

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



العدد الثالث مارس 2016

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 0444 - 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 Simplified Arabic مقاس 14 شريطة ألا يزيد عدد صفحات المقال عن 14 صفحة بما في ذلك الجداول والأشكال والمراجع، ويكون مصحوبا بقرص مضغوط، أو بنسخة بالبريد الإلكتروني لتسهيل عملية الطباعة.

ينظم المقال كالاتي:

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. عجمالي بخالد

د. حساني علي

د. مقني بن عمار

أ. عبد الصدوق خيرة.

أ. صافة يمينة

محررة المجلة:

قاسمي عقيلة

الهيئة العلمية للمجلة

جامعة سعيذة	د.لاريد محمد أحمد	جامعة تيزي وزو	أ.د معاشو عمار
جامعة تيارت	د. بوراس عبد القادر	جامعة وهران	أ.د مروان محمد
جامعة تيارت	د. بن عمارة محمد	جامعة تلمسان	أ.د شهيدة قادة
جامعة تيارت	د.حساني علي	جامعة سيدي بلعباس	أ.د فتات فوزي
جامعة تيارت	د. مبطوش الحاج	جامعة سعيذة	أ.د طيبي بن علي
جامعة تيارت	د. قوسم حاج غوثي	جامعة بسكرة	أ.د عززي الزين
جامعة تيارت	د. مداح حاج علي	جامعة تيارت	أ.د فتاك علي
جامعة تيارت	د. بجري فاطمة	جامعة تيارت	أ.د عليان بوزيان
جامعة تيارت	د. بوغزارة الصالح	جامعة البليدة	أ.د خليل عمرو
جامعة تيارت	د. شامي أحمد	جامعة تيارت	أ.د بوساحة الشيخ
جامعة تيارت	د. هروال هبة نبيلة	جامعة الجزائر	د. ملزي عبد الرحمن
جامعة تيارت	د. قايد ليلي	جامعة وهران	د. جمعي ليلي
جامعة سعيذة	د. عبد العالي عبد القادر	جامعة الجزائر	د. شوتري أحمد
جامعة الجزائر	د. بوهدي بلقاسم	جامعة الرباط (المملكة المغربية)	د. عبد الرحمن الشرفاوي
جامعة تيارت	د. حبشي لزرق	جامعة الرباط (المملكة المغربية)	د. بشرى نذير
جامعة تيارت	د. حمر العين عبد القادر	جامعة تيارت	د. مقني بن عمار
جامعة تيارت	د. بلفضل محمد	المركز الجامعي بالبيض	د.هنان مليكة
جامعة تيارت	د. بوشي يوسف	جامعة تيارت	د. بلقنيشي الحبيب
جامعة تيارت	د. سماحي خالد	جامعة تيارت	د. ويس فتحي
جامعة تيارت	د. حمر العين مقدم	جامعة تيارت	د. مكّي خالدية
جامعة تيارت	د. طفياني مختارية	جامعة تيارت	د. عجالي بخالد
جامعة الشلف	د. رياحي أحمد	جامعة تيارت	د. بن عمارة أحمد
جامعة تيارت	د.بلاق محمد	جامعة دار العلوم- الرياض (المملكة العربية السعودية)	د. شواخ الأحمد

كلمة المدير الشرفي للمجلة

بادئ ذي بدء نتقدم بالشكر إلى جميع الباحثين الذين أسهموا ببحوثهم المتنوعة المتخصصة في جميع أفرع القانون والعلوم السياسية، آمليين أن نكون في مستوى ما ينتظره قراء المجلة من طلبة وباحثين وأساتذة.

إن مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية فضاء علمي حديث النشأة استطاعت بخطى ثابتة أن تحافظ على إصداراتها بانتظام، وأن تكتسب قراء مثنين لبأكورة إنتاجها، وأصالة بحوثها في العديدين السابقين، وهي بذلك تكون قد قطعت شوطاً، بل أشواطاً علمية طيبة نحو تحقيق الهدف المقصود من إنشائها في تحقيق التنمية المعرفية المتخصصة.

وها هو العدد الثالث من المجلة يرى النور ليساهم مع أخواتها في ميدان الحقوق والعلوم السياسية، لتسليط الضوء على ما تق ووجد من المسائل القانونية والسياسية، المرتبطة بواقع الحياة القانونية والسياسية حيث تعتبر المجلة منبرا علميا للتمكين العملي للباحثين من أجل نشر- بحوثهم وطرح أفكارهم ومناقشة إشكالات القانون والسياسة والتنمية بعد تحكيم موثوق.

وإنه لشرف لجامعة العلامة عبد الرحمن بن خلدون أن تكون هذه المجلة وسيلة للتعبير عن الحريات الأكاديمية والعلمية، تكريسا للمادة 44 من التعديل الدستوري الجديد بموجب القانون: 01/16 المؤرخ في: 06 مارس 2016، في دسرة الحرية الأكاديمية وضمان حرية البحث العلمي، "تعمل الدولة على ترقية البحث العلمي وتثمينه خدمة للتنمية المستدامة للأمة"، ومعرضا لنشر الأفكار والأطروحات في المجالات القانونية والسياسية المتجددة بطبيعتها، كل ذلك في أسلوب علمي ومنهج أكاديمي، يسمح بالقابلية للتثمين العلمي للبحوث المنشورة في مجال صناعة المعرفة المنتجة للتنمية .

وتجتهد المجلة في مسايرة التحولات التشريعية والتغيرات السياسية التي تعرفها دولتها وسط تطورات تنموية، وتحديات دولية لتكون المعرفة أساس التنمية، وتشجيع البحث العلمي الذي يعتبر مؤشرا علميا على التحضر و النمو.

ويأتي هذا الإصدار الثالث في ظروف خاصة تمر بها المنظومة القانونية، والحياة السياسية، وما تعرفه من نقاشات علمية، وتوقعاته على قضايا التنمية والعدالة والإصلاح الإداري والسياسي، وهو ما حاولت بعض مقالات هذا العدد الكشف عنه بمادة علمية متخصصة، بالتحليل والمناقشة والمعالجة المقارنة .

ولن أفيض هنا بالتحدث عن إدارة المجلة ودورها الفعال في توفير مناخ علمي للباحثين وأسأل الله- مخلصاً - أن يأخذ بأيدينا إلى مواقع الحق والصواب، وأن يرزقنا جميعاً صادق القول وصالح العمل.

المدير الشرفي للمجلة

أ.د/مدريل خلادي *مدير الجامعة*

كلمة التحرير

تجدون في هذا العدد الثالث من مجلتكم مجلة الحقوق والعلوم السياسية موضوعات تتعلق بمباحث متعددة متصلة بمجموعات من القوانين والتشريعات الحديثة الإصدار في المنظومة القانونية الجزائرية خصوصا القانون: 01/16 المتضمن التعديل الدستوري الجديد، والقانون رقم 12/15 المتضمن حماية الطفل لأول مرة في الجزائر، والمرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، والقانونين 01/14 و 19/15 المعدلين لقانون العقوبات، وكذا القانون 17/15 المتضمن الموافقة على الأمر 02/15 المتضمن تعديل قانون الإجراءات الجزائية، والقانون 20/15 المتعلق بتعديل القانون التجاري والقانون 12/15 المتضمن القانون التوجيهي حول البحث العلمي والتطوير التكنولوجي، وهي كلها قوانين من شأنها مواكبة التطورات والتحولات الدولية الراهنة.

أما في مجال بحوث العلوم السياسية فقد ضمت المجلة في طياتها مقالات تبحث حول واقع الإصلاحات السياسية في الجزائر بين متطلبات الداخلية وتفاعلات العولمة، وظاهرة الإرهاب المتنامية وآليات التصدي لها، كما ضمت المجلة بحثا حول أزمة مسؤولية حماية حقوق الإنسان بين الإطار القانوني، والعدالة الجنائية الدولية، وحمية تقرير المسؤولية الاجتماعية على ضوء التوجه البيئي للمؤسسة مقارنة بالأنظمة القانونية والعالمية.

وفي آخر هاته التوطئة تتمنى أسرة المجلة لقراءها وناشريها أن يجدوا ضمن بحوثنا متعة علمية وإضافة معرفية تساهم في تطوير البحث العلمي وتحقيق تنمية الفكر القانوني والسياسي، ورفع من مكانة الجامعة الجزائرية.

مدير المجلة:

أ.د/ عليان بوزيان

فهرس العدد

الرقم	مؤلف المقال	عنوان المقال	الصفحة
1/ فهرس مقالات القانون العام			
01	د. محمد سعادي - المركز الجامعي بغليزان	إشكالية تطبيق المعاهدات الدولية من الناحية الزمنية	01
02	د. لريد محمد أحمد - جامعة سعيدة	تجاوز حدود الدفاع الشرعي - دراسة مقارنة -	17
03	د. بن منصور عبد الكريم- جامعة تيزي وزو	مدى مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية	29
04	د. لخضر معاشو- جامعة بشار	القتل إشفاقا- دراسة مقارنة	48
05	أ. ميمونة سعاد - جامعة تلمسان	التشريع بأوامر في الحالة الاستثنائية	61
06	أ. بن محي الدين إبراهيم - جامعة تيارت	الآليات الأمنية في الحد من التسلح ونزع السلاح	72
07	أ. طالب خيرة - جامعة تيارت	جريمة الاتجار بالأطفال وآليات مكافحتها في المواثيق والاتفاقيات الدولية	96
08	بوبرك سعيدة - باحثة دكتوراه- جامعة سيدي بلعباس	العوائق التي تعترض الجباية العقارية في التشريع الجزائري	111
09	سدار يعقوب مليكة- باحثة دكتوراه- جامعة سيدي بلعباس	المسؤولية الجزائرية في عقد الصفقة العمومية	126
10	عمران نصر الدين - طالب دكتوراه- جامعة مستغانم	العقوبات المطبقة من طرف المحكمة الجنائية الدولية مقارنة بالأظمة القانونية الداخلية الجزائرية - نموذجاً-	139
2/ فهرس مقالات القانون الخاص			
11	أ.د. مزيان محمد الأمين- جامعة مستغانم و طالبي يمينة- جامعة مستغانم	المسؤولية الاجتماعية على ضوء التوجه البيئي للمؤسسة	154
12	د. عماري براهيم - جامعة الشلف و.د. رباحي أحمد - جامعة الشلف	مراعاة مصلحة المحضون في الفقه الإسلامي وبعض التشريعات العربية المقارنة	162
13	د. حبار أمال - جامعة وهران	الحق في الحياة الخاصة	186
14	د/ بوشي يوسف- جامعة تيارت	النشاط المنجمي والالتزام بدراسة التأثير البيئي في القانون الجزائري	205
15	أ. مجدوب نوال- جامعة تلمسان	حماية المستهلك جنائيا في عملية تسويق المواد الصيدلانية	223
16	أ.رحمي أحمد المركز الجامعي تيسمسيلت	النظام القانوني لعقد التسيير	234
17	أ.رحباني مهدي - جامعة تيارت	مسؤولية حماية حقوق الإنسان بين الإطار القانوني والتطبيقات الدولية	246

258	الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الإلكتروني	أ. شايب بوزيان - معهد الحقوق غليزان	18
272	ضمانات تطبيق مبدأ المساواة في القانون الجزائري	أ. بظاهر أمال - جامعة تيارت	19
280	أهلية الجنين في التشريع الجزائري و الفقه الإسلامي	أ. قديري محمد - جامعة تيارت	20
291	التنظيم القانوني للتراخيص الإجبارية لاستغلال اختراع صيدلاني	أ. المر سهام - جامعة تلمسان	21
306	الصفات الإلكترونية في القانون المقارن	نجياز عبد الله- باحث دكتوراه - جامعة سعيدة	22
324	إشكالية بطلان عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري	طواهرى محمد- باحث دكتوراه- جامعة تلمسان	23
3/ فهرس مقالات العلوم السياسية			
336	واقع جودة التعليم العالي في الجزائر	أ.د بن عبو جيلالي- جامعة معسكر و بن ونيسة ليلي- جامعة معسكر	24
352	تأثير أزمة النفط على سياسة الأمن الغذائي في الجزائر	د. براينيس عبد القادر- جامعة مستغانم و الحبيزتي نبيلة- جامعة مستغانم	25
366	واقع الإصلاحات السياسية في الجزائر بين المتطلبات الداخلية وتفاعلات العولمة	أ. خلفه نصير - جامعة تيارت	26
387	الآثار القانونية المترتبة عن قطع العلاقات الدبلوماسية على البعثات الدبلوماسية	أ. رقاب محمد- جامعة الجزائر	27
396	جيوسياسية العلاقات المغاربية الساحلية: من أجل إعادة بعث العلاقات العابرة للصحراء	أ.فناك مهدي - جامعة تيزي وزو	28
412	مجلس الأمن والتصدي للإرهاب الدولي عقب أحداث 11 سبتمبر 2001	أ.يوسفي عبد الهادي- المركز الجامعي غليزان	29
4/ فهرس مقالات اللغة الأجنبية			
424	La valorisation du domaine public foncier par l'intervention privée	Sihoub Salim- Maitre ass /A/ - Université - tiaret-	30

إشكالية تطبيق المعاهدات الدولية من الناحية الزمنية*
د. محمد سعادي- أستاذ محاضر " أ " - المركز الجامعي بغليزان

التلخيص:

تعالج هذه الدراسة مسألة تنفيذ المعاهدة الدولية من الناحية الزمنية، سواء من ناحية دخولها حيز التنفيذ أو تنفيذها بصورة مؤقتة أو عدم رجوعيتها في الزمن، و ما يثور حول هذه المسائل القانونية من جدل فقهي و أحكام قضائية دولية. و طرح الكثير من الحلول التي يمكن الاعتماد عليها في حل مجموع هذه الإشكالات التي تثار عندما تريد الدول الأطراف البدء في تنفيذ التزاماتها التعاقدية على المستوى الدولي.

L'illustration :

Cette étude traite la question de l'exécution de convention internationale au niveau du temps, soit son entrée en vigueur, son exécution temporaire ou son non-rétrogradation dans le temps, et tout ce qui se suit comme positions des parties sur ces questions, doctrinale et juridictionnelles internationales. Comme elle traite en même temps les multiples solutions proposées, que les parties pourront les adopter, pour résoudre l'ensemble de ces problèmes posées à l'instant où les parties contractantes veulent exécuter leurs obligations conventionnelles au niveau international.

مقدمة :

ليس للمعاهدة أي أهمية إذا ما بقيت حبرا على ورق بالرغم من تعهدات أطرافها بالالتزام بالأحكام التي جاءت فيها ممهدة بذلك الطريق إلى إثارة العديد من المشاكل التي يمكن أن تصيب المعاهدة الدولية في الصميم ألا و هو تطبيقها و الوصول إلى الأهداف التي رمت الأطراف إلى الوصول إليها دون تأخر و في الحدود الزمنية المعقولة. و قد تظهر مجموعة من الصعوبات يثيرها تطبيق المعاهدات الدولية من الناحية الزمنية ، كدخول المعاهدة الدولية حيز التنفيذ و تطبيقها بصفة مؤقتة و عدم رجعية المعاهدات الدولية . و هي مجموع النقاط الإشكالية التي سوف نتعرض لها في بحثنا هذا بداية من :

* تاريخ إيداع المقال: 2015/12/02

تاريخ تحكيم المقال: 2016/02/09

أولا : دخول المعاهدة الدولية حيز التنفيذ :

1 - مفهوم دخول المعاهدة الدولية حيز التنفيذ :

" فعبارة دخول المعاهدة حيز التنفيذ تعني أن نصوص المعاهدة أصبحت ملزمة لأطرافها ، وإن مخالفة تلك النصوص ستترتب عليها آثار قانونية دولية معينة بما فيها مسؤولية الدولة المخالفة " ¹ .
و يعني أيضا " تاريخ بدء العمل بأحكام المعاهدة و تنفيذها من قبل أطرافها " ² .

2 - تطور مفهوم دخول المعاهدة الدولية حيز التنفيذ :

لم تكن الدول تضع تاريخا محددًا لدخول المعاهدات الدولية حيز التنفيذ مثلما حصل مع المعاهدات المبرمة في مؤتمر لاهاي للسلام سنة 1899 فلا يوجد أي نص حول تاريخ دخولها حيز التنفيذ . و لكن بعد تطور المجتمع الدولي و العلاقات التعاهدية بين الدول لاسيما بعد إنشاء منظمة الأمم المتحدة، فإن جميع المعاهدات الدولية اعتادت على إدراج بند دخول المعاهدات الدولية حيز التنفيذ ³ . لأن تاريخ بدء تنفيذ المعاهدة الدولية مهم جدا باعتبار الوقت الذي يبدأ فيه كل طرف من أطراف المعاهدة الدولية بتنفيذ التزاماته المنصوص عليها فيها و أيضا في حالة نشوب نزاع حول تنفيذها فإنه يمكن الرجوع إلى تاريخ بدء سريان المعاهدة الدولية لتحديد دخولها حيز التنفيذ من عدمه ⁴ .

3 - قاعدة دخول المعاهدة الدولية حيز التنفيذ :

يخضع تنفيذ المعاهدات الدولية على المستوى الدولي لعدد من القواعد و المبادئ ⁵ و هذا تطبيقا لقاعدة " القانون الساري يحكم الوقائع التي تنشأ في ظله " tempus regit factum التي تعتبر قاعدة أساسية في القانون الدولي العام ⁶ . و هي قاعدة عامة للقانون الدولي العام التي تنص على بداية سريان الالتزام الدولي من يوم توافر الشروط الأساسية فيه ⁷ ، المعترف تاريخ ارتضاء كافة أطراف المعاهدة الدولية بالالتزام بها نهائيا الذي

¹ . طالب عبد الله فهد العلواني : المعاهدات الدولية و تتبعها و سريانها في القانون الدولي العام : دار الفكر الجامعي : الإسكندرية (مصر) : 2014 . ص . 15 .

أنظر : د . سعيد سالم جويلى : محاضرات في مبادئ القانون الدولي العام : (دون بلد النشر) : 1999 . ص . 256 .

² . محمد السعيد الدقاقي / د . إبراهيم احمد خليفة : القانون الدولي العام : دار المطبوعات الجامعية : الإسكندرية (مصر) : 2009 . ص . 162 .

³ . طالب عبد الله فهد العلواني : نفس المرجع : ص . 18 / 19 .

⁴ . عمر حسن عدس : مبادئ القانون الدولي العام المعاصر : المركز القومي للإصدارات القانونية : القاهرة (مصر) : 2006 / 2007 . ص 535 .

⁵ Emile-robot Perrin : Les grands problèmes internationaux : Editions Masson : Paris/ Milan/ Barcelone : 1995 . p . 171 .

⁶ . أحمد أبو النجا : الوسيط في القانون الدولي العام : دار النهضة العربية : القاهرة (مصر) : الطبعة الخامسة : 2010 . ص . 149 .

⁷ . عبد العزيز رمضان الخطايي : المرجع السابق : ص . 157 .

يكون في شكل التوقيع في حالاته الثلاثة ، أو التصديق أو تبادل الوثائق أو الموافقة أو القبول أو الانضمام¹ .
و تبقى هذه القاعدة القانونية الدولية نافذة إلى أن يتم إلغاؤها صراحة أو ضمناً² .

من هنا، يبدأ تطبيق المعاهدة الدولية من الوقت الذي تحده الدول الأطراف فيها³ و هو تاريخ دخول المعاهدة الدولية حيز التنفيذ⁴ .

ففي المعاهدات الدولية الثنائية : تدخل حيز التنفيذ من تاريخ تبادل أو إيداع وثائق التصديق أو الإقرار الرسمي أو القبول أو الموافقة أو تاريخ التوقيع في حالة ما إذا كانت المعاهدة الدولية مبرمة في شكلها المبسط⁵ .

أما في المعاهدات الدولية الجماعية : فيكون نفاذها بعد إيداع أو تبادل عدد معين من التصديقات⁶ أو من أي تاريخ لاحق يتم الاتفاق عليه من طرف الأطراف⁷ . لذا ، تدخل المعاهدة حيز التنفيذ وفقاً للتاريخ المحدد من طرفها أو حسب ما اتفق عليه أطرافها وقت المشاركة في تحضيرها أثناء المفاوضات ، فيتفق هؤلاء على دخول المعاهدة الدولية حيز التنفيذ بعد التوقيع عليها مباشرة أو بعد مرور مدة زمنية من تبادل التصديقات أو بمجرد تبادل التصديقات⁸ ، فتتضمن المعاهدات الدولية في بعض الحالات أحكاماً تحدد تاريخ نفاذها و تحدد أيضاً أحكاماً انقضاءها⁹ .

أنظر أيضاً : د . جمال عبد الناصر مانع : القانون الدولي العام : المدخل و المصادر : دار العلوم للنشر- و التوزيع : الحجار / عنابة (الجزائر) : 2005 : ص . 127 .

¹ د . محمد السعيد الدقاق / د . إبراهيم احمد خليفة : المرجع السابق : ص . 162 .

² د . عبد العزيز رمضان الخطابي : نفس المرجع : ص . 157 .

أنظر أيضاً : د . جمال عبد الناصر مانع : نفس المرجع : ص . 127 .

³ د . عبد العزيز رمضان الخطابي : نفس المرجع : ص . 157 .

⁴ د . طالب عبد الله فهد العلواني : المرجع السابق : ص . 18 .

⁵ د . سعيد سالم جويلي : المرجع السابق : ص . 256 .

⁶ نفس المرجع : ص . 256 .

⁷ د . أحمد بلقاسم : المرجع السابق : ص . 107 .

⁸ د . أحمد أبو النجا : نفس المرجع : ص . 149 / 150 .

أنظر أيضاً : د . علي خليل إسمايل الحديثي : القانون الدولي العام : الجزء الأول : المبادئ و الأصول : دار النهضة العربية : القاهرة (مصر-) : 2010 : ص . 62 .

و د . محمد يوسف علوان : القانون الدولي العام : المقدمة و المصادر : دار وائل للنشر و التوزيع : عمان (الأردن) : الطبعة الثالثة : 2003 : ص . 257 .

و د . إبراهيم أحمد شلبي : مبادئ القانون الدولي العام : الدار الجامعية للنشر و التوزيع (بدون بلد النشر و لا تاريخ النشر : ص . 240 .

⁹ د . جمال عبد الناصر مانع : المرجع السابق : ص . 128 .

زغوم كمال : مصادر القانون الدولي : دار العلوم للنشر و التوزيع : الحجار / عنابة (الجزائر) : 2004 : ص . 111 .

4 - موقف معاهدة فيينا لقانون المعاهدات من قواعد دخول المعاهدة الدولية حيز التنفيذ :

أوضحت معاهدة فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 موقفها من مسألة دخول المعاهدة الدولية حيز التنفيذ في المادة 24 منها ، حيث نصت على أنه :

" 1 - تدخل المعاهدة حيز التنفيذ بالطريقة و التاريخ المنصوص عليه فيها أو المتفق عليه من طرف الدول المتفاوضة ،

2 - و في حال عدم وجود نص أو اتفاق ما ، تدخل المعاهدة حيز التنفيذ عندما يتم ارتضاء جميع الدول المتفاوضة الالتزام بالمعاهدة .

3 - فإذا تم ارتضاء الدول الالتزام بالمعاهدة في تاريخ لاحق لدخولها حيز التنفيذ . فإن المعاهدة تعتبر نافذة في مواجهة هذه الدول منذ هذا التاريخ ، ما لم تنص المعاهدة على خلاف ذلك .

4 - أحكام المعاهدة التي تنظم توثيق نصوصها و إثبات موافقة الدول على الالتزام بها و كيفية أو تاريخ دخولها حيز التنفيذ ، تنطبق اعتباراً من تاريخ اعتماد نصها . "

و عليه ، يبدأ تنفيذ المعاهدة الدولية من التاريخ الذي حددته هذه الأخيرة . و إذا لم يحدد هذا التاريخ اعتبرت نافذة من تاريخ التوقيع عليها في الحالة التي لا تحتاج المعاهدة إلى تصديق ، فإذا كانت تحتاج إلى تصديق اعتبرت نافذة من تاريخ التصديق¹ .

ثانيا : تطبيق المعاهدة بصفة مؤقتة :

1 - مفهوم التطبيق المؤقت للمعاهدات الدولية :

إن التطبيق المؤقت للمعاهدة يقصد منه " دخولها حيز النفاذ كلياً أو جزئياً بين أطرافها خلال فترة معينة على سبيل الاختيار و التجربة " ² فينفذونها " بصفة مؤقتة ، قبل الالتزام القانوني بها " ³ ، و يكون هذا باتفاق الأطراف على تطبيق المعاهدة الدولية بصورة مؤقتة و هذا لاعتبارات خاصة تدخل في خدمة مصالحهم⁴ حتى تنتهي الإجراءات اللازمة لدخول المعاهدة حيز التنفيذ⁵ حيث تبقى الأطراف تنتظر إن كانت المعاهدة الدولية

¹ د . عمر حسن عدس : المرجع السابق : ص . 535 .

² د . عبد العزيز رمضان الخطابي : المرجع السابق : ص . 158 .

³ د . سعيد سالم جويلي : المرجع السابق : ص . 258 .

⁴ د . عمر حسن عدس : نفس المرجع : ص . 536 .

⁵ زغوم كمال : المرجع السابق : ص . 112 .

أنظر أيضاً : د . سعيد سالم جويلي : المرجع السابق : ص . 258 .

تخدم مصالحهم ، ففي هذه الحالة يقررون التصديق عليها و الالتزام بها ، و إن ظهر لهم العكس رفضوا التصديق عليها معتبرينها كأنها لم تكن¹ .

و يعتبر التنفيذ المؤقت للمعاهدات الدولية ظاهرة جديدة² بل و مسألة حديثة في القانون الدولي العام³ تدخل في التطور الجديد في هذه المسألة المتمثل في محاولة تنفيذ جزء من المعاهدة الدولية بصورة مؤقتة حتى يتمكن الأطراف فيها من الوصول إلى أهدافها⁴ و هذا بسبب الإجراءات الطويلة التي يستغرقها التصديق⁵ . طبعاً ، كل هذا متوقف على إرادة الأطراف ، إذ لا تعارض القواعد الدولية على تطبيق المعاهدة الدولية بصفة مؤقتة إذا نصت المعاهدة على ذلك أو اتفق المشاركون في المفاوضات حول المعاهدة المعنية على ذلك⁶ . حيث يرر أطراف المعاهدة الدولية لجوءهم إلى هذه التقنية في تطبيق المعاهدات الدولية بصورة مؤقتة بسبب الطبيعة المستعجلة لبعض المسائل التي تهدفها المعاهدة الدولية ، فيضطر هؤلاء إلى اتخاذ بعض الإجراءات لتنفيذ المعاهدة الدولية التي يكون موضوعها غير قابل للتأخير⁷ .

تحدد الدول مسألة تنفيذ المعاهدة الدولية بصورة مؤقتة في نص المعاهدة سواء ضمن نصوص المعاهدة أو بروتوكول منفصل أو بواسطة تبادل المراسلات أو بأي أسلوب آخر يتفق عليه الأطراف كما حصل مع البروتوكول المرفق بالمعاهدة بين الولايات المتحدة الأمريكية و الفلبين المبرمة سنة 1946 في انتظار التصديق النهائي على هذه المعاهدة الحالية ، و معاهدة شيكاغو المتعلقة بالطيران المدني الجوي لسنة 1944 و المعاهدة المؤقتة التي وقعت في اليوم نفسه الغير خاضعة للتصديق التي ستختفي حين التصديق على المعاهدة⁸ .

¹ د . عبد العزيز رمضان الخطابي : المرجع السابق : ص . 158 .

أنظر أيضا : د . جمال عبد الناصر مانع : المرجع السابق : ص . 130 .

² زغوم كمال : نفس المرجع : ص . 113 .

³ د . أحمد أبو النجا : المرجع السابق : ص . 150 .

أنظر أيضا : د . طالب عبد الله فهد العلواني : المرجع السابق : ص . 63 .

⁴ زغوم كمال : نفس المرجع : ص . 113 .

أنظر أيضا : د . طالب عبد الله فهد العلواني : المرجع السابق : ص . 63 .

⁵ د . طالب عبد الله فهد العلواني : نفس المرجع : ص . 63 .

⁶ د . أحمد أبو النجا : نفس المرجع : ص . 151 .

⁷ نفس المرجع : ص . 150 .

أنظر أيضا : د . طالب عبد الله فهد العلواني : نفس المرجع : ص . 63 .

و د . إبراهيم أحمد شلبي : المرجع السابق : ص . 241 .

⁸ د . طالب عبد الله فهد العلواني : نفس المرجع : ص . 63 / 64 .

و يمكن أن تنهي الأطراف المتعاهدة التي اتفقت على تطبيقها بصورة مؤقتة بإخطار بعدم رغبتها في البقاء عضوا فيها يتم إرساله إلى الدول أو المنظمة الدولية الأخرى التي تبقي على تطبيقها بصورة مؤقتة فيما بينها (المادة 25 من معاهديتي 1969 و 1986)¹.

2 - موقف لجنة القانون الدولي من تنفيذ المعاهدات الدولية بصورة مؤقتة :

في دورتها الأولى لسنة 1968 حول المادة 25 المقترحة تفرقت الآراء حول مسألة تنفيذ المعاهدات الدولية بصورة مؤقتة ، حيث انقسمت الوفود المشاركة في اللجنة إلى فريقين :

أ - المعارضون لفكرة تنفيذ المعاهدات الدولية بصورة مؤقتة :

حيث طالبت الوفود المشاركة بعدم إدخال هذا النص ضمن مسودة مشروع المعاهدة مبررين ذلك بالآتي :

- هذا يمكن أن يثير صعوبة في التفسير (مراقبة و انتهاء المعاهدات) .

- لا تجيب المادة على كيفية إنهاء النفاذ المؤقت .

- اقترح البعض حذف الفقرة الثانية من المادة المقترحة لأنها ليست ذات أهمية كبرى . لأنه إذا أمكن تطبيق المعاهدة كليا حسب الفقرة الأولى ، فإمكانها تطبيق جزء منها بصورة مؤقتة² .

ب- المناصرون لفكرة تنفيذ المعاهدات الدولية بصورة مؤقتة :

يرى البعض الآخر من الوفود المشاركة في لجنة القانون الدولي فيما يخص تطبيق المعاهدات الدولية بصورة مؤقتة أنه من الضرورة اعتماد المادة المقترحة . لأن التطبيق المؤقت يتفق مع الممارسة الواسعة القائمة على ضرورة الإسراع بتطبيق معاهدات دولية معينة ، لأن ذلك يسد حاجة حقيقية في العلاقات الدولية³ .

كما أن البعض الآخر من مناصري تنفيذ المعاهدات الدولية بصورة مؤقتة أوضح بأن موافقتها على مشروع المادة المقترحة مشروط بتفسيرها الخاص للمادة ، فأشارت بأنه لا يوجد ما يمنع من تطبيق المعاهدات الدولية مؤقتا من قبل دولة أو أكثر⁴ .

وقد دافع السير همفريد والدوك المقرر الخاص للجنة على فكرة " الدخول حيز التنفيذ مؤقتا " للمعاهدة الدولية بسبب الحالات المستعجلة الملحة لوضع نصوص المعاهدة حيز التنفيذ⁵ مضيفا بأن فكرة التطبيق المؤقت تعني

¹ د . أحمد أبو النجا : المرجع السابق : ص . 151 .

أنظر أيضا : د . جمال عبد الناصر مانع : المرجع السابق : ص . 131 .

² د . طالب عبد الله فهد العلواني : المرجع السابق : ص . 65 / 66 .

³ نفس المرجع : ص . 68 .

⁴ نفس المرجع : ص . 68 .

⁵ نفس المرجع : ص . 66 / 67 .

ضمينا أن مثل هذا التطبيق مؤقت فقط بانتظار الدخول النهائي حيز التنفيذ . و قد وافق البعض على فكرة السير والدوك التي تعني بأن سبب التطبيق المؤقت للمعاهدات الدولية يرجع للصفة المستعجلة لبعض المواضيع المعالجة من طرف المعاهدة الدولية أو من أجل أسباب أخرى تحددها الدول المعنية¹ ، مشرطة أن يكون هذا التطبيق المؤقت للمعاهدات الدولية باتفاق لاحق بين الأطراف عن طريق بروتوكول منفصل أو تبادل رسائل أو بأي أسلوب آخر . و هذا ما برهنت عليه الممارسة الدولية حيث يوجد تطبيق مؤقت فقط لجزء معين من المعاهدة الدولية بغية تلبية الاحتياجات الآتية للدول الأطراف أو لتهيئة المجال لدخولها جميعها حيز التنفيذ بعد فترة قصيرة² .

و حتى يؤخذ بهذا المقترح تم إضفاء فقرة ثالثة على المادة بعد المقترح الذي قدمته كل من بلجيكا و المجر و بولونيا التي تنص على أنه " بالإمكان إنهاء التطبيق المؤقت للمعاهدة أو جزء منها كما يتفق عليه بين الدول ذات العلاقة أو لدى الإشعار من قبل إحدى الدول الى دولة أو دول أخرى لا ترغب في أن تصبح مقيدة نهائيا بالمعاهدة"³.

3 - موقف معاهدة فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 من تنفيذ المعاهدات الدولية بصورة مؤقتة :

تعرضت معاهدة فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 لمسألة تنفيذ المعاهدات الدولية بصورة مؤقتة في مادتها 25، حيث نصت على أنه :

" 1 - تنفذ المعاهدة أو جزء منها بصفة مؤقتة حين دخولها حيز النفاذ في الحالات التالية :

أ - إذا نصت المعاهدة ذاتها على ذلك ،

ب - إذا اتفقت الدول المتفاوضة على ذلك بطريقة أخرى .

2 - ما لم تنص المعاهدة أو اتفقت الدول المتفاوضة على خلاف ذلك سوف ينتهي النفاذ المؤقت للمعاهدة أو جزء منها بالنسبة للدولة إذا بلغت هذه الدولة أو الدول الأخرى التي نفذت المعاهدة فيما بينها بصفة مؤقتة عن نيتها في ألا تصبح طرفا في هذه المعاهدة " .

و بذلك تكون معاهدة فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 قد أبحاث فكرة تطبيق المعاهدات الدولية بصورة مؤقتة في بعض الحالات :

الحالة الأولى: إذا أدرج الأطراف نفا ضمن أحكام المعاهدة المعنية على تطبيقها مؤقتا.

¹ نفس المرجع : ص . 69 / 70 .

² د . طالب عبد الله فيد العلواني : المرجع السابق: ص . 69 .

³ نفس المرجع : ص . 67 .

الحالة الثانية: إذا اتفقت الأطراف على تنفيذ المعاهدة أو جزء منها بصورة مؤقتة بطريقة أخرى .
و بذلك تكون معاهدة فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 قد انحازت للفريق المناصر لتنفيذ المعاهدات الدولية بصورة مؤقتة فأجازت مثل هذا الإجراء الدولي .

ثالثا : عدم رجعية المعاهدات الدولية :

لم يلق مبدأ عدم رجعية المعاهدات الدولية اهتماما في الفقه الدولي التقليدي و لكنه أصبح من المسلمات في القانون الدولي المعاصر حيث تبنته معاهدة فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 في المادة 28 منها¹.

1 - مفهوم عدم رجعية المعاهدات الدولية :

يفهم من مبدأ عدم رجعية المعاهدات الدولية " أنها تلزم أطرافها منذ تاريخ دخولها حيز النفاذ و لا تنطبق عليهم قبل هذا التاريخ " ².

فلا تسحب المعاهدات الدولية على الوقائع التي حدثت في الماضي³. حيث لا تسري المعاهدات الدولية كقاعدة عامة سوى على الوقائع و التصرفات التي تلي دخول المعاهدة الدولية حيز التنفيذ و تسمى هذه " قاعدة الأثر الحال " ⁴. و هو أحد المبادئ العامة في نظرية القانون⁵ مطبق في النظام القانوني الدولي⁶. فلا تدخل

¹ د . جمال عبد الناصر مانع : المرجع السابق : ص . 128 .

² د . محمد السعيد الدقاق / د . إبراهيم احمد خليفة : المرجع السابق : ص . 164 .

³ د . صلاح الدين عامر : المرجع السابق : ص . 285 .

أنظر أيضا : د . منتصر سعيد حمودة : المرجع السابق : ص . 128 .

و د . سهيل حسين الفتلاوي : الوسيط في القانون الدولي العام : دار الفكر العربي : بيروت (لبنان) : 2002 : ص 64 .

و د . محمد يوسف علوان : القانون الدولي العام : المقدمة و المصادر : دار وائل للنشر و التوزيع : عمان (الأردن) : الطبعة الثالثة : 2003 : ص . 257 .

و د . جمال محي الدين : المرجع السابق : ص . 137 .

و د . سعيد سالم جويلي : المرجع السابق : ص . 259 .

و د . عمر حسن عدس : المرجع السابق : ص . 537 .

و د . محمد السعيد الدقاق / د . إبراهيم احمد خليفة : المرجع السابق : ص . 165 .

⁴ د . محمد يوسف علوان : نفس المرجع : ص . 257 .

⁵ د . محمد بوسلطان : مبادئ القانون الدولي العام : الجزء الأول : ديوان المطبوعات الجامعية : الجزائر : 1994 : ص . 305 .

أنظر أيضا : د . محمد بوسلطان : فعالية المعاهدات الدولية : البطالان و الإنهاء و إجراءات حل المنازعات الدولية المتعلقة بذلك : ديوان المطبوعات الجامعية : الجزائر : 1995 : ص . 256 .

و د . جمال محي الدين : القانون الدولي العام : المصادر القانونية : دار الجامعة الجديدة : الإسكندرية (مصر) : 2009 : ص . 136 .

⁶ د . محمد يوسف علوان : نفس المرجع : ص . 257 .

أنظر أيضا : د . طالب عبد الله فهد العلواني : المرجع السابق : ص . 47 .

و د . إبراهيم أحمد شلبي : المرجع السابق : ص . 241 .

المعاهدة الدولية ، في الحقيقة ، حيز التنفيذ إلا منذ وقت تبادل وثائق التصديقات و هو إيداع العدد اللازم من التصديقات فيما يخص المعاهدات الدولية الجماعية . أما المعاهدات الدولية الثنائية ، و هي المعاهدات الدولية في شكلها البسيط ، فهي تدخل حيز التنفيذ وقت التوقيع عليها¹ .

2- الحكمة من مبدأ عدم رجعية المعاهدات الدولية :

إن الحكمة من العمل بمبدأ عدم رجعية المعاهدات الدولية هو ضمان استقرار المعاملات و الأوضاع القانونية و عدم إلزام الأطراف بالمسؤولية عن أعمال و أفعال بسبب عدم مراعاة قواعد دولية لم تكن موجودة أصلاً² بالإضافة إلى حماية الحقوق المكتسبة³ و رغبتهم في إضفاء الصفة القانونية على موقف سابق أو عمل أوتي قبل إبرام المعاهدة الدولية حتى لا يضحى بلا سند قانوني في الحالة التي لا تطبق فيها المعاهدة الدولية بأثر رجعي حيث يعتبر مثل هذا العمل الدولي سدا لفراغ قانوني وجد قبل دخول المعاهدة حيز التنفيذ⁴ .

لذا، فإن " مبدأ عدم الرجعية يهدف إلى الفعالية مع ضمان الاستقرار القانوني و تحصين الحقوق المكتسبة شرعياً من آثار أي تغير مستقبلي في النصوص " ⁵.

¹ د . صلاح الدين عامر : نفس المرجع : ص . 285 .

أنظر أيضاً : د . عبد العزيز رمضان الخطابي : أسس القانون الدولي المعاصر : دراسة في ضوء نظرية الاختصاص : دار الفكر الجامعي : الإسكندرية (مصر) : 2014 : ص . 156 .

و د . منتصر سعيد حمودة : القانون الدولي المعاصر : دار الفكر الجامعي : الإسكندرية (مصر) : 2009 : ص . 128 .

و د . طالب عبد الله فهد العلواني : المرجع السابق : ص . 18 .

تطلبت معاهدة فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 مثلاً 36 تصديقا لكي تدخل حيز التنفيذ . و تطلبت معاهدة جنيف المتعلقة بمعاملة أسرى الحرب تصديق دولتين . بينما ارتكز ميثاق الأمم المتحدة معيار النوعية في الدول المصادقة عليه و هي الدول الخمس الكبرى (الولايات المتحدة الأمريكية ، الاتحاد السوفياتي ، بريطانيا ، فرنسا ، الصين) .

أنظر : د . عبد العزيز رمضان الخطابي : نفس المرجع : ص . 156 .

أخذت به أيضا المعاهدة الأوروبية لحقوق الإنسان لسنة 1950 ،

أنظر : د . منتصر سعيد حمودة : نفس المرجع : ص . 128 .

لأن مد آثار القواعد القانونية إلى الماضي يتنافى مع حقوق الإنسان و حرته و يكون ذا أثر خطير في حالة الأخذ به

أنظر : د . طالب عبد الله فهد العلواني : المرجع السابق : ص . 48 .

لا سيما في حالة معاهدات تسليم المجرمين أو إبعاد اللاجئين السياسيين حين يسلم الشخص سواء المجرم أو اللاجئ السياسي لدولته الأصلية حول أفعال لم تكن مجرمة من قبل فهذا خطير عليه و على حقوق الإنسان .

أنظر : د . طالب عبد الله فهد العلواني : نفس المرجع : ص . 48 .

² د . طالب عبد الله فهد العلواني : نفس المرجع : ص . 47 .

أنظر أيضا : د . إبراهيم أحمد شلي : المرجع السابق : ص . 241 .

و د . سعيد سالم جويلى : المرجع السابق : ص . 259 .

³ د . سعيد سالم جويلى : نفس المرجع : ص . 259 .

⁴ د . أحمد أبو النجا : المرجع السابق : ص . 152 .

⁵ د . محمد بوسلطان : مبادئ القانون الدولي العام : المرجع السابق : ص . 307 .

3 - موقف الفقه الدولي من مبدأ عدم رجعية المعاهدات الدولية :

ذهب السير همفريد والدوك ، المقرر الخاص للجنة القانون الدولي في تقريره الأول حول مشروع معاهدة فيينا لقانون المعاهدات ، إلى القول بأن مبدأ عدم رجعية المعاهدات الدولية مبدأ لا نقاش فيه ¹ ، ولكنه ليس مبدأ مطلقاً² . لأنه ، ليس هناك من أمر يمكنه أن يمنع تطبيق سلطان الإرادة من الاتفاق صراحة أو ضمناً على تطبيق المعاهدة الدولية على الماضي . فيمكن بذلك أن تمتد أحكام المعاهدة الدولية على وقائع أو تصرفات وقعت قبل نفاذ المعاهدة³ . وهو الأمر الذي جعل الفقه الدولي يتفق على أن المبدأ العام هو عدم رجعية المعاهدات الدولية ، ولكن ، يمكن للدول الأطراف في معاهدة دولية ما الاتفاق على رجعية المعاهدات الدولية ، حيث تستطيع أطراف معاهدة دولية أن تتفق على ذلك و تطبقها على وقائع و تصرفات ماضية⁴ و هذا حتى تحمي أوضاعاً فسارعت الدول إلى إبرامها قبل دخولها حيز التنفيذ⁵ ، حيث يظهر الأثر الرجعي لبعض النصوص من طبيعتها أو حسب قصد الأطراف الضمني⁶ . و يقوم هذا على نص صريح في المعاهدة الدولي فلا تفاجأ الدول بهذه الرجعية إلى الماضي كونها كانت على علم و بينة من أمرها⁷ .

و يوضح البعض أكثر حين يقولون بأنه ، بالرغم من نص المادة 28 من معاهدة فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 فإن هذا المبدأ ، مبدأ عدم رجعية المعاهدات ، لا يشكل قاعدة آمرة من قواعد القانون الدولي العام كما هو الحال بالنسبة لبعض المواد الأخرى ، مثل المادة 53 و المادة 64 من المعاهدة ، و إنما هي قاعدة مكملة يجوز الاتفاق على مخالفتها بالاتفاق الصريح أو الضمني . من هنا ، يمكن لأطراف المعاهدة الدولية وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة ، أن يمدوا أثر المعاهدة الدولية إلى الماضي⁸ .

4 - موقف القضاء الدولي من مبدأ عدم رجعية المعاهدات الدولية :

ذهب القضاء الدولي إلى القول بأنه يمكن أن يعمل بمبدأ عدم رجعية المعاهدات الدولية سواء في مجالين :

¹ د . طالب عبد الله فهد العلواني : نفس المرجع : ص . 49 .

² د . محمد يوسف علوان : المرجع السابق : ص . 257 .

أنظر أيضاً : د . عبد العزيز رمضان الخطابي : المرجع السابق : ص . 157 .

³ د . عبد العزيز رمضان الخطابي : نفس المرجع : ص . 157 .

أنظر أيضاً : د . محمد يوسف علوان : نفس المرجع : ص . 257 .

⁴ د . جمال عبد الناصر مانع : المرجع السابق : ص . 128 .

⁵ د . طالب عبد الله فهد العلواني : المرجع السابق : ص . 51 .

⁶ د . محمد بوسلطان : فعالية المعاهدات الدولية : المرجع السابق : ص . 256 .

⁷ د . طالب عبد الله فهد العلواني : نفس المرجع : ص . 52 .

⁸ د . عبد العزيز رمضان الخطابي : المرجع السابق : ص . 157 .

أ - المجال الإجرائي أو قواعد الاختصاص :

يتم عن طريق اتفاق الدول على تسوية نزاع ، سواء كان سياسياً أو قانونياً ، يمكن أن يثور بينها . حيث يثور السؤال :

هل تطبق مثل هذه القواعد على النزاعات السابقة أو اللاحقة ؟

تنصب هذه القواعد على تحديد الجهات المختصة في تسوية النزاع و الإجراءات المتبعة في حل النزاعات المستقبلية كالاتفاقات الدولية المبرمة بين الدول حول اللجوء إلى محكمة العدل الدولية و اتفاقات التحكيم¹ .

لقد أقر القضاء الدولي بأن مبدأ عدم رجعية المعاهدات هو السائد ما لم يوجد ما يخالف ذلك فتسري المعاهدة الدولية على الماضي² . و قد تعرض القضاء الدولي ممثلًا في محكمة العدل الدولية الدائمة و مستخلفتها محكمة العدل الدولية في قضية أمباتيكلوس بين بريطانيا و اليونان³ ، حيث تبنت محكمة العدل الدولية مبدأ عدم رجعية المعاهدات الدولية حين رفضت تطبيق معاهدة دولية مبرمة سنة 1926 بأثر رجعي على وقائع حدثت في الماضي كون هذه الوقائع حصلت بين عامتي 1922 / 1923 . و هذا على أساس أنه يوجد اتفاق بين الأطراف سواء كان صريحاً أو ضمناً على تطبيق المعاهدة على الوقائع السابقة قبل دخولها حيز التنفيذ⁴ ، حين طلبت

¹ د . جمال عبد الناصر مانع : المرجع السابق : ص . 129 .

أنظر أيضاً : د . محمد يوسف علوان : المرجع السابق : ص . 258 .

و د . جمال محي الدين : المرجع السابق : ص . 137 .

و د . طالب عبد الله فهد العلواني : نفس المرجع : ص . 48 و 54 / 55 .

و د . محمد السعيد الدقاق / د . إبراهيم احمد خليفة : المرجع السابق : ص . 165 / 166 .

² د . جمال عبد الناصر مانع : نفس المرجع : ص . 129 .

أنظر أيضاً : د . محمد يوسف علوان : نفس المرجع : ص . 258 .

³ وقائع القضية :

أبرم مواطن يوناني يدعى اومباتيكلوس مع الحكومة البريطانية عدة عقود لشراء سفن سنة 1922 و 1923 و لكنه لحقته العديد من الأضرار الفادحة جراء هذه العقود فتدخلت دولته ، اليونان ، لحمايته دبلوماسياً لينتهي الأمر برفع دعوى أمام محكمة العدل الدولية الدائمة مستندة ، الحكومة اليونانية ، في تقرير اختصاص المحكمة الإجباري إلى معاهدة التجارة و الملاحة المبرمة بينها و بين بريطانيا في 16 فيفري 1926 التي تضمنت شر الاختصاص الإجباري لمحكمة العدل الدولية الدائمة ، التي حلت محلها محكمة العدل الدولية . و لكن المحكمة رفضت النظر في الدعوى بسبب ما تضمن ذلك من تطبيق لمعاهدة 1926 بأثر رجعي على الوقائع التي حدثت في الماضي (سنتي 1922 و 1923) .

أنظر : د . جمال محي الدين : المرجع السابق : ص . 138 .

⁴ (60) د . جمال عبد الناصر مانع : المرجع السابق : ص . 129 .

أنظر أيضاً : د . محمد يوسف علوان : المرجع السابق : ص . 258 .

و د . جمال محي الدين : نفس المرجع : ص . 138 / 139 .

و د . طالب عبد الله فهد العلواني : المرجع السابق : ص . 50 / 51 .

و د . إبراهيم أحمد شلبي : المرجع السابق : ص . 243 .

و د . محمد السعيد الدقاق / د . إبراهيم احمد خليفة : المرجع السابق : ص . 165 .

و د . صلاح الدين عامر : المرجع السابق : ص . 285 .

اليونان من المحكمة أن تعطي آثارا رجعية للمعاهدة المبرمة بينها و بين بريطانيا سنة 1926 على أساس أن المعاهدات التي كانت سارية المفعول بينها في سنوات 1922 و 1923 و 1886 كانت تشبه معاهدة سنة 1926 و تتضمن نصوصا متشابهة مع نصوص المعاهدات المذكورة¹.

رفضت المحكمة الطلب مقررة بأن: " قبول هذه النظرية يعني إعطاء أثر رجعي للمادة 29 من المعاهدة 1926 ، بينما المادة 32 من نفس المعاهدة تنص على أن المعاهدة تدخل حيز النفاذ مباشرة بعد التصديق عليها . و يجب أن يخص ذلك كل نصوص المعاهدة . كان بالإمكان رفض هذه النتيجة في حالة وجود أي نص خاص أو شيء آخر يتطلب التفسير الرجعي"².

و في قضية مافروماتيس في فلسطين تحججت بريطانيا بأن الواقعة التي نشب بسببها النزاع المتمثلة في قيامها ، بصفتها سلطة انتداب ، بمنح الامتياز للسيد روتبرغ سنة 1921 تعود إلى ما قبل دخول بروتوكول لوزان حيز التنفيذ سنة 1923 . و أنكرت اختصاص محكمة العدل الدولية الدائمة في النظر في القضية . غير أن المحكمة قررت بأن البروتوكول المعني ينطبق ضمنا على الأوضاع السابقة على دخوله حيز التنفيذ في قرارها سنة 1924³. حيث قالت المحكمة: " من الخصوصيات الأساسية للبروتوكول العاشر هي أن آثاره تمتد إلى وضعيات قانونية حدثت قبل تواجده"⁴.

يقول البعض: " إن هذا الحكم (قضية أمباتيكوس) بقدر ما هو مؤكد لعدم رجعية المعاهدات الدولية ، فهو لا يستبعد إمكانية إعطاء أطراف المعاهدة بعض التطبيقات الرجعية بتضمينها نص أو شيء خاص يفيد ذلك"⁵. لذا ، يرون بأنه ليس هناك ما يمنع الدول الأطراف في معاهدات تحكيم المنازعات الدولية أو التسوية القضائية من الاتفاق على النص على سريان المعاهدة الدولية على وقائع حدثت في الماضي⁶. فيظهر الاستثناء من مبدأ عدم رجعية المعاهدات الدولية فيما يخص القواعد الإجرائية المحددة لاختصاص اللجان المختلطة التي تحدد

و د . عبد العزيز رمضان الخطابي : المرجع السابق : ص . 157 .

¹ د . محمد بوسلطان : مبادئ القانون الدولي العام : المرجع السابق : ص . 205 / 206 .

² نفس المرجع : ص . 206 .

نصت المادة 32 من المعاهدة 1926 على أن " المعاهدة تدخل حيز النفاذ منذ التصديق عليها "

أنظر : د . جمال محي الدين : نفس المرجع : ص . 138 .

³ د . محمد يوسف علوان : المرجع السابق : ص . 258 .

أنظر أيضا : د . طالب عبد الله فهد العلواني : المرجع السابق : ص . 52 .

و د . إبراهيم أحمد شلبي : المرجع السابق : ص . 242 .

و د . سعيد سالم جويلي : المرجع السابق : ص . 259 .

⁴ د . محمد بوسلطان : مبادئ القانون الدولي العام : المرجع السابق : ص . 206 .

أنظر أيضا : د . طالب عبد الله فهد العلواني : المرجع السابق : ص . 53 .

⁵ د . محمد بوسلطان : مبادئ القانون الدولي العام : نفس المرجع : ص . 206 .

⁶ د . محمد يوسف علوان : نفس المرجع : ص . 258 .

مسؤوليات الدول عن الأفعال المتسببة في أضرار في حق الأجانب . و هو ما يسمى بالتطبيق الرجعي للقواعد الموضوعية¹ .

من هنا ، علق البعض بأنه : " إذا تعمقنا في موضوع عدم الرجعية ، نجد أن معظم الحالات التي هي في ظاهرها رجعية ، ما هي في الواقع إلا تطبيقاً لعدم الرجعية ، لأن المبدأ يقتضي- بعدم تطبيق المعاهدات على الأعمال و الوقائع و الحالات التي توقفت عن الحدوث أو الوجود ، و كون منبع أو بداية هذه الأعمال و الوقائع و الحالات في الماضي لا يمنع تطبيق المعاهدة ما دامت مستمرة في حدوثها أو وجودها ، و هذا المنبع أو البداية في الماضي هي التي توهم بأن المعاهدة لها تطبيق رجعي"² .

و بالمقابل ، فقد قبل الأثر الرجعي من طرف حكم التحكيم الصادر من طرف ملك هولندا غيوم الثالث سنة 1852 في النزاع بين فرنسا و إسبانيا في قضية السفن الإسبانية فيلوز مارينا و غيرها . و انتهجت محكمة العدل الدولية الدائمة في رأيها الاستشاري في قضية مدارس الأقليات الألمانية في سيليسيا العليا سنة 1931 نفس النهج³ . كما طبق القضاء الدولي ، محكمة العدل الدولية رجعية المعاهدات الدولية حين تطبيقه لمعاهدة فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 التي دخلت حيز التنفيذ سنة 1980 في قضية الجرف القاري لبحر الشمال سنة 1977 فيما يخص النصوص المتعلقة بالتحفظات ، و في قضية ناميبيا سنة 1971 اعتمدت المحكمة على المادة 60/3 المتعلقة بإنهاء المعاهدات الدولية بسبب خرقها . و ارتكزت المحكمة على المادة 62 المتعلقة بالتغير الجوهرى للظروف سنة 1973 في قضية المصائد بين إسبانيا و بريطانيا⁴

يقول البعض : " و لكنه في الواقع ، في كل هذه الحالات ، و غيرها ، استندت المحكمة على هذه القواعد بوصفها معبرة عن قانون عربي ، اكتفت بمعاهدة فيينا بتقنينها . و منه فهي ملزمة للدول بغض النظر عن كون المعاهدة نافذة أو غير نافذة ."⁵

ب - مجال القواعد الموضوعية :

ففي مسألة القواعد الموضوعية يطرح السؤال :

ما هو القانون الواجب التطبيق على النزاع المطروح أمام القاضي الدولي ؟

ففي التي نكون فيها أمام وجود أكثر من قاعدة قانونية ، معاهدة دولية ، بين الأطراف ، تسوجب على القاضي أو المحكم تطبيق القاعدة الاتفاقية التي كانت قائمة عند نشوب النزاع و ليس القاعدة الاتفاقية وقت النظر في

¹ د . محمد بوسلطان : مبادئ القانون الدولي العام : المرجع السابق : ص . 307 .

² نفس المرجع : ص . 307 .

³ د . إبراهيم أحمد شلبي : نفس المرجع : ص . 242 .

⁴ د . محمد بوسلطان : مبادئ القانون الدولي العام : المرجع السابق : ص . 308 .

⁵ نفس المرجع : ص . 308 .

النزاع¹. و هو ما جاء به قرار المحكم الدولي ماكس هوبر Max Huber في قضية جزيرة بالماس بين الولايات المتحدة الأمريكية و هولندا حيث قال : " إن القاضي ينبغي أن يعتد بالقانون الذي كان قائماً أثناء حدوث الوقائع محل النزاع لترتيب الآثار القانونية عليها وفقاً لها حتى و لو تعاقبت على مثل هذه الوقائع قواعد قانونية أخرى"² ، مبيناً بأن قواعد القانون الدولي السارية وقت اكتشاف جزيرة بالماس من طرف إسبانيا في القرن 16 هي القواعد التي ينبغي تطبيقها على النزاع القائم³.

غير أنه و استثناء على عدم رجعية القواعد القانونية الدولية الموضوعية تسري المعاهدات الخاصة لتفادي الازدواج الضريبي بأثر رجعي على الوقائع السابقة لدخول هذه المعاهدات حيز التنفيذ . كما تسري معاهدات إنشاء قوات حفظ السلام بأثر رجعي بسبب سرعة تدخلها فتطبق معاهدات دولية في المسألة لاحقة للتدخل الأممي مثل معاهدات نيويورك المؤرخة في 27 نوفمبر 1961 الخاصة بعمليات الأمم المتحدة في الكونغو ONUC ، و معاهدات 31 مارس 1963 الخاصة بقوات حفظ السلام في قبرص UNFICYC⁴.

5 - موقف معاهدة فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 من مبدأ عدم رجعية المعاهدات الدولية:

نصت معاهدة فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 في مادتها 28 على أن المعاهدات الدولية " لا تلزم أي طرف بشأن أي عمل حدث ، أو واقعة حدثت ، أو حالة توقفت عن الوجود ، قبل تاريخ بدء نفاذ المعاهدة على هذا الطرف ، ما لم يتبين من المعاهدة أو ثبت بطريقة أخرى قصد مغاير لذلك ". و هي بذلك تؤسس للقاعدة العامة التي تنص على عدم تطبيق المعاهدات الدولية بأثر رجعي ، في نفس الوقت أدرجت استثناء يقول بإمكانية تطبيق المعاهدات الدولية بأثر رجعي في الحالة التي يتفق الأطراف على ذلك⁵.

¹ د . جمال عبد الناصر مانع : المرجع السابق : ص . 130 .

أنظر أيضا : د . محمد يوسف علوان : المرجع السابق : ص . 259 .

و د . محمد السعيد الدقاق / د . إبراهيم احمد خليفة : المرجع السابق : ص . 166 .

² د . جمال عبد الناصر مانع : نفس المرجع : ص . 130 .

أنظر أيضا : د . محمد السعيد الدقاق / د . إبراهيم احمد خليفة : نفس المرجع : ص . 166 .

³ د . محمد يوسف علوان : نفس المرجع : ص . 259 .

⁴ نفس المرجع : ص . 259 .

⁵ د . أحمد أبو النجا : المرجع السابق : ص . 151 .

أنظر أيضا : د . سهيل حسين الفتلاوي : المرجع السابق : ص . 64 .

و د . طالب عبد الله فهد العلواني : المرجع السابق : ص . 51 .

و د . أحمد بلقاسم : القانون الدولي العام : المفهوم و المصادر : دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع : الجزائر : 2005 : ص . 107 .

و د . محمد السعيد الدقاق / د . إبراهيم احمد خليفة : المرجع السابق : ص . 165 .

و د . إبراهيم أحمد شليبي : المرجع السابق : ص . 242 .

لذا لا يمكن تطبيق المعاهدة بأثر رجعي إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك حيث ليس هناك ما يمنع هؤلاء من تطبيق المعاهدة الدولية التي أبرموها من تطبيقها بأثر رجعي كما جاء في نص المادة 28 من معاهدو فيينا لسنة 1969¹.

من هنا، نصت معاهدة فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 فيما يخصها في المادة 04 منها على أنه:

"مع عدم الإخلال بانطباق أية قواعد في هذه المعاهدة تخضع لها المعاهدات بمقتضى- القانون الدولي بمعزل عن هذه المعاهدة، لا تنطبق هذه المعاهدة إلا على المعاهدات التي تعقدها دول ما بعد بدء نفاذ هذه المعاهدة على تلك الدول". و هي بذلك تنص على المبدأ في عدم الرجعية².

غير أن التطبيق الرجعي للمعاهدات الدولية كاستثناء من القاعدة العامة التي تنص على عدم رجعية المعاهدات الدولية يثير العديد من المشاكل :

6- المشاكل التي يثيرها التطبيق الرجعي للمعاهدات الدولية :

أ - مشكلة تفسير المعاهدات الدولية :

حيث يصعب التمييز بين السلوك اللاحق لأطراف المعاهدة الدولية و التطبيق الرجعي لنصوصها . فيفهم من السلوك اللاحق للأطراف على أنه نوع من التعديل اللاحق و بالتالي لا ينطبق عليه مفهوم عدم رجعية نصوص المعاهدة³.

ب - مشكلة تطبيق المعاهدات الدولية المتعاقبة :

يتعلق الأمر في هذه الحالة بالنطاق الزمني لتطبيق المعاهدات الدولية ، حيث يحدث أن يضطر أطراف معاهدة ما إلى إبرام معاهدة أخرى تنظم ذات الموضوع الذي تنظمه المعاهدة الأولى و ينص في المعاهدة الثانية على أحكام تتعارض مع أحكام المعاهدة الأولى . ففي هذه الحالة لا يمكن تصور تنفيذ معاهدة دون الإفلات من مخالفة إحدهما . بل و تزداد المشكلة تعقيدا في الحالة التي لا تكون فيها دولة أو أكثر من دولة طرفا في المعاهدة الثانية أو المعاهدة الأولى .

و قد أعطت معاهدة فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 حلا لهذه المشكلة في مادتها 30⁴ . حيث نصت على الحلول التالية :

¹ د . أحمد أبو النجا : نفس المرجع : ص . 151 / 152 .

² د . محمد بوسلطان : فعالية المعاهدات الدولية : المرجع السابق : ص . 258 .

³ د . سعيد سالم جويلي : المرجع السابق : ص . 260 .

⁴ د . سعيد سالم جويلي : المرجع السابق : ص . 260 / 267 .

الحل الأول : في الحالة التي تنص المعاهدة صراحة بأنها تخضع لمعاهدة سابقة أو لاحقة و ظهر أنها ليست مطابقة مع هاتين الأخيرتين ، فإن نصوص المعاهدة الأخيرة هي التي تسري .

الحل الثاني : في الحالة التي تكون جميع الأطراف في المعاهدة السابقة أطرافا في المعاهدة اللاحقة بدون ما تنهي المعاهدة السابقة أو تعليقها ، فلا تنطبق المعاهدة السابقة إلا بمقدار ما تكون أحكامها متطابقة مع أحكام المعاهدة اللاحقة .

الحل الثالث : في الحالة التي لا تضم المعاهدة اللاحقة جميع أطراف المعاهدة السابقة يطبق الآتي :

التطبيق الأول : ينطبق الحل الثاني في العلاقات بين الدول الأطراف في كلا المعاهدتين ، حيث لا تنطبق المعاهدة السابقة إلا بمقدار ما تكون أحكامها متطابقة مع أحكام المعاهدة اللاحقة .

التطبيق الثاني : تخضع حقوق و التزامات الدولتين الطرفين في كلا المعاهدتين المتتاليتين في الحالة التي تكون فيها العلاقة بين الدولة الطرف في كلتا المعاهدتين و الدولة الطرف في واحدة منها فقط .

خاتمة :

من هنا نقول بأن مشكل تطبيق المعاهدات الدولية في الزمن يبقى مطروحا بالرغم من أن معاهدة فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 قد وضعت الكثير من الحلول للقضاء على الاختلافات المحتملة في زمنية تطبيق المعاهدات الدولية مما يعطل بعض المسائل التي يراد تحقيقها حين إبرام المعاهدات الدولية فتحول بعض الشروط الواجب توافرها حتى تسري على أفعال الدول الأطراف فيها من توفر مجموعة من التصديقات أو الاتفاقات على تنفيذها بصورة مؤقتة في المسائل الإستعجالية أو تطبيقها بصورة رجعية على وقائع حدثت في الماضي مما يزيد المسألة تعقيدا كما سبق معنا .

و لكن تبقى الحلول التي طرحتها معاهدة فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 حول مسألة تطبيق المعاهدات الدولية في الزمن حولا وسطى رعت فيها جميع ظروف تطبيق المعاهدات الدولية في الزمن حتى أنها لم تمنع من تطبيق المعاهدات الدولية بأثر رجعي في الحالة التي يتفق أطرافها على ذلك. مما يجعل مسألة تطبيق المعاهدات الدولية في الزمن مسألة مرنة تفضل مصالح الدول الأطراف حتى و لو من باب الاستثناء و خروجا عن القواعد العامة فيما يخص أحكام إبرام المعاهدات الدولية و تنفيذها .

تجاوز حدود الدفاع الشرعي - دراسة مقارنة *

د. لريد محمد أحمد- أستاذ محاضر /V- جامعة د. طاهر مولاي- سعيدة

ملخص

من المعروف بأن القانون يميز لمن حلّ به خطر على نفسه أو ماله أو عرضه أن يقوم بدفع هذا الاعتداء لوقف الخطر المتوقع، وهذا ما يعرف بمجالّة الدفاع الشرعي، إلاّ أنّه و أثناء قيام هذا الشخص بممارسة هذا السلوك الذي كفله له القانون، فمن المتصور بأن يتماذى لأكثر مما هو مستوجب لرد الخطر، ويكون بذلك قد خرج عن الإطار المسموح له، ذلك أنه أوقع ضرر أكبر من الضرر المتوقع حدوثه عليه في حالة وقوع الخطر فيكون بذلك متجاوزاً لحدود دفاعه.

Résumé

Il est connu que la loi permet à celui qui est en danger pour lui ou pour sa richesse ou de son honneur de stoppé cette attaque est d'empêché la perception du risque, ce qui est connu comme la situation de légitime défense, mais au cours de ce comportement qui est garanti par la loi, il ce peut que cet personne inflige un dommage plus grave que prévu dépassant ainsi les limites de sa défense. Alors quelle est la position du droit positive ou du droit islamique envers cette situation ?

مقدمة

لقد أقرت جميع الشرائع مبدأ الدفاع الشرعي، فأباحت للشخص أن يدفع العدوان عن نفسه و عن ماله و عن غيره عندما لا تتوفر له حماية الدولة. و لم يرتب القانون على فعله أية مسؤولية جنائية كانت أو مدنية و لو أتى فعلاً ينطبق عليه وصف الجريمة في ظاهره، جاعلاً الدفاع حقاً مشروعاً للمعتدي عليه و معتبراً عنه بأنه حق ستمه " حق الدفاع الشرعي ".

مع الإشارة إلى أنّ حق الدفاع قد يفضي إلى ضرب أو جرح أو قتل المعتدي في الحالات التي لا يندفع فيها إلاّ بالقتل، مع أنّ القتل مجرم بمقتضى النصوص التشريعية و تنكره الفطرة الإنسانية السلمية إلاّ أنّ حق المعتدي عليه في الدفاع عن حرمة دمه و حفظ حياته و ما يتصل بها أباح له جرح أو قتل المعتدي الذي أهدر عصمة دمه بعدوانه.

* تاريخ إيداع المقال: 2015/12/02

تاريخ تحكيم المقال: 2016/02/09

لكن كثيراً ما يقوم المعتدى عليه بردّ الاعتداء الحاصل عليه مسبباً انتفاء التناسب بين جسامه فعل الدفاع والخطر الذي هدهد، أي استعمل قدر من القوة يزيد على ما كان كافياً لدرء الخطر، وهو ما اصطلاح على تسميته " تجاوز حدود الدفاع الشرعي ". فما هو يا ترى موقف الفقه الجنائي الوضعي و الشريعة الإسلامية من هذا التصرف ؟. هذا ما سأحاول الإجابة عنه وفق الخطة الآتية:

المبحث الأول: ماهية الدفاع الشرعي

- المطلب الأول: تعريف الدفاع الشرعي

- المطلب الثاني: أركان الدفاع الشرعي و ضوابطه

المبحث الثاني: تجاوز حدود الدفاع الشرعي

- المطلب الأول: حالات التجاوز و شروطه

- المطلب الثاني: الفرق بين التجاوز وسوء استعمال حق الدفاع الشرعي

- المطلب الثالث: موقف الفقه الجنائي الإسلامي من مسألة تجاوز حدود الدفاع الشرعي

المبحث الأول: ماهية الدفاع الشرعي

للحديث في هذا الموضوع يلزم بدهاءً أن نتكلم و لو بصفة موجزة عن الدفاع الشرعي، لأنّ نشوء الدفاع الشرعي شرط أساسي للكلام عن تجاوز حدوده، بمعنى أنّ تجاوز حدود الدفاع الشرعي لا يكون موجوداً إلا إذا وجد الدفاع الشرعي ذاته.

المطلب الأول: تعريف الدفاع الشرعي

فالمقصود بالدفاع الشرعي في القانون الوضعي في أدقّ معانيه هو استعمال القوة اللازمة لصدّ خطرٍ حال غير مشروع يهدّد بالإيذاء حقاً يحميّه القانون¹.

و لقد تعدّدت الآراء الفقهية حول تحديد الطبيعة القانونية للدفاع الشرعي، فقد قيل أنّ الدفاع الشرعي نوع من الإكراه المعنوي يمنع المسؤولية الجنائية لأنّ المدافع بخضوعه لضغط الاعتداء أصبحت إرادته غير معتبرة قانوناً ممّا يعطل الركن المعنوي للجريمة الذي يتطلّب أن تكون الإرادة حرّة مختارة. و في رأيٍ آخر قيل بأنّ المدافع يمارس

¹ الدكتور/محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات (القسم العام)، دار النهضة العربية، ص 180. لقد تعدّدت تعاريف الدفاع الشرعي في القانون الوضعي حيث عرّفه الدكتور/ علي أحمد راشد بأنّه: " قدر من القوة يستخدمه أي فرد من أحاد الناس لدفع اعتداء أو خطرٍ اعتداء بفعل يعدّ جريمة على النفس أو المال سواء أكان الاعتداء يهدّد المدافع ذاته أو غيره من الناس عموماً ". أنظر مؤلفه، القانون الجنائي، المدخل و أصول النظرية العامة، 1970، القاهرة، ص 520، و عرّفه الدكتور/ سامح السيد جاد بأنّه: " ردّ اعتداء غير مشروع يقع على الشخص نفسه أو ماله أو نفس أو مال غيره ". أنظر مؤلفه، مبادئ قانون العقوبات (القسم العام)، طبعة 1995، دار النهضة العربية، ص 163.

وظيفة عامة نيابية عن الدولة التي لا يمكنها ظروف الحادث من رد الاعتداء في حينه، و لذلك يقوم الأفراد بردّ الاعتداء بسبب الضرورة¹.

و لكن الرأي الغالب الذي عليه الفقه هو أنّ الدفاع الشرعي يقوم على فكرة المقابلة أو الموازنة بين المصالح المتعارضة للأفراد و إيثار مصلحة أولى بالرعاية تحقيقاً للصالح العام. ففعل الدفاع و إن أهدر حقّ المعتدي فقد صان حقّ المعتدى عليه و هو الحقّ الأجدر بالرعاية في نظر المجتمع بعد أن هبط المعتدي بالقيمة الاجتماعية لحقّه².

أما المقصود من الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي و المعبر عنه بدفع الصائل فهو: " ردّ اعتداء غير مشروع حمايةً للنفس أو العرض أو المال"³. و أدلة جوازه شرعاً عديدة منها قوله تعالى: " فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم و اتقوا الله و اعلموا أنّ الله مع المتقين"⁴. وقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "لو أنّ امرأً أطلع عليك بغير إذنٍ خذفته بحصاة ففقت عينه لم يكن عليك جناح"⁵.

و قد أجمع الفقهاء على أنّ دفع المعتدي شرع ليحمي المعتدى عليه في نفسه و عرضه و ما تحت يده من مال من الاعتداء، إلاّ أنّهم اختلفوا في التكييف الشرعي للدفاع من حيث كونه واجباً أم مباحاً للمعتدى عليه.

ففيما يتعلّق بالدفاع عن النفس، فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أنّ النفس لا تباح لذا وجب دفع المعتدي عنها، و هذا ظاهر مذهب الحنفيّة، و الرأي الغالب في مذهب المالكيّة و هو مذهب الشافعيّة إذا كان المعتدي كافراً و ما ذهب إليه بعض فقهاء الحنابلة⁶. و ذهب بعض المالكيّة إلى أنّ الدفاع عن النفس مباح بلا قيد لا واجب، و هو ما ذهب إليه الشافعيّة إذا كان المعتدي مسلماً⁷. أما فيما يتعلّق بالدفاع عن العرض فقد اتفق الفقهاء على وجوب دفع المعتدي. و أما فيما يتعلّق بالدفاع عن المال فقد ذهب بعض الفقهاء في حكمه إلى وجوبه بلا قيد و هو اختيار فقهاء الشافعيّة، في حين ذهب البعض الآخر إلى أنّه واجب و لكنّه مقيد بمجالات معينة كأن يكون في المال روح أو يكون مملوكاً للغير أو تعلق به حقّ للغير و هذا ما يراه أكثر فقهاء الشافعيّة.

¹ الدكتور/مأمون أحمد سلامة: قانون العقوبات (القسم العام)، 1979، دار الفكر العربي، ص 205.

² الدكتور/محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات (القسم العام)، 1977، دار النهضة العربية، ص 205.

³ الدكتور/يوسف قاسم: نظرية الدفاع الشرعي في الفقه الجنائي الإسلامي و الفقه الجنائي الوضعي، طبعة 1979، ص 35. من الملاحظ أنّ دفع الصائل عبارة تتكون من مركب إضافي، دفع بمعنى التنحية و الإزالة، و الصائل فهو اسم فاعل من الفعل صال و معناه سطا أو استغلال. أنظر، محمد بن يعقوب بن محمد إبراهيم مجد الدين الشيرازي: القاموس المحيط، طبعة 1302 هـ، ج 3 ص 04. و على ذلك فالمقصود بالصائل هو المعتدي الذي يسطو على غيره ليقهره أو ليؤذيه بأي نوع من أنواع الأذى و الاعتداء. فدفع الصائل هو تنحيته عن الصيال و إزالته و الحماية منه.

⁴ سورة البقرة الآية رقم 194.

⁵ متفق عليه.

⁶ زين الدين بن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الطبعة الأولى، 1311 هـ، المطبعة العلمية، ج 8 ص 344، السوقي: حاشية السوقي على الشرح الكبير، طبعة بدون سنة، مطبعة عيسى الحلبي، ج 4 ص 357.

⁷ أبو البركات أحمد الدردير: الشرح الكبير على مختصر خليل، طبعة بدون سنة، المطبعة العامرة، المرجع السابق، ج 4 ص 357.

في حين يرى البعض الآخر بأنه مباح و لكنه مقتد بحالة ما إذا ترتب على ترك الدفاع عنه هلاك أو شدة أذى فيكون في هذه الحالة واجباً و هو ما يراه المالكية¹. أما الفريق الآخر فيرى أنه مباح بلا قيد و ليس واجباً، و يبدو أن هذا ما يراه كل من فقهاء الحنفية و الحنابلة، فقد قرأ ابن عابدين في حاشيته أنه: " يجوز أن يقاتل دون ماله و إن لم يبلغ نصاباً..."²، و علة ذلك أن المال مما يستباح بالإباحة لهذا كان الدفاع عنه مباحاً. و إنني أرى أن يكون الدفاع عن النفس واجباً و عن المال أيضاً إذا ما توافرت القيود التي أوردتها المالكية و الشافعية.

المطلب الثاني: أركان الدفاع الشرعي و ضوابطه

الجدير بالذكر أنه لقيام الدفاع الشرعي لا بدّ من توافر ركنيه المتمثلان في فعل الاعتداء و فعل الدفاع، و لكل ركن من هذين الركنين شروط خاصة به، فركن فعل الاعتداء لا بدّ أن يتوافر فيه شرطين:

- الأول: أن يكون هناك خطر اعتداء غير مشروع أي اعتداء بفعل يعدّ جريمة يعاقب عليها القانون أو الشرع إذ أنّ الشريعة الإسلامية كذلك تعتد بهذا الشرط لقيام دفع الصائل³.

- ثانيهما: أن يكون الخطر حالاً بحيث أنه لو ترك المعتدي و شأنه وفق المجرى العادي للأمر لآتمّ فعله و وقع ضرره على الفور. و علة ذلك أنّ الوظيفة الاجتماعية للدفاع هي وقاية حقّ من خطر لا تستطيع السلطات العامة أن تدرأه و هو ما تأخذ به الشريعة الإسلامية⁴.

أما ركن فعل الدفاع فلكي يكون مباحاً لا جريمة فيه تشترط القوانين الوضعية و الشريعة الإسلامية أن يكون الدفاع لازماً و دفع الاعتداء لتجنّب الخطر الحال، و لا يكون هذا ضرورياً إلا إذا كان هو الوسيلة الوحيدة التي يمكن بموجبها بلوغ الغاية المذكورة، أي لا يكون أمام المعتدى على نفسه أو ماله أو عرضه وسيلة أخرى صالحة لدفع هذا الخطر، كما يشترط أيضاً أن يكون هذا الفعل متناسباً مع جسامة الخطر⁵.

¹ الدسوقي: المرجع السابق، ج 4 ص 357.

² ابن عابدين محمد أمين: حاشية ابن عابدين، دار الكتب العربية الكبرى، طبعة بدون سنة، ج 4 ص 117.

³ و عليه فإنّ كلّ فعل أذنت الشريعة بعمله لا يعتبر اعتداءً يبرّر الدفاع، و إن كان فيه أذى للغير، إذا ما قام به صاحب الحقّ فيه في نطاق ما أمرت به الشريعة الغراء، كالأب يضرب ابنه ليؤدبه و الزوج الذي يضرب زوجته ليؤدبها، فكّل هذا لا يعتبر اعتداءً غير مشروع يبرّر الحقّ في الدفاع الشرعي طالما كان ذلك في إطار الحدود التي رسمتها الشريعة.

⁴ الدكتور/يوسف قاسم: المرجع السابق، ص 186.

⁵ الدكتور/محمود محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات (القسم العام)، الطبعة الثامنة، 1969، دار النهضة العربية، ص ص 230، 231، الدكتور/محمود نجيب حسني: المرجع السابق، ص 235، و الدكتور/يوسف قاسم: المرجع السابق، ص 191. و هنا نشير إلى أنّ المشرع الجزائري قد تبه إلى شرط التناسب لقيام الدفاع الشرعي حيث جاء في نص المادة 2/39 من قانون العقوبات الجزائري: "... بشرط أن يكون الدفاع متناسباً مع جسامة الاعتداء".

أما ضوابط التمسك بالدفاع الشرعي فما يمكن قوله هو أنّ الدفاع الشرعي هو دفاع موضوعي، لأنه يتطلب تحقيقاً لإثباته وتدخلًا في تصوير ظروفه وتقدير الأدلة المقدمة بصدده إثباتاً و نفيًا.

فيلزم بأن يكون الدفع قد أثير على وجه ثابت؛ وأن يكون قد قدم قبل إقفال باب المرافعة أمام محكمة الموضوع وبالتالي لا يمكن أن يثار لأول مرة أمام المحكمة العليا ويتوجب على محكمة الموضوع أن تتعرض لهذا الدفع في أسباب حكمها إذا قدم المتهم دفاعاً صريحاً بتوافر الدفاع الشرعي، أو إذا كانت الدعوى ترشح للقول بتوافر حالة الدفاع ولو لم يقدم المتهم دفاعاً صريحاً بها؛ ولا يشترط بأن يكون التمسك بقيام حالة الدفاع الشرعي بلفظ صريح بل يكفي إثارته ضمناً، كذلك لا يشترط لقيام حالة الدفاع الشرعي اعتراف المدافع بالجريمة¹.

ولمحكمة الموضوع عند بحث موضوع الدعوى التحقق من توافر شروط الدفاع الشرعي والتزام قيوده واستخلاص نتيجة ذلك بالقول بتوافره أو انتفائه، لذلك كان عليها البت فيه، لكنها ليست ملزمة بالبحث في حالة الدفاع الشرعي طالما لم يتمسك المتهم بها ولم تكن وقائع الدعوى كما أثبتتها المحكمة ناطقة بتوافرها مرشحة لقبولها، ويعني ذلك أنه لا يقبل من المهتم النعي على الحكم بأنه لم يتحدث عن حالة الدفاع ولم يفصل فيها².

لكن سلطة محكمة الموضوع في القول بتوافر الدفاع الشرعي من عدمه ليست مطلقة بل تخضع لرقابة محكمة القانون، كالخطأ في تطبيق القانون أو القصور في التسبب والحالة الثالثة هي أن تكون الوقائع تدل على قيام حالة الدفاع الشرعي فيتعين على محكمة الموضوع أن تعترف بها³.

وهنا نشير إلى أنّ حالة الدفاع قد تمتدّ و تطول إذا ما أخذ المعتدى مال المعتدي عليه و فرّ هارباً به، فللمعتدى عليه أن يتبعه حتى يستردّ منه ماله، و له في ذلك أن يستعمل القوة المناسبة لاسترداد هذا المال و لو وصلت إلى حدّ قتل المعتدي فله أن يقتله إذا لم تكن أمامه وسيلة لاسترداد ماله إلا هذه، و في كلّ ذلك لا يعتبر اعتداء المعتدي متنبهياً لأنّ حالة الدفاع تكون ما زالت قائمة.

المبحث الثاني: تجاوز حدود الدفاع الشرعي

إذا قام المعتدى عليه باستعمال قدر من القوة أكبر مما تقتضيه الضرورة لدفع الاعتداء الواقع عليه يكون في ذلك مسؤولاً عن فعله الذي تعدّى به مقدار الدفاع المشروع، و يعتبر الزائد عن هذا المقدار عدواناً غير مشروع يسأل عنه من الناحيتين الجنائية و المدنية لأنه بذلك يكون قد تجاوز حدود الدفاع الشرعي.

¹ الدكتور/عبد الحميد الشواربي: الدفاع الشرعي في ضوء الفقه والقضاء، دار النهضة العربية، ص. 134.

² أنظر حكم محكمة النقض المصرية 13 ديسمبر سنة 1928- مجموعة القواعد القانونية جزء 1 رقم 53 ص 70.

³ الدكتور/ محمود نجيب حسني: المرجع السابق، ص 222.

المطلب الأول: حالات التجاوز و شروطه

1. حالات التجاوز: اتفق الفقهاء على أن تجاوز حدود الدفاع الشرعي هو انتفاء التناسب بين جسامه فعل الدفاع والخطر الذي هدد المعتدى عليه، أي استعمال قدر من القوة يزيد على ما كان كافياً لدرء الخطر. والتجاوز عن حدود الحق بهذا المعنى يستلزم سبق قيام حالة الدفاع بتوافر شروطها، وعلى ذلك فليس المقصود انتفاء شرط من شروط الدفاع الشرعي¹.

فتختلف شرط من شروط فعل الاعتداء المستوجبه لقيام حالة الدفاع الشرعي ينفي وجود حق الدفاع الشرعي قانوناً، فإذا كان الخطر مشروعاً أو كان مستقبلاً فلا نكون بصدد حق الدفاع الشرعي وإنما في محيط التجريم، كذلك إذا لم يكن الدفاع لازماً ولم يكن موجهاً لمصدر الخطر، فإن سبب الإباحة لا يقوم قانوناً، أما شرط التناسب فهو يفترض توافر الشروط الأخرى مجتمعة والتي بها يثبت الحق قانوناً، وما شرط التناسب إلا الإطار الذي يجب أن يباشر الدفاع في نطاقه، وعليه إذا تخلف التناسب بين جسامه الخطر والدفاع كنا في نطاق التجاوز².

والشريعة الإسلامية في هذا الصدد لم تختلف عن القانون الوضعي، فقد عرفت التجاوز بأنه: " استعمال المدافع قوة أكثر مما تقتضي الضرورة لدفع الاعتداء"³.

و عليه فإن انتفاء أي شرط منها ينفي وجود حق الدفاع الشرعي قانوناً و يعتبر الفعل جريمة وفقاً للقواعد العامة. و لتحديد مسؤولية المتجاوز يتعين التمييز بين حالات ثلاث:

* إذا كان التجاوز عمداً فإن المدافع يكون مسؤولاً عن الجريمة التي ارتكبها مسؤولية عمدية، كمن انتهز فرصة الاعتداء عليه بالضرب فقتل المعتدي عمداً بينما كان بوسعه و بإمكانه أن يرد هذا الاعتداء بالضرب فقط دون غيره.

* إذا كان التجاوز خطأً فإن المدافع يكون مسؤولاً عن الجريمة التي ارتكبها مسؤولية غير عمدية، كأن يخطئ المدافع في تقدير موقفه فيعتقد على نحو غير صحيح أن الوسيلة التي استعملها هي الوسيلة الوحيدة اللازمة لرد الاعتداء.

* إذا كان التجاوز مبنياً على أسباب معقولة لدى المدافع تجرد فعله من العمد و الخطأ كما لو كان وليد الاضطراب و دقة الموقف اللذين بلغا حدّاً أزال سيطرة لإرادته عليهما، في هذه الحالة تنتفي عن المدافع المسؤولية الجنائية، و علة انتفائها هو انتفاء الركن المعنوي للجريمة¹.

¹ الدكتور/محمود نجيب حسني: المرجع السابق، ص 226

² الدكتور/ مأمون أحمد سلامة: قانون العقوبات (القسم العام)، 1979، دار الفكر العربي، ص 248

³ عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، طبعة ثانية، 1964، مطبعة المدني، ج 01 ص 486.

2. شروط التجاوز: لكي يستفيد الجاني من العذر المخفف للعقاب الناجم عن تجاوز حدود الدفاع الشرعي يشترط أن تتوافر الشروط الآتية:

- الأول: نشوء حالة الدفاع الشرعي قانوناً: إن نشوء الدفاع الشرعي بكافة شروطه سواء المتعلقة بفعل الاعتداء أم بفعل الدفاع شرط أساسي للكلام عن تجاوز حدوده، لأنه بتوافر هذه الشروط يثبت الحق.

- الثاني: أن يتجاوز المدافع حدود الدفاع الشرعي: إذا نشأ للمدافع حق الدفاع الشرعي، فهو مقيد في استعماله بالتزام حدوده والتي تتمثل في لزوم تناسب القوة التي يستعملها ضد فعل الاعتداء، فيلتزم المدافع بالقدر الضروري الكافي لدرء الاعتداء، كما يلتزم بالألّا يلجأ إلى القتل إلا في الأحوال التي نص عليها المشرع صراحةً و أورد ذكرها على سبيل الحصر، فإن لم يلتزم بذلك، بأن تجاوز حد التناسب العام أو لجأ إلى استعمال القتل في غير الحالات المسموح بها، كأن يقتل السارق الذي لا يحمل سلاحاً و الذي لا تعدّ جريمته من الجنايات عدّ متجاوزاً لحدود حق الدفاع الشرعي².

- الثالث: أن يكون التجاوز بحسن نية: و يعني هذا الشرط أنّ المدافع قد تجاوز حدود الحق معتقداً أنّه يباشر حقه في درء الاعتداء بالقدر اللازم و الضروري، أي يعتقد أنّ أفعال الدفاع التي صدرت منه لا تخرج عن الإطار المشروع للدفاع، فهي ما زالت متناسبة مع قدر القوة اللازم لدرء خطر العدوان. و على ذلك فإنّ كلّ ما يأتيه المدافع من أفعال بغير توافر حسن النية لا يعدّ من قبيل الدفاع المشروع و إنّما يعدّ من قبيل الانتقام غير المشروع، بما يستوجب عقابه في هذه الحالة بالعقاب كاملاً عن جميع أفعاله التي تجاوز بموجبها حدود حقه. و تقدير توافر حسن النية من عدمه أمر موضوعي يفصل فيه قاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض³.

و تجدر الإشارة إلى أنّ جانباً من الفقه ذهب إلى أنّ تحقق معنى التجاوز أمر لا تجري فيه المقارنة بين الضرر الذي مُنع، والضرر الذي حدث منعاً له، وإنما يكون محل المقارنة فيه هو النظر بعين الاعتبار إلى الضرر الذي أحدثه المدافع في سبيل الدفاع، وما كان في وسعه أن يحدث من أضرار أخرى⁴.

و اشترط البعض منهم أن تكون القوة المادية المستخدمة دفاعاً عن النفس أو المال متناسبة في مداها على جسامة الاعتداء، فكلما زادت هذه الجسامة زادت القوة المادية اللازمة لدفعه والعكس بالعكس، فإذا أثبت

¹ الدكتور/محمود نجيب حسني: المرجع السابق، ص 241.

² الدكتور/يسر أنور علي: شرح قانون العقوبات، 1988، دار النهضة العربية، ص 548.

³ للتفصيل أكثر أنظر، الدكتور/محمد سيد التواب: "الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)"، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة، 1996، ص 341.

⁴ الدكتور/ عبد الحميد الشواربي: ظروف الجريمة المخففة والمشددة للعقاب، طبعة بدون سنة، دار الفكر العربي، ص 53.

أن المدافع كان بوسعه رد الاعتداء بضرر أخف من الذي تحقق بالفعل عُداً إخلالاً بمبدأ التناسب بين الضررين مما يحقق معنى التجاوز لحدود حق الدفاع¹.

كما ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأن معنى التجاوز لا يتحقق بالنظر إلى التناسب بين الاعتداء والدفاع مجرداً، وإنما توجه النظرة إلى التناسب بين الوسيلة التي كانت في متناول المعتدى عليه وبين الوسيلة التي استخدمها بالفعل؛ فينتفي الحديث عن التجاوز إذا ثبت أن الوسيلة المستعملة كانت في ظروف استعمالها أنسب الوسائل لرد الاعتداء أو كانت الوسيلة الوحيدة في متناول المدافع².

المطلب الثاني: الفرق بين التجاوز وسوء استعمال حق الدفاع الشرعي

اختلف الفقهاء في شأن التفرقة بين تجاوز حدود الدفاع الشرعي وإساءة استعمال الحق على النحو التالي:

الرأي الأول: ذهب فريق من الفقهاء إلى القول بأن كلاً من تجاوز حدود الدفاع الشرعي وإساءة استعمال الحق مترادفان في المدلول، وبناء عليه فإنهم يعتبرون أن الرد اعتداء إذا أساء المدافع استعمال حقه بأن تجاوز حد التناسب مثلاً، وعلى ذلك فإنه يعاقب في هذه الحالة³.

الرأي الثاني: وذهب فريق آخر من الفقهاء إلى القول بخلاف ذلك، حيث فرقوا بينها، و استندوا في ذلك إلى أن إساءة استعمال الحق ما هو إلا خروج عن الغاية التي شرع هذا الحق من أجلها، ويرى أصحاب هذا الرأي أن للإساءة صورتين؛ الأولى: أن توجه القوة ابتداء بقصد الانتقام كما لو كانت فتاة ترعى قطيعاً من المعز وتركها ترعى في أرض الغير، فنهض المعتدى على زرعه وضرب الفتاة. أما الصورة الثانية: فهي أن يستعمل المدافع القوة لرد الاعتداء، ولكنه يتجاوز حدود حقه بسوء نية، وهذه الصورة تختلط بحالة التجاوز، ولكن الذي يفرق بينها وبين حالة التجاوز أنها تتميز بسوء النية⁴.

وقد وجه الدكتور داود سليمان العطار في رسالته المتعلقة بتجاوز الدفاع الشرعي، النقد إلى كلا الرأيين، فانتقد الرأي الأول على أساس أنه قد خلط بين تجاوز الدفاع الشرعي وبين إساءة استعمال الحق هذا الحق بالرغم من وضوح التفرقة بين المدلولين، و انتهى إلى القول بأن التجاوز في الدفاع الشرعي ما هو إلا (خروج عن حدود الإباحة) بينما إساءة استعمال حق الدفاع الشرعي ما هي إلا صورة من صور (الخروج عن علة الإباحة) وبناء على هذه التفرقة يكون التجاوز غير مشروع لذاته، في حين أن إساءة استعمال الحق تعتبر عدم مشروعيتها طارئة وليست لذاته؛ ثم يستطرد الدكتور موضحاً ما ذهب إليه من نقد بالقول بأن من يستعمل من القوة ما

¹ الدكتور/ محمود نجيب حسني: مرجع سابق، ص 228

² الدكتور/ عبد الحميد الشورابي: المرجع السابق، ص 114

³ الدكتور/ محسن عبد العزيز محمد: الأعداء القانونية المخففة من العقاب في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، طبعة بدون سنة، دار النهضة العربية، ص 123.

⁴ المرجع نفسه، ص 123.

يزيد على ما يناسب الخطر حسب ظروف الدفاع يتجاوز حدود الدفاع، وهذه الزيادة غير مشروعة أساساً كونها وقعت خارج حدود الإباحة، أما من يدافع دفاعاً شرعياً متناسباً ولكن كان بإمكانه الهرب بأسلوب غير ضار ولا مشين، يكون قد أساء استعمال حقه في الدفاع، لأنه بذلك يكون قد خرج من علة الإباحة وعارض القانون في أهدافه العامة.

وأما الرأي الثاني فيرى أنه وإن كان قد تميز عن الأول كونه فرق بين كل من التجاوز في حدود الدفاع الشرعي، وإساءة استعمال الحق، حيث أعطى لإساءة استعمال الحق مدلولاً مخالفاً للمدلوله الاصطلاحي الذي لا يستلزم الخروج عن حدود الحق، إلا أنه يرى أن أصحاب هذا الرأي قد وقعوا في تناقض، حيث يصفون ارتكاب الجريمة بعد زوال الحق بأنه إساءة لاستعماله.¹

المطلب الثالث: موقف الفقه الجنائي الإسلامي من مسألة تجاوز حدود الدفاع الشرعي

ذهب فقهاء الإسلام إلى أن الموصول عليه يعتبر متجاوزاً لحدّ الدفاع المشروع أو مخللاً بمعيار القوة اللازمة لدفع الاعتداء إذا استعمل قدراً من القوة أكبر من القدر اللازم لردّ اعتداء الصائل، كأن يكون مما يندفع بالصلى- فدفعه بالسلاح، أي لم يراع الترتيب الموضوع لحدّ الضبط الذي يمثّل في الدفع بأيسر- السبل أي الأخر فالأخف، و عليه فإنّ كلّ زيادة يأتيا المدافع تعتبر تجاوزاً غير مشروع يسأل عنه مع مراعاة ظروف الموصول عليه و ملابسات الاعتداء من حيث الزمان و المكان و كلّ ذلك واضح من عبارات الفقهاء الواردة في كتبهم الفقهية.

فقد جاء عن الكاساني في بدائعه: " فإن شهر عليه سيفه يباح له أن يقتله لأنه لا يقدر على الدفع إلا بالقتل... فكان القتل من ضرورات الدفع فيباح قتله... وكذا إذا شهر عليه العصا ليلاً، لأنّ الغوث لا يلحق بالليل عادةً سواء كان في المفازة أو في المصر-، وإن أشهر عليه نهاراً في المصر- لا يباح قتله، لأنه يمكنه الاستغاثة بالتاس "2.

و قال الفقيه ابن قدامى في مغنيه: " وإن ضربه ضربةً عطلته لم يكن له أن يثني عليه لأنه كفى شرّه، وإن ضربه فقطع يمينه فولّى مديراً فضربه فقطع رجله فقطع الرجل مضمون عليه القصاص أو الدية لأنه في حالة لا يجوز له ضربه "3.

¹ المرجع نفسه، ص 124 نفاً عن الدكتور/الطار داود سليمان: تجاوز حالة الدفاع الشرعي في القانون المقارن- رسالة دكتوراه، ص 316.

317

² الكاساني: المرجع السابق، ج 9 ص 428.

³ ابن قدامى: المرجع السابق، ج 8 ص 33.

و قال الفقيه ابن حزم في محلاه: " فمن أراد أخذ مال إنسان ظلماً من لَصِّ أو غيره، فإن تيسر له طرده منه و منعه فلا يحلّ له قتله فإن قتله حينئذٍ فعليه القود، و إن توقع أقل من أن يعاجله اللص فليقتله و لا شيء عليه لأثمة مدافع عن نفسه ¹ .

فمن هذه النصوص الفقهية و غيرها كثير يمكننا أن نقول بإيجاز أنّ الفقه الجنائي الإسلامي قد عالج تجاوز حدود الدفاع الشرعي، حيث اعتبر المعتدى عليه متجاوزاً لحدّ الدفاع الشرعي المشروع إذا استعمل قدراً من القوّة أكبر من القدر اللازم لردّ اعتداء الصائل، و عليه فإنّ المدافع يكون مسؤولاً من الناحيتين الجنائية و المدنية إذا كان في وسعه ردّ اعتداء الصائل بقدر من القوّة أقلّ من القدر الذي استعمله فعلاً، لأثمة بذلك يكون قد تعدّى ما كان يجب عليه التزامه من حدود مع مراعاة حالة التحام القتال إذا كان المعتدون أكثر من واحدٍ، لأنّ المعيار الأساسي المعولّ عليه لقياس قدر القوّة اللازمة لدفع اعتداء الصائل هو الظنّ المبني على مبررات معقولة عند المعتدى عليه، و هذا المعيار نسبي حيث يأخذ في اعتباره كافيّة ظروف العدوان الواقعية الدقيقة.

و من هنا كذلك يظهر بجلاء مدى اتّفاق القانون الوضعي مع أحكام الفقه الإسلامي في حكم تجاوز المدافع حدود حقّ الدفاع الشرعي عن الأفعال الصادرة منه عن عمد، حيث يوجب كلّ من القانون الوضعي و الفقه الإسلامي مسؤوليته عنها مسؤولية كاملة.

أما الأفعال التي تصدر منه دون عمد و يكون متجاوزاً فيها حدود الدفاع المشروع فإنّ القانون الوضعي يختلف في حكمها مع حكم الفقه الإسلامي. فالقانون الوضعي يوجب مساءلة المتجاوز عنها إذا كانت صادرة منه على نحو خاطئ، أما الفقه الإسلامي فيرى خلاف ذلك، فالمدافع في نظره لا يسأل عن الأفعال طالما كانت صادرة منه بناءً على اعتقاده الغالب على ظنّه، أي المبني على أسباب معقولة لاعتداء المعتدي متى كان في قرارة نفسه يعتقد بلزومها و تناسبها مع الخطر الذي يهدّده و إن كانت في حقيقة الأمر منافية لما اعتقد و ظنّ.

و بالرغم من وضوح هذا الخلاف بين كلّ من الفقه الجنائي الإسلامي و الوضعي إلا أنّنا نرى أنّه خلاف ظاهري بالنظر إلى ما توجهه روح الشريعة الغراء في أحكامها التي تأمر دائماً بالدفاع عن الحقوق و حمايتها و الحفاظ عليها. و في هذا المعنى يقول أحد الأساتذة: " فالقانون الوضعي إذا جعل من التجاوز فعلاً معاقباً عليه، فإنّ ذلك مبالغاً في حفظ الحقوق، و إذا اعتبر هذه الحالة - من ناحيةٍ أخرى - عذراً مخففاً لعقوبة الجنائية، فمعنى ذلك أنّه ينجح إلى ناحية الرأفة بمن يتجاوز حدود حقّه بحسن نية و كلّ ذلك في إطار الشريعة الغراء أمر مقبول و لا شيء فيه ² .

¹ أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم: المحلى، طبعة سنة 1972، مكتبة الجمهورية، ج 11 ص 315.

² الدكتور/يوسف القاسم: المرجع السابق، ص 261.

خاتمة:

هكذا يتضح أن حق الدفاع الشرعي ينشأ بوقوع الاعتداء حقيقةً أو حكماً بأن يكون الاعتداء على وشك الوقوع و ينتهي الحق فيه بانتهاء العدوان. و لا يجوز للمعتدى عليه أن يضرب المعتدي بعد انتهاء عدوانه، فإن ضربه يصبح فعله انتقاماً لا عدواناً و يعتبر بذلك متجاوزاً حقه المشروع فيلزمه ضمان ما يترتب على فعله، لأن المعتدي بمجرد انتهاء عدوانه تعود إليه عصمته كما لو لم يعتد أصلاً، و ليس للمعتدى عليه أن يقتص لنفسه بنفسه بل يلجأ للسلطة المختصة لتقتص له ما دام الاعتداء قد وقع و انقضى.

و إذا كان الدفاع لازماً لردّ العدوان فيشترط أن يرده بالقوة المناسبة لردّه، و لا يجوز أن يستعمل قوة أكثر تفوق قوة الاعتداء، فلا يدفعه بوسيلة يمكن الاكتفاء بما دونها من الوسائل و إلا اعتبر متجاوزاً لحقه المشروع و فعله يلزمه ضمان باتفاق فقهاء الشريعة و القانون. و الضمان المترتب عن هذا التجاوز يكون بحسب نوعها و نوع المجني عليه، مع الإشارة إلى أنّ تقدير مدى الإفراط و القوة المناسبة لردّ العدوان يرجع إلى قاضي الموضوع في ظلّ ظروف الواقعة و ملاسبتها و سلوك المعتدي و أخلاقه و القوة الجسائية لكلّ منها و الأداة المستعملة في الواقعة من غير إغفال كلّ المعيار الشخصي للمعتدى عليه.

فإذا نشأ حق الدفاع بكلّ شروط نشوئه و أصبح استعمال القوة المناسبة قدراً لازماً لردّ العدوان و باشر المعتدي عليه حقه في الدفاع فأدى فعله إلى قتل المعتدي مثلاً فقد يكون هذا القتل في حدود شروط الدفاع المشروعة و قد يكون تجاوزاً لها، و ذلك بحسب الظروف و الملابسات الموضوعية المحيطة بالحادث. فإن ثبت أنّ المتهم تجاوز حقه في الدفاع باستعمال القوة التي تبلغ حدّ القتل بعد انتهاء العدوان أو أنّ العدوان كان تهديداً مستقبلاً و ليس أمراً حالاً أو أنّ ردّه لا يتطلب مثل القوة التي بذلها فيه فإنّ فعله يعتبر من قبيل الانتقام و يسأل عنه باعتباره قتلاً عمداً، لأنّه خرج عن طبيعة الدفاع الشرعي الذي أقره القانون الوضعي و الشرعي معاً.

المراجع

- 1 - ابن عابدين محمد أمين: حاشية ابن عابدين، دار الكتب العربيّة الكبرى، طبعة بدون سنة.
- 2 - أبو البركات أحمد الدردير: الشرح الكبير على مختصر خليل، طبعة بدون سنة، المطبعة العامرة.
- 3 - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم: المحلى، طبعة سنة 1972، مكتبة الجمهورية، ج 11 ص 315.
- 4 - الدسوقي: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، طبعة بدون سنة، مطبعة عيسى الحلبي.
- 5 - زين الدين بن نجيم: البحر الرائق شرح كثر الدقائق، الطبعة الأولى، 1311 هـ، المطبعة العلمية.
- 6 - سامح السيد جاد: مبادئ قانون العقوبات (القسم العام)، طبعة 1995، دار النهضة العربيّة.
- 7 - عبد الحميد الشواربي: الدفاع الشرعي في ضوء الفقه والقضاء، دار النهضة العربيّة.
- 8 - عبد الحميد الشواربي: ظروف الجريمة الخفيفة والمشددة للعقاب، طبعة بدون سنة، دار الفكر العربي.
- 9 - عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، طبعة ثانية، 1964، مطبعة المدني.
- 10 - مأمون أحمد سلامة: قانون العقوبات (القسم العام)، 1979، دار الفكر العربي.

- 11 محسن عبد العزيز محمد: الأعداء القانونية المخففة من العقاب في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، طبعة بدون سنة، دار النهضة العربية.
- 12 محمود محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات (القسم العام)، الطبعة الثامنة، 1969، دار النهضة العربية.
- 13 محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات (القسم العام)، دار النهضة العربية.
- 14 جيسر أنور علي: شرح قانون العقوبات، 1988، دار النهضة العربية.
- 15 يوسف قاسم: نظرية الدفاع الشرعي في الفقه الجنائي الإسلامي و الفقه الجنائي الوضعي، طبعة 1979.

مدى مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية*

بن منصور عبد الكريم - أستاذ محاضر 'ب' - جامعة مولود معمري - تيزي وزو

مقدمة:

تقتضي طبيعة الوظيفة القضائية أن تحاط بأكبر قدر ممكن من الضمانات لكفالة تحقيق العدالة، وهذا يتطلب أن لا تكون أخطاء القضاء محلا للمساءلة المدنية لكي يتمكن القضاء من أداء واجباتهم بكل حرية واطمئنان. والقاعدة المقررة في هذا الصدد أن الدولة غير مسؤولة عن أخطاء القضاء، إلا في حالات محددة أين يقرر المشرع ذلك صراحة أما فيما يتعلق بمسؤولية رجال القضاء شخصيا فإن المشرع نظمها عن طريق إجراءات خاصة. لم تثر مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في النظام الأنجلوسكسوني وترك ذلك للقواعد العامة للمسؤولية التقديرية حسب أخطاء القضاة الشخصية في حين أن هذا الموضوع أثير بإسهاب في النظام الفرنسي، ولكي لا نعيد عن هدف البحث سوف نتعرض لمناقشة مبدأ عدم مسؤولية القضاء ثم نتناول مسؤولية هذا الأخير وذلك من خلال مبحثين الأول نخصه لعرض مبدأ عدم مسؤولية القضاء، أما الثاني فسنتناول فيه مبدأ مسؤولية القضاء.

المبحث الأول: مبدأ عدم مسؤولية القضاء.

يصدر القضاة أحكاما نهائية ملزمة وواجبة النفاذ، حيث تحاط هذه الأحكام بالتقدير والاحترام باعتبارها عنوانا للحقيقة ورغبة في توفير أكبر قدر من الاستقلال للقضاء، وقد سبقت مبررات متعددة لعدم مسؤولية القضاة على الرغم مما يترتب على ذلك من آثار خطيرة. وقد اتجه القضاء الفرنسي وحتى المصري إلا أنه لا تجوز مساءلة القضاة مدنيا بسبب ما يصدر عنهم من أحكام ومع ذلك وردت استثناءات على هذه القاعدة، ولذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى قسمين الأول نتناول فيه مبررات قاعدة عدم المسؤولية، والثاني نعرض فيه الاستثناءات الواردة على قاعدة عدم المسؤولية.

المطلب الأول: مبررات قاعدة عدم المسؤولية.

تعددت الحجج التي قيل بها في سبيل تبرير عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، وتعرض في هذا المطلب لأهم تلك المبررات وهي استقلال القضاء، وفكرة السيادة ثم قوة الشيء المقضي به، وعليه سنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع الأول ندرس فيه استقلال القضاء ونخصص الثاني لفكرة السيادة، أما الثالث فنتناول فيه قوة الشيء المقضي فيه.

* تاريخ إيداع المقال: 2015/12/02

تاريخ تحكيم المقال: 2016/02/09

تاريخ مراجعة المقال: 2016/02/18

الفرع الأول: استقلال القضاء.

يرتبط استقلال القضاء بعوامل ثلاثة يمكن إجمالها فيما يلي:

أولاً: استقلال الوظيفة القضائية: تقرر الدولة استقلال القضاء في أداء وظيفته عن تدخل أية سلطة من سلطات الدولة، وتمتع كل محكمة وكل قاضي داخل السلطة القضائية نفسها بالقدر اللازم من ذا الاستقلال، وبناء على ذلك جعل المشرع الكلمة الأولى لرجال القضاء في إدارة شؤونهم،⁽¹⁾ وعلى ذلك فليس لأية سلطة في الدولة أن تملّي على أو أن توحى إليها بوجه الحكم في قضية ما، وليس لها أن تنتزع قضية ما من القضاء للحيلولة بينه وبين الحكم فيها، أو أن تعدل في الحكم الذي أصدره القضاء أو توقف تنفيذه، فالسلطة القضائية إذن مستقلة عن السلطة التنفيذية وليس لأي شخص من أشخاص هذه السلطة أن يتدخل لدى القضاء بشأن قضية معروضة عليه أيا كان نوع هذا التدخل.⁽²⁾

إن القول باستقلال السلطة القضائية عن الحكومة لتبرير عدم مسؤلية الدولة، غير سليم ذلك أن القضاء وإن كان مستقلاً فعلاً عن الحكومة ولا يخضع لتوجيهها، إلا أننا بصدد مسؤلية الدولة لا مسؤلية الحكومة عن أعمال السلطة القضائية. وعندما تقوم الحكومة بدفع مبلغ التعويض المحكوم به، فإنها تدفع باعتبارها المسيرة لأموال الدولة والحارسة عليها. والذي لا شك فيه أن القضاء مظهر من مظاهر نشاط الدولة، فتسأل عنه مسؤليتها عن نشاط الإدارة. ومن ناحية أخرى فإن الاستقلال لا يتمتع به أعضاء النيابة بالرغم من أن قاعدة عدم المسؤلية تشمل جانباً كبيراً من أعمالهم. فأعضاء النيابة يخضعون للسلطة التنفيذية ولذلك قررت محكمة النقض أن النيابة العامة تابعة للسلطة التنفيذية، فالحكومة هي التي تختار أعضائها وهي التي تقوم بتفويضهم.

إن نفي مسؤلية الدولة عن أعمال القضاء استناداً إلى انتفاء رابطة التبعية لا يكون صحيحاً، إلا إذا كانت المسؤلية عن أعمال سلطات الدولة تستمد أصولها من القواعد المدنية التي تحكم علاقة المتبوع بالتابع، والتي تستلزم إثبات خطأ الموظف من عدمه، ثم تنعكس هذه المسؤلية بعد ذلك على الدولة بصفتها مسؤولة عن أعمال الموظفين التابعين لها في تأدية وظائفهم، أما في إطار قواعد المسؤلية التي استقر عليها القضاء الإداري، فإن هذه الحجة غير صحيحة، حيث توجه المسؤلية للدولة بطريقة مباشرة استناداً إلى فكرة الخطأ المرفقي.

ثانياً: حماية حرية القاضي وعدم عرقلة سير العدالة: تقوم هذه الحجة على أن تحقيق الاستقلال للقاضي وضمان حريته في الفصل في القضايا يتطلب عدم تدخل محكمة في القضايا المعروضة على محكمة أخرى، ولو كان ذلك بين محكمة عليا ومحكمة أدنى منها، إلا أن يكون ذلك بعد الحكم إذا كان هذا الأخير قابلاً للطعن فيه. وأمام ذلك

¹ - القانون العضوي رقم 11/04 مؤرخ في 12 رجب عام 1425 الموافق 06 سبتمبر 2004، المتضمن القانون الأساسي للقضاء، الجريدة الرسمية العدد 57، المؤرخ في 07 سبتمبر 2004.

² - أحمد مسلم، أصول المرافعات والتنظيم القضائي والإجراءات والأحكام في المواد المدنية والتجارية والشخصية، دار النهضة العربية، القاهرة 1980، ص 40 وما بعدها.

فإن تقرير المسؤولية عن أعمال القضاء ستؤدي إلى تدخل قاضي في عمل قاض آخر، مما يؤدي إلى المساس بحرية القاضي. وبذلك يتردد القضاة كثيرا في الفصل في المنازعات، مما يعرقل سير العدالة ويعود بالضرر على المجتمع. كما يتردد رجال النيابة في القبض على المجرمين مما يساعد على تفشي الإجرام والاستهانة بالقانون.⁽¹⁾

كما استند البعض فيما يتعلق برجال الضبطية القضائية إلى أن أعمالهم تحتاج إلى كثير من السرعة وعدم التردد، مما يؤدي إلى وقوعهم في الخطأ في كثير من الأحيان، والقول بإمكان تقرير المسؤولية بالنسبة لهم سيؤدي إلى عدم تمكنهم من القيام بوظيفتهم وفي هذا ما يعرقل سير العدالة. وإذا تقررت مسؤولية الدولة عن الأعمال الصادرة من القضاة أو أعضاء النيابة أو رجال الضبطية القضائية، فإن التعويض سيدفع من الخزنة العامة، مما يتقلها ويعرقل الإصلاح.⁽²⁾

وهذه الحجية لا يمكن التسليم بها، فالقول بأن تقرير المسؤولية سيؤدي إلى تردد القضاء في القيام بوظيفته خشية المسؤولية، مما يؤدي إلى عرقلة سير العدالة، هو قول صحيح لو أننا نبحت المسؤولية الشخصية للقضاة. أما إذا كان مدار البحث هو مسؤولية الدولة فلا قيمة لهذه الحجة، لأن التعويض سيدفع من الخزنة العامة للدولة، لا من المال الخاص للقاضي. ولا يحتاج على ذلك بأن التعويض الذي سيدفع من الخزنة العامة سيتقلها، ذلك أن ما تتحمله هذه الخزينة من التعويض عن هذه الأخطاء لا يمكن أن يتقلها على أي حال، فضلا عن أنه لا يوجد فارق بين مسؤولية الدولة عن أخطاء رجال القضاء ومسئوليتها عن عمال الإدارة العامة فيما يتصل بالأعباء التي ستقع على عاتق الخزينة العامة.

ثالثا: العلاقة بين مرفق القضاء والمتقاضين: تقوم هذه الحجة على أن المشرع يكفل للمتقاضين ضمانات متعددة تكفل لهم الحصول على حقوقهم بما يحقق العدالة والمساواة، كما أن العلاقة بين المتقاضين ومرفق القضاء تختلف عن علاقة المتقاضين بالمرفق الإدارية بهذه المرافق، وفي هذا ما يؤدي إلى استبعاد أعمال القضاء من نطاق المسؤولية.⁽³⁾

أ- لقد قرر المشرع الجزائري ضمانات تكفل نزاهة القاضي وحسن أدائه لوظيفته، ومن ذلك حسن اختيار القضاة حيث يتطلب شروطا ومؤهلات خاصة في المرشحين لهذا المنصب تضمن التزامهم بالقانون، وذلك باشتراط الحصول على درجة علمية في القانون. كما أن المشرع يحيط العمل القضائي بضمانات متعددة ويضع من الإجراءات ما يكفل عدم التسرع ومنع الوقوع في الخطأ كما ينظم طرق الطعن في الأحكام، حتى يكون الحكم الصادر عنوانا للحقيقة، ومظهورا لها وهذا أيضا ما يؤكد تبرير عدم المسؤولية عن الأعمال القضائية. ولا شك أن

¹ - هشام السطوي، "الصعوبات التي تواجه القضاة في المنطقة العربية في عملهم اليومي والمتصلة باستقلال القضاة والمحامين"، مجلة الحق، مجلة فضلية يصدرها اتحاد المحامين العرب، عدد 01، لسنة 1991، ص 145.

² - حميد بن شنيقي، "المسؤولية الشخصية لأعوان الدولة"، مجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 01، لسنة 2002، ص 117.

³ - محمد صبحي نجم، "المواطن والعدالة"، مجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 03، لسنة 1982، ص 534.

هذه الضمانات تؤدي إلى أن تصبح الأخطاء التي تقع من مرفق القضاء قليلة إذا قيست بالأخطاء التي يرتكبها عمال الإدارة ولكن هذا لا يفي بوجود هذه الأخطاء، مما يتطلب ضرورة التعويض عنها، وإذا كانت المحاكم القضائية تحاط بهذه الضمانات، كما أن الأعمال القضائية الصادرة عنها تتوفر لها الوسائل التي تجعل الخطأ فيها قليلاً.

ب- يستند البعض إلى اختلاف العلاقة بين مرفق القضاء والمتقاضين عن العلاقة بين المرفق الإداري وبين المنتفعين به:

- تمثل الصورة الأولى لاختلاف هذه العلاقة في أن اللجوء إلى القضاء اختياري دائماً، على خلاف اللجوء للمرفق الإداري الذي يلزم المنتفعين اللجوء إليه، وعليه فإن تقرير المسؤولية على أعمال الإدارة أمراً طبيعياً يتفق مع عنصر الإلزام الذي يفرض على المنتفعين، أما أعمال السلطة القضائية فيجب أن تبعد عن نطاق المسؤولية لتوافر عنصر الاختيار للمتقاضين أمماً. وهذا غير صحيح لأن علاقة المتقاضين بمرفق القضاء ليست دائماً علاقة تقوم على الاختيار، فالقضاء الجنائي لا يكون اللجوء إليه اختيارياً، وهو المجال الخصب للأضرار التي تلحق بالمواطنين، كما أن علاقة المنتفعين بالمرفق الإداري ليست دائماً علاقة إجبارية، فلجوء الأفراد إلى المرافق الاقتصادية ليست دائماً إجبارية. وحتى ولو سلمنا بصحة هذه الحجة فإن الأثر الذي يمكن أن يترتب عليها يجب أن يقتصر على مجرد خضوع الأعمال الصادرة عن السلطة القضائية لنظام مستقل للمسؤولية، ولا يصل إلى حد انتفاء المسؤولية عن هذه الأعمال.

- تمثل الصورة الثانية في أن المرافق الإدارية تجد من المواطنين تعاوناً صادقاً وحسن نية يساعدها على حسن القيام بوظيفتها في حين أن مرفق القضاء لا يجد إلا خصوماً يزيدون بحيلهم وتعنتهم إلى أعباء القضاء أعباء جديدة بل وقد يتواطأ المتقاضون للحصول على التعويض، إذا أصبح التعويض ممكناً عن الأعمال الإدارية. فإذا كان صحيحاً أن القاعدة هي وجود التعاون بين المنتفعين بالمرافق الإدارية وبين هذه المرافق، فإن إطلاق هذه القاعدة لا يعبر عن حقيقة هذه العلاقة، فلا شك أن علاقة المواطنين بالمرافق المالية كالضرائب وغيرها لا تختلف كثيراً عن علاقتهم بمرفق القضاء، إذ أنها علاقة تشوبها عدم الثقة.⁽¹⁾

من خلال ما سبق نرى ضرورة تقرير تلك المسؤولية بحسبان أن السلطة القضائية هي إحدى تلك السلطات الثلاث التي يقوم عليها نشاط الدولة، فإذا ما سبب نشاطها أي ضرر للأفراد يجب أن تكون الدولة مسؤولة عنها، لأن استقلال القضاء هو ضمانه لحقوق الأفراد، ولا يجب أن يكون سبباً في هدر تلك الحقوق.

¹ - عبد الله عبد الغني بسيوني، مبدأ المساواة أمام القضاء وكفالة حق التقاضي، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، (د. س. ن)، ص 251 وما بعدها.

الفرع الثاني: فكرة السيادة.

كان المبدأ السائد في معظم دول العالم حتى أواخر القرن التاسع عشر يقضي بأن الملك الذي له كل السلطات تتركز فيه السيادة، لا يمكن أن يرتكب خطأ ولقد فسرت السيادة على أنها تتعارض مع المسؤولية التي تحد منها فالمسؤولية تعني سبق ارتكاب الخطأ بينما الملك معصوم منه ولا يجوز أن يسند إليه أي تقصير. كما لم يختلف الوضع كثيرا خلال المرحلة التي تلت الثورة الفرنسية التي أحلت مبدأ السيادة الشعبية محل مبدأ سيادة الملك المستند إلى الحق الإلهي، إذ أن الثورة لم تعدل من طبيعة هذه السيادة أو تحد من إطلاقها. ولما كان القضاء يقوم بأعمال باسم الملك في القديم وباسم الشعب في الوقت الحاضر، فإنه لا يجوز أن تترتب على هذه الأعمال أية مسؤولية، لأن هذا يتعارض مع تمتعه بالسيادة التي يستمدّها من الملك أو الشعب وعلى ذلك فلا يجوز مساءلة صاحب السيادة إلا إذا وجد نص صريح على هذه المسؤولية. وهذه الحجة لا يمكن التسليم بها في الوقت الحاضر، حيث زالت فكرة السيادة بمعناها الذي لا يقبل التقييد، وأصبحت فكرة السيادة في الوقت الراهن لا تتنافى مع المسؤولية.⁽¹⁾ ونتيجة لذلك التطور الذي عرفته نظرية السيادة أصبح من حق القضاء أن ينظر دعاوى المسؤولية الموجهة ضد الموظفين العموميين، وظهرت مسؤولية الدولة نفسها بجانب المسؤولية الشخصية للموظف، بل وأخذت مسؤولية الدولة تحل محل المسؤولية الشخصية للموظف في مواجهة المضرور. وعل ذلك لم تعد نظرية السيادة حائلا يعوق تقرير مسؤولية الدولة عن أعمال الإدارة، بل لم تعد عائقا دون مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة التشريعية، إذ أصبح القضاء منذ حكم La Fleurette يتجه إلى تقرير مسؤولية الدولة عن الأضرار التي ترتبها القوانين، على أساس المخاطر وليس على أساس الخطأ. وإذا كانت نظرية السيادة لم تعد تتعارض مع تقرير المسؤولية، فإنها لا تصلح إذا مبررا لعدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، فالسلطة القضائية لا تختلف عن السلطتين التشريعية والتنفيذية من حيث كونها تقوم مثلها بممارسة جانب من جوانب سيادة الدولة.⁽²⁾

الفرع الثالث: قوة الشيء المقضي به

تتمثل الحجية الأساسية لتبرير مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية في احترام حجية الأحكام وقوة الشيء المقضي به، والتي هي حجية قانونية لمضمون الحكم القضائي ذاته تحدها الحدود الموضوعية والشخصية لهذا المضمون، حيث لها دور سلمي يمنع إعادة الفصل في ذات الدعوى التي سبق الفصل فيها، ودور إيجابي يؤدي إلى احترام الحكم السابق في الدعاوى الأخرى التي يثار فيها مضمونه كمسألة أولية. وتعني الحجية بذلك أن الحكم بعد صدوره من القضاء وانتهاء طرق الطعن القانونية بشأنه يصبح نهائيا قطعيا في موضوع النزاع، ولا يمكن

¹ فوزي أوصديق، الوافي في شرح القانون الدستوري، الجزء الثالث، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 91.

² عبد الفتاح عبد الحليم عبد البر، "الانحراف في استعمال الإجراء في قضاء مجلس الدولة الفرنسي"، مجلة العلوم الإدارية، عدد 02، القاهرة

تجديد المنازعة أمام القضاء مرة أخرى، فالحكم إذا استنفذ طرق الطعن فيه يحوز قوة الشيء المقضي به، ويعتبر عنواناً للعدالة فيما بين المتخاصمين بالنسبة لذات الموضوع، وذلك حتى يضع حداً للنزاع، وعليه لا يمكن تجديد النزاع مرة أخرى وإلا ترتب على ذلك عدم انقضاء الخصومة.

وأمام ذلك فإن السماح للأفراد بالمطالبة بالتعويض عن الأحكام النهائية الحائزة لقوة الشيء المقضي به، بحجة أن تلك الأحكام خاطئة يتعارض مع ما يجب أن تتسم به هذه الأحكام من استقرار وما يفترض فيها من صحة وتعبير عن العدالة، كما أن أعمال السلطة القضائية ليست كلها أعمال تتمتع بالحجية، إذ توجد بعض الأعمال ذات طبيعة إدارية وأخرى ذات طبيعة شبه قضائية ولكنها لا تحوز قوة الشيء المقضي به لأنها لا تنصل في نزاع قانوني وإنما تساعد على هذا الفصل، ومن ذلك الأحكام التحضيرية والتمهيدية كقرارات تعيين الخبراء والحارس القضائي. كما أن أعمال النيابة العامة لا يوجد إلا قليل منها يتمتع بحجية الشيء المقضي به، كقرارات الحفظ التي تصدرها النيابة العامة بعد التحقيق، أما أعمال مساعدي القضاء فهي جميعاً أعمال لا تحوز الحجية.⁽¹⁾

إن الاستناد إلى حجية الشيء المقضي به لا يفسر - عدم مسؤولية الدولة عن أعمال النيابة أو رجال الضبطية القضائية، كإجراءات التفتيش والضبط وأوامر القبض والحبس الاحتياطي، بل أنها تفسر - عدم المسؤولية عن الأعمال الإدارية التي تصدر من القضاة أنفسهم. وحتى بالنسبة للأحكام التي تتمتع بحجية الشيء المقضي به، لذلك ففكرة الحجية قد لا يمكن إعمالها وذلك لعدم توافر شروطها، وهي وحدة الموضوع ووحدة الأشخاص ووحدة السبب.

بالإضافة إلى أن حجية الأحكام لا تتعارض مع المسؤولية في بعض الحالات، بل قد تتفق مع طلب التعويض. ومن ذلك الأحكام الصادرة عن البراءة في المسائل الجنائية، فمن يطالب بالتعويض عن المدة التي قضاها في الحبس الاحتياطي يكون متفقاً مع حجية الحكم الصادر بالبراءة ومستنداً إليه، فسبب التعويض في هذه الحالة ليس هو الحكم ذاته الذي قضى - بالبراءة، وإنما إجراءات الاتهام والتحقيق التي سبقت كالتعويض والحبس الاحتياطي ورفض الإفراج وجميعها لا تتمتع بالحجية.

المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة عن قاعدة عدم المسؤولية.

كانت القاعدة في فرنسا حتى سنة 1972 هي عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية ومع ذلك تدخل المشرع في بعض الحالات وقرر مسؤولية الدولة عن أعمال بعينها بصفة استثنائية، كما أن القضاء نفسه قد أقرت بالمسؤولية في بعض الحالات، وهو ما سنفصل فيه من خلال التعرض للاستثناءات التشريعية في (الفرع الأول)، ثم نفصل في الاستثناءات القضائية في (الفرع الثاني).

¹ - مسعود شهبوب، "المسؤولية عن عدم تنفيذ الأحكام القضائية"، مجلة نشرة القضاة، عدد 52، لسنة 1997، ص 62 وما بعدها.

الفرع الأول: الاستثناءات التشريعية.

لقد ظلت قاعدة عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية مطبقة في فرنسا بصفة مطلقة، ولكن المشرع في سنة 1895 أعطى الحق للأفراد الذين يحكم ببراءتهم - في الحصول على تعويض عن الأضرار التي أصابهم من جراء حكم سابق بالإدانة عن طريق التماس إعادة النظر. ونص كذلك في المادة 505 من القانون الصادر في 1933 على مسؤولية الدولة عن الأضرار التي تصيب الأفراد نتيجة لقرارات الحبس الاحتياطي إذا - انتهت سلطة التحقيق إلى أنه لا وجه لإقامة الدعوى أو قضت المحكمة بالبراءة متى كان الضرر استثنائياً وذلك وفقاً لقانون 17 يوليو 1970.⁽¹⁾

كما نص المشرع المصري في المادة 441 من قانون الإجراءات الجنائية على جواز إعادة النظر في الأحكام النهائية الصادرة بالعقوبة في جنابة أو جنحة ولكنه لم يقرر مسؤولية الدولة عن تعويض المتهم عن الأضرار التي تكون قد لحقت به نتيجة للحكم الخاطئ بالإدانة، كما نص كذلك في قانون المرافعات على مخاصمة القضاة.²

أولاً: مسؤولية الدولة في حالة براءة المحكوم عليه بحكم جنائي.

قرر المشرع الفرنسي بالقانون الصادر في سنة 1895 الخاص بالتماس إعادة النظر في بعض الأحكام الجنائية على حق الأفراد الذين يحكم ببراءتهم في التعويض عن الأضرار التي أصابهم نتيجة للحكم السابق بالإدانة. وكان قانون تحقيق الجنايات الفرنسي الصادر في سنة 1808 ينص في المواد من 443 إلى 446، على طريق استثنائي لإعادة النظر في بعض الأحكام الجنائية النهائية، إذا ما ظهرت أو وجدت عوامل جديدة لم تكن معروفة وقت الحكم، يمكن أن يستدل منها على براءة الشخص المحكوم عليه ولكن لم يتقرر في ظل هذا القانون شيء بخصوص التعويض عن الأضرار التي أصابت من حكم براءته نتيجة للأحكام الخاطئة السابقة على إعادة النظر.⁽³⁾

وقد جاء قانون سنة 1867 وتوسع في حالات إعادة النظر في الأحكام الجنائية ولكنه لم يقرر حق المتهم في طلب التعويض عندما يحكم ببراءته. وبعد ذلك قام المشرع الفرنسي - بتعديل قانون تحقيق الجنايات في سنة 1895 أين قرر مسؤولية الدولة في حالة نجاح التماس إعادة النظر في براءة المحكوم عليه بحكم جنائي.

لقد أقر المشرع الجزائري في قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم في الباب الثاني منه تحت عنوان في طلبات إعادة النظر والتعويض عن الخطأ القضائي،⁽⁴⁾ وفي الفصل الثاني منه تحت عنوان في التعويض عن الخطأ القضائي، في المادة 531 مكرر المعدلة وذلك بنصها بمنح للمحكوم عليه المصريح ببراءته بموجب هذا الباب

¹ - MASSON (Gérard), L'Indépendance des magistrats vis-à-vis du pouvoir politique de 1870 à nos jours, Thèse de doctorat d'Etat, Université de Paris 2, 1975, p 214.

² - أحمد مسلم، المرجع السابق، ص 98.

³ - عبد الفتاح عبد الحليم عبد البر، المرجع السابق، ص 216.

⁴ - عدل وتمم عنوان الباب الثاني من الكتاب الرابع بالقانون رقم 08/01 المؤرخ في 26 يونيو 2001، الجريدة الرسمية، عدد 34.

أو لذوي حقوقه، تعويض عن الضرر المادي والمعنوي الذي تسبب فيه حكم الإدانة. غير أنه في الحالة المنصوص عليها في المادة 531 فقرة 04 من هذا القانون، لا يمنح التعويض إذا ثبت أن المحكوم عليه نفسه تسبب كلياً أو جزئياً في عدم كشف الواقعة الجديدة أو المستند الجديد في الوقت المناسب، كما أضافت المادة 531 مكرر 1 المعدلة بنصها تتحمل الدولة التعويض الممنوح من طرف اللجنة لضحية الخطأ القضائي أو لذوي حقوقه وكذا مصاريف الدعوى، ونشر القرار القضائي وإعلانه.⁽¹⁾

ثانيا: مخاصمة القضاة.

لم يشأ المشرع أن يترك القاضي مسئولا مسؤولية مدنية عن أي خطأ يرتكبه أثناء تأدية وظيفته كمشأن سائر موظفي الدولة، إنما جعله فقط مسؤولا إذا أخل بواجبه إخلالا جسيما وحتى في هذه الحالة الأخيرة أحاط المشرع القاضي بضمانات حتى لا تتخذ مقاضاته وسيلة للتشهير به، والغرض من هذا تهيئة جو صالح للقاضي يكفل له العمل في اطمئنان حتى لا يتهيب التصرف والحكم، وحتى يؤدي رسالته المقدسة على خير وجه. حيث وردت الأحكام الخاصة بالمخاصمة في القانون الفرنسي- في المادة 505 من قانون سنة 1933 بتعديل قانون المرافعات وذلك قبل تعديله في سنة 1972 وفي قانون المرافعات في المواد من 494 إلى 500.

تناول المشرع الجزائري مسألة مخاصمة القضاة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، في الباب السابع منه المتعلق بالرد والإحالة في الفصل الأول والمتعلق برد القضاة، حيث نضم حالات وإجراءات الرد في المواد من 241 إلى 247 منه حيث حدد حالات الرد على سبيل الحصر.⁽²⁾ كما تضمن أيضا قانون الإجراءات الجزائية حالات وإجراءات الرد في المواد من 554 إلى 566 منه.

ثالثا: مسؤولية الدولة عن أضرار الحبس الاحتياطي.

نص المشرع الفرنسي في القانون رقم 643/70 الصادر في 17 يوليو 1970 على مسؤولية الدولة عن الأضرار التي تصيب الأفراد نتيجة لقرارات الحبس الاحتياطي إذا انتهت سلطة التحقيق إلى أنه لا وجه لإقامة الدعوى أو قضت المحكمة بالبراءة، متى كان الضرر استثنائيا. وبهذا أضاف المشرع الفرنسي- استثناء تشريعيًا جديدًا من قاعدة عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، إلى جانب مسؤولية الدولة في حالة براءة المحكوم عليه بجرم جنائي نتيجة لإعادة النظر ومسئوليتها في حالة مخاصمة القضاة. ويرجع هذا إلى أن حبس المتهم احتياطيا إجراء مقيد للحرية لأن الأصل هو ألا تسلب حرية الإنسان إلا تنفيذًا لحكم قضائي واجب النفاذ ولكن قد

¹ - عدلت بالقانون رقم 08/01 المؤرخ في 26 يونيو 2001، الجريدة الرسمية رقم 34.

² - تنص المادة 241 من ق أ م إ على أنه: "يجوز رد قاضي الحكم، ومساعد القاضي في الحالات الآتية: إذا كان له أو لزوجته مصلحة شخصية في النزاع. إذا وجدت قرابة أو مصاهرة بينه وبين زوجته وبين أحد الخصوم أو أحد المحامين أو وكلاء الخصوم، حتى الدرجة الرابعة. إذا كان له أو لزوجته أو أصولها أو فروعها خصومة سابقة أو قائمة مع أحد الخصوم. إذا كان هو شخصيا أو لزوجته أو أحد أصوله أو أحد فروعها، دائنا أو مدينا لأحد الخصوم. إذا سبق له أن أدلى بشهادة في النزاع. إذا كان ممثلا قانونيا لأحد الخصوم في النزاع أو سبق له ذلك. إذا كان أحد الخصوم في خدمته، إذا كان بينه وبين أحد الخصوم علاقة صداقة حميمة، أو عداوة بينة."

تقضي المصلحة التحقيق منعا لتأثير المتهم في الشهود أو العبث بالأدلة ودرء لاحتمال هربه من الحكم الذي قد يصدر ضده ولا شك أن ما قرره المشرع الفرنسي يمثل حماية لمن يضار من حبس غير مبرر واعتداء على الحرية غير مشروع.⁽¹⁾

أقر المشرع الفرنسي التعويض عن أضرار الحبس الاحتياطي وذلك بتوافر شروط ثلاثة، يتمثل الشرط الأول في أن يكون الحبس الاحتياطي قد تم في إطار القواعد التي ينص عليها قانون الإجراءات الفرنسي، أما الثاني يتمثل في أن يكون الإفراج قد تم نتيجة لصدور أمر بلا وجه لإقامة الدعوى أو لبراءة المتهم بحكم من محكمة الجناح أو لبرائه نتيجة لحكم من محكمة الجنايات، والثالث بشرط أن يكون الضرر الذي أصاب المحبوس احتياطيا ضررا استثنائيا بالغ الجسامه.

نص المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي- على إمكانية التعويض على الحبس المؤقت،⁽²⁾ في قانون الإجراءات الجزائية في المواد من 137 مكرر إلى 137 مكرر 14، وقد أوكل المشرع مهمة إقرار التعويض عن الحبس المؤقت إلى لجنة توجد على مستوى المحكمة العليا هي لجنة التعويض.⁽³⁾ حيث يتولى محام الرئاسة فيها الرئيس الأول للمحكمة العليا أو ممثله بالإضافة إلى عضوية قاضي (02) حكم لدى نفس المحكمة برتبة رئيس غرفة أو رئيس قسم أو مستشار. حيث يعين أعضاء اللجنة سنويا من طرف مكتب المحكمة العليا، كما يعين هذا الأخير ثلاثة أعضاء احتياطيين لاستخلاف الأعضاء الأصليين في حالة حدوث مناع. كما أضفت المادة 137 مكرر 3 على اللجنة طابع الجهة القضائية المدنية، ويتولى محام النيابة العامة النائب العام لدى المحكمة العليا أو أحد نوابه، وتصدر اللجنة قراراتها في جلسة علنية وتكون هذه القرارات غير قابلة للطعن فيها ولها قوة الشيء المقضي فيه.⁽⁴⁾

الفرع الثاني: الاستثناءات القضائية.

أقام القضاء إلى جانب الاستثناءات التي أقرها المشرع من مبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، إما على أساس المخاطر أو على أساس الخطأ، وتمثلت هذه الاستثناءات التي قررها القضاء في مجال

¹ - ROBERT (Philippe) et (Amedeo) COTTINO, Les Mutations de la justice, Comparaisons européennes, L'Harmattan, Paris, 2001, p 251.

² - تنص المادة 137 مكرر على أنه: " يمكن أن يمنح تعويض للشخص الذي كان محل حبس مؤقت غير مبرر خلال متابعة جزائية انتهت في حقه بصدور قرار نهائي قضى بالأوجه للمتابع أو بالبراءة إذا ألحق به هذا الحبس ضررا ثابتا ومميزا. ويكون التعويض الممنوح طبقا للفقرة السابقة على عاتق خزينة الدولة مع احتفاظ هذه الأخيرة بحق الرجوع على الشخص المبلغ سئى النية أو شاهد الزور الذي تسبب في الحبس المؤقت."

³ - تنص المادة 137 مكرر 1 على أنه: " يمنح التعويض المنصوص عليه في المادة 137 مكرر أعلاه، بقرار من لجنة تنشأ على مستوى المحكمة العليا تدعى: " لجنة التعويض " والمسماة في هذا القانون " اللجنة " ."

⁴ - مرسوم تنفيذي رقم 117/10 مؤرخ في 06 جادى عام 1431 الموافق 21 أبريل سنة 2010 يحدد كيفية دفع التعويض المقرر من طرف لجنة التعويض المنشأة لدى المحكمة العليا، بسبب الحبس المؤقت غير المبرر والخطأ القضائي، الجريدة الرسمية عدد 27، صادر في 25 أبريل 2010.

الضبط القضائي وبعض أعمال القضاء الإداري والتي يمكن فصلها عن ممارسة الوظيفة القضائية، ولهذا سنبز في هذه النقطة مسؤولية الدولة عن أعمال الضبطية القضائية (أولا)، وأعمال القضاء الإداري (ثانيا).

أولا: أعمال الضبطية القضائية.

إذا كانت قاعدة عدم مسؤولية القضاة أمر يميله استقلال القضاء وتحقيق العدالة على أتم وجه ممكن، فإن المنطق يقتضي أن تمتد تلك الحماية والحصانة لتشمل الهيئات التي تساعد القضاء في ذلك مثل رجال الشرطة أو الهيئات التي تمارس عملا بطبيعته قضائيا كموظف الجمارك والنيابة العامة. حيث كان الاتجاه السائد في القضاء الفرنسي- أن رجال الضبطية القضائية لا يسألون عن الأضرار التي تنشأ عن أفعالهم إلا عن طريق دعوى المخاصمة وكانت حجة القضاء في ذلك أن أعمال الضبطية القضائية أعمال تدخل في إطار السلطة القضائية التي لا يجوز التعويض عنها خارج إطار النصوص الاستثنائية التي قررت هذه المسؤولية، وعلى ذلك كانت دعوى المخاصمة هي الطريق الوحيد التي يجوز اللجوء إليه لحصول المضرور على تعويض عن الأضرار التي أصابته من أعمال السلطة القضائية.

فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية سنة 1956 من خلال قرارها في قضية Giry إلى أن الدولة مسؤولة عن أعمال الضبطية القضائية ليس فقط على أساس الخطأ بل أيضا على أساس المخاطر وتحمل التبعية، وتتابع بعد ذلك أحكام القضاء العادي في فرنسا في هذا الاتجاه مقرررة مسؤولية الدولة عن أعمال مرفق الضبط القضائي على أساس تحقيق العدالة والمساواة بين المواطنين أمام الأعباء العامة.⁽¹⁾

أكد المشرع الجزائري على خضوع أعمال الضبطية القضائية إلى رقابة غرفة الاتهام،⁽²⁾ حيث تبلغ غرفة الاتهام إما من طرف النائب العام،⁽³⁾ وإما من رئيسها عن الإخلالات المنسوبة لضباط الشرطة القضائية في مباشرة وظائفهم، فتأمر بإجراء تحقيق وتسمع طلبات النائب العام وتسمع دفاع ضباط الشرطة القضائية المعني. ويجوز لعرفة الاتهام أن توجه ملاحظات أو تقرر إيقافه مؤقتا عن مباشرة أعمال وظيفته كضابط للشرطة القضائية أو حتى بإسقاط تلك الصفة عنه نهائيا، مع مراعاة الجزاءات التأديبية التي قد توقع من رؤسائه التدرجيين.⁽⁴⁾

¹ - PERROT (Roger) et Sous (Henry), Droit Judiciaire privé, Tome 1, Edition Sirey, Paris, 1961, p 147.

² - تنص المادة 206 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه: " ترافق غرفة الاتهام أعمال ضباط الشرطة القضائية والموظفين والأعوان المنوطة بهم بعض مهام الضبط القضائي الذين يمارسونها حسب الشروط المحددة في المادة 21 والتي تليها من هذا القانون."

³ - لمزيد من التفصيل أنظر المادة 12 من قانون الإجراءات الجزائية الساري المفعول. وكذا المادة 18 مكرر (جديدة) " يسلك النائب العام ملفا فرديا لكل ضابط شرطة قضائية يمارس سلطات الضبط القضائي في دائرة اختصاص المجلس القضائي وذلك مع مراعاة أحكام المادة 208 من هذا القانون. يتولى وكيل الجمهورية، تحت سلطة النائب العام تنقيط ضباط الشرطة القضائية العاملين بدائرة اختصاص المحكمة ..."

- أنظر: القسم الثالث تحت عنوان في مراقبة أعمال ضباط الشرطة القضائية من خلال المواد من 206 إلى 211 من قانون الإجراءات الجزائية الساري المفعول.

⁴ - أنظر: التعلية الوزارية المشتركة بين وزير العدل، ووزير الدفاع، ووزير الداخلية، المؤرخة في 2000/07/31، المحددة للعلاقة التدرجية بين السلطة القضائية والشرطة القضائية في مجال إدارتها، والإشراف عليها، ومراقبتها.

أما في مصر فقد فرق القضاء منذ البداية بين الأعمال التي تصدر من الضبطية القضائية كضبطية إدارية وتلك التي تصدر منها كضبطية قضائية، حيث انعقد الإجماع على مسؤولية الدولة عن أعمال التي تصدر عنها كضبطية إدارية، بينما هناك اختلاف بالنسبة للأعمال التي تصدر عنها كضبطية قضائية.

ثانيا: مسؤولية الدولة عن أخطاء القضاء الإداري.

لقد وردت الأحكام الخاصة بمخاصمة القضاة في المادة 505 من قانون المرافعات الدنية الفرنسي المعدل بقانون 07 فبراير 1933، ولذلك فقد أستقر الرأي في فرنسا على أن النصوص الخاصة بالمخاصمة لا تسري بالنسبة لغير هيئات القضاء العادي ولذلك فلا يطبق على القضاء الإداري أو هيئة المفوضين أو محكمة التنازع. ونتيجة لعدم انطباق النص الخاص بالمخاصمة في فرنسا على الأخطاء الصادرة عن القضاء الإداري، فإنه يمكن القول بأن القضاء وأعضاء هيئة المفوضين يسألون مسؤولية شخصية في حالة إمكان نسبة الخطأ الشخصي- إليهم دون الحاجة إلى الالتجاء إلى دعوى المخاصمة التي لا يخضعون لنظمها وفي هذه الحالة يمكن القول أيضا بأن الدولة تسأل عن تعويض هذه الأفعال إذا كان الخطأ الشخصي الذي ارتكبه القاضي أو عضو هيئة المفوضين لا يمكن فصله تماما عن المرفق، وتكون مسؤولية الدولة في هذه الحالة نوعا من الضمان للمضروور فقط في إطار القواعد العامة للمسؤولية بحيث ترجع في كل الأحوال على من ارتكب الخطأ الشخصي.⁽¹⁾

لقد نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الجزء الخاص بالإجراءات الإدارية في المواد من 877 إلى 883، كما أن هذه المواد أحالت في الكثير من المرات على المواد المدنية في مجال رد القضاة والتنجي، حيث أحالت المادة 878 على المادة 241 الخاصة بقضاة القضاء العادي، كما أحالت المادة 882 إلى المادة 244 التي تخص أحكام الرد بالنسبة لقضاة القضاء العادي.

المبحث الثاني: مسؤولية الدولة عن أعمال القضاة.

إذا كانت القاعدة العامة في النظامين الفرنسي والمصري قد بدأت بعدم مسؤولية الدولة عن أعمال القضاة، إلا أن التطورات الأخيرة قد انتهت بهما إلى مسؤولية الدولة عن الأخطاء الجسمية التي تقع من القضاة أثناء تأدية أعمالهم، ولذلك تتعرض إلى مناقشة أسباب مسؤولية القضاة الشخصية، لذلك سنقسم هذا المبحث إلى قسمين، أساس مسؤولية القضاة (المطلب الأول)، ومسؤولية القضاة الشخصية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أساس مسؤولية الدولة عن أعمال القضاة.

لا يخلو مرفق القضاء من بعض الجوانب السلبية التي قد تسبب أضرار مادية كانت أو معنوية تمس بحقوق الأفراد مما يستوجب بذلك تعويضهم، وعليه فلا مناص من البحث عن وسيلة تكفل إكمال هذا النقص مادام

¹ - PERROT (Roger) et Sous (Henry), Droit Judiciaire privé., op.cit. p 191.

يصعب التخلص منه نهائياً، والسعي للتكليف الحقيقي للضرر الناشئ عن هذا المرفق سواء من ناحية تحمل الدولة لعبء (مسؤولية) التعويض أو بحسب تصنيف الخطأ المتعلق بتنظيم مرفق القضاء أو بسيره. فيمكن أن تكون الأعمال التي يقوم بها مبنية على أساس الخطأ المرفقي (الفرع الأول)، أو خطأ الإدارة أو على أساس نظرية المخاطر في نطاق النظام القانوني للمسؤولية الإدارية ومسؤولية الدولة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مسؤولية الدولة على أساس الخطأ.

يمكن اعتبار الخطأ كأساس لقيام المسؤولية عن الأعمال التي تصدر من الحكومة أو أحد أشخاصها المعنوية العامة، أحداث ضرر للغير مع ضرورة توافر علاقة السببية حتى يتوجب الحكم بالتعويض، ذلك لصعوبة إثبات الضرر من العمل القضائي قيام القاضي بارتكاب الخطأ بسبب تشابك الإجراءات القضائية، كما أن القاضي ليس شخصاً عادياً يمكن نسبة الخطأ إليه بسهولة ويسر، مما قد يؤدي إلى ضياع حق المضرور من الأعمال القضائية.

أصبح التمسك بالخطأ كأساس لمسؤولية الدولة قاصراً على مواجهة جميع الأضرار وتعويضها تحقيقاً للعدالة وقاعدة المساواة في تحمل وتوزيع عبء التكاليف العامة، وأصبح لزاماً على الدولة تعويض الضرر تحت تأثير هذه الفكرة الواقعية، كما أصبح كذلك من العسير أن يستطيع الفرد إثبات خطأ الدولة بسبب التشعب والتعدد في توزيع الاختصاصات.⁽¹⁾

ومن خلال ما سبق أن العمل غير المشروع الصادر عن القاضي متى كان واقعا أثناء تأديته وظيفته أو بسببها، وهنا يجب على الضحية إثبات الخطأ وما لها من صعوبة، إذ أن الخطأ يكون مشتركاً في أغلب الأحيان بسبب سرية المداولات والطبع الجماعي للحكم القضائي. وعلى هذا الأساس، يمكن التمسك بالخطأ كأساس للتعويض عن الخطأ القضائي، ووجب البحث عن أساس آخر.

الفرع الثاني: المسؤولية على أساس المخاطر.

تقرر مسؤولية الدولة على أساس المخاطر كما اقتضت العدالة الحكم بالتعويض في نشاط الدولة المشروع الذي يتسبب في ضرر كاف واستثنائي، فتسأل الدولة بالتعويض على هذا الأساس، ومضمون هذا المبدأ يمكن في تسبب الدولة بأعمالها في إلحاق الضرر دون خطأ منها لكن لحسابها شريطة قيام ركني الضرر المترتب والعلاقة السببية وذلك انطلاقاً من متطلبات العدالة التي قد تتأذى من ترك فرد بدون تعويض الضرر على النشاط الخطر للدولة، ومثال ذلك أعمال الضبط القضائي، لاسيما عندما يتعلق الأمر بعمليات تستعمل فيها الأسلحة النارية، بهدف ملاحقة الجناة الهاربين. ففي مجال الأعمال القضائية تؤسس المسؤولية دون خطأ على المخاطر في الحالات التي ينتفي فيها الخطأ، وتكون تلك الأعمال مبنية على الخطر.

¹ - حسين فريجة، مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية، المطبعة الجزائرية للمجلات والجرائد، الجزائر 1993، ص 110.

كما يمكن أن تؤسس على أساس مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، في الحالات التي ينتفي فيها الخطأ والخطر معا، وما يبدو على هذا النوع من المسؤولية أنه أكثر وضوحا، عندما ينتفي الخطأ والخطر معا، كما هو الحال في القرارات القضائية عملا بمبدأ قوة الشيء المقضي فيه، وبالتالي فمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، بالإضافة إلى قواعد العدالة يمثلان إعادة التوازن ورفع العنف عن الفرد الذي تعرض لضرب غير عادي، وذو خطورة استثنائية، فإنه يجلب لنا إشكالية تعرض المسؤولية مع حجية الأحكام، حيث أن إعادة التوازن وإنهاء حالة اللامساواة التي يسببها الحكم القضائي للمتقاضين عن طريق التعويض، لا يعني إطلاقا مراجعة هذه الجهة ومناقشة الحكم.⁽¹⁾

المطلب الثاني: مسؤولية القضاة الشخصية.

إذا كانت قاعدة عدم مسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية كانت الأصل وأن مبدأ المسؤولية هو الاستثناء، فإن مسؤولية الدولة عن أخطاء القضاة الشخصية أصبحت هي الأصل وأن مبدأ عدم المسؤولية هو الاستثناء. ولما كانت أخطاء القضاة تشير لمسؤوليات جنائية ومدنية وتأديبية، فإننا تقتصر على دراسة المسؤولية المدنية والتأديبية دون المسؤولية الجنائية التي لا يميز فيها القضاة عن غيرهم سوى حصاتهم من القبض والتفتيش في غير حالات التلبس، ولذلك سنخصص هذا المطلب إلى دراسة مسؤولية القضاة المدنية (الفرع الأول)، ومسؤولية القضاة التأديبية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المسؤولية المدنية للقضاة.

تعرضنا فيما سبق ولو ضمينا لمسؤولية القضاة عن أخطائهم الشخصية عندما تعرضنا إلى دعوى الخاصة وأساس المسؤولية، ولما كان النظام الأنجلوسكسوني لم يتعرض بالمناقشة لمسؤولية الدولة عن أعمال السلطة القضائية كما حدث في فرنسا ومصر، ولكن مسؤولية الدولة من خلال مسؤولية القضاة عن أخطائهم الشخصية تعد لب مسؤولية الدولة، ولذلك نبحت في هذا الفرع مسؤولية القضاة المدنية في كل من بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية.

أولا: مسؤولية القضاة المدنية في بريطانيا.

إذا كان النظام الإنجليزي قد وضع إجراءات قانونية لمساءلة القضاة تأديبيا، فإنه لم يغفل لم يغفل كذلك تحصين القاضي ضد المسؤولية المدنية التي يمكن أن تنشأ نتيجة لخطئه الشخصي، لأن المسؤولية في هذه الحالة أشد خطرا على استقلال القاضي ولأن المسؤولية التأديبية قد تحرك لخطأ واضح في حين أن المسؤولية المدنية قد يحركها أي من الخسوم الذي خسر دعواه تنكيلا وتشهيرا بالقاضي. كما أن مبدأ المسؤولية هو من المبادئ الرئيسية في القانون الإنجليزي، حيث يفترض هذا المبدأ بوجه عام مساءلة كل موظف أو هيئة وفقا للآراء

¹ - حسين فريجة، المرجع السابق، ص 113.

السائدة، وفي ظل الظروف الديمقراطية توكل المسؤولية للناخبين حيث أن الجزاء النهائي في ذلك هو العزل من الوظيفة.⁽¹⁾

ومن المبادئ المتفق عليها في الحكومات الدستورية الحديثة أحكام المحاكم وإن كان يمكن أن تراجع، وأن تصحح وفقا للإجراءات التي ينظمها القانون أمام محاكم أعلى، إلا أنه لا يجوز لأية تشريعية كانت أو تنفيذية أن تتخذ إجراء تاديبى ضد قاض لمجرد الاعتقاد بأنه قد أصدر قرارا خاطئا. وتنحصر- مسؤولية القضاة الرسمية في الحالات القصوى في انعدام الأخلاق والانحراف الجسيم بالسلطة، أو عدم الكفاية الواضح لاستمراره في أداء وظيفته، وفي مثل هذه الحالة لا يجوز اتخاذ إجراءات المساءلة إلا وفقا لقواعد إجرائية ذات طبيعة قضائية. وقد كان تطبيقا لذلك أن القضاة معفيون من المسؤولية المدنية أثناء ممارستهم لاختصاصاتهم القضائية حتى ولو وقعت منهم عمدا وبدون سبب معقول أو راجح، كما أن قضاة المحاكم العليا غير مسئولين حسب الظاهر عن أعمالهم التي تقع منهم خارج اختصاصاتهم، ويفترض دائما أن أحكام المحكمة العليا قد صدرت في نطاق اختصاصها، وعلى أي حال فلا توجد محكمة تبت في تلك المسؤولية.⁽²⁾

لقد نظم قانون حماية القضاة في مادته الأولى والثانية مسؤولية قضاة المحاكم الدنيا، وذلك إذا اثبت الطرف المضرور أن خطأ القاضي كان متعمدا أو بدون سبب معقول أو راجح، ولكن في حالة الإدانة فلا يكفي إثبات ذلك فحسب بل لا بد أن يلغى حكم الإدانة. ومن هنا يتبين أن القضاة محصنون ضد المسؤولية في ممارسة أعمالهم القضائية حتى لو نسب إليهم قصد الإساءة أو الضرر، وقد استقرت أحكام القضاء الإنجليزي على ذلك منذ وقت طويل، وهذا الحكم القانوني ليس القصد منه حماية قاض فاسد أو شرير وإنما المصلحة العامة هي التي تقتضي أن يكون لدى القضاة الحرية في ممارسة وظائفهم في استقلال وبدون خوف من العواقب. إذ كيف يستطيع قاض أن يمارس وظيفته إذا كان يعيش في خوف كل يوم، بل وكل ساعة من رفع دعوى ضده في شأن تصرف أثناء نظره قضية ما، وقد قضى مجلس الملك ومن بعده محكمة الاستئناف أنه لا سبيل لمساءلة قاض عن تصرفاته أو أقوال أدلى بها في ممارسة عمله القضائي حتى ولو كان دافعه على ذلك بسوء نية، وحتى ولو تمت تصرفاته أو أدلى بأقوال أثناء ممارسة غير أمينة لوظيفته.

ثانيا: مسؤولية القضاة في القانون الفرنسي.

نصت المادة 11 من قانون 05 يوليو 1972 المعدل لقانون المرافعات المدنية الفرنسي- القديم، والمادة 505 من قانون المرافعات المدنية الجديد الصادر في 05 ديسمبر 1975 على مسؤولية الدولة عن الأخطاء التي يقع فيها

¹ - ROBERT (Philippe) et (Amedeo) COTTINO, Les Mutations de la justice, Comparaisons européennes, L'Harmattan, Paris, 2001, p 97 et 98.

² - ROBERT (Philippe) et (Amedeo) COTTINO, Les Mutations de la justice, Comparaisons européennes, L'Harmattan, op.cit, p 101.

مرفق القضاء في حالة الخطأ الجسيم وحالة إنكار العدالة.⁽¹⁾ حيث نصت كذلك المادة 494 من قانون المرافعات الفرنسي على أسباب المسؤولية وحصرتها في الآتي:

1- إذا وقع من القاضي في عمله غش أو تدليس أو خطأ مهني جسيم، وقد أضيف في فرنسا إلى أسباب المخاصمة الخطأ المهني الجسيم في فبراير 1933 لأن القضاء كان يتطلب لقبول دعوى المخاصمة ثبوت غش أو تدليس من جانب القاضي، وكانت لا تقبل هذه الدعوى ولو ثبت أن القاضي قد أخطأ خطأ جسيماً، فأراد المشرع بهذه الإضافة التيسير على المتقاضين. حيث رأى المشرع المصري أيضاً أن يضيف إلى أسباب الخطأ المهني الجسيم، إذ ورد في المذكرة التفسيرية لقانون المرافعات السابقة " أن الفرق بين الخطأ المهني الجسيم وبين الغش فرق ذهني في معظم الأحوال، فغالبا ما يستدل على الغش بجسامة المخالفة، وكثيرا ما يدعو الحرج إلى درء نسبة الغش عن يثم به بنسبة الخطأ الفاحش إليه".⁽²⁾

3- في الأحوال الأخرى التي يقضي فيها القانون بمسؤولية القاضي والحكم عليه بالتضمينات إذا لم يودع مسودة الحكم المشتملة على أسبابه في الميعاد الذي حدده القانون إذا ترتب على ذلك بطلان الحكم.

2- إذا امتنع القاضي عن الإجابة على عريضة قدمت له أو عن الفصل في قضية صالحة للحكم.

مع هذا فالصور الثلاث المشار إليها تجتمع في شيء واحد وهو حصولها بسوء نية من القاضي بقصد الانحراف عن العدالة على منفعة أو فائدة ويصيب إثباتها عملا إن لم يكن يستحيل ذلك لأن إثبات ارتكاب القاضي لأي منها يتطلب أثناء القصد السيئ لدى القاضي في إثبات عمله، لذلك نص المشرع على الخطأ المهني الجسيم كسبب يميز مخاصمة القاضي. فالخطأ المهني الجسيم هو ذلك الذي لا يمكن تقبله إذا وقع من قاض ولا يشترط فيه أن يكون عمدا أو بدون قصد، فلا يتطلب الأمر البحث في النية الداخلية للقاضي فهو خطأ كبير ينشأ عن الاستهتار وعدم الحيطة وبدرجة تجعله في مرتبة الغش كإغفال الوقائع الثابتة في الدعوى، والجهل بالمبادئ الأولية للقانون التي لا يحتاج الإلمام بها إلى خبرة خاصة حتى لا تتوافر في القاضي ذي المستوى العادي، لأن القاضي الذي يحكم بين الناس وهو على جهل تام بهذه المبادئ ليس أقل جرما من القاضي الذي يتعمد الانحراف للإضرار بالعدالة أو بأحد الخصوم.⁽³⁾

ولكن لا يعد خطأ مهنيا جسيماً أن يفسر القاضي القانون على نحو يخالف المتعارف عليه بين القضاة، مادام لا يجانب سوء النية ولا يتخطى إلى منطقة الجهل الفاضح أو الإهمال المغرض، وكذا ما يذهب إليه القاضي من

¹ - ROBERT (Philippe) et (Amedeo) COTTINO, Les Mutations de la justice, Comparaisons européennes, L'Harmattan, op.cit, p 105.

² - PERROT (Roger) et Sous (Henry), Droit Judiciaire privé, op.cit, p 213.

³ - محمد عبد اللطيف، "الإصلاح الثاني للقضاء الإداري في فرنسا"، مجلة هيئة قضايا الدولة، العدد الأول، السنة الرابعة والثلاثون، مارس 1990، ص 16 وما بعدها.

تقدير الأدلة واستخراج النتائج منها مادام ليس هناك جمل بالمبادئ المسلم بها أو المتعارف عليها، أو عدم إجابة بعض الطلبات أو عدم بحث بعض الدفوع، أو الميل في مسألة تقديرية إلى جانب دون آخر لأن التقدير ليس له معيار ثابت، ولا يعد من هذا القبيل كذلك جمل القاضي كذلك بحكم في القانون لا يعتبر من أسسه أو مبادئه أو القصور في أسباب الحكم وعدم أخذ القاضي بتقرير الخبر واستناده إلى مستند دون آخر.

يعد أساس المسؤولية كما ورد النص عليها في القانون الفرنسي في 07 فبراير 1937 هو مسؤولية التابع عن خطأ المتبوع، وكان قانون المرافعات المصري الملغى قد نص في نهاية المادة 797 على أنه: " تكون الدولة مسئولة عما يحكم به من التضمنات على القاضي أو عضو النيابة بسبب هذه الأفعال (وهي الأفعال التي تسمح برفع دعوى المخاصمة) ولها حق الرجوع عليه ". ولكن هذا الحكم لم يرد في نص المادة 494 من قانون المرافعات الجديد ولم يفصح المشرع عن سبب إسقاطه ولم يبق إلا الرجوع إلى القواعد العامة، متبعين بذلك مخاصمة القاضي أولاً فإذا ما حكم عليه كانت الدولة مسئولة بالتبعية، حتى لا يفاجأ المضرور بإعسار القاضي في نهاية الأمر، ولكن للدولة حق الرجوع على القاضي أو عضو النيابة بما دفعته لأنها مسئولة عنه لا مسئولة معه.⁽¹⁾

كما أن القضاء الفرنسي قد ذهب في أحكامه السابقة على صدور قانون 1972 إلى تقرير مسؤولية الدولة عن أعمال البوليس القضائي ليس فقط على أساس الخطأ بل أيضاً على أساس المخاطر، كما أن اتجاه المشرع الفرنسي- نحو تقرير قاعدة مسؤولية الدولة عن أعمال القضاة أنفسهم يتفق مع البقاء على توسع القضاء في تقرير مسؤولية الدولة عن الهيئات المساعدة للقضاء على أساس المخاطر، وبذلك تظل قاعدة مسؤولية الدولة قائمة عن الأخطاء اليسيرة التي يرتكبها رجال الضبطية القضائية.⁽²⁾

الفرع الثاني: مسؤولية القضاة التأديبية.

لعل أهم ما يميز المساءلة التأديبية هي النتيجة التي تنتهي إليها وهي العزل عادة والذي يصطدم بمبدأ دستوري هام وهو عدم القابلية للعزل، حيث يقول فقهاء القانون الدستوري أن عدم القابلية للعزل يعتبر من الضمانات القانونية التي تكفل للقضاء استقلاله وتقوي صرحه وتحمي القضاة من تدخل الحكومة كما تحميهم من عبث المتقاضين واعتداء الأفراد وليس عدم قابلية القضاة للعزل أن يبقى القضاة في أماكنهم ولو صدر منهم تصرف ما يقتضي عزلهم. ومبدأ عدم قابلية القضاة للعزل هو المبدأ السائد في معظم بلاد العالم، حيث تنص الدساتير والقوانين فيها على وجوب بقاء القضاة في مناصبهم ما داموا يتمتعون بحسن السلوك والاستقامة، ولا خلاف في أن القاضي إذا ارتكب أو صدر منه أو اتصف بما ينافي بمهنة القضاء فإنه يجب أن يعزل. وستعرض للمساءلة التأديبية بما فيها عزل القاضي في مصر وطبعا في القانون الجزائري.

¹ - ERSTEIN (Lucienne), Odile SIMON, L'Exécution des décisions de la juridiction administrative, Berger - Levraut, Paris, 2000. P 219.

² - Vincent (Jean), La Justice et ses institutions, Edition Dalloz, Paris, 1982, p 313.

أولاً: مسؤولية القضاة التأديبية في القانون الجزائري.

أ- المسؤولية الجزائية للقاضي.

تتحقق أحكام المسؤولية الجزائية إذا ما ارتكب القاضي أفعالاً تكفي على أنها جناية أو جنحة، وفي هذه الحالة يخضع القاضي - بعد اتخاذ مجموعة من الإجراءات من طرف المجلس الأعلى للقضاء - كأبي مواطن لأحكام قانون العقوبات مع تطبيق الإجراءات الخاصة بالقضاة، والتي ورد النص عليها في قانون الإجراءات الجزائية. حيث نصت المادة 30 من القانون العضوي رقم 11/04 المتضمن القانون الأساسي للقضاء على أنه: "يتابع القاضي بسبب ارتكابه جناية أو جنحة وفقاً لأحكام قانون الإجراءات الجزائية". بالإضافة إلى ما نصت عليه المادة 63 فقرة 02 من القانون نفسه على أنه: "يعاقب أيضاً بالعزل كل قاضي تعرض إلى عقوبة جنائية أو عقوبة الحبس من أجل جنحة عمدية".

ب- المسؤولية التأديبية للقاضي.

تتحقق المسؤولية التأديبية للقاضي إذا ما ارتكب خطأ يشكل مخالفة لواجباته المهنية، حيث تعتبر هذه العقوبات التأديبية كضمانة حقيقية لكفالة احترام القاضي لواجباته المهنية، وهذا ما ذهب إليه المادة 61 من القانون العضوي رقم 11/04 حيث نصت على أنه: "يعتبر خطأً تأديبياً جسماً كل عمل أو امتناع صادر عن القاضي من شأنه المساس بسمعة القضاء أو عرقلة حسن سير العدالة". كما نلاحظ أن هذه المادة ذكرت عدة صور للخطأ التأديبي الذي يمكن أن يرتكبه القاضي، فقد ينتج عن امتناع قيامه بعمل أو امتناعه عن القيام بعمل، أي أن القاضي الذي يرتكب خطأً جسماً في حكمه أو في مهامه، أو الذي يبدي بتصرّيات أو أقوال تمس بسمعة القضاء يعد قد ارتكب خطأً جسماً يعاقب عليه القانون.

كما نجد أن المشرع الجزائري لم يكتفي بهذا النوع من الخطأ، بل أضاف عبارة "عرقلة حسن سير العدالة". وهذه العبارة تدخل تحتها عدة اعتبارات منها عدم تأخر القاضي عن الجلسة، تأخر القاضي عن الجلسة بغرض إعادة تشكييلة أخرى للقضاء، هذه الحالات وغيرها تدخل في خانة عرقلة السير الحسن للعدالة.

ثانياً: مسؤولية القضاة التأديبية في مصر

نظم قانون السلطة القضائية في الفصل التاسع في المواد من 93 إلى 115 مساءلة القضاة تأديبياً وكيفية محاسبتهم والعقوبات التي توقع عليهم، وإذا كانت المادة 93 قد خولت الإشراف على جميع المحاكم والقضاة لوزير العدل ورئيس المحكمة المختص، فإن هذا الحق عملياً وبموجب المادة 94 يمارسه رئيس المحكمة المختص وجميعها العامة في

تنبيه القضاة إلى ما يقع منهم مخالفا لواجباتهم أو لمقتضيات وظائفهم بعد سماع أقوالهم. ويكون هذا التنبيه شفاهة أو كتابة وفي الحالة الأخيرة تسلم نسخة منه لوزير العدل.⁽¹⁾

وللقاضي أن يعترض على التنبيه الصادر إليه كتابة من رئيس المحكمة بطلب يرفع - خلال أسبوع من تاريخ تبليغه له إلى اللجنة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة السادسة من القانون رقم 82 لسنة 1969 بشأن المجلس الأعلى للهيئات القضائية.

