليمي والدولي.

وكما توفرت تلك المؤشرات زادت إمكانية تعرضها للتدخلات الدولية تحت معطى الحماية الحقوقية للإنسان، وبالتالي وقوعها تحت رحمت الفواعل الكبرى التي تحمل في بواطنها دوافع مصلحة.

كما خلصت الدراسة إلى المزاوجة بين المسببات الداخلية ومثيلاتها الخارجية في بلورة فشل الدولة الليبية، وهذا لا يعني التسليم بنظرية المؤامرة التي ظل النظام الليبي يستند عليها، واتخاذها وسيلة للتنجيد والتجنيد.

قائمة المراجع:

¹ -دنيا الأمل إسماعيل، "إشكالية الإصلاح في النظام السياسي الليبي"، الحوار المتمدن، العدد 3061، 2010/07/12، من الموقع: <http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=222083>، تاريخ الاطلاع: 2015/04/30، على الساعة 13:51.

² -علي عبد اللطيف أمحمد، "الأصوات المهمشة: الخضوع والعصيات في ليبيا أثناء الاستعمار وبعده"، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 2009، ص 137.

³ -حميدة نعنن، "تسع عشر عاما على الثورة الليبية من مرحلة الوحدة .. إلى الجماهيرية"، مجلة التضامن فرنسا العدد 282، 1988/09/05.

- سياسة بوسن، أوروبا تسعى لقصف قوارب الهجرة غير الشرعية بليبيا برا وبحرا وجوا، 2016/01/18.¹
² -الهجرة السريعة ... والبحر المتوسط الطريق الأخطر في العالم، مركز الدراسات الاستراتيجية والدبلوماسية، من الموقع: http://www.csdo.content/uploads/2015/05/1886_tun3.ngp، (2016/01/27).

- 4-جريدة الرأي، الأردن، العدد 03، 1993/04/3078.
- 5-أحمد إدريس: "الأزمة الليبية وتداعياتها على منطقة المغرب العربي"، مركز الدراسات المتوسطة والدولية، العدد 6 سبتمبر 2011، ص 03.
- 6-الاحتجاجات الشعبية في شمال أفريقيا والشرق الأوسط (7): فهم الصراع في ليبيا، تقرير الشرق الأوسط رقم 107-6 جوان 2011.
- 7-بكيل نت، "القبيلة وطبيعتها"، مؤتمر قبائل بكيل العام (بكيل نت)، مأخوذ من الموقع: <http://www.bakeel.net.p.2> تاريخ الاطلاع: 2015/09/12، على الساعة 18:02.
- 8-الديمقراطية وب، تأثير القبلية على العملية السياسية في ليبيا: دراسة حالة لقبل و بعد ثورة فبراير 2011.
- 9-نظرة في ثورات عام 2011 في شمال أفريقيا وتداعياتها، تقارير مركز الجزيرة للدراسات 2011/07/12، ص 03.
- 10-فتح محمد أمية، التنمية البشرية: المفاهيم ومؤشرات القياس، دراسة حالة ليبيا، أطروحة دكتوراه في العلوم السياسية بجامعة الجزائر، 2008 م، ص 40-46.
- 11-Patrick Haemzadeh, *Au cœur de la libye de kadhafi*, Paris: j lattés, 1^{én} edn. 2001
- 12-الهلول اشتيوي، "ثمان الحرية: ليبيا والسنوات العجاف"، منتدى المعارف، بيروت، ط 1، 2013، ص 116.
- 13-أحمد السيد النجار، "قضية لوكرني و مستقبل النظام الدولي"، بيروت: مركز دراسات العالم الإسلامي 1992، ص 79.
- 14-علي حرب، "ثورات القوة الناعمة في العالم العربي: من المنظومة إلى الشبكة"، الدار العربية للعلوم ناشرون، ط 2، جديدة 2012، ص ص 7-9.
- 15-خالد حنفي علي، "الانتفاضات المتتالية: انهيار النظم السياسية في المنطقة العربية"، مجلة السياسة الدولية، المجلد 46 العدد 184، أبريل 2011، ص 57.
- 16-زياد عقل، "الأزمة الليبية من الاحتجاج السلمي إلى التدخل الدولي"، القاهرة، ملف الأهرام الاستراتيجي عدد 196 أبريل 2011 ص 45.
- 17-سليمان العودة، أسئلة الثورة، بيروت: مركز نماء للبحوث و الدراسات الإنمائية، 2012، ص 159.
- 18-نصوص القرارات الثلاثة على موقع منظمة الأمم المتحدة على الرابط التالي: <http://www.un.org/en/>
- 19-أندريس فوج راسموسن، "الناتو و الربيع العربي"، الشرق الأوسط، 03 يونيو 2011.
- 20-عبد العظيم جبر حافظ، "التطورات السياسية في ليبيا على اثر ثورة 17 /شباط / 2011: (رؤية سياسية تحليلية)" مجلة المستنصرية للدراسات العربية والدولية، العدد 38، ص 114.
- 21-الإسلام اليوم، "ليبيا...إنجازات و نجاحات رغم المعوقات"، من <http://www.islamtoday.net>، تاريخ الاطلاع: الموقع: 2015/12/12، على الساعة 21:19.
- 22-www.eiss-eg.org 2016/03/01 عوائق الحوار الوطني...ومواقف الإخوان المسلمين، من الموقع: على الساعة 21:55.
- 23-نتائج الانتخابات البرلمانية الليبية، عربي BBC، 2015/12/12.
- 24-أولى جلسة للبرلمان الليبي تثير جدلا سياسيا وقانونيا، جريدة المصريون، العدد 05، 2014/08/645، ص 08.
- 25-الحكم بطلان برلمان طبرق و سيناريوهات ما بعد ه، حديث الثورة، الجزيرة نت، 2015/12/10.

- 26- إبراهيم منشاوي ، "فرص و تحديات :تشكيل الحكومة الليبية الجديدة وإعادة بناء الدولة"، المركز العربي للبحث والدراسات ، العدد 39469 ، 13 أكتوبر 2015 ، ص 07.
- 27- الجائزة: الصراع على ثروات الطاقة الليبية ، تقرير مجموعة الأزمات رقم 165، 03 ديسمبر 2015، ص 02.
- 28- أحمد طرابلسي — ، "ليبيا الصراعات و الفوضى :اقتصاد لا يعرف الهدنة "، من الموقع: <http://www.alaraby.co.uk/economy> تاريخ الاطلاع: 2015/10/22
- 29- تانجي السيد ، "الدم المصري رخصة تخاذل الحكومة ...العمال المصريون في ليبيا"، من الموقع <http://www.albawabhnews.com/1111924> ، تاريخ الاطلاع: 2016/01/10 ، على الساعة :13:07
- 30- شبكة الاخبار العربية ANN-، "الخطر القادم من ليبيا على الأمن القومي المصري والعربي "، 2016/01/10.
- 31- عبد اللطيف الحناشي ، "الصراع في ليبيا :أبعاده وتداعياته على تونس"، جريدة الوطن التونسية ، العدد 2015/12/07 ص 10.
- 32- عبد الله ماما دوباه ،آفاق الوضع الأمني والسياسي في شمال مالي ، مركز الجزيرة للدراسات ، 29 أوت 2012، ص 03.
- 33- محمد سعيد اقشاش ، الطوارق عرب الصحراء الكبرى ، مركز الدراسات شؤون الصحراء ، ط 1989، 2 ص 123.
- 34- الحافظ النوبي ، أزمة الدولة ما بعد الاستعمار في أفريقيا :حالة الدولة الفاشلة (نموذج مالي) المستقبل العربي ص 65، ص 67- من الموقع: www.caus.org.lb/PDF ، تاريخ الاطلاع: 2016/01/16 ، على الساعة : 17:51
- 35- الحسين الشيخ العلوي ، "الهجرة غير الشرعية عبر ليبيا... معاناة إنسانية برسم التسعير"، مركز الجزيرة للدراسات 14 ماي 2015، ص 02.
- 36- المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين ، من الموقع: <http://www.alhura.com/content/Europe-meeting-policy-immigration-reform> تاريخ
- 21:55 : الساعة : 2016/01/21/269592.html/ على الاطلاع:
- 37- سياسة بوسن، أوروبا تسعى لقصف قوارب الهجرة غير الشرعية بليبيا برا وبحرا وجوا ، 206/01/18.
- 38- الهجرة السرية ... والبحر المتوسط الطريق الأخطر في العالم ، مركز الدراسات الاستراتيجية والدبلوماسية من الموقع: http://www.csdo.content/uploads/2015/05/1886_tun3.ngp ، 2016/01/27.

البعد الأمني في السياسة الإسرائيلية الدولية تجاه القارة الأفريقية بعد الحرب الباردة*

وضاحي ميلود- باحث دكتوراه- جامعة الجزائر (03)

الملخص بالعربية:

حاول هذا المقال تناول السياسة الخارجية الإسرائيلية بالتركيز على توجهاتها في القارة الإفريقية عامة، حيث تم التعرّيج على أهم النظريات المفسرة لهذه السياسة، والتركيز على أهدافها ومحدداتها خلال فترة ما بعد الحرب الباردة التي تميزت بسمات جديدة جعلت من الدولة الإسرائيلية تكون حذرة في اختيار وانتقاء أفضل البدائل للحفاظ على مكانتها وسط بيئة محفوفة بالمخاطر على حسب إدراك الإسرائيليين، كما تحاول الدراسة كذلك تسليط الضوء على العلاقات الإسرائيلية بدول القرن الإفريقي مبرزة في ذلك الأهداف والخلفيات التي جعلت من إسرائيل التوجه نحو هذه المنطقة، حيث تأتي المعضلة الأمنية ضمن أهم محددات سياستها الخارجية، وهذا ما يجعلها تواجه تحديات داخلية وخارجية تفرض عليها اتخاذ تدابير وقائية من أجل ضمان أمنها القومي والتحكم في إدارة الصراع العربي الإسرائيلي.

الكلمات المفتاحية: السياسة الخارجية، إسرائيل، ما بعد الحرب الباردة، إفريقيا

Résumé

L'article a essayé d'aborder la politique étrangère Israélienne, en mettant l'accent sur les tendances dans le continent Africain en général et les pays de la Corne de l'Afrique, en particulier, comme il a été question de démontrer les principales théories explicatives de cette politique et se concentrent sur les objectifs au cours de la période de l'après-guerre froide marquée par de nouvelles caractéristiques qui ont fait de l'état d'Israël à faire preuve de prudence dans choisir les meilleures alternatives pour maintenir sa position au milieu d'un environnement risqué selon la perception Israélienne. L'étude tente également de faire la

* تاريخ إيداع المقال: 2017/02/26

تاريخ تحكيم المقال: 2017 /03/19

lumière sur les relations Israéliennes avec les pays de la Corne de l'Afrique, en soulignant les objectifs et les horizon qui ont fait Israël pour aller sur cette région où vient la sécurité parmi les déterminants les plus importants de sa politique étrangère ce qui met Israël face à des défis internes et externes qui leurs sont imposées a prendre des mesures préventives afin d'assurer sa sécurité et de gérer le conflit Israélo-arabe.

Mots clés : la politique étrangère, Israël, l'après-guerre froide, l'Afrique.

مقدمة:

لقد نالت العلاقات الإفريقية الإسرائيلية الحظّ الأوفر في الكثير من الدراسات السياسية والاقتصادية، خاصة بعد مرحلة الحرب الباردة والتي أثرت في توجهات القادة الإسرائيليين اتجاه دول العالم، ومن خلال هذه المتغيرات الإقليمية والعالمية حاولت إسرائيل بناء علاقات وطيدة مع عدد من الدول الإفريقية في كافة المجالات السياسية والاقتصادية والعسكرية والأمنية، بحيث انطلقت من قيم ومبادئ ثابتة تسعمن خلالها إلى الحفاظ على مصالحها الحيوية باعتبارها دولة نشأت حديثا وسط بيئة إقليمية محفوفة بالمخاطر على حسب وجهة نظر وإدراك الإسرائيليين.

وتبقى علاقة إسرائيل الخارجية مع الدول والمنظمات الدولية المختلفة تستحوذ على مكانة كبيرة من فكرة قادة الدولة ومن عمل مؤسساتها الرسمية وغير الرسمية وكذا أجهزتها المدنية والأمنية ولعل ديفيد بين غوريون هو أول رئيس وزراء أكثر اهتماما بتطوير علاقات إسرائيل الخارجية وتمكين هذه العلاقات مع الدول المختلفة خاصة الدول الكبرى وذلك قصد إضفاء الشرعية على الدولة التي أصبحت في أرض شعب آخر من جهة، ومن جهة أخرى القضاء على عزلة الإسرائيليين وسط مجموعة من الدول التي تشكل تهديدا على أمنهم القومي، فقد شكلت علاقات إسرائيل الدولية مدخلا أساسيا في صراع هذه الدولة من أجل البقاء بالنظر إلى الظروف التي نشأت فيها، وأصبح التقدم الاقتصادي والسياسي والعسكري الإسرائيلي موضع اهتمام العديد من دول العالم الغنية والفقيرة، ونخص بالذكر دول القارة الإفريقية⁽¹⁾.