لهذه اللجنة إجراء تحقيق عن الواقعة التي كانت محلا للتنبيه أو تندب لذلك أحد أعضائها بعد سماع أقوال القاضي ولها أن تؤيد التنبيه أو أن تعتبره كأن لم يكن وتبلغ قرارها إلى وزير العدل، ولا يجوز لمن أصدر التنبيه أن يكون عضوا بهذه اللجنة ويحل محله من يليه في الأقدمية، ولوزير العدل حق تنبيه الرؤساء بالمحاكم الابتدائية وقضاتها بعد سماع أقوالهم على ان يكون لهم إذا كان التنبيه كتابة حق الاعتراض أمام اللجنة المشار إليها. وفي جميع الأحوال إذا تكررت المخالفة أو استمرت بعد صيرورة التنبيه نهائيا رفعت الدعوى التأديبية.⁽²⁾

وتنص المادة 97 على أن يكون تأديب القضاة بجميع درجاتهم من اختصاص مجلس تأديب يشكل من رئيس محكمة النقض، أقدم ثلاثة رؤساء محاكم الاستئناف وأقدم ثلاثة من مستشاري محكمة النقض. وعند خلو وظيفة رئيس محكمة النقض أو غيابه أو وجود مانع يحل محله الأقدم فالأقدم من أعضاء المجلس، وعند غياب أحد رؤساء محاكم الاستئناف أو وجود مانع لديه يكمل العدد بالأقدم من رؤساء محاكم الاستئناف ثم من أعضائها وعند غياب أحد مستشاري محكمة النقض أو وجود مانع لديه يكمل العدد بالأقدم في هذه المحكمة. وحسب نص المادة 99 تقام الدعوى التأديبية من النائب العام بناء على طلب وزير العدل من تلقاء نفسه أو بناء على اقتراح رئيس المحكمة التي يتبع لها القاضي.⁽³⁾

خاتمة:

تكون مسؤولية الدولة عن الخطأ القضائي على عدة صور، حيث تنقسم إلى تعويض الأخطاء الصادرة عن مرفق القضاء والمتمثلة في الحبس المؤقت غير المبرر وأعمال الضبط وتعويض الأخطاء الصادرة عن القضاة، والمتمثلة في الحكم الجنائي الصادر بالإدانة وكذا مسؤولية القضاة الشخصية، فبالنظر لخطورة الحبس المؤقت ولما له من مساس بكرامة الفرد وحريةه المكرسة دستوريا، كونه كثيرا ما يصيب الأشخاص الأبرياء وترزعزع أمن وكيان الأسرة جراء اتخاذ ذلك الإجراء ثم ينتهي في الكثير من الحالات إلى الأمر بالأمر بوجه للمتابعة، أو الحكم بالبراءة أو الحكم بعقوبة رمزية قد لا تصل إلى ثلث أو نصف المدة التي قضاه المتهم المحبوس مؤقتا، فإن المشرع

¹ - سعيد السيد علي، نطاق وأحكام مسؤولية الدولة، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2012، ص 139.

² - يسري أحمد، الرقابة على أعمال الإدارة - الرقابة القضائية - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، 1970، ص 198.

³ - محمد رضا النمر، مسؤولية الدولة عن التعويض عن أخطاء القضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص 209.

جعله إجراء استثنائي يلجأ إليه في حالات معينة حيث يمكن للقاضي تفادي هذا الإجراء وتعويضه بإجراء الرقابة القضائية حتى يتوخى العواقب الوخيمة التي يمكن أن تنتج عنه.

بالإضافة إلى أعمال الضبطية القضائية فإن المشرع أخضع ضباط الشرطة القضائية الذي يرتكب أخطاء أثناء وظيفته إلى مسؤولية مدنية أو جزائية وتعدد جرائم استعمال السلطة بالنظر لتعدد أعمال عناصر الضبطية القضائية، والتي من بينها جرائم التعذيب وانتهاك حرمة مسكن وجريمة الحبس التعسفي وذلك حسب طبيعة وجسامته الضرر وللمتضرر اختيار أحد الدعاوى، وباعتبار أن ضباط الشرطة القضائية أعمالهم تابعة لمرفق القضاء فأخطائهم تعتبر أخطاء قضائية وحيث تقوم الدولة بتعويض الأخطاء الصادرة عن مرفق الضبطية القضائية ولها حق الرجوع على الفاعل.

أما عن مسؤولية القاضي في حالة إصداره حكماً جنائياً بالإدانة فإنه يتم تعويض المتضرر مادياً ومعنوياً فأما عن التعويض المادي فقد حدده المشرع صراحة في نصوص القانون، وأما عن التعويض المعنوي فنص عليه قانون الإجراءات الجزائية، إلا أنه في الواقع نجد أن هذا الأخير قد لا يتناسب مع حجم الضرر الذي يصيب الضحية خاصة إذا حصل على براءته، أما عن مسؤولية القاضي فتكون في حالة ارتكاب خطأ جسم.

إن تقرير مسؤولية الدولة عن الخطأ القضائي يدهم مكانة القضاة ومركز جهاز العدالة، وذلك بالالتفات إليه وتوفير جميع المسائل المادية والبشرية القادرة على التقليل من أخطائه، والتي تجعل مسؤولية الدولة عن أعمالها القضائية هي الحافز المؤثر لإقامة دولة القانون.

القتل إشفاقا- دراسة مقارنة*

لخضر معاشو- أستاذ محاضر / ب- / جامعة طاهري محمد بشار

ملخص

تتفق مختلف الديانات السواءية و التشريعات المقارنة على حماية حق الإنسان في الحياة، وبالتالي لا يجوز لأي كان المساس بهذا الحق حتى الإنسان نفسه لا يجوز له الاعتداء على هذا الحق ووضع حد لحياته لأنه ملك لله تعالى .

غير أنه قد يحدث أن يتعرض الإنسان لحالة مرضية يستحيل شفاؤها من المنظور الطبي، مما يدفع بالمريض أو أحد أقاربه أو الطبيب إلى التفكير في إنهاء حياته إشفاقا عليه ورحمة به لتخليصه مما يعانيه من آلام، وبالرجوع إلى موقف كل من فقهاء الشريعة الإسلامية، أو رجال الديانات الأخرى، أو التشريعات الوضعية أو مواقف فقهاء القانون وكذا الأطباء نجدها تكاد تجمع على حماية حق الإنسان في الحياة باستثناء البعض الآخر منها، والذي يميز ذلك تحت مسمى القتل الرحيم لتخليص المريض من آلام العذاب.

Abstract

Conform to different religions and comparative legislation to protect the human right to life, and therefore may not be any prejudice to the rights of this right until the same is not permitted to attack him on this right and put an end to his life because he belongs to God Almighty.

However, it may happen that the rights of the state of satisfactory exposed impossible cured from the medical perspective , forcing the patient or a relative or doctor to think about ending his life by pity and mercy do to rid it of the suffering of pain , And by reference to each of the position of Islamic law scholars , or men of other religions legislation situation The position of jurists, as well as doctors We find almost gathered to protect the human right to life with the exception of some of the other ones, which allows it urges the name of euthanasia to rid the patient of suffering pain.

* تاريخ إيداع المقال: 2015/06/22

تاريخ تحكيم المقال: 2015/12/02

تاريخ مراجعة المقال: 2016/02/09

يعتبر الحق في الحياة من الحقوق المقدسة في الشرائع المساوية ومن الحقوق التي تحميها التشريعات الوضعية، فلا فرق بين حياة في بدايتها أو حياة أوشكت على نهايتها. إلا أن الإنسان قد يتعرض لنوبات صحية مستعصية تصل إلى حد اليأس من شفائها تدفع بصاحبها إلى المطالبة بوضع حد لحياته بمعنى المطالبة بالقتل الرحيم.

هذا القتل الرحيم أو القتل بدافع الشفقة أصبح مشكلة إنسانية في الأوساط الطبية طرح التساؤل حول مدى أحقية الإنسان في التصرف في حياته بمعنى هل له أن يطلب إنهاء حياته، ذلك أن هناك بعض المرضى يعانون من آلام شديدة نتيجة مرض ميؤوس من شفائه مما يدفع بالمريض إلى أن يطلب من الطبيب أن يريجه بالموت من العذاب بحيث يعتبر البعض ذلك شرطاً ضرورياً لتنفيذ هذا النوع من القتل، وقد يحدث ذلك بدافع الرحمة أو الشفقة أو لدواع اجتماعية أو اقتصادية كعدم القدرة على تحمل نفقات العلاج.¹

كما أن القتل بدافع الشفقة قد يمتد إلى أكثر من ذلك ويقع دون رضا أو إرادة المجني عليه كما هو الأمر بالنسبة للمعتوهين أو المشوهين فيقرر الأطباء عدم جدوى العلاج وأن الحياة ستستمر على هذا المنوال فيقدم احد أقارب هؤلاء أو الطبيب بتكليف منهم على قتله.²

وقد أثار موضوع القتل الرحيم جدلاً عنيفاً سنتطرق إليه من خلال بيان موقف التشريعات المقارنة وكذا موقف الشرائع المساوية ورجال الطب بعد بيان مفهوم القتل الرحيم وتاريخه. في المباحث الثلاثة التالية.

المبحث الأول: ماهية القتل بدافع الشفقة وتاريخه

المطلب الأول: ماهية القتل بدافع الشفقة

يمكن تعريف القتل بدافع الشفقة EUTHANASIE أو القتل الرحيم بأنه نوع من القتل يرتكبه شخص قد يكون طبيبا و قد لا يكون لتخليص مريض لا يرجى شفاؤه و لم يعد المريض يطبق تحمل آلامه.³

ويعرفه الأطباء بأنه: تسهيل موت الشخص المريض الميؤوس من شفائه بناء على طلب ملح منه مقدم للطبيب المعالج.⁴

¹ محمود إبراهيم محمد مرسى: نطاق الحماية الجنائية للميؤوس من شفائهم و المشوهين خلقيا في الفقه الجنائي الإسلامي و القانون الوضعي ، دار الكتب القانونية ، دار شتات للنشر و البرجمات ، دط، 2009، ص111.

² عبود السراج: شرح قانون العقوبات القسم العام ، منشورات جامعة دمشق، 2000 ص574 .

³ - أحمد شوقي أبو خضوة : القانون الجنائي و الطب الحديث - دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل و زرع الأعضاء البشرية - دار النهضة العربية القاهرة، ط5 ، 2007، ص186.

⁴ - محمد موفق عثمان وعبود السراج: رضا المجني عليه في التشريع الجزائري و السوري المقارن، مكتبة الفتال، 1995 ص 93. و السعدي علي شويشة : القتل بدافع الشفقة - دراسة مقارنة بالشرعية - رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة طنطا . 2010، ص 44.

أما في القانون فيعرف بأنه:إنهاء حياة مريض ميؤوس من شفائه طبيًا بفعل إجباري أو سلبى للحد من آلامه بناء على طلبه الصريح أو الضمني ؛ أو طلب من ينوب عنه ؛ سواء قام الطبيب بتنفيذ القتل أو شخص آخر.¹

وعرفه القرضاوي بأنه:تسهيل موت الشخص بدون ألم بسبب الرحمة لتخفيف معاناة المريض سواء بطرق فعالة أو مفتعلة.²

وبما أن موضوع القتل الرحيم يتعلق بمدى حرية الشخص في التصرف في حقه في الحياة فإنه يطرح تساؤلا قانونيا حول مدى اعتبار هذا الفعل جريمة قتل عندما يصدر عن نفس رحمة مشفقة على الإنسان المريض لتخليصه من عذاب مرضه وآلامه التي لا تطاق، في حين أن هذا الفعل قد جرمته بعض التشريعات بينما لم تجرمه تشريعات أخرى مما يؤدي إلى إهدار الحق في الحياة و يخلق مناخا ملائما للتحريض على طلب الموت أو المساعدة على الانتحار.³

المطلب الثاني: تاريخ القتل شفقة

تعود فكرة القتل بدافع الشفقة إلى فلاسفة اليونان القدماء، فقد ذكر أفلاطون في كتابه الشهير -الجمهورية- أن الذين تنقصهم سلامة الجسم يجب أن يتركوا للموت، كم ينسب اصطلاح القتل بدافع الشفقة للفيلسوف الانجليزي (روجيه بيكون 1214-1294) الذي كان يرى: أن على الأطباء أن يعملوا على إعادة الصحة للمرضى ويخففوا آلامهم، ولكن إن وجدوا أن شفاءهم لا أمل فيه فيجب عليهم أن يبيئوا لهم موتا هادئا وسهلا.⁴

و ظهرت فكرة القتل بدافع الشفقة في عام 1906 في الولايات المتحدة الأمريكية عندما قدمت مسودة أول مشروع قانون لتشريع القتل الرحيم إلا أنها لاقت معارضة شديدة فلم تنجح. وفي سنة 1920 نشر-كتاب في مدينة ليبزيك الألمانية تحت عنوان (إطلاق ودمار الحياة المجردة من القيمة) للمؤلف المحامي كارل بيندينغ وطبيب النفس الفريد هوش عرضوا فيه مقترحات تبرر ضرورة محو صور هذه الحياة وذلك لنقاء العرق البشري . هذا التبرير قد رفع من قبل قادة الفكر يومها وانتشر خلال المهنة الطبية الألمانية . حيث قتل عدد كبير من البشر الأبرياء تضمن أكثر من 300.000 مريض عقليا وتم تأسيس عدة جمعيات مساندة فكرة القتل الرحيم في العديد من دول العالم لكسب الرأي العام وإصدار قوانين تسمح بعملية قتل الرحيم.⁵

¹ - عبد الحلیم محمد منصور علي: القتل بدافع الشفقة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي -دراسة مقارنة- دار الكتب والوثائق القومية ،ط1، 2012، ص17.

² - القرضاوي : فتاوى معاصرة، دار أولى النهى لبنان، ج2، ص525 وما بعدها

³ - أمير فوج :أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية من الناحية الجنائية و المدنية والتأديبية للأطباء في المستشفيات و المهن المعاونة لهم ، المكتب العربي الحديث ، الإسكندرية، 2008، ص128.

⁴ -عبد الحلیم محمد منصور علي:المرجع السابق، ص19

⁵ - <http://www.fsjes-agadir.info/portal>

كما ذكر المفكر الانجليزي (THOMAS MOORE) في كتابه -الوهم- أنه يجب على رجال الدين والقضاة حث التعساء على الموت.¹

وفي عام 1975 ظهرت في هولندا حركة تدعى "حركة القتل الرحيم" فأنشأت صندوقا لمساعدة الراغبين في إنهاء حياتهم وقد تلقت أول تأسيسها 25 طلبا للمساعدة وكثرت المجموعات الموالية لليوثانية ينتمون "إلى جمعية الاتحاد العلمي لحق الموت" التي تدعي بأن لها أعضاء في أكثر من 18 بلد. في اجتماع لها سنة 1984 في مدينة هياجا كوهس الاسترالية لخص الاتحاد استعمال الإستراتيجية لكسب وقبول الرأي العام لليوثانية .

وفي سنة 1973 م نشر- طبيبان أمريكيان مقالا ذكرا فيه أن 43 طفلا ماتوا في مؤسسة متخصصة بالعاية بالأطفال المولودين حديثا، بموجب قرار اتخذه الجهاز الطبي المعالج، والآباء بعدم بذل أي عناية لهؤلاء الأطفال.²

وبالعكس ظهرت منظمات عديدة عارضت فكرة القتل الرحيم بدواعي إنسانية محضة كمنظمة العالمية المناهضة للقتل الرحيم . ومنظمة "لسنا موتى بعد."

المبحث الثاني:الاتجاه المؤيد والاتجاه الراض للقتل بدافع الشفقة

المطلب الأول: الاتجاه المؤيد للقتل بدافع الشفقة

مؤيدي هذا النوع من القتل هم أصحاب النظرة المادية ، بحيث لا يؤمنون بقضاء الله وقدره و يجدون لرأيهم مبررات منها أن الإنسان حر في تقرير مصيره وله الحق في طلب إنهاء حياته، كما يرون أنه يمكن للمريض كتابة وصية تسمح بإنهاء حياته إذا ما تدهورت حالته الصحية وكان شفاؤه ميؤوسا منه.³ رغم أنه يرد عليهم بأنه متى كان محل الوصية غير مشروع فالوصية ليست مشروعة.

ويرى بعضهم جواز هذا النوع من القتل لأنه يريح المريض من معاناته وآلامه؛ كما أن أقارب المريض يعانون نتيجة معاناة مريضهم، وأن هذا القتل يضع حدا لمعاناتهم.⁴

غير أنه يرد عليهم بأنه من العبث أن يعتبر هذا القتل رحما ذلك أنه يمكن السيطرة على هذه الآلام بالمسكنات، كما أن عددا كبيرا من المرضى الميؤوس من شفائهم عاشوا لسنوات عديدة و شفيت حالات أخرى مما يدل على

¹ -عبد الحلیم محمد منصور علي:المرجع السابق،ص20

² - عبد المحسن بن محمد العيوف:القتل بدافع الشفقة وأحكامه في الفقه الإسلامي،مشار إليه في عبد الحلیم محمد منصور علي:المرجع السابق ،ص21.

³ -أسامة رمضان الغمري :لوائح وقوانين ممارسة الطب و الأخطاء المهنية للأطباء ، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر 2009.ص127.

⁴ -أسامة رمضان الغمري :لوائح وقوانين ممارسة الطب و الأخطاء المهنية للأطباء ، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر 2009.ص127.

أن تقدير الأطباء قابل للخطأ.¹ رغم أن البعض يرى أنه يمكن للطبيب وضع حد لآلام المريض بإنهاء حياته إذا تأكد من أن المريض ميؤوس من شفاؤه.²

بينما يذهب رجال القانون إلى عدم العقاب على جريمة وقعت تحت إكراه معنوي حيث يمكن اعتبار هذا النوع من القتل واقع تحت الإكراه و الضغط الذي يمارسه المريض على الطبيب من خلال توسلاته حتى ينهي حياته إشفافاً عليه.³ حيث نصت بعض التشريعات على جواز إعفاء القاتل من العقوبة إذا ما ارتكب جريمته بناء على طلب المجني عليه و بدافع الشفقة كما هو الحال بالنسبة للتشريع الهولندي في المادة العاشرة منه ، كما ذهبت الجمعية الأمريكية في نيويورك إلى أن القتل شفقة لا يكون حقا للمريض فحسب واجبا على الطبيب في حالات معينة أهمها حالة كون المريض مريضا بالسرطان شرط إبداء لرغبته في الموت.⁴

كما اعتبر التشريع الإنجليزي القتل الرحيم عملاً مباحاً إلا أن هذه الإباحة ليست على إطلاقها وإنما مقيدة ببعض القيود هي على التوالي :

- أن يكون الطبيب مؤهلاً علمياً و مسجلاً بتقابة الأطباء.
 - أن يكون المرض عضالاً لا يرجى شفاؤه ومسبباً للآلام للمريض.
 - أن يكون المريض بالغاً سن الرشد.
 - أن يقدم المريض تصريحاً كتابياً بموافقته على إنهاء حياته ، بحيث يصبح هذا التصريح نافذاً بعد مرور ثلاثين يوماً من صدوره و يبقى نافذاً حتى يبدي المريض الرغبة في الرجوع عنه.⁵
- بينما و في النظم التي تأخذ بنظام المحلفين ، فقد أصدرت المحاكم أحكاماً بالبراءة على أساس أن هذا القتل لا ينبعث عن نفس إجرامية لدى المتهم ، و إنما على العكس عن نفس إنسانية رحيمة ، حيث قال رئيس أساقفة كنتر بري أثناء مناقشة جرت عام 1936 « أنه لا يعقل أن يعاقب طبيب في هذه الحالة كقاتل بل و لا يجوز اتهمه أصلاً ».⁶

¹ - عبد الحليم محمد منصور علي: المرجع السابق ، ص 112.

² - عبد الحميد الشواربي : مسؤولية الأطباء و الصيدالة و المستشفيات المدنية و الجنائية و التأديبية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ط 2 ، 2000 ، ص 265.

³ - أمير فرج : المرجع السابق ، ص 200.

⁴ - هدى سالم محمد الأطرقي: مسؤولية مساعدي الطبيب الجزائرية ، رسالة ماجستير ، دراسة مقارنة ، البار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر- و التوزيع عمان ، ط 1 ، 2001.

⁵ - مقال بعنوان - قتل الرحمة- منشور بمجلة العدالة القانونية ، ع 10 سنة 3-1976 ، مشار إليه في عبد الحليم محمد منصور علي: المرجع السابق ، ص 89

⁶ - سميرة أقرور : المسؤولية الجنائية للأطباء في ظل التطور العلمي الحديث ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة 2010 ، ص 220 .
آمال عبد الرزاق: الوجيز في الطب الشرعي ، مكتبة الوفاء القانونية ، 2009 ص 234 .

ونصت بعض التشريعات¹ على عدم اعتبار القاتل في هذه الحالة مجرماً عادياً بل مجرماً مثالياً أقدم على إقرار فعله تحت تأثير عاطفة نبيلة ، واعتبرت أن القتل بدافع الشفقة عذر قانوني مخفف لا يعامل كالقتل العمد² ، مثل التشريع الألماني الصادر عام 1871 في المادة 354، و أجاز قانون العقوبات السوفياتي الصادر عام 1922 القتل الطبي.

وتطبيقاً لهذا القانون قتل مئة وسبعة عشرة طفلاً كانوا قد أصيبوا بتسمم نتيجة تناول طعام فاسد، وقد أبيض قتلهم على الفور حتى لا تطول حياتهم وقتنا يقاسون فيه أشد أنواع العذاب طال هذا الوقت أو قص³.

وأمر هتلر عام 1939 بتوسيع اختصاص بعض الأطباء لكي يمنحوا قتلاً رحماً لبعض المرضى الذين يتقرر عدم إمكانية شفائهم في حدود محاكمة إنسانية... وقد نفذ هذا الأمر بصورة ضيقة على مرضى عقليين أو جنود إصابهم هستيريا ، خاصة عقب إصابتهم بجروح بالغة نتيجة العمليات الحربية، ثم توسع ذلك حتى وصل إلى القضاء على شيوخ أصابهم الخوف فأمر هتلر بوقف هذا القتل للراشدين فقط ومن أبناء شعبه بشكل خاص⁴.

كما أن هناك بعض التشريعات العربية المؤيدة لهذا النوع من القتل مع تخفيف العقوبة، حيث نصت المادة 552 من قانون العقوبات اللبناني على أنه: « يعاقب بالاعتقال عشر سنوات على الأكثر من قتل إنساناً قصداً بعامل الإشفاق بناءً على إلحاحه بالطلب ». فيتضح أن المشرع اللبناني قد خفف العقوبة بتوافر شرطين معاً هما كون الباعث على القتل هو الشفقة، وأن يكون القتل صدر بناءً على إلحاح من المجني عليه، وإلا اعتبر قتلاً عمداً . و بالرجوع إلى نص المادة 27 فقرة 10 من قانون الآداب اللبناني يلاحظ أن المشرع اللبناني قد استثنى الطبيب من هذا التخفيف، حيث نصت على أنه: «إذا كان المريض مصاباً بمرض ميؤوس من شفائه تنحصر - مهمة الطبيب بتخفيف آلامه الجسدية و النفسية بإعطائه العلاجات الملائمة للحفاظ بقدر الإمكان على حياته»، و بالتالي يبدو حسب من هذا النص أنه إذا ما قام الطبيب بانتهاء حياة مريض ميؤوس من شفائه فإنه تتم مساءلته مسؤولية كاملة. و هذا المشرع السوري حذو المشرع اللبناني. و نص في المادة 249 عقوبات على أنه : « يعتبر القتل بناءً على رضا الطرف الآخر ظرفاً مخففاً للعقاب » .

¹ قانون العقوبات النرويجي 1902 المادة 225، وقانون العقوبات الياباني 1907 في المادة 202، وقانون العقوبات السويسري 1942 في المادة 114

² - السيد عتيق : القتل بدافع الشفقة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ص 98

³ - سميرة عايد الديات : عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع والقانون . ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999.

⁴ - بسام محتسب بالله و ياسين دركرلي : المسؤولية الطبية المدنية و الجزائية بين النظرية و التطبيق ، دار الإيمان ، دمشق ، بيروت ، ط 1 ،

أما المادة 29 من قانون الجزاء الكويتي فتجيز للمحكمة أن تقررا لامتناع عن إصدار الحكم على المتهم إذا رأت في أخلاقه أو صفاته أو نسبة الظروف التي ارتكبت فيها الجريمة ما يبعث على الاعتقاد أنه لن يعود للإجرام. ونصت أيضا على أنه: «لا يعد القتل جريمة إذا رضي المجني عليه بارتكابه وكان وقت ارتكاب الفعل بالغا من العمر ثماني عشرة سنة غير واقع تحت تأثير إكراه مادي أو معنوي عالما بالظروف التي يرتكب فيها القتل و الأسباب التي من أجلها يرتكبه»

أما بالنسبة للقضاء فيتضح موقف القضاء الفرنسي من خلال أحكام محكمة النقض الفرنسية، حيث نصت في أحد أحكامها بأن القانون الجنائي الفرنسي يعتبر دائما أن الفاعل في جريمة القتل بناء على طلب المجني قاتلا و سفاحا، كما أخذت المحاكم الفرنسية في أحد أحكامها حالة الضرورة عندما قامت الممرضات سنة 1940 في مستشفى أورساي بإعطاء حقنة قاتلة لعدة مرضى لم يكن بالإمكان نقلهم قبل وصول العدو، حيث حكمت عليهن المحكمة بعقوبة السجن مع الإيقاف كما أنه غالبا ما تطبق الظروف المخففة حسب المادة 463 من قانون العقوبات الفرنسي.¹

وتبنى القضاء الهولندي نفس الاتجاه، حيث حكمت المحكمة ببراءة طبيب قتل مريضا بناء على طلبه من خلال إعطائه حقنة مميتة . وتجيز هولندا القتل بناء على طلب المجني عليه حسب المادة 293 عقوبات.

كما تجدر الإشارة إلا أن هناك بعض الحالات التي يتدخل فيها أولياء المريض رافضين إطالة حياة مريضهم اصطناعيا²، مثل ما حدث في قضية Karen Quinlon البالغة من العمر 22 سنة حيث دخلت إحدى المستشفيات الأمريكية فاقدة لكل إحساس و شعور مع نبض في القلب ووضعت تحت أجهزة التنفس الاصطناعي دون جدوى، فطلب والدها من الطبيب رفع جهاز الإنعاش عن الفتاة فرفض الطبيب ذلك، فلجأ والدها إلى المحكمة التي رفضت الحكم بذلك مشيرة إلى أن رفع تلك الأجهزة هو من اختصاص الأطباء وحدهم، ثم رفعت القضية إلى المحكمة العليا التي حكمت بوقف جهاز الإنعاش معللة قرارها بأن الفتاة لو علمت بجالتها لاختارت وقف هذه الأجهزة، و بالتالي لا يجوز إرغامهم على تحمل ما لا يمكن تحمله دون أمل في الرجوع إلى الحياة لدى فان لولها أن يمارس باسمها هذه الحقوق.³

كما اقترح النائب Gaillavet⁴ عضو الجمعية الوطنية الفرنسية تشريعا يعطى للمريض الميعوس من حالته الحق في رفض إطالة حياته بالوسائل الاصطناعية، ونص في المادة الأولى منه: «على أن كل شخص كامل الأهلية أو قاصر مأذونا له عاقل له الحق في أن يعلن بإرادته أن أي وسيلة طبية أو جراحية خلاف تلك التي تهدف

¹ - السيد عتيق : المرجع السابق ، ص 119.120

² - رمضان جمال كمال : مسؤولية الأطباء و الجراحين المدنية ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، شركة ناس للطباعة ، ط 1 ، 2005 .

³ - محمد لافي:المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي -دراسة مقارنة- دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ط1، 2009، ص257

⁴ - سميرة عابد الديات :المرجع السابق ، ص 289

إلى تخفيف معاناته لا يمكن أن تستخدم لإطالة حياته اصطناعيا إذا كان مصابا في حادث أو مرض طبي غير قابل للشفاء».

المطلب الثاني: الاتجاه المعارض للقتل بدافع الشفقة

لا شك أن الشفقة لا تكون بالقتل وإنما يبدل الحب و التضحية، حيث تشير النصوص الدولية التي رفضت القتل بدافع الشفقة إلى ذلك منها الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان في المادة الثانية والتي تنص على أنه « يجمي القانون حق أي شخص في الحياة و لا يمكن التسبب في وفاة شخص قصدا إذ الموت المريح هو أيضا مدان بشدة»¹.

كما تذهب أغلب التشريعات الى أن القتل بدافع الشفقة جنائية قتل عمدية تتوافر فيها جميع أركان الجريمة العمدية يعاقب عليه القانون، ذلك أن الباعث مهما كان شريفا مستمدا من الحب و الشفقة لا يؤثر على المسؤولية الجنائية ولو أثر في العقوبة². و يستند أصحاب هذا الاتجاه إلى أن واجب الطبيب هو علاج المرضى من خلال بدل قصارى الجهد و العناية لمحاولة شفاء المريض و ليس إنهاء حياته³، ذلك أن التقدم الطبي يقدم كل يوم جديد في علاج الأمراض المستعصبة فكل حياة لها قيمة مطلقة.

منها التشريع السعودي الذي نص في المادة 21 من نظام مزاوله المهنة الطبية على أنه : « ولا يجوز بأي حال من الأحوال إنهاء حياة مريض ميؤوس من شفائه طبييا و لو كان بناء على طلبه أو طلب دويه و بالتالي من يرتكب هذا الفعل يعاقب على جريمة قتل عمد»⁴.

ونصت المادة 61 من القانون الليبي رقم 17-1986 على أنه : « لا يجوز إنهاء حياة مريض ولو بناء على طلبه لتسويبه أو مرض مستعص أو ميؤوس من شفائه أو محقق به وفاته أو للآلام شديدة حتى وان كانت قائمة على الوسائل الصناعية»⁵. و المشرع الجزائري لم يتطرق إلى القتل الرحيم مما يستوجب العمل بالقواعد العامة و اعتباره قتلا عمدا.

المبحث الثالث: موقف الشرائع السماوية والطب من القتل بدافع الشفقة

المطلب الأول: موقف الشرائع السماوية من القتل بدافع الشفقة

¹ - السيد عتيق :المرجع السابق ص113

² - عبد الحميد الشواربي المرجع السابق، ص264.

³ - أمير فرج المرجع السابق، ص199.

⁴ - عبد الحلیم محمد منصور علي:المرجع السابق، ص95.

⁵ - رمضان جمال كمال :المرجع السابق، ص16

أجمعت كل الديانات على تكريم الإنسان انطلاقاً من مبدأ حرمة الحياة وحفظها من كل اعتداء، باعتبار أن قتل النفس من أشنع الجرائم حتى ولو كان المريض ميؤوساً من شفائه، لأن هذا الفعل ليس قراراً مسموحاً به من الناحية الشرعية للطبيب أو لأسرة المريض أو حتى للمريض نفسه، بحيث يرى بعض أهل الدين ضرورة ترك المحتضر يموت بسلام دون إعطائه أدوية قد تضع حداً لحياته.

كما أن الحياة ملك لله تعالى و هو وحده يستطيع أخذها من خلال نص الآية « **وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ** »¹، ويرى الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي أن القتل بدون حق جريمة في كل الأحوال، وليس في الشريعة الإسلامية ما يسمى قتل الرحمة¹.

أما الشريعة المسيحية حرمت القتل بدافع الشفقة بحيث يؤكد الإنجيل أن الإله وحده هو واهب الحياة وهو الذي يستطيع استرداده.²

Dieu. Nous a donne la vie; dieu seul peut la prendre-

فيرى القس منير حنا: أن من أهم الوصايا التي وضعها الله وصية تقول - **ولا تقتل** - وهي أن لا يقتل الإنسان أحداً و لا حتى نفسه لأنه هو ملك للخالق و لا يملك حياته وليس حراً بإنهائها أو وضع حد لها، وعلى الطبيب أو القيم على المريض أن يحاول بجميع الوسائل أن يساند هذا المريض و يدعمه ولو حتى نفسياً كي يتحمل الألم، فالأديان السماوية تحرم القتل بدافع الشفقة أو ما يسمى القتل الرحيم وأي نوع من أنواع القتل لأن الإنسان لا يملك نفسه فالروح وهبها الله وهو الذي يأخذها متى شاء.

كما يرى البابا شنودة: أنه من الناحية الدينية نؤمن جميعاً بأن الحياة و الموت في يد الله وحده و في بدأ أحكامه و شرائعه التي وضعها فلا يجوز لإنسان أن ينهي حياة إنسان آخر إلا بناء على حكم من الله نفسه، فالله يحكم بأن القاتل يقتل فان حكمت المحكمة بقتل القاتل أو اعدامه تكون قد نفذت حكماً مسبقاً لله له صفة العمومية في الشرع الديني وصفة الخصوصية بالنسبة لهذا القاتل.³

فيما يستند بعض المسيحيين المؤيدين للقتل بدافع الشفقة إلى تصريح أدلى به البابا بيوس الثاني عشر- بتاريخ 11 سبتمبر 1956 يوجي بإباحة القتل بدافع الشفقة بشكل غير مباشر، حيث قرر أن القانون الطبي لا يسمح للطبيب أو المريض أن يطبق القتل بدافع الشفقة بصورة مباشرة و أنه يجوز للطبيب إعطاء المسكنات للمريض المحتضر بعد موافقته بكمية كافية لتخفيف الألم و تعجيل الموت.⁴

¹ - أمير فرج: المرجع السابق، ص200.

² - هدى حامد قشقوش: القتل بدافع الشفقة، دراسة مقارنة، دار النهضة القاهرة، ط 1996، ص95.

³ - هدى حامد قشقوش: نفس المرجع، ص96

⁴ - [http www.nesasy.org/-208/6503-5153](http://www.nesasy.org/-208/6503-5153)

وفي عام 1985 جمع الفاتيكان عشرين طبيباً لمناقشة المعايير الموضوعية للموت والتفكير العميق حول القتل بدافع الشفقة، حيث ذكر المؤتمر أن واجب الطبيب هو إزالة آلام المريض أو تخفيفها حتى لو أدى ذلك إلى تقصير مدى الحياة¹.

أما البابا بيونس الثاني عشر بتاريخ 11 سبتمبر 1956 أباح القتل الرحيم من خلال إعطاء بعض الأدوية المخففة للألم وتسهيل الموت².

المطلب الثاني: موقف الطب من القتل بدافع الشفقة

لحياة الإنسان حرمتها، ولا يجوز إهدارها إلا في المواطن التي حددها الشرع والقانون، وهذه جميعاً خارج نطاق المهنة الطبية تماماً. ولا يجوز للطبيب أن يساهم في إنهاء حياة المريض ولو بدافع الشفقة، ولا سيما في الحالات الآتية مما يُعرف بقتل الرحمة :

(أ) القتل العمد لمن يطلب إنهاء حياته بملء إرادته ورغبته.

(ب) الانتحار بمساعدة الطبيب.

(ج) القتل العمد للولدان المولودين بعاهات خلقية قد تهدد حياتهم أو لا تهددها³.

فأغلب الأطباء لا يؤيدون فكرة القتل الرحيم على أساس أن عملهم هو المساعدة على تخفيف الآلام لا إزهاق الأرواح⁴. كما أن العديد من الأطباء يحذرون من الخطأ في التشخيص ذلك أن حكم الطبيب نسبي وهو ليس معصوماً من الخطأ وأن معيار عدم القابلية للحياة صعب جدا⁵.

وتبقى مسؤولية الطبيب قائمة لان الطبيب لا بد أن يشعر المريض بين يديه بالأمان حتى ولو كانت نتائج الفحوصات تشير إلى أن هذه الحالة ميؤوس من شفائها، وذلك منعا لكل تهاون وإهمال في أداء الواجب. كما أن فتح باب القتل الرحيم يؤدي إلى إهدار حق الحياة وتبيح لكل شخص مريض حق طلب إنهاء حياته.

ويرى الدكتور: زياد عبود أنه قد يطلب إنسان أن ننهي له حياته كوننا أطباء لا يسمح لنا بذلك لأنه يتطلب منا ويتوجب علينا أن نعني بالمريض إلى آخر درجة، وهذه من أخلاقيات المهنة التي عاهدنا أنفسنا عليها عندما بدأنا ممارسة الطب ولا يحق لنا إنهاء الحياة مهما كان المريض متألماً، وهنا تحدينا كأطباء أن تقاوم مع المريض شعوره بالألم والغربة، و توجد حالات كالكوما و الأمراض المستعصية والتي لا أمل بالشفاء منها ورغم ذلك لا يجوز إنهاء الحياة.

¹ - السيد عتيق: المرجع السابق، ص 95.

² - عبد الحميد الشواربي : المرجع السابق، ص 265 .

³ - <https://www1.umn.edu/.../Islamic-Code-Ethics-Cover>

⁴ - عبد الحلیم محمد منصور علي: المرجع السابق، ص 98.

⁵ - السيد عتيق: المرجع السابق، ص 111.

وأخلاقيا لا يجوز ذلك ونحن لا نقبل بذلك لأنه يناهض الأخلاق و العلم ،لأنه يتقدم دوما ومن العار أن لا نؤمن بالعلم ونحن أطباء.¹ وإذا تأكد الطبيب من اليأس من الشفاء طبقا للمعايير الطبية المتعارف عليها لحظة تشخيص المرض يمكنه وضع حد لآلام المريض المذبذب بإنهاء حياته.²

و بحسب استطلاع في الولايات المتحدة سؤل أكثر من 10,000 من الأطباء عن القتل الرحيم فان ما يقارب من 16% من الأطباء توافق على القيام بتوقيف حياة المريض إذا طلبت الأسرة ذلك، حتى ولو كان يعتقد أنه من السابق لأوانه. بينما ما يقارب 55% منهم رفضوا، أما 29% المتبقية، فكان جوابها بأنه يعتمد على الظروف حسب نفس الدراسة ذكرت أيضا أن ما يقارب 46% من الأطباء يتفقون على أنه ينبغي أن يسمح للأطباء بالمساعدة في إنهاء حياة المريض في بعض الحالات؛ بينما رفض 41%، والباقي 14% حسب الحالة³ وفي ولاية **ونجستر** البريطانية قدمت للمحكمة قضية الطبيب **كوكس** الذي قام بالمساعدة على إنهاء حياة المدعوة **ليليا نبرنز** - البالغة من العمر 70 سنة والتي كانت مريضة مرضا عضالا والتي رجحت طبيها بأن يعمل على إنهاء حياتها و تخليصها من الآلام و تحت شعوره بالشفقة عليها و إلحاحها المتواصل أعطاها دواء مهدئا أفضى- إلى موتها وذلك بتأييد من أبنائها... وأصدرت هيئة المحلفين قرارها بأن الطبيب مذنب تسبب في قتل مريضة، حيث قال له القاضي: أن العذر الذي استندت عليه يحتوي على مظهر إجرامي وليس لدي شك أنك كنت في موقف محرج ومزيج نفسيا ومهنيا لكي تقوم بالعمل الذي قدمت عليه...وهذا ما يجعلني أنظر الى قضيتك نظرة استثنائية وقد اعتبرها قضية فريدة». وأصدر القاضي حكما بالسجن لمدة سنة واحدة موقوفة التنفيذ.وأثارت هذه القضية نقاشا بين مختلف طبقات المجتمع البريطاني، وأبدى الكثير رأيه من مؤيد، ومتعاطف، ومعتز على ما قام به الطبيب.

أما في صحيفة التايمز فقد جاء في مقال لأحد محرريها: « إن معظم الناس عندما يسمعون ويشعرون بما عانته المرأة المسكينة من عذاب ألم بها سوف يتعاطفون مع ما فعله الطبيب المعالج إلا أن القانون لم يسمح بمثل هذا العمل...». وانتقد كاتب المقال أولئك الذين انتقدوا قرار المحلفين الذي اعتبر الطبيب مذنبا وقال يجب أن نشكر المحلفين الذين أصدروا هذا القرار وهم ملتزمين بالجانب القانوني على الرغم بما اتناهم من عواطف وشفقة على المريضة مثل غيرهم...رغم ذلك فالطبيب قد ارتكب عملا لا يقره القانون، وإذا أراد القانون السماح بذلك فيتطلب أن ينصاع لذلك.⁴

فيتضح من هذه القضية أنه تم اعتبار تخليص المريضة من آلامها بما يسمى القتل الرحيم جريمة رغم التعاطف الذي أبداه الجميع مع حالتها، ومع ما فعله الطبيب إلا أنه وما دام لم يوجد نص قانوني يبيح ذلك فتمت مسألة

¹ - نظر يوم 2015/11/25 http://www.nesasy.org/-208/6503-5153

² - عبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص 265.

³ - https://ar.wikipedia.org/wiki/%D9%82%D8%AA%D9%84_%D8%B1

⁴ - فهدى محمود شكرى: موسوعة القضاء البريطاني مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، ط1، 2004، ص ص 248. 255

الطبيب عما اقترفه في حق المريضة. وبالتالي لا يجوز قتل الرحمة لان الطبيب ليس بأرحم على المريض من خالقه.

خاتمة

مما سبق يتضح لنا أن مختلف الشرائع المساوية كرمت الإنسان وحرمت الاعتداء على حقه في الحياة، وبالتالي حرمت كل أنواع القتل لأن الحياة ملك لله تعالى يمنحها لصاحبها و يأخذها منه متى شاء. وقد تبنت أغلب المواثيق الدولية والتشريعات المقارنة نفس الاتجاه حيث حرمت المساس بحياة الإنسان، غير أن بعض التشريعات الأخرى اعتبرت أن القتل بدافع الشفقة وبناء على طلب المجني عليه يعتبر عذرا مخففا للعقوبة.

بينما كان موقف رجال الطب واضحاً إزاء هذا الفعل، حيث يرى أغلبهم أن واجب الطبيب هو حماية الإنسان وحياته لما لها من حرمة حددها الشرع والقانون بحيث لا يجوز لطبيب المساهمة في وضع حد لحياة المريض ولو بدافع الشفقة، سواء كان بطلب من المريض نفسه أو رأى الطبيب أن لا أمل في الشفاء.

غير أنه توجد بعض الآراء الفقهية والتشريعات التي تسمح بالقتل الرحيم متى طلب المريض ذلك، أو رأى أقرابه ضرورة إنهاء حياته لتخليصه من العذاب، غير أنه ومهما كانت البواعث على ارتكاب هذا الفعل فإنه يكاد يكون الإجماع حول اعتبار ذلك جريمة قتل كاملة الأركان تستوجب مساءلة الجاني.

قائمة المراجع

- 1 - أحمد شوقي أبو خطوة : القانون الجنائي و الطب الحديث - دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل و زرع الأعضاء البشرية - دار النهضة العربية القاهرة، ط5 ، 2007..
- 2 - القرضاوي : فتاوى معاصرة، دار أولى النبی لبنان، ج2.
- 3 - السعدني علي شويشة : القتل بدافع الشفقة - دراسة مقارنة بالشرعية - رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة طنطا. 2010.
- 4 - السيد عتيق : القتل بدافع الشفقة ، دار النهضة العربية ، القاهرة .
- 5 - أسامة رمضان الغمري : لوائح و قوانين ممارسة الطب و الأخطاء المهنية للأطباء ، دار شتات للنشر-والبرمجيات، مصر 2009.
- 6 - آمال عبد الرزاق:الوجيز في الطب الشرعي، مكتبة الوفاء القانونية ، 2009.
- 7 - أمير فرج :أحكام المسؤولية عن الجرائم الطبية من الناحية الجنائية و المدنية والتأديبية للأطباء في المستشفيات و المهن المعاونة لهم ، المكتب العربي الحديث ، الإسكندرية، 2008.
- 8 - بسام محتسب بالله و ياسين دركرلي : المسؤولية الطبية المدنية و الجزائية بين النظرية و التطبيق ، دار الإيمان ، دمشق ، بيروت ، ط1 ، 1984.

- 9 - سميرة أفرور : المسؤولية الجنائية للأطباء في ظل التطور العلمي الحديث ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة 2010.
- 10 - رمضان جبال كمال : مسؤولية الأطباء و الجراحين المدنية ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، شركة ناس للطباعة، ط 1 ، 2005
- 11 - سميرة عايد الديات : عمليات نقل وزرع الأعضاء البشرية بين الشرع و القانون، دار الثقافة للنشر- و التوزيع، عمان، 1999.
- 12 - عبد الحلیم محمد منصور علي :القتل بدافع الشفقة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي -دراسة مقارنة- دار الكتب والوثائق القومية ، ط1 ،، 2012 .
- 13 - عبد الحمید الشواربي : مسؤولية الأطباء و الصيادلة و المستشفيات المدنية و الجنائية و التأديبية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ط 2، 2000 .
- 14 - عبود السراج:شرح قانون العقوبات القسم العام ، منشورات جامعة دمشق، 2000 .
- 15 - فهمي محمود شكري: موسوعة القضاء البريطاني مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، ط1، 2004.
- 16 - محمد موفق عثمان وعبود السراج:رضا المجني عليه في التشريع الجزائري والسوري المقارن، مكتبة الفتال، 1995 .
- 17 - محمود إبراهيم محمد مرسي : نطاق الحماية الجنائية للميئوس من شفائهم و المشوهين خلقيا في الفقه الجنائي الإسلامي و القانون الوضعي ، دار الكتب القانونية ، دار شتات للنشر و البرمجيات ، دط، 2009.
- 18 - محمود إبراهيم محمد مرسي : نطاق الحماية الجنائية للميئوس من شفائهم و المشوهين خلقيا في الفقه الجنائي الإسلامي و القانون الوضعي ، دار الكتب القانونية ، دار شتات للنشر و البرمجيات ، دط، 2009.
- 19 - محمد لافي:المسؤولية الجزائية الناشئة عن الخطأ الطبي -دراسة مقارنة- دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، 2009،
- 20 - هدى حامد قشقوش : القتل بدافع الشفقة ، دراسة مقارنة ، دار النهضة القاهرة ، ط 1996 .
- 21 - هدى سالم محمد الأطرقي: مسؤولية مساعدي الطبيب الجزائرية ، رسالة ماجستير ، دراسة مقارنة ، الدار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان ، ط 1، 2001.

- 22- [http:// www.nesasy.org/-208/6503-5153](http://www.nesasy.org/-208/6503-5153)
- 23- <https://www.umn.edu/.../Islamic-Code-Ethics-Cove>
- 24- [http:// www.nesasy.org/-208/6503-5153](http://www.nesasy.org/-208/6503-5153)
- 25- <http://www.fsjes-agadir.info/portal>

التشريع بأوامر في الحالة الاستثنائية*

ميمونة سعاد- أستاذ مساعد /أ/- جامعة تلمسان

الملخص:

إن الحياة العملية المرتبطة بنشاطات الدولة أظهرت انه من العسير جدا أن تلتزم السلطة التنفيذية بالتنظيم وان يلتزم البرلمان بالتشريع، الأمر الذي أدى بأغلب دساتير الجزائر إلى السماح لرئيس الجمهورية في حالة الضرورة بالتدخل في المجال التشريعي العائد للسلطة التشريعية وذلك عن طريق الأوامر.

الكلمات المفتاحية: أوامر ، رئيس الجمهورية ، برلمان، الحالة الاستثنائية.

Résumé:

La vie pratique relative aux activités de l'Etat a démontré qu'il est désavantageux que l'exécutif se restreint au pouvoir réglementaires et que le parlement se consacre a légiférer. D'ailleurs, ce qui a mené la plupart des constitutions Algériennes à permettre au président de la république, en cas de nécessité, d'intervenir dans le domaine législatif par le biais des ordonnances présidentielles.

Mots-clés : ordonnances, président de la république, parlement, l'état de nécessité.

مقدمة:

ما يمكن قوله بان كل الدساتير¹ التي عرفتها الجزائر إلى حد الآن نصت على الحالة الاستثنائية وأعطت لرئيس الجمهورية حق الإعلان عنها، لكن الجديد الذي جاء به دستور 1996 في مادته 124 هو السماح لممثل السلطة التنفيذية باستعمال أسلوب التشريع بأوامر أثناء الحالة الاستثنائية أي إصدار مجموعة من القواعد القانونية في المجال المخصص للسلطة التشريعية وذلك في ظرف استثنائي هو الحالة الاستثنائية. والجدير بالذكر أن الشرط الوحيد من الناحية الموضوعية الذي نص عليه دستور 1996 صراحة لإصدار هذه الأوامر من طرف رئيس الجمهورية هو أن تكون في إطار سريان الحالة الاستثنائية، لكن بالرغم من ذلك يمكن استنتاج شرط آخر ألا وهو محل أو موضوع الأوامر الصادرة في هذه الحالة. أما من الناحية الشكلية فقد اوجب دستور 1996 اتخاذ هذه الأوامر في مجلس الوزراء. ومنه، فما هي شروط اتخاذ هذه الأوامر، وما هي طبيعتها

* تاريخ إيداع المقال: 2015/11/02

تاريخ تحكيم المقال: 2015/12/02

¹- انظر، المادة 59 من دستور 1963، المادة 120 من دستور 1976، المادة 87 من دستور 1989، وكذا المادة 93 من دستور 1996

القانونية؟ إذا سنقسم هذا البحث إلى مطلبين سيتضمن الأول شروط الأوامر الصادرة عن رئيس الجمهورية في الحالة الاستثنائية أما المطلب الثاني فسنحاول من خلاله بحث الطبيعة القانونية لهذا النوع من الأوامر.

المطلب الأول: شروط الأوامر الصادرة في الحالة الاستثنائية

هذه الشروط منها ما هو موضوعي والآخر شكلي.

الفرع الأول: الشروط الموضوعية للأوامر الصادرة في الحالة الاستثنائية

وتتمثل هذه الشروط الموضوعية في شرط الحالة الاستثنائية وكذا محل الأوامر الصادرة أثناءها.

أولا : شرط الحالة الاستثنائية

لقد جاءت المادة 93 من دستور 1996 أكثر اتساعا في تحديد الشروط الواجب توافرها لتقرير الحالة الاستثنائية، ومنه تنقسم هذه الشروط إلى شروط موضوعية وأخرى إجرائية.

1 - الشروط الموضوعية لتقرير الحالة الاستثنائية : تتمثل هذه الشروط الموضوعية:

أ - وجود خطر داهم : لقد اشترطت المادة 93 وجود خطر داهم، على أن الخطر في المعنى القانوني ينصرف إلى حالة واقعية تنذر بضرر يصيب مصالح حيوية، فيهددها بالزوال أو الانتقاص. ولإمكانية القول بتوفر شرط الخطر، لا بد أن يتوفر فيه شيئين هما: أن يكون الخطر جسيما وحالا. والخطر الجسيم هو الخطر الذي يتجاوز في شدته المخاطر المعتادة والمألوفة، أما الخطر الحال فيقصد به الخطر الذي يكون قد بدا فعلا ولم ينته بعد أو انه مستقبلي. أما الخطر المحتمل، فلا يعتبر من قبل الأخطار التي تسمح بإعمال المادة 93، ونفس الحكم ينطبق على الخطر الذي وقع وانتهى على أن تقدير جسامته الخطر متروك لرئيس الجمهورية يمارسه - من المفروض - تحت رقابة البرلمان والقضاء¹.

ب - أن يكون للخطر الداهم انعكاسات على مؤسسات الدولة الدستورية أو استقلالها أو سلامة تراهما: لقد حددت المادة 93 من دستور 1996 الموضوعات التي يقع عليها الخطر على سبيل الحصر. وهي المؤسسات الدستورية للبلاد، أو استقلالها أو سلامة تراهما. ولكن هل يشترط لإعلان الحالة الاستثنائية أن يكون الخطر الوارد على الموضوعات سالفة الذكر قد أدى إلى توقفها عن السير المنتظم أم تتوقف كلية عن أعمالها؟ للإجابة على هذا السؤال يرى الأستاذ مراد بدران² بأنه يكفي تعثر السلطات عن سيرها، أو السير

¹-انظر، مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية، رسالة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2004-2005، ص30.

²-انظر، مراد بدران، المرجع السابق، ص32.

بصعوبة. ولا يشترط أن يكون قد أصابها الشلل أو العجز الكلي وهذا ما يفسره تطلب انعقاد البرلمان بقوة القانون عند اللجوء لتطبيق المادة 93، وهو ما يعني أن البرلمان ليس في حالة عجز.

ج- السلطات الاستثنائية التي يجوز لرئيس الجمهورية أن يمارسها في الحالة الاستثنائية: إن المادة 93 من دستور 1996 أعطت لرئيس الجمهورية سلطات استثنائية واسعة لمواجهة الحالة الاستثنائية دون أن تبين نطاقها، ومنه فنطاق هذه السلطات هو كالاتي:

* المجال الدستوري: إن الفقه الفرنسي- متفق على انه لا يجوز لرئيس الجمهورية أن يقوم بإلغاء أو تعديل الدستور، لأن هذا الحق يعود للسلطة التأسيسية الأصلية أو المنشأة، ومع ذلك فإن بعض الفقه الفرنسي- قد ذهب إلى انه يجوز لرئيس الجمهورية أن يوقف العمل ببعض أحكام الدستور¹، إلا انه يجب ألا يفسر- الحق تفسيراً واسعاً، فالإعلان عن الحالة الاستثنائية لا يؤدي مباشرة إلى وقف العمل ببعض أحكام الدستور، بل لابد من صدور قرار صريح من رئيس الجمهورية بهذا المعنى محمداً ما هي المواد الموقوف العمل بها.

* المجال التنظيمي: لا يثور أي إشكال في هذا الصدد، لأن رئيس الجمهورية هو صاحبه في الظروف العادية بمقتضى المادة 1/125 من دستور 1996، وبالتالي هو صاحبه كذلك في الظروف الاستثنائية، وهو لا يحتاج من اجل ممارسته إلى إصدار أوامر، بل يمارسه بمراسيم – فردية أو تنظيمية –.

* المجال التشريعي: طبقاً لنص المادة 124 من دستور 1996، فيجوز لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في الحالة الاستثنائية ومعنى ذلك أن له الحق في أن يتدخل في المجال المخصص دستورياً للبرلمان. وإذا رجعنا للمادة 93 من نفس الدستور فقد ألزمت انعقاد البرلمان بقوة القانون خلال الحالة الاستثنائية، لكن هذا لا يعني بالضرورة منع رئيس الجمهورية من ممارسة حقه بالتشريع بأوامر، ذلك لأن دور البرلمان لا يتعدى سوى رقابة رئيس الجمهورية ولا يصل إلى حد التشريع أثناء هذه الحالة .

د – المجال الزمني للحالة الاستثنائية والإجراءات الصادرة استناداً لها: ما يلاحظ بان المادة 93 المتعلقة بالحالة الاستثنائية لم تحدد مدة سريانها وكذا مدة سريان الإجراءات الصادرة استناداً لها. وعليه، يجب أن ينتهي العمل بالمادة 93 مباشرة بمجرد زوال الظروف الاستثنائية، وعودة السلطات إلى ممارسة اختصاصها بصورة منتظمة، كما يرى جانب من الفقه انه يجب التمييز بين نوعين من الإجراءات التي يتخذها رئيس الجمهورية، فتللك التي تدخل أصلاً في المجال المخصص له في الظروف العادية والتي حددتها المادة 1/125 من الدستور فلا مانع من بقاءها، لأنه هو المختص بها سواء في الظروف العادية أو الظروف الاستثنائية.

أما الإجراءات التي تدخل في مجال مخصص لسلطة أخرى في الظروف العادية، فيجب أن تزول بزوال الظروف الاستثنائية، لأن السلطات الممنوحة لرئيس الجمهورية في هذه الحالة بمقتضى- المادتين 93 و124 من

¹ - Cf. George VEDEL, Droit administratif, 6^{eme} éd, P.U.F, Paris, 1976, p.856.

دستور 1996، والتي تدخل في الظروف العادية في اختصاص سلطة أخرى هي استثناء وليس قاعدة عامة، والاستثناء لا يمكن أن يطبق إلا إذا توافرت شروطه - وجود الأزمة - كما لا يمكن أن يقاس عليه.

2 - الشروط الإجرائية لتقرير الحالة الاستثنائية :

بالإضافة إلى الشروط الموضوعية هناك شروط إجرائية، يجب على رئيس الجمهورية أن يجتزمها أثناء تقرير الحالة الإستثنائية وتمثل هذه الشروط في ضرورة استشارة بعض الشخصيات والهيئات، والاستماع إلى بعض الهيئات، بالإضافة إلى اجتماع البرلمان بقوة القانون، هذا كله تم النص عليه في المادة 93 من دستور 1996 .

أ - استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة والمجلس الدستوري: بالرجوع إلى المادة 93 يتبين أن الاستشارة تعد مسألة إجبارية، حتى ولو كان الرأي الناتج عنها غير ملزم في حد ذاته، لذلك فإذا لم يتم رئيس الجمهورية بتلك الاستشارة، كان عمله غير دستوري يجوز الطعن فيه قضائيا بدعوى تجاوز السلطة. اللهم إلا إذا وجدت ظروف يستحيل معها القيام بالاستشارة، كقوة القاهرة، على أن الاستحالة يجب أن تكون مطلقة.

ب - الاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء: بما أن رئيس الجمهورية هو نفسه رئيس المجلسين، فإنه قد يؤثر على آرائها، على أن ما يقال في المجلسين لا يلزم رئيس الجمهورية من الناحية القانونية. ومعنى أدق، فإن رئيس الجمهورية غير ملزم بالأخذ بما يقوله المجلسين لأنه يبقى ما يصدر عنها مجرد رأي لا غير.

ج - اجتماع البرلمان وجوبا : إن هذا الشرط الإجرائي هو الضمانة الحقيقية التي تؤدي إلى منع رئيس الجمهورية من التعسف في استعمال السلطات الاستثنائية الخولة له بمقتضى - المادتين 93 و124 من دستور 1996 لان ممارسة رئيس الجمهورية لتلك الاختصاصات في ظل الحالة الاستثنائية، تكون تحت رقابة البرلمان الذي له إذا حاد عن الطريق إحالته إلى المحكمة العليا للدولة بتهمة الخيانة العظمى، وذلك طبقا للمادة 158 من دستور 1996.

ثانيا : محل الأوامر الصادرة في الحالة الاستثنائية

مما لا شك فيه أن المؤسس الدستوري الجزائري قد اقر صراحة بسلطة رئيس الجمهورية بالتشريع في الحالة الاستثنائية، وإذا كان من المسلم به أن تمتد الأوامر لنطاق القانون العادي، فإن المؤسس الدستوري استحدث فئة جديدة من القوانين في دستور 1996 تعرف بالقوانين العضوية، تتميز من حيث الإجراءات والمجال الذي تتدخل فيه. ومن ثم، هل يمكن أن يمتد نطاق الأوامر في الحالة الاستثنائية إلى القوانين العضوية؟

ذهب الأستاذ نصر الدين بن طيفور إلى: " أن الإجراءات الاستثنائية المطلوب من رئيس الجمهورية اتخاذها أثناء الحالة الاستثنائية لا تقف عند التشريع بل تطال باقي السلطات ومن ثم لا يمكننا أن نستثني المسائل التي تنظم بقوانين عضوية من هذا الإطار"¹.

إن صحة الأوامر الصادرة في الحالة الاستثنائية والتي يمارس من خلالها رئيس الجمهورية اختصاصات لا تعود له وإنما للسلطة التشريعية، لا تتوقف على توافر الشروط الموضوعية بل لا بد بالإضافة إلى ذلك من وجود شروط شكلية.

الفرع الثاني: الشروط الشكلية للأوامر الصادرة في الحالة الاستثنائية

سنحاول دراسة هذه الشروط من خلال تقطتين :

أولاً : اتخاذ الأوامر في مجلس الوزراء

فقبل أن يصدر الأمر يعرض كمشروع أمر على مجلس الوزراء، كما هو الشأن بالنسبة لمشاريع القوانين مع استبعاد اخذ رأي مجلس الدولة حول موضوع الأمر، وقد يكون السبب في ذلك خاصة في الحالة الاستثنائية هو طبيعة الظرف الذي يقضي السرعة في اتخاذ التدابير اللازمة، وفي هذا السياق يطرح التساؤل حول إن كان يمكن لرئيس الجمهورية استخدام حق الفيتو بصدد أمر يرفضه الوزراء ورؤسهم ؟

عملياً مجلس الوزراء لا يمثل إلا جهازاً تحت سلطة رئيس الجمهورية، وبما أن النظام الجزائري لا يأخذ بنظام التوقيع المجاور أو التوقيع المزدوج من طرف رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة، فرئيس الجمهورية لن يجد أية صعوبة في اتخاذ القرار الذي يراه مناسباً².

ثانياً : عرض الأوامر على البرلمان

إن المؤسس الدستوري الجزائري لم ينص على وجوب عرض هذا النوع من الأوامر على البرلمان ليوافق عليها. لكن في هذا السياق يرى جانب من الفقه إلى أن اجتماع البرلمان بقوة القانون معناه تمكين البرلمان من ممارسة نشاطه التشريعي، كما لو كان في دور الاعتقاد العادي. إذ يمكنه أن يناقش ويقرر إلغاء ما اتخذته رئيس الجمهورية، وإذا تطلب الأمر فله أن يجيل رئيس الجمهورية على المحكمة العليا للدولة بتهمة الخيانة العظمى أو يلزمه بالاستقالة³.

¹ - انظر، نصر الدين بن طيفور، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية الجزائري والضمانات الدستورية للحقوق والحريات العامة، رسالة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2002 - 2003، ص 296.

² - انظر، عقيلة خرباشي، التشريع عن طريق الأوامر، مجلة الدراسات القانونية، افريل 2009، العدد الثالث، الجزائر، ص 10.

³ - Cf. Georges MORANRE, Le contrôle des décisions prises au titre de l'article 16, recueil Dalloz, Paris, 1982, p.113.

أما الجانب الآخر من الفقه فقد ذهب إلى أن البرلمان لا يجوز له أن يمارس دوره المعتاد والمبرر في ذلك هو خطورة الوضع واستعجالته. وهو ما جرى عليه العمل عند تطبيق الحالة الاستثنائية عام 1961 في قضية الجزائر، حيث قرر الرئيس الفرنسي ديجول أن العلاقات بين الحكومة والبرلمان يجب أن تسير على النحو المقرر في الظروف العادية ما لم تتعلق بإجراءات متخذة استنادا للمادة 16 من دستور الجمهورية الخامسة¹. ويبدو أن المجلس الدستوري الجزائري قد اتجه منحى الجانب الثاني من الفقه، إذ بموجب الرأي رقم 08 / ر.ق.ع / م.د / 99² تحفظ على رقابة البرلمان على الأوامر المتخذة في الحالة الاستثنائية³.

في حين يرى الأستاذ الدكتور مراد بدران بأنه يجب أن نميز هنا بين حالتين: فإذا كان سبب تقرير الحالة الاستثنائية هو الخطر الذي أصاب البرلمان بحيث منعه من الاجتماع، فإن الأوامر المتخذة هنا يستحيل عرضها على البرلمان للموافقة عليها. أما إذا تقرر الحالة الاستثنائية لسبب لا يتعلق بالخطر الذي يصيب البرلمان، فإن هذا الأخير عليه أن يجتمع. وفي هذه الحالة، ونظرا لموقف المؤسس الدستوري الذي التزم جانب الصمت، فإن رئيس الجمهورية يكون مخيرا بين: إما ألا يعرض الأوامر على البرلمان، وإما أن يعرض تلك الأوامر على البرلمان - وهو احتمال غير وارد من الناحية العملية وذلك نظرا لتفادي الدخول في صراع مع البرلمان -.

المطلب الثاني: التكييف القانوني للأوامر الصادرة في الحالة الاستثنائية

إن الحديث عن الطبيعة القانونية للأوامر الصادرة خلال الحالة الاستثنائية، يدفعنا إلى استعراض موقف كل من الفقه والقضاء منها.

الفرع الأول: موقف الفقه من التكييف القانوني للأوامر الصادرة في الحالة الاستثنائية

ما يمكن قوله بان تحديد التكييف القانوني للأوامر الصادرة في الحالة الاستثنائية كان محل خلاف بين الفقهاء، لذا سنتطرق إلى موقف الفقه الفرنسي (أولا) ثم الجزائري (ثانيا).

أولا: موقف الفقه الفرنسي

إن الاتجاهات الفقهية التي ظهرت في هذا الصدد تمثلت فيما يلي: قد ذهب رأي من الفقه الفرنسي⁴ إلى اعتبار أن قرارات رئيس الجمهورية الصادرة في هذا الشأن تعد بمثابة قرارات من نوع خاص، باعتبارها تنشئ

¹ - Cf. Dimitri George LAVROFF, Le droit constitutionnel de la 5^{eme} république, 3^{eme} éd, Dalloz, Paris, 1999, p 875.

² - رأي المجلس الدستوري رقم 08 / ر.ق.ع / م.د / 99 المؤرخ في 21 فيفري 1999، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملها وكذا العلاقة بينها وبين الحكومة، ج.رج.ج رقم 15.

³ - انظر، عقيلة خرباشي، المرجع السابق، ص 12.

⁴ - Cf. Marcel PRELOT, Institution politique et droit constitutionnel, 2^{eme} éd, L.G.D.J, Paris, 1961, p.650.

فئة قانونية من الأعمال أعلى من القانون نفسه. إن هذا الرأي لم يؤيده احد لأن الأخذ به معناه الاعتراف بوجود سلطة عليا لم ينشئها الدستور، وهي تسمو على باقي سلطات الدولة التي أنشأها الدستور. وهذا ما يتناقض تماما مع المبادئ العامة الدستورية، والمشروعية .

غير أن اتجاه آخر¹ يرى أن اعتبار أن قرارات رئيس الجمهورية الصادرة في هذا الشأن هي من أعمال الحكومة، شأنها شأن قرار اللجوء إلى الحالة الاستثنائية، بحيث لا يمكن للقاضي أن يراقبها وذلك على أساس انه يستحيل أن يميز بين قرار اللجوء إلى الحالة الاستثنائية، والقرارات الصادرة استنادا لها. وعليه، يجب أن تأخذ كل تلك القرارات نفس الحكم، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فان معظم هذه القرارات تتصل بالعلاقة بين السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية. بالإضافة إلى ذلك، فان رئيس الجمهورية لا يصدرها باعتباره سلطة إدارية بل باعتباره سلطة حكومية، وذلك قصد إعادة السير المنتظم للسلطات العامة الدستورية.

في حين ذهب اتجاه ثالث² إلى التمييز بين نوعين من القرارات التي يقوم بها رئيس الجمهورية، فتللك التي يقوم بها، والتي تعود أصلا للسلطة التشريعية، تعد أعمالا تشريعية وذلك على أساس أن رئيس الجمهورية عندما يقوم بها في الحالة الاستثنائية، فانه يحل محل البرلمان في ممارسة الوظيفة التشريعية. وبناء على ذلك، فان قراراته تكتسي طابع التشريع، وذلك دون حاجة إلى تصديق البرلمان عليها. أما القرارات التي يقوم بها والتي تدخل في المجال التنظيمي، فإنها تعتبر قرارات إدارية لأنها تصدر عن رئيس الجمهورية باعتباره جهازا تنفيذيا وليس جهازا سياسيا. وبناء على ذلك، فإنها تخضع لرقابة القضاء.

أما الاتجاه الأخير³ فقد ذهب إلى القول بان القرارات التي يتخذها رئيس الجمهورية في ظل الحالة الاستثنائية تبقى محتفظة بطابعها الإداري مما كان المجال الذي تدخل فيه، وذلك على أساس أن رئيس الجمهورية اتخذها باعتباره هيئة إدارية وليس هيئة تشريعية. فإذا تدخل في المجال التنظيمي، فان قراراته تعد قرارات إدارية، وهنا لا يثور أي إشكال. أما إذا تدخل في المجال المخصص للسلطة التشريعية، فان الأعمال التي يقوم بها تكون لها قوة القانون، أي بإمكانها أن تلغي أو تعدل القانون، ومع ذلك فإنها تبقى محتفظة بطبيعتها الإدارية. وبناء على ذلك، فان القوة التي تتمتع بها تلك الأعمال لا تحول بينها وبين قيام القاضي الإداري براقبتها.

¹ -Cf. Jean RIVERO, Droit administratif, 2^{ème} éd, Dalloz, Paris, 1961, pp. 63-64.

² -Cf. George VEDEL, op.cit, pp. 36-37.

³ - Cf. Claude-Albert COLLIARD, Libertés publiques, 5^{ème} éd, Dalloz, Paris, 1975, p.129.

ثانيا : موقف الفقه الجزائري

فالملاحظ بالنسبة للفقه الجزائري انه هو الآخر قد عرف آراء مختلفة، حيث أن هناك اتجاه فقهي يميل إلى اعتبار أن القرارات التي يتخذها رئيس الجمهورية استنادا إلى قرار اللجوء إلى الحالة الاستثنائية، تعد من أعمال الحكومة التي لا تخضع للرقابة القضائية، لأن رئيس الجمهورية يمارسها باعتباره صاحب السيادة¹.

والى جانب هذا الاتجاه هناك اتجاه آخر يرى ضرورة التمييز بين المسائل التي تدخل في مجال التشريع، والتي تقلت من الرقابة القضائية، والمسائل التي تدخل في المجال التنظيمي، والتي تخضع للرقابة القضائية².

أما الاتجاه الآخر فقد تبناه الأستاذ الدكتور مراد بدران والذي جاء في مضمونه أن الأوامر المتخذة من طرف رئيس الجمهورية تعد بمثابة قرارات إدارية، وذلك نظرا لصدورها من هيئة إدارية. ويرى الأستاذ بان المؤسس الدستوري الجزائري لم يتكلم عن ضرورة عرضها على البرلمان للموافقة عليها. إن هذا الحكم قد يؤدي إلى الاعتقاد بان هذه الأوامر تكتسب منذ البداية طبيعة تشريعية. إلا أن الباحث يذهب إلى عكس ذلك، ويعتقد بان اختلاف هذين الحكمين - أي وجوب أو عدم وجوب عرض الأوامر على البرلمان - يكمن أساسا في الشروط التي نص عليها المؤسس الدستوري لتقرير الحالة الاستثنائية، والتي من بينها وجود خطر داهم يوشك أن يصيب المؤسسات الدستورية للدولة، والتي من بينها البرلمان. فهذا الأخير قد يتعرض إلى خطر يستحيل معه أن ينعقد. وهذا ما يبرره إمكانية رئيس الجمهورية في اللجوء إلى تقرير الحالة الاستثنائية. وفي هذه الحالة لا يمكن عرض الأوامر المتخذة هنا على البرلمان، لأن هذا الأخير يستحيل عليه أن يجتمع. بل أكثر من ذلك فان البرلمان قد يكون منحلا قبل تقرير الحالة الاستثنائية. وعليه، فان النص على ضرورة عرض الأوامر المتخذة هنا، لا معنى له³.

ليضيف الأستاذ مراد بدران قائلا "بأنه يجب أن نميز هنا بين حالتين: فإذا كان سبب تقرير الحالة الاستثنائية هو الخطر الذي أصاب البرلمان بحيث منعه من الاجتماع، فان الأوامر المتخذة هنا يستحيل عرضها على البرلمان للموافقة عليها. وعليه فان تلك الأوامر تبقى محتفظة بطبيعتها الإدارية ما دام أنها صدرت عن هيئة إدارية. أما إذا تقررت الحالة الاستثنائية لسبب لا يتعلق بالخطر الذي يصيب البرلمان، فان هذا الأخير عليه أن يجتمع. و في هذه الحالة، ونظرا لموقف المؤسس الدستوري الذي التزم جانب الصمت، فان رئيس الجمهورية يكون مخيرا بين: إما ألا يعرض الأوامر على البرلمان، وفي هذه الحالة تبقى تلك الأوامر محتفظة بطبيعتها الإدارية. وإما أن يعرض تلك الأوامر على البرلمان - وهو احتمال غير وارد من الناحية العملية وذلك نظرا

¹ - انظر، مسعود شيبوب، الحماية القضائية للحريات الأساسية في الظروف الاستثنائية، م.ج.ع.ق.ا.س، 1998، العدد الأول، الجزائر، ص 33.

² - Cf. S. GHAOUTI, et B. ETIEN, op.cit., pp. 714-715; J. M. DUBOIS, et R. ETIEN, op.cit., p. 503.

أورده الأستاذ مراد بدران، المرجع السابق، ص 191.

³ - انظر، مراد بدران، المرجع السابق، ص 191.

لتفادي الدخول في صراع مع البرلمان - وفي هذه الحالة تصح تلك الأوامر بمثابة تشريعات منذ موافقة البرلمان عليها"¹.

وهذا الاتجاه هو الأولى بالإتباع، فالأوامر الصادرة في الحالة الاستثنائية هي قرارات إدارية لأنها اتخذت من طرف رئيس الجمهورية لكن المثير للانتباه أن المادة 124 من دستور 1996 لم تلزم هذا الأخير بإيداع الأوامر الصادرة في الحالة الإستثنائية لدى البرلمان من اجل الموافقة عليها أو رفضها.

لكن المنطق يوجب على رئيس الجمهورية القيام بإيداعها لأن الأصل أن التشريع يصدر عن البرلمان واستثناء يحق لرئيس الجمهورية ممارسة هذه الوظيفة عن طريق الأوامر، ومنه يكون للبرلمان حق رقابها في حالة واحدة إذا لم يكن الخطر الذي اشترطته المادة 93 من دستور 1996 للإعلان عن الحالة الاستثنائية قد داهم البرلمان ومنعه بالتالي من الاعتقاد. إلا أننا نعتقد بان رئيس الجمهورية لن يقوم بإيداعها حتى لا يلغىها البرلمان وحتى إن عرضها على هذا الأخير فنحن نشك إن كانت السلطة التشريعية في الجزائر قد تقوم بإلغائها.

إذا كان الفقه قد اختلف في تحديده للطبيعة القانونية للأوامر الصادرة في الحالة الاستثنائية، فهل القضاء هو الآخر قد تباينت مواقفه في تكييفه لهذا النوع من الأوامر ؟ لذا خصصنا الفرع الموالي لموقف القضاء من التكييف القانوني للأوامر الصادرة خلال الحالة الاستثنائية.

الفرع الثاني: موقف القضاء من التكييف القانوني للأوامر الصادرة في الحالة الاستثنائية

ما دام أن القضاء الجزائري لم تكن له المناسبة لتحديد التكييف القانوني للأوامر الصادرة خلال الحالة الاستثنائية، لذا سنقوم بدراسة ذلك من خلال استعراض موقف القضاء الفرنسي- ممثلا في محكمة النقض ومجلس الدولة.

أولا- موقف محكمة النقض الفرنسية

لقد اتخذت محكمة النقض إزاء القرارات المنبثقة عن قرار إعلان العمل بأحكام المادة 16 من الدستور الفرنسي- موقفا مماثلا لذلك الذي عبرت عنه بشأن قرار الإعلان، أي عدم الاختصاص. ففي القرار المؤرخ في 21 أوت 1961² وبمناسبة نظرها في الطعن الموجه ضد القرار الصادر في 3مايو 1961 المتضمن إنشاء محكمة عسكرية (والتي أدانت الطاعنين بأحكام متفاوتة لمشاركهم في حركة التمرد)، لاحظت الغرفة الجزائية بمحكمة النقض أن الشروط المقررة في المادة 16 لوضع المادة ذاتها موضع التطبيق كانت متوافرة. وبناء على ذلك قررت "انه في هذه الحالة، مطابقة القرار السالف الذكر للدستور، وتبعاً لذلك، مشروعية المحكمة المنشأة بمقتضى ذلك القرار

¹ - انظر، مراد بدران، نفس المرجع، ص 192 .

² - Cf. C.Crim. 21 août 1961 Bull.crim.1961, n 363, p 695, Fohran,

أورده نصر الدين بن طيفور ، المرجع السابق ، ص 270.

لا يمكن أن يكون محل اعتراض أمام السلطة القضائية. ومن ثم وحسب محكمة النقض الفرنسية فان القرارات المتولدة عن المادة 16، سواء تعلق الأمر بالقرار الأصلي المعلن عن تطبيق المادة أو القرارات المتخذة أثناء تطبيقها، تخرج عن رقابة القضاء العادي. وقد استقرت محكمة النقض الفرنسية على الحل السالف الذكر في قرار ¹ Piegts et Dovecar .

ثانيا - موقف مجلس الدولة الفرنسي

لقد أتيحت الفرصة لمجلس الدولة الفرنسي- في التعبير عن موقفه من الإجراءات المتخذة استنادا إلى قرار اللجوء إلى الحالة الاستثنائية. وذلك في قراره الشهير في قضية *Rubin de servens* حيث اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن الأعمال التي يقوم بها رئيس الجمهورية والتي تدخل في اختصاص السلطة التشريعية حسب ما حصرتة المادة 34 من دستور فرنسا، يكون لها طابع التشريع، وبالتالي فهي تفلت من رقابته.

أما الأعمال التي تدخل في المجال التنظيمي أو التنفيذي، والتي تدخل في نطاق المادة 37 من الدستور الفرنسي، فإنها تبقى محتفظة بطبيعتها الإدارية وبالتالي تخضع لرقابته طبقا للقواعد العامة. وقد جاء في حيثيات هذا القرار: "حيث انه بمقتضى-القرار المؤرخ في 23 ابريل 1961، بعد الاستشارة الرسمية للوزير الأول ورئيسي مجلسي البرلمان، وبعد رأي المجلس الدستوري، وضع رئيس الجمهورية نص المادة 16 من دستور 1958 موضع التطبيق، وان هذا القرار له صفة عمل الحكومة الذي لا يملك مجلس الدولة مراقبة مشروعيته ولا مدة تطبيقه..."².

ويرى الأستاذ مراد بدران بشأن القرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي- الذي اعتبر أن القرارات الصادرة عن رئيس الجمهورية استنادا للمادة 16 تخرج من رقابته متى كانت تدخل في مجال التشريع، هو موقف يدعو إلى الدهشة، إذ كان من الملائم الإبقاء على الطبيعة الإدارية لتلك القرارات، وإن كانت تتمتع بقوة التشريع.³

خاتمة:

إن الاعتراف بدور تشريعي أو وظيفة تشريعية لرئيس الجمهورية في الحالة الاستثنائية كما رأينا سابقا لا يكون إلا بضوابط معينة، وتحت رقابة جهات معينة أي وفقا لشروط وضوابط قانونية أهمها هي الحالة الاستثنائية، لا بد من توافرها للقول بصحة الأوامر الصادرة عن ممثل السلطة التنفيذية في ظرف يعتبر من اخطر الظروف الاستثنائية وهي الحالة الاستثنائية.

¹ - Cf. Cass.crim, 10 mai 1962, J.C.P.1962.2.12736, not Michaud.

² - أورده نصر الدين بن طيفور، المرجع السابق، ص 270.

³ - انظر، نصر الدين بن طيفور، المرجع السابق، ص 264.

³ - انظر، مراد بدران، المرجع السابق، ص 193.

بالإضافة إلى ذلك فإن التكييف القانوني للأوامر الصادرة أثناء الحالة الاستثنائية يتم وفقا لغلبة المعيار العضوي، حيث تعتبر قرارات إدارية تخضع للنظام القانوني للقرارات الإدارية من حيث القابلية للإلغاء والتعويض أمام القضاء الإداري وكذا القابلية للرقابة الدستورية.

قائمة المراجع:

الكتب:

- Claude-Albert COLLIARD, Libertés publiques, 5^{ème} éd, Dalloz, Paris, 1975.
- Dimitri George LAVROFF, Le droit constitutionnel de la 5^{ème} république, 3^{ème} éd, Dalloz, Paris, 1999.
- Georges MORANRE, Le contrôle des décisions prises au titre de l'article 16, recueil Dalloz , Paris ,1982.
- George VEDEL, Droit administratif, 6^{ème} éd, P.U.F, Paris, 1976.
- Jean RIVERO, Droit administratif, 2^{ème} éd, Dalloz, Paris, 1961.
- Marcel PRELOT, Institution politique et droit constitutionnel , 2^{ème} éd, L.G.D.J, Paris, 1961.

الرسائل الجامعية:

- مراد بدران ، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية ، رسالة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق ، جامعة جيلالي اليابس ، سيدي بلعباس ، 2004-2005.
- نصر الدين بن طيفور ، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية الجزائري والضمانات الدستورية للحقوق والحريات العامة، رسالة دكتوراه دولة في القانون العام ، كلية الحقوق ، جامعة سيدي بلعباس ، 2002 – 2003.

المقالات:

- عقيلة خرباشي ، التشريع عن طريق الأوامر ، مجلة الدراسات القانونية ، افريل 2009، العدد الثالث ، الجزائر. - مسعود شيهوب ، الحماية القضائية للحريات الأساسية في الظروف الاستثنائية، م.ج.ع.ق.ا.س، 1998، العدد الأول، الجزائر.

المصادر القانونية:

- دستور الجزائر لسنة 1963.
- دستور الجزائر لسنة 1976.
- دستور الجزائر لسنة 1989.
- دستور الجزائر لسنة 1996 المعدل في 2008.
- رأي المجلس الدستوري رقم 08 / ر.ق.ع / م.د / 99 المؤرخ في 21 فيفري 1999 ، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملها وكذا العلاقة بينهما وبين الحكومة، ج.ر.ج.ج رقم 15 .

الآليات الأممية في الحد من التسلح و نزع السلاح*

بن محي الدين إبراهيم - أستاذ مساعد - أ - جامعة ابن خلدون تيارت

ملخص المقالة بالعربية :

يعد نزع السلاح و تنظيم التسلح من العوامل الوقائية في نظام الأمن الجماعي الدولي و قد قدم ميثاق الأمم المتحدة منهجا لنزع السلاح أو خفضه بين الدول بما في ذلك تحريم الأنواع الخطرة منه و ذلك حتى لا يؤدي تراكم السلاح بين الدول إلى شن الحرب ألا وهي الأسباب، و حتى لا تترك الدول لتستعمل أنواعا ضارة و فتاكة من الأسلحة ، و هذه الأخيرة إما أن تكون ذرية أو نووية، أو غير ذرية أو غير نووية (و تسمى أيضا الأسلحة التقليدية أو الانتقائية) ، و لشكل أن السلاح يعد وسيلة الحرب المثالية لذلك فإن خير وسيلة لتحقيق السلام تتمثل إلى جانب تحريم الحرب في جعل اللجوء إليها أمرا مستحيلا و يكون ذلك عن طريق التشجيع عن نزع السلاح الذي له معنيان : معنى واسع و معنى ضيق ، فالمعنى الواسع يعني القضاء الشامل على كل الأسلحة و المنشآت العسكرية ، و تسريح كافة القوات المسلحة لكافة أطراف النظام الدولي ، و نزع السلاح بهذا المعنى يعد مفهوما مثاليا صعب التحقيق على أرض الواقع .

أما نزع السلاح بالمعنى الضيق فيدل على التقليل من الأدوات الحربية للدول ، و من استعداداتها العسكرية لكي تحتفظ إلا بالقوات الضرورية كتنشيط الأمن العام و ذهب البعض إلى أن استخدام نزع السلاح أو تنظيم التسلح يتغير بتغيير الموقف السياسي ، فإذا كانت المعاهدة المطلوب عقدها لطرف مهزوم استخدم مصطلح نزع السلاح كما حدث بالنسبة للعراق بعد حرب الخليج الثانية و كما حدث لألمانيا بعد الحرب العالمية الثانية ، أما إذا كان المطلوب هو الحد من سباق التسلح أو تخفيض الأسلحة فعادة ما يستخدم مصطلح تنظيم التسلح كم هو الشأن بالنسبة لاتفاقيتي سالت 1 و سالت 2 بين الو.أ.م و الإتحاد السوفياتي (سابقا) .

Le résumé de l'article :

Le désarmement et l'organisation de l'armement sont des facteurs préventifs du système de sécurité collective internationale. La Charte des nations unies a fourni au système de désarmement la méthodologie du désarmement ou du moins la diminution des armes.

Il faut ajouter que la charte a interdit la prolifération et l'utilisation des armes les plus dangereuses pour éviter leur utilisation dans les guerres.

Le désarmement a deux niveaux :

* تاريخ إيداع المقال: 2015/09/20

تاريخ تحكيم المقال: 2015/12/02

-Le niveau global qui consiste à la suppression totale de toutes les armes et les installations militaires ainsi que la démobilisation de toutes les forces armées de toutes les parties du système international et ceci est un objectif très difficile à atteindre.

-Le niveau restreint du désarmement serait de réduire les outils et les préparatifs militaires et ne retenir que les forces nécessaires.

Il convient de noter que certains experts font une distinction entre le désarmement et le contrôle des armes. En effet, le désarmement se réfère à des mesures qui visent à réduire les niveaux d'armement, quant au contrôle des armes, il signifie donner plus d'importance à l'équilibre de sorte à rester dans les limites de sauvegarde de la sécurité des États.

S'il est impossible de parvenir à une paix durable à travers « la paix par le désarmement » du fait que les États ne peuvent pas et ne veulent pas renoncer aux moyens de guerre pour défendre leurs intérêts et imposer leur volonté , cependant, le désarmement reste l'un des meilleurs éléments pour la prévention des guerres et réduire le danger pour l'humanité.

Ce qui est à retenir, c'est que l'armement est l'une des causes principales des guerres et que les États doivent conserver un niveau limité de l'armement et s'engagent à des conventions internationales en matière de désarmement qui permettrait de réduire l'apparition des conflits et de soutenir les efforts pour maintenir la paix et la sécurité internationales.

مقدمة :

إن مفهوم نزع السلاح وهو اصطلاح يستعمل ليشمل تحديد ومراقبة وخفض الأدوات المادية والبشرية للحرب، كما يشمل إلغائها بشكل مطلق، وهذا المفهوم احتل مكانا بارزا في تفكير وعمل الأشخاص المعنيين بسلام العالم زهاء أكثر من قرنين من الزمان. فلقد ضمن "إمانويل كانت Immanuel Kant إلغاء الجيوش الدائمة في المادة الثالثة من قائمة "المواد التمهيدية للسلام الدائم بين الدول".

وتميز القرن 19 م بوعي متزايد لفكرة نزع السلاح وإبرام "اتفاقية روش باجوت Rush Bagot Agreement" لعام 1817 م التي بمقتضاها وضعت الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا الأسس السياسية الجديدة للاعتبار لتجريد الحدود الفاصلة بين كندا والولايات المتحدة من القوة العسكرية وكانت هذه الاتفاقية بالغة الدلالة على تغلغل الفكرة في الميدان السياسي وفي مناسبات عدة خلال القرن 19 م، اكتسب مفهوم نزع السلاح اهتمام دولي وخاصة عندما ذكر القيصر الروسي نيكولاس الثاني "من أن تحقيق نزع السلاح يعتبر كواحد من الأهداف الرئيسية لمؤتمر لاهاي الأول" عام 1899 م ، من ثم فإن نزع السلاح أصبح جزءا من

الأفكار والمفاهيم التي أورتها القرن 19 م للقرن 20 م¹. ولاحظ البعض بحق أن فرض نزع السلاح أو تخفيضه كانت أيسر مثال بعد الحرب العالمية الأولى عنها بعد الحرب العالمية الثانية ففي عام 1919 م فرضت بريطانيا وفرنسا المستعمرتان على ألمانيا القيصرية المهزومة وعلى شركائها في الحرب العالمية الأولى شروطا بالغة القسوة وردت في الباب الخامس من معاهدة صلح فرساي وفي الأبواب المقابلة لها في معاهدة الصلح الأخرى ، الموقعة مع النمسا والمجر وبلغاريا وكان من المتوقع بعد نزع سلاح ألمانيا وشركائها أن تشرع الدول الغربية أيضا في تخفيض تسليحها أو في إقصاء ترساناتها البرية والبحرية والجوية إلى الحد الأدنى الذي يتناسب مع أمنها القومي وتنفيذ التزاماتها الدولية بموجب عهد عصبة الأمم للحفاظ على السلم والأمن الدوليين. ولذلك نصت المادة 08 من عهدة عصبة الأمم في قيام مجلسها بإعداد الخطط الخاصة بتخفيض سلاح الدول الأعضاء وهذا في اعتبار الوضع الجغرافي والظروف المحلية لكل دولة. كما نصت المادة 9 من عهد عصبة الأمم على إنشاء لجنة دولية دائمة لتقديم المشورة لمجلس العصبة حول ما يتعلق بتطبيق هذه الأحكام والشؤون الحربية ولكن ظلت هذه الأحكام حبرا على ورق لتراخي الدول الكبرى في تخفيض سلاحها قبل الحصول على مزيد من الضمانات الأمنية². وهكذا ظل نشاط عصبة الأمم في مجال نزع السلاح وقتئذ شعار "التحكيم، الأمن ومن ثم نزع السلاح" أو ما يعبر عنه بالفرنسية بالكلمات الثلاثة التالية : (Arbitrage, Sécurité, Désarmement).

كانت هذه التجربة فاشلة ماثلة أمام واضعي ميثاق الأمم المتحدة عام 1945 م، في سان فرانسيسكو فلم يفرضوا نصوصا خاصة لموضوع نزع السلاح بل تناولوه بصفة تكاد تكون عارضة وثانوية في المادة 11 من هذا الميثاق عندما نص فيها على أن الجمعية العامة للأمم المتحدة أن تنظر في المبادئ العامة للتعاون في حفظ السلم والأمن الدوليين "بما في ذلك المبادئ المتعلقة بنزع السلاح وتنظيم التسليح" وأن عليها أن تتقدم بتوصياتها في هذا الصدد إلى الدول الأعضاء أو مجلس الأمن أو كليهما. وكذلك عندما تحدثت المادة 26 من نفس الميثاق عن الرغبة في إقامة السلم والأمن الدوليين وتوطيدهما "بأقل تحويل لموارد العالم البشرية والاقتصادية إلى ناحية التسليح" وحملت المادة المذكورة مجلس الأمن بمعاونة لجنة أركان الحرب المشار إليها بالمادة 47 مسؤولية وضع مخطط يعرض على الدول الأعضاء "لتنظيم التسليح"³. ومع ذلك فإن استخدام السلاح النووي لأول مرة في التاريخ في الحرب العالمية الثانية فتح آفاقا جديدة في موضوع نزع السلاح فانقسمت الحروب والأسلحة تبعا لذلك إلى تقليدية ونووية . فالأسلحة التقليدية هي كل الأسلحة التي كانت تستخدم قبل ظهور السلاح النووي مثال ذلك : المدافع والدبابات والطائرات والسفن الحربية وما إليها . أما الأسلحة النووية فهي كل سلاح يعتمد على الانشطار النووي لأحداث طاقة تفجيرية وتشمل القنابل الذرية

¹ .د. كمال حاد، النزاعات الدولية ، دراسة قانونية دولية في علم النزاعات، البار الوطنية للدراسات و النشر و التوزيع، ط1 1998،، ص 97.

² .د.وحيد رأفت، مستقبل الأمم المتحدة، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 31 لعام 1975، ص 40.

³ .د. وحيد رأفت، مستقبل الأمم المتحدة، المرجع السابق، ص 41.

والهيدروجينية والصواريخ المختلفة المدى الحاملة للرؤوس النووية. وأخيرا القنابل المدارية التي تطلق من أجهزة كالأقمار الصناعية التي تدور في الفضاء حول الكرة الأرضية والأجرام السماوية وبينما يرى البعض أن الأسلحة النووية أفقدت الأسلحة التقليدية أهميتها العسكرية ورغم قصور النصوص الخاصة بنزع السلاح في ميثاق هيئة الأمم المتحدة كان من الطبيعي أن تنهت هذه المنظمة العالمية الجديدة منذ البداية بهذين النوعين من التسليح، النووي والتقليدي.

أولا: الأمم المتحدة و نزع السلاح مند عام 1945 :

إن تأسيس الأمم المتحدة في سان فرانسيسكو في الشهور الأخيرة من الحرب العالمية الثانية في صيف عام 1945 يمثل بدء عصر جديد من العلاقات الدولية وقد جسد ميثاق الأمم المتحدة مبادئ هامة ووفر منبر لعدم تشجيع على الحرب كأداة للسياسة بين الدول.

وكان أول هذه المبادئ الالتزام ب"انقراض الأجيال اللاحقة من كوارث الحرب" وزيادة على ذلك فإن المنظمة العالمية أتاحت الفرصة ضمن إطار ميثاقها للدول الأعضاء لتطوير منبر جديد وأساليب جديدة وأجهزة دولية للتعاون سعيا لتحقيق هدف السلم والأمن الدوليين ومن أجل تحقيق هذا الهدف عهد الميثاق إن الجمعية العامة ومجلس الأمن بمسؤولية معالجة قضايا الحد من الأسلحة ونزع السلاح¹.

وبعد أيام قليلة فقط من التوقيع على الميثاق دخل العالم عصرا مثيرا جديدا هو -العصر- النووي- الذي كما اتضح فيما بعد وفر أبعادا " جديدة تماما لجميع محاولات البشر- وهكذا فإن الأمم المتحدة التي شكلت حديثا جابهت مشاكل سياسية عسكرية لم يسبق لها مثيل. وتخيل الميثاق الحد من الأسلحة ونزع السلاح كمنصرين في العملية التدريجية لإنشاء نظام أمن دولي. إلا أن التغييرات الجذرية التي طرأت نتيجة اكتشاف الطاقة النووية أضافت تشديدا جديدا على نزع السلاح في عالم السياسة والأمن الدوليين.

وبعد عدة شهور من إسقاط أول قنبلتين ذريتين على هيروشيما وناجاساكي، اتخذت الجمعية العامة للأمم المتحدة أول قرار لها يتصل بنزع السلاح وبالتحديد تعلق ذلك القرار بإنشاء لجنة أطلق عليها اسم اللجنة الدولية للطاقة التي وضعت اختصاصاتها بهدف ضمان القضاء على الأسلحة الدرية وجميع أسلحة التدمير الشامل الأخرى².

¹ د. عصام الدين بسيم، منظمة الأمم المتحدة، أكاديمية الشرطة، مجلة كلية الشرطة، ص 223 ود، سهيل حسين الفتلاوي، الأمم المتحدة "أهداف الأمم المتحدة ومبادئها"، الجزء الأول، ط1 2011م موسوعة المنظمات الدولية، 2، دار حامد للنشر والتوزيع، ص 199.

² والجدير بالذكر والملاحظة أن الجمعية العامة أنشأت لجنة الطاقة النووية بموجب قرار رقم 1 في 14 يناير 1946م من مندوبي الدول الأعضاء بمجلس الأمن وعددهم عند ذلك أحد عشر عضوا بالإضافة إلى مندوب كندا التي لم تكن وقتها عضوا في المجلس، بينما أنشأ مجلس الأمن من جانبه في 13 فبراير 1947 لجنة للأسلحة التقليدية شكلت بنفس الصورة وبناءا على اقتراح رئيس الولايات المتحدة الأمريكية هاري ترومان، وللمزيد أكثر حول الموضوع: انظر: د. رأفت وحيد، المرجع السابق، ص 42.

وعدم استخدام الطاقة الذرية، إلا للأغراض السلمية، ومنذ ذلك الحين، وخلال السنوات والجمعية العامة تتناول قضايا نزع السلاح مستخدمة مجموعة متنوعة من الهيئات والطرق والأساليب والنهج وكان من الصعب في أكثر الأوقات التوصل إلى الحلول السياسية الوسط التي تعد ضرورية لحل هذه القضايا كما أن النتائج المتحققة كانت تتسم غالباً بالتواضع.

وفي عام 1950 قررت الجمعية العامة للأمم المتحدة في قراراتها رقم 502 بتاريخ 11 يناير سنة 1952 إدماج لجنة الطاقة النووية ولجنة الأسلحة التقليدية، في لجنة واحدة عرفت بلجنة نزع السلاح شكلت من إحدى عشرة (11) عضواً يمثلون أعضاء مجلس الأمن وقتئذ، ثم انتهت إلى تمثيل جميع الدول الأعضاء في المنظمة الداعية وعددها وقتئذ يجاوز الخمسين، وانبثقت عنها لجنة فرعية عاملة اقتصر على ممثلي الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد السوفياتي (سابقاً) وبريطانيا وفرنسا، وكندا، عقدت عدة جلسات سرية ثم انفضت عام 1957 م دون أية نتيجة إيجابية¹.

وفي ظل ضالة التقدم المحرز بشأن وضع برنامج منسق شامل كان هناك مزيد من الزخم في أواخر الخمسينيات لإتباع "نهج جزئي" وكان يؤهل في أن تحقيق بعض الخطوات الأولية وعلى الرغم من أنها ستكون محدودة ستزيد من الثقة وستخلق جواً مواتياً لتطوير ذلك إلى اتفاقيات شاملة.

وانتقل العمل الجاد حول موضوع نزع السلاح أو تخفيضه من نيويورك إلى جنيف حيث اتفقت الدولتان الأعظم الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد السوفياتي سابقاً المصادقة على الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 ديسمبر 1961م على إنشاء لجنة خاصة لنزع السلاح من ممثلي 18 دولة روعي اختيارها من خمس دول غربية وخمسة من دول الكتلة الشرقية وثمانى دول غير منحازة، بدأت أعمالها في جنيف بالمقر الأوروبي للأمم المتحدة في 14 مارس 1962 م ثم غير اسمها إلى "لجنة مؤتمر نزع السلاح" وزيد عدد أعضائها إلى 26 يمثلون ثمانى دول غربية وثمانى دول من الكتلة الشرقية، وعشرة دول غير منحازة من بينها مصر. وأقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة هذا التشكيل الجديد في 16 ديسمبر 1969 م².

والجدير بالذكر والملاحظة أن جهود الأمم المتحدة ولجانها المختلفة أخفقت حتى الآن للتوصل إلى اتفاقية عامة وكاملة لنزع السلاح تشمل كافة الدول الأعضاء وجميع أنواع الأسلحة وذلك رغم البحث والمناقشات المستفيضة والقرارات العديدة الصادرة عن الجمعية العامة طوال السنوات الماضية، والتي دأبت على التعبير فيها عن الحاجة الملحة إلى تنظيم وتخفيض السلاح والقوات المسلحة للدول الأعضاء في وقت مبكر. وعلى ضرورة إقامة نظام

¹ د. بطرس بطرس غالي، الدور الجديد للأمين العام للأمم المتحدة في عالم ما بعد الحرب الباردة، مجلة السياسة الدولية، العدد 124 أبريل 1996،

ص 12.

² د. عبد المنعم المشاط، الأمم المتحدة ومفهوم الأمن الجماعي، مجلة السياسية الدولية، العدد 84، أبريل 1986، ص 93.

دولي للرقابة والتفتيش يتضمن تحريم الأسلحة النووية أو أسلحة التدمير الشامل وأحكام الرقابة على الطاقة النووية عموماً لضمان استخدامها في الأغراض السلمية وحدها وعلى اعتبار مشكلة نزع السلاح أو تخفيضه مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بقضية استقرار الأمن والسلم الدوليين كما أضحى الواجب على منظمة الأمم المتحدة إعطاء دفعة قوية لجهود نزع السلاح وبصفة خاصة السلاح النووي وهو ما قامت به بالفعل ولا تزال ويرجع ذلك إلى مساندة دول العالم الثالث والدول المحبة للسلام في الشرق والغرب¹.

وبحلول منتصف الستينات، أصبح من المسلم به على نطاق واسع أن نزع السلاح العام و الكامل ليس بالهدف الذي يمكن تحقيقه في أي فترة قصيرة أو محددة، وطوال الخمسة عشرة عاماً اللاحقة كان الاتجاه السائد متمثلاً بالتالي في اعتبار نزع السلاح العام بمثابة هدف نهائي وفي التركيز بشكل متزايد على الأهداف الجزئية².

وفيما يتعلق بالإجازات المحددة المعتمدة الأطراف تعد الفترة الممتدة من عام 1963 م إلى عام 1978 م فترة مثمرة بشكل واضح بيد أن التدابير التي تم التوصل إليها لم تكن كافية على الرغم من أهميتها. لكبح جماح سباق التسلح أو التخفيف من التهديد النووي.

فهي قد حالت دون وقوع بعض التطورات المستهجنة بصفة خاصة ولكنها لم تؤدي في معظم الحالات إلى تخفيضات كبيرة في أي من منظومات الأسلحة الرئيسية الهامة، ولقد قامت دول عدم الانحياز كرد فعل من جانبها على ما أسمته "عدم كفاية التقدم المحرز بشأن هذه القضايا الهامة" بمبادرة أدت إلى عقد دورة الجمعية العامة الاستثنائية الأولى المكرسة لنزع السلاح³.

وتركز الاهتمام باللجنة مؤتمر نزع السلاح في جنيف على :

أولاً : بعض النواحي الخاصة بالأسلحة التقليدية كتحريم صنع الأسلحة الكيماوية والبكتريولوجية (الجرثومية) واستخدامها والدعوة إلى تصفية القواعد العسكرية الأجنبية وتخفيض الميزانيات الحربية.

ثانياً : بعض التدابير الخاصة بالتسليح النووي لخطورته البالغة على السلام ومستقبل الحضارة الإنسانية. لذلك أمكن التوصل إلى عدة معاهدات في هذا الصدد أشير في دياجعة معظمها إلى أن الغرض من إبرامها هو التوصل بأقرب فرصة ممكنة إلى نزع السلاح العام الكامل تحت إشراف دولي دقيق تماشياً مع أهداف الولايات المتحدة⁴.

وعلى رأس هذه المعاهدات تلك الخاصة بالسلاح النووي :

¹ د. ديجي الشنخي، الأمم المتحدة ونزع السلاح، مجلة السياسة الدولية، العدد 84، أبريل 1986، ص 118، 119.

² د. كمال حماد، المرجع السابق، ص 105.

³ د. وحيد رأفت، مستقبل الأمم المتحدة، ص 44-45.

⁴ د. عبد الفتاح محمد إسماعيل، جهود الأمم المتحدة لنزع السلاح، ط 1 سنة 1972، دار النهضة العربية، ص 97.

1- معاهدة وقف وحظر التجارب النووية في الجو والفضاء الخارجي وتحت الماء الموقعة في موسكو في أوت 1963 م بين الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد السوفياتي سابقا، وبريطانيا، وبحضور السكرتير العام للأمم المتحدة والتي اعتبرت نافذة من 10 أكتوبر 1963م ووقعتها خلاف الدول الثلاث المذكورة أكثر من مائة دولة أخرى بينما امتنعت عن توقيعها حتى الآن دولتان ذريتان كبيرتان هما فرنسا والصين الشعبية وذلك بالرغم من مناشدة الجمعية العامة لجميع الدول الأعضاء الانضمام إلى هذه المعاهدة و الالتزام بأحكامها نصا وروحا. علما أنها لا تسري على التفجيرات الجوفية أي التي تجري تحت الأرض.

2- معاهدة الحد من انتشار الأسلحة النووية أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 12 جوان 1968م وعرضت للتوقيع اعتبارا من أول جويلية من نفس العام ، ووقعتها أكثر من 80 دولة رغم تخوف بعض الحكومات من آثارها في تجميد وتثبيت الاحتكار النووي الحالي.

يجب الإشارة كذلك إلى قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة في عام 1963 بحظر وضع الأسلحة النووية أو أي من أنواع أسلحة الدمار الشامل في الأجسام التي تدور حول الأرض كالأقمار الصناعية أو على سطح الأجرام السماوية ذاتها، أو في الفضاء الخارجي بأي وسيلة أخرى¹.

وعلاوة على ذلك قامت الجمعية العامة للأمم المتحدة في استحداث المجلس الاستشاري للدراسات الخاصة بنزع السلاح عام 1978 م، ومعهد الأمم المتحدة للبحوث الخاصة بنزع السلاح وهو مؤسسة مستقلة في إطار الأمم المتحدة عام 1979 م كما يجب الإشارة إلى إدارة شؤون نزع السلاح وهي من أجهزة الأمانة العامة للمنظمة الدولية، ويرأسها أحد مساعدي الأمين العام لمنظمة الأمم المتحدة سنة 1983 م، وبجانب هذا وذاك هناك اللجنة، الخاصة بالمؤتمر العالمي لنزع السلاح يضاف إلى ما سبق قيام الجمعية العامة بعقد دورتين استثنائيتين كرستها لمسألة نزع السلاح وعقدت هاتان الدورتان في عاين 1978 م و 1982 وقد صدر عن هاتان الدورتان وثيقة ختامية وتعتبر هاتان الوثيقتان من الوثائق الدولية الهامة بما تحويانه من مبادئ وبرامج².

وعليه فإن الشغل الشاغل لمؤتمر نزع السلاح ما فتئ ممثلا خلال العقد الأخير في التفاوض بشأن فرض حظر شامل على الأسلحة النووية وجدول أعمال هذا المؤتمر يتضمن أيضا كثيرا من المسائل المعقدة الأخرى. وذلك مثل حظر التجارب النووية، ووقف سباق التسلح النووي ونزع السلاح النووية منع نشوب حرب نووية، مما يشمل كافة المسائل ذات الصلة ، ومنع قيام سباق للتسلح في الفضاء الخارجي، والحيلولة دون ظهور أنواع جديدة من أسلحة التدمير الشامل أو منظومات جديدة من هذه الأسلحة.

¹ .د. يحيى الشبيبي، الأمم المتحدة ونزع السلاح، المرجع السابق، ص 118.

² .د. يحيى الشبيبي، الأمم المتحدة ونزع السلاح، المرجع السابق، ص 118-119.

وفيا بين عام 1986 م و 1988 م قامت الجمعية العامة تسليما منها بالأهمية المتزايدة لتحديد الأسلحة ونزع السلاح على الصعيدين الإقليمي ودون الإقليمي بإنشاء ثلاث مراكز إقليمية لتوفير دعم تقني بما تظطلع¹ به الدول الأعضاء من مبادرات وأنشطة ترمي إلى بناء الثقة المتبادلة وتحقيق الأمن بكل منطقة من مناطق هذه المراكز وتشجيع الحد من الأسلحة ونزع السلاح وقد أنشئ المركز الإقليمي للسلم ونزع السلاح في إفريقيا وموقعه "لومية" في توغو في عام 1986 م. كما أنشئ المركز الإقليمي للسلم ونزع السلاح والتنمية في أمريكا اللاتينية ومنطقة البحر الكاريبي. وموقعه " ليا في البيرو" وفي عام 1987 م وكذلك أنشئ المركز الإقليمي للسلم ونزع

السلاح في آسيا ومنطقة المحيط الهادئ وموقعة كاثماندو في نيبال في عام 1988 م. وعلى الرغم من الجهود الكبيرة التي بذلتها وتبدلها المنظمة الدولية في مجال الحد من التسليح إلا أن نتائج هذه الجهود وما أسفر عنها لم تزل محدودة وغير كافية عن إبعاد شبح الحرب النووية وعن توفير الأمن القومي للدول وتعزيز الأمن الدولي، وإحراز تحول في الموارد البشرية والاقتصادية المكدسة للجهود الحربي إلى الإنماء الاقتصادي والاجتماعي ومعالجة مشاكل التخلف وسوء التنمية في العالم وبصفة خاصة الدول النامية والمتخلفة.

والجدير بالذكر والملاحظة أنه مازالت هناك قرابة 50.000 سلاحا نوويا موزعة في شتى أنحاء العالم وهي تكفي لتدمير هذا العالم مرات عديدة، والأسلحة النووية لم تستخدم بالفعل منذ عام 1945م كما أن التغيرات الأساسية التي تحدث في أوروبا وفي مجال العلاقات بين الدولتين العظمتين تقلل التخوف من حدوث مواجهة نووية بيد أن التكاثر النووي وكان أخرها ظهور الهند وباكستان كدولتين نوويتين بالإضافة إلى إسرائيل والتي امتلكت القدرة النووية منذ الستينات ، يعتبر في أكثر الأحيان خطرا مستمرا ومن الملاحظة أن احتمال استخدام الأسلحة النووية بقصد أو بغير قصد مازال مبعث قلق كبير لدى المجتمع الدولي. وما حادث التسرب النووي في مفاعل شرنوبل في الاتحاد السوفياتي سابقا ومفاعل اليابان عام 1999 إلا أكبر دليل على خطورة هذه الأسلحة².

ومن خلال ما تم ذكره فإن عالم اليوم يشهد متناقضات محيرة، فالأسلحة تنتج في الدول الغنية لتباع في الدول الفقيرة محققة أرباحا عالية هذه الدول الغنية ذاتها تنفق مبالغ طائلة لإغاثة ضحايا الحروب التي ساعدت في اندلاعها بإنتاجها لهذه الأسلحة وتوفيرها للأطراف المتنازعة، وهي تنفق أيضا مبالغ كبيرة أخرى في إزالة الألغام التي أنتجتها وابعثها من الأراضي التي استهدفت هذه لإلغاء تدميرها.

¹ .د.كجال حاد، المرجع السابق، ص 107، 108.

² . حدث تسرب من المفاعل النووي شرنوبل في الاتحاد السوفيتي سابقا وآخر في أحد المفاعلات النووية في اليابان أدت إلى وقوع ضحايا من مواطني الدولتين. كما تشير التقارير أن مفاعل ديمونا في إسرائيل هو الآخر معرض لحالات التسرب النووي، وللزيد أكثر حول الموضوع، انظر ، د.سهيل حسين الفتلاوي، الأمم المتحدة "أهداف الأمم المتحدة ومبادئها"، الجزء الأول، موسوعة المنظمات الدولية، (2) دار الحامد للنشر- والتوزيع، الطبعة الأولى 2011ص 201.

وهذه كلها أبعاد لنمط أشمل مثير للقلق وهو الاتجاه المتزايد لدى المجتمع الدولي للسباح للمنازعات بالاستمرار إلى أن تصل إلى مرحلة الدمار الكامل ثم إنفاق مبالغ طائلة وكميات ضخمة من المعدات وأعداد غفيرة من الأفراد لإعادة الأوضاع الطبيعية وهو ما يتطلب إنفاق مبالغ تزيد عن مئات أضعاف عن تكلفة التدخل المبكر واستخدام وسائل الدبلوماسية الوقائية.

وعليه فإن جهود منظمة الأمم المتحدة من أجل الحد من التسلح ونزع السلاح وما أسفرت عنه من نتائج هي جهود ونتائج موفقة وهي أول الغيث وليست منتهاه وغايته، وذلك أن سباق التسلح وما وصل إليه العلم من تكنولوجيا متقدمة ونظريات علمية حديثة وما تقدم عليه الدول الكبرى من أبحاث لتطوير هذه النظريات العلمية تلك التكنولوجيات المتطورة في الأغراض العسكرية يسبق جهود منظمة الأمم المتحدة بحيث تبعد المسافة بينها كل يوم.

وأصبح هذا السباق مع الزمن لصالح سباق التسلح وبحيث تبدو نجاحات المنظمة الدولية متواضعة وليت الأمر يقف عند هذا الحد بل أن هذا القدر المتواضع يحتاج إلى أساليب فرض احترامه والرأي الذي اعتقد أنه الصواب أن السبيل إلى ذلك هو التوصل إلى إجراءات بناء الثقة¹ وبعبارة أخرى أن النجاحات الأمم المتحدة في ميدان الحد من التسلح يؤخذ عليها أمرين: أنها لا تلاحق سباق التسلح وأن هذا القدر من النجاح يحتاج إلى أساليب فرض احترامه، ولن يتحقق هذا إلا بالتوصل إلى إجراءات بناء الثقة.

ثانيا : لجان ومؤتمرات نزع السلاح

كان أول قرار أصدرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 24 فبراير 1946 م يتعلق بنزع السلاح فقد قررت إنشاء لجنة الطاقة الذرية وعهدت إليها بمهمة تقويم مقترحات إلى مجلس الأمن لضمان عدم استخدام الطاقة الذرية وغيرها من استخدام أسلحة الدمار الشامل وفي 13 فبراير 1947 أنشأ مجلس الأمن لجنة الأسلحة التقليدية مهمتها تقديم مقترحات حول خفض العام للتسليح والقوات العسكرية ووضع وسائل عملية فاعلة للرقابة².

لكن الخلافات بين الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد السوفياتي السابق حول تصور كل منها لسبل منهج معالجة هذه القضايا وتصاعد الحرب الباردة بينها بصفة عامة أدت إلى تجميد عمل اللجنتين تماما³. وقد قررت الجمعية العامة في 1952م إنشاء لجنة واحدة تقوم بمهام اللجنتين معا وهي لجنة نزع السلاح وسبق الحديث عنها في المطلب السابق من هذا الفصل وهذه الأخيرة كلفت بمهمة اقتراح مشروعات ومعااهدات من أجل: التخفيض المتبادل في كل فروع القوات المسلحة والحد من جميع أنواع الأسلحة والرقابة عليها ووضع نظام

¹ د. يحيى الشيمي، الأمم المتحدة ونزع السلاح، المرجع السابق، ص 120.

² د إبراهيم العناني، النظام الدولي الأمني، القاهرة، 1997، ص 51.

³ د. حسن نافعة، الأمم المتحدة في نصف قرن، دراسة في تطور التنظيم الدولي منذ 1945، سلسلة عالم المعرفة، 202، أكتوبر 1995، ص 202.

دولي للرقابة الفعالة على الأسلحة النووية من اجل حضر- الإنتاج للسلاح النووي وضمان استخدام الطاقة النووية فقط للإغراض السلمية والتخلص من كافة أسلحة الدمار الشامل.

وفي بداية الستينيات من القرن الماضي تم الاتفاق بين الولايات المتحدة والاتحاد السوفياتي السابق على تشكيل " لجنة العشرة" لنزع السلاح ثم تحولت هذه اللجنة إلى لجنة الثماني عشر- (1962م-1969م) ثم تقرر زيادة العدد الأعضاء إلى 26 عضو في 1969 م وتغيير اسم اللجنة إلى مؤتمر نزع السلاح وفي عام 1975 م تمت زيادة عدد الدول الأعضاء إلى 31 دولة وتغير اسمها مرة أخرى إلى لجنة نزع السلاح وقد تمكنت هذه الآليات التفاوضية من تنشيط الجهود وتوقيع عدد الاتفاقيات الدولية حول نزع السلاح.¹

وفي دورتها العاشرة عام 1978، قررت الجمعية العامة للأمم المتحدة أن يصبح مؤتمر نزع السلاح ومقره جنيف هو المنبر الوحيد للمفاوضات متعددة الأطراف حول نزع السلاح وقد أصبح هذا المؤتمر هو الامتداد الطبيعي للجنة العشرة ثم لجنة الثمانية عشر لمؤتمر نزع السلاح وبدأ أعماله عام 1979 م من حيث انتهت أعماله الأطر التفاوضية السابقة، ولا يعتبر هذا المؤتمر أحد الفروع الثانوية للأمم المتحدة ولكنه يرتبط بها بعلاقة فريدة إذ يتعين عليه أن يأخذ في الاعتبار توصيات الجمعية العامة وأن يرفع إليها تقريراً سنوياً كما أن الأمين العام للأمم المتحدة هو الذي يعين السكرتير العام لمؤتمر نزع السلاح بعد التشاور مع أعضاء المؤتمر والذي يتحدث باعتباره ممثله الشخصي.²

وبالإضافة إلى مؤتمر نزع السلاح " C.D" الذي يعد الإطار الرئيسي- لمناقشة ودراسة كافة المسائل المتعلقة بنزع السلاح وهناك هياكل أخرى في إطار الجمعية العامة للأمم المتحدة تتمثل فيما يلي:³

1- اللجنة الأولى وهي إحدى اللجان الرئيسية السبعة للجمعية العامة للأمم المتحدة والتي تناقش فيها القضايا السياسية والأمنية وفي مقدمتها قضايا نزع السلاح.

2- لجنة نزع السلاح والتي قررت الجمعية العامة في دورتها الخاصة العاشر إحياءها والمكلفة ضمن المهام الأخرى بمتابعة ما يتخذ من قرارات في دورات الجمعية العامة المختصة بنزع السلاح وهي شأنها شأن اللجنة الأولى تتكون من جميع الدول الأعضاء وقد وضعت هذه اللجنة برنامج شامل للوصول إلى نزع السلاح على مراحل متعاقبة يمكن تلخيص أهم ملاحظه فيما يلي :

أ- إجراءات نزع السلاح بالنسبة للأسلحة الذرية وغيرها من أسلحة الدمار الشامل والأسلحة الاتفاقيه و القوات المسلحة والنفقات العسكرية والتي تدعو في مجموعها إلى وقفها أو الإقلال من حجمها مع النص على ضرورة التوصل إلى وسائل لتمحيص ذلك وهو أمر صعب جدا.

¹ .د. حسن نافعة، إصلاح الأمم المتحدة في ضوء المسيرة المتعثرة لتنظيم الدولي، مكتبة مدبولي، ط1 ، ص 128 .

² .د. حسن نافعة، الأمم المتحدة في نصف قرن، المرجع السابق ، ص 203.

³ .د. حسن نافعة، المرجع السابق، ص 203-204.

ب- نظرا للعلاقة الوثيقة بين نزع السلاح والتنمية فقد أوصت اللجنة باتخاذ إجراءات لازمة لضمان أن نزع السلاح سيزترتب عليه ضرورة تحقيق مساهمة فعالة في مجال التنمية الاجتماعية والاقتصادية في سبيل تحقيق نظام اقتصادي عالمي جديد .

ج- أخيرا أوصت اللجنة نظرا للعلاقة الوثيقة بين نزع السلاح وتحقيق السلم والأمن الدولي بضرورة حل النزاعات حلا سلميا مع الأخذ في الاعتبار ما ينص عليه ميثاق الأمم المتحدة¹.

3- اللجان الخاصة والتي تشكل بغرض القيام بمهمة محددة

4- معهد الأمم المتحدة لأبحاث نزع السلاح "UNIDIR" والذي يقوم بإجراءات أبحاث مستقلة حول قضايا نزع السلاح.

5- إدارة الأمم المتحدة لشؤون نزع السلاح.

6- المجلس الاستشاري لدراسات نزع السلاح ويتكون من 20-25 شخصية دولية مرموقة لتقديم المشورة إلى الأمين العام ويعمل كمجلس أمناء لمعهد أبحاث نزع السلاح.

وقد عقدت الجمعية العامة عدد من الدورات الخاصة لمناقشة نزع السلاح ومنها دورة عام 1978 ودورة عام 1982 م ودورة عام 1988م وقد تراوحت حصيلتها حسب طبيعة المناخ الدولي السائد وقت انعقادها² وتجدر الإشارة إلى أن برنامج العمل الذي تضمنته الوثيقة الصادرة عن الدورة الخاصة الأولى قد نص على عدد من الأولويات تمثلت في التفاوض حول الموضوعات التالية³ :

1- الأسلحة النووية

2- الأسلحة الكيماوية

3- أسلحة الدمار الشامل الأخرى

4- الأسلحة التقليدية

5- خفض ميزانيات التسلح

6- خفض القوات المسلحة

7- نزع السلاح والتنمية

¹ د. أحمد أبو الوفا، منظمة الأمم المتحدة والمنظمات المتخصصة والإقليمية "مع دراسة خاصة لمنظمة التجارة العالمية" دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 42.

² وهذا ما يبين الدور الذي تلعبه الاعتبارات السياسية وميزان القوى الدولية في تحديد الاتجاه العام لنزع السلاح وتنظيم التسلح

³ sur serge «Désarmement et droit international », www.afri-ct.org/article.php?id-article=1643.visitez le site :le 13/09/2012.

8- نزع السلاح والأمن الدولي

9- الإجراءات الموازية أو المكملة وإجراءات بناء الثقة ووسائل التحقيق والرقابة الدولية الفعالة

10- برنامج نزع السلاح تحت رقابة دولية فعالة

الواقع أن الأمم المتحدة بذلت جهوداً كبيرة لوقف سباق التسلح وتخفيض الأسلحة وظلت منبرا دائما للمناقشات والمفاوضات التي تدور حول هذا الموضوع ومصدرا للدراسات العلمية الجادة التي أجريت حول آثار الأسلحة النووية وغيرها من أسلحة الدمار الشامل وحول الميزانيات العسكرية والآثار الاقتصادية لسباق التسلح¹ وقد أسفرت تلك الجهود عن إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية الثنائية ومتعددة الأطراف في مجال نزع السلاح.

ثالثا : اتفاقيات نزع السلاح

احتلت قضية نزع السلاح مكانا رئيسيا من نشاط الأمم المتحدة منذ نشأتها² فقد أكدت العديد من القرارات الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة إن مشكلة نزع السلاح تعد أهم المشاكل التي تواجه العالم ودعت الدول إلى بدل كل الجهود الكفيلة لوضع حل لهذه المشكلة كما عقدت اتفاقيات دولية عديدة في مجال نزع السلاح مما يترتب على الدول الأعضاء في هذه الاتفاقيات التزاما ببذل الجهود الممكنة لنزع السلاح والملاحظ أن معظم الاتفاقيات السياسية الكبرى في مرحلة ما بعد الحرب العالمية الثانية وكذلك بفعل معاهدات السلام لها علاقة بموضوع نزع السلاح ونذكر من هذه الاتفاقيات ما يلي³ :

1-النظام الأساسي للوكالة الدولية للطاقة الذرية(1956م)

2-الاتفاقية الخاصة بآنتاركتيك (1959م)

3-اتفاقية حظر الجزئي للتجارب النووية(1963م)

4-اتفاقية حول الفضاء الخارجي(1967م)

5-اتفاقية إخلاء منطقة أمريكا اللاتينية والكاريبي من الأسلحة النووية/ معاهدة تلاتيلوكو (1967م)

6-اتفاقية حظر انتشار الأسلحة النووية NPT (1968م)

7-اتفاقية حول حظر وضع أسلحة نووية أو أية أسلحة دمار شامل في قاع البحر(1971م)

8-اتفاقية حول حظر الأسلحة البيولوجية (1972م)

¹ د. السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المبادئ العامة في القانون الدولي المعاصر، دار النهضة العربية، ص 195.
² د. عبد الفتاح محمد إسماعيل، جهود الأمم المتحدة لنزع السلاح، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 1972، ص 360.
³ د. عبد الرحمن عبد العال "الدبلوماسية المصرية وقضايا نزع السلاح في الأمم المتحدة" (1981-1988)، مجلة سياسية دولية، عدد 144، أبريل 2001، ص 40.

- 9-الاتفاق المنظم حول لأنشطة الدول على سطح القمر والإجرام السماوية الأخرى(1979م)
 - 10-اتفاقية حول حظر أنواع من الأسلحة التي تلحق أضرار بالإنسان يصعب اكتشافها (1981م)
 - 11-اتفاقية إخلاء منطقة جنوب المحيط الهادي من الأسلحة النووية "معاهدة راروتوكا (1985)"
 - 12-اتفاقية إزالة الصواريخ ذات المدى المتوسط والقصير (1987م).
 - 13-اتفاقية الحد من الأسلحة التقليدية في أوروبا (1990م).
 - 14-اتفاقية ستارت الأولى (1991م) وستارت الثانية (1993م) بين الولايات المتحدة والاتحاد السوفياتي حول تقليص الأسلحة الهجومية الإستراتيجية.
 - 15-اتفاقية حول إزالة التخلص من الأسلحة الكيميائية (1993م).
 - 16-اتفاقية حظر إنتاج وتخزين واستخدام الأسلحة الكيميائية (1993م)
 - 17-التمديد النهائي لمعاهدة عدم انتشار الأسلحة النووية (1995م)
 - 18-اتفاقية إخلاء منطقة جنوب شرق آسيا من السلاح النووي "معاهدة بانكوك (1995م)".
 - 19-اتفاقية منع وتقييد الأسلحة التقليدية المحددة (1996م) والبروتوكولات الملحق بها.
 - 20-اتفاقية إخلاء القارة الإفريقية من الأسلحة النووية "معاهدة بليندايا (1996م)"
 - 21-اتفاقية الحظر الشامل للتجارب النووية (1996م).
 - 22-اتفاقية أوتاوا "للحد من استخدام وإنتاج وتخزين الألغام المستخدمة ضد الأشخاص (1997م)".
 - 23-اتفاقية البلدان الأمريكية بشأن حيازة الأسلحة التقليدية (1999م).
 - 24-اتفاقية حول مراقبة الأسلحة وإجراءات التسليح "معاهدات المسارات المفتوحة (2001)".
 - 25-البروتوكول الخامس لمعاهدة الأمم المتحدة بشأن مخلفات الأسلحة القابلة للانفجار (2003)
 - 26-اتفاقية بشأن برنامج عمل الأمم المتحدة الخاص بالأسلحة الصغيرة (2005).
- وإلى جانب هذه الاتفاقيات متعددة الأطراف هناك عدد من الاتفاقيات الثنائية مثال ذلك:

اتفاقية سالت الأولى (1972)، واتفاقية سالت الثانية لعام (1979) بين الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد السوفياتي سابقا.

ومن جهتها أصدرت محكمة العدل الدولية عام 1996 م رأيا استشاريا خاصا "بالأسلحة النووية يتعلق بمدى اعتبار أن استخدام الأسلحة النووية يشمل خرقا لأحكام القانون الدولي للبيئة وبصفة خاصة البروتوكول الإضافي الأول لسنة 1977م الملحق باتفاقيات جنيف لسنة 1949م، وخلصت المحكمة في رأيا

الاستشاري إلى أن الحفاظ على البيئة هو التزام دولي ينبغي على جميع الدول أن تأخذه بعين الاعتبار عند دراسة واتخاذ قرار بشأن استخدام الأسلحة النووية من عدمه¹.

وقررت المحكمة بإجماع الأصوات أنه "يجب أن يكون التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها متماشيا مع مقتضيات القانون الدولي الواجب التطبيق في أوقات النزاع المسلح، ولا سيما مقتضيات مبادئ القانون الدولي الإنساني وقواعده، وكذلك مع الالتزامات الناشئة عن المعاهدات والتعهدات الأخرى التي تتناول صراحة الأسلحة النووية".

وانتهت المحكمة إلى أن "التهديد بالأسلحة النووية أو استخدامها مخالف بصورة عامة لقواعد القانون الدولي المطبقة في أوقات النزاع المسلح، وخاصة مبادئ القانون الدولي الإنساني وقواعده"².

غير أن جهود الأمم المتحدة في مجال نزع السلاح تأثرت بسبب سعي الدول الكبرى إلى تسييس هذه الجهود لتقييد القدرات العسكرية لبلدان العالم الثالث تحت غطاء من المشروعية الدولية، فضلا عن تكريس احتكارها للتكنولوجيا المتقدمة للسلاح³.

وقد أعلنت الأمم المتحدة عقد السبعينات من القرن العشرين عقدا لنزع السلاح، ومع ذلك ظل السباق نحو التسليح ملازما للنظام الدولي وبلغ حجم الإنفاق العسكري للحكومات عام 1988 نحو 1.03 تريليون دولار. ثم تراجع النفقات العسكرية العالمية عقب انتهاء الحرب الباردة، ومنذ بداية القرن الحالي ارتفعت هذه النفقات وسجل التسليح العالمي في عام 2006 رقما قياسيا جديدا بلغ حوالي 1.06 تريليون دولار⁴ حسب منظمة أوكسفام الدولية للإغاثة.

رابعا: جهود الأمم المتحدة لمنع انتشار الأسلحة النووية.

تجدد الإشارة بداية إلى أن أسلحة الدمار الشامل لا تقتصر فقط على الأسلحة النووية فهناك أسلحة أخرى فتاك مثل الأسلحة الذرية، والإستراتيجية والكيميائية والبيولوجية والجرثومية⁵.

¹ د. بلفضل محمد، المسؤولية الدولية الناتجة عن الأضرار البيئية في الأنظمة الوطنية و الاتفاقية، أطروحة دكتوراه في القانون العام جامعة وهران، كلية الحقوق، قسم القانون العام 2011، 2012، ص 03-02.

² د. محمد حمادي محمود، حيازة واستخدام الأسلحة النووية في ضوء أحكام القانون الدولي، جامعة حلوان، القاهرة، ص 39 و 96.

³ د. عبد الرحمن عبد العال، الدبلوماسية المصرية وقضايا نزع السلاح في الأمم المتحدة، مجلة السياسة الدولية العدد 144، أبريل 2001، ص 40.

⁴ جريدة السفير اللبنانية، 2006/09/23، على الموقع الإلكتروني

02/09/2012 :le site vizitez www.assafir.com/iso/todox/world/2440.html

⁵ يتخيم السلاح الذري (القفلة الذرية)، عن السلاح النووي (القفلة الهيدروجينية)، بكون الأول يستخدم مفاعل انشطار والثاني مفاعل التحام، والقفلة الذرية التي أقيمت على هيروشيما في 6 أغسطس عام 1945 م كانت تساوي بقوتها 14 ألف طن من مادة TNT. أما القفلة الهيدروجينية فإن قوتها التفجيرية غير محدودة وتحسب بملايين الأطنان من TNT وليس بالآلاف أما بالنسبة لآثار الموت التي تحدثها هذه القنابل فإنها ليست

وقد بدلت محاولات كثيرة على الصعيد الثنائي و متعدد الأطراف للحد من التسليح النووي، كما أبرمت عدة اتفاقيات لإنشاء مناطق خالية من السلاح النووي في مناطق عدة من العالم. غير أن المحاولات الأولى لنزع السلاح النووي فشلت حيث أعلنت لجنة الطاقة الذرية التابعة للأمم المتحدة في ربيع عام 1948 م أنها وصلت إلى طريق مسدود بعد سنتين من العمل بشأن الاتفاق على مقترح إنشاء نظام دولي للرقابة على المنشآت النووية المدنية يسمح بالتفتيش النووي، وكان التناقض بين الموقفين الأمريكي والسوفيياتي هو سبب فشل هذه المحاولات فبينما رأى الأمريكيون إنشاء نظام إدارة دولية للمنشآت النووية قبل التخلص من قنابلهم الذرية، كان الروس يريدون نزع السلاح النووي ثم بعد ذلك إقامة نظام الضمانات¹. ودخل العالم بعد ذلك سباق الرعب النووي أسفر عما سمي بالنادي النووي².

وأدى إلى ولادة ما وصفه البعض بالسلام بواسطة الخوف *la paix par la peur* أو بواسطة توازن الرعب القائم على إستراتيجية الردع ومراقبة التسليح وبعد ذلك جاءت معاهدة حظر انتشار الأسلحة النووية (NPT) التي وقعت سنة 1968م ، ودخلت حيز التنفيذ سنة 1970م وكانت بمثابة تأسيس لنظام عالمي لعدم انتشار هذه الأسلحة³.

و يمكن القول بأن الأمم المتحدة كان من أولوياتها أيضا خلال الحرب الباردة الحرص واتخاذ تدابير فعالة لمنع نشوب حرب نووية وحث الدول النووية على عدم المبادأة باستعمال الأسلحة النووية من خلال التأكيد على أنه لا يمكن الانتصار في الحرب النووية ويجب ألا تخاض أبدا⁴.

فقط ميكانيكية وإنما أيضا حرارية وإشعاعية، للزبد أكثر حول الموضوع، انظر : د، دانيال كولار، العلاقات الدولية: ترجمة خضر- حضر، دار الطليعة للطباعة والنشر، بيروت، 1985م، ص 97-98.

¹ .د. فوزي حاد، منع الانتشار النووي الجذور والمعاهدة، م السياسة الدولية عدد 120 أبريل، 1995، ص 51.

² . يطلق النادي النووي على الدول التي أجرت تفجيرات نووية قبل عام 1968م هي

- الولايات المتحدة الأمريكية : فجرت أول قنبلة ذرية تجريبية في صحراء نيو ميكسيكو بتاريخ 16-07-1945 وأول قنبلة هيدروجينية بتاريخ 31-10-1952

- الاتحاد السوفيياتي : فجر أول قنبلة ذرية في سيبيريا بتاريخ 14-07-1949 وأول هيدروجينية بتاريخ 12 أغسطس 1953.

- بريطانيا : فجرت أول قنبلة ذرية بتاريخ 13-02-1952 وأول قنبلة هيدروجينية بتاريخ 15-08-1957.

- فرنسا : فجرت أول قنبلة ذرية بتاريخ 13-02-1960 وأول قنبلة هيدروجينية في يوليو 1968.

- الصين : فجرت أول قنبلة ذرية بتاريخ 16-10-1964 وأول قنبلة هيدروجينية بتاريخ 17-06-1967، للزبد أكثر حول الموضوع، انظر : دانيال كولار، العلاقات الدولية، المرجع السابق، ص 97-98.

وهناك دول أخرى أجرت تجارب نووية وهي الهند (1998) وباكستان (1998)، كما تشير التقارير إلى امتلاك إسرائيل للسلاح النووي خاصة بعدما اعترف الفقيه النووي الإسرائيلي " فانونو " عام 1986 بامتلاك إسرائيل لهذا السلاح

³ . Raymond Aron, paix et guerre entre les nations, calamanlevy, France, paris, 1962, p 623.

⁴ .د. محمود فوزي محمود، حيازة واستخدام الأسلحة النووية في ضوء أحكام القانون الدولي، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، القاهرة، 2005، ص

أ-معاهدة حظر انتشار الأسلحة النووية

تعد معاهدة حظر انتشار الأسلحة النووية الركيزة الأساسية للجهود الدولية للحد من الأسلحة النووية¹ ويقصد بحظر انتشار الأسلحة النووية منع أي زيادة في عدد الأسلحة الذرية التي في حوزة الدول المالكة للسلاح النووي (وهو ما يسمى بالانتشار الرأسي) أو تصنيع السلاح النووي أو الحصول عليه بواسطة الدول غير المالكة لهذا السلاح أي زيادة عدد الدول التي تملك أسلحة نووية (وهو ما يسمى بالانتشار الأفقي).²

وبعد ثلاث سنوات من المفاوضات داخل اللجنة الفرعية التي شكلتها لجنة نزع السلاح التابعة للجمعية العامة للأمم المتحدة، تم توقيع على معاهدة منع انتشار الأسلحة النووية في أول جوان 1968م، ودخلت حيزا النفاذ في 05 مارس 1970م³، وقد ضمت اللجنة الفرعية التي تولت عملية المفاوضات كلا من الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد السوفياتي والمكسيك والبرازيل والهند ومصر وبورما والحبشة ونيجيريا والسويد، وتقدمت الدول غير المالكة للسلاح النووي بمطالب لتضمينها في مشروع المعاهدة التي وضعتها الولايات المتحدة والاتحاد السوفياتي وتتلخص فيما يلي⁴:

- 1-التوازن بين تعهدات والتزامات الدول النووية وغير النووية.
- 2-اتخاذ خطوات ملموسة نحو نزع السلاح النووي مثال ذلك: إيقاف إنتاج المواد الانشطارية لأغراض التسليح، وإيقاف إنتاج الأسلحة النووية، ثم تخفيضها وأخيرا تدميرها.
- 3-المنع الشامل للاختبارات النووية.
- 4-ضمانات لأمن الدول غير النووية.
- 5-الاستفادة من التطبيقات النووية السلمية في التنمية التكنولوجية والاقتصادية.

وقد رفضت الدول النووية تضمين أي من هذه المطالب في مشروع المعاهدة، غير أن دول عدم الانحياز استطاعت إدخال فقرتين في مشروع المعاهدة وهما: فقرة مؤتمرات المراجعة كل خمس سنوات لاستعراض سير المعاهدة بغية التأكد من أن أهداف الديباجة وأحكام المعاهدة توضع موضع التنفيذ وفقرة أخرى تنص على أنه بعد خمس وعشرين سنة من نفاذ المعاهدة يعقد مؤتمر للبحث في استمرار نفاذها إلى أجل غير مسمى أو لفترة واحدة أو لفترة محددة، ويكون هذا القرار بأغلبية الأطراف وتتكون المعاهدة من ديباجة وإحدى عشرة مادة، ونصت الديباجة على بذل كافة الجهود الممكنة لتفادي حرب نووية، وأن انتشار الأسلحة النووية يزيد كثيرا من

¹ د فوزي حجاد، منع الانتشار النووي، الجذور والمعاهدة، مرجع سابق، ص 52.

² نفس المرجع السابق، ص 52-53.

³ تضم معاهدة حظر انتشار الأسلحة النووية حاليا 189 عضوا أي مجمل دول العالم تقريبا، ولكن الهند وباكستان وإسرائيل لم تنضم إلى هذه المعاهدة، وهو ما مكبها من بناء ترسانتها النووية دون الإخلال بالتزاماتها.

⁴ د. فوزي حجاد منع الانتشار النووي: الجذور والمعاهدة، مرجع سابق، ص 54.

خطر حرب نووية، كما أكدت على وجوب إتاحة الاستفادة للدول الأطراف في المعاهدة من التطبيقات السلمية للتقنية النووية للأغراض السلمية وتطويرها ففي إطار نظام الضمانات الذي وضعته الوكالة الدولية للطاقة الذرية. ونصت الدياجة كذلك على وقف سباق التسلح النووي في أقرب وقت ممكن، واتخاذ التدابير اللازمة لنزع السلاح النووي¹.

ووفقا لنصوص المعاهدة تتعهد الدول الغير النووية بعدم قبول أي نقل لأسلحة نووية أو أجهزة متفجرات نووية أخرى. أو سيطرة مباشرة أو غير مباشرة على الأسلحة أو أجهزة كمنك، ومن أي دولة سواء كانت طرفا أو غير طرف في المعاهدة، كما تتعهد أيضا بالأ تصنيع أسلحة نووية أو أجهزة متفجرات نووية وبأن لا تقتنيتها أو تتلقى أي مساعدة من أجل صنع أسلحة نووية أو أجهزة متفجرات نووية أخرى (انظر المادة الثانية)، وتخضع هذه التعهدات للرقابة من خلال نظام الضمانات الشامل للوكالة الدولية الذي يجب أن تنضم إليه للتحقق من الوفاء بهذه الالتزامات² (أنظر المادة الثالثة).

أما الدول النووية فإنها تتعهد بعدم نقل تسلّم أي مستلم (سواء أكان طرفا أو غير طرفا) أي أسلحة نووية أو أجهزة متفجرات نووية أو أي سيطرة مباشرة أو غير مباشرة على أسلحة أو أجهزة من هذا القبيل أو ألا تقوم إطلاقا بمساعدة أو تشجيع أو حفز أي دولة غير نووية على صنع أسلحة نووية أو أجهزة متفجرات نووية أخرى، أو على اقتنائها أو اكتساب السيطرة عليها بأية طريقة أخرى (المادة الأولى).

¹ انظر نص معاهدة عدم انتشار الأسلحة النووية: مجلة السياسية الدولية، قسم خاص حول مؤتمر التمديد والمراجعة لمعاهدة منع انتشار الأسلحة النووية، عدد120، أبريل 1995.

² يقوم نظام اتفاقيات الضمانات الشاملة على ثلاثة مبادئ يمكن تلخيصها فيما يلي :

1- الحظر المادي : ويعني التأكد من وجود المادة النووية بنفس القدر الذي أعلنت عنه الدولة لكيفية التي أعلنت عنها والتي لا تتناقض مع نصوص معاهدة NPT، حيث يقدم المفتشون بعملية الحظر المادي عن طريق تفقد المنشآت النووية و حساب كمية الوقود النووي المستخدم بحيث يتم التعرف على ما إذا كانت هذه المنشآت تستخدم في إنتاج أسلحة نووية أو لا.

2- الاحتواء : ويعني تحديد نطاق انتقال المواد النووية داخل حيز معين بمعنى مراقبة انتقالها من وإلى أماكن محددة يتفق عليها بحيث يكون الانتقال بعيدا من تحويل هذه المواد للاستخدامات العسكرية أو بحيث لا تذهب هذه المواد بعيدا يمكن إلى حيث تحويلها (تخصيبا) ليتم بها صناعة قنابل نووية

3- الرقابة : وتعني عملية، التأكد من أن الدولة العضو في نظام التفتيش لا تمارس خداعا من نوع ما فيما يتعلق بالنقطتين السابقتين، وللمزيد أكثر حول الموضوع أنظر: مجلة السياسية الدولية، العدد 120، أبريل 1995، ص 790-791.

وتتطلب إجراءات الضمانات الخاصة بالوكالة الدولية للطاقة الذرية، أن تقدم الدولة المعنية للوكالة ما يلي :

- تصميغات المنشآت والمرافق النووية التابعة لها سواء الموجودة فعليا أو المخطط لإنشائها.
- تقارير محاسبة كاملة ودقيقة عن المواد النووية الخاضعة للضمانات
- تقارير خاصة حول الظروف غير العادية أو غير المتوقعة التي تحددها اتفاقيات الضمانات
- تلزم الضمانات مشغلي المنشآت النووية بتقديم تقارير عنها من خلال الدولة المعنية على أن يتم إعدادها وفقا للمتطلبات التي تقرها الوكالة لمثل هذه التقارير ، وللمزيد أكثر حول الموضوع : انظر : د محمود فوزي محمود، حيازة واستخدام الأسلحة النووية في ضوء أحكام القانون الدولي، مرجع سابق، ص 139.

ونصت المادة الرابعة من المعاهدة على تيسير تبادل المواد والمعدات والمعلومات العلمية والتكنولوجية لاستخدامات الطاقة الذرية سلميا للدول الغير النووية ولاسيما الدول النامية وبموجب المادة الخامسة من المعاهدة، تتعهد الدول النووية باتخاذ التدابير المناسبة لتزويد الدول الغير النووية الأطراف في معاهدة بالفوائد التي يمكن جنيها من أي تطبيقات سلمية للتفجيرات النووية وفقا لأحكام المعاهدة وفي ظل المراقبة الدولية المناسبة وعن طريق الإجراءات الدولية المناسبة ...

وجاء في المادة السادسة من المعاهدة أن الدول الأطراف في المعاهدة بما فيها الدول النووية بصفة خاصة تتعهد بإجراء مفاوضات بحسن نية لاتخاذ إجراءات تهدف لوقف سباق التسلح النووي، ونزع السلاح النووي، وكذلك فيما يتعلق بإبرام معاهدة لنزع السلاح العام والكامل تحت سيطرة دولية شديدة وفعالة.

ويشير تعريف الدول النووية الوارد في المادة التاسعة من المعاهدة جدلا بخصوص إمكانية انضمام الدول التي نجحت في امتلاك سلاح نووي بعد 01 جاني 1967م إلى المعاهدة بصفتها دولا نووية (مثال ذلك الهند وباكستان) والواقع أنه لا يجوز من الناحية القانونية انضمام أي دولة إلى معاهدة باعتبارها دولة نووية كما لا يحق لدولة غير نووية طرف في المعاهدة تنجح في امتلاك سلاح نووي أن تتمتع بالمركز القانوني للدولة النووية وفقا لتعريف الدول النووية الوارد في المادة التاسعة.

وتقضي المادة العاشرة من المعاهدة بأن يكون لكل دولة من الدول الأطراف في المعاهدة وممارسة منها لسيادتها القومية حتى الانسحاب من المعاهدة إذ قررت أن أحداثا استثنائية ذات صلة بموضوع المعاهدة قد أضرت بمصالحها القومية العليا ويجب عليها إعلان ذلك الانسحاب قبل ثلاثة أشهر من حصوله إلى جميع الدول الأطراف في المعاهدة وإلى مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة.

والملاحظ أن هذه المعاهدة هي نتيجة للحلول الوسط التي أمكن التوصل إليها من خلال المفاوضات حيث تتضمن مجموعة من الالتزامات والتعهدات الملزمة قانونا والتي تكمل كل منها الأخرى بين الدول التي تملك السلاح النووي وتلك التي لا تملكه سواء فيما يتعلق بعدم الانتشار النووي (انظر المادتين الأولى والثانية) أو بنزع السلاح النووي (انظر المادة السادسة)¹.

ومن خلال ما تم ذكره فيمكن القول بأن معاهدة منع الانتشار النووي معاهدة محففة بحق الدول الغير النووية وتعطي امتيازات أكبر للدول النووية، ويتضح ذلك مما يلي :

1. إن المعاهدة لم تنص على إخضاع التزامات الدول النووية لأي نظام للمراقبة
2. إن المعاهدة لم تنص على جدول زمني، لم تتضمن آليات لوقف سباق التسلح النووي ونزع السلاح النووي

¹ د. محمود فوزي محمود، حيازة واستخدام الأسلحة النووية في ضوء أحكام القانون الدولي، المرجع السابق، ص 86.

3. ربط أي تعديل للمعاهدة بموافقة الدول الخمس النووية، مما يجعل أمر التعديل مستحيلا إذا رفضته إحدى هذه الدول.

4. أن الدول الغير النووية تلتزم بإخضاع منشآتها النووية لنظام الضمانات دون أي مقابل كتقديم مساعدة فنية أو معدات أو مواد أو غيرها.

5. لم تتضمن المعاهدة أحكاما تلتزم الدول النووية بالامتناع عن استلام الأسلحة النووية من الدول الأخرى النووية التي لم تنضم إلى المعاهدة، وفي مجال نشر الاستخدام السلمي للطاقة النووية لم تضع المعاهدة معيارا محددا وواضحا للمساعدة التي تتيحها لدول النووية للدول الأخرى وتتركها خاضعة للظروف السياسية والاقتصادية والعسكرية دون تحديد قاطع. وفي سبيل هذه المساعدة تخضع الدول غير ذات السلاح النووي على آلية تحقيق فعالة وفي حالة خرق المعاهدة أن تتخذ إجراءات صارمة من أجل وضع حد للمخالفات وردع الدول الأخرى عن الاقتداء بالدولة المخالفة¹. وقد أراد الولايات المتحدة استكمال معاهدة حظر نشر- الأسلحة النووية باتفاقية لمنع كلي للتجارب النووية واتفاقية لحظر تخصيب اليورانيوم أو البلوتونيوم لأغراض عسكرية، وكانت هاتان الاتفاقيتان تستهدفان فقط الهند وباكستان إلا أن ذلك لم يشكل تطورا مهما في نظام عدم الانتشار فقد أجرت الهند وباكستان تفجيرات تجريبية على قنابلها عام 1998م، ولازالتا ترفضان الانضمام إلى معاهدة حظر الانتشار فضلا عن ذلك فإن عدم إمكانية إجراء التجارب لم يمنع بعض الدول من حيازة الأسلحة النووية، فإسرائيل لم تجرب أي قنبلة ومع ذلك يجري الحديث عن امتلاكها لرؤوس نووية وعن إمداد ترساناتها النووية وتقديم المساعدة الفنية لها في هذا المجال من قبل بعض الدول النووية الغربية².

وقد دعا مؤتمر المراجعة لعام 1995م الدول الثلاثة المالكة للسلاح النووي التي لا تزال خارج إطار معاهدة حظر الانتشار (الهند، باكستان، إسرائيل) إلى الانضمام فورا ودون شروط إلى المعاهدة بوصفها دولا غير نووية وأن تضع موضع التنفيذ اتفاقيات الضمانات الشاملة للوكالة الدولية للطاقة الذرية كما قرر المؤتمر تمديد المعاهدة إلى ما لانهاية، وكان ذلك في رأي البعض خطوة كبرى عبرت في جانب منها عن الاعتراف بأن وجود معاهدة قوية وحيوية لعدم الانتشار إنما هو في مصلحة جميع الدول. كما أن تمديد المعاهدة إلى ما لانهاية هو بمثابة تعزيز وترسيخ للقاعدة القانونية الدولية ضد انتشار الأسلحة النووية³.

¹ د. جورج لوغليت "ستون عاما من حظر نشر الأسلحة النووية"

www.modiphooor .com/article –print .php3 ? id-articl=317 visitez le site :le22/09/2012.

² والجدير بالذكر أن أشير إلى أن الدولة جنوب إفريقيا لم تجري رسميا أي تجربة ومع ذلك فإنها كانت تملك ست قنابل نووية قبل إلغاء نظام التمييز العنصري عام (1991)، للمزيد أكثر حول الموضوع أنظر: د. جورج لوغليت، ستون عاما من خطر نشر الأسلحة النووية، المرجع السابق.

³ د. محمود فوزي محمود، حيازة واستخدام الأسلحة النووية في ضوء أحكام القانون الدولي، المرجع السابق، ص 126-127.

إلا أنه يمكن القول بأن ترسيخ هذه القاعدة بشأن حظر الانتشار لن يتحقق إلا بقيام الدول النووية الأطراف في المعاهدة بتنفيذ تعهداتها التي التزمت بها في المعاهدة وخاصة ما يتعلق باتخاذ تدابير بحسن نية لنزع السلاح النووي، وكذلك تمكين الدول الغير النووية.

الأطراف في المعاهدة من ممارسة حقها في استخدام الطاقة النووية لأغراض سلمية وفقا لنصوص المعاهدة وقد تناول مؤتمر استعراض المعاهدة لعام 2005 م قضايا عدم الانتشار، ونزع السلاح النووي، والضمانات النووية والتحقق والامتنال، والمناطق الخالية من الأسلحة النووية والضمانات الأمنية وغيرها، كما أكد على حق الدول الأطراف الغير القابل للتصرف في تطوير وإنتاج واستخدام الطاقة النووية للأغراض السلمية، وإلا أن المؤتمر فشل في التوصل إلى وثيقة ختامية بسبب الخلاف حول تنفيذ المادة السادسة من المعاهدة حول نزع سلاح الدول النووية¹.

ب- حظر الانتشار النووي والأمن والسلم الدوليين.

إذا كان الأمن والسلم الدوليين يفرضان تديرا اجتماعيا للأمن الدولي ويهدف إلى ضمان الأمن الفردي لكافة الدول الأعضاء في المجتمع الدولي ويقوم على مبدأ حظر اللجوء إلى القوة أو التهديد بها في العلاقات الدولية.

وعلى مبدأ التضامن الدولي في مواجهة العدوان ، فإن نظام حظر الانتشار النووي يعطي الأولوية لضمان الأمن الفردي للدول الحائزة للسلاح النووي أكثر من اهتمامه بالأمن والسلم الدوليين لكافة الدول وإن كان هذا النظام يعتمد في الغالب على الردع والتهديد باستخدام السلاح النووي أكثر من اعتماده على استخدام هذا السلاح فعلا. ويلتقي النظامان في أن كلا منهما يقوم على عدم المساواة بين الدول ففي نظام الأمن الجماعي (الأمن والسلم الدوليين) تحظى الدول الكبرى بامتياز قانوني يتمثل في العضوية الدائمة في مجلس الأمن وحق الفيتو، أما في نظام حظر الانتشار فتحظى الدول النووية بامتياز واقعي Privilage de fait يتمثل في السلاح النووي الذي يمتلكه هذه الدول وتأمل في احتكار تملكه².

ولعل التساؤل الذي يطرح نفسح بأن العلاقة بين الأمن والسلم الدوليين وموضوع الانتشار النووي هو هل بإمكان الأمن الجماعي الحالي الحد من انتشار الأسلحة النووية ؟ وما هو النظام الذي يسهم حقا في الأمن والسلم الدوليين هل الانتشار أم عدم الانتشار النووي ؟؟.

إن الجواب على هذا السؤال يستلزم أن ندرك الصلة بين الأمن والسعي الحثيث للحصول على ترسانة أسلحة أكثر قوة، كما يتطلب الأمر بلا شك تجديد وتحديث نظام الأمن الجماعي للأمم المتحدة ليتلاءم مع الحقائق، كأن

¹ .د.محمود فوزي محمود، المرجع السابق، ص 130.

² . Sur Serge : Désarmement et droit international, www.afri-ct.org/article.php3?ud-article=1643 site .visité le 23/10/2014.

بتوأم مثلا مع الحدود المتفق عليها المتعلقة باستخدام سلطة النيتو وقوات الأمم المتحدة وما تملكه من مرونة للرد على مجموعة مختلفة من المواقف، فضلا عن الضرورة مواصلة الجهود لتسوية وحل النزاعات المزمّنة، وبالتوازي مع ذلك يجب التعامل مع مخاوف انتشار الأسلحة النووية باعتبارها جزءا من التسوية الشاملة ولن يدوم نظام الأمن الجماعي إذا كان يقوم على افتراض استمرارية اللاتماثل بين الدول المالكة للأسلحة النووية والدول التي لا تملكها، ولا بد للرؤية الجديدة للأمن الدولي أن تعمل باتجاه القضاء على هذا اللاتماثل عن طريق نزع الشرعية عن أسلحة الدمار الشامل وأن يكون هذا العمل شاملا بطبيعته بما يكفل تغطية جميع الدول المشتركة في النظام الجديد بالمظلة الأمنية¹.

وبالمقابل فإن الملاحظ أنه نتيجة للانتشار النووي فقد تحقق الاستقرار على مستوى العلاقات بين الدول الكبرى ومر أكثر من نصف قرن دون أن تحدث مواجهة تقليدية أو نووية بين الدول الخمس أعضاء النادي الذي تحت مظلة الرعب النووي المتبادل. ومن هنا فإن امتلاك جميع الدول لقوة ردع نووية من شأنه أن يفرض الاستقرار المنشود. ذلك أن ما يصفه البعض² بالديكتاتورية السياسية أو النووية شيء يعد على القلق وعدم الاستقرار بعكس الديمقراطية السياسية والنووية فهي تحقق الاتزان والاستقرار الأمر الذي لا يمكن أن يتحقق إلا بالانتشار تحت رقابة دولية تحقق الشرعية العادلة.

والملاحظ أن نظام حظر الانتشار النووي، شأن نظام الأمن الجماعي تعرض للتشويه ثم للتحريف ليتحول في النهاية، خاصة بعد انهيار الاتحاد السوفياتي إلى أداة ابتزاز دولية، وأن امتلاك السلاح النووي يجب أن يقتصر على الدول الديمقراطية والمسئول ومحرم على الدول غير الديمقراطية والمسئولة ومحرم على الدول غير الديمقراطية. وهذا بدا واضحا في نظر البعض أن نظام حظر الانتشار النووي لا بد وأن ينتقل بمرور الوقت من فشل إلى آخر إذا استمر حرص الدول الكبرى على الاحتفاظ بسلاحها النووي إلى الأبد وهو ما حدث بالفعل وأسباب هذا الفشل كثيرة منها³:

1. رفض بعض الدول الانضمام إلى معاهدة حظر الانتشار النووي وإصرارها في الوقت ذاته على أن تكون لديها برامج نووية سرية تستهدف في نهاية المطاف حياة وإنتاج وتصنيع القنبلة النووية، مما يترتب عليه وجود ثلاثة أنواع من الدول: دول نووية مسموح لها شرعا بامتلاك السلاح النووي، ودول غير نووية ملتزمة قانونا بعد امتلاك هذا السلاح وقبلت إخضاع منشآتها النووية لتفتيش الوكالة الدولية للطاقة الذرية، ودول غير نووية ترفض الانضمام إلى معاهدة حظر الانتشار وبالتالي غير ملتزمة قانونا بإخضاع منشآتها النووية للتفتيش.

¹. د.محمد البرادي، "الحرب الاستباقية ليست النموذج"

www.alwatan.com/graphics/2003/04apr/25.4/heads/ott9.htm visitez le site :le 02/09/2012

ويرى سيادته أنه فقط بالقضاء على باعث الحصول على أسلحة الدمار الشامل يمكن أن نأمل في تحسين الأمن العالمي بشكل كبير.

². أمين هو يدي، "هل يتجه العالم إلى الديمقراطية النووية، جريدة الأهرام بتاريخ 19-12-2006.

³. د.حسن نافعة، الخلل البيئي في نظام حظر الانتشار النووي "مجلة الدبلوماسية، العدد 128 مايو 2006، ص 12-13.

خلاصة القول أن هناك ارتباطا وثيقا بين تحقيق السلم والأمن الدوليين ونزع السلاح. وذلك أن هذا الأخير يعتبر أحد المبادئ الأساسية التي يجب مراعاتها لبلوغ الهدف ألا وهو السلم والأمن الدوليين، مثله في ذلك مثل مبدأ حظر اللجوء إلى القوة في العلاقات الدولية والذي سيكون محور دراستنا في الفصل الثاني من هذا الباب ومبدأ حل المنازعات الدولية وتسويتها بالوسائل السلمية¹.

غير أن مصداقية السلم والأمن الدوليين وفعاليتها ترتبطان أيضا باضطلاع الأمم المتحدة بدورها ومسؤوليتها لتنفيذ تدابير الأمن الجماعي التي تنص عليها الميثاق في حالة تهديد السلم والأمن الدولي أو الإخلال به أو وقوع عمل من أعمال العدوان.

قائمة المراجع :

- د إبراهيم العناني، النظام الدولي الأممي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
- د. أحمد أبو الوفا، منظمة الأمم المتحدة والمنظمات المتخصصة و الإقليمية "مع دراسة خاصة لمنظمة التجارة العالمية" دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
- أمين هو يدي ، " هل يتجه العالم إلى الديمقراطية النووية، جريدة الأهرام بتاريخ 19-12-2006.
www.un.org/french/pubs/chromique/2004/nomerol/0104p17.asp. visitez le site :le
02/09/2012
- د. بطرس بطرس غالي، الدور الجديد للأمن العام للأمم المتحدة في عالم ما بعد الحرب الباردة، مجلة السياسة الدولية، العدد 124، أبريل 1996.
- د، بلفضل محمد، المسؤولية الدولية الناتجة عن الأضرار البيئية في الأنظمة الوطنية و الاتفاقية ، أطروحة دكتوراه في القانون العام جامعة وهران ، كلية الحقوق ، قسم القانون العام 2011، 2012
- د. جورج لوغليت "ستون عاما من حظر نشر الأسلحة النووية"
www.modiphooor .com/article –print .php3 ? id-articl=317 visitez le site :le22/09/2012
- د. حسن نافعة، الأمم المتحدة في نصف قرن، دراسة في تطور التنظيم الدولي منذ 1945، سلسلة عالم المعرفة، أكتوبر 1995.
- دانيال كولار، العلاقات الدولية: ترجمة خضر خضر، دار الطليعة للطباعة والنشر، بيروت، 1985م.
- د. عصام الدين بسيم، منظمة الأمم المتحدة، أكاديمية الشرطة، مجلة كلية الشرطة،
- د. عبد المنعم المشاط، الأمم المتحدة ومفهوم الأمن الجماعي، مجلة السياسية الدولية، العدد 84، أبريل 1986.

¹ د. نشأت عثمان الهلالي، الأمن الجماعي الدولي، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس القاهرة، 1985م، ص 226.

- د. عبد الرحمن عبد العال "الدبلوماسية المصرية وقضايا نزع السلاح في الأمم المتحدة" (1981-1988)، مجلة سياسية دولية، عدد 144، أبريل 2001.
- د. عبد الفتاح محمد إسماعيل، محمود الأمم المتحدة لنزع السلاح، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 1972.
- د. السيد مصطفى أحمد أبو الخير، المبادئ العامة في القانون الدولي المعاصر، دار النهضة العربية، القاهرة 1995 .
- د. محمد مجازي محمود، حيازة واستخدام الأسلحة النووية في ضوء أحكام القانون الدولي، جامعة حلوان، القاهرة.
- جريدة السفير اللبنانية، 2006/09/23، على الموقع الإلكتروني: www.assafir.com/iso/todox/world/2440.html visitez le site :le 02/09/2012
- مجلة السياسية الدولية، قسم خاص حول مؤتمر التمديد والمراجعة لمعاهدة منع انتشار الأسلحة النووية، عدد 120، أبريل 1995.
- د. محمود مكارم، أعضاء على الموقف المصري من معاهدة حظر انتشار الأسلحة النووي، مجلة السياسية الدولية، عدد 120، أبريل 1995.
- د. محمد البرادعي، "الحرب الاستتبابية ليست النموذج" www.alwatan.com/graphics/2003/04apr/25.4/heads/ott9.htm visitez le site :le 02/09/2012
- د. كمال حماد، النزاعات الدولية، دراسة قانونية دولية في علم النزاعات، الدار الوطنية للدراسات و النشر- و التوزيع، ط 1998 .
- د.وحيد رأفت، مستقبل الأمم المتحدة، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 31 لعام 1975.
- د. نشأت عثمان الهلالي، الأمن الجماعي الدولي، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس القاهرة، 1985.
- Raymond Aron, paix et guerre entre les nations, Calmann-Lévy, France, paris, 1962.
- sur serge «Désarmement et droit international », www.afri-ct.org/article.php3?id-article=1643.visitez le site :le 13/09/2012.
- Sur Serge : Désarmement et droit international, www.afri-ct.org/article.php3?id-article=1643 site .visité le 23/10/2014

جريمة الاتجار بالأطفال وآليات مكافحتها في المواثيق والاتفاقيات الدولية*
طالب خيرة - أستاذ مساعد /أ/ - جامعة ابن خلدون تيارت-

الملخص:

تعد جريمة الاتجار بالبشر عامة وبالأطفال خاصة من أكثر الجرائم خطورة وهي تمثل ثالث تجارة مربحة بعد تجارة المخدرات والسلاح.

وقد عينت الكثير من الاتفاقيات والمواثيق الدولية بالتصدي لهذه الجريمة من خلال مكافحتها ومساعدة الضحايا وإعادة إدماجهم في المجتمع.

وسنحاول في هذه المقالة تسليط الضوء على هذا الموضوع في مبحثين.

المبحث الأول: مفهوم جريمة الاتجار بالأطفال.

المبحث الثاني: أسباب تفاقم جريمة الاتجار بالأطفال و الجهود الدولية لمكافحتها

Résumé:

La traite des êtres humains en général et des enfants en particulier est l'une des crimes les plus graves au niveau international, ainsi, elle occupe la troisième place dans l'hierarchie des trafics les plus lucratifs après celui de la drogue et des armes.

Dans l'objet de lutter contre cette infraction, plusieurs conventions et accords internationaux sont misent en œuvre pour pouvoir aider et réadmettre les victimes dans la société.

Dans cet article nous allons aborder ce thème en explicitant ses différents aspects en deux chapitres :

Chapitre 01 : la notion de la traite des enfants.

Chapitre 02 : les raisons de la propagation de la traite des enfants et les efforts internationaux fournis dans l'objet de lutter contre cette infraction.

* تاريخ إيداع المقال: 2015/12/07

تاريخ تحكيم المقال: 2016/02/09

مقدمة:

تعد عمليات الاتجار بالبشر بوجه عام و الأطفال بوجه خاص من الجرائم البشعة التي باتت تؤرق الضمير العالمي، سيما مع امتداد مداها مما جعل العديد من الدول تدق ناقوس الخطر خاصة و أن هذه الجريمة أصبحت تعبر في شكل من أشكالها عن الاسترقاق في صورة عصرية بعدما عرف القرن العشرين بزمن القضاء على الرق.

فالآثار بالأطفال بات يشكل اليوم ملاذا خصباً لعصابات الإجرام خاصة مع تزايد الطلب، و قد اهتم إعلان فيينا بشأن الجريمة و العدالة لعام 2000 بمواجهة تحديات القرن العشرين والذي أعتمده مؤتمر الأمم المتحدة العاشر لمنع الجريمة و معاملة المجرمين و أعلنت الدول التزامها باستحداث أنجع الوسائل للتعاون فيما بينها بغية استئصال بلاء الاتجار بالبشر و بخاصة النساء و الأطفال، فبعد أن كان دخول الإنسان قفص العبودية كرها أصبح انصياعه بحظ إدارته على أمل إيجاد حياة أفضل في غير بلده نتيجة الفقر و تدني مستوى المعيشة، القهر الحروب...، ورغم تضيق فرص الهجرة ظهرت عصابات الإجرام المنظم التي أضلتهم و من هنا ذاع صيت الاستغلال الجنسي الاسترقاق، استئصال الأعضاء ..

ولا تكاد تخلو دولة من هذه الآفة خاصة مع تطور أنظمة الإنترنت التي باتت مروجة لمختلف الجرائم، وهو ما يفرض علينا البحث عن مفهوم هذه الجريمة، وعن أهم الأسباب التي ساعدت على انتشارها، وكذا الجهود التي بذلت في سبيل الحد منها.

وللاجابة عن هذه الإشكالية ارتأينا التعرض لمفهوم جريمة الاتجار بالأطفال (المبحث الأول)، من خلال تعريف الطفل في الاتفاقيات الدولية و التشريعات الوطنية، تعريف جريمة الاتجار بالأطفال ومن ثم التعرض لصورها. لننتقل بعدها للبحث في أسباب انتشار جريمة الاتجار بالأطفال و الجهود الدولية لمكافحتها (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مفهوم جريمة الاتجار بالأطفال

إن مفهوم جريمة الاتجار بالأطفال لن يتأتى إلا من خلال التعرض بداية للتعريف التي رصدت للطفل في مختلف التشريعات وعليه سنقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب تناول في المطلب الأول: تعريف الطفل في الاتفاقيات الدولية، وفي المطلب الثاني: تعريف جريمة الاتجار بالأطفال وفي المطلب الثالث: صور جريمة الاتجار بالأطفال.

المطلب الأول: تعريف الطفل في الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية

سيقسم هذا المطلب إلى قسمين تتناول بداية تعريف الطفل في الصكوك الدولية ثم تعريفه في بعض التشريعات الوطنية.

الفرع الأول: تعريف الطفل وفقا للصكوك الدولية

عرف الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورفاهيته : "الطفل بأي إنسان يقل عمره عن 18 سنة"⁽¹⁾، أما اتفاقية حقوق الطفل⁽²⁾ فقد نصت في مادتها الأولى: "لأغراض هذه الاتفاقية يعني الطفل كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشر، ما لم يبلغ سن الرشد ذلك بموجب القانون المنطبق عليه" وفي الاتفاقية العربية بشأن عمل الأحداث⁽³⁾ "يقصد بالحدث في مجال تطبيق أحكام هذه الاتفاقية الشخص الذي لم يتم الثالثة عشر ولم يكمل الثامنة عشر- من عمره، سواء كان ذكرا أو أنثى" ووفق ما نصت عليه المادة أولى من الاتفاقية الأوروبية بشأن ممارسة حقوق الطفل " يطبق تعبير الطفل في مفهوم هذه الاتفاقية على جميع الأشخاص دون سن الثامنة عشر-، فيما نصت الاتفاقية رقم 138 بشأن الحد الأدنى لسن الاستخدام⁽⁴⁾ في مادتها الثانية "بأن تقرر كل دولة عضو تصادق على هذه الاتفاقية...حدا أدنى لسن الاستخدام..." وأضافت في الفقرة الثالثة من ذات المادة " لا يجوز أن يكون الحد الأدنى للسن المقدر عملا بأحكام الفقرة 01 من هذه المادة، أدنى من سن إنهاء الدراسة الإلزامية، ولا يجوز في أي حال أن يقل عن 15 سنة" رغم أنها أبحاث سنا قد يصل إلى حد 14 سنة⁽⁵⁾ في أي دولة عضو لم يبلغ اقتصادها وتسهيلات التعليم درجة كافية من التطور، إلا أنها أكدت في المادة الثالثة منها في فقرتها الأولى على أنه " لا يجوز أن يقل الحد الأدنى للسن عن 18 سنة للقبول في أي نوع من أنواع الاستخدام أو العمل التي يحتمل أن يعرض للخطر صحة أو سلامة أو أخلاق الأحداث بسبب طبيعته أو الظروف التي يؤدي فيها".

الفرع الثاني: تعريف الطفل في التشريعات الوطنية

يتضح مما سبق أن كل الاتفاقيات المبرمة في هذا الشأن قد اتفقت على أن الطفل هو كل إنسان لم يبلغ سن الثامنة عشر من عمره. وهو ذات التعريف الذي اعتمدهت التشريعات الوطنية إذ نجد أن المشرع الجزائري يعرف الطفل في القانون رقم 12/15 المتعلق بحماية الطفل في المادة 02 منه: "الطفل كل شخص لم يبلغ الثامنة عشرة(18) سنة كاملة. ويفيد مصطلح حدث نفس المعنى"⁽⁶⁾. أما المشرع المصري بصور القانون رقم 12 لسنة 1996 اهتم بإفراد نص لتعريف الطفل في المادة الثانية منه " يقصد بالطفل في مجال الرعاية المنصوص عليها في هذا القانون، كل من لم يبلغ ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة .." وبصور القانون رقم 126 لسنة 2008 نصت

¹ - المعتمد بأديس ابابا في جوان 1990 والمصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 242/03 المؤرخ في 08 جويلية 2003.

² - وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة في 20 نوفمبر 1989، صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 461/92 المؤرخ في 19/12/1992.

³ - الاتفاقية رقم 18 لعام 1991 وافق عليها مؤتمر العمل العربي المنعقد في دورته 23 (القاهرة 14-27 مارس 1996).

⁴ - اعتمدت من طرف المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية في 26/06/1973 وبدأ نفاذها في 19 جوان 1976.

⁵ - المادة 02 فقرة 04 من نفس الاتفاقية.

⁶ - قانون رقم 12/15 المؤرخ في 15 جويلية 2015 - ج ر عدد 39 الصادرة بتاريخ 19 جويلية 2015 الصادر عن الجمهورية الجزائرية.

المادة الثانية منه على انه " يقصد بالطفل في مجال الرعاية المنصوص عليها في هذا القانون، كل من لم يتجاوز سنه الثامنة عشر ميلادية كاملة..."⁽¹⁾

كذلك حرص المشرع اليمني على وضع تعريف للطفل ضمن المادة 2 من القانون 45 لسنة 2002 بشأن حقوق الطفل بقولها: «كل إنسان لم يتجاوز ثمانية عشر سنة من العمر ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك».