هذا ما يدفعنا للتساؤل عن خلفيات توجه إسرائيل إلى بناء علاقات مع دول القارة الإفريقية بعد الحرب الباردة؟ وما هي أولويات السياسة الدولية الإسرائيلية في هذه الحقبة ؟

المبحث الأول : الأساس الوجودي لدولة إسرائيل

¹ أبو سيف عاطف، علاقات إسرائيل السياقات والأدوات، الاقتراحات والإخفاقات، مدار المركز الفلسطيني للدراسات الإسرائيلية، الأيام للطباعة، رام الله، فلسطين، نيسان 2014، ص ص 10-09.

يعتبر قيام الدولة الإسرائيلية في قلب الوطن العربي نتيجة لتتالي المصالح الاستعمارية الغربية مع الأهداف والمصالح الإسرائيلية والتي تتبلور بشكل عملي بعد انعقاد المؤتمر الصهيوني الأول في بازل 1897، وكان لبريطانيا الدور الأساسي في قيام هذا الكيان، وبعد اندلاع الحرب العالمية الثانية 1939م وتراجع دور بريطانيا السياسي وأدائها نسبيا برزت الولايات المتحدة الأمريكية، حيث خلفت الدور البريطاني في دعم وحماية (إسرائيل) ومصالح الحركة الصهيونية، ومن هنا كان لزاما التطرق إلى عرض الظروف التاريخية والإقليمية وما كان لها من تأثيرات على انتهاج بعض التوجهات الخاصة بالأمن والسياسة الخارجية باعتبار إسرائيل دولة دخيلة على المنطقة⁽¹⁾.

المطلب الأول: الظروف التاريخية والإقليمية لقيام النظام السياسي الإسرائيلي

أ-الظروف التاريخية والإقليمية:

تمتلك فلسطين موقعا جغرافيا استراتيجيا ميزا في المنطقة العربية والعالم بأسره، بحيث تشكل منطقة نشيطة بخطوط المواصلات ومعبّر بحري ومنفذ جوي لأوروبا من اتجاه الشرق، كما تقع كذلك بالقرب من الشريان المائي الحيوي، الذي يعتبر محطاً للأطماع الصهيونية الإسرائيلية بشكل خاص والغربية بشكل عام، ولاسيما من قبيل الولايات المتحدة الأمريكية.

من هنا بدأت مرحلة إعداد لتحقيق الغاية الصهيونية ببث الدعوة وتشجيع العودة إلى صهيون وذلك من خلال مخطط مرسوم ومنظم في نهاية القرن التاسع عشر- وبداية القرن العشرين برئاسة الصحفي (تيودور هرتزل) والذي يهدف إلى إعادة إنشاء ما يسمى بالوطن القومي اليهودي في فلسطين، واستمرت هذه المخططات حتى تمكن الصهاينة من تحقيق هدفهم الأول من خلال إعلان قيام دولة إسرائيل في 15 ماي 1949م⁽¹⁾.

وبعد تحقيق الهدف الأسمى والذي أدى إلى عودة اليهود بأعداد كبيرة في العقود الأخيرة، استصلحوا العقار وأعادوا إحياء لغتهم، وبنوا المدن والقرى وأسسوا مجتمعا قويا دائم النمو، له حياته الاقتصادية والثقافية الخاصة، وأصبح إعلان قيام دولة إسرائيل 1948م مجرّد إعادة إنشاء للدولة اليهودية، وقد عبّر ذلك (موشي ديان) في حديثه مع الطلبة في الجامعة العبرية في عام 1968، بقوله حصلنا على الدولة وحققنا الاستقلال السياسي وكان هذا بمثابة الروح أما الجسد الذي ألبس لهذه الروح من الحدود والمناطق فكان يجب من ناحية الكمّ، أن يكون بالقدر اللازم للاحتفاظ بهذه الروح ومن أجل تحقيق هدف الصهيونية النهائي، عمل الزعماء والقادة الإسرائيليون على وضع إستراتيجية عليا تحافظ على كيان هذه الدولة⁽²⁾.

¹ - محمد النداوي، إسرائيل في حوض النيل، دراسة في الإستراتيجية الإسرائيلية، القاهرة، العربي للنشر والتوزيع، 2012، ص 70.

¹ - المرجع نفسه، ص 15.

² - وإيتلام كيت، اختلاق إسرائيل القديمة (اسكات التاريخ الفلسطيني)، ترجمة: سحر الهندي، الكويت، سلسلة عالم المعرفة، 1999، ص

وانطلاقاً من هذه الخلفيات التاريخية بدأت السياسة القومية لإسرائيل تتجلى في نظرات إستراتيجية شملت كل المجالات ساعية إلى تحقيق أهدافها بما يضمن أمنها القومي، مراعية في ذلك عامل الزمان والمكان والمحيط الدولي الذي يتكون بالأساس من مجموعة متشابكة من المقومات والمفاهيم بالعناصر والأغراض التي سيطرت دائماً على عقيدة وأمن إسرائيل، وهذا ما يجعل القادة الإسرائيليين يبحثون عن ذواتهم وغير واثقين بأنهم يمتلكون دولة. مما دفع مناحيم بيغن بالقول أن إسرائيل لم يكن لها الوقت كي تكون نظاماً اجتماعياً محدداً يتلاءم بقدر معقول من أجل الاستقرار⁽¹⁾.

ب- النظام السياسي الإسرائيلي:

يعتبر النظام السياسي الإسرائيلي من الأنظمة حديثة التكوين والفريدة في نشأتها ولها خصوصية معينة سواء كان من ناحية إدارتها لمواطني هذه الدولة، أو من ناحية تعريف نفسها بأنها دولة يهودية ديمقراطية، الأمر الذي يعطي مدلولات متعددة ومتناقضة على طريقة الحكم وعلاقتها بمكوناتها وأبعاد المجتمع الإسرائيلي، هذا ما جعل إسرائيل تواجه من الناحية القانونية مشكل صياغة دستور مدون للدولة وذلك منذ إعلان قيامها وذلك للأسباب التالية:

- رفض الاتجاه الديني وضع دستور للدولة العبرية غير التوراة واعتبار الحاخامات هم قادتها.
- إن غالبية اليهود في خارج الدولة يقولون غير ممكن أن تضع الأقلية دستور يحكم الأغلبية الساحقة⁽¹⁾.
- من جهة أخرى تشكل الثقافة السياسية السائدة لدى المجتمع الإسرائيلي الحكم الذي ينبغي للقائد أن يسلكه باعتبارها تمد الأحزاب بالكوادر والقيادات التي تراه الحالة الأمنية هي الأساس الوجودي لدولة إسرائيل مما يجعل الديمقراطية تفقد جوهرها من حيث التسلسل الإداري في اتخاذ القرارات وبناء مشاركة سياسية سليمة تقوم على الإحساس بالمواطنة والانتماء وحرية المساهمة في صناعة القرار.

المطلب الثاني: مفهوم الأمن من المنظور الإسرائيلي

ثمة الكثير من التعريفات المتنوعة للأمن القومي أو الأمن القطري وهي تعريفات معظمها أجنبي تعكس التطورات التي طرأت على المفهوم بداية من القوة العسكرية إلى مستوى آخر مرتبط بالثقافة والهوية والتنمية الشاملة.

أ- تعريف الأمن الإسرائيلي:

¹ - مenna محمد نصر، معروف خلدون ناجي، الحكم والإدارة في إسرائيل، القاهرة: دار غريب للطباعة والنشر، 1996، ص 48.

¹ - المرجع نفسه، ص 09.

يعترف اللواء الإسرائيلي (إسرائيل تال) الأمن على أنه هو ضمان أمن الأمة والحفاظ على مصالحها الحيوية دون تحديد ماهية المصالح الحيوية وكيفية تحقيقها، أما اللواء (مثن فلنائي) فيعرفه بالإطار الذي يعمل فيه الجيش كجزء من جهد قومي عام يعبر عن مجمل قدرات الدولة لضمان وجودها دون أن يحدد ما المقصود بالجهد القومي العام، وما هي العناصر التي يتكون منها، وبالتالي التعريفان يتسمان بصفة التعميم، وعليه يرى العقيد (إيجال ألون) أن الأمن القومي يتعدى الدفاع عن شعب ضد جميع الأعمال العدائية من الخارج إلى كونه محصلة اتصالات للدولة مع بيئتها القريبة والبعيدة، والتي تعكس قوتها وجاهزيتها وقدرتها على التنفيذ من أجل حماية مصالحها الحيوية وتحقيق أهدافها⁽¹⁾.

ومن خلال التعريفات السابقة تتضح معادلة الأمن الإسرائيلية المكونة من ثلاثة متغيرات كيفية وهي القدرة والغاية الوسيلة.

- القدرة: القوة والجاهزية القومية (متخذي القرارات والجيش ومساحة الدولة)
- الغاية: المصالح وتحقيق الأهداف
- الوسيلة: الجيش والوسائل المتعلقة به.

ب- مقومات الأمن الإسرائيلي:

- **المقومات الدينية:** يعتقد اليهود وفقاً للشرائع اليهودية بأنهم شعب الله المختار، حيث جاء في التلمود بأن كل ما يخص الأمم هو ملك للأمة اليهودية المؤهلة لأن تستولي عليها بدون أدنى شك، بحيث حددت التوراة حدود دولة بني إسرائيل بكل دقة، وتفصيل منذ أكثر من 35 قرن حسب المفهوم اليهودي⁽¹⁾.

وكان بن غوريون يؤيد وجهة النظر هذه حيث ترسخت هذه المعتقدات والشرائع العنصرية الفوقية في عقلية وفكر القادة الإسرائيليين والمفكرين، أما شارون فقد طالب رسمياً أثناء انعقاد مؤتمر حزب الليكود عام 1993 بضرورة تبني إسرائيل (الحدود التوراتية) في سياستها الرسمية، فبعض الصهاينة يرى ضرورة إقامة إسرائيل الكبرى التي تشمل كامل سيناء والأردن وسوريا ولبنان وأجزاء من تركيا.

- المقومات القومية (الصهيونية):

تعرف الصهيونية كعقيدة قومية على أنها الإيمان بالوحدة القومية بجميع اليهود المنحدرين من أصول يهودية فالسلالة أو العرق هي أساس الوحدة القومية بين اليهود، أي الحقيقة البيولوجية المحضة هي التي تجعل من

¹ - إسرائيل تال، الأمن القومي - أقلية مقابل أكتية - بيروت: مؤسسة الدراسات العربية، 1980م، ص 62.

¹ - المسيري عبد الوهاب، الأيديولوجية الصهيونية (دراسة في علم اجتماع المعرفة)، ج 02، الكويت، سلسلة عالم المعرفة، 1983، ص 114.

الشخص يهوديا في نظر الصهيونية، أما سياسيا فتعرف الصهيونية بأنها حركة الشعب اليهودي في طريقه إلى فلسطين التي يعتبرونها أرض الآباء والأجداد⁽¹⁾.

وفيما يلي عرض مختصر للقواعد والمبادئ التي تقوم عليها هذه القومية:

الانفلاق على الذات: بحيث يبقى الحافز الأكبر هو تمكين الأمن اليهودية من تحقيق ذاتها عن طريق تجميع اليهود في دولة خاصة بهم كما أشار أحد قادتهم بأن هدف الصهيونية هو بناء قومية يهودية مثل القوميات الأخرى كفرنسا وبريطانيا مما يجعل منها تحافظ على هويتها بدل فقدانها⁽²⁾.

وقد تم تطبيق هذه الفكرة وفق المنطلقات الآتية:

- لا يستطيع اليهود بفطرتهم أن يتعايشوا مع غير اليهود.
- ضرورة التخلص من سكان فلسطين الأصليين لأنهم يشكلون خطرا عليهم.
- هناك حواجز قانونية وسيكولوجية تفصل بين اليهود وغيرهم.
- العنف والنزعة التوسعية: تحت شعار "بالدم والتار سقطت يهودا وبالدم والنار ستقوم يهودا"⁽³⁾.
- من خلال المقولة تظهر سياسة العنف ضد العرب في المدن والقرى الفلسطينية حيث ارتكبت عدّة مجازر مما جعل السجل الصهيوني حافل بالعنف والإرهاب ليس كدولة فقط وإنما كأفراد أيضا كديفيد بن غوريون، غولداماير، بيغن، موشيه ديان...