وأوضحت المادة 59 أن "سن الرشد خمسة عشر سنة كاملة إذا بلغها الشخص متمتعاً بقواه العقلية رشيداً في تصرفاته..."⁽²⁾ أما القانون الأمريكي لحماية ضحايا الاتجار نصت المادة الأولى منه في فقرتها 101 "الطفل كل شخص قبل الثامنة عشر من العمر"⁽³⁾. وفي نفس المعنى تضمنت المادة الأولى من القانون الإماراتي الاتحادي رقم 51 لسنة 2006 في شأن مكافحة الاتجار بالبشر "يقصد بالكلمات والعبارات التالية للمعاني المبينة قرين كل منها، ما لم يقض سياق النص بغير ذلك: الطفل أي شخص لم يجاوز الثامنة عشر من عمره".

المطلب الثاني: تعريف جريمة الاتجار بالأطفال

ورد تعريف جريمة الاتجار بالأطفال في العديد من الاتفاقيات والبروتوكولات المتعلقة بمنع وقوع الاتجار بالبشر- واستغلال الأطفال وهو ما سنتناوله كما يلي :

الفرع الأول: بروتوكول الأمم المتحدة الخاص بمنع وقوع الاتجار بالأفراد وبخاصة النساء والأطفال:

عرف هذا البروتوكول الاتجار بالأفراد بأنه " تجنيد أشخاص أو نقلهم أو تقليمهم أو إيوائهم أو استقبالهم بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر- أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو إساءة استعمال السلطة أو إساءة استغلال حالة استضعاف أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص ما لغرض الاستغلال. وتشمل أشكاله الاستغلال في دعارة الغير والاستغلال الجنسي- والسخرة والخدمة قسراً والاسترقاق والممارسات الشبيهة بالرق والاستعباد أو نزع الأعضاء"⁽⁴⁾

وقد أكد ذات النص على أن قبول الضحية لا يعتد به في الحالات التي يثبت فيها استخدام أي نوع من الوسائل المبينة في تعريف الاتجار بالأفراد⁽⁵⁾ والمهم في هذا السياق هو ما ذكرته هذه المادة بخصوص المتاجرة بالأطفال، ذلك أنه إذا كان المتاجر به طفلاً، فإن البروتوكول لا يتعد بقبوله حتى في حالة ثبوت عدم استخدام

¹- الملاحظ من مقارنة صياغة المادة الثانية قبل التعديل وبعده أن المشرع رفع سن الطفولة بما لا يجاوز الثامنة عشر سنة.

²- فالطفل في القانون اليمني من بلغ 15 سنة متمتعاً بقواه العقلية وأهلية كاملة ومن يتجاوز ذلك يعد مرشداً كما يعد طفلاً من يتجاوز 15 سنة من العمر ولم يكن متمتعاً بقواه العقلية وأهليته حتى سن 18 عشرة.

³- "child" shall mean any person under eighteen years of age

⁴- المادة الثالثة (03) من البروتوكول الاختياري المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة ضد الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية لعام 2000.

⁵- ذلك أن قبول الضحية غالباً ما يكون مقيداً بوسائل استخدام القوة أو الخداع أو إساءة استخدام السلطة.

أي من الوسائل السالفة الذكر⁽¹⁾ ذلك أن الطفل ليس بوسعه التعبير عن قبوله الاتجار بغرض الاستغلال حتى في حالة عدم استخدام القوة ضده أو القسر أو التهديد أو التويه

الفرع الثاني: البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلالهم في البغاء والمواد الإباحية:⁽²⁾

نصت المادة الثانية من هذا البروتوكول على جرمي بيع الأطفال واستغلالهم جنسيا كما يلي: «بيع الأطفال: هو أي فعل أو تعامل يتم بمقتضاه نقل طفل من جانب أي شخص أو مجموعة من الأشخاص إلى شخص آخر لقاء مكافأة أو أي شكل آخر من أشكال العوض»

ويقصد باستغلال الأطفال في المواد الإباحية: تصوير أي طفل بأي وسيلة كانت، يمارس ممارسة حقيقية أو بالمحاكاة أنشطة جنسية صريحة أو أي تصوير للأعضاء الجنسية للطفل لإشباع الرغبة الجنسية أساسا

الفرع الثالث: الاتفاقية رقم 182 لعام 1999 بشأن حظر أسوأ أشكال عمل الأطفال والإجراءات الفورية للقضاء عليها⁽³⁾

- تعرضت المادة 03 منها لتحديد مفهوم أسوأ أشكال عمل الأطفال كما يلي: "يشمل تعبير أسوأ أشكال عمل الأطفال في مفهوم هذه الاتفاقية مايلي:

أ - كافة أشكال الرق أو الممارسات الشبيهة بالرق كبيع الأطفال والاتجار بهم وعبودية الدين والعمل القسري والإجباري بما في ذلك التجنيد القسري أو الإجباري للأطفال لاستخدامهم في صراعات مسلحة.

ب - استخدام طفل أو تشغيله أو عرضه لأغراض الدعارة أو لإنتاج أعمال إباحية أو أداء عروض إباحية.

ج - استخدام طفل أو تشغيله أو عرضه لمزاولة أنشطة غير مشروعة ولاسيما إنتاج المخدرات بالشكل الذي حددت فيه في المعاهدات السولية ذات الصلة والاتجار بها.

د - الأعمال التي يرحح أن تؤدي بفعل طبيعتها أو بفعل الظروف التي تزاوّل فيها إلى الإضرار بصحة الأطفال أو سلامتهم أو سلوكهم الأخلاقي».

ويتضح مما سبق أن مفهوم الاتجار بالأطفال ينطوي على خاصيتين هما: التحريك والاستغلال وعلى ذلك يعرف الاتجار بالأطفال بأنه "فعل تحريك الأطفال من مكان إقامتهم المعهود بغرض استغلالهم"⁽¹⁾. وغالبا ما

¹ - وهو ما تضمنته الفقرة (ج) التي نصت: «يعتبر تجنيد طفل أو نقله أو تنقله أو إيوانه أو استقباله لغرض الاستغلال "اتجارا بالأشخاص" حتى إذا لم ينطو على استعمال أي من الوسائل المبينة في الفقرة الفرعية (أ) من هذه المادة.

² - اعتمد من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 2000/05/25 ودخل حيز النفاذ في 2002/01/18.

³ - اعتمدت هذه الاتفاقية من قبل المؤتمر العام لمنظمة العمل الدولية في 17 جوان 1999

تنطوي عملية الاتجار هاته على وجود طرف آخر يتاجر بالطفل أو أفراد آخرين استطاعوا تصيد الطفل بعد هجرته ثم استغلاله.

وتجدر الإشارة هنا إلى التنويه عن العلاقة والترابط بين مفهوم الاتجار بالأطفال وتهريب الأطفال،⁽²⁾ ذلك أن التهريب خطوة للاتجار والاتجار غرض للتهريب، وهذا الأخير قد يكون برغبة من الطفل أو ذويه وقد يكون لقاء دفع مبالغ للمهرب، ليقوم بعدها الطفل بالعمل وفق الغرض الذي انتقل لأجله أو استقبله وفق اتفاق معين لتشغيله، كما قد يشكل التهريب عملية متكاملة بحيث تنطوي على بيع الطفل وشرائه أو خطفه ومن ثم تهريبه لاستغلاله في أغراض جنسية أو في أعمال أخرى كالسول والمخدرات وما يميز التهريب عن الاتجار أن الأول يحدث بين الدول أما الاتجار فقد يحدث داخل الدول أو خارجها، كما قد تنقلب عملية التهريب إلى اتجار حينما يخل المهرب باتفاقه ويستغل الطفل للحصول على منفعة من وراء ذلك.

المطلب الثالث: أشكال جريمة الاتجار بالأطفال

يندرج تحت مسمى الاتجار بالأطفال وضعيات مختلفة مثل: التسول المنظم الاسترقاق، الدعارة، التجنيد في النزاعات المسلحة، التبنى غير المشروع، تجارة المخدرات نقل الأعضاء، الزواج الاستغلالي، العمالة الرخيصة...، ويمكن حصر هذه الوضعيات في عدة صور وهي: الاستغلال الجنسي، الاستغلال الاقتصادي واستئصال الأعضاء.

الفرع الأول: الاستغلال الجنسي:

بداية لا بد من التفرقة بين الإساءة الجنسية والاستغلال الجنسي، ذلك أن المفهوم الأول ينصرف للإساءة في نطاق الأسرة أو المنزل أو بين الأطفال أنفسهم في البيت والمدارس بينما يشير المفهوم الثاني إلى دعارة الأطفال والأعمال الإباحية الجنسية.

1- استغلال الأطفال في المواد الإباحية: يقصد بذلك "تصوير أي طفل بأية وسيلة كانت مشتركا بشكل فعلي أو بالمحاكاة في أنشطة جنسية أو تصوير أعضائه التناسلية لغرض جنسي"⁽³⁾ ويندرج تحت ذلك المواد السميعة البصرية التي تستخدم الطفل حال مشاركته حقيقة أو بالمحاكاة الأنشطة جنسية صريحة أو عرض أعضائه ويدخل تحت هذه الطائفة إنتاج وتوزيع واستخدام تلك المواد.

¹ - خليل عشاري، الأطفال في وضعيات الاتجار (التعريف والمعايير الدولية والأطر البرنامجية)، بحث مقدم للحلقة العلمية لمكافحة الاتجار بالأطفال المنعقدة في الفترة من 18 - 22 فيفري 2006، جامعة نايف للعلوم الأمنية - الرياض ص 07

² - ينصرف مفهوم تهريب البشر إلى "كل تدبير للدخول غير المشروع لشخص ما إلى دولة أخرى ليست موطنها له أو لا يعد من المقيمين الدائمين فيها من أجل الحصول بطريقة مباشرة أو غير مباشرة على منفعة مالية أو منفعة أخرى.

أنظر: نور عثمان الحسن محمد والمبارك، ياسر عوض الكريم، الهجرة غير المشروعة والجريمة - جامعة نايف، الرياض، 2008 ص 19.

³ - المادة 02 فقرة (ج) من بروتوكول اتفاقية صرف الطفل بشأن بيع الأطفال واستغلالهم في البغاء وفي المواد الإباحية

ويقصد بالمواد الإباحية في قرار أصدره مجلس الإتحاد الأوروبي⁽¹⁾ بهذا الشأن "تلك المواد التي تعرض أو تصور بشكل مرئي طفلاً حقيقياً يشترك في ممارسة جنسية صريحة بما في ذلك التصوير الداعر لأعضاء الطفل الجنسية ومنطقة العانة، أو صور حقيقية لطفل غير موجود مشترك أو يمارس النشاط المذكور في الفقرة الأولى. وأشارت دراسة للأمين العام للأمم المتحدة عام 2006 بشأن العنف ضد الأطفال إلى ما صرحت به منظمة الصحة العالمية من تعرض 150 مليون من البنات و 73 مليون من الأولاد دون سن الثامنة عشر- إلى جماع جنسي قصري وأشكال أخرى من العنف التي تضمنت اتصالاً جسدياً.⁽²⁾

2. السياحة الجنسية: يتصدرها فئات يدخلون في عمليات تجارية لشراء خدمات جنسية من الطفل عن طريق وسطاء يعملون في صناعتي الترفيه والسياحة كوظفي المطاعم والفنادق والمرشدين السياحة والعاملين بالحانات.

الفرع الثاني: الاستغلال الاقتصادي

سنتناول في هذا الفرع الصور التالية: التسول، الترويج للممنوعات، العمالة الرخيصة.

1. التسول: يختلف مفهوم التسول كعمل محض (غير تجاري) مع أشكال التسول المتصلة بجريمة الاتجار والتي تضم فئات عدة تحت مسمى واحد:

أطفال مسفرون من قبل أسرهم إلى دول أخرى لاستغلالهم في التسول بصورة يومية ومنظمة.

أطفال مسفرون من قبل أفراد خارج أسرهم يتم إبعادهم عن الأسرة بصورة غير قانونية (الخطف) أو قانونية (التبني)⁽³⁾.

إناث في عمر الطفولة أو المراهقة يتسولون في الشارع ويعملن في الدعارة⁽⁴⁾.

أطفال معاقين يتم جلبهم لاستخدامهم في ذات الآفة جلباً لعطف المحسنين .

- ويضاف إلى ذلك استغلال مسمى الزواج لإبرام عقود لفتيات دون السن القانوني والمقترن بتزوير الوثائق لتغيير السن بغية الانتفاع من الفتيات في تسوية الديون سيما إذا تمت من خلال سمسرة متخصصين⁽¹⁾

¹ - القرار رقم 2004/68 المعتمد في 22 سبتمبر 2003 بشأن مكافحة الاستغلال الجنسي للأطفال واستغلالهم في المواد الإباحية

² - أما منظمة العمل الدولية فقد نظمت تقديراتها لعام 2000 أن: "1.8 مليون طفل يتعرضون للاستغلال الجنسي- فيما يتصل بالبغاء والمواد الإباحية". أنظر

World congress against sexual exploitation of children and adolescents _ Rio de Janeiro Brazil (25_28 November 2008) P02_03

³ - د/ عشاري خليل - الأطفال في وضعيات الاتجار، مرجع سابق، ص 05.

⁴ - فالتسول هنا إما محنة مصاحبة أو غطاء للدعارة المدرة لأرباح طائلة للمتاجرين بالأطفال ، والأكثر بشاعة أن المتاجرين قد يكونون من أفراد العائلة.

2 - الترويج للممنوعات: أخذ هذا النمط في الاتساع نظرا لضعف هذه الفئة بدنيا وفسيا وبالتالي سهولة السيطرة عليهم نظرا لقلّة وعيهم، سهولة تواريخهم مما دفع الجناة للسعي وراءهم لاستغلالهم في توزيع المخدرات والخطر لا يقتصر على ما يتكبده الأطفال من مخاطر الطريق والتعرض للموت، بل يمتد حتى وإن نجح الطفل، ذلك أن هذا الميدان إنما يعرضهم لخطر الإدمان منذ البداية مما يجعلهم مستعبدين دون جهد أو عناء.

3. العمالة الرخيصة: ينطوي تحت هذه الصورة عدة أنماط للاستغلال كالعامل في البيوت والمزارع⁽²⁾ وكذا الأعمال الشاقة في المصانع والحاجر والمناجم، مما ينجر عنه مخاطر صحية تتعلق غالبا بإصابات خطيرة على مستوى الجهاز التنفسي- وأمراض الجلد والعظام، دون أن يكون لهؤلاء أي تأمين أو أجر عدا مبلغ زهيدة ترسل عادة لتوابعهم⁽³⁾

ويضاف لذلك حالة التبنّي وليس المقصود نقل الطفل إلى كنف عائلة محرومة من الإنجاب وفق إجراءات قانونية، وإنما الحصول على طفل بطريقة غير شرعية، ذلك أنه في حالات عدة تتم العملية بواسطة ساسرة دون إتمام الإجراءات القانونية⁽⁴⁾، وهناك طريق آخر تحيط به الخديعة من خلال استغلال حالة الفقر بإيهام الأسر أن أبناءهم سيحضون بحياة كريمة ليكون المال بيعهم لعصابات الاتجار بالبشر.

الفرع الثالث: نزع الأعضاء:

أصبح الطلب متزايدا على قطع الغيار البشرية وهو وما أوجد دافعا قويا لدى عصابات الاتجار بالأطفال حيث أثبتت التقارير تقديرات مروعة بشأنها تثبت أن حوالي مليون طفل على الأقل اختطفوا وقتلوا خلال العشرين عاما الماضية بغرض الحصول على أعضائهم وأن غسيل الأموال في هذه العمليات يصل إلى حوالي 10 % من إجمالي الناتج المحلي في العالم والأخطر أن شخصيات بارزة قد تورطت في مثل هذه الجرائم.⁽⁵⁾

¹ مع أن المادة الأولى من اتفاقية الرضا بالزواج والحد الأدنى لسن الزواج وتسجيل عقود الزواج (124) تنص: «لا ينعقد الزواج قانونا إلا برضا الطرفين رضاء كاملا لا إكراه فيه وإعرابها شخصيا بعد تأمين العلانية اللازمة وبحضور السلطة المختصة بعقد الزواج وبحضور شهود وفقا لأحكام الزواج».

² ومن صور ذلك استغلال الأطفال في قطف بعض النباتات العطرية التي يستوجب قطفها في الصباح الباكر: أنظر سرور قاروني، الاتجار بالأطفال بين الواقع والإفكار، ورقة مقدمة لمنتدى الدوحة لمكافحة الاتجار بالبشر 22 - 23 مارس 2010.

³ ذلك أن من الأطفال من يزرع بهم في مثل هذه الأعمال برضا أهلهم أو عن طريق إيهامهم بفرص شغل مناسبة في السفر ليجدوا أنفسهم في وضعيات الاستغلال.

⁴ كاستكمال الأوراق التي تثبت هوية الطفل، أصول وهوية المتبنين والتأكد من وضعهم الاجتماعي إن كان مناسبا وفي حالات كثيرة يتم الحصول على الأطفال عن طريق الاختطاف.

⁵ حيث تم توقيف برلاني بهذه التهمة وكذا أستاذ بجامعة لوفان البريطانية الكاثوليكية أنظر: عبد الحميد عبد الحافظ عبد الهادي، الآثار الاقتصادية والاجتماعية لظاهرة الاتجار بالأشخاص، بحث مقدم لندوة مكافحة الاتجار بالأشخاص والأعضاء البشرية، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض

وقد كشفت التقارير أن عددا كبيرا من العيون مأخوذة من 15 ألف من أجنة مولودين حديثا بيعت في السوق السوداء إضافة إلى أزيد من 20 ألف قلب، وما زاد دعما لهذه الآفة الحصول على أطفال عن طريق عمليات التبني الزائف حيث أنه وخلال 04 سنوات تم تبني حوالي 4000 طفل تم ترحيلهم من البرازيل لإيطاليا أكد تقرير صادر سنة 1999 تحديد مواقع 1000 منهم بينما اختفى الباقيون.⁽¹⁾

المبحث الثاني: أسباب تفاقم جريمة الاتجار بالأطفال واليات مكافحتها

تعددت أسباب انتشار جريمة الاتجار بالأطفال، وهذه الأسباب في مجملها معقدة وأحيانا يعزز بعضها البعض، وبالنظر إلى الاتجار باعتباره سوقا عالميا فإن الضحايا يمثلون العرض وتجار الجنس والعبودية والأعضاء يمثلون الطلب، الأمر الذي جعل الدول تدق ناقوس الخطر لاحتواء الجريمة ومكافحتها بشتى الطرق وهو ما سنتعرض له تباعا في هذا المبحث.

المطلب الأول: أسباب انتشار جريمة الاتجار بالأطفال

سنتناول في هذا المطلب العوامل الاجتماعية، الاقتصادية وكذا السياسية الداعمة لهذه الجريمة.

الفرع الأول: العوامل الاجتماعية

يتصدر الفقر قائمة دوافع تفاقم هذه الجريمة ولو أنه لا يشكل السبب الوحيد لكنه عامل رئيسي، حيث ينشط استدراج الأطفال بالتأثير على ذويمهم ليقعوا بعد ذلك ضحية للاستغلال بشتى أنواعه في الأحياء ووسط الأسر الفقيرة حيث تنعدم الفرص التعليمية والتوظيفية⁽²⁾

وتتكاثف عوامل أخرى لتؤدي نفس الدور سيما في حال تفكك الأسرة سواء بالوفاة أو السجن أو الطلاق وهو ما يشكل غيابا حقيقيا للأب وقد يحدث ذلك بوجود الأسرة فعليا وانعدامها معنويا، نتيجة الإدمان وسوء السلوك، أضف إلى ذلك ما يتعرض إليه الأطفال من عنف داخل أسرهم جسديا ومعنويا، وكذا القسوة في التربية والتمييز ضد النساء والفتيات وحرمانهن من الحقوق سيما حق التعليم، العنف الممارس أمام الأطفال ضد أمهاتهم من قبل آبائهم مما يزيد من استضعافهم وبخاصة الإناث، وتعرضهم لمخاطر الاتجار.

¹ هاني جورجي، مناهضة الاستغلال الجنسي للأطفال والعنف الأسري، المجلس القومي للطفولة والأمومة، وحدة مناهضة الاتجار بالأطفال، ص 03.

² تشير الدراسات المتعلقة بعمالة الأطفال أن الدول التي تعاني انتشارا واسعا للفقر ومستويات تعليمية متدنية وخصوبة مرتفعة هي التي يكثر فيها عمليات الاتجار. أنظر حامد سيد محمد حامد، الاتجار في البشر كجريمة منظمة عابرة للحدود بين الأسباب، التداعيات والرؤى الإستراتيجية، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2013، ص 27.

الفرع الثاني:العوامل الاقتصادية والسياسية

من الأسباب المعزرة لهذه المشكلة ضعف الرقابة على أصحاب الأعمال، الأمر الذي وسع مجال تجارتهم لتشمل الاتجار بالأطفال ويمثل ذلك في إعلان هؤلاء التجار عن فرص عمل لائقة ومبالغ خيالية ليصطدم بعدها الضحايا بواقع أليم مرده دوامة الدعارة، العبودية الاضطهاد ولما استئصال أعضائهم.⁽¹⁾

ومما ساعد في تفشي- هذه الآفة الخطرة كذلك، تدني الحالة الاقتصادية داخل الدول وكذا الحروب والأزمات، التي تولد عدم الاستقرار حيث يجد تجار البشر- ملاذ لهم أثناء فترات عدم الاستقرار الأمني لتجنيد أطفال المخيمات والمشردين الذين يؤولون دون مأوى.

والأبشع من ذلك ما يتكبده الضحايا مع غياب السلطة نتيجة تغاضي أجهزة الشرطة وأمن الحدود في بلدان عديدة عن هذه العمليات، بل وتسهيلها، أين يعم فساد السلطة⁽²⁾، ووفقا لتقارير صادرة عن الأمم المتحدة تمول الأرباح الناجمة عن الاتجار جرائم أخرى متصلة بشكل وثيق بعملية غسيل الأموال، ترويج المخدرات، تزوير الوثائق وتهريب المهاجرين.⁽³⁾ وتمثل هذه الجريمة انتهاكا صارخا لحقوق الإنسان سيما الحق في السلامة، الصحة، التعليم، الغذاء، الأمن، الحياة الثقافية و الاجتماعية بل وتعد أبرز الجرائم تعديا على أقدس حق مكفول للإنسان ألا وهو الحق في الحياة.

وفي ضوء تفاقم هذه الظاهرة يمكن رصد أهم الآثار والتداعيات السلبية المترتبة عليها في مختلف المجالات، فعلى الصعيد الاقتصادي تؤدي هذه الجريمة إلى تشويه هيكل العمالة من خلال استنزاف الموارد البشرية وتدميرها، ذلك أن عمل هذه الفئات لا يحسب ضمن القوة العاملة بالدولة ولا تسجل مداخيلهم ضمن الإحصاءات الرسمية للدخل القومي مما يؤثر على السياسات الاقتصادية التي تتخذها الدولة⁽⁴⁾، من جهة أخرى تساعد تجارة البشر- في التنامي السريع في معدلات التضخم مما يؤدي إلى تشوية هيكل الأسعار⁽⁵⁾.

وعلى صعيد آخر يتكبد المجتمع أثارا جسيمة على المستويين النفسي والإنساني، حيث يدفع ضحايا الاتجار ثمنا محيقا يتمثل في الإيذاء النفسي نتيجة انتقالهم من بلدانهم إلى بلدان أخرى يجهلونها، إضافة إلى الأذى الجسدي جراء الإصابة بالأمراض الخطرة، الإعاقات، الإدمان على المخدرات وفي حالات كثيرة الموت، كما تلعب الرشاوى المدفوعة من قبل عصابات الإجرام دورا فعالا في عرقلة قدرة الحكومة على مكافحة الفساد على مستوى موظفي الأمن والهجرة الذين يفترض فيهم مكافحة الجريمة لا دعمها⁽⁶⁾، ومما يساهم في تنامي هذه الجريمة أيضا

¹ - د/ إيناس محمد البهيجي، جرائم الاتجار بالبشر، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2013، ص 91.

² - هاني جورجي، مناهضة الاستغلال الجنسي للأطفال، مرجع سابق، ص 04.

³ - تعتبر جريمة الاتجار بالبشر ثالث أكبر المشاريع الإجرامية في العالم. انظر تقرير مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة، 2001.

⁴ - صفوت عبد السلام، الاقتصاد السري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002 ص 57.

⁵ - حامد محمد سيد حامد، مرجع سابق، ص 57.

⁶ - تقرير خاص بالاتجار بالبشر صادر عن مكتب مراقبة الاتجار بالبشر ومكافئته الو.م.أ، 14 جوان 2004.

ضعف الوازع الديني مما أوجد مظاهر عديدة للجريمة وأشكالا مختلفة لما يجبل بأمن واستقرار المجتمعات، فلو تمسك كل فرد بالحد الأدنى من الأخلاق لما كانت المشكلة على هذا النحو من البشاعة⁽¹⁾

المطلب الثاني: الجهود الدولية لمكافحة جريمة الاتجار بالأطفال

نظرا لخطورة هذه الجريمة، أولى المجتمع الدولي اهتماما بها من خلال تبني معاهدات وسن تشريعات تحظر عمليات الاتجار.

الفرع الأول: الاتفاقيات والمواثيق العالمية التي تحظر الاتجار بالأطفال

سنورد في هذا الفرع مختلف الصكوك العالمية التي عنيت بهذه الجريمة

1.الاتفاق الدولي لمكافحة الاتجار بالنساء والأطفال لعام 1921 : أسست عصبة الأمم لجنة خاصة للتعامل في المسائل المتعلقة بحماية الأطفال، ليتم صدور الاتفاق الدولي لمكافحة الاتجار بالنساء والأطفال لعام 1921 والذي أكد على ضرورة اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لمطاردة ومعاقبة الأشخاص الذين يتاجرون بالأطفال بالمعنى الذي حددته المادة الأولى من المعاهدة الخاصة بمكافحة الرقيق الأبيض الصادرة بتاريخ 04 ماي 1910.

2. الاتفاقية الخاصة بالرق 1926:⁽²⁾ حظرت هذه الاتفاقية كل أنواع الرق وتجارة الرقيق حيث نصت في المادة 02" يتعهد على كل الأطراف المتعاقدون...بمنع المتاجرة بالرقيق والمعاقبة عليه-بالعمل تدريجيا وبالسرعة الممكنة، على القضاء على الرق كليا وبجميع صورته"، فيما أضافت المادة 03 "بأن يتعهد الأطراف باتخاذ جميع التدابير المناسبة لمنع شحن وانزال الأرقاء ونقلهم في مياهه الإقليمية وعلى جميع السفن التي ترفع علمه."

3.الاتفاقية الخاصة بحظر الاتجار بالأشخاص واستغلال دعارة الغير 1949: إذا كانت أحكام هذه الاتفاقية تشمل الكبار والصغار، فقد تضمنت أحكاما خاصة بالأطفال وحمايتهم من الاستغلال الجنسي- وكل أوجه الاستغلال لأغراض الدعارة، حيث جاء في المادة 20 اتخاذ التدابير اللازمة لرقابة مكاتب الاستخدام بغية تنادي الأشخاص الباحثين عن عمل - لاسيما الأطفال - لحظر الاستغلال في الدعارة.⁽³⁾

¹ - د/حامد سيد محمد حامد - مرجع سابق ص29.

² - وقعت في جنيف يوم 1926/09/26 وعُدلت بالبروتوكول الموقع في 1953/12/07 وبدأ نفاذ الاتفاقية المعدلة في 1955/07/07 .

³ - وفي إعلان حقوق الطفل عام 1959 الذي كان يهدف لتمكين الطفل من التمتع بطفولة سعيدة نجد المبدأ التاسع يعرض على حظر الاتجار بالطفل على أية صورة- الإعلان الصادر من الجمعية العامة للأمم المتحدة بالقرار رقم 1368 بتاريخ 20 نوفمبر 1959.

4. اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989⁽¹⁾ : نصت المادة 34 من هذه الاتفاقية على أن: «تتعهد الدول الأطراف بحماية الطفل من جميع أشكال الاستغلال الجنسي والانتهاك الجنسي، ولهذه الأغراض تتخذ الدول الأطراف بوجه خاص، جميع التدابير الملائمة الوطنية والثنائية والمتعددة الأطراف لمنع:

أ - عمل أو إكراه الطفل على تعاطي أي نشاط جنسي غير مشروع.

ب. الاستخدام الاستغلالي للأطفال في الدعارة أو غيرها من الممارسات الجنسية غير المشروعة.

ج. الاستخدام الاستغلالي للأطفال في العروض والمواد الباعرة وأضافت المادة 35 «تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير الملائمة الوطنية والثنائية والمتعددة لمنع اختطاف الأطفال أو بيعهم أو الاتجار بهم لأي غرض من الأغراض أو بأي شكل من الأشكال»⁽²⁾.

وبذلك كانت أول اتفاقية تلزم الدول الأطراف باتخاذ الإجراءات وإصدار التشريعات اللازمة التي تكفل للأطفال الحماية حيث حظرت اختطاف الأطفال أو بيعهم أو الاتجار بهم لأي غرض من الأغراض أو بأي شكل من الأشكال.

5. اتفاقية القضاء على أسوأ أشكال عمل الأطفال 1999: صدرت هذه الاتفاقية لتضع حدا للقضاء على عمل الأطفال حيث نصت المادة الأولى منها على " ضرورة اتخاذ كل دولة عضو تدابير فورية وفعالة تكفل حظر أسوأ أشكال عمل الأطفال والقضاء عليها"⁽³⁾، أما المادة 08 فقد فرضت واجبات صارمة على الدول التي تنشر- فيها هذه الممارسات بالقضاء الفوري عليها كما دعت هاته الدول إلى ضرورة اتخاذ التدابير الملائمة لمساعدة بعضها البعض من خلال التعاون والمساعدة التقنية والقضائية على المستوى الدولي.

6. البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال والبغاء واستخدامهم في المواد الإباحية: يكتسي هذا البروتوكول أهمية خاصة من حيث كونه الوثيقة الوحيدة التي تناولت جريمة بيع الأطفال بشيء من التفصيل، إضافة لما تضمنه الديباجة من اعتراف الدول ببالغ القلق الذي يساورها إزاء هذه الجريمة، أشارت أيضا إلى أن العلاج الناجع للقضاء على بيع الأطفال واستغلالهم في البغاء اعتماد منج جامع يتصدى للعوامل المساهمة في ذلك.

أما المادة 03 فنصت على أن "تكفل كل دولة طرف أن تغطي كحد أدنى الأفعال والأنشطة تغطية كاملة بموجب قانونها الجنائي أو قانون العقوبات فيها" بينما تناولت المادة 04 أحكام الاختصاص القضائي على جرائم الواردة به

¹ - اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق وانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25/44 المؤرخ في 20 نوفمبر 1989 ، دخلت حيز النفاذ في 02/09/1990 وفقا للمادة 49.

² - أما المادة 11 فقد حظرت نقل الأطفال إلى الخارج وعدم عودتهم غير مشروعة كما ألزمت الدول الأطراف باتخاذ الإجراءات والتدابير المناسبة لمكافحة تهريب الأطفال ونقلهم إلى خارج بلدانهم.

³ - وقد أوضحنا فيما سبق المقصود بأسوأ أشكال عمل الأطفال.

والتي تقع على إقليمها أو على متن سفينة أو طائرة مسجلة فيها - كما حددت نفس المادة الحالات التي يجوز للدولة أن تقم ولايتها القضائية على هذه الجرائم حتى ولو لم تقع على إقليمها أو على متن سفينة أو طائرة مسجلة فيها⁽¹⁾

7. بروتوكول منع وقع ومعاقة الاتجار بالأشخاص وبخاصة النساء والأطفال:أورد هذا البروتوكول بموجب المادة (09) التزامات تقع على عاتق الدول بهدف وضع خطة لمنع هذه الجريمة حيث نصت على أن تضع الدول الأطراف سياسات وبرامج وتدابير شاملة لمنع ومكافحة الاتجار وحماية الضحايا وخاصة النساء والأطفال من معاودة إيدائهم وأن تتخذ وتعزز تدابير لتخفيف وطأة العوامل المساعدة على الاتجار كالفقر والتخلف وانعدام الفرص وأن تعتمد وتعزز تدابير تشريعية ، تعليمية اجتماعية و ثقافية من أجل صد الطلب الذي يحفز جميع أشكال استغلال الأشخاص خاصة النساء والأطفال.

الفرع الثاني: الصكوك الإقليمية التي تحظر الاتجار بالأطفال

على الصعيد الإقليمي أبدى المجتمع الدولي اهتماما بهذه الجريمة أين نجد العديد من الوثائق في هذا الصدد.

1. الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان 1950 :

تضمنت هذه الاتفاقية حظر الرق حيث جاء فيها "لا يجوز الاسترقاق أو تسخير أي إنسان، لا يجوز أن يطلب من أي إنسان أداء عمل جبرا أو سخرة..."⁽²⁾ وقد حرصت هذه الاتفاقية على وضع آلية لضمان الوفاء بالالتزامات الواردة فيها من خلال إنشاء لجنة ومحكمة لحقوق الإنسان⁽³⁾.

2.الميثاق الإفريقي لحقوق ورفاهية الطفل 1990 :أفرد هذا الميثاق نصوصا خاصة بحماية الأطفال ، وهو ما ورد بالمواد 15،27،29 والتي جاء فيها:

أ. " تتم حماية كل طفل من كافة أشكال الاستغلال الاقتصادي...وأن تتخذ الدول كافة الإجراءات التشريعية والإدارية لضمان التنفيذ الكامل لهذه المادة... وتقوم الدول على وجه الخصوص بتوفير- من خلال التشريعات - الحد الأدنى للأجور للالتحاق بأي عمل، سن التشريعات لساعات وظروف العمل، سن العقوبات المناسبة والإجراءات الأخرى لضمان التطبيق الفعال لهذه المادة وكذا تشجيع نشر- المعلومات بشأن أخطار تشغيل الطفل في كافة القطاعات.⁽⁴⁾

¹ - وهذه الحالات هي: عندما يكون المجرم المتهم بارتكاب هذه الجرائم من مواطني تلك الدولة أو شخصا يقيم عادة على إقليمها،عندما تكون الضحية من مواطني تلك الدولة ،عندما يكون المتهم موجودا في إقليم تلك الدولة ولا تقوم بتسليمه لدولة أخرى طرف في البروتوكول على أساس أن الجريمة ارتكبتها مواطن من مواطنيها.

² - المادة 04 من هذه الاتفاقية.

³ - وهو ماتضمنه نص المادة 19 من نفس الاتفاقية

⁴ - المادة 15 من الميثاق.

- ب. تتعهد الدول الأطراف بحماية الطفل من كافة أشكال الاستغلال والاعتداء الجنسي⁽¹⁾
- ج. تتخذ الأطراف الإجراءات المناسبة لمنع اختطاف أو بيع أو الاتجار في الأطفال لأي غرض أو في أي شكل من قبل أي شخص بما في ذلك الآباء والأوصياء القانونيين على الطفل.⁽²⁾
- د. استخدام الأطفال في كافة أشكال التسول".

و حرص الميثاق على إنشاء لجنة خاصة نظم تشكيلها واختصاصها بموجب المواد 32 و 45 منه.

3. ميثاق الحقوق الأساسية للإتحاد الأوروبي:⁽³⁾ حرص الميثاق على النص صراحة على حظر الاسترقاق والعمل بالإكراه، وذلك بمقتضى المادة 05 التي جاء فيها «لا يجوز استرقاق أي شخص أو استعباده -لا يجوز أن يطلب من أي شخص أن يؤدي عملا قسرا أو مكرها- يحظر الاتجار في البشر-»، إلا أن ما يلاحظ في هذا الميثاق أنه لم يتضمن آليات تنفيذية تكفل احترام ما أورده الميثاق.

4. الميثاق العربي لحقوق الإنسان:⁽⁴⁾ أبدى هذا الميثاق اهتماما بالغا بالموضوع من خلال المادة 10 والتي جاء فيها: «يحظر الرق والاتجار بالأفراد في جميع صورهما ويعاقب على ذلك ولا يجوز بأي حال من الأحوال الاسترقاق والاستعباد- تحظر السخرة والاتجار بالأفراد من أجل الدعارة والاستغلال الجنسي- أو الاستغلال دعارة الغير أو أي شكل آخر أو الاستغلال الأطفال في النزاعات المسلحة»

وفي هذا الصدد استحدثت آلية لمتابعة مدى التزام الدول الأعضاء بما ورد في الميثاق من خلال إنشاء لجنة خاصة تسمى بالجنة حقوق الإنسان العربية⁽⁵⁾

خاتمة :

يجد الأطفال أنفسهم في هذا العالم الظالم عرضة للوضعيات التجارية التي أقرتها المواثيق الدولية ذات الصلة (الاستغلال الجيني، الخدمة المنزلية القسرية، التسول المنظم، تجارة المخدرات، العمالة الاستغلالية، التبني غير المشروع، نزع الأعضاء، التجنيد في النزاعات المسلحة...) وفي هذا انتهاكا صارخا لحقوق الإنسان.

¹- وتتخذ كافة الإجراءات لمنع: إغواء أو تشجيع الطفل على المشاركة في أي نشاط جنسي- استخدام الأطفال في الدعارة أو الممارسات الجنسية الأخرى- استخدام الأطفال في الأنشطة والعروض الإباحية. انظر المادة 27 من الميثاق

²- انظر المادة 29 من الميثاق

³- الصادر عن البرلمان الأوروبي، مجلس الاتحاد الأوروبي واللجنة الأوروبية، دخل حيز النفاذ في ديسمبر 2000.

⁴- اعتمد من قبل القمة العربية السادسة عشر التي استضافتها تونس في 23 ماي 2004.

⁵- نظم الميثاق تشكيلتها، اختصاصاتها وطريقة عملها بموجب المواد من 45 - 48 منه.

وليس بالضرورة اضطلاع جماعة إجرامية منظمة بهذه الجريمة ولا تحقق شرط عبر الوطنية إذ يمكن أن تكتمل هذه الجريمة داخل حدود الدولة، ولا تتعداها كما يمكن أن تتحقق جريمة الاتجار من قبل أقارب الطفل كالأبوين.

وفي هذا الصدد لابد من التنويه إلى نقطة مهمة في هذا النطاق وهو إلزامية التمييز بين العمل الاستغلالي المحض للأطفال و بين الاستغلال في إطار جريمة الاتجار بالأشخاص ومن باب أولى سواء في هذا أو ذاك يبقى الطفل ضحية، لذا لابد من الأخذ بيد الضحايا والبعد عن النظر إليهم كمجرمين أو منحرفين.

ولأجل ذلك لابد من تعزيز الجهود لإيجاد آليات أكثر فعالية لإنفاذ القانون، ذلك أنه رغم الترسنة التشريعية في مواجهة هذه الجريمة إلا أن المجتمعات لا تزال تتكبد ويلات هذه الجريمة خاصة مع اتساع سوق الطلب على الأطفال لاسيما فيما يتعلق بتجارة الجنس والأعضاء.

* العوائق التي تعترض الجباية العقارية في التشريع الجزائري

بوبرك سعيدة - باحثة دكتوراه - جامعة سيدي بلعباس

ملخص

إن العوائد العقارية لها من الأهمية ما يحقق النفع للاقتصاد الوطني، وهو الأمر الذي اهتمت به الجزائر في إطار الإصلاحات التي قامت بها مُواكبة بذلك الركب الحضاري الذي مشته في سياقه عديد الدول التي رأت في إصلاح منظوماتها القانونية منفذا لتغيير أوضاعها، الاجتماعية، والاقتصادية، وحتى السياسية، في عالم أصبحت فيه التنمية الاقتصادية الشغل الشاغل، ولكن الإصلاح الذي لمس نظام الجباية العقارية اعترضه عوائق حالت دون تحقيق الهدف المنشود و المتمثلة أساسا في عدم الانتهاء من المسح العام للأراضي، وانتشار السوق الموازية.

مقدمة:

تشهد المنظومات القانونية إصلاحات واسعة النطاق في معظم البلدان النامية، بما في ذلك الدول العربية، التي تسعى جاهدة في الوصول إلى الحلول الجادة و المثلى في تنفيذ برامج الإصلاحية، ويُعد الإصلاح المالي، نقطة الانطلاق في عملية الإصلاح الاقتصادي، سواء على صعيد الإنفاق العام بشقيه الجاري والاستثماري، أو على صعيد الموارد وفي مقدمتها الموارد الضريبية، بشقيها المباشرة والغير المباشرة.¹

وقد كانت الأنظمة الضريبية في بداية الثمانينات في معظم البلدان النامية، ذات تقنيات معقدة، كما عُدّت من الواجبات المرهقة الأداء، دون أن يحقق أي منها عائدا كبيرا، كما كانت لضرائب الإنتاج والاستهلاك أسعارا متعددة، بالإضافة إلى صعوبة إدارتها، وكانت ضرائب الدخل مرتفعة، تعيق عملية الاستثمار، لذلك قامت معظم البلدان النامية، وخلال تنفيذها لبرنامج الإصلاح الاقتصادي، بإعادة النظر بأنظمتها الضريبية بهدف تبسيطها وتطويرها بما يتماشى مع الفكر الحديث، بهدف تشجيع الإنتاج والاستثمار شريطة أن لا يؤثر ذلك على العدالة الضريبية، وذلك من خلال زيادة الإعفاءات الشخصية.²

والجزائر كغيرها من الدول النامية، عرفت أزمة حادة مع أواخر الثمانينات نظرا لتراجع أسعار النفط بصفة معتبرة، وسعيا وراء تخفيف الاعتماد على الجباية البترولية كمصدر أول لإيراداتها، كان عليها رد الاعتبار لدور

* تاريخ إيداع المقال: 2015/07/20

تاريخ تحكيم المقال: 2015/12/02

¹ عبد الحكيم بلوفي، أثر الضريبة على السوق العقارية، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد الخضير بسكر، العدد السابع عشر، ص 24.
² بلوفي عبد الحكيم، ترشيد نظام الجباية العقارية، دراسة حالة الجزائر، رسالة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص علوم تسيير، 2011، 2012، جامعة الخضير بسكرة.

الضريبة العادية عن طريق إعادة النظر في سياستها الاقتصادية، وخاصة المالية والمتمثلة أساسا في السياسة الضريبية، فكان من بين الإصلاحات التي ركزت عليها الجزائر، إعادة تصميم نظام ضريبي يعبر عن فلسفة جديدة كجزء من الانشغال المالي للدولة، والذي بدوره يمثل جزءاً من انشغالها بالوضع الاقتصادي والاجتماعي وحتى السياسي.

إن الاهتمام بإصلاح السياسة الضريبية، والنظام الضريبي، بالأخص يبرر بأن الضريبة العادية تمثل إيرادا ماليا مضمونا ومستقرا نسبيا خلافا للجباية البترولية، وباعتبار الضريبة من أهم مصادر حصول الدولة على الإيراد العام، فضلا على أنها تحتل مكانة خاصة كأداة لتحقيق أهداف السياسة الاقتصادية للدور الذي تلعبه في تنفيذ السياسة المالية، وأهمية الآثار التي تنجم عن فرضها.

إن تدخل هذه الآلية يكون في كل الأسواق، ومنها السوق العقاري الذي يحظى باهتمام كبير في الدول التي يسود الاقتصاد اللبرالي فيها، عكس الدول التي تطبق الاقتصاد المخطط .

ولقد عرف السوق العقاري في الجزائر، ركودا كبيرا وذلك لسبب رئيسي- وهو احتكاره من طرف الدولة، كما تبرره القوانين آنذاك، وقد اقتضت حركة انتقال العقار في ذلك الوقت، على شكل إرث وفق مبادئ الشريعة الإسلامية بين الأشخاص، أو تلك التي تمس بعض العقارات التي تستعمل من أجل الصالح العام، والتي تكون الدولة طرفا فيها.¹

في حين أنّ التوجه إلى اقتصاد السوق أعطى ديناميكية معتبرة للسوق العقاري، وذلك من خلال استحداث آليات جديدة بدءا من مرونة الإجراءات، على شكل قانون عقاري يبسط المعاملات من جهة، وينوع طرق انتقال العقار مثل إعطاء الصبغة القانونية للعقود العرفية، وإنشاء سبل جديدة لتمويل العقار، وكيفية تنظيم هذا التمويل كآلية مالية تسمح بزيادة حجم السوق العقاري، وتنويعه مع ضمان تسهيلات لمختلف الهياكل السابقة وإحداث مؤسسات جديدة تساهم في زيادة حجم الحظيرة العقارية، كالوكالات العقارية والوكالات التساهمية ومؤسسات الترقية العقارية، وذلك من خلال قانون الاستثمار الجديد الذي يعطي فرص لهذه المؤسسات، التي تعتبر بمثابة محرك لقطاع البناء، وللحصول على امتيازات في مختلف المجالات.

كما أن تهيئة المحيط في هذا المجال، سمح للمواطن بالمشاركة في توسيع وعاء السوق العقاري عن طريق بناء سكنات خاصة، ومحلات تجارية ومهنية، إذ أنه لا يمكن دفع قطاع البناء بدون تنشيط السوق العقاري، ولا يخفى على أحد، أن اقتصاد السوق أحدث تغييرا في كل القوانين الجبائية، التي تعتبر آلية ذات أهمية كبيرة جدا حيث تساهم في تطوير وتنمية وتوجيه السوق.

¹ عبد العزيز بوكيرة الإصلاح الجبائي في الجزائر وآثاره على التنمية الاقتصادية، ملتقى الموظف الجزائري، منتدى تكوين المهارات وأثاره على التنمية الاقتصادية، www.mouwazaf-dz.com .

إن التخفيضات التي طرأت على الضرائب العقارية، شجعت حركة العقار بشكل معتبر إذ ساهمت في زيادة نسبة التعاملات في المجال العقاري، مما أثر إيجابيا على خزينة الدولة من خلال الزيادات المعتبرة للحصيلة الضريبية، وبالرغم من هذه التخفيضات إلا أن السوق العقاري مازال يعرف ركودا نسبي أو محدود التفاعل، وهذا ما ينعكس على نمو الاقتصاد بصفة عامة¹.

بالتالي فتخفيض معدلات الضرائب ليس فقط من أجل الهدف المالي الضريبي، بل من أجل أهداف أخرى تخدم من هذا الهدف، بمعنى تحقيق التنمية الاقتصادية.

بناء على ما تقدّم فما مدى نجاح الإصلاح الضريبي بالأخص المتعلق بالعقار في تحقيق التنمية الاقتصادية؟ وما هي العوائق التي تحول دون تجسيد هذا البرنامج أو هذه السياسة بالنظر إلى الإمكانيات الضئيلة المتاحة بالرغم من المجهودات الجبارة التي قامت بها الدولة مؤخرا؟

على هذا الأساس ارتأيت مناقشة هذا الموضوع من زاويتين:

- الإصلاح الجبائي المتعلق بالعقار ودوره في التنمية الاقتصادية.

- العوائق التي تحول دون تحقيق الغرض المرجو من وراء فرض هذه الجباية.

أولا: الإصلاح الجبائي ودوره في التنمية الاقتصادية.

قبل التطرق إلى الإصلاح الجبائي العقاري، يقتضي بل يتوجب أن نعرّف (أولا) الجباية العقارية وأنواعها (ثانيا) تطورها التاريخي.

1- الجباية العقارية وأنواعها:

الجباية العقارية هي جزء من الجباية العادية التي يقوم عليها النظام الضريبي، وكذا القواعد التي تنظم العلاقة بين الخاضعين للضريبة والإدارة الجبائية، فالجباية العقارية تمثل مجموعة الضرائب التي تفرض على العقار سواء في حالة استقراره عند مالكة أو انتقال ملكيته، كما يمكن تعريف الجباية العقارية على أنها مجموعة العمليات التي تطرأ على العقار من بيع، وشراء، وغيرها من العمليات التي تجعل العقار موضوعا لها².

¹ محمد حمادي، إشكالية العقار الصناعي والفلاحي وتأثيرها على الاستثمار، مجلة الواحات للبحوث والدراسات العدد 2012، 16، كلية الحقوق والعلوم السياسية معسكر.

² رويح يفتوح، آليات تحصيل الضرائب في ظل الإصلاحات الجبائية الجديدة مذكرة لنيل شهادة ليسانس في علوم التسيير تخصص محاسبة، تحصيل الضرائب في ظل الإصلاحات الجبائية الجديدة، السنة الجامعية 2013، 2012، ص 49

وتشمل الحماية العقارية أنواعا مختلفة من الضرائب وهي: الرسم العقاري¹، رسم التطهير²، الضرائب على القيمة المضافة³، ضريبة الأملاك،⁴ وحقوق التسجيل⁵.

كما يخضع للحماية العقارية، كل الأشخاص المعنويين والطبعين القائمين بعمليات البيع والشراء وإنشاء العقارات، وأيضا تشمل تقديم الحصص لإنشاء الشركات ومثال على ذلك انتقال الملكية بدون مقابل كالهبات والتركات .

2- التطور التاريخي للحماية العقارية في الجزائر:

إنّ تطوير الحماية العقارية في الجزائر، يعود أصلا إلى تطور النظام الجبائي بصفة عامة، والحماية العادية بصفة خاصة.

وعليه فقد مرّت الحماية العقارية، في الجزائر بمرحلتين هما مرحلة المجمع التقليدي بما في ذلك الحكم التركي للجزائر، وقد استعملت الضريبة في هذه المرحلة من أجل تمويل خزينة الخلافة، ومرحلة الاحتلال الفرنسي- وخالها استعملت الضريبة العقارية للاستيلاء على الأراضي من طرف المعمرين وخاصة الأراضي الفلاحية .

أما مرحلة الجزائر المستقلة، فابتدأت من الاستقلال إلى غاية 1968، استعملت الضريبة كأداة لتوجيه الاقتصاد، ومن سنة 1969 إلى 1985 فاستعملت لرفع القدرة الشرائية للسكان، وابتداء من سنة 1986 تزامنا مع الأزمة الاقتصادية، وتدهور أسعار البترول فقد استعملت لزيادة العائدات الضريبية، وفي مرحلة رابعة ابتدأت من سنة 1992 فقد أحدثت إصلاحات عميقة في الاقتصاد ومنها إصلاح النظام الجبائي كأداة لتحريك الاقتصاد الوطني لزيادة مداخيل الدولة، لتغطية النفقات العمومية لتأدية الدور التقليدي للدولة⁶.

الإصلاح الضريبي:

يعتبر الإصلاح الجبائي الذي قامت به الجزائر، إحدى الشروط التي تضمنتها الاتفاقية المبرمة بين صندوق النقد الدولي والجزائر، في إطار الإصلاحات الهيكلية والتنظيمية والتي تهدف إلى تحقيق تنمية الاقتصاد من خلال

¹ نصت المادة 248 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المائتة لسنة 2015 أنه "يؤسس رسم عقاري على الملكيات المبنية الموجودة فوق التراب الوطني باستثناء تلك المعفية من الضريبة صراحة" كما تم النص على الرسم العقاري على الملكيات غير المبنية وفق المادة 261 من ذات القانون
7 المادة 263 وما يليها من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المائتة لسنة 2015.

³ الرسم على القيمة المضافة ضريبة حديثة النشأة وردت وفق المادة 65 من قانون المالية لسنة 1991، تفرض على القيمة المضافة الكلية للسلعة أو الخدمة بل على الإضافات المتتالية في قيمتها من أجل تحقيق هدفين هما الحياد والشفافية.

⁴ المادة 274 من ذات القانون وما يليها.

⁵ المواد من 1 إلى 5 من قانون التسجيل لسنة 2015 المصدر المديرية العامة للضرائب بموجب الأمر 105/76 في 6 ديسمبر 1976.

⁶ بورويس زيدان، دور مكاتب التوثيق في تنظيم المعاملات العقارية، يوم دراسي منظم في ولاية سكيكدة في 2005/05/29 الغرفة الجهوية للموثقين، ناحية الشرق ص 2.

ترقية الادخار، وتوجيه الاستثمار، وتحسين شفافية النظام الجبائي وقد تضمنت هذه الإصلاحات فرض الضريبة على المداخل وضمها إلى مدا خيل أخرى، وأخضعها إلى الضريبة على المداخل الإجمالية¹.

ولأن المداخل الإيجارية العقارية، لا تختلف عن المداخل الأخرى، ولأنه يتم تحصيلها بنفس الطريقة وعلى نفس المنوال، إلا أنه وفي هذا الصدد، ينبغي التفرقة ما بين الطريقة التي يتم بها فرض الضريبة على المداخل، و الضريبة على رأس المال .

فالرسم العقاري مثلا، يعتبر من الضرائب المفروضة على رأس المال لأن العقار الذي هو ملك لشخص ما، إما أن يكون مستغل من طرف شخص ما، أو مؤجر لشخص آخر، وفي كل الحالات هناك طريقة تفرض بها الضريبة .

وبما أن المالك له الحق في البيع، فعند إجراء هذه العملية يفترض في معظم الأحيان أنه يتحصل على قيمة زائدة عن قيمة الشراء، وهذه القيمة تعتبر مدخولا كباقي المداخل الأخرى تخضع للضريبة على المداخل الإجمالية، وتسمى بـضريبة الفائض الناتجة عن العقار المتنازل عنه، أما الرسم الخاص بالتسجيل فهو يمس كل التحويلات العقارية .

دور الحماية العقارية في تحقيق التنمية الاقتصادية.

1- تحديد هذه العوائد بالنسبة للعقارات المبنية والغير مبنية.

أن العوائد العقارية لها من الأهمية ما يحقق النفع للاقتصاد الوطني ومنه تحقيق التنمية الاقتصادية، كما أسلفنا، تمثل هذه العوائد في الرسم العقاري، ورسم التطهير، وبالنسبة للرسم العقاري، تم تأسيسه بموجب الأمر رقم 83/67 المؤرخ في 02 جوان 1967 والمتضمن القانون المعدل والمكمل لقانون المالية لسنة 1967، والذي عدل بموجب القانون رقم 25/91 المؤرخ في 18 ديسمبر 1991 المتضمن قانون المالية لسنة 1992 وهذا تعويضا لمجموعة من الرسوم تخص العقار .

يعتبر الرسم العقاري ضريبة سنوية تصريحية تخص العقارات المبنية، وغير المبنية الموجودة في التراب الوطني، وتعد حصيلة هذا الرسم ضعيفة إذا بلغت نسبته بالإضافة إلى رسم التطهير ب 1.76 بالمائة سنة 1998 بالجزائر، وهذا نتيجة للنقص الفادح في التسيير الجبائي العقاري،

وبالمقابل نجد نسبة الرسم العقاري بفرنسا عن نفس السنة 28.3 بالمائة، منها 26.6 بالمائة الرسم على الملكيات المبنية، و 1.7 بالمائة الرسم على الملكيات غير المبنية¹.

¹ بلوفي أعبد الحكيم، أثر الضريبة على السوق العقاري، ص 32.

أ- الرسم العقاري على الملكيات المبنية، والمفروض على جميع العقارات المبنية على اختلاف أنواعها بغض النظر على المواد التي استعملت في بنائها، وعن مكان وجودها، بحيث لا يهم أن تكون هذه المباني قد أقيمت تحت الأرض أو فوقها، أو على الماء، وكذلك يفرض على الأراضي التي تحيط بالأبنية التي تشكل مرفقات .

5% إذا كانت مساحة المرفق تقل أو تساوي 500 م² .

7% إذا كانت مساحة المرفق تزيد عن 500 م² .

10% إذا كانت مساحة المرفق تزيد عن 1000 م² .

ب- الرسم العقاري على الملكيات غير المبنية: يطبق على الأراضي المتواجدة في القطاع العمراني، أو القابلة للتعمير، وكذلك المحاجر ومواقع استخراج الرمل والمناجم والسبخات والأراضي الفلاحية .

يحسب هذا الرسم على أساس حاصل ضرب القيمة الإيجارية الجبائية للمتر المربع الواحد في المساحة غير المبنية الخاضعة لضريبة، دون تطبيق التخفيض، يحدد القانون الضريبي القيمة الإيجارية الجبائية للمتر المربع الواحد حسب مناطق رئيسية على عكس الحال بالنسبة للملكيات المبنية أن تكون القيمة الإيجارية الجبائية حسب المناطق الرئيسية والفرعية، ويقدر معدل الرسم ب:

5% بالنسبة للأراضي غير العمرانية.

5% عندما تكون المساحة لا تزيد عن 500 م² .

7% عندما تفوق المساحة 500 م²، ولا تتعدى 1000 م² .

10% عندما تفوق المساحة 1000 م² عام 2013

3% بالنسبة للأراضي الفلاحية.³

هذا فيما يخص سنة 1998، أما السنة المالية لسنة 2015، فالنسب تغيرت كما الآتي، وحسبما نصت عليه المادة 23 من قانون المالية لسنة 2015 فالرسوم الثابتة بعنوان ترقيم نهائي تابع لترقيم مؤقت للعقارات المسووحة بالسجل العقاري محددة كما يلي:

أ- حصص مبنية تابعة لعقار مشترك الملكية.

أقل من 100 م² القيمة هي 2000 دج.

من 100 م² إلى 200 م² القيمة هي 1000 دج.

¹ بلوفي عبد الحكيم، ترشيد نظام الجباية العقارية، دراسة حالة الجزائر، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص علوم تسيير، الموسم

الجامعي 2011، 2012.

² نفس المرجع المرجع، ص 147.

³ نفس المرجع، ص 150.

أكثر من 200م² القيمة هي 4000دج.¹
 ب)-أرض غير مبنية أو مبنية. محدّدة كما يأتي:

أقل من 1000م² إذا كانت الأرض غير مبنية القيمة 2000 دج، أما إذا كانت مبنية فالقيمة هي 4000دج.
 من 1000م² إلى 3000م² في الأراضي الغير مبنية القيمة هي 3000دج، أما المبنية فهي 6000دج.
 أكثر من 3000م² فالقيمة في الأراضي الغير مبنية هي 4000 دج أما المبنية فهي 8000دج.

ج)- الأراضي الفلاحية:

أقل من 5 هكتار القيمة هي 2000دج.

من 5هكتار إلى 10هكتار القيمة هي 4000دج .

أكثر من 10هكتار 6000دج.²

2)- دور هذه العوائد في تحقيق التنمية الاقتصادية.

الاستثمار هو محور التنمية الاقتصادية الأساسي، فهو أداة لتحقيق النمو الاقتصادي بحيث يتوقف معدل النمو الاقتصادي على كمية الاستثمارات وتوزيعها بين الفروع المختلفة للنشاط الاقتصادي، وتؤثر الضريبة في الميل إلى الاستثمار، فعندما تفرض الضريبة على قطاع اقتصادي ما بمعدل منخفض أو يكون الإعفاء فيه واسعاً يوجه الممولون استثماراتهم نحو هذا القطاع لأنه ذو ربحية أكبر، كذلك تكون الضريبة أداة فعالة لمنع توظيف رؤوس الأموال في القطاعات الإنتاجية الخاضعة لمعدل ضريبي مرتفع.

بالرغم من المشوار الطويل الذي قطعتة الجباية العقارية، والمجهودات المبذولة من قبل المهتمين في المجال من فقه وقضاء، والتجسيد الميداني لسياسة الجباية العقارية، من خلال الإصلاحات المذكورة آنفاً، إلا أن هناك بعض العوائق التي تعترض طرق انتقال العقار ومنه ركود السوق العقارية، بالتالي توقيف عجلة التنمية الاقتصادية.

ثانياً:العوائق التي تعترض تطبيق نظام الجباية العقارية.

إن العوائد الضريبية تساهم بقدر عالي كما أسلفنا في تمويل الخزينة العامة ومنه تمويل الاستثمار في تحقيق التنمية الاقتصادية، بالرغم من ذلك هناك عوائق قد تعترض مسارها وتجعل دورها قاصر بدل من مفعل ويتعلق الأمر بعائتين كبيرين يتمثلان في عدم الانتهاء بعد من عملية المسح العام للأراضي، وانتشار السوق الموازية أو ما يسمى "بمافيا العقار".

¹ حنان شلغوم، أثر الإصلاح الضريبي في الجزائر وانعكاساته على المؤسسة الاقتصادية، دراسة حالة الشركة الجزائرية للمياه، منطقة قسنطينة، السنة الجامعية 2012، 2011، ص 146.

² بن حمودة محبوب من جامعة الجزائر وبن قانة أساء من جامعة ورقلة، مقالة مشتركة منشورة بعنوان أزمة العقار في الجزائر ودوره في تنمية الاستثمار الأجنبي، مجلة الباحث، العدد 2007، 05، ص 61، 62.

أ)- عدم الانتهاء من عملية المسح العام للعقارات.

إن إنجاز مسح الأراضي العام لهو أكثر من ضرورة، في بلاد تواجه وضعية عقارية جد حساسة، يمكن حلها الوحيد في التعرف على الملكيات، قصد منح ملاكها الحقيقيين سندات إثبات كافية بناء على قواعد متينة، والجزائر اليوم بحاجة ماسة إلى هذه الضرورة التي يفرضها الدخول لاقتصاد سوق حقيقي وفعال، ومن أجل كسب الرهان على دولة فتيحة كجزائر والذي يفوق واقعها الحالي في ظل غياب فعالية القائمين عليه من جهة ووجود عدة ضغوطات وعراقيل من جهة ثانية لا بد من تطوير المحيط المادي والمؤسسي الذي يمس العقار كما وكيفا، وتذليل المشاكل التي تواجه العملية، فالمشاكل الظاهرة المعيقة لعملية المسح العقاري نصت عليها المادة 5 من الأمر 74/75 على أن المهام المتعلقة بإعداد المسح العام والمحافظة عليها هي من اختصاص الإدارة المكلفة بشؤون أملاك الدولة والشؤون العقارية¹.

يشير هذا النص إلى أنّ عملية إعداد مسح الأراضي العام، تتمركز في يد الإدارة المكلفة بشؤون أملاك الدولة والشؤون العقارية، وبالتالي لا يمكن للخواص طلب مسح أراضي خاصة بهم إن أرادوا ذلك، وهذا الاحتكار خلق مشاكل مختلفة تبدوا ظاهرة للعيان، وذات تأثير مباشر على سير الأشغال المسحية وكذا مردوديتها وتسييرها.

وساهمت في تعطيل تعميم عمليات مسح الأراضي العام على مستوى التراب الوطني، ويمكن أن نجمل هذه المشاكل الظاهرة والمتعلقة أساسا بإدارة المسح في نقاط عديدة منها تكليف مصالح المسح العقاري بأعمال أخرى، إذ كانت هذه المصالح محتشدة للقيام بعمليات ظرفية واسعة النطاق، وهذا التشتيت انعكس سلبا على تقدم أشغال المسح، ومن تلك العمليات:

*الثورة الزراعية.

*استصلاح الأراضي.

*تعيين حدود البلديات.

*تطهير القطاع الفلاحي، تنازل الدولة عن أملاكها.

*إرجاع الأراضي المؤتممة... الخ².

¹ بوزيتون عبد الغني، المسح العقاري في تثبيت الملكية العقارية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع القانون العقاري، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة في 2010، 2009، ص 157، 156.

² المادة 5 من الأمر 74/75، المؤرخ في 12 نوفمبر 1975، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام، وتأسيس السجل العقاري، ج ر العدد 92 المؤرخة في 18 نوفمبر 1975

بالإضافة إلى عدم كفاءة الأعوان القائمين على العمليات المسحية ، فهذه الأخيرة تعاني من نقص التأطير لدى أعوان المسح لأن أغلبهم ينقصهم التأطير ويفتقر إلى الثقافة في المجال العقاري، ومما زاد الأمر تعقيدا غياب التكوين المناسب لهم، وقد تفتتت الجهات الوصية إلى ذلك إذ قامت بتسطير برنامج ،يهدف إلى تحسين المستوى ،يمس هذا البرنامج السلوك التقني برمته على أن يكون هذا التكوين في الخارج.

هذا وتتطلب عملية المسح قبل الشروع في التحقيق الميداني، القيام بأعمال تحضيرية ترمي إلى حصر- الطبيعة القانونية الأصلية لمجموع الأراضي المعنية بالعملية ،كتلك التابعة للبلدية، أو أملاك الدولة أو مديريةية الشؤون الدينية ،فهذه المصالح وغيرها، عليها أن تقدم للفرق المكلفة بالتحقيق كل المعلومات الخاصة بأملاكها ،حتى تتضح الفكرة حول الحقوق العينية لمختلف الأقسام المعنية بالدراسة ،ومدى خضوع كل منها لفكرة التقادم، وبالتالي قابليتها لتكون محل حقوق للغير.

فبجاهل مساهمة جميع هذه الجهات في الأعمال التحضيرية من شأنه أن يصعب حصر- عناصر التحقيق، ويحجر المصالح المكلفة بإجراء التحقيقات الميدانية القيام بذلك دون فكرة مسبقة على الأقسام محل التحقيق ، وهذا ما ينعكس سلبا على نتيجة التحقيقات ، التي قد تكون من بين نتائجها قيد الأملاك العمومية باسم الخواص¹.

أما لو نظرنا إلى الأعمال الميدانية لوجدنا أن الفريق الميداني للمسح يتشكل من عون ينتمي لإدارة المسح، وعون من المحافظة العقارية إلى جانب عون من إدارة أملاك الدولة وآخر من البلدية ،وقد تتجاهل في بعض الأحيان هذه الجهات الإدارية المعنية، المشاركة في هذه الفرقة ويتغيب عناصرها خصوصا منها البلدية ومديرية أملاك الدولة، ويعود ذلك أساسا إلى عدم أكثرات الولايات بعمليات المسح، فهي لا تعطيها القيمة الحقيقية ولا تضعها ضمن الأولويات².

إلى جانب العوائق الظاهرة، والمتعلقة في عمومها بالإدارة القائمة على عمليات المسح، هناك جملة من مشاكل أخرى خفية التي تساهم ولو من بعيد في تعطيل السير الحسن للعمليات، بل قد نعتبرها الدافع والسبب الرئيسي- في ظهور تلك لمشاكل السابقة ، ولعل أبرز هذه المشاكل الخفية على سبيل المثال لا الحصر-، عدم وجود تحفيزات بالنسبة للأعوان القائمين على العملية وقد يعود السبب إلى تكفل الدولة بجميع مصاريف العملية من نفقات ورسوم ،منذ الإجراء الأول ،مما جعلها تغض الطرف عن الوضعية الاجتماعية والمهنية للعمال ،فهي لا تحفزهم من أجل القيام بأعمالهم بطريقة صحيحة، بعيدا عن كل الضغوطات، وممنأى عن كل الشبهات فمثلا كيف يعقل أن يتقاضى العامل المكلف بالمسح 60 دج تمثل مختلف تكاليف تنقله للقيام بعملية واحدة³.

¹ صادرة عن الوكالة الوطنية، نشرة مسح الأراضي ،مارس 2005،ص31.

² المادة 9 من الأمر 74/75 المذكور ،مرجع سابق.

³ المادة 11 من الأمر 74/75.

ومما زاد في تأجج فتيل النزاع وإحساس أعوان المسح بالتهميش، هو لجوء الإدارة إلى منح الامتياز للخبراء العقاريين الخواص، من أجل الظفر بمشاريع مسح مقاطعات هامة مقابل اعتمادات مالية ضخمة عن طريق المناقصات التي تمنحها لهم، وذلك باستغلال إطارات الوكالة ومخططاتها، وتجاهل هذه الوضعية يؤدي إلى كثرة الاحتجاجات وهجرة الإطارات إلى القطاع الخاص، مما جعل النقابة الوطنية لمسح الأراضي تدق ناقوس الخطر لمواجهة الزيف الحاد الذي تواجهه القاعدة العمالية.

من جهة ثانية، فإن عدم التنسيق بين الجهات الفاعلة في المجال العقاري يشكل عقبة أمام العمليات المسحية، خاصة بين المحافظات العقارية والوكالة الوطنية لمسح الأراضي، كون العلاقة بينهما تكتسي - نوعا من الخصوصية والأهمية، فهي علاقة تكامل حيث الأولى تختص بتأسيس السجل العقاري والثانية تختص بمسح الأراضي ولتحقيق هذا التكامل قد أوجب المشرع على المحافظة العقارية، أن تبلغ مصلحة مسح الأراضي بكل التحويلات العقارية المشهورة خلال عمليات المسح، وذلك بواسطة مستخرج المسح المنصوص عليه في المادة 71 من المرسوم 63/76 كما أُلزِمها أيضا بالتنسيق في حالة تغيير حدود الملكية بعد إغلاق عمليات المسح واستكمال عمليات الشهر العقاري، للقيام بإجراءات ضبط الوضعية الجديدة للعقار.¹

ولكن قبل ذلك فقد أُلزم المشرع المحافظة العقارية بالإسراع في إعداد وتسليم الدفاتر العقارية، هذه الحالة التي تسببت كثيرا من الحبر فبالرغم من أن إطارات الوكالة الوطنية لمسح الأراضي، قد تمكنوا من مسح زهاء، السبع ملايين هكتار من أصل 11 مليون هكتار مبرمجة إلى غاية 2010، كأخر أجل بالنسبة للقرض الممنوح من قبل البنك العالمي، وعلى الرغم من نهاية المدة فإن المحافظات العقارية لم تجتهد، من أجل تسليم الدفاتر العقارية الخاصة بالعقارات محل المسح، وكذا إجراء التقييم المطلوب ومعالجة الملفات في الوقت المناسب، وقد يكون مرد ذلك إلى إهمال المحافظات العقارية لهذا المشروع الاستراتيجي، وتفرغها لاستصدار عقود الموتقين ونقل الملكية، و هذا ما قد يؤدي بالسلطات الوصية لإعادة المسح الذي تم إنجازه من جديد، لطول المدة بين تاريخ المسح، وتاريخ إعداد الدفتر العقاري.²

إلى جانب المشاكل السابقة والمتعلقة في مجملها بالإدارة، هنا كمشكل جلي يتعلق بالملأك، ساهم بشكل كبير في إعاقة تقدم سير العمليات، بتمثل في عدم استجابة هؤلاء الملأك دوما إلى الدعوة للحضور أثناء القيام بأعمال المسح، رغم أن القانون يجبرهم على ذلك، وهذا الغياب مرده إلى جمل الملأك لأهداف العملية وانعدام الثقافة الكافية حول أبعادها، نتيجة تقصير القائمين عليها في تحسيسهم وتوعيتهم، فأول ما يفكر فيه الملأك هو الخوف من أن العملية تهدف مباشرة إلى فرض الضرائب.

¹ المادة 70 والمادة 71 من المرسوم التطبيقي للأمر 74/75 المتعلق المسح العام للأراضي، المتضمن تأسيس السجل العقاري المؤرخ في 1976/03/25، ح ر العدد 30 مؤرخة في 1976/04/13.

² التعلية رقم 16 المؤرخة في 1988/05/04 المتعلقة بسير عمليات مسح الأراضي و التقييم النهائي، المديرية العمدة للملاك الوطنية، وزارة المالية، الجزائر، 1998.

كذلك قد خلق الملاك عدة وضعيات صعّبت من السير الحسن لعمليات المسح، من ذلك إقدامهم على استغلال قطع أرضية تابعة للغير عن طريق إقامة بنايات يصعب إزالتها من الناحية العملية، فعمليات المسح العام للأراضي تعاني كذلك من مشكل ليس باليسير، يتمثل أساسا في عدم الاحترام الدقيق للقوانين الموضوعة، خاصة تلك المتعلقة بالتهيئة والتعمير فغياب المراقبة الإدارية للعمران أدى إلى عدم احترام قوانين العمران وانتشار البنائات الفوضوية بشكل رهيب، وفي أحسن الأحوال فإن الأفراد يعملون على إقامة بنايات غير متجانسة، ولا تخضع للمخططات الموضوعة.¹

(ب) انتشار السوق الموازية:

إن عدم اكتمال المسح العام للأراضي، ليس العائق الوحيد الذي يحول دون تفعيل الإصلاحات الجبائية فهناك مشكل أخطر من سابقه والذي يتمثل في ما يعاينه السوق العقاري بالجزائر، في الآونة الأخيرة من انتشار وسطاء عقاريين غير معتمدين يرباطون قرب مقراتهم للاقتضاض على أي زبون يهم بدخول وكالتهم العقارية، ويقدمون له عروضهم، مما جعل 20 بالمائة فقط من المعاملات العقارية، تمر عبر الوكلاء العقاريين المعتمدين، بينما 80 بالمائة من المعاملات والصفقات تتم في السوق الموازية خارج القانون.

بالإضافة أن آلاف الشقق وآلاف الفيلات، وآلاف الهكتارات من الأراضي تباع بملايير الدينارات يوميا من خلال صفقات تعقد في الشوارع والمقاهي، من قبل الوسطاء والسماسرة العقاريين، خارج الإطار التنظيمي، وهي تمثل 80 بالمائة من رقم أعمال سوق العقار في الجزائر، الذي تعجز الحكومة عن معرفة حجمه الحقيقي بسبب النشاط الموهول لهؤلاء السماسرة، غير مرخصين وغير معتمدين، خاصة أن الصفقات التي يعقدونها توثق بشكل عادي من قبل الموثقين في ظل عدم وجود قانون يمنع الموثقين من توثيقها، ومعلوم أن صفقة واحدة في مجال العقار تقدر بالملايير نظرا إلى غلاء سعر العقار في الجزائر.²

هذه الممارسات كرسست المنافسة غير الشرعية، للوكلاء المعتمدين، وجعلت نشاطهم يتراجع، وأرباحهم تتآكل، في حين أنهم يدفعون أعباء المقر والضرائب والهاتف والإعلانات وأجور العمال، واشتراكات الضمان الاجتماعي

¹ المذكرة رقم 5590 المؤرخة في 2013/06/06 بعنوان عقارات مسجلة في حساب الدولة قد تعود الى الخواص أو مؤسسة الوقف أو البلدية وكيفية تسويتها، المديرية العامة للأموال الوطنية، وزارة المالية الجزائر، 2013.

* لقد أقر المشرع الجزائري المخطط التوجيهي للتهيئة و التعمير في القانون 90-29 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المعدل و المتمم بموجب القانون 04-05 المؤرخ في 14 أوت 2004 المتضمن قانون التهيئة و التعمير و النصوص التطبيقية له، لاسميا المرسوم التنفيذي رقم 91-177 المؤرخ في 28 مايو 1991 الذي يحدد إجراءات إعداد المخطط التوجيهي للتهيئة و التعمير و المصادقة عليه و محتوى الوثائق المتعلقة به المعدل و المتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 317-05 المؤرخ في 10 سبتمبر 2005. *مخطط شغل الأراضي أداة حديثة للتخطيط المحلي والتسيير الحضري من الأدوات التهيئية والتعمير موجب القانون صدر أيضا بموجب القانون 29/90 المؤرخ في 01 12-1990 م، ج ر عدد 52 لسنة 1990.

² المادة 39 من المرسوم التنفيذي 18/09 المؤرخ في 20 يناير 2009 المحدد لمهنة الوكيل العقاري، ج ر العدد 06، المؤرخة في 25 يناير 2009.

والتأمين، فيما يقوم كل من هب ودب بممارسة المعاملات العقارية مقابل صفر أعباء ودون أي شروط، وينشرون الإعلانات في الجرائد، وحتى على الانترنت.

وأمام هذه الممارسات وجد الوكيل العقاري نفسه رهينة في سوق العقار، فالزبائن يتهربون منه لأنه يحترم المقاييس والشروط القانونية والأخلاقية لمهنة الوكيل العقاري، في وقت يستفرد الساسرة بصفقات تقدر بالملايير بطريقة غير شرعية وأمام الملأ، زد على ذلك أن تعداد ساسرة العقار والوسطاء العقاريين غير المعتمدين يفوق عدد الوكلاء العقاريين المعتمدين، حيث إن 70 بالمائة من الجزائريين يقومون بالسمسرة بمعدل جزائري من الثلاثة، إلى درجة أن العديد من الموظفين في مختلف الشركات والإدارات الخاصة والعمومية، يتخذون من "السمسرة في العقار" نشاطا موازيا، ومصدر دخل إضافي، ويتصلون يوميا بالوكالات العقارية، لعرض عقارات ليست ملكا لهم، للبيع.¹

كما أن النزاعات المطروحة أمام المحاكم بين المواطنين والوكلاء العقاريين، هي في الأصل نزاعات بين مواطنين ووسطاء عقاريين غير معتمدين، ولا يكثرثون بوجود أو عدم وجود عقد للعقار الذي يبيعونه، وفي حال وقوع أي إشكال، فإن الزبون هو الذي سيخسر، وعندها لن يجد أي جهة يحتكم إليها، لأن الوسيط الذي باع له لا يترك أي أثر أو توقيع أو أي وثيقة تثبت أنه وراء إجراء هذه الصفقة أو المعاملة.

وأمام هذه الفوضى العارمة في مجال سوق العقار فإن الحل الوحيد للقضاء عليها هي اتخاذ الإجراءات اللازمة من طرف السلطات المعنية والتي تفرض عدم عقد أي صفقات تجارية في مجال العقار دون المرور على الوكلاء العقاريين، وأن تفرض على الموثقين عدم توثيق أي عقود لم تمر على يد الوكيل العقاري، لإجبار كل المعنيين على المرور على الوكيل العقاري المعتمد، لشراء أو بيع أي عقار، مثلما فعلت بالنسبة لفرض تأمين العقارات التي تباع وتشترى، حيث فرضت على الموثقين عدم توثيق عقود بيع وشراء العقارات غير المؤمنة، ومن ثم القضاء على المنافسة غير الشرعية للوكلاء المعتمدين من جهة وضبط سوق العقار من جهة، والقضاء على السوق الموازية للعقار والتهرب الضريبي في هذا المجال.

¹ نصت المادة 2/4 من المرسوم التنفيذي رقم 18/09، المؤرخ في 20 يناير 2009 الذي يحدد التنظيم المتعلق بمهنة الوكيل العقاري، ج رالعدد 06 المؤرخة في 25 يناير 2009، على أن " يعد وسيطا عقاريا كل شخص يلتزم بالتقريب بين شخصين من أجل إتمام عملية شراء أملاك عقارية أو بيعها أو تأجيرها أو مبادلتها"، أنظر أيضا المادة 08 من ذات الرسوم والتي تنص على الشروط الواجب توافرها في الوكيل العقاري حتى يكون أهلا لمباشرة مهامه .

خاتمة:

بناء على ما تم عرضه، فإن الإصلاح الجبائي قد جاء كنتيجة حتمية للتغيرات الجذرية للواقع الاقتصادي والاجتماعي، ويقوم هذا الإصلاح أساسا على عقلنة الأداء الاقتصادي وقد انصب على محاور مهمّة تمثلت في المحور المالي والهدف منه هو إيجاد موارد مالية لتمويل ميزانية الدولة، محورا اجتماعي تمثل في إعادة توزيع العوائد، محور اقتصادي وتمثل في ضبط الأنشطة الاقتصادية وتوجيه التنمية.

أما الهدف من هذه الإصلاحات فهو إخراج الاقتصاد الوطني من دوامة التخلف ومسايرة اقتصاديات العالم المتقدم، وكذا القضاء على عبئ مساوئ النظام الجبائي السابق وجعله يتماشى مع أنظمة جبائية عالمية تخدم عملية التنمية، إلا أن سياسة الإصلاح هذه تصطدم بمعوقات تحول دون تطبيقها والمتمثلة في النتيجة المتوصل إليها من وراء هذا البحث:

- عدم الانتهاء من المسح العام للأراضي و التي تعود مسمتها إلى الإدارة المكلفة بشؤون أملاك الدولة والشؤون العقارية حسبما أشارت إليه المادة 5 من الأمر 75/74، بمعنى بقاء عملية المسح العام حكرا على الدولة وليس الخواص .

بالإضافة إلى ذلك فالإدارة المذكورة لا تقوم بهذه العملية فحسب، بل بعمليات أخرى كتعيين حدود البلديات، وتطهير القطاع الفلاحي، أي أن هذا التثبنت في المسؤوليات انعكس سلبا على عملية المسح، زد على ذلك عدم اهتمام السلطات المعنية بأعوان المسح العقاري وعدم تحفيزهم والأمر الذي لا يخدم إطلاقا سير عمل هذه المهمة.

- النتيجة الأخرى والتي لا تقل أهمية وخطورة في آن هي انتشار السوق الموازية، والتي شلت تقريبا حركة عمل الوكالات العقارية المعتمدة بالتالي الحد من مداخيل الخزينة العامة وتضرر الاقتصاد الوطني.

والتوصيات التي أراها مناسبة كباختة هي:

- ضرورة إيجاد ميكانيزمات واليات جديدة للانتهاء وفي أقرب الآجال من عملية المسح العام للأراضي فنجاح الاستثمار بنوعيه المحلي والأجنبي أمره متوقف على هذه العملية .

- ضرورة الاهتمام بالقائمين على عمليات المسح العام للأراضي، والذي من شأنه أن يسرع وتيرة العمل ومنه تفادي هذا المعوق الخطير وتبني واحتضان أي مشروع كان في السابق يبدوا مستحيل التحقيق والانجاز .

- وضع حدّ لانتشار السوق الموازية، وتكثيف الرقابة عليها وذلك بالقيام بالتدابير الوقائية اللازمة أولا ثم اللجوء إلى الوسائل الردعية إذا اقتضى الأمر في حالة ما إذا لم تحقق الوسيلة الأولى أية نتيجة .

قائمة المراجع:

- 1- عبد الحكيم بلوفي، أثر الضريبة على السوق العقاري، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد الخيضر بسكر، العدد السابع عشر، ص.24.
- 2- بلوفي عبد الحكيم، ترشيد نظام الجباية العقارية، دراسة حالة الجزائر، رسالة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص علوم تسيير
- 3- عبد العزيز بوكيرة الإصلاح الجبايي في الجزائر وآثاره على التنمية الاقتصادية، ملتقى الموظف الجزائري، منتدى تكوين المهارات و آثاره على التنمية الاقتصادية، www.mouwazaf-dz.com.
- 4- محمد حجازي، إشكالية العقار الصناعي والفلاحي وتأثيرهما على الاستثمار، مجلة الواحات للبحوث والدراسات العدد 2012/16، كلية الحقوق و العلوم السياسية معسكر. 2011، 2012، جامعة خيضر بسكرة.
- 5- رويح يعقوب، آليات تحصيل الضرائب في ظل الإصلاحات الجبايئة الجديدة مذكرة لنيل شهادة ليسانس في علوم التسيير تخصص محاسبة، تحصيل الضرائب في ظل الإصلاحات الجبايئة الجديدة، السنة الجامعية 2012، 2013، ص49
- 6- نصت المادة 248 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم الماثلة لسنة 2015 أنه "يؤسس رسم عقاري على الملكيات المبنية الموجودة فوق التراب الوطني باستثناء تلك المعفية من الضريبة صراحة" كما تم النص على الرسم العقاري على الملكيات غير المبنية وفق المادة 261 من ذات القانون.
- 7 المادة 263 وما يليها من قانون الضرائب المباشرة والرسوم الماثلة لسنة 2015.
- 8- الرسم على القيمة المضافة ضريبة حديثة النشأة وردت وفق المادة 65 من قانون المالية لسنة 1991، تفرض على القيمة المضافة الكلية للسلعة أو الخدمة بل على الإضافات المتتالية في قيمتها من أجل تحقيق هدفين هما الحياد والشفافية.
- 9- المادة 274 من ذات القانون وما يليها.
- 10- المواد من 1 إلى 5 من قانون التسجيل لسنة 2015 المصدر المديرية العامة للضرائب بموجب الأمر 105/76 في 6 ديسمبر 1976
- 11- بورويس زيدان، دور مكاتب التوثيق في تنظيم المعاملات العقارية، يوم دراسي منضم في ولاية سكيكدة في 2005/05/29 الغرفة الجهوية للمؤتمنين، ناحية الشرق ص 2.
- 12- بلوفي أعبد الحكيم، أثر الضريبة على السوق العقاري، مرجع سابق، ص. 32.
- 13- بلوفي عبد الحكيم، ترشيد نظام الجباية العقارية، دراسة حالة الجزائر، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص علوم تسيير، الموسم الجامعي 2011، 2012.
- 14- نفس المرجع، ص، 147.
- 15- نفس المرجع، ص، 150.
- 16- حنان شلغوم، أثر الإصلاح الضريبي في الجزائر وانعكاساته على المؤسسة الاقتصادية، دراسة حالة الشركة الجزائرية للمياه، منطقة قسنطينة، السنة الجامعية 2011، 2012، ص.146.
- 17- بن حمودة محبوب من جامعة الجزائر وبن قانة أساء من جامعة ورقلة، مقالة مشتركة منشورة بعنوان أزمة العقار في الجزائر ودوره في تنمية الاستثمار الأجنبي، مجلة الباحث، العدد 05، 2007، ص ص 61، 62.
- 18- بوزيتون عبد الغني، المسح العقاري في تثبيت الملكية العقارية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع القانون العقاري، جامعة الإخوة متنوري قسنطينة في 2009، 2010، ص 156، 157.
- 19- المادة 5 من الأمر 74/75، المؤرخ في 12 نوفمبر 1975، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام، وتأسيس السجل العقاري، ج ر العدد 92 المؤرخة في 18 نوفمبر 1975.

- 20- صادرة عن الوكالة الوطنية، نشرة مسح الأراضي، مارس 2005، ص31.
- 21- المادة 9 من الأمر 74/75 المذكور، مرجع سابق.
- 22- المادة 11 من المر 74/75.
- 23- المادة 70 والمادة 71 من المرسوم التطبيقي للأمر 74/75 المتعلق المسح العام للأراضي، المتضمن تأسيس السجل العقاري المؤرخ في 1976/03/25، ح ر العدد 30 مؤرخة في 1976/04/13.
- 24- التعليمية رقم 16 المؤرخة في 1988/05/04 المتعلقة بسير عمليات مسح الأراضي و الترقيم النهائي، المديرية العامة للأموال الوطنية، وزارة المالية، الجزائر، 1998.
- 25- المذكرة رقم 5590 المؤرخة في 2013/06/06 بعنوان عقارات مسجلة في حساب الدولة قد تعود إلى الخواص أو مؤسسة الوقف أو البلدية وكيفية تسويتها، المديرية العامة للأموال الوطنية، وزارة المالية الجزائر، 2013.
- 26- المادة 39 من المرسوم التنفيذي 18/09 المؤرخ في 20 يناير 2009 للمحدد لمهنة الوكيل العقاري، ح ر العدد 06، المؤرخة في 25 يناير 2009.
- * لقد أقرّ المشرع الجزائري المخطط التوجيهي للتهيئة و التعمير في القانون 90-29 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المعدل و المتمم بموجب القانون 04-05 المؤرخ في 14 أوت 2004 المتضمن قانون التهيئة و التعمير و النصوص التطبيقية له، لاسيما المرسوم التنفيذي رقم 91-177 المؤرخ في 28 ماي 1991 الذي يحدد إجراءات إعداد المخطط التوجيهي للتهيئة و التعمير و المصادقة عليه و محتوى الوثائق المتعلقة به المعدل و المتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 05-317 المؤرخ في 10 سبتمبر 2005.
- * مخطط شغل الأراضي أداة حديثة للتخطيط المجالي والتسيير الحضري من الأدوات التهيئة و التعمير بموجب القانون صدر أيضا بموجب القانون 90/29 المؤرخ في 01 12. 1990 م، ح ر عدد 52 لسنة 1990.
- 27- نصت المادة 2/4 من المرسوم التنفيذي رقم 18/09، المؤرخ في 20 يناير 2009 الذي يحدد التنظيم المتعلق بمهنة الوكيل العقاري، ح ر العدد 06 المؤرخة في 25 يناير 2009، على أن " يعد وسيطا عقاريا كل شخص يلتزم بالتقريب بين شخصين من أجل إتمام عملية شراء أملاك عقارية أو بيعها أو تأجيرها أو مبادلتها".
- 28- أنظر أيضا المادة 08 من ذات الرسوم والتي تنص على الشروط الواجب توافرها في الوكيل العقاري حتى يكون أهلا لمباشرة مهامه .

المسؤولية الجزائرية في عقد الصفقة العمومية*

سّدار يعقوب مليكة- باحثة دكتوراه- جامعة سيدي بلعباس

مقدمة:

تلجأ الإدارة في ممارسة نشاطها، وفي سبيل تحقيق أهدافها إلى أساليب القانون العام بما يمنحها من امتيازات ويجملها تكاليف والتزامات بهدف تحقيق المصلحة العامة، وهذه الأساليب قد تأخذ صورة القرارات الإدارية تصدر من جانب واحد، وقد تصدر من جانبين وتأخذ صورة العقود الإدارية، ويقصد بالصفقات العمومية أنها عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات والدراسات لحساب المصلحة العامة.

تشكل الصفقات أهم مسار تتحرك فيه الأموال العامة، مما يجعلها مجالاً للفساد بكل صورة، فكما كان بإمكان الشخص تحقيق فوائد كبيرة للمجتمع والأفراد على السواء، إلا أنه يمكن في نفس الوقت للبعض أن يقع في الأخطاء، وقد يرتكب أفعالاً تلحق أضراراً اجتماعية جسيمة.

ولعل أن دور الأشخاص كأطراف في إبرام الصفقات العمومية، ومساهمتها في تسيير المشاريع الكبرى، تلعب دور هام وحيوي في النهوض باقتصاد أي دولة. للصفقات العمومية دور في خلق الثروة وتسيير الاقتصاد، وتعتبر وسيلة قانونية هامة تستعملها الدولة في ضخ الأموال العامة للحفاظ على توازن اقتصادها، واعتمادها على استعمال الأموال العامة لتحريك وتنشيط العجلة الاقتصادية من خلال زيادة حجم النفقات العمومية واللجوء إلى الطلبات العمومية، أي إبرام الصفقة العمومية التي تعتبر عقداً إدارياً، لاشك أن توفير حاجات الأفراد، وتقديم الخدمات، عامل أساسي في استقرار الحياة السياسية والاجتماعية، أصبح الأمن الاقتصادي والسياسي مرتبط بالآمن الاجتماعي، حيث يلعب إبرام وتنفيذ الصفقات سواء كانت صفقات توريد أو صفقات أشغال أو خدمات، دور فعال واستراتيجي في تنفيذ أهداف الدول، وتساهم بشكل جوهري في التنمية الاجتماعية والاقتصادية، بغرض تحقيق المصلحة العامة، وحماية المال العام معتمدة في ذلك على احترام مبدأ حرية المنافسة، والوصول للطلب العمومي .

فالموظف الذي يستغل سلطانه لتحقيق مغامم خاصة يعد خائناً للدولة، التي عهدت إليه بعمل من أعمالها التي تهدف من وراءها إلى تحقيق أغراضها الجهورية المتعلقة بالمصلحة العامة.

فهل ينبج عن الإخلال بمبادئ عقد الصفقة العمومية المسؤولية الجزائرية؟

* تاريخ إيداع المقال: 2015/07/20

تاريخ تحكيم المقال: 2015/12/02

لا جدال في أنه إذا ارتكب الموظف العمومي، أو عبال وإطارات يسألون عن أفعالهم الشخصية، ويتحملون المسؤولية، ومن هذا المنطلق نحاول التطرق إلى المسؤولية في عقد الصفقة العمومية بتناول عقد الصفقة والأطراف المتعاقدة وكذلك المبادئ الواجب احترامها في عقد الصفقة.

أولا: ماهية المسؤولية الجنائية:

المسؤولية بوجه عام يراد بها صلاحية الشخص لأن يتحمل تبعه سلوكه، فالمسؤولية تفترض وجود خطأ، مما يعرض مرتكبه للجزاء، قد يكون الخطأ أدبيا أو قانونيا، مما يجعل المسؤولية أدبية أو قانونية. والمسؤولية القانونية تقوم على أساس وجود ضرر، وهي نوعين؛ مسؤولية مدنية ومسؤولية جنائية، فهذه الأخيرة تقوم على ضرر يكون قد أصاب المجتمع، وهي من اختصاص النيابة العامة باعتبارها ممثلة له؛ أي أنّ الجاني عند ارتكاب الجريمة يكون قد وضع نفسه في مواجهة مع المجتمع بخروجه عن دائرة حقه في استعمال حريته مما حوّل للدولة الرد عليه بتوقيع الجزاء الجنائي بوصفها ممثلة للمجتمع⁽¹⁾، والجزاء فيها العقوبة التي تنطوي على واجب حصر- الجرائم والعقوبات⁽²⁾، فالقانون الجنائي يسوده قاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، وهذا المبدأ يعود إلى قواعد أساسية في الشريعة، قامت على اعتبارها أدلة واضحة من نصوص الكتاب والسنة، فلا يكون الفعل أو السلوك واستحقاقه للعقوبة في الدنيا، ليس لولي ولا للقاضي أن يحرم أي تصرف أو سلوك، ويفرض عليه العقاب، إلا إن يكون له في هذا مستند شرعي من الكتاب أو السنة، أو إجماع أو اجتهاد، وهي تدل بوضوح على أنه لا جريمة ولا عقاب إلا بعد إنذار، وتبين لما هو حلال وما هو حرام⁽³⁾.

أما بالنسبة للمسؤولية المدنية تقوم على ضرر أصاب الفرد والجزاء فيه التعويض الذي يطالب به المضرور نفسه، وقد يجوز التنازل عنه أو الصلح في المواد المدنية لأنه حق فيها خاص للفرد⁽⁴⁾. كما قد يكون العمل الواحد يرتب كلا المسؤوليتين، أو ترتب عليه مسؤولية دون الأخرى، وقيام إحداها لا يتعارض مع قيام الأخرى، وقد يكون توقيع الجزاء على الفاعل متى كان قادرا على فهم أفعاله ومدركا لتبعاته القانونية⁽⁵⁾، تعتبر المسؤولية الجنائية من النظريات الأساسية في قانون العقوبات، مما يقتضي التطرق لتعريف المسؤولية الجزائية وشروط المسؤولية الجنائية، وأشخاص المسؤولية.

¹ - د. عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، ج 01، الجريمة، ص 236.

² - أ.علي بولحية بن بوخيسي، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص 81.

³ - د. محمد نعم ياسين، الوجيز في الفقه الجنائي الإسلامي، مؤسسة الإسراء للنشر والتوزيع، ط 02، الجزائر، 1991م، ص 20.

⁴ - د. حبيب إبراهيم الخليلي، مسؤولية المتعمد المدنية والجنائية في المجتمع الإشتراكي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1979م، ص 01.

⁵ - أ.علي بولحية بن بوخيسي، المرجع السابق، ص 81.

تعريف المسؤولية الجنائية وتحديد شروطها:

إنّ مختلف التشريعات الجنائية تفادت تعريف مسؤولية جنائية بصورة واضحة و صريحة مكثفة في ذلك بالتركيز عليها بصورة غير مباشرة، فالمسؤولية جنائية تفترض وقوع جريمة، أي ثبوت ارتكاب فعل غير مشروع، مما يثبت خضوع لجان العقوبة التي يقرها القانون وتوقعها الدولة بحكم قضائي⁽¹⁾، سواء كان محل هذه المسؤولية إنسان طبيعي أو جماعة من الأفراد.

في الواقع هناك تعريفات كثيرة للمسؤولية الجنائية لا تختلف في جوهرها، والمتمثل في تبعة الأفعال، إلا أنه قد يراها البعض على أنها علاقة بين الفرد والدولة، في حين يراها البعض الآخر على أنها التزام قانوني ناتج عن الإخلال بالتكليف الجنائي؛ وآخرون يعتقدون بحالة المسؤول جنائياً أي إذا كان مدركاً ومختاراً، كما أنها لا تقتصر على الأشخاص الطبيعيين بل تشمل الأشخاص المعنوية، وبالتالي فالمسؤولية الجنائية هي «صلاحية شخص لتحمل الجزاء الجنائي المقرر للجريمة التي يرتكبها»⁽²⁾.

1: تعريف المسؤولية الجنائية

يمكن تعريف المسؤولية بوجه عام على أنها «الحالة التي يؤاخذ عليها الشخص عن عمل أتاها يفترض إخلالاً بقاعدة قانونية تستتبع قيام مسؤولية أخلاقية أو قانونية»⁽³⁾.

أ- في الفقه الإسلامي: يرى الدكتور عوض محمد أن المسؤولية في معناها الدقيق هي مسؤولية الإنسان أمام الإنسان، وهو ما يغيب عن باحث الفلسفة ودارس الأخلاق، حيث يرتب المسؤولية في سلم تنازلي يبدأ بالمسؤولية أمام الله ثم أمام الضمير وأخيراً أمام المجتمع، يعبر عن ذلك الدكتور مقداد الجمن في تعريفه للمسؤولية بأنها: «تحمل الشخص نتيجة التزاماته وقراراته، واختياراته العلمية من الناحية الإيجابية والناحية السلبية أمام الله في الدرجة الأولى، وأمام ضميره في الدرجة الثانية، وأمام المجتمع في الدرجة الثالثة»⁽⁴⁾، فالمسؤولية أمام الله تشمل كل خلق الله من كائنات؛ أصبح الإنسان الحي محل المسؤولية الجنائية، والتي أصبحت شخصية، وبالتالي العقوبة شخصية، ورفعت هذه المسؤولية عن المكروه، وفاقد الإدراك والأطفال غير المميزين.

¹ - د. عبد الرحمان خلفي، محاضرات في القانون الجنائي العام، دراسة مقارنة طبعة جديدة دار الهدى للطباعة والنشر، والتوزيع، الجزائر، 2012م، ص 167.

² - د. محمد علي سويلم، المسؤولية الجنائية في ضوء المسؤولية السياسية الجنائية المعاصرة - دراسة مقارنة بين التشريع والفقه والقضاء، ط 01، القاهرة، 2008، ص 12.

³ - د. محمد كمال الدين إمام، المسؤولية الجنائية أساسها وتطويرها، دراسة مقارنة في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2004م، ص 103.

⁴ - د. محمد كمال الدين إمام، نفس المرجع، ص 09.

قال تعالى: ﴿ألا تزر وازرة وزر أخرى، وأن ليس للإنسان إلا ما سعى، وأن سعيه سوف يُرى، ثم يُجزاه الجزاء الأوفى﴾⁽¹⁾.

ب- تعريف المسؤولية الجنائية في القانون الجزائري:

المسؤولية الجنائية تعني تحمل تبعه عمل المجرم، بخضوعه للجزاء المقرر لفعله في قانون العقوبات، فالشخص الذي يتجاوز دائرة حقه في استعمال حريته، وينتهك القانون، فارتكاب فعل مخالف له وغير مشروع، يكون في مواجهة مع المجتمع الذي حوّل للدولة الرد عليه، وذلك بتوقيع الجزاء الجنائي باعتبارها ممثلة له أي المجتمع⁽²⁾.

أغفل المشرع الجزائري رسم معالم المسؤولية الجنائية، واكتفى بالإشارة إلى بعض أحكامها في نصوص متفرقة أغلبها يتعلق بموانع المسؤولية، فالمسؤولية الجنائية هي صلاحية الشخص لتحمل الجزاء الجنائي الناشئ عما يرتكبه من جرائم. فكل إنسان مسؤول جنائيا لأنه أهلا لارتكاب الجريمة⁽³⁾، والمقصود بالأهلية اللازمة هي أهلية أداء التي تتوافر لكل شخص لديه قدر من التمييز والإدراك يجعله قادرا على التعبير عن إرادته تعبيراً منتجاً لآثاره القانونية، فمناطها التمييز والإدراك وحرية الإرادة أي التصرف دون إكراه⁽⁴⁾، لتحمل العقوبة عن الواقعة الإجرامية التي اقترفها، فالقانون يخاطب الأشخاص القادرين على فهمه، أي المتمتعين بقدرة التمييز عن أفعالهم والمدركين للنتائج المترتبة عليها، والذين يصح أن يكونوا أهلا للمسؤولية ويتحملوا نتائج أفعالها، وتتحقق هذه الأهلية بتوافر العقل والرشد بحيث يكون الفرد قادرا على التمييز والإدراك⁽⁵⁾، حدد المشرع الجزائري سن الرشد وفق نص المادة 422 من قانون الإجراءات الجزائية⁽⁶⁾ «يكون بلوغ سن الرشد الجزائري في تمام ثمان عشرة سنة».

المادة 443: «تكون العبرة في تحديد سن الرشد الجزائري بسن المجرم يوم ارتكاب الجريمة».

2: شروط المسؤولية الجنائية:

اختلفت شروط المسؤولية الجنائية، حسب الأساس الذي تقوم عليه، فقد يكون الأساس حرية الاختيار، فيشترط لتحقيق هذه المسؤولية ضرورة توافر الإدراك والاختيار، ويرى علماء الشريعة الإسلامية أنّ التمييز

¹ - سورة النجم، الآية: 38-41.

² - د. عبد الله سلجان، شرح قانون العقوبات الجزائري، قسم عام، الجزء الأول-الجريمة، ط07، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009م، ص 236.

³ - د. خلفي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 167.

⁴ - د. إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا الحق والقانون وتطبيقاتها في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط10، الجزائر، 2008م ص 228.

⁵ - د. عبد الله سلجان، الجزء الأول «الجريمة»، المرجع السابق، ص 298.

⁶ - القانون 22/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

أدنى درجة من الإدراك، ولا يكفي وحده لتوافر المسؤولية الجنائية، بل تقوم على الإدراك والمسؤولية. ولما يكون الأساس هو الحمية، فيشترط أن تتوافر الخطورة الإجرامية⁽¹⁾.

إذ تجمع أغلب التشريعات الجنائية على حرية الاختيار، وبالتالي فإن شروط المساءلة لا تخرج عن الإدراك أي التمييز، والإرادة أي حرية الاختيار، فالإدراك يختلف عن الإرادة التي هي تعتبر توجيه الذهن إلى تحقيق عمل من الأعمال، وقد تكون هذه الإرادة واعية، وقد تكون غير واعية، من المفروض أن يتوافر كل من الإدراك وقت إتيان الفعل المكون للجريمة، وإذا غاب أحدهما أو كلاهما انعدمت المسؤولية الجنائية دون أن يؤثر ذلك على وصف الجريمة الذي يبقى قائماً⁽²⁾، فمركب الواقعة الإجرامية يتحمل تبعه عمله والجزاء المتمثل في العقوبة التي يقررها القانون.

أ - شرط الإدراك: معنى الإدراك: «قدرة الإنسان على فهم ماهية أفعاله وتقدير نتائجها»، أي قدرته على فهم أن سلوكه تترتب عنه نتائجها العادية والواقعية، فالفرد يسأل عن أفعاله حتى ولو كان جاهلاً للقانون ويعاقب عليه لأنه علمه بالقانون مفترض في الفاعل⁽³⁾، ففهم ماهية الأفعال وتقدير النتائج من حيث خطورتها على المصالح الاجتماعية واحتمال إصابتها بضرر، وما تنذر به من اعتداء على المصلحة المحمية والحق الذي يحميها القانون.

ب - شرط الإرادة: معنى الإرادة «التوجيه الذهني إلى تحقيق عمل أو امتناع معين»، ويجب أن تكون الإرادة حرة، فيكون لإمكان توجيهها إلى ما يريد من السلوك سواء كان فعل أو امتناع عن فعل بذلك تكون للإنسان أو الفرد الحر في إرادته عدة خيارات أو بدائل، وتكون له القدرة على الموازنة بين هذه الخيارات⁽⁴⁾.

3: الأشخاص المسؤولون جنائياً

القاعدة أنه المسؤول جنائياً هو الإنسان، أي الذي يكون قادراً على فهم الأوامر والنواهي والالتزام بها، والذي يكون هو من ارتكب الجريمة بتوافر جميع أركانها، ومنها الركن المعنوي الذي يقوم على الإرادة والإدراك التي تتوافر لدى الإنسان، وهذه القاعدة مبدأً أساسياً في التشريعات الحديثة، فالإنسان إذن هو محل المسؤولية الجنائية، هو ذلك الشخص الطبيعي الذي ارتكب الجريمة⁽⁵⁾، فالمبادئ الأساسية الراسخة في القانون الجنائي الحديث، أنه يوجد حالات يمكن أن تكون المسؤولية الجنائية لغير الإنسان، أي لغير الشخص الطبيعي، وذلك عندما يتضمن القانون نصوص تقضي - بمسؤولية الشخص المعنوي، فالشخص المعنوي مسؤول جنائياً هذه

¹- د. علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات، قسم عام، المسؤولية الجنائية والجزاء الجنائي، منشورات الحلبي الحقوقية، الإسكندرية، مصر ص 25.

²- د. عبد الرحمان خلفي، المرجع السابق ص 171، 172.

³- د. عبد الرحمان خلفي، نفس المرجع، ص 171.

⁴- د. عبد الرحمان خلفي، المرجع السابق، ص 172.

⁵- د. فتوح عبد الله الشاذلي، المسؤولية الجزائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ص 60.

المسألة محل جدال الفقهاء، حيث ذهب البعض أنّ المسؤول جنائياً فقط الشخص الطبيعي، لأنّ المسؤول جنائياً تكون على الإرادة والإدراك أي عناصر ذهنية لا تتوفر في الشخص المعنوي، الذي يعتبرونه بنيان خيالي عديم الإرادة، كما أنه يوجب من ذهب إلى تقرير المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية وفرض العقوبة المناسبة لطبيعته كالغرامة، أو تقييد النشاط⁽¹⁾.

حيث تم إقرار المسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية، بموجب تعديل قانون العقوبات لسنة 2004، وذلك بإدراج نص المادة 51-1 مكرر قانون عقوبات⁽²⁾، بقولها: «باستثناء الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام، يكون الشخص المعنوي مسؤولاً جزائياً عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك». وإمكانية الحكم عليه بغرامات مالية مستحقة لخزينة الدولة، وكذا التعويضات المدنية المستحقة للمتضرر من تصرفاته⁽³⁾.

ومن خلال نص المادة يتضح إمكانية مساءلة الشخص المعنوي وفق القانون الجزائري سواء كفاعل أو كشريك، كما أنها حددت قائمة الأشخاص المعنوية الخاضعة لهذه المسؤولية⁽⁴⁾.

كما أنه وفقاً لنص المادة 51 مكرر قانون عقوبات المشرع الجزائري استبعد الأشخاص الاعتبارية العامة من نطاق المسؤولية الجنائية بصفة مطلقة، ولم يترك مجالاً لمساءلة الشخص المعنوي جنائياً، بقوله باستثناء الدولة والجماعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام، فالأشخاص المعنوية الإقليمية يتحدد اختصاصها وفقاً للإقليم الجغرافي، وهي الدولة التي يمتد اختصاصها على كامل إقليمها، والجماعات المحلية تتولى شؤون المرافق العامة المختلفة، في جزء من إقليم الدولة وهي الولاية والبلدية⁽⁵⁾.

ف نجد المشرع الجزائري أخضع الشخص المعنوي للمسؤولية الجنائية، وذلك من خلال نص المادة 51 مكرر قانون العقوبات⁽⁶⁾، ويستخلص منه على أنّ الأشخاص المعنوية أم الخاصة قد تكون محلاً للمساءلة الجنائية.

ووفقاً للمادة 549 قانون تجاري⁽⁷⁾: «لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية، إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري، وقبل إتمام هذا الإجراء يكون الأشخاص الذين تعهدوا باسم الشركة ولحسابها متضامنين من غير تحديد أموالهم إلا إذا قبلت الشركة بعد تأسيسها بصفة قانونية أن تأخذ على عاتقها التعهدات المتخذة»، فلا تسأل الشركات في مرحلة التأسيس لأنها لا تتمتع بالشخصية المعنوية، إلا أنه الشخص الطبيعي يتحمل

¹ د. إبراهيم سياسي، الوجيز في شرح قانون العقوبات الجزائري، قسم عام، دار الكتاب اللبناني، لبنان، ص 187.

² قانون رقم 14-11 المؤرخ في 02 أوت 2011 المتعلق بقانون العقوبات.

³ الطيب بلعيز، إصلاح البدالة بالجزائر، الإنجاز والتحدي، دار القصبة للنشر، الجزائر، 2008، ص: 98.

⁴ د. عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات الجزائري، قسم عام، نظرية الجريمة، نظرية الجرائم الجنائي، دار هومة، الجزائر، 2010م، ص 218.

⁵ جباري عبد المجيد، دراسات قانونية في المادة الجزائية على ضوء التعديلات الجديدة، ط02، دار هومة، الجزائر، 2013م، ص 84.

⁶ قانون رقم 14-11 المؤرخ في 02 أوت 2011 المتعلق بقانون العقوبات

⁷ قانون رقم 02/05 المؤرخ في 06 فيفري 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 ديسمبر 1975 المتضمن قانون التجاري الجزائري

المسؤولية الجنائية في حالة ارتكاب جريمة من الجماعات التي لا تتمتع بالشخصية المعنوية، أما في مرحلة تصفيها، فهناك من يرى إمكانية تطبيق المسؤولية الجنائية أثناء التصفية، لأنّ القائمين على إبقاء الشخصية المعنوية للشركة وفق نص المادة 766 فقرة 02 قانون تجاري، وبالتالي تسأل جزائيا، في حالة ارتكاب جريمة من ممثليه أو أجهزته، وحسابه أثناء فترة التصفية⁽¹⁾.

ثانيا: عقد الصفقة العمومية:

قبل الحديث عن عقد الصفقة العمومية نتطرق لتعريفها وأطراف العقد ثم تناول المبادئ الواجب احترامها أثناء عقد الصفقة.

يتعدّد العقد الإداري بإيجاب من الراغب في التعاقد بتقديمه للعطاء حسب المواصفات، والشروط المعلن عنها في الإعلان عن إجراء مناقصة أو مزايمة، والصادر من الإدارة والذي يعد دعوة للتعاقد، وهذا الإيجاب لا ينتج أثره في انعقاد العقد إلا إذا صادق قبول الإدارة، واتصل هذا القبول بعلم من وجه إليه.

1) تعريف الصفقات العمومية في القانون الجزائري

عرف المشرع الصفقة العمومية. في المرسوم التنفيذي رقم 82-145 على أنها: " عقود مكتوبة حسب التشريع الساري على العقود". وعرفها في المرسوم رقم 91-434 والمرسوم رقم 02-250 المنظم للصفقات العمومية على أنها: " عقود مكتوبة حسب مفهوم التشريع الساري على العقود المبرمة، وفق الشروط الواردة في هذا المرسوم". كما عرفتها المادة الثالثة من المرسوم رقم 10-236 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية أنها: "عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم قصد إنجاز الأشغال واقتناء المواد والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة". الصفقات يقصد بها. تلك التي تبرمها الإدارات والهيئات والمؤسسات العمومية⁽²⁾، المنصوص عليها في المادة الثانية من قانون الصفقات العمومية⁽³⁾، عندما تتجاوز قيمة العقد أو الطلب مبلغ أربعة ملايين دينار بالنسبة لتقديم الخدمات أو إنجاز الدراسات، ومبلغ ثمانية ملايين دينار. بالنسبة لإنجاز الأشغال أو اقتناء اللوازم.

¹ - أحبالى وعمر، المسؤولية الجنائية للأعوان الاقتصادية، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 86.

² - د. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، جرائم الفساد، جرائم المال والأعمال، جرائم التزوير، منقحة ومتممة في ضوء القوانين الجديدة، الجزء الثاني، طبعة 12، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 136.

يعرف العقد في المادة 54 من القانون المدني الجزائري رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 أنه: " اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما" يعرف عقد الماويل في المادة 49 من نفس القانون على أنه: " المقالة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا، أن يؤدي عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يضع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"

³ - القانون رقم 10-236 المؤرخ في 07/10/2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

(2) الأطراف المتعاقدة

يرم عقد الصفقة العمومية طرفان، من جهة شخص عمومي قد يكون هو الدولة، أو غيرها أي شخص معنوي بهدف تحقيق مصلحة عامة، ومن جهة أخرى شخص خاص يمكن أن يكون شخص طبيعي أو معنوي، فينتفق على تنفيذ عملية محددة، أي يوجد طرفين في العقد من جانب الإدارة شخص عمومي أي المصلحة المتعاقدة، ويوجد جانب المتعامل المتعاقد مع الإدارة الذي قد يكون شخص طبيعي⁽¹⁾.

أ: المصلحة المتعاقدة

تنص المادة الثانية من قانون الصفقات القانونية: «لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات محل صفقات: الإدارات العمومية، الهيئات الوطنية المستقلة، الولايات، البلديات، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات العمومية الاقتصادية، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة. وتدعى في صلب النص "المصلحة المتعاقدة". ولا تخضع العقود المبرمة بين إدارتين عموميتين لأحكام هذا المرسوم.

يتعين على المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية، عندما لا تكون خاضعة لأحكام هذا المرسوم، بموجب المطة الأخيرة من هذه المادة، تكييف إجراءاتها الخاصة مع تنظيم الصفقات العمومية والعمل على اعتمادها من طرف هيئاتها المؤهلة»⁽²⁾.

ولا تخضع المؤسسات العمومية الاقتصادية لأحكام إبرام الصفقات المنصوص عليها في هذا المرسوم، ومع ذلك يتعين عليها إعداد إجراءات إبرام الصفقات حسب خصوصيتها، على أساس مبادئ حرية الاستفادة من الطلب والمساواة في المتعامل مع المترشحين والشفافية، والعمل على اعتمادها من طرف هيئاتها الاجتماعية.

ب: المتعامل المتعاقد مع الإدارة

العلاقة الموجودة في العقد الإداري فيما بين الإدارة والمتعاقد معها غير متكافئة، وغير متوازنة لوجود السلطة العامة طرفاً فيها، فالمتعاقد معها لا يعمل لمصلحة خاصة، وإنما يساعد السلطة الإدارية ويشترك معها في تحقيق النفع العام⁽³⁾.

¹ - د. ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، دار المجدد للنشر والتوزيع، ط04، الجزائر، سطيّف، 2010م، ص 287.

² - مرسوم رئاسي رقم 03-13 المؤرخ في 13 جاني 2013 يُعدل وتتم المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المنظم تنظيم الصفقات العمومية. ج ر 02، ص 5 و 6

³ - دنواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، ط01، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2007م، الأردن، ص 320.

نصت المادة 21 قانون الصفقات العمومية على: «يمكن التعامل أن يكون شخصا أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين يلتزمون بمقتضى الصفة إما فرادى وإما في إطار تجمع مؤسسات كما هو محدد في المادة 59 أدناه»⁽¹⁾.

ولقد تضمنت هذه المادة أنه يتم العقد مع متعاملين خاضعين للقانون الجزائري والمؤسسات الأجنبية، كما أنه قد يكون المتعامل المتعاقد مع الإدارة شخصا واحد، أو عبارة عن تجمع بالتضامن مما يجعل كل طرف يتحمل المسؤولية بالتضامن اتجاه المصلحة المتعاقدة في تنفيذ العقد فليزيم الجميع بالمشروع كلية، أو يكون التجمع بالاشتراك، فيتم اقتسام الأعضاء للأشغال في شكل حصص ويلتزم كل متعاقد بإنجاز حصته، ويكون متعاقدين مشتركين إذا تم تعيين وكيل من بين هؤلاء، على عكس المتعاقدين المتضامين⁽²⁾.

يكون المتعاملون المتعاقدون أيضا في شكل شركات مؤسسة أو في أشكال أخرى⁽³⁾.

يتعين على المتعامل المتعاقد أكتاب التصريح بالزاهة المنصوص على نموذجها في المادة 51 من تنظيم الصفقات العمومية الجزائري⁽⁴⁾.

حرصا من المشرع الجزائري على مكافحة الفساد، فقد حصر المسؤولية الجنائية، لكل من ثبت أنه خرق أحكام التشريع وتنظيم الصفقات العمومية، وعرض الفاعلون للعقوبات اللازمة والمحددة قانونا⁽⁵⁾، وسعيا منه لمحاربة الفساد بكل أشكاله قام بتوسيع مجال التجريم، حيث جاء في خطاب رئيس الجمهورية بمناسبة ندوة الحكومة والولاية بتاريخ 25 جوان 2006: «ويقتضي مفهومنا للرفي والازدهار وجوبا التوفر على نظام يبني على سلوكات جديدة داخل إدارتنا، لقد أضحي حتما أن نعزز محاربة تفشي- من ممارسات مثل الفساد والرشوة والمحابة والتدخلات التي لا يغتفرها المواطنون والسلطات العمومية»⁽⁶⁾.

3) مبادئ الصفقات العمومية

المبادئ التي تحكم الصفقات العمومية. جاءت في قانون 2002 وأكدها قانون 2010، ولقد جاءت ضمن أحكام التمهيدية في المادة الثالثة لقانون 236/10 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية. وهي ثلاث مبادئ بنصها على: «لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم».

¹ - مرسوم رئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010. الجريدة الرسمية 2010، العدد 58.

² - أ.خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار الصفقات العمومية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 235.

³ - أ.خرشي النوي، نفس المرجع، ص 241.

⁴ - المرسوم التنفيذي رقم 236/10 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية

⁵ - د.عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الثالثة، جسور للنشر والتوزيع، 2011 الجزائر، ص 243.

⁶ - د.عمار بوضياف، نفس المرجع، ص 341.

1_ حرية الوصول للطلبات العمومية: أو مبدأ المنافسة يسمح هذا المبدأ؛ لكل الأشخاص الراغبين في الترشح للصفة العمومية، بإيداع عروضهم بكل حرية، ووفقا للشروط المحددة⁽¹⁾. هذه الشروط لا تقوم على اعتبارات ذاتية، أو تقوم لشخص على حساب شخص آخر، ودون تمييز كما هو وارد في قانون المنافسة.⁽²⁾

2_ مبدأ المساواة في معاملة المترشحين: يخضع جميع المنافسين لنفس معايير الاختبار، وقاعدة المنافسة الموضوعية. وهذا المبدأ يفيد معاملة جميع الأشخاص بنفس الطريقة، إذ تماثل في الوضعية القانونية فالصفة تكون محل منافسة مراعاة لجملة من القواعد، دون أن تتمسك المصلحة المتعاقدة بمقاولة لا تتوفر فيها شروط القبول، أو تبعد مؤسسة قد تفوز بالصفة، وتخصها لمؤسسة أخرى.⁽³⁾

3_ مبدأ الشفافية في الإجراءات: يتعلق هذا المبدأ بمرحلة إجراء الصفة، تسمح بوصول الإعلان لكل المتعاملين الاقتصاديين الراغبين في المشاركة في الصفة العمومية⁽⁴⁾ مما يمكنهم العروض، والاطلاع على نتائج التقييم والاختيار وفتح مجال للطعن في القرارات المتخذة⁽⁵⁾ ويتم ذلك باللجوء إلى الإشهار الصحفي. كالمناقضة يكون فيها اللجوء للإشهار إلزاميا ويحتوي الإعلان على مجموعة البيانات اللازمة⁽⁶⁾.

مبادئ إبرام الصفقات العمومية في ظل قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

مع تخصيص الحكومة أرصدة مالية معتبرة لمختلف البرامج التنموية أصبحت الصفقات العمومية ميدانا خصبا للفساد، وذلك بممارسة مختلف السلوكيات والأفعال التي تصنف ضمن خاتنة الفساد⁷.

نتيجة لذلك حاول المشرع الجزائري إيجاد سبل لمحاربة هذه الظاهرة، ومن أبرز هذه الآليات القانون 01-06 المعدل والمتمم⁸ "الفرع الأول" «إذ تبنت هذا الأخير صراحة العديد من المبادئ والقواعد الواجب مراعاتها في مجال إبرام الصفقات العمومية إرساء قواعد الشفافية في إبرام الصفقات العمومية، وتكريس معايير علانية المعلومات والإعداد المسبق للشروط وممارسة طرق الطعن، جاء في نص المادة التاسعة من القانون رقم 01-06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته من الباب الثاني المتعلق بالتدابير الوقائية في القطاع العام التي تنص: «يجب ان

¹ -Brahim Boulifa, marchés Pallics. Manuel métho de logiques . droit pratique volume 1, Berti édition , Alger 2013, page 05.

² - أ. خرشي نوي، المرجع السابق، ص 419.

³ - د. أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 141.

⁴ -Brahim Boulifa. Même Ouvrage. Page 6.

⁵ - أ. خرشي نوي، المرجع السابق، ص 493.

⁶ - د. أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 144.

46 محمد بوحنة، مكافحة الفساد. مجلة الشرطة العدد 85، ديسمبر 2007، ص 19.

8 قانون 01-06 المعدل والمتمم المؤرخ في 20 فيفري 2006، ج 14، المؤرخة في 08- مارس 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية.

تنص المادة 1-26 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته: «كل موظف عمومي يقوم بإبرام عقد أو يؤشر أو يراجع عقدا أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق مخالفا بذلك الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل بغرض إعطاء امتيازات غير مبررة للغير»⁽¹⁾.

تنص المادة 26 من القانون 15/11 على أنه⁽²⁾: «كل موظف عمومي يمنح، عمدا للغير امتيازاً غير مبرر عند إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق، مخالفاً للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بجرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات».

استعمل المشرع الجزائري في نص المادة عبارة "مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بجرية الترشح والمساواة بين المترشحين وشفافية الإجراءات"، أي أنّ القاعدة في إبرام الصفقات العمومية هي المنافسة واحترام مبادئ المساواة والشفافية، كما نصت عليه المادة 03 من قانون 360/10 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية والمادة 09 من قانون 01/06 المتضمن الوقاية من الفساد.

أورد قانون المنافسة الجزائري أمثلة عن الأعمال غير النزيهة في هذا المجال ومنها:

- إخضاع إبرام العقود مع الشركاء لقبولهم خدمات إضافية ليس لها صلة بموضوع هذه العقود، سواء بطبيعتها أو حسب الأعراف التجارية.

- السماح بمنح صفقة عمومية لفائدة أصحاب هذه المهارات المفيدة.

ومن أمثلة الأعمال التي تمس بالعدالة بين المتنافسين التي أوردتها قانون المنافسة⁽³⁾

- تطبيق شروط غير متكافئة لنص الخدمات اتجاه الشركاء التجاريين مما يحرمهم من منافع المنافسة.

- الممارسات والاتفاقات التي من شأنها أن تحد من المنافسة يقتضي الركن المادي للجريمة قيام الجاني بمنح امتياز غير مبرر للغير بمناسبة إبرام أو تأشير عقد أو اتفاقية أو صفقة أو ملحق.

كما جاء في المادة 126 قانون عقوبات المغااة، تحدثت عن العطية أو الوعد بها أو هبة أو هدية أو أية منفعة أخرى يستفيد منها الراشي، فيجوز أن تكون مادية أو معنوية، كبيرة أو صغيرة مشروعة أو غير مشروعة، كما لم يفرق القانون بين الوعد بها وبين استلامها المطلوب فقط هو المزية، والتي وصفها القانون بكونها غير مستحقة

¹ - القانون رقم 01/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

² - القانون رقم 15/11 المؤرخ في 02 أوت 2011 المعدل للقانون رقم 01/06 المتضمن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

³ - القانون رقم 12/08 المؤرخ في 25 جوان 2008 المعدل والمتمم للقانون 03/03 المتعلق بالمنافسة

دون أن يحددها القانون بحقيقة ولا قيمة⁽¹⁾، وهذا من القبيل الذي يطلب مالا ويقبضه للقيام بعمل يدخل في صميم وظيفته⁽²⁾.

خاتمة:

المسؤولية الجزائية مرادفا للصلاحيات الممنوحة للشخص وللسلطة، القيادية التي يتمتع بها، بل إنها مرادف لوظيفة الموظف الذي تربطه بالدولة رابطة قانونية، يلتزم بمقتضاها بكافة ما تفرضه واجبات الوظيفة، ومن بينها الأمانة والنزاهة والجدية في ممارسة أي عمل وتنفيذ كل ما يعهد إليه وفقا للأسس والقواعد المحددة.

حيث أن المبادئ الثلاثة للصفقات العمومية، ابتداء من الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة، هي في مجملها تقوم على حرية المنافسة إن العدالة بين المتنافسين والشفافية وحرية المشاركة في الطلبية هي مبادئ مستوحاة من أهداف عالمية ودستورية، تتعلق بحقوق المواطنة والإنسان والمساواة في العرض، بغض النظر عن ضمان الاستعمال الحسن للمال العام، ونجاعة الطلبات العمومية، فبدأ الوصول للطلب العمومي ممكن لأي من كان تتوفر فيه الشروط الموضوعية المحددة، وهو مبدأ دستوري يعني المساواة بين الأشخاص أمام القانون؛ كما أنه مبدأ مرسخ في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

الصفقات العمومية تخضع إلى تنظيمات، فإن للإعلام دور هام يلعبه في رقابة الصفقات، من حيث تنبيه السلطات العمومية لما يلاحظونه من تجاوزات في هذا المجال، ففي كل الحالات فإنه مما كانت الرقابة صارمة لا تؤدي بالضرورة إلى كف اليد غير الزمنية، ولكنها قد تساهم في إبعاد الشبهات عن النزاهة من ممارسي تسيير الصفقات العمومية، إذ يتعلق الأمر بجوانب أخلاقية تستدعيها صفة ومسؤولية الموظف، أكثر من أي رقابة بشرية، لكن إذا ارتكبت المسألة بدون قيود فسيكون ذلك سببا للتعسف، فالعقود الإدارية تقوم على تلك المبادئ، كما أن الإدارة تتمتع ببعض الامتيازات، خاصة من حيث سلطتها في استبعاد بعض العطاءات، فإذا ثبت عدم حياد الإدارة أو إخلالها بالقواعد التي يحددها القانون يؤدي ذلك إلى زعزعة العلاقة ويكون ذلك سبب في مسؤوليتها عن أعمالها.

تجسيدا للإدارة السياسية القوية في تطهير المجتمع من مظاهر الفساد، وضرورة تضافر الجهود لحماية مصالح الأمة، وتطبيقا للآليات الدولية في مكافحة هذا لإجرام لاسميا اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بمحاربة الفساد، واتفاقية الاتحاد الإفريقي لمنع الفساد ومكافحته، والنصوص التطبيقية له المتعلقة بضمان النزاهة والشفافية في

1 - د. منصور رحاني، المرجع السابق، ص 73.

2 - قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 12/05/1991ع.ج.مق.مف رقم 69673، المجلة القضائية، العدد 02، لسنة 1995م، ص 184، حيث جاء في القرار: «لما ثبت أن المتهم كان يطلب من بعض الزبائن بصفته موظفا مبالغ من المال وقد تلقاها بصفته هذه من أجل القيام بأعمال تدخل في صميم وظيفته فإنه يعد متكبيا جريمة الرشوة»، عن مباركي ميلود، التجريم في قانون الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، ص 252.

تسيير شؤون العامة، والعلاقات التي تربط المواطن بالإدارات والمؤسسات والهيئات العمومية، تحديد أشكال جريمة الرشوة وأنواعها، تدعيم آليات الرقابة، تدعيم التعاون الدولي في مجال مكافحته الفساد، وذلك بتجسيد القوانين المنصوص عليها في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

العقوبات المطبقة من طرف المحكمة الجنائية الدولية مقارنة بالأنظمة القانونية الداخلية

الجزائر - نموذج*

عمران نصر الدين - طالب دكتوراه - جامعة مستغانم

الملخص باللغة العربية

من خلال هذه الدراسة حاولنا تسليط الضوء على موضوع هام يتمثل في نظام العقوبات الدولية الذي يعتمد عليه المجتمع الدولي من أجل ضمان التطبيق الفعال لقواعد القانون الدولي الجنائي بما يكفل عنصر- الإلزام لقواعده التي تهدف إلى الحفاظ على السلم و الأمن الدوليين.

وانطلاقا من ذلك فإن الهيئات القضائية الدولية ونخص بالذكر المحكمة الجنائية الدولية الدائمة (نظام روما الأساسي) أثناء تطبيق العقوبات الدولية على المجرمين فإن قضائها يطبقون نفس القواعد المعمول بها في القوانين الجنائية الوطنية فيما يتعلق بالتشديد والتخفيف تحقيقا للعدالة على المستوى الدولي مع مراعاة بعض الخصوصيات التي تملها طبيعة قواعد القانون الجنائي الدولي ومن أجل ذلك نحاول توضيح القواعد التي يتم العمل بها في إطار القضاء الجنائي الدولي وما مدى نجاعتها مقارنة مع قواعد قانون العقوبات الوطني.

الكلمات المفتاحية:

- المحكمة الجنائية الدولية ، النظام الأساسي (نظام روما)، النظام القانوني الدولي، النظام القانوني الوطني، قانون العقوبات، قانون الإجراءات الجزائية ، ظروف تقرير العقوبات.

Résumé en français

à travers cette étude, nous avons essayé de faire la lumière sur l'important sujet des sanctions internationales est la procédure adoptée par la communauté internationale en vue d'assurer l'application effective des règles de droit pénal international, y compris l'obligation de veiller à ce que les règles visant à maintenir la paix internationale et composant de sécurité.

Sur cette base, les instances judiciaires internationales, notamment la Cour permanente pénale internationale (Statut de Rome) lors de l'application des sanctions internationales sur les criminels, les juges appliquent les mêmes règles applicables dans les législations pénales nationales.

* تاريخ إيداع المقال: 2016/01/20

تاريخ تحكيم المقال: 2016/02/09

Et nous avons essayé dans cette étude comparative de clarifier les règles de travail de cette juridiction internationale en comparaison avec les règles de travail de celle nationale en matière de sanctions et circonstances atténuantes et aggravants en tenant compte certaines particularités dictées par la nature des règles de droit international et que nous essayons de clarifier les règles que le travail est effectué dans le cadre de la justice pénale internationale et la mesure de l'efficacité par rapport aux règles nationales du Code pénal.

Les mots clés :

-cour pénale internationale, Statut de Rome de la Cour pénale internationale, régime juridique international, régime juridique national, code pénal, code des procédures pénal, les circonstances des peines.

مقدمة:

لقد عانت البشرية قاطبة وعبر التاريخ من ويلات الحروب المدمرة وكان على رأسها الحربان العالميتان الأولى والثانية وما خلفته من دمار وشتات وضياع للأفئس والممتلكات مما أرق الضمير العالمي وجعله يتوق لرد الأنفاس والعيش في سلام لأطول وقت ممكن، واجتهد العالم في سبيل ذلك منذ أن وضعت الحرب العالمية الثانية أوزارها وظل ينشد إرساء دعائم عدالة دولية نظام الجميع دون الاعتداد بصفة أو ستار وكما كان الطريق إلى روما طويلا شاقا ومضنيا ولقد استغرق الوصول إلى إعداد نظام روما الأساسي في 17/07/1998 الذي أعلن ولادة هيئة قضائية دولية جنائية دائمة زهاء نصف قرن ونيف وهي المحكمة الجنائية الدولية والتي عهد لها بنظر الجرائم الأشد خطورة وقد حددها نظامها الأساسي بمادته الخامسة ورصد لها عقوبات متفاوتة وبين طرائق تخفيفها أو تشديدها ضمن ما أسماه بضوابط تقرير العقوبات، وذلك بعد تجاذبات وشد ومد بين الوفود المشاركة في مؤتمر روما الدبلوماسي للمفوضين مع اختلاف أنظمتها القانونية وآراءها السياسية ومشاربها الدينية والثقافية والحضارية. وهو الأمر الذي انعكس على الحالة التي ظهر بها هذا النظام الذي بدا مزيجا بين أنظمة شتى ولأنه ليس من المتصور إلا أن يظهر بهذا الشكل أو شكل قريب منه نظرا لأنه يتعلق بالتقاضي أمام جهة قضائية بدءا من ملاحقة الجاني، مروراً بالتحقيقات، ووصولاً لمحاكمته وإصدار الحكم ثم إمكانية الطعن فيه وهي كلها إجراءات تعرفها الأنظمة القانونية الداخلية، مع بعض الاختلافات من نظام لآخر، ونظرا لهذا التشابه أحيانا وذلك الاختلاف أحيانا ارتأينا أن نسلط الضوء على نظام العقوبات المطبقة من قبل المحكمة الجنائية الدولية ومقارنته بالنظم القانونية الداخلية وباعتبار أن النظام القانوني الجنائي الجزائري يعتبر نموذجا للنظام اللاتيني فقد اخترناه نموذجا لهذه الدراسة المقارنة، وذلك للإجابة عن إشكالية الموضوع وهي إلى أي مدى أخذ النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بالأنظمة القانونية الداخلية آخذين بعين الاعتبار خصوصيات القانون

الدولي، وما مدى تشابه بعض المفاهيم المعتمدة من طرف هذا النظام الأساسي مع النظام القانوني الجنائي الجزائري المتعلق بالعقوبة في المجال الجنائي.

وقد حاولنا الإقتصار على العقوبات، في مادة الجنايات في النظام الداخلي تأسيسا على أن الجرائم الدولية موضوع اختصاص المحكمة الجنائية الدولية كلها جنايات واعتمدنا المنهج المقارن عند مقارنة هذا النظام بذلك والنظام التحليلي عند عرض بعض المفاهيم ضمن خطة من محورين:

تناولنا في المحور الأول صور العقوبات الجنائية بين القانون الوطني والقانون الدولي ثم تناولنا في محور ثان لضوابط تقرير هذه العقوبات تخفيفا وتشديدا عبر هذين النظامين.

المحور الأول: صور العقوبة الجنائية بين القانون الوطني والقانون الدولي

تتفاوت صور العقوبات الجنائية المطبقة على الأفعال الجنائية في جميع الأنظمة القانونية وكذا في نظام روما الأساسي⁽¹⁾ للمحكمة الجنائية الدولية بتفاوت جسامه هذه الأفعال، وهي تنقسم إلى طائفتين: عقوبات أصلية وأخرى تكميلية وهو ما سنوضحه عبر العناصر التالية:

أولا: العقوبات الأصلية: هي تلك العقوبات التي يمكن النطق بها مستقلة عن أية عقوبة أخرى، وهي تتفاوت جسامه بتفاوت جسامه الجرائم التي تقسم إلى: جنايات، جنح ومخالفات⁽²⁾ وتعتبر الجنايات الأفعال الأشد خطورة على النظام العام ونظرا لأن الجرائم الدولية تكيف على أنها جنايات نظرا لفظاعتها فسيتقصر بحثنا على تبيان العقوبات في مادة الجنايات دون سائر الأفعال الأخرى.

وتتمثل العقوبات الجنائية في: الإعدام، عقوبات سالبة للحرية وعقوبات مالية.

1- عقوبة الإعدام: لا شك أن بعض الجرائم التي تمس حياة الناس أو سلامتهم أو تعرض كيان الدول للخطر أو تصيبه بضرر تستأهل عقوبة قاسية إذ الجزء من جنس العمل لذلك فإن النظم القانونية المقارنة تقرر عقوبة الإعدام أشد الأفعال الجنائية جسامه، وتعرف هذه العقوبة على الخصوص جدلا وتجاوزات كثيرة بين المطالبة بإلغائها أو الإبقاء عليها، ففي حين نجد أن بعض الدول تقررها في تشريعاتها وتنفذها عند النطق وضرورة الأحكام بها بآلة⁽³⁾ نجد دولا أخرى ألغت هذه العقوبة، بل وأنها تطالب غيرها من الدول بإلغائها على أساس مساسها بحقوق الإنسان.

¹ - نظام روما الأساسي المعتمد من قبل مؤتمر الأمم المتحدة للدبلوماسية للمفوضين المعني بإنشاء محكمة جنائية دولية بتاريخ 1998/07/17 وتاريخ بدء نفاذه في 2002/07/01.

² - ينظر المادة 27 من قانون العقوبات الجزائري الصادر بموجب الأمر رقم: 156/66 المؤرخ في 1966/06/08 المعدل والمتمم.

³ - من ذلك مثلا الأنظمة الإسلامية والعربية وعلى العكس من ذلك الأنظمة الغربية فمثلا فرنسا ألغت عقوبة الإعدام منذ 1981 (ينظر: الدكتور أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، الطبعة 11، 2011، دار هومة، ص 250).

أما الجزائر فإزالت تبقي على هذه العقوبة وتقررها جزاء للعديد من الجرائم⁽¹⁾ على أن الملاحظ ومنذ تعديل قانون العقوبات في 2006/12/20 بموجب القانون رقم 23/06 فإنه قلص من عدد الجرائم المعاقب عليها بهذه العقوبة كجريمة الحرق العمدي المنصوص والمعاقب عنها بالمادة 396 من قانون العقوبات، أما بخصوص تنفيذ هذه العقوبة فإنه على الرغم من النطق بها من طرف محاكم الجنائيات فإن تنفيذها قد أوقف منذ 1994⁽²⁾.

وعلى الرغم من أن الجرائم الدولية تعتبر الأشد فتكا على مجموعات بشرية بأكملها فإن نظام روما الأساسي قد خلا من هذه العقوبة، ومن ثم فلا يجوز الحكم بها تطبيقا لمبدأ شرعية العقوبة وتفيد المادة (80) من النظام الأساسي للمحكمة أنه: "ليس في هذا الباب ما يمنع الدولة من توقيع العقوبات المنصوص عليها في قوانينها الوطنية أو يحول دون تطبيق قوانين الدول التي لا تنص على العقوبات المحددة في هذا الباب"

وذلك في إشارة إلى إجازة الحكم بالإعدام في الأنظمة القانونية التي تقره على اعتبار أن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية هو اختصاص تكميلي لجهات القضاء الوطني.

ويعود سبب عدم اعتماد عقوبة الإعدام في المنظومة العقابية للمحكمة الجنائية الدولية إلى تباين وجهات نظر الأطراف المشاركة في مؤتمر روما والذي أخذ فيه بعين الاعتبار ضرورة التوفيق قدر الإمكان بين مختلف وجهات النظر المتباينة لتشجيع الدول على الانضمام إليه.

ولكن يبدو لنا شخصيا، ومما تكن المبررات فإن خلو النظام الأساسي من عقوبة الإعدام يعتبر قبضة لا تبررها التسويات السياسية، مقابل إقامة عدالة جنائية دولية قوية وراذعة سيما وأن الأمر يتعلق بجرائم إبادة البشر- وأخرى ضد الإنسانية مما يحصد أرواح أعداد هائلة من البشر.

2-العقوبات السالبة للحرية: وهي التي تهدف إلى الانتقاص من حرية الشخص المدان وهي أقل

جسامة من سابقتها وتنقسم بدورها إلى قسمين: السجن المؤبد والسجن المؤقت.

أ-السجن المؤبد: ومؤداه سلب الجاني حريته مدى الحياة وهي عقوبة مقررة في قانون العقوبات

الجزائري للعديد من الجرائم سواء في قانون العقوبات أو غيره من القوانين الجزائية⁽³⁾

¹ - ومن أمثلة ذلك:

- جريمة القتل العمدي (المقترن بأحد ظروف التشديد: سبق الإصرار، التردد....)

- جريمة التسميم (المادتان 260 و 261 من قانون العقوبات)

- جريمة تحويل طائرة (المادة: 417 مكرر من قانون العقوبات)

² -/أحسن بوسقيعة، مرجع سابق، ص 250.

³ - من الأمثلة التي نوردها من قانون العقوبات: - جريمة تزوير النقود أو السندات التي تصدرها الخزينة العامة (المادة: 197 من قانون العقوبات).

أما في القوانين الأخرى: - جريمة تهريب الأسلحة المنصوص والمعاقب عنها بالمادة (14) من الأمر رقم: 06/05 المؤرخ في: 2005/08/23 (المعدل والمتمم)

وقد أقر نظام روما الأساسي هذه العقوبة بموجب المادة 77 فقرة (ب) التي جاء فيها: "السجن المؤبد حيثما تكون هذه العقوبة مقررة بالخطورة البالغة للجريمة وبالظروف الخاصة للشخص المدان".

وإذا كانت هذه الفقرة تترك مسألة الحكم بالسجن المؤبد للسلطة التقديرية للمحكمة إلا أننا نعتقد أنه وإن تم ربط هذه العقوبة بالظروف الخاصة للشخص المدان، فإن ربطها بالخطورة البالغة للجريمة يعتبر في غير محله ذلك أن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية نفسه لا يتعدى إلا إزاء الجرائم الأشد خطورة ثم إنه من بين الجرائم المسماة بالمادة الخامسة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية وهي جرائم الحرب، جرائم الإبادة الجماعية، الجرائم ضد الإنسانية والعدوان، أية جريمة أقل خطورة؟!

هذا وعند مطالعة القاعدة 145 من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات المتبعة أمام المحكمة الجنائية الدولية نجدها تجعل النطق بهذه العقوبة (جوازاً) رهناً بقيام أحد ظروف التشديد وهي:

- 1- أي إدانات جنائية سابقة بجرائم من اختصاص المحكمة أو تماثلها؛
- 2- إساءة استعمال السلطة أو الصفة الرسمية؛
- 3- ارتكاب الجريمة إذا كان الضحية مجرداً على وجه الخصوص من أي وسيلة للدفاع عن النفس؛
- 4- ارتكاب الجريمة بقسوة زائدة أو تعدد الضحايا؛
- 5- ارتكاب الجريمة بدافع يطوي على التمييز وفقاً لأي من الأسس المشار إليها في الفقرة 3 من المادة 21؛
- 6- أي ظروف لم تذكر ولكنها تعد بحكم طبيعتها مماثلة لتلك المذكورة أعلاه.

ونخلص أخيراً إلى أن عقوبة السجن المؤبد تقرره النظم القانونية الداخلية ومنها النظام القانوني الجزائري أصلاً نظيراً ارتكاب فعل جنائي معين، واحتياطياً قد يكون تشديداً لعقوبة سابقة وذلك حال توافر ظروف تشديد⁽¹⁾، في حين أن نظام روما الأساسي نص على هذه العقوبة ورهن النطق بها بتوافر أحد ظروف التشديد مما يفهم منه ضمناً أن العقوبات السالبة للحرية التي تطغى على نظام روما الأساسي هي (السجن).

ب- السجن المؤقت: وهو الجزء الجنائي لأغلب الجنايات في أغلب النظم القانونية الجنائية، وتحدد بعض الأنظمة حدية الأدنى والأقصى، في حين تحدد نظم أخرى حداً واحداً له، أما المشرع الجزائري فيحدد حده الأدنى بخمس (05) سنوات ويحدد حده الأقصى بعشرين (20) سنة⁽²⁾، وقرره المشرع لعدد الجرائم⁽³⁾.

¹ - ومن ذلك مثلاً أن المشرع الجزائري يقرر عقوبة الحبس (وهي عقوبة جنحية) على جريمة الضرب والجرح العمدى، وتتصاعد العقوبة تشديداً إلى السجن المؤقت عندما يقضي الضرب أو الجرح إلى عاهة مستديمة ويصل إلى حد السجن المؤبد طبقاً للمادة (267) من قانون العقوبات حال كون المجني عليه والد شرعياً أو من الأصول الشرعيين للجاني وكان الفعل قد أدى إلى وفاة المجني عليه.

² - تحدد بعض القوانين الحد الأقصى إلى ثلاثين (30) سنة ومنها القانون الفرنسي.

³ - من الأمثلة الممكنة ليرادها هنا:

بينما نص نظام روما الأساسي على عقوبة السجن المؤقت في المادة (77) وأوجب عدم تجاوز الثلاثين (30) سنة، وعرفته المادة السالفة الذكر بأنه السجن لعدد محدود من السنوات وهو ما يترك المجال واسعا أمام القضاة في اختيار المدة المناسبة جزاء للجاني دون التزام بحد أدنى محدد سلفا.

وتراعي المحكمة الجنائية الدولية دائما عند تسليط العقاب عدة عوامل منها:

خطورة الجريمة، والظروف الخاصة للشخص المدان وذلك طبقا للقواعد الإجرائية وقواعد الإثبات⁽¹⁾. وبالعودة لأحكام هذه القواعد نجدتها تنظم كيفيات احتساب فترة السجن عند تنفيذها وذلك باحتساب كل فترة للاحتجاز قبل صدور الحكم، كما تنظم مسألة تعدد الإدانات حيث تصدر المحكم حكما عن كل جريمة وفي الأخير تصدر حكما مشتركا يحدد المدة الإجمالية لمدة السجن الواجب تنفيذها والتي ينبغي أن تتراوح بين مدة أقصى- كل حكم على حدة وبين (30) سنة كحد أقصى⁽²⁾.

ثانيا: العقوبات التكميلية

تعتبر العقوبات التكميلية جزاء ثانويا تابعا للعقوبات الأصلية⁽³⁾ وبالتالي فإنه لا يجوز أن ينطق بها القاضي لوحدها بل يشترط سبق النطق بإحدى العقوبات الأصلية وهي تعتبر تكملة للعقوبة الأصلية، ويعرف النظام القانوني الجزائري مجموعة عقوبات تكميلية نصت عليها المادة 09 من قانون العقوبات⁽⁴⁾.

وهذه العقوبات التكميلية إما أن تكون إلزامية يتعين على القاضي الحكم بها ومن أمثلتها الحجر القانوني الذي ينبغي النطق به حال النطق بعقوبة جنائية وهي العقوبة المتمثلة في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية حيث تتم إدارة أمواله طبقا للإجراءات المقررة في حالة الحجر القضائي⁽⁵⁾، وكذلك الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية المحددة حصرا بموجب المادة (09) مكرر (01) من قانون العقوبات والتي ينبغي حال النطق بها حال النطق بعقوبة جنائية، حرمان المحكوم به من حق أو أكثر لمدة أقصاها عشر (10) سنوات اعتبارا من تاريخ انقضاء العقوبة الأصلية أو الإفراج عن المحكوم عليه.

وهناك عقوبات تكميلية جوازية يخضع الحكم بها للسلطة التقديرية للقاضي، حسب ظروف كل قضية، ومن أمثلتها: سحب جواز السفر - 16 مكرر (05) أو المنع من ممارسة مهنة أو نشاط (المادة 16 مكرر).

الجرائم الموصوفة بأفعال إرهابية أو تخريبية (المادة 87 مكرر إلى 87 مكرر (7)

¹ - ينظر المادة (78) فقرة (01) من النظام الأساسي.

² - د/محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات (القسم العام)، الطبعة (07)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص709.

³ - أنظر المادة (09) من قانون العقوبات.

⁴ - ينظر المادة (09) من قانون العقوبات

⁵ - ينظر المادة (2/77) (ب) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

والجدير بالذكر أن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لم ينص من بين العقوبات التكميلية، المتقدم ذكرها، إلا على المصادرة، وذلك نظرا لخصوصية القضاء الجنائي الدولي وعدم إمكان النطق بالعقوبات الأخرى التي لها صدى وأهمية من النظم الداخلية دون النظام الدولي.

وقد عرف النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بأنها: مصادرة العائدات والممتلكات والأصول الناتجة بصورة مباشرة أو غير مباشرة من تلك الجريمة دون المساس بحقوق الأطراف الثالثة الحسنة النية".

والمصادرة، تعريفا هي نزع ملكية مال صاحبه جبرا عنه وإضافته إلى ملك الدولة دون مقابل⁽¹⁾.

وهي الأيلولة النهائية إلى الدولة لمال أو مجموعة أموال معنية أو ما يعادل قيمتها نقدا⁽²⁾.

ولئن كان المشرع الجزائري لم يحدد، بموجب المادة (09) من قانون العقوبات مدى انصراف المصادرة إلى العائدات أو الممتلكات أو الأصول الناتجة مباشرة أو بصفة غير مباشرة عن تلك الجريمة فإننا نجد وبموجب القانون رقم: 01/06 المؤرخ في 20/02/2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته (المعدل والمتمم) قد نص على أنه: "يمكن تجريد أو حجز العائدات والأموال غير المشروعة الناتجة عن ارتكاب جريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، بقرار قضائي أو بأمر من سلطة مختصة.

في حالة الإدانة بالجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، تأمر الجهة القضائية بمصادرة العائدات والأموال غير المشروعة، وذلك مع مراعاة حالات استرجاع الأرصد أو حقوق الغير حسن النية.

وتحكم الجهة القضائية أيضا برد ما تم اختلاسه أو قيمة ما حصل عليه من منفعة أو ربح، ولو انتقلت إلى أصول الشخص المحكوم عليه أو فروعه أو إخوته أو زوجته أو أصهاره سواء بقيت تلك الأموال على حالها أو وقع تحويلها إلى مكاسب أخرى".

وجعل المشرع الحكم بالمصادرة في حالة الإدانة بإحدى جرائم الفساد (وهي كلها جنحا) إلزاميا، وذلك على خلاف الأحكام العامة لقانون العقوبات التي جعلتها إما اختيارية أو إلزامية في سواء الجنح، بينما تعتبر المصادرة وجوبية في مواد الجنایات حسب المادة (15) مكرر 01⁽³⁾.

¹ - الدكتور مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، الطبعة 3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1990، ص 681.

² - أنظر المادة 15 من قانون العقوبات وقد استثنى المشرع من مجال المصادرة الأموال التالية:

1- محل السكن اللازم لإيواء الزوج والوصول والفروع من الدرجة الأولى للمحكوم عليه، إذا كانوا يشغلون فعلا عند معاينة الجريمة، وعلى شرط أن لا يكون هذا المحل مكتسبا عن طريق غير مشروع.

2- الأموال المذكورة في الفقرات 2 و 3 و 4 و 5 و 6 و 7 و 8 من المادة 378 من قانون الإجراءات المدنية.

3- المداخليل الضرورية لمعيشة الزوج وأولاد المحكوم عليه وكذلك الأصول الذين يعيشون تحت كفالته.

³ - تنص المادة 15 مكرر (01) على ما يلي:

الغرامة: هي إلزام المحكوم عليه بدفع مبلغ من النقود يقدرها الحكم القضائي لخزانة الدولة⁽¹⁾. ويمكن بشأن الغرامة أن نشير للملاحظات التالية:

تعتبر الغرامة عقوبة أصلية في النظام القانوني الجزائري بالنسبة للجناح والمخالفات⁽²⁾ وقد نص عليها المشرع الجزائري في أغلب الجرائم (الجناح والمخالفات)، أما بخصوص الجنايات فيلإ غاية تعديل قانون العقوبات في 06/12/20 لم يكن منصوصا عليها في مادة الجنايات، وبهذا التعديل المذكور كرس المشرع الجزائري إمكانية الحكم بها عند النطق بعقوبة السجن المؤقت.

وهو ما يستنتج منه ضمنا عدم جواز الحكم بالغرامة عند النطق بعقوبة الإعدام أو السجن المؤبد ولكن يثور التساؤل بشأن الطبيعة القانونية للغرامة المحكوم بها في مادة الجنايات هل هي عقوبة أصلية أم هي عقوبة تكميلية.

نعتقد أنها عقوبة تكميلية نظرا لأن المشرع لم يوردها ضمن النص الخاص بالعقوبات الأصلية فضلا عن أن النطق بها جعله المشرع تحت الجواز لا الوجوب.

وتعتبر الغرامة في نظام روما الأساسي عقوبة تكميلية وقد ألزم هذا النظام للنطق بها التقييد بالمعايير المنصوص عليها في القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات طبقا للقاعدة (146) وهي وجوب النظر في كون عقوبة السجن كافية أم لا ومراعاة الظروف المالية للشخص المدان وهل أنه تم القضاء بالمصادرة أم لا أو أي أمر بالتعويض ويضاف إلى كل ما تقدم النظر في الدافع إلى الجريمة فإذا كان هذا الدافع هو الحصول على كسب مالي شخصي- أو الحصول على منفعة مالية هذا وإن كان النظام الأساسي للمحكمة لم يحدد أسوة بالتشريعات الوطنية حدودا قصوى ودنيا لمبالغ الغرامات فإنه حدد على كل حال حدها الأقصى الذي لا يجب مجال أن يتجاوز نسبة 75% من أصول السائلة أو قابلة للتصرف، وأموال أخرى بذمة الشخص المدان وذلك باقتطاع ما يفني باحتياجات المدان ومن يعولهم.

ولالإشارة فإن المشرع الوطني لم يشر- إلى مثل هذه الضوابط وتركها للسلطة التقديرية للمحكمة وإن لم يصرح بها.

واستطردت القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات بيان كيفية تسديد الغرامة بتحديد محلة للمدان وإمكانه دفعها جملة واحدة أو على دفعات خلال تلك الفترة مع احتسابها وفقا لنظام الغرامات اليومية⁽³⁾.

¹ - الدكتور محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 758.

² - أنظر المادة (05) من قانون العقوبات.

³ - أنظر المادة 600 وما يليها من قانون الإجراءات الجزائي الصادر بموجب الأمر رقم: 155/66 المؤرخ في 08/06/1966 المعدل والمتمم.

وفي حالة امتناع المدان عن تسديدها عمدا يجوز لهيئة رئاسة المحكمة تلقائيا أو بناء على طلب المدعي العام أن تحدد فترة السجن المحكوم بها على المدان لفترة تتراوح بين ربع المدة المحكوم عليه أو خمس (05) سنوات (الأقل منها)، هذا ولا يطبق التمديد على حالات السجن المؤبد كما لا يجوز أن يؤدي التمديد إلى أن تتجاوز الفترة الإجمالية للسجن ثلاثين (30) سنة.

وجدير بالذكر أن عدم تسديد الغرامات المحكوم بها في التشريع الوطني يجعل المدين بها تحت طائلة الإكراه البدني أي تنفيذ مدة للحبس تتناسب طردا مع قيمة الغرامات غير المسددة⁽¹⁾. وأن الإكراه البدني تتكفل به النيابة العامة (الادعاء العام) بخلاف ما هو جار به العمل أمام المحكمة الجنائية الدولية حين تتكفل هيئة الرئاسة به (وهي هيئة قضائية).

المحور الثاني: ضوابط تقرير العقوبات

حينما تتأكد إدانة المتهم بالجرم المنسوب إليه يبحث القاضي في الجزاء المناسب والواجب النطق به، ويقع على القاضي الجنائي في الأنظمة القانونية الوطنية اختيار العقوبة المناسبة بين حدتها الأدنى والأقصى. ضمن ما خوله إياه المشرع من سلطة تقديرية، إلا أنه ولا اعتبارات معينة قد يهبط القاضي عن الحد الأدنى المقرر قانونا للعقوبة وهو ما يسمى بحالات التخفيف أو بالعكس يتجاوز الحد الأقصى. ضمن حالات التشديد وهو ما سنوضحه في عنصرين بين قضاء المحكمة الجنائية الدولية (القضاء الدولي) والقضاء الوطني.

أولا: ضوابط تخفيف العقوبة

تنقسم أسباب تخفيف العقوبة إلى قسمين وهما: الأعذار القانونية والظروف المخففة ويكمن الفرق بين هذين النوعين في أن الأول منها ملزم للقاضي ويحدد له المشرع حدودا جديدة للعقوبة أو يمنع تطبيقها وأن حالاته محددة حصرا⁽²⁾ في حين أن النوع الثاني اختياري ولا يحدد المشرع حالاته بل يتركها للسلطة التقديرية للقاضي.

1-الأعذار القانونية: وتنقسم بدورها إلى قسمين: أعذار معفية من العقاب وأعذار مخففة للعقاب.

أ-الأعذار المعفية من العقاب: ومن تسميتها يستشف معناها حيث تعني الحالات التي يسقط فيها العقاب عن الجاني رغم ارتكابه للفعل المجرم وهي تتحد من حيث الأثر القانوني مع موانع المسؤولية الجزائية وأسباب الإباحة⁽³⁾ وتبرر بأنها تنفيذ للسياسة الجنائية والمنفعة الاجتماعية، ومن الحالات التي نص عليها المشرع الجزائري العذر الذي من شأنه تسهيل اكتشاف الجرائم قبل وقوعها ومثاله المبلغ عن قيام الاتفاق الجنائي طبقا للمادة

¹ - أنظر القاعدة رقم: (145) من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات.

² - أنظر المادة 542 من قانون العقوبات.

³ - موانع العقاب تمنع العقاب على الرغم من قيام المسؤولية الجنائية في حين أن موانع المسؤولية الجزائية تسقط العقاب لاتقاء أحد عصري الركن المعني (إما الإرادة أو الإدراك)، أما أسباب الإباحة فتمحو عن الفعل الصفة الجرمية وتعتمد الركن الشرعي فيهدم بناء الجرم.

(179) من قانون العقوبات وكذا المبلغ عن الجنايات والجرح الماسة بأمن الدولة طبقا للمادة (92) من قانون العقوبات، ولا يعتد إلا بالتبليغ الصادر عن المبلغ قبل البدء في التنفيذ أو الشروع في ارتكاب الفعل، وكذا عذر القرابة العائلية ومن أمثلته الإعفاء من العقوبة على ارتكاب جريمة عدم التبليغ عن جرائم الخيانة أو التجسس طبقا للمادة (91) من قانون العقوبات.

والملاحظ أن نظام روما الأساسي يخلو من ذكر مثل هذه الحالات.

ب- الأعدار المخففة للعقاب: وتهدف للإيقاظ من مقدار العقوبة وهي بدورها قسمان: أعدار مخففة خاصة وأعدار مخففة عامة أما الأعدار الخاصة فهي تطبق على حالات خاصة مثل قتل الزوجة المتلبسة بالزنا وشريكها دون أشخاص آخرين⁽¹⁾.

وهو ما يصطلح عليه فقها بعذر الاستفزاز وينطبق على حالات أخرى محددة حصرا قانونا⁽²⁾. ويترتب على توافر أعدار الاستفزاز طبقا للمادة (283) من قانون العقوبات تخفيض العقوبات على النحو التالي:

- الحبس من سنة إلى 05 سنوات إذا كان الفعل مما يعاقب عليه بالإعدام أو السجن المؤبد
- الحبس من ستة (06) أشهر إلى خمس (05) سنوات الفعل مما يعاقب عليه بالإعدام أو السجن المؤقت.
- الحبس من عشرة (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة إذا كانت العقوبة هي الإعدام أو السجن المؤبد.
- نصف العقوبة إذا كانت العقوبة هي السجن المؤقت أو الحبس⁽³⁾.

ويلاحظ أن نظام روما الأساسي قد خلا من ذكر أعدار مخففة للعقاب، فضلا عن أنها غير مختصة أصلا بنظر الأفعال التي يرتكبها من هم أقل من ثمانية عشر (18) سنة طبقا للمادة (26) من النظام الأساسي للمحكمة.

ونلاحظ بصدد هذه المادة أن الفقرة الأخيرة منها جاءت بصيغة الجواز حيث أن الأمر يتعلق بمنع من موانع من العقاب وهي وجوبية حال توافرها وهو ما يمثل تناقضا في صياغة هذا النص والمبدأ العام.

الظروف المخففة: وهي ظروف غير محددة حصرا شأن الأعدار وتستند إلى فكرة العدالة في تقييم سلوك البشر⁽¹⁾. وذلك أن النص الجنائي يصدر عاما ومجردا وأن القاضي هو الذي يضعه موضع التطبيق وهو الذي

¹ - مدحت محمد عبد الرحمن العزير إبراهيم، قانون العقوبات (القسم العام)، الطبعة الأولى، 2007، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 160.

² - حددت المواد من 277 إلى 281 من قانون العقوبات على إعدار الاستفزاز وهي (القتل والضرب والجرح درء لضرب الشديد، القتل والضرب والجرح درء لسرقة نهارا مع اقترانها بتسليق أو تحطيم مداخل المنزل..../القتل والضرب والجرح عند اكتشاف أحد الزوجين للآخر متلبسا بالزنا/ الخشاء درءا للاغتصاب) مع التأكيد على أنه لا عذر لمن قتل أباه أو أمه أو أحد أصوله (م 282 من قانون العقوبات)

³ - ينظر: المادة 50 من قانون العقوبات، وفي مواد المخالفات لا يكون الحدث إلا محلا للتوبيخ أو الغرامة حسب المادة (51) من قانون العقوبات.

يمثل المتهم أمامه وتظهر جلية أمامه ظروفه العامة وظروف ارتكابه للجرم مما يحرك فيه جانب مشاعر الرأفة ولهذا السبب حوله المشرع هذه المكنة وهي تستنتج من محصلة الظروف الاجتماعية للجاني وسنه ومستواه الثقافي والتعليمي وحالته النفسية وظروفه المالية ومنها ما يتعلق بالجرم نفسه من حيث الخطورة والضرر وظروف الفعل الزمانية والمكانية وأخيرا بسوابقه الجنائية.

وقد نصت المادة (53) من قانون العقوبات على هذه الظروف حيث أجازت تعديل العقوبة على النحو التالي:

- 1-عشر (10) سنوات سجنا، إذا كانت العقوبة المقررة للجناية هي الإعدام
- 2-خمس (05) سنوات سجنا، إذا كانت العقوبة المقررة للجناية هي السجن المؤبد
- 3- ثلاث (03) سنوات حبسا، إذا كانت العقوبة المقررة للجناية هي السجن المؤقت من عشر- (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة.
- 4- سنة واحدة حبسا، إذا كانت العقوبة المقررة للجناية هي السجن المؤقت من خمس (05) سنوات إلى عشر (10) سنوات.

ولا يخضع تطبيق الظروف المخففة على الجاني لرقابة المحكمة العليا كما وأن إعمال هذه الظروف لا يمتد سوى للعقوبات الأصلية دون العقوبات التكميلية وأنه ليس مطلقا إذ ترد على تطبيقه مجموعة استثناءات حيث لا تطبق الظروف المخففة في بعض الجرائم منها مثلا ما ورد من حالات خاصة بالمادة (26) قانون يتعلق بالوقاية من المخدرات و المؤثرات العقلية و قمع الاستعمال و الاتجار بها القانون رقم 04-18 المؤرخ في 25 ديسمبر سنة 2004.

وبمطالعة النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية يستشف منه أنه يتعين على هذه المحكمة بعد التثبت من إدانة الجاني مراعاة عديد الظروف التي تحسب لصالح المدان أو لغير صالحه أي تخفيفا أو تشديدا استنادا لعدة عوامل.

ومن بين العوامل التي تؤخذ في الحسبان ظروف الجاني المتمثلة في خطورته الإجرامية ومدى توافر القصد الجنائي لديه وحالته الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والتعليمية وسنه ومدى مشاركته في الجريمة.

ويلاحظ أن النظام الأساسي قد ستمى بعض العوامل التي تستند إليها المحكمة عند تقرير العقوبة وإعمال ظروف التخفيف في حين أن المشرع الوطني قد وضع حدود العقوبات الواجب النطق بها في حالة الظروف المخففة تاركا السلطة التقديرية للمحكمة في استجلاء هذه الظروف هذا من جهة ومن جهة ثانية فإنه وبالعودة للقاعدة 145 من القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات نجد أنها تنص على عوامل عامة مما تقدم معنا وتضيف في الفقرة (أ) الظروف التالية:

¹ - الدكتور مدحت محمد عبد العزيز إبراهيم، مرجع سابق، ص 164.

1- الظروف التي لا تشكل أساسا كافيا لاستبعاد المسؤولية الجزائية كقصور القدرة العقلية أو الإكراه.
2- سلوك المحكوم عليه بعد ارتكاب الجرم، بما في ذلك أي جهود بذلها التعويض من أو أي تعاون أبداه مع المحكمة.

ويلاحظ أن هذه الظروف غير معهودة في النظام القانوني الوطني فضلا عن أن بعضها يندرج ضمن موانع المسؤولية الجزائية كالإكراه⁽¹⁾ والذي يعدم أحد عنصري الركن المعنوي وهو الإرادة فيهدم بناء الجريمة.

كما وان الظرف الثاني لا يعتد به في النظام الوطني ومن قبيل ذلك مدى تعاون الجاني مع المحكمة بعد ارتكاب الجرم وهي تعتبر غريبة على النظام الداخلي، لكن المشرع نص على حالة مشابهة وهي الكشف على الجناة قبل ارتكاب الفعل أو الشروع فيه ورتب عليه أثرا مغايرا وهو امتناع العقاب.

قد يقترن ارتكاب الجرم بظرف أو عنصر يكيه المشرع على أنه ظرف تشديد فيكون أثره على توقيع العقوبة تشديدا، وقد يغير هذا الظرف من وصف الجرم ذاته فيصبح جنائية بعد أن كان جنحة مثلا، وقد حددت المحكمة العليا الفرق بين الركن والظرف بأن الأول عنصر في تكوينها بينما يعتبر الثاني مشددا للعقوبة⁽²⁾. وتتوافر ظرف أو أكثر من ظروف التشديد يطبق القاضي حدودا أخرى للعقوبة غير المقررة للجريمة في حالتها العادية. وتنقسم ظروف التشديد إلى ظروف خاصة وأخرى عامة:

- أما الطائفة الأولى فتتعلق بالشخص أو بظروف الجريمة ومن أمثلة ذلك ما نص عليه المشرع في جنايات القتل إذا ارتكبت بتوافر أحد ظروف التشديد (سبق الإصرار والترصد) حيث تصبح العقوبة هي الإعدام بدلا من السجن المؤبد أو ظروف تتعلق بشخص الجاني كصفة الأبوة في الجاني الذي يرتكب جريمة الاغتصاب طبقا للمادة 336 من قانون العقوبات فتشدد عقوبته للسجن المؤبد بدلا من السجن المؤقت فيما إذا لم تكن للجاني صفة من صفات التشديد المذكورة بالمادة (337) من قانون العقوبات.

كما يندرج ضمن الظروف الخاصة الفترة الأمنية التي استحدثها تعديل قانون العقوبات في 04/12/20 والرامي حرمان المحكوم عليه من تدابير التوقيف المؤقت لتطبيق العقوبة، والوضع في الورشات الخارجية وإجازات الخروج والحرية النصفية والإفراج المشروط، وقد حددت المادة 60 مكرر كليات تطبيق الفترة الأمنية وحالاتها. وتنحصر الظروف العامة في ظرف العود المنصوص عنه بالمادة (54 مكرر) وما يليها من قانون العقوبات ويراد بالعود ارتكاب الشخص لجريمة أو أكثر بعدما سبق إدانته ومعاقبته بحكم بات أجل جريمة سابقة وذلك ضمن ظروف زمنية حددها المشرع.

¹ - أنظر المادة 48 من قانون العقوبات.

² - ينظر مثلا قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة الجنب والمخالفات في: 1984/04/18 تحت رقم 36646 المنشور بالمجلة القضائية، العدد (02)

1990، ص 242.

ولعل العبرة التي يتوخاها المشرع من سن العود وتشديد العقوبة عن توفر حالاته هو ردع الجاني الذي لم يرتدع بعقوبة سابقة مما يكشف عن الخطورة الإجرامية الكامنة لديه.

وقد عرف نظام العود في التشريع الجزائري توسيع نطاقه استحداث العديد من المواد القانونية وقد أقر هذا التعديل ثلاثة مبادئ أساسية وهي اعتماد العقوبات المقررة بدلا من العقوبات المحكوم بها لتحديد حالات العود وتوسيع مجال تطبيقه بتوسيع قائمة الجرائم التي ينطبق عليها وأخيرا إقرار المشرع على سبيل الوجوب لحدوده الجديدة⁽¹⁾.

وقد أجاز المشرع إفادة المحكوم به بجالة العود بظروف التخفيف طبقا للمادة 53 مكرر 6 من قانون العقوبات شريطة أن ينصب التخفيف على الحد الجديد المقرر لحالة العود.

ويستنتج من جملة هذه التعديلات أنها أولت نظام العود اهتماما خاصا في سبيل ردع الجناة .

كما أنه وحسب المادة 58 قانون العقوبات فإن من سبق الحكم عليه من محكمة عسكرية لا يعاقب بعقوبة العود إذا ارتكب بعد ذلك جنابة أو جنحة إلا حسبا يكون الحكم الأول قد صدر في جنابة أو جنحة طبقا لقانون الإجراءات العادي.

أما من منظور النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية فإن ظروف التشديد قد حددتها القاعدة 2/145 فقرة فرعية (ب) بالحالات التالية:

- 1- أي إدانات جنائية سابقة بجرائم اختصاص المحكمة أو تماثلها
- 2- إساءة استعمال السلطة أو الصفة الرسمية
- 3- ارتكاب الجريمة إذا كان الضحية مجردا على وجه الخصوص من أي وسيلة للدفاع عن النفس.
- 4- ارتكاب الجريمة بقسوة زائدة أو تعدد الضحايا.
- 5- ارتكاب الجريمة بدافع ينطوي على التمييز وفقا لأي من الأمر المشار إليه في الفقرة (03) من المادة (21) .
- 6- أي ظروف لم تذكر ولكنها تعد بحكم طبيعتها مماثلة لتلك المذكورة أعلاه.

ومما يلاحظ على هذا النص ما يلي:

* اعتماد المحكمة الجنائية الدولية لنظام العود، غير أنها لم تربط تطبيقه بأي مجال زمني يرتكب فيه الفعل اللاحق.

¹ - يراجع المواد 54 مكرر إلى 59 من قانون العقوبات.

وينظر: الدكتور: عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، دار هومة، الجزائر، 2010، ص354.

* ويثور السؤال هل أن عبارة (تماثلها) الواردة بالفقرة (1) القاعدة المذكورة تعود على الإدانات أو على الجرائم مما يستتبع معه السؤال عن مدى اعتبار الإدانات الصادرة عن المحاكم الجنائية الوطنية عاملا من عوامل إعمال العود⁽¹⁾.

* يعتبر إساءة استعمال السلطة جرما مستقلا في النظم القانونية الداخلية
* الاعتراف بعدد الضحايا أو قسوة السلوك الإجرامي لتقرير تشديد العقوبة في منظور المحكمة الجنائية الدولية لا يقابله اعتداد بالمثل من طرف الأنظمة القانونية الوطنية.

* وما يبدو من تعداد حالات إعمال العود أنه ورد على سبيل الحصر- لكن صياغة العنصر- الأخير من الفقرة الفرعية (ب) من الفقرة (2) القاعدة 145 (أي ظروف تذكر...مماثلة لتلك....) يجعل هذا التعداد واردا على سبيل المثال لأن قضاة المحكمة قد يستنجون تبعا لظروف القضية، ظروف أخرى تشبه الظروف المعددة فيعملونها وهنا يثور التساؤل حول ما إذا كانت هذه الفقرة الفرعية تتعارض مع (شرعية العقوبة).

كما أنه بمقارنة بسيطة يتضح أن ظروف التشديد في النظام القانوني الوطني محصورة قد تكون متناثرة بين النصوص ولكن في نهاية المطاف محصورة خلافا لمثيلاتها في نظام روما الأساسي هذا وإنه لا يمكن بحال التشديد فوق عقوبة السجن المؤبد تماشيا وشرعية العقوبة إذ أن نظام روما الأساسي لا يعتمد عقوبة الإعدام. وهذا خلافا للأنظمة القانونية الداخلية وأن تشديد العقوبة إلى عقوبة السجن المؤبد يكون حيثما تكون هذه العقوبة مبررة بالخطورة البالغة للجرم وبالظروف الخاصة بالشخص المدان بوجود ظرف أو أكثر من ظروف التشديد.

هذا ويضاف إلى جميع ما تقدم أنه لا يمكن معرفة ما إذا كانت المحكمة الجنائية الدولية قد طبقت ظروف التشديد أم لا من مجرد منطوق الحكم، خلافا للنظام القانوني الداخلي وأنه يتعين الرجوع إلى حيثيات الحكم لتبين ذلك، سيما وأن النظام الأساسي لم يحدد لكل جريمة عقوبة معينة كما لم يحدد حدودا دنيا وأخرى قصوى يتبين معها مدى تحقيق المحكمة للعقوبة أو تشديدها (حسب مفهوم النظام الداخلي للتحقيق والتشديد).

خاتمة:

ختاما لبحثنا هذا والذي أردنا من خلاله مقارنة النظام العقابي الدولي ممثلا فيما جاء به النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية من أحكام عقابية على الجرائم التي تختص به هذه الهيئة القضائية الدولية الدائمة مع ما هو

¹ - إذا كانت عبارة (تماثلها) تعود على (إدانات سابقة) فيكون المعنى أن هذه الإدانات صادرة عن المحكمة الجنائية الدولية أو المحاكم الوطنية (ذات الاختصاص الأصلي) بخصوص الجرائم المنصوص عليها بالمادة (05) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية. أما إذا كانت عبارة (تماثلها) تعود على جرائم من اختصاص المحكمة فقد ينصرف الأمر هنا إلى جرائم تنظر من طرف المحاكم الوطنية لأن الجرائم التي تنظرها المحكمة الجنائية الدولية محددة حصرا وهنا يثور التساؤل حول مدى الاعتراف بالسابقة الجنائية الوطنية أمام القضاء الجنائي الدولي والعكس بالعكس (مع أننا نرجح أم اللفظ المتقدم ذكره يعود على إدانات سابقة).

متعارف عليه في الأنظمة القانونية الداخلية وأخذنا نموذجاً لذلك التشريع العقابي الجزائري من خلال شقيه الموضوعي والإجرائي ووقفنا على عديد الملاحظات التي نوجزها فيما يلي:

1- إنه يوجد تشابه يصل حد التماثل أحيانا بين النظام القضائي الدولي ونظيره الداخلي ويعود ذلك لأن الأول نتاج تجارب ومدارس والثاني.

2- أن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية تتخلله بعض النقائص وذلك مبرر لأنه عمل بشري وليس ثمة عمل بشري إلا ويعتريه نقص وأن النظام الأساسي بجلته الحالية قد يعرف تعديلات شكلية أو جوهرية كلما أظهر الواقع العملي مشاكل في الميدان.

وأنا قد ارتأينا اقتراح بعض التوصيات ومنها:

1/ إدراج عقوبة الإعدام ضمن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية تماشياً وخطورة الأفعال التي تنظرها والتي تعد الأخطر على بني البشر.

2/ تحديد آليات تنفيذ العقوبات سواء كانت عقوبات مالية أو عقوبات سالبة للحرية وفق حدود معينة حتى لا يفسح المجال واسعاً أمام القضاة مما يسمح بوجود بون شاسع بين الأحكام الجنائية، وتطبيقاً لمبدأ شرعية العقوبات ومن ذلك مثلاً جعل ظروف التشديد محددة على سبيل الحصر لا المثال.

المراجع

I-النصوص القانونية:

- قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، الصادر بموجب الأمر رقم 155/66 الصادر في 08/06/1966 (المعدل والمتمم)
- قانون العقوبات الجزائري الصادر بموجب الأمر رقم: 156/66 الصادر في: 08/06/1966 (المعدل والمتمم)
- القانون 06/05 المؤرخ في: 05/08/23 المتعلق بمكافحة التهريب (المعدل والمتمم)
- القانون رقم: 01/06 المؤرخ في 20/02/2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته (المعدل والمتمم)
- نظام روما الأساسي المعتمد في: 17/07/1998.
- القواعد الإجرائية وقواعد الإثبات للمحكمة الجنائية الدولية.

II-المؤلفات:

- الدكتور أحسن بوسقيعة، بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، الطبعة 11، دار هومة، الجزائر، 2012.
- الدكتور مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1990.
- الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة 07، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989.
- الدكتور مدحت محمد عبد العزيز إبراهيم، شرح قانون العقوبات، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
- الدكتور عبد القادر عدو، مبادئ قانون العقوبات الجزائري، القسم العام، دار هومة، الجزائر، 2010.

III-المجلات:

- المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد (02)، 1990.

المسؤولية الاجتماعية على ضوء التوجه البيئي للمؤسسة*

أ.د. مزيان محمد الأمين - جامعة مستغانم

طلالي يمينة- طالبة ماجستير - جامعة مستغانم

الملخص:

ذلك أن استمرار المؤسسات مرهون و مرتبط بالوقاية من التلوث كتحدي إستراتيجي أمامها من خلال علاقة المؤسسة بالبيئة، ولتجسيد تلك الإستراتيجية البيئية يتطلب من المؤسسة تكريس البعد البيئي ضمن توجهات سياستها بمقتضى- الموازنة بين سياستها وتطور الأداء البيئي، سعيا إلى الحد من استنزاف الموارد البيئية والاعتماد على استخدامها الأمثل وتكنولوجيا نظيفة ولو بتكلفة اقتصادية مرتفعة.

من ثمة تتجه العديد من المؤسسات الاقتصادية للاهتمام بالاعتبارات البيئية في استراتيجيات أعمالها وخططها حفاظا على مكانتها السوقية و التنافسية مع ضمان تطبيق المواصفات البيئية في ممارسة أنشطتها، مما يحتم عليها انتهاج إدارة بيئية متميزة وفعالة تتحكم فيها عن طريق الرقابة والتخطيط وتطوير الأداء البيئي تماشيا وسياستها الاجتماعية.

لذلك لم يعد تحقيق الكفاية الاقتصادية والربح للمؤسسة فعال في السوق بل لابد من تأهيل بيئي لها وفقا لما يقتضيه قانون المنافسة وقانون حماية البيئة.

ونظرا لبروز العديد من التوجهات في فلسفة إستراتيجية المؤسسات الاجتماعية ومن بينها التوجه البيئي المبني على إدارة بيئية فعالة يمكننا التصدي في هذا المقال للنقطتين التاليتين:

أولاً: المسؤولية الاجتماعية ودورها في تحقيق المركز التنافسي .

ثانياً: التأهيل البيئي للمؤسسة الاجتماعية.

Résumé:

Alors que la poursuite dépend et est liée à la prévention de la pollution comme un défi stratégique en face de ses institutions à travers l'organisation liée à l'environnement, mais le mode de réalisation de la stratégie de l'environnement, l'organisation doit consacrer la dimension environnementale dans les orientations de sa politique en conformité avec l'équilibre entre la politique et l'évolution de la performance environnementale, dans un

* تاريخ إيداع المقال: 2016/01/31

تاريخ تحكيم المقال: 2016/02/09

effort pour réduire l'épuisement des ressources de l'environnement et de compter sur l'utilisation la technologie optimale et que le coût économique propre est élevé.

De là, le déplacement de nombreuses institutions économiques considérations environnementales intéressantes dans leurs stratégies et plans d'affaires afin de préserver sa position sur le marché et la compétitivité, tout en veillant à l'application des normes environnementales dans l'exercice de leurs activités, ce qui les oblige à poursuivre la gestion environnementale distincte et efficace les contrôler grâce à la surveillance, la planification et le développement de la performance environnementale dans la ligne et la politique sociale . Il est donc plus atteindre l'efficacité économique et le profit institution efficace dans le marché, mais d'être un environnement sa qualification comme l'exige la concurrence et la loi de la Loi sur la protection de l'environnement.

En raison de l'émergence d'un grand nombre des tendances de la philosophie des institutions sociales, y compris l'approche environnementale stratégique basée sur une gestion efficace de l'environnement peut aborder dans cet article pour les deux points suivants:

- La première responsabilité, sociale et son rôle dans la réalisation de la position concurrentielle.
- Deuxièmement réhabilitation, social et environnemental de l'institution.

المقدمة :

إن المسؤولية الاجتماعية لها مفهوم متغير ودائم التطور، ذلك أنها مرتبطة بالتنمية المستدامة، إذ يجب على الشركات البحث عن الثروة والربح والاهتمام بالبيئة والمشاركة في التنمية الاقتصادية والاجتماعية من جهة، ومن جهة أخرى العمل في جو من الشفافية والمحاسبة مراعاة لأخلاقيات الأعمال وحقوق الموظفين والعمال ومحاربة الفساد واعتماد المنافسة الشريفة، مع توفير آليات فعالة للتصدي للتحديات الاجتماعية وإيجاد حلول لها، ويتوجب على إدارة المؤسسة ومجالستها الإدارية توفير الدعم والمساندة للوصول إلى تنمية مستدامة في المجتمع التي تعمل فيه محليا ودوليا .

ومنه أن مبدأ المسؤولية الاجتماعية يفرض على المؤسسة احترام الحقوق الاجتماعية والحقوق البيئية.

لذا على الإدارة العليا في المؤسسة أن تبرز دورها في تطبيق معايير الإدارة البيئية، وجعل البيئة أولوية والاهتمام بمتابعة المشكلات البيئية، وعلى عمال المؤسسة أن يكونوا على دراية بالآثار البيئية في المؤسسة، ومن خلال تتبعنا لأدبيات مبدأ المسؤولية الاجتماعية والبيئية للمنظمات نجد أنه هناك أبعاد للمسؤولية الاجتماعية تتجسد في :

- ضرورة الاستناد على مبادئ المنافسة والتطور التكنولوجي دون إلحاق ضرر بالمؤسسة والمجتمع (البعد الاقتصادي).

- ضرورة اعتماد المؤسسة على حماية البيئة والسلامة المهنية وحماية المستهلك من أجل الرقي بالمجتمع (البعد القانوني).

- ضرورة حماية البيئة والجوانب الأخلاقية واحترام العادات والتقاليد السائدة في المجتمع (البعد الأخلاقي).

- ضرورة الارتقاء بنوعية الحياة من خلال الذوق العام و النقل (البعد الخيري).

ومن أجل وضع إستراتيجية تنافسية وبيئية للمؤسسة يحتم عليها التوفيق بين التنمية الاقتصادية والاجتماعية ، والاستعمال الرشيد والمستديم للموارد الطبيعية ، وضرورة التخفيف والحد من التلوث والمخاطر والأضرار التي تهدد الصحة العمومية ، واتخاذ كافة التدابير لمعالجة المشاكل البيئية، وفي نفس الوقت على المؤسسة تعزيز قدرتها التنافسية من خلال رفع الإنتاجية وخفض التكاليف (كلما زادت الإنتاجية قلت التكاليف) ، تحقيق المزايا التسويقية (كلما اتبعت المؤسسة تكنولوجيا نظيفة كلما زادت قوتها السوقية) ، تحسين الأداء الإداري (القضاء على الخلافات في مواقف القائمين على المؤسسة اتجاه الرهانات البيئية التي تعد مصدرا للضغوطات الاجتماعية) ، تحليل الكفاءة البيئية (التركيز على خدمة العميل ، الجودة ، حدود الطاقات البيئية ، تجديد دورة الحياة.....) ، خفض الخسائر الاقتصادية وتحسين القدرة التنافسية (التخلي عن الدعم المالي الذي يشجع الاستخدام غير العقلاني للموارد ، وتحسين نوعية الخدمات).

يتضح مما سبق أن البعد البيئي يفرض نفسه كخيار استراتيجي للمؤسسة ، لذا يواجمنا إشكال كيف يمكننا دمج البعد البيئي في إستراتيجية المؤسسة الاجتماعية ؟

نحاول معالجته من خلال الوقوف عند النقطتين التاليتين :

أولا : المسؤولية الاجتماعية ودورها في تحقيق المركز التنافسي :

إن المؤسسة تنشط في إطار بيئة محيطة بتنا ، لذا يجب أن تشارك في التنمية الاقتصادية باستثماراتها وخلق مناصب شغل وخلق فرص لتحقيق الثروة ، وفي المقابل عليها أن تساهم في الإبداع والتطور التكنولوجي في استهلاكها للموارد الطبيعية وأن تحد من إنتاجها للنفايات .

لذا المسؤولية الاجتماعية للمؤسسة يجب أن توازن بين مبادئ التنمية المستدامة والاعتبارات الاقتصادية والاجتماعية والبيئية. فعلى المؤسسة ضمان ديمومة أنشطتها واستدامة عائدها وأرباحها، وضمان مناصب العمل للمساهمة في البناء الاجتماعي، والمحافظة على استغلال الموارد الطبيعية وحماية البيئة .

حيث يرى البعض¹ أن استغلال الموارد المالية والبشرية يتعلق بالجودة والتكنولوجيا والقدرة على خفض التكلفة والكفاءة السوقية والابتكار والتطوير ووفرة الموارد وامتلاك الموارد المؤهلة بشريا ، لذا يجب إن تقترن التنافسية بالقدرة على تحقيق منافع مضاعفة للمنتجات ليجذب الزبائن.

في حين يرى البعض² أن التنافسية تتمثل في الوسيلة التي تحقق التفوق التنافسي- في ميدان المنافسة مع الآخرين من خلال استحداث طرق إنتاجية خاصة وتفادي الطرق التي أصبحت معروفة بشكل واسع لدى المنافسين .

ومن ثمة أن التنافسية أو التفوق التنافسي ، هو تلك القدرة على تزويد المستهلك أو العميل بمنتجات وخدمات أكثر كفاءة وفعالية بشكل متميز مقارنة بالمنافسين الآخرين لزيادة الحصة السوقية وتعزيز المركز التنافسي- ، وأن تكون منتجات المؤسسات مراعية لرغبات المجتمع وغير ضارة بالصحة العمومية وملتزمة بالجودة ، من هنا يجب تغيير سياسة وإستراتيجية المؤسسة الهادفة لزيادة الأرباح وتوسيع الاستثمارات على حساب مطالب العمال والبيئة ، من هنا ألزمت المؤسسات بتكييف منتجاتها والمتطلبات الاجتماعية والبيئية كتحدي أمامها لزيادة تنافسيتها نحو التصدير ودخول الأسواق. فكلما ازداد اهتمام المؤسسة بالمجتمع من خلال توفير ظروف عمل لائقة وعدالة مهنية وتشاركية في اتخاذ القرارات كلما زادت ثقة العمال لديها وتحسن أدائهم المهني وظهرت المبادرات الإبداعية .

ذلك إن تغير البيئة الاقتصادية العالمية وانفتاح الأسواق لتصبح سوقا واحدا زاد من شدة المنافسة بين المؤسسات ، مما فرض عليها خلق عناصر مميزة للحفاظ على حصتها السوقية وضمان بقائها وديمومة نشاطها (الميزة التنافسية) .

ومنه يجب إن تكون المؤسسة قادرة على إنتاج سلع وخدمات بنوعية جيدة وبسعر مناسب يلبي حاجات المستهلكين³ قياسا على ربحيتها ومعدل نموها وإستراتيجية تلبية طلب السوق الخارجي.

حتى تتمتع المؤسسة بفوائد تنافسية وتميز عن منافسيها ، عليها أن تتبنى إستراتيجية قابلة للاستدامة عن طريق: - إعادة تصميم السلع بحيث تكون حساسة بيئيا أو تطوير سلع جديدة في هذا المجال .

¹ - جمال الدين مرسي وآخرون، التفكير الإستراتيجي والإدارة الإستراتيجية، منج تطبيقي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2002، ص 179.
² -الشيخ الداوي، عائشة شنتاحة، الالتزام بمعايير الإدارة البيئية نحو تحقيق الميزة التنافسية، ورقة بحثية مقدمة في الملتقى الدولي الثاني حول الأداء المتميز للمنظمات و الحكومات ، يومي 22-23 نوفمبر 2011 ، جامعة ورقلة . غير منشورة.

2- G.Garubaldi.Strategie concurrentielle choisir et gagner. Ed d'organisation. 1994 . page 95 .

³ - كمال رزيق، مسدور فارس، مفهوم التنافسية، ورقة مقدمة في الملتقى الدولي حول تنافسية المؤسسات الاقتصادية وتحولات المحيط، بسكرة 2010.

- الدخول إلى أسواق جديدة حساسة بيئياً .
- إعادة تصميم غلاف السلعة حتى يكون صديقاً للبيئة .
- التكامل بين الجهود البيئية ونشاطات الإعلان والترويج .
- ومن ثمة تقوم المؤسسة بتخفيض التكاليف عن طريق التحسين في العمليات الإنتاجية للمؤسسة الناتجة عن توفير الطاقة وعدم استنزاف الموارد وتخفيض التلوث والنفايات .
- إذ تعد القدرة التنافسية عاملاً هاماً في مدى استمرارية المؤسسة ونجاحها ، والسعي إلى إتباع إستراتيجية تنافسية في مجالات متنوعة .
- كما يجب على المؤسسة أن تركز على عوامل نجاحها¹ من خلال:
 - التركيز على الخدمات المقدمة للعملاء لا على المنتجات .
 - التركيز على الكيفية التي تليها المنتجات والخدمات الحاجات الحقيقية للأفراد (الجودة) .
 - القيام بالتحسينات اللازمة دون استنزاف للموارد .
 - التركيز على دورة الحياة بدراسة المنتج من التقديم إلى التقهقر .
- من ثمة على المؤسسات القيام بالتوفيق بين الأعمال التي تقوم بتا والبيئة الطبيعية ، لأن الخبرة السلعية والمالية والتسويقية ضرورية لتنفيذ إستراتيجية عامة للمؤسسة نحو توقع مسؤوليات جديدة².
- فعلى المؤسسة تحقيق إنتاجية أعلى وبنفايات منعدمة لمنتجات نظيفة ، وخفض إنتاج المواد السامة.
- وتجدر الإشارة إلى أن نشاط المؤسسة يساهم بشكل كبير في التنمية الاقتصادية من خلال استثماراتها وخلقتها لمناصب العمل وتحقيقها للثروة رغم استهلاكها للموارد الطبيعية وإنتاجها للنفايات، ومن ثمة عليها مسؤولية اجتماعية تجعل التنمية المستدامة إحدى فرص الاستثمار المعتمدة ضمن إستراتيجيتها ، وعليها أن توفق بين مبادئها وقيم التنمية ، مع النظر إلى هذه الأخيرة كأولوية تتطلع من خلالها لتوقعات الزبائن ، وفي ذات الوقت عليها أن تتأقلم مع المقاييس الجديدة ببعدها الاقتصادي والاجتماعي والبيئي .

¹ نجوى عبد الصمد، طلال محمد ماضي بطانية، الإدارة البيئية للمؤسسات الصناعية كمدخل حديث للتميز التنافسي، ورقة مقدمة في المنتدى الدولي حول الأداء المتميز للمنظمات و السلطات يومي 8-9 مارس 2005 ، جامعة ورقاة ، ص 85 .

² -رعد حسن الصرن ، نظم الإدارة البيئية و إيزو 14000، دار الرضا، دمشق 2001، ص 183 .

إذا ما تبنت المؤسسة هذا ، فإنها تحقق العديد من الفوائد ، من ذلك تحسين صورة المنظمة في المجتمع ، وترسيخ المظهر الإيجابي لدى زبائنها ، ويتحسن مناخ العمل داخلها وتتسع دائرة نشاطها ، مما يزيد من إنتاجيتها ، وبالتالي تكون قد حققت فوائد دون إلحاق أي ضرر بالمجتمع¹ وحققت تفوق تنافسي- عن طريق تحسين جودة منتجاتها ولقت قبول المستهلكين وحافظت على مكائنها لدى زبائنها الحاليين والمتوقعين .

ومنه تتصف العلاقة بين المسؤولية الاجتماعية وتحقيق المركز التنافسي- بالتعقيد والتداخل ، لأن متطلبات المسؤولية الاجتماعية يعد عبئا على تكاليف الإنتاج ويضر- بالميزة التنافسية للمنظمة ، وفي ذات الوقت أن المعايير البيئية والاجتماعية تعتبر آلية مفيدة لتحسين كفاية الإنتاج والحد من التأثيرات السلبية على المجتمع والبيئة².

فكلما كانت منتجات المؤسسة تلي رغبات المجتمع وغير ضارة بالصحة العامة وملزمة بشروط الجودة، كلما عزز ذلك إستراتيجية المؤسسة وحققت رضا المجتمع وتعاونوه وحقق استثمارها مردودا ناجعا وزادت مبيعاتها تحت غطاء محمي في الأسواق ، وفي المقابل تنجو من الإجراءات الحكومية التدخلية في أنشطتها أو من التشريعات المقيدة لحرية المنافسة .

ثانيا: التأهيل البيئي للمؤسسة

إن حماية البيئة فرضت نفسها كخيار استراتيجي لدى أي مؤسسة اقتصادية ، وحثم على هذه الأخيرة دمج النشاط الإنساني في النظام الطبيعي كي تضمن لنفسها ميزة تنافسية من خلال الفعالية البيئية ، لذا يتطلب منها فهم المشاكل البيئية التي تواجهها والتزامها بالقوانين والتشريعات البيئية وخفض تكاليفها والبحث عن أسواق جديدة حتى تحقق أكثر تنافسية لها .

كما أن احترام المعايير البيئية والمعايير الإنتاجية في ظل بيئة محمية باستخدام أساليب وقائية أو صديقة للبيئة يعد إستراتيجية تحقق كفاءة اقتصادية (تعظيم الإنتاج والسلع والخدمات) وكفاءة تسويقية (توسيع الحصص السوقية والنفوذ في الأسواق) .

¹ - عبد الغفور دادن،أ.حفصي رشيد، المؤسسة بين تحقيق التنافسية و محددات المسؤولية الاجتماعية و البيئية ، بحث منشور على شبكة

الانترنت ، ص 410 .

² - المرجع نفسه ، ص 414 .

ومن ثمة تأهيل المؤسسة الاجتماعية يشمل المؤسسة ومحيطها عن طريق مجموعة من الإجراءات والتدابير الهادفة لتحسين وترقية فعالية أداء المؤسسة على مستوى منافسيها في السوق ، والمبني على عمليات ذات طابع تكنولوجي ، تقني وتسييري حتى تتمتع المؤسسة بقدرة تنافسية من خلال منتجات نوعية وربحية¹ .

وعليه ظهر في هذا الصدد ما يسمى بالحكومة البيئية والاجتماعية للمؤسسات من خلال البحث في كيفية تعزيز وتحفيز الإدارة وزيادة كفاءتها المبنية على المبادئ الترشيدية والآليات الهادفة لتحسين نوعية الحياة بين حوكمة الكيانات الاقتصادية والحوكمة البيئية والاجتماعية² ، أي تلك القواعد والممارسات المرتبطة بإدارة البيئة من أجل حفظ وحماية واستغلال الموارد الطبيعية .

لذا تسمح المؤشرات البيئة والحوكمة للحكومات بمشاركة المؤسسات وإعطائهم دورا واسعا في الإدارة والتخطيط البيئي ، وتفعيل هذه المشاركة أثناء اتخاذ القرار وتنفيذه وصنع السياسة البيئية، مما يعني سلامة قرار يضمن حماية البيئة وسلامة الأفراد من خلال تقسيم الأدوار والمسؤولية بين الحكومة والمجتمع المدني والقطاع الخاص فيما يتعلق بإدارة الموارد الطبيعية وملكيته³ .

منه أن التأهيل البيئي للمؤسسة هو عملية شاملة ومتكاملة مستخلصة في إدراك المخاطر البيئية الناجمة عن النشاط الاقتصادي للمؤسسة بإتباع إجراءات وعمليات تقنية ، مالية ، تكنولوجية ، إدارية ، قانونية وتوعوية هادفة لتحقيق إنتاج نوعي ، واستغلال أمثل للموارد الطبيعية ، وكفاءة تسويقية وتحقيق ميزة تنافسية مع ضمان تنمية تحقق حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة .

لذا يجب على المؤسسة الاجتماعية أن تتحلّى بالثقافة البيئية⁴ ، وأن تبعد عن السلوك البيئي الدفاعي (عدم الاهتمام بالمعطيات البيئية واعتبار الاستثمار البيئي تكلفة غير مفيدة)، وأن تلتزم بالسلوك البيئي المساير(الامتثال للمعايير البيئية) وكذا بالسلوك البيئي الواعي (القيام إستباقيا بتحقيق الأهداف البيئية أعلى من المستوى الذي تحدده المعايير القانونية).

كما يجب على المؤسسة الاجتماعية أن تتبنى أساليب الإدارة البيئية من خلال العمل على الوقاية من التلوث من المصدر، ودراسة الوضعية البيئية للمؤسسة والاهتمام بها من خلال استخدام التكنولوجيات الأنظف

¹ - بن عطالله عائشة، التأهيل البيئي للمؤسسة الاقتصادية الجزائرية بين الحاجة والضرورة، ورقة مقدمة في الملتقى الدولي حول التأهيل البيئي للمؤسسة في اقتصاديات، دول شمال إفريقيا يومي 06-07 نوفمبر 2012، جامعة الأغواط، ص 4 .

⁹ - بن عطالله عائشة نقلا عن شيليا فرايزر، تطور البيئة في الحوكمة، بحث منشور على شبكة الانترنت، ص 05 .

¹⁰ - فريد كورتال، حوكمة الشركات، ورقة بحثية مقدمة في الملتقى الدولي حول منهج القادة والمدراء لتحقيق التنمية المستدامة في الوطن العربي يومي 15-16 أكتوبر 2008، جامعة دمشق، ص 05

¹¹ - محمد عادل عياض، دراسة نظرية لمحددات سلوك حماية البيئة في المؤسسة، مجلة الباحث، العدد السابع 2010، ص 88

والأكفأ ، واستهلاك الموارد الطبيعية والطاقة بشكل مستدام وعقلاني ، كما يجب عليها اعتماد معايير وآليات تحد من الغازات المنبعثة والملوثات وتحد من تدفق النفايات وتجعلها قابلة للتمتين .

كما يتطلب من المؤسسة توضيح المبادئ والأهداف المتعلقة بالأداء البيئي الشامل لها من خلال تحديد إطار عملها البيئي¹ (اعتماد سياسة بيئية من طرف إدارة المؤسسة) ، بحيث تلتزم إدارتها العليا باحترام البيئة في كل الأنشطة والعمليات الإنتاجية ، والقيام بالمراجعة البيئية الأولية لتحديد الوضعية الحالية للمؤسسة وتوثيق تلك العمليات .

خاتمة :

من خلال هذه الورقة تبين لنا أن اكتساب المؤسسة لمستوى من التميز والتفوق على غيرها من المؤسسات المنافسة مبني على منهج إدارتها في صنع القرار وطريقة دمجها الاعتبارات البيئية ضمن سياستها واستراتيجيتها .

كما اتضح بان المسؤولية الاجتماعية للمؤسسة طريقة يجب أن تعمل عليها هذه الأخيرة لدمج الاهتمامات والتضاي الاقتصادية والاجتماعية والبيئية في صنع القرار واستراتيجيات وسياسات وقيم وثقافة المؤسسة والعمليات والأنشطة داخلها بشفافية ومحاسبة كأهم الأدوات لتحقيق التنافسية .

وعليه أن الاهتمامات البيئية والاجتماعية وتحقيق التنمية المستدامة هي حلقة أصلية ووثيقة ضمن ممارسات وتطبيقات المسؤولية الاجتماعية في المؤسسة التي تتطلب وضع أنشطة بيئية تحافظ على نظم حياة البيئة ، وعليها السعي إلى نشر الثقافة البيئية لدى عمالها.

ومنه أن إدماج العنصر البيئي في إستراتيجية المؤسسة هو تفعيل لمبادئ التنمية المستدامة، لذا يجب دمج آليات البيئي ضمن إدارة أهداف المؤسسة الاجتماعية لتحقيق أهداف اقتصادية في ظل بيئة نظيفة مع الحفاظ على مكائنها السوقية دون إحداث أي مخاطر بسبب نشاطها أو أداؤها .

من خلال هذا ارتأينا توفر ما يلي :

- يجب اعتماد نظم إدارة بيئية فعالة .
- يجب اعتماد آليات استعمال التكنولوجيات المبتكرة في المجال البيئي التي تحد من كل أشكال التلوث.
- تشجيع المؤسسات الاقتصادية على الاستثمار في المشاريع الصديقة للبيئة .
- لا بد من نشر الوعي البيئي وإدراك المخاطر البيئية لدى الأفراد والمجتمع والمؤسسة .
- ضرورة التفكير في إقامة مجتمعات صناعية متوافقة بيئيا (مؤسسات تستخدم مخلفات بعضها البعض) .
- على المؤسسات الاعتماد في منتجاتها على العنونة البيئية وإدارة المخلفات أو النفايات .

¹² - خالد مصطفى قاسم ، الإدارة البيئية والتنمية المستدامة في ظل العولمة المعاصرة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية 2007 ، ص 295 .

مراعاة مصلحة المحضون في الفقه الإسلامي وبعض التشريعات العربية المقارنة*

Interests of Child Nursery in Islamic jurisprudence and some Comparative Arab Legislations.

د/ عماري براهيم، جامعة حسنية بن بوعلی، الشلف
و د/ رباحي أحمد، جامعة حسنية بن بوعلی، الشلف

الملخص

يتناول البحث بالدراسة مسألة مراعاة مصلحة المحضون في إسقاط وإسناد حق الحضانة في كل من الفقه الإسلامي وبعض التشريعات العربية. وهي قاعدة مطّردة في كل من النظامين يحكمها عنصران أساسيان؛ أولهما: تغليب المصلحة المعنوية على المصلحة المادية. والثاني: تحقيق الأمن والاستقرار النفسي والعاطفي للطفل. وهذا ما وُفقت فيه إلى حد بعيد أحكام الشريعة الإسلامية؛ فوضعت أولاً القيود والشروط في الحاضن، ثم أعطت للقاضي سلطة في تقدير مصلحة المحضون، حتى تضمن له حسن التربية والنشأة السليمة والمستقبل الذي لا يتأثر بالابتعاد عن أحد الوالدين أو كلاهما معاً.

ولم تُنشَد قوانين الأسرة العربية عن ذلك، حينما أكدت على الإشراف الفعلي للقضاء على حسن تطبيق الحضانة، مروراً بإسناد هذه الأخيرة إلى من تتوفر فيه الشروط الضرورية لممارستها وأخذاً بعين الاعتبار مصلحة المحضون التي يجب حمايتها؛ سواء ما تعلق منها بمدّة الحضانة أو مكانها أو تنظيم زيارة المحضون، هذا دون أن ننسى دور النيابة العامة التي أعطاهها المشرع العربي الصفة في تقديم جميع الطلبات إلى المحكمة للحفاظ على حقوق المحضون، بما في ذلك المطالبة بإسقاط الحضانة بناء على ما يصل إلى علمها من الأضرار التي قد يتعرض لها هذا الأخير، ومن هنا يتضح الدور المنوط للقضاء في حماية مصلحة المحضون، وذلك باتخاذ جميع الإجراءات الكفيلة بجعل المحضون يعيش في جو مناسب ممتعاً بالرعاية الكاملة و المستمرة إلى أن يبلغ كامل الأهلية.

الكلمات الدالة:

مصلحة المحضون؛ السلطة التقديرية؛ إسناد الحضانة؛ إسقاط الحضانة.

* تاريخ إيداع المقال: 2015/11/30

تاريخ تحكيم المقال: 2015/12/02

Abstract

The present research paper deals with the issue of the interest of the child in the rejection and assignment of the right to nursery in Islamic jurisprudence and some Arab legislation. A steady base in each of the two systems is that they are governed by two essential elements: first, giving priority to the moral interest on material interest and second to achieve psychological security and emotional stability of the child. In this respect, the Islamic religion succeeded to put restrictions and conditions that ensure a good education and a correct upbringing to the child so that his future would not be affected by the move away from one or both parents and it is the judge who has the authority of assessing the interests of the child.

There is in fact no exception in Arab family laws about the same matter, as they confirm the proper application of nursery through the attribution of the latter to those who have the necessary conditions to take into account the child's interest to be protected. Furthermore, the public prosecutor plays an invaluable role in protecting the child and preserving his rights for a comfortable and enjoyable life until they reach full capacity.

Key words:

Interests of Child Nursery- Discretion- Assigning Nursery- Rejecting Nursery.

مقدمة

إذا كان الأصل في الزواج السكينة في الأسرة واستمرار مودتها، فإنه قد يطرأ ما يكدر صفوها وتنفصم عُراها، بنشوب خلافات بين الزوجين، والتي شرع الله سبحانه وتعالى الطلاق كعلاج لها حينما تغشل سبل المعالجة؛ والطفل في الواقع هو الحلقة الأضعف في عملية الطلاق، حيث يقع تحت تأثير الصراع بين الزوج والزوجة وكلاهما يبحث عن الفوز بحضانته.

والأحكام الشرعية المتعلقة بالحضانة مظهر واضح، ودليل قاطع على عناية الشريعة الإسلامية بالطفولة، بحيث يكفل للطفل منذ نعومة أظفاره التربية الجسمية والصحية والخلقية على الوجه الأكمل السليم.

فالإنسان في طفولته بحاجة ماسة إلى من يعتني به، ويقوم بأمره حفظاً وتربية، وبكل ما يلزمه في حياته ومعاشه ورعاية مصالحه، والأبوان هما أقرب الناس إليه، أكثرهم شفقة عليه، وأحسنهم رعاية لمصالحه، وهما مسؤولان عنه أمام الله عزَّ وجلَّ، ثم أمام المجتمع الذي يعتبر الإنسان أهم وأثمن شيء فيه، وهما المدرسة الأولى التي تدزج فيها الطفولة، وتكبر وتترعرع، ففي الحديث الشريف: "كل إنسان تلده أمُّه على الفطرة، فأبواه يهودانه، أو يُنصرانه أو يُمجسانه" أخرجه مسلم، وفي الصحيحين أنّ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عُمَرَ، قَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ

عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَثُولُ: "كُلُّكُمْ رَاعٍ، وَكُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، الْإِمَامُ رَاعٍ وَمَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، وَالرَّجُلُ رَاعٍ فِي أَهْلِهِ وَهُوَ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ، وَالْمَرْأَةُ رَاعِيَةٌ فِي بَيْتِ زَوْجِهَا وَمَسْئُولَةٌ عَنْ رَعِيَّتِهَا، وَالْحَادِمُ رَاعٍ فِي مَالِ سَيِّدِهِ وَمَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ".

كما تعهدت جلّ التشريعات الوضعية بعدد من الأحكام تتعلق بمصير الولد وحياته؛ بل إن الأمر تطور إلى إبرام اتفاقيات دولية من أجل هذا الغرض، فقد حثت اتفاقية حقوق الطفل في المادة الثالثة منها جميع الدول، والمؤسسات والهيئات التشريعية والقضائية على أن يعطى الاعتبار الأول، لمصالح الطفل الفضلى في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال.

وبما أن نسب الطلاق ارتفعت في السنوات الأخيرة فإن الخلافات حول الحضانة أصبحت أكثر صعوبة من الطلاق نفسه؛ لأن عاطفتي الأبوة والأمومة تبقى أقوى من الزواج، لهذا تحتاج حضانة الطفل إلى اتفاق بين المطلقين وإلى تقديم مصلحة الأولاد على خلافتهما، هذه المصلحة تكون فيصلاً في إسناد أو إسقاط حق الحضانة. ومن خلال هذه الدراسة سنحاول إبراز مصلحة المحضون ومدى مراعاتها في الشريعة الإسلامية وبعض التشريعات العربية، ومدى توفيق النظامين في تحقيق هذه الغاية المنشودة؟.

المطلب الأول: مفهوم الحضانة في الفقه والقانون

من خلال هذا المطلب يحسن بنا بداية تعريف الحضانة (الفرع الأول)، وبيان حكمها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الحضانة

سننتولى تباعاً تعريف الحضانة لغة (لغة)، واصطلاحاً (ثانياً)، ولدى بعض التشريعات العربية (ثالثاً).

أولاً- في اللغة:

الحضانة -بفتح الحاء وكسرهما- مصدر سماعي للفعل حضن، يقال: حضن الطائر بيضه حضناً؛ أي ضمه تحت جناحه، والحضانة اسم منه. فالحضانة مشتقة من الحضن، وهو ما دون الإبط إلى الكشح¹، وقيل هو الصدر والعضدان وما بينهما، ومنه الاحتضان: احتمالك بالشيء وجعله في حضنك كما تحضن المرأة ولدها فتحمله في أحد شقيها. والحاضن: اسم فاعل، والحاضنة: الموكلة بالصبي تحفظه و تربيته².

1- الكشح هو ما بين الخاصرة إلى الضلع الخلفي، والخصر وسط الإنسان. يراجع: الرازي، مختار الصحاح، مادة (كشح)، المطبعة الأميرية ببولاق، مصر، ج1/270.

2- انظر: الفيومي، المصباح المنير، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، 1987م، ج1/140. والزبيدي، تاج العروس، دار الهداية، الكويت، ج34/445.

ثانيا- في الاصطلاح الفقهي:

تعدد تعريف الحضانة عند أصحاب المذاهب المختلفة، لكن هذا التعدد لم يؤثر على اتفاق هذه المذاهب على المعنى العام للحضانة.

فقد عرّف الحنفية الحضانة بأنها تربية الولد لمن له حق الحضانة¹.

وعرّفها المالكية بأنها حفظ الولد والقيام بمصالحه². وفي تعريف آخر عندهم هي حفظ الولد والقيام بمؤنته ومصالحه إلى أن يستغني عنها بالبلوغ أو يدخل بزوجه³.

أما الشافعية فقد عرّفوا الحضانة بأنها القيام بحفظ من لا يميز ولا يستقل بأمره وتربيته بما يصلحه ووقايته عما يؤذيه⁴.

وفي تعريف مفسر آخر قالوا بأنها القيام بحفظ من لا يستقل بأمر نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كطفل وكبير ومجنون وتربيته⁵.

أما الحنابلة فقد عرّفوا الحضانة بأنها حفظ الصغير ونحوه عما يضره، وتربيته بعمل مصالحه⁶.

ويلاحظ من خلال التعريفات السابقة أن معنى الحضانة يدور حول حفظ الصغير ورعايته حتى يصل إلى مرحلة اعتماده على نفسه.

إلا أنه يُلاحظ أيضاً أن الشافعية والحنابلة قد توسعوا في تعريفهم للحضانة لتشمل بالإضافة إلى الصغار الكبار العاجزين عن القيام بشؤونهم كالمجانين ونحوهم.

ثالثا- في التشريعات العربية:

من خلال تتبع تعريف الحضانة في التشريعات العربية نجد أنها لا تختلف كثيراً عما ورد في كتب الفقه الإسلامي، حيث أن المفهوم واحد؛ ذلك لأن الحضانة مما يتفق في مفهومها غالباً، لكونها من الضروريات في رعاية الأولاد والحفاظ عليهم.

ففي قانون الأسرة الجزائري جرى تعريفها في المادة 62 بأنها: "الحضانة هي رعاية الولد والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته و حفظه صحة وخلقاً".

3- ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، مصر، ط2، 1386هـ-1966م، ج3/555.

4- الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك، خرج أحاديثه: مصطفى كمال وصفي، دار المعارف، القاهرة، مصر، 1392هـ-1972م، ج2/526.

5- الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك، مطبعة عيسى البابي الحلبي، بيروت، لبنان، ط2، ج2/205.

6- النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط3، 1412هـ-1991م، ج9/98.

7- الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ج3/452.

8- البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستتفع في اختصار المقنع، تحقيق: سعيد الحام، مكة المكرمة، المكتبة التجارية، ص409.

وفي المادة 163 من مدونة الأسرة المغربية عرفت بأنها: "الحضانة حفظ الولد مما قد يضره، والقيام بتربيته ومصالحه". وجاء تعريفها في الفصل 54 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية ما نصه: "الحضانة حفظ الولد في ميته والقيام بتربيته".

كما عرفتها المادة 142 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي بأنها: "الحضانة حفظ الولد وتربيته ورعايته بما لا يتعارض مع حق الولي في الولاية على النفس".

وفيما سبق عرضه من التعاريف اللغوية والفقهية والقانونية للحضانة، نجد أن معناها أخذ عدة صور وهي: التربية، والولاية، والتكليف بالحفظ والرعاية. ولكل لفظ دلالة وما يترتب عليها، والأخذ بواحد منها قد لا يفي بالمعنى الكامل للحضانة.

الفرع الثاني: حكم الحضانة

اختلف الفقهاء¹ في كون الحضانة حق أم واجب، وقد رتب هذا الخلاف آثار وأحكام على كل منها؛ فلو اعتبرنا الحضانة واجب، فإنه لن يستطيع الحاضن التخلي عن واجبه اتجاه المحضون، حيث أن الواجب لا يسقط إلا بالأداء، ولو اعتبرنا بأن الحضانة حق، فإنه يمكن للحاضن إسقاط حقه بالحضانة أو التنازل عنه. والأوفق في نظرنا أن حكم الحضانة أنه واجب؛ لأن المحضون يهلك بتركها.

والصحيح في المسألة والذي عليه المحققون أن الحضانة تشمل أموراً ثلاثة: فهي حق لله تعالى؛ باعتبارها ضرورة لحفظ الأنفس وصيانتها تحقيقاً للمصلحة الاجتماعية، وهي حق للحضانة؛ لأن الأم أحق بإرضاع ولدها وأكثر شفقة وحناناً عليه، وهي حق للمحضون؛ لأنه يهلك بتركها ويضيع، ولكن حق الولد أقوى من حق الحاضنة، لذلك فإنها تتم بإشراف القاضي².

⁹ - لقد اختلف الفقهاء في حق الحضانة على أربعة أقوال:

القول الأول: إن الحضانة حق للحاضن والمحضون معاً، على سبيل الاشتراك، وعند تعارض الحقين، فإن حق المحضون أقوى وأولى بالاعتبار، فإذا تعينت الحاضنة للحضانة أجبرت عليها مراعاة لحق الصغير ومصالحته. وهو قول بعض الحنفية وعليه الفتوى، وبعض المالكية، وابن القيم من الحنابلة. القول الثاني: الحضانة حق للحاضنة فلا تجبر عليه، فهي بهذا حق خاص يسقط بالإسقاط. وهو ما ذهب إليه بعض الحنفية والمشهور عند المالكية، وهو المعتمد عند الشافعية إلا إذا تعينت للحضانة، وهذا القول هو المشهور عند الحنابلة. القول الثالث: إن الحضانة حق للمحضون، فتجبر الحاضنة عليه، ولا تسقط الحضانة بإسقاط الحاضن إلا لعذر. وهو ما ذهب إليه بعض الحنفية، وهو قول عند المالكية، وبعض الشافعية.

القول الرابع: الحضانة حق لله تعالى، وعليه فلا تسقط الحضانة بإرادة الحاضن أو إرادة المحضون، فلا بد من قيام الحضانة لمن هو في حاجة إليها، ويجب على المجتمع كفالة الطفل عند عدم وجود الحاضنة أو الولي الذي يولى ذلك. وهذا القول ذهب إليه بعض الفقهاء من الإباضية، والمالكية.

¹ - عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية وفقاً لأحدث التعديلات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009م، ص 254.

ويترتب على كون الحضانة حق للصغير ما يلي¹:

- لا يجوز لأم المحضون التي تستحق حضانتها أن تصالح أباه على إسقاط حقها في حضانتها له في مقابل بدل تأخذ منه؛ لأنها بذلك تفوت حق الصغير، وهي لا تملك إسقاط حقه، فلو فعلت ذلك لا يصح الصلح، ولا تستحق البديل الذي اصطلحت عليه،

- لو خالعت أمه أباه على أن تترك حقها في حضانة الصغير مدة الحضانة فإن الخلع يصح، ولكن يبطل البديل؛ لأنها بذلك فوتت حق الصغير وهي لا تملك ذلك،

- إذا امتنعت الحاضنة عن حضانة الصغير ولم تستكمل شروط الحضانة في غيرها فإنه لا يجوز لها أن تمتنع عن حضانتها، وإن امتنعت أجبرت على ذلك، محافظة على مصلحة الصغير.

ويترتب على أن الحضانة حق للحاضنة² ما يلي:

- لو كان للصغير مرضعة غير التي تحضنه، فإنه يجب على المرضعة أن تقوم بإرضاعه في منزل الحضانة حتى لا يفوت عليها حقها في حضانتها،

- ليس للأب حق في أن ينتزع الصغير من يد حاضنته المستكملة لشروط الحضانة، ليدفعه إلى من هي دونها في الدرجة؛ لأن في ذلك تفويت لحق الحاضنة،

- لا يجوز لأب الصغير أن ينقله من البلد الذي تقيم فيه حاضنته؛ لأنه إن فعل ذلك فقد ضيع عليها حقها.

وفيما يخص موقف التشريعات العربية من هذه المسألة؛ نجد أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 64 اعتبر الحضانة حقاً للأُم لكونها أقدر وأصبر من الرجال على تربية الطفل والعناية به.

إلا أن قانون الأسرة الجزائري كما أجاز للحاضن التنازل عن الحضانة بموجب المادة 66 فاعتبرها من هذا الوجه حقاً له، من جانب آخر قيد هذا الحق بعدم الإضرار بالمحضون فاعتبرها بذلك حقاً لهذا الأخير³.

أما المدونة المغربية؛ فاعتبرت الحضانة واجباً مشتركاً على الأبوين في حال قيام الحياة الزوجية بينهما، أما إذا حدثت الفقرة فإن الحضانة تصبح حقاً من حقوق الأم، وهي مقدمة في هذا الحق على غيرها، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من الفصل 99 والذي جاء فيه: "الحضانة من واجبات الأبوين ما دامت الزوجية قائمة بينهما، فإذا انفكت فالأم أولى بحضانة ولدها من غيرها".

وفي المجلة التونسية؛ تعتبر الحضانة حق للأُم، فلا يمكن إجبارها على استعمال هذا الحق.

² - محمد محي الدين، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مكتبة محمد علي صبيح وأولاده، مصر، ط3، 1966م، ص 412. ومحمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، ط3، 1957م، ص ص482-483.

² - محمد محي الدين، الأحوال الشخصية، م س، ص 412.

³ - بلقاسم أعراب، مستطعات الحضانة في قانون الأسرة الجزائري والفقہ الإسلامي المقارن (دراسة تأصيلية). المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد الأول، ص 144.

إلا أن المشرع التونسي استثنى من هذا الأصل الحالة التي يتعين فيها على الأم حضانة الصغير، وهي حالة عدم وجود حاضنة غير الأم تتولى أمور الحضانة، وهذه الأحكام جاء بها الفصل 55 والذي ينص على أنه: "إذا امتنعت الحاضنة من الحضانة لا تجبر عليها إلا إذا لم يوجد غيرها".

وفي القانون المصري تعتبر الحضانة حق للأم، وهو ما نصت عليه في المادة 20 والتي جاء فيها: "...يثبت الحق في الحضانة للأم ثم للمحارم من النساء". وهذا الحق يثبت للأم حال قيام الزوجية وبعد الفرقة حتى يستغني الصغير عن حضانة النساء.

وإذا كان القانون المصري قد اعتبر الحضانة حق للأم فإن العمل في القضاء المصري جرى على أن الأم ليست هي صاحبة الحق الوحيد فيها، وإنما هناك ثلاثة حقوق في الحضانة بعضها أقوى في الوجوب والرعاية من البعض الآخر، وهذه الحقوق هي حق الأم، وحق الصغير وحق الأب، وهذه الحقوق متى ما أمكن التوفيق بينها صير إليه والا فحق الصغير أولى بالرعاية والاعتبار فيقدم عليها جميعاً.

وبهذه النصوص تتفق قوانين الأسرة فيما بينها على أن الحضانة بالنسبة للأم مما يشترك فيها الحق والواجب؛ فهي حق لها إذا لم تتعين لها، وهي واجب عليها عند تعينها، أما بالنسبة للصغير فالحضانة حق خالص له.

المطلب الثاني: شروط الحضانة ومسقطاتها في الفقه والقانون

سنبين من خلال هذا المطلب شروط الحضانة (الفرع الأول)، ثم نتحدث عن مسقطات الحضانة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شروط استحقاق الحضانة

الحضانة من الولاية والغرض منها صيانة المحضون ورعايته، وهذا لا يتأني إلا إذا كان الحاضن أهلاً لذلك؛ ولهذا يشترط الفقهاء شروطاً خاصة لا تثبت الحضانة إلا لمن توفرت فيه وهي أنواع ثلاثة: شروط عامة، وشروط خاصة بالرجال، وشروط خاص بالنساء.

أولاً- الشروط العامة: (وهي خاصة بالرجال والنساء)

1- الإسلام: وذلك إذا كان المحضون مسلماً؛ إذ لا ولاية للكافر على المسلم، وللخشية على المحضون من الفتنة في دينه. وهذا شرط عند الشافعية، والحنابلة، وبعض فقهاء المالكية، ومثله مذهب الحنفية بالنسبة للحاضن الذكر. أما عند المالكية في المشهور عندهم، وعند الحنفية بالنسبة للحاضنة الأنثى فلا يشترط الإسلام إلا أن تكون المرأة مرتدة؛ لأنها تجس وتضرب -كما يقول الأحناف- فلا تتفرغ للحضانة.

أما غير المسلمة -كتايبه كانت أو مجوسية- فهي كالمسلمة في ثبوت حق الحضانة، قال الحنفية: ما لم يعقل المحضون الدين، أو يخشى أن يألف الكفر فإنه حينئذ ينزع منها، ويضم إلى أناس من المسلمين. لكن عند المالكية إن خيف عليه فلا ينزع منها، وإنما تضم الحضانة لغير مسلمين ليكونوا رقباء عليها¹.

2- البلوغ والعقل: فلا تثبت الحضانة لطفل ولا لمجنون أو معتوه؛ لأن هؤلاء عاجزون عن إدارة أمورهم وفي حاجة لمن يحضنهم، فلا توكل إليهم حضانة غيرهم بالأولى.

والفقهاء وإن اختلفوا في الصغير؛ إلا أن الراجح هو القول بأن البلوغ شرط لتولي الحضانة وهو قول الجمهور؛ حيث إن الحضانة ولاية نظر، وهي منوطة بمصلحة الصغير، ولا تتحقق مصلحة الصغير بحضانة صغير مثله².

هذا وقد اشترط المالكية في استحقاق الحضانة الرشد مع العقل، فإذا كان الحاضن سفيهاً في عقله، أو في المال فلا أحقية له في الحضانة؛ لئلا يتلف مال المحضون، إلا إذا كان السفيه له ولي يقوم عليه، فلا يسقط حقه في الحضانة، و هنا يتولى السفيه صيانة المحضون³.

3- الأمانة في الدين: ومدارها تحقيق مصلحة المحضون، فأمانة الحاضن تقتضي- أن يقوم الحاضن برعاية المحضون رعاية تامة، فلا ينشغل عنه كي لا يضيع الولد، وتكون تربيته على الصلاح والدين، فلا حضانة لفاسق؛ لأن الفاسق لا يؤتمن، والمراد هنا الفسق الذي يضيع المحضون به، كالاشتهار بالشرب، والسرقه، والزنا، واللهو المحرم، أما مستور الحال فتثبت له الحضانة.

والحاصل في كل هذا هو التفرقة بين الفسق المضر- بمصلحة الطفل والفسق غير المضر، فالفسق الذي يضر- بمصلحة المحضون يعد مانعاً من الحضانة، وهو قول الحنفية⁴ وهو الأولى بالأخذ؛ ويعمل بهذا القول عند تعدد مستحقي الحضانة إن كانوا في الدرجة نفسها، فإنهم يقدم من هو أصلح بينهم. وكذلك عند اختلاف الأم والأب على الحضانة، فيختار القاضي للحضانة من تتحقق به مصلحة المحضون. أما إذا كان الحاضن للطفل لأبيه، أو

¹ ابن عابدين، حاشية رد المحتار، م س، ج3/555-556. وحاشية الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، مصر، ج2/529. والأزهري، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، تحقيق: محمد عبد العزيز الخالقي، دار الكتب العلمية، ط1، 1997م، ج1/409. والشرييني، مغني المحتاج، م س، ج3/455. والبهوتي، كشاف الفتاوى عن متن الإقناع، مراجعة وتعليق: هلال مصيلحي هلال، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1402هـ-1982م، ج5/498.

² رشدي شحاتة أبو زيد، شروط ثبوت حق الحضانة في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية، مكتبة الوفاء القانونية، ط1، 2012م، ص167.

³ ميارة، الإلتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام، دار المعرفة، 2010، ج1/273-274.

⁴ العلاء الحصكفي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ومعه الدر المنتقى، دار الكتب العلمية، ط1، ج1/480. وابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط2، ج4/181.

أحدهما ولا يوجد نزاع بينها فيترك عنده، ولو كان فاسقاً، فهنا الأخذ بقول ابن القيم بعدم اشتراط الأمانة أولى¹.

4- القدرة على القيام بشأن المحضون: فلا حضانة لمن كان عاجزاً عن ذلك، لكبر سن، أو مرض يعوق عن ذلك، أو عاهة كالعمى والحرس والصمم، أو كانت الحضانة تخرج كثيراً لعمل أو غيره وتترك الولد ضائعاً، فكل هؤلاء لا حضانة لهم إلا إذا كان لديهم من يعني بالمحضون ويقوم على شؤونه، فحينئذ لا تسقط حضانتهم².

5- أمن المكان: بالنسبة للمحضون الذي بلغ سنّاً يحشى - عليه فيه فساد أو ضياع ماله فلا حضانة لمن يعيش في مكان مخوف يطرقه المفسدون والعاثون. وقد صرح بهذا الشرط المالكية -وسياقي بيان هذا الشرط بشيء من التفصيل لاحقاً³.

ثانياً- الشروط الخاصة بالرجال:

إذا كان المستحق للحضانة رجلاً، فإنه يشترط فيه شروطاً خاصة بالإضافة إلى الشروط العامة التي سبق ذكرها، وهذه الشروط هي:

1- أن يكون محرماً للمحضون إذا كان أثنى: إذا كان المحضون ذكراً فلا يشترط هذا الشرط، أما إذا كان الحاضن رجلاً و المحضون أثنى، فلا بد أن تفرق بين حالتين:

الأولى: إذا كانت المحضونة صغيرة غير مشتهة وهي ما دون السابعة، فقد ذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة، وبعض الأحناف⁴ إلى أنه لا يشترط في هذه الحالة أن يكون الحاضن ذا رحم محرّم من الصغيرة. بينما ذهب بعض الأحناف، وهو وجه عند الشافعية⁵ إلى اشتراط أن يكون الحاضن ذا رحم دون نظر إلى سن الصغيرة؛ حتى ولو كانت غير مشتهة، وذلك سداً للذريعة الفتننة.

¹ - ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط27، 1994م، ج412/5.

¹ - ابن عابدين، حاشية رد المحتار، م س، ج 555/2. والدسوقي، الحاشية، م س، ج528/2. والشرييني، مغني المحتاج، م س، ج 465/3. وزكريا بن محمد بن زكريا الأضاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي، ج3/448. واليهوتي، كشف القناع، م س، ج499/5.

² - الدسوقي، الحاشية، م س، ج528/2. والأزهري، جواهر الإكليل، م س، ج409/1.

⁴ - الدسوقي، الحاشية، م س، ج529/2. والشرييني، نهاية المحتاج، م س، ج228/7، واليهوتي، شرح منتهى الإرادات، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ج3/250.

⁵ - ابن الهمام، فتح القدير، خرج أحاديثه: عبد الرزاق المهدي، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1415هـ-1995م. والشرييني، نهاية المحتاج، م س، ج227/7.

الثانية: إذا كانت الصغيرة مشتبهة أو مطيقة للوطء، كأن تكون في السابعة فأكثر كما نص الحنابلة¹؛ فالفقهاء على أنه يشترط في الحاضن أن يكون ذا رحم محرم منها، فإذا لم يكن العاصب أو طالب الحضانة محرماً منها فإنه لا حضانة له عليها؛ وذلك حذراً من الخلوة، ودرءاً للفتنة، ومن ثم فلا تسلم الصغيرة إليه².

2- أن يكون عند الرجل الحاضن من يصلح للحضانة من النساء: وهذا الشرط ذكره المالكية، فألزموا الحاضن الذكر كالأب وغيره أن يكون عنده من يصلح للحضانة من النساء كزوجة، أو أم، أو خالة، أو عممة، أو خادمة، أو متبرعة؛ لأن الرجل لا يقدر على تحمل رعاية الأطفال كما تقوم به النساء، فإن لم يكن عند الرجل الحاضن من النساء من تقدر على القيام بحق الحضانة للصغير، فلا حق له في الحضانة³.

ثالثاً- الشرط الخاص بالنساء:

وهو خلو الحضانة من زوج أجنبي عن المحضون؛ وهذا الشرط سواء كانت الحضانة أمماً، أم غيرها، فإذا تزوجت الحضانة بأجنبي عن المحضون فلا حق لها في الحضانة، ويجد هذا الشرط أساسه في حديث الرسول- صلى الله عليه وسلم-، فقد روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: "أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم- أنت أحق به ما لم تنكحي".

ويسقط هذا الحق على الرأي الرابع⁴ بزواجهما من أجنبي عن المحضون، لكن إن تزوجت بذوي رحم محرم، أو ذا نسب من المحضون فإن الحضانة لا تسقط. والواجب على القاضي أن يتحرى مصلحة المحضون، فقد تكون زوجة أبيه تعامله معاملة سيئة، بينما زوج الأم يكون أرفق به، فهنا تكون مصلحة الولد العيش مع أمه.

وقد حذت التشريعات العربية حذو فقهاء الشريعة في ذكر شروط الحضانة، وإن اختلفت في بعضها؛ فاتفقوا على البلوغ، والعقل، والأمانة، والقدرة على تربية المحضون وصيانتهم، كما اتفقوا على شرط أن لا تكون الحضانة متزوجة بأجنبي عن المحضون.

ومن هذا الموقف يظهر أن التشريعات العربية قد راعت مصلحة المحضون أو الصغير بوضع القيود التي تضمن له حسن التربية، والنشأة السليمة، والمستقبل الندي لا يتأثر بالابتعاد عن أحد الوالدين أو كليهما معاً. ويضع القانون الحلول البديلة لكل حالة على حدة، ويسمح بتقديم أحد الوالدين لطلب ضم الصغير إلى حضائته إذا كانت شروط الحضانة لا تتوافر في الطرف الآخر، وحتى يوجد مجال للتراجع عن طلب التنازل عن الحضانة إذا تقدم بها أحد الوالدين، والمهم في كل ذلك هو المصلحة التي تقتضيها تربية الصغير.

¹ - البهوتي، كشاف القناع، م س، ج 497/5.

² - الدسوقي، الحاشية، م س، ج 529/2. والشريبي، نهاية المحتاج، م س، ج 228/7.

³ - الدسوقي، الحاشية، م س، ج 529/2.

⁴ - ابن الهمام، فتح القدير، م س، ج 370/4. والدسوقي، الحاشية، م س، ج 529-530. والشريبي، نهاية المحتاج، م س، ج 230/7. والبهوتي، كشاف القناع، م س، ج 499/5.

الفرع الثاني: مستقطات الحضانة

الحضانة حق مقرر لصغير أولا وبالذات، كما هي من حق الحاضن، وممّر معنا ذكر الشروط الواجب توفرها في الحاضن، ومعلوم أنه: "إذا انتفى الشرط انتفى المشروط"، فإذا اختل واحد من الشروط المطلوبة لأهلية الحضانة، سقط حق الحضانة الذي كان مقررا للحاضن، كما لو جُنّت، أو ثبت عدم أمانتها، أو عدم قدرتها على صيانة المحضون، صحة وخلقا، أو تزوجت من غير ذي رحم محرم من المحضون، أو لم يعد لدى الرجل الحاضن من يستطيع القيام بخدمة الصغير، أو الصغيرة من النساء الصالحات لذلك، أو انتقلت الحاضن إلى بلد غير بلد ولي المحضون، بحيث يعسر على الولي القيام بواجبات الولاية على الطفل المحضون؛ إذ إن حق الحضانة لا يصح أن يتعارض مع حق الولاية.

ومعلوم أن "العلة تدور مع المعلول وجودا وعدما"، فإذا سقط حق الحضانة لسبب من الأسباب المشار إليها آنفا، فإنه يعود حق الحضانة بزوال ذلك السبب المانع، ولا يقال هنا: "إن الساقط لا يعود"¹؛ لأن حق الحضانة مما يتجدد يوما بعد يوم، فالأم مثلا: إذا تزوجت من أجنبي عن المحضون سقطت حضانتها، فإذا طُلق منه وبانت، أو مات عنها، عاد إليها حقها في الحضانة، وهذا هو قول الجمهور الذي عليه العمل في التشريعات العربية، وفرّق المالكية بين أن يكون المانع من الحضانة اضطراريا أو اختياريا، كالمرض مثلا، فإن حق الحضانة يعود إذا حصل الشفاء. وأما إذا كان المانع من الحضانة اختياريا، كما لو تزوجت الحاضنة عن أجنبي عن المحضون، فإن حق الحضانة لا يعود إليها عند المالكية- لو حصلت الفرقة بينها وبين ذلك الزوج.²

المطلب الثالث: دور الفقه والقضاء في حماية مصلحة المحضون

إن المنتبج لكتب الفقهاء يجد أنهم أولوا أهمية بالغة لمراعاة القاضي -أو المفتي- موضوع الحضانة ومن يصلح لها؛ يقول ابن عابدين في حاشيته: "ينبغي للمفتي أن يكون ذا بصيرة يراعي الأصلحة للولد، فإنه قد يكون له قريب مبغض له يتمنى موته، ويكون زوج أمه مشفقاً عليه يعز عليه فراقه، فيريد قريبه أخذه منها ليؤذيه ويؤذيها أو ليأكل من نفقته أو نحو ذلك، وقد يكون له زوجة تؤذيه أضعاف ما يؤذيه زوج أمه الأجنبي، وقد يكون له أولاد يخشى على البنت منهم الفتنة لسكنائها معهم، فإذا علم المفتي أو القاضي شيئا من ذلك فلا يحل نزع من أمه لأن مدار أمر الحضانة على نفع الولد"³.

²- أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية تحقيق: عبد الستار أبو غدة، ومصطفى أحمد الزرقا، ط2، 1989م، ص265.

²- محمد الشّماع، المفيد من الأبحاث في أحكام الزواج والطلاق والميراث، دار القلم، دمشق، سوريا، ط1، 1995م، ص184-185.

³- ابن عابدين، الحاشية، م س، ج3/555.

كما جاء في الأحوال الشخصية للدكتور عبد الرحمن الصابوني: "والخلاصة فإن القاضي ينظر بما فيه مصلحة المحضون بصرف النظر عن كون الحاضنة متزوجة بأجنبي أو لا. وهذا الذي نرجحه حرصاً على ضمان رعاية وتربية الطفل في جو تسوده المحبة والألفة والشفقة"¹.

وفيما يخص التشريعات العربية؛ نجد أن قوانين الأسرة تؤكد ضرورة الإشراف الفعلي للقضاء على حسن تطبيق الحضانة، مروراً بإسناد هذه الأخيرة إلى من تتوفر فيه الشروط الضرورية لممارستها، وأخذاً بعين الاعتبار مصلحة المحضون التي يجب حمايتها، خاصة في غياب الأبوين، كما يمكن للقضاء أن يعيد النظر في إسناد الحضانة إذا كان ذلك في مصلحة المحضون، هذا دون أن ننسى دور النيابة العامة التي أعطتها المشرع العربي الصفة في تقديم جميع الطلبات إلى المحكمة للحفاظ على حقوق المحضون، بما في ذلك المطالبة بإسقاط الحضانة، بناء على ما يصل إلى علمها من الأضرار التي قد يتعرض لها هذا الأخير، ومن هنا يتضح الدور المنوط للقضاء في حماية مصلحة المحضون، وذلك باتخاذ جميع الإجراءات الكفيلة بجعل المحضون يعيش في جو مناسب متمتعاً بالرعاية الكاملة، والمستمرة إلى أن يبلغ كامل الأهلية.

وسنحاول في هذا المطلب إلقاء الضوء على بعض أحكام الحضانة ومدى مراعاة الفقه والقانون لمصلحة المحضون.

الفرع الأول: مراعاة مصلحة المحضون في مدة الحضانة

مدة الحضانة هي المدة التي يتعين على الحاضن التفرغ فيها من أجل رعاية وتربية المحضون والقيام بمسؤولياته؛ ولم يوجد نص ثابت سواء في القرآن الكريم، أم السنة النبوية يحدد السن التي تنتهي عندها حضانة الأم لأبنائها، إنما جعل سن الحضانة مرتبط بمصلحة المحضون؛ سواء كان ذكراً، أم أنثى، وقد تطول هذه المدة أو تقصر حسب ما يرى القاضي في كل حالة على حدة.

وتحديد السن المرتبطة بها مصلحة المحضون قد تختلف من عصر إلى آخر، بل ومن بيئة إلى أخرى، ولهذا فإن كل ما صدر من آراء فقهية -كما سيأتي معنا- نابع من اجتهادات الفقهاء، الذين أجمعوا على أن الحضانة في أصل الشريعة هي ولاية للتربية، هدفها الاهتمام بالطفل الصغير، وضمان رعايته، والقيام على شؤونه في الفترة الأولى من حياته التي لا يستغني فيها عن عناية النساء من لهن الحق في تربيته. واختلف الفقهاء في مدة الحضانة على عدة آراء نوجزها فيما يلي:

الرأي الأول: وهو رأي الحنفية؛ حيث رأوا أن حضانة الولد تنتهي ببلوغه سن التمييز، وهو سبع سنين على الأشهر وقدرة بعضهم بتسع سنين، أما البنت فتستمر حضانتها حتى بلوغها، وهذا إذا كانت الحاضنة الأم

¹ عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، منشورات جامعة حلب، سوريا، ص 455.

أو الجدة. أما إذا كانت الحاضنة غيرها، فإن حضانة البنت تستمر حتى تبلغ حد الشهوة، أو قيل حتى تستغني عن حضانة غيرها¹.

واستدلوا على ذلك بما يلي:

1- استدلت الحنفية على التفريق بين الولد والبنت في تحديد نهاية مدة الحضانة بأن البنت وإن استغنت عن أمها ببلوغها سن التمييز إلا أنها تكون بحاجة إلى تعلم ما تحتاجه النساء من طبخ وغسل ونحوهما. والأم على ذلك أقدر، ثم إن البنت إذا دفعت إلى الأب اختلطت بالرجال فيقل حياؤها، ولكنها إذا بلغت احتاجت التزوج، وولاية التزوج للأب، وهي ببلوغها تصبح عرضة للفتنة ومطعمة للرجال؛ لذلك فهي بحاجة إلى حفظ الأب، وهو أقدر من الأم على ذلك².

2- أما دليلهم على التفريق بين حضانة الأم والجدة وبين باقي النساء، فهو أن غرض ترك البنت عند النساء أن تتعلم آدابهن، وذلك بأن تكلف ببعض الأعمال لتعتاد عليها، وغير الأم لا تملك استخدامها ولا تكليفها وبذلك لا يتحقق تعليمها³.

الرأي الثاني: يرى المالكية أن حضانة الولد تستمر إلى سن البلوغ، أما البنت فإن حضانتها تستمر حتى زواجها ودخول الزوج بها⁴.

ولم نقف على دليل لأصحاب هذا الرأي، ويبدو -والله أعلم- أنهم نظروا إلى استمرارية حضانة البنت حتى زواجها تحقيقاً لمصلحتها وحفاظاً عليها.

الرأي الثالث: يرى الشافعية، والحنابلة في رواية عندهم⁵ أن حضانة الصغير تنتهي عند بلوغه سن التمييز، وهو سبع سنين، وبعد ذلك يخير الصغير بين أمه وأبيه، فإن اختار أحدهما بقي عنده حتى بلوغه وبذلك تنتهي حضانته له.

¹ - السرخسي، المبسوط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1414هـ-1993م، ج5/207-208. والعيني، البناية في شرح الهداية دار الفكر، بيروت، لبنان، ط1، 1400هـ-1980م، ج4/843-844.

² - المراجع نفسها.

³ - ابن الهمام، فتح القدير، م س، ج4/334. والعيني، البناية شرح الهداية، م س، ج4/845.

⁴ - مالك بن أنس، المدونة الكبرى، رواية الإمام سخنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمن بن القاسم، ضبطه وصححه: أحمد عبد السلام، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1415هـ-1994م، ج2/258. والرددير، الشرح الصغير، م س، ج2/755. والثمر الداني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1416هـ-1996م، ص323. والكششواوي، أسهل المدارك، م س، ج2/209.

⁵ - البغوي، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1418هـ-1997م، ج6/394. والنووي، روضة الطالبين، م س، ج9/103. والشرييني، مغني المحتاج، م س، ج3/456. وابن قدامة، المغني على مختصر- الخري، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1400هـ-1980م، ج7/614-617. وابن الفلج، الفروع، م س، ج5/620.

وقد أطلق بعض الشافعية على الفترة التي تلي التمييز حتى البلوغ فترة الكفالة، وأطلق البعض الآخر عليها فترة الحضانة.

واستدل أصحاب هذا الرأي بما يلي:

- 1- حديث أبي هريرة -رضي الله عنه- أن النبي صلى الله عليه وسلم - خير غلامًا بين أبيه وأمه¹.
- 2- حديث أبي هريرة -رضي الله عنه- أن امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم - وأنا قاعد عنده، فقالت: يا رسول الله: إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بئر أبي عنبه وقد شعني، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم - استهما عليه، فقال زوجها: من يخلقتي في ولدي؟ فقال النبي صلى الله عليه وسلم - "هذا أبوك وهذه أمك، فخذ بيد أبيها شئت، فأخذ بيد أمه فانطلقت به"².
- 3- ما ورد عن علي وعمر وأبي هريرة -رضي الله عنهم- من قولهم بالتخيير، ولم ينكر أحد على قولهم، فكان إجماعًا³.
- 4- إن قصد الحضانة حفظ الصغير، والمخير أعرف بمصلحته فيرجع إليه ليختار أيها أرفق به وأشفق عليه⁴.
- 5- أما تحديد سن التمييز بسبع سنين، فدليله أن الشرع أمر بمخاطبة من بلغ سبعمًا بالصلاة؛ ولأنه ببلوغه سبع سنين يصبح مميزًا⁵.
- 6- أما دليل انتهاء الحضانة بالبلوغ، فهو استغناء الصغير عن غيره ببلوغه⁶.

الرأي الرابع: وهو رأي الحنابلة في المعتمد عندهم؛ حيث رأوا أن حضانة الصغير تنتهي ببلوغه سن التمييز، وهو سبع سنين، وبعد ذلك يخير الولد بين أمه وأبيه ويبقى عند أحدهما حتى البلوغ، أما البنت فإنها تنتقل بعد بلوغها سن التمييز إلى والدها، وتستمر حضانتها عنده حتى زواجها⁷.

واستدلوا على مشروعيتها تخيير المحضون بالأحاديث التي استدلت بها أصحاب الرأي الثالث.

- وكانت أدلتهم على التفريق بين الولد والبنت بقولهم:

¹ - الترمذي، سنن الترمذي، رقم 1357، كتاب: الأحكام، باب: ما جاء في تخيير الغلام بين أبويه إذا افترقا، ج3/638. قال أبو عيسى: حديث حسن صحيح واللفظ للترمذي، والنسائي، سنن النسائي، كتاب: الطلاق، باب: إسلام أحد الزوجين وتخيير الولد، ج6/185. وابن ماجه، سنن ابن ماجه، رقم 2351، كتاب: الأحكام، باب: تخيير الصبي بين أبويه، ج1/787.

² - أبو داود، سنن أبي داود، رقم 2277، كتاب: الطلاق، باب: من أحق بالولد، ج2/284-283. والبيهقي، السنن الكبرى، كتاب: النفقات، باب: الأبوين إذا افترقا وهما في قرية واحدة فالأم أحق بولدها ما لم تتزوج، ج3/8. الحديث صحيح، انظر: الزيلعي، نصب الراية، ج3/552-551.

³ - ابن قدامة، المغني، م س، ج7/615.

⁴ - ابن قدامة، المغني، م س، ج7/615. والشرييني، مغني المحتاج، م س، ج3/456.

⁵ - ابن قدامة، المغني، م س، ج7/615.

⁶ - الشرييني، مغني المحتاج، م س، ج3/456.

⁷ - ابن قدامة، المغني، م س، ج7/614-617. وابن مفلح، الفروع، م س، ج5/620. والبهوتي، كشف القناع، م س، ج5/501.

1- إن غرض الحضانة الحفظ، والبنت بعد سبع سنين تحتاج إلى حفظ والدها وهو أقدر على ذلك من الأم؛ لأنها بحاجة إلى من يحفظها ويصونها¹.

2- إن البنت إذا وصلت سن التمييز تكون قد قاربت الصلاحية للتزوج، وهي تخطب من أيها، فهو وليها في النكاح، وهو أعلم بالكفاءة وأقدر على البحث، فينبغي أن يقدم على غيره².

3- إن البنت تختلف عن الغلام؛ لأنه لا يحتاج إلى الحفظ والتزويج كحاجتها إليه³.

وبعد النظر والتأمل في الآراء السابقة نقف عند حقيقة واحدة وهي أن خلاف الفقهاء في سن الحضانة يرجع في الأساس إلى تقدير مصلحة المحضون.

وفيما يخص التشريعات العربية فقد حاولت هي الأخرى تحديد سن انقضاء الحضانة بالنسبة للذكر والأنثى، وذلك في سبيل مراعاة مصلحتهم العليا، وتمشيا مع الظروف التي يعيشها المجتمع وصعوبة الوضع الاجتماعي، آخذين بعين الاعتبار اختلاف الزمان، وتطور الظروف المعيشية، وقسوة الحياة، الأمر الذي جعل اجتهادات بعض التشريعات تتفق وتختلف مع ما ذهب إليه فقهاء الشريعة.

ففي قانون الأسرة الجزائري؛ نصت المادة 1/65 على أنه: "تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه 10 سنوات والأنثى ببلوغها سن الزواج وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى 16 سنة إذا كانت الحضانة أما لم تتزوج ثانية"، ولكن أمام هذه الشروط جاء المشرع في الفقرة الثانية من المادة نفسها ونص على أنه: "على أن يراعي في الحكم بانتهاء مصلحة المحضون"، ولنا أن تساءل عما إذا كان يمكن للقاضي أن يمدد مدة الحضانة بالنسبة للذكر بعد بلوغه 16 سنة إذا اقتضت مصلحته ذلك؟.

وفي المدونة المغربية؛ نصت المادة 166 على أن الحضانة تستمر إلى بلوغ سن الرشد القانوني للذكر والأنثى على حد سواء. بعد انتهاء العلاقة الزوجية، يحق للمحضون الذي أتم الخامسة عشرة سنة، أن يختار من يحضنه من أبيه أو أمه. وفي حالة عدم وجودهما، يمكنه اختيار أحد أقاربه المنصوص عليهم في المادة 171، شريطة أن لا يتعارض ذلك مع مصلحته، وأن يوافق نائبه الشرعي. وفي حالة عدم الموافقة، يرفع الأمر إلى القاضي لبيت وفق مصلحة القاصر.

وفي المجلة التونسية؛ تستمر الحضانة إلى حين بلوغ الطفل سن الرشد وهي 18 سنة، خلافا للنفقة التي تستمر بعد بلوغ سن الرشد طالما توفرت الموجبات القانونية للإفراق. فالحضانة تسقط بانتهاء أمدها الذي ينتهي بانقضاء موجبا، وهو ارتفاع حق الولاية على الصبي بتجاوز هذا الأخير السن المقتضاة فيها تربيته وحضانه

¹ - ابن قدامة، المغني، م س، ج 617/7.

² - ابن قدامة، المغني، م س، ج 617/7. والبهوتي، كشاف القناع، م س، ج 502/5.

³ - ابن قدامة، المغني، م س، ج 617/7.

(18 سنة)، وبالتالي فإن الحضانة لا تنتهي بحكم المحكمة التي يمكنها الاكتفاء بمعاينة واقعة بلوغ سن الرشد القانونية لا غير¹.

وفي القانون المصري؛ نصت الفقرة الأولى من المادة 20 من القانون رقم 25 لسنة 1920 الخاص بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية، المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985، وبعد تعديله بالقانون رقم 4 لسنة 2005: "على أنه ينتهي حق حضانة النساء ببلوغ الصغير أو الصغيرة سن الخامسة عشرة، ويجوز القاضي الصغير أو الصغيرة بعد بلوغ هذه السن في البقاء في يد الحاضنة دون أجر حضانة، وذلك حتى يبلغ الصغير سن الرشد وحتى تتزوج الصغيرة".

وفي قانون الأحوال الشخصية الإماراتي؛ نصت المادة 156 على أنه: "1- تنتهي صلاحية حضانة النساء ببلوغ الذكر إحدى عشرة سنة، والأبني ثلاث عشرة سنة ما لم تر المحكمة مد هذه السن لمصلحة المحضون وذلك إلى أن يبلغ الذكر أو تتزوج الأنثى.

2- تستمر حضانة النساء إذا كان المحضون معتوهاً أو مريضاً مرضاً مقعداً، ما لم تقتض مصلحة المحضون خلاف ذلك".

ويظهر أن التشريعات الوضعية قد أخذت بعدم تخيير الذكر والأنثى بين أبويه أو غيرها، وحسنا ما فعلت، وبررت ذلك المذكرة الإيضاحية بقولها: "ولا يخفى أنه ليست من المصلحة اعتماد رأي الطفل، بحيث يغفل حسن تقدير القضاء للوقائع، وتلغي آراء الآباء، وحجج الحاضنات، ثم نحتكم إلى السن الغضة، لا يتصور منه وزن صحيح لحاضره أو مستقبله، فتخيره في الإقامة حيث يشاء ينتهي به إلى ما لا خير فيه لنفسه ولوالديه"².

وبعد هذا العرض نتبين بوضوح أن الحضانة كنظام شرع في الأساس لمصلحة المحضون لا مصلحة الحاضن، والهدف منه رعاية الطفل الصغير، وتنشئته نشأة جيدة، وإذا كانت الشريعة الإسلامية وبعض النظم القانونية قد أوجبت أن يكون الطفل في حضانة النساء صغيراً ثم في رعاية الرجال كبيراً وذلك للموازنة بين احتياج الصغير إلى حنان النساء صغيراً وحكمة وحزم الرجل كبيراً، فإنها قد أرست نظاماً صالحاً لكل زمان ومكان، إلا أن هذا لا يمنع من توحيد سن الحضانة مع سن البلوغ والسن الذي يمكن للحدث إدارة أمواله تحقيقاً للمصلحة، مع إعطاء القاضي كامل الصلاحية في تقدير مصلحة الصغير بناء على تقرير المتخصصين الاجتماعيين ذوي الخبرة القادرين على دراسة حالة المحضون دراسة علمية.

¹ - قرار محكمة التعقيب التونسية، عدد 1878 المؤرخ في 29 سبتمبر 2005.

² - المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي، ص 266.

الفرع الثاني: مراعاة مصلحة المحضون في مكان الحضنة

ويقصد بالمكان مقر إقامة المحضون حيث يقيم أبواه مع الزوجية، أو حيث يقيم أحدهما بعد الفرقة والانفصال، ومدار مراعاة مصلحة المحضون في المكان تتعلق بأحد الأمرين؛ أولهما: رعايته بمشاهدته ومتابعة أحواله، وثانيهما: فهو الخوف عليه من التخلق بأخلاق أهل البلد الذي سينتقل إليه، وأن تلحقه الضيعة.

فإذا كانت الحضنة أما للمحضون وكانت الزوجية بينها وبين أبيه فائمة فكانت الحضنة هو المكان الذي تقيم فيه مع الزوج والد المحضون، فلا يجوز لها الانتقال منه إلى غيره إلا إذا أذن الزوج لها في الانتقال؛ لأن الزوجة يجب عليها متابعة زوجها والإقامة معه حيث يقيم. وكذلك لو كانت أم المحضون قد طلقت من زوجها والد المحضون طلاقاً رجعيًا أو بائناً أو توفي عنها ولا زالت في العدة؛ لأن المعتدة يلزمها قضاء العدة في المكان الذي وقعت فيه الفرقة ولا يجوز خروجها ولا إخراجها من هذا المكان.

أما إذا كانت الزوجية بين الحضنة ووالد المحضون قد انتهت وانقضت عدتها، فإن مكان الحضنة هو البلد الذي يقيم فيه والد المحضون أو من يقوم مقامه¹، فإذا أرادت الحضنة أن تنتقل بالمحضون إلى بلد آخر للإقامة به والاستقرار فالفقهاء في ذلك على رأيين:

الرأي الأول: وهو قول جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة²؛ حيث رأوا أنه إذا أراد أحد الأبوين السفر بالولد ثم العودة به و الآخر مقيم، فالمقيم أحق بحضنته؛ لأن في السفر إضراراً بالولد.

وإن كان السفر للإقامة والطريق آمن والبلد الذي يريد الانتقال إليه آمن، فالأب أحق به؛ سواء كان هو المسافر، أم المقيم؛ لأن الأب هو من يتولى رعايته وتأديبه و حفظ نسبه، فإن لم يكن الولد في بلد الأب ضاع. وقد اشترط الحنابلة في ذلك عدم مضارة الأم، وانتراع الولد منها.

وأصحاب هذا الرأي فرقوا بين سفر النقلة بقصد الإقامة، وبين سفر الحاجة للتجارة أو الحج أو الزهدة؛ فإن كان السفر للحاجة، فإن المحضون يبقى عند الحاضن المقيم طالبت المدة أم قصرت، أما إذا كان السفر سفر نقلة وأراد الولي الانتقال بالمحضون سقط حقها في الحضنة بشروط:

- 1- أن يكون السفر بعيداً، وقد حدده المالكية والحنابلة بمسافة القصر فأكثر،
- 2- أن يكون البلد المنتقل إليه والطريق مأموناً،
- 3- ألا تسافر الحضنة مع الولي،
- 4- ألا يكون في البلد ولي آخر يضم المحضون،

¹ عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ط1، 2014م، ص413.
² مالك، المدونة، م س، ج2/259. والديسوقي، الحاشية، م س، ج2/532-531. والنووي، روضة الطالبين، م س، ج106/9. والشربيني، مغني المحتاج، م س، ج3/459-458. وابن قدامة، المغني، م س، ج7/618. والبيهقي، كشف القناع، م س، ج5/500.

5- أن لا يقصد بسفره إلحاق الضرر بالحاضنة.

الرأي الثاني: وهو قول الحنفية¹؛ ورأوا أن الأم لا يمكنها الانتقال بالمحزون إلى بلد بعيد، بحيث لا يستطيع الأب أن يراه بأن يذهب ويعود إلى ذلك البلد في يوم واحد، إلا إذا كان انتقالها إلى البلد الذي تزوجت فيه؛ لأن ذلك يعني التزام الزوج بالمقام فيه عرفاً وشرعاً.

أما إذا كان الانتقال إلى بلد قريب، بحيث يتمكن والده من رؤيته في النهار نفسه والعودة، فهنا لا تمنع الحضانة من الانتقال؛ لأنه لا يلحق بالوالد ضرر هنا.

ويرى الحنفية أن الأب إذا أراد الانتقال من البلد والطفل في حضانة أمه، فإنه لا يلزمها بإخراج الطفل من بلدها بغير رضاها؛ سواء كان البلد الذي يريد الانتقال إليه بعيداً، أم قريباً؛ لأن حق الحضانة لها، ولا يملك أحد انتزاعه منها.

وفي التشريعات العربية؛ نجد المشرع الجزائري في قانون الأسرة لم ينص صراحة على المكان الذي يجب أن تمارس فيه حضانة الصغير، ولكننا يمكن أن نستنتج ذلك الحكم من خلال ما جاء بالمادة 69؛ إذ تنص على أنه: "إذا أراد الشخص الموكل له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه مع مراعاة مصلحة المحزون". وبمفهوم المخالفة نجد أن المشرع يريد بالحاضن أن يمارس حقه في الحضانة في بلد المحزون، والذي يعتبر محل إقامة أبيه، حتى يتمكن هذا الأخير من مراقبة ابنه وزيارته ورعايته. أما إذا أراد الحاضن أن يستوطن في بلد أجنبي، فالأمر يرجع لسلطة القاضي التقديرية في أن يثبت الحضانة له أو إسقاطها عنه مراعيًا في ذلك مصلحة المحزون.

وتؤكد المحكمة العليا هذا المعنى في قرارها الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية، و الذي مفاده أنه: "من المقرر شرعاً وقانوناً أنّ إسناد الحضانة يجب أن تراعى فيه مصلحة المحزون والقيام بتربيته على دين أبيه، ومن ثمة فإنّ القضاء بإسناد حضانة الصغار إلى الأم التي تسكن في بلد أجنبي بعيداً عن رقابة الأب كما هو حاصل في قضية الحال، يعدّ قضاء مخالفاً للشرع والقانون ويستوجب نقض القرار المطعون فيه"².

وقد تسقط الحضانة عن الأم في حالة انعدام أهليتها لذلك، أو في حالة توفر فيها أهلية الحضانة لكن مصلحة المحزون لا تقتضي أن يعطى لها، فهنا تنتقل الحضانة من الأم إلى غيرها من النساء وفقاً للترتيب الذي جاء بقانون الأسرة الجزائري في المادة 64 منه.

¹ - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط2، 1402هـ-1982م، ج4/44. وابن الهمام، فتح القدير، م س، ج4/337-338. وابن عابدين، الحاشية، م س، ج3/569-570.

1- المحكمة العليا، غ.أ. ش، 19/02/1990، ملف رقم 59013، م.ق، 1991، عدد4، ص116.

فإذا تولت إحدى المحارم من النساء حضانة الطفل وجب عليها أن تقم به في مكان إقامة أبيه ولا تنتقل بالمحزون إلا بإذنه، أو بإذن من يقوم مقامه من الرجال في حالة عدم وجود الأب، وإلا سقط حقها في الحضانة إلا إذا أذن له أب المحزون بالسفر.

كما أنه لا يحق للأب أن ينزع الولد من أمه و يسافر به إلى مكان بعيد عن مكان إقامة الحاضنة، أما في حالة انتقال الحاضنة إليه فنجد أن المشرع الجزائري لم يفصل في هذه المسألة ويوضح حكمها.

وفي مدونة الأسرة المغربية؛ تطرق المشرع المغربي إلى مسألة الانتقال بالمحزون داخل وخارج المغرب في المادتين 178 و179 التي يتضح من مقتضياتها أنه: "لا تسقط الحضانة بانتقال الحاضنة أو النائب الشرعي للإقامة من مكان لآخر داخل المغرب، إلا إذا ثبت للمحكمة ما يوجب السقوط مراعاة لمصلحة المحزون والظروف الخاصة بالأب أو النائب الشرعي، والمسافة التي تفصل المحزون عن نائبه الشرعي"، ويظهر أن مسألة سقوط الحضانة بسبب الانتقال متروك للسلطة التقديرية للمحكمة، التي تحكم بذلك إذا ثبت للقاضي ما يوجب السقوط، الأمر الذي يحتم عليه أن يعلل حكمه ويبين أسباب إسقاط الحضانة مع مراعاة العناصر التي حددتها المادة المذكورة على سبيل الحصر¹.

وفي مضمون المادة 179 يمكن للحاضن أن يسافر بالمحزون خارج المغرب بعد موافقة النائب الشرعي، إلا أنه في غياب هذه الموافقة فإن لهذا الأخير أو للنياية العامة اللجوء إلى المحكمة قصد استصدار قرار لمنع الحاضن من ذلك؛ سواء أثناء النظر في طلب إسناد الحضانة، أم بواسطة قرار لاحق، وضمانا لتنفيذ هذا القرار أعطى المشرع للنياية العامة مهمة السهر واتخاذ الإجراءات اللازمة الكفيلة بذلك.

ونظرا لبعض الظروف التي قد تفرض ضرورة سفر المحزون رفقة حاضنه خارج أرض الوطن، فإن المشرع سمح لهذه الأخيرة أن تتقدم بطلب إلى قاضي الاستعجال لاستصدار إذن بذلك، بعد التأكد من الصفة العرضية للسفر، ومن عودة المحزون إلى وطنه.

ولعل مقتضيات هذه المادة أنها جاءت لحماية حق المحزون من تبعات بعده على نائبه الشرعي، ولضمان قيام هذا الأخير بواجبه المتمثل في العناية بشؤون المحزون في التأديب والتوجيه الدراسي.

وفي المجلة التونسية نص الفصل 61 على أنه: "إذا سافرت الحاضنة سفر نقلة مسافة يعسر معها على الولي القيام بواجباته نحو منظوره سقطت حضانتها". فمن خلال هذا الفصل يتبين أن سفر الحاضنة سفر نقلة مع المحزون أو بدونه يكون سببا لإسقاط حضانة الأم، لما يترتب على ذلك من حرمان للأب من ممارسة حق الزيارة، وما قد يؤول إليه السفر من إضرار بمصلحة المحزون؛ غير أن هذه القاعدة غير مطلقة واعتبر القضاء

1- محمد الأزهر، شرح مدونة الأسرة، مطبعة دار النشر المغربية، البار البيضاء، المملكة المغربية، ط6، 2013م، ص253.

التونسي¹ أن إقامة الأم ببلد غير البلد الذي يقيم به الأب لا يسقط حقها في الحضانة طالما ثبتت حاجة المحضون لأمه، وطالما كان ذلك في مصلحة المحضون، وإن أدى إلى حرمان الأب من ممارسة حق الزيارة لبعض الوقت.

وفي القانون المصري؛ إذا انتقلت الحاضنة بالمحضون من مكان الحضانة إلى بلد آخر في غير الحالات الجائزة شرعاً، فلا يترتب على ذلك إبطال حقها في الحضانة أو سقوط حقها في أجر الحضانة، بل تظل قائمة مع تقاضيها أجر الحضانة رغم حدوث المخالفة؛ لأن عدم انتقال الحاضنة من مكان الحضانة ليس شرطاً من شروط الحضانة. وقد وضع الفقهاء شروطاً معينة للحضانة وليس من بين هذه الشروط إقامة الحضانة بالمحضون بمكان الحضانة وعدم انتقالها من مسكن الحضانة، وانتقال الحاضنة إلى خارج مكان ليس فيه ضياعاً لحق الصغير؛ لأن عدم النفقة حق للأب، ولذلك فهو يملك إسقاطه.

غير أنه يكون للأب أو أقرب عاصب منع الحاضنة من السفر بالمحضون أو إرجاع الصغير إلى بلد الحضانة، وتكون وسيلته في ذلك رفع الدعوى بطلب ذلك أمام المحكمة الجزئية المختصة ويكون الحكم من حيث تنفيذه داخلياً تحت عموم نص المادة 69 من القانون رقم 1 لسنة 2000 -وقبلها المادة 349 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الملغاة- وينفذ على الحاضنة قهراً.

وفي القانون الإماراتي؛ جاء في نص المادة 152 فقرة 2، أن من مستقطات الحضانة: "2- إذا استوطن الحاضن بلداً يعسر معه على ولي المحضون القيام بواجباته". هذا وقد نصت المادة 151 فقرة 3 على شروط سقوط الحضانة بسبب الانتقال أو السفر وفقاً لقانون الأحوال الشخصية: "لا يجوز إسقاط حضانة الأم المبانة لمجرد انتقال الأب إلى غير البلد المقيمة فيه الحاضنة إلا إذا كانت النقلة بقصد الاستقرار، ولم تكن مضارة للأم وكانت المسافة بين البلدين تحول دون رؤية المحضون والعودة في اليوم نفسه بوسائل النقل العادية".

والذي يمكن الوقوف عنده أن فقهاء الشرع والقانون حرصوا كل الحرص على مصلحة المحضون في النقل والإقامة، لذا فإن القاضي يقرر ما هو مناسب حسب مصلحته. يقول ابن القيم: " وهذه أقوال كلها كما ترى لا يقوم عليها دليل يسكن القلب إليه، فالصواب النظر والاحتياط للطفل في الأصلح له والأفنع من الإقامة أو النقلة، فأيهما كان أفنع لهو أصون وأحفظ روعي، ولا تأثير لإقامة ولا نقلة، وهذا كله ما لم يرد أحدهما بالنقلة مضارة الآخر، وانتزاع الولد منه، فإن أراد ذلك لم يجب إليه"². ويقول الدكتور محمود السرطاوي: "وقد أحسن القانون حيث أعطى القاضي صلاحية التحقق من تأمين مصلحة الصغير حتى لو كان السفر برضاء كل من الحاضنة والولي"³.

¹ - قرار تعقيبي مدني، عدد8661 مؤرخ في 13 أبريل 2006. وقرار تعقيبي مدني، عدد 35890 مؤرخ في 17 سبتمبر 2009.

² - ابن القيم، زاد المعاد، م س، ج414/5.

³ - محمود السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان، الأردن، ط1، 1997م، ص580.

الفرع الثالث: مراعاة مصلحة المحضون في الزيارة

اتَّفَق الفقهاء على أن لغير الحاضن حق الزيارة، واختلفوا في بعض التفاصيل، لكن الذي يغلب اليوم على مجتمعاتنا هو التهاؤن في صلة الرحم عموماً، ومحاولة قطعها عند افتراق الزوجين على وجه الخصوص، فما أن يَحْضُلُ الفراق حتى يبادر الطرف الحاضن بمنع مفارقه من رؤية الأبناء، وهذا إثم عظيم وله آثار وخيمة، ليس فقط على الممنوع من الزيارة بل على المحضون أنفسهم، مما يخالف الغاية الأسمى للحضانة وهي حفظ مصالح المحضون؛ لأنه كما أن الوالد مفطور على حب أولاده لا يتحمل الفرقة والهجر، كذا الأبناء لهم تعلق بالوالدين فرعاية المشاعر من الفرقة ما هي إلا تكملة للجوانب النفسية أو العاطفية والجسمية لتربيته.

جاء في الموسوعة الفقهية الكويتية ما يلي: "لكل من أبوي المحضون إذا افترقا حقُّ رؤيته وزيارته، وهذا أمر متفق عليه بين الفقهاء، لكنهم يختلفون في بعض التفاصيل... ويبان ذلك فيما يلي: يرى الشافعية والحنابلة أنَّ المحضون إن كان أثنى... لا يمنع أحد الأبوين من زيارتها عند الآخر؛ لأنَّ المنع من ذلك فيه حمل على قطيعة الرَّحْم... وإن كان المحضون ذكراً... لا يمنعه من زيارة أمه؛ لأنَّ المنع من ذلك إغراء بالعقوق وقطع الرَّحْم"¹.

وفيما يخص مدة الزيارة فلا يوجد في المسألة نص، ومرجع الحكم فيها إلى الفقهاء، وما قرروه حول مدَّة الزيارة والمبيت كان حسب ظروف حياتهم. يقول الحنفية: إن الولد متى كان عند أحد الأبوين فلا يمنع الآخر من رؤيته إليه وتعده إن أراد ذلك، ولا يجبر أحدهما على إرساله إلى مكان الآخر؛ بل يخرج كل يوم إلى مكان يمكن للآخر أن يراه فيه.

وعند المالكية إن كان المحضون عند الأم، فلا تمنعه من الذهاب إلى أبيه يتعمده ويعلمه، ثم يأوي إلى أمه يبيت عندها، وإن كان عند الأب فلها الحق في رؤيته كل يوم في بيتها لتفقُّد حاله، ولو كانت متزوجة من أجنبي من المحضون، فلا يمنعه زوجها من دخول ولدها في بيتها، ويقضى لها بذلك إن منعها².

وعند الشافعية فقد جاء في نهاية المحتاج ما نصه: "والزيارة مرَّة في أيَّام على العادة، لا في كلِّ يوم؛ إلا أن يكون منزلها قريباً، فلا بأس بدخولها كلِّ يوم"³.

وفيما يخص التشريعات العربية؛ نجد أن المشرع الجزائري راعى جانب مصلحة المحضون، فكما أعطى الحضانة للأم لكونه في حاجة إليها للقيام بشأنه وتربيته، منح حق الزيارة للوالد على سبيل الوجوب- لحاجته في رؤيته حيث نصت المادة 64: "على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

¹ - الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ج 332/18.

² - الإمام مالك، المدونة الكبرى، م س، ج 356/2.

³ - شمس الدين محمد الزملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار إحياء التراث العربي، المكتبة الإسلامية، بيروت، لبنان، ج 126/7.

وقد استقر القضاء في الجزائر على أن حق الزيارة يمنح في العطل والأعياد والمناسبات الدينية والوطنية، ومسألة العطل يقصد بها العطل الموسمية والأسبوعية، وبذلك جرى القضاء على أن الزائر للمحزون له الحق في ذلك مرة كل أسبوع؛ أي خلال العطلة، وأن أكثر من ذلك غير معمول به وغير متبني من طرف القضاء¹.

وفي المدونة المغربية؛ تعرض المشرع المغربي لأحكام زيارة المحزون في المواد من المادة 180 إلى المادة 186، حيث نصت المادة 180 على أنه: "غير الحاضن من الأبوين حق زيارة واستئارة المحزون"، فحق الزيارة يعتبر من النظام العام لا يمكن الاتفاق على منعه أو إسقاطه.

كما تطرقت المدونة إلى إمكانية اتفاق الأبوين على تنظيم هذه الزيارة على حسب ما يناسبها معاً، وإلا فإن على المحكمة التدخل من أجل تحديدها وضبطها زماناً ومكاناً بالشكل الذي يضمن تنفيذها وعدم التحايل في ذلك، مراعية ظروف الأطراف وملابسات كل قضية على حدة، مع إمكانية المتضرر من ذلك طلب المراجعة والتعديل حسب ما يتلاءم وما يستجد من ظروف.

وقد أكدت المادة 186 ضرورة مراعاة مصلحة المحزون في تطبيق مواد الباب المتعلق بتنظيم الزيارة، وجعلها فوق كل اعتبار، مما يسمح للمحكمة تبعاً لسلطتها التقديرية، باتخاذ جميع الإجراءات المناسبة واللائمة لضمان ملاءمة الاتفاق المنظم للزيارة أو المقرر المحدد لها لمصلحة المحزون².

وفي المجلة التونسية؛ نص الفصل 66 على أن: "الولد متى كان عند أحد الأبوين لا يمنع الآخر من زيارته ومن تعهده، وإذا طلب نقله إليه للزيارة فكلفة الزيارة عليه...". كما أعطى الفصل 66 مكرر الحق لجدي الولد في الزيارة في حالة وفاة أحد الوالدين، ويراعى القاضي في كل ذلك مصلحة المحزون.

وفي القانون المصري؛ نصت المادة 20 من الفقرة الثانية من القانون رقم 25 لسنة 1920 الخاص بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحكام الشخصية المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985 على أنه: "ولكل من الأبوين الحق في رؤية الصغير أو الصغيرة وللأجداد مثل ذلك عند عدم وجود الأبوين وإذا تعذر تنظيم الرؤية اتفاقاً نظمها القاضي على أن تتم في مكان لا يضر بالصغير أو الصغيرة نفسياً.

ولا ينفذ حكم الرؤية قهراً، ولكن إذا امتنع من بيده الصغير عن تنفيذ الحكم بغير عذر أنذره القاضي فإن تكرر منه ذلك جاز للقاضي بحكم واجب النفاذ نقل الحضانة مؤقتاً إلى من يليه من أصحاب الحق فيها لمدة يقدرها.

ويثبت الحق في الحضانة للأم ثم للمحارم من النساء مقدماً فيه من يلي الأم على من يلي الأب ومعتبراً فيه الاقتراب من الجهتين على الترتيب الآتي...".

⁴ - باديس دياي، آثار فك الرابطة الزوجية، دراسة مدعمة بالاجتهاد القضائي، دار الهدى، الجزائر، 2008م، ص 92.

¹ - عبد المجيد العزوي، الحضانة وحق المحزون من خلال التطبيق العملي لمتنقيات مدونة الأسرة، مداخلة قدمت بمناسبة الذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى، مكناس، المملكة المغربية، 2007.

وقد نظم قرار وزير العدل رقم 1087 لسنة 2000 بتحديد أماكن تنفيذ الأحكام الصادرة برؤية الصغير، والإجراءات الخاصة بتنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة بتسليم الصغير، أو ضمه، أو رؤيته، أو سكنه، أو من يناط به ذلك.

ومن خلال تتبعنا للمنظومة التشريعية في معظم الدول العربية نجد أن هناك إشكالات وصعوبات عملية على المستوى القانوني أو القضائي تتعلق بالزيارة نوجزها فيما يلي:

- عدم احترام مكان وزمان صلة الرحم بالمحزون من طرف الحاضن أثناء التنفيذ،
- صعوبة تنفيذ صلة الرحم في حالة انتقال الحاضن داخل الوطن من مكان لآخر،
- صعوبة مراقبة المحزون من طرف من له حق الزيارة أو الاستشارة،
- المحزون الرضيع الذي تحتاج حاضنته بعدم مفارقتها قصد إرضاعه حيث لا يمكن لمن له حق الزيارة من ممارسة حقه في صلة الرحم،
- صعوبة تنفيذ صلة الرحم بالنسبة للمطلقين الذين يتواجد أحدهما بداخل الوطن والآخر خارجه،
- عدم كفاية مدة الزيارة -في معظم التشريعات- مقارنة بمدى حاجة المحزون لأبيه.

خاتمة

من خلال ما سبق يمكننا إيجاز النتائج المتوصل إليها فيما يلي:

- إن للحضانة أهمية كبرى في رعاية الطفل، وحماية الأسرة، وتمتية روح المودة والرحمة التي يجب أن تؤسس عليها البيوت ليكون المجتمع أكثر تماسكاً والمجموعة أكثر تضامناً.
- المواد المتعلقة بالحضانة كلها جاءت بعبارة "مع مراعاة مصلحة المحزون"، وبالرغم من تكرارها عدة مرات إلا أن التشريعات العربية لم تورد أي تعريف لمصلحة المحزون، ولم تحدد معناها بالرغم من أهميتها. مما يوحي بأنها تركت مهمة تقدير هذه المصلحة للقاضي عندما تعرض عليه أي قضية متعلقة بالحضانة، الأمر الذي يزيد من صعوبة مهمة القاضي الذي يتوجب عليه الحرص التام على مصلحة المحزون.
- التشريعات العربية راعت مصلحة المحزون أو الصغير بوضع القيود والشروط في الحاضن، والتي تضمن له حسن التربية والنشأة السليمة والمستقبل الذي لا يتأثر بالابتعاد عن أحد الوالدين أو كليهما معاً.
- لقد أوجبت الشريعة الإسلامية والنظم القانونية العربية أن يكون الطفل في حضنة النساء صغيراً، ثم في رعاية الرجال كبيراً؛ وذلك للموازنة بين احتياج الصغير إلى حنان النساء صغيراً، وحكمة وحزم الرجل كبيراً، وبذلك تكون قد أرست نظاماً صالحاً لكل زمان ومكان. إلا أن هذا لا يمنع من توحيد سن الحضانة مع سن البلوغ والسن الذي يمكن للحدث إدارة أمواله تحقيقاً للمصلحة، مع إعطاء القاضي كامل الصلاحية في تقدير

مصلحة الصغير بناء على تقرير المتخصصين الاجتماعيين ذوي الخبرة القادرين على دراسة حالة المحضون دراسة علمية.

- إن الشريعة الإسلامية حرصت كل الحرص على مصلحة المحضون في النقل والإقامة بما هو أنفع وأصون وأحفظ له، بحيث تزكت المجال واسعا للقاضي يقرر ما هو مناسب حسب مصلحته. وهذا ما وقفنا عنده لدى بعض التشريعات العربية.

- حق الزيارة حق مشروع لمصلحة المحضون بالأولى، إلا أن هذا الحق ينبغي أن ينتظم من حيث الشروط والوقت ومكان الزيارة.

الحق في الحياة الخاصة*

د. حبار أمال أستاذة محاضرة- أ- بجامعة وهران

ملخص:

أصبحت الدول حاليا لا تفكر فقط في تحقيق الأمن وحماية الحدود والنظام الداخلي وحل المنازعات بين الأفراد وإنما تعدت ذلك إلى العمل على الحفاظ على الإنسان من خلال إعلانات حقوق الإنسان والساتير والقوانين ومنها الحق في الحياة الخاصة.

فالخصوصية قديمة قدم البشرية، لأن الشريعة الإسلامية بوصفها ديننا سماويا ونظاما تشريعيًا عالميا قد أقرت حقوق الإنسان منذ زمن بعيد.

وأمام صعوبة تعريف الحياة الخاصة اتجه الفقه تدريجيا إلى العدول عن البحث عن تعريف لها محاولا وضع قائمة للقيم التي تعطيها فكرة الحق في الحياة الخاصة ومن بينها الحياة العائلية، والحياة المهنية، والحق في الصورة، والزواج.

وللحق في الحياة الخاصة وجهان متلازمان، هما: حرية الحياة الخاصة وسريتها.

فيقصد بالوجه الأول حرية الفرد في اختيار أسلوب حياته دون تدخل من الغير أو السلطة، لكن هذه الحرية ليست مطلقة وإنما هي مقيدة بالنظام الاجتماعي داخل المجتمع والقانون هو الذي يضع حدودها لأجل تنظيم كيفية ممارستها كي لا تضر بالآخرين. أما الوجه الثاني فيقصد به سرية الشخص في حياته الخاصة، لأن العلانية تفقد الحرية قيمتها وتسلب مضمونها.

ومن البديهي أن الإنسان هو الذي يتمتع بالحق في الحياة الخاصة لأجل الحفاظ على كرامته وتطور شخصيته سواء كان ذكرا أم أنثى، وطنيا أم أجنبيا. وبما أنه يعتبر جزءا من الأسرة فإن الحفاظ على حياته الخاصة هو نفسه الحفاظ على الحياة الخاصة للأسرة.

أما بخصوص الشخص المعنوي فقد انقسم الفقه المقارن حول مدى تمتعه بالحق في الخصوصية إلى اتجاهين. اتجاه أول حصر التمتع بهذا الحق للإنسان فقط باعتباره حقا لصيقا بشخصيته، أما الاتجاه الثاني فحوله أيضا للشخص المعنوي في الحدود التي تتلاءم مع ظروفه وطبيعته لأنه بدوره يتمتع بعدة حقوق، ومنها: تمتعه بالحق في الاسم، وحماية السمعة والاعتبار.

* تاريخ إيداع المقال: 2015/07/08

تاريخ تحكيم المقال: 2015/12/02

وأخيرا، فإن الدول تكرس الحق في الحياة الخاصة من خلال الاتفاقيات الدولية التي تبرمها.

Résumé

Les États sont actuellement en ne considérant que la réalisation de la sécurité, la protection des frontières et les règles de procédure et de résolution des conflits entre les individus, mais aussi à l'œuvre pour préserver les droits des déclarations des droits humains et les constitutions et les lois, y compris le droit à la vie privée. La vie privée est aussi vieille que l'humanité, parce que la loi islamique comme une religion et un système législatif a droits humains universellement reconnus depuis longtemps. Et à la difficulté de définir la vie privée est allé Principes progressivement à changer sa recherche d'une définition a essayé de dresser une liste des valeurs qui donnent la bonne idée de la vie privée, y compris la vie familiale, vie professionnelle, et le droit à l'image, et le mariage.

Et le droit à la vie privée et vont main dans la main côtés, à savoir: la liberté de la vie privée et la confidentialité.

Face est destiné première liberté de l'individu de choisir le mode de vie, sans ingérence d'une tierce partie ou de l'autorité, mais cette liberté n'est pas absolue, mais est limitée par l'ordre social au sein de la société et la loi est celui qui met de leurs frontières pour l'organisation des modalités d'exercice de manière à ne pas nuire à autrui. Le deuxième aspect est destiné à la confidentialité de la personne dans sa vie privée, parce que la valeur publicitaire de la liberté perdue et de voler leur contenu.

Il est évident que l'homme est celui qui a le droit à la vie privée afin de maintenir sa dignité et de l'évolution de son personnage, homme ou femme, nationaux ou étrangers. Comme il fait partie de la famille, le maintien de sa vie privée est le même que le maintien de la vie privée de la famille.

En ce qui concerne la personne morale, il est divisé jurisprudence comparative sur l'étendue de la jouissance du droit à la vie privée dans deux directions. La direction du premier inventaire de la jouissance de ce droit pour l'homme que comme une réalité inhérente à sa personnalité, la deuxième tendance Vjulh également de la personne morale dans les limites qui correspondent aux circonstances et la nature de ce à son tour a plusieurs droits, y compris: la jouissance du droit au nom, et la protection de la réputation et l'esprit. Enfin, les États consacrant le droit à la vie privée par les conventions internationales conclues.

مقدمة:

إن الحق في احترام الحياة الخاصة يُعد من أهم حقوق الإنسان في المجتمعات الحديثة، فهو ثمرة للتطور الحضاري للمجتمع الإنساني. لأن الخصوصية قديمة قدم البشرية، وقد جاء في القرآن الكريم ما يشير إلى ذلك استناداً إلى قوله تعالى: " ولا تجسسوا ولا يغتب بعضكم بعضاً ". وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله (ص) قال: " أن من اطلع في بيت قوم بغير إذنه فقد حل لهم أن يفتنوا عينه " .

ولما كان بيت الإنسان هو حصن حياته الخاصة فقد قال الله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتاً غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها ذلكم خير لكم لعلكم تذكرون. فإن لم تجدوا فيها أحداً فلا تدخلوها حتى يؤذن لكم وإن قيل لكم ارجعوا فارجعوا هو أزكى لكم".

إن تكريم الإسلام للإنسان يعود لصيانة حرمة وعدم الاعتداء عليها خصوصاً الحق في حياته الخاصة استناداً إلى قول الرسول (ص): " كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه بحسب امرئ من الشر- أن يحقر أخاه المسلم " .

فطبيعة هذه الحياة تقتضي أن تتسم بأسرار صميمة تنبع من ذاتية صاحبها ومن حق الفرد أن يحتفظ بأسرار حياته بعيداً عن اطلاع الغير عليها.

فالفرد لا يعيش فقط على الخبز ولا يجيا فقط بمصالحه المادية، وإنما يلزم لحياته حقوق ملتصقة بشخصيته وملازمته لها. وليس هناك حق أعلى وأهم من الحق في الحياة الخاصة لما له من ارتباط وثيق بحرية الفرد وما يترتب عليها من صون كرامته واحترام آدميته.

ولما كان الفرد هو محور القانون، فإن التشريعات جميعها تسعى إلى حمايته وتحقيق مصالحه. ولكن قد تقتضي- المصلحة العامة التدخل في الحياة الخاصة للفرد.

وتعريف الحياة الخاصة أمر صعب، وهذا راجع لاختلاف مضمونها واختلاف نطاق الخصوصية من فرد لآخر، لأن هناك من يجعل حياته الخاصة كتاباً مفتوحاً، وهناك من يجعل حياته سرا غامضاً. كما يختلف مضمون الحياة الخاصة من مجتمع إلى آخر نتيجة اختلاف القيم الأخلاقية والتقاليد والثقافة.

وقد حاول رجال القانون تعريفه في مؤتمر استكهولم في ماي 1967 بأنه: "الحق في أن يكون الفرد حراً، وأن يُترك يعيش كما يريد مع أدنى حد للتدخل الخارجي " .

المبحث الأول: تعريف الحق في الخصوصية:

الخصوصية لغة هي حالة الخصوص. والخصوص نقيض العموم، ويقال خصه بالشيء خصا وخصوصا وخصوصية والفتح أفصح. وخاصة الشيء ما يختص به دون غيره أي ينفرد به، ويقال اختص فلان بالأمر وتخصص له إذا انفرد وخص غيره ببه، ويقال فلان يخص بفلان أي خاص به وله به خصية والخاصة ما تخصه لنفسك.⁽¹⁾

وإذا كان من المتفق عليه أن نطاق الحياة الخاصة يتمتع بالحماية القانونية حيث يجب أن يظل بعيدا عن تدخل الغير وعن العلانية إلا أن تعريف الحق في الخصوصية أو في حرمة الحياة الخاصة ما زال من أدق الأمور التي ما زالت تثير النقاش والخلاف في القانون المقارن.

وهذه الصعوبة ترجع في الحقيقة إلى أن فكرة الحياة الخاصة نفسها فكرة مرنة تختلف وتتطور من مجتمع إلى آخر، وتختلف بحسب الأخلاقيات السائدة في الجماعة. بالإضافة إلى الظروف الخاصة بكل شخص من حيث كونه بين الناس الذين يتكلمون خصوصياتهم أو من هؤلاء الذين يجعلونها كتابا مفتوحا، وحسب رأي البعض تختلف بحسب ما إذا كان الشخص عاديا أم مشهورا.⁽²⁾

كما ترجع إلى مدى تقدير كل مجتمع للقيم التي تتعارض بمناسبة حماية الحياة الخاصة، فهذه الحماية تجد في مواجعتها الحق في الإعلام الذي يرتبط إلى حد كبير بحرية الصحافة.

إن حماية الخصوصية تعتبر قييدا على حرية الصحافة، فتضيق وتوسع نظرة كل مجتمع لنطاق الحياة الخاصة بحسب نظريته إلى مدى الحرية التي يجب أن تتمتع بها الصحافة.

ويذهب الفقه المقارن إلى أنه يصعب إعطاء الخصوصية تعريفا يصلح للتطبيق في المجال القانوني فهي تعتبر نطاقا قانونيا واسعا يصعب وضع حدود ومعالم واضحة مسبقة له.⁽³⁾

وقد ظهرت تعريفات مختلفة بالفقه والقضاء المقارن حاولت تعريف الحق في الخصوصية إما بوضع تعريف شامل للفكرة نفسها دون تعداد للعناصر التي تكون الحق في الخصوصية، وإما نظرا لأن الفكرة مرنة ومتغيرة من مجتمع إلى مجتمع آخر ومن زمن إلى آخر، فقد يمتنع الفقه عن وضع تعريف شامل للفكرة وإنما يعرفها عن طريق مضمونها بتعداد الأمور والوقائع التي تدخل في نطاق الحياة الخاصة، وذلك حتى يكون المجال مفتوحا لإدخال تعديلات في التحديد حسب الظروف، سواء بالإضافة أو الحذف وأخيرا إما أن تجمع بين الفكرتين.

⁽¹⁾لسان العرب المحيط العلامة ابن منظور، مطبعة بيروت، المجمع الوسيط الصادر من مجمع اللغة العربية، الجزء الأول، كلمة خصص، القاهرة 1960.

⁽²⁾ ليندون / الصحافة والحياة الخاصة، الأسبوع القانوني، 1965.

⁽³⁾ فيلو جاك / الحق في احترام الحياة الخاصة، بروكسل 1974، ص. 19.

المطلب الأول: الحق في الحياة الخاصة لدى الفقه والقضاء الفرنسيين:

الفرع الأول: الحق في الحياة الخاصة لدى الفقه الفرنسي:

أوضح الفقه الفرنسي أن لكل إنسان نطاق من الحياة يجب أن يكون شخيصيا له ومقصورا عليه، بحيث لا يجوز للغير أن يدخل إليه بدون إذن، والخلوقة قد تكون بأن يتعد الفرد عن المجتمع ويعيش وحده لفترة من الوقت أو تكون بأن يحتلي الإنسان ببعض الناس الذين يألف إليهم.⁽⁴⁾

الفرع الثاني: الحق في الحياة الخاصة لدى القضاء الفرنسي:

لم يضع القضاء الفرنسي تعريفا محمدا للحياة الخاصة، واتجه إلى بحث كل حالة على حدة كي يستطيع أن يوفر الحماية القانونية للحياة الخاصة ولا يحصر نفسه في نطاق محدود.

والمستفاد من أحكام القضاء الفرنسي أنه يعتبر من الأمور التي تدخل في نطاق الحق في الحياة الخاصة للفرد، حالة الشخص العائلية والعاطفية والجسدية والنفسية والعقلية والمعتقدات الدينية والفلسفية والصحية.

كما أنه لم يستطع وضع حدود فاصلة بين الحياة العامة والخاصة، فمن الصعب القول أين تنتهي الحياة الخاصة وأين تبدأ الحياة العامة.⁽⁵⁾

المطلب الثاني: الحق في الحياة الخاصة لدى الفقه والقضاء الأمريكيين:

الفرع الأول: الحق في الحياة الخاصة لدى الفقه الأمريكي:

يذهب جانب من الفقه الأمريكي المعاصر إلى تفضيل عبارة حق الشخص في الخلوقة أو في أن نتركه وشأنه على تسمية الحق في الخصوصية.

فالخصوصية تشير في الذهن البعد عن العلانية، أي أن المساس بها يكون بالكشف عما يدور في الظلام وتكتنفه السرية. مع أن الحماية القانونية لا تشمل فقط ما يكون سرا خفيا عن الكافة بل تشمل ما يدور في مكان عام طالما أن حالة الخصوصية قد توافرت.

والحقيقة أن التركيز على فكرة الهدوء والخلوقة يقدم ميزة هامة في تحديد المقصود بالخصوصية، فحماية الحياة الخاصة لا تعني فقط عدم الكشف عن أسرار هذه الحياة وكل ما يتعلق بها وإنما تعني أيضا ضرورة عدم التدخل في الحياة الخاصة بالامتناع عن كل ما من شأنه المساس بهدوء وسكينة الحياة الخاصة للشخص، أي أنه يجب من جهة احترام سرية أو خصوصية الحياة بعدم الكشف عنها، ومن جهة أخرى يجب احترام هدوء

⁽⁴⁾ جونز/ تهديد الحياة الخاصة بواسطة التكنولوجيا: تقرير مقدم إلى الندوة الدولية الثالثة عن الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، منشور في أعمال هذه الندوة بعنوان "الحياة الخاصة وحقوق الإنسان" بروكسل 1973، ص.185.

⁽⁵⁾ نقلا عن كتاب الدكتور أسامة عبد الله قايد/ الحماية الجنائية للحياة الخاصة وبنوك المعلومات، القاهرة 1988، ص. 14.

الحياة الخاصة دون تعكير صفوها ولا يجوز الخوض فيها أو إثارها، فلا يجوز فصل العامل لسبب يتصل بحياته الخاصة فهنا لا يوجد أي مساس بالسرية أو كشف الخصوصية وإنما يلجأ إلى الخصوصيات لتعكير هدوء الحياة الخاصة للشخص.⁽⁶⁾

الفرع الثاني: الحق في الحياة الخاصة لدى القضاء الأمريكي:

لقد رفض القضاء الأمريكي مبدأ الحق في الخصوصية لعدم وجود سوابق قضائية تحمي هذا الحق، وما يؤكد ذلك حكم محكمة الاستئناف في نيويورك بخصوص قضية روينسون ضد روشستير، فالمدعى عليهم قاموا باستخدام صورة المدعية دون أخذ إذنها لأغراض تجارية، فلما علمت بذلك رفعت دعوى طالبت فيها بالتعويض بسبب الضرر الذي لحقها في خصوصياتها والاعتداء على ملكية صورتها والصدمة النفسية التي تعرضت لها، فرفضت المحكمة دعواها لعدم وجود سوابق قضائية وعدم اعتراف المشرع بهذا الحق.

ولكن في العصر الحديث أصبح للقضاء الأمريكي دور في تشييد نظرية الحق في الخصوصية، إلا أنه لم يضع تعريفاً محدداً لفكرة الخصوصية، حيث يعرفها عن طريق تعريف المساس بالخصوصية كالاتي: " فكل شخص يتهم بصورة جدية، وبدون وجه حق شخص آخر في ألا تتصل أموره وأحواله إلى علم الغير، وألا تكون صورته عرضة لأنظار الجمهور، يعتبر مسؤولاً أمام المعتدى عليه".

وجاء في التعليق على هذا التعريف أن التفرقة بين ما يجب إعلانه للناس وبين ما يجب أن يظل خفياً عنهم ما زال من الأمور الدقيقة التي يصعب وجود معيار حاسم وواضح لها.

المبحث الثاني: حدود ونطاق الحق في الحياة الخاصة أو الخصوصية:

يتنازع المجتمع مصلحتان أساسيتان هما: مصلحة الفرد في سرية أسرار حياته الخاصة، ومصلحة المجتمع في المساس بهذه الأسرار وانتهاكها في بعض الأحوال الموجبة لذلك. والذي يضع حدود نطاق الحق في الحياة الخاصة هو ترجيح إحدى المصلحتين على الأخرى.

المطلب الأول: حدود الحق في الحياة الخاصة:

نجد مصلحة الفرد في حفظ أسرارها ووقائع حياته والمعلومات المتعلقة بحياته الخاصة ومصلحة المجتمع في توجيه سلوك الفرد ومعرفة المعلومات عنه، التي تكون أساساً لوضع برامج التنمية أو مدى مطابقتها لسلوكه للنظام الاجتماعي والقانوني للدولة.

⁽⁶⁾ كوفيز ميلتون / الخصوصية والقانون، مقدمة فلسفية منشورة في مجلة القانون والمشاكل المعاصرة سنة 1966، المجلد 31، العدد الثاني، ص 279

ولا يمكننا القول أننا بصدد مصلحتين متناقضتين أو متعارضتين، بل قد يصدق القول بأننا بصدد مصلحتين متوازيتين يحرص المجتمع على حمايتهما ولكن بترجيح إحدهما على الأخرى، وذلك يرتبط بطبيعة النظام السياسي والاجتماعي الذي تنتهجه الدولة.

وللحق في الحياة الخاصة وجهان متلازمان، هما: حرية الحياة الخاصة وسرية هذه الحياة.

الفرع الأول: حرية الحياة الخاصة:

يقصد بها حرية الفرد في اختيار أسلوب حياته دون تدخل من الغير أو السلطة لكن هذه الحرية ليست مطلقة للفرد، وإنما هي مقيدة بالنظام الاجتماعي داخل المجتمع ويضع القانون حدودها لا من أجل تقييد هذه الحرية ولكن من أجل تنظيم كيفية ممارستها كي لا تضر - بالآخرين، فلا محل للتضحية بحرية الآخرين من أجل حرية فردية.

ويجب أن تخضع التشريعات الخاصة بتنظيم ممارسة حرية الحياة الخاصة للأفراد لرقابة المحكمة لأجل ضمان عدم المساس بهذه الحرية أو مضمون الحق ذاته.⁽⁷⁾

ومن التطبيقات القضائية للمحكمة العليا الأمريكية التي تناولت مدى مشروعية الحدود التنظيمية لممارسة حرية الحياة الخاصة ما قضت به في سنة 1942، حيث قضت بإلغاء تشريع يفرض التعقيم الإجباري على من يُحكم عليه بعقوبات نتيجة إتيانه أفعالاً جنسية غير مشروعة، وقالت المحكمة في تبرير قضائها " أن حق الزواج والإنجاب أساسيان لوجود واستمرار حياة الجنس البشري".⁽⁸⁾

الفرع الثاني: سرية الحياة الخاصة:

يقصد بها كل ما ينتج عن ممارسة الفرد لحياته الخاصة سواء أكانت بيانات أو وقائع.

فسرية الحياة الخاصة هي الوجه الثاني للحياة الخاصة فلا نستطيع القول بأن هناك حرية للفرد في ممارسة حياته الخاصة إذا لم تكن السرية تكسو كل ما ينتج عن هذه الممارسة، فالعلانية تفقد الحرية قيمتها و تسلب مضمونها، إذ أنها تجعل المجموع رقيقاً على سلوك الفرد وأسلوب حياته الخاصة.

ونطاق سرية الحياة الخاصة نطاق شخصي يرتبط بالشخص ذاته، فهو يشمل جميع البيانات والوقائع التي يقرر الشخص أن من مصلحته الاحتفاظ بها لنفسه أو بغيره من الأشخاص المتصلين به ويريد اطلاعهم عليها

(7) أحمد فتحي سرور/ الحق في الحياة الخاصة، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 54، ص 45.

(8) محمد يحيى مطر/ الحق في الخصوصية في القانون الأمريكي، بحث مقدم إلى مؤتمر الحق في حرمة الحياة الخاصة - كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية

، من 4 إلى 6 يونيو 1987.

ويخضع ذلك لتقدير قضاة الموضوع، ولا يشترط لإضفاء طابع السرية على هذه المعلومات أو الوقائع أن تكون مشروعة، فالقانون يسعح حمايته على أسرار الحياة الخاصة بغض النظر عن مشروعيتها.

و يجدر التنبيه إلى أن الحق في سرية الحياة الخاصة يختلف من الحق في السرية بصفة عامة فقد كفل قانون العقوبات الجزائري حماية أسرار المهنة.

وخلاصة القول، أن نطاق الحق في الحياة الخاصة نطاق غير محدد وإنما هو نسبي يختلف من فرد لآخر ومن دولة إلى أخرى ومن زمن إلى آخر بداخل المجتمع وفقا لمقتضيات المصلحة الاجتماعية والنظام السياسي والاجتماعي داخل كل دولة.

فالمشرع هو الذي يضع الحدود العامة لنطاق الحق في الحياة الخاصة ولكن الذي يكون له الدور الأساسي في رسم حدود نطاق الحق في الحياة الخاصة في الدولة هو القضاء بصفة أساسية ثم الفقه.⁽⁹⁾

المطلب الثاني: نطاق الحق في الحياة الخاصة:

أمام صعوبة تعريف الحياة الخاصة نفسها أو بالنظر إلى تقيضها وهو الحياة العامة فقد اتجه الفقه تدريجيا إلى العدول عن البحث عن تعريف لها، واتجه إلى وضع قائمة للقيم التي تحميها فكرة الحق في الخصوصية.

فقد أوضح بعض الفقهاء⁽¹⁰⁾ أن فكرة الحق في الخصوصية عبارة عن قبة تتجمع تحت ظلها عدة مراكز وحالات يوجد بينها القليل من النقاط المشتركة، ولكنها تهدف جميعا إلى حماية الحياة الخاصة فهي تشمل حماية القيم التي تتعلق بالفرد والتي يجب حمايتها ضد التدخل الخارجي من الغير.

و حتى لا تختلط معالم فكرة الخصوصية بين الفقه والقضاء الأمريكيين اللذان توسعا في تفسيرها إلى درجة كبيرة وبين مفهومها في الفقه والقضاء الفرنسيين.

الفرع الأول: نطاق الحق في الخصوصية لدى الفقه والقضاء الأمريكيين:

تبنى القضاء الأمريكي التقسيم الذي قال به الفقيه Prosser وهو أن الحق في الحياة الخاصة ينقسم إلى أربعة أقسام، وهي:

(أ) التدخل في الحياة الخاصة للفرد، كالتجسس على حياته الخاصة أو التنصت.

(ب) النشر العلني للوقائع الخاصة بالفرد، كنشر- صورة زوجته المريضة بغض النظر عن وسيلة

الحصول عليها.

(ج) الإساءة إلى سمعة الشخص في نظر الجمهور.

⁽⁹⁾ قلا عن كتاب الدكتور أسامة عبد الله فايد/ الحماية الجنائية للحياة الخاصة وبنوك المعلومات، المرجع السابق، ص- 21- 22.

⁽¹⁰⁾ فيلو جاك/ الحق في حماية الحياة الخاصة، المرجع السابق، ص. 24.

د) استخدام بعض العناصر الشخصية للشخص بقصد الحصول على كسب مادي مثل: الاسم، الصوت أو الصورة.

ومن التطبيقات القضائية لمظاهر الحق في الخصوصية ما يلي:

الحق في العزلة: ويقصد به حق الفرد في عزلته ومنع الغير من انتهاك رغبته في أن يظل مجهولاً ومنعزلاً⁽¹¹⁾، وهي حيناً يتدخل الغير مادياً كافتحامه منزل الشخص أو التدخل الغير مادي عن طريق الحواس كاختلاس النظر مثلاً.

وقد قضت المحاكم الأمريكية إعمالاً لذلك بمسؤولية التاجر الذي يلاحق مدينه عن طريق التدخل بقصد معرفة مركزه المالي، ويتطلب القضاء الأمريكي لقيام المسؤولية أن يكون هذا التدخل في مكان خاص أو في أمر خاص وليس في مكان أو أمر عام.

الفرع الثاني: نطاق الحق في الخصوصية لدى الفقه والقضاء الفرنسيين:

أوضح جانب من الفقه الفرنسي أن الأمور التي تدخل في نطاق الحياة الخاصة هي الأمور التي تتعلق بالحياة العائلية كالبنوة والزواج والطلاق والحياة العاطفية والصورة والذمة المالية وما يدفعه الشخص من ضرائب وكيفية قضاء أوقات الفراغ، وهذا التعداد عبارة عن ترديد لما طبقه القضاء فقط، ولكن يختلف الفقه حول تعداد ما يدخل في نطاق الحياة الخاصة، فيضيف البعض على ما سبق ذكره الحق في الاسم والصوت والشرف والاعتبار وفي سيرة حياته وفي جانب الحياة الحرفية الغير علنية وحياته الداخلية والروحية، أي الحياة التي يعيشها الشخص عندما يعلق على نفسه باب منزله.

ومن أهم التطبيقات القضائية ما يلي:

- الحياة العاطفية والزوجية والعائلية:

استقر القضاء الفرنسي على عدم جواز نشر المغامرات العاطفية لفتاة صغيرة السن، كما لا يجوز نشر- التاريخ الغرامي لأحد الأشخاص.⁽¹²⁾

كما تعتبر من قبيل الحياة الخاصة الأمور المتصلة بالحياة والعلاقة الزوجية ومن بينها علاقة الرجل بزوجه ومدى نجاح العلاقة الزوجية، وكذلك ما يتعلق بالطلاق وظروفه وإبرام زواج جديد.⁽¹³⁾

⁽¹¹⁾ Opinion de la cour dans Kaz v. United States, 309.U.S.347, 350- 1967.V. Francois Art. P.710.

⁽¹²⁾ تقض مدني في: 1971/01/06، الأسبوع القانوني- 1971-2-16723.

⁽¹³⁾ محكمة السين الابتدائية، 23، 25 يونيو 1966 - الأسبوع القانوني- 1966-2-14875.

المبحث الثالث: الطبيعة القانونية للحق في الخصوصية:

ظهر في الفقه والقضاء المقارن أكثر من اتجاه في تحديد الطبيعة القانونية للحق في الخصوصية، وتحديدتها يؤثر تأثيراً مباشراً في تحديد الأشخاص الذين يتمتعون بهذا الحق.

المطلب الأول: أهم الاتجاهات في التكييف القانوني للحق في الخصوصية:

لما كان المشرع الفرنسي قد اعترف صراحة في المادة التاسعة من القانون المدني بأن للشخص الحق في الحياة الخاصة فإنه قد قضى على نقاش كان يدور حول ما إذا كانت الخصوصية تعتبر حقاً أم رخصة أو حرية. ولكن التساؤل المطروح يثور حول طبيعة هذا الحق.

ظهر اتجاهان، وهما:

(1) **الاتجاه الأول:** يرى أن الحق في الخصوصية يعتبر من قبيل حق الملكية، ومن ثم يعتبر الشخص مالكا لحياته الخاصة.

(2) **الاتجاه الثاني:** يرى أن الحق في الخصوصية يعتبر من قبيل الحقوق الشخصية أو الحقوق الملازمة لصفة الإنسان.

الفرع الأول: الحق في الخصوصية يعتبر من قبيل الحق في الملكية:

يذهب اتجاه في الفقه والقضاء المقارن إلى القول بأن الإنسان يعتبر مالكا لحياته الخاصة. ومن ثم، لا يجوز الاعتداء على حق ملكيته، ولقد نشأت هذه الفكرة في بادئ الأمر في مجال الحق على الصورة ثم انتقلت إلى الحق في الخصوصية.

ويرجع أساس الفكرة القائلة بأن للإنسان على صورته حق ملكية إلى النظرية التي ترى أن للإنسان على جسمه حق ملكية. والصورة تعتبر جزء لا يتجزأ من الجسم الإنساني، فالشكل يتكون شأنه شأن الجسم من مجموعة من العظام والجلد والعضلات والأوردة.

فهذه الأجزاء أو المواد مجتمعة تعطي كل شخص شكلاً خاصاً يتميز به عن غيره من البشر. ومن ثم، فإن حق الملكية الذي يتمتع به الإنسان على جسده يمتد إلى الصورة التي تمثل هذا الجسد، فهذه الفكرة تنظر إلى الصورة نظرة مادية ومن هنا أمكن تشبيه الحق في الصورة بحق الملكية.

وسلامة الكيان البدني وحرمة تستلزم منع المساس به سواء كان المساس إرادياً أو غير إرادياً، فالإنسان باعتباره مالكا يستطيع أن يتصرف كما يشاء في صورته فله أن يغير في معالمها إذ يستطيع أن يصبغ شعره ويغير في طريقة تصفيف شعره أو أن يقوم بعمليات التجميل ويجوز له أيضاً أن يمنع تصوير شكله أو نشر صورته. فالقانون المدني الفرنسي والجزائري أيضاً يخولان المالك حق الاستعمال، والاستغلال، والتصرف

المطلق فيما يملكه، ومن ثم يعتبر من قبيل المساس بهذه السلطات من يصور شكل غيره من الناس وينشر صورته وذلك حتى ولو لم يكن المصور مدفوعاً بأية نية سيئة.

ومثل هذا المساس يؤدي إلى منح الشخص الحق في رفع دعوى استرداد تستهدف الاعتراف بحقه في الملكية، كما تخوله الحق في طلب وقف الأعمال التي تنطوي على المساس بحقه.⁽¹⁴⁾

ولقد أخذت بعض المحاكم الفرنسية منذ القدم وحتى وقتنا هذا بهذه الفكرة كاملة، فنجد صراحة عبارة " من حيث أن كل شخص يتمتع بالنسبة لصورته ولاستعمالها بحق ملكية مطلق، ولا يملك غيره التصرف فيه دون موافقته ".⁽¹⁵⁾

وعلى هذا، فالشخص ينظر إليه باعتباره موضوعاً للحق من جهة، ويستطيع أن يصبح بعدة شروط حائزاً للحق من جهة أخرى. وبعبارة أخرى، فإن مميزات صاحب الحق تكون لها صفة أو طابع موضوع الحق شأنها شأن البضائع وصاحب الحق يعتبر حد نفسه، بمعنى أن هذه الحرية تسمح له بالتصرف في هذه المميزات في المطالبة باستعادتها، لأن الشخص أي صاحب الحق يملك نفسه فمن يصوره دون إذنه فهو يسرق شكله باعتباره جزءاً منه.

ومن أهم خصائص الحق على الصورة قابليته للتصرف، فالشخص يستطيع أن يبيع صورته وشكله كما يشاء، فعارضة الأزياء تتبع صورتها أو من يضع صورته على الإعلانات فإنه لا يقوم بذلك إلا بمقابل مالي، وكذلك يستطيع الشخص بيع حياته الخاصة مقابل مبلغ مالي، فالفنان أو أي شخص قد يبيع مذكراته التي توجد فيها أسرار وخصوصيات حياته.

إن الحياة الخاصة يُنظر إليها قانوناً باعتبارها ملكية خاصة للشخص والمظاهر المختلفة للشخصية يجب أن تفهم على أنها من قبيل الحقوق المنبثقة من حق الملكية.⁽¹⁶⁾

وتظهر ميزة هذه الفكرة في أنها تسمح لمن يتعرض لاعتداء على حياته الخاصة أو صورته أن يلجأ إلى القضاء لوقف هذا الاعتداء دون حاجة لإثبات وجود ضرر مادي أو معنوي، وذلك إعمالاً لحقوق المالك. كذلك حتى ولو لم يرتكب المدعى عليه أي خطأ، فقد أخذت بهذا الاتجاه بعض المحاكم الأمريكية والكندية.⁽¹⁷⁾

⁽¹⁴⁾ Fougerol (H): La figure humaine et le droit, thèse Paris, 1913, p- p. 15-16.

⁽¹⁵⁾ محكمة جراس: 1905/02/27 - دالوز 1905-2-389، ومحكمة باريس الابتدائية: 1970/05/23 - جازيت دي باليه-

1970-2 - ملخص 65.

⁽¹⁶⁾ Edelman (B): Esquisse d'une théorie du sujet -l'homme et son image - D 1970, chron, p. 119.

⁽¹⁷⁾ تم القضاء في ولاية أونتاريو الكندية حيث يطبق القانون الإنجليزي بتعويض لاعب كرة قدم عن استعمال صورته دون إذنه. وأسس القضاء الاعتداء على الحق في الملكية، ورد هذا الحكم في مؤلف باتينود بيير / حماية المحادثات في القانون الخاص - دراسة مقارنة لقوانين أمريكا، إنجلترا، كندا، فرنسا، باريس 1976، ص.30، هامش 90.

تقدير هذا الاتجاه:

ينتقد أغلبية الفقه الفرنسي هذه الفكرة باعتبارها فكرة خاطئة وغير دقيقة⁽¹⁸⁾. فأنصار هذه الفكرة قد تأثروا بالأفكار الرومانية، حيث حرصوا على إرجاع كل جديد إلى الأفكار القانونية التي كانت سائدة قديماً بدلاً من أن يجددوا وينشئوا تقسيمات قانونية جديدة كان من السهل تبيينها لو أمعنا النظر في الحقوق الجديدة وحللناها تحليلاً سليماً وعرفنا مضمونها وحدودها الحقيقية.

كما أنه لا يمكن القول دائماً أن الشخص يملك الصور التي تمثله، فالشخص الذي يقبل أن يصوره أو يرسمه أحد الفنانين لا يعتبر مالكا للصورة وإنما المالك هو الفنان نفسه ولا تنتقل الملكية إلى الشخص "عارض الأزياء" إلا باتفاق مع الفنان.⁽¹⁹⁾

فلقد قررت إحدى المحاكم الفرنسية أنه لا يجوز اللجوء إلى حق الملكية، فالإنسان لا يدخل في دائرة المعاملات القانونية ولا يمكن أن يكون موضوعاً لحق عيني.⁽²⁰⁾

الفرع الثاني: الحق في الخصوصية يعتبر من حقوق الشخصية:

اتجه الفقه والقضاء الفرنسيين حديثاً إلى اعتبار الحق في حماية الحياة الخاصة من قبيل الحقوق الملازمة لصفة الإنسان وحقوق الشخصية هي الحقوق التي يكون موضعها العناصر المكونة للشخصية.⁽²¹⁾

فالمشرع الفرنسي اعترف صراحة بأن للشخص الحق في احترام حياته الخاصة. فالحماية تقررت للحق وليس للحرية، فالفقيه ستارك يوضح بأن حماية الحق في الحياة الخاصة تتم دون حاجة للجوء لفكرة المسؤولية على أساس الخطأ أو المخاطر، فالبحت على أساس المسؤولية يكون بالبحث في أساس الجزاء في جانب المضرور والمسؤول معاً.

وبالتالي، فأساس الحماية القانونية ليس أحكام المسؤولية المدنية وإنما تتمثل في وجود حق شخصي في حرمة الحياة الخاصة. وهذا الحق الشخصي يعتبر من حقوق الشخصية.

وإذن، فالاعتراف بالحق في الخصوصية باعتباره من حقوق الشخصية يقدم ميزة هامة، لأن المعتدى عليه يستطيع اللجوء إلى القضاء بمجرد الاعتداء على الحق ليطلب اتخاذ الإجراءات اللازمة لوقفه أو منعه ولا يلزم بإثبات عنصري الخطأ أو الضرر.

⁽¹⁸⁾ Nerson: Les droits extrapatrimoniaux, Thèse- Lyon 1939, Paris L.G.D.J, n:78, p.141.

⁽¹⁹⁾ كلير بير / الحق في الصورة ، الجزء الثاني، باريس 1961، ص.76.

⁽²⁰⁾ محكمة أفييتو المدنية: 1932/3/2- جازيت دي باليه- 1932-1-855.

⁽²¹⁾ رينو ومارتي / القانون المدني، الجزء الأول، المجلد الثاني، رقم 5، الطبعة الثانية، ص.11.

ومن ثم، تكون الحماية القانونية أكثر قوة وفعالية مما لو تركنا الحماية لقواعد المسؤولية المدنية، لأنه يجب على المعتدى عليه إثبات عناصرها الثلاثة من ضرر و خطأ وعلاقة سببية، بالإضافة إلى صعوبة إثباتها فإن المسؤولية لا توفر إلا الحماية اللاحقة للحق، أي بعد الاعتداء عليه وترتب الضرر.

كما أن التعويض لا ينجح دائما في محو الأثر المترتب على الضرر وإنما الحماية القوية تكون عن طريق الوقاية من الاعتداء على الخصوصية وهذه لا يسمح بها إلا الاعتراف بالحق في الخصوصية و باعتباره من حقوق الشخصية.⁽²²⁾

وهذه الفكرة تفضل فكرة حق الملكية، لأنها تستهدف أساس حماية المصالح المعنوية لأن الفقه الفرنسي - يوضح ضرورة عدم الخلط بين حقوق الشخصية والحقوق غير المالية، فالحقوق الشخصية يمكن أن تشمل حقوقا ذات طابع مالي ويجب الأخذ بعين الاعتبار أن الحق يهدف في حماية الشخصية أساسا بصرف النظر عما إذا كان يقبل التقويم بالمال أم لا.⁽²³⁾

كما تتميز فكرة حقوق الشخصية بأنها توفر الحماية القانونية للشخص في مواجهة الكافة، فيستطيع الشخص أن يستلزم من الكافة احترام حقه في الحياة الخاصة بعدم التحري عنها أو التجسس عليها وعدم نشر ما يتعلق بها.

ولكن التساؤل المطروح هو: هل الحق في الخصوصية يقترب من الحق العيني أكثر مما يقترب من الحق الشخصي؟

وجد اتجاهان للجواب على هذا التساؤل، وهما:

الاتجاه الأول: تشبيه الحق في الخصوصية بالحق العيني:

وجه الشبه بين الحق في الخصوصية والحق العيني يمكن من جهة أن يحتاج به في مواجهة الكافة، حيث يلتزم بعدم التعرض لصاحب الحق في مباشرته له، فالحق في الخصوصية لا يفرض التزاما على شخص بعينه وإنما يفرض على الكافة ضرورة الامتناع عن المساس بالخصوصية.

ومن جهة أخرى، فإن مجرد المساس بالحق العيني يستوجب الحماية القانونية دون حاجة لإثبات عناصر المسؤولية المدنية، فمن يعتدى على حقه في الملكية له أن يدفع الاعتداء بإجراءات عديدة وهذا أيضا ما يتميز به الآن الحق في الخصوصية أي وقف أو دفع الاعتداء بصرف النظر عن الضرر.⁽²⁴⁾

⁽²²⁾ Kayser (Pierre): Les droits de la personnalité, Aspects théoriques et pratiques, Rev. Trim.dr.civ.1971, p.417.

⁽²³⁾ رينو ومارتي/ القانون المدني، المرجع السابق، المجلد الأول، رقم 145، ص. 267.

⁽²⁴⁾ Kayser (Pierre): Les droits de la personnalité, op.cit, n 34, p.489.

يعتبر هذا الاتجاه هو الاتجاه التقليدي في التشبيه بين الحق العيني والحقوق الصيقة بالشخصية، فحق الملكية كان أقوى الحقوق وإذا أردنا أن نضفي القوة على حق كان لزاما علينا أن نربطه بوسيلة أو بأخرى بحق الملكية.⁽²⁵⁾

ولما بدأ حق الملكية يتضاءل في العصر- الحديث، فقد اتجه الفقه إلى ربط فكرة الحقوق الصيقة بالشخصية بأقرب الحقين فعلا إليهما: الحق العيني أو الحق الشخصي دون تأثر مسبق بضرورة ربطها بالحق العيني، ومن هنا ظهر الاتجاه الثاني.

الاتجاه الثاني: الحق في الخصوصية يتشابه مع الحق الشخصي أكثر مما يتشابه مع الحق العيني:

يرفض أنصار هذا الاتجاه تقسيم الحقوق للملازمة لصفة الإنسان بحسب الموضوع (لأن الفقه جرى على تقسيمها إلى أن البعض منها يحمي الكيان المادي للشخص والبعض الآخر يحمي الكيان المعنوي، إلا أن هذا التقسيم يصعب أحيانا لأن هناك بعض الحقوق تتعلق بالإنسان كله ماديا ومعنويا مثل الحق في الاسم).

ولهذا يرون أصحاب هذا الاتجاه إلى تقسيمها على أساس السلطات التي يخولها الحق لصاحبه، فهذه السلطات إما أن تضع الشخص في مركز يشبه مركز صاحب الحق العيني في مواجهة الشيء وإما أن تضعه في وضع يشبه وضع الدائن في الحق الشخصي.

فالحق في حياة الحياة الخاصة يحميها ضد الكشف عنها، ولهذا فإن للشخص الحق في الاعتراض على الكشف عن الحياة الخاصة وفي مواجهة هذه السلطة يوجد واجب قانوني عام على عاتق الغير بعدم التدخل في الحياة الخاصة أو الكشف عنها.

فكل شخص صاحب الحق في الحياة الخاصة يكون في مركز يشبه مركز الدائن في الالتزام بالامتناع عن عمل ولكن الفرق يتمثل في أن الالتزام بالامتناع عن القيام بعمل لا يقع إلا على عاتق شخص أو عدة أشخاص باعتبار أنه ينطوي على قيد على الحرية، أما في مجال الحياة الخاصة فإن الواجب يقع على عاتق كل شخص، فالغير يجب عليه أن يمتنع عن التجسس على الحياة الخاصة وعن الكشف عن وقائع الحياة الخاصة.

وبالتالي، يهدف هذا الاتجاه إلى الابتعاد عن تصوير الحق في الخصوصية على أنه من قبيل حق الملكية فهو يشبه الجانب الإيجابي في الذمة المالية حيث يقابله التزام الامتناع عن عمل.

وإذن، فالغير ملزم بواجب قانوني مؤداه احترام خصوصيات الغير وهذا الواجب القانوني الذي يقع على عاتق الكافة يضع قيودا بالنسبة لحقوقهم المالية، فلا يجوز لمن يمتلك صورة الغير أن يستغلها أو ينشرها كما يحلو له أن يفعل بالنسبة لصور الأشياء.⁽²⁶⁾

⁽²⁵⁾ كاربونيه/ القانون المدني، الجزء الأول، الطبعة التاسعة، ص.225.

المطلب الثاني: الأشخاص الذين يتمتعون بالحق في الخصوصية:

يحمي القانون الحياة الخاصة للشخص الطبيعي ذكرا كان أو أنثى يتمتع بالخصوصية القانونية التي تفرض هذا الإنسان باعتباره كائنا ذو قيمة اجتماعية تابعة من الحقوق والمصالح التي يتمتع بها، وبصرف النظر عن جنسيته سواء كان مواطنا أو أجنبيا لأجل الحفاظ على كرامته وتطور شخصيته.

وهل تنقرر هذه الحماية للأسرة أم أنها تقتصر على الفرد فقط، وهل يتمتع بها الشخص المعنوي؟ هذا ما سوف أحاول الإجابة عليه من خلال الفرعين التاليين.

الفرع الأول: مدى تمتع الأسرة بالحق في الخصوصية:

الأصل أنه إذا وقع الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة للشخص فإنه يجوز له طلب الحماية القانونية، كما يجوز لمن ينوب عنه قانونا طلب هذه الحماية.

ولكن التساؤل الذي يطرح هو: هل كشف خصوصيات أحد الأفراد من شأنه أن يعتبر اعتداء على حق الأسرة في الحياة الخاصة، وهل يتم حمايتها قانونا أم تنصب الحماية على الحياة الخاصة للفرد، ومما يزيد من صعوبة هذا الأمر هو حالة وفاة الشخص المعتدى عليه.

يرى الفقه والقضاء الفرنسي أن الحق في الخصوصية لا يخص حياة الشخص نفسه وإنما يخص أسرته أيضا حتى في حياته.⁽²⁷⁾ فلقد قضى القضاء الفرنسي بأن تصوير الطفل المريض في سريرته في المستشفى لا يتطوي على مساس بحق الطفل فقط في الخصوصية وإنما من شأنه أن يمس أيضا حق الأم في الخصوصية ومن ثم تقرر منع صدور المجلة التي نشرت فيها الصورة بناء على طلب الأم وباسمها الشخصي - وليس بصفتها وصية على ابنها القاصر.⁽²⁸⁾

حيث أنه بعض المحاكم قد توصلت إلى ما يسمى بالحياة الخاصة للعائلة، فقد حدث أن نشرت إحدى المجلات تحقيقا عن حياة أحد المحامين وجاء في التحقيق أن زوجة المحامي كانت متزوجة من قبل بأحد رجال الشرطة الذي فصل من وظيفته لاحترافه الجريمة وأنه قد قتل في نزاع نشب بينه وبين مجموعة من المجرمين.

ويلاحظ أن الكشف يتعلق بخصوصيات حياة الزوجة في فترة سابقة على الزواج وهذه المسألة تدخل في نطاق الحياة الخاصة للزوجة ويجوز لها طلب الحماية القانونية. ولكن الذي حدث أن الزوج (المحامي) وليس

⁽²⁶⁾ حسام الدين كامل الأهواني / الحق في احترام الحياة الخاصة - الحق في الخصوصية - (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1978، ص - ص 147- 149.

⁽²⁷⁾ ليندون / حقوق الشخصية، دالوز، باريس 1974، ص 107.

⁽²⁸⁾ باريس 1965/03/13 - دالوز - 1965 - ملخص الأحكام 114، نقض مدني 1966/07/12 - دالوز - 1967 - 181.

الزوجة هو الذي طلب باسمه التعويض عن المساس بخصوصيات عائلته وقررت المحكمة أن ذكر مغامرات الزوج السابق للزوجة يعتبر من قبيل المساس الصارخ بالحياة العائلية للمحامي.

فالحياة الخاصة للشخص تعتبر أيضا وأثناء حياته جزءا من الحياة الخاصة للعائلة، فهذه الحياة لا تخص الشخص فقط وإنما تخص الأسرة أيضا.

ومن ثم، فمن حق الأسرة أن تدافع عنها حتى في حياة الشخص نفسه.⁽²⁹⁾

كما قضى أيضا القضاء الفرنسي - بأن المعلومات المتعلقة بأصول الشخص وفروعه وزوجته تعتبر من الأمور المتصلة بحياته الخاصة.⁽³⁰⁾

ومما ذهب إليه القضاء الفرنسي نلاحظ بأنه يدخل في نطاق الحياة الخاصة للفرد ما يتعلق بأفراد عائلته، لأن الأمور العائلية للشخص تعتبر جزءا من أجزاء حياته الخاصة، فالمساس يصيب الشخص مباشرة في حياته الخاصة لأنه يمس عنصرا من عناصر حياته هو الخاصة.

ولكن المساس هنا يتعلق بأكثر من شخص، فهو يتعلق بمن كشف خصوصياته من جهة وبأفراد أسرته الذين يعتبر الكشف مساسا بحياتهم الخاصة من جهة أخرى.

الفرع الثاني: مدى تمتع الشخص المعنوي بالحق في الخصوصية:

انقسم الفقه المقارن حول ما إذا كان الشخص المعنوي يمكن أن يتمتع بالحق في الخصوصية شأنه في ذلك شأن الشخص الطبيعي.

1) ذهب اتجاه إلى القول بأن الشخص الطبيعي فقط هو الذي يتمتع بالحق في الخصوصية دون الشخص المعنوي ويستند في ذلك إلى عدة حجج ومنها، أن الحق في الخصوصية من الحقوق الملازمة للشخصية وهذه الحقوق لا تثبت إلا للإنسان. أما حماية الشخص المعنوي وأسراره فإنها تدخل في نطاق قانون الشركات أو غيره من القوانين التي تنظم الأشخاص المعنوية.

وبالرغم من أن للشخص المعنوي ما يشبه الحق في الخصوصية وهو ما يسمى بالحياة الداخلية وتحتاج إلى قواعد حمايتها تختلف عن القواعد التي تحكم الحياة الخارجية، إذ لا يجوز الكشف عما يدخل في نطاق الحياة الداخلية كما لا يجوز أن تكون محلا للتحريات ولكن حماية الحياة الداخلية للشخص المعنوي لا تدخل في نطاق

⁽²⁹⁾ محكمة مارسييا الابتدائية 13/06/1975 - دالوز 1975 - 643 تعليق ليندون.

⁽³⁰⁾ باريس 17/12/1973 (الدائرة الرابعة) دالوز وسيري - 1976 - 120 تعليق ليندون، قضية شارلي شابلن.

الحق في الخصوصية.⁽³¹⁾ وإنما تستوجب المسؤولية المدنية عن عمل الغير حسب المادة 1/136 من القانون المدني الجزائري.

وبناء عليه، فقد ذهب الفقه إلى عدم دخول الأسرار الصناعية والتجارية في نطاق الحماية القانونية للحياة الخاصة، فلا جريمة على من يتجسس على الأسرار الصناعية والتجارية وكذلك لا عقاب على تسجيل المحادثات التليفونية ذات الطابع الصناعي والتجاري، فكثيرا ما تبرم حاليا العقود عن طريق التليفون ومن ثم يعتبر التسجيل في الهيئات والمكاتب من أجل حسن أداء الخدمة التي تقدم للجماهير من حيث تنفيذ تعليماته بدقة ولا جريمة كذلك على تسجيل المفاوضات أو المباحثات السياسية أو الاقتصادية.⁽³²⁾

ومما تجدر الإشارة إليه أن حماية الشؤون الداخلية للشخص المعنوي تتم طبقا للقواعد العامة في المسؤولية المدنية، ولكن ليس باعتبارها من الأمور التي تدخل في نطاق الحياة الخاصة وتتم في القانون الأمريكي عن طريق القواعد الخاصة بالمنافسة غير المشروعة على وجه الخصوص.⁽³³⁾

وهذا الاتجاه هو الذي أخذت به المحكمة العليا الأمريكية في قضية Rosenwasser V. Ogolia.

(2) أما الاتجاه الآخر في الفقه المقارن فإنه يرى بعدم وجود ما يمنع من تمتع الشخص المعنوي بالحق في الخصوصية، حيث أنه في ظل القانون الفرنسي بدأ الفقه يبرز ضرورة التفرقة بين الحياة الخاصة وألفة الحياة الخاصة، فإذا كانت الحماية الجزائية أو الإجراءات المدنية الوقائية ترتبط بألفة الحياة الخاصة إلا أن الحماية القانونية بصفة عامة تشمل الحياة الخاصة ككل وإذا كان الشخص المعنوي لا يمكن أن يوجد لديه ما يسمى بألفة الحياة الخاصة إلا أنه توجد لديه حياة خاصة.

والحياة الخاصة يمكن أن تشمل سرية الأعمال ومن ثم فإن الحياة المدنية للحق في الخصوصية تمتد لتشمل سرية أعمال الشخص المعنوي⁽³⁴⁾

ولقد أثبتت مسألة البحث في مدى استفادة الأشخاص المعنوية من الحماية القانونية التي توفرها الاتفاقية الأوربية الخاصة بحماية الإنسان للحياة الخاصة، واتجه الرأي إلى أنه إذا كان الشخص المعنوي يتمتع بالحق في الاسم وحماية سمعته واعتباره فلماذا لا يكون له الحق في الحياة الخاصة في الحدود التي تتلاءم مع ظروفه وطبيعته، وهذا ما قرره لجنة خبراء حقوق الإنسان بالمجلس الأوروبي.⁽³⁵⁾

⁽³¹⁾ Kayser (Pierre): Les droits de la personnalité, op.cit, n 35, p.491.

⁽³²⁾ ليندون / نصوص قانون 1970/07/01، المتعلقة بحماية الحياة الخاصة، الأسبوع القانوني-1970-1-2357 رقم 26.

⁽³³⁾ بروسر / الخصوصية، مجلة كاليفورنيا القانونية، 1960، حجم 48، ص.408.

⁽³⁴⁾ Kayser (Pierre): Les droits de la personnalité, Op.cit, p.467.

⁽³⁵⁾ فيلو جاك/ الحق في احترام الحياة الخاصة، المرجع السابق، ص.45.

خاتمة:

زادت أهمية الحياة الخاصة لما اتسعت الدولة واتسع نشاطها، فلم يعد دورها يقتصر- فقط على تحقيق الأمن وحماية الحدود والنظام الداخلي وحل المنازعات بين الأفراد والعلاقات الخارجية، بل إن بعض الأنظمة ذهبت إلى أكثر من ذلك وأصبح دورها إيجابيا عن طريق الاهتمام بشؤون الدولة ومواطنيها، ويتجلى ذلك في إعداد وتنفيذ خطط التنمية الاجتماعية والثقافية والاقتصادية.

فالدولة تعمل على التوفيق بين مصالح أفرادها المختلفة عن طريق وضع ضوابط لضمان الحقوق والواجبات بواسطة إعلانات حقوق الإنسان والساتير والقوانين، ومنها الحق في احترام الحياة الخاصة باعتباره من حقوق الإنسان.

لقد نصت الكثير من الدساتير على حماية حقوق الإنسان ومن بينها الحق في الحياة الخاصة، كما نصت الكثير من القوانين على العقوبات التي تصدر بشأن من يقوم بالاعتداء على الحياة الخاصة، ومن أمثلتها الاعتداء المتعلق بنشر خصوصيات الأشخاص، والذي يُعد أخطر صورة من صور الاعتداء على الحياة الخاصة مما يجعلها كتابا مفتوحا للجميع. لذا لا يجوز للصحفي أو غيره أن يتعرض للحياة الخاصة للمواطنين، كما لا يجوز له تناول مواضيع خاصة بشخص مكلف بخدمة عامة إلا في حالة ما إذا كان هذا التناول وثيق الصلة بأعماله ويهدف لتحقيق مصلحة عامة.

فالنشر دون موافقة المعني بالأمر يعرض الصحفي أو الغير الذي قام بذلك للعقوبة المقررة قانونا.

ولقد اعترفت أيضا المواثيق الدولية بهذا الحق، فقد عنيت ديباجة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في أول فقرة لها ما لكرامة الإنسان من قيمة عظمى كأساس لاحترام كل حقوقه الإنسانية. كما أوضحت الفقرة الثانية من الديباجة حاجة البشر إلى عالم يتمتعون فيه بالحرية وبالتحرر من الخوف بما يعني تحقيق الأمان للإنسان على حياته الخاصة، كما نصت المادة 12 منه على أسلوب تحقيق حماية الحياة الخاصة للإنسان بقولها " لا يجوز تعريض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة أو في شؤون أسرته أو مسكنه أو مراسلاته، ولا لمحات تمس شرفه وسمعته، ولكل شخص حق في أن يحميه القانون من مثل ذلك التدخل أو تلك الملمات".

وتتضمن المادة 17 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام 1966 نفس نص المادة 12 السالفة الذكر. كما تضيف المادة 07 من العهد عدم جواز إخضاع أحد للمعاملة التي تحط من الكرامة، وتنص أيضا المادة 09 منه على حق الإنسان في الأمان على شخصه.

فكل الدول من خلال الاتفاقيات الدولية التي تبرمها بخصوص حماية الحق في الحياة الخاصة تعمل على تكريسه.

المراجع المعتمد عليهما:

أولاً: المراجع باللغة العربية:

- 1) لسان العرب المحيط العلامة ابن منظور، مطبعة بيروت، المجمع الوسيط من مجمع اللغة العربية، الجزء الأول، القاهرة. 1960.
- 2) أسامة عبد الله قايد/ الحماية الجنائية للحياة الخاصة وبنوك المعلومات، القاهرة 1988.
- 3) أحمد فتحي سرور / الحق في الحياة الخاصة، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 54.
- 4) محمد يحيى مطر / الحق في الخصوصية في القانون الأمريكي، بحث مقدم إلى مؤتمر الحق في حرمة الحياة الخاصة، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية.
- 5) حسام الدين كامل الأهواني / الحق في احترام الحياة الخاصة- الحق في الخصوصية- (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1978.

ثانياً: المراجع باللغة الفرنسية:

- 1) جونز/ تهديد الحياة الخاصة بواسطة التكنولوجيا: تقرير مقدم إلى الندوة الدولية الثالثة عن الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، منشور في أعمال هذه الندوة بعنوان " الحياة الخاصة وحقوق الإنسان " بروكسل 1973.
- 2) فيلو جاك/ الحق في احترام الحياة الخاصة، بروكسل 1974.
- 3) كوفنيز ميلتون / الخصوصية والقانون، مقدمة فلسفية منشورة في مجلة القانون والمشاكل المعاصرة سنة 1966، المجلد 31، العدد الثاني.
- 4) ليندون / الصحافة والحياة الخاصة، الأسبوع القانوني، 1965.
- 5) ليندون / حقوق الشخصية، دالوز، باريس 1974.
- 5) فوجرول / صورة الإنسان والحق، رسالة، باريس 1913.
- 6) إيدلمان / تلخيص للنظرية الخاصة بموضوع الإنسان وصورته، 1970.
- 7) باتين بيير / حماية المحادثات في القانون الخاص - دراسة مقارنة لقوانين أمريكا- إنجلترا- كندا- فرنسا- باريس 1976.
- 8) نارسون / الحقوق المالية، رسالة، ليون 1939.
- 9) كايزر بيير / الحق في الصورة، الجزء الثاني، باريس 1961.
- 10) رينو ومارتي / القانون المدني، الجزء الأول، المجلد الثاني، الطبعة الثانية.
- 11) كايزر بيير / حقوق الشخصية، نظرية عملية وتطبيقية، مجلة فصلية مدنية 1971.
- 12) كاربونييه / القانون المدني، الجزء الأول، الطبعة التاسعة.
- 13) بروسر / الخصوصية، مجلة كاليفورنيا القانونية 1960.

النشاط المنجمي والالتزام بدراسة التأثير البيئي في القانون الجزائري*
د/ بوشي يوسف- أستاذ محاضر /أ- جامعة ابن خلدون تيارت

الملخص

يعتبر نشاط المناجم من بين الأنشطة الأكثر تأثيراً في التنمية الاقتصادية، غير أنه مصدر مباشر للنفايات الخطرة لما تحدثه من دمار وخراب في التوازن الايكولوجي واستنزاف للموارد الطبيعية والمتحجرة سواء الثمينة منها أو المعدة للبناء والترصيف وغيرها، ولقد اعتبرت القوانين والتنظيمات الاستغلال المنجمي من الأنشطة المصنفة التي تحتاج إلى إتباع سياسة بيئية تقوم على نظام التقويم البيئي ودراسات الجدوى أو دراسات التأثير البيئي. ومن هنا نطرح التساؤل التالي: كيف يمكن الموازنة بين التنمية الاقتصادية وحماية البيئة في مجال النشاط المنجمي؟ ما مدى تأثير النشاط المنجمي على البيئة؟

الكلمات المفتاحية: دراسة التأثير البيئي - النشاط المنجمي - التحقيق العمومي - موجز التأثير البيئي.

Résumé

L'activité minière est considérée parmi les plus influents sur les activités de développement économique, c'est une source directe de déchets dangereux par ses effets de la destruction et de la dévastation dans l'équilibre écologique et l'épuisement des ressources naturelles et fossiles les précieux ou de construction et de tuiles et d'autres, on considère les lois et les règlements minières comme activités d'exploitation qui ont besoin d'une politique environnementale fondée sur l'évaluation environnementale, études de faisabilité et des études d'impact environnemental ou d'un système. Par conséquent on pose la question suivante: Comment peut-on avoir un équilibre entre le développement économique et la protection de l'environnement dans le domaine de l'activité minière? Quel est l'impact de l'activité minière sur l'environnement.

مقدمة

تعتبر عمليات المناجم والتعدين من الأنشطة الصناعية المؤثرة في الاقتصاد ودفع عجلة التنمية المحلية والبلدية. لكنها أيضاً أحد مصادر النفايات الخطرة، وهناك عدد من العوامل المؤثرة في ذلك، فالعامل الاقتصادي مهم جداً،

* تاريخ إيداع المقال: 2015/09/20

تاريخ تحكيم المقال: 2015/12/02

ذلك أن تطور التكنولوجيا أحدث تغيرات مناخية ودمار وخراب في التوازن الإيكولوجي¹ وتقهقر في الموارد الطبيعية، والكلفة الباهظة لمعالجة المشاكل البيئية الصادرة من النشاط الصناعي، إضافة إلى قيمة علاج المواطنين والعمال المتأثرين بالتلوث. ويتم هذا في كافة مراحل نشاط صناعة التعدين بدءاً بمرحلة الاستكشاف ومروراً بالتشغيل وانتهاء بمرحلة الإغلاق، وتشير الدراسات إلى أن لهذه الأنشطة مخاطر صحية وبيئية تتمثل في الأغبرة والضجيج والاهتزازات والإشعاع المؤين والعوامل الكيميائية والمناخية المتمثلة في ارتفاع درجة الحرارة والرطوبة، وانتشار المواد الحمضية والطفيلية، إضافة إلى استخدام المتفجرات وهو ما يؤيد الأخذ بضرورة التخطيط المبكر لكافة مراحل الأنشطة التعدينية².

والعامل المؤثر الثاني، تتمثل في غياب العامل الاجتماعي والسياسي، وحق المجتمع المحلي في رفض أي أنشطة كإلوية أو صناعية أو تنقيبية ضمن نطاقه العمراني، وبالتالي يمثل دور استقلالية المجتمع في اختيار الأنشطة التي تقع في محيطه القروي أو المدني.

إن نشاط التعدين يؤدي إلى إنتاج المواد السامة بصفة مباشرة، أي بنشاط الصناعة نفسه، أو بصفة غير مباشرة كنتيجة جزئية للنشاط الصناعي وما يتبعه من إصابات آنية قد تهدد سلامة العامل والمجتمع والمحيط (تلوث آبي) أو عواقب مترابطة على مدى السنين (تلوث متراخي) وأمام هذا الوضع لجأت القوانين إلى وضع تصنيف للأنشطة الملوثة وفرض إجراءات قبلية وبعديّة.