وبناء على ما سبق يمكن تلخيص المبادئ الأمنية لإسرائيل في أربع نقاط:

- الاستخدام الدائم للحرب وحماية أمن إسرائيل الداخلي سواء بالزردع أو القوة العسكرية.
- الاعتماد على النوع في التغلب على الدول العربية (تطوير قدراتها في كل المجالات نوعيا وكيا بالهجرة)
- الاعتماد على تراكم الانتصارات يقنع العرب أن خيار القوة لا يحقق إنجازا عربيا سياسيا.
- التحالف مع دولة مركزية عالمية هو مبدأ أساسي وذلك بالاتجاه نحو الولايات المتحدة الأمريكية.

المبحث الثاني : السياسة الخارجية الإسرائيلية (المقاربات و الأهداف)

لقد اجتاحت ميدان العلاقات الدولية من الناحية النظرية موجة جديدة من التنظير تدعي الأصالة والمصادقية العلمية والقدرة على التأثير في العلاقات الدولية وتوجيهها بما يحدث تحولا جذريا في طبيعة ومحتوى التفاعلات

¹ - فايز الصايغ، الاستعمار الصهيوني في فلسطين، مركز الأبحاث، 1965، ص 30.

² - هيثم الكيلاني، دراسة في العسكرية الإسرائيلية، القاهرة، معهد البحوث والدراسات العربية، 1969م، ص 113.

³ - zerbavel Yaël , Desovred roots. **Collective memory and the making of israeli national tradition**, Chicago press, 1955 , P23.

الدولية⁽¹⁾، بحيث سنحاول عرض أهم المقاربات وتوضيح القدرة التفسيرية لهذه المقاربات في تحليل السياسة الخارجية الإسرائيلية.

المطلب الأول: المقاربات التفسيرية

أ- **المقاربة الواقعية:** يبدو أن الواقعية مثلت لفترة زمنية تزيد عن أربعة عقود الإطار النظري الأكثر هيمنة على العلاقات الدولية، فقد كانت بمثابة الاتجاه الأكثر ملائمة لتفسير جلّ الظواهر التي ميزت فترة الحرب الباردة مثل الأحلاف، موازين القوى، الحروب.. إلخ، وبالفعل كانت هذه الظواهر هي المحور الأساسي الذي تدور حوله مختلف السياسات الخارجية، ولكن انهيار الاتحاد السوفيتي شكل تحدياً حقيقياً للفكر الواقعي بحكم أنه لم يساعد على التكهّن بهذا التحول ففكرة توازن القوى في النظام الدولي التعددي عند الواقعيين الكلاسيكيين أو نظام الثنائية القطبية عند الواقعيين الجدد كمحرك أساسي للسلوك الخارجي أصيبت بتصدع هائل في الوضع الدولي الجديد⁽²⁾.

وعليه تبقى الواقعية بتفرعاتها المختلفة تتفق على مجموعة طروحات مثل أن القوة خاصية وجودية في كل مكان وزمان وأن السياسة بين الأمم ذات طبيعة تنافسية، ومن هنا يمكن إبراز منطلقات المدرسة الواقعية من خلال النقاط التالية:

- القائد يتصرف في مجال السياسة الدولية على أساس العلة الوجودية للدول
 - مبادئ الأحلاف العالمية مشكوك في وجودها.
 - بقاء الدولة يتطلب من قائد الدولة أن يبتعد عن الأخلاق.
 - الاستمرارية أهم من التغير.
 - القوة أساس بقاء الجولة وبقوة أكبر تمارس نفوذاً أكبر⁽¹⁾.
- ومن هنا يفسر النهج الواقعي إعداد القرارات واتخاذها بالنظر إلى مجموعة من التغيرات منها الأهداف العسكرية والاقتصادية والثقافية لكل دولة والبحث عن الأمن والرفاهية وحماية الهوية الوطنية⁽²⁾.
- وبالرجوع إلى السياسة الخارجية لإسرائيل نجد هذه الأخيرة تنطلق من قيم ومبادئ ثابتة للحركة الصهيونية التي شكلت الأساس النظري والمادي لها، فقيام هذه الدولة فوق الأراضي العربية الفلسطينية جعل في طبيعة أهداف سياستها الخارجية السعي لتأمين العناصر الدولية اللازمة لتثبيت وجودها كدولة طبيعية ذات سيادة،

¹ - بوقاره حسين، السياسة الخارجية، دراسة في عناصر التشخيص والاتجاهات النظرية للتحليل، الجزائر، دار هومة، 2002، ص 215.

² - المرجع نفسه، ص 220.

¹ - غضبان مبروك، المدخل للعلاقات الدولية، عناية، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2007، ص ص 328-329.

² - عبد العزيز جراد، العلاقات الدولية، الجزائر، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، 1992، ص 116.

بالإضافة إلى العمل على ضمان أمنها القومي، ففي هذا السياق أكد بن غوريون على أن أمن الدولة الإسرائيلية القومي يجب أن يكون النقطة المحورية التي تتحرك حولها السياسة الخارجية الخاصة بها⁽¹⁾.

من جهة أخرى نجد مبدأ الردع والقوة قد ارتكز إلى رؤية اليمين المتطرف التي تقوم على أساس من عدم الاعتراف بالآخر، وبالتالي الوسيلة الوحيدة المتاحة للتعامل مع الآخر هي وسيلة القوة، فالحياة الإسرائيلية قامت على أساس من أيديولوجية القوة والعنف التي زرعها الصهيونية في النفس اليهودية وجعلتها إستراتيجية عامة للدولة اليهودية⁽²⁾.

وفي هذا الصدد كذلك يشير بن غوريون بأن أمن الدول ليس قضية حماية الاستقلال أو الأراضي أو الحدود أو السيادة إنما هي قضية البقاء وعلى قيد الحياة أي أن المفهوم الإسرائيلي للأمن يعني بقاء إسرائيل والشعب ككل، ومن هنا نجد أن تعبير الأمن يشكل محورا ومبررا لكثير من المبادئ أو الأنشطة الإسرائيلية، ويرجع تعاضم مفهوم الأمن إلى العقلية الإسرائيلية ذاتها، كما يرجع إلى الوضعية التي أقيمت بها إسرائيل⁽³⁾.