ومن بين الأنشطة المصنفة والملوثة والتي يحدتها النشاط البشري، النشاط المنجمي - كمنشآت تعديني - لما يترتب عنه من إفقار للموارد الطبيعية والمتحجرة، أو الثمينة، وهو الأمر الذي فرض إتباع سياسة بيئية تقوم على فكرتين "نظام التقويم البيئي" أو ما يسمى "نظام التأهيل البيئي" ذلك أن النشاطات البشرية والعمرانية والصناعية يرافقها في الغالب كثير من التأثيرات البيئية السلبية، التي تؤدي إلى تأثير ضار على صحة الإنسان ونوعية البيئة وقدرة الموارد الطبيعية على التجدد والاستمرار. والفكرة الثانية تقوم على إعداد دراسات الجدوى، أو ما يسمى "دراسة التأثير البيئي" وربط ترخيص المشاريع والمرافق بموافقة الجهة المسؤولة عن حماية البيئة على نتائج هذه الدراسات.

ولذلك اعتنى المشرع الجزائري بمجال الاستغلال المنجمي لحيويته الاقتصادية، غير أنه قيده بقيود لاسيما المتعلقة بالجانب البيئي "دراسة التأثير البيئي" ولقد أصدر المشرع القانون رقم 84-06 المتعلق بالأنشطة المنجمية، وجاء متوازياً مع النهج الاشتراكي، ثم ألغي وصدر القانون 01-10 المتضمن قانون المناجم، ثم ألغي وصدر القانون

¹ - أن تصاعد أكثر من 30 مليار طن CO2 سنوياً أدى إلى الاحتباس الحراري، وتوسع طبقة الأوزون الذي تجاوز 29 مليون كيلومتر مربع، وبدوره أدى إلى التغيرات المناخية التي تشهدها منذ عام 2000 وتساعد الكوارث الطبيعية بوتيرة تصاعديّة، كسونايمي أندونيسيا واليابان ومئات الزلازل والفيضانات المدمرة وذوبان أنهر الجليد. عامر طراف، حياة حسنين، المسؤولية الدولية والمدنية في قضايا البيئة والتنمية المستدامة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2012، ص، 7.

² - منظمة العمل العربية، الصحة والسلامة المهنية في قطاع المناجم، دراسة للمعهد العربي للصحة والسلامة المهنية، دمشق، 2010، ص 10.

05-14 المتضمن قانون المنجم وجاء ليتلاءم مع طموحات التنمية وفي إطار من التنسيق مع الأنظمة البيئية والقوانين ذات الصلة. ويطرح الموضوع إشكالية، كيف يمكن الموازنة بين التنمية الاقتصادية وحماية البيئة في مجال النشاط المنجمي؟ وما مدى تأثير النشاط المنجمي على البيئة؟ وما جدوى دراسات التأثير البيئي على حماية البيئة؟ نحاول الإجابة عن هذه التساؤلات من خلال منهج استقرائي لعديد النصوص ذات الصلة وفق الخطة التالية:

المطلب الأول: النشاط المنجمي وطبيعته القانونية

الفرع الأول: معنى النشاط المنجمي

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للنشاط المنجمي

المطلب الثاني: الترخيص بالنشاط المنجمي

الفرع الأول: مفهوم الترخيص بالنشاط المنجمي

الفرع الثاني: شروط الحصول على الترخيص بالنشاط المنجمي

الفرع الثالث: الأشخاص المخول لهم القيام بالنشاط المنجمي

المطلب الثالث: الالتزام بدراسة التأثير البيئي للنشاط المنجمي

الفرع الأول: مفهوم دراسة التأثير البيئي

الفرع الثاني: فحوى دراسة التأثير البيئي

الفرع الثالث: إجراءات دراسة التأثير البيئي

المطلب الأول: النشاط المنجمي وطبيعته القانونية.

يعتبر الاستغلال المنجمي من بين الأنشطة الاقتصادية الحيوية والمهمة التي يرحى منها إحداث زيادة في معدلات النمو الاقتصادي، والجزائر بالنظر إلى غناها بالمواد الطبيعية، والمواد المتحجرة الثمينة، وغير الثمينة المستخدمة في البناء والترصيف وغيرها تركز اهتمامها على هذا النشاط الحيوي، وذلك بإيجاد أساليب استغلال العقار المنجمي ووضح حلول أمام المستثمرين من وطنين وأجانب للنهوض بهذا المجال. ومن هنا وجب التعرف على معنى الاستغلال المنجمي، والطبيعة القانونية.

الفرع الأول: معنى النشاط المنجمي

الاستغلال المنجمي نشاط في إطار الأعمال الجيولوجية، وفي أشغال التطوير أو التوسيع، والأشغال التحضيرية وأشغال الاستخراج وتثمين المواد المعدنية أو المتحجرة، وكذا نشاطات عملية المجمع و/ أو الجني للمواد المعدنية من نظام المقالع المتواجدة على حالتها فوق سطح الأرض.

ويشمل الاستغلال المنجمي:

- استغلال مكامن المواد المعدنية أو المتحجرة من نظام المناجم،
- استغلال مكامن المواد المعدنية من نظام المقالع،
- الاستغلال المنجمي الحرقي للمواد المعدنية أو المتحجرة من نظام المناجم أو نظام المقالع، حيث يتمثل النشاط في عملية استخراج المتوجات القابلة للتسويق باستعمال طرق يدوية أو تقليدية،
- نشاط المجمع و / أو الجني للمواد المعدنية من نظام المقالع والمتواجدة على حالتها فوق سطح الأرض¹.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية النشاط المنجمي

يمكن معرفة الطبيعة القانونية للنشاطات المنجمية، من خلال الطابع التجاري، والطابع العقاري للممتلكات المنجمية، ثم طابع الملكية الوطنية العمومية.

أولاً: الطبيعة التجارية

من خلال نص المادة 11 من قانون 05-14 " تعتبر نشاطات البحث، ونشاطات استغلال المواد المعدنية أو المتحجرة أعمالاً تجارية. لا يمكن دراسة هذه النشاطات إلا من خلال ترخيص منجمي كما هو مذكور في المادة 62 أدناه"². وقد نصت المادة الثانية من القانون التجاري " يعد عملاً تجارياً بحسب موضوعه:

- كل مقاول لاستغلال المناجم أو المناجم السطحية أو مقالع الحجارة أو منتوجات الأرض الأخرى...". ومن هنا فإن الاستغلال المنجمي عمل تجاري بحسب الموضوع - المقاولات أو المشاريع- وهي تلك المشروعات التي تتطلب قدر من التنظيم لمباشرة الأنشطة الاقتصادية، سواء كانت زراعية، صناعية، تجارية، وذلك بتضافر عناصر مادية وبشرية، بشرط الاحتراف والمضاربة، أي ممارسة النشاط على وجه التكرار بغرض الربح.

ثانياً: طبيعة الملكية العقارية

تنص المادة 12 من القانون 05-14 " تعتبر المواقع ومكامن المواد المعدنية أو المتحجرة أملاكاً عقارية، وهي غير قابلة للرهن".

فالعقار كما جاء في المادة 682 من التقنين المدني " كل شيء مستقر بجيز هو ثابت ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول.

¹ المادة 21 من القانون رقم 05-14 مؤرخ في 24 ربيع الثاني عام 1435 الموافق 24 فبراير سنة 2014 يتضمن قانون المناجم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد، 18، الصادر 30 مارس 2014.

² المادة 11 من القانون 05-14. المتضمن قانون المناجم

غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رصد على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقاراً بالتخصيص". ويعرفه الفقه بأنه "كل شيء مستقر ثابت لا يمكن نقله أو تحويله دون تلف"¹. والملاحظ أن الاستغلال المنجمي يستوي فيه تقسيمات العقار، إلى عقار بطبيعته، وعقار بالتخصيص².

فهو عقار بطبيعته للمناجم والمقالع أو المحاجر أو المواد المعدنية المتحجرة وكل ما هو متصل بالأرض مهما صغرت، فالمناجم من العقارات المستقرة والثابتة في الأرض في أصل خلقته.

أما العقار بالتخصيص أو كما يسمى بالعقار الصوري، حسب تعريف المادة 683-2 من التقنين المدني، هو المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رصد على خدمة هذا العقار أو استغلاله. فهو على هذه الحالة يعتبر بطبعه شيئاً منقولاً ولكنه صار بحكم العقار بسبب تخصيصه لخدمته رغبة من المالك ليكون متمماً لمنفعته. ولذلك تعتبر أملاكاً عقارية بالتخصيص الآلات والأليات والأدوات المستعملة في البحث والاستغلال المنجميين.

أما المواد المستخرجة من أو المهذمة كالمواد المعدنية أو المتحجرة المكتشفة أو المستغلة المتواجدة في المجال السطحي أو الباطني فتعتبر أموالاً منقولة.

ثالثاً: الأملاك الوطنية العمومية

تعد ملكية عمومية، ملكاً للمجموعة الوطنية، المواد المعدنية والمتحجرة المكتشفة أو غير المكتشفة المتواجدة في المجال البري الوطني السطحي والباطني، أو في المجال البحري التابع لسيادة الدولة الجزائرية أو للقانون الجزائري، كما هي محددة في التشريع الساري المفعول³.

ولقد نصت المادة 17 من الدستور على أن الملكية العامة هي ملك المجموعة الوطنية، وتشمل باطن الأرض والمناجم والمقالع والموارد الطبيعية للطاقة، والثروات المعدنية الطبيعية والحية في مختلف مناطق الأملاك الوطنية البحرية، والمياه، والغابات..."⁴.

وتشير المادة 6 من القانون رقم 14-08 المعدل والمتمم للقانون رقم 90-30 المتضمن قانون الأملاك الوطنية إلى أنه "تتكون لأملاك الوطنية العمومية من خلال الحقوق والأملاك المنقولة والعقارية التي يستعملها الجميع والموضوعة تحت تصرف الجمهور المستعمل إما مباشرة وأما بواسطة مرفق عام شريطة أن يكيف في هذه الحالة، بحكم طبيعتها تهيئتها الخاصة، تكييفاً مطلقاً أو أساسياً مع الهدف لهذا المرفق.

¹ - المادة 682 من الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

² - محمد خلفوني، العقار في القانون الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة، 2012، ص، 9.

³ - المادة 2 من القانون 05-14. المتضمن قانون المناجم

⁴ - المادة 17 من دستور 26 نوفمبر 1996.

تدخل أيضاً ضمن الأملاك الوطنية العمومية، الثروات والموارد الطبيعية المعروفة في المادة 15 من هذا القانون".
ومن هنا فإن الأملاك العقارية والحقوق العينية العقارية التي تملكها الدولة وجماعاتها الحلية البلدية والولاية تدخل في عداد الأملاك الوطنية، وترتب على الأصناف التالية:

- الأملاك العمومية والخاصة للدولة.
- الأملاك العمومية والخاصة للولاية.
- الأملاك العمومية والخاصة للبلدية¹.

وتنقسم الأملاك الوطنية العمومية، إلى أملاك عمومية طبيعية، تتكون خصوصاً بفعل الطبيعة، وتدخل من بينها الثروات البحرية، والثروات والموارد الطبيعية السطحية والجوفية، واستغلالها، بأي طريقة، كالنشاطات المنجمية.

وهناك أملاك عمومية اصطناعية، والتي تتكون خصوصاً بفعل الإنسان، كالمطارات والموانئ، والسكك الحديدية...²

ومن طبيعة هذه الأموال أنها لا يمكن أن تكون محل ملكية خاصة بحكم طبيعتها أو غرضها، وهي غير قابلة للتصرف ولا التقادم ولا للحجز، حيث نصت المادة 636 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، تنص صراحة على مجموعة من الأموال لا يجوز الحجز عليها من بينها الأموال العامة المملوكة للدولة، أو للجماعات الإقليمية أو للمؤسسات العمومية ذلت الطابع الإداري، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، ومضمون هذه المادة " فضلاً عن الأموال التي تنص القوانين الخاصة على عدم جواز الحجز عليها، لا يجوز الحجز على الأموال الآتية: - الأموال العامة المملوكة للدولة، أو للجماعات الإقليمية، أو للمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية..."³.

أما الأملاك الوطنية الأخرى الخاصة التي يؤدي وظيفة امتلاكية فيجوز أن تكون محلاً للتصرف فيها للغير مباشرة عن طريق الوكالة الولائية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين، إذا تعلق الأمر بأملاك وطنية خاصة تابعة للبلدية، وعن طريق مديرية أملاك الدولة إذا تعلق الأمر بأملاك وطنية خاصة تابعة للولاية⁴.

¹ - عمار علوي، الملكية والنظام العقاري في الجزائر، دار هومة، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2006، ص، 120.

² - المادة 15 من قانون رقم 90-30 المؤرخ في 14 جادى الأولى عام 1411 الموافق أول ديسمبر سنة 1990 والمتضمن قانون الأملاك الوطنية المعدل والمتمم.

³ - المادة 636 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

⁴ - محمد خلفوني، المرجع السابق، ص، 39.

وفي حالة ما إذا كانت هذه الأملاك الوطنية الخاصة قد تم تخصيصها لخدمة مصالح عمومية، ثم تبين أنه لا مناص من بقائها ضمنها لفقدان وظيفتها العمومية، يمكن بيع الأملاك العقارية الخاصة التابعة للدولة أو الولاية أو البلدية بالمراد العلني بعد إلغاء تخصيصها، كما يمكن التصرف فيها بموجب عقد امتياز فائدة الغير والتنازل عنها عند وفاة الشخص المستفيد من عقد الامتياز بما تضمنه دفتر الشروط. ولا يجوز لوالي الولاية الإذن ببيع أي عقار تابع لأملاك الولاية إلا بعد أخذ استشارة السيد مدير الأملاك الوطنية¹.

المطلب الثاني: الترخيص بالنشاط المنجمي

أن ضرورة الدخول في اقتصاد السوق وتدعيم فكرة الاستثمار من الناحية القانونية، يتطلب حل المشاكل التي تعرقه ومن بينها فكرة العقار الصناعي، خاصة إذا عرفنا أن فكرة الملكية الكلاسيكية التي تجمع فكرة التصرف، الاستعمال، والاستغلال، فكرة ليست في صالح التنمية إذا أخذ بها على الوجه الجامد، وفكرة الاستغلال من العوامل المحفزة على الاستثمار، بغض النظر على العناصر الأخرى، لأن ما يهم المستثمر هو تحقيق الربح فقط². ولذلك اعتنى المشرع بفكرة العقار الصناعي وكيفية استغلاله من خلال التراخيص، وفي مجال الاستغلال المنجمي نص المشرع على الترخيص المنجمي الذي يخول المستفيد منه بإجراء النشاطات البحثية والاستغلالية في المجال المنجمي.

الفرع الأول: مفهوم الترخيص بالنشاط المنجمي

نصت المادة 4 من القانون 05-14 السابق الذكر بأنه " يقصد في مفهوم هذا القانون - الترخيص المنجمي " وثيقة تسلم من طرف السلطة الإدارية المختصة، تخول حقوق ممارسة نشاطات البحث أو الاستغلال المنجمي، على محيط مساحة يحدد بنظام إحدائيات مستعرض مركاتور العالمي (Universal Transversal Mercator)³.

ولقد اشترط المشرع في القانون 05-14 عدم إمكانية ممارسة نشاطات البحث أو الاستغلال المنجمي إلا عن طريق ترخيص منجمي على شكل:

- 1 - بالنسبة للبحث المنجمي: - إما ترخيص بالتنقيب المنجمي، - أو ترخيص بالاستكشاف المنجمي.
- 2 - بالنسبة للاستغلال المنجمي: - إما ترخيص لاستغلال منجم، - إما ترخيص لاستغلال مقلع، - إما ترخيص لاستغلال منجمي حرقي، - أو ترخيص ممارسة نشاط اللم والجمع و/ أو الجني للمواد المعدنية من نظام المقالع المتواجدة على حالتها فوق سطح الأرض¹.

¹ - المادة 10 من المرسوم رقم 494-91 المؤرخ في 23 نوفمبر 1991 الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة وتسييرها ويضبط كينيات ذلك.

² - بوجردة مخلوف، العقار الصناعي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثانية، 2006، ص، 5.

³ - المادة 4 من القانون 05-14. المتضمن قانون المناجم

تمنح تراخيص البحث والاستغلال المنجمي من طرف الوكالة الوطنية للنشاطات المنجمية²، بعد الحصول على رأي مبرر من الوالي المختص إقليمياً، كما يسلم هذه التراخيص بعد الحصول على آراء المصالح المؤهلة للولاية، وتبدي الوكالة الوطنية رأياً المبرر بعد دراسة ملف تقدمه الولاية، وتتضمن وجوباً مخطط المكنم واستغلاله³.

وإذا كانت أعمال التنقيب والاستكشاف تتضمن المسح الجوي أو الفوتوغرامميتري أو التصوير الجوي فلا يمكن تسليم التراخيص إلا باستشارة وزارة الدفاع الوطني⁴.

الفرع الثاني: شروط الحصول على الترخيص بالنشاط المنجمي

بالإضافة إلى الشروط الإدارية المتعلقة بالموافقة على طلب الترخيص من طرف الجهات المختصة، يجب للحصول على هذه التراخيص توافر الشروط التالية:

- أن يمتلك طالب الترخيص الطاقات التقنية والمالية اللازمة لانجاز أشغال البحث والاستغلال المنجمي، وتحمل الالتزامات القانونية.

- أن يوقع على دفتر أعباء باحترام الشروط العامة والخاصة والالتزامات المنصوص عليها، والالتزامات المتعلقة بالأشغال والمصاريف.

الفرع الثالث: الأشخاص المخول لهم القيام بالنشاط المنجمي.

لقد فرق المشرع في الاستغلال المنجمي في هذا الشأن بين استغلال والبحث في الموارد المعدنية والمتحجرة المصنفة إستراتيجية، وبين البحث والاستغلال المتعلق بالوارد المعدنية والمتحجرة غير المصنفة إستراتيجية.

1. المواد المصنفة إستراتيجية

يتضمن القانون 05-14 منع الشركات الخاصة المحلية والأجنبية من استكشاف واستغلال المعادن الإستراتيجية، خصوصاً الذهب واليورانيوم، إلا في إطار شراكة تمنح بواسطتها الأغلبية للشركات التابعة للدولة.

يأتي القانون الجديد الذي تم اعتماده على تقييد الإجراءات السابقة التي اعتمدها قانون 2001 للخوادم والأجانب باستكشاف واستغلال مختلف المناجم في الجزائر دون الحاجة إلى شراكة مع القطاع العمومي التابع للدولة.

¹ - المادة 62 من القانون 05-14. المتضمن قانون المناجم

² - كانت هذه الوكالة تسمى وفقاً لقانون المناجم 10-10 بالوكالة الوطنية للممتلكات المنجمية، في المادة 51 منه، وصدر تنفيذها له مرسوم تنفيذي رقم 93-04 المؤرخ في 11 صفر عام 1425 الموافق أول أبريل سنة 2004، يتضمن النظام الداخلي للوكالة الوطنية للممتلكات المنجمية.

³ - المادة 63 من القانون 05-14. المتضمن قانون المناجم

⁴ - المادة 64 من القانون 05-14. المتضمن قانون المناجم

وتضمن القانون 05-14 تعميم فرض قاعدة 51 % و 49 %؛ أي إلزامية حصول الشركات العمومية على نسبة الأغلبية في أي مشروع لاستغلال المناجم يكون موضوعه المواد المصنفة إستراتيجية كالمعادن الثمينة، على رأسها الذهب واليورانيوم التي صنف ضمن المعادن الإستراتيجية، وعليه تم منع الشركات الخاصة المحلية والشركات الأجنبية من البحث والاستغلال دون أن تكون هناك أغلبية للشركة التابعة للدولة.

2. المواد غير المصنفة إستراتيجية

وفي هذا فرق المشرع بين الأعمال المنجمية، حيث يجوز للأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون الجزائري، بتوافر الشروط السابقة، القدرات المالية والتقنية... وغيرها بالقيام بعمليات البحث والاستغلال للمواد المعدنية والمتحجرة من غير المصنفة إستراتيجية.

أما تراخيص الاستغلال المنجمي الحرفي، وتراخيص عملية الملم والجمع أو الجني للمواد المعدنية من نظام والمقالع، فيمكن أن يستفيد منها أي شخص طبيعي أو معنوي جزائري¹.

والملاحظ أن المشرع في القانون 05-14 لم يحدد قدرة الاستخراج التي على أساسها تفرق أشكال الاستغلال المنجمي، غير أن القانون السابق 01-10² أشار إلى أشكال الاستغلال، فالاستغلال الصناعي، يتمتع بقدرة استخراج تساوي 3000 طن متري في اليوم أو تفوقه، أما الاستغلال المنجمي الصغير والمتوسط، فيتوفر على حد أدنى من المنشآت الثابتة، واستعمال قواعد فنية وأنماط نصف صناعية أو صناعية ذات قدرة استخراج تقل عن 3000 طن متري في اليوم. أما الاستغلال الحرفي، فهو نشاط يوظف إمكانات محدودة ألا يوظفها، وأنشطة الملم والجمع فهي أنشطة تتمثل في الحصول على المواد المعدنية الموجودة على حالتها على سطح الأرض، أما استغلال ومقالع الحجارة والمرامل فهو قائم على رفع المواد غير الثمينة الموجودة على حالتها في الطبيعة على شكل رواسب وموجهة لأغراض البناء، والرصف وتخصيب التربة³.

المطلب الثالث: الالتزام بدراسة التأثير البيئي للنشاط المنجمي

لقد أصبحت البيئة من بين الأولويات التي تنصدر الاهتمام الوطني والدولي على حد سواء، خصوصاً أمام ندرة الموارد الطبيعية وعدم قدرة الطبيعة على استيعاب الكم الهائل من الملوثات، ما قد يؤدي إلى اختلال التوازن الإيكولوجي، ولقد دخلت البيئة في قلب أية سياسة اقتصادية أو اجتماعية، في جميع الأنشطة الصناعية،

¹ المادة 69 من القانون 05-14. المتضمن قانون المناجم.

² القانون 01-10 مؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1422 الموافق 3 يوليو سنة 2001، المتضمن قانون المناجم، والملغى بموجب القانون 05-14. المتضمن قانون المناجم.

³ المواد 18-19-20-21-22 من القانون 01-10 المتضمن قانون المناجم الملغى.

وغدت تشكل معيار اقتصادياً يقاس من خلاله قيمة أي نشاط، فظهرت مقاييس دولية تبين مدى احترام البيئة وعلى سبيل المثال، مقياس (ISO14001)¹.

ولقد اهتم المشرع بشأن البيئة في جميع الأنشطة الاقتصادية، فجعل على عاتق الإدارة إجراء تحقيق إداري " تحقيق عمومي" مناسباً لكل مشروع، ويسمى " تحقيق الملائمة" خصوصاً بالنسبة للمؤسسات الصناعية التي تنتج مواد ضارة بالبيئة أو بالزراعة أو ضارة بالإنسان، وهو شرط ضروري من النظام العام، فلا يمكن لهذه الإدارة منح الطالب لرخصة القيام بهذه الأنشطة إلا بإرفاق الطلب بمذكرة تسمح بتبيان مستوى الضجيج المنبعث، ولا يتم منح الترخيص لهذه المنشأة المصنفة²، بأنها خطيرة، أو غير صحية، أو مزعجة، إلا بعد أن تقوم الإدارة بتحقيق آخر يسمى " دراسة مدى التأثير على البيئة"³.

وتعتبر دراسة التأثير البيئي من بين الآليات التقنية للممارسة للرقابة الإدارية السابقة على المنشآت المصنفة، ولكي تكون هذه الرقابة فعالة - وفي ظل عدم الدراية الكافية بالمعلومات العلمية والمعطيات الفنية التي تسمح للإدارة بإدراك مدى الأخطار التي قد تسببها المنشآت للبيئة والصحة والسلامة العامة - تسند مهمة وضع هذه الدراسات إلى أشخاص متخصصين وذوو خبرة علمية، يعملون في شكل مكاتب دراسات متخصصة معتمدة من طرف الدولة⁴.

نصت المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 198-06⁵ الذي يضبط التنظيم المطبق على المؤسسات المصنفة لحماية البيئة، بقولها " يسبق كل طلب رخصة استغلال مؤسسة مصنفة حسب الحالة وطبقاً لقائمة المنشآت المصنفة ما يأتي:

- دراسة أو موجز التأثير على البيئة يعدان ويصادق عليها حسب الشروط المحددة في التنظيم المعمول به،
- دراسة خطر تُعد ويصادق عليها حسب الشروط المحددة في هذا المرسوم،

¹ - عبد اللاوي جواد، التزام المؤسسة الاقتصادية في الجزائر بحماية البيئة، مجلة المعيار تصدر عن المركز الجامعي، تيسمسيلت، الجزائر، العدد 07، جوان 2013، ص 321.

² - يضطلع ببيان المنشآت المصنفة لحماية البيئة مرسوم تنفيذي يحتوي على جول يبين المواد المصنفة ونوع النشاط، ودراسة التأثير، ويصف المواد في صنف الخطر إلى: شديدة السُمومية، وسامة، وقابلة للاشتعال، وملهية، وقابلة للانفجار، وأكلة، وقابلة للاحتراق. المادة 2 من المرسوم 144-07 مؤرخ في 2 جادى الأولى عام 1428 الموافق 19 ماي سنة 2007، يحدد قائمة المنشآت المصنفة لحماية البيئة، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد، 34، في 22 ماي 2007.

³ - بوجردة مخلوف، المرجع السابق، ص، 53.

- شويخ عثمان، دور الجماعات المحلية في التنمية المحلية -دراسة حالة البلدية-، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011، ص، 115.

⁵ - مرسوم تنفيذي رقم 198-06 مؤرخ في 4 جادى الأولى عام 1427 الموافق 31 مايو سنة 2006، يضبط التنظيم المطبق على المؤسسات المصنفة لحماية البيئة، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد، 37، 4 جوان 2006.

- تحقيق عمومي يتم طبقاً للكيفيات المحددة في التنظيم المعمول به.

الفرع الأول: مفهوم دراسة التأثير البيئي

تطبيقاً لنص المادة 15 من قانون 10-03¹ المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، والتي نصت على بعض أحكام دراسة التأثير البيئي، أو موجز التأثير البيئي، صدر المرسوم التنفيذي رقم 145-07² المحدد لمجال تطبيق ومحتوى وكيفيات المصادقة على دراسة وموجز التأثير على البيئة، وتجدر الإشارة إلى الاختلاف بين دراسة تأثير البيئة، وموجز تأثير من حيث النشاط، ودرجة التأثير على البيئة، حيث أن الموجز يختص بالنشاطات الأقل أو الأضعف تأثيراً على البيئة، وتعتبر الاستغلال المنجمي من بين الأنشطة الأكثر تأثيراً على البيئة، ولذلك ورد فيه مصطلح "دراسة التأثير البيئي"³. وسنتناول فيما يلي تعريف دراسة التأثير البيئي، ثم خصائص هذه الدراسة.

أولاً: تعريف دراسة التأثير البيئي

نتطرق في هذا الصدد إلى بعض التعاريف الفقهية والتشريعية التي تعرضت إلى بيان مفهوم دراسة التأثير على البيئة.

1. التعريف الفقهي لدراسة التأثير البيئي

يعرف البعض دراسة التأثير البيئي بأنها "قاعدة الحس السليم" "règle de bon sens" ويعبر عنها بقاعدة "التفكير قبل العمل" "réfléchir avant d'agir" كما عرفها البعض بأنها "عملية تنبئية وتقييمية لتأثير نشاط ما على البيئة المحيطة به، وبناء على هذا التأثير المدمج فيه التأثيرات الاقتصادية والاجتماعية بما فيها التأثيرات الصحية والتأثيرات المختلفة على العناصر البيئة الطبيعية يتم إعداد تقرير الدراسة الذي يعرض على متخذي القرار للعمل على التخطيط السليم وتنفيذ المشروعات بما يحقق تلافياً للآثار السلبية وتعظيماً للآثار الإيجابية وهي عملية تساعد الدول على تحقيق التنمية المستدامة بأقل أضرار على مواردها البيئية والبشرية"¹.

"إن تقييم الآثار البيئية ليست فقط علماً أو مجرد إجراءات بل أنها علم أو فن فن حيث كونها علم فهي أداة تخطيطية تعمل بالمنهج العلمي من أجل معرفة التنبؤات وتقييم التأثيرات البيئية ومشاركتها في عمليات التنمية،

¹ - قانون 10-03 مؤرخ في 19 جادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد، 43، في 20 يوليو سنة 2003.

² - مرسوم تنفيذي رقم 145-07 مؤرخ في 2 جادى الأولى عام 1428 الموافق 19 مايو سنة 2007، يحدد مجال تطبيق ومحتوى وكيفيات المصادقة على دراسة وموجز التأثير على البيئة، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 34، في 22 مايو 2007.

- أنظر الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 145-07. البند 23.³

¹ - مدين آمال، المنشآت المصنفة لحماية البيئة -دراسة مقارنة- مذكرة ماجستير في الحقوق، قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2012-2013، ص، 65.

ومن حيث كونها فن فهي عبارة عن تدابير لاتخاذ القرار للتأكد من أن التحليل البيئي له تأثير على عملية اتخاذ القرار¹.

ويعرفها الدكتور طيار بأنها " وسيلة الهدف منها هو التعرف في الوقت الملائم على تأثيرات عمليات الاستثمار في البيئة بمفهومها الواسع ، والتأثيرات المقصودة في هذا الصدد هي التأثيرات المباشرة وغير المباشرة لهذه الاستثمارات على الإنسان والبيئة والمحيط الذي نعيش فيه"².

2. التعريف التشريعي لدراسة التأثير البيئي

لقد اعتمدت التشريعات بيان مضمون دراسة التأثير البيئي وبيان مفهومه ومن بينها المشرع المغربي في القانون رقم 03-12 المتعلق بدراسة التأثير على البيئة حيث عرفها بأنها " دراسة قبلية تمكن من تقييم الآثار المباشرة وغير المباشرة التي يمكن أن تلحق بالبيئة على الأمد القصير والمتوسط والبعيد نتيجة المشاريع الاقتصادية والتنموية وتشبيد التجهيزات الأساسية وتحديد التدابير الكفيلة بإزالة التأثيرات السلبية أو التخفيف منها أو تعويضها بما يساعد على تحسيننا لآثار الإيجابية للمشروع على البيئة"³.

ولقد أخذ المشرع الجزائري بنظام دراسة التأثير بمقتضى القانون 03-83 والذي عرفه بأنه وسيلة أساسية للنهوض بحماية البيئة يهدف إلى معرفة وتقدير الانعكاسات المباشرة وغير المباشرة للمشاريع على التوازن البيئي وكذا على إطار ونوعية معيشة السكان.

ولقد صدر في ظل هذا القانون مرسوم تنفيذي رقم 90-78 المتعلق بدراسة التأثير على البيئة بحيث عرفت المادة 2 منه دراسة التأثير بأنه إجراء قبلي يخضع إليه جميع أشغال وأعمال التهيئة أو المنشآت الكبرى التي يمكن بسبب أهميتها وأبعادها وآثارها أن تلحق ضررا مباشرا أو غير مباشر بالبيئة لاسيما الصحة العمومية والرفاهية والمساحات الطبيعية والنباتات والمحافظة على الأماكن والآثار وحسن الجوار.

وفي ظل القانون 03-10 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة أشارت المادة 15 منه بأنه " تخضع مسبقا وحسب الحالة لدراسة التأثير أو لموجز التأثير على البيئة مشاريع التنمية والهيكل والمنشآت الثابتة والمصانع والأعمال الفنية الأخرى، وكل الأعمال وبرامج البناء والتهيئة التي تؤثر بصفة مباشرة أو غير مباشرة فورا أو لاحقا على البيئة لاسيما الأنواع والموارد والأوساط والفضاءات الطبيعية والتوازنات الإيكولوجية وكذلك على الإطار ونوعية المعيشة".

¹ - منصور مجاهي، دراسة مدى التأثير على البيئة كأداة لمحايتها من أخطار التوسع العمراني، مجلة البحوث والدراسات العلمية، المديّة، العدد 03، ديسمبر 2009، ص، 38.

² - طه طيار، دراسة التأثير على البيئة - نظرة في القانون الجزائري- مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، الجزائر، العدد الأول، 1991، ص، 03.

³ - المادة الأولى بند 2 من قانون 12-03 المتعلق بدراسة التأثير على البيئة الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 03-01-60 الصادر في 10 ربيع الأول 1424 الموافق 12 ماي 2003.

أما في إطار النشاط المنجمي فقد نص قانون المناجم في المادة 2 منه على معنى دراسة التأثير البيئي المنجمي بأنها " تحليل آثار استغلال كل موقع منجمي على مكونات البيئة بما فيها الموارد المائية، جودة الهواء، الجو، سطح الأرض وباطنها، الطبيعة، النبات والحيوان، وكذا على التجمعات البشرية القريبة من الموقع المنجمي بسبب الضوضاء والغبار، والروائح والاهتزازات وتأثيرها على الصحة العمومية للسكان المجاورين"¹.

ومن هنا فإن النشاط المنجمي يستوجب تمام هذه الدراسة مسبقاً كوسيلة تنبؤية قبلية للآثار البيئية المؤثرة بصفة مباشرة أو غير مباشرة وبطريقة آنية أو متراخية على الأوساط البيئية.

ثانياً: خصائص دراسة التأثير البيئي

بالرجوع إلى القانون 10-03 المتعلق بحماية البيئة والمرسوم 147-07 المحدد لمجال تطبيق ومحتوى كفايات المصادقة على دراسة وموجز التأثير على البيئة يتضح بأن لدراسة مدى التأثير على البيئة خاصيتين هما:

1. الطابع الإعلامي لدراسة مدى التأثير على البيئة

تكمن أهمية دراسة مدى التأثير على البيئة في كونها وسيلة لإعلام الجمهور بنوع المشروع وأثاره السلبية المرتقبة على البيئة والطرق والكيفيات التي تتم بها التدخل لمواجهة أي خطر يحدثه هذا المشروع. ويتضح هذا جلياً من خلال المادة 16 من قانون 10-03 المتعلق بحماية البيئة ويهدف هذا الإشهار إلى ضمان مساهمة جديّة للجمهور في إعداد القرارات التي يمكن أن يكون لها أثر مهم على حياة المواطنين وبالتالي يشكل هذا الإجراء صورة الديمقراطية الإيكولوجية.

2. الطابع التشاوري لدراسة مدى التأثير على البيئة

بالإضافة إلى الطابع الإعلامي الذي تتسم به مدى التأثير على البيئة نجد الطابع التشاوري بحيث نجد حق الاستشارة مخول لكل شخص طبيعي ومعنوي، وهو الأمر الذي يسمح للجمهور بالتعرف على المشروع بكامله وتقديم ملاحظاته واقتراحاته حسب الإجراءات المحددة من المادة 07 إلى المادة 19 من المرسوم التنفيذي 07-145 المحدد لمجال تطبيق ومحتوى وكفايات المصادقة على دراسة وموجز التأثير على البيئة.

ثالثاً: أهمية دراسة التأثير البيئي

تبرز أهمية دراسة التأثير على البيئة من خلال ملاحظة تلك الآثار السلبية على البيئة لنشاطات تم تجسيدها في أوقات معينة دون دراسة جادة، أو بدون دراسة مسبقة، هذا الأمر انعكس سلبياً على الوضع البيئي في تلك المناطق.

¹ - المادة 2 من القانون 14-05 المتضمن قانون المناجم.

وتجسد دراسة التأثير البيئي عدة مبادئ هامة منها " مبدأ التوقع" والذي سباه المشرع بمبدأ " مبدأ النشاط الوقائي وتصحيح الإضرار البيئية بالأولية عند المصدر" وذلك من خلال توقع مسبق لمدى الأضرار والتأثير التي يمكن أن يحدثها النشاط المنجمي على البيئة، وكذا " مبدأ الاستبدال" وذلك بقيام المؤسسة على استبدال المعدات والأجهزة والبرامج المضرة بالبيئة بأخرى أقل ضرر.

وإلى جانب هذا يتجسد في الدراسة المسبقة لتأثير المشروع على البيئة، مبدأ إعلام ومشاركة الغير بالزام المؤسسة بإشهار هذه الدراسة وحقهم في لاطلاع عليها، وإمكانية اعتراضهم عليها.

الفرع الثاني: فحوى دراسة التأثير البيئي

يقتضي دراسة التأثير البيئي أن يؤخذ في الاعتبار عند تحليل التفاعلات البيئية المحتملة ما يأتي:

- أي أثر بيئي على الأنظمة الإيكولوجية في منطقة المشروع أو أي أنظمة إيكولوجية قد تتأثر بالمشروع.
 - أي تأثير على مكان أو مبنى له أهمية جمالية أو أثرية أو ترفيهية أو انثروبولوجية أو معمارية أو ثقافية أو تاريخية أو علمية أو اجتماعية، أو أي خصائص بيئية أخرى لها قيمة خاصة للحاضر أو للأجيال القادمة.
 - أي تهديد لأي نوع من المجموعات الحيوانية والنباتية.
 - أي تأثير على البيئة بعيد المدى.
 - أي تغير في نوعية البيئة في المنطقة المعنية.
 - أي تلوث للبيئة أو تهديد لسلامتها.
 - أي تقليص لمدى الاستخدامات النافعة للبيئة.
 - أي مشاكل بيئية مرتبطة بالتخلص من النفايات¹.
- ويتضمن دراسة التأثير على البيئة مخططين، مخطط تسيير البيئة، ومخطط التأهيل وإعادة الأماكن إلى حالتها.

1. مخطط تسيير البيئة

وهي وثيقة يتم إعدادها عقب دراسة التأثير على البيئة، تتضمن برنامج متابعة تدابير التخفيف أو التعويض المنفذة من قبل صاحب المشروع.

¹ - يحيى الزهراني، المسؤولية البيئية لشركات المناجم والتعدين، دراسات وأبحاث جريدة الحياة تعنى بأخبار وشؤون البيئة والتنمية في العالم، السعودية، 2011، ص، 1.

2. مخطط التأهيل وإعادة الأمان إلى حالتها

وهي وثيقة تعد من طرف صاحب الترخيص باستغلال منجم أو مقلع، وتعتبر جزء من دراسة التأثير على البيئة. يتضمن هذا المخطط العمليات والأعمال والأشغال التي يجب على صاحب الترخيص القيام بها، لتأهيل وإعادة الأمان المستغلة إلى حالتها الأصلية خلال الاستغلال وبعد انتهاء الترخيص المنجمي.

الفرع الثالث: إجراءات دراسة التأثير البيئي

تم دراسة التأثير البيئي وفق ثلاثة مراحل، مرحلة إيداع دراسة التأثير البيئي، ثم مرحلة فتح التحقيق العمومي، ثم المصادقة على دراسة التأثير البيئي.

أولاً: إيداع دراسة التأثير البيئي

يجب أن تودع دراسة أو موجز التأثير على البيئة من طرف صاحب المشروع المنجمي لدى الوالي المختص إقليمياً في عشر (10) نسخ. تفحص المصالح المكلفة بالبيئة المختصة إقليمياً محتوى دراسة أو موجز التأثير بتكليف من الوالي، ويمكنها أن تطلب من صاحب المشروع كل معلومة أو دراسة تكميلية لازمة، ويجب عليه تقديم هذه المعلومات في أجل شهر¹.

ثانياً: فتح تحقيق عمومي

يعلن الوالي بموجب قرار فتح تحقيق عمومي بعد الفحص الأولي وقبول دراسة التأثير وهذا لدعوة الغير أو كل شخص طبيعي أو معنوي لإبداء آرائهم في المشروع المنجمي المزمع إنجازه وفي الآثار المتوقعة على البيئة.

ويتم إعلام الجمهور بالقرار المتضمن فتح التحقيق العمومي عن طريق التعليق في مقر الولاية والبلديات المعنية وفي أماكن موقع المشروع وكذلك عن طريق النشر في يوميتين وطنيتين والذي يحدد موضوع التحقيق العمومي ومدته على ألا يتجاوز شهراً واحداً من تاريخ التعليق، ثم الأوقات والأماكن التي يبدي فيها الجمهور ملاحظاته ويوضع لهذا الغرض سجل مرقم ومؤشر عليه.

ويعين الوالي لهذا الغرض محافظ محقق لاحترام التعليمات السابقة ويكلف بإجراء التحقيقات وجمع المعلومات الخاصة بالمشروع المنجمي وتأثيره على البيئة، ويحرر المحافظ عند نهاية التحقيق العمومي محضراً يحتوي على تفاصيل التحقيق والمعلومات التي جمعها ويرسله إلى الوالي، وعلى هذا الأخير أن يحرر نسخة من مختلف الآراء المحصل عليها واستنتاجات المحقق ويدعو صاحب المشروع في آجال معقولة لتقديم مذكرة جوابية¹.

¹ - المادة 7 و 8 من المرسوم التنفيذي 145-07.

¹ - المواد من 10 إلى 15 من المرسوم التنفيذي 145-07.

ثالثاً: المصادقة على دراسة التأثير البيئي

عند نهاية التحقيق العمومي يرسل ملف دراسة التأثير المنجمي المتضمن آراء المصالح التقنية ونتائج التحقيق العمومي مرفقا بمحضر المحافظ المحقق والمذكرة الجوابية لصاحب المشروع عن الآراء الصادرة إلى الوزير المكلف بالبيئة لفحص الملف ويمكن له الاستعانة بالقطاعات الوزارية المعنية والاستعانة بكل خبرة، ولا يجب أن تتعدى مدة الفحص أربعة أشهر ابتداء من تاريخ إقفال التحقيق العمومي، وبعد موافقة الوزير يرسل قرار الموافقة إلى الوالي المختص إقليمياً الذي يبلغ بها صاحب المشروع¹.

ويثور التساؤل حول حالة رفض الدراسة، هل يجوز التقدم بدراسة أخرى؟ في هذا الصدد تجيبنا المادة 19 من الرسوم التنفيذية 145-07 بأنه يمكن لصاحب المشروع أن يقدم للوزير المكلف بالبيئة طعنا إداريا مرفقا بمجموع التبريرات أو المعلومات التكميلية التي تسمح بتوضيح و تأسيس الاختيارات التكنولوجية والبيئية لطلب دراسة أو موجز التأثير من أجل دراسة جديدة حسب الكيفيات السابقة. غير أن هذا وأن كان فيه مراعاة لحقوق صاحب المشروع إلا أنه تجاوز للشأن البيئي ولذلك لا بد من تحري الدقة في فحص هذه الدراسات الأمر الذي يمنع الرجوع بدراسات جديدة.

خاتمة:

من خلال ما سبق تبين درجة اهتمام المشرع بشأن الاستغلال المنجمي سواء في الجانب الاقتصادي أو في الجانب البيئي، نظراً للتأثيرات السلبية المحتملة ولذلك اشترط دراسات التأثير البيئي بوضع خطط طوارئ لمنع أو تخفيف مخاطر تلك التأثيرات غير أن ما يمكن ملاحظته هو أن هذه الدراسات يجب ألا تتوقف عند الإبلاغ بقرار الموافقة عليها بل يستلزم إجراء فحص دوري للتأثيرات التي قد تطرأ خلال أعمال شركات التنقيب والتعدين، بإجراء مراجعة دورية لمدى ملاءمة خطط الطوارئ، للمحافظة على التربة والحد من تدهورها أو تلوثها.

وعند الإخلال بالمقاييس والمعايير التي تم النص عليها في القوانين والنصوص التنظيمية، يجب إزالة أي تأثيرات سلبية وإيقافها ومعالجة آثارها بما يتفق مع المقاييس والمعايير البيئية خلال مدة معينة، وتقديم تقرير عن الخطوات التي تم القيام بها لمنع تكرار حدوث أي مخالفات لتلك المقاييس والمعايير في المستقبل، على أن تحظى هذه الخطوات بموافقة الجهة المختصة.

أن الواقع يدل على أن دراسات التأثير البيئي رغم أهميتها لم تؤدي الغاية المطلوبة منها خصوصا مع ضعف الوازع البيئي لدى الأفراد وهو ما يمكن استخلاصه من شخ وندرة الملاحظات التي يبديها المواطنون بمناسبة فتح تحقيق عمومي.

¹ - المواد 18-19 من المرسوم التنفيذي 145-07.

إن هذه الدراسات أصبحت عملية إدارية محسومة النتائج نظراً لعدم الاهتمام سواء على مستوى الإدارات المكلفة بالشأن البيئي أو على المستوى العمومي، لذلك لا بد من الجديدة في فحص ودراسة هذه المشاريع ذات الأخطار البيئية، وتوعية الجمهور بضرورة المشاركة في القرار لتلافي أي خطر آني أو مستقبلي.

المراجع

أولاً: الكتب والمقالات

1. بوجردة مخلوف، العقار الصناعي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثانية، 2006.
2. طه طيار، دراسة التأثير على البيئة – نظرة في القانون الجزائري- مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، الجزائر، العدد الأول، 1991.
3. عامر طراف، حياة حسنين، المسؤولية الدولية والمدنية في قضايا البيئة والتنمية المستدامة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2012.
4. عبد اللاوي جواد، التزام المؤسسة الاقتصادية في الجزائر بحماية البيئة، مجلة المعيار تصدر عن المركز الجامعي، تيسمسيلت، الجزائر، العدد 07، جوان 2013.
5. عمار علوي، الملكية والنظام العقاري في الجزائر، دار هومة، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2006.
6. مجيد خلفوني، العقار في القانون الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة، 2012.
7. مدين آمال، المنشآت المصنفة لحماية البيئة –دراسة مقارنة- مذكرة ماجستير في الحقوق، قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2012-2013.
8. منصور مجاجي، دراسة مدى التأثير على البيئة كأداة لحماية من أخطار التوسع العمراني، مجلة البحوث والدراسات العلمية، المدية، العدد 03، ديسمبر 2009.
9. منظمة العمل العربية، الصحة والسلامة المهنية في قطاع المناجم، دراسة للمعهد العربي للصحة والسلامة المهنية، دمشق، 2010.
10. شويح عثمان، دور الجماعات المحلية في التنمية المحلية-دراسة حالة البلدية-، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2010-2011.
11. يحيى الزهراني، المسؤولية البيئية لشركات المناجم والتعدين، دراسات وأبحاث جريدة الحياة تعنى بأخبار وشؤون البيئة والتنمية في العالم، السعودية، 2011.

ثانياً: المصادر والقوانين

I. المصادر

1. دستور 28 نوفمبر 1996

II. القوانين والأوامر

1. القانون رقم 90-30 المؤرخ في 14 جمادى الأولى عام 1411 الموافق أول ديسمبر سنة 1990 والمتضمن قانون الأملاك الوطنية المعدل والمتمم.
2. القانون 01-10 مؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1422 الموافق 3 يوليو سنة 2001، المتضمن قانون المناجم، والملغى بموجب القانون 05-14. المتضمن قانون المناجم.
3. القانون 03-10 مؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003، يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد، 43، في 20 يوليو سنة 2003..
4. القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
5. القانون رقم 14-05 مؤرخ في 24 ربيع الثاني عام 1435 الموافق 24 فبراير سنة 2014 يتضمن قانون المناجم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد، 18، الصادر 30 مارس 2014.
6. الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

III. المراسم التنفيذية

1. المرسوم التنفيذي رقم 91-494 المؤرخ في 23 نوفمبر 1991 الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة وتسييرها ويضبط كفاءات ذلك.
2. المرسوم التنفيذي رقم 04-93 المؤرخ في 11 صفر عام 1425 الموافق أول أبريل سنة 2004، يتضمن النظام الداخلي للوكالة الوطنية للممتلكات المنجمية.
3. مرسوم تنفيذي رقم 06-198 مؤرخ في 4 جمادى الأولى عام 1427 الموافق 31 مايو سنة 2006، يضبط التنظيم المطبق على المؤسسات المصنفة لحماية البيئة، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد، 37، 4 جوان 2006.
4. المرسوم 07-144 مؤرخ في 2 جمادى الأولى عام 1428 الموافق 19 ماي سنة 2007، يحدد قائمة المنشآت المصنفة لحماية البيئة، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد، 34، في 22 ماي 2007.
5. المرسوم تنفيذي رقم 07-145 مؤرخ في 2 جمادى الأولى عام 1428 الموافق 19 مايو سنة 2007، يحدد مجال تطبيق ومحتوى وكفاءات المصادقة على دراسة وموجز التأثير على البيئة، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 34، في 22 مايو 2007.
6. المرسوم التنفيذي رقم 07-145 الذي يحدد مجال تطبيق ومحتوى وكفاءات المصادقة على دراسة وموجز التأثير على البيئة.

حماية المستهلك جنائيا في عملية تسويق المواد الصيدلانية.*
أ. مجدوب نوال. أستاذة مساعدة بجامعة تلمسان.

الملخص:

وفر المشرع الجزائري حماية قانونية للمستهلك في إطار عملية تسويق المواد الصيدلانية و ذلك من خلال قانون الصحة الجزائري و قانون الاستهلاك رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك، باعتبار أن المخاطر المنجزة عن المواد الصيدلانية بغض النظر عن كونها معيبة أو مقلدة أو مغشوشة كانت و ما تزال في كل يوم تكشف عن وجه جديد، لاسيما بزوغ فجر المواد الصيدلانية المهندسة وراثيا و المواد الصيدلانية الجينية.

لكن و رغم سعي المشرع الجزائري الدؤوب لخلق بيئة قانونية تؤثر و تنظم عملية تسويق المنتوجات الصيدلانية إلا أن هذا لا ينفي وجود بعض النقائص التي تشوب المنظومة القانونية مما يتطلب معه التشدد في أحكام المساءلة الجنائية ضد كل كتدخل مخالف لقواعد تسويق المواد الصيدلانية بدءا من مرحلة الإنتاج إلى غاية الوصول إلى مرحلة الوضع للبيع.

الكلمات المفتاحية: المستهلك، المواد الصيدلانية، التسويق، الحماية القانونية.

Abstract:

Algerian legislature has provided legal protection for the consumer in the context of the process of marketing of pharmaceuticals and through the Health Law and consumption Algerian Law No.03-09 on consumer protection, considering that the risks involved in pharmaceuticals, regardless of whether they are defective or counterfeit or adulterated and was still very day reveals a new face, especially prog dawn pharmaceuticals genetically engineered and generic pharmaceuticals.

Despite the quest Algerian legislator hard to create a legal environment that affect and regulate the marketing of pharmaceutical products process but this does not negate the existence of some short comings that mar the legal system, which requires him to militancy in the provisions of the criminal accountability against each intervention is contrary to the rules of marketing of pharmaceuticals from production stage until access to stage the situation of the sale.

Key words : consumer, pharmaceutical, marketing, legal protection.

* تاريخ إيداع المقال: 2015/09/06

تاريخ تحكيم المقال: 2015/12/02

مقدمة:

بجست و لازالت تبحث البشرية عما يخفف آلامها و أسقامها و يشفي عليها ، و في هذا الصدد فقد وجدت في المواد الدوائية علاجا لمرضاها و تخفيفا لمعاناتها ، و بدأت في البحث عن الشفاء في كل ما يحيط بها من أشجار و حجارة و ماء و حيوان أو حتى البشر .

و قد كان العلاج حكرا على المشعوذين السحرة في غضون العصور القديمة ، ليتحول إلى فن لا يتقنه إلا أناس تميزهم الخبرة و المهارة و الحكمة و التجربة ، فأصبح العلاج و الشفاء لصيقا بالطب و الأطباء¹ .

أما في القرن الثاني عشر فقد شهد تاريخ العلاج البشري نقطة تحول هامة ، أين انفصل فن الطب عن فن آخر من شأنه اكتشاف و تحضير المواد الصيدلانية يسمى بفن الصيدلة ، أين بدأت قواعده تتبلور شيئا فشيئا لتكتمل معالمه في ظل القرن 18 أين شهد التاريخ ميلاد علم جديد يدعى علم الصيدلة² .

كما شهد القرن العشرون قفزة نوعية في هذا الصدد أين تفجرت الإعدادات الصناعية للعديد من المواد العلاجية المناط لها علاج مختلف الأمراض ، و من هنا تحولت وجهة البحث العلمي لاختراع مواد دوائية أكثر فعالية من سالفها مما جعلها معقدة و خطيرة ، أين صارت الأدوية تنتج و توزع و تسوق أو حتى تستعمل في ظروف غير عادية .

و من هنا بدأ يظهر دور الدولة في بسط إجراءات من شأنها تسويق المواد الصيدلانية مادامت المسؤولة عن منح تراخيص صنع و تسويق هذه المواد .

فالدولة تقوم بالرقابة السابقة من خلال دراسة طلبات الترخيص ، و أخرى بعديّة و ذلك عند عملية التسويق، مع إمكانية سحب أو إتلاف كل منتج صيدلاني خطير على أمن و سلامة المستهلك¹ .

غير أنه رغم كل ما قدمه التقدم الصناعي من مواد صيدلانية يناط بها علاج عدة أمراض ، إلا أنها أفرزت مخاطر أخرى قد تفوق مخاطر الأمراض في حد ذاتها ، فقد صارت المواد الصيدلانية المعيبة و المغشوشة تسوق و يتم تداولها بصورة غير عادية² و بعيدا عن المقاييس القانونية المطلوبة في هذا الصدد ، كما طالها التقليد بكل صورته .

¹ - حنظر حياة ، الآليات الكفيلة بحماية المستهلك من الأدوية المعيبة ، مداخلة في الملتقى الوطني الخامس حول أثر التحولات الاقتصادية على تعديل قانون حماية المستهلك ، مجلة العلوم القانونية ، كلية الحقوق ، جامعة حسنية بن بوعلي ، الشلف ، ديسمبر 2012.

² - يعود الفضل في بروز علم الصيدلة إلى مجهود الكيمياء لاسيما بعد فصل التركيبة الكيميائية عن المواد الطبيعية .

¹ - حنظر حياة ، الآليات الكفيلة بحماية المستهلك من الأدوية المعيبة ، مرجع سالف الذكر .

² - يعرض المنتج للتداول عندما يتخلى عنه المتدخل بصورة إرادية مع ضرورة أن يكون محل عرض واحد

و على هذا الأساس فإن التساؤل الذي يطرح هو كآآتي :

ما المقصود بالدواء ، و ما هي أهم الصور الإجرامية التي تنصب على عملية تسويقه ؟ .

إن سالف الإشكال يقودنا لتحديد مفهوم الدواء تحديدا دقيقا باعتباره محل الحماية في هذا السياق (المحور الأول) و مع ذلك يجب إبراز أهم صور الإجرامية التي قد تطاله (البند الثاني) ثم تحديد مقومات الاعتداء (البند الثالث).

المحور الأول : مفهوم المواد الصيدلانية

يقصد بالمواد الصيدلانية الأدوية والكواشف البيولوجية و المواد الكيماوية الخاصة بالصيدليات، و مواد التضميد و غيرها من المواد الأخرى الضرورية للطب البشري¹.

في حين يعرف الدواء بأنه : "كل مادة أو تركيبة تقدم لكونها تحتوي على خاصيات علاجية أو وقائية لمعالجة أمراض الإنسان أو الحيوان ، توصف كذلك لوضع تشخيص طبي أو لاستعادة تصحيح أو تعديل وظائف"².

كما يعرف على أنه : "كل مادة تستعمل في تشخيص أو معالجة الأمراض التي تصيب الإنسان أو الحيوان و كذا الوقاية منها ، مع إمكانية القول أنه كل مستحضر استشفائي محضر بناء على وصفة طبية و حسب بيانات دستور الأدوية"³ و يدخل تحت هذه التسمية المواد التالية :

- كل كاشف للحساسية و هو كل منتج موجه لتحديد أو إحداث أو تعديل ما .

- كل لقاح أو مصل ، و هو كل عامل موجه للاستعمال لدى الإنسان قصد إحداث مناعة فاعلة أو قصد تشخيص .

- كل منتج صيدلاني إشعاعي جاهز للاستعمال لدى الإنسان بما في ذلك المنتجات الثابتة المشتقة من الدم¹ .

و تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد أدرج المنتجات الخاصة بالحمية و التي تحتوي على مواد غير غذائية تجعلها مفيدة للصحة البشرية ، من بين أنواع المواد الشبيهة بالدواء، مثلها مثل مواد النظافة و التجميل البدني، بما في ذلك المواد المعدلة جينيا أو وراثيا التي قد تستعمل في العلاج أو حتى تصنيع المواد الصيدلانية .

التداول ،...، لمزيد من التفاصيل أنظر ، بودالي محمد ، مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة - دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي و الجزائري ، دار الفجر ، الجزائر ، 2005 ، ص.23 و ما يليها .

¹ - المادة 03 من القانون رقم 13/08 المؤرخ في 20 يوليو 2008 المعدل و المتم للقانون رقم 05/85 المؤرخ في 16/02/1985، المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها ، ج.ر.ج.ع، 44، ع.، الصادرة في : 03 غشت 2008 .

² - و هذا ما نصت عليه المادة الرابعة من القانون رقم 13/08 سالف الإشارة إليه .

³ - و هو ما جاءت به الفقرتين 2 و 3 من القانون رقم 13/08 سالف الإشارة إليه.

¹ - و هذا ما يستنبط من أحكام المواد 03-06 من القانون 13/08 سالف الإشارة إليه .

وعموما فقد عرف التشريع الصيدلاني الجزائري الدواء من خلال تبنيه للتقسيم الكلاسيكي للدواء و بالتمتع في مضمون مواد قانون الصحة يتضح أن هناك ثلاثة أنواع من الأدوية نلخصها كالتالي :

أ- أدوية حسب التقديم : و يقصد بها كل مادة أو تركيبة تعرض لكونها تحتوي على خاصيات علاجية أو وقائية من الأمراض البشرية أو الحيوانية .

ب- أدوية حسب الاستعمال و هي المواد التي يمكن و صفها للإنسان أو الحيوان قصد القيام بتشخيص طبي أو لاستعادة وظائفه العضوية أو تصحيحها أو تعديلها .

ج- أدوية حسب التركيب : و يقصد بها مواد النظافة الجسدية و مواد الحماية و المواد المعدلة وراثيا .

و على هذا الأساس تتجلى الصورة الإجرامية التي قد تمس بالمواد الصيدلانية إما في خرق الالتزام بمطابقة الأدوية للمواصفات و التراخيص ، أو الغش و تقليد المواد الصيدلانية بما في ذلك خرق إلزامية الإعلام و الإشهار الطبي¹ .

المحور الثاني : المخالفات المرتبطة بخرق التشريعات المنظمة لمهنة الصيدلة

من ينكر المآسي التي تحدثها المواد الصيدلانية والتي نجد من بينها مأساة بودة MARCHANGE التي أودت بحياة 36 طفل في فرنسا ، و تسمم 167 آخرين و إصابة 8 منهم بعجز دائم من جراء إضافة مواد خطيرة في التركيبة ، و من ذلك صنع عقاقير طبية تحتوي على مواد خطيرة أو إضافة مواد مخضرة للمنتوج الصيدلاني² ، بالإضافة إلى وفاة ثلاثة بريطانيين من جراء تناول عقار أليفال المهدئ للأعصاب و إصابة العديد من مستهلكي هذا الدواء بفقر الدم " الأنيميا" من جراء إضافة مواد خطيرة تخرب و تدمر الكريات الحمراء في الدم¹ .

و عملا بنص المادة 188 من القانون 13/08 سالف الإشارة إليه فإنه تتولى التوزيع بالتجزئة للمواد الصيدلانية المستعملة في الطب البشري صيدليات توضع تحت مسؤولية الصيدلي ، مع ضرورة أن يكون الصيدلي هو المالك الوحيد و المسير الوحيد للمحل التجاري للصيدلة عندما يتعلق الأمر بالصيدليات الخاصة .

و يجب أن يتمثل النشاط الرئيسي- للصيدليات في توزيع المواد الصيدلانية المستعملة في الطب البشري مع إمكانية توزيع المواد شبه الصيدلانية ، و من ذلك نذكر سوائل تنظيف البشرة و معجون الأسنان ..

¹ صاحب عبيد ، التشريعات الصحية - دراسة مقارنة ، مكتبة دار الثقافة ، الأردن ، 1997 ، ص.194

² عبد المنعم موسى إبراهيم ، حياة المستهلك (دراسة مقارنة) ، منشورات الجلي الحقوية، بيروت، 2006، ص.200.

¹ أنظر، عليان عدة، الآليات القانونية لحماية المستهلك في التشريع الجزائري، مداخلة أقيمت في المنتدى الوطني الخامس حول أثر التحولات الاقتصادية على تعديل قانون حماية المستهلك، كلية الحقوق، جامعة حسينية بن بوعلي، شلف، 5،6 ديسمبر 2012.

و ذلك خلافا لما هو جاري عمليا أين صار من البدييات أن يتولى تسيير الصيدلية عون بائع منعدم المؤهلات في هذا الميدان ، مع عرض منتجات التجميل و العطور في الصيدلانيات ، زيادة عن صبغات الشعر و خلطات التسمين أو التنحيف التي يجهل مصدرها أو مكوناتها.

و على هذا الأساس فإنه يسأل الصيدلي جنائيا عن كل خرق لتشريع الصيدلية حتى و لو اقتصر- هذا الخرق لمواصفات أو تراخيص اشتراطها القانون و ذلك على الشكل التالي :

أولا :خرق إلزامية مطابقة المواد السامة و الأدوية للمواصفات و التراخيص

تظهر الإجرامية في هذا الصدد بمجرد خرق الجاني للأحكام و الإجراءات التي يفرضها القانون في مجال إنتاج و توزيع المنتجات الصيدلانية و المواد السامة أو المواد التي تشكل خطرا فهناك بعض المنتجات التي لا يمكن إنتاجها أو تصنيعها إلا بعد الحصول على رخصة و ذلك نظرا لسميتها أو الأخطار التي قد تنجم عنها¹ ، و تحدد عن طريق التنظيم قائمة المنتجات المشار إليها بما في ذلك طرق تسليم التراخيص و سحبها .

وقد صدر المرسوم رقم 254/97 المتعلق بالرخص المسبقة لإنتاج المواد السامة أو التي تشكل خطرا من نوع خاص و استيرادها² أين نصت المادة 05 منه على ضرورة استصدار رخصة مسبقة لإنتاج هذا النوع من المواد مصحوبا بملف يحتوي على الوثائق الضرورية كالسجل التجاري و تركيبة المنتج و نتائج التحليل و تدابير الحماية المتخذة و التدابير الواجب اتخاذها ، و تسلم الرخصة من طرف وزير التجارة بعد استشارة مجلس التوجيه العلمي¹ و بالتالي يقوم هذا النوع من الاعتداء بتوافر سلوك إيجابي أو سلبي يأتيه الجاني و الذي يأخذ إحدى الصور التالية :

- صنع أو استيراد أو توزيع و عموما كل تسويق لمنتجات صيدلانية تحتوي على مادة أو أكثر من المواد الكيماوية المحظورة من الاستعمال .

- خرق إلزامية خضوع المواد الصيدلانية و كذا المستلزمات الطبية المستعملة في الطب البشري قبل عملية التسويق للمصادقة من طرف الوكالة الوطنية للمواد الصيدلانية² .

- مخالفة الأحكام الخاصة بالاستيراد و خرق إلزامية الحصول على رخصة مسبقة .

¹ - و هو ما أشارت إليه المادة 16 من القانون 02/29 المتعلق بقواعد العامة لحماية المستهلك (الملقى) سالف الإشارة إليه، هذه الأخيرة التي لا يوجد لها نص مثيل في ظل القانون 03/09 .

² - المرسوم التنفيذي رقم 254/97 ، المؤرخ في 09/07/1997 ، ج.رج.ج ، ع. 46، الصادرة بتاريخ 09 يوليو 1997.

¹ - تم إنشاء هذا المخبر بموجب المرسوم رقم 140/93 ، المؤرخ في 14/06/1993 ، ج.ر.ج.ج.ع ، ع. 64 ، و تتجسد مهمته الرئيسة في مراقبة نوعية المنتجات الصيدلانية و كذا دراسة الملفات العلمية و التقنية للمنتجات الصيدلانية المعروضة للتسجيل.

² - المادة 193 المعدلة بموجب المادة 02 من القانون رقم 13/08 سالف الإشارة إليه.

مع الإشارة أنه لا يمكن للمتدخل درء المسؤولية الجنائية بحجة أنه ليس المشرف على عملية الاستيراد أو على التركيبة .

كما يتطلب القانون إضافة إلى الرخصة ، أن يتم تسليم المنتجات الصيدلانية من طرف متخصصين كالصيادلة و الأطباء و البيطريين أو حتى حاملي الشهادات الأجنبية المعترف بها ، مع ضرورة توافر السلامة العقلية و البدنية لممارسة هذا النوع من المهن ، و ذلك تحت طائلة المساءلة الجنائية .

كما يجب مراعاة شروط النظافة عند عملية الإنتاج كما هو الشأن بالنسبة للمواد الغذائية ، و كذا مطابقة تلك المواد للشروط و المقاييس المتطلبة قانوناً¹ .

كما يقع على عاتق المتدخل التزاما مراعاة شروط التوضيب و التعليب الخاص بالمواد الصيدلانية و كذا تسويق منتجات صيدلانية مطابقة و غير مقلدة أو مغشوشة .

ثانيا : تسويق منتجات صيدلانية غير مطابقة و معيبة

كان و مازال مستهلك المواد الصيدلانية يعاني من مخاطر هذه المواد لعدم مطابقتها لما هو مقرر قانونا من جهة (أ) بما في ذلك تسويقها و عرضها للتداول بصورة مذهلة رغم كونها معيبة و مغشوشة و مقلدة من جهة أخرى (ب).

أ- تسويق منتجات صيدلانية غير مطابقة :

كثيرا ما تنحرف المواد الصيدلانية عن هدفها المنشود، و بدلا من أن تشفي العليل و تخفف من الأوجاع و تقي من الأسقام ، تتحول إلى سموم و تفاعلات تضر بصحة مستهلكها و من صور الاعتداءات المنجزة عن خرق الالتزام بالمطابقة في عملية تسويق المواد الصيدلانية نذكر على سبيل المثال الصور التالية :

- تقديم الصيدلي لأدوية دون التأكد من صفة محرر الوصفة الطبية و ذلك من خلال بيع منتجات صيدلانية لطالها دون البحث عنها أو عدم مراجعة البيانات المدونة بالوصفة بصورة دقيقة ، مادام وراء ذلك صحة المستهلك و أمنه .

مع إمكانية بيع الصيدلي مواد صيدلانية دون وصفة متى تعلق الأمر بضرورة إسعاف المريض¹ .

- تسليم الصيدلي لدواء لا يتفق و حالة المريض ، إذ نتج عن تطور صناعة الأدوية تعدد و تنوع أنواع المنتجات الصيدلانية و وجود أدوية جنيسة ، مما عاد سلبا على امن و سلامة المستهلك و الصحة العامة عموما .

¹ - مصطفى أحمد أبو عمرو ، موجز أحكام قانون حماية المستهلك ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2009 ، ص.74.

¹ - صاحب عبيد ، المرجع السابق ، ص.194 .

و تتجلى هذه الصورة عندما يكون للدواء الواحد عدة استعمالات بعضها للأطفال و بعضها الآخر للكبار ، بما في ذلك الخطأ في عدد الجرعات¹ و كميتهما للحد الذي معه قد تؤدي لوفاة أو حتى تسبب العاهة المستديمة .

و في هذا الصدد أدانت محكمة " BLOIS " أحد الصيادلة في واقعة تتلخص وقائعها في أن طفل حديث العهد بالولادة يتعدى عمره 40 يوماً كان يعاني من نقص غير طبيعي في الوزن أين عرض على أحد أخصائي الأطفال، هذا الأخير الذي وصف له دواء "الأندوسيد" الخاص بعلاج الكبار من الالتهابات الروماتيزمية بدلا من دواء "الأندوسيل" الخاص بالأطفال² .

و نجد في نفس السياق وصف طبيب الأطفال لكبسولات علاجية على أساس أن يتم تناولها مرتين في اليوم الأولى في الصباح و الثانية في المساء ، و تقديمها للصيدي الذي قام بصرفها دون مراعاة السن و بعيدا عن أسس المطابقة و كذا الأصول العلمية مما أدى لوفاة طفل رضيع في قضية أخرى عرفتها المحاكم الجزائرية و تحفظت عن حيثياتها .

ومن ذلك أيضا نجد إدانة أحد الصيادلة في مصر نتيجة لتسليمه لدواء " الجاردنال " مع تحديد جرعة 10سغ في حين كان المريض طفل رضيع يفترض أن لا تزيد الجرعة التي يتناولها عن 01سغ.

هذا و لا يقف التزام الصيدلي إذن على تسليم دواء يتفق و حالة المريض الصحية و سنه ، بل و تسليم دواء مطابق لما هو مدون بالوصفة الطبية ، متى كان ملائم للمريض ، إذ يحظر على الصيدلي صرف دواء بديل عن المدون بالوصفة ، إلا متى تعلق الأمر بالأدوية الجنيسة مع إعلام المريض عن ذلك ، مع عدم جواز ممارسة الصيدلي سلطته في تقرير مدى فعالية الدواء .

ومن التطبيقات الشهيرة لهذا الالتزام أيضاً، ما عُرض على محكمة أنجييه بتاريخ 11 إبريل سنة 1946م، والتي قد ذهبت إلى إدانة كل من الصيدلي ومساعدته والطبيب المعالج عن وفاة المريضة.

وتتلخص وقائع هذه الدعوى في أن الطبيب كان قد حرر وصفة طبية للمريضة تحتوي على دواء سام (laudanum) يعطى في حقنة شرجية بمقدار (25) نقطة في الزجاجة، ولكن لم يكتب كلمة نقطة goutte بشكل واضح، بل كتب حرفين منها في مساحة ضيقة من التذكرة، فاختلط الأمر على مساعد الصيدلي فقام بترييب الدواء الموصوف على أساس (25) جرام، وقد نتج عن ذلك وفاة المريضة.

¹ - لقد حرصت بعض دساتير الأدوية في العالم و منها دستور الأدوية الفرنسي- على تسجيل جدولين للجرعات الأول خاص بالبالغين و الثاني خاص بالأطفال .

² - إذ دون الطبيب حرف "L" أي حرف "ل" بدلا من حرف "د" باللغة العربية أي "D" هذا السهو الذي ينتج من وراءه مخاطر تصل للوفاةو لمزيد من التفاصيل في هذا الصدد ، راجع. رضا عبد الحليم عبد الحميد ، المسؤولية القانونية عن إنتاج و تداول الأدوية و المستحضرات الصيدلانية ، دار النهضة العربية ، 2005 ، ص 262. و ما بعدها .

وقد أسست المحكمة مسؤولية الطبيب عن خطئه في مخالفة القواعد القانونية المقررة لكتابة التذكرة الطبية والتي توجب كتابة كلمة نقطة بشكل واضح وبحروف كاملة بالنسبة للأدوية السامة، أما خطأ الصيدلي قد لحصته المحكمة في قبوله تنفيذ تذكرة طبية مخالفة للقانون دون الاتصال بمحررها، وترك تركيب دواء سام لمساعدته، في حين أن قانون الصحة العامة يلزمه بتركيب مثل هذه الأدوية بنفسه، أو تحت إشرافه المباشر هذا بالإضافة إلى أنه لم يقرأ التذكرة الطبية بدقة عند تنفيذها، حيث أن القواعد الفنية لمهنته لا تسمح بوضع هذه الكمية السامة (بالجرام) في دواء سيستعمل على دفعتين فقط، واعتبرت المحكمة أن خطأ مساعد الصيدلي يتمثل في أنه كان يجب عليه أن يرجع إلى الصيدلي عند تنفيذ التذكرة الطبية المخالفة للقواعد القانونية"¹.

و يسأل الصيدلي عن أي غلط أو خلط في الأدوية التي يسلمها للمريض مقارنة مع ما هو مدون بالوصفة ، إذ حكم باعتبار الصيدلي مسؤولاً جنائياً عن القتل الخطأ في قضية تتلخص وقائهما في قيام الصيدلي² بتسليم المريض المادة الصيدلانية المتجسدة في " الهيروين " في حين كان الدواء المسجل في الوصفة يتجسد في " أيروتروين " .

كما قد يبرز أمن وسلامة مستهلك المواد الصيدلانية منتجات علاجية معينة أو مغشوشة .

ب- تسويق منتجات صيدلانية مغشوشة و معينة .

قد تكون المنتجات المعروضة للبيع مغشوشة و تباع من طرف صيدليات معتمدة و مرخص لها، و يترتب على استخدام هذه المنتجات المساس بصحة المستهلك و تعريضه للخطر ، كما قد تنعدم فائدتها على الإطلاق¹ .

كما أفرزت التكنولوجيا صوراً عديدة لتقليد الدواء إذ يمكن أن تطال هذه المناورات عملية التغليف و التغليف أو تقليد المادة التي تصنع منها الأدوية ، إذ لم يعد الأمر مقتصرًا على تقليد العلامات التجارية أو النماذج الصناعية أو المصنفات ، بل تعدى ذلك إلى تقليد ألوان و أشكال الأعلف و الأغذية و العلب و الصناديق كما امتد ليشمل المادة التي يصنع منها الدواء مع تلوين هذه المادة حتى تصبح بنفس لون المادة الأصلية، و بالتالي ينقسم تقليد المواد الصيدلانية إلى تقليد في مكونات الدواء و محتوياته ، و تقليد العلامة التجارية الخاصة بالدواء.

و نظراً لأن الحق في الإعلام هو حق قدسته مدونات حقوق المستهلك و كذا تشريعات الاستهلاك ، فإن منتج و متداول المواد الصيدلانية هو الآخر ملزم بإعلام مستهلك المواد الطبية ، و كل خرق لهذه الإلزامية يولد جريمة خرق إلزامية الإعلام.

¹ - محمد وحيد محمد علي ، المسؤولية المدنية للصيدلي ، رسالة دكتوراه في القانون ، كلية الحقوق ، عين الشمس ، 1993 ، ص. 148 و ما بعدها .

² - هو الشخص المخصص في علم الأدوية ودوره التقليدي يتمثل في صرف الأدوية المكتوبة في الوصفة الطبية.

¹ - عبد الحميد الشواربي ، مسؤولية الأطباء و الصيدالة و المستشفيات المدنية و الجنائية و التأديبية ، منشأة المعارف ، 1998 ، ص . 128 .

ثالثا : خرق إلزامية الإعلام و الإشهار الطبي

ألزم المشرع كل متدخل في عملية عرض المواد الصيدلانية للاستهلاك ، أو أي متعامل متخصص في المجال الطبي بالإعلام عن طريق الوسم¹ مع ضرورة أن يتسم هذا الأخير بالدقة و القابلية للتحقيق ، وكذا المطابقة لأحدث معطيات البحث العلمي و الطبي حين نشره .

كما يقع على هذه الفئة عبء إشهار المواد الصيدلانية و المستلزمات الطبية المستعملة في الطب البشري و المسجلة و المصادق عليها بصفة قانونية² .

وبالتالي يقوم التجريم في هذا النوع من التجاوزات بتوافر جملة من الماديات النابعة عن إرادة آتمة.

المطلب الثالث :مقومات الاعتداء :

يقوم الاعتداء في هذه الجريمة بإتيان إحدى السلوكيات التالية :

- قيام صانع المواد الصيدلانية بتصنيع مواد أو أدوية مغشوشة عن طريق إضافة مكونات لا تندرج ضمن التركيبة أو إقصاء مكونات كان يفترض أن تدرج في التركيبة .

- كما يقوم الاعتداء عن طريق تسويق مواد صيدلانية غير مطابقة أو معيبة أو منتهية الصلاحية.

- كل تسويق لمنتجات صيدلانية مقلدة للحد الذي معه يتم الخلط بين علامة¹ الدواء الأصلية و علامة الدواء المقلدة.

أما عن الركن المعنوي لهذه الجريمة فانه نظرا لكون أن الخوض في مسألة إثبات توافر القصد الجنائي من عدمه لدى الجاني ينقص من فعالية الحماية الجنائية لمستهلك المواد الصيدلانية نظرا لصعوبة إثباته جنائيا ، فإن ذلك يجعل من القصد الجنائي في هذه الجريمة مفترضا لأن صانع المواد الصيدلانية هو شخص يفترض فيه أن يكون شخصا ذو كفاءة و مؤهلات في مجال علم الصيدلة² مع خضوعه للتنظيم الخاص بهذه الفئة و هذا ما تضمنه المرسوم التنفيذي رقم 260/90³ و كذا المرسوم التنفيذي رقم 261/90¹.

¹ - مع الإشارة انه ليس هناك أي فرق يذكر بين المواد الطبية و المواد الطبية البيطرية ، سواء من حيث الموافقة القبلية للمشروع المسلمة من وزارة الفلاحة أو الرخص أو الوسم و هذا وفق ما نصت عليه المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 240/90 ، المؤرخ في 04 غشت 1990 ، المتعلق بشروط صناعة الأدوية البيطرية و بيعها و رقابتها ، ج.ر.ج.ج ، ع ، 33 ، الصادرة بتاريخ 08 غشت 1990 .

² - و هو ما نصت عليه المادة 25 من القانون رقم 13/08 سالف الإشارة إليه .

¹ - يقصد بالعلامة كل ما يميز منتجا عن غيره و تشمل على وجه الخصوص الأسماء المتخذة شكلا مميزا ، حروفا

² - محمد بودالي ، حماية المستهلك في القانون المقارن ، المرجع السابق ، ص.433،432.

³ - المرسوم التنفيذي رقم 260/90 ، المؤرخ في 08 سبتمبر 1990 المتضمن تنظيم الدراسة للحصول على شهادة الصيدلي ، ج.ر.ع ، 39 ، الصادرة بتاريخ 12 سبتمبر 1990.

و هو ما يستشف عمليا ، أين ألف قضاة الموضوع تحميل المتدخل كامل المسؤولية الجنائية كون الشاغلين في هذا المجال هم أشخاص محترفون و ذو خبرة يفترض فيهم العلم ، إذ يعد التسجيل مثلا قرينة على علم الغير بوجود العلامة ، كما تعد واقعة التقليد المادي قرينة جديده على سوء نية المقلد، لأن التشابه بين العلامتين لا يصح اعتباره نتيجة محض الصدفة .

كما يكمن سوء النية في حالة قصد المقلد للدواء إيقاع جمهور المستهلكين في الخطأ وإيهامهم بأن تلك الأدوية تمثل العلامة الحقيقية التي تتمتع بثقة و إقبال كثيف من جمهور المستهلكين².

خاتمة :

إن ما نصلو إليه من نتائج من خلال هذه الدراسة هو كالتالي :
- أصبح المستهلك الجزائري بحاجة ماسة و أكثر مما مضى إلى الحماية الجنائية في عملية تسويق المواد الصيدلانية ، لاسيما و أن الأضرار المنجزة عنها من نوع خاص ، كونها تمس بصحة الفرد .
فرغم سعي المشرع الجزائري الدعوب لخلق بيئة قانونية فعالة ، و من ثم بناء قانون محكم يكرس الحماية الجنائية لمستهلك المواد الصيدلانية ، إلا أنها مشوبة بنقائص صارخة للحد الذي معه نجد أن المشرع أقصاها من نطاقا لحماية المقررة بموجب القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش ، رغم أنه تطالها ذات الانتهاكات التي تطال باقي المواد الاستهلاكية، و بالتالي يستحسن أن تدرج المواد الصيدلانية ضمن طائفة السلع الاستهلاكية عموما .

و في ذات الوقت إن عملية الرقابة على تداول و تسويق المواد الصيدلانية هو الآخر مشوب بجملة من النقائص ، لاسيما أمام نقص التكوين و الخبرة لدى المكلفين بالرقابة ، مما يتطلب معه تكريس فريق عمل من ذوي الكفاءات في مجال الصيدلة .

مع ضرورة أن يتشعب الصيدلي و الطبيب و غيرهم من الناشطين في الحقل الطبي من ممرضين و قابلات... بأخلاقيات المهنة ، و الترفع عن كل سلوك من شأنه الإضرار بصحة مستهلك المنتج الطبي سواء كان خدمة التطبيب أو التمريض ، أو مادة صيدلانية سعى المستهلك من وراء اقتنائها إلى التخفيف من آلامه و أسقامه .

و أمام اشتراط المشرع لخص من أجل تسويق المواد الصيدلانية ناهيك عن ضرورة الحصول على دبلوم في الصيدلة حتى يمنح الصيدلي الاعتماد الذي بموجبه يمكنه تأسيس صيدلية ، ألم يئن الأوان لقمع الصيدلة

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 261/90 ، المؤرخ في 08 ديسمبر 1990 ، المعدل و المتم للرسوم التنفيذي رقم 218/7 المؤرخ في 25 غشت و المتضمن تنظيم الدراسة للحصول على شهادة جراح أسنان ، ع.39، الصادرة بتاريخ . 12 سبتمبر 1990

² - صفاء فتوح جمعة ، النظام القانوني للصيدليات الالكترونية ، دار الفكر و القانون ، المنصورة ، 2013 ، ص. 149 .

المؤجرين للاعتادات الممنوحة لهم؟ هذا من جهة ، و من جهة آله يصبح بأن الأوان للتشدد مع الصيادلة الذين يتركون مهمة بيع المواد الصيدلانية لأشخاص منعدمين الكفاءة و الخبرة و لا يمدون لعلم الصيدلة بأية صلة . و في الختام نقول انه أمام تفشي الأمراض السرطنة و الأوبئة ، صار من الضروري أن يعاد النظر في المرسومة التشريعية حتى تواكب شتى صور الإجرامية التي تطال مستهلك المواد الصيدلانية ، و كل هذا حتى تترقى هذه الحماية لمستوى طموح المستهلك الجزائري .

النظام القانوني لعقد التسيير.*

أ.رجحي أحمد- أستاذ مساعد/أ/- المركز الجامعي أحمد بن يحيى الوشريسي- تيسمسيلت

ملخص:

يهدف هذا البحث إلى إظهار مجال استعمال عقد التسيير الذي أوجده المشرع الجزائري من خلال القانون 89-01 المؤرخ في 07 فبراير 1989، المتضمن عقد التسيير و المدرج في القانون المدني، الكتاب الثاني، الباب التاسع تحت عنوان العقود الواردة على العمل، ضمن الفصل الأول مكرر.

يعتقد الكثير من الناس أن كون هذا العقد قد ورد في القانون المدني يفيد أن بإمكان كل من أراد أن يتجه فله ذلك، و يعتقد البعض الآخر أنه جاء لإتمام عملية الخوصصة الواردة على المؤسسات العمومية الاقتصادية؛ هذا في ظاهر النص، لكن بالرجوع إلى محاضر مناقشة مشروع القانون الموجودة في الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني و التي تعتبر روح هذا القانون، يتبين لنا أن الأمر مغاير تماما، من أجل ذلك أعتقد أنه قد حان الأوان لرفع هذا اللبس الذي صار يحجب حقيقة وجود هذه الآلية الفريدة. بحيث سبب إيجادها هو الحفاظ على ما تبقى من المؤسسات العمومية الاقتصادية و الحلولة دون خوصصتها، كما أنه لا يصح إلا لهذا النوع من المؤسسات فقط دون غيرها في إبرامه لأنه من النظام العام؛ أما بالنسبة للمسير فلا يمكن أن يكون إلا لشخصا قانونيا أجنبيا بالنظر إلى الشروط التي يجب توافرها في المسير هذا من جهة، و كون عقد التسيير عقدا دوليا بطبيعته لأنه يخضع للأعراف الدولية في إبرامه هذا من جهة أخرى.

Résumé :

Le présent article tend à mettre en évidence l'utilisation du contrat de management que le législateur Algérien a bien voulu insérer dans le code civil, dans le second livre, neuvième titre sous l'intitulé : « Des contrats portant sur la prestation de services. » du chapitre I bis.

Beaucoup de gents prétendent que l'insertion du contrat de management dans le code civil est une évidence que son utilisation est à bon escient, et d'autre croient qu'il n'est que l'autre face cachée de la privatisation des entreprises publiques économiques ; Du moins, c'est ce que le texte laisse croire, car en s'imprégnant de l'esprit de la loi par le biais des procès verbaux de la discussion du projet de loi qui se trouvent dans le journal officiel des délibérations de l'assemblée nationale populaire, la vérité est toute autre.

* تاريخ إيداع المقال: 2015/09/29

تاريخ تحكيم المقال: 2015/12/02

Ceci étant, il m'apparaît qu'il est grand temps de lever toutes ces ambiguïtés qui défigurent le but pour lequel existe cette institution si originale, car le but fondamental de son existence est de préserver les entreprises publiques économiques, du moins ce qui l'en reste, comme il convient de préciser que ce contrat est propre à ce genre d'entreprise, et que cette exclusivité est d'ordre public. Ce qui est du gestionnaire, et on ce référant aux critères dont il est soumis, il ne peut être qu'une entité juridique étrangère puisque le contrat en lui-même est international.

مقدمة:

قرر أهل الاختصاص من قانونيين، السياسيين و الاقتصاديين أن الجزائر بادرت بتصحيح مسارها الاقتصادي في أواخر الثمانينات (80) لاسيما بعد ظهور جملة من القوانين (القانون 01-88 و 02-88 و 03-88 و 04-88 و 05-88 و 06-88 والمؤرخة في 12/01/1988)¹ هذه القوانين التي كانت لها آثار عميقة في التحولات السياسية والاقتصادية للبلاد.

و لعل من أهم القوانين ذلك القانون الذي هو عقد مسمى هو عقد التسيير الذي يرجع سبب وجوده إلى فشل المفاوضات التي شاركت فيها السلطات الجزائرية مع أرباب العمل (Patronat) القائمين على السياحة الفرنسية من أجل تطوير قطاع السياحة و لاسيما فيما يخص التسيير الفندقي، نظرا لتوفر الجزائر على سلسلة من الفنادق بقيت مستغلة دون المستوي المطلوب و دون الوسائل المتوفرة، سواء منها البشرية أو المادية، والتي دامت لأكثر من سنتين (1986-1988)² و التي لم تتمكن البلاد من تحقيق مخططاتها التنموية في القطاع السياحي بحيث خلال تلك الحقبة لم يتمكن المشرفون على قطاع السياحة من تحقيق أهدافها و يرجع ذلك لعدم احتواء التشريع و القوانين الجزائرية على عقد مسمى يدعى عقد التسيير³ هذا ما جاء في المنتدى الذي نظمته مجموعة "Juris-Group" الدولية تحت إشراف الغرفة الوطنية للتجارة و الصناعة.

¹ القانون 01-88 المؤرخ في 12/01/1988 المعدل و المتمم، المتعلق بتوجيه المؤسسات العمومية الاقتصادية

القانون 02-88 المؤرخ في 12/01/1988 المعدل و المتمم، المتعلق بالتخطيط

القانون 03-88 المؤرخ في 12/01/1988 المتعلق بصناديق المساهمة، ملغى.

القانون 04-88 المؤرخ في 12/01/1988 المتعلق بتحديد القواعد الخاصة المطبقة على المؤسسات العمومية الاقتصادية، ملغى.

القانون 05-88 المؤرخ في 12/01/1988 المعدل و المتمم، المتعلق بقوانين المالية

القانون 06-88 المؤرخ في 12/01/1988 المتعلق بنظام البنك و القرض، ملغى.

² B. Abderrahmane, Actes de séminaire : " L'Entreprise Algérienne et la négociation des contrats internationaux", Juris-Group en parrainage avec la Chambre Nationale du Commerce-1990, pp. 10 et 11.

³ B. Abderrahmane, Actes de séminaire : " L'Entreprise Algérienne et la négociation des contrats internationaux", op.cité, p 11.

فعقد التسيير الذي أوجده المشرع الجزائري وأدرجه في القانون المدني، الكتاب الثاني، الباب التاسع ضمن الفصل الأول مكرر، صدر بموجب القانون رقم 89-01 المؤرخ في 07 فبراير 1989 الممّم للأمر 58-75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني و هو من العقود الواردة على الخدمات.

إلا أن هذا القانون اليتيم الذي ينظم هذه الآلية الفريدة لا يبين بشكل واضح حدود عقد التسيير، بمعنى طبيعته القانونية و نظامه القانوني.

و عليه، يتناول هذا البحث بالدراسة، أصل عقد التسيير و أسباب وجوده في الجزائر و تاريخه، و الأهداف المتوخاة منه و مبادئه الأساسية و مجالات تطبيقه، قصد تحديد اتجاه نية المشرع من إيجاد هذه الآلية الفريدة¹؛ هل هي في متناول جميع الأشخاص القانونية، أم أنها من نصيب فئة معينة فقط، وهل تصب في مصب التنازل عن أصول المؤسسات العمومية الاقتصادية أم هي محافظة و خادمة لها؟

و قد طرحت إشكالية كيفية إبرام عقد التسيير لأنه كما سبق الإشارة إليه، فالقانون اليتيم المنظم لعقد التسيير لا يبين كيفية ذلك، و للعلم أنه لم تصدر له نصوص تنظيمية؛ من أجل ذلك اضطر الباحث إلى اللجوء إلى محاضر مناقشة مشروع القانون الصادرة في العدين 66 و 68 للجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني قصد الإطلاع على اتجاه نية المشرع في ذلك، و كانت النتيجة جد مرضية.

و قد قسم الباحث الدراسة إلى محثين، يتناول المبحث الأول انتماء عقد التسيير، و يتناول المبحث الثاني النظام الخاص الذي جاء به عقد التسيير.

المبحث الأول: انتماء عقد التسيير

يتناول المبحث أصل عقد التسيير وجذوره، فمعرفة المنبع أساسية لمعرفة أسباب وجوده، ويمكننا من الإجابة على كثير من التساؤلات، لولاها لما رفعت الإبهامات.

كما أن هناك حاجة ملحة أجبرت أهل الاختصاص على إيجاد هذا النوع من العقود في بلادنا، ولهذه الحاجة تاريخ، وهذا التاريخ يبقى ذا أهمية لتحديد الزمان، ففي تحديد الزمان إمكانية تحديد الظروف التي دفعت إلى حاجة استعمال مثل هذا النوع من العقود. و عليه نتناول بالدراسة في المطالب الآتية:

المطلب الأول: أصل عقد التسيير

"إن هذا العقد الانجلوساكسوني الأصل يعرف حاليا تطبيقات واسعة في العديد من بلدان العالم و في ميادين عديدة و منها مجال الفنادق و السياحة و الشركات ذات الاقتصاد المختلط علي سبيل المثال."

¹ P.F.Cuif, *Le contrat de gestion*, Ed. ECONOMICA- Recherches Juridiques, 2004, p. 16.

" إن هذا العقد الانجلوساكسوني الأصل يعرف تطبيقات واسعة عبر أغلب دول العالم في مجال الفندقة و السياحة، و الهدف منه هو السعي إلي تحسين الخدمات و تحقيق المردودية الاقتصادية و تحسين الموارد من العملة الصعبة عن طريق إيجار كفاءات و خدمات لصالح المؤسسات العمومية الاقتصادية و الشركات المختلطة الاقتصاد¹."

هذا ما جاء في محضر الجلسة العلنية الرابعة والعشرين المنعقدة يوم الأربعاء 18/01/1989 مساء على لسان السيد وزير العدل خلال دراسة مشروع القانون المتضمن عقد التسيير و كذلك السيد مقرر اللجنة القانونية والإدارية أن أصل العقد هو أنجلوساكسوني².

بالرجوع إلى الآلية الانجلوساكسونية التي يستند المشرع عليها كرجع، هي ترست "Trust" أو بالأحرى ترست التسيير، بحيث نشأ ترست في فرنسا في منطقة نورمندي (La Normandie) خلال العصور الوسطى في فترة الحروب الصليبية³ ليعبر بعد ذلك المنش (La manche) مع قيوم الفاتح (Guillaume le conquérant) أين أستقر في المعاملات والقوانين الانجلوساكسونية⁴ و تطور بفضل حماية قانونية خاصة في إنجلترا في ظروف تاريخية خاصة، فخلال الحروب الصليبية تم استعمال هذا النظام (ترست) من قبل الفارس الصليبي الذي يضع بين يدي صديق ذو ثقة أموال ليقوم هذا الأخير بتسيير هذه الذمة المالية لفائدة عائلة الفارس خلال فترة غيابه⁵، كما جاء في مصادر أخرى أن هذا النظام تم استرادته من قبل الفرسان الصليبيين الذين سبق و أن رجعوا من حملات صليبية من أراضي مسلمة، ألا و هو نظام الوقف عند المسلمين⁶، الذي اقتبس بدوره من القانون الروماني (fideicommissum)⁷ بحكم أن الإمبراطورية الرومانية كانت متزامية الأطراف و قريبة من الدول العربية قبل و بعد الإسلام عبر التاريخ.

¹ إن الشركات ذات الاقتصاد المختلط تم إنشائها بموجب القانون رقم 82-13 المؤرخ في 28/08/1982، يتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد وسيرها (العدد 35 المؤرخ في 31/08/1982 للجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية)، كما تم إلغاءها بموجب المادة 49 من المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 05/10/1993 يتعلق بترقية الاستثمار (العدد 64 المؤرخ في 10/10/1993 للجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية)؛ و عليه، بقيت المؤسسات العمومية الاقتصادية الشخص القانوني الوحيد المؤهل لإبرام عقد التسيير.

² محضر الجلسة العلنية ليوم 18/01/1989 الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني، العدد 66، ص 2 و 3.

³ Laurent AYNES, Les journées de l'ingénierie patrimoniale, Trusts : comment comprendre, appliquer et maitriser la nouvelle donne fiscale, le 2 et 3/02/2010, p2.

⁴ Laurent AYNES, Les journées de l'ingénierie patrimoniale, op.cité, p2.

⁵ Laurent AYNES, Les journées de l'ingénierie patrimoniale, Trusts : comment comprendre, appliquer et maitriser la nouvelle donne fiscale, op.cité, p2. Cf. Laurent Bibaut, Le trust est-il un contrat ?, Le petit juriste.com

⁶ محمد عبد الحليم عمر، المؤتمر الثاني للأوقاف: نظام الوقف الإسلامي و النظم المشابهة في العالم الغربي، ص 8.

⁷ MARIELLE Moris, La fiducie en droit Belge : Quelques applications, IDEFISC, Actualité des idées fiscales, pp. 1 et 2.

نظام ترست هو مفهوم أساسي في القانون المشترك الانجليزي¹ أي كومن لوو (Common law) و من خلال إنشاء ترست، يقوم شخص يدعى المؤسس (Settlor) بنقل ملكية أموال لشخص آخر يدعي المسير (Trustee)، لتسييرها لصالح المستفيد (Beneficiary)²؛ لينقلها من جديد في نهاية المدة المتفق عليها، إما إلى المستفيد أو إلى شخص معين في العقد التأسيسي أو يعيدها إلى المؤسس³.

المطلب الثاني: تاريخ عقد التسيير

نظمت مجموعة "Juris-Group" الدولية والمختصة في الشؤون القانونية تحت رعاية وإشراف الغرفة الوطنية للتجارة منتدى لمدة ثلاثة (03) أيام خلال الثلاثي الرابع من سنة 1990⁴ تحت عنوان: "المؤسسة الجزائرية والمفاوضات لإبرام العقود الدولية"، غير أنه لم يكن من الإمكان تحديد التاريخ بدقة⁵.

إلا أنه، يمكن استنباط أن عدم جدوى المفاوضات خلال الفترة 1986-1988 مع الفرنسيين فيما يخص قطاع السياحة، كان بسبب عدم توفر التشريع الجزائري على عقد التسيير، مما يفسر تزامن صدور قانون هذا العقد مباشرة في بداية السنة الموالية أي 1989/02/07.

المطلب الثالث: مميزات عقد التسيير.

يتناول هذا المطلب خصوصيات عقد التسيير في أدق جوانبه للتمكن من معرفته وبالتالي تحديد مجال لتعريف خاص بهذا العقد، ففي الرياضيات مجال التعريف الخاص بالدوال هو من يحدد خصائص الدالة. و بما أن الخصائص (1) هي التي تسطر الأهداف (2)، الأمر الذي يظهر مدى ارتباط الخصائص بالأهداف والعكس كذلك صحيح في هذا المقام بالذات، فالأهداف هي المرجوة لوجود الوسائل و عقد التسيير لا يعدو كونه إلا وسيلة.

¹ محمد عبد الحليم عمر، مرجع سابق، ص 8.

² محمد عبد الحليم عمر، المرجع السابق، ص 5.

³ P.F.Cuif, *Le contrat de gestion*, Ed. ECONOMICA- Recherches Juridiques, 2004, pp. 45-46, Cf. M.F.Papandreou-Deterville, thèse de Doctorat : *Fondement du droit anglais des biens*, Strasbourg 1996, p496.

⁴ B. Abderrahmane, Actes de séminaire : " *L'Entreprise Algérienne et la négociation des contrats internationaux*", op.cité, p. 33.

⁵ و يعود ذلك لعدم ذكره في مدونة المنتدى و لعدم توفر الأرشيف الخاص بالغرفة الوطنية للتجارة على الوثائق التي تدل على ذلك حسب المعلومات المستقاة من السيد مدير العلاقات الدولية للغرفة الوطنية للتجارة يوم 27 مارس 2007 على الساعة 10 و 15 دقيقة.

الفرع الأول: خصائص عقد التسيير

من خلال الاطلاع على ما جاء في محضر الجلسة العلنية الرابعة والعشرين المنعقدة يوم الأربعاء 18/01/1989 مساء¹ و لا سيما تدخلات السيد وزير العدل، التي جاء في أحدها ما يلي: " و للوصول إلى هذه الأهداف، فالمشروع المقترح ينظم علاقات الطرف الجزائري والطرف الأجنبي بتحديد حقوقها وواجباتها.؛

و التدخل: " إن عقد التسيير الذي هو ذو طابع اقتصادي، عقد مرن يمكن المتعامل الجزائري من اختيار الإطار القانوني الملائم لتحقيق الأهداف المرجوة على المستوى الوطني والدولي.؛

و كذلك التدخل: "...، و الواقع أن مثل هذه المعاملات تتم في شكل تفاوض تنتهي عادة بإبرام هذا النوع من العقود التي هي بطبيعتها عقود تجارية، و تخضع أساسا إلى الأعراف الدولية التي يجب احترامها لمسايرة ما هو معمول به في المعاملات الدولية."

و طبقا لتعريف المادة الأولى من عقد التسيير، نجد أن لعقد التسيير خصائص أخرى، وهي أنه عقد ملزم للجانبين²، فهو يلزم المسير بعدة التزامات زيادة عن التأمينات الواجبة الاككتاب، كما تلزم المؤسسة بدورها بدفع مقابل تقدي، ويستخلص من التعريف أيضا أن عقد التسيير عقد من عقود المعاوضة فكل من المتعاقدين يأخذ مقابلا لما يقدم، وعقد التسيير عقد رضائي³ ومن خصائصه أيضا أنه من العقود المحددة المدة، كما هو كذلك من عقود الإدارة لا من عقود التصرف⁴، بحيث يتصرف المسير باسم المؤسسة العمومية الاقتصادية و لحسابها.

و خلاصة يمكن القول أن عقد التسيير هو عقد مرن ذو طابع اقتصادي تجاري دولي يمكن من تأجير الخدمات.

الفرع الثاني: أهداف عقد التسيير

من أهداف عقد التسيير، إدراج أحكام جديدة في القانون المدني تتعلق بنوع جديد من العقود الواردة على الخدمات، حيث من شأنه تحسين الخدمات و المردودية المالية و الاقتصادية و جلب العملة الصعبة و ترقية مبيعات المنتجات الوطنية على المستوى الوطني و الدولي و هذا بإضفاء المهارات و العلامات التجارية الدولية عليها⁵، كما جاء كذلك في تدخل السيد وزير العدل في الرد على تدخلات السادة نواب المجلس الشعبي

¹ محضر الجلسة العلنية ليوم 18/01/1989، مرجع سابق، ص 2، 4 و 5

² محضر الجلسة العلنية ليوم 18/01/1989، مرجع سابق، ص 4.

³ محضر الجلسة العلنية ليوم 18/01/1989، المرجع السابق، ص 4.

⁴ محضر الجلسة العلنية ليوم 18/01/1989، المرجع السابق، ص 5.

⁵ محضر الجلسة العلنية ليوم 18/01/1989، المرجع السابق، ص 2 و 4 و 5.

الوطني ما يلي: "...، أذكر بأن الهدف الوحيد من مشروع هذا القانون هو استعمال عقد التسيير في إطار التعامل بين المؤسسة العمومية و الطرف الأجنبي لا غير،..."¹

كما جاء في محضر الجلسة العلنية السادسة والعشرين المنعقدة يوم الأحد 1989/01/22² في تدخل السيد مقرر اللجنة القانونية والإدارية ما يلي: " و تستهدف مختلف هذه النصوص وضع أسلوب جديد لتسيير النشاط الاقتصادي، غايته الأساسية ترقية الإنتاج الوطني على الصعيدين الوطني و الدولي على حد سواء. و يفضل المتعاملون الاقتصاديون اللجوء إلى عقد التسيير لكونه يسمح بتحكم فعلي في وسائل الإنتاج و بمرودية جيدة و اكتساب المعارف و الخبرات."

و خلاصة يمكن القول بأن عقد التسيير هو عقد يمكن من التحكم في وسائل الإنتاج و اكتساب المعارف والخبرات وهو ما يعرف بـ: "Know-how"

المبحث الثاني: النظام الخاص لعقد التسيير.

يتناول هذا المبحث النظام الخاص الذي جاءت به مواد عقد التسيير، غير تلك التي تضمنتها القواعد العامة من خلال البحث في المبادئ الأساسية لعقد التسيير (1) و كيفية استنباطها من روح قانون عقد التسيير، إذ أن محاضر مداورات مناقشة مشروع قانون عقد التسيير هي بمثابة روح هذا القانون، بحيث لم تترك نقطة من النقاط الهامة إلا و تعرضت لها بالشرح و البيان كما لم تتوان في تحديد مجالات تطبيقه (2) لما فيها من ثروة معلوماتية حمة توجي إلى أمر خطير بالغ الأهمية ألا و هو النظام العام(3) غير الذي ورد في القواعد العامة.

المطلب الأول: المبادئ الأساسية لعقد التسيير

جاء في محضر الجلسة العلنية السادسة والعشرين المنعقدة يوم الأحد 1989/01/22 في تدخل السيد مقرر اللجنة القانونية والإدارية ما يلي³: "... و بهذا الصدد، تجدر الإشارة إلى أن نص مشروع القانون يفرز ثلاثة مبادئ أساسية يمكن بمقتضاها تطبيق عقد التسيير على كافة قطاعات النشاط، وأن المؤسسات العمومية الاقتصادية والشركات مختلطة الاقتصاد هي وحدها المؤهلة لإبرام هذا النوع من العقود من جهة وأن المسير يتصرف باسم صاحب الملك من جهة أخرى."

و عليه، يستنبط مما سلف أن هذه المبادئ الأساسية الثلاثة لعقد التسيير هي:

1. أن عقد التسيير يمس كافة قطاعات النشاط.
2. أن المؤسسات العمومية الاقتصادية هي وحدها المؤهلة لإبرام هذا العقد.

¹ محضر الجلسة العلنية ليوم 1989/01/18، المرجع السابق، ص 5

² محضر الجلسة العلنية ليوم 1989/01/22، الجريدة الرسمية لمداورات المجلس الشعبي الوطني، العدد 68، ص 9

³ محضر الجلسة العلنية ليوم 1989/01/22، المرجع السابق، ص 2

3. المسير يتصرف باسم صاحب الملك و لحسابه.

المطلب الثاني: مجالات تطبيق عقد التسيير

جاء في محضر الجلسة العلنية الرابعة والعشرين المنعقدة يوم الأربعاء 18/01/1989 مساء، في تدخل السيد وزير العدل ما يلي¹: "...، أعتقد أنه من الممكن استعمال هذا العقد في غير مجالي السياحة و الفنادق، و هو ما أدى إلى إدراج هذا النص في القانون المدني بدل قانون آخر."

"... عما إذا كان هذا العقد سيقصر على الفنادق و السياحة، أم أنه سيشمل مجالات أخرى، أعتقد أنه يمكن تطبيق هذا العقد في مجالات أخرى إن اقتضت المصلحة ذلك."²

"...، أما مجال عمله فهو متنوع إذ يمس كافة قطاعات النشاط ابتداء من تأدية الخدمات إلى الصناعات."³

كما جاء في محضر الجلسة العلنية السادسة والعشرين المنعقدة يوم الأحد 22/01/1989⁴، في تدخل السيد مقرر اللجنة القانونية والإدارية ما يلي: "...، تطبيق عقد التسيير على كافة قطاعات النشاط، ...".

جاء في محضر الجلسة العلنية الرابعة والعشرين المنعقدة يوم الأربعاء 18/01/1989 مساء، ما يلي: "...، بصفة عامة فأذكر بأن هذا العقد معمول به دوليا، و أنه يسمح باستعمال هذه الإمكانيات بهدف تقدم السياحة و السيطرة عليها."⁵

بناء على ما ورد سالفا فإن مجالات تطبيق عقد التسيير لا حصر لها إذ تمس كافة مجالات و قطاعات النشاط دون استثناء و إن كان أصل مناسبة وجود النص تطوير مجالي الفنادق و السياحة.

المطلب الثالث: النظام العام في عقد التسيير.

سأعتمد أسلوب الحوار الذي دار خلال مناقشة مشروع قانون عقد التسيير، بين الحكومة مقترحة المشروع الممثلة في وزير العدل و اللجنة القانونية و الإدارية من جهة و بين نواب المجلس الشعبي الوطني من جهة أخرى؛ مستخرجا ذلك كرونولوجيا من محاضر مناقشة مشروع القانون⁶ قصد تبين اتجاه نية المشرع الجزائري عند إيجاد هذه الآلية القانونية الفريدة.

¹ محضر الجلسة العلنية ليوم 18/01/1989، مرجع سابق، ص 5

² محضر الجلسة العلنية ليوم 18/01/1989، المرجع السابق، ص 6

³ محضر الجلسة العلنية ليوم 22/01/1989، مرجع سابق، ص 2

⁴ محضر الجلسة العلنية ليوم 22/01/1989، المرجع السابق، ص 2

⁵ محضر الجلسة العلنية ليوم 18/01/1989، مرجع سابق، ص 5 و 6.

⁶ الجريدة الرسمية لمداوات المجلس الشعبي الوطني، العدد 66 المؤرخ في 23/03/1989 و العدد 68 المؤرخ في 06/04/1989.

السيد وزير العدل:

" إن الهدف من هذا العقد هو تحسين الخدمات و المردودية الاقتصادية، و جلب العملة الصعبة، و ترقية مبيعات المنتجات الوطنية على المستوى الوطني و الدولي، و هذا بإضفاء المهارات و العلامات التجارية الدولية عليها."¹

" و للوصول إلى هذه الأهداف، فالمشروع المقترح ينظم علاقات الطرف الجزائري و الطرف الأجنبي بتحديد حقوقها و واجباتها."²

السيد مقرر اللجنة القانونية و الإدارية:

" إن هذا العقد الانجلوساكسوني الأصل يعرف تطبيقات واسعة عبر أغلب دول العالم في مجال الفنادق و السياحة، و الهدف منه هو السعي إلى تحسين الخدمات و تحقيق المردودية الاقتصادية و تحسين الموارد من العملة الصعبة عن طريق إيجار كفاءات و خدمات لصالح المؤسسات العمومية الاقتصادية و الشركات المختلطة الاقتصاد."³

"...، إضافة إلى ذلك أن المسير في عقد التسيير يعمل باسم المؤسسة و لحسابها بينما يعمل المستأجر المسير باسمه و لحسابه."⁴

تدخل أحد النواب:

" الاعتبار الثاني: أن التوجه المعروف حاليا يرمي بالعكس إلى التقليل من اللجوء إلى الخبرات الأجنبية، إلا في حالات قصوى، و قد يصبح استعمال الخبرات الأجنبية تحت شكل جديد مصدر إفراط لأن مشروع القانون لا يحدد الإطار الذي يسمح داخله باللجوء إلى هذا العقد."⁵

"...، و عليه أتساءل بشكل آخر، ما علاقة ورود نصوص هذا التعديل في صلب القانون المدني؟ و التي حسبنا أرى، غريبة عليه، إذ كان من الأجدر ورودها في قانون استقلالية المؤسسات رغم تباين أحكام هذا التعديل و روح استقلالية المؤسسات،...."⁶

¹ محضر الجلسة العلنية ليوم 18/01/1989، مرجع سابق، ص 2.

² المرجع نفسه.

³ محضر الجلسة العلنية ليوم 18/01/1989، مرجع سابق، ص 3.

⁴ محضر الجلسة العلنية ليوم 18/01/1989، المرجع السابق، ص 4.

⁵ المرجع نفسه.

⁶ المرجع نفسه.

" فهل أن إغفال الجانب الشكلي في هذا العقد الهام، سيما وأنه ينصب على مال مؤسسة عمومية، يجعل منه عقدا تافها أو أن أمر الشكالية يترك للتنظيم؟"¹.

الإجابة على الأسئلة السالفة.

السيد وزير العدل:

" ...، أذكر بأن الهدف الوحيد من مشروع هذا القانون هو استعمال عقد التسيير في إطار التعامل بين المؤسسة العمومية و الطرف الأجنبي لا غير، ..."².

"...، أعتقد أنه من الممكن استعمال هذا العقد في غير مجالي السياحة و الفنادق. و هو ما أدى إلى إدراج هذا النص في القانون المدني بدل قانون آخر، ..."³.

" و عن انشغاله حول كيفية مراقبة التجاوزات التي قد يرتكبها الطرف الأجنبي، أشير إلى أن المؤسسة هي التي تقوم بالمراقبة و ذلك بواسطة ممثلين عن الجمعيات العامة لصناديق المساهمة."⁴.

" أما عن ملاحظته التي مفادها أن اللجوء إلى هذا العقد قد يعكس التوجه المعروف حاليا، و الذي يرمي إلى تقليص المساعدة التقنية و الفنية الأجنبية بصفة عامة فأذكر بأن هذا العقد معمول به دوليا، و أنه يسمح باستعمال هذه الإمكانيات بهدف تقدم السياحة و السيطرة عليها. و قد أثار الأخ النائب تساؤلات عن المواد 2، 3، 4 و تعرض فيها إلى تعهد الأطراف و إلى كثرة التزامات الطرف الجزائري مقارنة بالطرف الأجنبي، و في هذا الصدد أرى أن التزامات المؤسسة الجزائرية تقابلها التزامات الطرف المسير، فهو المسؤول عن كل الأخطاء التي يرتكبها كما أنه بإمكان الطرف الجزائري فسخ العقد، و حتى المطالبة بالتعويض إذا كان هناك ضرر، و ذلك عن طريق القضاء أو التحكيم الولي."⁵.

¹ محضر الجلسة العلنية ليوم 18/01/1989، المرجع السابق، ص 4

² المرجع نفسه.

³ المرجع نفسه.

⁴ المرجع نفسه، للإشارة أن صناديق المساهمة تم إنشائها بموجب القانون 88-03 المؤرخ في 12/01/1988 المتعلق بصناديق المساهمة العدد 02، الملغى بموجب الأمر 95-25 المؤرخ في 25/09/1995 المتعلق بتسيير التقييم المنقولة للدولة العدد 55 الذي أنشأ الشركات القابضة للمراقبة، الملغى بدوره بموجب الأمر 01-04 المؤرخ في 20/08/2001 المعدل و المتمم المتعلق بتنظيم و تسيير و خصوصية المؤسسات العمومية الاقتصادية الذي أنشأ مجلس مساهمة الدولة أداة للمراقبة؛ لأكثر تفاصيل عن هذا الموضوع راجع في ذلك مذكرة الباحث للباحث للماجستير، عقد التسيير بين النص و التطبيق، جامعة سعد دحلب البلدة، 2009، و المقال للباحث، آلية المراقبة في عقد التسيير، هيئاتها، طبيعتها القانونية و أهدافها، مجلة المعيار، العدد 11، 2015، ص 277-286.

⁵ محضر الجلسة العلنية ليوم 18/01/1989، مرجع سابق، ص 5 و 6

"...، حيث لاحظ أنها لم تنص مثلا على تسجيل هذا العقد في شكل عقد توثيقي، و الواقع أن مثل هذه المعاملات تتم في شكل تفاوضي تنتهي عادة بإبرام هذا النوع من العقود التي هي بطبيعتها عقود تجارية، و تخضع أساسا إلى الأعراف الدولية التي يجب احترامها لمسايرة ما هو معمول به في المعاملات الدولية".¹

السيد مقرر اللجنة القانونية و الإدارية:

" و عن المناقشة التي دارت أثناء الجلسة العامة حول أحكام مشروع القانون، يجدر التذكير بأن التساؤلات قد تمحورت أساسا حول ما يلي:

- مجال تطبيق هذا الصنف من العقود.

- الفئة القانونية التي يجب أن ينتمي إليها الطرف الوطني.

و بهذا الصدد، تجدر الإشارة إلى أن نص مشروع القانون يفرز ثلاثة مبادئ أساسية يمكن بمقتضاها تطبيق عقد التسيير على كافة قطاعات النشاط، و أن المؤسسات الاقتصادية و الشركات المختلطة الاقتصاد هي وحدها المؤهلة لإبرام هذا النوع من العقود من جهة، و أن المسير يتصرف باسم صاحب الملك من جهة أخرى. و عليه، تقترح اللجنة المصادقة على مشروع القانون كما ورد في تقريرها التمهيدي و شكرا".²

يستنبط مما سلف أن عقد التسيير عقد دولي بطبيعته و أن الطرف الوطني في هذا العقد لا يمكن أن يكون إلا مؤسسة عمومية اقتصادية حيث إنها الشخص القانوني الوحيد المؤهل لإتمام ذلك كون الشركات المختلطة الاقتصاد لم يعد لها وجود بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-12، أما الطرف الثاني في العقد لا يمكن أن يكون إلا شخصا قانونيا أجنبيا تتوفر فيه مجموعة من الشروط جاءت على سبيل الحصر في المادة الأولى من القانون رقم 89-01 المتضمن عقد التسيير، و التي من بينها أن التسيير يتم دون تمثيل بحيث لا يمكن للمسير أن يمثل المؤسسة العمومية الاقتصادية، إذ يتم التسيير باسمها و لحسابها.

و يستفاد مما سلف، بمفهوم المخالفة؛ أنه إذا جاء عقد التسيير مخالفا لأحد العناصر المذكورة أعلاه، أي إذا كان عقد التسيير عقدا وطنيا غير دولي أو إذا تم إبرامه من قبل شخص قانوني آخر غير المؤسسة العمومية الاقتصادية يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا، لأنه من النظام العام، أما إذا تخلف أحد الشروط المطلوبة في المسير أو تصرف المسير باسمه لا باسم المؤسسة العمومية الاقتصادية و لحسابها، و المقصود في هذا المقام هو التمثيل، فيكون العقد قابلا للإبطال و هذا هو الفسخ المقصود في النص.

¹ محضر الجلسة العلنية ليوم 18/01/1989، المرجع السابق، ص 6.

² محضر الجلسة العلنية ليوم 22/01/1989، مرجع سابق، ص 2.

خاتمة.

يهدف هذا البحث إلى إبراز النظام القانوني لعقد التسيير، خاصة ما يتعلق بقواعد النظام العام لعقد التسيير زيادة على القواعد التي وردت في الشريعة العامة أي القانون المدني، بحيث توصل الباحث إلى مجموعة من النتائج، وفقا لما تم بيانه في الدراسة، تتلخص فيما يلي:

- أن عقد التسيير لا يمكن إلا أن يكون عقدا دوليا،
- أن الطرف الوطني فيه لا يمكن أن يكون إلا مؤسسة عمومية اقتصادية، كونه الشخص القانوني الوحيد المؤهل لذلك،

- ألا يكون الطرف المقابل للمؤسسة العمومية الاقتصادية إلا طرفا أجنبيا يتمتع بمجموعة من العناصر حصرا،

- أن يتصرف المسير باسم المؤسسة العمومية الاقتصادية و لحسابها،

- أن عقد التسيير يمكن من تأجير الخدمات لصالح المؤسسات العمومية الاقتصادية لا التنازل عنها.

إذن، فعقد التسيير الذي هو عقد دولي بطبيعته لا يمكن أن يكون الطرف الوطني فيه شخصا قانونيا غير المؤسسة العمومية الاقتصادية بما أنه الشخص القانوني الوحيد المؤهل لذلك بعد إلغاء القانون المتعلق بتأسيس الشركات مختلطة الاقتصاد و سيرها سنة ألف و تسعمائة و ثلاثة و تسعون، و أن المسير لا يمكنه أن يكون شخصا قانونيا وطنيا كون عقد التسيير عقد دولي بطبيعته، و لا يعد التسيير تنازلا عن أصول المؤسسات العمومية الاقتصادية كونه يتنافى و روح قانون استقلالية المؤسسات؛ بل العكس هو الصحيح، إذ أن من بين الأهداف المرجوة من هذه الآلية، هو الرقي بالمؤسسة العمومية الاقتصادية إلى مصاف المؤسسات الدولية.

و أخيرا، نخلص إلى أن إيجاد آلية عقد التسيير، تهدف إلى الحفاظ على المال العام من خلال الرقي بالمؤسسة العمومية الاقتصادية إلى مصاف المؤسسات الدولية للحيلولة دون الركون إلى التنازل عنها و بالتالي الحفاظ على الطابع الاجتماعي الذي تنتهجه السياسة الوطنية.

مسؤولية حاية حقوق الإنسان بين الإطار القانوني والتطبيقات الدولية*
رحماني مهدي - أستاذ مساعد- جامعة ابن خلدون ، تيارت

ملخص

نحاول في هذه المداخلة أن نعالج إشكالية مهمة لها تداعياتها على الصعيد الدولي، لاسيما السنوات الأخيرة التي شهدت فيها مناطق مهمة من العالم ثورات وتوترات داخلية صاحبها تدخل دولي باستعمال القوة كالأزمة الليبية، وأحيانا يشوبها اختلاف كبير بين الدول في التدخل كالأزمة السورية ومأساة الروهينغيا في ميانمار، ومن هنا يمكن التساؤل عن هذا التباين في التعامل مع هذه الأحداث رغم أن معايير القانون الدولي واحدة، تظهر أهمية تسليط الضوء على الضوابط القانونية للتدخل عن طريق تحليل واستقراء قواعد ونصوص القانون الدولي ثم تحليل الأحداث والوقائع الدولية ذات العلاقة لاسيما ما يعرف بأحداث الربيع العربي سيمكننا من إدراك المسافة بين الضوابط القانونية والاعتبارات المصلحية للدول، كما يبيّن الانتقائية والكيل بمكيالين الذي قد يشوب الممارسة الدولية في هذا المجال، ولمزيد من التحليل فإننا سنقف على تحدّ آخر وهو تجاوز الدول المتدخلة القرارات الدولية التي فوضتها بالتدخل سواء تعلق هذا التجاوز بحجم التدخل ونطاقه. وأخيرا نختتم المقال بمجموعة من الاقتراحات التي من شأنها المساهمة في توضيح العلاقة والحدود الفاصلة بين الاعتبارات القانونية النابعة من المصالح الجوهرية التي يحميها القانون الدولي، والمصالح الإستراتيجية للدول.

الكلمات المفتاحية: تدخل إنساني - مسؤولية الحماية- جرائم الحرب- مجلس الأمن.

Résumé

Nous essayons dans cette présentation d'aborder le problème d'intervention militaire, dans des régions importantes qui ont connu des révolutions et des tensions interne (crise libyenne) et parfois marquée par une Grande différence entre les pays dans l'intervention comme la crise syrienne et la tragédie de Rohingya au Myanmar, ici il peut être interrogé sur la différence dans le traitement de ces événements, même si que les normes du droit international sont les mêmes et aussi faire l'analyse des règles et des dispositions du droit international, et ces événements en particulier ce qui est connu comme les événements du Printemps arabe.

Tous sa nous permettra de saisir la distance entre les considérations juridiques et les auto-intérêts, et montre également la sélectivité et les doubles standards qui peuvent affliger la

* تاريخ إيداع المقال: 2015/12/01

تاريخ تحكيم المقال: 2016/02/09

pratique internationale, mais une analyse plus approfondie, nous allons tenir sur un autre défi qui est interviennent , le dépassement Des résolutions internationales qui a mandate l'application de l'intervention, et nous pouvons aussi parler des procédures et mécanismes d'intervention Que ce soit le mécanisme de prise de décision (vote au Conseil de sécurité), ou les mécanismes et les moyens de mise en œuvre de la résolution notamment l'utilisation des forces de l'OTAN dans de telles situations.

مقدمة

شكل التدخل العسكري لأغراض إنسانية لاسيما في المناطق التي تشهد اضطرابات وثورات داخلية تقطة اختلافا جوهريا في المجتمع الدولي، نظرا للإشكاليات القانونية والعملية التي يثيرها، ومن هنا تبرز الأهمية في ضرورة تسليط الضوء على الضوابط القانونية لاستعمال القوة في العلاقات الدولية، وبيان تأثير المصالح الدولية على ذلك، لاسيما في الأحداث التي شهدتها المنطقة العربية والتي يطلق عليها الربيع العربي، ومن هنا يمكن أن نطرح الإشكالية التالية: ما هي الضوابط القانونية للتدخل العسكري في الثورات و الاضطرابات الداخلية، وما مدى تأثير المصالح الدولية على ذلك؟

المبحث الأول - مفهوم استعمال القوة في العلاقات الدولية :

بدراسة المادة الاولى¹ من ميثاق هيئة الأمم المتحدة يتبين أن الهدف الرئيسي و الأساسي الذي تقوم عليه هيئة الأمم المتحدة هو حفظ السلم و الأمن الدولي، حيث يعتبر الهدف و المقصد الذي بنيت عليه إيديولوجية التنظيم الدولي الحديث، كما شكل السلم و الأمن الدولي مصلحة جوهرية للمجتمع الدولي، و لتحقيق هذا الهدف حشد الميثاق جملة الوسائل و الآليات نص عليها الميثاق في المادة الثانية و التي من أهمها كما جاء في الفقرة الرابعة منع استعمال القوة أو التهديد باستخدامها ضد سلامة الأراضي أو الاستقلال السياسي لأية دولة أو على أي وجه لا يتفق مع مقاصد هيئة الأمم المتحدة.²

المطلب الأول: المقصود باصطلاح استخدام القوة :

يثور التساؤل عن المقصود بإصلاح القوة الوارد في هذا النص فهل المقصود به قوة الأسلحة أو يشمل أيضا الخطوات الاقتصادية؟

¹ - راجع المادة الأولى من ميثاق هيئة الأمم المتحدة ، نيويورك - 1945 .

² - راجع المادة الثانية من نفس الميثاق

يرى الكثير من الفقهاء أن المادة الثانية تحرم فقط استخدام القوة المسلحة , وهو ما أشارت الفقرة السادسة من ديباجة الميثاق و يستفاد أيضا من الأعمال التحضيرية , حيث رفض اقتراح البرازيل آنذاك بإدراج الضغوط الاقتصادية ضمن صور القوة المحرم استعمالها .

المطلب الثاني: التهديد باستخدام القوة :

لم يكن الميثاق بالنص صراحة على منع استخدام القوة بل منع الدول التهديد باستخدام القوة لكونه أحد المراحل الأولية التي قد تؤدي إلى الاستخدام الفعلي للقوة و من جهة أخرى نظرا للتلازم الموجود بين الأمن و التهديد باستخدام القوة , فإذا كان السلم يعني عدم وجود الحرب فإن الأمن هو عدم وجود الحرب و عدم وجود التهديد باللجوء إلى الحرب , و من هنا يتأكد التلازم بين مقصد حفظ السلم و الأمن الدولي و بين منع استخدام القوة و التهديد باستخدامها .¹

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للمادة 4/2 من الميثاق :

أوضحت محكمة العدل الدولية في قضية "نيكارغوا" أن المادة 4/2 تمثل المرحلة النهائية في تكوين قاعدة عرفية دولية حيث أن العرف المتعلق باستعمال القوة في العلاقات الدولية قد تطور تطورا كبيرا على ضوء الأفكار و المبادئ التي صاغها ميثاق الأمم المتحدة و عليه فإن مبدأ منع استخدام القوة في العلاقات الدولية هو من قبيل القواعد العرفية التي لا يتوقف وجودها على ورودها في الميثاق.²

المطلب الرابع: الاستثناءات الواردة على مبدأ منع استخدام القوة :

لقد أورد ميثاق الأمم المتحدة ثلاثة حالات أجاز فيها استخدام القوة وهي حالة الدفاع الشرعي و استخدام القوة في إطار الأمن الجماعي أو ضد الدول الأعداء في الحرب العالمية الثانية .³ و من هنا نلاحظ أن الميثاق لم يذكر صراحة التدخل الإنساني و هو ما جعل هذا الموضوع محل خلاف كبير و جدال و نقاش فقهي و قانوني متواصل , حيث يرى الرافضون بان القانون الدولي لا يعترف بشرعية التدخل الإنساني , كذلك فإن فعالية هذا التدخل في حماية حقوق الإنسان هي محل شك و يضيف أصحاب هذا الاتجاه أنه لا ميثاق هيئة الأمم المتحدة و لإقراراتها أجازت التدخل العسكري الأحادي الجانب لأهداف إنسانية سواء قامت به دولة بمفردها أو بالاشتراك مع دول أخرى .⁴

¹ د: محمد سعيد الدقاق ، التنظم الدولي ، مرجع سابق ، ص 232 .

² نفس المرجع ، ص 233 .

³ د: حسن نافعة ، الأمم المتحدة في نصف قرن ، عالم المعرفة ، الكويت ، 1992 ، ص 83 .

⁴ - عماد الدين محمد ، التدخل الإنساني في ضوء مبادئ القانون الدولي العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004 ، ص 458 .

يرى الفريق المؤيد للتدخل الإنساني أن ميثاق الأمم المتحدة عزز من أهمية مفهوم التدخل الإنساني و ساعد في تنظيم الجهود الرامية لضمان حماية حقوق الإنسان إما بصورة جماعية في إطار الأمم المتحدة أو بصورة منفردة أو بالاشتراك مع دولة أخرى في إطار التدخل الإنساني العرفي حيث أن الميثاق أوجد صيغة منفصلة للعمل على مواجهة انتهاكات حقوق الإنسان، فالمادة 56 تكرر تأكيد الميثاق على تعهد الدول سواء بالعمل المشترك أو المنفرد للدفاع عن حقوق الإنسان.¹

و دون التفصيل الطويل في هذا النقاش الفقهي فإنه يتضح جلياً أن هناك خلاف حول تحديد مفهوم التدخل الإنساني فهناك مفهوم واسع يجعله متضمناً للتدخل الذي تقوم به المنظمات الدولية بصورة جماعية و الدول بصورة فردية و هناك مفهوم ضيق يحصر التدخل الإنساني بالتدخل الذي تقوم به دولة أو مجموعة من الدول ولا شك أن التدخل الإنساني الفردي هو أشد النقاط إثارة للجدل و الخلاف على الصعيد الدولي .

فلننظر معاً إلى موقف الفقيه OPPENHEIM و الذي يعد من المؤيدين للتدخل الإنساني ولكنه مع ذلك يعترف بأن ممارسته بصورة انفرادية كثيراً ما تم توظيفه لتحقيق مصالح أنانية للدول المتدخلة، الأمر الذي من شأنه أن ينقص من شرعية التدخل الإنساني.²

إن التدخل العسكري لأغراض إنسانية له ماضي مثير للجدل حيث يعترف تقدير اللجنة الدولية المعنية بالتدخل و سيادة الدول بالتناقضات التي ظهرت على الساحة الدولية في الممارسات العملية في الصومال و البوسنة و عدم التدخل في رواندا التي كانت مسرحاً لجرائم الإبادة الجماعية ، كل هذه الوقائع أفرزت حالة من الجمود و التردد في اتخاذ موقف حاسم من إشكالية التدخل الإنساني .

و هنا يقر الأمين العام السابق للأمم المتحدة في مؤتمر الأمم المتحدة للألفية، قائلاً "إذا كان التدخل الإنساني هو فقط اعتداء غير مقبول على السيادة، فكيف ينبغي أن نستجيب لرواندا، لسيريرينتشا و للانتهاكات الجسمية و الممنهجة لحقوق الإنسان التي تؤثر على كل مبادئ إنسانيتنا المشتركة."³

تلخص هذه الدعوة ، توجه المجتمع الدولي إلى ضرورة إيجاد آلية جديدة تحل محل التدخل الإنساني تجمع من مبدأ المساواة في السيادة و ضرورة احترام سيادة الدول كبداً من مبادئ الأمم المتحدة و بين حماية حقوق الإنسان ركيزة أساسية للأمم المتحدة و مصلحة جوهرية للمجتمع الدولي ، فما هي هذه الآلية و هل نجحت فعلاً في تجنب المسائى التي أفرزها التدخل الإنساني!؟

¹ -عجاد الدين محمد ، التدخل الإنساني في ضوء أحكام القانون الدولي ، المرجع السابق ، ص 428.

² -نفس المرجع ، ص 432 .

³ -راجع تقرير الأمين العام للأمم المتحدة حول تنفيذ مسؤولية الحماية ، نيويورك 2009/09/12 ، ص 13 .

المبحث الثاني: مسؤولية الحماية

سنتين فيما يلي كيف تبلور هذا المفهوم كبدل للتدخل الإنساني.

المطلب الأول: الخلفية التاريخية

في خطاب له أمام الدورة الرابعة و الخمسين للجمعية العامة للأمم المتحدة في سبتمبر 1999، حذر الأمين العام للأمم المتحدة السابق كوفي أنان ، من أنه إذا لم يستطع الضمير الإنساني المشترك أن يجد في الأمم المتحدة أكبر منبر له، فسيكون ثمة خطر كبير من أن يتم البحث عن الأمن و السلام في أماكن أخرى.

وأضاف في تقريره إلى الجمعية العامة بمناسبة الألفية "إذا كان التدخل الإنساني يمثل حقاً تعديلاً غير مقبول على السيادة ، فعلى أي نحو ينبغي علينا أن نستجيب لحالات شديدة برواندا ، و سريرينتشا ؟.. من المؤكد أنه ما من مبدأ قانوني ، حتى مبدأ السيادة نفسه ، يمكن أن يجمي الجرائم ضد الإنسانية...و أنه ينبغي أن يظل التدخل المسلح بمثابة ملجأ أخير، و لكنه خيار لا ينبغي التخلي عنه في مواجهة القتل الجماعي.

استجابة لهذا النداء ، أعلن رئيس الوزراء الكندي في ذلك الحين ، جون كريتيان ، في مؤتمر الألفية-الذي عقد في سبتمبر من عام 2000-عن إنشاء لجنة دولية معنية بالتدخل و السيادة ، يقوم على أساس التوفيق بين واجب المجتمع الدولي الذي يحتم عليه أن يتدخل أمام الانتهاكات الواسعة للقواعد الإنسانية و ضرورة احترام سيادة الدول ، و في ديسمبر 2001 انتهت اللجنة بعمل تقرير يدور حول مسؤولية الحماية ، من هنا كان أول ظهور لفكرة مسؤولية الحماية التي تعد تطوراً لمبدأ التدخل الإنساني .

و اعتمد مجلس الأمن بالإجماع القرار 1674 في 28 نيسان/أبريل عام 2006 بشأن حماية المدنيين في النزاعات المسلحة و يتضمن القرار من جديد أحكام الفقرتين 138 و139 من الوثيقة الختامية لمؤتمر القمة العالمي ، و يشير إلى استعداد مجلس الأمن للنظر في الانتهاكات الجسمية لحقوق الإنسان "إذ يمكن أن تشكل الإبادة الجماعية و الجرائم المرتكبة ضد الإنسانية تهديداً للسلام و الأمن الدوليين و قد عين الأمين العام للأمم المتحدة في شباط/فبراير 2008 مستشاراً خاصاً للتركيز على مسؤولية الحماية و أصدر الأمين العام "بان كي- مون" في كانون الثاني/يناير 2009 تقريراً بعنوان تنفيذ مسؤولية الحماية ، و يسعى هذا التقرير إلى توضيح الطرق التي نستطيع من خلالها أن نقي و نحمي الناس من الأعمال الوحشية ولكنه لا يزيد في المناقشة حول القبول الدولي للمبدأ.¹

المطلب الثاني: ممارسة مسؤولية الحماية وسيادة الدول :

¹ - وليد حسين فهد ، الأمم المتحدة من التدخل الإنساني إلى مسؤولية الحماية ، دون دار نشر ، ص 05 .

تعني السيادة الهوية القانونية للدولة في القانون الدولي وهو مفهوم يوفر النظام و الاستقرار في العلاقات الدولية ، لأن الدول ذات السيادة تعتبر متساوية بغض النظر عن قوتها أو حجمها أو ثروتها ، و اعترافاً بهذا أنشئ مبدأ المساواة في السيادة بين جميع الدول باعتباره حجر الزاوية لميثاق الأمم المتحدة وفقاً للفقرة الأولى من المادة الثانية ، و يترجم مفهوم السيادة داخل كل دولة بالقدرة على اتخاذ قرارات حاسمة فيما يتعلق بالموارد و السكان الموجودين في نطاقها ، و مع ذلك فإن سلطة الدولة لا تعتبر مطلقة ، بل هي مفيدة و منظمة وفقاً للنظم الدستورية .

و يجسد توقيع ميثاق الأمم المتحدة البعد الدولي لمفهوم السيادة ، حيث إن قبول عضوية أي دولة بالأمم المتحدة يعني قبولها الالتزامات الدولية التي قبلتها الدول الأعضاء الأخرى بمحض إرادتها .

و بينما تقبل الدولة بنفسها و بمحض إرادتها مسؤولية العضوية بمجرد توقيعها الميثاق ، فإن ذلك لا يعني أي نقل لسيادة الدولة أو انتقاصاً منها ، و لكن الأمر ينطوي على إعادة تصنيف مفهوم السيادة من السيادة كسيطرة إلى السيادة كسؤولية ، سواء في الوظائف الداخلية للدول أو فيما يتعلق بواجباتها الخارجية ، و من ثم صار التفكير في السيادة كسؤولية يلقي اعترافاً متزايداً في ممارسات الدول .

و يترتب على ذلك ثلاثة مستويات من المسؤولية هي :

1- الدولة مسؤولة عن سلامة مواطنيها و حماية أرواحهم

2- السلطات السياسية للدولة مسؤولة و أمام المجتمع الدولي خارجياً من خلال الأمم المتحدة.

3- موظفو الدولة مسئولون عما يقومون به من فعل و ترك.

المطلب الثالث: مسؤولية الأمم المتحدة بمقتضى الميثاق فيما يتعلق بحفظ السلم و الأمن الدوليين:

الأصل في مبدأ عدم التدخل الصلابة، كما هو منصوص عليه في الفقرة الرابعة من المادة الثانية من ميثاق الأمم المتحدة، حيث "يتمتع أعضاء الهيئة جميعاً عن التهديد باستعمال القوة أو استخدامها ضد سلامة الأراضي أو الاستقلال السياسي لأي دولة أو على أي وجه آخر لا يتفق و مقاصد الأمم المتحدة". كما نصت الفقرة السابعة من المادة الثانية التي تحظر على الأمم المتحدة التدخل في الشؤون التي تكون من صميم السلطان الداخلي لدولة ما، و الواقع إن هذا المبدأ الأخير مثار الجدل، لاسيما فيما يتعلق في مجال حقوق الإنسان و ثمة استثناء مهم على مبدأ عدم التدخل، فالمادة 24 من ميثاق الأمم المتحدة تعهد إلى مجلس الأمن دوراً رئيسياً في حفظ الأمن و السلم الدوليين، و بالرغم من ردود أحكام متعلقة بتسوية النزاعات بالطرق السلمية في الفصل السادس من ميثاق الأمم المتحدة، إلا أن البعد التنفيذي لهذه المسؤولية ورد في الفصل السابع من الميثاق الذي يصف التدابير التي يمكن لمجلس الأمن أن يتخذها وفقاً لنص المادة 39 من الميثاق ما إذا أن قد وقع تهديد للسلم أو الإخلال به أو كان ما وقع عملاً من أعمال العدوان، هذه التدابير قد تكون من أعمال الحظر و الجزاءات

و قطع العلاقات الدبلوماسية وفقا للمادة 41 من الميثاق غير انه رأى المجلس إن هذه التدابير غير كافية فله أن يلجأ إلى القوة العسكرية و ما يلزم من الأعمال لحفظ السلم و إعادة الأمن إلى نصابه.

و المشكلة في جزء منها مفاهيمية و مذهبية أي كيف تفهم المسألة و ما هي الخيارات على صعيد السياسات؟ وقد برز نهجان متميزان خلال السنوات الأخيرة من القرن العشرين. و طرح التدخل لأسباب إنسانية خيارا زائفا بين تقيضين فإما الوقوف موقف المتفرج حيال تزايد أعداد القتلى في صفوف المدنيين أو نشر قوات عسكرية تتخذ تدابير قسرية لحماية السكان المستضعفين و المهددين، و تتردد الدول الأعضاء لأسباب مفهومة في انتقاء أحد هذين الخيارين غير المستساغين و في غضون ذلك عكف فرانسيس دينغ "ممثل الأمين العام المعني بالمشردين داخليا في حينه" و زملاؤه على صقل نهج مفاهيمي واضح لفكرة السيادة باعتبارها مسؤولية

إن تطور طريقة التفكير و الممارسات في هذا الصدد في إفريقيا يثيران الإعجاب بوجه خاص ، إذ بينما كانت منظمة الوحدة الإفريقية تشدد على مبدأ عدم التدخل جاء خليفةها أي الإتحاد الإفريقي ليشدد على مبدأ عدم التناقص، و في عام 2000 أي قبل خمس سنوات من اعتماد مؤتمر القمة العالمي لعام 2005 نهج المسؤولية عن الحماية، نص القانون التأسيسي للإتحاد الإفريقي في المادة 4 منه على "حق الإتحاد في التدخل في إحدى دول الأعضاء في ظروف خطيرة تحديدا جرائم الحرب و الإبادة الجماعية و الجرائم المرتكبة ضد الإنسانية و يميز القانون التأسيسي بوضوح بين الدول الأعضاء التي يحضر عليها التدخل في الشؤون الداخلية لدولة أخرى و بين الإتحاد الذي يمكنه التدخل لمواجهة الظروف الخطيرة"، و يرى الأمين العام للأمم المتحدة السابق كوفي عنان أن الكوارث الإنسانية المتعاقبة في كثير من الدول أدت إلى تركيز الاهتمام ليس على حساب الدول ذات السيادة بل على مسؤولياتها سواء تجاه مواطنيها أنفسهم أو تجاه المجتمع الدولي ، من هنا يمكن أن نستنتج أن هذا النهج الجديد جاء بمقاربة جديدة تقوم على الخروج من الجدل الدائر بين الدول بين مبدأين أساسيين "مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول و احترام سيادتها، و مبدأ حماية حقوق الإنسان" تقوم هذه المقاربة على ربط مفهوم السيادة بحماية حقوق الإنسان، و جعل مبدأ احترام سيادة الدول خاضعا لمبدأ حماية حقوق الإنسان لاسيما في الأوضاع التي تشكل انتهاكا جسيما لها كما تقوم على الربط بين السلم و الأمن الدولي و الأمن الإنساني المرتبط أساسا بالتصدي لهذه الانتهاكات.

المطلب الرابع: مفهوم مسؤولية الحماية :

هو نهج جديد يهدف لحماية السكان المدنيين من الإبادة الجماعية و جرائم الحرب و التطهير العرقي و الجرائم المرتكبة ضد الإنسانية ، حيث يقع هذا الالتزام على عاتق كل دولة على حدى التي يجب أن تضطلع بمنع وقوع هذه الجرائم و التحريض عليها و بمساعدة المجتمع الدولي ، و في حالة عجز الدولة أو عدم رغبتها في القيام بذلك ،

فإن المجتمع الدولي من خلال الأمم المتحدة ملزم باتخاذ ما هو ملائم من الوسائل الدبلوماسية و السلمية إضافة إلى التدابير القصرية طبقاً للفصل السابع من الميثاق في حالة عجز الوسائل السلمية عن حماية السكان .

المطلب الخامس: مضمون مسؤولية الحماية :

تتمثل مسؤولية الحماية في ثلاث عناصر أساسية ، وهي مسؤولية المنع والتي تعني اضطلاع المجتمع الدولي لمساعدة الدولة على مواجهة الانتهاكات الجسيمة والسافرة لحقوق الإنسان أثناء وقوعها وحتى قبل ذلك ، عن طريق تطوير آليات للرصد والإنذار المبكر ، والعنصر- الثاني في مسؤولية الحماية هو رد الفعل والثالث هو إعادة البناء.

سنركز على العنصر الثاني وهو "رد الفعل" حيث يعتبر التدخل العسكري أحد مكونات هذا العنصر-، يبحث هذا العنصر إمكانية لجوء المجتمع الدولي إلى طائفة واسعة من الإجراءات الجماعية سواء السلمية كالوسائل الدبلوماسية طبقاً للفصل السادس والثامن من الميثاق ، وفي حالة قصور هذه الوسائل وعجز السلطات الوطنية عن حماية المدنيين فإنه يتم اللجوء إلى التدابير الواردة في الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة.

ثار اختلاف كبير حول التدرج في تصنيف التدابير السلمية و العسكرية ، حيث من يرى أن التدخل العسكري يجب أن يكون الملاذ الأخير ، بينما ركز التقرير الأممي العام حول تنفيذ مسؤولية الحماية أن تركيز الأمم المتحدة يجب أن يبقى منصباً على إنقاذ الأرواح بدلاً من إتباع سلم السياسات الإعتباطي و التسلسلي الذي يقدم الإجراءات على المضمون و العمليات على النتائج .¹

يكون قد قام ببحث كل وسيلة من الوسائل الدبلوماسية و غير العسكرية وأن تتوفر أسباب معقولة تؤكد أن تطبيق إجراء معين لم يكن ليحقق النجاح .²

ومعنى ذلك يجب أن يتميز رد فعل المجتمع الدولي بالمرونة اللازمة لإنهاء المعانات الإنسانية وفي نفس الوقت التزام قواعد ومبادئ القانون الدولي ، لكن السؤال المطروح من يقوم ببحث هذه الوسائل ويقرر عدم جدواها ، وضرورة اللجوء إلى التدخل العسكري وما هي المعايير التي يلجأ إليها في ذلك ، هل معايير قانونية محددة ومتفق عليها أو هي معايير سياسية ؟

1 راجع قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة حول اعتماد نتائج مؤتمر القمة العالمية لعام 2005-2005 UN DOC/A/RES/60/1.24

¹ راجع قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ، حول اعتماد نتائج مؤتمر القمة العالمي ، مرجع سابق ، ص 30

² إيف ماسينغهام - التدخل العسكري لأغراض إنسانية - مختارات من المجلة الدولية للصليب الأحمر ، المجلد 91 ، العدد 876 ، جنيف 2009 ، ص162.

الفرع الأول- المعيار الأول : قضية عادلة :

يعتمد هذا المعيار على أن التدخل العسكري يجب أن يقتصر على الحالات التالية

أ- خسائر الأرواح على نطاق واسع ، فعلية أو مرتقبة مع نية الإبادة أو بدونها وهي نتيجة إما لعمل متعمد من الدولة أو إهمال منها أو عدم قدرة أو في حالة الدولة المفككة.

ب- تطهير عرقي واسع النطاق فعلي أو مرتقب ، سواء نفذ عن طريق القتل أو الإبعاد القسري أو أعمال التهيب أو الإغتصاب¹.

الفرع الثاني- المعيار الثاني : السلطة المناسبة :

أي ما هي الهيئة التي ينبغي لها أن تأذن للقيام بالتدخل ، اقترحت اللجنة في ذلك ثلاث سلطات ، وهي مجلس الأمن و الجمعية العامة و المنظمات الإقليمية و يبقى مجلس الأمن هو الجهاز الرئيسي- ونقطة الاتصال الأولي، وهو المحول بموجب الميثاق للإذن بالتدخل العسكري لكن في الحالات التي يكون فيها غير فعال أو متأخر في اتخاذ القرار المناسب فإن هذه الوضعية تدعو إلى مناقشة الأدوار المحتملة للجمعية العامة أو المنظمات الإقليمية للترخيص في التدخل العسكري².

الفرع الثالث-المعيار الثالث : النية السلمية :

يعني أن الغرض الأساسي من التدخل هو وقف المعاناة الإنسانية أو منع حدوثها وليس المقصود هو إسقاط نظام معين³.

المعيار الرابع : التناسب :

المقصود به أن يكون حجم ومدة ودرجة التدخل العسكري بالحد الأدنى الضروري لتحقيق الهدف الإنساني .

الفرع الثالث-المعيار الخامس: احتمالات النجاح

يجب أن تكون احتمالات نجاح العمل العسكري معقولة وأن لا يؤدي التدخل العسكري إلى نتائج أسوأ من عدم القيام بالعمل العسكري⁴.

1-إيف ماسينغهام - التدخل العسكري لأغراض إنسانية -مرجع السابق ص 161 .

2- نفس المرجع ، ص 167.

3- نفس المرجع ، ص 162

4- نفس المرجع ، ص 162.

المبحث الثالث: تأثير المصالح الدولية على تطبيق مبدأ الحماية :

لن يكون من المستغرب إيجاد رابطة قوية وواقعية بين ممارسة واجب الحماية ، لاسيما عن طريق التدخل العسكري ، والمصالح الإستراتيجية للدول ، فكون هذا المبدأ ، مبدأ قانوني تم إقراره في وثائق وقرارات دولية ، لا يعني تجريده بصورة مطلقة من البعد السياسي ، لقد أوضحت هذا التنغم بينا هو سياسي وقانوني محكمة العدل الدولية في قضية النشاطات العسكرية وشبه العسكرية في "نيكاراغوا" ، عندما قررت أن كل قضية لها بعد سياسي وبعد قانوني .

لقد حاول المجتمع الدولي لاسيما من قاموا بصياغة الفلسفة الجديدة لواجب الحماية إلغاء كافة المخاوف و التحفظات التي كانت تبديها الدول من التدخل الإنساني ، ووضع هذا التحدي على المحك في أول ممارسة فعلية لواجب الحماية وهذا بمناسبة التدخل في ليبيا استنادا إلى قرار مجلس الأمن 1973- المؤرخ في 17 مارس¹ 2011 ، وقد أفرز تطبيق هذا القرار الملاحظات التالية :

- نص القرار صراحة على إنشاء مناطق لحظر الطيران ، وتجميد أصول ومنع سفر شخصيات ليبية ، وفوض الدول عن طريق ترتيبات إقليمية بتنفيذ ذلك ، وهنا طبعاً الترتيب الإقليمي هو قوات حلف الأطلسي .

إن ممارسة الحلف الأطلسي لهذا التفويض يثير الكثير من التعقيدات ، حيث ينظر الكثير لهذا الحلف بعين الريبة ، نظرا للخلفيات التاريخية ، سواء كونه طرف مركزيا في الحرب الباردة ، أو من خلال ممارسة الحلف للتدخل العسكري مرات عديدة ، دون إذن مجلس الأمن ، كالتدخل في "كوسوفو"² .

وبالعودة إلى قرار 1973 و الذي تم الاستناد إليه للتدخل العسكري فإن الفقرة الرابعة منه ، جاءت بصياغة غامضة عندما نصت على اتخاذ التدابير اللازمة لحماية المدنيين ولم تذكر صراحة توجيه ضربات عسكرية في الأراضي الليبية ، عكس إنشاء منطقة لحظر الطيران التي ذكرها القرار صراحة ، هذا ما أدى إلى نشوب اختلاف كبير بين الدول المتدخلة وروسيا و الصين التي رأتا أن حلف الأطلسي تجاوز حدود التفويض الدولي والذي يقضي بإنشاء مناطق حظر للطيران دون الإذن بالقصف الجوي ، هذا ما قد يفهم على أنه التفاف ومراوغة للصين وروسيا لتجنب استخدامها لحق النقض.

وعلى صعيد آخر ، فإن المجتمع الدولي لم يتحرك بنفس السرعة و الفاعلية المطلوبة لمواجهة نفس الأوضاع في سوريا وميانمار مؤخرا ، حيث تشكل الأوضاع هناك انتهاكات جسيمة واسعة النطاق لحقوق الإنسان وجرائم ضد الإنسانية وجرائم حرب ، كما ترقى الجرائم المرتكبة في ميانمار " ضد الأقلية المسلمة إلى تطهير عرقي ،

¹ -راجع قرار مجلس الأمن حول تدهور الأوضاع في ليبيا ، رقم 1973 ، المؤرخ في 17 مارس 2011 – UN DOC/S/RES/1973-2011

² -محمد يعقوب عبد الرحمن ، التدخل الإنساني في العلاقات الدولية ، مركز الامارات للدراسات و البحوث الإستراتيجية ، أبو ظبي 2004، ص

يعكس هذا التضارب مع أحداث لها نفس التوصيف القانوني ، أن الدول في ممارستها لحق الحماية لا تلتفت كثيرا للتوصيف القانوني إذ تعارض مع المصالح الإستراتيجية الدولية وهو ما كان على اللجنة الأمية التي أعدت مشروع "واجب الحماية" والأمين العام "كوفي عنان" إثارته في التقارير العديدة التي ناقشت هذا النهج الجديد في العلاقات الدولية ، حيث ركزت هذه التقارير على انتقاد المعسكر الراض للتدخل الإنساني أو واجب الحماية استناداً لكونه خرق لمبدأ السيادة .

لقد اجتهد المتحمسون لمبدأ " واجب الحماية" في تحوير مفهوم السيادة و الدعوة إلى الابتعاد عن المفهوم الكلاسيكي لمبدأ السيادة وعدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول كونه يعرقل الجهود الدولية لوضع حد للانتهاكات الجسمية لحقوق الإنسان ، وهنا نتساءل هل هذا هو العائق الوحيد أمام التدخل لحماية المدنيين .

إن الممارسة لواجب الحماية في ليبيا ، وتعامل المجتمع الدولي مع الوضع في سوريا بطريقة انتقائية أفرزت عائقاً جديداً أمام الجهود الدولية لحماية المدنيين ، هو أنه متى تم استعمال مبدأ واجب الحماية لاعتبارات سياسية ، فإن جميع الدول وخاصة الكبرى ستتخبط في مثل هذه الممارسات وهنا نحن لا نبرر الموقف الصيني أو الروسي من الأحداث في سوريا ولكننا نلفت النظر إلى جانب نعتقد أن المتحمسين لمبدأ الحماية أغلقوا دراسته عمداً أو سهواً ؟ فروسيا و الصين بعد الأحداث في ليبيا ترى أنها فقدت نقطة نفوذ استراتيجي في شمال إفريقيا لصالح دول أخرى وهي ليست مستعدة لتكرار نفس السيناريو في سوريا ، تطبيقاً لنفس المبدأ أي واجب الحماية ، هنا يبقى الخاسر الأكبر هو الإنسانية .

وبالعودة إلى المعايير الموضوعية لإجازة التدخل العسكري فإننا نسجل الملاحظات التالية :

- استخدم مصطلح " نية وقف المعاناة الإنسانية " كهدف للتدخل العسكري ولم يستخدم مصطلح الغرض الوحيد و الأساسي ، وهذا فيه إشارة إلى إمكانية أن تكون هناك أهداف أخرى للتدخل العسكري غير إنهاء المعاناة الإنسانية .

- لقد أسست عقيدة أو فلسفة واجب الحماية على الانتهاكات الناتجة عن نزاعات وقلقل داخلية أي بعبارة أخرى في العلاقة القائمة بين السلطة السياسية و الشعب في دولة واحدة ، أو بين طوائف معينة في حالة تفكك الدولة و وتم إغفال المعاناة الإنسانية و الانتهاكات الجسمية لحقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني ، في حالة الاحتلال وفي حالة الحروب التي تشنها دولة ضد دولة أخرى ، فالأجدر أن تكون المعاناة الإنسانية هي المعيار الأوحد في تقرير معايير ممارسة واجب الحماية.

- لقد تمخض عن ممارسة واجب الحماية عن طريق التدخل العسكري انتهاكات للقانون الدولي الإنساني من طرف القوى المتدخلة وتلخصت هذه الانتهاكات في قصف الأعيان المدنية وسقوط ضحايا مدنيين نتيجة للغارات الجوية ، فضلا عن فشل القوى المتدخلة و الأمم المتحدة من تحمل مسؤولياتها في مرحلة ما بعد النزاع

و التي أفرزت عدة حوادث يمكن تصنيفها في خانة انتهاكات حقوق الإنسان كالانتقام و التعذيب و التصفية ضد الخصوم في النزاع المسلح فضلاً عن الانتشار الواسع للأسلحة .

- لقد أغفل المشروع الذي أعدته الهيئة المعنية بالتدخل وسيادة الدول في إعداد المعايير الضرورية للتدخل العسكري إدراج معيار تقييم التدخل العسكري بعد نهايته ، مع وجوب التأسيس للمسؤولية القانونية و الأخلاقية كعنصر هام في التقييم حتى لا يكون مجرد حبر على ورق .

- لا يمكن الحديث عن التدخل العسكري لأغراض إنسانية وواجب الحماية بمعزل عن البنية العضوية في الأمم المتحدة وآلية اتخاذ القرار فيها لاسيما مجلس الأمن ، وهنا يعود الحديث عن التوازن بين الأهمية و تركيبة المجلس كونه المسئول الأول عن حماية السلم و الأمن الدولي ، وهنا يطرح من جديد موضوع إصلاح الأمم المتحدة ، كقاربة شاملة وواقعية ، وعليه فإن التركيز على بعض المواضيع الجزئية دون التطرق إلى الكل و الجزء هنا حماية المدنيين و الكل هو منظمة الأمم المتحدة هو بمثابة قفزة في الظلام .

خاتمة :

وأخيراً يمكن القول أنه رغم الجهود المبذولة من المجتمع الدولي و لاسيما هيئة الأمم المتحدة لصياغة فلسفة جديدة للتدخل الإنساني تراعي مخاوف الدول من استعمالها لأغراض سياسية و تحقق الواجب القانوني و الأخلاقي للمجتمع الدولي في وضع حد لانتهاكات حقوق الإنسان ، إلا أن التحدي لا يكمن في التأسيس لفلسفة قانونية جديدة و وضع معايير تتلافى المساوئ التي أفرزتها الممارسات الماضية لحق التدخل الإنساني ، وأن هذا المسار ليس مرهون فقط بالمحاولات و الجهود على الصعيد القانوني ، وإنما كان يجب أخذ طبيعة العلاقات الدولية و السياسات الدولية بعين الاعتبار ، وإن كان محاولة تغيير طبيعة العلاقات الدولية و المجتمع الدولي طموحاً مبالغاً فيه ، لكن كان بالإمكان وضع قواعد و مبادئ قانونية تحد من جنائية السياسة على القانون.

قائمة المراجع

1- الكتب

- 1- إيف ماسينغهام – التدخل العسكري لأغراض إنسانية – مختارات من المجلة الدولية للصليب الأحمر، المجلد 91، العدد 876
- 2- حسن نافعة ، الأمم المتحدة في نصف قرن ، عالم المعرفة ، الكويت ، 1992
- 3- محمد سعيد الدقاق ، التنظيم الدولي ، الدار الجامعية ، دون سنة نشر
- 4- محمد يعقوب عبد الرحمن ، التدخل الإنساني في العلاقات الدولية ، مركز الإمارات للدراسات و البحوث الإستراتيجية ، أبوظبي ، 2004.

- 6- وليد حسين فهمي ، الأمم المتحدة من التدخل الإنساني إلى مسؤولية الحماية ، دون دار نشر
- 7- عماد الدين محمد ، التدخل الإنساني في ضوء مبادئ القانون الدولي العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة . 2004.

2- الوثائق القانونية

- 1- ميثاق هيئة الأمم المتحدة ، نيويورك – 1945 .

- 2- تقرير الأمين العام للأمم المتحدة حول تنفيذ مسؤولية الحماية ، نيويورك 2009/09/12
3- قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة حول اعتماد نتائج مؤتمر القمة العالمي لعام 2005-2005 UN DOC/A/RES/60/1.24
4- قرار مجلس الأمن حول تدهور الأوضاع في ليبيا ، رقم 1773 ، المؤرخ في 17 مارس 2011 UN DOC/S/RES/1773— 2011
2011

* الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الإلكتروني

شايب بوزيان - أستاذ مساعد أ- معهد الحقوق غليزان

ملخص:

يقدم هذا البحث معالجة قانونية للالتزام بالمطابقة في عقد البيع الإلكتروني ، ذلك أن محل التجارة الإلكترونية له خصائص تجعل التسليم غير مادي كتحميل برامج الحاسب الآلي ، حيث لا يتمكن فيها المشتري من المعاينة الحسية للمنتجات المعروضة على الإنترنت.

وتنتهي الدراسة إلى ضرورة وضع المشرع الجزائري لنصوص قانونية تنظم الالتزام بالمطابقة في البيع عبر الإنترنت ، و ذلك لأهمية هذا الالتزام ، علما أن احترام البائع المهني للقواعد التي يقتضها الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الإلكتروني ، يجعل المنتجات المطابقة للمعايير يتم بيعها بسهولة مقارنة بمنتجات أخرى غير مطابقة ، وبوجه خاص عندما ينظر إليه كأداة لتأكيد الثقة بين البائع والمشتري.

الكلمات المفتاحية: الالتزام ، المطابقة ، الإنترنت ، التجارة الإلكترونية ، عقد البيع.

Résumé

Cette recherche présente un traitement juridique de l'obligation de conformité dans le contrat de vente électronique, en effet l'objet du commerce électronique a des caractéristiques qui exigent une livraison immatériel, comme le téléchargement des logiciels, ou l'acheteur n'arrive pas à examiner concrètement les produits exposés sur Internet.

La conclusion de cette étude est dû à la nécessité de l'intervention de législateur algérien qui doit édicter des textes législatifs régissant l'obligation de conformité dans les contrats de vente par Internet, et tout cela suite à l'importance de cette obligation , sachant que l'application des règles de conformité par le vendeur professionnel ,rend la vente des

* تاريخ إيداع المقال: 2015/06/25

تاريخ تحكيم المقال: 2015/12/02

produits conformes aux mesures de conformité facile contrairement aux produits non conforme, notamment quand il est pris comme un outil de confiance entre le vendeur et l'acheteur.

Les mots clés :

L'obligation, la conformité, l'Internet, le commerce électronique, contrat de vente.

مقدمة :

ترتب عن التطور العلمي خاصة في المجال الصناعي ظهور منتجات صناعية تنطوي على دقة وتعقيد من الناحية الفنية ، وقد ساهم في انتشار هذه المنتجات وتداولها استخدام الدعاية الإعلامية، واتساع مجال التعامل في التجارة الإلكترونية ، والتنوع الكبير في السلع المعروضة على شبكة الانترنت¹ ، وقد نتج عن ذلك صعوبة التحقق من مدى مطابقة تلك المنتجات أثناء قيام المشتري باقتنائها .

يتمثل الالتزام بالمطابقة في مجال البيع التجارية والإلكترونية ، سواء كانت وطنية أو دولية في تعهد محله عمل يلتزم به البائع بتقديم البضاعة والمستندات الخاصة بها وهذا وفقا لما يفرضه العقد والقانون² ، وهو يقوم بدور هام مجال العلاقات التجارية .

إن المعاملات الإلكترونية غالبا ما ترد على أشياء أو خدمات تتسم بالطبيعة الفنية التي ينبغي أن تتناسب وأوضاع معينة أو تفي باحتياجات محددة كبرامج الحاسب الآلي والتي يبدو فيها التسليم ليس كمجرد عمل مادي ، بل ينبغي أن يكون المحل صالحا للاستخدام وفقا لطبيعته ومطابقا لما تم التعاقد عليه ، ويمكن الاستدلال على الغرض الذي تم التعاقد من أجله من خلال الوثائق التعاقدية التي تشير صراحة إلى ذلك³ .

فبالنسبة للمهني فإن احترامه للقواعد التي يستلزمها الالتزام بالمطابقة يرجع لكون المنتجات المطابقة للمعايير يتم بيعها بسهولة مقارنة بمنتجات أخرى غير مطابقة⁴ ، وبوجه خاص عندما ينظر إليه كأداة لتأكيد الثقة بين البائع والمشتري⁵ ، خاصة في مجال التجارة الإلكترونية التي لا يمكن فيها المشتري من المعاينة المادية للسلع والمنتجات المعروضة على الإنترنت ، وهذه الخصوصية في التعاقد الإلكتروني تجعلنا نتساءل عن أساس الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الإلكتروني وعن مضمونه و عن المسؤولية الناشئة عن الإخلال به ؟

¹ NAIMI CHARBONNIER marine, La formation et l'exécution du contrat électronique , thèse pour le doctorat en droit , université panthéon –Assas ,Paris II, 2003 p 170.

² جمال محمود عبد العزيز ، الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1997/1996، ص.02.

³ محمد حسين منصور ، المسؤولية الإلكترونية ، دار الجامعية الجديدة ، الإسكندرية ، 2003 ، ص.100.

⁴ CALAIS Auloy, FRANK Steinmetz ,Droit de la consommation,4eme éd, Dalloz, Paris ,1996, p197

⁵ جمال محمود عبد العزيز ، المرجع السابق، ص.04.

للإجابة على هذا التساؤل ارتأينا تقسيم موضوع الدراسة إلى مبحثين ، بحيث نتطرق إلى أساس الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الإلكتروني في المبحث الأول، والى مضمون الالتزام بالمطابقة في هذا البيع والمسؤولية الناشئة عن الإخلال به في المبحث الثاني.

المبحث الأول: أساس الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الإلكتروني

يقوم الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الإلكتروني على أساس نصوص قانونية متمثلة في اتفاقية فيينا خاصة بالبيع الدولي للبضائع ، والنصوص الواردة في قانون الاستهلاك والمبادئ العامة الواردة في القانون المدني، وعلى أسس عقدية لارتباطه بالالتزام بالتسليم في عقد البيع الإلكتروني ، وكذلك الالتزام بالإعلام ، مما يقتضي- دراسة مدى ملائمة ذلك للتجارة الإلكترونية .

المطلب الأول: الأسس القانونية للالتزام بضمان المطابقة في عقد البيع الإلكتروني

إن الأسس القانونية للالتزام بالمطابقة في عقد البيع الإلكتروني يمكن حصرها في اتفاقية فيينا لسنة 1980¹ ، بالإضافة إلى قانون الاستهلاك والمبادئ العامة الواردة في القانون المدني .

الفرع الأول : أساس الالتزام بالمطابقة وفقا لاتفاقية فيينا

إن اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لسنة 1980 قد أكدت على اعتبار الالتزام بالمطابقة حقا مستقلا² ، ويمكن الاستناد إلى نصوص الاتفاقية كأساس للالتزام بالمطابقة في عقد البيع الإلكتروني لأن التجارة الإلكترونية يكون البيع فيها غالبا دوليا ، فرغم أن الاتفاقية قد تطرقت إلى ضمان الالتزام بالمطابقة الواجب التطبيق من طرف الدول التي مارست البيع الدولي للبضائع الذي لم يتم الكترونيا وتم بشكل عادي ، فمع ذلك هناك من يرى³ إمكانية الاعتماد على اتفاقية فيينا وتطبيقها في ميدان البيع الإلكتروني مع الاحتفاظ بنوع من الخصوصية عند التعامل في عقود توريد البرامج والخدمات المعروضة عبر الانترنت ، وهذا لأنها تحتاج إلى شروط وتوضيحات أكثر دقة للتعامل فيها نظرا لحداثة منتجاتها وتعقيدها.

كما وأنه رغم أن التجارة الإلكترونية غيرت مفاهيم مقر العمل وعناوين الأطراف التي اصطبغت بالصيغة الإلكترونية وأصبحت مواقع ومؤسسات افتراضية يصعب توطينها في كثير من الأحيان جغرافيا ، الأمر الذي قد يؤثر على معيار تطبيق اتفاقية فيينا التي تشترط وجود أماكن عمل طرفي العقد في دولتين مختلفتين ، غير

1 قامت لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (CNUDCI) بإعداد مشروع الاتفاقية الخاصة بالبيع الدولي للبضائع سنة 1977 ، وتم تبنيها فيينا في 11 أبريل 1980 والتي حملت اسما رسميا اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع ، ويطلق عليها باختصار بالفرنسية CVIM وبالعربية اتفاقية فيينا لعام 1980، وقد دخلت حيز التنفيذ في 01 جانفي 1988 ، راجع في ذلك شبة سفبان ، عقد البيع الدولي ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تلمسان ، 2012/2011، ص 03 ، وكذلك: محسن شفيق ، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع ، دراسة مقارنة في القانون التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، مصر ، ص 27

2 طالب حسن موسى ، قانون التجارة الدولية ، دار الثقافة ، الأردن ، الطبعة الأولى ، 2005، ص 380

3 عمر خالد الزريقات ، عقود التجارة الإلكترونية ، عقد البيع عبر الانترنت ، دراسة تحليلية ، دار الحامد، الطبعة الأولى ، الأردن، 2007، ص

أن الاتفاقية تبقى قادرة على حكم مرحلة تنفيذ عقد البيع الدولي المبرم عبر الانترنت ، خاصة بالنسبة للالتزام بالمطابقة الذي انفردت بتناوله لوحده منفصلا عن الالتزام بالتسليم .

الفرع الثاني : أساس الالتزام بضمان المطابقة وفقا لقانون الاستهلاك والقانون مدني
بالإضافة إلى النصوص اتفاقية فيينا ، فإن الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الإلكتروني يجد أساسه في قانون الاستهلاك ، والمبادئ العامة الواردة في القانون المدني .

أولا : أساس الالتزام بالمطابقة في قانون الاستهلاك

اتجه المشرع الجزائري في قانون الاستهلاك لإعطاء مفهوم جديد للمطابقة بعدما كانت النظرية العامة للعقد تتحکم في ذلك¹ ، حيث جاء المشرع بقواعد تنظيمية معينة تنظم كل ما يعرض على المستهلك من منتجات وخدمات ، وهذا ما يعرف بالمفهوم الحديث بمطابقة المنتجات والخدمات .

يقوم الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الإلكتروني كذلك على أساس النصوص الواردة في قوانين الاستهلاك ، وهذا ما نجده في قانون حماية المستهلك وقمع الغش 03-09² ، حيث أخذ المشرع الجزائري بالمفهوم الواسع للمطابقة وهو مطابقة المنتجات للرغبة المشروعة للمستهلك ، وهذا وفقا لما نصت المادة 11 من قانون حماية المستهلك في فقرتها الأولى (يجب أن يلبي كل منتج معروض للاستهلاك الرغبات المشروعة للمستهلك من حيث طبيعته وصفه ومنشئه ومميزاته الأساسية وتركيبته ونسبة مقوماته اللازمة وهويته وكمياته وقابليته للاستعمال والأخطار الناجمة عن استعماله)³ ، كما ألزم المشرع في المادة 12 من نفس القانون المتدخلين بإثبات مطابقة المنتجات .

وبدوره نص المشرع الفرنسي على الالتزام بالمطابقة في القانون الاستهلاك الفرنسي- رقم 93/949 الصادر في 1993/07/26 المعدل بقانون 2005/02/17 ، وقد صدر ذلك التعديل في الحقيقة تماشيا مع نص التوجيه

1 إن النظرة الأولية في قواعد ضمان المطابقة الواردة في القانون مدني توجي بأنها كئيبة لإضفاء الحماية على المشتري ، غير أن الواقع أثبت وجود صعوبات وعقبات في التنفيذ ، ولأجل تدارك هذه النقائص نص المشرع الجزائري على الالتزام بضمان المطابقة باعتباره التزاما قانونيا من خلال نص المادة 11 من قانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش ، راجع في ذلك : فرواش رضوان ، مطابقة المنتجات والخدمات للمواصفات التقنية والمقاييس القانونية كضمانة لحماية المستهلك في القانون الجزائري ، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية ، السنة الخامسة ، المجلد 09 ، 2014 ، عدد 01، ص 232.