وعليه فالواقعية الجديدة تفترض أن الدول كفواعل عقلانية إنما تسعى لتأمين البقاء، بمعنى آخر وجودها المادي (Survival) وهذا هدف أساسي ينسب إلى مختلف أنواع الفواعل بالنظر إلى إدراكها البيئة الدولية على أنها تنافسية، وبذلك تكون رغبة الدول في البقاء هي الهدف الأكثر ملائمة نظريا كمتغير تابع لأجل أهداف نظرية واقعية للسياسة الخارجية، حيث تنظر إسرائيل إلى الدول العربية على أنها تملك إمكانات بشرية وجغرافية هائلة تهدد كيانها وهذا ما جعلها تتجه نحو بناء علاقات خارجية مع جميع الدول خاصة الإفريقية المجاورة للدول العربية⁽¹⁾.

ب- المقاربة البنائية:

تقدم البنائية فهما بديلا لمجموعة من المواضيع المركزية في نظرية العلاقات الدولية تتضمن معاني الفوضى وتوازن القوى، العلاقة بين هوية الدولة ومصالحها، توسع القوة ومشاهد التغيير في السياسة الدولية من ناحية أخرى، كما يجب أن يفهم أن البنائية باعتبارها تتكون من رافدين "البنائية التقليدية والبنائية النقدية حيث ترتبط بشكل كبير بالنظرة الاجتماعية النقدية، أما البنائية التقليدية فهي تحدد المعضلات الخاصة بالتيارات

¹ - سرور عبد الناصر، السياسة الإسرائيلية اتجاه إفريقيا جنوب الصحراء بعد الحرب الباردة، مجلة جامعة الخليل للبحوث، 2010، ص 156.

² - علام عبد العلي عمرو، الأنا والآخر الشخصية العربية والشخصية الإسرائيلية في الفكر الإسرائيلي المعاصر، دار العلوم للنشر والتوزيع والمعلومات، 2005، ص 192.

³ - رياض محمود عادل، الفكر الإسرائيلي وحدود الدولة، ط2، بيروت، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1989، ص 263.

¹ - طاهر علاء، حرب الفضاء ونظرية الأمن الإسرائيلي، القاهرة، المكتب العربي للمعارف، 1991، ص 52.

الرئيسية في مجال نظرية العلاقات الدولية وتعمل على حلها والتي تتعلق بقضايا الهويات في السياسة العالمية والتنظير لدور السياسة الداخلية والثقافية في نظرية العلاقات الدولية⁽¹⁾.

على هذا المستوى ينظر للمجتمع ككل وكذا مختلف المجموعات الاجتماعية الداخلية كعامل حاسم التأثير في عملية التنشئة الاجتماعية التي تفرز توقعات قيمة حول السلوك الملازم للسياسة الخارجية مثل من نحن، كيف نعرف أنفسنا كيف ينظر إلينا الآخرون، ما هو الدور المتوقع منا، هي عناية مرجعية لرؤية الدولة نفسها في السياق الدولي، ومن ثم لسلوكها الخارجي، وبناء على ما سبق من الطرح النظري يمكن الإشارة إلى تأثير الهوية والأفكار والقيم في دولة إسرائيل بدءاً بنشأة هذه الدولة وخلفية التسمية، حيث فضل الصهاينة استخدام هذا الاسم "دولة إسرائيل" لدولتهم بدلاً من الاسم الذي قد حدده "هرتزل" وهو دولة اليهود لأسباب منها"

إيجاد تناسق بين اسم الدولة والاسم العبري لفلسطين وهو أرض فلسطين.

إيثار الصفة العنصرية الكامنة في اسم إسرائيل يتميز باثنين "دولة إسرائيل، والتوراة وفي هذه المناسبة قيل على دولة إسرائيل أنها تعتمد على الدولة ككيان سياسي منظم ذي سيادة وعلى القومية العبرية التوراتية"⁽²⁾.

من جهة أخرى "تعتبر نشأة المجتمع الإسرائيلي هي نشأة صهيونية بالدرجة الأولى وبنائه بناء صهيوني في جوهره، حيث المواطن في إسرائيل داخل الشبكة كثيفة من الرموز الأساطير التي نسجها الصهاينة من التراث الديني اليهودي، وأعطوها مضمونا قوميا"⁽³⁾ وهذا ما يدعم فكرة التنشئة الاجتماعية للإسرائيليين وجعلهم أداة فاعلة ومؤثرة في صانع القرار ونهج سلوكات معينة تقدم المصلحة القومية لليهود في ذلك تأكيد القيم القتالية كمتغير أساسي في نظام القيم السائدة في المجتمع الإسرائيلي.

هنا نجد البنائية نفترض أن الهوية باستمرار هدف تحديد مصلحة الدولة، لأنها توفر تصورات خاصة حول غايات ووسائل سياستها الخارجية، وهذه العلاقات لا تختزل في تأثير القيم والمعايير القائمة أو التجارب الوطنية السابقة، بل أن فهم الدولة للبيئة التي تتفاعل في ظلها وموقعها ودورها فيها يضفر بعدا تقويميا على توجهات سياستها الخارجية، هذا التقويم يرتبط غالبا بطريقة إدراك وتفسير الدولة لسياقها الاجتماعي وهذا ما ينطبق على دولة إسرائيل وتحركها في المنطقة.

¹ - فرح محمد أنور، نظرية الواقعية في العلاقات الدولية، دراسة نقدية مقارنة في ضوء النظريات المعاصرة، الطرق: مركز كردستان الاستراتيجية، 2007، ص 430.

² - الشامي عبد الله رشاد، القوى الدينية في إسرائيل (بني تكفير الدولة ولعبة السياسية)، الكويت: سلسلة عالم المعرفة، 1994، ص 46.

³ - الميسري محمد عبد الوهاب، الإيديولوجية الصهيونية (دراسة حالة في علم الاجتماع المعرفة)، ج 2، الكويت: سلسلة عالم المعرفة، 1983، ص 46.

وهنا نجد العقيدة العسكرية والأمنية لليهود قد تمثلت في الموعد الإلهي بتكوين بني إسرائيل من فلسطين وما حولها حيث يتم رسم العقيدة العسكرية، وقت السلم لكي تطبق حيث تقوم الحرب⁽¹⁾.

واعتمادا على ما سبق "يمكن القول أن التصور الإسرائيلي لفكرة الأمن القومي والسياسة الخارجية يعتمد بصفة كبيرة على القيم والمعتقدات والهوية الدينية وهذا ما نلاحظه من خلال قرارات المؤسسات الرسمية، وغير الرسمية التي تحاول مواكبة الوضع الدولي العام من خلال الحرب على الحركات الدينية الأخرى باسم التطرف وتحت اسم الحرب على الإرهاب⁽²⁾".