2 القانون رقم 03/09 المؤرخ في 2009/02/25 متعلق بحماية المستهلك وقمع الغش الصادر في الجريدة الرسمية العدد 15 بتاريخ 8 مارس 2009.

3 نص المشرع الجزائري على الالتزام بضمان المطابقة سابقا في القانون (الملغى) 02/89 ، وقد كان لمفهوم المطابقة وفقا للقانون المذكور مفهومين أولها مطابقة المنتج أو الخدمة للقواعد الآمرة الخاصة بالمواصفات الواردة في القوانين واللوائح وثانيها هو وجوب أن تكون المنتجات والخدمات مطابقة للرغبات المشروعة للمستهلكين الذين تعرض عليهم وللأحكام العامة للعقد ، راجع في ذلك : محمد بودالي ، حماية المستهلك في القانون المقارن ، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي ، دار الكتاب الحديث ، القاهرة 2006 ، ص 283.

الأوربي رقم 44/1999 الصادر 15/5/1999 المتعلق بنظام البيع والضمان للمستهلك ، فنص على الالتزام بالمطابقة في العلاقة بين البائع والمستهلك في المواد 1/211 الى 18/211 منه ، ومثال ذلك ما جاء به نص المادة 4-L211 الخاصة بضمان مطابقة المبيع للعقد المفروض على عاتق البائع لمصلحة المستهلك بأنه (يلتزم البائع بأن يسلم شيئاً مطابقاً للعقد ويضمن عيوب المطابقة الموجودة عند التسليم)¹.

ويظهر من خلال نصوص المواد الواردة في قوانين الاستهلاك والمتعلقة بالمطابقة ، أنها فرضت ضماناً جديداً على عاتق البائع المهني لمصلحة المستهلك ، وبمقتضاه يجب أن يكون الشيء المبيع مطابقاً للعقد، و يمكن القول أن الالتزام بالمطابقة في التعاقد عبر الانترنت أيضاً يجد أساسه التشريعي في تلك القوانين التي نظمت أحكامه مبيئة الجزاءات المترتبة على البائع المحترف في حالة مخالفة تلك الأحكام.

ثانياً : أساس الالتزام بالمطابقة في القانون المدني

يتأسس الالتزام بضمان المطابقة في عقد البيع الإلكتروني إضافة إلى النصوص قانون الاستهلاك على المبادئ والقواعد العامة لنظرية الالتزام الواردة في القانون المدني، كبدأ حسن النية وقاعدة إلزام المتعاقد بمستلزمات العقد.

إن المشرع الجزائري لم ينص على تعريف للمطابقة في القانون المدني ، وإنما ذكر صورها في كل من المواد 94 و 353 و 364 من القانون المدني² ، حيث أن أحكام القانون المدني³ تلزم البائع بأن يقوم وفقاً لمبدأ حسن النية بتقديم مبيع مطابق لما اشتمل عليه العقد ، وهذا طبقاً لنص المادة 107 من القانون المدني الجزائري على أنه (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن النية)، والمقابلة لنص المادة 3/1134 من القانون المدني الفرنسي⁴.

ويقتضي مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد بأن يلتزم البائع بأن يسلم المشتري مبيعاً مطابقاً للمواصفات أو الغرض الذي تم التعاقد من أجله ، خاصة في مجال التجارة الإلكترونية التي يفترض فيها أن المشتري لم يقم بالمعاينة

1 Article L211-4 (Le vendeur est tenu de livrer un bien conforme au contrat et répond des défauts de conformité existant lors de la délivrance

Il répond également des défauts de conformité résultant de l'emballage, des instructions de montage ou de l'installation lorsque celle-ci a été mise à sa charge par le contrat ou a été réalisée sous sa responsabilité)

2 الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن التفتين المدني معدل ومتم بقانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 الجريدة الرسمية رقم 44 الصادرة في 26 جوان 2005.

3 تعرض المشرع الجزائري في المواد 94 و 353 و 364 من القانون المدني لصورة المطابقة الوصفية ، وفي المادة 379 تعرض لتخلف الصفة المتفق عليها بين المتعاقدين إذ يستطيع المتعاقدين أن يتفقا على أن يحدد المشتري بعض المواصفات للسلعة التي يرغب في اقتنائها ، وفي المادة 365 من القانون المدني تطرق إلى المطابقة الكمية ، وفي المادة 386 من نفس القانون نظم صلاحية المبيع لمدة معلومة وهو ما يتماشى مع المطابقة في صورتها الوظيفية ، راجع في ذلك : أماروز لطيفة ، التزام البائع بتسليم المبيع ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو ، سنة 2011 ، ص 149 و 150.

4 Article 1134/3 (Elles doivent être exécutées de bonne foi.).

المادية للشيء المبيع ، وأنه اكتفى بالبيانات والصورة الواردة على الموقع ، وبذلك فإن إخلال البائع بالتزامه بالمطابقة يتنافى ومبدأ حسن النية ، ويرتب مسؤوليته .

إن التزام البائع في عقد البيع الإلكتروني أن يسلم للمستهلك شيئاً مطابقاً ، يجب أن يتم وفقاً لما تم الاتفاق عليه ، وبين ما شاهده المشتري عبر الانترنت وكان قد اتخذ قرار الشراء في ضوءه وبين ما تم تسليمه ، لذلك فإن مفهوم الالتزام بالمطابقة في عقد بيع الإلكتروني تنطبق عليه غالباً القواعد المعمول بها في العقد العادي¹ .

المطلب الثاني: الأسس العقدية لحق المشتري في المطابقة في عقد البيع الإلكتروني

يقتضي البحث عن الأسس العقدية للالتزام بالمطابقة دراسة الالتزامات العقدية المرتبطة به ، فيعد الالتزام بضمان المطابقة التزاماً مرتبطاً بالالتزام بالتسليم في عقد البيع الإلكتروني ، وكذلك الالتزام بالإعلام أثناء مرحلة تنفيذ العقد ، ولا يمكن للبائع أن ينفذ هذه الالتزامات تنفيذاً سليماً إلا إذا نفذ التزامه بضمان المطابقة .

الفرع الأول : الالتزام بالتسليم كأساس للالتزام بالمطابقة في عقد البيع الإلكتروني

يفرض الالتزام بالتسليم على البائع المهني في التعاقد الإلكتروني أن يسلم شيئاً مطابقاً لما هو متفق عليه في العقد ، ويجب أن يكون مطابقاً في نوعه ومقداره وصفاته² ، فإذا كان المبيع عبر الانترنت برنامجاً من برامج المعلومات ، فإن البائع يعتبر مقصراً في التزامه بالتسليم متى باع برنامجاً غير مطابق مع البرامج التي تم الإعلان عنها عبر موقع محلي على الانترنت .

يتأسس الالتزام بالمطابقة كالتزام تابع ومكمل للالتزام بالتسليم ، فالبائع المهني يعد ملزماً بأن يسلم منتجاً مطابقاً حتى يتفادى المنازعة حول مسألة المطابقة التي قد يثيرها المستهلك ، كما أن الالتزام بالتسليم لا ينقضي - بالتسليم المادي للمنتج ، وإنما يبقى هذا الالتزام حتى في حالة تسليم منتج غير مطابق للمواصفات ، والهدف من وراء ذلك هو توسيع مسؤولية المتدخل العقدية إلى مرحلة ما بعد التسليم³ .

وتتميز المعاملات الإلكترونية بأنها غالباً ما ترد على أشياء أو خدمات تتسم بالطبيعة الفنية التي ينبغي أن تتناسب وأوضاع معينة أو تنفي بجاذبات محددة ، كبرامج الحاسب الآلي ، والأدوية والمواد الكيماوية ، ومن هنا يبدو التسليم ليس ك مجرد عمل مادي⁴ ، بل ينبغي أن يكون المحل صالحاً للاستخدام وفقاً لطبيعته ومطابقاً للغرض الذي تم تخصيصه له أو التعاقد من أجله أي يتعين للوفاء بالتسليم أن يكون المحل المسلم مطابقاً للقدر والصفات المتفق عليها .

1 لم تنص القوانين المقارنة المتعلقة بالتجارة الإلكترونية على تعريف الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الإلكتروني ، وإنما نصت على أحكام عامة في هذا المجال ، حيث نجد مثلاً قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي- لسنة 2000 في فصله 31 لم يعرف المطابقة ، بل نص على إمكانية إرجاع المنتج على حالته ، إذا كان غير مطابق للطلب وذلك في مدة عشرة أيام من تاريخ التسليم.

2 أشرف محمد مصطفى أبو حسين ،التزامات البائع في التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة في ظل أحكام القانون المدني والفقه الإسلامي ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2009 ، ص. 253.

3 ولد عمر طيب ، النظام القانوني لتعويض الأضرار الماسة بأمن المستهلك وسلامته ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ، 2009/2010 ، ص. 49.

4 محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 100

ومما يؤكد على أهمية التسليم كأساس للمطابقة في عقد البيع الإلكتروني ، أنه يجب على البائع المهني أن يسلم للمستهلك شيئاً مطابقاً لما تم الاتفاق عليه و شاهده المشتري على الموقع الخاص المهني واتخذ قرار الشراء في ضوءه ، لأنه إذا تم التسليم مبيع مخالف لذلك فإنه يؤدي إلى خيبة أمل المشتري وإمكانية ممارسة حقه في العدول¹ بسبب عدم التطابق شكلاً وموضوعاً².

الفرع الثاني: الالتزام بالإعلام كأساس للالتزام بالمطابقة في عقد البيع الإلكتروني

يعتبر الالتزام بالإعلام أساساً للالتزام بضمان المطابقة ، ذلك أنه إذا قام البائع بتقديم بيانات ومواصفات معينة للمشتري عن حقيقة السلعة المبيعة ، وكان المشتري حسن النية³ ، يعتقد بصورة مقبولة صحة تلك البيانات ، فإن ذلك يعد دافعاً أساسياً له في التعاقد ، كما أن تلك البيانات والمعلومات تدخل في النطاق العقدي⁴ ، لذلك وجب أن تكون السلعة المقدمة مطابقة تماماً لما تم الإعلان عنه .

وقد نص المشرع الجزائري على اعتبار الالتزام بالإعلام كصدر للالتزام بالمطابقة في المادة 352 من القانون المدني الجزائري بنصه (يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع عالماً كافياً ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه)، ويتجسد ذلك في عقد البيع الإلكتروني بموجب إعلام المشتري بجميع المواصفات المبيع عن طريق حق الرؤية المبيع على شاشة الكمبيوتر .

ويثور التساؤل هنا عن مدى اعتبار الحق في الرؤية عبر الإنترنت كوسيلة لاعتبار الالتزام بالإعلام مصدر للالتزام بالمطابقة في التعاقد عبر شبكة الانترنت ، ذلك أن الرؤية تنصرف في الأساس كوسيلة للإعلام في عقد البيع إلى رؤية الشيء المبيع حسياً على الواقع خارج شبكة الانترنت⁵ ، وهو ما يعني عدم الاعتراف بالانترنت كوسيلة مستخدمة للتعاقد والتي كانت وفرت صفتي التفاعلية والتزامية في آن واحد عند التعاقد ، وهو الأمر الغير مقبول لكونه يفرق بين قبول الانترنت كوسيلة صالحة لإبرام العقد لأنها وفرت مجلساً حكماً صالحاً لانعقاد العقد وعدم قبولها كوسيلة صالحة لتنفيذه⁶ .

1 خول قانون الاستهلاك الفرنسي بموجب المادة L121-20 للمشتري في التعاقد عن بعد من حق العدول عن البيع وتمكينه من ممارسة هذا الحق لمدة 07 أيام تحسب من تاريخ تسلمه للمبيع بسبب عدم المطابقة.

2 أسامة أحمد بدر ، ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، 2011، ص85

3 إن من بين أسس الالتزام بالإعلام هو الالتزام بالتفاوض في العقد بحسن النية ، إذا أن حسن النية يفترض على كل متعاقد منذ اللحظة الأولى أن يتخذ موقفاً إيجابياً تجاه المتعاقد الآخر ، فيطلع على كافة البيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد المراد تنفيذه ، راجع في ذلك : أشرف محمد مصطفى أبو حسين ، المرجع السابق ، ص131.

4 تتطلب قوانين التجارة الإلكترونية ضرورة اعتبار وثائق الدعاية والإعلان التي تم عبر شبكة الانترنت من الوثائق المكملة للعقد التي يتم إبرامها لشراء المنتجات ، راجع في ذلك : عبد الفتاح بيومي مجازي ، حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية ، دار الكتب القانونية ، مصر 2008، ص 101.

5 عمر خالد الزريقات ، عقود التجارة الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص349

6 عمر خالد الزريقات ، المرجع السابق ، ص349.

إن حق المشتري في إعلامه من قبل التاجر بكافة المعلومات المتعلقة بمحل العقد ، يتجسد غالبا في عقد البيع الالكتروني في الرسالة الإعلانية التي يبثها البائع عن السلعة محل البيع عبر شبكة الانترنت، هذه الأخيرة لها له تأثير مباشر على الالتزام بالمطابقة الذي يقع على عاتق البائع ، إذ يجب عليه أن يلتزم بان تكون السلعة محل التعاقد مطابقة تماما لكل المعلومات التي يعلن عنها .

كما يبرز الالتزام بالإعلام في عقد البيع الالكتروني كأساس للالتزام بالمطابقة ، في كون أن المشتري في التعاقد التقليدي له ما يرجع إليه من مستندات إزاء طبيعة السلعة محل الإعلان، وهذا بالإضافة إلى معايته المموسة للسلعة مباشرة ، وهذا عكس البيع الالكتروني الذي يكون فيه اعتماد المشتري على الرسالة الإعلانية كليا باعتبارها المصدر الوحيد الذي يتعرف من خلاله على السلعة¹، وعلى ذلك يصلح الالتزام بالإعلام أن يكون أساسا قويا للالتزام بضمان المطابقة.

المبحث الثاني: مضمون الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الالكتروني والمسؤولية الناشئة عن الإخلال به
 تنطرق إلى مضمون الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الالكتروني من خلال بيان صور المطابقة حسما جاء في اتفاقية فيينا ، وإلى بيان أحكام المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالالتزام بالمطابقة وفقا لما تضمنته الاتفاقية أو نص عليه العقد.

المطلب الأول : مضمون الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الالكتروني

يتجسد مضمون المطابقة في ذكر صورها ، وقد أوردت اتفاقية فيينا صورتين للمطابقة ، الأولى تحت تسمية المطابقة المادية أو العقدية وتشمل المطابقة الكمية والوصفية ، و الصورة الثانية هي المطابقة القانونية .

الفرع الأول : المطابقة المادية

يعتبر البائع ملزما بتسليم المشتري وفقا للفقرة الأولى من المادة 35 من اتفاقية فيينا بضاعة مطابقة لما ورد بالعقد من حيث الوصف والكم والتعبئة ، ولكل ما اتفق عليه الأطراف من شروط وأوضاع أخرى منصوص عليها في العقد ، أي أن العقد هو معيار المطابقة المادية طبقا لاتفاقية فيينا² .

غير أنه المطابقة المادية في العقود التي تبرم عن الطريق الانترنت لا يتم فيها معاينة السلعة المتعاقد عليها معاينة مادية ، وذلك لخصوصية عقد البيع الالكتروني الذي يتم فيه فقط معاينة النموذج الخاص بالسلعة أو صورتها أو عرض فيلم لتوضيح الشكل وكيفية الاستخدام والمكونات بالإضافة إلى السعر ، لذلك فإن معيار المطابقة المادية هو نصوص العقد الالكتروني المبرم ، وفي حالة عدم اتفاق طرفي العقد على كيفية التسليم ، فان اتفاقية فيينا قد تضمنت نصوصا تعالج هذه الحالات ، وهي التي تتعلق بعناصر المطابقة المادية المتمثلة في الكم والنوعية و التغليف والتعبئة³ .

1 قدرى محمد محمود ، حماية المستهلك في العقد الالكتروني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2014 ، ص 169

2 جمال محمود عبد العزيز ، المرجع السابق ، ص 28.

3 مع الإشارة هنا إلى وجود عدم الخط بين عناصر المطابقة المادية من جهة وبين ضابط المطابقة المادية من جهة أخرى ، حيث أن نص الفقرة الأولى من المادة 35 لاتفاقية فيينا صرح بتعداد عناصر المطابقة المادية ، وفي نهايته يضع ضابطها وهو العقد .

فبالنسبة لعنصر الكمية ، فيجب على البائع وفقا لنص المادة 51 من الاتفاقية أن يسلم كمية مساوية لتلك المتفق عليها في العقد ، كما نصت الاتفاقية على كيفية معالجة حالة النقص والزيادة في الكمية ، وان كانت هذه المسألة في الحقيقة ومسائل أخرى نصت عليه الاتفاقية مثل الإخطار المتبادل بين الطرفين ومسألة التأخير غير المعقول¹ لا تطرح إشكالا في ظل البيئة الرقمية ، لأن ذلك يعد من الأمور الذي سهلتها كثيرا الانترنت كوسيلة للتجارة الالكترونية نظرا لدقتها وسرعتها الفائقة .

وبالنسبة للتنوع والتي تزداد أهمية في مجال عقود البيع الالكترونية ، ذلك لكون أن أوصاف المبيع المعروضة على الانترنت لا تمكن المشتري من الرؤية الحقيقية للمبيع ، مما لا يمكنه من الحكم عليه وتقييمه تقييما حقيقيا ، خاصة وأن الإمكانيات الالكترونية تسمح بتزيين الشيء وإظهاره على غير حقيقته، فإن اتفاقية فيينا في المادة 35 منها قد ألزمت البائع بتسليم بضاعة مطابقة للتنوع المتفق عليها في العقد .

فإذا كان الشيء المبيع جهازا كهربائيا أو الكترونيا فإنه يجب أن يكون مطابقا للمواصفات المتعلقة بتركيبته الداخلية وخواصه المادية والمواد المصنعة وأنظمتها وإمكاناته الفنية² ، وإذا ما قدم البائع نموذجا أو عينة للمشتري ، فيجب أن تكون البضاعة مشتملة على ذات الصفات التي اشتملتها العينة أو النموذج .

وبخصوص التعبئة والتغليف، فإن الإشكال الذي يطرح في هذا الصدد في عقد البيع الإلكتروني يكمن في أن المشتري غالبا ما يجهل الطرق المتبعة في التعبئة والتغليف من طرف المهني البائع ، خاصة إذا كان طرفي العقد من دولتين مختلفتين ، لذلك نصت اتفاقية فيينا في المادة 35 في فقرتها الثانية على وجوب أن تكون البضاعة مغلفة ومعبأة بكيفية مناسبة لحفظها وحمايتها³ ، أي أن يتم ذلك بالطريق المعتادة أو المناسبة التي درج على استعمالها في مجال التجارة الدولية.

الفرع الثاني : المطابقة القانونية

تعرف المطابقة القانونية وفقا لاتفاقية فيينا بأنها تعهد البائع بأن يقدم السلع خالصة من أي إدعاء أو حق للغير ، ما لم يوافق المشتري على أخذ هذه السلع مع وجود مثل هذا الحق أو الادعاء⁴ ، وهي تلعب دورا بارزا في حماية حقوق المشتري الواردة على البضاعة والانتفاع بها في هدوء ، وتعد وسيلة فعالة في حالة التعرض لهذه الحقوق ، سواء أكان تعرضا صادرا من البائع نفسه أم من شخص آخر من الغير⁵ .

وفي حالة ما إذا اشتمل عقد البيع على بيانات ومواصفات متعلقة بالوضع القانوني للشيء المبيع والتي تبين ما إذا كان خاليا من أية تكاليف أو أعباء أو حقوق عينية أو شخصية للغير أو محملا بها وطبيعة نوع هذه الحقوق عند

1 راجع في ذلك المادة 49 من اتفاقية فيينا الفقرة الثانية.

2 سيد محمد سيد شعراوي ، الحماية المدنية للمستهلك في عقود البيع الالكترونية ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، مصر، 2000 ، ص

441

3 طالب حسن موسى ، المرجع السابق ، ص 53

4 المادة 41 من اتفاقية فيينا لسنة 1980

5 جمال محمود عبد العزيز ، المرجع السابق ، ص 238

وجودها ، فإنه يجب أن يكون المبيع مطابقا لها ، وذلك لما قد يترتب على وجود مثل هذه الحقوق من تعرض للمشتري في انتفاعه بالشيء المبيع¹ .

إن مسألة ضمان حقوق وادعاءات الغير على السلع تثير في الحقيقة إشكالات أكثر في مجال التجارة الالكترونية العابرة للحدود الوطنية ، ذلك أن الأمر يلزم البائع بالعلم بكافة القوانين المتعلقة بهذا الشأن ، حتى يضمن للمشتري كل تعرض صادر من الغير سواء كان يستند إلى حق أو مجرد ادعاء.

كذلك الأمر بالنسبة للتعرض الصادر من السلطة العامة بسبب رفض دخول البضاعة لمخالفتها الشروط الصحية مثلا فلا يضمنه البائع في هذه الحالة ، وهذا لأنه تعرض مادي لا يشملته حكم ضمان حقوق وادعاءات الغير على البضائع ، خاصة في ظل التعاقد في بيئة رقمية افتراضية مفتوحة عالميا تجعل البائع يستحيل عليه الإلمام بقواعد الحظر الموجود في كل من دولة المستهلكين الذين يتعامل معهم.

وتزداد مسألة ضمان حقوق ادعاءات الغير تزداد تعقيدا في مجال البيع عبر الإنترنت لكون التعرض في هذا المجال ليس بالتعرض المادي الملموس ، بل هو في واقع الأمر تعرض غير ملموس كزرع فيروسات ، الأمر الذي يستوجب معه تعديل في قواعد الضمان في هذا الشأن² ، وهذا وان كان التعرض في هذه الحالة في الحقيقة يتوفر فقط في العقد الذي يتم فيه التسليم عبر الانترنت وليس خارجا بالنسبة أيضا للبرامج والبيانات التي يمكن إتلافها عن طريق الفيروسات .

المطلب الثاني: المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالالتزام بالمطابقة في عقد البيع الإلكتروني

يعتبر التزام البائع بالمطابقة التزاما بتحقيق نتيجة³ ، ويترتب على تسليم شيء غير مطابق لما تم الاتفاق عليه قيام مسؤولية البائع ، كما يترتب على عدم المطابقة عدة جزاءات يتحملها البائع ، ولكن يشترط لتوقيع تلك الجزاءات شروطا بموجبها تنعقد مسؤولية البائع .

الفرع الأول: شروط المسؤولية

يمكن أن يتم تسليم الشيء المبيع في عقد البيع الإلكتروني تسليما ماديا تقليديا أو قد يتم ذلك التسليم عبر الخط ، وفي كلتا الحالتين يمكن أن يجد المشتري الشيء المبيع غير مطابق لما تم الاتفاق عليه ، وحتى تقوم مسؤولية البائع ويحق للمشتري إنزال جزاءات به ، فإنه وفقا لاتفاقية فيينا يجب توافر شرطين أولهما أن يكون المبيع معيبا بعيب عدم المطابقة وقت التسليم ، والشرط الثاني هو قيام المشتري بفحص المبيع وإخطار البائع بعدم المطابقة .

أولا : أن يكون المبيع معيبا بعيب عدم المطابقة وقت التسليم

1 محمود محمد علي مبروك ، المرجع السابق ، ص 70
2 بشار طلال أحمد المومني ، مشكلات التعاقد عبر الانترنت ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة المنصورة ، مصر ، 2003 ، ص 162
3 بعد الالتزام بالمطابقة التزاما بجمل في تحقيق نتيجة وهذا كقاعدة عامة ، غير أنه يمكن أن يتحفظ المدين بأنه سيبدل العناية الكاملة كي يكون المنتج مطابقا للمواصفات ، أو ملبيا للهدف المنشود منه ، محمد حسين منصور ، المسؤولية الالكترونية ، المرجع السابق ، ص 101.

يجب لقيام مسؤولية البائع بضمان المطابقة أن يكون المبيع معيبا معيب عدم المطابقة ، حيث يعد عدم المطابقة للعقد الشرط الجوهري الذي يثير الضمان ويرتب مسؤولية البائع عن الإخلال بالالتزام بالمطابقة¹ ، ويستفاد ذلك من نص المادة 4/211 من قانون الاستهلاك الفرنسي والتي تنص على أنه (يلتزم البائع بأن يسلم شيئا مطابقا للعقد ، ويضمن عيوب المطابقة الموجودة عند التسليم)².

ويقصد بعيب عدم المطابقة اختلاف الشيء المسلم فعلا عن الشيء الذي كان يجب تسليمه وفقا للعقد ، أو تسليم شيء آخر غير المتفق عليه بذاته أو أوصافه³ ، فيكون المبيع معيبا معيب عدم المطابقة إذا لم تتوافر فيه الشروط والمواصفات المتفق عليها في العقد صراحة أو ضمنا أو كان غير صالح للاستعمال للغرض الذي تم التعاقد من أجله⁴.

ثانيا : أن يقوم المشتري بفحص المبيع وإخطار البائع بعدم المطابقة

حتى يتمكن المشتري من الحق في الرجوع على البائع بدعوى عدم المطابقة يجب إضافة إلى أن يكون المبيع معيبا وقت التسليم ، أن يقوم المشتري بفحص المبيع ، فيكون متبصرا وحذرا فلا يقبل المبيع أو يستلمه إلا بعد أن يقوم بالتحقق من مدى مطابقتها للشروط والمواصفات المتفق عليه في العقد صراحة أو ضمنا .

ويقوم المشتري بفحص المبيع بنفسه للتحقق من مدى مطابقتها ، ويمكنه أن يستعين بشخص آخر وفقا لنص المادة 38 من اتفاقية فيينا⁵ ، وفي هذه الحالة يعتبر الشخص الذي قام بالفحص نائبا أو وكيليا عن المشتري ، ويعد قبوله للشيء المسلم به بمثابة قبول المشتري .

وفي عقد البيع الالكتروني يتم فحص المبيع من طرف المشتري في أقرب وقت تسمح به الظروف دون احتساب الوقت الذي استغرقت عملية النقل ، مع وجوب الاتفاق مسبقا على تمديد الأجل والاتفاق على الاستعانة بخبرة نظرا لأن الوسائل البصرية الالكترونية والغياب المادي للطرفين المتعاقدين يستلزم الحذر في

1 تنص المادة 36 الفقرة الأولى من اتفاقية فيينا على أنه (أن يوجد عيب المطابقة وقت انتقال التبعة إلى المشتري وان لم يظهر هذا العيب إلا في وقت لاحق)

² Article L211-4 (Le vendeur est tenu de livrer un bien conforme au contrat et répond des défauts de conformité existant lors de la délivrance.

Il répond également des défauts de conformité résultant de l'emballage, des instructions de montage ou de l'installation lorsque celle-ci a été mise à sa charge par le contrat ou a été réalisée sous sa responsabilité).

3 وفي مجال المعلوماتية فإنه يجب التفرقة بين عدم المطابقة لسبب يرجع إلى عناصر ذاتية في برنامج الحاسب وبين عدم المطابقة بسبب عناصر خارجية عن البرنامج ذاته ، فيمكن أن تتحقق الحالة الأولى عندما يكون البرنامج مشتملا على عيوب في الصنع أو يكون البرنامج ناقصا إذ أنه في هذه الحالة لا يمكن أن يحقق احتياجات المشتري بشكل يعطيه الحق في الرجوع على البائع بالضمان ، راجع في ذلك : سعيد السيد قنديل ، المسؤولية العقدية في مجال المعلوماتية (الإشكالية الخاصة بضمان العيب الخفي وضمان عدم المطابقة)، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، 2014، ص.81.

4 ممدوح محمد علي مبروك ، المرجع السابق ، ص. 48.

5 تنص المادة 38 من الاتفاقية على أنه (على المشتري أن يفحص البضائع بنفسه أو بواسطة غيره في أقرب ميعاد ممكن تسمح به الظروف)

الفحص ، لأن ما يرى على عادة على شاشات الحواسيب يكون على خلاف الحقيقة نظرا لما تتميز به التقنية من إمكانيات تزيين وإظهار مزايا عديدة قد لا تكون موجودة في الحقيقة¹ .
وقد يكون من الصعب اكتشاف عيب عدم المطابقة كما هو الحال في بيع برامج الحاسب عبر الانترنت ، فيجب على المشتري في هذه الحالة أن يخطر البائع به بمجرد ظهوره أو اكتشافه وفي أقرب وقت ممكن ، وإلا اعتبر سكوته إقرارا منه بمطابقة المبيع للعقد ، أو قبوله له بحالته التي سلم عليها بالرغم من عدم مطابقتها² ، وفي حالة إخطار المشتري للبائع بعدم المطابقة وأبدى اعتراضه خلال الميعاد القانوني ، ثبت له الحق في الرجوع على البائع بدعوى عدم المطابقة .

الفرع الثاني: جزاءات الإخلال بالالتزام بضمان المطابقة في عقد البيع الإلكتروني

يترتب على تسليم البائع شيئا غير مطابق للعقد قيام مسؤوليته العقدية ، ويقصد بعدم المطابقة في مجال المعلوماتية وبرامج الحاسب الآلي أن المبيع الذي تم تسليمه لمشتري ليس هو المبيع ذاته المتفق عليه وقت إبرام العقد ، ذلك انه لا يطابق الاحتياجات التي أقدم المشتري على التعاقد من أجلها³ .
ويثبت للمشتري الحق في المطالبة بالتنفيذ العيني للالتزام بضمان مطابقة الشيء المبيع أو طلب فسخ العقد وطلب التعويض عما أصابه من ضرر بسبب عدم المطابقة⁴ ، وهذا طبقا للقواعد العامة في القانون المدني ، بالإضافة إلى حقه في الاستبدال أو الاسترداد طبقا لقوانين الاستهلاك، وتقوم دعوى الإخلال بالمطابقة بمجرد وجود تفاوت بين ما تم تسليمه والشيء المتفق عليه ، ويقع على البائع عبئ إثبات أنه قام بتسليم شيء مطابق⁵ .

أولا : التنفيذ العيني

نصت اتفاقية فيينا على قيدين لاستعمال المشتري حق التنفيذ العيني ، يتمثل القيد الأول في أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب تنفيذ العقد ، في الوقت الذي يستعمل فيه وسيلة تتعارض مع هذا الطلب ، أي لا يجوز للمشتري أن يلزم البائع بتنفيذ التزامه بالمطابقة إذا أعلن المشتري فسخ العقد⁶ ، أو طلب استبدال البضاعة⁷ ، غير أنه يجوز للمشتري طلب التنفيذ العيني في حالة التسليم المتأخر للبضاعة من جانب البائع ، بينما يتمثل القيد

1 حمودي محمد ناصر ، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الانترنت مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع ، دار الثقافة ، الأردن ، الطبعة الأولى 1012، ص 401.

2 ممدوح محمد علي مبروك ، المرجع السابق ، ص 60.

3 سعيد السيد قنديل ، المرجع السابق ، ص 78

4 مع الإشارة أن اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع قد فرقت بين مخالفة البائع لالتزامه التعاقدية أي عدم تنفيذه لالتزامه بالمطابقة أو تنفيذه لهذا الالتزام بشكل معيب ، راجع في ذلك : جمال محمود عبد العزيز ، المرجع السابق ، ص 366.

⁵ NAIMI CHARBONNIER marine, Op.Cit,p 170

6 الفقرة الثانية من المادة 47 من اتفاقية فيينا

7 المادة 50 من اتفاقية فيينا

الثاني الذي وضعته اتفاقية فيينا على لجوء المشتري للتنفيذ العيني في عدم إجازة قانون القاضي لهذا الحق في التنفيذ العيني¹.

ثانياً: الفسخ:

إذا تم تسليم المبيع ، غير أنه تبين بعد ذلك أن الشيء المتعاقد عليه بالوسائل الالكترونية غير متطابق والمواصفات التي شاهدها المشتري على الإنترنت و تم التعاقد بشرط توفرها ، فإنه يحق للمشتري في هذه الحالة المطالبة بالفسخ².

ولا يعد تسليم المشتري للمبيع بدون تحفظات على أنه تنازل عن دعوى الفسخ المترتبة على عدم مطابقة الشيء المبيع ، ذلك أن التنازل تصرف قانوني وهو لا ينتج أثره إلا بعد قيام المشتري بفحص المبيع والتحقق من العيب أو الخلل الموجود في المطابقة ومعرفته وبعد ذلك الرضا به³.

ووفقاً لنص المادة 49 من اتفاقية فيينا ، فإنها حصرت حالات الفسخ المتاحة للمشتري بحالة ارتكاب البائع مخالفة جوهرية لإحدى التزاماته ، حيث تجيز الاتفاقية للمشتري فسخ العقد مادام إخلال البائع بالالتزام بالمطابقة يشكل مخالفة جوهرية كشرط موضوعي ضمن الشروط المرتبطة بالمخالفة الجوهرية⁴.

ثالثاً : الحق في الاستبدال

إن حق الاستبدال تم النص عليه بموجب المادة 46 اتفاقية فيينا⁵ ، والتي يظهر من خلالها أنه يجب لتطبيق الاستبدال كجزاء لعدم المطابقة يجب أن يتوفر شرطين ، أولهما أن يشكل إخلال البائع لالتزامه بالمطابقة مخالفة جوهرية ، وثانياً أن يقدم المشتري طلب الاستبدال في نفس الوقت الذي يخطر فيه البائع بعدم المطابقة ، أو في ميعاد معقول من تاريخ هذا الإخطار .

وتمثل التجارة الالكترونية المجال الأوسع الذي يتم فيه ممارسة الحق في الاستبدال ، ذلك أن هذا الحق يرد غالباً في البيوع التي تتم عن بعد وعبر المسافات ، بحيث لا يستطيع المشتري فيها أن يتحقق من مدى مطابقة المبيع وقت البيع ، كما يكون قد تأثر بالدعاية المغرضة لتلك السلعة .

1 المادة 28 من اتفاقية فيينا

2 صفوان حمزة الهواري ، الأحكام القانونية للتجارة الالكترونية (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2012 ، ص 222.

3 ممدوح محمد علي مبروك ، المرجع السابق ، ص 146.

4 جمال محمود عبد العزيز ، المرجع السابق ، ص 394.

5 تنص المادة 46 من اتفاقية فيينا على أنه (لا يجوز للمشتري في حالة عدم مطابقة البضائع للعقد أن يطلب من البائع تسليم بضائع بديلة إلا إذا كان العيب في المطابقة يشكل مخالفة جوهرية للعقد ، وطلب المشتري تسليم البضائع البديلة في الوقت الذي يخطر فيه البائع بعدم المطابقة وفقاً لأحكام المادة 39 ، أو في ميعاد معقول من وقت الإخطار).

حيث أنه وفي التعاقد الإلكتروني لا يتمكن المشتري غالبا من المعاينة المادية للسلعة التي يشاهدها عبر الانترنت وقت البيع ، ويكتفي بما ورد من بيانات ومواصفات على الموقع الخاص بالبائع المهني ، فيتقرر له الحق في الاستبدال في حالة عدم مطابقة السلعة¹ .

خاتمة :

يظهر من خلال الدراسة السابقة أن الالتزام بالمطابقة في عقد البيع الإلكتروني أصبح يحتل مكانة هامة وبارزة تفوق أهمية الالتزام بالتسليم في حد ذاته الذي يعد في الأصل أساس تنفيذ عقد البيع الإلكتروني ، وذلك أن الرؤية غير المباشرة للمبيع عبر الانترنت يصعب فيها التحقق من معرفة مدى تطابق المبيع المتفق على أوصافه أو كميته عند البيع وبعد التسليم .

كما تزداد أهمية الالتزام بالمطابقة في مجال التجارة الإلكترونية ، وهذا لكون أن أغلب المستهلكين في عقود البيع الإلكتروني ليسوا بمستوى المنتجين والمهنيين المحترفين الذين تربطهم علاقات البيع بالمستهلك عن بعد ، الأمر الذي يفرض على المشرع الجزائري أن يتدخل ضمن قانون حماية المستهلك أو بموجب قوانين مستقلة بوضع نصوص صريحة تنظم هذا الالتزام في مجال التجارة الإلكترونية ، وذلك بهدف حماية المستهلك من المنتجات المعيبة والخطرة في عالم رقمي افتراضي ، حتى يسود الائتمان في التعاملات التجارية عبر الانترنت التي اتسعت دائرة تداولها وانتشارها في ظل الدعاية الكبيرة المصاحبة لها.

1 نص الفصل 31 من قانون حماية المستهلك في المبادلات الإلكترونية التونسي على إرجاع المنتج اذا كان غير مطابق للطلبية أو إذا لم يحترم البائع آجال تسليمه ، كما منح المستهلك الخيار بين استبدال المنتج أو إصلاحه في حالة عدم المطابقة.

ضمانات تطبيق مبدأ المساواة في القانون الجزائري*

الأستاذة بطاهر أمال- أستاذ مساعد / أ-جامعة ابن خلدون - تيارت

ملخص

في مقابل الانفتاح الاقتصادي وزمن العولمة الذي أصبح فيها العمل يشكل سوقا خاصة تخضع لمفاهيم وأطر اقتصادية بحتة فرضها أصحاب رؤوس الأموال غير مبالين بالجانب الاجتماعي واحتياجات العمال، ارتقت مطالب الطبقة العمالية من مجرد الحصول على أجور ملائمة للأعمال المؤداة إلى ضرورة تقييد سوق العمل بقيود وضوابط لا تضمن فقط مورد رزق للعمال وإنما توفر له ظروف عمل كريمة حتى يحظى بما يعرف بالعمل اللائق. ومن بين أهم هذه القيود والضوابط التي تعزز فرصته في الحصول على عمل لائق ضرورة إلزام أصحاب العمل بالمساواة وعدم التمييز بين العمال ليس في الأجر فقط وإنما في ظروف العمل وبشكل أولي في شروط التوظيف وهذا ما حاول المشرع الجزائري تكريسه في مختلف قوانين العمل تجسيدا لمصادقة على الاتفاقيات الدولية فما مفهوم مبدأ المساواة وعدم التمييز؟ وما هي الضمانات القانونية والآليات المؤسساتية التي وضعها المشرع الجزائري لإعمال هذا المبدأ وتطبيقه في مجال العمل؟

Summary

*currently in the time of economical openness and globalization where job market became submitted vender some motions and economic measures imposed by wealthy people who do wet care about the social side and job weeds, the demands of the working class went from just having a salary for the work done to the necessity to restrict the job market with worms wet having only a revenue to be able to workers but providing good working conditions to be able to work well.

* تاريخ إيداع المقال: 2015/11/29

تاريخ تحكيم المقال: 2015/12/02

And anomy the most important norms which allows him to get a good job is the obligation of employers the conditions of to make equality and never segregate bet wean workers not only in salary but also in work conditions and principally in the conditions of employment, and this is what is the Algerian decision markers tried to apply in the different job haws which are related to the international conventions .so what do we mean by the principal of equality and non-segregation? And what are the in sureness and the companies techniques provided by the Algerian decision makers to put it in practice and apply it in the domain of work?

مقدمة:

لقد جاء مبدأ المساواة في العمل كنتيجة حتمية لمطالبة العاملات بالمساواة بينهم وبين الرجال في مجال العمل، وقد تبين العديد من المصادر الدولية في الاتفاقيات والمعاهدات والاتفاقيات بعد أن أصبح للمرأة دور ايجابي في التنمية التي تستهدف تمكين أفراد المجتمع رجال ونساء من تحسين مستواهم المعيشي- والتخلص من الفقر الذي يعيشونه فيه وبالتالي تحقيق أهداف التنمية المستدامة في المجتمع.

وقد أصبح للمرأة خاصة بعد الثروة الصناعية دورا كبيرا في سوق العمل نتيجة قدرة المرأة على تكيف وقتها لممارسة أشكال عمل غير مألوفة ومرونتها في الاستخدام في أعمال مختلفة مما يسمح لها بزيادة دخل الأسرة والرفع من مستواها المعيشي غير أن هذه الزيادة في مشاركة المرأة في المجال الاقتصادي لم ترافقه تحسينات في ظروف أو نوعية العمل.

فالمرأة تواجه نسبة إلى الرجل معايير استخدام غير متكافئة وفرص تدريب وإعادة تدريب غير متكافئة وأجر غير متساوي لعمل متساوي ومشاركة غير متكافئة في صنع القرارات الاقتصادية.

ونتيجة لكل ذلك تبنت المنظمات الدولية مبدأ ضرورة المساواة بين الرجال والنساء هي العمل وعدم التمييز بسبب الجنس فنجده في نص المادة 41 من ميثاق منظمة العمل الدولية وفي المادة 23 فقرة 2 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أما المصدر الخاص فهو ذلك المتضمن في الاتفاقية الدولية رقم 100 المتعلقة " المساواة في الأجر بين العمال والعاملات " والتي تناولت ضرورة التمييز بين العمال والعاملات إذا قدموا أعمالا متماثلة.

والاتفاقية 113 حول انتهاء كل أشكال التمييز ضد المرأة الصادرة في 1979 إضافة على الاتفاقية العربية حول مستويات العمل الصادرة عن منظمة العمل العربية في سنة 1976.

كما فرضت قضية المساواة وعدم التمييز بين المرأة والرجل في العمل نفسها في مرحلة التسعينات على العديد من المؤتمرات مثل:مؤتمر البيئة والتنمية بريو دي جانيرو الذي تناول دور المرأة في التنمية المستدامة.

ويقصد بالمساواة وعدم التمييز هو عدم التفرقة بين الجنسين المبنية على معايير غير موضوعية بمعنى المساواة وعدم التمييز يجب أن يراعي اختلاف الظروف والمؤهلات والخبرات والمهارات والمسؤوليات حتى تكون مساواة موضوعية، وعرف جانب من الفقه التمييز على أنه كل تفرقة غير موضوعية تستند إلى تقييم شخصي- للمرشح للعمل بغرض رفض التعاقد معه أو للعامل بغرض إنهاء التعاقد معه ¹ ..

وإذا كان المشرع الجزائري لم يعرف مبدأ المساواة وعدم التمييز في كل القوانين والتشريعات العالية فإن المشرع الفرنسي عرف التمييز على أنه " تفرقة غير مشروعة وغير مبررة وغالبا تحكيمية ومهينة تمثل اعتداء على الكرامة الإنسانية التي هي أساس المساواة والعدالة بين المواطنين وهو أمر يستوجب الملاحقة الجنائية... ²

وذهب المشرع الفرنسي إلى ابعاد من ذلك عندما فرق بين التمييز المباشر والتمييز غير المباشر.

فالتمييز المباشر هو استبعاد أو رفض التعاقد بسبب الأصل والجنس، الأخلاق، التوجه الجنسي، الحالة العائلية، الانتماء لقومية معينة، الآراء السياسية، النشاط الثقافي، المعتقدات الدينية، الحالة الصحية، المظهر الخارجي.

أما التمييز غير المباشر فهو الذي تكشفه الآثار الناتجة عند اتخاذ إجراء معين أو معيار يبدو محايدا غير أنه يؤدي في الحقيقة لذات الأثر الناجم عن التمييز المباشر... ³

بسطة التشريعات الدولية المقارنة للعمل الحماية القانونية لتطبيق مبدأ المساواة خلال كل الحياة المهنية ابتداء من المرحلة الأولية المتمثلة في التقدم أو الترشح لمنصب العمل وتمتد أثناء سريان علاقة العمل وحتى عند إنهاء علاقة العمل. ⁴

وإذا كانت التشريعات المقارنة قد تناولت مبدأ المساواة وعدم التمييز بالتعريف وتحديد المعايير والعقوبات المقررة له من الناحية المدنية والجزائية كلقانون الفرنسي الذي تناول المبدأ في العمل الفرنسي وقانون العقوبات.

غير أن المشرع الجزائري قد أورد مادة واحدة ضمنها المجالات التي لا يجوز التمييز بينها وبين العمال وحددها على سبيل الحصر- وهي السن، الجنس، الوضعية الاجتماعية، القرابة العائلية، والقناعات السياسية والانتفاء التقايي.

كما أنه حدد المجالات التي لا يجوز التمييز فيها والتي يجب المساواة بشأنها وهي مجال الشغل والأجرة وظروف العمل والظاهر أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى مرحلة ما قبل التشغيل أو مرحلة الترشح للعمل.

¹ أمية سليمان، "التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري"، ديوان المطبوعات الجامعية" 2002، ص 249.

2 Antoine Mazeaud « Droit du travail », 5^éediton, Montrchestein ,Paris2,2006,p592.

³ المادة 3-3-1132 من قانون العمل الفرنسي

⁴ د/خالد حمدي عبد الرحمن، "التمييز الفتوي عند التعاقد على العمل"، دار النهضة، 2006، ص 11.

وضمن نفس المادة الجزء المدني المرتب على إدراج المستخدم أي أحكام مخالفة لما أورده المشرع في نص المادة 17 من القانون 90 - 11 المتضمن علاقات العمل غير أنه نتيجة للأهمية التي تثير مشكلة التمييز بين الجنسين من الرجال والنساء في الحياة المهنية للعمال من عدم استقرار في مسار التنمية المستدامة وعدم تحقيق فرص العمل اللائق الذي يؤدي إلى إعاقة نمو رضاء الأسرة بالدرجة الأولى ومن ثمة المجتمع ويزيد من صعوبة استخدام إمكانيات المرأة في التنمية الكاملة.

سوف تنحصر دراستنا من خلال معايير المساواة وعدم التمييز بين الرجال والنساء والأحكام القانونية التي تصدى من خلالها المشرع الجزائري للمخالفين لهذا المبدأ من خلال طرح الإشكالية التالية:

ما هي مجالات المقررة لها الحماية القانونية من عدم التمييز؟ وما هي الآليات القانونية التي أوجدها المشرع والعقوبات المقررة لها؟

وسنحاول الإجابة عن هذه الإشكالية من خلال الخطة التالية:

أولاً: مجالات إعمال مبدأ المساواة وعدم التمييز

ثانياً: الآليات القانونية المقررة للحماية .

أولاً: مجالات تطبيق مبدأ المساواة وعدم التمييز.

من الواضح أن المشرع الجزائري لم يتعرض صراحة إلى التمييز وعدم المساواة عند التشغيل رغم أنها أهم مرحلة فهي التي تؤدي إلى إقصاء المرأة عادة من القيام بدورها في التنمية الاقتصادية وعدم السماح لها بالهوض بأسرتها عن طريقة زيارة دخلها l'emploi وتناول المشرع عدم التمييز في الحقوق التي يتمتع بها العمال من الجنسين أثناء سريان علاقة العمل دون أن يتعرض أيضا التمييز الذي قد تعانیه المرأة عند إنهاء علاقة العمل ومن بين أهم الحقوق التي نص عليها المشرع:

المساواة في الأجور بين الرجال والنساء: جعله المشرع التزاما يقع على عاتق المستخدم من خلال نص المادة 84 التي تنص على واجب المستخدم في ضمان المساواة في أجور العمال لكل عمل متساوي القيمة.

معتمدا في ذلك على تساوي قيمة العمل لتساوي أجور العمال من رجال ونساء وبالتالي فالمستخدم غير ملزم بضمان المساواة متى كانت الأعمال المؤداة من العمال والعاملات غير متساوية.

فالمساواة المراد تطبيقها هي مساواة موضوعية تقوم على أسس ومعايير موضوعية، والمجال الوحيد الذي طبقت في المساواة الشكلية في الأجور هو الأجر الوطني الأدنى المضمون الذي يستحق العامل بموجبه أجرا شهريا مساويا لذلك الذي يحصل عليه كل العمال مما اختلفت مناصب ومردودية العمل¹..

ولا يعتبر تمييزا من المستخدم منح العامل الأجر الذي يتناسب مع مؤهلاته ومردوده وظروف العمل المحيطة به وخبرته وأقدميته وعدم منحها لعامل آخر له نفس منصب العمل إذا لم تتوفر شروط العمل ذاتها والظروف ذاتها ذلك مساسا بمبدأ المساواة في الأجور.

وقد ذهبت اتفاقيات مستويات منظمة العمل العربية إلى ضرورة المساواة في ظروف العمل وفي الترقية المهنية والانجازات المدفوعة الأجر، حيث عادة ما تعاني المرأة من التمييز بينها وبين الرجل في ظروف العمل والانجازات الممنوحة لها وأسس الترقية وغالبا بناءا إما تكون هذه العوائق غير مباشرة سببها وضع المرأة باعتبارها صاحبة الحمل وقص القدرة على العمل أثناء هذه الفترة وأثناء فترة الوضع وعدم قدرتها في بعض التوفيق بين مسؤوليات العمل ومسؤوليات الأسرة لذلك ذهبت منظمة العمل العربية إلى ضرورة دعم عمل المرأة عن طريق اتخاذ بعض الإجراءات التي تسمح لها بتعزيز دورها في العمل عن طريقة توفير خدمات دعم اجتماعي تسمح للمرأة من التوفيق وبفعالية من العمل والأسرة....²

أما المشرع الجزائري فإنه لم يتعرض إلى ظروف العمل التي يجب المساواة خلالها وعدم التمييز بين الرجل والمرأة.

غير أنه لا يعد تمييزا منع الذي أقره المشرع الجزائري بعدم السماح للمرأة العمل فيه كالعامل الليلي المنصوص عليه في المادة 29 من قانون 90-11.

ثانيا:الآليات القانونية المقررة لحماية المبدأ المساواة.

لجأ المشرع الجزائري إلى إحاطة هذا المبدأ بالعديد من النصوص القانونية التي ضمنها أحكام تمثل لا يجوز للمستخدم عليها باعتبارها من النظام العام وإنشاء جهاز رقابي مختصة يضمن الرقابة المستمرة لأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالعمل.

1.الصفة الآمرة لقواعد المقررة لمبدأ المساواة

حيث تعتبر هذه الصفة من أهم الخصائص المميزة لأحكام وقواعد قانون العمل المتعلقة بالنظام العام والتي لا يجوز للمستخدم مخالفتها ولا الاتفاق مع العمال على الإنقاص منها أو تعديلها وتتجلى الصيغة الآمرة لقواعد قانون العمل في أنها.

¹ أمال بطاهر "النظام القانوني لحماية الأجور في القانون الجزائري"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص 23.

² دراسة مقدمة لمنظمة العمل العربية، "نحو مزيد من الإجراءات للنهوض بعمل المرأة" منشورات منظمة العمل العربية 2008، ص 13.

تهدف بصورة أساسية إلى الحماية الطبقة العالية خاصة بعد تراجع الدولة عن التدخل في المجال الاقتصادي وكونها المستخدم الأول.

يترب على مخالفة القواعد الآمرة لقانون العمل البطلان.

أن هذا البطلان لا يترتب ضياع حقوق العامل وإنما تحل محله بقوة القانون أحكام قانون العمل...¹

وهي الصفة التي جاء بها نص المادة 17 ومن القانون 90 - 11 السالف الذكر عبر فيها المشرع الجزائري عن بطلان كل الأحكام الواردة في الاتفاقيات والاتفاقات الجماعية وعقود العمل المبرمة بين العمال والمستخدمين التي تتضمن تمييزا بين العمال المبني على أي أساس كان.

يعتبر هذا الجزء المترتب عن مخالفة الأحكام الآمرة المتضمنة مبدأ المساواة وعدم التمييز وهو الجزء المدني الناتج عن الإخلال بالنظام العام الاجتماعي المتضمن خطوطا حمراء تشكل قيودا على إرادة المستخدم عن إبرام عقود العمل والاتفاقيات والاتفاقات الجماعية تؤدي إلى بطلان هذه الاتفاقات وانعدام أثر أي شرط يتضمن مخالفة لمبدأ المساواة في العمل بين الرجال والنساء.

وقد ذهب الفقه العربي إلى القول بأن البطلان لا يتقرر إذا كانت المخالفة تهدف إلى تقدير مزايا أكثر أو الزيادة في حقوق العمال المقررة قانونا لأنها تكون مشروعة...²

2. الأحكام الجزائية:

لم يكتف المشرع بتقرير البطلان و الضمانات المدنية المقررة عن مخالفة أحكام قانون العمل التي تعتبر من النظام العام بل فرض أيضا عقوبات جزائية ضمن أحكام قانون العمل تسمح بالقول بوجود قانون جنائي خاص توقع عقوباته عند مخالفة لهذه القواعد من اجل ضمان التطبيق السليم لقواعد قانون العمل.

وعمد المشرع الجزائري على فرض عقوبات جزائية متفاوتة الشدة على كل مخالفة لهذه القواعد من اجل ضمان التطبيق العقوبة الجزائية المقررة من الغرامة التي تتكرر حسب عدد المخالفات المرتكبة كما يؤدي اعتياد المستخدم على ارتكاب المخالفات التي تشدد العقوبة.

وقد أورد المشرع الجزائري في الباب الثامن تحت عنوان " الأحكام الجزائية" المخالفات التي تعتبر مساسا بأحكام قانون العمل.

¹ د/جلال مصطفى القرشي، "شرح قانون العمل الجزائري: علاقة العمل الفردية"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1984، ص 26.

² د/هيام محمود زهران، "قانون العمل"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2001، ص 203.

وتضمنت المادة 142 من القانون 11-90 العقوبة الجزائية المقررة لكل مستخدم أقدم على التمييز بين العمال ونتيجة لكن المشرع كيفها على أنها مخالفات بان العقوبة المقررة هي الغرامة التي تتراوح من 2000 دج إلى غاية 10.000 دج في حالة العود أو الحبس لمدة 3 أيام.

3. إنشاء جهاز رقابي :

أنشأ المشرع الجزائري بموجب قانون 03 - 90 جهازا خاص أوكل له المشرع صلاحية مراقبة ومتابعة تطبيق الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بتشريع العمل وهي مفتشية العمل التي خول لها المشرع سلطة متابعة تطبيق الأحكام الآمرة لقانون العمل.

وتمارس مفتشية العمل صلاحيتها من خلال ممثلي العمل الذين يتمتعون بسلطة الدخول إلى أماكن العمل بزيارات في أي وقت من الليل والنهار.

وسلطة القيام بأي تحقيق أو فحص يروونه ضروريا للتحقق من مدى احترام الأحكام التشريعية

كما يمكن الاطلاع على كل الوثائق التي تمسك داخل أماكن العمل.

سلطات مفتش العمل عن طريق تحرير الملاحظات الكتابية أو الإنذارات في حالة مخالفة الأحكام والقواعد المتعلقة بمبدأ المساواة وعدم التمييز بين العمال.

ويقوم المفتش أولا بإنذار المستخدم للكف عن المخالفة والامتنثال للأحكام القانونية خلال مهلة يحددها القانون بثمانية أيام وفقا لما نصت عليه المادة 12 من قانون 90 - 30.

وفي حالة عدم الالتفات إلى الإنذار الموجه له رغم فوات المهلة القانونية يكون مفتش العمل ملزم بإخطار الجهة القضائية المختصة التي تكون ملزمة بالفصل خلال أول جلساتها بحكم قابل للتنفيذ رغم المعارضة والاستئناف

والملاحظ أن المشرع الجزائري يجعل الاختصاص في مثل هذه الدعاوى إلى القسم الاجتماعي التي يتم في دائرة اختصاصها بتنفيذ علاقة العمل وفقا لنص المادة 24 من قانون 90 - 04 .

خاتمة :

إن الأحكام القانونية الواردة في التشريع الجزائري بشأن إعمال مبدأ المساواة وعدم التمييز هي تكريس لتوقيع الجزائر على الاتفاقيات الدولية الصادرة عن منظمة العمل الدولية وحماية للعمال والعاملات.

غير أن هذه الأحكام تحتاج إلى الكثير من التعديل والتحديث حتى يتناسب والظروف الاقتصادية الجديدة المراد من ورائها المراد من ورائها تحقيق التنمية الاقتصادية واجتماعية قادرة على العمل والعتاء والتكيف مع العمل والأسرة وذلك عن طريق تحقيق دعم اجتماعي للمرأة وتحسين فرص التشغيل لها عن طريق إعادة النظر

في التشريع وإنشاء برامج تحسبسية لأصحاب العمل من أجل دفعهم على تشغيل المرأة أسرة بالرجل ذلكم أن ما يعتبر معوقا في نظرهم والمرتبطة بجنسها وميزتها البيولوجية المتمثلة في الإنجاب والتربية والإرضاع وذلك عن طريق إشراك المستخدمين في الوسائل الحماية التي تضعها الدولة مثل : تقريب المرأة في العمل من البيت إنشاء دور حضانة داخل العمل مما يسهل على المرأة مشقة الذهاب إلى بيتها للإرضاع وتستهلك وقت اقل في ذلك كما انه يحفزها أكثر على العمل.

لذلك لا بد من إزالة العوائق التي تمنع المساواة بين المرأة والرجل في العمل ليس فقط في التشغيل وإنما أيضا في الحقوق المادية كتقص التعويضات المقررة للمرأة والتي لا تستفيد منها كتعويض العمل الليلي وللعمل الشاق التي تنعكس سلبا على الأجر وتجعله أقل من اجر الرجل وكذلك المنح التي يستفيد منها الزوج العامل دون الزوجة العاملة.

إضافة إلى عدم المساواة بين الرجل والمرأة العمال في المشاركة في تسيير واتخاذ القرارات الاقتصادية في المؤسسة وعدم المساواة بينها في التمثيل العمالي والنقابي داخل المؤسسة مما يجعل دورها قاصرا في تحقيق التنمية الاقتصادية والحصول عمل لائق.

المراجع :

المؤلفات :

المراجع باللغة العربية :

- أ/أحمية سليمان، " التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري" الجزء 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002
- د/ خالد حمدي عبد الرحمن، "التميز الفتوي عند التعاقد" دار النهضة، القاهرة، 2006 .
- أمال بطاهر " الحماية القانونية للأجر في القانون الجزائري"، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2013.
- جلال مصطفى القريشي، "شرح قانون العمل الجزائري:علاقة العمل الفردية، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، 1984 .
- همام محمود زهران ،"قانون العمل"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001 .

المنشورات باللغة الفرنسية:

ANTOINE MAZEAUD ; « droit du travail » ;Monterchstien ;PARIS 2,2006.

المنشورات باللغة العربية :

- دراسة مقدمة المنظمة العمل العربية بعنوان، " نحو مزيد من الإجراءات للنهوض بعمل المرأة وتحقيق المساواة في العمل، منشورات منظمة العمل العربية 2008

النصوص القانونية:

- القانون رقم 90-03 المتضمن مفتشية العمل الصادر في 06 فبراير 1990 الصادر بالجريدة الرسمية عدد 06
- القانون رقم 04-90 المتعلق بتسوية المنازعات الفردية في العمل الصادر في فبراير 1990 الصادر بالجريدة الرسمية عدده
- القانون رقم 90 -11 المتضمن علاقات العمل الصادر في 21 أبريل 1990، بالجريدة الرسمية عدد 17

أهلية الجنين في التشريع الجزائري و الفقه الإسلامي*
أ. قديري محمد توفيق - أستاذ مساعد قسم ب، جامعة ابن خلدون - تيارت.

الملخص:

للجنين في القانون الجزائري والفقه الإسلامي أهلية وجوب ناقصة تتيح له التمتع بمجموعة من الحقوق التي بشرط أن يولد حيا. هذه الحقوق سواء في القانون الجزائري أو الفقه الإسلامي تتمثل في حق الجنين النسب لأبيه وحقه في الميراث والوصية والهبة والوقف. ومن خلال هذه الأحكام قام المشرع الجزائري بمجموعة من الاختيارات الفقهية المتنوعة في إطار الفقه الإسلامي دون التقييد بمذهب معين.

Résumé:

Dans la Loi Algérienne et le droit musulman, l'enfant conçu a une capacité de jouissance limitée, par laquelle il jouit certains droits à la condition qu'il naisse vivant.

Ces droits, soit en droit musulman ou en la Loi Algérienne, se présentent sur le droit de l'affiliation à son père et, le droit: de succession, le testament, la donation et le Wakf. Et, dans ces dispositions le législateur Algérienne a sélectionné des choix doctrinaux différents dans le contexte du droit musulman sans le respect d'une seule doctrine.

مقدمة:

* تاريخ إيداع المقال: 2015/07/08

تاريخ تحكيم المقال: 2015/12/02

تاريخ مراجعة المقال: 2016/02/09

الأهلية في القانون والفقہ الإسلامي هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات وإبرام التصرفات. وطبقا لهذا التعريف فهي تنقسم إلى قسمين، الأول هو أهلية اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، وتسمى بأهلية الوجوب، والقسم الثاني هو أهلية إبرام التصرفات وتسمى بأهلية الأداء.

وتمتاز أهلية الوجوب فقها وقانونا عن أهلية الأداء في أنها تثبت لأي شخص بغض النظر عن سنه وحالته العقلية فهي مرتبطة بالإنسان كونه إنسانا له شخصية قانونية، ولأجل ذلك يربط كثير من القانونيين بين أهلية الوجوب والشخصية القانونية.

وثبتت أهلية الوجوب لأي إنسان ويزتبط عليه قابليته لاكتساب الحقوق حتى المترتبة عن التصرفات القانونية وتحتاج إلى إرادة معبر عنها حيث يبرمها عنه وليه أو وصيه طبقا لما هو وارد في القانون والفقہ الإسلامي.

وأهلية الوجوب لا تقتصر على الإنسان الحي فقط، بل حتى الجنين اعترف له بأهلية وجوب ناقصة يتمتع بها بالحقوق دون أن يتحمل بالالتزامات، ولكن اختلف في هذه النقطة عن الحقوق التي يتمتع بها الجنين؟ هل يتمتع بكافة أنواع الحقوق التي تؤهلها لها أهلية الوجوب مما يعني أنه يتمتع بشخصية قانونية كاملة؟ أم أنه يستفيد فقط من الحقوق التي لا تحتاج إلى إرادة دون غيرها من الحقوق؟

ومن خلال هذا البحث نحاول الإجابة على هذا السؤال من خلال أحكام القانون الجزائري في ضوء أحكام الفقہ الإسلامي على اعتبار أن الأحكام المتعلقة بالأهلية والحقوق المقررة للجنين وضع معظمها في قانون الأسرة المستمدة أحكامه من الفقہ الإسلامي، وذلك من خلال التطرق إلى حدود أهلية الجنين في القانون الجزائري مع مقارنتها بأحكام الفقہ الإسلامي (المبحث الأول)، ومن ثم نرى الحقوق التي قررها المشرع الجزائري للجنين مقارنين موقفه بموقف الفقہ الإسلامي (المبحث الثاني).

المبحث الأول: أهلية الجنين لاكتساب الحقوق في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي

المطلب الأول: أهلية الجنين لاكتساب الحقوق في القانون الجزائري

المطلب الثاني: موقف الفقہ الإسلامي من أهلية الجنين

المبحث الثاني: الحقوق المقررة للجنين في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي

المطلب الأول: الحقوق التي لا تحتاج إلى قبول

المطلب الثاني: الحقوق التي تحتاج إلى قبول

خاتمة

المبحث الأول: أهلية الجنين لاكتساب الحقوق في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي

تتناول في هذا المبحث موقف القانون الجزائري من أهلية الجنين لاكتساب الحقوق من حيث بيان موقفه من الطبيعة القانونية للجنين هل هو شخصية قانونية تامة أم لا (المطلب الأول) ومن ثم نرى موقف الفقه الإسلامي من أهلية الجنين (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أهلية الجنين لاكتساب الحقوق في القانون الجزائري

عرف موقف المشرع الجزائري بخصوص الشخصية القانونية للجنين وأهليته لاكتساب الحقوق مرحلتين، المرحلة الأولى من خلال الصياغة الأولى للفقرة الثانية من المادة 25 من القانون المدني حين صدوره عام 1975، والمرحلة الثانية بعد تعديل المادة 25 من القانون المدني سنة 2005 بموجب القانون 10-05. وهو ما تناوله كالآتي:

الفرع الأول: الصياغة الأولى للفقرة 2 من المادة 25 من القانون المدني

كانت المادة 25 من القانون المدني الجزائري تنص في فقرتها الأولى أن شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته، بينما في الفقرة الثانية (على أن الجنين يتمتع بالحقوق المدنية بشرط أن يولد حيا). وهذه الفقرة قبل جعلت شراح القانون المهتمين بالقانون المدني الجزائري ينقسمون إلى فريقين، الأول أثبت الشخصية القانونية للجنين، والثاني نفاها عنه.

أولا: الاتجاه المؤيد للشخصية القانونية للجنين

فسر هذا الاتجاه نص الفقرة الثانية من المادة 25 من القانون المدني الجزائري في صياغتها القديمة على أنها اعتراف من المشرع الجزائري للجنين بالشخصية القانونية، ولكنها شخصية قانونية احتمالية لا تصبح يقينية إلا بواقعة ولادته حيا. واستند هذا الرأي على عمومية النص، حيث منح المشرع الجنين الحقوق المدنية دون قيد أو تفرقة بين الحقوق التي لا تحتاج قبولا كالارث والوصية أو تلك التي تحتاج قبولا، كما أنهم استندوا في تأكيد ذلك من خلال نص المشرع في المادة 209 من قانون الأسرة الجزائري على جواز الهبة للجنين بشرط أن يولد حيا والهبة عقد يحتاج إلى قبول.¹

فشخصية الإنسان - حسب هذا الرأي - لا تبدأ منذ واقعة الولادة حسبا يفهم من نص الفقرة الأولى للمادة 25 وإنما منذ ثبوت الحمل²، إلا أن هذه الشخصية القانونية لا تكتمل إلا بعد واقعة الميلاد كما سبق ذكره.

¹ أبو النجا إبراهيم، وجود الشخصية القانونية للشخص الطبيعي في القانون الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، 1987، العدد الرابع (4)، ص 971

² شيباني سمير، مركز الجنين في القانون المدني الجزائري والفقه، مذكرة ماجستير في الحقوق تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة بومرداس، 2005، ص 59

وقد أثنى أنصار هذا الرأي على المشرع الجزائري توجهه هذا كما عابوا على بعض الشراح الآخرين قوالم أن المشرع الجزائري مثل المشرع المصري لم يقر الحقوق جميعا للجنين على اعتبار أن المشرع المصري لم ينص على صحة الهبة للجنين مثل المشرع الجزائري كما أكد انتقاده للمشرع المصري لذات السبب.¹

وقد جسد قضاء المجلس الأعلى - المحكمة العليا الجزائرية حاليا- هذا التوجه بموجب القرار رقم 35511 الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 1984/10/10 والذي بموجبه نقض المجلس الأعلى آنذاك (المحكمة العليا حاليا) قرار مجلس قضاء الجلفة الذي أيد حكم محكمة الدرجة الأولى برفض طلب الطاعنة في استحقاق ابنها للتعويض عن وفاة أبيه على اعتبار أنه كان وقت الوفاة جنينا لا يتمتع بالحقوق التي تثبت للشخصية القانونية، فجاء قرار المجلس الأعلى ليقر أن الجنين يتمتع بالحقوق المدنية وله أهلية الوجوب لاكتساب الحقوق التي تحدث وقائعها وهو حمل وتثبت له هذه الحقوق بولادته حيا، وما دام ابن الطاعنة كان وقت وفاة أبيه حملا وولد حيا فإنه يستحق تعويضا عن وفاة أبيه.²

ثانيا: الاتجاه الراض لتمتع الجنين بالشخصية القانونية:

ويرى هذا الاتجاه أنه لا يمكن الحديث عن شخصية قانونية للجنين لأن شخصية الإنسان لا توجد قبل تحقق ولادته حيا. ويرى هذا الاتجاه أن هدف المشرع من نص الفقرة 2 للمادة 25 من القانون المدني ليس الاعتراف بشخصية قانونية للجنين وإنما إعطاء إمكانية اكتساب حقوق عندما يصبح شخصا قانونيا بعد ولادته حيا.³ حيث يرى هذا التوجه أن الجنين هو وضع استثنائي يجتمل الاكتمال تماما كما يجتمل الزوال، لذلك قرر المشرع أن يحفظ له بعض الحقوق التي لا تحتاج إلى وجود إرادة معبر عنها، وحتى هذه الحقوق لم يمكن منها أحدا وإنما جعلها موقوفة لا يقرب منها أحد ولا يتصرف فيها أحد حتى يولد حيا فتصبح ملكيته لها ثابتة ويتصرف نيابة عنه فيها وليه أو وصيه أو المقدم حسب الأحوال.⁴

الفرع الثاني: بعد تعديل الفقرة 2 من المادة 25 من القانون المدني سنة 2005

قام المشرع الجزائري سنة 2005 بتعديل القانون المدني بموجب القانون رقم (10-05) المؤرخ في 20/06/2005، ومن بين المواد التي طالها التعديل كانت المادة 25، حيث قام المشرع بموجب هذا التعديل بإعادة صياغة الفقرة 2 من المادة 25 وجعلها على النحو التالي: (على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد

¹ أبو النجا إبراهيم، المقال السابق، ص 965

² القرار رقم 35511 الصادر عن الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى بتاريخ 1984/10/10، المجلة القضائية للمحكمة العليا، 1989، العدد الأول، ص 53، نقلا عن موسوعة الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، إشراف سايس جبال، منشورات كليك، الجزائر، ط 1، 2013، ج 1، ص 288، رقم تصنيف القرار [146]

³ سمير شيباني، المرجع السابق، ص 49

⁴ فيلالي علي، تعليق على قرار قضائي بشأن حق الجنين في التعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء وفاة والده طبقا للمادة 25-2 مدني، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 2001، العدد 4، ص 159

حيا). وبذلك يكون المشرع قد أزال اللبس الذي كان في السابق وأقر بالطبيعة الاستثنائية للجنين، حيث أقر له بالشخصية القانونية التي تجعله صالحا لاكتساب الحقوق المحددة قانونا، ولكن جعلها شخصية احتمالية، حيث لا تستقر له الحقوق إلا إذا ولد حيا.¹

المطلب الثاني: موقف الفقه الإسلامي من أهلية الجنين

نظر علماء الفقه الإسلامي إلى الجنين من زاويتين، الزاوية الأولى كونه جزءا من أمه لم ينفصل عنها بعد، وهو على هذا الاعتبار معدوم الشخصية ولا أهلية وجوب على الإطلاق، فلا يجب له ولا عليه شيء من الحقوق والالتزامات.²

أما الزاوية الثانية التي ينظر منها إلى الجنين فهي اعتباره نفسا مستقلة عن أمه معدا أن يكون له كيانه الخاص وشخصيته الكاملة لو ولد حيا، وهو على هذا الاعتبار أهل لوجوب الحق له و/أو عليه.³

وبالجمع بين النظرتين يقول الفقهاء بثبوت أهلية وجوب للجنين ولكنها أهلية وجوب ناقصة تسمح له باكتساب بعض الحقوق دون أن تحمله أي نوع كان من الواجبات.⁴

والحقوق التي تثبت للجنين عند الفقهاء هي تلك الحقوق التي لا تحتاج منه إلى قول أو فعل وهي النسب والميراث والوصية والوقف.⁵

وأما الهبة فهي لدى الجمهور غير جائزة للجنين ما عدا المالكية. وهو ما سنفصله في المبحث الثاني.

المبحث الثاني: الحقوق المقررة للجنين في القانون الجزائري والفقه الإسلامي

نتناول فيما يلي طائفة الحقوق التي أقرها القانون الجزائري والفقه الإسلامي للجنين تبعا لاعترافهم له بالشخصية الاستثنائية وقابليته لاكتساب أنواع محددة من الحقوق، حيث نسجل في هذا الصدد أن المشرع الجزائري أقر

¹ زعلاني عبد المجيد، المدخل لدراسة القانون النظرية العامة للحق، دون دار نشر، الطبعة الثانية، 2009، ص86؛ محمد سعيد جعفر، مدخل إلى العلوم القانونية، الجزء الثاني دروس في نظرية الحق، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، 2011، ص294
² خالد محمد صالح، أحكام الحمل في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة بقانون الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر- والبرمجيات، مصر، د.ط، 2011، ص87

³ بوشمة خالد، نظرية الشخصية في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، ص141

⁴ مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم للنشر والتوزيع، دمشق- سوريا، ط2، 2004، ج2، ص791؛

⁵ علي الحنيف، الحق والذمة وتأثير الموت فيها وبحوث أخرى، دار الفكر العربي، القاهرة- مصر،

للمحمل مجموعة من الحقوق دون تفرقة بين الحقوق التي تحتاج إلى قبول من مكتسبها أم لا، فالمهم هو النص على ذلك.¹

وهذه الحقوق تتمثل أساسا في حق الجنين في ثبوت نسبه من أبيه، ونصيبه في تركته من مورثه وكذا فيما يوصى له به وما يوقف عليه، وهو ما نبينه تباعا مع بيان موقف الفقه الإسلامي والاختيار الفقهي للمشرع الجزائري.

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن المشرع الجزائري لا يفرق بين الجنين العادي، والجنين الناتج عن عملية التلقيح الاصطناعي إذا احترمت الشروط التي أقرها المشرع في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة² والتي تقتضي أن يكون الزواج شرعيا وأن يتم التلقيح برضا الزوجين وحال حياتها وأن تتم بمني الزوج وبويضة من رحم الزوجة ومنع استخدام الأم البديلة، وهي الضوابط المقررة في الفقه الإسلامي.³

المطلب الأول: حق الجنين في ثبوت نسبه لأبيه

تطرق المشرع الجزائري لموضوع النسب في قانون الأسرة ضمن الأحكام الخاصة بآثار الزواج على اعتبار الحمل والولادة أثر من آثار الزواج. وذلك في المواد من 40 إلى 46، حيث حدد طرق ثبوت النسب في الزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من نفس القانون والخاصة بالزواج الفاسد والباطل.⁴

ونفرق هنا بين ثبوت النسب حال قيام الرابطة الزوجية، حيث ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة وقد حددت المدة الأدنى للحمل بستة (6) أشهر.⁵ وبين ثبوت النسب بعد وفاة الأب أو انفصال الزوجين، حيث ينسب الولد لأبيه متى وضع الحمل خلال عشرة (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة باعتبارها أقصى مدة للحمل.⁶

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد أخذ بقول الجمهور من المالكية والحنابلة والشافعية الذين يقررون أنه لثبوت نسب الجنين لأبيه لا بد من وجود العقد وإمكان الوطاء وعدم استحالتة، على خلاف الأحناف الذين يرون

¹ محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 290

² أضيفت هذه المادة بمناسبة تعديل قانون الأسرة سنة 2005 بموجب الأمر 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 وقد اكتفى المشرع الجزائري بمادة واحدة وكان أخرى به التفصيل أكثر في نقطة حساسة كهذه.

³ خالد محمد صالح، المرجع السابق، ص 328

⁴ المادة 40 فقرة 1 من قانون الأسرة الجزائري.

⁵ المادتان 41 و42 من قانون الأسرة الجزائري

⁶ المادة 43 من قانون الأسرة الجزائري

أن مجرد العقد بين الزوجين يكفي سببا لشبوت النسب بغض النظر عن إمكان اللقاء وخلاف قول ابن تيمية وابن القيم والإمام أحمد والذين يقولون بوجود تحقق الوطء حتى ينسب الولد لأبيه.¹

وبخصوص الجنين الناتج عن عملية التلقيح الاصطناعي فإنه إن طبقت الشروط المذكورة في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة فإن النسب ثابت للجنين لأبيه ما لم يثبت حدوث خطأ من أي نوع.

المطلب الثاني: حق الجنين في تركة مورثه

أثبتت المشرع الجزائري للجنين حقه في الميراث حيث جاء في المادة 128 من قانون الأسرة أنه يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة، وأضاف في المادة 134 أن الحمل لا يرث إلا إذا ولد حيا، ويعتبر كذلك إذا استهل صارخا أو ظهر منه علامة تدل على حياته، كأن يتحرك أو ينتفض أو يتنفس ولو بصعوبة. والمشرع الجزائري بذلك إنما يعبر عن شروط ميراث الحمل وإن بصيغة غير واضحة، وهذه الشروط هي:

- أن يكون الجنين موجودا ساعة وفاة مورثه، فإن كان المورث هو أب الجنين، فيفرق بين حالة وفاته والعلاقة الزوجية قائمة فهنا ينسب له ويرث متى ولد لأقصى- مدة الحمل وهي عشرة أشهر، أما إن كان قد حصل بينها طلاق، فلا بد أن يولد قبل 10 أشهر من وقوع الطلاق حتى يثبت له الميراث. أما إن كان المورث غير أب الجنين، فلا بد أن يولد لأقل مدة الحمل حتى يثبت وجوده ساعة وفاة المورث، لأنه لو ولد بعد أكثر من أقل مدة الحمل لاحتمل أنه لم يكن موجودا ساعة موت مورثه.²

- أن تثبت ولادته حيا، وفي هذه المسألة أخذ المشرع الجزائري بقول الجمهور المالكية والشافعية والحنابلة الذين يشترطون أن يولد المولود كله حيا ويدل على ذلك صراخه أو عطاسه، أما لدى الأحناف فيثبت للشخص الميراث ولو ولد جزء منه أو بعضه.³ واختيار المشرع الجزائري لقول الجمهور أفضل وأسلم من حيث كونه حاسما للمنازعة وأيسر من حيث الإثبات.⁴

¹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر للطباعة والنشر- والتوزيع، دمشق سوريا، ط2، 1985، ج6، ص683؛ عبد الكريم زيدان،

المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة للطبع والنشر والتوزيع، ط1، 1994، ص326

² وهبة الزحيلي، نفس المرجع، ج8، ص412؛ بوشمة خالد، المرجع السابق، ص 143

³ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية لدولة الكويت، الموسوعة الفقهية، طباعة ذات السلاسل- الكويت، ط2، 1984، ج3، ص66

⁴ محمد سعيد جعفر، المرجع السابق، ص302

وبخصوص تقسيم التركة التي يوجد فيها حمل فقد نص المشرع الجزائري على أن يوقف للحمل من التركة الأكثر من حظ ابن واحد أو بنت واحدة إذا كان الحمل يشارك الورثة أو يحجبهم بحسب نقصان، فإن كان يحجبهم حجب حرمان يوقف الكل ولا تقسم التركة إلى أن تضع الحامل حملها.¹

فإن ادعت المرأة الحمل وكذبها الورثة تعرض على أهل المعرفة مع مراعاة أحكام المادة 43 من قانون الأسرة والتي تحدد أدنى وأقصى مدة الحمل.²

والمشرع الجزائري في ذلك أخذ برأي الحنفية والحنابلة وقول للشافعية حيث يرون بتقسيم التركة إذا أزداد الورثة ذلك، بينما يرى المالكية والقول الثاني للشافعية وقف التركة حتى تضع المرأة حملها ويتبين حاله. وفي طريقة التقسيم أخذ المشرع بقول الحنفية (أن يوقف له نصيب شخص واحد ذكراً أو أنثى أيها أوفر له) لا بقول الحنابلة الذين يقولون أن يوقف له نصيب توأم.³

المطلب الثالث: حق الجنين فيما يتبرع له به

تتمثل التبرعات في القانون الجزائري في الوصية والهبة والوقف.

الفرع الأول: حق الجنين في الوصية له:

جاء في المادة 187 من قانون الأسرة الجزائري أنه تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حياً، وإذا ولد الحمل توأم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس.

ومن خلال هذه المادة يكون المشرع الجزائري قد تبنى قول المالكية الذين يجيزون وصية لمن سيوجد من غير توقف على ثبوت وجوده لحظة إنشاء الوصية، بينما يشترط الجمهور (أحناف وشافعية وحنابلة) ثبوت وجود الجنين بطن أمه ساعة إنشاء الوصية وذلك بأن يولد لأقل مدة الحمل بعد إبرام الوصية.⁴

الفرع الثاني: حق الجنين فيما يوقف عليه:

قبل أن يصدر قانون الأوقاف الحالي بالقانون رقم 91-10 المؤرخ في 27/04/1991 يتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم.¹ كان المشرع الجزائري ينظم أحكام الوقف ضمن قانون الأسرة في المواد (213-220)، وورد في هذه المواد نص صريح بتطبيق أحكام الهبة المتعلقة بالواهب والموهوب على الواقف والموقوف له.²

¹ المادة 173 من قانون الأسرة الجزائري

² المادة 174 من قانون الأسرة الجزائري

³ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية لدولة الكويت، المرجع السابق، ج 18، ص 146

⁴ علي الحنيف، المرجع السابق، ص 374؛ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية لدولة الكويت، المرجع السابق، ج 18، ص 147؛ وهبة الزحيلي،

المرجع السابق، ج 8، ص 32

وعليه، فالمشرع الجزائري كان يجيز الوقف لصالح الجنين بشرط ولادته حيا، ويتولى النائب الشرعي عن المولود تلقي نصيبه من غلة الوقف.

وسنة 1991 نظم المشرع الجزائري الوقف بالقانون المذكور أعلاه، وألغى ضميا النصوص المتعلقة بالوقف في قانون الأسرة. وبخصوص صحة الوقف على الجنين في هذا القانون نميز بين مرحلتين:

- **مرحلة ما بعد صدور القانون 10-91 وقبل تعديله سنة 2002 بالقانون 10-02:** في هذه المرحلة كان قانون الأوقاف ينظم نوعين من الوقف، العام (الخيري) والخاص (الذري)، هذا الأخير هو ما يقفه الواقف على الأشخاص الطبيعيين. وبالرجوع إلى الشروط المتعلقة بالموقوف عليه نجد المادة 13 تنص على أن الموقوف عليه هو الجهة التي يحددها الواقف في عقد الوقف ويكون شخصا معلوما طبيعيا أو معنويا. والشخص الطبيعي يتوقف استحقاقه للوقف على وجوده وقبوله.

ومن خلال عبارة (يتوقف استحقاقه) يتضح أن الوجود والقبول شرط للاستحقاق لا للإنشاء فيمكن حينئذ أن ينشأ الوقف ويكون أحد الموقوف عليهم جنينا في بطن أمه، ويحفظ له نصيبه من غلة الوقف، فإذا ولد حيا استحق الغلة وحازها نيابة عنه وليه. وإذا ولد ميتا أو أجمضت به أمه، وزعت الغلة الموقوفة على بقية المستحقين.

- **مرحلة ما بعد القانون 10-02:** بموجب القانون 10-02 المعدل لقانون الأوقاف ألغى المشرع الجزائري المواد المتعلقة بالوقف الخيري، وأصبحت المادة الأولى تنص على أن القانون 10-91 خاص بالأوقاف العامة، وأضيفت الفقرة 2 التي جاء فيها أنه يخضع الوقف الخاص للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.³

وهو ما يعني إما العودة لأحكام قانون الأسرة التي تجيز الوقف على الجنين، وإما تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية المحال عليها من قبل قانون الأوقاف فيما لم يرد به نص في القانون، حيث اختلفت المذاهب في هذه المسألة على قولين، الأول للحنفية والمالكية ويرون صحة الوقف على الجنين، رغم خلافهما حول بدأ استحقاق غلة الوقف حيث يرى الحنفية أنه لا حق للجنين في الغلة حتى يولد حيا، بينما يرى المالكية أن يجز للجنين نصيبه من الغلة حتى يولد حيا فيأخذه أو يموت فتعود الغلة لبقية المستحقين.⁴

¹ الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 21 لسنة 1991، وقد عدل هذا القانون في مناسبتين، الأولى بموجب القانون 07-01 المؤرخ في 2001/05/22 (ج.ر. رقم 29 لسنة 2001) والقانون 10-02 المؤرخ في 2002/12/14 (ج.ر. رقم 83 لسنة 2002).

² المادة 215 من قانون الأسرة الجزائري.

³ المادة الأولى من القانون 10-91 المعدلة والمتممة بموجب القانون 10-02 المؤرخ في 2002/12/14 سالف الذكر.

⁴ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج8، ص190

والقول الثاني هو للشافعية والحنابلة فيرون عدم صحة الوقف على الجنين، لأن من شروط الموقوف عليه عندهم إمكانية التملك والجنين ليس أهلا للتملك.¹

الفرع الثالث: حق الجنين في ما يوهب له:

نصت المادة 207 من قانون الأسرة على أنه تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا. ويجوز الهبة بالنيابة عنه نائبه الشرعي.² وفي هذه المسألة تبنى المشرع الجزائري رأي المالكية، حيث اتفقت المذاهب الثلاثة الحنفية والشافعية والحنابلة على عدم جواز الهبة للجنين لأنه غير أهلك للتملك، أما المالكية فلم يفرقوا بين الهبة والوقف فشروط الموهوب له هي ذاتها شروط الموقوف عليه.³

وقد يعود الخلاف بين المذاهب في هذه المسألة إلى اختلافهم حول اشتراط حيابة الشيء الموهوب له (القبض) لانتقال الملكية، فالمذاهب الثلاثة الحنفية والشافعية والحنابلة يرون أن الملكية في الهبة لا تنتقل إلا بحياة الموهوب له الشيء الموهوب، أما المالكية فلا يرون الحياة شرطاً لانتقال الملكية، قياساً على البيع.⁴ فإن ولد الجنين حيا كان الشيء الموهوب ملكه، أما إن مات فيرد الشيء الموهوب للواهب.

خاتمة:

من خلال هذا البحث الموجز بينا المركز القانوني للجنين في القانون الجزائري من خلال الطبيعة القانونية له والحقوق المقررة له، مع تبيين موقف الفقه الإسلامي من هذه المسائل ومعرفة الاختيار الفقهي للمشرع الجزائري.

وقد توصلنا إلى أن المشرع قد اعتبر الجنين شخصية قانونية احتمالية، تتمتع بذمة مالية وأهلية وجوب ناقصتين، أو نسبيتين، تتيح له فرصة اكتساب طائفة من الحقوق التي لا تحتاج منه للتعبير عن الإرادة إنشائها، على أن تبقى هذه الحقوق معلقة على شرط واقف هو تمام ولادته حيا.

وقد تبين لنا أن المشرع لم يثبت على مذهب فقهي معين، وإنما كان يأخذ بقول الجمهور تارة، مثلما فعل في شروط نسبة الجنين لأبيه، وتارة أخرى يخالف الجمهور ويأخذ برأي مذهب منفرد كما فعل في مسألة الهبة للجنين.

قائمة المراجع:

أولا: الكتب:

¹ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية لدولة الكويت، المرجع السابق، ج44، ص142

² المادة 210 فقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري

³ خالد محمد صالح، المرجع السابق، ص222

⁴ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية لدولة الكويت، المرجع السابق، ج18، ص148؛ ج32، ص279؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج5، ص20

- 1- خالد محمد صالح، أحكام الحمل في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة بقانون الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، د.ط، 2011
 - 2- زعلاني عبد المجيد، المدخل لدراسة القانون النظرية العامة للحق، دون دار نشر، الطبعة الثانية، 2009
 - 3- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة للطبع والنشر والتوزيع، ط1، 1994
 - 4- علي الخفيف، الحق والذمة وتأثير الموت فيها وبحوث أخرى، دار الفكر العربي، القاهرة- مصر
 - 5- محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الجزء الثاني دروس في نظرية الحق، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، 2011
 - 6- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم للنشر والتوزيع، دمشق- سوريا، ط2، 2004
 - 7- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية لدولة الكويت، الموسوعة الفقهية، طباعة ذات السلاسل- الكويت، ط2، 1984
 - 8- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق سوريا، ط2، 1985
- ثانيا: المذكرات والرسائل العلمية:**
- 9- بوشمة خالد، نظرية الشخصية في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص أصول الفقه، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر
 - 10- شهباني سمير، مركز الجنين في القانون المدني الجزائري والفقه، مذكرة ماجستير في الحقوق تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة بومرداس، 2005
- ثالثا: المقالات:**
- 11- أبو النجا إبراهيم، وجود الشخصية القانونية للشخص الطبيعي في القانون الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية، 1987، العدد 4
 - 12- فيلاي علي، تعليق على قرار قضائي بشأن حق الجنين في التعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء وفاة والده طبقا للمادة 2-25 مدني، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 2001، العدد 4
- رابعا: النصوص القانونية:**
- 13- الأمر 58-75 المؤرخ في 1975/09/28 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم
 - 14- القانون 84-11 المؤرخ في 1984/06/09 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم
 - 15- القانون 91-10 المؤرخ في 1991/04/27 يتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم
- رابعا: قرارات المحكمة العليا:**
- 16- موسوعة الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني، إشراف سايس جمال، منشورات كليك، الجزائر، ط1، 2013.

التنظيم القانوني للتراخيص الإجبارية لاستغلال اختراع صيدلاني*
 المر سهام - أستاذ مساعد قسم أ /-جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان-

ملخص:

إن الالتزام بتوفير المواد الصيدلانية بصفة عامة، والدواء بصفة خاصة يعتبر من أهم الالتزامات الملقاة على عاتق الدولة، غير أن براءة الاختراع قد تعيق مسار الدولة في توفير الأدوية، لذلك تبنت جل التشريعات منها الجزائري والفرنسي مسيرين في ذلك اتفاقية التريس TRIPS الترخيص الإجباري والذي هو وسيلة قانونية لاستغلال اختراع صيدلاني محمي ببراءة اختراع، خارج نطاق إرادة مالك البراءة، وذلك في حالات محددة تتمثل في حالة عدم استغلال أو نقص في استغلال الاختراع وكذلك في حالة المنفعة العامة والتي تكون لدواعي المصلحة العامة أو الأمن الوطني وخاصة عند ارتفاع سعر المواد الصيدلانية، وكذلك لضرورات تنمية الاقتصاد الوطني، ويقصد احتضان حالة الطوارئ، وكذلك بقصد القضاء على الممارسات المضادة للمنافسة.

Résumé :

L'obligation de procurer les produits pharmaceutiques en général, et du médicament de façon particulière, est considérée parmi les obligations dont l'état devrait en assumer la

* تاريخ إيداع المقال: 2015/07/06

تاريخ تحكيم المقال: 2015/12/02

charge. Cependant, le brevet d'invention pourrait ralentir le processus de l'état quant à la disponibilité du médicament. Raison pour laquelle, l'ensemble des législations y comprises algérienne et français ont opté pour deux processus dans le cadre de la convention TRIPS.

La licence obligatoire qui est un outil juridique pour l'exploitation d'une invention pharmaceutique protégée d'un brevet d'invention hors du domaine de la volonté du propriétaire du brevet. Ceci, bien évidemment dans des cas restreints qui se limitent à la non exploitation ou au manque d'exploitation de l'invention mais également en cas d'intérêt public et de sécurité nationale et plus particulièrement lors de l'augmentation des prix des produits pharmaceutiques, mais également pour la nécessité de développer l'économie nationale en cas d'état d'urgence ou afin de lutter contre la concurrence déloyale.

مقدمة:

إن عملية إنتاج المواد الصيدلانية¹ تعتبر من العمليات التي من شأنها تلبية حاجات أساسية ومطالب ضرورية لا غنى عنها، فالالتزام بتوفير الدواء للمرضى يعتبر من أهم الالتزامات الملقاة على عاتق الدولة، حيث تتميز صناعة الدواء والمواد الصيدلانية بصفة عامة، بأنها صناعة تقوم على البحث العلمي والتطوير المستمر، والابتكار، وعليه فهي تخضع لحماية خاصة تنقرر من خلال إقرار براءة الاختراع للشركة المنتجة²، حيث أن براءة الاختراع تحمي نتائج البحث الإيجابية التي يتوصل إليها الباحثون والشركات المنتجة للمواد الصيدلانية، كما أنها تعد دليلا على أن الدواء المحمي بها (براءة الاختراع) يعد إضافة جديدة³ ومبتكرة⁴ للأدوية الموجودة من

¹ عرف المشرع الجزائري المواد الصيدلانية بموجب المواد 169-170-171 من القانون رقم 85-05 المؤرخ في 26 جادى الأولى عام 1405 الموافق ل 16 فبراير سنة 1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر.ع. 08 المؤرخة في 17 فيفري 1985، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 13-08 المؤرخ في 17 رجب عام 1420 الموافق ل 20 يوليو سنة 2008 ج.ر.ع. 44 المؤرخة في 03 غشت سنة 2008.

كما عرف المشرع الفرنسي الأدوية الخاصة بالإنسان بموجب المادة 5111 وكذلك المادة 5141 من قانون الصحة العامة الفرنسي المعدل والمتمم http://www.legisfrance.gouv.fr/waspad/un_code%3f_code%3DSANPUNL.RU

² إن براءة الاختراع من شأنها أن تمنح للشركة مالكة البراءة حق حصري في استغلال الاختراع الدوائي، والتي من شأنها ضمان كل خسائر و تكاليف البحث المكلفة التي تتطلب أجل طويل لطرح المنتج الدوائي في الأسواق. راجع في هذا الإطار:

Marie Catherine Chemtob Concé (maitre de conférences) Réflexion sur l'extension du terme de brevet : Europe, Etat- Unis, Japon, revue de médecine et droit, n 98-99, septembre, décembre, p. 146.

³ فالمقصود بالجديدة أو الجدة هو وجوب أن يكون الاختراع جديدا وغير متاح للمجتمع، قبل تاريخ التقدم بطلب البراءة وهو ما يعرف بـ: Application date، فالخترع إما يستحق براءة الاختراع فقط عن ابتكاره شيئا جديدا لم يسبقه إليه أحد.

انظر: بريهان أبو زيد، الحماية القانونية للمستحضرات الصيدلانية المتاح والمأمول، دراسة مقارنة بين تشريعات مصر- والاتحاد الأوروبي والولايات المتحدة الأمريكية، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2008، ص 51.

⁴ أما الابتكارية، فيقصد بها أن يمثل الاختراع تطورا حقيقيا للفن الصناعي السابق، بحيث يكون خطوة ابتكارية في نظر الشخص المتخصص في ذات الصناعة، انظر، بريهان أبو زيد، المرجع السابق، ص 75.

قبل، فتنكييف منتج دوائي على أنه اختراع¹ يعني حصوله على براءة الاختراع، والتي بقدر ما هي ضمان لحماية الاختراع. بقدر ما تمثل حقا استثنائيا للشركة الدوائية مالكة البراءة باستغلال الاختراع، ولذلك عمدت جل التشريعات مسيطرة في ذلك اتفاقية باريس² وكذلك اتفاقية التريبس³ إلى تنظيم تراخيص استغلال براءة الاختراع، والتي قد تكون تراخيص اختيارية تعاقدية يخول بمقتضاها المالك (مالك البراءة الدوائية) شخصا آخر يسمى المرخص له التمتع بحقه في استغلال الاختراع الدوائي محل البراءة لمدة معينة لقاء مقابل مالي محدد،⁴ أو تراخيص إجبارية والتي تكون في غالب الأحيان عن عدم استطاعة الراغب في استغلال الاختراع المحمي بالبراءة الحصول على ترخيص اختياري من مالك البراءة.

وعليه فإذا كانت براءة الاختراع تلعب دورا مهما في مجال الصناعات الصيدلانية، غير أنه من الممكن أن يتعسف صاحب البراءة في استخدام حقوقه المختلفة الواردة على الاختراع، كعدم منحه لترخيص اختياري باستغلال اختراعه لشخص من الغير، إذن ما هو مفهوم الترخيص الإجباري؟ وما هي الحالات التي بمقتضاها يمكن للدولة إصدار ترخيص إجباري من أجل استغلال اختراع محمي براءة الاختراع محله مواد صيدلانية؟ وللإجابة عن هذه الأسئلة ارتأينا تقسيم دراستنا إلى مبحثين، نتناول في المبحث الأول مفهوم الترخيص الإجباري، وفي المبحث الثاني حالات منح الترخيص الإجباري.

المبحث الأول: مفهوم الترخيص الإجباري

قد يحصل الاختراع الصيدلاني على براءة الاختراع، حيث تحوز بمقتضاها الشركة المخترعة حقا استثنائيا يخولها استغلال هذا المنتج الدوائي، ولكن إذا حدث ولم تقم الشركة الدوائية باستغلال الاختراع، فهنا يجوز للدولة والجهات الحكومية المختصة منح ترخيص إجباري للغير. إذن ما هو المقصود بالترخيص الإجباري في نظر فقهاء الملكية الفكرية، وكذلك ما هو التعريف القانوني له في كل من اتفاقية التريبس والتشريع الجزائري وكذا الفرنسي؟.

¹ فقد تناول المشرع الجزائري الاختراع بالتعريف في إطار الفقرة 01 من المادة 02 من الأمر رقم 07-03 المتعلق ببراءات الاختراع المؤرخ في 19 يوليو 2003، ج ر ع 44 الصادرة في 23 يوليو 2003. حيث نص على أن: "الاختراع: فكرة لمخترع تسمح عمليا بإيجاد حل لمشكل محدد في مجال التقنية".

² اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية المؤرخة في 20 مارس 1883 والمعدلة في بروكسل 14 ديسمبر 1900 وواشنطن 2 يونيو 1911 ولاهاي 06 نوفمبر 1925 ولندن في 02 يونيو 1934 ولشبونة في 31 أكتوبر 1958 واستوكهولم في 14 يوليو 1967 والمنقحة في 02 أكتوبر 1979. انظر الموقع الإلكتروني التالي:

http://www.mawlopon.net/tips_for-innovators/1702

³ اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة في حقوق الملكية الفكرية

http://www.4shared.com/file/LP5hc7uw/_html?

⁴ انظر: نصر أبو الفتوح فريد حسن، حماية حقوق الملكية الفكرية في الصناعات الدوائية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، سنة 2007، ص.400.

المطلب الأول: التعريف الفقهي

لقد حاول الباحثون في الملكية الفكرية، واتفاقية التريبس، وكذلك الباحثون في مجال الحماية القانونية للمواد الصيدلانية وضع تعريف للتريخيص الإجباري، من أهم التعاريف:

- **تعريف الأستاذ محمد بهاء الدين فايز:** "فالتريخيص الإجباري هو قيام الحكومة بفرض استغلال الاختراع المحمي بمعرفة طرف ثالث بدون تفويض أو تصريح أو ترخيص من مالك الاختراع"¹.
والملاحظ أن هذا التعريف جاء عاماً لم يحدد ويضبط حالات التريخيص الإجباري والتي أهمها تعسف مالك البراءة.

- **تعريف الأستاذ برهان أبو زيد:** "هو تفويض من الجهة الوطنية المختصة لشخص طبيعي أو اعتباري، بأن يقوم بإنتاج واستغلال الاختراع دون الحصول على موافقة المخترع صاحب براءة الاختراع"². هذا التعريف كذلك شأنه شأن التعريف السابق ركز على عنصر عدم الحصول على موافقة مالك البراءة، دون إحالة للحالات الأخرى التي يمكن معها التريخيص إجبارياً للغير باستغلال الاختراع.

- **كما عرفه الأستاذ عبد الرحيم عنتر عبد الرحمن بأنه:** "رخصة تمنح من قبل الدولة لطرف ثالث لتصنيع أو استغلال واستخدام المنتج المحمي ببراءة الاختراع أو استخدام الطريقة بدون إذن وفقاً لظروف تراها الدولة، وقد يكون هذا التريخيص للحكومة نفسها"³. وما يؤخذ على هذا التعريف أنه جاء عاماً غير دقيق، كونه قد أحال إلى ظروف وشروط تضعها الدولة دون تحديد لها.

- **كما عرفه الأستاذ نصر أبو الفتوح فريد حسن بأنه:** "تصريح باستغلال اختراع دوائي تمنحه السلطة الحكومية عادة في بعض الحالات الخاصة المنصوص عليها في القانون، وذلك عندما يعجز الراغب في استغلال الاختراع الدوائي المشمول بحماية البراءة الدوائية، على الحصول على ترخيص اختياري من شركة الدواء صاحبة البراءة وطبقاً لشروط خاصة، وتنظيم قانون معين، في مقابل تعويض عادل للشركة صاحبة البراءة، يصدر مع قرار منح التريخيص"⁴.

وعليه هذا التعريف كان أكثر دقة مقارنة مع التعاريف السابقة، حيث جاء متفقاً إلى حد ما مع التعريف الوارد في اتفاقية التريبس وكذلك التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري والفرنسي والذي سنتناوله في المطلب التالي.

¹ محمد بهاء الدين فايز، التوازنات الداخلية في اتفاقية التريبس والفرص والتحديات التي توفرها في حالة الدواء. مشار إليه في نصر- أبو الفتوح فريد حسن، المرجع السابق، ص. 441.

² انظر: برهان أبو زيد، المرجع السابق، ص. 270.

³ انظر، عبد الرحيم عنتر عبد الرحمن، أثر اتفاقية التريبس على الصناعة الدوائية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط. 01، سنة 2009، ص. 133.

⁴ نصر أبو الفتوح فريد حسن، المرجع السابق، ص. 442.

المطلب الثاني: التعريف القانوني للترخيص الإجباري

البحث في التعريف القانوني للترخيص الإجباري يقتضي- الوقوف بداية عند التعريف الذي جاءت به اتفاقية التريبس للترخيص الإجباري كفرع أول، وكذلك تعريف كل من المشرع الجزائري وكذلك الفرنسي كفرع ثاني.

الفرع الأول: تعريف الترخيص الإجباري في اتفاقية التريبس

لم تورد اتفاقية التريبس تعريفا خاصا بالتراخيص الإجبارية، حيث تم عرض حالات وشروط التراخيص الإجبارية في المادة 31 منها تحت عنوان "الاستخدامات الأخرى بدون الحصول على موافقة صاحب الحق"¹. حيث وضعت المادة السالفة الذكر، شروط تفصيلية لمنح الترخيص الإجباري وألزمت الدول الأعضاء باحترام هذه الشروط وتضمينها في قوانينها الوطنية.

الفرع الثاني: تعريف الترخيص الإجباري في التشريع الجزائري والفرنسي

البند الأول: في التشريع الجزائري

لم يعط المشرع الجزائري تعريفا دقيقا للترخيص الإجباري وإنما اكتفى بذكر حالات منع الترخيص الإجباري، حيث نصت المادة 38 من قانون براءات الاختراع رقم 07-03² على ما يلي: "يمكن أي شخص في أي وقت بعد انقضاء أربع (04) سنوات ابتداء من تاريخ إيداع طلب براءة الاختراع أو ثلاث (03) سنوات ابتداء من تاريخ صدور براءة الاختراع، أن يتحصل من المصلحة المختصة³ على رخصة استغلال بسبب عدم استغلال الاختراع أو نقص فيه. لتقدير الأجل المذكور في الفقرة أعلاه، تطبق المصلحة المختصة أقصى الآجال.

لا يمكن منح الرخصة الإجبارية إلا إذا تحققت المصلحة المختصة من عدم الاستغلال أو نقص فيه، ومن عدم وجود ظروف تبرر ذلك".

وعليه يبدو بأن التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري تعريف مرتبط بشروط الترخيص الإجباري، والذي هو كل ترخيص بالاستغلال يمنح لأي شخص سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا من قبل المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية بعد انقضاء أربع سنوات ابتداء من تاريخ إيداع طلب براءة الاختراع أو ثلاث سنوات

¹ «Autres utilisations sans autorisation du détenteur du droit»

² القانون رقم 07-03 المتعلق ببراءات الاختراع، المشار إليه سابقا.

³ فلقد ورد تحديد المصلحة المختصة في إطار الفقرة 03 من المادة 02 من قانون رقم 07-03 المتعلق ببراءات الاختراع والتي هي " المصلحة المختصة: المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية"

ابتداء من تاريخ صدور براءة الاختراع، بسبب نقص أو عدم استغلال الاختراع محل البراءة، وهذا بعد تحقيق يقوم به المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية يثبت حالة النقص أو الانعدام في استغلال الاختراع محل البراءة والذي سببه صاحب البراءة.

البند الثاني: في التشريع الفرنسي

لقد سائر المشرع الفرنسي اتفاقية الترييس في تعريفها للترخيص الإجباري حيث نصت المادة L.613-11 من قانون حماية الملكية الفكرية،¹ على أنه يمكن لكل شخص من أشخاص القانون العام أو الخاص بعد انقضاء أجل ثلاث سنوات من صدور براءة الاختراع أو أربع سنوات تحسب من تاريخ وضع الطلب للحصول على براءة الاختراع، الحصول على ترخيص إجباري لاستغلال الاختراع نظرا لعدم البدء في استغلال الاختراع محل البراءة في إطار دولة عضو في الاتحاد الأوروبي، أو دولة أخرى تدخل في نطاق المنطقة الاقتصادية الأوروبية، أو لأن صاحب البراءة لم يقيم بتسويق المنتج محل البراءة بكمية كافية لتغطية احتياج السوق الفرنسية.

المبحث الثاني: حالات منح الترخيص الإجباري

لقد تناولت اتفاقية الترييس حالات منح الترخيص الإجباري، وكان ذلك في إطار المادة 31 منها² وهي نفس الحالات التي تضمنتها قوانين حماية الملكية الفكرية وبراءة الاختراع في التشريع الجزائري وكذا الفرنسي، وكان الملاحظ في بحثنا أن قوانين الصحة والمتضمنة تنظيم إنتاج وتداول المواد الصيدلانية، لم تنطبق إلى هذه الحالات لذلك سنحاول في هذا المبحث أن نحدد حالات منح الترخيص الإجباري لاستغلال اختراع محمي بالبراءة، محددتين في آن واحد مكانة الترخيص الإجباري لاستغلال منتج صيدلاني ضمن الحالات والتي هي في الأصل محددة في التشريع الجزائري بحالتين تتمثلان في منح الترخيص الإجباري لعدم استغلال الاختراع أو

¹ Art L.613-11 modifié par loi n° 96-1106 du 18 Décembre 1996.art.05 JORF 19 Décembre 1996.

«Toute personne de droit public ou privé peut, à l'expiration d'un délai de trois ans après la délivrance d'un brevet, ou de quatre ans à compter de la date du dépôt de la demande, obtenir une licence obligatoire de ce brevet, dans les conditions prévues aux articles suivants, si au moment de la requête, et sauf excuses légitimes le propriétaire du brevet ou son ayant cause:

a) N'a pas commencé à exploiter ou fait des préparatifs effectifs et sérieux pour exploiter l'invention objet du brevet sur le territoire d'un état membres de la communauté économique européenne ou d'un autre état partie à l'accord sur l'espace économique européen.

b) N'a pas commercialisé le produit objet du brevet en qualité suffisante pour satisfaire au besoin au marché Français »<http://www.legisfrance.gouv.fr>.

² اتفاقية الترييس، المرجع المشار إليه سابقا.

النقص في الاستغلال كحالة أولى والتي سنتناولها في المطلب الأول وكذلك منح الترخيص الإجباري للمنفعة العامة كحالة ثانية سنتناولها في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الترخيص الإجباري لعدم استغلال الاختراع أو النقص في الاستغلال

لقد عالج المشرع الجزائري هذه الحالة بمقتضى- المواد من 38 إلى 48 من الأمر رقم 07-03 المتعلق ببراءات الاختراع،¹ مسيرا في ذلك المشرع الفرنسي والذي تناولها في إطار قانون حماية الملكية الفكرية من المادة 11-L.613 إلى المادة 1-15-613 L.² وكذلك اتفاقية التريس في إطار المادة 31 منها.³

وعليه فإذا كان الترخيص الإجباري يتمثل في الترخيص للغير باستغلال الاختراع موضوع البراءة من دون الموافقة الصريحة أو الضمنية من صاحب البراءة، فإن الهدف من هذا النوع من الترخيص الإجباري هو تفادي الآثار السلبية الناجمة عن عدم الاستغلال أو نقص فيه.

ومن أجل الحصول على ترخيص إجباري لعدم الاستغلال أو نقص فيه يجب إثبات ما يلي:

الفرع الأول: حالة عدم استغلال اختراع موضوع البراءة

لقد حددت المادة 38 الأمر رقم 07-03 والمتعلق ببراءات الاختراع⁴ مدة ثلاث سنوات من تاريخ صدور البراءة أو أربع سنوات من تاريخ إيداع الطلب كمهلة لصاحب البراءة للقيام باستغلال اختراعه، فإذا لم يقم صاحب البراءة باستغلال الاختراع محل البراءة، فإنه يجوز لكل ذي مصلحة توافرت فيه الشروط أن يطلب ترخيصا إجباريا، وهذا بعد تحقق المعهد الوطني للملكية الصناعية من عدم الاستغلال، وهو نفس ما تضمنته المادة 11-613 L. من قانون حماية الملكية الفكرية الفرنسي،⁵ وإن كان المشرع الفرنسي- قد وسع من المجال الجغرافي لتحديد حالة عدم استغلال براءة الاختراع ليس في الإقليم الفرنسي- فقط بل يجوز إثبات عدم استغلالها في إقليم دولة عضو في الاتحاد الأوروبي، أو أي دولة أخرى طرف في اتفاق المنطقة الاقتصادية الأوروبية، وهذا علي خلاف المشرع الجزائري الذي اشترط إثبات عدم تغطية السوق الوطنية فقط، و عليه فإن كل من المشرعين الجزائري والفرنسي قد نظما حالة عدم استغلال الاختراع موضوع البراءة مسالين في ذلك مضمون المادة 4/A/05 من اتفاقية باريس.⁶

¹ الأمر رقم 07-03 و المتعلق ببراءات الاختراع، المشار إليه سابقا.

² قانون حماية الملكية الفكرية الفرنسي، المرجع المشار إليه سابقا.

³ اتفاقية التريس، المرجع نفسه.

⁴ الأمر رقم 07-03 المتعلق ببراءات الاختراع، المشار إليه سابقا.

⁵ قانون حماية الملكية الفكرية الفرنسي، المشار إليه سابقا.

⁶ فقد نصت المادة 4/A/5 على ما يلي:

الفرع الثاني: حالة عدم كفاية الاستغلال لسد حاجات السوق

تناولها المشرع الجزائري بمقتضى المادة 38 من الأمر رقم 07-03 المتعلق ببراءات الاختراع¹ حيث عبر عن هذه الحالة بنقص الاستغلال وإذا كان الإشكال يطرح بشأن تحديد الإطار المكاني والجغرافي الذي يتحدد بناء عليه نقص الاستغلال، فإن المشرع الجزائري ووفقا لنص المادة 48 من نفس الأمر، قد نص على أن الهدف الرئيسي من الترخيص الإجباري لاستغلال اختراع محمي ببراءة الاختراع هو تموين السوق الوطنية، وهو نفس موقف المشرع الفرنسي التي يظهر من خلال المادة L.613-11 من قانون حماية الملكية الفكرية² والذي نص على أن المقصود بنقص الاستغلال هو عدم تسويق المنتج محل براءة الاختراع بكميات كافية لتغطية احتياجات السوق الفرنسية وهذا ما جاء تماشيا مع مضمون المادة 31 فقرة F من اتفاقية التريبس والتي نصت على ما يلي: "يجوز للبلد العضو هذا الاستخدام أساسا لأغراض توفير الاختراع في الأسواق المحلية في ذلك البلد العضو."³

الفرع الثالث: رفض مالك البراءة الترخيص للغير بشروط معقولة

لقد نص المشرع الجزائري على هذه الحالة في إطار المادة 39 من الأمر رقم 07-03 المتعلق ببراءات الاختراع⁴ والذي مفاده أن يثبت طالب الترخيص الإجباري أنه قد قام بتقديم طلب للحصول على ترخيص اختياري لصاحب البراءة، غير أنه لم يتمكن من الحصول منه على رخصة تعاقدية بشروط منصفة تجيز له استغلال

"لا يجوز طلب ترخيص إجباري استنادا إلى عدم الاستغلال أو عدم كفايته قبل انقضاء أربع سنوات من تاريخ إيداع طلب البراءة أو ثلاث سنوات من تاريخ منح البراءة، مع وجوب تطبيق المدة التي تنتضي مؤخرا، ويرفض هذا الترخيص إذا برر مالك البراءة توفقه بأعذار مشروعة، ولا يكون مثل هذا الترخيص الإجباري استثنائي، كما لا يجوز انتقاله حتى وإن كان ذلك في شكل منح ترخيص من الباطن إلا في الجزء من المشروع أو المحل التجاري الذي يستغل هذا الترخيص".

انظر الموقع الإلكتروني التالي: <http://www.mawlopon.net/trips/tips-for-innovators/1702>

¹ الأمر رقم 07-03 و المتعلق ببراءات الاختراع، المشار إليه سابقا

² Article L613-11 Modifié par Loi n°96-1106 du 18 décembre 1996 - art. 5 JORF 19 décembre 1996

« Toute personne de droit public ou privé peut, à l'expiration d'un délai de trois ans après la délivrance d'un brevet, ou de quatre ans à compter de la date du dépôt de la demande, obtenir une licence obligatoire de ce brevet, dans les conditions prévues aux articles suivants, si au moment de la requête, et sauf excuses légitimes le propriétaire du brevet ou son ayant cause :

b) N'a pas commercialisé le produit objet du brevet en quantité suffisante pour satisfaire aux besoins du marché français ».

<http://www.legisfrance.gouv.fr>

³ Article 31 : «Autres Utilisations sans autorisation du détenteur du droit :

Toute utilisation de ce genre sera autorisée principalement pour l'approvisionnement du marché intérieur du membre qui a autorisé cette utilisation»

⁴ الأمر رقم 07-03 المتعلق ببراءات الاختراع، و المشار إليه سابقا.

الاختراع، وهو نفس ما تضمنته المادة L.613-12 من قانون حماية الملكية الفكرية الفرنسي¹ حيث نصت عل أن يقدم طلب الحصول على ترخيص إجباري إلى المحكمة، ويكون هذا الطلب مصحوبا بدليل يثبت أنه لم يتمكن من الحصول على ترخيص تعاقدى اختياري من مالك البراءة بشروط معقولة وجدية.

ما يلاحظ من موقف المشرع الجزائري وكذلك الفرنسي أنه جاء تطبيقا لمضمون الفقرة (B) من المادة 31 من اتفاقية التريبس والتي نصت على ما يلي: "لا يجوز السماح بهذا الاستخدام إلا إذا كان من ينوي الاستخدام قد بذل جهدا قبل ذلك بقصد الحصول على ترخيص من مالك البراءة بأسعار وشروط تجارية معقولة، وأن هذه الجهود لم تكلل بالنجاح في غضون فترة زمنية معقولة..."²

المطلب الثاني: الرخصة الإجبارية للمنفعة العامة

لقد تناول المشرع الجزائري هذه الحالة في إطار القسم الرابع من الباب الخامس المتعلق بانتقال الحقوق من الأمر رقم 07-03 المتعلق ببراءات الاختراع³، حيث نصت المادة 49 منه على ما يلي: "يمكن للوزير المكلف بالملكية الصناعية في أي وقت، منح رخصة إجبارية لمصلحة من مصالح الدولة أو الغير، والذي يتم تعيينه من طرفه لطلب براءة أو براءة اختراع وذلك في إحدى الحالات الآتية:

1. عندما تستدعي المصلحة العامة وخاصة الأمن الوطني، التغذية، الصحة، أو تنمية قطاعات اقتصادية وطنية أخرى، ولاسيما عندما يكون سعر المواد الصيدلانية المحمية بواسطة البراءة مخالفا ومرتفعا بالنسبة للأسعار المتوسطة للسوق.

2. عندما ترى هيئة قضائية أو إدارية أن صاحب البراءة أو من هو مرخص له باستغلالها، يستغل البراءة بطريقة مخالفة للقواعد التنافسية.

وعندما يرى الوزير المكلف بالملكية الصناعية أن استغلال البراءة تطبيقا لهذه الفقرة، يسمح بالعدول عن هذا التصرف".

¹Art L.613-12 : modifié par la loi n°96-1106 du 18 Décembre 1996 – art 7 JORF19 Décembre 1996 : « la demande de licence obligatoire est formée auprès de tribunal de grande instance : elle doit être accompagnée de la justification que le demandeur n'a pu obtenir du propriétaire du brevet une licence d'exploitation et qu'il est en état d'exploiter l'invention de manière sérieuse est effective... » <http://www.legisfrance.gouv.fr>

² اتفاقية التريبس، الموقع الإلكتروني المشار إليه سابقا.

³ الأمر رقم 07-03 و المتعلق ببراءات الاختراع، المشار إليه سابقا

يظهر من قراءة المادة أن المشرع الجزائري قد نظم التراخيص الإجبارية للمنفعة العامة، مبينا حالاتها، وإن كان قد قيد هذا الحق في منح الترخيص الإجباري بشخص الوزير المكلف بالملكية الصناعية، وهذا على خلاف الحالات الأخرى لإصدار التراخيص الإجبارية السابق ذكرها.

أما المشرع الفرنسي فقد نظم التراخيص الإجبارية الخاصة بهذه الحالة تحت عنوان: ضرورة الصحة العامة وكان ذلك بمقتضى المادة L.613-16 المعدلة بمقتضى القانون رقم 2004-1338 المؤرخ في 8 ديسمبر 2004، وكذلك لاحتياجات و تنمية الاقتصاد الفرنسي بمقتضى المادة L.613-18 و المعدلة بمقتضى القانون رقم 96-1106 الصادر في 18 ديسمبر 1996.¹

وعليه فيبدو من خلال ما سبق ذكره أن كل من المشرع الجزائري وكذا الفرنسي- قد حدد حالات يمكن بمقتضاها منح ترخيص إجباري للمنفعة العامة، إذن ما هي هذه الحالات؟

الفرع الأول: لدواعي المصلحة العامة والأمن الوطني خاصة عند ارتفاع سعر المواد الصيدلانية

لقد تناول المشرع الجزائري هذه الحالة، بموجب الفقرة 01 من المادة 49 من الأمر رقم 03-07 المتعلق ببراءات الاختراع،² حيث أجاز المشرع للوزير المكلف بالملكية الصناعية أن يمنح ترخيصا إجباريا لمصلحة من مصالح الدولة أو للغير، إذا استدعت المصلحة العامة وخاصة الأمن الوطني، التغذية والصحة، أو تنمية قطاعات اقتصادية وطنية أخرى، وإذا كنا بصدد ترخيص بإنتاج المواد الصيدلانية محمية ببراءة الاختراع، فقد نص المشرع على إمكانية إصدار ترخيص إجباري، إذا كان سعر المواد الصيدلانية مرتفع مقارنة مع الأسعار المتوسطة في السوق، فظرا للأهمية الحيوية لهذه المواد (الصيدلانية) على القطاعات المختلفة للدولة وآثار أسعارها المرتفعة على ميزانية الدولة، خاصة إذا كانت هذه الأدوية قابلة للتعويض من قبل الضمان الاجتماعي،³ وحتى في الحالة العكسية، فإذا كان سعرها مرتفعا فإن هذا سيؤثر سلبا وسيثير اقتناؤها مشكلا ماديا بالنسبة للمريض المتوسط الدخل خاصة بالنسبة للأدوية المخصصة للأمراض الكثيرة الانتشار، وعليه يكون المشرع الجزائري قد

¹ Article L. 613-18 modifié par la loi n° 93-1106 du 18 Décembre 1996 art 7 JORF 19/12/1996: «Le ministre chargé de la propriété industrielle peut mettre en demeure les propriétaires de brevets d'invention autres que ceux visés à l'article L.613-16 d'en entreprendre l'exploitation de manière à satisfaire aux besoins de l'économie nationale.

S'il a mise en demeure n'a pas été suivie d'effet dans le délai d'un an et si l'absence d'exploitation on l'insuffisance en qualité ou en quantité de l'exploitation entreprise porte gravement préjudice au développement économique et à l'intérêt public, les brevets, objets de la mise en demeure, peuvent être soumis au régime de licence d'office par d'écrit en conseil d'Etat...» <http://www.legisfrance.gouv.fr>

² الأمر رقم 03-07 و المتعلق ببراءات الاختراع، المشار إليه سابقا

³ لقد حدد القرار الصادر عن وزير العمل والضمان الاجتماعي المؤرخ في 19 ديسمبر 2012 قائمة الأدوية المسكنة للألام الأفيونية والمورفينية القابلة للتعويض من قبل الضمان الاجتماعي، وقد حدد الشروط الخاصة بالتعويض ج.ر.ع. 02 المؤرخة في 13 يناير 2013.

فعل حسنا عندما أخضع استغلال البراءات المتعلقة بالمواد الصيدلانية للترخيص الإجباري ليكون بذلك قد سائر مضمون اتفاقية التريس، والتي ألزمت الدول الأعضاء بتقرير الحماية القانونية لكافة الاختراعات سواء تعلق الأمر باختراع الطريقة (طريقة الصنع) أو اختراع المنتج، وذلك عن طريق براءة الاختراع بما في ذلك الاختراعات المتعلقة بالمواد الصيدلانية وخاصة الأدوية وهذا ما تضمنته المادة 31 منها¹ ليكون بذلك المشرع الجزائري قد عدل عن موقفه السابق الذي استثنى المواد الصيدلانية من الحماية، والذي كان بموجب الفقرة 03 من المادة 08 من المرسوم التشريعي رقم 93-17 المؤرخ في 07 ديسمبر سنة 1993 المتعلق بحماية الاختراعات² والتي نصت على ما يلي: "... لا يمكن الحصول قانونا على براءة الاختراع من أجل ما يأتي:

3- المواد الغذائية والصيدلانية والتزيينية والكيميائية ..."

أما المشرع الفرنسي فقد تناول هذه الحالة بمقتضى- المادة 16-613.L من قانون حماية المكتبة الفكرية³ حيث أجازت المادة في حالة عدم التوصل إلى اتفاق ودي مع صاحب البراءة، و لضرورات حماية الصحة العامة، فإنه يجوز للوزير المكلف بالملكية الصناعية بناء على طلب الوزير المكلف بالصحة العامة إصدار تراخيص إجبارية لاستغلال براءة الاختراع التي يكون محلها دواء أو مستلزم طبي، نتيجة عرضها للجمهور بنوعية وكمية غير كافية وبأسعار مرتفعة بشكل غير عقلائي، أو أن هذا الاختراع تم استغلاله بشروط منافية لضرورات الصحة العامة أو ممارسات منافية للمنافسة.

¹ اتفاقية التريس، الموقع الإلكتروني المشار إليه سابقا.

² المرسوم التشريعي رقم 93-17 المؤرخ في 07 ديسمبر 1993 المتعلق بحماية الاختراعات، الصادر في ج.ر.ع. 81 لسنة 1993 الملغى بمقتضى- الأمر رقم 03-07 المتعلق ببراءات الاختراع المؤرخ في 19 يوليو 2003، ج.ر.ع. 44 الصادرة في 23 يوليو 2003.

³ Article L.613-16 modifié par la loi n° 2004-1338 du 8 Décembre 2004 Art.10 JORF 09 décembre 2004 « Si l'intérêt de la santé publique l'exige et à défaut d'accord amiable avec le titulaire du brevet, le ministre chargé de la propriété industrielle peut, sur la demande du ministre chargé de la santé publique, soumettre par arrêté au régime de la licence d'office, dans les conditions prévues à l'article L.613-17, tout brevet délivré pour :

Un médicament, un dispositif médical, un dispositif médical de diagnostic in vitro, un produit – thérapeutique annexe...

Les brevets de ces produits, procédés ou méthodes de diagnostic ne peuvent être soumis au régime de la licence d'office des l'intérêt de la santé publique que lorsque ces produits, ou des produits issus de ces procédés ou ces méthodes sont mis à la disposition du public en quantité ou qualité insuffisantes ou à des prix anormalement élevées , on lorsque le brevet est exploité dans des conditions contraires à l'intérêt de la santé publique ou constitutives de pratiques déclarées

Anticoncurrentielles à la suite d'une décision... » <http://www.legisfrance.gouv.fr>

كما مّد المشرع الفرنسي هذه الحالة إلى خارج إقليم الدولة الفرنسية، حيث أجاز منح ترخيص إجباري لإنتاج المواد الصيدلانية المحمية ببراءة الاختراع لتصديرها لدول تواجه مشاكل في الصحة العامة¹، وهذا استنادا لنص المادة L.613-17 من قانون حماية الملكية الفكرية.²

الفرع الثاني: تنمية الاقتصاد الوطني

لقد تناول المشرع الجزائري هذه الحالة في إطار الترخيص الإجباري للمنفعة العامة بقصد تنمية الاقتصاد الوطني وتطويره، حيث أجاز بمقتضى المادة 49 من الأمر رقم 03-07 المتعلق ببراءات الاختراع³ للوزير المكلف بالملكية الصناعية منح تراخيص إجبارية باستغلال البراءة للمنفعة العامة بقصد تنمية قطاعات اقتصادية وطنية أخرى، وإذا كان اللجوء إلى هذه الحالة من أجل إصدار ترخيص إجباري مستبعد نسبيا بالنسبة للاختراعات الصيدلانية لأن في الجزائر الصناعة الصيدلانية لا تلعب دورا في تنمية الاقتصاد الوطني بقدر ما هي ضرورية لمتطلبات الصحة العامة.

أما في فرنسا فقد أخذ المشرع بهذه الحالة ونظمها بمقتضى المادة L.613-18 من قانون حماية الملكية الفكرية⁴ حيث أجاز للوزير المكلف بالملكية الصناعية بعد إخطار مالك براءة الاختراع باستغلالها، بقصد تلبية احتياجات الاقتصاد الوطني، إذا لم يحدث استغلال خلال ظرف سنة واحدة أو كان الاستغلال غير كاف من الناحية الكمية والنوعية بشكل يمس بالتنمية الاقتصادية والمصلحة العامة، حيث أن هذه الاختراعات يمكن أن تكون محل ترخيص إجباري بمقتضى قرار من قبل مجلس الدولة.

الفرع الثالث: حالة الطوارئ

¹ Caroline Mascret, licences obligatoires de médicaments pour les pays connaissant des problèmes de santé publique : mythe ou réalité juridiques!, revue médecine droit ,septembre-Octobre 2011. N 110 , Elsevier Masson, p.203.

² Article L.613-17-1 : créé par la loi n° 2007-1544 du 27 octobre 2007- art 8 JORF 30 octobre 2007

«La demande d'une licence obligatoire, présentée en application du règlement (CE) n° 816/2006 du parlement Européen et du conseil, du 17 mai 2006, concernant l'octroi de licences obligatoires pour des brevets visant la fabrication de produits pharmaceutiques destinés à l'exportation vers pays connaissant des problèmes de santé publique, est adressé à l'autorité administrative, la licence est délivrée conformément aux conditions déterminées par l'article 10 de ce règlement l'arrêté d'octroi de la licence fixe le montant des redevances dues...»<http://www.legisfrance.gouv.fr>

³ الأمر رقم 03-07 المتعلق ببراءات الاختراع، المشار إليه سابقا

⁴ Article L. 613-18 modifié par la loi n° 93-1106 du 18 Décembre 1996 art 7 JORF 19/12/1996»<http://www.legisfrance.gouv.fr>.

لم يتناول المشرع الجزائري الترخيص الإجباري لحالة الطوارئ صراحة، غير أنه يمكن إدراجها في مفهوم الفقرة الأولى من المادة 49 من الأمر رقم 07-03 المتعلق ببراءات الاختراع¹ تحت مصطلح "المصلحة العامة".

ونظرا لانتشار الأمراض والأوبئة، يجوز للدولة اتخاذ التدابير اللازمة للمحافظة على المصلحة العامة والصحة العامة، حيث تتطلب هذه الأوبئة لاحتضانها ومنع انتشارها، منح تراخيص إجبارية لاستغلال دواء محمي ببراءة الاختراع، دون موافقة صاحب البراءة بهدف التقليل واحتضان الأزمة الصحية.

كما نصت اتفاقية الترس على هذه الحالة بمقتضى الفقرة (B) من المادة 31،² والتي سمحت للدول الأعضاء منح تراخيص إجبارية إذا وجدت حالة من حالات الطوارئ القومية أو أوضاع ملحة، أما المشرع الفرنسي فقد أشار للترخيص الإجباري لحالة الطوارئ في إطار الفقرة الأخيرة من المادة L.613-16 من قانون حماية الملكية الفكرية.³

الفرع الرابع: الممارسات المضادة للمنافسة

إذا كانت الفقرة الأولى من المادة 49 من الأمر رقم 07-03 المتعلق ببراءات الاختراع⁴، هي الأساس القانوني الذي يستند إليه الوزير المكلف بالملكية الصناعية لمنح ترخيص إجباري لإنتاج المواد الصيدلانية المحمية ببراءة الاختراع، نظرا لارتفاع قيمتها بالنسبة للأسعار المتوسطة للسوق، غير أنه إذا تم استغلال براءة الاختراع من طرف صاحبها بطريقة مخالفة لقواعد المنافسة بناء على حكم أو قرار من هيئة قضائية أو إدارية، جاز منح ترخيص إجباري لإنتاج المواد محل البراءة من قبل الوزير المكلف بالملكية الصناعية، إذا رأى أن هذه الرخصة الإجبارية من شأنها إلغاء الممارسات المنافية للمنافسة. وهذا استنادا للفقرة 02 من المادة 49 من نفس القانون والتي جاءت متطابقة مع مضمون الفقرة (K) من المادة 31 من اتفاقية الترس،⁵ وهو نفس ما جاء به المشرع

¹ الأمر رقم 07-03 المتعلق ببراءات الاختراع، المشار إليه سابقا.

² Art 31 : « Autres utilisations sans autorisation du détenteur du droit :.....

K) les membres ne sont pas tenus d'appliquer les conditions énoncées aux alinéas B et F dans les cas ou une telle utilisation est permise pour remédier à une pratique jugé anticoncurrentielle à l'issue d'une protection judiciaire ou administrative.»

³ Art L.613-16 modifié par la loi n° 2004-1338 du 8 Décembre 2004 Art 10 JORF 9 Décembre 2004: «..Lorsque la licence à pour but de remédier à une pratique déclarée anticoncurrentielle ou en cas d'urgence le ministre chargé de la propriété industrielle n'est pas tenu de recharger un accord amiable..»
»<http://www.legisfrance.gouv.fr>

⁴ الأمر رقم 07-03 المتعلق ببراءات الاختراع، المشار إليه سابقا.

⁵ Art 31: «Autres utilisations sans autorisations du détenteur du droit:

K- Les membres ne sont pas tenus d'appliquer les conditions énoncées aux alinéas (b) et (f) dans les cas ou une telle utilisation est permise pour remédier à une pratique jugé anticoncurrentielle à l'issue d'une protection judiciaire on administrative.»

الفرنسي- في إطار المادة L613-16 من قانون حماية الملكية الفكرية¹ والذي أجاز للوزير المكلف بالملكية الصناعية إصدار ترخيص إجباري لاستغلال اختراع محله دواء أو مستلزم طبي أو طريقة تصنيعها...الخ، نتيجة ممارسات منافية للمنافسة بناء على قرار إداري أو قضائي، حيث لا يشترط موافقة مالك البراءة.

خاتمة:

ختاماً لبحثنا هذا نقول أنه إذا كان الهدف من براءة الاختراع في المواد الصيدلانية هو حماية المنتج بحد ذاته، غير أن هذه الحماية يترتب عنها حق استثنائي لمالك البراءة يحوله حق الانتفاع والذي يتمثل في الاستعمال والاستغلال، غير أن صاحب براءة الاختراع قد يتعسف في استعمال حقه، وبغرض مجابهة مثل هذه الحالة تم تنظيم الترخيص الإجباري، والذي يمنح دون موافقة مالك البراءة، حيث يسمح للغير باستغلال الاختراع محل البراءة ولكن إذا توافرت حالة عدم الاستغلال أو نقص فيه، وكذلك لدواعي المنفعة العامة، وإن كان كل من التشريع الجزائري و الفرنسي قد تضمن نصاً خاصاً بالمواد الصيدلانية والذي يعتبر الأصل في إصدار الترخيص الإجباري لاستغلال اختراع محمي ببراءة الاختراع، حيث لا يتم تفعيل الحالات الأخرى إلا حالة عدم توافر شروط الحالة الأصل أي عند عدم ارتفاع أسعار المواد الصيدلانية، ففي هذه الحالة يمكن الاستناد إلى الحالات الأخرى بقصد إصدار ترخيص إجباري.

كما لاحظنا من خلال الدراسة أن جميع المواد المستعان بها في بحثنا سواء على مستوى التشريع الجزائري أو الفرنسي هي من قوانين الملكية الفكرية، بينما الأجدر تنظيم مسألة التراخيص الإجبارية المرتبطة بالمواد الصيدلانية في نطاق قوانين الصحة العامة .

قائمة المصادر و المراجع:

أ.قائمة المصادر:

1. في التشريع الجزائري:

¹ Art 613-16 modifié par la loi n° 2004-1338 du 8 Décembre 2004 art 10 JORF 9 Décembre 2004: «Les brevets de ces produits, procédés ou méthodes de diagnostic ne peuvent être soumis au régime de la licence d'office des l'intérêt de la santé publique que lorsque ces produits, ou des produits issus de ces procédés ou ces méthodes sont mis à la disposition du public en quantité ou qualité insuffisantes ou à des prix anormalement élevées , on lorsque le brevet est exploité dans des conditions contraires à l'intérêt de la santé publique ou constitutives de pratiques déclarées Anticoncurrentielles à la suite d'une décision... »
»<http://www.legisfrance.gouv.fr>

-القانون رقم 85-05 المؤرخ في 26 جادى الأولى عام 1405 الموافق ل 16 فبراير سنة 1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها، ج.ر.ع. 08 المؤرخة في 17 فيفري 1985، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 08-13 المؤرخ 17 رجب عام 1420 الموافق ل 20 يوليو سنة 2008 ج.ر.ع. 44 المؤرخة في 03 غشت سنة 2008.

- المرسوم التشريعي رقم 93-17 المؤرخ في 07 ديسمبر 1993 المتعلق بحماية الاختراعات، الصادر في ج.ر.ع. 81 لسنة 1993 الملغى بمقتضى الأمر رقم 03-07 المتعلق ببراءات الاختراع المؤرخ في 19 يوليو 2003، ج.ر.ع. 44. الصادر في 23 يوليو 2003.

-القرار الصادر عن وزير العمل والضمان الاجتماعي المؤرخ في 19 ديسمبر 2012 قائمة الأدوية المسكنة للآلام الأفيونية والمورفينية القابلة للتعويض من قبل الضمان الاجتماعي، وقد حدد الشروط الخاصة بالتعويض ج.ر.ع. 02 المؤرخة في 13 يناير 2013.

2. في التشريع الفرنسي:

- قانون الصحة العامة الفرنسي ، المعدل و المتمم.

http://www.legisfrance.gouv.fr/waspad/un_code%3fcode%3DSANPUNL.RU

- قانون حماية الملكية الفكرية، المعدل و المتمم.

<http://www.legisfrance.gouv.fr>

3. اتفاقيات دولية:

1-اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية المؤرخة في 20 مارس 1883 والمعدلة في بروكسل 14 ديسمبر 1900 وواشنطن 2 يونيو 1911 ولاهاي 06 نوفمبر 1925 ولندن في 02 يونيو 1934 ولشبونة في 31 أكتوبر 1958 واستوكهولم في 14 يوليو 1967 و المنقحة 02 أكتوبر 1979. انظر الموقع الالكتروني التالي: http://www.mawlopon.net/tips_for-innovators/1702

2-اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة في حقوق الملكية الفكرية

http://www.4shared.com/file/LP5hc7uw/_html?

ب. قائمة المراجع:

1. المؤلفات و الكتب:

-بريهان أبو زيد، الحماية القانونية للمستحضرات الصيدلانية المتاح والمأمول، دراسة مقارنة بين تشريعات مصر- والاتحاد الأوروبي والولايات المتحدة الأمريكية، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2008.

- نصر أبو الفتوح فريد حسن، حماية حقوق الملكية الفكرية في الصناعات الدوائية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، سنة 2007.

- عبد الرحيم عنتر عبد الرحمن، أثر اتفاقية التريس على الصناعة الدوائية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط. 01، سنة 2009.

2- Les articles :

-Caroline Mascret, licences obligatoires de médicaments pour les pays connaissant des problèmes de santé publique : mythe ou réalité juridiques!, revue médecine droit ,septembre- Octobre 2011. N 110 , Elsevier Masson

-Marie Catherine Chemtob Concé (maitre de conférences) Réflexion sur l'extension du terme de brevet : Europe, Etat- Unis, Japon, revue de médecine et droit, n 98-99, septembre, décembre2009, Elsevier Masson

3- مواقع على شبكة الإنترنت:

<http://www.mawlopon.net/trips/tips-for-innovators/1702>

الصفقات الإلكترونية في القانون المقارن*

ببخاز عبد الله -باحث دكتوراه- جامعة سعيدة -

ملخص :

هدف هذا البحث هو التطرق إلى تأثير الوسائط الإلكترونية على عملية الشراء العمومي في القانون المقارن، وتحديدًا في القانون الفرنسي كونه يعتبر المرجع الذي تستقي منه معظم الدول العربية قوانينها بما فيها مصر والجزائر، وبغيت الإحاطة بهذا الموضوع، تطرقنا إلى طرق إبرام الصفقات العمومية لاستكشاف مدى تأثيرها باستعمال الوسائط الإلكترونية خلال عملية الإبرام، ولاستكمال بحثنا هذا وجب التطرق لإثبات الصفقات الإلكترونية عن طريق البحث في ماهية الكتابة الإلكترونية وشروطها لإثبات الصفقات العمومية.

Résumé.

Cet article dont l'objet est l'étude de l'influence des moyens électronique sur les opérations de l'achat publics en droit comparées précisément en droit français qui est un repère des droits arabe y compris l'Egypte et l'Algérie.

Afin de cloitrer cette étude nous avons étudié les modes de passation des marches publics pour découvrir l'influence des moyennes électroniques.

تاريخ إيداع المقال: 2016/01/24

تاريخ تحكم المقال: 2016/02/09

مقدمة:

انطلقت مع بداية القرن الحادي والعشرين ثورة تكنولوجيا الاتصال والمعلومات، أدت إلى تغيير جذري في جميع مجالات الحياة بما فيها القانونية منها، سواء المتعلقة بالمعاملات المدنية عامة والإدارية خاصة، ومن مظاهر هذا التأثير ظهور نوع جديد من الصفقات العمومية يتم عبر الوسائط الإلكترونية، ومن هنا أضحت الحاجة ملحة لإيجاد أحكام خاصة بهذه الصفقات سواء ما تعلق بالإبرام أو الإثبات ومن هنا سنقسم بحثنا إلى:

مبحث أول: طرق إبرام الصفقات العمومية الإلكترونية.

مبحث ثاني: إثبات الصفقات الإلكترونية.

المبحث الأول: طرق إبرام الصفقات الإلكترونية.

لا تختلف طرق إبرام الصفقات العمومية بالوسائط الإلكترونية عن تلك الواردة في قانون الصفقات العمومية، غير أنها تتأثر (أي طرق الإبرام) بالوسائل الإلكترونية، من حيث إجراءات الإشهار وغيره، وبالرجوع إلى نص المادة 01 من المرسوم رقم 2002-692¹ الخاص بتطبيق المادة 56 من قانون صفقات الفرنسي نجد أنها نصت على أنه "في الحالات أين يتم إبرام الصفقات العمومية وفق الإجراءات المنصوص عليها بالعنوان الثالث (الخاص بطرق الإبرام) من قانون الصفقات العمومية تعتبر مجالاً لتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية تطبيقاً للمادة 56 من قانون الصفقات العمومية هذا التبادل يتم وفق الشروط المنصوص عليها الواردة في المواد من 2-10 أدناه"³ وقد نص قانون الصفقات العمومية الفرنسي- في المادة 26 منه على طرق إبرام الصفقات العمومية، ومن هنا سنقسم هذا البحث إلى إبرام الصفقات وفق إجراء طلب العروض ونركز على تأثير الوسائط الإلكترونية عليه (مطلب أول) ثم الطرق الأخرى لإبرام الصفقات العمومية ومدى تأثيرها بالوسائط الإلكترونية كذلك (مطلب ثاني).

المطلب الأول: طلب العروض الإلكتروني.

يتترك هذا الأسلوب للإدارة قدر كبير من الحرية في اختيار المتعامل المتعاقد بحيث يسمح لها بالتحرر من مبدأ الآلية في الإرساء وقد انتقل هذا المصطلح APPELL.DOFFRE من القانون الفرنسي- إلى القوانين العربية

¹ - Le Décret 2002-692 portant sur la dématérialisation des procédures de marches publiques (JO du 03/05/2002).

² - Le Décret 2006-975 du 01/08/2006 portant code de marches publics (JO du 4 août 2006) modifié et complété.

³ - Article 1: "dans les cas ou les marchés publics passés selon les règles mentionnées au titre III du code marchés publics Donnent lieu á des échanges d'informations par voie Électronique en application de l'article 56 du code ces échanges s'effectuant dans les Conditions prévus aux articles.2 a 10 ci-dessous.

تحت مسميات عدة ، منها طلب العروض والدعوى للمنافسة، وسوف نقسم هذا المطلب إلى تعريف طلب العروض وصوره (فرع أول) وإجراءات طلب العروض ومراحل (فرع ثاني).

الفرع الأول: تعريف طلب العروض وأنواعه.

البند الأول: تعريف طلب العروض: عرفه البعض بأنه أسلوب تخصص من خلاله الصفقة من قبل لجنة طلب العروض للعارض صاحب العرض الأكثر جدية وفق مجموعة معايير وشروط محددة قانوناً¹.

وعرفته المادة 33 ق ص ع ف بأنه "الإجراء الذي تختار من خلاله المصلحة المتعاقد المتعامل من دون التفاوض وفق معايير موضوعية معدة مسبقاً ومعروفه لدى المرشحين"²

البند الثاني: صور طلب العروض. طبقاً للمادة 33 ف 2 طلب العروض يمكن أن يكون مفتوح أو محدود³.

طلب العروض يكون مفتوحاً: عندما يمكن لكل متعامل تقديم عرض⁴

طلب العروض المحدود: عرفته المادة 33 ف 3 يكون طلب العروض محدود عندما يسمح بإيداع عروض فقط للمتعاملين الاقتصاديين الذين يسمح لهم بذلك بعد الانتقاء⁵.

وبالنسبة للاختيار بين الطريقتين أعطى قانون الصفقات العمومية الفرنسي- للإدارة حرية الاختيار بقوله في المادة 33 ف 4 إن الاختيار بين الطريقتين يرجع لحرية الإدارة⁶

الفرع الثاني: مراحل إجراء طلب العروض.

يجري طلب العروض على ثلاث مراحل بدءاً بالإعلان تم إيداع العروض واختيار المرشح.

البند الأول: الإعلان عن طلب العروض.

¹-c arapu. Réflexion sur le processus d'application des procédures de passation des marches publics. DESS Un lumière lion II france2003p12.

² - Art. 33. - L'appel d'offres est la procédure par laquelle le pouvoir adjudicateur choisit l'attributaire, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats.

³ - Art. 33-2 L'appel d'offres peut être ouvert ou restreint.

⁴ - Art. 33-3L'appel d'offres est dit ouvert lorsque tout opérateur économique peut remettre une offre.

⁵ - Art. 33-4L'appel d'offres est dit restreint lorsque seuls peuvent remettre des offres les opérateurs économiques qui y ont été autorisés après sélection.

⁶ - Art. 33-5 Le choix entre les deux formes d'appel d'offres est libre.

طبقا لنص المادة 40 ق ص ع ف فإن الصنفية يجب أن يسبقها إعلان بالشكل الكافي لتحقيق منافسة فعالة وقد حددت هذه المادة إضافة إلى المادة 26 ق ص ع ف وسائل الإشهار بحسب السقف المالي المقدر من قبل المصلحة المتعاقدة وفق ما يلي :

- بالنسبة لصفقات الأقل من 15000 أورو فغن المصلحة المتعاقدة ليست مجبرة على الإشهار
- بالنسبة لصفقات الأشغال والتوريد والخدمات التي يبلغ سقفها المالي 15000 أورو إلى 8999 فإن الإدارة حرة في اختيار وسيلة الإعلان.
- بالنسبة لصفقات التوريد والخدمات للجاعات المحلية التي يبلغ سقفها المالي 90000 أورو إلى 206999 أورو والدولة من 90000 إلى 133999 ، والأشغال من 90000 إلى 5185999 أورو فإن الإشهار يتم في النشرة الرسمية لإعلان صفقات التعامل العمومي ¹ BOAMP و في جريدة مهيئة لاستقبال الإعلانات وفي الموقع الالكتروني للمصلحة المتعاقدة.
- بالنسبة لصفقات الأشغال والتوريد للجاعات المحلية من 207000 فما فوق والدولة من 134000 أورو فما فوق وصفقات الأشغال من 5186000 أورو فما فوق يتم النشر في BOAMP والنشرة الرسمية للاتحاد الأوروبي ² JOUE وفي موقع التعامل المتعاقدة وبالنسبة لطلب العروض المحدود يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تحدد هو عدد المرشحين المسموح لهم بالتعاقد على أن لا يقل الحد الأدنى عن 5 مرشحين وإذا كان أقل يمكن مواصلة الإجراءات وبالرجوع إلى المادة 2 من المرسوم 692-2002 فإن الإعلان عن طلب العروض يتم في موقع النشرة الرسمية لإعلانات الصفقات العمومية وموقع المصلحة المتعاقدة ³ وذهبت المادة 36 من التوجيه الأوروبي 18-2004 ⁴ إمكانية الإعلان عبر شبكة الانترنت ويجب أن يتضمن الإعلان كراسة الشروط والوثائق والمعطيات التكميلية المتعلقة بالعروض وطبقا للبرادة 2 من المرسوم 692-2002 فإنه وتأكيدا على ما جاء في المادة 56 ق ص ع ف فإنه على المصلحة المتعاقدة أن تضع تحت تصرف المهتمين بالعطاء على شبكة الانترنت، كراسة الشروط ووثائق المعلومات المكملة من أجل تحقيق المنافسة.

¹ -bulletin officiel des annonces des marches publics.

² -journal officiel de l'union européenne.

³ - Delphine Kessler: Le contrat administrative face à l'électronique D.E.A. droit de l'internet – Université des paris I, Panthéon – Sorbonne- 2002, P63.

⁴ -directive2004/18/ce du parlement européen et du conseil du31/03/2004 =

= Relative à la coordination des procédures de passation de marches publiques de travaux de fournitures et de services.

- كما أضافت المادة6 ف3من التوجيه الأوروبي 18/2004 على أنه يجب أن يتضمن الإعلان على الوثائق النموذجية وكذا فهرس مصطلحات الصفقات CVP¹ ويأمكان المصلحة المتعاقدة إصدار دليل خاص ونشره على موقعها عبر شبكة الانترنت تبين فيه الشروط الصفقة².

البند الثاني: مرحلة تحضير وإيداع العروض.

تعتبر هذه المرحلة من أهم المراحل التي تجسد من خلالها لإدارة احترامها لمبدأ حرية الوصول إلى الطلب العمومي ويعني ذلك أن الوصول إلى الطلب العمومي يجب أن يكون حر وعلى الإدارة عدم خلق جو غير تنافسي³ وتظهر في هذه المرحلة وبشدة تأثير الوسائط الالكترونية في تقليص آجال إبرام الصفقة حيث أن آجال استقبال العروض لا يجب أن يقل عن 52 يوم من تاريخ الإعلان عن الصفقة ، غير أن هاذين الأجلين يمكن تقليصها ب7 أيام في حال تم الإشعار الكترونيا.

أما بالنسبة لطلب العروض المحدود فالأجل الأدنى لاستقبال العروض هو 37 يوم من تاريخ الإعلان ويقلص إلى 30 يوم في حال الإعلان الكترونيا⁴

أما ما يجب أن تحتوي عليه هذه العطاءات طبقا للمادة من المرسوم 2002 - 692 على اسم الشخص المعنوي أو اسم ممثله، وكذا البريد الالكتروني للشخص المتعاقد أو ممثله بهدف تسهيل التراسل الكترونيا، ويجب أن تكون العطاءات مكتوبة وموقعة من قبل الشخص المختص وفق أحكام المادة 1316-4 من القانون 2000-230⁵ المعدل للقانون المدني الفرنسي- ووفق شروط محددة تناولها في المبحث الثاني لتقبل كدليل ويتم بعد ذلك إرسال نسخة احتياطية من السجلات الالكترونية للعطاء الأصلي وعلى المرشح إرسال نسخة احتياطية من العروض في قرص مضغوط CD من النسخة الأصلية في حال تعذر فتح النسخة الالكترونية بسبب ما وفي حال تعدد العروض يعتمد طبقا للمادة 48 العرض الأخير، وفي حالة وجود فيروس فإنه يجوز طبقا للمادة 07من المرسوم 2002-692 للمصلحة المتعاقدة أن تعتبر الوثيقة أو العرض لم يرسل إليها وتخطر صاحب الشأن بذلك.

البند الثالث : البث في العطاءات وإعلان النتائج.

¹-Common procurement vocabulary.

²-article 12 de la directive européenne n 2004-18.

³-c lajoe. Droit de marches publics. Édition Berti alger2007p59.

⁴-l'article 60 c m p f.

⁵-loi 2000-230du13/03/2000 (JO du 14.03.2000p391).

أ - البث في العطاءات: تخضع هذه المرحلة في مجملها لما هو مقرر في الإبرام التقليدي طبقا للمادة 56 ق ص ع ف التي نصت إلى أن نصوص القانون الحالي قابلة للتطبيق على المعاملات التي تتم عن طريق الوسائط الإلكترونية.

وبالرجوع إلى المادتين 58 و 59 ق ص ع ف بالنسبة لطلب العروض المفتوح والمواد 62، 63، 64 ق ص ع ف الخاصة بطلب العروض المحدود، فإن فتح العروض ليس علني ولا تفتح سوى العروض التي تم استلامها في الآجال المحدد، ويمكن دعوة من كانت عروضهم ناقصة لاستكمالها.

وبالنسبة لطلب العروض المفتوح: تقضى- العروض غير المقبولة ويبلغ المترشحون المعنيون بذلك، ولا يتم التفاوض طبقا للمادة 59 ق ص ع ف مع المترشحين وبعد ترتيب العروض يتم اختيار العرض الأحسن من الناحية الاقتصادية طبقا للمعايير المعلن عنها، وفي حالة عدم تلقي عروض أو كانت العروض غير مقبولة يعلن عدم جدوى الإعلان ويعلم المترشحون بذلك ومن هنا يتم اللجوء إلى إعادة إجراء طلب العروض أو اللجوء إلى صفقة تفاوضية.

بالنسبة لطلب العروض المحدود : يتم طبقا للمادة 62 ق ص ع ف إرسال رسائل التشاور للمترشحين المنتقین وتتضمن هذه الرسائل على الأقل تاريخ استقبال العروض والعنوان الذي يبعث إليه مع الإشارة إلى إلزامية استعمال اللغة الفرنسية¹

يتم استقبال العروض في أجل لا يقل عن 40 يوم من تاريخ إرسال لوائح التشاور هذا الأجل يقلص إلى 22 يوم في حالة نشر إشعار مسبق للمعلومات، وفي حالة تم النشر إلكترونيا يمكن تقليص المدة ب 5 أيام وفي حال الاستعجال الغير ناتج عن فعل الإدارة فإن أجل الاستقبال ما عدا الإلكتروني يقلص إلى 10 أيام أما المعلومات الإضافية إذا طلبت من قبل المترشحين يتم إرسالها في أجل 04 أيام قبل استقبال العروض.

فتح العروض ليس علني ولا يسمح بالحضور للمترشحين، ولا تفتح سوى العروض التي تم استلامها في الآجال المحدودة ويتم إقصاء العروض غير المطابقة وغير المقبولة² وبقية الإجراءات نفسها المقررة لطلب العروض المفتوح والسابق الإشارة إليها.

ب - الإعلان عن تخصيص الصفقة :

¹- يلاحظ حرص القانون الفرنسي على ترقية اللغة الفرنسية وفرض استعمالها في الإدارات وهو أمر طبيعي لدولة تريد تعزيز سيادتها ومقوماتها واحدى مكونات هويتها وذلك كردة فعل عن تراجع استعمال اللغة الفرنسية لصالح زحف لغة العصر اللغة الإنجليزية.

²- voir l'article 63.c.m.p.f.

طبقا لنص المادة 80ق ص ع ف فإنه في الصفقات والاتفاقيات الإطار التي يتم إبرامها وفق الإجراءات الشكلية ما عدا المذكورة في المادة 35 ف 2 فإن المصلحة المتعاقدة في حالة اختيارها المترشح أو لعرض فعلها تبرير ذلك لبقية المترشحين بذكر سبب رفض عروضهم.

ويجب أن يتضمن الرفض اسم الحائز على الصفقة وسبب الذي قاد إلى هذا الاختيار ويجب أن تفصل مدة 16 يوما على الأقل ما بين إرسال الرفض المبرر وإبرام الصفقة العمومية.

يمكن تقليص هذه المدد إلى 11 يوم على الأقل في حالة الإبلاغ الإلكتروني ونصت م80ف¹ أن الصفقة والاتفاق الإطار يمكن توقيعه الكترونيا وفق شروط شكلية تحدد بقرار من الوزير المكلف بالمالية.

المطلب الثاني : الطرق الاستثنائية لإبرام الصفقة الإلكترونية.

رأينا كيف تتم إجراءات طلب العروض الذي اعتبرته معظم القوانين الطريقة الأصلية لإبرام الصفقة سواء بالطريق التقليدي أو الإلكتروني، وسنطرق إلى الطرق الأخرى التي تعتبر استثنائية بدءا بالصفقة التفاوضية التي تعتبر الأهم بعد طلب العرض (فرع أول) ثم باقي طرق الإبرام الأخرى (فرع ثاني).

الفرع الأول: الصفقة التفاوضية الإلكترونية.

ورد النص على هذه الطريقة في المادتين 34 و 35ق ص ع ف وكذا في المادة 02 من المرسوم 2002 692 المتعلق بالإبرام الإلكتروني للصفقات العمومية ومن هنا سنطرق إلى تعريف الصفقة التفاوضية وحالات اللجوء إليها وأنواعها (بند أول) ثم نتطرق إلى إجراءات إبرام الصفقة التفاوضية ومدى تأثير الوسائط الإلكترونية عليها (البند الثاني).

البند الأول: تعريف الصفقة التفاوضية.

طبقا للمادة 34ق ص ع ف فإن الصفقة التفاوضية "هي إجراء الذي تقوم المصلحة المتعاقدة من خلاله باختيار المتعاقد معها بعد التفاوض حول شروط الصفقة مع متعامل أو عدة متعاملين اقتصاديين"²

البند الثاني: أنواع الصفقات التفاوضية.

¹-voir l'article 80-4. c.m.p.f.

²-L'article 34-1 c.m.p.f "une procédure négociée est une procédure par laquelle la personne publique choisit le titulaire du marché après consultation des candidates et négociation des conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux".

طبقا لنص المادة 35 ق ص ع ف¹ فإن الصفقة التفاوضية تأخذ نوعين، الصفقات التفاوضية بعد الإشهار والوضع المنافسة، و صفقات تفاوضية دون نشر ودون وضع المنافسة.

أ- النوع الأول: صفقات التفاوضية بعد الإشهار والوضع في المنافسة: وتتم في الحالات التالية.

في حالة طلب العروض أو الحوار التنافسي- الغير المجدي أو كانت العروض غير مطابقة ولا مقبولة، وكذا الصفقات والاتفاقيات الإطار المتعلقة بالخدمات التمويلية والفكرية كون أن طبيعة هذه الخدمات لا يمكن تحديدها مسبقا بدقة للجوء إلى طلب العروض، وكذا صفقات الأشغال التي يتم إبرامها لغرض الأبحاث والتجارب، وكذا الأشغال والتوريدات والخدمات التي لا تسمح بطبيعتها بالتحديد المسبق لأسعارها.

ب- النوع الثاني: صفقات التفاوضية دون الإشهار ودون الوضع في المنافسة: وتتم في الحالات التالية.

حالت الاستعجال الناتج عن ظروف غير متوقعة من قبل المصلحة المتعاقدة وغير الناتج عن فعلها، الصفقات والاتفاقيات المعلن عنها وفق طلب العروض ولم يقدم لها أي عرض أو عدم مطابقة العروض، عقود التوريدات الإضافية التي تنفذ من قبل المورد الأصلي لتوزيع لوازم بديلة وكذا الصفقات الإضافية المتعلقة بالخدمات والأشغال التي لم يتم النص عليها في الصفقة ولكنها ضرورية نتيجة ظروف غير متوقعة، الصفقات التي لا يمكن أن تنفذ سوى على يد متعامل اقتصادي وحيد لأسباب تقنية أو فنية متعلقة بحقوق حصريّة.

البند الثاني: إجراءات إبرام الصفقة التفاوضية.

طبقا لأحكام المادتين 65 و66 ق ص ع ف فإن إجراءات إبرام الصفقة التفاوضية يمكن تلخيصها في:

حالة وجود الإعلان عن المنافسة يتم وفق الشروط الواردة في المادة 40 والتي سبق أن تطرقنا لها.

ويامكان المصلحة المتعاقدة حصر عدد المترشحين، شرط أن لا يقل عن 03 مترشحين ويحدد أجل استقبال العروض بمدة لا تقل عن 37 يوم من تاريخ الإعلان، وتقلص هذه المدة إلى 30 يوم في حال تم الإعلان بالوسائل الإلكترونية ويتم بعد ذلك إرسال لوائح التشاور في آن واحد إلى المترشحين ويحدد فيها كيفية الحصول على الوثائق إذا كانت متاحة بالوسائل الإلكترونية، وكذا تاريخ استلام العروض مع بيان اشتراط الكتابة باللغة الفرنسية وبالنسبة لتاريخ استلام العروض يمكن للإدارة أن تحدده إذا تطلب الأمر ذلك.

¹ - Article 35 c.m.p.f.

مرحلة إيداع العروض : يتم إرسال العروض من قبل المترشحين بأي وسيلة تضمن السرية وتمكن من تحديد وقت استلامها وهو ما توفره الوسائط الالكترونية ، لا تقبل سوى العروض التي تم استلامها في الوقت المحدد ويتم استبعاد العروض الغير ملائمة.

مرحلة التفاوض : يبدأ التفاوض حول شروط الصفقة دون الوصول بذلك إلى إدخال تغييرات جوهرية في شروط الصفقة، ولا يمكن للمصلحة المتعاقدة الكشف عن معلومات سرية مقدمة من قبل أحد المترشحين ، ويتم استبعاد العروض تطبيقا للمعايير المعلن عنها ، وختاما ترتب العروض حسب مدى استجابتها للشروط المعلن عنها ويختار العرض الأفضل ، ثم يتم إعلان تخصيص الصفقة.

الفرع الثاني : الطرق الاستثنائية لأخرى للإبرام.

بعد أن رأينا إجراءات الإبرام وفق طريقة طلب العروض وكذا طريقة الصفقات التفاوضية التي تعتبر أهم طريقة بعد طلب العروض سوف نتطرق إلى الإبرام وفق الحوار التنافسي والمساابقة.

البند الأول: الحوار التنافسي : سنتطرق إلى تعريف الحوار التنافسي ثم إجراءات الإبرام.

ا تعريف الحوار التنافسي : طبقا للمادة 36ق ص ع ف فإن الحوار التنافسي هو "الإجراء الذي تقوم المصلحة المتعاقدة من خلاله بإدارة حوار مع المترشحين لتحديد أو تطوير حل أو حلول من طبيعتها أن تستجيب لحاجياتها وفق قاعدة المشارك أو المشاركون في الحوار مدعويين لتحضير وتقديم عروض

اللجوء للحوار التنافسي ممكن كون أن الصفقة العمومية تعتبر معقدة أو على الأقل توفر أحد الشرطين

- 1 - المصلحة المتعاقدة لا تستطيع بشكل موضوعي أن تحدد مسبقا الوسائل التقنية التي تلي حاجياتها
- 2 - المصلحة المتعاقدة لا تستطيع موضوعيا أن تؤسس و تضع التركيب القانوني أو المالي لمشروع ما"¹

¹ - Art. 36c m p f " La procédure de dialogue compétitif est une procédure dans laquelle le pouvoir adjudicateur conduit un dialogue avec les candidats admis à y participer en vue de définir ou de développer une ou plusieurs solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les participants au dialogue seront invités à remettre une offre.

Le recours à la procédure de dialogue compétitif est possible lorsqu'un marché public est considéré comme complexe, c'est-à-dire lorsque l'une au moins des conditions suivantes est remplie :=

=1o Le pouvoir adjudicateur n'est objectivement pas en mesure de définir seul et à l'avance les moyens Techniques pouvant répondre à ses besoins ;

2o Le pouvoir adjudicateur n'est objectivement pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet".

ب إجراءات الحوار التنافسي: بدءا يتم نشر الإعلان عن المنافسة طبقا للشروط الواردة في المادة 40ق ص ع ف ويتم إدراج الحاجيات المحددة من قبل المصلحة المتعاقدة في هذا الإعلان وطريقة الحوار.

وقد أعطى القانون للمصلحة المتعاقدة إمكانية تحديد عدد المترشحين المسموح لهم المشاركة على أن لا يقل عن 3 مترشحين وإن قل العدد يمكن مواصلة الإجراءات، الأجل الأدنى لاستقبال العروض هو 37يوم تبدأ بالإعلان عن المنافسة وفي حالة الإبرام الإلكتروني يقدر ب 30 يوم.

إيداع العروض: يتم إيداع العروض بكل وسيلة تسمح بتحديد التاريخ وتوقيت استقبال العروض مع ضمان السرية، وهو ما توفره وبامتياز الوسائط الإلكترونية.

يتم فتح العروض بعد ذلك وتوضع قائمة المترشحين المدعومين للحوار ويتم دعوتهم برسائل تحتوي على لوائح التشاور التي تحدد الإدارة كيفية الحصول عليها سواء بالطريق التقليدي أو الإلكتروني وكذا مراجع الإعلان عن المنافسة ، وتاريخ ومكان إجراء الحوار والالتزام باستعمال اللغة الفرنسية وفي حالة اللزوم تاريخ طلب معلومات تكميلية وقائمة الوثائق المقدمة.

يبدأ الحوار مع المترشحين المنتقنين والهدف منه هو تحديد الوسائل التي تلي كل الحاجيات ويجب أن يتم ذلك بشكل يقلص عدد الحلول المقترحة ويستمر الحوار ليحدد في نهاية المطاف بعد مقارنة الحل أو الحلول التي يمكن أن تستجيب للحاجيات المطلوبة ، ويجب أن يتم ذلك في جو من المساواة ، وتستدعي المصلحة المتعاقدة المشاركين في كل مراحل الاستشارة، وتستدعيهم لإيداع عروضهم النهائية ، وفق الحلول التي قدمت وحددت أثناء الحوار في أجل لا يقل عن 15 يوم ، والاستدعاء يجب أن يحتوي على التاريخ المحدد لاستقبال هذه العروض مع إلزامية استعمال اللغة الفرنسية ، وبعد ترتيب العروض يتم اختيار الأحسن اقتصاديا، وفي حالة عدم تسلّم أي عرض أو كانت العروض المستلمة غير مجدية يتم الإعلان عن عدم جدوى الحوار ، وفي هذه الحالة يتم اللجوء إما إلى حوار تنافسي جديد أو طلب عروض أو اللجوء إلى صفقة تفاوضية ، يتم في حالة تخصيص الصفقة إعلام بقية المترشحين طبقا للمادة¹ 80

البند الثاني: المسابقة. تنطرق أولا إلى تعريف المسابقة ثم إجراءات الإبرام وفق المسابقة.

تعريف المسابقة : طبقا لنص المادة 38 ق ص ع ف "المسابقة هي الإجراء الذي تختار من خلاله المصلحة المتعاقدة بعد الوضع في المنافسة وأخذ رأي لجنة التحكم المشار إليها في المادة 24، مخطط أو

¹-voir l'article 80c.m.p.f.

مشروع في مجال تهيئة الإقليم ، العمران، الهندسة، الهندسة المعمارية ، أو معالجة المعلومات، قبل تخصيص الصفة للفائز في المسابقة ويمكن أن تكون المسابقة مفتوحة أو محددة"¹

ب- إجراءات المسابقة : طبقاً للمادة 70ق ص ع ف الإعلان ، يتم وفق الشروط الواردة في المادة 40ق ص ع ف وبالنسبة لطلب العروض هي نفسها الواردة في طلب العروض.

وبالنسبة للمسابقة المفتوحة، العروض تشمل ثلاث مظاريف الأول يحتوي وثائق المتعلقة بالعرض، والثاني يحتوي على الخدمات المطلوبة، والثالث العرض المالي، أما بالنسبة للمسابقة المحدودة، فإن العروض المرسله من قبل المترشحين تحتوي على معلومات العرض.

ثانياً : فتح العروض يتم دون حضور المترشحين ولا ممثلهم، وتفتح العروض الواردة في الآجال المحددة وتحول هذه العروض إلى لجنة التحكيم التي تقدم تقرير مفصل وتصدر رأي مسبب ويتم وضع قائمة المترشحين ، ويتم إعلام البقية وبالنسبة للمسابقة المفتوحة فإن الطرف الثاني والثالث يتم إرجاعها إلى المترشح ، ويجب أن لا يقل عدد المترشحين في المسابقة المفتوحة عن ثلاثة وفي حالة كان أقل فإنه يمكن للمصلحة المتعاقدة مواصلة الإجراءات، ويتم بعد ذلك دعوة المترشحين المقبولين لتقديم عروضهم في ظرف منفصل يحتوي على جدول لأسعار، عروض المترشحين يتم إرسالها للجنة التحكيم التي تقيّمها وتبحث مطابقتها للوائح المسابقة وتقرّر ترتيبها على أساس المعايير المعلن عنها، وتعد لجنة التحكيم تقرير دراسة العرض يتضمن تعليقاتها وملاحظتها ، وتكون رأي مسبباً ويرفع التقرير من قبل أعضاء اللجنة مع احترام عدم الكشف عن هوية المترشحين إلى غاية صدور رأي لجنة التحكيم، بعد استلام هذا التقرير وبعد فحص الطرف الذي يحتوي على العرض المالي، يتم اختيار المتعاقد من قبل المصلحة المتعاقدة، بناء على اقتراح لجنة التحكيم.

المبحث الثاني: إثبات الصفة الإلكترونية.

غالبا ما تلجأ الإدارة لإثبات معاملاتها وخاصة العقود إلى الكتابة كونها تعتبر الوسيلة الآمنة لإثبات حقوق الأطراف المتعاقدة ، وقد جاء في نص المادة 56ق ص ع ف أنه "في جميع الصفقات والاتفاقيات الوثائق المكتوبة الواردة في هذا القانون يمكن استبدالها بالوسائل الإلكترونية"² ومن هنا يتضح لنا أن القانون

¹ - Article 38 c m p f "le concours est la procédure par laquelle le personne publique choisit après mise en concurrence et avis du Jurais mentionne al' article 25, un plan ou un Project, notamment dans le domaine de L'aménagement du territoire, de l'urbanise de l'architecture et de L'ingénierie, ou des traitements des données avant d'attribuer, al 'un des lauréates du concoure .Le marché peut être ouvert ou restreint".

² Art. 56. - I. - Les documents écrits mentionnés par le présent code peuvent être remplacés par un échange électronique ou par la production d'un support physique électronique.

الفرنسي- تبني الإثبات بالمحركات الإلكترونية بشرطين، الأول الكتابة التي لا يمكن للمحرر الوجود دونها، والتوقيع من قبل السلطة المخولة بذلك، ومن هنا فالبحث في إثبات الصفة الإلكترونية هو بحث في الكتابة و شروطها (المطلب الأول) والتوقيع وشروطه (مطلب ثاني).

المطلب الأول: الكتابة الإلكترونية وشروطها لإثبات الصفة الإلكترونية.

تعتبر الكتابة عموماً ذات أهمية لأنها تسهل إثبات التصرفات بشكل يضمن حقوق الأطراف وقد جاء في كتاب الله العزيز " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ۚ وَلْيَكْتُب بِيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ ۚ وَلَا يَأْب كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ ۚ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا " ¹ وقد تعددت الدعوات التي تكتب عليها فقديماً كانت تتم على أوراق البردي كما هو الحال في الحضارة المصرية، وفي الدول الحديثة ظهرت الكتابة الورقية ومع التطور التكنولوجي الهائل انعكس الأمر على الكتابة لتتحول إلى كتابة الكترونية. لدى سننطرق إلى تعريف الكتابة الإلكترونية (فرع أول) وشروطها لإثبات الصفقات الإلكترونية (فرع ثاني).