المطلب الثاني : أهداف السياسة الخارجية لإسرائيل في ظل التوجهات البرغماتية

أ- التوجهات البرغماتية:

كما كانت اليهودية تحتاج دائما إلى تثبيت شرعيتها وحماية وجودها فقد اعتمد بن غوريون على ضمانات الولايات المتحدة الأمريكية كقوة قادرة على ملء الفراغ الذي تركته بريطانيا، فقد وضع بن غوريون بعض ثوابت السياسة الخارجية التي اعتبرها ضرورية لتجاوز الطوق العربي والحصار الدولي على كيانه، واعتمد في سبيل تحطى الصعوبة الأولى بما عرف سياسة القفز فوق الحواجز الإقليمية "أي أنه ربط الدولة العبرية الجديدة بأوثق العلاقات مع الدول الآسيوية والإفريقية على حد سواء كمحطات رئيسية يمكن بواسطتها إقامة جسور أمنية واقتصادية وسياسة تساعد على التخفيف من وطأة الحصار العربي⁽³⁾".

فمن الناحية الاقتصادية، فإن إسرائيل لازالت تعتمد في معادلة ميزانيتها على المساعدات الخارجية التي تصل إليها من جهود العالم في خارج إسرائيل، كما أن افتقار إسرائيل إلى الموارد الطبيعية لا يمكنها من بناء اقتصاد متين ولهذا تبذل إسرائيل قصارى جهدها لترصين اقتصادها بالتصنيع أولا وبالزراعة ثانيا، حيث تحاول عقد علاقات اقتصادية مع الدول الإفريقية والآسيوية على حد سواء⁽⁴⁾.

وهنا يظهر التوجيه البراغماتي في اعتبار الكيان الصهيوني القارات الثلاث ميدانيا مهما للنشاط المتعدد الوجوه ويقتصر- على مجرد العلاقات الدبلوماسية، بل ومسرحا مهما يمكن أن يؤدي فيه الكيان الصهيوني أدوارا اقتصادية وأمنية، ويدعوا أن إسرائيل أعطت الأسباب الاقتصادية أهمية خاصة في تحركها لتبرير تغلغلها خاصة في إفريقيا:

-انتزاع مواطني أقدام متزايدة الانساع في أسواق إفريقيا.

¹ - المرجع نفسه، ص 85.

² - طاهر علاء، حرب الفضاء ونظرية الأمن الإسرائيلي، القاهرة، المكتب العربي للمعارف، 1991، ص 62.

³ - محمود أحمد معين، إسرائيل واختراق جبهة آسيا رؤية جيواستراتيجية، لبنان، مركز باحث للدراسات، 2009، ص 09.

⁴ - خطاب شبت محمود، العسكرية الإسرائيلية، بيروت، دار الطليعة للطباعة النشر، 1968، ص 122.

-الاستحواذ على مواقع الثروة ومصادر الطاقة المستقبلية حيث أن الثروات الهائلة التي تمتلكها إفريقيا هي الفاتحة للشبهة الإسرائيلية قبل أي حسابات إستراتيجية⁽¹⁾.

وفي هذا الإطار نجد القادة الإسرائيليين يربطون علاقتهم مع الدول على حسب قوتها وموقعها وسط المجتمع الدولي، تارة بريطانيا وتارة فرنسا وتارة أخرى الولايات المتحدة الأمريكية، حيث تفاعلت مع الأخيرة بقوة خاصة في الجانب الاقتصادي، فعملت على تشجيعها لاختراق دول آسيا الوسطى والقوقاز، كما خولت لإسرائيل بعض المهام الجديدة في الجمهوريات الجديدة وبأن توجه مساعي هذه الأخيرة إلى الدول الإسلامية بالدرجة الأولى حتى تكون طرفا فعالا في إستراتيجية محاصرة واحتواء نفوذ روسيا الاتحادية وإيران، وبعض الدول العربية للحيلولة دون انتشار المد الراديكالي الإسلامي⁽²⁾.

وخلاصة القول نجد إسرائيل تبحث عن تعظيم مصلحتها لاسيما الاقتصادية والأمنية، حيث تحاول إنشاء علاقات مع الدول الإفريقية وبخاصة شرق إفريقيا وكسر طوق عزلتها الإقليمية، حيث تعرض المساعدات الفنية في مجال الزراعة والتنمية الاقتصادية، وتسعى جاهدة إلى توطيد علاقتها الخارجية وفقا لما تقتضيه الضرورة⁽³⁾.

ب- الأهداف الأمنية:

- التغلب على المقاطعة السياسية و الاقتصادية التي اختارها العرب ضد إسرائيل بغية عزلها عالميا وذلك بردة فعل و محاولة عزل الدول العربية عن الغرب ومناطق أخرى من إفريقيا، حيث عارضت إسرائيل إقامة علاقات وثيقة وودية بين الولايات المتحدة الأمريكية و العرب و جمدت دائما لإثبات أنها الصديق الوحيد لأمريكا في المنطقة العربية¹.

- الهيمنة على قضايا الصراع العربي الإسرائيلي التي من أهمها الصراع الذي يشمل البحر الأحمر حيث يمثل مصدرا للصراع بين البلدان المجاورة له وإسرائيل².

- تطويق الدول العربية و تضيق الخناق عليها وكسر- حاجز العزلة المفروض من طرف دول العالم الثالث بصفة عامة و من الدول الإفريقية بصفة خاصة من خلال كسب الرأي العام الإفريقي و الحصول على تأييده.

¹ - حابس الفايز محم، إسرائيل ودورها في بلقنة الوطن العربي "السودان نموذجا" 2000-2011، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الوسط، قسم العلوم السياسية، كلية الآداب والعلوم، 2011، ص 92.

² - فول مراد، البعد الاستراتيجي للعلاقات الأمريكية الإسرائيلية، كلية العلوم السياسية، والعلاقات الدولية، مجلة الفكر، العدد التاسع، جامعة محمد خيضر، ص 350.

³ - السلطان عبد المحسن عبد الله، البحر الأحمر والصراع العربي الإسرائيلي، التنافس بين إستراتيجيتين، ط 03، بيروت، مركز الدراسات الوحدة العربية، 1988، ص 228.

- عبد الله عبد المحسن السلطان، البحر الأحمر والصراع العربي الإسرائيلي، مرجع سابق، ص 87.¹

- المرجع نفسه، ص 89.²

- دعم متطلبات الأمن المائي الإسرائيلي التي تمثل عماد استمرار الدولة و توسعها، خاصة فيما يتعلق بالملاحة الإسرائيلية في البحر الأحمر كأحد المعطيات المحلية للأمن الإسرائيلي بما يشمله من توفير المتطلبات العسكرية و الاقتصادية.