الفرع الأول: تعريف الكتابة الإلكترونية.

الكتابة عموماً هي الدليل الذي ينشأ عن أي نوع من المحركات ، سواء كانت مخصصة لدى تحريرها لإثبات واقعة قانونية أم لا ، ويفضل التطور التكنولوجي ظهر ما يعرف بالكتابة الإلكترونية، وكان القانون المدني الأرضية التمهيدية لاحتضانها كوسيلة للتعاقد والإثبات، ثم شملت العقود الأخرى بما في ذلك والصفقات العمومية، ومن هنا سننطرق إلى الكتابة الإلكترونية عموماً ثم في الصفقات العمومية خصوصاً.

البند الأول: مفهوم الكتابة الإلكترونية. من خلال مصطلح الكتابة الإلكترونية، نستخلص أنه يشمل كل ما هو مكتوب على نوع معين من الدعوات الإلكترونية، وتحديد معنى الكتابة الإلكترونية يعتبر ذا أهمية كبيرة لذلك أعطت مختلف القوانين المنظمة للمعاملات الإلكترونية تعريفات مختلفة لها.

أ- في القانون الفرنسي: عرفها القانون المدني الفرنسي بالمادة 1316 المعدلة بالقانون 2000-230 بأنها "تشمل كل قدر للحروف أو العلامات أو الأرقام أو إشارة ذات دلالة تعبيرية واضحة ومفهومة أياً كانت الصيغة المستخدمة في إنشائها أو الوسيلة (الوسيط) الذي تنقل من خلاله أو عبره " ² وواصلت نفس المادة في النص على

¹ -سورة البقرة الآية 282

² - L'article 1316. "La preuve littérale ou preuve par écrit, Résulte d'une suite de lettres, Caractère, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification Intelligible, quelle que soient leur support et leur modèles de transmission".

قوة الكتابة التي تتم بالوسائط الالكترونية، واعتبرتها بنفس قوة الإثبات للكتابة الورقية¹ بشروط سوف نتطرق لها.

ويظهر من خلال هذه المادة أن القانون الفرنسي، قد أعطى مفهوم خاص للكتابة التي يحوي ويسع الكتابة الإلكترونية واعتبرها وسيلة إثبات بنفس حجية الكتابة الورقية، فوضع بذلك حد للجدل الذي ثار حول الكتابة الإلكترونية ومدى حجيتها في الإثبات.

ب- مفهوم الكتابة الإلكترونية في القانون المصري: عرفها القانون المصري رقم 15 لسنة 2004² المتضمن قانون التوقيع الإلكتروني بأنها "كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أي وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك"، وجاء في الفقرة ب من نفس المادة "المحرر الإلكتروني هو كل رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ وتدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كليا أو جزئيا بواسطة الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو بأية وسيلة أخرى مشابهة".

وبخصوص قيمة المحررات الإلكترونية نجد المادة 15 من نفس القانون نصت على أنه "للكتابة الإلكترونية وللمحررات الإلكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات"، وبذلك أعطى القانون المصري للمحررات الإلكترونية نفس حجية المحرر الرسمي أو العرفي، متى توافرت شروط فنية منصوص عنها قانونا بل تجاوز ذلك بنص المادة 16 من نفس القانون بالاعتراف للصور المنسوخة للمحرر الإلكتروني PHOTOCOPIE بنفس الحجية، ما دام المحرر الرسمي والتوقيع موجودين على الدعامة الإلكترونية

البند الثاني: الكتابة الإلكترونية في الصفقات العمومية. بداية يجب القول بأن مختلف القوانين المنظمة للصفقات العمومية قد اشترطت الكتابة لإبرام الصفقة فقد نصت المادة 39 ق ص ع ف الفرنسي- وجوب خضوع الصفقات العمومية للصيغة الكتابية والتي تلعب فيها دفاتر الشروط دورا مهما ونصت المادة 45 منه على وجوب تقييد الحقوق والالتزامات كتابيا وكذا النص على بنود الصفقة.

وفي مصر- نصت المادة 22 من اللائحة التنفيذية³ للقانون رقم 89 لسنة 1998⁴ المنظم للمناقصات والمزايدات على أنه "يجب أن يحرر العقد متى بلغ مجموع قيمة ما تم توريده أو تنفيذه خمسين ألف جنيه، ومن هنا العقد الغير مكتوب غير مألوف في المجال الإداري بسبب جنوح الإدارة عادة إلى إثبات روايتها

¹ - L'article 1316.1 "l'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier".

² - القانون رقم 15 لسنة 2004 ج. العدد 17 د ل 2004/04/22.

³ - صدرت بقرار وزير المالية رقم 1367 لسنة 1998 ونشرت بالوقائع المصرية العدد 201 (تابع) في 1998/9/6.

⁴ - قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 ج ر العدد 19 مكرر في 1998/5/8.

التعاقدية كتابة¹ بل أكثر من ذلك نجد أن مجلس الدولة المصري قد تطرق في مجال الكتابة إلى اللغة التي يجب أن يكتب العقد بها، حيث أوجبت فتوى الجمعية العمومية تحرير العقد باللغة العربية استنادا للمادة 01 من قانون رقم 115 لسنة 1958 والتي أوجبت وجوب تحرير الكتابات والعطاءات وغيرها من المحررات باللغة العربية²

هذا بالنسبة للكتابة عموما أما الكتابة الالكترونية فقد نصت المادة 56 ق ص ع ف³ على أن "لوثائق المتعلقة بالصفقة يمكن استبدالها بالوسائط الالكترونية" وجاء في نفس المادة "أن التوريدات المتعلقة بأجهزة الاتصال الالكتروني والخدمات المعلوماتية التي تبلغ ويزيد سعرها عن 90000 أورو فإن العروض يتم إرسالها الكترونيا" وتسمى إجراءات الالكترونية لإبرام الصفقات العمومية في فرنسا .

LA DEMATERIALISATION DES PROCEDURES DE PASSATION DE MARCHES PUBLICS

فأصبح التعامل الإداري الإلكتروني إجباري اعتبارا من العام 2002 بصدر القانون 692-2002 المتعلق بالإبرام الإلكتروني للصفقة.

الفرع الثاني: شروط الكتابة الالكترونية الإثبات الصفقة.

نصت القوانين المقارنة على شروط معينة لتكون الكتابة الالكترونية دليلا يعتمد أمام القضاء، وتتلخص في أن تكون الكتابة مقروءة، وأن تكون ثابتة ومستقرة لا تقبل التعديل، بحيث تتمتع بالثقة والأمان.

البند الأول: قابلية الكتابة الالكترونية للقراءة والفهم. لكي تكون المحررات الالكترونية ذات حجية يجب أن تكون مقروءة أي أن يكون المحرر الكتابي مدونا بحروف أو رموز معروفة للغير

وقد أشارت المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي إلى ذلك حيث نصت على أنها أي الكتابة تتابع للحروف أو الرموز أو الأرقام وأي إشارات أخرى تدل على المقصود منها ويستطيع الغير أن يفهما.

وذهب الفقه الفرنسي إلا أن الكتابة الالكترونية يجب أن تتوفر فيها شروط الكتابة العادية ومنها الوضوح والقابلية للفهم ، طالما أن القانون ساوى بين الكتابة الالكترونية والعادية ولا شك أن ذلك مستوحى من نص المادة 56 ق ص ع ف التي أعطت للمصلحة المتعاقدة إمكانية تبادل المعلومات بالوسائط الالكترونية، وتوصل مجلس الدولة الفرنسي- في تقرير له مقدم للحكومة الفرنسية سنة 1998 بخصوص الإثبات بالمحررات

¹-حكم المحكمة الإدارية العليا 2289-30/20/1990أورده ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، ط2009، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية مصر ص62.

²-ماجذ راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر 2004، ص54.

³-l'article 56 c.m.p.f.

الإلكترونية، بأنها يجب أن تكون واضحة ومفهومة لآخرين خاصة القاضي، وفي مجال الصفقات العمومية نصت المادة 2 من المرسوم رقم 2001-846¹ الخاص بالمزايدات الإلكترونية على قابلية الكتابة الإلكترونية للإثبات، بالشروط المنصوص عنها في المادة 1316 من القانون المدني ومنها الوضوح والفهم، نفس الشيء نصت عليه المادة 2 مرسوم 2002-692 الخاص بالإبرام الإلكتروني للصفقات، والتي أوجبت حفظ المعلومات الخاصة بالصفقة على أقراص مضغوطة لإثباتها عند المنازعات وذلك بتحويلها إلى قراءة مفهومة وواضحة يسهل فهمها.

البند الثاني: قابلية الكتابة للحفظ والاستمرار والثبات.

نصت مختلف القوانين المتعلقة بالوسائط الإلكترونية على شرط قابلية الكتابة الإلكترونية للحفظ والاستمرار وعدم التغيير، وهو ما أشارت له المادة 1316 ف1 م ف حيث نصت على أن "يكون تدوين الكتابة وحفظها قد تم بطريقة تدعو إلى الثقة"² وبخصوص إثبات الصفقة الإلكترونية فنجد أن القانون الفرنسي قد ألزم الإدارة والسلطات المتعاقدة بحفظ كل الوثائق والمستندات الخاصة بإبرام الصفقة بواسطة أرشيف إداري إلكتروني كما ألزم المترشحين بحفظ دفتر الشروط وكل المستندات الخاصة بالصفقة من أجل تقديمها للقضاء في حال نزاع ما وذلك بموجب المرسوم رقم 692 لسنة 2002 المتعلق بإبرام الصفقات الإدارية بالوسائط الإلكترونية كما أكد نفس المرسوم في مادته العاشرة على إلزام الإدارة بإعلام المترشحين بحفظ عروضهم من أي فيروس، بوضعها في نظام حماية موثوق، وذلك حرصاً على تحقيق الثبات والاستمرار للكتابة الإلكترونية.

المطلب الثاني: التوقيع الإلكتروني وشروطه الإثبات الصفقة الإلكترونية.

لا يكفي لإثبات الصفقة الإلكترونية وجود المحرر الإلكتروني، بل يجب أن يكون هذا المحرر موقع من قبل السلطة المختصة، ويجب أن يكون هذا التوقيع معبراً عن هوية الموقع وأن يصدر صحيحاً عنه، وسنتطرق إلى تعريف التوقيع الإلكتروني وصوره (فرع أول) وشروطه لإثبات الصفقة الإلكترونية (فرع ثاني).

الفرع الأول: تعريف التوقيع الإلكتروني وصوره.

البند الأول: تعريف التوقيع الإلكتروني: اختلفت القوانين في إعطاء مفهوم للتوقيع الإلكتروني

ففي فرنسا عرف القانون الفرنسي التوقيع الإلكتروني من خلال الآثار القانونية له فجاء في الفقرة 4 من المادة 1316 من قانون رقم 2000-230 المعدل للقانون المدني "أن التوقيع الإلكتروني يدل على هوية صاحبه

¹ -Décret 2001-846 du 18/09/2001 (JO du 19/9/2001).

² -voir l'article 1316-1.c.c.f.

ويضمن علاقته بالواقعة التي أجراها، وتؤكد هوية صاحبه وصحة الواقعة المنسوبة إليه¹ وللإشارة أن هذه المادة لا تطبق فقط على العقود المدنية الالكترونية، بل تشمل الصفقات العمومية حيث نصت المادة 03 من المرسوم رقم 692-2002 والتي أكدت أن الطلبات والتوقيعات المرسلات بالطريق الالكتروني يتم توثيقها وفقا للشروط الواردة في المادة 1316 من القانون المدني² كما أن مجلس الدولة الفرنسي- كان قد أشار إلى هذه المادة لإعطاء مفهوم التوقيع الالكتروني واعتبرته مجموعة من البيانات تصدر عن شخص³

وفي القانون المصري عرفته المادة 1 فقرة ج من القانون 15 لسنة 2004 أنه ما يوضع على محرر الكتروني، ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها، ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره.

البند الثاني: صور التوقيع الالكتروني.

من أهم التوقيعات الالكترونية وأكثرها انتشارا ، التوقيع الرقمي ، والبيومتري ، والتوقيع بالقلم الالكتروني ، وبدراسة أحكام القانون الصفقات العمومية الفرنسي- والنصوص التطبيقية المادة 56 منه الخاصة بإبرام الصفقات بالوسائط الإلكترونية ، يتضح أن التوقيع الإلكتروني المقصود هو التوقيع الالكتروني المحمي أي التوقيع الرقمي وهو ما اتجه إليه غالبية الفقه الفرنسي-⁴ ومن هنا سندرس التوقيع البيومتري والتوقيع بالقلم الالكتروني، ثم نتطرق إلى التوقيع الرقمي بشيء من التفاصيل.

1- التوقيع البيومتري والتوقيع بالقلم الالكتروني: أولا بالنسبة للتوقيع البيومتري: يعتمد نظام التوقيع البيومتري على الصفات المميزة للإنسان، وخصائصه الطبيعية والسلوكية التي تختلف من شخص إلى آخر ، كبصمة الأصبع شبكة العين، ونبرة الصوت والتعرف على الوجه البشري، والتوقيع الشخصي.⁵ وسواها من الصفقات الجسدية السلوكية، ويقوم هذا الشكل على تكنولوجيا العلم البيومتري بدراسة خواص الميزة لكل إنسان، وتدخل ضمن تكنولوجيا البصمات وتختلف هذه الصفات والخواص من شخص لآخر، ولذلك فهي خصائص ذاتية يمكن تحديد هوية الأشخاص من خلالها.

ثانيا: التوقيع بالقلم الالكتروني. يستخدم في هذه الحالة قلم حساس يمكنه الكتابة على شاشة الحاسب الآلي عن طريق برنامج معلوماتي، ينبج عنه التقاط التوقيع والتحقق من صحته، وعندما يقوم المستخدم

¹ - L'article 1316- 4 "l'orque elle électronique, elle consiste en l' usage d'une procède fiable d'identification garantissant son lien avec l' acte ou quell elle s'attache la fiabilité de ce procède est présume jusqu' a prévue contraire, lorsque la signature et crée l'identité du signataire assurée et l' intégrité de l'acte garantie".

² -voir l'article 3 décret2002-692.

³ -p.ruiz.la dématérialisation des procédures de marches publics. D.E.A.université bordeaux. France2003,p10.

⁴ -رحمة ساعد نمد يلي، العقد الإداري الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر 2007، ص88.

⁵ -إلياس ناصيف، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط1، بيروت لبنان 2009، ص244.

بتحريك القلم على الشاشة وكتابة توقيعهم، يلتقط البرنامج حركة اليد ويظهر التوقيع على الشاشة بساكنة الخاصة التي تميزها صفات الموقع، كما هو الأمر في الكتابة العادية وتوفر هذه الطريقة مزايا مهمة لسهولة استخدامها إلا أن استعمالها فيه مشكلات منها مشكل إثبات العلاقة بين التوقيع والمحرر.

ب- التوقيع الرقمي la signature numérique

التوقيع الرقمي هو توقيع يتم من خلال معادلات رياضية باستخدام اللوغاريتمات، فيتحوّل بها التوقيع أو المحرر من نمط الكتابة العادية إلى معادلة رياضية، لا يمكن لأحد أن يعيدها إلى صيغتها المقروءة إلا الشخص الذي لديه المعادلة الخاصة بذلك المفتاح، ويقوم التشفير بدور مهم في هذا المجال، وقد عرف القانون الفرنسي - 2004-575¹ الخاص بالثقة في الاقتصاد الرقمي بالمادة 29 منه التشفير بأنه خدمة تهدف إلى تحويل معلومات ورموز واضحة إلى معلومات أو رموز غير مفهومة للغير وذلك عن طريق اتفاقيات سرية وذلك بفضل وسائل مادية أو برامج مخصصة لذلك، وتبدأ إجراءات إصدار التوقيع الرقمي بتقديم البيانات اللازمة، من طالب توثيق التوقيع إلى جهة التوثيق مع بيان من لهم حق التوقيع ليصدر لكل منهم مفتاح خاص، وبعد إصداره يثبت نصف هذا المفتاح بجهاز الحاسب الآلي لطالب توثيق التوقيع، أما النصف الآخر من المفتاح فيتم تثبيته ببطاقة الكترونية ذكية، يمكن التأكد من أن التوقيع الرقمي صادر عن صاحبه، ويحتفظ الموقع بالمفتاح الخاص، ولا يطلع عليه أحد، أما لعام تحتفظ به جهة التوثيق وترسله بالبريد الإلكتروني إلى كل من يرغب بالتعامل مع صاحب التوقيع.

الفرع الثاني: شروط التوقيع الإلكتروني لإثبات الصفة العمومية.

البند الأول: تحديد هوية الموقع. يعتبر التوقيع أو بصمة الأصبع بوجه عام عنصرا جوهريا في السند العادي، لا غنى عنه لإضفاء الحجية القانونية على السند لأنه عبارة عن تصرف إرادي يكشف عن هوية صاحبه ويميزه عن غيره، وبالنسبة للتوقيع الإلكتروني الذي يتم باستخدام إشارات أو رموز أو أرقام معينة، يعتبر بمثابة توقيع بالخطم، وتتحقق به الحجية في الإثبات.

وجاء في المادة 1316 من قانون كالتوقيع الإلكتروني 2000-230 الفرنسي، أن يتم التوقيع باستخدام وسيلة آمنة لتحديد هوية الموقع تضمن صلته بالتصرف الذي وقع عليه

وفي مصر فاشتترطت المادة 18 من قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004 لصحة التوقيع الإلكتروني سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني.

¹ -loi n2004-575du 21/06/2004pour la confiance dans l'économie numérique site <http://www.legifrance.gov.fr>.

البند الثاني: التعبير عن إرادة صاحب التوقيع. يعتبر التوقيع على السند بوجه عام، يعبر أن إدارة صاحبه برضاه بضمون التصرف القانوني وإقراره به، ويستوي في ذلك أن يكون التوقيع عاديا أو الكترونيا، ويتعين وجود رابطة قوية بين التوقيع والالتزامات المتضمنة في المحرر الإلكتروني، بحيث يكون صاحبه على بينة من أمره علما بضمونه.

البند الثالث: اتصال التوقيع بالسند الإلكتروني.

يشترط في التوقيع الإلكتروني لكي يؤدي وظيفته في إثبات إقرار الموقع بما ورد في مضمون المحرر، أن يكون هذا التوقيع مرتبطا بالمحرر على نحو لا يمكن فصله عنه، وأن يكون هذا الارتباط مستمرا ويكن حفظه واسترجاعه بطريقة آمنة طوال الفترة الزمنية الكافية لاستخدامه في الإثبات.

والتوقيع الإلكتروني يعتبر علم يعتمد على برامج معلومات متطور وبتالي يرتكز على مفتاح تشفير الذي يتكفل بحمايته ويجعل تزويره صعبا إن لم نقل مستحيلا¹.

خاتمة

إن تأثير الوسائط الإلكترونية في عملية إبرام الصفقات العمومية، هو تحصيل حاصل لما هو عليه واقع الإدارة التي بدأت تعرف توجه نحو الرقمنة نظرا لما توفره من أمان وسرية وسرعة، مما ينعكس بالإيجاب على حياة المتعاملين مع المرفق العمومي، والمواطنين عموما.

وقد تأثر إبرام الصفقات العمومية بالوسائط الإلكترونية من حيث الإبرام، فقد أدى استعمالها إلى توفير الوقت الذي يعتبر عامل مهم في إنجاز المشاريع، وكذا تعطي أمان أكثر وتحقق الشفافية والمساواة في الوصول إلى الطلب العمومي التي تعتبر مبادئ يجب أن تحكم الصفقات العمومية.

ومن حيث الإثبات توفر الوسائط الإلكترونية الثقة والأمان اللازمين لاعتماد المحرر الإلكتروني كدليل إثبات العلاقات التعاقدية بين الإدارة والغير.

والهدف من بحثنا هذا هو محاولة عرض ما توصل إليه القانون المقارن في هذا المجال بغية الاستفادة منه على المستوى الوطني وهو هدف كل بحث يقوم به طالب علم.

قائمة المراجع

-القران الكريم.

المراجع باللغة العربية.

النصوص القانونية.

1-قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 ج ر العدد 19 مكرر في 1998/5/8.

¹ -إلياس ناصيف، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، المرجع السابق، ص249.

2- القانون رقم 15 لسنة 2004 ج.العدد 17 د ل 2004/04/22.

مراجع المتخصصة.

1-إلياس ناصيف، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط1، بيروت لبنان 2009.

2-ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة مصر 2004.

3- رحمة ساعد نمد يلي، العقد الإداري الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر 2007.

المراجع باللغة الأجنبية.

. Directive Européen

1-directive2004/18/ce du parlement européen et du conseildu31/03/2004Relative à la coordination des procédures de passation de marchés publics de travaux de fournitures et de services.

Les Textes juridiques Français:

1-Loi, n° 2000-230, 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique.

2- loi n2004-575du 21/06/2004pour la confiance dans l'économie numérique.

3- Le Décret 2001-846 portant sur les enchères électroniques.

4- Le Décret 2002-692 portant sur la dématérialisation des procédures de marchés publics.

5- Le Décret2006-975 du 01/08/2006 portant code de marchés publics.

Les ouvrages.

1- Delphine Kessler: Le contrat administrative face à l'électronique D.E.A. Droit de l'internet – Université des paris I, Panthéon – Sorbonne- 2002.

2- c arapu. Réflexion sur le processus d'application des procédures de passation des marchés publics. DESS Un lumière lion ll france2003.

3- p.ruiz.la dématérialisation des procédures de marchés publics. D.E.A.université bordeaux. France2003.

4- c lajoye. Droit de marchés publics. Édition Berti alger2007.

Les Articles.

1- Capiroli (A):Marchés publics et signature électronique, article publiée sur le site:www.juriscom.net 2005 (PDF)

2-. Capiroli (A): Droit administrative et prévue électronique: article publié sur le site:www.capiroli-avocat.net.

إشكالية بطلان عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري
طواهي محمد- باحث دكتوراه - جامعة تلمسان-

تاريخ إيداع المقال: 2016/01/24

تاريخ تحكيم المقال: 2016/02/09

ملخص

يتناول هذا البحث إشكالية بطلان عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري. من حيث بيان حالات بطلان عقد الزواج أولا، ثم الآثار المترتبة عليه إذا ما تقرر البطلان ثانيا. وهو ما حاول المشرع أن يفعله منطقيا ولكن دون ذلك. مما يعد إشكالية تنبع عنها غموض وتناقض في القاعدة القانونية المراد تطبيقها، وذلك كله على حساب مصلحة الأسرة.

Résumé

Cet esope trait le sujet de la nullité de mariage en droit de la famille algérien; en ce qui concerne ses cas et ses effets. C'est ce que le législateur cherche à faire.

Cette problématique a provoqué une certaine obscurité et contrainte dans le règlement qu'on veut l'appliquer parce qu'elle touche principalement la famille.

مقدمة

يعتبر الزواج من أهم العقود المدنية التي يبرمها الإنسان في حياته وأعظمها شأنًا، نظرا للوظيفة الكبرى التي يؤديها داخل المجتمع، فهو أعظم وأجل من أن يكون مجرد تمليك لعين أو لمنفعة كعقد البيع أو عقد الكراء أو عقد الشركة، بل هو ميثاق غليظ بين الزوجين يرتبطان به ارتباطا وثيقا مدى الحياة¹.

ومن هنا أصبح محط عناية واهتمام الشرائع والأديان والقوانين قديما وحديثا²، وهذه العناية وإن تجلت في وضع الأركان والشروط التي تكفل تحقيقه على الوجه الأمثل، إلا لكي ينتج هذا العقد آثاره على النحو المطلوب بأن تنسجم مع الأسس والمبادئ التي شرع من أجلها الزواج، وكل خلل في هذه الأركان والشروط يعتبر الزواج باطلا أو فاسدا مع الاختلاف بين الفقهاء في ذلك.

ولقد تأثر المشرع الجزائري بأحكام الفقه الإسلامي، إذ عنون الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الأول بعبارة: "النكاح الفاسد والباطل"³، وهو بذلك قد تبني الرأي الذي يفرق بين الزواج الباطل والزواج الفاسد.

¹ - أنظر، محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الكتاب الأول، ط2، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2009، ص149-150.

² - أنظر، زبير مصطفى حسين، الطبيعة القانونية لعقد الزواج، دار الكتب القانونية، مصر، 2012، ص9.

³ - أنظر، قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

وباستقراء نصوص البطلان، يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يتناول جميع حالات البطلان في صلب المواد التي وضعها تحت العنوان المذكور أعلاه، كما أغفل الآثار المترتبة عليه. وهذا ما يؤدي بنا إلى طرح الإشكالية التالية: ما هي الحالات التي تستوجب بطلان الزواج، وإذا ما تحقق البطلان، فما هي الآثار المترتب عليه؟ وبناء على هاته الإشكالية سنحاول بيان حالات بطلان عقد الزواج (أولا)، ثم الآثار المترتبة عليه (ثانيا).

أولا- حالات الزواج الباطل

تأثر المشرع الجزائري بأحكام الفقه الإسلامي- الحنفي- باستعماله مصطلحي الباطل والفاسد¹، وهو بذلك قد تبنى الرأي الذي يفرق بين الزواج الباطل والزواج الفاسد². وتطبيقا لذلك قضى- المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1984/10/08 على أنه: "من المقرر شرعا أن الزواج الذي لا يتوافر على أركانه المقررة شرعا يكون باطلا..."³. كما قضى أيضا في قراره الصادر بتاريخ 1984/06/25 على أنه: "...ومن المقرر أيضا أنه لا يحكم بفسخ عقد النكاح إلا إذا كان هذا النكاح فاسدا شرعا"⁴.

ولقد تجنب المشرع الجزائري وضع تعريف للزواج الباطل، واكتفى بذكر الحالات التي يكون فيها الزواج باطلا⁵.

وعليه فحالات الزواج الباطل في قانون الأسرة هي:

1- فقدان عقد الزواج لركنه الأساسي والمتعلق برضى الزوجين

يعتبر المشرع الجزائري الرضا ركن أساسي لإبرام عقد الزواج، وفقا لنص المادة 09 من قانون الأسرة بقولها: "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين". وبدون توافر عنصر الرضا يعتبر العقد باطلا، طبقا لنص المادة 33 فقرة أولى من نفس القانون بقولها: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا". وتأكيذا على ذلك قضت المحكمة العليا في

¹ - أنظر، ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز البقائق، ج6، شركة علاء الدين للطباعة، بيروت، د س ن، ص75؛ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص366؛ ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج7، دار عالم الكتب، الرياض، 2003، ص233.

² - موقف فقهاء الشريعة الإسلامية من التمييز بين الزواج الباطل والزواج الفاسد. أنظر، فتحي الدريني، بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2008، ص301 وما بعدها؛ بوكان أبو بكر كريم، نظرية البطلان والفساد في عقد الزواج، دار الكتب القانونية، مصر، 2012، ص73 وما بعدها؛ زبير مصطفى حسين، المرجع السابق، ص283 وما بعدها.

³ - أنظر، المجلس الأعلى، غ أش، 1984/10/08، ملف رقم 34137، م ق، 1989، عدد4، ص79.

⁴ - أنظر، المجلس الأعلى، غ أش، 1984/06/25، ملف رقم 33715، م ق، 1989، عدد04، ص99.

⁵ - أنظر، عبد الفتاح تقيّة، الإشكالات القانونية بين النظرية والتطبيق في قانون 84- 11، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003، عدد2، ص95.

قرارها الصادر بتاريخ 2001/02/21 بما يلي: "إن الحكم بفسخ عقد الزواج قبل البناء لتمسك الزوجة بالفسخ بعد بلوغها سن الرشد لعدم رضاها هو تطبيق صحيح للقانون".¹

كما لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه، إذ قضت المحكمة العليا بهذا الخصوص في قرارها الصادر بتاريخ 1993/03/20 على أنه: "من المقرر شرعا وقانونا أنه لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 09 من هذا القانون. ولما ثبت- من قضية الحال- أن البنت الراشدة، عبرت عن رضاها وأن الراغب في زواجها معلم وله مسكن، فإن والدها- الطاعن- لم يثر الأسباب التي دفعت به لمنع هذا الزواج، لذا فإن قضية الموضوع كانوا على صواب عندما رخصوا للمطعون ضدهما بالزواج، مما يتعين رفض الطعن لعدم تأسيسه".²

2- وجود مانع من موانع الزواج

موانع الزواج منها المؤبدة وهي المنصوص عليها ضمن المواد 24(المحرمات بالقرابة) و25(المحرمات بالمصاهرة) و27(المحرمات بالرضاع)، ومنها المؤقتة وهي المنصوص عليها في المادة 30 من قانون الأسرة.

وهكذا إذا حدث أن تزوج رجل بامرأة تحرم عليه حرمة مؤبدة كأخته من الرضاع، أو حرمة مؤقتة كمعدة الغير، فإن الزواج يكون باطلا يجب فسخه رضاء وإلّا ففضاء قبل الدخول أو بعدة ويترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الاستبراء طبقا لنص المادة 34 من قانون الأسرة.³ وتطبيقا لذلك اعتبرت المحكمة العليا أن الزواج في العدة باطل، وهو ما قضت به في قرارها الصادر بتاريخ 1998/05/19 على أنه: "من المقرر شرعا أن الزواج في العدة باطل ومن المقرر قانونا أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وأقصاها عشرة أشهر. ومتى تبين- في قضية الحال- أن الزواج وقع على امرأة مازالت في عدة الحمل، أن الحمل وضع بعد أربعة أشهر من تاريخ الزواج الثاني، وأن قضية الموضوع بقضائهم باعتبار الطاعنة بنت للزوج الثاني اعتمادا على قاعدة الولد للفراش، مع أن الزواج الثاني باطل شرعا فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وخرقوا أحكام الشريعة الإسلامية. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة".⁴

¹ - أنظر، المحكمة العليا، غ أش، 2001/02/21، ملف رقم 255711، م ق، 2002، عدد2، ص424.

² - أنظر، المحكمة العليا، غ أش، 1993/03/30، ملف رقم 90468، م ق، 1994، عدد3، ص66.

³ - تنص المادة 34 من قانون الأسرة، على أن الزواج بالمحرم يفسخ، ولكن الأصح يبطل، كما ورد ذلك في النص الفرنسي (est déclaré nul). لأن الزواج بالمحرم يعد من الموانع، وهو عقد باطل، لخلوه من المحل، وهو شرط انعقاد. أنظر، فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص136-146.

⁴ - أنظر، المحكمة العليا، غ أش، 1998/05/19، ملف رقم 193825، إ ق، 2001، عدد خاص، 73.

وقد أشارت المحكمة العليا أن البناء بالزوجة وهي حامل يبطل عقد الزواج، وذلك في قرارها الصادر بتاريخ 2006/10/11 حيث قضت بموجبه: "البناء بالزوجة وهي حامل من غير زواج شرعي، يبطل عقد الزواج، ويحمل الزوجة مسؤولية الطلاق"¹.

وينصرف البطلان كذلك، إلى زواج المسلمة بغير المسلم²، وهذا يعني أنه إذا أبرم عقد زواج بين أية امرأة جزائرية مسلمة وأي رجل غير مسلم يعتبر باطلا بطلانا مطلقا. وإذا وقع إبرامه أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية أو أمام غيرهما من هو مؤهل قانونا لإبرام وتحرير عقود الزواج وتم تسجيله في سجلات الحالة المدنية، فإنه مع ذلك يعتبر عقدا باطلا ولا يمكن الاحتجاج به لا من الزوجين ولا من أي شخص آخر له مصلحة في ذلك. وإذا سجل في بلد أجنبي وسجل في سجلات أجنبية يكون كذلك مآله البطلان، ولا يمكن الاحتجاج به أمام القضاء الجزائري لإثبات الحقوق الزوجية³.

وكذلك يعتبر الزواج باطلا في حالة زواج المسلم بامرأة لا تدين بدين ساوي ولا تؤمن برسول ولا بكتاب إلهي، بأن تكون مشركة كوثنية ومجوسية وعابدة الشمس أو القمر. وعلى خلاف ذلك يجوز للمسلم أن يتزوج امرأة كتائية التي تؤمن برسول وتقر بكتاب ساوي، سواء كانت يهودية أم نصرانية⁴. ويعتبر الزواج باطلا أيضا إذا كان أحد الزوجين مرتدا طبقا للمادة 32 و138 من قانون الأسرة⁵.

3- فقدان عقد الزواج لأكثر من شرط واحد من الشروط التي اعتبرها القانون شروط صحة

فالاتجاه القضائي مستقر على أنه لو تم الزواج دون ولي ولا صداق يعتبر باطل، وهذا ما أشار إليه المجلس الأعلى في قراره الصادر بتاريخ 1989/01/02 إذ قضى- بأنه: "من المقرر شرعا وقانونا أن للنكاح أربعة أركان وهي: صداق- صيغة(رضا الزوجين) وشاهدين، بالإضافة إلى خلو الزوجين من الموانع الشرعية، ومن المقرر أيضا أنه إذا اختلف ركنان من أركان الزواج غير الرضا يبطل الزواج، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بانتهاك الشريعة الإسلامية والخطأ في تطبيق القانون غير وجيه ويستوجب رفضه. ولما كان من الثابت- في قضية الحال- أن الشاهد الأول صرح أنه لا يوجد ولي ولا صداق، وأن الشاهد الثاني صرح أنه استدعى لحفلة عشاء ولا يعرف شيئا عن الزوجة والزوجة، فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بإلغاء الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء برفض الدعوى لعدم التأسيس لانعدام ركنين من أركان الزواج وهما الولي والصداق،

¹ - أنظر، المحكمة العليا، غ أش، 2006/10/11، ملف رقم 371562، م م ع، 2007، عدد2، ص 457.

² - أنظر، المادة 30 من قانون الأسرة.

³ - أنظر، عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط4، دار هومه، الجزائر، 2013، ص 34-35.

⁴ - أنظر، أبو إسحاق الشيرازي، المهذب، ج4، دار القلم، بيروت، 1996، ص 150-151؛ شمس الدين بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج3، دار المعرفة، بيروت، 1997، ص 248-249.

⁵ - أنظر، بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2012، ص 377؛ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 291.

فإنهم بقضائهم كما فعلوا طبقوا الشريعة الإسلامية ثم القانون تطبيقا سليما. ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"¹.

4- اشتغال عقد الزواج على شرط بنافي أصله

يطل عقد الزواج إذا اشتمل على شرط بنافي أصله ككناح الشغار وكناح المحلل وكناح المتعة². أما إذا كانت الشروط تتنافى ومقتضيات العقد والتي لا تؤثر على صحته كما إذا كان الشرط لا ممر لها أو لا نفقة، فتعتبر باطلة أما العقد فيكون صحيح في نفسه، وذلك طبقا لنص المادة 35 من قانون الأسرة³.

5- اتحاد الجنس

تعتبر مسألة فارق الجنس في القانون الجزائري مسألة جوهرية لا تبني الرابطة الزوجية إلا على أساسها، فالمشرع الجزائري لا يعترف إلا بين شخصين من جنس مختلف، وهذا ما يستفاد من نص المادة 04 من قانون الأسرة بقولها: "الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي". وبالتالي يعتبر عقد الزواج بين شخصين من نفس الجنس، أي بين رجلين أو امرأتين باطلا⁴.

6- مخالفة سن الزواج

لقد أثار نص المادة 07 من قانون الأسرة الخلاف بين الشراح على الجزاء المترتب على مخالفته، حيث لم يجمع الفقهاء الجزائري على حل موحد لهذه المسألة.

إذ يرى بعض الفقهاء الجزائري أن المشرع لم يقرر أي جزاء عند مخالفة الحد الأدنى لسن الزواج، فلا يترتب على ذلك إبطال أو فسخ عقد الزواج⁵.

¹ - أنظر، المجلس الأعلى، غ أ ش، 1989/01/02، ملف رقم 51107، م ق، 1992، عدد3، ص53.

² - أنظر، أحمد بن قدامة، الشرح الكبير، ج20، ط1، دار هجر، د س ن، ص398 وما بعدها.

³ - باستثناء المادة 32 من قانون الأسرة والتي تنص على أنه، "يطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط بنافي ومقتضيات العقد" والمادة 35 من نفس القانون والتي تنص على أنه: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان الشرط باطلا والعقد صحيحا". نلاحظ أن هناك تعارض أو عدم انسجام في لغوي المادتين، إذ أنه في نفس الواقعة(الشرط الذي ينافي العقد) رتب القانون حكمتين مختلفتين تارة بطلان العقد(المادة32) وتارة بطلان الشرط وصحة العقد(المادة35)، وعليه ينبغي تصحيح النص وذلك بحذف عبارة "مقتضاه" من المادة 32 وإضافتها إلى المادة 35، بحيث يصبح النص في المادة الأخيرة كالآتي: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط بنافي مقتضاه، كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا". أما حالة بطلان العقد بسبب الشرط فيكون في حالة كون الشرط بنافي أصل العقد. أنظر، بن شويخ، الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط1، دار الحادونية، الجزائر، 2008، ص99.

⁴ - أنظر، تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص9-10.

⁵ - أنظر، الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص10-9.

- Cf. GhaoutIBENMELHA , Le droit algérien de la famille, O.P.U, Alger, 1993, p52.

في حين يرى البعض الآخر أن المشرع أعطى لذلك التحديد القيمة القانونية بموجب قانون 29 جوان 1963¹؛ لأن قانون الأسرة لم ينص صراحة على إلغاء قانون 1963 ولم يتضمن مؤيدات جديدة، فإنه يبقى قابلا للتطبيق على كل من يخالف أهلية الزواج. وبذلك يكون الزواج قبل اكتمال الأهلية باطلا مالم يلحقه دخول، ويمكن الطعن فيه من طرف أحد الزوجين، أو النيابة العامة، أو ممن له مصلحة في ذلك. ولكن لا يمكن الطعن في العقد إذا بلغ الزوجان السن القانونية أو حملت الزوجة التي لم تبلغ سن أهلية الزواج².

أما الرأي الثالث فقد ذهب إلى بطلان الزواج الذي لم تتوفر فيه الأهلية المنصوص عليها في المادة 07 من قانون الأسرة ولم يحصل على الإذن القانوني، وذلك وفقا للقواعد العامة التي تضمنتها المواد 9 و32 و33 من نفس القانون، إذ أنه لا يمكن تصور الأهلية الكاملة دون انتفاء السن المنصوص عليها في المادة 07 من ذات القانون، كما لا يمكن تصور صحة الرضا في غياب هذا السن³.

ومن خلال هذه الآراء نرى وجهة الرأي الأخير، لأن تحديد سن الزواج في المادة 07 من قانون الأسرة الغرض منه حماية الطفل وكذلك المحافظة على الرضا والاختيار الحر للمتعاقدين، وهذه الأمور لا تتحقق إلا مع توافر الأهلية الكاملة وقت إبرام العقد، وكل ذلك يتطلب فرض الحد الأدنى للزواج تحت طائلة البطلان⁴.

فإذا توافرت إحدى هذه الحالات كان الزواج باطلا لا يترتب عليه أي أثر من آثار عقد الزواج الصحيح ما لم يحصل دخول فإن وقع دخول رتب بعض الآثار، وهذا ما سنحاول توضيحه تبعا.

ثانيا- آثار الزواج الباطل

المشرع الجزائري لم يتحدث عن آثار الزواج الباطل، ما عدا مادة واحدة تتعلق بالميراث وهي المادة 131 من قانون الأسرة والتي تنص على أنه: "إذا ثبت بطلان الزواج فلا توارث بين الزوجين.

القاعدة العامة أن العقد الباطل لا يترتب عليه أي أثر، فهو معدوم والعدم لا ينتج أثرا⁵. غير أن لعقد الزواج طبيعة خاصة وهذه الخصوصية تكمن في واقعة الدخول، فترتب عليه بعض الآثار.

والناظر في الآراء الفقهية المتعلقة بآثار العقد غير الصحيح، لا يكاد يجد موقفا واضحا ومتفقا عليه بشأن ترتب أو عدم ترتب الآثار على عقد الزواج الباطل، ففي بعض المسائل لا يرتبون أي أثر وفي مسائل أخرى يرتبون بعض الآثار.

¹ - أنظر، قانون رقم 63- 244 المؤرخ في 29 جوان 1963 المتضمن تحديد سن الزواج.

² - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 28.

³ - أنظر، تشوار جيلالي، سن الزواج بين الإذن والجزاء، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 1999، عدد 4، ص 89؛ تشوار جيلالي، حماية الطفل عبر الإذن بالزواج، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 2000، عدد 1، ص 36.

⁴ - بلحاج العربي، أحكام...، المرجع السابق، ص 160.

⁵ - أنظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 4، ط 2، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص 132.

ومن خلال ما سبق نقول أن الزواج الباطل لا يترتب عليه أي أثر من آثار عقد الزواج الصحيح سواء قبل الدخول أو بعده، حتى إن تسميته بالعقد فيها شيء من التجاوز، إذ أن كل صلة تمت بين رجل وامرأة محرمة عليه شرعا أو لم تتوافر فيها شرائط الاعتقاد لا تعتبر عقدا، بحيث تستطيع المرأة أن تعقد الزواج على شخص آخر ويكون الزواج شرعيا، لأنها لم ترتبط بأي رباط زوجي، وتعتبر الصلة بين الرجل والمرأة صلة غير مشروعة لا يقرها الشرع ولا يعترف بها القانون¹.

ولكن يترتب على الزواج الباطل ما يأتي:

1-الصداق

القاعدة السائدة فقها وقانونا أن الصداق يجب كله بعد الدخول سواء كان الزواج صحيحا أم فاسدا أم باطلا²، وهذا ما يستفاد من نص المادة 33 من قانون الأسرة. وجوب المهر فقها، لما تقرر أن الدخول بالمرأة في دار الإسلام لا يخلو من عقرب (حد زاجر)، أو عقرب (مهر جابر)، وقد سقط الحد بشبهة العقد فيجب المهر³.

2- النسب

يثبت النسب في الزواج الباطل احتياطا لمصلحة الولد وصيانة له من الضياع، طبقا للمادتين 33 و40 من قانون الأسرة. وتأكيدا على ذلك قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1997/10/28 بما يلي: "من المقرر شرعا أنه يمكن إثبات النسب بالزواج الصحيح والإقرار والبينة وشهادة الشهود ونكاح الشبهة والأنكحة الفاسدة والباطلة تطبيقا لقاعدة إحياء الولد لأن ثبوت النسب يعد إحياء له وفيه قتلا له. ولما كان ثابتا أن قضاة المجلس لما قضاوا برفض سماع شهادة الأقارب في دعوى إثبات الزواج والنسب بحجة أن الحكم حاز قوة الشيء المقضي فيه فإنهم بقضائهم كما فعلوا أخطأوا في تطبيق القانون لأن حجية الشيء المقضي - فيه لا تطبق في قضايا الحالة كإثبات الزواج والنسب وأنه يمكن إثبات الزواج والنسب بطرق عدة على غرار العقد الصحيح طبقا للشريعة الإسلامية"⁴.

المشرع الجزائري ومن خلال المادتين السالفة الذكر قد أثبت النسب في الزواج الباطل دون مراعاة لنية الزوج، في حين اشترط فقهاء المالكية ثبوت النسب في الزواج الباطل للزوج متى كان هذا الأخير حسن النية،

¹ - أنظر، عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط5، المطبعة الجديدة، دمشق، 1978-1979؛ جميل فخري محمد جاني، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص31-32.

² - محمد الكشور، المرجع السابق، ص485.

³ - أنظر، عبد الغني الغنيمي، الباب في شرح الكتاب، ج3، المكتبة العلمية، بيروت، د س ن، ص22.

⁴ - أنظر، المحكمة العليا، غ أش، 1997/10/28، ملف رقم 172333، م ق، 1997، عددا، ص42.

ويكون الزوج حسن النية إذا كان غير عالم سبب بطلان عقد الزواج، وفي هذا الصدد قال أحد الفقهاء: "كل نكاح يدرأ فيه الحد، فالولد لاحق بالواطئ. وحيث وجب الحد، لا يلحق النسب"¹. وهذا يعني أن من أبرم عقد زواج باطل وكان جاهلاً بالتحريم، فإنه لا يجد لعدم علمه ويلحق به الولد. أما إذا كان عالماً بالتحريم فقد وجب الحد ولا يلحق به النسب. غير أن هذا المفهوم مقيد بمسائل يحد فيها الواطئ ويلحق به الولد، فيجتمع فيه أمران الحد والنسب، و من بين هذه المسائل:

- من تزوج بمطلقته ثلاثاً وعلم أنه لا تحل له إلا بعد أن تنكح زوجاً غيره.
 - من تزوج بامرأة خامسة وهو يعلم حرمتها لوجود أربع في عصمته.
 - من تزوج امرأة محرمة عليه بنسب أو رضاع أو صهر ونحوها وهو يعلم حرمتها قبل الوطاء².
- وهكذا من تزوج بامرأة تحرم عليه في إطار هذه المسائل السالفة الذكر، فهو يجد متى كان عالماً بالتحريم، غير أن الولد يلحق به.

وتقدير العلم من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع، بالبحث عن دلائلها والموازنة بينها وترجيح ما يطمئن إليه واستخلاص ما يقتنع به، وذلك لبناء حكمه على أسباب سائغة من شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي ينتهي إليها³.

3- الاستبراء

يقصد بالاستبراء الكشف عن حال الرحم بالتريص مدة معينة، للعلم بكونها برية من الحمل أو مشغولة مراعاة لحفظ الأنساب⁴.

فالاستبراء يقوم بوظيفة العدة، يكون بثلاث حيضات إذا كانت من ذوات الحيض، وإلا فثلاث أشهر، وهذا كله إن لم تكن حاملاً، فإن كانت حاملاً ينتهي استبراؤها بوضع الحمل⁵.

¹ - أنظر، أحمد بن حنبل، القوانين الفقهية، د د ن، ص 350.

² - أنظر، عثمان بن المكي التوزري الزبيدي، توضيح الأحكام في تحفة الأحكام، ج2، ط1، المطبعة التونسية، تونس، 1339، ص45.

³ - أنظر، قرار محكمة النقض في الطعن رقم 6 لسنة 51 جلسة 1982/02/16؛ مقتبس عن محمد عزي البكري، الأحوال الشخصية، ج1، دار محمد للنشر والتوزيع، ص130.

⁴ - أنظر، أبي بكر الحسن بن حسن الكششاوي الكسادي، أحكام العلاقة الزوجية، ط1، مكتبة التراث العربي، الدار البيضاء، 2010، ص196.

⁵ - أنظر، محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1957، ص373.

4- التعويض

يمكن للزوج البريء الذي لحقه ضرر من جراء بطلان عقد الزواج أن يطالب بالتعويض علي من تسبب في ذلك، طبقاً لأحكام العامة للمسؤولية المدنية التي تمنع كقاعدة الإضرار بالغير دون وجه حق.

فإذا ثبت للقاضي أن الوقائع المطروحة أمامه كافية لتشكيل عناصر المسؤولية المدنية من خطأ وضرر وعلاقة سببية، حكم للزوج البريء بالتعويض لجبر الضرر الذي لحقه. والقاضي له سلطة واسعة في تقديره للتعويض، إذ قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2006/07/10 على أن: "تحديد التعويض عن الطلاق التعسفي يعد من المسائل التقديرية التي يختص قضاة الموضوع دون غيرهم"¹. وإذا كان هذا القرار يتعلق بالتعويض عن الطلاق التعسفي، فلا مانع من تطبيقه على بطلان عقد الزواج.

رغم أن التعويض الذي يحكم به القاضي عن بطلان عقد الزواج يخضع لسلطته التقديرية دون رقابة من المحكمة العليا، إلا أن هذه السلطة تحكمها ضوابط معينة، لأنها لا تعتبر حالة نفسية يحكم بها القاضي حسب أهوائه. ولهذا يجب للقاضي وعند تقديره للتعويض أن يبرز بما فيه الكفاية للعناصر التي استمد منها في تقديره، وذلك لكي يتسنى للمحكمة العليا مراقبة مدى تطبيق القواعد المعلقة بالتعويض.

ومن المعلوم أنه كلما ظهر سبب التحريم للزوجين في الزواج الباطل، سواء كان قبل الدخول أو بعده، وجب عليهما أن يفترقا رضاً، فإذا لم يفترقا اختياراً فرق القاضي بينهما جبراً²، لأن المسألة تتعلق بصميم النظام العام وليس لمصلحة الزوجين.

وتجدر الإشارة في هذا المقام أن التشريع الجزائري يفتقد لنصوص إجرائية خاصة وصریحة تبين كيفية التفريق بين الزوجين في الزواج الباطل.

وأمام هذا الفراغ التشريعي سنحاول وضع الخطوط العريضة لهذه المسألة، فنقول إذا وقع إبرام زواج باطل، ثم بعد فترة من الزمن انكشف أمره، فإما أن يكون الزوجان راضيين به ولم يعلم غيرهما سبب البطلان. وإما أن يكون أحدهما غير راض بالحياة مع الآخر في ضل هذا العقد غير الصحيح. وإما أن يكون الغير ممن له مصلحة يرغب في بطلانه. وفي هذه الحالة يمكن لأحد الزوجين ولكل من له مصلحة في بطلان عقد الزواج، أن يتقدم

¹ - أنظر، المحكمة العليا، غ أش، 2006/07/12، ملف رقم 368660، م م ع، 2006، عدد2، ص483.

² - أنظر، رمضان علي السيد الشرباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة، ط1، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص337-338؛ محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط4، الدار الجامعية، بيروت، 1983، ص338.

يطلب أمام المحكمة المختصة عن طريق دعوى قضائية، يعرب فيها رغبته في تقرير بطلان عقد الزواج، بعد أن يكون قد أرفق طلبه هذا بكل الحجج و الدلائل التي تثبت ما يدعيه.¹

كما يمكن لممثل النيابة العامة أن يقوم بنفس الإجراء، باعتبار أن ذلك من النظام العام ومن واجب النيابة العامة الحرص عليه، وفقا لفحوى المادة 03 مكرر من قانون الأسرة والتي تنص على أنه: "تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون". حيث لها رفع دعوى بطلان عقد الزواج.

تصرح المحكمة ببطلان عقد الزواج، سواء طلب منها ذلك مباشرة من أية جهة كانت لها مصلحة في ذلك أو لم يطلب منها، حيث لها أن تثير ذلك تلقائيا بمجرد تأكدها من توافر الأسباب المؤدية للبطلان، لكون المسألة تتعلق بتصميم النظام العام. وفي هذا الخصوص قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1966/12/07:

«...attendu qu'en état de ces constatations, les juges du fond ont, conformément aux prescriptions impératives de la loi, prononcé d'office la nullité du mariage...»².

ومن ثم يمكن التمسك ببطلان عقد الزواج أمام المجلس القضائي، بل أمام المحكمة العليا، رغم عدم إثارة ذلك أمام المحكمة.

بعد الحكم ببطلان عقد الزواج يتم تنفيذه رضاء وإلا قضاء، والحكم هنا كاشف غير منشئ يرتب آثاره في الحال وفي مواجهة الكافة، دون الاحتياج مبدئيا إلى أي إجراء قضائي.³

فضلا عن ذلك يجب على وكيل الجمهورية ممثل النيابة العامة على مستوى المحكمة، أن يقوم بتسجيل الحكم في سجلات الحالة المدنية، وهذا طبقا لنص المادة 49 في فقرتها الأخيرة من قانون الأسرة إذا قمنا بتفسير النصوص بالنصوص.

ومن زاوية القانون المقارن، نجد أن المشرع المغربي أقر صراحة على هذا الإجراء، وهو ما نصت عليه 141 من مدونة الأسرة على أنه: "توجه المحكمة ملخص وثيقة الطلاق، أو الرجعة، أو الحكم بالتطليق، أو بفسخ عقد الزواج، أو بطلانه، إلى ضابط الحالة المدنية لمحل ولادة الزوجين، مرفقا بشهادة التسليم داخل خمسة عشر- يوما من تاريخ الإشهاد به، أو من صدور الحكم بالتطليق أو الفسخ أو البطلان. يجب على ضابط الحالة المدنية تضمين بيانات الملخص بهامش رسم ولادة الزوجين. إذا لم يكن للزوجين أو أحدهما محل ولادة بالمغرب، فيوجه الملخص إلى وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بالرباط. تحدد المعلومات الواجب تضمينها في الملخص المشار إليه في الفقرة الأولى أعلاه بقرار من وزير العدل".

¹ - أنظر، عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هوم، الجزائر، 1996، ص189.

² - Cf. Cour suprême, C.D.P, 07/12/1966, R.A.S.J.E.P, 1968, n° 1, p139.

³ - محمد الكشور، المرجع السابق، ص489.

خاتمة

فمن يتأمل النصوص التي استعرضناها في النقاط الفاتنة يستنتج أن المشرع أورد حالات بطلان الزواج في مواد متفرقة، ابتداء من المادة 32 من قانون الأسرة التي يمكن اعتبارها بمثابة قاعدة عامة اشتملت كل حالات البطلان وإن كانت تنقصها الصياغة القانونية الدقيقة، كما أنه أغفل جمع الآثار المترتبة عليه في مادة واحدة.

والظاهر أن المشرع الجزائري اعتمد على مبادئ الشريعة الإسلامية، وبالرجوع إلى هذه الأخيرة لا نجد موقفا واضحا ومحددا ومتفقا عليه من قبل الفقهاء بشأن ترتب أو عدم ترتب الآثار على عقد الزواج غير الصحيح، مما يثير إشكالا لا بد من البحث فيه وإبراز جوانبه المختلفة.

ولتحقيق المزيد من التطور في قانون الأسرة، فإننا نرى ضرورة تدخل المشرع مرة أخرى والقيام بمراجعة النصوص القانونية المتعلقة بالزواج الباطل، وذلك قصد قيامها على سياسة قانونية واضحة، معتمدا في ذلك على مبادئ الشريعة الإسلامية مع الأخذ بعين الاعتبار الحقائق الاجتماعية المعاشة.

قائمة المراجع

أولا- المراجع العامة

- ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج7، دار عالم الكتب، الرياض، 2003.
- ابن نجيم، البحر الرائق شرح كثر الدقائق، ج6، شركة علاء الدين للطباعة، بيروت، د س ن.
- أبو إسحاق الشيرازي، المهذب، ج4، دار القلم، بيروت، 1996.
- أحمد بن جزي، القوانين الفقهية، د د ن، د س ن.
- أحمد بن قدامة، شرح الكبير، ج20، دار هجر، د س ن.
- الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج1، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.
- شمس الدين بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج3، دار المعرفة، بيروت، 1997.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج4، ط2، منشورات حلي الحقوقية، بيروت، 1998.
- عبد الغني الغنيمي، اللباب في شرح الكتاب، ج3، المكتبة العلمية، بيروت، د س ن.
- عثمان بن المكي التوزري الزبيدي، توضيح الأحكام في تحفة الحكام، ج2، ط1، المطبعة التونسية، تونس، 1339.
- فتحي البريني، حوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله، ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2008.

ثانيا- المراجع المتخصصة

1- باللغة العربية

- أبي بكر الحسن بن حسن الكششناوي الكسادي، أحكام العلاقة الزوجية، ط1، مكتبة التراث العربي، الدار البيضاء، 2010.
- الغوثي بن ملحمة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
- بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2012.
- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
- بن شيوخ الرشيد، شرح قانون الأسر الجزائري المعدل، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
- بوكان أبو بكر، نظرية البطان والفساد في عقد الزواج، دار الكتب القانونية، مصر، 2012.
- تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
- جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
- زبير مصطفى حسين، الطبيعة القانونية لعقد الزواج، دار الكتب القانونية، مصر، 2012.
- عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط5، المطبعة الجديدة، دمشق، 1978-1979.
- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، ط4، دار هومه، الجزائر، 2013.
- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
- محمد الكششور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الكتاب الأول، ط2، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2009.
- محمد عزمي البكري، الأحوال الشخصية، ج1، دار محمد للنشر والتوزيع.

2- باللغة الفرنسية

-GhaoutiBenmelha, Le droit algérien de la famille, O.P.U., Alger, 1993.

ثالثا- المقالات والتعليق

- تشوار جيلالي، حماية الطفل عبر الإذن بالزواج، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000، عدد1.
- تشوار جيلالي، سن الزواج بين الإذن والجزاء، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1999، عدد4.
- عبد الفتاح تقيّة، الإشكالات القانونية بين النظرية والتطبيق في قانون 84-11، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003، عدد2.

واقع جودة التعليم العالي في الجزائر*

أ.د/ بن عبو جيلالي- نائب عميد كلية العلوم الاقتصادية، التجارية وعلوم التسيير- جامعة معسكر

بن ونيسة ليلي- باحثة دكتوراه كلية العلوم الاقتصادية، التجارية وعلوم التسيير - جامعة معسكر

الملخص

لقد أصبح الولوج إلى اقتصاد المعرفة ضرورة ملحة بالنسبة لكل دول العالم؛ بحيث يجب أن تهيأ له كل التسهيلات من خلال بناء بنية تحتية تكنولوجية حديثة يعم فيها استخدام الإنترنت في كافة مجالات الحياة، وكذلك بناء رأسال بشري قوي من خلال الاهتمام بالتعليم والتكوين المستمر. تعتبر مؤسسات التعليم العالي أهم مراكز تحصيل ونشر المعرفة والتكنولوجيات الحديثة؛ حيث أصبحت جودة هاته المؤسسات من أهم عوامل تمييز الدول في ما يخص اقتصاد المعرفة. وعليه، فإن الهدف من هذا العمل هو الوقوف على العوامل المحددة لجودة مؤسسات التعليم العالي، وكذا المعايير المعتمدة عالميا لتصنيفها، ومحل الجامعات الجزائرية من هذا الواقع الجديد.

الكلمات المفتاحية: اقتصاد المعرفة، الجودة التعليمية، مؤسسات التعليم العالي، معايير التصنيف، الجامعات الجزائرية.

Abstract:

Access to knowledge economy has become imperative for all countries, including the importance of investment in technological infrastructure and human capital. Actually, universities are considered as being the centre of creation and sharing of knowledge, and the pillar of the innovation process. Therefore, the quality of higher education is considered as a major ranking element of universities around the world. This ranking is even used to distinguish countries in the process of integration of the knowledge economy. We will present in this working paper the imperatives of the quality of higher education, and the

criteria for universities ranking and finally, the place of the Algerian University in this new area.

Key words: Knowledge economy, Quality of education, Institutions of higher education, Classification criteria, Algerian universities.

مقدمة

وُضعت الجامعات في بيئة تنافسية وهذا ما جعلها تتبع الجودة في مؤسساتها التعليمية، لذلك سنحاول من خلال هذه الورقة التطرق إلى مفاهيم الجودة بصفة عامة والجودة التعليمية بصفة خاصة، ثم إعطاء لمحة حول نماذج الجودة في الجامعات، وأين الجزائر من هذا الترتيب؟ وعليه، تتبلور لنا الإشكالية التالية: ما مدى استجابة منظومة التعليم العالي في الجزائر لمتطلبات الجودة من أجل تصنيفها في المراتب الأولى حسب معايير التصنيف الدولية؟

1. الجودة في مؤسسات التعليم العالي

قبل التطرق إلى الجودة في مؤسسات التعليم العالي؛ سنحاول التعرف على الجودة بصفة عامة من خلال بعض المفاهيم.

لقد اختلفت مفاهيم الجودة من باحث لآخر، فكل باحث أعطاها تعريف وميزة مختلفة فعرّفها (Deming, 1950) على أنها "درجة متوقعة من التناسق والاعتماد تناسب السوق بتكلفة منخفضة"، وجاء (Crosby, 1979) الذي نادى بفكرة عدم وجود معيب أو صناعة بلا عيوب، وأكد أنه لا يعني ذلك أن المنشأة لا تتوقع أخطاءً من العاملين وأنهم غير معصومين من الخطأ، وأشار إلى أننا إن لم نكن نؤمن بإمكانية تحقيق مستوى صفر من العيوب، فإننا لن نستطيع تحقيق الهدف على الإطلاق.¹

كما عرّفها مجموعة من الهيئات والمنظمات كمعهد الجودة الفيديرالي على أنها "أداء العمل بشكل صحيح من المرة الأولى مع الاعتماد على تقييم المستفيد لمعرفة مدى تحسين الأداء"، و ISO 9000 عرّفها "مجموعة الصفات المميزة للمنتج والتي تجعله مليئا بالحاجات المعلنة و المتوقعة أو قادرا على تلبيةها".²

¹ يوسف حيم الطائي آخرون، (2000)، نظم إدارة الجودة في المنظمات الإنتاجية والخدمية، دار اليازوري العلمية للنشر- والتوزيع، عمان، ص 226.

² د.فاطمة علي متولي، مراقبة الجودة، كلية الفنون التطبيقية، جامعة حلوان، ص 4.

لقد انتقلت فكرة الجودة إلى مؤسسات التعليم وأول من نقل فكرة الجودة إلى التعليم في الولايات المتحدة الأمريكية هو (Malcolm Baldrige)، ثم اعتمدت الكليات الأمريكية على تطبيق مبادئ إدارة الجودة الشاملة نقلا عن اليابان، ولذلك تطورت في بداية الثمانينات وازداد تطبيقها في الجامعات في التسعينات.

حدد مؤتمر اليونسكو 1998 أن للجودة في التعليم مفهوم متعدد الأبعاد ينبغي أن يشمل جميع وظائف التعليم وأنشطته مثل المناهج الدراسية، البرامج التعليمية، البحوث العلمية، الطلاب، المباني، المرافق، الأدوات... الخ، وتوفير الخدمات للمجتمع المحلي والتعليم الداخلي وتحديد المعايير مقارنة للجودة المعترف بها دولياً¹.

قام كل من (Harvey and Knight, 1996) بتحديد خمسة مداخل للتفكير في الجودة التعليمية وهي:

- يمكن النظر للجودة في مجال التعليم كاستثناء مميز يستطيع مقابلة أعلى المعايير.
- الجودة في مجال التعليم تعني حالة من التوافق بين العمليات الإدارية والتعليمية من خلال توحيد المصفوفات للوصول إلى مستوى صفر من العيوب.
- النظر للجودة من وجهة نظر الغرض من المنتج أو الخدمة.
- الجودة هي قيمة مالية تنشأ من الكفاءة و الفاعلية.
- المدخل الخامس ينظر إلى الجودة على أنها عمليات التحول والتغيير النوعي أو الشكلي أو الإدراكي، وهو يلائم مؤسسات التعليم².

عرف (Mukhopachyay, 2001) إدارة الجودة الشاملة في التعليم العالي على أنها مجموعة الآراء التي تشمل ما يلي: امتياز العملية التعليمية، القيمة المضافة للعملية التعليمية، ملائمة مخرجات العملية التعليمية للاستخدام، توافق مخرجات التعليم مع الأهداف المخططة والمواصفات والمتطلبات، تجنب حدوث العيوب في العملية التعليمية، مقابلة التوقعات المتزايدة للعملاء³.

¹ زبدي عبد السلام، قرين ربيع، (2010)، نماذج رائدة لإدارة الجودة الشاملة في مؤسسات التعليم العالي، جامعة العربي التبسي، المركز الجامعي خنشلة، الجزائر، ص 5.

² سعيد بن علي العضاخي، (2012)، معوقات تطبيق إدارة الجودة الشاملة في مؤسسات التعليم العالي، دراسة ميدانية، المجلة العربية لضمان جودة التعليم الجامعي، العدد 9، المجلد الخامس، ص 75.

³ د. سعيد بن علي العضاخي، (2012)، نفس المرجع السابق، ص 75.

إن موضوع الجودة أصبح من المواضيع الشائعة التي يجب على كل مؤسسة انتهاجها؛ وذلك للفائدة الناجمة عن استخدام مفاهيم الجودة، وقد واجهت مؤسسات التعليم العالي العديد من الظروف والتي أرغمتها على البحث عن الجودة وتطبيقها لتحقيق الأهداف المرجوة ومن بين هذه الظروف¹:

- الثورة التكنولوجية وما نتج عنها من معارف ومعلومات حولت العالم إلى قرية صغيرة تعمل على التنافس والتطور.
- الاعتماد التدريجي لـ "الإدارة العامة الجديدة" التي تتطلب من المسؤولين إثبات فعالية الإنفاق العام.
- الدول وافقت على منح مزيد من الاستقلالية لمؤسسات التعليم العالي لتحسين إدارتها المركزية مقابل ضمان الجودة.
- دور التعليم العالي في تكوين العاملين في مجال المعرفة يسهم في النمو الاقتصادي.
- التطور باتجاه الاقتصاد الجديد حث الطلاب وأرباب العمل على المزيد من التعليم العالي.
- ضرورة تحسين نوعية خريجي الجامعات وهذا وفقا لمتطلبات سوق العمل الذي يعرف هو أيضا قفزة نوعية.
- الكم الهائل من الجامعات والطلبة جعل التعليم يفقد نوعا ما يعرف بالتنوع.
- ضرورة تحسين المناهج ضمن معايير عالمية للتمكن من التصنيف.
- الاستثمار في رأس المال البشري هدف العملية التعليمية لذا يجب استثماره على أحسن وجه.
- محاولة تحسين المنظومة التعليمية بصفة عامة .
- تكوين بنية تحتية مكونة من خريجي الجامعات ذوي كفاءة عالية للاندماج في اقتصاد المعرفة.

أهم محاور الجودة في المنظومة التعليمية:

إن المؤسسات تختلف حسب طبيعتها (اقتصادية، إدارية، تربوية...الخ) لذا تختلف الجودة من مؤسسات لأخرى فمثلا مؤسسات التعليم العالي لا تعرف الزبون أو العميل أو المنتج مثلا، إنما لديها مدخلات (والتي يعرفها المركز الوطني لضمان الجودة واعتماد المؤسسات التعليمية والتدريبية على أنها الحجم الكلي للموارد المخصصة لغرض معين، والتي تستعمل من أجل تشغيل نظام ما، وتشمل: الموارد البشرية والمادية والمالية والتقنية والمعلومات والوقت).

¹ OECD, (2008), Assurer et améliorer la qualité dans l'enseignement supérieur : Repères pour l'élaboration des politiques, Direction de l'éducation, Division des politiques d'éducation et de formation, p. 01.

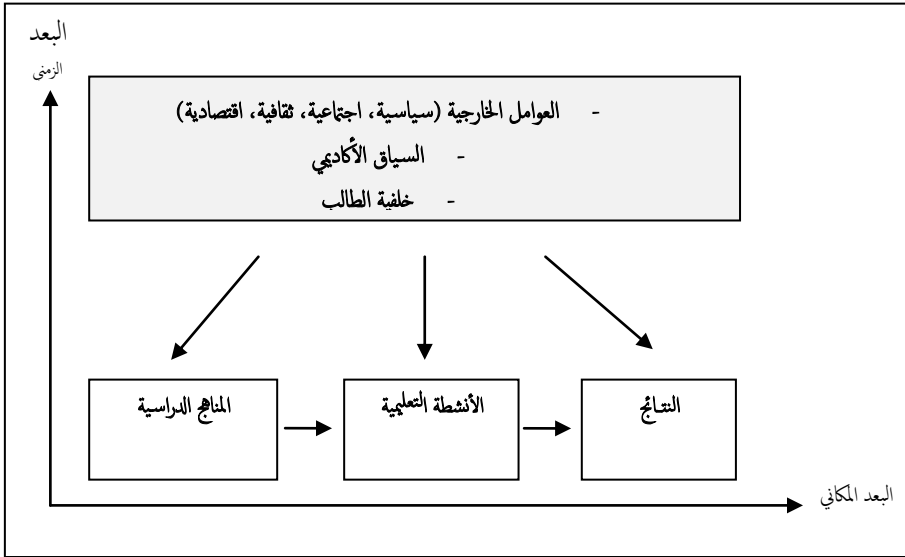
والمخرجات (يعرفها المركز الوطني لضمان الجودة واعتماد المؤسسات التعليمية والتدريبية على أنها الإنجازات والنتائج النهائية التي يحققها النظام التعليمي وتحدد مخرجاته وفقا لرسالته وأهدافه) لذا يجب عليها تحسين نوعية المدخلات، واتباع العملية التعليمية للحصول على مخرجات ذات جودة لديها القدرة على منافسة مخرجات المؤسسات التعليمية الأخرى.

يرى (De Ketele, 2010) أن التعليم العالي يعتمد في الدرجة الأولى على التدريس، لذلك يجب الاهتمام به واتباع أحدث الطرق لتحقيق هذه العملية، كما اعتبر أن كل الأنشطة الأخرى في المؤسسة التعليمية ما هي إلا تكامل مع نشاط التدريس، وتتأثر وظيفة التدريس بعاملين أساسيين حسب (De Ketele, 2010) وهما:

- المناهج الدراسية (البرامج).
- العوامل المختلفة سواء الداخلية (الخبرة الغير الكافية لأعضاء هيئة التدريس) والخارجية (اللوائح والتشريعات).

والشكل التالي يوضح تكامل العملية التدريسية:

الشكل 01 : التدريس الجامعي



Source : De Ketele, J-M (2010), La pédagogie universitaire : Un courant en plein développement, Revue française de pédagogie, n° 172, P 5-13.

ومن بين محاور المنظومة التعليمية نجد أيضا:

■ **الطالب:** وهو كل شخص مسجل لنيل درجة علمية وفقا للوائح والنظم المعمول بها في مؤسسات التعليم العالي¹، كل هذه العملية من أجل الوصول إلى خريجي جامعات ذوي مواصفات عالية، يمتلكون أكبر قدر من المعارف من أجل توظيفها في مناصبهم المستقبلية.

■ **أعضاء هيئة التدريس:** وهم الأساتذة المشرفون على العملية وأصحاب المسؤولية التامة عن المعارف المكتسبة من طرف الطلبة، يعملون على الاستثمار في رأس المال البشري، لذا يجب أن يكون أعضاء هيئة التدريس ذوي كفاءة عالية من حيث مستواهم التعليمي وطريقة ممارستهم لمهنة التدريس، حيث يجب توصيل أكبر قدر ممكن من المعارف إلى الطلبة.

■ **الإدارة الجامعية والتشريعات واللوائح:** وتتمثل في القوانين والتشريعات وسياسات التخطيط التي تعمل على تسهيل العملية التعليمية، إذ هناك تسهيلات حكومية مثل الإيفاق على التعليم العالي وأنظمة التعليم، ولكن هناك قوانين داخلية في مؤسسات التعليم العالي يجب أيضا أن تسهل العملية التعليمية، بالإضافة إلى المناهج العلمية التي يجب أن تكون في المستوى.

■ **طريقة التقييم:** إن للتقييم في المنظومة التعليمية هدف محم وفعال وهو معرفة النتائج، ويتضح من خلال هذه النتائج ما إذا كانت هذه العملية في المستوى المطلوب؟ وهل حققت نوعا من الأهداف المرجوة في البداية؟ فعملية التقييم توضح النتيجة النهائية وما إذا كان هناك أية نقائص يمكن تداركها. هي عملية قياس جودة الأداء في كل الأنشطة بهدف التحسين المستمر للأداء المستقبلي².

■ **البحث العلمي:** وهو من أهم الوظائف التعليمية سواء للطالب أو الأستاذ؛ حيث تعتبر البحوث المقدمة حول موضوع من مواضيع البحث كنتيجة يمكن تقييمها، لأن هذه البحوث هي عبارة عن معارف ومعلومات واستنتاجات حول موضوع معين، لذا يجب على هيئة التدريس أن تختار مواضيع مهمة لتكون مشاريع بحث، وتوظف أيضا جهود الطلبة لتخرج في الأخير بنتائج تكون حلول في المجتمع وتساعد في عملية التنمية.

■ **طرق التدريس والوسائل المادية:** طريقة التدريس هي من وظائف هيئة التدريس "تعني الأساليب وممارسات التدريس والتعليم، فضلا عن جميع الصفات المطلوبة لنقل المعارف. التعليم يعني الخبرة والمعرفة أو العمل في مجال التدريس بالأساليب المناسبة لفرد أو مجموعة من الأفراد فالتدريس نظرية عملية"³، لكن الوسائل المادية لها دور محم أيضا في تسهيل عملية التدريس مثل شاشات التكبير Data show، الحواسيب... الخ، كل هذه الوسائل تساعد في العملية التعليمية.

¹ دليل ضمان الجودة واعتماد مؤسسات التعليم العالي، المركز الوطني لضمان الجودة واعتماد المؤسسات التعليمية والتدريبية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ليبيا، ص 9.

² دليل ضمان الجودة واعتماد مؤسسات التعليم العالي، نفس المرجع السابق، ص 9.

³ Durkheim, E. (1938). L'évolution pédagogique en France, Paris, PUF, P 10.

■ **المكتبة:** من بين المحاور المهمة في العملية التعليمية فهي تساهم بقسط كبير في المعارف والمعلومات، لذا يجب الاهتمام بها من خلال: ساعات العمل، طريقة تعامل موظفي المكتبة، الكتب الموجودة يجب أن تكون حديثة وفي متناول جميع الطلبة، بالإضافة إلى ضرورة تزويدها بالتقنيات الحديثة كالانترنت والحواسيب والمكتبات الإلكترونية.

■ **الهيكل العام للمؤسسات التعليمية :** تدريس الطالب في مدرج صغير بوسائل قديمة لن يكون له نفس العائد من تدريسه في مدرج واسع بإنارة جيدة وبوسائل حديثة، لذا تعمل الهيئات المختصة على تحسين الهيكل العام للمؤسسات التعليم العالي وذلك من خلال المباني الواسعة ذات الإنارة الجيدة وغيرها من التسهيلات (تهوية، تدفئة، المراحيض، المرآب، المطاعم)، كل هذا يساعد على تكوين إطارات ذات مواصفات عالية، لذا تقدم الدولة هذه التسهيلات لتتحصل على خريجين يساعدون في عملية التنمية¹.

2. **التجارب العالمية لجودة التعليم العالي:** هناك عدة تجارب عالمية في جودة التعليم العالي نذكر منها²:

■ **التجربة البريطانية:** تعتبر التجربة البريطانية من أهم التجارب العالمية في جودة مؤسسات التعليم العالي، إذ أنها أخضعت 180 مؤسسة تعليمية للتقويم الخارجي للجودة من طرف لجنة Subject Based Assessments وهي تعتمد على³:

- تقويم جودة مواضيع الدراسة: تصميم الخطة الدراسية وتنظيم محتوى المناهج؛ وطرق وأساليب التدريس والتعلم والتقييم؛ أساليب دعم وإرشاد الطلبة، مستويات أداء وتقديم الطلبة، مصادر التعلم والتعليم المتوفرة لتدريس الموضوع مدار التقييم، إدارة الجودة والتحسين وأساليب تطوير الأداء النوعي للبرنامج.

- المراجعة الأكاديمية للجامعة: يقوم الفريق الخاص بالجودة بزيارة الجامعة لمدة 5 أيام للتأكد من الجودة وذلك عن طريق لقاءات مختلفة مع فريق التدريس والطلبة ومسؤولي الجودة.

■ **تجربة الولايات المتحدة الأمريكية:** عملت التجربة الأمريكية على مراقبة جودة مؤسسات التعليم العالي، وذلك بعد الاستقلالية الخاصة للمؤسسات، إذ ان المنافسة بين الجامعات تفقدها طلبتها وأساتذتها لهذا فإن الاعتماد يتمثل في شكلين:

- اعتماد البرامج الدراسية من طرف لجان Program Accreditation

- الاعتماد حسب التخصص (CHEA) The Council for Higher Education Accreditation

¹ بومدين يوسف، (2007)، ادارة الجودة الشاملة والأداء المتميز، جامعة بومرداس ، ص 31.

² عاقل فصيلا بنت العربي، بإيشي أمال، (2015)، ضمان جودة التعليم العالي العربي وبعض التجارب العالمية الناجحة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، ص 12.

³ علوان المهيأوي، قاسم نايف، (2006) إدارة الجودة في الخدمات: مفاهيم، عمليات وتطبيقات، دار الشروق للنشر والتوزيع، عمان، ص 125.

- التجربة اليابانية: انتهجت اليابان مبادئ "دميج" للجودة وذلك من خلال:
 - العمل على اشتراك جميع العاملين بالمؤسسة في طرح المشكلات وحلولها.
 - التركيز في التعليم والتدريب على جميع أشكال الجودة الشاملة لزيادة مقدره العاملين على المشاركة الفعالة، وغالبا ما يبلغ ذلك (30) يوما في العام للمتدرب.
 - استخدام دورات الجودة لتحديد المواصفات ورفع المستوى والتنظيم حيث أنها في حاجة مستمرة للتنمية.
 - التوسع في استخدام الطرق الإحصائية والتركيز على عدم حدوث المشاكل.
 - الانساع القوي لضبط الجودة والرقى بالأنشطة بالإلزام القومي للحفاظ على الجودة الأولية لليابان في العالم.
 - تقويم عمل المؤسسة بواسطة الرئيس وأعضاء مجلس الجودة (مرتين سنويا).
 - العلاقة بين العمال فيما بينهم وتعاملهم مع المستهلكين هل تتضمن الترحيب أم الشكوى أم التشجيع أم المخاطرة ؟

■ التجربة الكورية: تتمثل التجربة الكورية في تطبيق الجودة الشاملة بالتعليم الجامعي في إنشاء وزارة التعليم والمجلس الكوري للتعليم الجامعي لهيئة مستقلة داخل المجلس الكوري للتعليم الجامعي أطلق عليها اسم "المجلس الكوري للاعتماد الجامعي" (KCUA) "The Korean Council for University Accreditation" وهي تعتبر أعلى سلطة في تقويم أداء الجامعات الكورية، وتتكون من (16) ستة عشر- عضوا ممثلين عن الجامعات والمؤسسات الصناعية والحكومية. وتتلخص الإجراءات الأساسية لعملية الاعتماد الجامعي في كوريا في الخطوات التالية:

- إجراء دراسة التقويم الذاتي من جانب القسم.
- زيارة الفريق للموقع، للجامعة، للكلية، للقسم.
- مراجعة تقرير هذه الدراسة.
- إعلان النتائج.

2. واقع التعليم العالي في الجزائر:

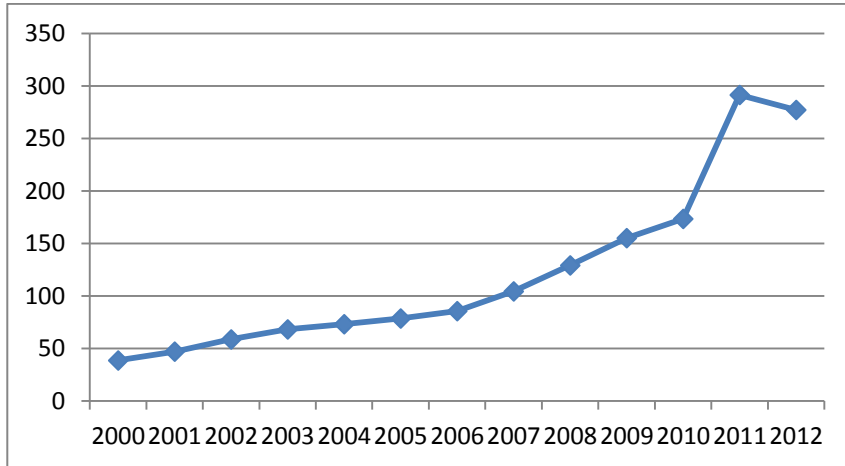
سنحاول من خلال هذه الدراسة معرفة واقع التعليم العالي والبحث العلمي في الجزائر وذلك لمعرفة سبب تراجعها في الترتيب العالمي لجودة التعليم العالي في العالم، وهذا بالتطرق إلى بعض المؤشرات الكمية.

■ ميزانية التعليم العالي في الجزائر: إن تطوير التعليم العالي يحتاج إلى مجموعة من الموارد المادية والمالية، والسياسة المنتهجة في وضع جامعة أو مركز جامعي في كل ولاية تتطلب سيولة مالية كبيرة، لذا سوف نتطرق

إلى ميزانية التعليم العالي في الجزائر لتتغير على حجم المبالغ المخصصة لهذا المشروع، والشكل التالي يوضح تزايد ميزانية التعليم العالي في الجزائر.

الشكل 02: منحى بياني لميزانية التعليم العالي في الجزائر

الوحدة: مليار دج



المصدر: من إعداد الباحثين بالاعتماد على الجرائد الرسمية الجزائرية من الموقع

<http://www.joradp.dz/HAR/Index.htm>

نلاحظ أن المبالغ المخصصة للتعليم العالي في تزايد مستمر خاصة بعد سنة 1999م، لأنه قبل هذه السنوات كانت الجزائر تعيش عشرينية سوداء لهذا كانت الميزانية منخفضة مقارنة مع ما بعد سنة 1999م. ازدادت الإمكانيات المادية من أجل النهوض بالتعليم العالي والبحث العلمي، فارتاح الكثير لهذه السياسة الجديدة

المدعمة للتعليم العالي والبحث العلمي، والتي نجم عنها توفر إمكانات مالية كبيرة تحت تصرفهم تفوق في بعض الأحيان قدرة امتصاصها، ونظرا لحداثة هذه التجربة فإنه من الصعب علينا الحكم عليها الآن.

■ الإبداع التكنولوجي في الجامعات الجزائرية:

- **براءات الاختراع في الجزائر:** تطور إنتاج براءات الاختراع للباحثين الوطنيين في سنة 2013 حيث يهدف إلى التركيز على نشاط براءات الاختراع، ووضعت مؤشرات موثوقة تسمح للقيام بهذا النشاط، أما المؤشرات العلمية للابتكار فقد حددتها المديرية العامة للبحث العلمي والتنمية التكنولوجية، والهدف من ذلك هو إخراج جميع المهارات التي يحتفظ بها المجتمع العلمي لتطويرها وتحويلها إلى منتجات صناعية وقابلة للتسويق. لهذا الغرض بدأت وزارة التعليم العالي والبحث العلمي عملية تحديد الهوية لبراءات الاختراع لعام 2013، وفي الجدول التالي نتأج براءات الاختراع للباحثين الوطنيين:

الجدول رقم 10: براءات الاختراع للباحثين الوطنيين

الرقم	المؤسسات وهيئات البحوث	عدد براءات الاختراع
01	التعليم العالي والبحث العلمي	69
02	مراكز ووحدات البحث لوزارة التعليم العالي والبحث العلمي	81
03	مراكز ومعاهد البحوث خارج وزارة التعليم العالي والبحث العلمي	18
	إجمالي براءات الاختراع	168

Source : MESRS, Recueil des Brevet, 3ème édition, Alger, Avril 2014, P 10.

مشاركة أكبر عدد من براءات الاختراع للباحثين الوطنيين وتركز على المجالات التقنية التالية:

المادية	المعادن	الزراعة
الميكانيكية	الطاقة المتجددة	التكنولوجيا بشكل عام.
الكهرباء والإلكترونيات	الصحة وصناعة الأدوية	تكنولوجيا المعلومات

الجدول رقم 11: براءة اختراع الباحثين المخترعين الوطنيين في 2011-2012-2013

عدد البحوث المختصين	عدد الاختراعات	براءات الاختراع الوطنية للباحثين
116	90	براءات الاختراع الوطنية للباحثين 2011
134	131	براءات الاختراع الوطنية للباحثين 2012
168	172	براءات الاختراع الوطنية للباحثين 2013

Source : MESRS, Recueil des Brevet, 3^{ème} édition, Alger, Avril 2014, P 12.

من خلال الجدول السابق نجد أن عدد الباحثين يتزايد من سنة إلى أخرى، وهذا ما يزيد من عدد براءات الاختراع في الجزائر التي تدعم البحث العلمي والإبداع التكنولوجي.

- **المقالات العلمية:** تعتبر المقالات العلمية مؤشر لعملية البحث العلمي ورغم قلة المجالات والدوريات المتخصصة في الجزائر طوال السنوات الماضية، إلا أنها بدأت في الظهور. تشير الإحصائيات المتوفرة إلى أنه تم نشر¹ 1165 مقال وبحث علمي خلال الفترة الممتدة من 1991 إلى غاية 1997 بمعدل نشر- 166.42 مقال في السنة وتحتل بذلك الجزائر المرتبة السابعة في قارة إفريقيا حيث تستحوذ فقط على 2.5% من الإنتاج العلمي في القارة الإفريقية كاملة، ومقارنتها مع دول المغرب العربي الأخرى فتعتبر متأخرة جدا في مجال نشر- المقالات العلمية. ساهم في إعداد هذه المقالات 1613 باحث بمعدل 1.4 لكل مقال، ويعتبر عدد الباحثين هذا من أضعف النسب على مستوى إفريقيا، فأشهر الباحثين الجزائريين غادروا البلاد خلال سنوات التسعينات، نظرا للظروف الصعبة التي مرت بها الجزائر أو أحيلوا على التقاعد، ورغم وجود طاقات شابة جديدة إلا أنها تفتقد للتجربة والعلاقات العلمية مع الجامعات الأوروبية.

¹ Khalfaoui Hocine, (2001), «La science en Algérie », paris : la science en Afrique à l'aube du 21 siècle , P 1.

الجدول 12 : المقالات العلمية في الجزائر حسب التخصص (2011-2005)

السنوات	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
إعلام آلي	115	103	163	42	70	103	63
رياضيات	109	69	104	30	70	112	63
فيزياء	79	40	82	28	86	76	68
كيمياء	28	20	32	22	47	34	22
الهندسة المعمارية	03	02	03	03	08	07	05
الكيمياء الصناعية	19	04	15	08	02	14	11
بناء	20	03	14	02	02	03	03
علوم الأرض	22	04	13	09	13	19	13
إلكترونيك	83	38	77	22	37	34	35
الهندسة	30	11	16	03	07	11	13

							الميكانيكية
30	44	42	21	72	42	27	علم الأحياء
17	16	02	03	07	07	08	الهندسة المدنية
151	85	14	149	48	36	89	الثقافة العامة
26	47	28	02	24	05	15	الطب
518	605	428	344	670	384	647	المجموع

المصدر: معطيات وزارة التعليم العالي و البحث العلمي WWW.DGRSDT.DZ

كما يعتبر الكتاب الجامعي من أهم وسائل الدعم البيداغوجي في الجزائر، لذلك تم تأسيس ديوان المطبوعات الجامعية سنة 1973 م لتدعيم التعليم العالي في الجزائر، وقد نشر منذ إنشائه ما يقارب 5200 عنوان في جميع التخصصات تقريبا، 55% منها في العلوم الاجتماعية والإنسانية و 32% في العلوم الدقيقة والتكنولوجية بنسبة و 13% في علوم الطبيعة والحياة.

الجدول 13: حجم الكتاب الجامعي في الجزائر

السنوات	1995	1981	1987	1993	1999	2005	2011
تزايد إنتاج الكتاب الجامعي (الحجم)	14300	1566360	5783510	7223743	2544509	1132824	1529973
تزايد إنتاج الكتاب الجامعي (العناوين)	6	453	1128	1093	623	718	1137
المجموع	14306	1566813	5784638	7224836	2545132	1133542	1531110

المصدر: دليل التعليم العالي والبحث العلمي في الجزائر، (2012)، مرجع سابق، ص 63.

■ **تعداد الطلبة في الجامعة الجزائرية:** تطور التعليم العالي في الجزائر في مختلف جوانبه ونواحيه البشرية والهيكلية وغير ذلك، وتعتبر فترة السبعينات البداية الفعلية لتوسع هذه المرحلة كليا، حيث بلغ عدد الطلبة سنة 1962 م 2725 طالب جامعي، ليبلغ خلال السنة الجامعية 2010/2011 عدد الطلبة 1077945 طالب في مرحلة التدرج.

أما بالنسبة لتعداد طلبة الدراسات العليا فقد كان الإجمالي 156 طالبا فقط في الموسم 1962-1963 ليصبح خلال السنة الجامعية 2010/2011 عدد الطلبة 60617 طالب، والجدول التالي يوضح ذلك:

الجدول 14: تطور نسبة الخريجين من إجمالي المسجلين

السنوات	62-63	70- 69	80-79	90-89	00-99	10-09	11-10
عدد الطلبة في التدرج	2725	12243	57445	181350	407995	1034313	1077945
عدد الطلبة المسجلين في ما بعد التدرج	165	317	3965	13967	20846	58975	60617
عدد الخريجين	93	759	6963	22917	52804	199767	246400

المصدر: دليل التعليم العالي والبحث العلمي في الجزائر، (2012)، مرجع سابق، ص 32.

وموازاة مع هذا التطور الحاصل في تعداد الطلاب، تطور أيضا عدد المؤطرين من أساتذة جامعيين على مختلف رتبهم العلمية، فقد انتقل العدد الإجمالي من 298 أستاذا سنة 1962 ليلعب 40140 أستاذا خلال الموسم الجامعي 2010-2011 منهم 10838 أستاذ من الصف العالي (أستاذ التعليم العالي وأستاذ محاضر).

■ **حجم هيئة التدريس:** ارتفع عدد الأساتذة المكلفين بالتدريس خلال السنتين الماضية ليصل إلى 298 أستاذ سنة 1962 ليصل إلى 2011 م عدد الأساتذة 40140 أستاذ، واختلفت تصنيفات الأساتذة خلال هذه الفترات والجدول التالي يوضح ذلك:

الجدول 15: تطور عدد أساتذة التعليم العالي

السنوات	62-63	70- 69	80-79	90-89	00-99	10-09	11-10
أستاذ التعليم العالي	66	80	257	573	950	2874	3186
أستاذ محاضر	13	112	463	905	1612	-	-
أستاذ محاضر -أ-	-	-	-	-	-	4562	4817
أستاذ محاضر-ب-	-	-	-	-	-	2352	2835
مكلف بالدروس	-	-	-	1958	6632	-	-
أستاذ مساعد	74	167	2494	6839	6275	-	-
أستاذ مساعد-أ-	-	-	-	-	-	15517	16681

12101	11844	-	-	-	-	-	أستاذ مساعد-ب
520	539	1991	4261	4283	483	145	أستاذ متعاقد
40140	37688	17460	14536	7497	842	298	الإجمالي

المصدر: دليل التعليم العالي والبحث العلمي في الجزائر، (2012)، مرجع سابق، ص 54.

لكن على الرغم من هذا التطور في تعداد الأساتذة، إلا أن معدل التأطير في تزايد فففي بداية الموسم 1962-1963 كان 9 طلبة لكل أستاذ حينذاك ليصبح 27 طالب لكل أستاذ خلال الموسم 2010-2011. وهذا التزايد في نسبة التأطير راجع إلى التزايد الكبير في عدد الطلبة.

الجدول 16: تطور معدل التأطير في الجزائر

السنوات	63-62	70- 69	80-79	90-89	00-99	10-09	11-10
عدد الأساتذة البائون	298	842	7497	14536	17460	37688	40140
عدد الطلبة المسجلين	2725	12243	57445	181350	407995	1034313	1077945
نسبة التأطير	9	15	8	12	23	27	27

المصدر: دليل التعليم العالي والبحث العلمي في الجزائر، (2012)، مرجع سابق، ص 57.

الخلاصة:

تطرقنا في هذه الدراسة إلى المؤشرات الكمية في التعليم العالي من خلال الميزانية المقدمة للتعليم العالي والإبداع التكنولوجي، وهذا عن طريق براءات الاختراع والمقالات العلمية ثم عدد الطلبة والأساتذة، ومن خلال كل هذه المؤشرات الكمية لاحظنا تزيادا كبيرا وواضحا طيلة فترة خمسين سنة من الإصلاح، لكن وللأسف رغم كل هذه الإصلاحات لم تستطع الجزائر من خلال منظومتها التعليمية أن تصنف ضمن المراتب الأولى سواء على المستوى العالمي أو المستوى العربي، وهذا التأخر الكبير يلزمنا إعادة النظر في منظومة التعليم العالي في الجزائر وإعادة هيكلتها، والاهتمام بالجودة والكيفية وليس بالكم فقط، لأننا في وسط بيئي تنافسي- البقاء فيه للأفضل والأجود. ولذا يجب أن نحاول الأخذ بالتجارب العالمية الناجحة في التعليم العالي كمنهج تقدي بها،

والبقاء دائما تحت الرقابة والتقييم الدائم سواء الداخلي أو الخارجي بنفس المعايير العالمية من أجل إصلاح منظومة التعليم العالي في الجزائر لتصل إلى المراتب الأولى.

المراجع:

1. يوسف حجي الطائي آخرون، (2000)، نظم إدارة الجودة في المنظمات الإنتاجية والخدمية، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان.
2. دفاطمة علي متولي، مراقبة الجودة، كلية الفنون التطبيقية، جامعة حلوان.
3. زبيدي عبد السلام، قرين ربيع، (2010)، نماذج رائدة لإدارة الجودة الشاملة في مؤسسات التعليم العالي، جامعة العربي التبسي، المركز الجامعي خنشلة، الجزائر.
4. سعيد بن علي العضاوي، (2012)، معوقات تطبيق إدارة الجودة الشاملة في مؤسسات التعليم العالي، دراسة ميدانية، المجلة العربية لضمان جودة التعليم الجامعي، العدد 9، المجلد الخامس.
5. OECD, (2008), Assurer et améliorer la qualité dans l'enseignement supérieur : Repères pour l'élaboration des politiques, Direction de l'éducation, Division des politiques d'éducation et de formation.
6. دليل ضمان الجودة واعتماد مؤسسات التعليم العالي، المركز الوطني لضمان الجودة واعتماد المؤسسات التعليمية والتدريبية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ليبيا.
7. Durkheim, E. (1938). L'évolution pédagogique en France, Paris, PUF.
8. بومدين يوسف، (2007)، ادارة الجودة الشاملة والأداء المتميز، جامعة بومرداس.
9. عاقلي فضيلة بنت العربي، بايشي أمال، ضمان جودة التعليم العالي العربي وبعض التجارب العالمية الناجحة، جامعة الحاج لخضر - باتنة - الجزائر.
10. علوان المحيوي، قاسم نايف، (2006) إدارة الجودة في الخدمات: مفاهيم، عمليات وتطبيقات، دار الشروق للنشر والتوزيع، عمان.
11. Khalfaoui Hocine, «La science en Algérie », paris : la science en Afrique à l'aube du 21 siècle ; 2001.
12. Bloom D, Canning D and Chan K, (2006), Higher Education and Economic Development in Africa. Washington DC: The World Bank
13. Serageldin I, (2000), University governance and the stakeholder society, Keynote Address, 11th General Conference: Universities as Gateway to the Future, Durban, 20–25 August 2000, International Association of Universities

تأثير أزمة النفط على سياسة الأمن الغذائي في الجزائر
 د. براينيس عبد القادر- عميد كلية العلوم الاقتصادية – جامعة مستغانم
 الحبيطري نبيلة- طالبة دكتوراه – جامعة مستغانم -

ملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى تسليط الضوء حول أزمة اقتصادية راهنة تواجه الاقتصاد العالمي عموماً، والجزائري خاصة، وتعميق مسارات التنمية في مجالات عديدة من ضمنها وأهمها تحقيق التنمية الزراعية الهادفة أساساً لتحقيق الأمن الغذائي، والمتمثلة في انخفاض أسعار النفط في الأسواق العالمية وما له من انعكاسات خطيرة على توفير الغذاء للأجيال الحاضرة والمستقبلية في الجزائر.

من خلال هذه الدراسة توصلنا إلى أن أثر انخفاض أسعار المحروقات على مستوى الأسواق العالمية يؤثر على تحقيق الأمن الغذائي بالجزائر، غير أن ذلك لا يعني استحالة تحقيق الأمن الغذائي مستقبلاً في ظل نضوب النفط أو تدني أسعاره، هذا لأن الموارد غير النفطية التي تمتلكها الجزائر والتي إن استغلت بطريقة رشيدة ومثالية فإنها تغنيها عن الاعتماد على مداخل النفط، وتحقق لها ما يكفيها من الإنتاج الزراعي والغذائي لتلبية الطلبات الحالية والمستقبلية لشعبها منه.

الكلمات المفتاحية: الأمن الغذائي، أسعار النفط، الفجوة الغذائية، الموارد غير النفطية، الأراضي الزراعية، الموارد المائية.

Abstract :

This study aims to shed light on the current economic crisis facing the global economy in general, and especially Algeria, And hinder the development paths in many areas, including the most important achievement aimed mainly agricultural development to achieve food security, And of the drop in oil prices in global markets and its serious repercussions on the provision of food for the present and future generations in Algeria.

Through this study, we determined that the impact of lower fuel prices at the world markets Affect the achievement of food security in Algeria, but that does not mean the impossibility of achieving food security in the future in light of the depletion of oil or low prices, This is because the non-oil resources owned by Algeria, which if exploited rationally and in a perfect way, they sing from dependence on oil revenues, and check her what enough of the agricultural and food production to meet current and future demands of its people from it.

Key Words : Food security, oil prices, the food gap, non-oil resources, agricultural land, water resources..

مقدمة:

"مع كون النفط مصدر غير قابل للتجدد، وحقيقة اقتراب موعد نضوبه، فإن البلدان الأعضاء في منظمة "أوبك" في سباق مع الزمن للوصول باقتصادها إلى مرحلة النمو والنضج القابلة للاستمرار. إذ يواجهنا السؤال تكرارا عما سيحل بنا بعد عهد النفط"¹.

والجزائر باعتبارها دولة رائدة في إنتاج وتصدير النفط إقليميا وعالميا، وتعتمد بذلك على مداخيل ما تصدره من هذه المادة الخام في موازنتها المالية وتغطية النفقات الاقتصادية والاجتماعية المختلفة، ولذا فاقصادها هش ومعرض لصدمات التقلبات الخارجية في السوق العالمية للبتترول خاصة التذبذبات في أسعار هذه المادة الناضبة، والتي تزايدت حدتها في السنوات الأخيرة، بحيث اتجهت أسعار البترول منذ النصف الثاني من سنة 2014 إلى الانخفاض إلى أدنى مستوياته، ولم تحقق بعدها معدلات مقبولة وكافية لتنافي الآثار السلبية لانعكاسات هذا التدني في الأسعار على الاقتصاد الوطني واستراتيجيات تنمية القطاعات الهامة والضرورية في تلبية احتياجات السكان الضرورية من توفير الغذاء لهم والتعليم والصحة وغيرها.

فانخفاض أسعار النفط بالنسبة للعديد من الاقتصاديات الريفية، له جوانب وأبعاد سياسية وأمنية واقتصادية، فهي تمس بالأمن القومي للوطن أولا، ومن ثم أمنها الاقتصادي، فأمنها الغذائي.

¹ - محمود عبد الفضيل، النفط والمشكلات المعاصرة للتنمية العربية، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، أبريل 1979، ص192.

إشكالية الدراسة:

انطلاقا مما سبق، تطرح الإشكالية الرئيسية التالية: ما مدى أثر انخفاض أسعار النفط على تحديات تحقيق الأمن الغذائي في الجزائر؟

ويتفرع عن هذه الإشكالية التساؤلات الفرعية التالية: هل سيكون لانخفاض أسعار النفط أثر سلبي على تحقيق الأمن الغذائي في الجزائر؟ أم أن الاستغلال الأمثل للإمكانات والموارد الأخرى كفيل برفع التحدي وتحقيق الأمن الغذائي بعيدا عن هذا المورد النفطي؟.

فرضيات الدراسة:

- إن التقلبات في أسعار المواد الخام على المستوى الدولي لها تأثير مباشر على المستوى المحلي، سواء في حالة انخفاض الأسعار أو ارتفاعها، وبالنسبة للجزائر فانخفاض أسعار البترول في الأسواق العالمية من شأنه التأثير على مسار تحقيق الأمن الغذائي.

- تشكل الموارد المختلفة التي تمتلكها الجزائر خاصة منها الطبيعية (الأرض والمياه) أهم عوامل رفع الإنتاج والإنتاجية في المحاصيل الزراعية والسلع الغذائية إن تم استغلالها بطريقة عقلانية وبالتالي يمكنها المساهمة في تحقيق الأمن الغذائي بدون الاعتماد على مداخل المواد النفطية.

منهج الدراسة:

بغية الإجابة عن التساؤلات المطروحة ومعالجة الفرضيات السابقة، ونظرا لطبيعة الموضوع اتبعنا في دراستنا المنهج الوصفي التحليلي، وذلك في تحليل العلاقة بين طرفي المعادلة (النفط- الغذاء)، وتوصيف الوضع الحالي والمستقبلي لكل من تغيرات أسعار البترول عالميا، وكذا وضع الأمن الغذائي بالجزائر واستشراف مستقبله، وعليه سنقسم هذه الدراسة وفق المحاور الآتية:

المحور الأول: معضلة النفط

المحور الثاني: تأثير انخفاض أسعار النفط على الأمن الغذائي في الجزائر

المحور الثالث: إمكانية تحقيق الأمن الغذائي في ظل الموارد الغير النفطية

المحور الأول: معضلة النفط

يشكل النفط ثروة إستراتيجية تشير الدراسات والتوقعات الدولية على قرب نضوبها في أقطار مختلفة من العالم، ما يجعل البلدان المنتجة لهذه المادة (المسماة أيضا بالذهب الأسود نظرا لقيمة التي تضاهي قيمة الذهب التقليدي) تبحث عن بدائل عنه، كالطاقات المتجددة، خاصة وأن الإنتاج العالمي للبتترول بلغ مستوى الإشباع وزاد عن حده. وقبل الخوض أكثر في مسألة الإنتاج العالمي للنفط حاليا ومستقبلا لابد من التطرق إلى تعريفه وتبيان خصائصه.

1- تعريف النفط

يعرف النفط بأنه¹: "مادة سائلة لها رائحة خاصة ومتميزة، ولونها متنوع بين الأسود والأخضر- والبني والأصفر...الخ، كما أنه مادة لزجة وهذه اللزوجة مختلفة بحسب الكثافة النوعية لمادة البترول الخام، وهذه الكثافة النوعية متوقفة ومحددة بمقدار نسبة ذرات الكربون، فكلما زادت هذه النسبة كلما زادت كثافتها النوعية أو ثقله والعكس بالعكس".

وقد بدأ أول حفر وإنتاج تجاري للنفط في عام 1859 في ولاية بنسلفانيا في الولايات المتحدة الأمريكية، بينما تم اكتشاف النفط في الوطن العربي في إيران عام 1908 ثم في مصر عام 1910، توالى بعدها حفر الآبار وإنتاج النفط في عديد الدول العربية².

وفي إطار الدراسات النظرية التي عاجت موضوع إنتاج النفط ونضوبه، نجد نظرية "قمة هوبرت" والتي تعرف أيضا بنظرية "الذروة النفطية"، وهي محل خلاف فيما يخص الإنتاج والاستهلاك طويل المدى للنفط وأنواع الوقود الحفرية الأخرى. وتفترض أن مخزون النفط غير متجدد، وتتوقع أن إنتاج النفط المستقبلي في العالم يجب حتما أن يصل إلى قمة ثم ينحدر بعدها نظرا لاستمرار استنفاد مخزون النفط³.

2- حاضر ومستقبل الإنتاج العالمي للنفط

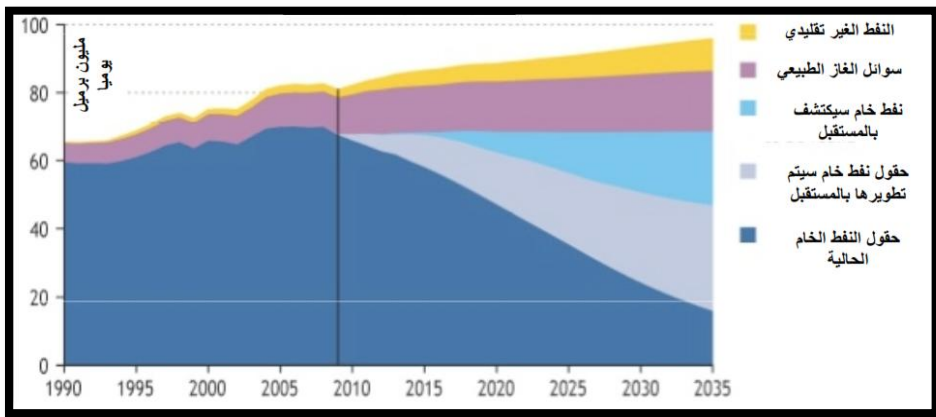
¹ - رحان آمال، النفط والتنمية المستدامة، أبحاث اقتصادية وإدارية، كلية العلوم الاقتصادية والتسيير، جامعة محمد خير- بسكرة، العدد الرابع، ديسمبر 2008، ص172.

² - معهد الدراسات المصرفية، الذهب الأسود، إضاءات مالية ومصرفية، جاني 2013، ص02.

³ - هاني عبد القادر عمارة، الطاقة وعصر القوة، دار غيداء للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص140.

تشير التوقعات إلى أن إنتاج النفط الخام مستقبلا سوف ينخفض إلى أدنى المستويات، ليقبل عن 20 مليون برميل يوميا في سنة 2035، وهذا راجع إلى التطور السريع في تكنولوجيا صناعة البترول وإنتاج منتجات جديدة من هذه المادة تكون بديلة عن السابقة، نتيجة اكتشافات مناطق جديدة وتقنيات أحدث في استخراج المواد الخام.

شكل رقم (01): الإنتاج العالمي المتوقع للنفط



المصدر: محمد رمضان، تقلبات أسعار النفط ولجنة الموارد والحاجة إلى الميزانية

الصفريّة، سنيار كاييتال، الكويت، يوليو، 2012، ص.05.

يتضح جليا من خلال الشكل أعلاه، أن صناعة النفط عالميا تتجه نحو الزيادة، إذ يتوقع أن يصل إنتاج النفط في أفق سنة 2030 إلى سنة 2035 معدل 90 مليون برميل يوميا، وهذا بالاعتماد على تنويع وتجديد الإنتاج، حيث نلاحظ انخفاضاً في إنتاج حقول النفط الخام الحالية إلى معدل 20 مليون برميل يوميا بعدما قدر بحوالي 70 إلى 75 مليون برميل يوميا خلال الفترة (2010-2005).

المحور الثاني: تأثير انخفاض أسعار النفط على الأمن الغذائي في الجزائر

ارتبط الاقتصاد الجزائري منذ الاستقلال ارتباطا وثيقا بقطاع المحروقات، حيث يسهم هذا الأخير بالجزء الأعظم في الدخل القومي، الذي يتم إعادة توزيعه على مختلف القطاعات بما فيها القطاعات الحيوية كالزراعة، وأي تأثير ناتج عن انخفاض إيرادات البترول يؤثر مباشرة على الاقتصاد الوطني بكل فروعه، كما يكون التأثير سلبيا على تحقيق التنمية، وكذا الأمن الغذائي.

وعلى اعتبار الجزائر ثالث منتج للبترول وأول منتج للغاز بإفريقيا، وهي تحتل المرتبتين الحادية عشر- (بالنسبة للبترول) و العاشرة (بالنسبة للغاز) على المستوى العالمي¹. فهي أكثر عرضة للآثار المترتبة عن التقلبات العالمية في أسعار هذه المادة الخام.

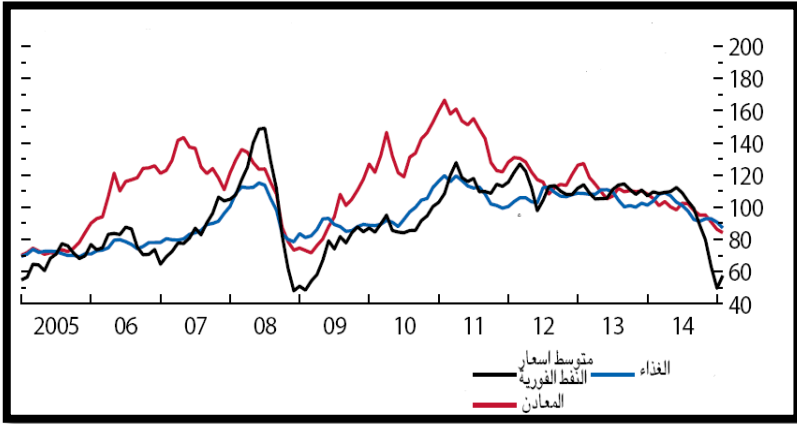
1- تطورات الأسعار العالمية للنفط

تعرف السوق العالمية للنفط تذبذبات متواصلة في أسعار هذه المادة الخام، حيث شهدت سنة 2008 هبوطا حادا في أسعار النفط، يعود إلى الأسباب المرتبطة بالعرض والطلب في سوق المواد الأولية العالمية²، في حين يمكن ارجاع أهم أسباب انخفاض أسعار النفط خلال النصف الثاني من عام 2014 إلى التخمّة في الإنتاج العالمي للبترول، والتي عزيت إلى ارتفاع إنتاج النفط الصخري الأمريكي، إضافة إلى تجاوز بعض دول أعضاء منظمة الأوبك سقف الإنتاج المحدد، وتدني الطلب على النفط خلال هذه الفترة نتيجة التباطؤ في إقتصادات أهم الدول في العالم على غرار الصين ودول الإتحاد الأوروبي.

شكل رقم(02): تطور مؤشرات أسعار السلع الأولية الحقيقية* في الأسواق العالمية خلال الفترة (2005-2014)

¹ - اللجنة الاقتصادية لإفريقيا، مكتب شمال إفريقيا، الأمم المتحدة، الاقتصاد الأخضر في الجزائر -فرصة لتنوع الإنتاج الوطني وتخفيفه-، 2014، ص04.

² - براهم بلقلا، تطورات أسعار النفط وانعكاساتها على الموازنة العامة للدول العربية خلال الفترة (2000-2009)، مجلة الباحث، جامعة الأغواط، العدد12، 2013، ص10.



المصدر: صندوق النقد الدولي، آفاق الاقتصاد العالمي، دراسات استقصائية للأوضاع الاقتصادية والمالية العالمية، أبريل 2015، ص 05.

* أسعار السلع الأولية الحقيقية منخفضة باستخدام مؤشر أسعار المستهلك في الولايات المتحدة، (المؤشر 2014=100).

بتحليل منحنيات الشكل رقم (02)، نستنتج مجموعة النقاط التالية:

- تتميز أسعار المواد الأولية من نفط ومعادن بتقلبات مستمرة على مدى الزمن، والملاحظ أن التقلب في أسعار النفط يؤثر أكثر على التقلبات في أسعار الغذاء.

- شهدت الفترة (2005-2008) ارتفاعات متتالية في أسعار المواد الأولية.

- تهاوى سعر البترول إلى أدنى مستوياته خلال سنة 2008، أي خلال فترة الأزمات العالمية (المالية/ الغذائية)، وأدى هذا الانخفاض إلى التأثير على أسعار الغذاء والمعادن.

- عاد الاستقرار نوعاً ما في أسعار السلع الأولية خلال الفترة (2012-2014)، لتتبعه فترة أخرى من انخفاض أسعار النفط عالمياً، غير أن هذه المرة لم تتأثر بصورة كبيرة أسعار المواد الأولية الأخرى والغذاء، مثلما حصل سابقاً.

ومن بين الإجراءات المقترحة من قبل صندوق النقد الدولي¹ للتخفيف من أزمة أسعار النفط المنخفضة في الفترة الأخيرة على الاقتصاد عموماً وأوضاع العجز في المالية العامة للدول

المصدرة للنفط، ما يلي:

¹ - صندوق النقد الدولي، الشرق الأوسط وآسيا الوسطى آفاق الاقتصاد الإقليمي، سبل التعايش مع انخفاض أسعار النفط في سياق تراجع الطلب، يناير 2015، ص 15.

- تعتمد الإستراتيجية على المدى القصير في إمكانية استغلال المتاح من الاحتياطات الوقائية والتمويل لتجنب تخفيضات الإنفاق الحادة وتخفيف الأثر على النمو غير النفطي.

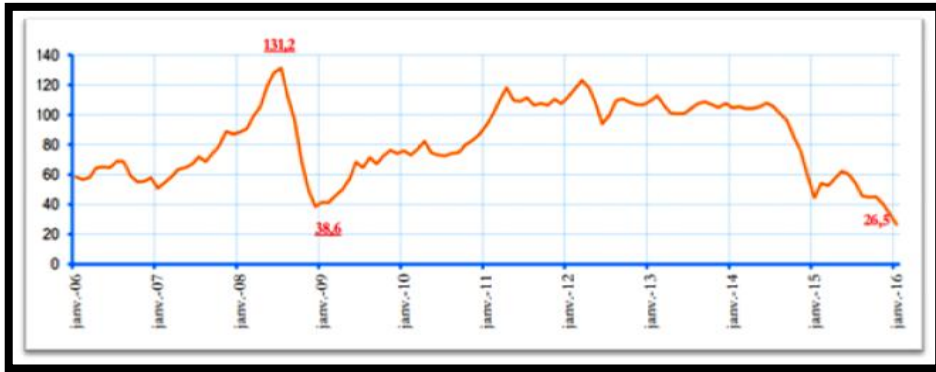
- ضمان العدالة بين الأجيال وإعادة بناء الهوامش الوقائية، ينبغي أن تضع البلدان المصدرة للنفط خططا متوسطة الأجل لضبط أوضاع المالية العامة، بإبطاء معدل نمو الإنفاق الجاري (على فواتير الأجور وتكاليف دعم الطاقة)، وتحديد أولويات الإنفاق الرأسمالي، وزيادة الإيرادات غير النفطية.

- ينبغي أن يكون تنوع النشاط الاقتصادي داعما لضبط أوضاع المالية العامة، حتى يتمكن القطاع الخاص من الاعتماد على محركات أساسية للاقتصاد بدلا من النفط والإنفاق الحكومي.

2- أثر تقلبات أسعار النفط على تأمين الغذاء في الجزائر

لقد انخفضت في الفترة الأخيرة أسعار النفط الخام المصدر من قبل الجزائر إلى الخارج انخفاضاً غير مسبوق، حيث بلغ سعر البرميل الواحد حوالي 26,5 دولار في شهر جانفي 2016، وهو أدنى من السعر الذي حددته الدولة في ميزانيتها لسنة 2016، وبالتالي فالفارق يقدر بأكثر من 10 دولار أمريكي للبرميل، هذا لأن السعر المرجعي الجبائي لبرميل النفط الخام حدد بـ 37 دولار أمريكي في قانون المالية لسنة 2016¹.

شكل رقم (03): التطورات الشهرية لأسعار البترول الخام للفترة (2006-2016) الوحدة: دولار / للبرميل



المصدر: إحصائيات وزارة الطاقة الجزائرية، 2016.

فقد تسبب تراجع أسعار الصادرات، المترافق مع أحجام أقل للمحروقات المصدرة السائلة والغازية على حد سواء بواقع (7,4) أي ما يعادل 99,3 مليون طن من البترول، في انخفاض إيرادات الصادرات بـ 10,27% إلى

¹ - تقرير مشروع قانون المالية لسنة 2016، لجنة المالية والميزانية، المجلس الشعبي الوطني، الجزائر، 2015، ص 16.

63,327 مليار دولار¹. وعمدت الجزائر في هذا الوضع إلى استغلال موارد صندوق ضبط الإيرادات من أجل تغطية العجز في الميزانية الذي اتسع خلال الثلاثي الأول من سنة 2015 (476,8 مليار دينار)، بينما قدر بـ(432,3 مليار دينار) خلال الثلاثي الأول لسنة 2014².

وجاء في تأكيدات لمسؤولين في قطاعي المالية والمحروقات بالجزائر على إثر صدمة تهاوي أسعار البترول أن احتياطي الصرف المقدر بحوالي (195 مليار دولار أمريكي)، كافية لتغطية الواردات من مختلف السلع لمدة ثلاثة سنوات³. حيث شهدت هذه الأخيرة انخفاضا خلال الفترة (2014-2015) نتيجة انخفاض صادرات المحروقات.

جدول رقم (01): أثر انخفاض صادرات المحروقات الجزائرية على وارداتها من الغذاء خلال الفترة (2014-2015)

القيمة: مليون دولار

نسبة التغير (%)	2015	2014	
12,08-	51.505	58.580	الواردات الكلية
15,37-	9314	11.005	الواردات الغذائية
40,74 -	35.724	60.304	صادرات المحروقات

المصدر: من إعداد الباحثة استنادا إلى إحصائيات مديرية الجمارك الجزائرية، 2015.

انطلاقا من الجدول (رقم 01)، نستخلص مجموعة النقاط الآتية:

- شهدت فاتورة الواردات الغذائية تراجعا بنسبة 15,37%، حيث قدرت قيمتها لسنة 2015 بما يفوق 09 مليار دولار أمريكي مقابل 11 مليار دولار لسنة 2014.

- أثرت الأسعار العالمية للمحروقات مباشرة في قيمة الصادرات لهذه المواد، وذلك بشكل

¹ - بنك الجزائر، التقرير السنوي 2013 للتطور الاقتصادي والنقدي للجزائر، نوفمبر 2014، ص31.

² - Banque d'Algérie, Tendances financières et monétaires au premier trimestre 2015 ; sous l'effet du choc externe, Algérie, juin 2015, P04.

³ - Malik Tahir, « La baisse des prix du pétrole annonce des années difficiles pour l'Algérie, selon les experts », Pétrole en crise GAZ de SCHISTE Alternatif, La nouvelle revue de presse, revue bimensuelle réalisée en collaboration avec le Centre de Documentation Economique et Sociale, Oran, Algérie, Février 2015, N°25 , P05.

كبير، حيث وصلت قيمتها إلى أقل من 38 مليار دولار سنة 2015 مقابل أكثر من 60 مليار دولار أمريكي، أي بنسبة تغير سالبة تقدر ب 40,76%.

- نلاحظ خلال سنة 2014 أن قيمة الصادرات من المحروقات تفوق قيمة إجمالي الواردات الكلية للجزائر، حيث كانت تمثل حوالي ستة أضعاف قيمة الواردات الغذائية، بينما لم تبلغ قيمتها خلال سنة 2015 سوى ثلاثة أضعاف قيمة الواردات الغذائية، أي سجلت انخفاضا بحوالي 20 مليار دولار أمريكي.

وفي ظل هذه الظروف المالية والاقتصادية الصعبة، وبقصد ضمان الأمن الطاقوي للبلاد، والذي يستهدف من ورائه عدم التأثير على الأمن الغذائي للأفراد، تواصل الحكومة جهودها فيما يتعلق بالاستثمار في المجال الطاقوي وتنشيطه عن طريق اعتماد استراتيجيات توافق المتغيرات الدولية المستقبلية والتي تتجه نحو تجديد الطاقات وتنويعها.

وفي هذا الإطار تهدف الدولة إلى الاستغلال الأمثل للاحتياجات بتجديدها وتقييم الموارد من المحروقات غير التقليدية، حيث يقدر المخزون من الموارد القابلة للاسترجاع 30.000 مليار م³ بالنسبة للغاز و 12 مليار برميل بالنسبة للبترو¹.

المحور الثالث: إمكانية تحقيق الأمن الغذائي في ظل الموارد غير النفطية

أقرت المنظمة الدولية لسياسات بحوث الغذاء (IFPRI) أنه لإحداث التنمية المطلوبة وتلافي أخطار اللاأمن الغذائي والتدهور البيئي، وانتشار الفقر بشكل عريض، لا بد من أن: "كل إنسان في العالم يستطيع الوصول إلى موارد اقتصادية وفيزيائية للحصول على الغذاء الكاف للاستدامة الصحية والإنتاجية من أجل الحياة، إذ بانعدام سوء التغذية وبوجود منظمات تغذية كفاءة وفعالة، وتخفيض تكلفة قيمة الغذاء وتبني سياسات زراعية تأخذ بعين الاعتبار الاستدامة والتسيير الفعال للموارد الطبيعية كأولية"².

حيث يشير تقرير أعدته المنظمة العالمية للأغذية والزراعة، بعنوان "الزراعة العالمية في 2030-2015"، إلى مستقبل الموارد الطبيعية والأمن الغذائي عالميا³، حيث يتوقع زيادة كميات المياه التي تسحب لأغراض الزراعة بنسبة 14% تقريبا لنفس الفترة.

- ستشهد الأراضي المرورية الصالحة للزراعة القسم الأكبر من الزيادة، حيث يتوقع اتساع مساحتها على مستوى العالم ككل من مليوني كلم² تقريبا إلى 2,24 مليون كلم².

¹ - مخطط عمل الحكومة من أجل تنفيذ برنامج رئيس الجمهورية، الجزائر، ماي 2015، ص21.

² - PER, P.A.RAJUL PANDYA, L, Food security and sustainable use of natural resources: a 2020 vesion, International Food Policy Research Institute, Washington, USA, 1997, P02.

³ - مصلحة الزراعة، منظمة الأغذية والزراعة للأمم المتحدة، إدارة المياه عام 2030، روما، ص01.

وتجدر الإشارة إلى أن الإنتاج الزراعي يتميز بمجموعة من الخصائص أبرزها¹: التنوع، الموسمية، التلف، التطور بالإنتاج، والتأثير الجغرافي، ويرتبط بتوفر مجموعة من العوامل (الطبيعية والبشرية والمادية والمالية...)، أهمها العوامل الطبيعية المتمثلة أساسا في الأرض والمياه.

فمثلا، عامل الأراضي المنزرعة في الجزائر، هو عامل هام جدا في الإنتاج الزراعي والتخصص فيه عبر المناطق، ففي سنة 2013 مثلا قدرت مساحة الأراضي الزراعية المنتجة (المستغلة) بحوالي 8,46 مليون هكتار أي ما يعادل تقريبا 20% من إجمالي المساحة الكلية للأراضي المخصصة (المستعملة) في القطاع الزراعي والمقدرة قيمتها بحوالي 42,88 مليون هكتار، مقابل استغلال مساحة أراضي زراعية مقدرة بحوالي 8,35 مليون هكتار لسنة 2009، و 8,44 مليون هكتار سنة 2010.

إضافة إلى عامل المياه والتي تتميز بندرتها في الجزائر وباقي دول العالم، خاصة في ظل تنامي الطلب عليها، إذ يحتمل أن يرتفع الطلب على الموارد المائية في كل القطاعات، بالأخص في مجال ري المحاصيل الزراعية، حيث يتوقع أن يتضاعف استعمال المياه في الزراعة في أفق سنة 2030 بالجزائر، ليقدر بحوالي 7,8 مليار م³ إلى 8,2 مليار م³، في حين يقدر الاستهلاك الزراعي للموارد المائية بحوالي 3,4 مليار م³.

تسعى الدولة إلى إدارة الموارد الطبيعية بأفضل الطرق في إطار مخططات واستراتيجيات زراعية هادفة أساسا لتحقيق الأمن الغذائي أبرزها سياسة التجديد الفلاحي والريفي. والتي نتج عن تنفيذها خلال السنوات الأخيرة نمو في إنتاج مختلف المحاصيل الزراعية.

حيث تميزت الفترة 2005-2013 بارتفاع نسبي في مختلف المحاصيل النباتية والحيوانية، باستثناء إنتاج الأسماك، التي شهدت تراجعا ملحوظا.

جدول (رقم 02): تطور الإنتاج الزراعي والغذائي لأهم المجموعات السلعية في الجزائر (من 2006 إلى 2013)

الوحدة: ألف طن

المجموعة السلعية	متوسط الفترة (2005-2009)	2011	2012	2013
الحبوب	3620,46	3727,99	5137,15	4912,23
الخضر	3717,8	5724,81	6197,63	7284,69
الفواكه	-	3708,31	3856,74	4231,63

¹ - ثامر البكري، إنتاج وتسويق الحبوب وأثرها على تحقيق استدامة الأمن الغذائي، الملتقى الدولي التاسع حول في ضوء المتغيرات والتحديات الاقتصادية الدولية، كلية العلوم الاقتصادية، التجارية وعلوم التسيير، جامعة الشلف، 23-24 نوفمبر 2014، ص 04.

103,99	108,21	104,01	144	الأسماك
266,33	229,1	224,53	184,88	الألبان

المصدر: من إعداد الباحثة استنادا إلى إحصائيات الكتاب السنوي للإحصاءات الزراعية العربية، المنظمة العربية للتنمية الزراعية، الخرطوم، 2013 و 2014، المجلدين (33-34).

وبالرغم من النتائج المحققة تبقى الجزائر بعيدة عن تحقيق الاكتفاء الذاتي لأهم السلع الغذائية، كالقمح مثلا (أقل من 40%) من احتياجات السكان الغذائية، ناهيك عن سلع غذائية أخرى، ما يجعل التوجه نحو استيراد ما يغطي هذا العجز من الخارج ما يعمق فجوة الأمن الغذائي، والتي قدرت خلال سنة 2014 بأكثر من 10 مليار دولار أمريكي مقابل حوالي 3,4 مليار دولار أمريكي لسنة 2005.

2- سبل تحقيق الأمن الغذائي في إطار الاستغلال الأمثل للموارد

"أدت زيادة أسعار السلع الأولية وزيادة تقلبها خلال العقد الماضي إلى تجدد المخاوف بشأن ندرة الموارد الطبيعية، وما لم تتخذ إجراءات تصحيحية الآن، ستخضع تلك الموارد كالماء والبيئة لضغوط متزايدة نتيجة زيادة سكان العالم وتزايد الدخل، ويرجح أن يكون لندرة الموارد وتدهور البيئة تأثير غير متكافئ على الاقتصاديات النامية"¹.

تسعى الجزائر إلى تطبيق استراتيجيات لحماية بيئتها ومواردها الطبيعية، في ظل الظروف المناخية والجغرافية التي تتميز بها، ووضعت لذلك خطة إستراتيجية خاصة بتجديد المياه لإعادة استغلالها في مختلف القطاعات، أهمها القطاع الزراعي، تمتد بين الفترة 2006-2025، تهدف من خلالها تحقيق أمنها المائي عن طريق²:

1- تعبئة موارد سطحية وجوفية إضافية تقدر ب 02 مليار م³ في السنة، وذلك بانجاز 13 سد كبير (1,5 مليار م³)، وسحب كمية 0,5 مليار متر مكعب من الخزان الجوفي الجنوبي.

2- تحلية مياه البحر والمياه الجوفية المالحة بحوالي أكثر من 01 مليار م³ من خلال 13 محطة تحلية إضافة إلى إعادة استعمال مياه الصرف الصحي المعالجة (01 مليار م³ منتجة في أفق 2025)

3 - إنشاء قنوات وشبكات الربط لنقل المياه من الشمال إلى الجنوب على طول آلاف الكيلومترات.

¹ - صندوق النقد الدولي، التمويل والتنمية، سبتمبر 2014، ص 13.

² - عبد القادر العرابي، المصادر المائية في المغرب العربي وإمكانية تطوير استغلالها بما يخدم التنمية المستدامة، الملتقى العلمي حول إستراتيجية الأمن المائي العربي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، 19-21 ديسمبر 2011، ص 19.

4- حماية السكان والممتلكات من الفيضانات وحماية الموارد المائية والمجال الطبيعي من التلوث.

5- ري مليون هكتار من الأراضي الصالحة للزراعة.

خاتمة:

يعود التطور والنمو في أي قطاع من القطاعات الحيوية في الوطن إلى حجم الموارد والإمكانات التي يملكها ويتم استغلالها، والتي تؤثر مباشرة في حجم الإنتاج والمساهمة في الناتج المحلي الوطني أو القومي؛ فالقطاع الزراعي في الجزائر قطاع استراتيجي يعول عليه في توفير الاحتياجات الغذائية، وبالتالي التحكم في مسار الأمن الغذائي.

ولا يتحقق ذلك إلا عن طريق ترشيد استغلال الموارد المختلفة، بما فيها الطبيعية،

في ظل ندرتها كالموارد المائية، ونضوبها كالموارد النفطية؛ هذه الأخيرة تشهد في الفترة السابقة والحالية تدهورا في أسعارها على مستوى الأسواق العالمية، نتيجة عوامل مختلفة منها الاقتصادية والسياسية والأمنية وكذا البيئية.

وقد أدى الانخفاض في أسعار البترول عالميا إلى إحداث انعكاسات سلبية على الاقتصاد العالمي بصفة عامة، واقتصاديات الدول المصدرة للبترول بصفة خاصة، وبالأخص الدول النفطية التي تعتمد موازاناتها المالية بدرجة كبيرة على إيرادات صادرات المحروقات، على غرار الجزائر. ما شكل تهديدا على أمنها الغذائي. والذي لا يمكن تحقيقه في ظل مثل هذه الظروف إلا عن طريق الإدارة الرشيدة والمتكاملة لمختلف الجهات والقطاعات المعنية بالإنتاج الزراعي والغذائي بالوطن.

وفي هذا الإطار تقدم مجموعة من التوصيات نوردتها فيما يلي:

- في ضوء الظروف الاقتصادية والتغيرات الدولية الراهنة والتي لا بد على الاقتصاد الوطني من التكيف معها، والعمل على تخفيف حدة انعكاساتها السلبية على مختلف القطاعات الإنتاجية بما فيها القطاع الزراعي.

- لا بد من انتهاز سياسة التنوع في مصادر الإيرادات، لتكون بديلة عن الإيرادات النفطية، وذلك من خلال تشجيع الإنتاج الصناعي والزراعي والسياحي وغيره وفق الإمكانيات المتاحة.

- من الضروري الاستغلال الأمثل لمختلف الموارد والإمكانات المتاحة في الجزائر والتي من شأنها رفع الإنتاج الزراعي والغذائي، بالأخص الموارد الطبيعية كالمياه والأراضي.

قائمة المصادر والمراجع

1- باللغة العربية

المؤلفات:

- 1 - محمود عبد الفضيل، النفط والمشكلات المعاصرة للتنمية العربية، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، الكويت، أبريل 1979.
 - 2 - هاني عبد القادر عمارة، الطاقة وعصر القوة، دار غيداء للنشر والتوزيع، الأردن، 2012.
- المقالات والمداخلات العلمية:
- 4 - براهيم بلقاة، تطورات أسعار النفط وانعكاساتها على الموازنة العامة للدول العربية خلال الفترة (2000-2009)، مجلة الباحث، جامعة الأغواط، العدد 12، 2013.
 - 5 - ثامر البكري، إنتاج وتسويق الحبوب وأثرهما على تحقيق استدامة الأمن الغذائي، الملتقى الدولي التاسع حول في ضوء المتغيرات والتحديات الاقتصادية الدولية، كلية العلوم الاقتصادية، التجارية وعلوم التسيير، جامعة الشلف، 23-24 نوفمبر 2014.
 - 6 - رحمان آمال، النفط والتنمية المستدامة، أبحاث اقتصادية وإدارية، كلية العلوم الاقتصادية والتسيير، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الرابع، ديسمبر 2008.
 - 7 - عبد القادر العربي، المصادر المائية في المغرب العربي وإمكانية تطوير استغلالها بما يخدم التنمية المستدامة، الملتقى العلمي حول إستراتيجية الأمن المائي العربي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، 19-21 ديسمبر 2011.
- التقارير وأوراق العمل:
- 8 - بنك الجزائر، التقرير السنوي 2013 للتطور الاقتصادي والنقدي للجزائر، نوفمبر 2014.
 - 9 - تقرير مشروع قانون المالية لسنة 2016، لجنة المالية والميزانية، المجلس الشعبي الوطني، الجزائر، خريف 2015.
 - 10 - ديوان الرقابة المالية والإدارية، التقرير الربع السنوي الأول حول واقع المياه العادمة في الضفة الغربية، رام الله، فلسطين، 2012.
 - 11 - صندوق النقد الدولي، التمويل والتنمية، سبتمبر 2014.
 - 12 - صندوق النقد الدولي، الشرق الأوسط وآسيا الوسطى آفاق الاقتصاد الإقليمي، سبل التعايش مع انخفاض أسعار النفط في سياق تراجع الطلب، يناير 2015.
 - 13 - اللجنة الاقتصادية لإفريقيا، مكتب شمال إفريقيا، الأمم المتحدة، الاقتصاد الأخضر- في الجزائر -فرصة لتنويع الإنتاج الوطني وتخفيفه-، 2014.
 - 14 - مخطط عمل الحكومة من أجل تنفيذ برنامج رئيس الجمهورية، الجزائر، ماي 2015.
 - 15 - مصلحة الزراعة، منظمة الأغذية والزراعة للأمم المتحدة، إدارة المياه عام 2030، روما.
 - 16 - معهد الدراسات المصرفية، الذهب الأسود، إضاءات مالية ومصرفية، جانفي 2013.
 - 17 - إحصائيات الكتاب السنوي للإحصاءات الزراعية العربية، المنظمة العربية للتنمية الزراعية، الخرطوم، السودان، المجلد رقم (33)، 2013.
 - 18 - إحصائيات الكتاب السنوي للإحصاءات الزراعية العربية، المنظمة العربية للتنمية الزراعية، الخرطوم، السودان، المجلد رقم (34)، 2014.
- 2- باللغات الأجنبية

- 21- Banque d'Algérie , Tendances financières et monétaires au
- 22- premier trimestre 2015 ; sous l'effet du choc externe, Algérie,

juin 2015.

23- Centre National d'Etudes et d'analyses pour la Population et le développement, **Quelles politiques de sécurité alimentaire pour l'Algérie à l'horizon 2025, Défis et enjeux**, Séminaire sur la Sécurité Alimentaire.

24- PER, P.A.RAJUL PANDYA, L, **Food security and sustainable use of natural resources: a 2020 vision**, International Food Policy Research Institute, Washington, USA, 1997.

واقع الإصلاحات السياسية في الجزائر بين المتطلبات الداخلية وتفاعلات العولمة*

أ. خليفة نصير - أستاذ مساعد/ - جامعة تيارت

ملخص :

تسعى هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على واقع ومستقبل الإصلاحات السياسية في الجزائر والتي تزامنت مع مجموعة من التفاعلات الداخلية تمثلت في جملة الإصلاحات السياسية التي باشرتها الدولة منذ السنوات الأخيرة، والتي مست جملة القوانين والمشروعات الخاصة شملت في مجملها قانون الأحزاب السياسية وقانون الانتخابات، إضافة إلى قانون الإعلام، وكذا قانون البلديات وغيرها، وكذا ارتباطها بتغيرات إقليمية شملت ما يعرف في الأدبيات السياسية بالحراك السياسي والاجتماعي في الداخل العربي، إلى جانب متغيرات خارجية تتمثل في تأثيرات العولمة والسياق الدولي العام.

الكلمات المفتاحية: الإصلاح السياسي، العولمة، البيئة الخارجية، البيئة الداخلية

* تاريخ إيداع المقال: 2016/01/18

تاريخ تحكيم المقال: 2016/02/09

Résumé

L'objectif de cette étude est de mettre en lumière la réalité et l'avenir des réformes politiques en Algérie qui sont accompagnées par des interactions internes. Ces réformes sont engagées par l'Etat ces dernières années et ont touché les lois sur les partis politiques et sur les élections et les médias et aussi sur les communes. Ces réformes sont liées à des changements politiques et sociales au monde arabe. Elles sont aussi liées à des influences externes représentées par la mondialisation et un contexte mondiale .

مقدمة

عرفت النظم السياسية العربية في السنوات القليلة الماضية موجة من الإصلاحات أخذت أبعادا ومضامين عدة، شملت مجالات مختلفة، سياسية، اقتصادية و اجتماعية ثقافية. ولم تكن الجزائر بعيدة عن عمليات الإصلاح هذه على غرار الكثير من البلدان، إذ شهدت العقود الثلاثة الأخيرة إصلاحات هامة للنظام السياسي كانت بدايتها في أواخر الثمانينات من القرن الماضي، وانتشرت في الفترة بعدها، ولا تزال اليوم حاضرا في الخطاب السياسي العام بوصفه ضرورة في الحاضر والمستقبل.

في نفس الوقت الذي كانت فيه الأنظمة التسلطية في البيئة الإقليمية للجزائر تنهوى الواحدة تلو الأخرى، أعلن الرئيس عبد العزيز بوتفليقة في خطابه بتاريخ 10 ابريل 2011، عن إصلاحات سياسية قال عنها أنها ستؤدي إلى تعزيز المسار الديمقراطي في الجزائر، لكن العارفين بتعقيدات الحقل السياسي الجزائري وصفوا هذه الإصلاحات بأنها مجرد ترتيبات آنية في إطار جهود النظام السياسي للتكيف مع المتغيرات الحاصلة في محيطه الإقليمي والدولي.

منذ صدور دستور 23 فبراير 1989 والذي نص على التعددية السياسية والإعلامية وحرية التعبير وغيرها من المكاسب، لكنه سرعان ما تم التراجع عن تلك المكاسب الديمقراطية مستمر، لكنه في العقد الأخير بلغ ذروته، مما أضفى على البلاد حالة من الجمود السياسي لم تشهدها من قبل، إلى أن هبت رياح التغيير في شال إفريقيا، واعتقد البعض أن ظاهرة "الدومينو" ستكرر في المغرب العربي، وستشهد الجزائر تحولا سياسيا عميقا، بيد أن شيئا من هذا لم يحدث.

تسعى هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على واقع ومستقبل الإصلاحات السياسية في الجزائر والتي تزامنت مع مجموعة من التفاعلات الداخلية تمثلت في جملة الإصلاحات السياسية التي باشرتها الدولة منذ السنوات الأخيرة، والتي مست جملة القوانين والمشروعات الخاصة شملت في مجملها قانون الأحزاب السياسية وقانون الانتخابات، إضافة إلى قانون الإعلام، وكذا قانون البلديات وغيرها، وكذا ارتباطها بمتغيرات إقليمية شملت ما

يعرف في الأدبيات السياسية بالحراك السياسي والاجتماعي في الداخل العربي، إلى جانب متغيرات خارجية تتمثل في تأثيرات العولمة والسياق الدولي العام.

انطلاقاً من هذه الطرح حاولنا معالجة هذا الموضوع مع الأخذ بعين الاعتبار أهم التحولات الخارجية والداخلية التي تمر بها الجزائر والهدف هو محاولة دراسة تداعيات تلك التحولات على النظام السياسي الجزائري. وفي سبيل ذلك قامت الدراسة ببناء خطة بحثية لمعالجة الموضوع، بحيث تم تقسيم الدراسة إلى أربعة محاور، حيث تناول المحور الأول الإطار النظري لدراسة ظاهرة الإصلاح السياسي انطلاقاً من تحديد مفاهيمه ومدخله النظرية ثم مظاهر وتجليات هذه العملية، في المحور الثاني تم التطرق إلى تجربة الإصلاحات السياسية في الجزائر: المسار التاريخي والتجارب السابقة، أما المحور الثالث فقد سلط الضوء على العوامل المتحركة في واقع الإصلاحات السياسية الراهنة في الجزائر. انطلاقاً من أهم العوامل الداخلية والخارجية وكذا أهم الأنماط والأشكال التي اتخذتها عملية الإصلاح الديمقراطي في الجزائر، وفي المحور الرابع تم تسليط الضوء على مستقبل ورهانات الإصلاحات السياسية في الجزائر، لتلخص الدراسة إلى مجموعة من الاستنتاجات والتوصيات في إطار هذا الموضوع.

إشكالية الدراسة:

تثير مبادرة النظم السياسية في اتجاه الإصلاح السياسي والاقتصادي جدلاً واسعاً بين الدارسين والمهتمين بالسياسات المقارنة، فقد ظهر العديد من الاتجاهات التي ركزت على بحث مضمون هذه الإصلاحات، وأهدافها والغاية من ورائها، وهل هدفها تكريس النظام الديمقراطي أم أنها لا تعدو أن تكون مجرد إجراءات ظرفية استباقية وانية تندرج في إطار ما يعرف "المحافظة على الوضع الراهن؟ وكيف يمكن أن تتجسد إصلاحات سياسية في ظل تفاعلات المتطلبات الداخلية والمتغيرات الخارجية التي يشهدها العالم العربي والجزائر بصفة خاصة؟

إن محاولة الإجابة عن التساؤلات السالفة الذكر، يقتضي طرح فرضيتين أساسيتين هما:

- **الأولى:** إن النظم السياسية دائمة التغير باتجاه الإصلاح السياسي تكون تبعاً لتغير الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية للمجتمع، فثمة علاقة ارتباط لا يمكن تجاهلها بين تغير هذه الظروف وتغير وتطور هذه النظم السياسية.

● **الثانية:** إن كل الدول الحديثة الاستقلال ومنها الجزائر هي دول مختزقة ومحتواة في النظام الرأسمالي العالمي، وبالتالي لا يمكن تحليل تفاعلاتها الداخلية أو الخارجية النزاعية أو التعاونية بمعزل عن تلك التفاعلات الجارية في مراكز النظام العالمي، ولا عن تحقيق أهدافها الإصلاحية وتوجهاتها السياسية والاقتصادية والثقافية. لتحليل هاتين الفرضيتين لابد من الانطلاق من متغيرين رئيسيين:

- 1 - **متغير البيئة الداخلية:** يحلل هذا المتغير العلاقة بين الإصلاحات السياسية والأزمات الوطنية في الدولة بناء على مصادر داخلية ومعزل عن المؤثرات الخارجية.
- 2 - **متغير البيئة الخارجية:** يحلل وجود الإصلاحات السياسية في الدولة يكون نتيجة لمؤثرات البيئة الخارجية التي تستهدف تكيف أهداف وسلوكات النظم السياسية مع مصالح القوى الخارجية المستفيدة من نظام العولمة.

المحور الأول: الإصلاحات السياسية: الأطر والمقاربات المفاهيمية والنظرية

ترتبط مفاهيم الإصلاح بأبعاده السياسية والاقتصادية والاجتماعية بالكثير من المفاهيم الشائعة مثل: التنمية السياسية أو التحديث السياسي أو التغيير السياسي، أو التحول، وجميع هذه المفاهيم تقريبا مرتبطة بالدول النامية، وعلى الرغم من وجود تعريفات متعددة دقيقة وواضحة لهذه المفاهيم، إلا أن مفهوم الإصلاح ما يزال يكتنفه الغموض، وذلك لتداخله مع العديد من المفاهيم السابقة.

أولا: تعاريف متعددة

تعد شبكة المفاهيم جزءا من المنهج وأداة له، تستدطن مقولاته، وتعكس مضامينه. فالمفهوم يحمل من المضامين والمعاني ما يفوق كثيرا إطاره اللفظي، فهو لا يعد كلمة بسيطة وإنما هو معلومة لها أهميتها وموقعها من البيئة المعرفية. لذا تحظى المفاهيم بأهمية قصوى لدى الخبراء، لأنها تشكل حجر الأساس في صياغة النظريات. وقبل التعرض للمفاهيم التي تتداخل مع مفهوم الإصلاح السياسي يستلزم طرح مجموعة من الملاحظات حول هذه الشبكة المفهومية عامة ومنها:

1. قد توجد عدة مفاهيم تستخدم في دراسة ظاهرة الإصلاح السياسي دون إدراك أبعادها الثقافية والفكرية، وهذا يعود إلى غياب تحديد المفاهيم والمصطلحات العلمية المستخدمة، الأمر الذي انعكس سلبا على التصور النظري الموحد.⁽¹⁾

⁽¹⁾ برهان غليون، "بناء المجتمع المدني في الوطن العربي: العوامل الداخلية والخارجية"، مجلة نقد، الجزائر، ع. 7. (1994)، ص. 6.

2. أن هذه المفاهيم هي وليدة خبرة حضارية معينة تستبطن منظومتها، وتختلف في مقدماتها وتأنجها مع أي حضارة مغايرة، وتنبثق أساسا من الرؤية الخاصة للعقل الغربي الأوربي.

انطلاقا من ذلك، فإن الاجتهادات الغربية في دراسة الإصلاح السياسي تقدم عدة مفاهيم للتعبير عن جوهر ظاهرة التنمية، من بين هذه المفاهيم، مفهوم التحديث السياسي Political Modernization، ومفهوم التغيير السياسي Political Change، التحول السياسي Political Transformation، ومفهوم التطور السياسي Evolution Political. ومفهوم التغريب Westernization، وعلى الرغم من تعدد المفاهيم وتلاحقها الزمني في الظهور إلا أنها لا تمثل منظومة متكاملة أو نسقا واحدا، وإنما نجد لها غالبا بديلة، أو مرادفة، أو مكملة بعضها البعض، ومن ذلك فإن ترتيبها في هذا السياق لن يكون ترتيبا أفضلية أو ترتيبا علاقة، بقدر ما يكون ترتيبا تقتضيه ظروف البحث ولزومية تناول كل منها على حدة.

أ- مفهوم التحول السياسي: كلمة التحول تقابلها باللغة الإنجليزية كلمة "Transition" وتعني المرور أو الانتقال من حالة معينة إلى أخرى أو من مرحلة معينة أو من مكان معين إلى حالة أو مرحلة أو مكان آخر. وتعتبر عملية التحول بمعنى "Transition" المرحلة الأولى للتحول نحو النظام الديمقراطي، وهي فترة انتقالية تمتد بين مرحلة تقويض دعائم نظام سياسي سابق وتأسيس نظام سياسي لاحق.⁽¹⁾

كما يمكن الإشارة إلى أن التحول الديمقراطي هو: «مجموعة من المراحل المتميزة تبدأ بزوال النظم السلطوية يتبعها ظهور ديمقراطيات حديثة تسعى لترسيخ نظمها، وتعكس هذه العملية إلى إعادة توزيع القوة بحيث يتضاءل نصيب الدولة منها لصالح مؤسسات المجتمع المدني بما يضمن نوعا من التوازن بين كل من الدولة والمجتمع، بما يعني بلورة مراكز عديدة للقوى وقبول الجدل السياسي».²

ب- مفهوم التحديث السياسي: هناك من يرى أن عملية التحديث السياسي "هي التحولات والتغيرات السياسية التي حدثت في أوروبا وبقية أنحاء العالم منذ النهضة الأوروبية". وهذه التغيرات يشار لها كخصائص لعملية التحديث السياسي، وتشمل: تحقيق مزيد من المساواة وإعطاء فرص للمشاركة في صنع السياسة، وقدرة النظام السياسي على صياغة وتنفيذ السياسات، والتنوع والتخصص في الوظائف السياسية، وعلمانية العملية السياسية وفصلها عن التأثيرات الدينية.⁽³⁾ وتتسم هذه العملية بالخصائص التالية:

1-عملية جذرية بمعنى تتضمن تغيرا جذريا من التقليد إلى التحديث.

⁽¹⁾ هدى ميتكس، الاتجاهات المعاصرة في دراسة النظم السياسية في دول لعالم الثالث (القاهرة: اللجنة العلمية للعلوم السياسية والإدارة العامة، 1999)، ص.135.

⁽²⁾ محمد نصر مهنّا، في النظم الدستورية والسياسية: دراسة تطبيقية (الإسكندرية: المكتب الجامعي الحديث، 2005)، ص. 442.

⁽³⁾ دود، هانس، التنمية السياسية، ترجمة عبد الهادي الجوهري، القاهرة، مكتبة نهضة الشرق، 1987، ص 18.

- 2- عملية معقدة بمعنى شمولها التغيرات في كل النظم المجتمعية، من التصنيع، والتحضّر، والحراك الاجتماعي، وانتشار الوسائل التقنية، وصولاً إلى ارتفاع معدلات التعليم، واتساع المشاركة الشعبية.
- 3- التحديث عملية نسقية، أي أن التغيير في عنصر يؤدي إلى التغيير في العناصر الأخرى.
- 4- التحديث عملية عامة Global، أي ظاهرة لا تقتصر على مجتمع معين، وإنما تشهدا معظم الدول.
- 5- التحديث عملية طويلة المدى ومستقرة، أي أنها ليست انتقالاً فجائياً من التقليدي إلى الحديث، وبالتالي فهي عملية تدريجية تتم على مراحل.

ج-التغير السياسي: يعتبر مصطلح التغير، مفهوماً عاماً حيادياً غير قيمي، وهذا ما يؤكد الأستاذ "فيريل هيدي" " «Ferel Heady» أن مصطلح التحديث السياسي والتنمية السياسية يشيران إلى التطور نحو نموذج واحد يمثّل في الديمقراطية الغربية، لذلك فإن التغير يعتبر أكثر حيادية، والذي يترك المجال للبحث مفتوحاً فيما يتعلق بالاتجاه الذي تأخذه التحولات السياسية بدلاً من أن تغلق باب البحث بتعريف محدد للمصطلح. من هذا يمكن توضيح مفهوم التغير بمعناه الواسع، هو الانتقال من حالة إلى أخرى انتقالاً يؤثر على العملية التي تقوم بها البنية موضع التغير، أو يؤثر على العملية والبنية معاً. ويكون التغير كماً متى اقتصر - على التغير في حجم النواتج، أما التغير النوعي فيتطلب تغيراً في البنية والعملية، أي أن تغير البنية وتغير العملية تغيران نوعيان، ويكون التغير إيجابياً متى ساهم في رفع مستوى أداء البنية، وسلباً متى خفض في ذلك المستوى. ويمكن تحديد صيغ التغير السياسي في صيغتان أساسيتان، التغير الجذري، والتغير الإصلاحى.

إذا وبعيدا عن التداخل والغموض، يمكن تعريف مفهوم الإصلاح بأنه التغير والتعديل نحو الأفضل لوضع شاذ أو متدهور⁽¹⁾، وبالتالي يشير الإصلاح إلى إجراء بعض التغيرات في المجال السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي في الدولة، عندما تتزايد الآمال والتطلعات نحو وضع أفضل من الوضع القائم، وهذا يحدث عادة في الدول المتقدمة، أو عندما تتزايد الاحباطات من الوضع القائم، ويصبح الخروج منه أمراً ضرورياً لتحقيق الاستقرار، وهذا يحدث عادة في الدول النامية. كما تتطلب الدعوة إلى الإصلاح أن يكون لدى المجتمع قدرة على التكيف ومقدرة على التغيير، والانتقال المطالب الإصلاحية إلى دعوة إلى التغيير الشامل، وبالتالي يعتبر الإصلاح، وخاصة السياسي، حق على الدولة يجب أن تؤديه للمواطنين بشكل مستمر، حتى يتحقق الحكم الجديد، وحتى يتخلص النظام من مشاكله وأزماته.⁽²⁾

ثانياً: عملية الإصلاح الديمقراطي

⁽¹⁾ اشرف محمد عبد الله ياسين، "السياسة الأمريكية تجاه الإصلاح السياسي في الشرق الأوسط"، المجلة العربية للعلوم السياسية، فبراير (2011)، ص. 69.

⁽²⁾ الإصلاح البرلماني (ندوة)، تحرير علي الصاوي (القاهاة: جامعة القاهاة، كلية الاقاصاا والعلوم السياسية، البرنامج البرلماني، 2003)، ص. 130-

مثلت عمليات الإصلاح الديمقراطي الظاهرة العالمية الأهم خلال العقود الأخيرة من القرن العشرين، قبل ذلك كان هناك عدد قليل من النظم الديمقراطية في أمريكا اللاتينية و آسيا وإفريقيا والشرق الأوسط، مقابل ذلك كان هناك نظم حكم غير ديمقراطية تشمل نظما عسكرية، ونظم الحزب الواحد ونظم الديكتاتوريات الفردية الشخصية، في منتصف سبعينيات القرن العشرين شهد العالم ما أصبح يعرف "بالموجة الثالثة للديمقراطية" التي بدأت في البرتغال وإسبانيا واليونان منذ 1974، وامتدت إلى أوروبا الشرقية والاتحاد السوفياتي وبعض أجزاء إفريقيا في أواخر الثمانينيات وأوائل التسعينيات من القرن الماضي.⁽¹⁾

في هذا الإطار بدأ ظهور هذا المفهوم في الدراسات الأكاديمية والعلمية، وتعرف الديمقراطية بأنها: «عملية مستمرة ودائمة مادام أن الحاجة إلى الديمقراطية موجودة أو حتى تلك التي حققت نوعا من الديمقراطية، كما أن هناك علاقة بين ديمقراطية الدول والديمقراطية، تتلخص هذه العلاقة في كون تحقيق الديمقراطية كعملية مستمرة ودائمة مع صفة الدولة الديمقراطية والتي تعتبر خاصية لكل الدول التي تعمل على إقامة نظام شامل قائم على المشاركة الكلية لأعضائها ومواطنيها في تسير شؤونها.⁽²⁾ وتتشكل عملية الديمقراطية من مجموعة من الأنماط والأشكال، حيث تؤثر العمليات والتفاعلات والعوامل والقوى السياسية في ديناميات التحول الديمقراطي، وعلى أنماط عمليات الديمقراطية، في مختلف البلدان السلطوية. ويميز "هنتنغتون" Huntington بين أربعة أنماط أو أشكال لعملية التحول الديمقراطي وهي :

- التحول (Transformation): عندما تتم عملية الانتقال الديمقراطي أساسا بمبادرات من النظام السلطوي ذاته وبدون تدخل جهات أخرى.
- التحول الإحلالي (Transplacement): عندما تتم عملية التحول الديمقراطي أساسا عن طريق مبادرات مشتركة بين النخب الحاكمة والنخب المعارضة.
- الإحلال (Replacement): عندما تنتج عملية الديمقراطية أساسا عبر الضغوط والمعارضة الشعبية.
- التدخل الأجنبي (Foreign Intervention): عندما تحدث عملية الديمقراطية نتيجة التدخلات وضغوط أطراف أجنبية.

ثالثا: متطلبات وشروط الإصلاح الديمقراطي

⁽¹⁾ محمد زاهي بشير المغربي، "الديمقراطية والإصلاح السياسي مراجعة عامة للأدبيات"، ورقة مقدمة في إطار ندوة حول: الديمقراطية والإصلاح السياسي في الوطن العربي 21-22 يونيو 2005 (جامعة القاهرة، المركز العالمي لدراسات وأبحاث الكتاب الأخضر، 2005)، ص. 64.

⁽²⁾ عمير نعيم، ديمقراطية منظمة الأمم المتحدة (الجزائر: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط 2007، 1)، ص. 503.

يستدعي مسار الإصلاح السياسي شروط وليات تتوفر لنجاحه يمكن من خلالها الشروع في عملية الإصلاح، فهي بمثابة الأرضية لتأسيس العملية الديمقراطية برمتها، وذلك تماشياً مع خصوصية كل مجتمع، لا أن تكون جاهزة وتطبق في هذا البلد أو ذاك.

1 - توسيع قاعدة المشاركة السياسية: تعتبر المشاركة السياسية جوهر الممارسة الديمقراطية، إلا أن تحقيقها على صعيد الواقع العملي يتطلب توفر المؤسسات اللازمة لضمان مشاركة سياسية فعلية،⁽¹⁾ كما أنها محصلة نهائية لجملة من العوامل الاجتماعية، الاقتصادية، المعرفية والسياسية، تتضافر في تحديد بنية المجتمع المعني ونظامه السياسي وساتمها وليات اشتغالها، وتحديد نمط العلاقات الاجتماعية والسياسية ومدى توافقها مع مبدأ المشاركة، الذي أصبح احد آليات الديمقراطية الحديثة، وللمشاركة السياسية الفاعلة مجموعة من الشروط يمكن إيجازها فيما يلي:

- ارتفاع مستوى وعي الجماهير بأبعاد الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي يمر بها المجتمع،
- الإيمان بجدوى المشاركة وإحساس المواطن بأهمية المشاركة وفاعلية هذه المشاركة وسرعة استجابة المسؤولين، يعمق من شعوره بجدوى مشاركته ومردوده المباشر على تحسين صورة حياته وحياة الآخرين داخل المجتمع.
- وجود القوانين والأطر التي تضمن وتؤكد وتحمي المشاركة، وكذلك الوسائل والأساليب المتنوعة لتقديم وعرض الآراء والأفكار والاقتراحات بوضوح تام وحرية كاملة،
- اللامركزية في الإدارة مما يفسح المجال أمام الجماهير لكي تشارك إدارة شؤون حياتها، ويفتح الباب لكل الجهود التي تقدمها الجماهير.
- تقوية دور مؤسسات التنشئة الاجتماعية والسياسية، الأحزاب ووسائل الاتصال مع تشجيعها على غرس قيم المشاركة لدى الجماهير.

2 - التعددية السياسية: يرتبط التداول السلمي للسلطة بوجود تعدد حزبي حقيقي يسمح بتنافس فعلي بين عدد من الأحزاب ذات التوجهات المتباينة في انتقال السلطة من حزب إلى حزب آخر أو من زعيم احد الأحزاب إلى زعيم حزب آخر، ولا بد من وجود تعددية حزبية باعتبار الأحزاب وسيطة بين المواطنين

(1) بوحينة قوي، الانتخابات البرلمانية الجزائرية عام 2007، في احمد الدبسين وآخرون، الانتخابات الديمقراطية وواقع الانتخابات في الأقطار العربية (بيروت:مركز دراسات الوحدة العربية، ط2009، 1)، ص.359.

والدولة، وعلى هذا الأساس فان «هدف التعددية السياسية وسبب وجودها هو إنشاء الطريقة التأسيسية التي تسمح لأحد أطراف التعددية السياسية بالوصول للسلطة مكان الطرف المسيطر».⁽¹⁾

3 - بناء وتدعيم المؤسسات السياسية: يعني ذلك حسب "صامويل هنتغتون" S.huntington: «إضفاء الصبغة المؤسسية على السلوك السياسي الديمقراطي، وأسمتها الأستاذة "TatuVanhanen" باستراتيجيات الهندسة المؤسسية، بمعنى صياغة اطر قانونية ودستورية تتفق ومبادئ الديمقراطية، وإقامة نظام حزبي تعددي وإجراء انتخابات دورية تنافسية حقيقية»،⁽²⁾ فتعزيز عملية التحول الديمقراطي لا يعتمد فقط على شروط ثقافية، اقتصادية واجتماعية، بل يحتاج أيضا إلى خلق مؤسسات سياسية قوية وفعالة، يمكن من خلالها تعزيز مبدأ الفصل بين السلطات وسيادة القانون.⁽³⁾

المحور الثاني: تجربة الإصلاحات السياسية في الجزائر:المسار التاريخي والتجارب السابقة

لقد أفرزت أحداث أكتوبر 1988 مجموعة من الإصلاحات السياسية التي كانت أثارها واضحة في التعديلات والتغيرات التي طرأت على بنية وهيكل النظام السياسي الجزائري، ولعل من أهمها تعديل الدستور والإصلاحات التي تبعت ذلك، قانون الجمعيات ذات الطابع السياسي، قانون الانتخابات، قانون الإعلام.

وكتيجة لمجموعة من المتغيرات السياسية والاقتصادية والاجتماعية والأزمة التي يواجهها المجتمع والنظام السياسي، طرحت مجموعة من الأفكار لإحداث إصلاحات سياسية وإدارية على هياكل الحكومة والحزب، لكنها لم تكن تعبر عن البيئة المأزومة، وفي ذلك يعبر الدكتور "عمار بوحوش" أسباب تعثر الإصلاحات السياسية والإدارية إلى ما يلي:⁽⁴⁾

1. أن مبادرة الإصلاح والتغيير في أنظمة الحكم كانت تأتي من مستويات قيادية عليا داخل جهاز الدولة وبالتالي تكريس المركزية.
2. تداخل السلطات والمسؤوليات الحكومية والحزبية إلى درجة أن الأجهزة الحكومية أصبحت محصنة ضد الرقابة والمحاسبة من طرف المجالس الشعبية المنتخبة أو الاستشارية، ونتيجة لهذه الحصانة ضد الرقابة استفحل الفساد.

(1) غسان سلامة- " التعددية السياسية في المشرق من الصيغ التقليدية إلى الصيغ الحديثة"، ورقة مقدمة إلى ندوة: التعددية السياسية في الوطن العربي، 26 مارس 1989 (عمان، 1989)، ص. 11.

(2) زريق نفيسة، عملية الترسخ الديمقراطي في الجزائر وإشكالية النظام الدولاتي المشكلات والأفاق، رسالة ماجستير (جامعة الحاج لخضر- باتنة: كلية الحقوق، 2008-2009)، ص. 23.

(3) المرجع نفسه، ص. 23.

(4) ناجي عبد النور، النظام السياسي الجزائري من الأحادية إلى التعددية السياسية (الجزائر: جامعة 08 ماي 1945، مديرية النشر- جامعة قالمة، 2006)، ص. 141.

3. إن مشكل الإصلاحات السياسية في الجزائر يكمن في أن أي تغيير في مؤسسات الدولة قد يترتب عنه تقليص دور الفئات المتميزة في المجتمع حيث تفقد الجماعات القوية في غياب المؤسسات السياسية والتشريعية، نفوذها وتصير معرضة للنقد والمحاسبة المتابعة القانونية.
4. إن عدم التجانس في الأفكار والميول والانتماء إلى تيارات سياسية متناقضة قد حالت دون الاتفاق على برامج عمل موحدة، ونتيجة لهذه الصراعات العقائدية والعرقية والإيديولوجية والتضارب في المصالح، ولهذا فإن نجاح الإصلاحات يتوقف باستمرار على قدرة القيادة على حل التناقضات وتفكيك التحالفات المقاومة للإصلاحات.

أولاً: التعديل الجزئي لدستور 1976:

تمثل أول إصلاح سياسي عقب أحداث أكتوبر 1988 في التعديل الجزئي لدستور 1976 حيث قرر رئيس الجمهورية أن يعرض على الشعب عن طريق استفتاء يوم 03 نوفمبر 1988 مشروع تعديل للدستور يتعلق بتنظيم جديد للوظيفة التنفيذية يختار بمقتضاها رئيس الجمهورية رئيسا للحكومة يكون مسؤولاً أمام المجلس الشعبي الوطني، في هذا الإطار تم تحميل حزب جبهة التحرير الوطني جزءاً كبيراً من المسؤولية جراء الركود الاقتصادي والسياسي والاجتماعي الذي أصاب البلاد ويهدف استحداث منصب رئيس الحكومة إلى إبعاد رئيس الجمهورية عن المواجهة السياسية، وجعل الحكومة تتحمل مسؤوليتها في التسيير وبالتالي إمكانية إقالتها عندما تقتضي الضرورة ذلك⁽¹⁾.

كما نص هذا التعديل على إلغاء الفقرتين الثانية والتاسعة من المادة 111 من دستور 1976 اللتان كانتا على التوالي تعبران عن تجسيد رئيس الجمهورية لوحدة القيادة السياسية للحزب والدولة، وترأسه الاجتماعات المشتركة لأجهزتها. وبذلك بدأ إبعاد الحزب تدريجياً من مراكز القيادة، ومنح صلاحيات لرئيس الجمهورية للقيام بالإصلاحات التي وعد بها وتضمنها فيما بعد دستور 1989.

ثانياً: دستور 23 فيفري 1989

تبنى دستور 1989 مبادئ المذهب الدستوري والشريعة الدستورية، وفي مقدمتها الحريات العامة الفردية والجماعية (حريات التعبير، إنشاء الجمعيات، والاجتماع مضمونة للمواطن)⁽²⁾. والانتخابات كوسيلة لمنح السلطة ومصدر لشريعة ممارستها⁽³⁾. وتداول السلطة كنتيجة حتمية لمبدأ الانتخابات التعددية الحرة، والفصل بين السلطات، والرقابة الدستورية لضمان تفوق الدستور⁽⁴⁾. استمد دستور 1989 مبادئه من عدد من

⁽¹⁾ لونيس راجح، رؤساء الجزائر في ميزان التاريخ، (الجزائر: دار المعرفة، 2012)، ص. 230.

⁽²⁾ انظر: المادة 39 من دستور 23 فيفري 1989

⁽³⁾ انظر: المادة 07 من دستور 23 فيفري 1989.

⁽⁴⁾ عبيد، مرجع سابق، ص. 148.

المصادر من بينها النظام البرلماني من خلال النص على مسؤولية الحكومة أمام البرلمان وحق السلطة التنفيذية في حل البرلمان، والنظام الرئاسي الذي اقتبس الدستور منه مبدأ فصل السلطات، والنظام الفرنسي- متأثراً بقاعدة انتخاب رئيس الجمهورية وتأسيس مجلس دستوري، فجاء النظام المنصوص عليه في الدستور شبه رئاسي لأنه حافظ بشكل كبير على صلاحيات رئيس الجمهورية،⁽¹⁾ إلا أنه من أهم مصادر دستور 1989 الشرعية الدستورية والإعلام بحيث حلت الشرعية الدستورية محلاً للشرعية الثورية التي حكمت النظام السياسي والحكم في الجزائر منذ الاستقلال، وقد نص دستور 1989 على عدد من الإصلاحات السياسية أهمها:

- أ - تكريس الفصل ما بين الحزب والدولة وإلغاء التاثير الدستوري للتنظيم السياسي الوحيد متمثلاً في حزب جبهة التحرير، ومن ثم السماح بالتعددية السياسية.
- ب - إلغاء النص على أن رئيس الجمهورية يجسد وحدة القيادة السياسية للحزب والدولة، وإلغاء النص على أن رئيس الدولة يعين الحكومة ويحدد سياساتها.
- ت - تقليص محدود لصلاحيات رئيس الجمهورية الذي تنازل عن حقه في المبادرة بتقديم القوانين إلى البرلمان حيث انتقل هذا الحق إلى رئيس الحكومة .
- ث - إنهاء الدور السياسي للجيش وإلغاء النص الذي كان يعطيه دوراً في بناء الاشتراكية وتكليف الجيش فقط بالدفاع عن وحدة وسلامة أراضي البلاد.⁽²⁾
- ج - استحداث عدد من النصوص في حقوق الإنسان والحريات والتي تشكل الفصل الرابع من دستور 1989.
- ح - التأكيد على استقلالية السلطة القضائية ضد أي شكل من أشكال التدخل أو الضغط، كما تم النص لأول مرة على استقلالية القضاء في المادة 29 من دستور 1989، وإقامة مجلس دستوري وظيفته حماية الدستور بموجب المادة 153 من دستور 1989.
- خ - إلغاء النص على أن الميثاق الوطني هو المصدر الأساسي لسياسة الأمة وقوانين الدولة، وأنها المصدر الإيديولوجي والسياسي لمؤسسات الدولة والحزب على جميع المستويات .
- د - وضع الشروط الضرورية للدخول الفعلي في التعددية والممارسة الديمقراطية، وإعادة النظر في قوانين الانتخاب والإعلام وغيرها لتتلاءم مع الأوضاع الجديدة.⁽³⁾

(1) صالح بلعاج، المؤسسات السياسية والقانون الدستوري في الجزائر من الاستقلال إلى اليوم (الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2010)، ص. 143.

(2) عمر فرحاني وفرجيحة احمد، مؤشرات التحول الديمقراطي في الجزائر، مداخلة مقدمة للملتقى الوطني الأول حول: التحول الديمقراطي في الجزائر، 10_11_2005 (جامعة محمد خيضر بسكرة: كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2005)، ص. 40.

(3) فريد علوش، آثار التحول الديمقراطي على المؤسسات الدستورية الجزائرية، مداخلة مقدمة للملتقى الوطني الأول حول: التحول الديمقراطي في الجزائر، 10_11_2005 (جامعة محمد خيضر بسكرة: كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2005)، ص. 160.