- التحكم في الصراع العربي الإسرائيلي من منظور أيديولوجي و ذلك بمحاصرة قوى الإسلام السياسي التي تعادي بعضها إسرائيل , حيث أصبح انتشار الإسلام السياسي في إفريقيا يشكل قلقا كبيرا للدولة الإسرائيلية خاصة في الدول التي تحتوي على قواعد للجماعات الجهادية مثل الصومال¹.

خاتمة:

من خلال ما سبق يمكن القول إن الدولة الإسرائيلية جعلت من أمنها القومي شيئا استثنائيا ,حتى بات من المعتقد انه مرادفا لوجودها معتمدين في ذلك على الخلفيات التاريخية و السياسية , حيث سعت إسرائيل إلى تمتين علاقاتها في كافة المجالات السياسية و الاقتصادية و العسكرية مع كل دول العالم خاصة دول القارة السمراء مستفيدة من ترابطها العضوي مع الولايات المتحدة الأمريكية في خدمة توجهاتها في المنطقة , خاصة بعد أحداث 11سبتمبر 2001 من خلال ما يسمى بالحرب على الإرهاب.

و عليه أصبح عنصر الأمن ابرز ملامح السياسة الدولية لإسرائيل في المنطقة حيث شكلت المسائل الأمنية وفقا للرؤية الإسرائيلية (الدع,الحسم السريع,الضربة الوقائية) ركيزة أساسية في سلوكياتها الخارجية اتجاه بيئتها السياسية و الإستراتيجية ,و أصبحت كل القرارات تبنى على البعد الأمني و هو الجزء الأساسي من وظيفة المؤسسة العسكرية, لذا تشترك في صناعة القرار الخارجي بجميع مراحله, فالأساس المعلوماتي و التقديرات و التحليلات تصدر من أجهزة المؤسسة العسكرية و الأشخاص التابعين لها, سواء الذين هم تحت الخدمة أو أولئك الذين يمارسون السياسة بنفس التوجهات , و هذا يعطي دلالة واضحة في تحديد الأولويات الأمنية في السياسة الدولية لإسرائيل.

قائمة المراجع :

- (1) أبو سيف عاطف، علاقات إسرائيل السياقات والأدوات، الاقتراحات والإخفاقات، مدار المركز الفلسطيني للدراسات الإسرائيلية، الأيام للطباعة، رام الله، فلسطين.
- (2) إسرائيل تال، الأمن القومي-أقلية مقابل أغلبية- بيروت: مؤسسة الدراسات العربية، 1980م.
- (3) بوقاره حسين، السياسة الخارجية، دراسة في عناصر التشخيص والاتجاهات النظرية للتحليل، الجزائر، دار هومة، 2002.
- (4) السلطان عبد المحسن عبد الله، البحر الأحمر والصراع العربي الإسرائيلي، التنافس بين إستراتيجيتين، ط 03، بيروت، مركز الدراسات الوحدة العربية، 1988.

- أبو سيف عاطف، علاقات إسرائيل الدولية -السياقات والأدوات، الاختراقات والإخفاقات- مرجع سابق، ص 405.¹

- (5) حابس الفايز مها، إسرائيل ودورها في بلقنة الوطن العربي "السودان نموذجا" 2000-2011، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الوسط، قسم العلوم السياسية، كلية الآداب والعلوم، 2011.
- (6) خطاب شبت محمود، العسكرية الإسرائيلية، بيروت، دار الطليعة للطباعة والنشر، 1968.
- (7) رياض محمود عادل، الفكر الإسرائيلي وحدود الدولة، ط2، بيروت، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1989.
- (8) سرور عبد الناصر، السياسة الإسرائيلية اتجاه إفريقيا جنوب الصحراء بعد الحرب الباردة، مجلة جامعة الخليل للبحوث، 2010.
- (9) الشامي عبد الله رشاد، القوى الدينية في إسرائيل (بني تكفير الدولة ولعبة السياسية)، الكويت: سلسلة عالم المعرفة، 1994.
- (10) غلام عبد العلي عمرو، الأنا والآخر الشخصية العربية والشخصية الإسرائيلية في الفكر الإسرائيلي المعاصر، القاهرة، دار العلوم للنشر والتوزيع والمعلومات، 2005.
- (11) طاهر علاء، حرب الفضاء ونظرية الأمن الإسرائيلي، القاهرة، المكتب العربي للمعارف، 1991.
- (12) عبد العزيز جراد، العلاقات الدولية، الجزائر، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، 1992.
- (13) غضبان مبروك، المدخل للعلاقات الدولية، عناية، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2007.
- (14) فايز الصايغ، الاستعمار الصهيوني في فلسطين، مركز الأبحاث، 1965.
- (15) فرج محمد أنور، نظرية الواقعية في العلاقات الدولية، دراسة نقدية مقارنة في ضوء النظريات المعاصرة، الطرق: مركز كردستان الإستراتيجية، 2007.
- (16) فول مراد، البعد الاستراتيجي للعلاقات الأمريكية الإسرائيلية، كلية العلوم السياسية، والعلاقات الدولية، مجلة الفكر، العدد التاسع، جامعة محمد خيضر.
- (17) الكيلاني هيثم، دراسة في العسكرية الإسرائيلية، القاهرة، معهد البحوث والدراسات العربية، 1969م.
- (18) المسيري محمد عبد الوهاب، الأيديولوجية الصهيونية (دراسة حالة في علم الاجتماع المعرفة)، ج 2، الكويت: سلسلة عالم المعرفة، 1983.
- (19) محمود أحمد معين، إسرائيل واختراق جبهة أسيا رؤية جيواستراتيجية، لبنان، مركز باحث للدراسات، 2009.
- (20) المسيري عبد الوهاب، الأيديولوجية الصهيونية (دراسة في علم اجتماع المعرفة)، ج2، الكويت، سلسلة عالم المعرفة، 1983.
- (21) مهنا محمد نصر، معروف خلدون ناجي، الحكم والإدارة في إسرائيل، القاهرة: دار غريب للطباعة والنشر، 1996.
- (22) محمد النداوي، إسرائيل في حوض النيل، دراسة في الإستراتيجية الإسرائيلية، القاهرة، العربي للنشر- والتوزيع، 2012.
- (23) وايتلام كبت، اختلاق إسرائيل القديمة (لِسكات التاريخ الفلسطيني)، ترجمة: سحر الهندي، الكويت، سلسة عالم المعرفة، 1999.