لكن رغم الإصلاحات التي ادخلها دستور 1989 على النظام السياسي في الجزائر إلا انه لم يكن خروجاً عن النظام السلطوي في الجزائر، عن طريق إعطاء صلاحيات واسعة للرئاسة، فريئس الجمهورية له حق تعيين وإلغاء رئيس الحكومة، وحق حل البرلمان وإجبار البرلمان على معاودة الانعقاد للتصديق عن بعض القوانين لم يصدق عليه من قبل، بالإضافة لصلاحيات الرئيس الواسعة لحكم البلاد في الحالات الاستثنائية، وظل القيد الوحيد الذي ورد على الرئاسة في دستور 1989 وحصر قوة الرئاسة في مدتين رئاسيتين متتاليتين للشخص الواحد.⁽¹⁾

3 - دستور 1996 :

عرض مشروع تعديل الدستور على الاستفتاء الشعبي في 28 نوفمبر 1996،⁽²⁾ حظي بالموافقة الشعبية انتخب فيها الجزائر "اليمين زروال" رئيساً للجمهورية في نوفمبر 1995 بمعدل 61% من الأصوات المعبر عنها، وقد تولى اليمين زروال رئاسة الجمهورية ووزيراً للدفاع الوطني بمقتضى إعلان المجلس الأعلى للأمن الصادر بتاريخ 30 جانفي 1994،⁽³⁾ من أهم المبادئ التي أرساها هذا الدستور هو تأكيد التوجيه الديمقراطي للنظام ومنها تعميق التعددية كبدأً مستقر دستورياً باستخدام مصطلح الأحزاب السياسية بدل الجمعيات ذات الطابع السياسي، شملت التعديلات الواردة في دستور 1996 على دستور 1989 عدة مبادئ من أهمها حظر النشاط الحزبي القائم على أسس دينية أو طائفية، وإنشاء غرفة برلمانية ثانية أطلق عليها مجلس الأمة، تتشكل بالجمع ما بين الانتخاب والتعيين، إذ ينتخب ثلث الأعضاء بالاقتراع المباشر ويعين رئيس الجمهورية الثلث، كما نص على حق الرئيس في إصدار قرارات لها قوة القانون في أغلبية البرلمان مما يعني منح الرئيس سلطات تشريعية وتنفيذية جعلته السلطة الفاعلة الأولى في البلاد كما يسعى دستور 1996 إلى تقليص عدد الأحزاب السياسية وذلك من خلال تطبيق قوانين الانتخاب على الأحزاب مما أدى إلى اختفاء بعض الأحزاب وانضمام بعضها لحزب الرئيس حيث يبلغ عدد الأحزاب في الجزائر تسعة وستين (69) حزب معظمها أحزاب صغيرة.⁽⁴⁾

تنفيذاً لأحكام دستور 1996 أجريت سلسلة من الإصلاحات التشريعية التي تميزت بالشمول، والعمق، والانساع وقد اتخذت شكل إجراء بعض القوانين ووضع قوانين جديدة كلية، خاصة "القوانين العضوية"⁽⁵⁾ للدستور ومن أمثلتها:

(2) عبيد، مرجع سابق، ص. 148.

(3) الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الصادرة يوم 23 نوفمبر 1996، رقم 94.

(4) الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، الصادرة بتاريخ 31 يناير 1994 العدد 06، ص 16-17.

(1) عبيد، مرجع سابق، ص. 150.

(5) تم إدخال مفهوم "القانون العضوي" بغرض التكميل بتدعيم المبادئ التي تضمن الحريات الفردية والجماعية، ودرء مخاطر أي استغلال حزبي لمجالات في غاية الأهمية كمنافسة الانتخابات، وقانون الأحزاب السياسية والقانون الأساسي للقضاء وقانون الإعلان، لمزيد من المعلومات انظر: المادة 123 من دستور 28 نوفمبر 1996.

- ✓ القانون العضوي المتعلق بالانتخابات.
- ✓ القانون العضوي المتعلق بالأحزاب السياسية.
- ✓ القانون العضوي للمجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما وكذا العلاقة الوظيفية بينهما وبين الحكومة.
- ✓ القانون العضوي المتعلق بالمحكمة العليا.
- ✓ القانون العضوي المتعلق بمحكمة التنازع .
- ✓ القانون العضوي المتعلق بمجلس الدولة .

المحور الثالث: العوامل المتحركة في واقع الإصلاحات السياسية الراهنة في الجزائر

لقد حفزت مجموعة من العوامل على ظهور الإصلاحات الراهنة في الجزائر، تتضمن التطورات الحاصلة في الوطن العربي نفسه، والضغط الدولي غير المسبوق من اجل التغيير (For Change) الذي أثير، خاصة بعد أحداث سبتمبر 2001. وعلى الرغم من أن اعتبار العوامل الداخلية هي المتغيرة العالية الدلالة في ما يخص قضايا الإصلاح، إلا انه يجدر النظر أولاً إلى ضغوط البيئة الخارجية لأنها الأكثر وضوحاً وتجدداً.

أولاً: العوامل الخارجية

أ- المتغيرات الدولية:

تلعب المتغيرات الدولية دوراً كبيراً في التأثير على عمليات الإصلاح الديمقراطي، ويبرز هذا الدور أكثر من خلال الربط بين التحول نحو التعددية السياسية والمعونات أو الخطر على التجارة والاستثمارات، أو التجميد الإداري للمعونة أو التصويت في البنك الدولي أو صندوق النقد الدولي ضد الدول غير المنسجمة مع الدعوة إلى الإصلاح، ففي عام 1977 تبلورت الدعوة الخاصة بربط قانون المؤسسات المالية الدولية بحقوق الإنسان والديمقراطية، حيث يتم ربط التفاعل الايجابي بين هذه المؤسسات من جهة والدول الأجنبية من جهة أخرى، بمقدار ما تبني تلك الدول للسلوك الديمقراطي⁽¹⁾.

1 - تفاعلات العولمة:

في إطار زيادة التداخل والترابط بين ما هو داخلي وما هو خارجي، وبخاصة في ظل ثورة المعلومات والاتصالات، وانتشار موجة التحول الديمقراطي على الصعيد العالمي منذ سبعينيات القرن العشرين، وتمدد

(1) وليد عبد الحفي، علاقة السياسة الخارجية الأمريكية بالتحولات الديمقراطية في الوطن العربي، المستقبل العربي، (بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية، العدد 267 (ماي 2001)، ص. 60.

المجتمع المدني العالمي، وزيادة اهتمام بعض القوى والمنظمات الدولية-الحكومية وغير الحكومية-بموضوع الديمقراطية والإصلاح السياسي في الوطن العربي فإنه يصعب فهم التطور السياسي والديمقراطي في الجزائر بمعزل عن بعض التأثيرات الناتجة عن العولمة .

أ - **ثورة المعلومات والاتصالات:** لا شك أن ثورة المعلومات والاتصالات تؤثر بدرجات متفاوتة وأشكال مختلفة على الإصلاح الديمقراطي في الجزائر وعند تحليل تأثير تكنولوجيا المعلومات والتي تعد احد مظاهر العولمة على الحريات السياسية، يمكننا تقسيم هذا التأثير إلى بعدين:

البعد الأول: الأثر الإيجابي

إن ثورة المعلومات سمحت بتعدد مصادر الحصول على المعلومات، وبذلك أنهت احتكار النظم الحاكمة للمعلومات، والذي كان يمثل احد المرتكزات الرئيسية لممارستها التسلطية، كما انه في ظل هذه الثورة لم يعد بمقدور النظم الحاكمة أن تخفي ممارساتها الاستبدادية، وبخاصة تلك المتعلقة بانتهاكات حقوق الإنسان، كما كانت تفعل في السابق، وتوفر ثورة المعلومات والاتصالات لقوى المعارضة وتنظيمات المجتمع المدني قنوات ووسائل اتصال بتنظيمات وجماعات مماثلة في الخارج، وحشد تأييدها ودعمها لها، كما تسهم هذه الثورة بنشر- أفكار وقيم الديمقراطية عبر حدود الدول، وتسمح للشعوب المحكومة بنظم تسلطية أو شبه تسلطية بالاطلاع على تجارب ونضالات شعوب أخرى من اجل الديمقراطية⁽¹⁾. إن التوسع في استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات يساهم في:

- 1 - اطلاع المجتمعات العربية ومنها الجزائر على تجارب ومظاهر الديمقراطية في المجتمعات الأخرى، مما يعزز النزعة الديمقراطية في هذه الدول.
- 2 - تعلم أساليب الممارسة الديمقراطية ومفرداتها، مثل النظم الانتخابية المختلفة، الحملات الانتخابية، الحوار السياسي والمعارضة السياسية...الخ.
- 3 - تعلم المخاطر التي تنطوي عليها عمليات التحول الديمقراطي.

البعد الثاني: الأثر السلبي

إذا كانت ثورة المعلومات والاتصالات تنطوي على بعض الجوانب الإيجابية من منظور عملية التحول والإصلاح الديمقراطي، إلا أنها قد تفرز تأثيرات سلبية، فهي تفتح الباب لتدفق الأفكار والقيم والممارسات الغربية-وخاصة الأمريكية-إلى مجتمعات العالم الثالث ومنها الجزائر، وهو ما يسهم في خلق ردود أفعال مضادة من قبل القوى والتيارات التي تنظر إلى هذه العملية كغزو ثقافي وفكري يهدد الخصوصيات الثقافية والحضارية

(1) حسنين توفيق إبراهيم، مرجع سابق، ص 213.

والدينية لهذه المجتمعات. بالنسبة للدول العربية فقد شكلت هذه العملية رافدا لتغذية الحركات والتنظيمات الإسلامية الراديكالية، التي ترفض الغرب وثقافته، ونظم قيمه، سواءا بشكل كلي أو جزئي، ومن المعروف أن جل هذه الحركات ترفض التعددية الحزبية والديمقراطية، باعتبارها من نتاج الدول الغربية، وهي تسعى من اجل فرضها على الدول الإسلامية بالقوة.

ب - **الثورة الديمقراطية العالمية:** لقد انطلقت الثورة الديمقراطية العالمية التي أطلق عليها "صامويل هانتغتون" "الموجة الثالثة للتحوّل"، منذ منتصف سبعينيات القرن العشرين، حيث بدأت في جنوب أوروبا، في كل من اسبانيا، واليونان، والبرتغال، وتمددت خلال الثمانينيات والتسعينيات لتشمل العديد من بلدان آسيا وأمريكا اللاتينية، وإفريقيا، وشرق ووسط أوروبا⁽¹⁾.

وفي ضوء ذلك، فقد أصبح من الصعب على النظم السياسية والنظم الحاكمة في الدول التي تمر بظروف مماثلة تجاهل الواقع الدولي الجديد، خاصة وأن أي نظام حريص على أن يكتسب مشروعية دولية، وان يحصل على بعض التسهيلات التي تتيحها المنظمات الدولية، لذا فقد أصبح يتعين عليه أن يتحرك على طريق الديمقراطية. ولقد تزامن مع الموجة الثالثة للتحوّل الديمقراطي حدوث تمدد فيما يعرف "بالمجتمع المدني العالمي"، فهو يشمل المنظمات الدولية غير الحكومية المعنية بقضايا عالمية: مثل السلام، البيئة، حقوق الإنسان، مكافحة التمييز وغيرها.

ج- **تزايد عدد منظمات المجتمع المدني العالمي:** إن من أبرز التطورات العالمية الجديدة هو ظهور منظمات حكومية وغير حكومية واتساع نطاق نشاطها بما يتجاوز ويتخطى حدود الدولة القومية، وأصبحت تحتل مركزا قويا في التأثير على السياسات الحكومية فضلا عن تحقيق الإصلاح الاقتصادي والسياسي، والضغط على الحكومات من اجل فتح المجال أمام المجتمع المدني وعدم تقييد الحريات والدفاع عن حقوق الإنسان. فبدأ الحديث عن تكون المجتمع المدني العالمي Global Civil Society ليلعب أدوارا جديدة في التأثير خصوصا وان كثير من منظمات المجتمع المدني في عديد من الدول بدأت بالدخول في تحالفات وروابط مع المنظمات العالمية خارج الحدود بما يزيد من قوتها ويجسّن من مركزها إزاء الدولة⁽²⁾. ضمن هذه الظروف المستجدة وتأكيد على تأثير العولمة بالنسبة للجزائر، فان "برهان غليون" يجزم على انه: "كان ولا يزال العامل الأساسي، فهو ليس مجرد عامل أساسي وحاسم، انه القانون العام الحاكم والمحدد، فلا بد من الرجوع دائما إلى هذا العامل الخارجي"⁽³⁾.

(1) المرجع سابق، ص. 215.

(2) سيف الدين عبد الفتاح إسماعيل، مقارنة المجتمع المدني والأهلي من منظور إسلامي بين الفكر والممارسة، دمشق: دار الفكر، 2003، ص. 130.

134.

(3) عبد الخالق عبد الله، تعقيب على بحث برهان غليون، "بناء المجتمع المدني العربي: دور العوامل الداخلية والخارجية"، بحث مقدم إلى ندوة: المجتمع المدني في الوطن العربي ودوره في تحقيق الديمقراطية، بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية، ص. 763.

د-التبعية للخارج: إن التبعية للدول الكبرى واقع قائم بالنسبة للدول العربية ومنها الجزائر، وهي ظاهرة لها أبعادها الاقتصادية والمالية والعلمية والتكنولوجية...الخ، وهي تؤثر على التطور الديمقراطي بشكل غير مباشر، من خلال ما تتركه من تأثيرات على الأوضاع السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية على المجتمع.

وقد بدأت هذه الظاهرة تتصاعد بشكل ملحوظ منذ منتصف تسعينيات القرن العشرين، أي مع اتجاه النظم السياسية في الدول العربية كـالجزائر لتبني سياسة الانفتاح الاقتصادي، الذي أسهم في ظهور شرائح رأسمالية، حققت ثروات خيالية من خلال الانخراط في أسهم غير منتجة اقتصاديا واجتماعيا، فضلا عن أنشطتها غير المشروعة، ولذلك فقد أصبحت مصالح هذه الشرائح مرتبطة باستمرار بعلاقات التبعية للخارج، ولذلك ظلت حريصة على تدعيم هذه العلاقات، فضلا عن استمرار الانفتاح الاقتصادي الذي لا تحميه ضوابط من أي نوع⁽¹⁾.

هـ-دور مؤسسات التمويل الدولية: تتضمن المؤسسات الدولية العديد من المجموعات والوكالات العالمية التي تتحكم في الاقتصاد العالمي والتي تشكل إطارا معقدا في الإدارة العالمية وتحديد برامج اقتصاديات العالم الكبرى، مثل مجموعة الدول الصناعية السبع الكبرى (G7)، ومنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، وبنك تسوية المنازعات الدولية، ومنظمة التجارة العالمية (W TO)، إلا أن أكبر هذه المؤسسات العالمية نتيجة للعضوية شبه الدولية والنشاط العالمي هما: صندوق النقد الدولي، الذي يختص أساسا باستقرار العملات الوطنية وتصحيح الخلل في موازين المدفوعات، والبنك الدولي للإنشاء والتعمير الذي أصبح يعرف باسم البنك الدولي، والذي يختص أساسا بإعادة بناء الاقتصاديات التي خربتها الحرب وتمتية المناطق الأقل نموا.

إن من أهم سلبيات هذه المؤسسات بالنسبة للدول النامية وبالأخص في الجزائر هو تقدمها خاضعة أمام مؤسسات الإقراض الدولية (صندوق النقد والبنك الدوليين ومنظمة التجارة العالمية)، لتتلقى التعليمات الملزمة في إطار الإصلاح الاقتصادي والتكليف الهيكلي، لتجد نفسها بعد ذلك قد وقعت تحت الوصاية السياسية والاقتصادية والمالية المباشرة من قبل هذه المؤسسات، وبالتالي البلدان الصناعية الكبرى المسيطرة على تلك المؤسسات، إلا أنها من أجل تخفيف وطأة العامل السيكولوجي لحكومات البلدان النامية المغلوبة على أمرها، تسمي الدول الصناعية، التي تمثل في حقيقة الأمر المجلس الأعلى للوصاية، تسمى تلك الوصاية بلغة دبلوماسية بأنها (نصائح وخبرة) ومساعدات تكنولوجية ليس إلا.

إن الأوضاع السياسية والاقتصادية والاجتماعية في الدول النامية ومنها الجزائر التي وقعت في مصيدة القروض، سواء كانت تلك القروض من المؤسسات المالية العالمية التي تديرها القوى الكبرى من أمريكا والدول الأوربية، تسير نحو هاوية التبعية المدمرة، يمكن اختصار خطورة تلك المؤسسات فيما يلي:

(1) حسنين توفيق إبراهيم، مرجع سابق، ص. 207-216.

أن الثروات والموارد الطبيعية للبلدان النامية توضع بشكل مباشر تحت الوصاية للاحتكارات الغربية الامبريالية.

إضعاف قوة الدولة في التدخل في إدارة الاقتصاد المحلي إلى الحد الأدنى، حيث توكل مهامها إلى آليات السوق، فتصبح بذلك مرتعا خصبا لرؤوس الأموال الأجنبية.

التحول إلى الخصخصة وإنهاء القطاع العام، فيصبح الهدف بدلا من التنمية والتقدم، هو السعي وراء المزيد من الربح وتراكم رأس المال، كذلك يتم الاستغناء عن أعداد كبيرة من الأيدي العاملة ما يؤدي إلى ارتفاع معدلات البطالة وما ينجم عن ذلك من مشاكل اقتصادية واجتماعية.

انتشار الطابع الاستهلاكي في المجتمع، وتأثر التوجه الإيديولوجي والاجتماعي للبلد بالمودج الغربي الذي يعتقد بأنه هو الحل لمشاكله، رغم الاختلافات الجوهرية.

ثانيا: السياسة الأمريكية اتجاه الإصلاح الديمقراطي

تبرز الولايات المتحدة كفاعل مؤثر في قضايا الإصلاح السياسي في الوطن العربي، حيث ذهبت الأطروحة الأمريكية بعد الحادي عشر - سبتمبر 2001 إلى أن الأوضاع السياسية والثقافية والاقتصادية السائدة في البلدان العربية هي المسؤولة عن إنتاج الإرهاب، فغياب الديمقراطية والمعرفة وانتهاك حقوق الإنسان من أهم أسباب تزايد الإرهاب في العالم، وهذا ما دعا الولايات المتحدة الأمريكية الى محاولة فرض رؤيتها للديمقراطية على العالم، حتى لا يحدث تهديد لأمنها ومصالحها القومية⁽¹⁾.

وقد ارتفع شأن الإصلاح السياسي في لائحة نقاط الحوار لاجتماعات القادة العرب مع كبار مسؤولي الولايات المتحدة، علاوة على الزيارات التي يقوم بها مسؤولون إلى المنطقة، والتي تركز أساسا على قضايا الإصلاح، وتأتي برامج المساعدات الجديدة لوزارة الخارجية الأمريكية في ديسمبر 2002 لتتضمن مبادرات الشراكة الشرق أوسطية (Middle East Partnership Initiative)، التي وسعت من طرف البيت الأبيض لتشمل الشرق الأوسط وشمال إفريقيا⁽²⁾.

وأمام الضغوط التي مارستها الإدارة الأمريكية من اجل فرض الإصلاح في الوطن العربي، وجدت النظم العربية ومنها الجزائر نفسها أمام اتجاهين اثنين، إما أن تبادر إلى الإصلاح السياسي والاقتصادي، أو أن تستمر في تجاهل مطالب شعوبها، ومن ثم فعلها تحمل تبعات هذه السياسات مع ما تحمله من مخاطر، حيث يمكن أن تصبح عرضة لضغوط خارجية بدعوى الإصلاح السياسي.

(1) طارق عشور، الإصلاح السياسي العربي بعد عام 2011: تحليل للحالة الجزائرية، المجلة العربية للعلوم السياسية، 2012، ص. 34.

(2) تم الإعلان عن هذه المبادرة رسميا في قمة سي ايلاند في جورجيا في يونيو 2004 لمجموعة الدول الصناعية الثمانية الكبرى (G8).

وحتى تتلافى مصير العراق، سارعت النظم السياسية العربية إلى تبني نوع من الإصلاح، ولكنه مقيد، حيث بالرغم من انه جرى تحت الإشراف المباشر لهذه النظم إلا انه في بعض الحالات أتي بنتائج عكسية مخيبة لأمال شعوبها، فقد جاء فوز حماس في الانتخابات التشريعية الفلسطينية، ووصول نواب عن الإخوان المسلمين إلى البرلمان المصري، ليعزز مخاوف هذه الأنظمة من مغبة الانخراط في هذا المسعى، ويضع حدا لمساعي أمريكية في فرض أجندة ديمقراطية خارجية على حلفائها من النظم العربية، والذي لو حدث لترتب عليه تهديد مباشر للمصالح الغربية والأمريكية في المنطقة⁽¹⁾.

ثالثا: السياسة الأوروبية اتجاه الإصلاح السياسي

مع نهاية الحرب الباردة برزت مقاربة جديدة للتنمية تنطلق من احترام حقوق الإنسان من طرف الدول المتلقية للمساعدات التنموية وهذا من منطلق انه لا يمكن تحقيق التنمية دون الوصول لمستوى من الديمقراطية واحترام حقوق الإنسان، وقد اتخذت فكرة المشروطة السياسية كآلية لتقديم المساعدات التنموية في إطار جديد للتعاون الخارجي بين الدول خاصة مع دول العالم الثالث، وقد اتخذت العلاقات الأوروبية مع دول المغرب العربي ومنها الجزائر في إطار ما يعرف "باتفاقية برشلونة 1995" هذا الشكل الجديد من التمويل، حيث يبنى الاتحاد الأوروبي مجموعة من الآليات والاستراتيجيات التي من خلالها يحاول فرض منطق الاستباقية في الفعل الخارجي له تجاه دول المغرب العربي، وكان من بين آليات التعاون التي يعتمدها الاتحاد الأوروبي في سياسته الخارجية مشروع الشراكة.

إن الروابط التقليدية و التاريخية بين الجزائر و فرنسا دفع الاتحاد الأوروبي إلى الاعتقاد بان فرنسا يجب أن تأخذ دور القيادة في تشكيل سياسات الاتحاد الأوروبي إزاء الجزائر، و في هذا الإطار أخذت دول الاتحاد الأوروبي توازن مصالحها في الجزائر ذاتها وبين دعم القيادة الفرنسية في الدفاع عن السياسة الأوروبية في المنطقة المغاربية.

شهدت السنوات الأخيرة تراجعا أوروبيا عن الدعم النشط للديمقراطية، ولا يشير ذلك إلى تخفيض الميزانيات أو إلغاء المشروعات بشكل كبير. فلا تزال المخصصات وبرامج دعم الإصلاح السياسي في المنطقة مستقرة بشكل عام. وقد زاد إجمالي مخصصات الاتحاد الأوروبي من خلال الأداة الأوروبية للديمقراطية وحقوق (EIDHR) خلال السنوات الأخيرة، على الرغم من تراجع تمثيل منطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا.

ويرتبط التراجع الأوروبي على صعيد دعم الديمقراطية وحقوق الإنسان بشدة بالبيئة الدولية المتغيرة على مدار العقد الماضي. أدت الأزمة الاقتصادية إلى تركيز صنع السياسات على الداخل، كما أن التحديات الأمنية البارزة

(1) فتحي بولعراس، الإصلاحات السياسية في الجزائر بين استراتيجيات البقاء ومنطق التغيير، المجلة العربية للعلوم السياسية، ص.20.

والمتعددة أكثر من ذي قبل في منطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا، بما في ذلك الانتشار النووي. لقد اتسمت سياسات الاتحاد الأوربي في منطقة شمال إفريقيا في السنوات الأخيرة بعدد من الاتجاهات⁽¹⁾:

أولاً: لقد أصبحت السياسة الخارجية للاتحاد الأوربي في المنطقة مرتبطة "بالأمن" بشكل ملحوظ. فمن مكافحة الإرهاب إلى الهجرة إلى الطاقة والتجارة، فان مختلف الخطوات الخاصة بالعمل الخارجي للاتحاد الأوربي ينظر إليها من منظور امني ضيق.

ثانياً: تتراجع قوة الاتحاد الأوربي وقوته الحافزة في منطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا، مع التدايعات السلبية لجاذبية وجدوى السياسات القائمة على الشرطية مثل سياسة الجوار الأوربية. إن محاولات إحياء القوة الحافزة الأوربية من خلال السعي لتنفيذ معادلات جديدة لجعل الإصلاح السياسي والتحديث عن طريق الدمج "أكثر جاذبية لشركائه من خلال سلسلة التحديثات (الوضع المتقدم، والشراكة المميزة) لم تؤت أي جديد فيما يتعلق بحقوق الإنسان والإصلاح السياسي.

ثالثاً: إن التحديات المتزايدة قد أدت إلى تركيز أقوى على المسار الثنائي في كل سياسات المجتمع والدول الأعضاء. ويضر هذا التطور بالرؤية الاشملة متعددة الأطراف لمنطقة المتوسط، مفضلاً في ذلك الاتفاقيات الثنائية، والتي تتعارض في الغالب مع سياسات الاتحاد.

ب- المتغيرات الإقليمية

وتمثل هذه البيئة المحيط الإقليمي العربي، والمحيط المغاربي وكلاهما له تأثير على واقع الإصلاحات السياسية في الجزائر بحكم دورها وارتباطاتها العربية. لقد دفعت العوامل الإقليمية المتمثلة في إفرزات الحراك السياسي النوعي الذي تعيشه المجتمعات العربية منذ بداية عام 2011، بدءاً من تونس، ومروراً بمصر- واليمن، ووصولاً إلى ليبيا وسوريا، وحتى المغرب، والتي أدت إلى تهديد وإسقاط أنظمة سياسية.

في هذا الإطار بادر الرئيس عبد العزيز بوتفليقة إلى المبادرة بعملية الإصلاح السياسي عبر إطلاق حوار وطني مع الأحزاب السياسية وعدد من الشخصيات من اجل الإعداد للانتخابات التشريعية في إطار سياسي وقانوني جديد⁽²⁾.

إن المتغير الإقليمي دفع صانع القرار الجزائري للتعديل من إستراتيجيته التقليدية ليتخذ خطوات تدريجية نحو عملية إصلاحية قادها بنفسه، فألغيت حالة الطوارئ لعام 1992 في فبراير 2011 على الرغم من القيود المفروضة على الحريات المدنية الواردة في مكان آخر في القانون والمراسم- كما تم تخفيف بعض القيود على وسائل الإعلام

⁽¹⁾ كريستينا كوتش، المصالح الأوربية والإصلاح السياسي في الشرق الأوسط وشمال إفريقيا، في سانس سامي، "سلسلة قضايا الإصلاح، القاهرة، مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، العدد 26 (2011)، ص. 107.

⁽²⁾ طارق عاشور، مرجع سابق، ص. 36.

الرسمية. وفي خطاب متلفز (ابريل 2011) وعد الرئيس عبد العزيز بوتفليقة بإجراء تغييرات في الدستور ولم يحددها، وإعادة النظر في القوانين التي تنظم النشاط السياسي، وإجراء الانتخابات، وحرية الصحافة، وحرية تكوين الجمعيات، وقال إن هذه الإصلاحات سوف "تعزز الديمقراطية التمثيلية" في الجزائر⁽¹⁾.

وفي نفس الإطار قاد رئيس مجلس الأمة عبد القادر بن صالح "المشاورات" التي بلغت ذروتها في سلسلة من القوانين التي أدخلت إلى البرلمان، وقدمها إلى مجلس الوزراء، في منتصف عام 2011، وتعهد وزير الداخلية بأن الانتخابات البرلمانية (10 ماي 2012) بأنها ستكون شفافة، وأنه سيتم السماح لمراقبين دوليين بالإشراف عليها.

ثانياً: العوامل الداخلية:

لم تكن الضغوط الخارجية وحدها كافية لإثارة النقاش حول قضية الإصلاح في غياب العوامل الداخلية التي دفعت غالبية الحكومات العربية إلى القبول ضرورة التغيير، ويرى بعض المحللين والنقاد أن الجزائر قد شهدت في مطلع يناير 2011 حركات احتجاجية في عدة مدن، لم يكن سببها ارتفاع في أسعار المواد الغذائية فقط، ولكن أيضاً للاستياء الذي استمر طويلاً بين الشباب في المناطق الحضرية. وفي حين تمت السيطرة بشكل سريع على أعمال الشغب، تصاعدت المظاهرات العامة من مجموعة من أحزاب المعارضة الصغيرة ومجموعات المجتمع المدني، والنقابات العالية المستقلة.

وكتيجة لتضاريف جملة من المؤثرات الداخلية تمثل أهمها في فشل الدولة العربية الحديثة في تحقيق متطلبات التنمية على كل مستوياتها السياسية، الاقتصادية والاجتماعية، كل ذلك شكل نوعاً من الضغوط باتجاه تبني جملة من الإصلاحات في الجزائر تمثلت مؤشراتنا الاقتصادية في عمليات الانفتاح الليبرالي، بعد اعتماد برامج الإصلاح الهيكلي وإشراك القطاع الخاص في عملية التنمية.

المحور الرابع: مستقبل ورهانات الإصلاحات السياسية في الجزائر

مثل النظام السياسي في الجزائر استثناء من حالة الحراك الثوري العربي التي أطاحت بأنظمة استبدادية عربية في الشمال الإفريقي، فبعد بدء الاحتجاجات التي شهدتها تونس ومصر - ليبيا خلال عام 2011، توقع الكثيرون أن تكون الجزائر هي المحطة الجديدة في هذا التغيير، أو على أقل تقدير أن تسفر الانتخابات التشريعية التي أجريت في 10 ماي 2012، عن تغيير حقيقي في الخريطة السياسية الداخلية بين النظام والمعارضة في ظل الأوضاع المحلية الداخلية والأوضاع الإقليمية في الجوار الجزائري العربي الذي شهد صعوداً لافتاً لقوى الإسلام السياسي في مصر وتونس والمغرب، لكن النتائج جاءت مخالفة تماماً لتلك الفرضيات، فقد عبرت النتائج عن تجديد الأحزاب الحاكمة واستمرار للوضع القائم.

⁽¹⁾ المرجع نفسه. ص. 37.

نظرا لعدت عوامل لم تتأثر التركيبة السياسية والاجتماعية للدولة الجزائرية بأي من الانتفاضات الشعبية التي تعرضت لها دول تقع في جوارها الإقليمي كتونس وليبيا وبأبي في مقدمة تلك العوامل الخبرة التاريخية الناتجة عن العشرية السوداء التي عاشها المجتمع الجزائري، في هذا الإطار تعاني الجزائر حاليا من عدد من الإشكاليات والتحديات قد تهدد مستقبلا حالة الاستقرار السياسي بها، ويمكن إجمالها في أزمة الخلافة السياسية بعد مرض الرئيس عبد العزيز بوتفليقة، وإشكالية الدستور التوافقي، وتحديات الاستقرار السياسي.

كما انه وبعد عقود ماضية من انطلاق مبادرات داخلية وخارجية في ظل العولمة بشتى أشكالها تدعو إلى التحول نحو الديمقراطية في العالم العربي، يظل المشهد الراهن يعكس نجاح بعض النظم العربية في الالتفاف على مختلف الضغوط الداخلية والدولية الداعية للإصلاح.

غير أن هذه المكتسبات الميدانية، إذ لم يتم تعزيزها أو تحصينها بمكتسبات دستورية أو تشريعية، ومن ثم فإن المكتسبات الميدانية على محدوديتها باتت وخاصة في السنوات الأخيرة عرضة للتآكل والتقويض والمصادرة. وخاصة تحت وطأة تراجع قوة الدفع للمبادرات الداعية للإصلاح.

خاتمة:

لقد كشفت التحليلات الواردة في سياق هذه الدراسة بان التطور الديمقراطي في ظل كل ما يحيط بالدول على الساحة العالمية وانعكاساته على المجتمعات، فان الإصلاح السياسي كما هو ضرورة فهو أيضا عملية مجتمعية متكاملة ومتداخلة ومستمرة، ويتحتم أن يتم من الداخل في إطار ظروف وطبيعة المجتمعات ولا يصدر لها من الخارج.

إن إحداث إصلاح سياسي حقيقي في الجزائر يشكل مدخلا رئيسيا للخروج من حالة العجز في المستويات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، وإذا كانت البيئة الخارجية تنطوي على بعض المتغيرات ذات التأثيرات الايجابية أو السلبية في عملية الإصلاح الديمقراطي، فان انجاز تحول ديمقراطي قادر على الاستمرارية يتوقف أساسا على العوامل الداخلية، وخاصة أن تأسيس الديمقراطية هو عملية تدريجية لا تتحقق إلا من خلال وجود قوى ديمقراطية فاعلة من النخب السياسية والثقافية وأحزاب المعارضة والتنظيمات الفاعلة في المجتمع المدني، وتحقق ذلك أيضا مرتبط بما يلي:

أ- إصلاح الأوضاع الداخلية فالعديد من دول العالم الثالث-ومنها الجزائر- لا تؤهلها للتعامل بفاعلية مع متطلبات عصر العولمة وتحدياته، مما يحتم ضرورة الشروع في عملية الإصلاح هذه، خاصة في الأجهزة الإدارية والحكومية التي تمثل العصب الأساسي للدولة، وذلك وفقا لرؤى جديدة الدولة ومؤسساتها أكثر قدرة على التكيف مع المتغيرات الجديدة.

ب- إن الإصلاح السياسي القائم على تحقيق تحول ديمقراطي حقيقي بصورة تدريجية وتراكمية، يحقق العدالة الاجتماعية ويكافح ظواهر الفساد السياسي والإداري، يعتبر هو المدخل الحقيقي لبناء دولة المؤسسات، وتحقيق سيادة القانون، ويرشد عملية صنع السياسات والقرارات.

* الآثار القانونية المترتبة عن قطع العلاقات الدبلوماسية على البعثات الدبلوماسية

من إعداد: رقاب محمد أستاذ مساعد- أ- بكلية الحقوق بجامعة الجزائر 1

ملخص

إن قطع العلاقات الدبلوماسية كغيره من الأعمال القانونية يحدث آثار على العلاقة التي تربط الدولتين لاسيما وضع حد للعلاقات بينهما، فهو الهدف المقصود من هذا القرار غير أن هذا هو الأثر العام وإلى جانبه هناك جملة من التغيرات و الإنعكاسات يمكن أن تحدث جراءه على مستويات مختلفة سواء أمتست شخص المبعوث و البعثة بكاملها خصوصا على مستوى حصاناتها و إمتيازاتها حيث يتغير النظام الذي يحكمها بتغير علاقة الدولتين من علاقة ودية إلى علاقة غير ودية.

* تاريخ إيداع المقال: 2015/06/22

تاريخ تحكيم المقال: 2015/12/02

مما يضفي على هذا الوضع الجديد طبيعة سلبية نظرا لإستياء العلاقة بين الدولتين بسبب القطع حيث قد تبرز جملة من الآثار السلبية الأخرى للقطع على المعاهدات التي تربط الدولتين.

وإن قطع العلاقة الدبلوماسية بين الدولتين بعد إعلان قرار الحرب، قطع يؤدي حتما إلى تغيير النظام القانوني الذي يحكم تصرفات كل دولة تجاه أخرى ، و يؤثر بذلك على تعامل كل دولة مع البعثة الدبلوماسية المعتمدة لديها، و من جانب آخر على المعاهدات التي تربطها بالدولة الثانية فإذا كان التغيير في واقع العلاقة يشمل سوء معاملة البعثة

و المبعوثين أو التهرب من الإلتزامات التي تفرضها عليها المعاهدات التي تربط بالدولة الأخرى أو عدم الاعتراف بوجود تلك الدولة فإن من الناحية القانونية لا يعدوا أن يكون تغييرا للنصوص القانونية التي تحكم هذه التصرفات من النظام القانوني العادي إلى نظام قانوني إستثنائي تحدده نصوص أخرى، غير أن الأمر قد لا يتجاوز نطاق نصوص القانون الدولي، خصوصا إتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لسنة 1961، و التي تمثل الحد الأدنى الواجب إحترامه في الحالات العادية و غير العادية.

Abstract

The severance of diplomatic relations, like other legal work happens raised on the relationship between the two countries in particular to put an end to relations between them, is the intended target of this decision is that this is the overall impact and at his side there are a number of changes and reflections can occur hardiness at different levels, both eventually

Become Envoy person and the whole mission, especially at the level of privileges and immunities of the system where that change is governed by the two-state relationship of friendly relationship to unfriendly relationship changed. Which brings to this new situation due to the negative nature of resentment because of the relationship between the two pieces may arise where a number of other negative effects of the cut on the treaties that bind the two countries. If the severance of diplomatic relations between the two countries after the announcement of the decision of war, cut lead inevitably to the legal regime governing the actions of each state towards the other change, and affects so the deal each state with the approved has a diplomatic mission, and the other hand on the treaty which has the second state if the change in the reality of the relationship And envoys or evasion of obligations imposed by the treaties that bind other state or non-recognition of the existence of that State, the legally does not promise to be a change of legal texts that these behaviors control of the normal

legal system to exceptional legal system determined by other texts, is that it may not exceed the scope of the provisions of international law, in particular the Vienna Convention on Diplomatic Relations of 1961, and the minimum to be respected in normal and non-normal.

أولاً: أثر القطع على المبعوثين الدبلوماسيين

تتعدد آثار القطع على البعثات الدبلوماسية و تختلف أسباب القطع غير لذا هناك آثار على دار البعثة الدبلوماسية و أخرى على المبعوثين الدبلوماسيين.

نبدأ بآثار القطع على العلاقات الدبلوماسية على المبعوثين الدبلوماسيين، حيث يحكم المبعوثين الدبلوماسيين نظام قانوني ينظم طرق تعيينهم ووظائفهم وحصاناتهم¹.

و إمتيازاتهم و تحدد إتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لسنة 1961 الحد الأدنى منه و تترك للدول المجال واسعاً لتبادل التسهيلات على أساس المجاملة الدولية ، و هذا النظام الذي يشهد تحولاً و تبدلاً في حالة قطع العلاقات الدبلوماسية، لذا سنعرض للوضع العادي للمبعوث الدبلوماسي.

حيث أن المبعوث الدبلوماسي هو الشخص الذي ترسله دولة ما لتمثيلها في دولة ثانية وفقاً للسلطات المعطاة له للقيام بهذه المهمة، و للمبعوثين الدبلوماسيين مراتب و مسميات عديدة منها السفير ، الوزير ، المفوض ، المستشار و السكرتير، و الصفة التمثيلية هي التي تمنحه الوصف الدبلوماسي الذي يجعله يتمتع بالحصانات و الإمتيازات الدبلوماسية² و الإعفاءات و التسهيلات و يشير الدكتور " ثامر محمد كامل" إلى إن المادة الأولى من إتفاقية فيينا قد حددت تعريف رئيس البعثة الدبلوماسية³.

و يرى بأنها قصرت الصفة التمثيلية عنه دون غيره من باقي أعضاء البعثة الدبلوماسية فالأعضاء الباقون ما هم إلا مساعدون له، و يمكن القول إجمالاً بأن المبعوث الدبلوماسي بصفة عمله كمثل للدولة يقوم بالعديد من المهام

1- تمثيل الدولة المفودة لبعثة لدى الدولة المعتمدة لديها.

2- التفاوض مع حكومة الدولة المعتمدة لديها.

3- تتبع الحوادث في الدولة المعتمدة لديها و إبلاغ دولته بكل ما يجري من أمور تهمها.

¹ جاء في المادة الأولى من إتفاقية فيينا لسنة 1961 أن المقصود بالمبعوث الدبلوماسي هو رئيس البعثة و إلى الأعضاء الدبلوماسيين في البعثة الدبلوماسية.

² زايد عبيد الله مصباح، الدبلوماسية، دار الرواد، طرابلس، ليبيا، ص 92.

³ بطرس بطرس غالي، دراسات في الدبلوماسية العربية، مكتبة الانجلو المصرية دون تاريخ، مصر، 58

- 4-مراقبة تنفيذ الدولة المعتمد لديها لإلتزاماتها تجاه الدولة المعتمدة¹.
- 5- حماية ورعاية مصالح الدولة المعتمدة داخل الدولة المعتمد لديها.
- 6- العمل على تطوير حسن الصلات و إرساء و تطوير العلاقات الاقتصادية و الاتفاقيات الدولية.
- وعموما فإن اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لسنة 1961 قد حددت بعضا منها في مادتها الثالثة².
- و في سبيل قيام المبعوث الدبلوماسي لهذه المهام منحت له الحصانات و امتيازات من أجل تأدية مهامه على نحو جيد من الارتياح³
- و في مقابل هذه الحصانات يلتزم المبعوث الدبلوماسي باحترام الدولة المعتمدة لديها و قوانينها و تشريعاتها و عدم التدخل في شؤونها الداخلية كي لا يصدر عنه تصرف يؤدي إلى تدني العلاقة بين الدولتين، ولقد حددت اتفاقية فيينا الإطار العام لعمل الدبلوماسيين فقد حددت وظائفهم و مراتبهم وحصاناتهم و امتيازاتهم و تنقسم الحصانات إلى عدة أنواع³:
- مثل الحصانات القضائية عدم لمتابعة القضائية حددتها المادة 13 من الاتفاقية و الحصانة الشخصية و حددتها المادة 30 تتمثل في حرمة المسكن و المبعوث⁴ ...

- التسهيلات و الإعفاءات الضريبية جاءت بها المادة 34.

1-هناك عدة نظريات حول تبرير منح الحصانة و الامتياز لكن النظرية التي اعتمدها اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لسنة 1961 هي نظرية مقتضيات الوظيفة⁵.

وضع المبعوث الدبلوماسي في حالة قطع العلاقات الدبلوماسية ، إن أول أثر ينجم عن انتهاء مهام المبعوثين الدبلوماسيين و إغلاق دار البعثة لتوقف العلاقات التي كانت تشرف على تسييرها و السؤال هنا هل هذا يعقبه أيضا فقدان الدبلوماسيين في حالة القطع كل الحقوق و الحصانات التي كانوا يتمتعون بها في الحالة العادية.

و من المؤكد أن الوضع سيتغير لكن الدبلوماسي قانونا لا يفقد شيئا من حصاناته و امتيازاته حتى بعد قطع العلاقات الدبلوماسية كما نصت عليه اتفاقية فيينا لعلاقات الدبلوماسية لسنة 1960

¹ ثامر كامل محمد، الدبلوماسية المعاصرة و إستراتيجية إدارة المفاوضات، دار المسيرة للنشر- و التوزيع، الطباعة، الطبعة الأولى، عمان الأردن ، 2000 ص 105.

² Patrick Daillier et Alain pellet et Nguyen Qu'oc Dinh op citP 715-7162.

³ تفاصيل حول المهام الدبلوماسية راجع زايد عبد الله مصباح المرجع السابق ص 73 و علي صادق أبو هيف المرجع السابق ص 99 و ثامر كامل محمد المرجع السابق ص 143-151 و عدنان البكري المرجع السابق ص 55-63.

⁴ أحمد سرحال، قانون العلاقات الدولية، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع و دار الكتاب للنشر و الطباعة و التوزيع لبنان 1990.

⁵ زايد عبد الله مصباح، المرجع السابق ص 173.

" تنتهي امتيازات و حصانات كل شخص انتهت مهمته بمغادرة البلاد أو بعد انقضاء فترة معقولة من الزمن تمنح لهذا الغرض و لكنها تظل قائمة إلى ذلك الوقت حتى في حالة وجود نزاع مسلح ، و تستمر الحصانة قائمة مع ذلك بالنسبة إلى الأعمال التي يقوم بها هذا الشخص أثناء أداء وظيفته بوصفه أحد أفراد البعثة¹ .

و استنادا على هذه المادة يمكن القول بأن وضع المبعوث الدبلوماسي لا يتغير من حيث حصاناته و امتيازاته إلى حين رحيله على الأقل نظريا ، إلا أن هناك العديد من الانتهاكات قد تحدث بسبب توتر العلاقات الدبلوماسية خصوصا في حالة النزاعات المسلحة و هو ما حصل عند إسقاط الحكومة الفيزيوية الصفة الدبلوماسية على المبعوث الفرنسي لديها مباشرة عقب إعلان فرنسا قطع علاقاتها مع فنزويلا².

2- و يوضح الدكتور " سيفز " بعض الأمثلة لانتهاكات تعرض لها مبعوثون دبلوماسيون و عمليات إساءة و احتجاز عديدة منها الاعتداء على السفير الفرنسي- بألمانيا و احتجاز السفير الأمريكي في برلين عام 1917 و حادثة الاعتداء على السفارة الأمريكية و احتلالها.

و تحسبا لهذه التجاوزات أكدت اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية في مادتها الرابعة و الأربعين (44) على ضرورة احترام المبعوثين الدبلوماسيين إلى حين مغادرتهم و على الدولة أن تضمن لهم وسيلة النقل و نصت المادة على³: " يجب على الدولة حتى في حالة وجود نزاع مسلح منح التسهيلات اللازمة لتمكين الأجانب المتمتعين بالحصانات و الامتيازات و تمكين أفراد أسرهم أيا كانت جنسيتهم من مغادرة إقليمها في أقرب وقت ممكن و يجب عليها بصفة خاصة و عند الاقتضاء أن تضع تحت تصرفهم وسائل النقل اللازمة لنقلهم و نقل أموالهم ".

ثانيا: أثر القطع على دار البعثة الدبلوماسية

نأتي الآن إلى أثر قطع العلاقات الدبلوماسية على دار البعثة حيث جاءت المادة الأولى من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لسنة 1961 بأن المقصود بتعبير دار البعثة هو المباني

و أجزاء الأبنية و الأراضي المحقة بها بغض النظر عن مالكها ، المستخدمة في أغراض البعثة بما فيها منزل رئيس البعثة، لذلك فدار البعثة تحظى بمعاملة خاصة و حصانات⁴

و امتيازات مكفولة بحكم القانون لذا ما مدى تأثير قطع العلاقات الدبلوماسية على دار البعثة الدبلوماسية.

علينا أولا معرفة الوضع العادي للبعثة و معرفة وضعها في ظل قطع العلاقات الدبلوماسية¹.

¹ مرجع سابق، ص 175.

² Roberto Papini et Gaetano Cortese Op cit p 159-160-

³ تفاصيل الحادثة راجع فادي الملاح، المرجع السابق ص 63-633

⁴ Sefz op cit p 413

نبدأ بالوضع العادي لدار البعثة الدبلوماسية حيث تمارس البعثة مهامها داخل مقرات تتخذها على إقليم الدولة المعتمد لديها، حيث تحتفظ فيها بوثائقها الخاصة و تتخذ منها مركزا لها في علاقاتها بحكومة الدولة المعتمد لديها، و عادة ما يكون المقر في وزارة الشؤون الخارجية هذه الأخيرة التي عادة ما يكون مقرها بالعاصمة.

و قد حددت لدار البعثة جملة من الحصانات و الامتيازات بمقتضى- العديد من النصوص و التشريعات من أبرزها المادة التاسعة (09) من مشروع معهد القانون الدولي في دورة كامبردج 1895 ودورة نيويورك 1929 و المادة الثالثة (03) من مشروع هارفارد

و المادة السادسة عشر (16) من اتفاقية هافانا لسنة. 1928

كما نصت على ذلك أيضا المادة الثانية و العشرون (22) من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية و جاء بها

- 1- تكون حرمة دار البعثة مصونة و لا يجوز لمأموري الدولة المعتمد لديها دخولها إلا برضا رئيس البعثة.
- 2- يترتب على الدولة المعتمد لديها التزام خاض باتخاذ جميع التدابير لحماية دار البعثة من اقتحام أو ضرورة و منع أي إخلال بأمن البعثة أو المساس بكرامتها.
- 3- تعفى دار البعثة وأثاثها وأموالها الأخرى الموجودة فيها ووسائل النقل التابعة لها من إجراءات التفتيش أو الاستيلاء أو التنفيذ .

4- أما المادة الرابعة و العشرين 24 فقد أشارت إلى حرمة محفوظات البعثة ووثائقها حيث نصت على أن: «تكون حرمة المحفوظات البعثة ووثائقها مصونة دائما أيا كان مكانها"، ولم تكن الاتفاقية بذلك بل أعفت دار البعثة من جميع الرسوم و الضرائب القومية والإقليمية و البلدية من أجل الحيلولة دون انتهاك حرمة دار البعثة² وهناك نقطة مهمة تجدر الإشارة لها في هذا الصدد هو أن لدار البعثة³ الحق في استخدام الحقيبة الدبلوماسية⁴، التي تتمتع بحصانات دبلوماسية على اعتبارها جزء من مراسلات البعثة التي تتمتع بالحصانة تبعا لنص المادة السابعة و العشرين 27 في فقرتها الثالثة من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لسنة 1961 بقولها: "لا يجوز فتح الحقيبة الدبلوماسية أو مجزها" غير أن الحماية المفرطة للحقيبة الدبلوماسية لاقت احتجاجا كبيرا لدى الدول فتباين موقفها منها من موافق إلى متحفظ⁵.

¹ قطع العلاقات الدبلوماسية، قطع العلاقات الدبلوماسية، دارة النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص. 78.

² علي صادق أبو هيف، القانون الدبلوماسي، منشأة المعارف الإسكندرية القاهرة، 1987.

³ حسين قادري، الدبلوماسية و التفاوض، منشورات خير جليس للنشر و التوزيع، باتنة الجزائر، الطبعة الأولى، 2007.

⁴ علي صادق أبو هيف المرجع السابق ص 126-127.

⁵ مرجع سابق، ص، 129

2-المقصود بالحقية الدبلوماسية هي وسيلة من وسائل الاتصال بين الدولة ومبعوثها بالخارج وهي ليست مجرد حقبة عادية تحتوي على أوراق ووثائق بل يمكن أن تكون طرودا كبيرة الحجم ولها علامات خارجية بارزة توضح طبعها وتميزها عن باقي الحقائق والطرود وهو ما نصت عليه المادة 24 في فقرتها الثانية من اتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية سنة 1961¹.

ونظرا لما تقدم لدار البعثة من حصانات فان بإمكانها أن تمتح اللجوء الدبلوماسي إلى من يلوذون بالفرار إليها خوفا من السلطات الحكومية وهو ما حصل في بيروت عام 1990² عندما قامت السفارة الفرنسية بإيواء الجزال "ميشيل عون" ورفضت القيام بتسليمه إلى السلطات اللبنانية².

إن إغلاق مقر البعثة استعدادا للمغادرة هو أمر يتبع مباشرة إعلان قطع العلاقات الدبلوماسية ، لكن تبقى الدولة المعتمدة لديها ملزمة بحماية دار البعثة وكل ملحقاتها رغم القطع وهذا تطبيقا لما ورد في المادة الخامسة والأربعين 45 من اتفاقية فينا للعلاقات الدبلوماسية، حيث تنص الفقرة الأولى منها "تراعى في حالة قطع العلاقات الدبلوماسية بين دولتين أو الاستدعاء المؤقت والدائم للبعثات الدائمة التالية³ :

أيجب على الدولة المعتمدة لديها في حالة وجود نزاع مسلح احترام وحماية دار البعثة وكذلك أموالها ومحفوظاتها ..."

وهذا النص يلزم الدول باحترام دار البعثة في حالة القطع حتى وإن كان سبب القطع نزاعا مسلح ، زيادة على هذا النص القانوني فإن الاحترام قد يفرضه مبدأ المعاملة بالمثل لأن لكلا الدولتين دار بعثة في الدولة الأخرى فعليهما احترام البعثة الموجودة على أرضها و حسن معاملتها لتضمن بذلك معاملة مماثلة لبعثتها الموجودة في أرض الدولة المعتمد لديها⁴.

إن وجود هذه الضمانات كلها لا يعني عدم حصول انتهاكات لهذه القاعدة بل إن الواقع قد أثبت وجود مثل هذه الخزقات مرات عديدة سواء تعلق الأمر بالمباني ودخولها أو المراسلات و سريتها ،ولعل من أبرزها ما قامت به السلطات الفرنسية عقب قطع العلاقات بين فرنسا و الفاتيكان و مغادرة القاصد الرسولي البلاد من استيلاء على الوثائق الموجودة بدار البعثة، فاحجج الفاتيكان على هذا التصرف لتتدخل فيما بعد الإمبراطورية النمساوية

¹ - فادي الملاح المرجع السابق ص 369.

² فادي الملاح نفس المرجع ص 381.

³ فادي الملاح، مرجع سابق، ص، 182.

⁴ - عبد الله الاشعل المرجع السابق ص 145.

الجزرية لاستعادة تلك الوثائق في 1907/02/08¹. وحدث أمر مشابه لهذا أيضا عندما استولت السلطات السوفيتية على وثائق السفارة البريطانية في بيتر وجراد عام 1918² وقد يكون ما قام به الطلبة الإيرانيون بعد احتلالهم لسفارة الو.م.أ سنة 1979 غير بعيد عن هذه التصرفات الفضة التي ضربت عرض الحائط كل النصوص القانونية الدولية³. حيث استولى الطلاب على أرشيف ومحفوظات دار البعثة الأمريكية.

ويمكن بأن اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية قد حددت المعاملة التي يجب أن تعامل بها البعثة في الأحوال العادية من جهة و تحسبا لتغيرات الظروف وضعت بنود تحميها في ظل توتر العلاقات من جهة ثانية، وهي بذلك تضمن استمرار الحد الأدنى من المعاملة التي يجب أن تحظى بها البعثات الدبلوماسية³.

و كخلاصة لهذه الدراسة فرغم ما يبدو على قطع العلاقات الدبلوماسية من عدم ودية، و إضرار بدواعي حسن العلاقات الدولية و إستقرارها فإنه يبقى عملا مشروعاً دولياً، ذلك أنه يعد مظهراً من مظاهر سيادة الدولة في تحديد سياستها الخارجية، و هو سواء كان إحتجاجاً على موقف سياسي تضامناً مع دولة معينة أو تطبيق قرار صادر عن منظمة دولية أو نتيجة مباشرة لقيام حرب بين الدولتين، فإنه يظل دائماً قرار تتخذه الدولة بكامل إرادتها و بصفة إفرادية في وضع حد لعلاقتها بدولة ما و لا شأن لأي طرف البحث في الأسباب و الدوافع بما في ذلك الدولة المعنية بإرادة الدولة هنا إذا إرادة سيادة.

لا أحد يمكن أن يحرم الدول من إستخدام حقا في قطع علاقتها الدبلوماسية مع دولة أخرى ترى بأنها غير جدية بإبقاء علاقاتها معها مما كان السبب و مما كانت المبررات، و مع تطور العالم و تغير السيادة أو تحولها من سيادة مطلقة إلى سيادة نسبية و هذا بدافع حقوق الإنسان فحتماً إن هذا الأمر سوف يعني من جديد إعادة النظر في منح الدول لهذا الحق على إطلاقه وقد يكون هذا هو السبيل الوحيد للسيطرة قرارات القطع التي تنتج عن ضعف في تكوين الدبلوماسيين فتجعلهم يوقعون أنفسهم و من ثم دولهم في مواقف تجر عليها غضب و إستياء الدولة المعتمد لديها، و قد يحدث هذا أيضا في لقاءات و إجتماعات الرؤساء ما يجعلهم يتخذون قرارات القطع لأسباب تافهة لا تتعدى مجادلات أو مناوشات كلامية و زيادة على ذلك فإن بعض المبعوثين الدبلوماسيين من ضعاف النفوس يسيئون أحيانا إلى أنفسهم و بلدانهم التي يمثلونها بقيامهم بأعمال التهريب

¹ - عيسى زهية، الحقبة الدبلوماسية، بحث مقدم شهادة الماجستير في الحقوق كلية الحقوق، الجزائر، سنة 2003، ص 21-26.
² على صادق أبو هيف، الالتجاء للسفارات والدول الأجنبية، مقال منشور مجلة السياسة الدولية العدد 105 سنة 1991 ص 117 و تأمر كامل محمد المرجع السابق ص 202 الى 204.
³ زايد عبد الله مصباح، المرجع السابق ص 172 نقلا عن عطاء محمد صالح زهرة أصول العمل الدبلوماسي و التفصيلي مركز بحوث العلوم الاقتصادية، بن غازي ليبيا 1994 ص 74.

مخالفين بذلك أنظمة الدولة المضيفة مستعملين حصاناتهم وإمتهاداتهم لتغطية ما أدى ببعض الدول إلى وضع العديد من التشريعات تحفظاً على هذه التصرفات التي يقوم بها هؤلاء المبعوثين.

إن الدبلوماسية الحكم سواء أكان مبعوثاً أو وزيراً أو رئيساً يتحكم في نفسه و في قراراتها و يقدر الأمور و ينظر إليها بعين فاحصة لا من جهة أحادية قاصرة إذ أن أي قرار أو تصرف يقوم به يعود بنتيجة على البلد الذي يمثله.

لذلك يجب أن يكون الدبلوماسي سريع البديهة واسع الثقافة، قوي الشخصية ذكاً نبياً صبوراً و مرناً لكي يتسنى له السيطرة على منصبه.

لكن قطع العلاقات الدبلوماسية يحدث آثاراً كثيرة لها وقع سلبي على العلاقات بين الدول مما يجعله يتعارض مع النصوص القانونية الدولية لاسيما المادة الثالثة و الثلاثون (33) من ميثاق منظمة الأمم المتحدة التي تدعو الدول المتنازعة إلى ضرورة حل خلافاتها بالطرق السلمية و وأوردت على سبيل المثال لا الحصر- المفاوضات و الوساطة و التوفيق و التحكيم

و كذا المساعي الحميدة و اللجوء إلى محكمة العدل الدولية هذه الوسائل و غيرها تجسد مدى رغبة الأمم المتحدة في تحقيق التقارب فإستبدال دولة ما هذه الحلول بقطع العلاقات الدبلوماسية من جهة يشكل مخالفة لمبدأ من مبادئ إستقرار عليها العمل حتى في ظل عصبة الأمم، و من جهة ثانية هو أمر لا يؤدي إلى حل الخلاف بين الدولتين بل إلى تعميقه و زيادة الهوة الموجودة في وجهات النظر.

المراجع:

أولاً: باللغة العربية

1. إبراهيم محمد العناني، القانون الدولي العام ، دار النهضة العربية مصر ، 1979.
2. إبراهيم محمد العناني، أسس و مبادئ الدبلوماسية في الإسلام، ندوة الدبلوماسية في المجتمع الدولي المعاصر، معهد الدراسات الدبلوماسية، الرياض 1992.
3. أحمد أبو الوفاء، قطع العلاقات الدبلوماسية، دار النهضة العربية، مصر، 1991.
4. أحمد بلقاسم، القانون الدولي العام المفهوم و المصادر ، دار هومة للنشر و التوزيع ، الجزائر، الطبعة الثانية، 2006.
5. أحمد سرحال، قانون العلاقات الدولية، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر- و التوزيع و دار الكتاب للنشر- و الطباعة و التوزيع لبنان 1990.
6. ألان بلانتي ، في السياسة بين الدول مبادئ في الدبلوماسية ، ترجمة نور الدين خندودي، مؤتم للنشر- و التوزيع الجزائر ، 2006.
7. ألف و هايد توفلر، الحرب و الحرب المضادة، ترجمة صلاح عبد الله، البار الجماهيرية للنشر و التوزيع و الإعلان ، الطبعة الأولى، ليبيا، 1995.
8. بطرس بطرس غالي، دراسات في الدبلوماسية العربية، مكتبة الانجلو المصرية دون تاريخ ، مصر

9. ثامر كامل محمد، الدبلوماسية المعاصرة و إستراتيجية إدارة المفاوضات، دار المسيرة للنشر- و التوزيع و الطباعة، الطبعة الاولى، عمان الاردن ، 2000
10. زايد عبيد الله مصباح، الدبلوماسية، دار الجيل لبنان الطبعة الأولى، 1999
11. سموي فوق العادة ، الدبلوماسية الحديثة، دار اليقظة العربية ، بيروت دمشق، 1973.
12. علي صادق أبو هيف، القانون الدبلوماسي، منشأة المعارف الإسكندرية القاهرة، 1987.
13. فادي الملاح، سلطات الأمن و نظام الحصانات و الإمتيازات الدبلوماسية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية القاهرة ، 1994

ثانياً: باللغة الأجنبية

- 1- Ahmed Abou Al wafa, Public International Law, first edition dar al nahdha araba, cairo, 2002.
- 2- Alain Planty, Principe de diplomatie, édition A pedne, paris 2000.
- 3- Jean salmon, manual de droit diplomatique, pruyalnt, bruxelles, 1994.
- 4- Alain Planty, Principe de diplomatie, édition 5 eme, 1995.
- 5- Roperto papini Et Gaetano Cortese, La Rupture de realation diplomatique, et ces conséquences , Edition A pedne, paris, 1972.
- 6- Paul Sharp, diplomatic Theory of International relations, Edition Cambridge university press, London 2009.

جيو سياسية العلاقات المغاربية الساحلية:

من أجل إعادة بحث العلاقات العابرة للصحراء*

أ.فتاك مهدي: أستاذ مساعد ف- جامعة مولود معمري- تيزي وزو

الملخص:

* تاريخ إيداع المقال: 2016/01/31

تاريخ تحكيم المقال: 2016/02/09

يعتبر الساحل الصحراوي فضاء تنقليا يجمع في كنفه مجتمعا متنقلا، وبعيدا عن كل الأسباب التي رسمت الواقع غير المطمئن للمنطقة، والأطراف التي تسببت فيه إلا أن الساحل يحتاج اليوم إلى رؤية، رؤية مضمونها دولا ذات سلطوية منتقلة يسود في كنفها السلام والأمن والاستقرار والتنمية والتي لا يمكن أن تكون إلا وفق مقارنة عبر إقليمية بمساعدة أممية لا مشروطة.

تجسدت العلاقات المغاربية الساحلية في خطوط اتصال حضاري عبر الصحراء الكبرى تسبب الاستعمار في قطعها، وبالتالي لا يمكن إعادة بعثها إلا بتجاوز الطرح الكولونيالي ومابعد الكولونيالي، وبناء منظومة عبر إقليمية تتجاوز جفاء الصحراء لتمثل عبق واحاتها.

ازدهار الصحراء الكبرى هو ازدهار واحاتها كمراكز دولاتية، وشق مواصلاتها لإحكام السيطرة على امتداداتها، فالحضور الدولاتي ضرورة تقتضيها الظروف لان الخواء الدولاتي يلفت الأنظار، وشروات الصحراء الكبرى تجلب الأطماع، والحضور المغاربي عموما والجزائري خصوصا يتطلب منطق استراتيجي يعالج قضايا الصحراء الشائكة في منبعها، وأي تراخ يجعل المغرب العربي مصب نواتجها.

الكلمات المفتاحية: الصحراء الكبرى، الساحل، الأمن الإقليمي، التعاون ما فوق الإقليمي، العلاقات عبر الإقليمية، غرب إفريقيا، الإرهاب، تجارة الأسلحة.

Résumé:

L'espace sahélo-saharien est considéré comme un espace mobile qui réunit en son sein une société mobile, une civilisation pétrie par le nomadisme; loin de toutes les causes qui ont donné jour à la situation d'insécurité qui règne aujourd'hui dans cette région et des jeux d'acteurs qui ont pris part ou qui ont causé cette situation; cette région a besoin d'une nouvelle vision, une vision fondée sur une gouvernance nouvelle où l'approche "transnationaliste" jouera un rôle fondateur d'une nouvelle aire de paix, de stabilité et de développement.

En effet, il faut savoir que les relations sahélo-maghrébines se sont surtout construites autour et sur l'axe Saharien que le colonialisme a rompu et qui ne peuvent actuellement réexister que par le dépassement des contingences et des limites produites par les déstructurations produites par le colonialisme et le post-colonialisme et cela par la mise en place d'une organisation transe territoriale.

Le développement du grand Sahara doit donc passer par le développement de ses oasis comme centre de gouvernance décentralisé et cela par le désenclavement par les moyens et les voies de communications, car la vacuité de gouvernances pousse à l'installation durable

d'intérêts extra-gouvernementaux, car il nous faut rappeler que les fabuleuses richesses que cette région recèle attirent toutes sortes de convoitises.

Les mots clés: Grande Sahara, Sahel, sécurité régionale, coopération suprarégionale, relations transrégionale, Ouest Africain, commerce illégale des armes, terrorisme.

مقدمة:

تعتبر منطقة الصحراء الكبرى إرثا جغرافيا مشتركا لأنظمة إقليمية عديدة أهمها المغرب العربي وغرب إفريقيا في المنطقة الغربية للصحراء الكبرى الممتدة من المحيط الأطلسي- إلى البحر الأحمر، وعلى مر العصور أخذت الصحراء الكبرى اهتمام القوى والفواعل المؤثرة سواء كانت عسكرية رأت في الصحراء الكبرى فضاء مفتوحا لإحكام السيطرة عليه يؤدي إلى إحكام السيطرة على العمق الاستراتيجي للعديد من الأنظمة الإقليمية، أو كانت اقتصادية برزت في الخطوط التجارية قديما وفي الثروات الباطنية حديثا وفي الطاقات المتجددة مستقبلا، أو ثقافية دينية كمنطلق لانتشار الإسلام أو لمحاصرته ومنع امتداده لأدغال إفريقيا، أو علمية رأت في الصحراء العالم الجديد الذي لم تكشف أسراره بعد.

فإذا كانت الصحراء الكبرى تمثل كل هذا الوزن التاريخي والعسكري والاقتصادي فهذا إن دل على شيئا إنما يدل على أن كل التفاعلات المحلية والإقليمية التي تحدث فيها سواء كانت صراعية أو تعاونية تدخل ضمن إستراتيجية دولية سواء داعمة كانت أو محبطة لها.

في خضم هذا تأتي البيئة التي تتفاعل فيها دول المغرب العربي كجزء شمالي ودول الساحل وغرب إفريقيا كجزء جنوبي غربي للصحراء الكبرى، والتي نسعى من خلالها الكشف عن أهم الفواعل والتفاعلات التي تؤدي إلى بناء مسار تعاوني بين الإقليمين بما يحقق الاستقرار والأمن الإقليمي لمنطقة الصحراء الكبرى والذي ينعكس إيجابا على الإقليمين الفرعيين امنيا واقتصاديا.

الإطار العام للدراسة:

تحاول الدراسة معالجة إشكالية تعتبر جدلا على أنها تعالج قضايا الأمن والتنمية والدولة والمجتمع في منطقة الصحراء الكبرى وتتعلق بمدى قدرة الفواعل الشمالية والجنوبية لمنطقة الصحراء الكبرى على بناء مسار تعاوني تواجه من خلاله المعضلات الأمنية والتنموية؟.

تعد الدراسة بحثا في باب العلاقات الدولية الإقليمية تعمل على توظيف مقاربات غير تقليدية بعيدة عن النمطية السائدة فيما يتعلق بدراسة النظم الإقليمية في هيكلها ووظيفتها وقواعدها وفواعلها، باعتبار أن العلاقات بين

النظم الإقليمية قيد التشكل تتصف بالاحتراز الوظيفي القائم على النظر إلى الفواعل الخارجية كتهديد خارجي للنظام الإقليمي.

فالعلاقات الإقليمية تقليديا تبنى على أساس الثقة المتبادلة بين أطراف النظام الإقليمي بينما تفرض الظروف بناء علاقات إقليمية حتى في حالة وجود إقليم دون نظام إقليمي، فالبينة الإستراتيجية تفرض على الدولة تخصيص موارد لمعالجة قضايا خارجية بعيدة عن نظامها الإقليمي لكن في نفس الوقت تمثل عمقا استراتيجيا لها¹.

تعرف العلاقات بين المنطقتين مسارات متعددة ومختلفة ومتناقضة، والفاعلون الذين يبنون هذه العلاقات هم الذين يحددون هذه المسارات وفق رهانات محددة واستراتيجيات مضبوطة، فالعلاقات هي تبادل للمنافع والتصورات لهذا لا بد من التركيز على البعد الرمزي في العلاقة أي الصور التي يرى بها أطراف العلاقة بعضهم البعض².

وبخلفية سوسولوجية يمكن بناء نماذج لعلاقات مغاربية ساحلية متحوالة وكل نموذج يتحرك داخل منطق فاعليه واستراتيجياتهم ولكل نموذج من هذه العلاقات ثقافته التي يسعى إلى تأكيدها.

تهدف الدراسة إلى البحث في قضايا التعاون بين إقليمين فرعيين تتوسطها منطقة مفتوحة تشهد انهماكا دولتيا، فالصحراء الكبرى التي لطالما عرفت بمنطقة الخواء الدولاني إذا ما استثنت الممالك الإسلامية، تشهد خواء دولتيا أعاد إليها منطق بلاد السبية وسعي العديد من القوى العظمى لبناء استراتيجيات إقليمية ودولية للسيطرة عليها في إطار سياسة ملأ الخواء.

وبالتالي تستهدف الدراسة البحث في الحلول الناجعة للقضايا والمشاكل المستعصية والمعقدة في منطقة الصحراء الكبرى، والبحث عن الفواعل الحقيقية التي تستطيع تحريك التعاون الإقليمي لتحقيق الأمن والاستقرار والتنمية.

تكمن أهمية الدراسة في أنها تطرح البدائل الكفيلة بتكوين رؤية واضحة تخص دعم مسار التعاون وتجاوز مسار الصراع في العلاقات المغاربية الساحلية، فاستقرار الصحراء الكبرى هو مصلحة إقليمية مشتركة أكبر من أي رؤية خاضعة لمصلحة وطنية ضيقة.

تقوم الدراسة على فرضيات علمية تسعى إلى اختبارها وتأييدها وتتعلق ب:

¹ محمد عبد السلام، كيف ستدار العلاقات الإقليمية في المرحلة المقبلة، السياسة الدولية، عدد 184 (القاهرة، مركز الأهرام للدراسات الإستراتيجية، أبريل 2011، مجلد 46) ص.ص 6-8.

² محمد جويلى، العلاقات العربية الإفريقية السياق والمضامين، في: محمد عاشور محرر، التكامل الإقليمي في إفريقيا رؤى وآفاق، كتاب المؤتمر الدولي الأول للباحثين الشباب في الشؤون الإفريقية، جامعة القاهرة: معهد البحوث والدراسات الإفريقية، 16-17 أبريل 2005، ص.ص 509-515.

- العلاقات المغربية الساحلية تشكلت على امتداد قرون طويلة وفق استراتيجيات فاعلين يتغيرون حسب المرحلة والسياق وكل سياق يفرز نتائج وإسقاطاته وطموحاته.

- كلما طغت الأبعاد الدينية الثقافية على العلاقات المغربية الساحلية كلما تم تفعيل اطر التعاون بين الإقليميين.

- كلما ازداد التعاون التنموي بين مناطق التماس موريتانيا/السينغال، ليبيا/تشاد، الجزائر/مالي، كلما تعمق التعاون الإقليمي.

- كلما طغى البعد الأمني على العلاقات بين دول الإقليم كلما ازداد التنافر بين الإقليميين.

يندرج موضوع العلاقات المغربية الساحلية ضمن منظومة الدراسات الإقليمية التي شكلت مدخلا هاما لفهم وتفسير الظواهر والتفاعلات الدولية بعد نهاية الحرب الباردة نظرا لحاجة الدول إلى بعضها وسيطرة مفهوم الاعتماد المتبادل وشبكية العلاقات بين الدول والأقاليم.

ورغم ارتباط الإقليمية بالأنظمة الإقليمية في وجهها التقليدي باستهداف التكامل ومحاولة بناء بنى إقليمية تتجاوز الدولة الوطنية وتعمل على التموغ في النظام الدولي المعولم، إلا أن الفضاء الإقليمي ذو الأنظمة الإقليمية المتعددة "pluri system régionaux" تفرض وجود علاقات عبر إقليمية transrégionale تسعى إلى بناء تعاون فوق إقليمي suprarégionale هادف إلى تحقيق أبعاد اقتصادية تنموية، أو عسكرية أمنية، أو بيئية بشرية¹.

حيث تبني المقاربة على افتراض وجود ترتيبات ما بين إقليمية نتيجة وجود تداخل وتقاطع بين المنظمات الإقليمية بشكل يوحي أن بعض المنظمات تحوي منظمات أخرى سواء ذات الأطر المؤسساتية التقليدية أو الأطر الإقليمية الجديدة، تعمل على التحكم في سياسات الدول وبناء التحالفات لحل القضايا الشائكة والمعقدة خصوصا على المستوى الأمني، فملفات السياسات الإقليمية ذات المصدر الأحادي (قوة إقليمية أو دولية) أو الثنائي (أطراف إقليمية) أو المتعدد الأطراف (ما بين إقليميين، إقليميين دوليين) تحدد طبيعة السلوك التعاوني أم صراعي، سلميين أو حربيين.

إلا أن المصلحة المشتركة تفرض أن تتلاءم ملفات أو اهتمامات السياسات الإقليمية أو الدولية بمجريات الدول أو الأنظمة الإقليمية وأهدافها، فهي تسعى من خلال سلوكها إلى هدفين: إما تغيير وضع ما أو الحفاظ على وضع

¹ المنطقة ذات الأنظمة الإقليمية المتعددة pluri system régionaux: هي المنطقة التي تنتمي دولها إلى عدة أنظمة إقليمية مثلا ترى في تشاد التي تنتمي إلى الجماعة الاقتصادية لدول وسط إفريقيا والجماعة الاقتصادية لدول غرب إفريقيا والاتحاد النقدي والاقتصادي لدول غرب إفريقيا وتجمع الساحل والصحراء، أما التعاون فوق الإقليمي coopération suprarégionale فيتعلق بالتعاون في الفضاء عبر الحدود الإقليمية الفاصلة بين مجموعة من الأنظمة الإقليمية مثلا تبرز منطقة الساحل كمنطقة حدودية بين النظام الإقليمي غرب الإفريقي الممثل في الايكواس والاموا، والمغرب العربي الممثل في اتحاد المغرب العربي، ووسط إفريقيا والممثل في سيك، للاطلاع أكثر ينظر:

Union européen, Conférence Permanente du Développement Territorial, les rapports du subvention, 1(2001) 2(2002),3(2003), 4 et 5 (2004). Bruxelles.

ما، وبالتالي لا بد أن يكون اتفاق مبدئي جماعي حول طبيعة الهدف إما تغيير أو تثبيت لوضع ما، إما السلم وإما الحرب، إما الاستقرار الإقليمي و إما الفوضى الإقليمية.

يؤدي هذا إلى بروز نوعين من الفواعل: فواعل ساعية إلى الاستقرار انطلاقاً من شعورها بتهديد يخص أمنها الوطني أو الإقليمي فيخضع انكماشها أو توسعها الإقليمي لهذه المقاربة، وفواعل ساعية إلى الفوضى تحاول تغيير الأوضاع بما يخدم مصالحها من خلال سعيها إلى التوسع بشقيه الأفقي والعمودي.¹

تتداخل المفاهيم لتولد مفاهيم جديدة تقرأ الواقع بشكل مغاير وبرؤى متعددة تتجاوز فيه التتابع الزمني أو النظام السياقي للأحداث، فتعطي المفاهيم الجديدة أسلوباً تحليلياً يمكن الباحث من إزاحة التعقيد والتشابك عن القضايا الأمنية والتنموية الحقيقية منها النابعة من واقع معاش، أو المصطنعة النابعة من استراتيجيات وسياسات.

عرفت الصحراء الكبرى هكذا منذ 1700 قبل الميلاد، حافظت على الاسم والمحتوى دونما البحث عن مظهر جديد، ورغم اختلاف تسمياتها من بلاد السودان وبلاد البيضان، إلى بلاد السبئية وأخيراً الساحل الصحراوي، إلا أن طبيعتها ظلت راسخة كأكبر صحاري العالم تمتد على مساحة تسعة ملايين كيلومتر مربع.²

وفقاً للخريطة البشرية الإقليمية تبرز الصحراء الكبرى كفضاء تواجد السكان فيه محدد المعالم يتمثل في الحواضر وفضاء متنقل يرتبط بالقبائل الرحل فالحرك المضبوط بهيكلية الفضاء الصحراوي يضع حدوداً واضحة المعالم لعملية الانتقال مثله مثل حدود الدول، ولمواجهة تحدي إعادة تفعيل فضاءات الاتصال لا بد من إثبات أن الفضاء المتنقل هو مورد إقليمي هام يساهم في إحداث الاستقرار.³

يعتبر مفهوم الساحل كمفهوم جغرافي تعبير عن الحزام الجغرافي المطر المتميز بوجود أنشطة فلاحية ورعوية وبمعدل تساقط ب 200 ملم في السنة، وهي المنطقة التي كانت محط أنظار القبائل المتنقلة أي واحة الفضاء المتنقل باعتبارها الفضاء الثابت إلا أن جفاف السبعينات أدى بها إلى الوصول إلى نفس الظروف التي تمر بها منطقة الصحراء الكبرى.

نظراً لتعميم الوضع بسبب الجفاف وانتشار المجاعات والإشكاليات الإنسانية إضافة إلى البعد الجيوسياسي نتاج التهديدات الأمنية الجديدة أضحت منطقة الساحل والصحراء الكبرى تعبيراً واحداً عرف بمنطقة الساحل الصحراوي.⁴

¹ جليل بالمر-كليفون مورجان، نظرية السياسة الخارجية، ترجمة: عبد السلام علي نوير (الرياض: جامعة أممك سعود، 2010) ص.ص 17-21.

² David K. N'Goran, Les illusions de l'africanité: Une analyse socio-discursive du champ littéraire, (Paris, éditions Publibook Université, 2012) p.121

³ OCDE/CSAO, Un atlas au Sahara-Sahel : Géographie, économie et insécurité, cahiers de l'Afrique de l'Ouest (Paris, éditions OCDE, 2014) p.17

⁴ OCDE/CSAO, Op Cit, p.18

وبالتالي فحديثنا عن الساحل الصحراوي هو حديث عن منطقتين وحدتهم الظروف الطبيعية والإنسانية والأمنية وأضحى محط اهتمام كل الدوائر الإقليمية والدولية، وبالتالي فالعلاقات المغربية الساحلية تعبير عن الدول المطلة على منطقة الساحل الصحراوي شمالا وجنوبا.

أولا: تاريخ العلاقات المغربية الساحلية

عرفت العلاقات المغربية الساحلية ثلاث مراحل رئيسية تبرز في:

1- مرحلة ما قبل الاستعمار: وتلخصت في نموذجين بارزين، نموذج التاجر والذي كان قائما على إستراتيجية التاجر وتحصن تحطى كل العقبان وجعل الفضاء الممتد بين شمال إفريقيا وإفريقيا جنوب الصحراء فضاء خاضعا للسيطرة ومساعدة على التواصل، فأسس التجار لارتباطات قوية مع حكام مناطق جنوب الصحراء وعقدوا معهم تحالفات عديدة، ولم يكتف هؤلاء التجار بنشاطهم الاقتصادي بل كانوا فاعلين في نشر- الدين الإسلامي وانتهى بهم المطاف كفاتحين، والنموذج الثاني هو نموذج الولي والذي ارتبط بالحركات الصوفية، فمنذ مجيء عبقة بن نافع إلى القيروان وتأسيس المدينة أعقبه اتجاه إلى المناطق الداخلية ومحاولة ناجحة في الوصول إلى كوار في الشمال الشرقي للنيجر عام 666م، ومنذ ذلك الوقت أصبحت منطقة الساحل والصحراء مقصدا للفاتحين، ورغم أن الفتوحات ارتبطت بالأبعاد التجارية بشكل كبير إلا أنه بعد القرن السابع عشر برزت الطرق الصوفية وسيطرت على وظيفة الفتوحات ونشر الدين الإسلامي بداية بطريقة الكونت القادرية التي تنتشر في شمال مالي وموريتانيا إلى للطريقة التجانية الجزائرية المركز التي لعبت دورا كبيرا في الصحراء الكبرى ومنطقة الساحل حيث تولى مشيختها في موريتانيا محمد الحافظ والحاج عمر الفوتي في السينغال ومالي.

وأدخلت الطرق الصوفية مضمونا جديدا للعلاقات المغربية الساحلية يتراجع فيه الاقتصادي مقابل الديني أي من الرخ إلى الرمز ومن الذهب إلى الروح، فسيطر شيوخ الطريقة على الروح فبنوا شبكة من العلاقات الواسعة سواء مع زعماء القبائل والفواعل المجتمعية في المنطقة وبنيت العلاقة على أساس علاقة الشيخ بالمريد، فلكل في خدمة الشيخ كنعير رمزي عن خدمة الدين.

2- مرحلة الاستعمار: يبرز أن الاهتمام الأوربي بإفريقيا خلال الخمسة قرون الماضية حيث رأى في إفريقيا عامة ك"آخر كتلة عرضية كبيرة تنتظر التطويق"¹، وارتكزت النظرة الأوربية على فكرة هنري الملاح الذي رأى في السيطرة على السواحل الإفريقية الهدف الاستراتيجي للاستحواذ على موارد إفريقيا البشرية والطبيعية هي سر النهضة الأوربية فتركز الاهتمام بإفريقيا الغربية من السينغال إلى غانا، ومن الصحراء الغربية إلى فلسطين.

¹ عبد الملك عودة، السياسة والحكم في إفريقيا، القاهرة، مكتبة الانجلومصرية، ط.1، 1959، ص.534.

وارتبطت النظرة الأولى لمنطقة الصحراء الكبرى كفضاء رملي فارغ بين إقليمين حضاريين عرف بوجود جبال الذهب التي أثار اهتمام الرحالة وباحثي الكنوز في القرن السابع عشر¹.

سيطرت فرنسا على إفريقيا الشمالية وتوسعت إلى إفريقيا الغربية عبر السينغال، وكانت الصحراء الكبرى نقطة اللقاء الجيوش الاستعمارية الفرنسية القادمة من الشمال ومن الغرب، وبالرغم من سيطرة الخط البحري على الرؤية الإستراتيجية لنهب الثروات الإفريقية لدى صانعي القرار الفرنسيين من خلال استغلال منفصل لإفريقيا الغربية عن طريق المحيط الأطلسي، واستغلال الشمال الإفريقي عبر المتوسط، إلا انه برز طرح حاول بناء علاقات اقتصادية بين الإقليمين وعرف هذا التصور بالخط عبر الصحراوي "Le Transsaharien".

حيث تلخصت الرؤية الاستعمارية في القيام بعملية ربط بين الإفريقيات الثلاث، إفريقيا الفرنسية الغربية والاستوائية والمغربية من خلال خط السكة الحديدية القنادة-بشار بالنيجر بمسافة 3000 كلم، ليدعم شبكة السكة الحديدية لإفريقيا الغربية الفرنسية².

وسعت فرنسا من خلاله إلى تحقيق أهداف اقتصادية وعسكرية، خصوصا أن جنرالات الجيش الفرنسي- في الجزائر هم من كانوا يدعمون تجسيد المشروع لتسريع نقل الجيش الأسود من إفريقيا الغربية والاستوائية للبحر المتوسط³ حيث اعتبر جنرالات فرنسا Archinard و Nivelle و Mangin في الجزائر الخط مشروعا جذابا وهو ذو طابع عسكري أكثر منه تجاري، يهدف إلى تسهيل مهام شرطة الصحراء التي تستعين بمرشدي الصحراء التوارق les Méharistes للتمكن من معرفة الطرق والاتجاهات والواحات⁴.

نتاج عدم قدرة فرنسا على تجنيد التوارق كمرشدين في بداية الاحتلال والذين اقتصرُوا على الشعابنة، مما أخرج احتلال تمارست في 1911 ونهاية المقاومة الشعبية⁵.

¹ OCDE/CSAO, Op Cit, p.18.

² Vallaux Camille. Le Transsaharien (B.A.G.F. n° 25, juin 1928). In: *Bulletin de l'Association de géographes français*, 75e année, 1998-3 (septembre). Relief, sol, eau, hommes. 75e anniversaire : florilèges géographiques. pp. 388-390.

³ ³ أطلقت فرنسا اسم الجيش الأسود "l'armée noire" على الأفارقة المنتسبين إلى الجيش الاستعماري الفرنسي- في كل من إفريقيا الفرنسية الغربية والاستوائية للاطلاع أكثر بنظر:

Charles Pannequin, L'Armée noire (Paris, éditions la Dante, 2007).

⁴ Vallaux Camille. Le Transsaharien (B.A.G.F. n° 25, juin 1928). In: *Bulletin de l'Association de géographes français*, 75e année, 1998-3 (septembre). Relief, sol, eau, hommes. 75e anniversaire : florilèges géographiques. pp. 388-390.

⁵ Helene Claudot-Hawad. Honneur et politique. Les choix stratégiques des Touaregs pendant la colonisation française. *Revue du Monde Musulman et de la Méditerranée*, PUP - Publications de l'Université e de Provence, 1990, pp.11-49.

وانطلاقاً من مبدأ مراعاة السياسة العامة الفرنسية والمصالح الاقتصادية الفرنسية في المستعمرات رأى اتجاه من الخبراء الفرنسيين أن العلاقات الاقتصادية بين المنطقتين المغرب العربي وإفريقيا الغربية شبه معدومة أو "ميتة"، باعتبار أن اقتصاد إفريقيا الغربية إنتاجاً وتبادلاً ذو بعد أطلسي يتجه إلى موانئ المحيط الأطلسي - سواء غرباً في السينغال أو جنوباً في خليج غينيا، أما اقتصاد المغرب العربي فهو ذو بعد متوسطي يتجه شمالاً باتجاه أوروبا، وباعتبار أن التوجه الفرنسي هو مجري أكثر منه بري يعتمد على الاتصال البحري في نقل البضائع والسلع من المستعمرات إلى المركز فلا حاجة إلى ربط المغرب بإفريقيا الغربية عبر المسكة الحديدية.

ومن جهة أخرى يرى أعضاء اللجنة العليا للطريق عابر للصحراء أن الوجود الفرنسي - في الصحراء الكبرى يقتصر في الجنود والإداريين وبالتالي فانعدام الحركة الاقتصادية والتجارية يعني فرنسا عن تحمل تكلفة انجاز الخط¹.

إلا أن الملاحظ هو سيطرة هذا المنظور في دول ما بعد الاستعمار حيث يبرز عدم اهتمام دول المغرب العربي أو دول إفريقيا الغربية ببناء تفاعلات اقتصادية بين الإقليمين ماعدا الذي يبرز في التجارة غير الشرعية والمتعلقة أساساً بالمخدرات والسلاح وتجارة البشر وبعض المنتوجات الموسمية، ونظراً لخطورة التهديدات جراء الإرهاب عبر الوطني والأزمة الليبية أدى غلق الحدود الجزائرية مع النيجر ومالي إلى توقف المبادلات التجارية بين الإقليمين نهائياً.

3- مرحلة الدولة الوطنية: برزت مفاهيم التعاون جنوب جنوب وحركة عدم الانحياز ومنظمة الوحدة الإفريقية ودعم حركات التحرر كأساس للعلاقات بين الدول المغاربية ودول الساحل والصحراء وتميزت بعدة محطات:

- النضال المشترك ضد الاستعمار من خلال دعم حركات التحرر الوطنية: وتميزت هذه المرحلة بتوحيد الجهود الإفريقية لمواجحة الاستعمار، حيث نجد عديد الدول الإفريقية التي عملت على دعم القضية الجزائرية في المحافل الدولية، وبالمقابل سعت الجزائر بعد تحررها بكل ما أوتيت لدعم حركات التحرر فكانت قبلة الثوار الأفارقة.

- الحرب الباردة: حيث انعكست سلبيات على تطوير العلاقات عبر الصحراوية نتاج تبلور قطبين متعارضين القطب الغربي بقيادة السينغال وبدعم من المغرب والذي ارتبط بالمستعمر القديم ضمن العالم الرأسمالي والذي يتعارض والتوجه الاشتراكي للقطب الغربي بقيادة الجزائر وليبيا.

¹ حيث ترى اللجنة أن الحركة في الصحراء حركة وهمية وهي حركة تشهد موت اقتصادي حيث يقتصر الوجود المدني على تقديم الخدمات الإدارية والصحية للجنود الفرنسيين:

"je pense, le mouvement tout factice qui vient de la présence des militaires et des fonctionnaires, c'est-à-dire des soldes et des traitements,....": Vallaux Camille. p.390.

- التعاون من اجل الأمن والتنمية: وانطلق هذا الطرح بمناسبة تغيير اسم منظمة الوحدة الإفريقية إلى الاتحاد الإفريقية، وبروز فكرة الشراكة الدولية من اجل تنمية إفريقيا والتي استفادت منها الدول الساحلية الأكثر فقرا مالي، موريتانيا، النيجر وتشاد.

- الفواعل غير الرسمية: وي طرح هذا النموذج من خلال لعب الفواعل غير الرسمية هيئات علمية وبحثية، تبادل ثقافي، إحياء دور الطرق الصوفية لدور في بناء علاقات قوية بين المنطقتين لضمان امن واستقرار وتتمية المنطقة الساحل وجنوب المغرب العربي، من خلال توظيف المعطيات التاريخية والثقافية والاجتماعية ارتكازا على دراسات تُفكك طبيعة العلاقات وتراجع أسس هامة ك:

1- دراسة التصورات المتبادلة التي يحملها البعض عن الآخر: أدب الرحلة، الخيال الشعبي، التراث الصوفي، المخطوطات الإسلامية.

2- إعادة تعريف ثقافة تنموية جديدة.

3- بناء ثقافة سياسية تأخذ في الاعتبار التحولات السياسية المعولة ورهاناتها.

ولعل ابرز طرح بهذا الخصوص هو تشكيل هيئة علماء الساحل والصحراء في الجزائر.

ثانيا: قضايا العلاقات المغاربية الساحلية:

1- القضايا الصراعية:

أ- الحدود: والتي أثارت العديد من النزاعات كالنزاع التشادي الليبي والموريتاني السنغالي ولعل نتاج النزاع الموريتاني السنغالي كان له تأثير كبير على العلاقات عبر الصحراوية من خلال انسحاب موريتانيا من المنظمات التكاملية غرب إفريقيا بما أضع فرصة حقيقية لدول المغرب العربي للمساهمة في صناعة القرار داخل الكتلة الغربية.

تعود حيثيات الصراع إلى الخلاف بين الرعاة الموريتانيين والمزارعين السنغاليين والذي اخذ أبعادا عسكرية تطورت إلى أعمال عنف وترحيل متبادل لرعايا الدولتين، وبرز انعكاسات هذا الصراع هو إلغاء منظمة استغلال نهر السنغال والتي كانت لها أهمية كبرى في بناء التعاون بين دول الضفتين الغربية والشمالية للصحراء الكبرى¹.

ب- قضايا التداخل العرقي: فانتشار الجماعات العرقية على الحدود ما بين المنطقتين نجم عنه بعض التوترات الفعلية والمفتعلة والتي استغلت من جانب بعض الأطراف للتدخل في الشؤون الداخلية للدول وحالة استعداد كتهام القذافي للنيجر باضطهاد التوارق سنوات الثمانينات، وتعد مسألة التوارق نموذجا لقضية الانتشار

¹ صالح بكناش، النزاع السنغالي الموريتاني (القاهرة، دار المستقبل العربي، 1992) ص.ص. 36-38.

والتفتت الذي أصاب الجماعات العرقية ومن الممكن أن يكون دراسة على قدرة الجماعات للحفاظ على الاستقرار الإقليمي لقدرة أنظمة المغرب العربي ليبيا والجزائر على استقطاب التوارق في مالي والنيجر من خلال فرعي قبيلة التوارق في الدولتين.

2- القضايا التعاونية:

أ- الاقتصادية:

تعد المغرب الدولة المغربية أكثر استفادة اقتصاديا من العلاقات المغربية الساحلية حيث يعكف المغرب على بناء علاقات اقتصادية متينة رغم فشله الذريع في بناء علاقات سياسية وأمنية، إلا أن تحليل الأبعاد السياسية للمعاملات الاقتصادية يبرز النظرة المصلحية للمغرب في التعامل مع المنطقة بحيث يرى فيها منطقة مخاطرة يمكن أن يجني منها الأرباح التي لا يستطيع جنبا في منطقة أخرى لعدم قدرة الشركات المغربية على منافسة الشركات الأوروبية.

وترتكز النظرة المغربية للعلاقات المغربية الساحلية أن التعاون يأتي في إطار تعاون جنوب-جنوب وبناء الفضاءات الإقليمية من خلال الاعتماد على الفواعل الاقتصادية العمومية والخاصة للاستثمار في الدول الساحلية والإفريقية عموما، وبرزت السياسة المغربية في العمل على إمضاء اتفاقات تخص التجارة والاستثمار بدءا باتفاقيات ثنائية بلغت أربعة عشر (14) اتفاقا من نوع اتفاق الدولة الأولى بالرعاية و ثلاثة (03) اتفاقات من نوع اتفاق التجارة التفضيلية¹.

كما أمضى- المغرب اتفاق الدولة الأكثر رعاية مع كل من الايموا والايكواس، هذا بالإضافة إلى عمله على التفاوض للدخول في المنطقة الحرة المشتركة بين الايكواس والايموا، كما انضم المغرب إلى تجمع الساحل والصحراء المنشأ برعاية ليبية منذ 2001².

وبنيت الإستراتيجية الاقتصادية المغربية في جنوب الغرب الإسلامي على دعم الشركات العمومية والخاصة للظفر بمشاريع واستثمارات خصوصا في القطاع البنكي وقطاع الاتصالات، فالاتفاقات والمعاهدات المبرمة سمحت للمغرب بان يدعم شركاته بما يؤسس لبناء لوبي اقتصادي يؤثر على صناعة القرار الوطني لدول غرب ووسط إفريقيا في القضايا الإقليمية للجنوب المغربي.

¹ Royaume du Maroc, ministre de l'économie et des finances, performance commerciale du Maroc sur le marché de l'Afrique subsaharienne, (Rebat, avril 2012) p.9

² Royaume du Maroc, ministre de l'économie et des finances, performance commerciale du Maroc sur le marché de l'Afrique subsaharienne, Op Cit. p.10

حيث يتضح من نسبة التبادلات التجارية بين المغرب وإفريقيا سيطرة كل من موريتانيا والسنغال وكوت ديفوار وبوركينا فاسو ونيجيريا وغانا وغينيا على أكثر من 60% من المبادلات المغربية الإفريقية ونسبة 50% من الصادرات المغربية.

ويبرز كذلك من خلال التوزيع الجغرافي للاستثمار المباشر للمغرب في إفريقيا ما بين 2003 و 2013 التركيز بشكل كبير على دول الساحل: مالي 15%، كوت ديفوار 9%، بوركينا فاسو 8%، سينغال 6%، ويشمل الاستثمار المباشر قطاعات الاتصالات بنسبة 34%، البنوك بنسبة 54%، والفندقة بنسبة 7.5%، من خلال الشركات: مغرب تيليكوم، بنك التجاري وفاء، BCP، BMLE BANK، شركة RAM، YENNA holding، حيث يملك بنك BMLE نسبة 27.38% من بنك التنمية المالي منذ 1989، و 59.39% من بنك إفريقيا المالي وهاذين البنكين يحتلان الصدارة في القطاع البنكي في الايموا، ويملك بنك التجاري وفاء 51.93% من البنك الخارجي المالي¹.

أما مغرب تيليكوم فتتواجد في كل من موريتانيا mauritel، وبوركينا فاسو onatel، وفي مالي ممثلة في sotelma².

ب- التكامل الإقليمي:

تعد اللجنة الدائمة ما بين الدول لمكافحة التصحر في الساحل CILSS من أشهر و أبرز الأطر الإقليمية التي برزت فعاليتها ونشاطها المستمر والدائم، ورغم طابعها التقني والموضوعي إلا أنها استطاعت أن تبلور تصورا عاما حول الحلول الناجعة للتخلص من ظاهرة التصحر سواء ما تعلق بالتنمية المستدامة أو برنامج الجدار الأخضر الكبير أو الأمن الإقليمي أو الجوانب الديمغرافي واستقرار السكان.

تدعمت اللجنة بنادي الساحل الذي أسسته منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية OCDE عام 1976 بمبادرة من الدول الساحلية الأعضاء في المنظمة لمواجهة المخاطر الإقليمية في منطقة الساحل سواء كانت تنمية أو بيئية أو أمنية أو سياسية، تشمل 17 دول عضو في كل من الجماعة الاقتصادية لدول غرب إفريقيا، والاتحاد النقدي والاقتصادي لدول غرب إفريقيا ولجنة مكافحة التصحر³.

¹ Royaume du Maroc, ministre de l'économie et des finances, Relations Maroc-Afrique : l'ambition d'une nouvelle frontière (Rebat, septembre 2014) p.19.

² Royaume du Maroc, ministre de l'économie et des finances, Relations Maroc-Afrique : l'ambition d'une nouvelle frontière , Op Cit. p.20

³ OCDE/CSAO, Un atlas au Sahara-Sahel : Géographie, économie et insécurité, cahiers de l'Afrique de l'Ouest (Paris, éditions OCDE, 2014)p.3.

ونظرا لان غالبية الدول الأعضاء في نادي الساحل من منطقة الغرب الإفريقي قرر المجلس الإداري للنادي عام 2001 توسيع التسمية إلى نادي الساحل وغرب إفريقيا¹، الأمر الذي كان بالإمكان أن ينحو شمالا لا جنوبا نظرا لرؤية الساحل-الصحراء.

التطرق إلى موضوع نادي الساحل رغم انه لا يدخل ضمن إطار الدراسة إلا انه يعالج إشكالية هامة تتعلق بأثر الفواعل الدولية في العلاقات المغاربية الساحلية، فلو كان هناك اهتمام مغاربي بالنادي لتحول النادي من نادي الساحل إلى نادي الساحل والصحراء بدل أن يكون نادي الساحل وغرب إفريقيا.

بالإضافة إلى اللجنة والنادي كأطر تقنية، كانت الجماعة الاقتصادية والاتحاد النقدي والاقتصادي كأطر اقتصادية تكاملية تعكف على الاهتمام بقضايا الصحراء الكبرى سواء ما تعلق بالأمن الإقليمي ببعديه التقليدي المتعلق بالأزمات الداخلية والحروب الأهلية، أو ما تعلق بالتهديدات الجديدة كتجارة البشر- والهجرة السرية أو تجارة السلاح والمخدرات والإرهاب عبر الوطني.

مقابل هذا نجد جهود الدول المغاربية وخصوصا الجزائر وليبيا أخذت أبعادا سياسية دبلوماسية أكثر منها تقنية أو تحتية، حيث تخلو من الأطر التقنية أو الاقتصادية، رغم أن ليبيا أنشأت تجمع الساحل والصحراء إلا انه لم يخرج عن نطاق السياسات الشعبية للعقيد القذافي².

حيث أن الفعل الصراعى الليبي كان اسبق من الفعل التعاونى باعتبار ليبيا مغاربية وتشاد ساحلية أي منطقة التماس الشرقية بين الإقليمين، الأمر الذي، بشكل أو بآخر، أثار حساسية الدول الإفريقية من البرامج والتصورات التي كان يطرحها العقيد القذافي، فتجمع الساحل والصحراء وكل الاتفاقيات التي ترتبت على أساسه سرعان ما زالت بسقوط نظام القذافي.

أما الجزائر فارتبط دورها بالقضايا الدبلوماسية والأمنية سواء ببرامج الوساطة بين الأطراف المتنازعة في مالي، أو مواجهة التهديدات الجديدة في الساحل من خلال لجنة قيادة الأركان للعمليات المشتركة، إذ أن الحضور الاقتصادي الجزائري ينعدم في دول الساحل أو غرب إفريقيا رغم أهمية الاستثمار في المنطقة سواء من الناحية الاقتصادية أو السياسية.

وبخصوص البنية التحتية التي رأت فيها الجزائر منظومة قاعدية تركز الارتباط الاستراتيجي مع دول الصحراء الكبرى حتى نيجيريا، يوجد مشروع طريق الوحدة الإفريقية، وخط الغاز الطبيعي بين نيجيريا والجزائر، والفيرواوبتيك، وكذلك الطريق العابر للصحراء من الجزائر نحو تشاد مروراً بالنيجر، والذي جاء لتجسيد

¹ Club du Sahel et de l'Afrique de l'Ouest, Perspectives régionales de développement de l'Afrique de l'Ouest, l'intégration régionale et l'évolution du rôle de la CEDEAO, (Paris: OCDE,2005)p.6.

² Olivier Vallée, « Kadhafi : le dernier roi d'Afrique », *Politique africaine*, n° 125 (Paris: éditions Karthala, 2012/1)p. 147-167.

التعاون الإقليمي بين اتحاد المغرب العربي والجماعة الاقتصادية لدول غرب إفريقيا والاتحاد النقدي والاقتصادي لدول غرب إفريقيا بهدف تنمية التبادلات التجارية البرية¹.

وأكثر الدول المغاربية التي شهدت علاقات متشابكة مع دول الساحل وغرب إفريقيا هي موريتانيا، حيث أنها كانت عضوا مؤسسا في الجماعة الاقتصادية لدول غرب إفريقيا، وشهدت تأسيس اغلب التجارب التكاملية والتعاونية سواء ذات الطابع التقني أو الاقتصادي أو القطاعي أو السياسي أو الأمني، إلا أن أزمة 1989 مع السينغال أدى إلى انسحاب تام لموريتانيا من المنطقة والذي اثر بشكل سلبي على مستقبل التواجد المغاربي في منطقة الساحل الذي لو استثمر موريتانيا لكان طرفا فعالا في صناعة القرار الإقليمي في منطقة الساحل وغرب إفريقيا، ولكنها للمغاربة يد عليا في منطقة الساحل الصحراوي.

ورغم محاولات موريتانيا تكريس البعد الساحلي في سياستها الخارجية والأمنية سواء من خلال برامج التعاون الثنائية أو الإقليمية أو الدولية، أو من خلال محاولتها بناء نظام إقليمي لدول الساحل S5، إلا أنها تبقى رؤى أكثر منها سياسات واقعية.

ثالثا: الساحل الصحراوي بين الفضاء الثابت والفضاء المتحرك

بخلاف النظرة السائدة من كل الأطراف الدولية والإقليمية تفرض معادلة التنقلية قواعدها وتحكم سيطرتها على استراتيجيات البناء والأمن الإقليميين، فالفضاء الثابت عرفته الصحراء الكبرى في حواضرها وممالكها وتفاعلاتها المدنية من ممالك وحضارات انتشرت عبر الصحراء فمَثَل الاستقرار والازدهار والتطور في الساحل الصحراوي وبزواله زالت المدينة والدولة في المنطقة ، أما الفضاء المتحرك الذي ورغم وجوده في ظل الفضاء الثابت إلا أن تأثيره ارتبط بداية بالحقبة الاستعمارية التي ساهمت في بلورة عدم الرغبة في الانتماء السلطوي لأي سلطة كانت، إلا أن ما عززه هو التصحر الذي ضرب حواضر الصحراء منذ بداية السبعينات فعرفت الصحراء في السياسة العالمية كمنطقة منكوبة لا بد من تقديم العون الإنساني والتنموي لها.

معالجة إشكالية كيفية تمكن الدول المطلة على الصحراء الكبرى مشتركة الحفاظ على استقرارها وتنميتها، تجد جوابا له في إعادة تفعيل الفضاء الاتصالي الذي تم قطعه بفعل الاستعمار.

فما يلاحظ في منطقة الساحل والصحراء أن التهديدات ذات طابع متنقل غير آبهة بالحدود الدولية وبالتالي فمقتربت الثابت والمتنقل والراعي المتجول والفلاح المستقر يمكن من فهم آلية حركية التهديدات ويساهم في القضاء عليها، فالواحات ومناطق الرعي والمياه هي أماكن ثابتة لتحديد مسارات التهديدات وحصرها نتاج إلزامية الجماعات الإرهابية على التقرب منها قصد التزود بالمؤن والمياه والسلاح والمعلومات، ونفس الأمر في

¹ République du Niger, projet multinational de la route transsaharienne Algérie/Niger/Tchad (RTS), (Niamey: ministère de l'équipement, décembre 2013).

الجنوب بين المناطق الرعوية السهول الساحلية ومنطقة السافانا السودانية حيث تعتبر مناطق ذات أهمية للتهديدات المتنقلة للتزود والاحتواء بها¹.

ويتعبير آخر مراقبة حركة الانتقال، أي مراقبة أبطرة الطرق وإمبراطوريات الاستقرار سيمكن لا محالة من القضاء على التهديدات، وإطلاق التعاون في مجال مراقبة الطرق ومناطق الاستقرار يتطلب وجود دولاتي والوجود الدولاتي يكون بوجود بنية تحتية مشتركة تتعلق ببنية تنمية اقتصادية (طرق منشآت تبادل تجاري قانوني) وبنية مشتركة أمنية عسكرية (عمليات مشتركة قواعد مشتركة معلومات أمنية متبادلة والسبب في انتفاء هذا هو فرنسا.

إن الواحات المزدهرة هي نقاط الارتكاز في التكامل الإقليمي الناجح، فالسيطرة على الواحات تؤدي إلى السيطرة على الطرق فالواحات هي نقاط تقاطع الطرق والمسارات الصحراوية، ومحطة ترابط البنية الاجتماعية بالشبكات الخفية والاثنيات والدول ورسم الحدود الغامضة².

مما يبرز أن الصحراء الكبرى الساحل تمثل نموذجاً هاماً في دراسة الفضاءات المتنقلة والمجتمعات المتنقلة وتبيان الأثر السلبي للاستعمار في رسم حدود الدول بدون احترام هذه الخصوصية "الثقافية".

والمعضلة هنا هي كيفية استحداث فضاء شرعي وقانوني يتوافق والواقع المكاني للمجتمعات المتنقلة؟ وكيف يتم السباح للجماعات الإرهابية بتوظيف المعرفة البدوية لمنطق التنقل؟ ولماذا تستمر الدول والمنظمات الإقليمية والدولية في النظر بصورة سيادية تقليدية وحدود مغلقة لقضايا الساحل؟³.

يعتبر مدخل التنقلية المدخل الأكثر عقلانية لفهم الإشكاليات في الساحل الصحراوي وإيجاد حلول لها، حيث انه يبنى على فرضيات مفادها:

1- يوجد نظامين مكانيين في الإقليم نظام الإنتاج ونظام الانتقال: نظام الإنتاج مرتبط بالمناطق المطارة مناخياً والفلاحية إنتاجاً، ونظام الانتقال ويتعلق بمسارات التبادل والطرق الصحراوية بين الحواضر الصحراوية من مدن في منطقة الساحل وواحات في الصحراء الكبرى، وكانت منطقة الساحل على ضوء هاذين النظامين تعيش أزمة طبيعية تتعلق بالجفاف وانتفاء المراعي التي أنتجت ما عرف بالصراع الرعوي الفلاحي بين القبائل المتنقلة والقبائل المستقرة والتي أدت إلى النزاع الموريتاني السنغالي كمثال.

2- الصحراء تتكون من مدن وأسواق تمتد على طول الطرق العابرة للصحراء، وتمثل محطات استراحة وتزود، وللحفاظ على هذه المدن وضمان وجود بشري في الصحراء الكبرى لابد من دعم استقرار السكان من خلال

¹ OCDE/CSAO, Op Cit. p.19

² OCDE/CSAO, Op Cit. p.20.

³ OCDE/CSAO, Op Cit. p.21.

تطوير المدن وتهيئة الظروف الملائمة للحياة بإمكان دول الشمال البترولية ليبيا الجزائر دهم هذا المسار ولو في المناطق التابعة لها¹.

3- فضاء التنقل محفوظ من طرف القبائل المتنقلة والشبكات الاجتماعية التي تسهر على حماية وتأمين القوافل التجارية والقائمة أساسا على مبدأ التضامن، مما يمكن للجزائر وليبيا لعب دور سياسي للتأثير على القبائل التابعة لدولهم، ولو أخذنا المقاومة الشعبية للاستعمار من طرف اموداغ مختار ودعم القبائل الليبية والحركة السنوسية له بما ساعده إلى مواجهة الاستعمار حتى 1923، وبالتالي يمكن أن يكون المنطلق نفسه في مواجهة التهديدات.

4- تقوم المناطق الحدودية بعدة وظائف نابعة من غياب إطار مؤسسي يقن حرية التنقل مما أدى إلى وجود مخاطر سياسية سرعان ما تحولت إلى أمنية غذتها الشبكات الإجرامية عبر الوطنية.

وكواقع يعزز هذه الافتراضات فالعنف وديناميكياته في منطقة الساحل-الصحراء مستمر منذ الستينات إلا أن ديناميكيات العنف أضحت معقدة والأزمات متعددة الأشكال والبنيات أعادت تشكيل المشهد السياسي في بلدان المغرب والساحل فسقوط أنظمة نتيجة الثورات والانقلابات وتزعزع أركان الدول أدى إلى تشكل علاقات جيوبوليتيكية جديدة أدى إلى الفراغ الذي حاولت الحركات الانفصالية استغلاله بإعلان قيام دولة أزواد، والتي تراكفت وسيطرة الاستراتيجيات الوطنية أو التعاون الثنائي لمواجهة الأزمات بدل التعاون الإقليمي القائم على المسؤولية الجماعية لإيجاد حلول مشتركة للمعضلات الأمنية والتنمية.

خاتمة:

ما يلاحظ في المسار المعقد للصراع في الساحل هو استعانة الجماعات الإرهابية بالسكان المحليين لمراقبة الإقليم ومسارات تحرك الأجهزة الأمنية وتغطية نشاطاتهم عبر تنقلات البدو الرحل، لذا لا بد من القضاء على البيئة المساعدة للإرهاب من خلال مراقبة المدن والطرق ومنابع المياه من اجل السيطرة على الأقاليم².

ليس الإرهاب وحده هو المعضلة الأمنية ذات البعد الدولي، وإنما تجارة المخدرات والسجائر والبشر والسلاح لها بعد دولي في مصادرها وفي انعكاساتها فالساحل-الصحراء مجرد ممر دولي لتجارة المخدرات والبشر- وسوق للسلاح بعد الأزمة الليبية، وبالتالي فإعمار منطقة الساحل يكون عبر منظومة عبر حدودية عبر وطنية (إقليمية) تقوم على جلب اليد العاملة المؤهلة لبناء بنية تحتية مدنية تساعد على الاستقرار وضمان مسارات انتقال مرتبطة بأجهزة أمنية وطنية وإقليمية.

إن الصحراء رغم أنها تعبير عن ارض خالية سواء من الإنتاج أو السكان أو الحياة، إلا أن الصحراء الكبرى زُرعت فيها الحياة فكانت واحاتها جنات، حيث الحضارة الصحراوية على بساطتها تزرع الأمل في إمكانية الحياة

¹ OCDE/CSAO, Op Cit. p.22.

² OCDE/CSAO, Op Cit. p.23.

رغم الظروف، وبالتالي فهي ليست بعيدة عن الاستقرار والأمن والازدهار، وما وضعها الحالي إلا قطيعة ظرفية من تاريخ حافل بالحضارات سابتت الزمن وتركت البصمات وشهدت عليها جبال الاهتار الشامخات وسط الصحاري المتناورات فالصحراء الكبرى رغم كل التهديدات التي تواجهها طبيعيا، وبشريا، إلا أن الزوابع الرملية سرعان ما تزيح الآثار مما كانت البصمات.

مجلس الأمن والتصدي للإرهاب الدولي عقب أحداث 11 سبتمبر 2001*
أ.يوسفى عبد الهادي- المركز الجامعي أحمد زبانه غليزان

ملخص:

* تاريخ إيداع المقال: 2016/01/31

تاريخ تحكيم المقال: 2016/02/09

على إثر هجمات 11 سبتمبر 2001 التي تعرضت لها الولايات المتحدة الأمريكية، ونظرا لسرعة التنفيذ وكذا مدى الحسائر البشرية والمادية فقد وصفت هاته العملية الإرهابية بالإرهاب الجديد خاصة أنها ارتكبت على الدولة الأقوى في العالم، و لقد أصدر مجلس الأمن على إثر هاته الهجمات قرارات مثل القرار رقم: 1368 والقرار رقم: 1373 والقرار رقم: 1624 وصفت بالقرارات التي حملت في مضامينها التزامات على عاتق الدول أثرت على مبادئ القانون الدولي كإعطاء للولايات المتحدة الأمريكية الحق في الدفاع الشرعي رغم أن العملية لا تشكل عدوانا بمفهوم قرار الجمعية العامة رقم: 1974/1433 الخاص بتعريف العدوان، و التزامات أخرى أضافها مجلس الأمن على عاتق الدول كالتدخل حتى في حق الدولة في إصدار تشريعاتها الوطنية.

الملخص باللغة الأجنبية

Following the sept September 11th, 2001 attacks that the United States has witnessed, due to the speed of execution, as well as the extent of both human and material losses, the last operation was called the new terrorism however. it committed against the most powerful country in the world, presides all these events the security Council has issued many decisions concerning these attacks as resolution: 1368 and that of resolution: 1373 and that of resolution: 1624 all these decisions were looked as the holder which given America complete right to the legal defend these lateres have been largely effected in the international law principals even thought the operation didn't see as an every attack writen the notion of the general assembly in its article 1433/1974.

مقدمة:

يعتبر مجلس الأمن الدولي أحد الأجهزة الرئيسية لمنظمة الأمم المتحدة المسؤول عن حفظ السلم والأمن الدوليين وفقا للمادة: 24 من الميثاق الأممي، وذلك من خلال التصدي لكل مشكلة أو مسألة قد تؤدي إلى تقويض هذا المطلب.

ولقد ازداد دوره على الساحة الدولية بعد انهيار الاتحاد السوفياتي بحيث تحول هذا الدور إلى التصدي لمشاكل أخرى تهدد السلم والأمن الدوليين أو تخلّ به بعدما كان همّه منع حربا نووية بين الدولتين إبان الحرب الباردة. فلقد أصبحت هناك مشاكل وأزمات داخلية أو حتى أفعال تنسب إلى الأفراد تقوض هذا المطلب. وتعتبر ظاهرة الإرهاب الدولي من تلك المسائل التي تصدى لها مجلس الأمن باعتبارها تؤدي إلى تهديد السلم والأمن الدوليين.

ولقد أدت أحداث 11 سبتمبر 2001 إلى إصدار مجلس الأمن قرارات وصفت بأنها نوعية وسابقة لم تصدر من قبل، كما أنها انتهجت نسقا جديدا قد يؤدي إلى تقويض بنيان هيئة الأمم المتحدة من خلال التوس على مبادئ الشرعية الدولية.

وعليه من خلال هذا البحث سيتم تسليط الضوء على هذا الدور من خلال الإشكالية التالية: ما هي الميزات الأساسية لقرارات مجلس الأمن في مجابهة الإرهاب الدولي عقب أحداث 11 سبتمبر 2001. وسيتم التطرق الى ذلك من خلال المبحثين التاليين.

المبحث الأول: الأساس القانوني لمحاربة مجلس الأمن للإرهاب الدولي.

المبحث الثاني: الدور التشريعي لمجلس الأمن في محاربة الإرهاب الدولي.

المبحث الأول: الأساس القانوني لمحاربة مجلس الأمن للإرهاب الدولي

يعتبر الإرهاب الدولي موضوعاً من مواضع القانون الجنائي الدولي ولقد أحيط هذا الموضوع بعناية كبيرة من قبل الدول والمنظمات العالمية والإقليمية¹.

ومن بين هاته المنظمات الأمم المتحدة حيث عكف جهاز مجلس الأمن المسؤول على حفظ السلم والأمن الدوليين على التصدي لهاته الظاهرة باعتبارها تهدد مهامه الرئيسية. وسيتم تبين ذلك من خلال المطلبين التاليين.

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للإرهاب الدولي والسلم والأمن الدوليين

المطلب الثاني: تعامل مجلس الأمن مع أحداث 11 سبتمبر 2001.

المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للإرهاب الدولي والسلم والأمن الدوليين

يعتبر الإرهاب الدولي من أكثر المظاهر بروزاً على الساحة الدولية و الداخلية، كما أنّ هاته الظاهرة تطورت بتطور الحياة الإنسانية حيث أصبح اليوم منظرًا بشكل يؤدي الى تقويض بنين أي دولة في العالم . وباستقراء قرارات مجلس الأمن حول الظاهرة يلاحظ عدم وجود أي قرار يتضمن تحديد مفهوم للإرهاب الدولي كما يلاحظ عدم وجود أي تعريف للسلم والأمن الدوليين لا من خلال الميثاق ولا من خلال ممارسة مجلس الأمن.

ولقد تعددت التعاريف من قبل الفقهاء أو الدول لظاهرة الإرهاب، فلقد عرفها الدكتور عبدالعزيز السرحان بأنه " كل اعتداء على الأرواح والأموال والممتلكات العامة والخاصة بالمخالفة لأحكام القانون الدولي العام بمصادره المختلفة بما في ذلك المبادئ الأساسية لمحكمة العدل الدولية"².

أما الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب الدولي فلقد عرفتة في مادتها الثانية " الإرهاب كل فعل من أفعال العنف أو التهديد به أيا كانت بواعثه أو أغراضه تقع تنفيذاً لمشروع إجرامي فردي أو جماعي ويهدف إلى إلقاء الرعب

¹ -د/ صلاح الدين حمدي، دراسات في القانون الدولي العام، دار الهدى للنشر والطباعة والتوزيع، عين مليلة، 2002 ص 324.

² -د/ عبدالعزيز سرحان، حول تعريف الإرهاب الدولي وتحديد مضمونه من واقع قواعد القانون الدولي وقرارات المنظمات الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 29، 1973، ص 173.

بين الناس أو ترويعهم أو إيذاءهم أو تعريضهم للخطر أو حرمتهم أو أمنهم للخطر أو إلحاق الضرر بالبيئة أو بأحد المرافق أو الأملاك العامة أو الخاصة أو احتلالها أو الاستيلاء عليها أو تعريض أحد الموارد الوطنية للخطر"¹ كما عرّفت الجزائر الإرهاب وفقا للمادة الأولى من المرسوم التشريعي رقم: 03/92 المؤرخ في: 1992/09/30م المتعلقة بمكافحة التخريب والإرهاب "يعتبر عملا تخريبيا أو إرهابيا في مفهوم هذا المرسوم التشريعي كل مخالفة تستهدف أمن الدولة والسلامة الترابية واستقرار المؤسسات وسيرها العادي عن طريق أي عمل غرضه ما يأتي بث الرعب في أوساط السكان وخلق جو انعدام الأمن من خلال الاعتداء على الأشخاص أو تعريض حياتهم أو حرمتهم أو أمنهم للخطر أو المساس بممتلكاتهم"²

أما في الولايات المتحدة الأمريكية فلقد سنت قانون عرف بـ " قانون حب الوطن " *patariot* " ولقد عرف هذا القانون الإرهاب بأنه " كل نشاط يستهدف إلقاء الرعب أو قهر السكان المدنيين أرباء الحياة الإنسانية أو التأثير في سياسة الحكومة أو عملها عن طريق الدمار الشامل أو الاغتيال أو الخطف"³. أما الاتفاقية الأوروبية لمكافحة الإرهاب لم تضع تعريف للإرهاب الدولي وإنما اقتصر على وضع لائحة للجرائم الإرهابية وفقا لما نصت عليه المادة الأولى منها⁴ وهي:

01- الأفعال المنصوص عليها في اتفاقية لاهاي لعام 1970م بشأن المعاقبة على الاستيلاء الغير مشروع على الطائرات، وفي اتفاقية *مونتريال* لعام 1971م بشأن المعاقبة على الأعمال التي تهدد أمن الطيران المدني.

02- الجرائم الخطيرة المرتكبة ضد الأشخاص المحميين دوليا بما فيهم أعضاء البعثات الدبلوماسية

03- جرائم اختطاف وحجز الرهائن.

04- الجرائم التي تتضمن استخدام المتفجرات والقنابل والأسلحة الآلية والطرود المغممة.

05- محاولة ارتكاب أي من الجرائم السابقة أو المساهمة فيها.

غير أنه ونظرا لإمكانية الاختلاف الذي قد يحدث بين الدول أجازت المادة الثانية من الاتفاقية للدول الأطراف فيها إمكانية توسيع التكييف في الأعمال التي تعتبر إرهابية حسب السلطة التقديرية لكل دولة⁵.

أما مفهوم السلم والأمن الدوليين فإنه وفقا للمادة 39 من الميثاق الأممي فإن مجلس الأمن يتمتع بسلطة تقديرية في تكييف الحالات التي تهدد السلم والأمن الدوليين أو تخلّ به أو تعتبر عملا من أعمال العدوان.

حيث لم يتضمن ميثاق منظمة الأمم المتحدة أي تعريف لهذا المصطلح ما أتاح خلافات حول تحديد مضمونه بين الدول¹.

¹ -د/ أمال يوسف، عدم مشروعية الإرهاب في العلاقات الدولية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008 ص: 15.

² -الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد: 70 ، المؤرخ في: 30 سبتمبر 1992م، ص: 1817.

³ - د/ محمد مؤنس محب الدين، تحديث أحمرة مكافحة الارهاب وتطوير أساليبها، مركز الدراسات والبحوث، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض،

2006، ص: 81.

⁴ -د/ أمال يوسف، مرجع سابق، ص: 14.

⁵ -المرجع نفسه، ص: 15.

فلقد ذهب اتجاه فقهي إلى أنّ مفهوم السلم والأمن الدوليين يحوي عبارتين فعبارة حفظ السلم تعني منع الإلتجاء إلى القوة ، أما العبارة الثانية تعني هي حفظ الأمن الدولي وتعني القيام بالأعمال التي تؤدي إلى توفير الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية الضرورية للمحافظة على التسلام الدولي² ويرى الدكتور بطرس بطرس غالي أنّ مفهوم السلم والأمن الدوليين في الفترة اللاحقة لسنة 1990 أصبح ينظر إليه بما مدى تأثيره على مصالح الدول الكبرى³.

ولقد توسع مجلس الأمن في تبيان العوامل التي تشكل تهديدا للسلم و الأمن الدوليين فلم يعد يقتصرها على المنازعات بين الدول و أعمال القتال الواسعة النطاق داخل حدودها و إنّما اتسع لتشمل الحالات التي يقع فيها قمع الأقليات والأعمال التي توصف بأنها إرهابية و المآسي الإنسانية الناتجة عن الاقتتال الداخلي وحتى التنكر لمبادئ الديمقراطية⁴.

المطلب الثاني: تعامل مجلس الأمن مع أحداث 11 سبتمبر 2001

تعد هجمات 11 سبتمبر 2001م نقلة نوعية وتطور ملحوظ في مجال نوعية العمليات الإرهابية حيث تم الاصطلاح على تسميتها بالإرهاب الجديد⁵ بالرغم أنّ العمليات لم تدم سوى أقل من ساعة من الزمن فإنّها كانت أكثر كلفة من حيث الخسائر البشرية والمادية بالإضافة الى تداعياتها على مبادئ القانون الدولي حيث أثرت على مبادئه⁶.

وعقب هاته الهجمات أصدر مجلس الأمن قراره رقم: 1368 المؤرخ في 12 سبتمبر 2001 م الذي أكد من خلاله أنّ هاته العمليات التي منّت الولايات المتحدة الأمريكية تعتبر تهديدا للسلم والأمن الدوليين⁷. و أجاز مجلس الأمن الدولي عبر هذا القرار للولايات المتحدة الأمريكية سواء في الإطار الفردي أو الجماعي الحق الطبيعي في الدفاع الشرعي عن النفس، وطالب مجلس الأمن من الدول العمل على محاكمة الجناة و المسؤولين على مساعدة أو دعم أو إيواء الفاعلين والمنظمين الذين ساهموا في تنفيذ أعمال 11 سبتمبر 2011م وتطبيق المعاهدات الدولية المتعلقة بمحاربة الإرهاب وقرارات مجلس الأمن ذات الصلة خاصة القرار رقم: 1269 المؤرخ في: 19 أكتوبر 1999م المتعلق بضرورة التعاون لمنع وقوع جميع الأعمال الإرهابية⁸.

¹ د/ عبدالواحد محمد الفار، التنظيم الدولي، كلية الحقوق، جامعة أسبوط مصر 1987 1988، ص 199

² د/ مسعد عبدالرحمن زيدان، تدخل الأمم المتحدة في النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي، دار الكتب القانونية مصر، 2008، ص 363

³ د/ بطرس بطرس غالي، الأمم المتحدة بين متناقضات المرحلة الانتقالية والمسؤولية المشتركة، مجلة السياسة الدولية العدد 17، 1994، ص 89.

⁴ د/ أحمد عبدالله علي أبو العلا، تطور دور مجلس الأمن في حفظ السلم والأمن الدوليين، دار الكتب القانونية، مصر 2005، ص 183.

⁵ المرجع نفسه، ص 269.

⁶ د/ أمال يوسفني، مرجع سابق، ص 83.

⁷ - SUR (Serge), Le conseil de sécurité dans l'après 11 septembre, L.G.D.J, Paris, 2004 P 47.

⁸ د/ أمال يوسفني، مرجع سابق، ص 24.

كما أفصح المجلس عن استعداده اتخاذ خطوات أخرى كافية للرد على تلك الهجمات ومكافحة الإرهاب وفقا لمسؤولياته التي يحددها ميثاق الهيئة¹.

كما اتخذ مجلس الأمن قراره رقم: 1373 المؤرخ في: 28 سبتمبر 2001م والذي أدان فيه مجددا العملية الإرهابية واعتبر أنّ هاته العملية شأنها شأن أي عملية إرهابية أخرى تشكل تهديدا للسلام والأمن الدوليين، وأكد الحق الطبيعي للدول في الدفاع عن نفسها بصفة فردية أو جماعية².

ولقد تعرض كلا من القرارين للانتقاد من جانب الفقه إلى أنّ مجلس الأمن قد أعطى من خلالهما إلى الولايات المتحدة الأمريكية سواء بمفردها أو من خلال حلف الناتو أو من خلال بناء تحالف دولي مع مجموعة من الدول بشن حرب ضد الإرهاب الدولي وهي ولاية قائمة على الحق المشروع في الدفاع عن النفس في اطار نص المادة 51 من الميثاق الأممي التي استخدمتها هاته الأخيرة لإضفاء المشروعية على عمل حلف الناتو.

غير أنّ جانبا من الفقه رد عليه من أن الإشارة إلى الحق في الدفاع الشرعي عن النفس في القرارين هي مجرد إشارة عامة تعني إمكانية ممارسة هذا الحق إذا توفرت الشروط المنصوص عليها في المادة 51 من الميثاق ولم تشر هاته القرارات على توفر شروط الدفاع الشرعي، كما أنّ مجلس الأمن سبق و أن أشار إلى حق الدفاع الشرعي في قراره رقم: 661 لعام 1990 إثر غزو العراق للكويت³.

وعلى إثر هجمات 11 سبتمبر 2001م قامت الولايات المتحدة الأمريكية وحلفاؤها بشن حرب على أفغانستان مرتكزة على القرار رقم: 1368 الصادر عن مجلس الأمن حيث اعتبرت أنّ هذا الأخير أجاز لها عبر هذا القرار حق الدفاع الشرعي بصفة فردية أو جماعية، كما أنّ الولايات المتحدة الأمريكية اعتبرت هاته الحرب شرعية لأن مجلس الأمن لم يصدر أي قرار يدين هاته الحرب.

لكن بالرجوع إلى مضمون القرار رقم: 1368 الصادر من مجلس الأمن حتى و إن استند إلى المادة 39 من الميثاق حول تكييفه للهجمات باعتبارها تهدد السلم والأمن الدوليين، وكذلك استناده إلى المادة 51 من الميثاق الأممي لم يشر صراحة إلى استعمال الفصل السابع من الميثاق وذلك باستعمال وسائل الإكراه أو القوة.

كما أنّ القرار في فقرته الثالثة لم يشر- صراحة إلى اتخاذ إجراءات أخرى بل إنّ القرار في حد ذاته لم يأذن للولايات المتحدة باستعمال القوة كما لم يفوضها بذلك باعتبار أنّ حكومة طالبان بأفغانستان قبلت بوجود تنظيم القاعدة على أراضيها ومنحته المأوى وسمحت له باستعمال أراضيها بالقيام بأعمال إرهابية من أراضيها⁴.

لكن هل يمكن اعتبار هاته الحرب على أفغانستان من طرف الولايات المتحدة دفاعا شرعيا من طرفها؟

¹ -د/ أحمد عبدالله علي أبو العلا، مرجع سابق، ص 311.

² - راجع قرار مجلس الأمن رقم: 1373 الصادر بتاريخ 28/09/2001م (2001) S/RES/1373

³ - Condrolli Ligui, les attentats du 11 septembre et leurs suites: ou va le droit international?

R. G. D. I. P, N°= 04, 2001, P 840.

⁴ - وليد حسن فهي، الولايات المتحدة والحرب على الإرهاب... الجدل السياسي والقانوني، مجلة المختار، العدد 13 سبتمبر / أكتوبر 2006، ص 04.

وفقا للقرار رقم: 1433 الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في: 1974/12/14م على أن إرسال الدولة باسمها مجموعة أو قوات نظامية أو مرتزقة لشن عمل مسلح على إقليم الدولة أخرى يعتبر عدوانا وأن غض النظر عن تواجد هاته المجموعة بأراضيها لا يعتبر عدوانا¹.

كما أن التسليم بأن الولايات المتحدة الأمريكية كانت في حالة الدفاع الشرعي عن النفس فإن هذا الحق المقرر بموجب قواعد القانون الدولي لا يمكن ممارسته هكذا بدون أي شروط بل إن ميثاق الأمم المتحدة قد قرر لهذا الحق شروطا واضحة والذي يتجاوزها يعتبر مخالفا بالتزام قانوني.

وأول هاته الشروط هو دفع الاعتداء عن طريق الدفاع الشرعي أي وجود طريق وحيد لرد الاعتداء أي ضرورة الدفاع الشرعي، حيث أن محكمة العدل الدولية أكدت على هذا الشرط في قضية الأنشطة العسكرية والشبه العسكرية بنيكاراغوا بأن الشيء الأساسي في شرط الضرورة هو أن فعل الدفاع يجب أن يكون بحسب ما إذا كان العدوان مستمر ومنتهج لأثاره وأن الخطر الداهم الناتج عنه لا يمكن بأي حال تفاديه² وهو لم يكن في الحرب على أفغانستان فالحرب جرت في أكتوبر و العملية الإرهابية حدثت في سبتمبر وانتهت يومها أي لم يكن العمل الإرهابي مستمرا حتى تبادل الولايات المتحدة بهاته الحرب بل كان عليها انتهاز وسائل أخرى غير هذا العدوان.

أما الشرط الثاني ألا وهو التناسب بين الاعتداء والدفاع الشرعي فلقد أوقعت الحرب على أفغانستان ضحايا كثر دون أن يكون لهم ذنبا رغم تبرير الولايات المتحدة الأمريكية أن ذلك كان بدافع الخطأ والخطأ لا يتكرر وهو ما جسده الواقع.

أما الشرط الآخر هو تبليغ مجلس الأمن عن العمليات فالولايات المتحدة الأمريكية غيّبت مجلس الأمن تماما عن هاته الحرب. وبالتالي هاته الحرب تعتبر عدوانا على أفغانستان.

المبحث الثاني: الدور التشريعي لمجلس الأمن في محاربة الإرهاب الدولي

انتهج مجلس الأمن عقب هجمات 11 سبتمبر 2001 نمطا جديدا في إصدار قراراته المتعلقة بمحاربة هاته الظاهرة والتي اعتبرها مهددة للسلم والأمن الدولي وذلك من خلال إصدار قرارات طلبت من خلال الفصل السابع من الميثاق من الدول ضرورة إتباع إجراءات واضحة وذلك من خلال الالتزام بكافة ما نصت عليه هاته القرارات بل إن القرارات طلبت من الدول اتخاذ إجراءات تدخل في المسائل التي تعتبر من صميم الاختصاص الداخلي للدولة.

ولقد تعرضت هاته القرارات إلى الكثير من الانتقادات. وسيتم تسليط الضوء عليها من خلال المطالبين التاليين

المطلب الأول: الاتجاه التشريعي لقرارات مجلس الأمن في محاربة الإرهاب الدولي

¹ - Corten, Olivier et Dubuisson, François « Opération liberté immuable, une extension du concept de légitime défense » In R.G.D.I.P n° 106/2002/1, P 54.

² - قطحية تيجاني بشير، واجبات الدول في الدفاع الشرعي بين مبادئ الميثاق وقواعد القانون الدولي والممارسة الدولية المحلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 04، سنة 2010، ص 256.

المطلب الثاني: تقييم الدور التشريعي لمجلس الأمن في محاربة الإرهاب

المطلب الأول: الاتجاه التشريعي لقرارات مجلس الأمن في محاربة الإرهاب الدولي

بتاريخ: 28 سبتمبر 2001 أصدر مجلس الأمن قراره رقم: 1373 الذي يعتبر قرارا تشريعا ألقى التزامات على عاتق الدول الأعضاء بمنظمة الأمم المتحدة كما أنشأ آلية قائمة بذاتها لمحاربة الإرهاب. وبالرجوع إلى هذا القرار ألقى ثلاث أنواع من الالتزامات على عاتق الدول الأعضاء بموجب الفصل السابع¹ وهي:

الالتزام الأول:

التزام جميع الدول بمنع ووقف تمويل الأعمال الإرهابية وتجريم قيام رعاياها بجمع الأموال للجماعات الإرهابية والقيام بتجميد أموال هاته الجماعات و أي مورد اقتصادي يعمل من خلاله على تمويل عملياتها أو أموال أي جماعة إسناد كما تقوم الدول بتجريم هاته الأعمال بموجب نص تشريعي على جميع رعاياها

أما الالتزام الثاني:

على جميع الدول الامتناع عن تقديم أي شكل من أشكال الدعم الصريح أو الضمني إلى الكيانات أو الأشخاص المرتكبين للأعمال الإرهابية ويطلب من جميع الدول اتخاذ خطوات عملية لمنع ارتكاب عمليات إرهابية وذلك بتبادل المعلومات والإنذار المبكر، وعم توفير الملجأ الأمن لمركبي الأعمال الإرهابية أو المدبرين لها أو أي جماعات إسناد وعدم السماح باستخدام أراضيها لتنفيذ العمليات الإرهابية، وتقديم أي شخص مرتكب أو متورط في الأعمال الإرهابية إلى العدالة مع تجريم تلك الأعمال في التشريعات الوطنية، والعمل على التعاون بين الدول في مجال التحقيقات الجنائية المرتبطة بهاته الأعمال والعمل على وضع إجراءات وقيود تكفل مراقبة الحدود بين الدول حتى يتم منع تسلل الإرهابيين

أما الالتزام الثالث:

فلقد حثّ جميع الدول التماس التبادل المعلومات فيما بينها والتي تؤدي إلى كبح العمليات الإرهابية كتحركات الإرهابيين والوثائق المزورة والاتجار بالأسلحة خاصة أسلحة الدمار الشامل، والعمل على التعاون من خلال إبرام اتفاقيات ثنائية ومتعددة الأطراف من أجل منع وقوع الاعتداءات الإرهابية واتخاذ إجراءات ضد مرتكبي تلك الأعمال، والانضمام في أقرب وقت إلى الاتفاقيات والبروتوكولات الدولية ذات الصلة و التي من بينها الاتفاقية الدولية لقمع وتمويل الإرهاب المؤرخة في: 09 ديسمبر 1999م، وتنفيذ كافة الاتفاقيات والبروتوكولات الدولية وقرارات مجلس الأمن ذات الصلة وضرورة اتخاذ التدابير المناسبة في منح مركز اللاجئ بغية ضمان عدم القيام بتخطيط أو ارتكاب أعمال إرهابية استغلالا لهاته الصفة.

¹ أنظر قرار مجلس الأمن رقم: 1373 السابق الذكر

كما أكد مجلس الأمن من خلال هذا القرار أنّ هناك صلة بين الإرهاب الدولي والجريمة المنظمة عبر الوطنية و الاتجار الغير مشروع بالمخدرات وغسيل الأموال والاتجار الغير قانوني بالأسلحة والنقل الغير قانوني للمواد النووية و الكيميائية والبيولوجية وغيرها من المواد، وطالب القرار من الدول بتعزيز تنسيق الجهود على المستوى الوطني لمواجهة التحدي ومنع تهديد الأمن الدولي¹ كما أصدر مجلس الأمن القرار رقم: 1624 المؤرخ في: 14 سبتمبر 2005 حيث طالب جميع الدول بالالتزام بالالتزامات التالية²

01- الحضر عن طريق نص قانوني قيام رعاياها بالتحريض على الأعمال الإرهابية و أن تُحترم توفير الملاذ الأمن لمرتكبي هذا الفعل.

02- دعى جميع الدول إلى التعاون فيما بينها في مسائل التي تؤدي إلى تضيق الخناق على الإرهابيين مثل مراقبة الحدود و كشف الوثائق المزورة وغيرها من المسائل.

03- يدعو جميع الدول إلى تعزيز الحوار بين الحضارات والأديان والتي من شأنها تقريب وجهات النظر بين الشعوب، والتي تساهم بدور فعال في القضاء على أسباب نشوء الإرهاب.

كما أصدر مجلس الأمن بتاريخ 28 أبريل 2004م القرار رقم: 1540 تحت أحكام الفصل السابع والذي عبر فيه عن قلقه عن سعي الجماعات الإرهابية إلى الحصول على الأسلحة النووية أو الكيميائية أو البيولوجية، كما ألزم بموجبه الدول بعدم تقديم أي مساعدة لهاته الجماعات الإرهابية من أجل الحصول على هاته الأسلحة.

أما عن آليات تنفيذ القرارات نص القرار رقم: 1373 على إنشاء لجنة تابعة لمجلس الأمن تتألف من جميع أعضاء حيث طلب من جميع الدول موافاة هاته اللجنة بتقارير عن الخطوات التي اتخذتها تنفيذاً لهذا القرار في موعد لا يتجاوز 90 يوماً من تاريخ انعقاده، كما طالب اللجنة القيام بالتشاور مع الأمين العام للأمم المتحدة لتحديد مهامها وتقديم برنامج عمل في أجل 30 يوم من صدور القرار³.

ولقد باشرت اللجنة مهامها في أكتوبر 2001 حيث يتألف هيكلها التنظيمي من رئيس وثلاث نواب وثلاث لجان فرعية تتكون كل لجنة من خمسة أعضاء كما تضم كل لجنة خبراء مستقلين لإعطاء الاستشارة إلى اللجنة بشأن الاختصاصات المكلفة بها.

وبناء على التقرير المقدم من طرف اللجنة رقم: 124 / 2004 إلى مجلس الأمن وافق هذا الأخير على هذا التقرير بموجب قراره رقم: 3515 الصادر بتاريخ: 26 مارس 2004م الذي أضاف إلى اللجنة هيئة جديدة هي الإدارة التنفيذية للجنة مكافحة الإرهاب⁴.

¹ - الفقرة الرابعة من القرار مجلس الأمن رقم: 1373 السابق ذكره.

² - قرار مجلس الأمن رقم: 1624 المؤرخ في 14 سبتمبر 2005 وثيقة رقم: S/RES 1624/2005

³ - د/ علي مراح، دور مجلس الأمن في مكافحة الإرهاب الدولي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية العدد 01، السنة 2010، ص، ص 407 ، 408

⁴ - قرار مجلس الأمن رقم: 1535 المؤرخ في 26 مارس 2004، ص: 03، وثيقة رقم: S/RES/1535/2004

ولقد عهد إلى هذا الجهاز الجديد العمل اليومي للجنة مكافحة الإرهاب والقيام ب: جمع البيانات والمعلومات المتعلقة بالجهود المبذولة من قبل الدول الأعضاء لتنفيذ القرار رقم: 1373 وبعد ذلك القرار رقم: 1624 والقيام بالزيارات إلى الدول الأعضاء للإطلاع على الجهود المبذولة من طرف هاته الدول وتقديم المساعدة الفنية إليها وتعزيز التعاون من أجل مكافحة هاته الظاهرة¹.

ولقد انتهجت لجنة مكافحة الإرهاب في أداء مهامها مسلكاً تم تقسيمه إلى ثلاث مراحل:

المرحلة الأولى: حث الدول الأعضاء على إصدار التشريعات اللازمة لتنفيذ مضمون القرار رقم: 1373 مع اتخاذ كافة الإجراءات للانضمام إلى المعاهدات الدولية والبروتوكولات الخاصة بمحاربة الإرهاب مع إنشاء آليات فعالة لمنع تمويل الإرهاب.

المرحلة الثانية: تقوية الجهاز التنفيذي للدول لتمكينها من تنفيذ الالتزامات المتصلة بالقرار رقم: 1373 وإنشاء أجهزة أمنية خاصة للكشف عن الأنشطة الإرهابية ورصد ملاحقة الإرهابيين والقبض عليهم. و اتخاذ إجراءات فعالة وأكثر صرامة للمرور عبر الحدود من أجل ملاحقة الإرهابيين ومنع تنقلاتهم واتخاذ إجراءات أكثر فاعلية لمنع الإرهابيين من الحصول على السلاح.

المرحلة الثالثة: العمل على تعزيز التعاون الدولي بين الدول سواء بصفة ثنائية أو جماعية في إطار إقليمي أو في إطار دولي، مع العمل على قطع الطريق على الإرهابيين في الحصول على الأموال من خلال تجريم الاتجار بالأسلحة والمخدرات وغسيل الأموال والنقل الغير مشروع للأسلحة الكيميائية والبيولوجية والنووية².

المطلب الثاني: تقييم الدور التشريعي لمجلس الأمن في محاربة الإرهاب

إن المتأمل في القرارات الصادرة عن مجلس الأمن فيما يخص ظاهرة الإرهاب الدولي عقب أحداث 11 سبتمبر 2001م يلاحظ أن هذا الأخير أكد على أن الأعمال الإرهاب الدولي هي تهديد بالسلم والأمن الدوليين غير أن هاته القرارات حتى وإن استندت إلى الفصل السابع من الميثاق الأممي الذي يعني أن مجلس الأمن قد يفرض جزاءات قد تصل إلى استعمال القوة في حال عدم الالتزام بها.

وعلى الرغم من تمتع مجلس الأمن بسلطة تقديرية واسعة وفق ما تقضي- به المادة 39 من الميثاق فهذا لا يعني عدم خضوع لمعايير وضوابط تحدد عمله، فالمادة 39 من الميثاق ترتبط بوحدة الميثاق القانونية مثل المادة 01 فقرة 01 والمادة 2 فقرة 4 و 07³.

ولقد تعرض القرار رقم: 1373 إلى الأعمال الإرهابية التي وقعت في 11 سبتمبر 2001م واعتبرها تهديد للسلم و الأمن الدوليين شأنها شأن أي عمل إرهابي.

¹ الموقع الإلكتروني للجنة مكافحة الإرهاب www.un.org/ar/sc/ctc أطلع عليه بتاريخ: 2016/01/19

² لمزيد من المعلومات حول عمل اللجنة التنفيذية لمكافحة الإرهاب أنظر برنامج مكافحة الإرهاب

www.un.org/ar/sc/cec أطلع عليه بتاريخ: 2016/01/19

³ وليد فؤاد الحميد، القبول الموضوعية المفروضة على مجلس الأمن، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 21، العدد 01، 2005، ص 122.

غير أنّ هذا القرار والذي يعتبر نوعاً من التشريع فلقد تجاهل الأسباب التي أدت إلى نشوء الإرهاب وأنّ قرار الجمعية العامة رقم: 61/60 الصادر في 1985م الذي نص في بنده التاسع أن تعمل الدول في الإطار الفردي أو الجماعي وكذا أجهزة الأمم المتحدة أن تساهم تدريجياً في القضاء على الأسباب الكامنة وراء نشوء الإرهاب وهي عدا التعصب والتطرف الذي نص عليها قرار مجلس الأمن حيث توجد أسباب اجتماعية واقتصادية وغيرها من الأسباب التي تؤدي على نشوءه.¹

وأجاز القرار للولايات المتحدة الأمريكية أن تتخذ الإجراءات العسكرية ضد التنظيمات الإرهابية وبالتالي فإن الدول تتحمل مسألة منع العمليات الإرهابية وهذا يعني أنّ الدول مسؤولة عن حماية الولايات المتحدة الأمريكية، فالعمل الإرهابي يصدر من الأفراد وليس من الدول ويصعب عملياً حتى على الدول القوية بما فيها الولايات المتحدة الأمريكية كشفه، بالإضافة إلى أنّ القرار رقم: 1999/1369 أوكل مهمة محاربة الإرهاب للأمم المتحدة وليس الولايات المتحدة الأمريكية²

كما أغفل قرار مجلس الأمن حق تقرير المصير الذي أكدت عليه المادة 55 من ميثاق منظمة الأمم المتحدة، والذي تمّ توضيحه من قبل العديد من قبل قرارات الجمعية العامة مثل القرار رقم: 2526 المتعلق بمبادئ العلاقات الودية بين الدول الذي أكد على حق تقرير المصير.

ولقد تكلمت العديد من قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة عن الوسائل التي تؤدي إلى إقرار هذا الحق فلقد ورد بالقرار رقم: 1433 الصادر في 1974م حول تعريف العدوان على أن ليس في هذا التعريف أي مساس بما يسمى بحق الشعوب في النضال والمقاومة.³

ولقد أكد قرار مجلس الأمن على حق الدفاع الشرعي كما جاءت عبارات القرار مرنة بما سهل للولايات المتحدة الأمريكية إطلاق صفة الإرهابي على من نشأ الأمر الذي يجعلها تتخذ إجراءات عقابية بموجب الفصل السابع كلما تعرضت مصالحها للخطر.⁴

ويلاحظ أنّ هذا القرار قد تدخل عن طريق الإجراءات الواجب على الدول القيام بها بصفة إلزامية بموجب بنود الفصل السابع من القرار في صميم الاختصاص الداخلي للدولة وهو ما يتناقض مع مبدأ عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدولة المنصوص عليه في الفقرة السابعة من المادة الثانية من الميثاق الأمم المتحدة الذي لا تتنازل عنه إلا بموجب اتفاقية دولية مثل تحريم قيام رعاياها عمداً بتوفير الأموال للجاعات الإرهابية يكون ذلك عن طريق نص تشريعي.⁵

¹ د/ علي مراح، مرجع سابق، ص 403.

² د/ وليد فؤاد الحمديد، ياسر يوسف الخلايلة، موقف مجلس الأمن من الإرهاب في ضوء القرارات (731، 748، 1368، 1373)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 26، العدد 01، 2010، ص 57.

³ د/ علي مراح، مرجع سابق، ص 404.

⁴ د/ أحمد عبدالله علي أبو العلا، مرجع سابق، ص 351.

⁵ د/ علي مراح، مرجع سابق، ص 407.

خاتمة

لقد انتهج مجلس الأمن لدى مكلفته للإرهاب الدولي طريقة أدت إلى الإضرار كثيرا بمبادئ القانون الدولي الثابتة، فلقد انحرف مجلس الأمن بسلطته في تكييف ما يهدد السلم والأمن الدوليين أو يخلّ به أو وقوع أي عمل من أعمال العدوان، ذلك أنّ هذا الأخير من خلال قرارته الصادرة في مجال مكافحة الإرهاب الدولي بعد 11 سبتمبر 2001م يلاحظ أن مجلس الأمن قد أصبح أداة هينة في يد الولايات المتحدة الأمريكية خاصة أن هاته القرارات لم تعرف الإرهاب الدولي ولم تبين موقفها مما يعرف بالمقاومة المشروعة من طرف حركات التحرر، الأمر الذي ينجر عنه أن تقوم الولايات المتحدة الأمريكية إلصاق صفة الإرهابي بمن يعارض مصالحها. و الذي قد يؤدي بهيئة الأمم المتحدة إلى موضع تتفرج فيه على الأحداث أكثر مما تعمل على منع حدوثها أو على الأقل إنهاءها الأمر الذي يؤدي إلى تقيض السلم والأمن الدولي بسبب هاته السلوكات. وهو الشيء الذي يمكن تجاوزه بإصلاح شامل لمجلس الأمن من خلال الرقابة على قراراته من طرف محكمة العدل الدولية والاتفاق على إطار للمبادئ التي تنظم العلاقات فيما بين الدول خاصة لتلك الظواهر التي تؤثر على السلم والأمن الدوليين وبالأخص إيجاد تعريف واضح لمصطلح الإرهاب الدولي.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب

- 01- أحمد عبدالله علي أبو العلا، تطور دور مجلس الأمن في حفظ السلم والأمن الدوليين، دار الكتب القانونية، مصر، 2005
- 02- صلاح الدين حمدي، دراسات في القانون الدولي العام، دار الهدى للنشر والطباعة والتوزيع عين مليلة، 2002.
- 03- عبدالواحد محمد الفار، التنظيم الدولي، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر 1987. 1988
- 04- د/ محمد مؤنس محب الدين، تحديث أجهزة مكافحة الإرهاب وتطوير أساليبها، مركز الدراسات والبحوث، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2006.
- 05- د/ مسعد عبدالرحمن زيدان، تدخل الأمم المتحدة في النزاعات المسلحة غير ذات الطابع الدولي دار الكتب القانونية، مصر، 2008.
- 06- د/ أمال يوسف، عدم مشروعية الإرهاب في العلاقات الدولية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، 2008.

ثانياً: المجلات

- 01- د/ بطرس بطرس غالي، الأمم المتحدة بين متناقضات المرحلة الانتقالية والمسؤولية المشتركة، مجلة السياسة الدولية، العدد 17، 1994
- 02- وليد حسن فهمي، الولايات المتحدة والحرب على الإرهاب... الجدل السياسي والقانوني، مجلة المختار، العدد 13، سبتمبر/ أكتوبر 2006.
- 04- د/ وليد فؤاد المحاميد، التبعيد الموضوعية المفروضة على مجلس الأمن، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 21، العدد 01، 2005.
- 05- د/ وليد فؤاد المحاميد، ياسر يوسف الخلايلة، موقف مجلس الأمن من الإرهاب في ضوء القرارات (731، 748، 1368، 1373)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 26 العدد 01، 2010.

06-د/ عبدالعزيز سرحان، حول تعريف الإرهاب الدولي وتحديد مضمونه من واقع قواعد القانون الدولي وقرارات المنظمات الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 29، 1973.

07-د/ علي مزاح، دور مجلس الأمن في مكافحة الإرهاب الدولي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 01، السنة 2010 .

08- قطحيزة تيجاني بشير، واجبات الدول في الدفاع الشرعي بين مبادئ الميثاق وقواعد القانون الدولي والممارسة الدولية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 04 ، سنة 2010

ثالثا: القوانين

01-الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد: 70 ، المؤرخ في: 30 سبتمبر 1992م.

رابعا: قرارات مجلس الأمن

01- قرار مجلس الأمن رقم : 1373 الصادر بتاريخ 28/09/2001م (2001) S/RES/1373

02-قرار مجلس الأمن رقم: 1535 المؤرخ في 26 مارس 2004، وثيقة رقم: S/RES/1535/2004

03- قرار مجلس الأمن رقم: 1624 المؤرخ في 14 سبتمبر 2005 وثيقة رقم: S/RES 1624/2005

خامسا: مواقع الانترنت

01-الموقع الإلكتروني للجنة مكافحة الإرهاب www.un.org/ar/sc/ctc أطلع عليه بتاريخ: 2016/01/19

02- برنامج عمل اللجنة التنفيذية لمكافحة الإرهاب www.un.org/ar/sc/cec أطلع عليه بتاريخ: 2016/01/19

المراجع باللغة الأجنبية

Article

01-Condrolli Ligui, les attentats du 11 septembre et leurs suites: ou va le droit international? R. G. D. I. P, N°= 04, 2001.

02- Corten, Olivier et Dubuisson, François « Opération liberté immuable, une extension du concept de légitime défense » In R.G.D.I.P n° 106/2002

03- SUR (Serge), Le conseil de sécurité dans l'après 11 septembre, L.G.D.J,Paris, 2004 -

La valorisation du domaine public foncier par l'intervention privée

Sihoub Salim- Maitre assistant /A/ - Université - tiaret-

Résumé

La théorie de la domanialité a limité pendant longtemps le rôle du secteur privé dans l'exploitation des biens publics fonciers .Or une telle situation ne permettait pas une

* Date du dépôt de l'article : 01/02/2016

Date de l'arbitrage de l'article :09/02/2016

exploitation efficace de ces biens et leur valorisation, ce qu'il allait à l'encontre du développement économique et social des collectivités publiques .A ce titre, il paraît important de réformer le régime juridique du domaine public de sorte qu'il encourage l'investissement privé tout en sauvegardant l'intégrité du domaine public .

Les mots clés : Domaine public –valorisation –concession –droits réels -

ملخص

إن نظرية الدومين العام وقفت لفترة طويلة من الزمن كحائل إمام دور فعال للقطاع الخاص في استغلال الأملاك العامة العقارية ،وهو ما شكل عائقاً أمام تثمين هذه الأملاك وتحقيقها للتنمية الاقتصادية لفائدة الأشخاص العامة .وإن ذلك فإنه أصبح من الضروري القيام بإصلاح للنظام القانوني الخاص بهذا الدومين بما يسمح للمتعاملين الخواص للتدخل ، وهو ما يتم أساساً من خلال شغل الخاص للأملاك العامة مع منحهم الحق في تأسيس حقوق عينية وبما لا يمس سلامة الأملاك العامة.

Introduction

Le domaine public a été perçu pendant longtemps sous l'angle de la protection¹, ce qui s'est concrétisé par l'élaboration des règles rigides, destinées à le protéger contre toute atteinte².

Ainsi, s'est constitué un obstacle juridique devant une exploitation économique efficace des dépendances appartenant au domaine public. D'ailleurs, contrairement au domaine privé, qui s'inscrit dans le circuit économique, et peut donc remplir une fonction financière pour l'administration, le domaine public a été exclu de ce circuit pour être le siège des libertés publiques.

Toutefois la rigidité du régime du domaine public n'a pas exclu toute intervention des operateurs privés dans sa gestion et son exploitation. En effet, la possibilité de cette intervention a été toujours tolérée par le biais de ce qui est appelé « l'occupation privative du domaine public ». Le changement de la perception vis-à-vis de la domanialité publique, et les évolutions législatives récentes remettant en cause le caractère absolu de la règle de

¹ - M. THEWEST T TCHEVRIER, La gestion du domaine public ,p6 document téléchargé du site <http://www.droit.lu/wp-content/uploads/Domaine-public.pdf>

² -André DE LAUBADERE et Yves GAUDEMET, Traité de droit administratif t 2 , Droit administratif des biens ,LGDJ ,p123 .La protection du domaine public est assumée par les trois règles reprises par la loi domaniale 90-30 modifiée et complétée.La loi90-30 portant loi domaniale, (Journal officiel n 52 année 1990)modifiée et complétée par la loi 08-14 ,journal officiel ,n 44 année 2008 dispose dans son aricle04 que « le domaine public est inaliénable ,imprescriptible et insaisissable »

l'inaliénabilité, encouragent l'action des opérateurs privés dans le périmètre du domaine public en vue de sa valorisation.

Nous allons aborder d'abord comment l'action des opérateurs privés a été consacrée en droit algérien I, et ensuite on abordera la question de la reconnaissance des droits réels aux occupants privés II.

I - La consécration de l'occupation privative du domaine public :

Avant d'analyser les modes d'occupation privative du domaine public C, il est important de définir cette occupation A, et présenter ses justifications B.

A - La définition de l'occupation privative par rapport à l'utilisation collective :

Le domaine public tient sa spécificité et son originalité de sa destination à l'utilité publique qui se réalise par son affectation à un usage direct du public, ou à un service public¹. L'utilisation du domaine public par le public se divise alors en: une utilisation commune ou collective et une utilisation privative.

La première utilisation est toujours normale, c'est-à-dire qu'elle correspond à l'affectation, tandis que la seconde peut être normale et donc conforme à l'affectation, ou au contraire anormale². On se trouve donc devant trois usages du domaine public :

1- Une utilisation collective du domaine public exprimant l'exercice des libertés publiques, et respectant les trois principes : liberté –égalité – gratuité³. C'est pourquoi les pouvoirs de police à son égard, consistent en la réglementation, la conservation, et non l'interdiction ou la soumission à une autorisation préalable. Le décret 12-427 pose dans son article 66 les limites aux pouvoirs de police, en précisant que la liberté d'utilisation du domaine public affecté à l'usage de tous emporte pour les voies publiques, l'illégalité des interdictions d'ordre général et absolu. L'exemple typique est celui des vois

¹ Voir sur l'importance de l'idée d'affectation la thèse de Hélène SAUGEZ , L'affectation des biens à l'utilité publique. Contribution à la théorie générale du domaine public , Thèse de doctorat public soutenue le 1^{er} juin 2001 à l'université d'Orléans ,p299.

² L'article 64 du décret 12-427 fixant les conditions et modalités d'administration et de gestion des biens du domaine public et du domaine privé de l'Etat, journal officiel ,n 69 ,année 2012.

³ - Article 62 de la loi domaniale 90-30 .

publiques¹. En outre, l'autorité administrative est tenue de respecter le principe de liberté et de commerce et d'industrie dans sa poursuite de l'objectif d'ordre public².

2- Une utilisation privative normale du domaine public, qui répond à la destination même de la dépendance sur laquelle elle s'exerce.

3- L'utilisation privative anormale du domaine public défini comme simplement compatible avec la destination première du bien.

Cette classification classique des utilisations du domaine public a le mérite de simplifier la présentation des modes d'occupation privative du domaine public contenue dans le décret 12-427³. On peut en déduire que l'occupation privative prend deux formes essentielles, qui peuvent connaître la forme contractuelle, ou unilatérale.

Quelque soit la forme de l'utilisation privative, elle est toujours caractérisée par les éléments suivants⁴:

1- Elle est fondée sur un titre juridique délivré à un bénéficiaire déterminé, contrairement à l'utilisation collective qui se distingue par l'anonymat.

2- C'est une occupation précaire, en ce qu'elle peut être modifiée ou supprimée si l'affectation ou la destination du bien domaniale venait à être changée pour un motif d'intérêt général.

3- Elle donne lieu au paiement d'une redevance. Donc elle n'a pas le caractère gratuit tel l'utilisation collective.

B - Les justifications des occupations privatives du domaine public :

1.L'objectif de valorisation :

La valorisation est l'activité qui consiste à mettre en avant des atouts, et de tirer profit de ces derniers. Elle n'est que récemment introduite en droit de la domanialité publique¹.

¹ André. DE LAUBADERE Y ves. GAUDEMET, Traité de droit administratif ,op cit ,p 159

² - CE 11 fév 1998 Ville de Paris c/assoc pour la défense des artistes de la place de terre AJDA , p523 ,conc G Bachelier.

³ Décret exécutif n 12-427 fixant les conditions et modalités d'administration et de gestion des biens du domaine public et du domaine privé de l'Etat

⁴ Les articles 62 et 64 de la loi domaniale 90-30

Le domaine public est devenu sous les évolutions jurisprudentielles une richesse nationale, dont il incombe aux autorités administratives de gérer, selon son affectation mais aussi dans le but d'une « meilleure utilisation du domaine public »².

L'objectif de valorisation est conforme à une jurisprudence reconnaissant qu'un intérêt financier peut constituer un motif d'intérêt général. C'est ce qui ressort clairement, de l'arrêt rendu par le conseil d'Etat français où il est affirmé que l'autorité administrative peut se fonder sur des motifs d'ordre esthétique ou³ financier.

En droit algérien, la loi domaniale intègre expressément l'objectif de valorisation dans les missions des autorités administratives. C'est ce qu'énonce l'alinéa 3 de l'article 04 de la loi domaniale 90-30«...Les biens et les dépendances du domaine national sont gérés, exploités et mis en valeur par les institutions ... »

C'est conformément à l'objectif de valorisation, que l'intervention des acteurs privés dans la gestion des dépendances publiques acquiert toute son importance. En effet, les concessions domaniales, constituent des moyens d'investissement permettant l'apport des capitaux privés pour la construction des ouvrages dans le but d'un intérêt public.

A ce titre, les techniques contractuelles empreintées au droit anglais, et transposées dans les ordres juridiques de cultures juridiques latines, notamment en droit français sous l'appellation des contrats globaux, illustrent la voie ouverte pour la participation du secteur privé dans la réalisation des grands projets sur le domaine public⁴.

L'accent est mis pour le développement des infrastructures, sur le partenariat public privé⁵, pour transférer une part des risques financiers aux opérateurs privés, et libérer ainsi les collectivités publiques des déficits budgétaires.

2.La libéralisation des services publics :

¹ Hélène SAUGEZ , L'affectation des biens à l'utilité publique. Contribution à la théorie générale du domaine public ,op cit p 298

² Voir V J DENOYER, L'exploitation du domaine public ,Bibl DP ,1976 ,P5

³ - L'arrêt Société d'Affichage Giraudy du 2 mai 1969 AJDA 1970, p. 110, note André de Laubadère.

⁴ Voir sur ces contrats Philippe TERNEYRE, « Les montages contractuels complexes », AJDA, année 1994 ,p 43 et s

⁵ Voir Promotion des partenariats publics privés africains auprès des investisseurs, guide des préparations des projets, banque mondiale année 2009

La libéralisation des services publics notamment les services en réseaux exige la garantie d'un accès équitable des opérateurs aux ressources essentielles¹. Le secteur de télécommunications est l'exemple d'un secteur ouvert à la concurrence, avec le maintien du monopole de l'Etat sur le domaine public du spectre² des fréquences radioélectriques³. Le remède à cette situation monopolistique est la reconnaissance d'un droit d'accès à ce domaine ainsi qu'aux infrastructures essentielles.

Dans le secteur du transport ferroviaire, la remise en cause du monopole, et l'introduction de la concurrence s'accompagnent d'une ouverture des infrastructures ferroviaires⁴ « gars terrains d'emprise - infrastructure de la voie ferrée - ouvrage d'art - passage à niveau..... », Composantes du domaine public industriel aux opérateurs privés.

C. Les modes d'occupation privatives du domaine public :

L'idée d'affectation est le fondement de la domanialité public et tout le régime juridique de celui-ci s'y inspire, et s'oriente vers sa satisfaction. Ainsi, on distingue entre un usage conforme à l'affectation du domaine public, et un usage simplement compatible avec l'affectation de ce domaine.

Le décret 12-427⁵ utilise ce critère pour une distinction entre les deux modes de d'usage, en disposant dans son article 59 alinéa 2 que « l'usage du domaine public sera considéré comme normal ou anormal selon la conformité et compatibilité de l'utilisation domaniale au regard de la destination qui lui est destinée ». Le décret ne fait en fait que réaffirmer les dispositions de l'article 64 alinéa 04 de la loi domaniale, qui précise que l'utilisation

¹ Jean Philippe COLLESEN , droit public économique, 5eme ed ,LDGJ , p208

² - Fondation du droit continental, le système français de l'assimilation de l'exploitation du domaine public hertzien rapport mai 2010,p 08 .Disponible sur le site http://www.fondation-droitcontinental.org/fr/wp-content/uploads/2014/01/rapport_mai_2010.pdf.

³ - L'article 24 de la loi 2000-03 du 05 aout fixant l&es règles générales de postes et des télécommunications

⁴ Laure Gautier, L'accès des tiers au réseau ferroviaire français, AJDA,2003, p 1441

⁵ - Décret exécutif n° 12-427 fixant les conditions et modalités d'administration et de gestion des biens du domaine public et du domaine privé de l.Etat , journal officiel n 69 année 2012.

privative est dite normale lorsqu'elle répond à la destination même de la dépendance domaniale.

1 - Le régime d'utilisation privative normale :

L'utilisation privative du domaine public, est dite normale lorsque l'affectation à l'usage direct du public suppose une utilisation privative, et non pas collective et anonyme. Il s'agit selon l'article 77 le décret 12-427 de trois occupations :- occupations d'emplacements de la voirie urbaine, - les occupations d'emplacements dans les halles, marchés- les concessions de sépulture.

Ce type d'utilisation est marqué, par les traits de l'occupation privée conjugués avec ceux relevant l'occupation normale. Ainsi le décret 12-427 présente l'occupation privative normale¹ :

Le caractère d'occupation privé est avéré par : l'exigence d'une autorisation administrative préalable, sous forme unilatérale pour les occupations d'emplacements de la voirie urbaine, ou contractuelle pour les occupations d'emplacements dans les halles, marchés, et les concessions de sépulture.

L'occupation exige le paiement d'une redevance sauf les cas prévus par la loi. Ces deux exigences sont communes à toute occupation privative qui suppose une utilisation individualisée.

Tandis que le caractère normal est attesté par : - le droit acquis des usagers à occuper normalement les dépendances affectées à leurs usages privatifs dans la limite des places disponibles². Ce trait contraste avec le caractère précaire qui marque les occupations privatives simplement compatibles avec l'affectation.

-Le dessaisissement de l'administration de son pouvoir discrétionnaire pour l'octroi de l'autorisation, puisque elle ne peut le refuser que pour un motif de police, une meilleure utilisation du domaine ou pour respecter un ordre de priorité.

¹ L'article 77 du décret n12-427 .

² - En jurisprudence administrative l'égalité des usagers devant le domaine public est relative dans le cas de l'occupation privative du domaine public Conc Mosset s CE 2 novembre 1956 Biberon , Rec Lebon ,P403.

- En ce qui concerne la situation des occupants privés, ils jouissent d'une certaine stabilité de leur occupation qui ne peut être remise en cause, qu'en cas de désaffectation globale. Dans ce cas, les autorisations sont retirées à l'exception des concessions funéraires. En outre, l'alinéa 06 de l'article 77 du décret 12-427 dispose que la suppression ou le déplacement ouvre le droit au profit des occupants normaux des halles et marchés à indemnité, priorité à l'attribution de nouvel emplacement et à la possibilité de présenter un successeur.

2 - Le régime d'utilisation privative anormale :

A côté de l'usage conforme à l'affectation du domaine public il y a un autre usage simplement compatible avec cette affectation. Il est anormal parce que le bien public est utilisé « de manière privative, non conforme à sa destination »¹. Il en résulte une exclusion de l'utilisation collective.

Cet usage comme on le verra, s'effectuera soit par le biais d'un acte unilatéral soit par une concession. Et dans les deux cas il est question de deux éléments :

- C'est une occupation privative. Elle obéit donc aux principes relatifs à cette occupation et dont le décret 12-427 reprend. Il s'agit d'une occupation précaire – contre une redevance – elle nécessite un titre.

- C'est une utilisation compatible avec l'affectation, ce qui explique son caractère précaire et la situation fragile des occupants à l'égard desquels l'administration possède des pouvoirs très étendus et ce, contrairement à l'occupation privative normale. Cependant leur situation a été confortée par l'adoption de la loi domaniale qui leur reconnaît des droits réels sur les ouvrages qu'ils construisent sur les dépendances du domaine public.

a- L'occupation privative en vertu d'un acte administratif unilatéral :

L'occupation se réalise ici par la délivrance de deux types d'autorisation, le permis de stationnement et la permission de voirie. Les deux autorisations sont dominées par les principes de l'occupation privative. Elles se distinguent cependant par les droits qu'elles procurent. Alors que le permis de stationnement n'implique pas une emprise sur le sol, la permission de voirie implique cette emprise, et peut en conséquence donner le droit à son

¹ Tahar. KHALFOUNE, Le domaine public en droit algérien : réalité ou fiction, l'harmattan, 2005.

titulaire à effectuer des constructions sur le domaine public et de bénéficier de droits réels sur ces biens¹.

De ce fait, la permission de voirie peut être accompagnée par des obligations d'intérêt public en faveur du développement des infrastructures des collectivités publiques. C'est dans ce sens que le décret 12-427 dispose que l'autorisation peut prévoir la réalisation sur la dépendance domaniale, d'ouvrages ,construction et installations de toutes nature destinée au public usager ou à une mission d'intérêt général². En revanche la permission de stationnement n'est accompagnée que par des obligations relatives à la protection du domaine public ou de la police de circulation³. D'ailleurs le permis de stationnement n'est sollicité que pour des occupations temporaires en vue d'effectuer, par exemple, un ravalement de façade ou de dépôt de matériaux .

Les autorités qui délivrent ces autorisations sont, en revanche les mêmes. Il s'agit du président de l'assemblée populaire communal, et du wali .Ceux ci agissent comme autorités chargées de la police de circulation pour la délivrance du permis de stationnement et comme autorités chargées du domaine public concernant la permission de voirie⁴.

Enfin tel toutes les occupation privatives du domaine public les deux autorisations sont précaires et leur retrait avant terme ne donne pas lieu en principe à une indemnisation, sauf que l'article 74 du décret 12-427 apporte quelques exceptions à cette règle : « le cas où le retrait est motivé par des travaux publics effectués dans un intérêt autre que celui du domaine public occupé, ou dans un but d'embellissement de la voirie ou de modification de l'axe de la voie publique existante, ou lorsque en raison de la durée initiale de la permission, les investissements faits pour des canalisations d'eau, d'électricité, de gaz, de lignes de télécommunication, sont amortissables sur une longue période, le retrait avant terme peut donner lieu à indemnisation du bénéficiaire évincé ».

b L'occupation privative à caractère contractuel :

A l'instar de la permission de voirie, l'occupation privative contractuelle ou en d'autres termes la concession d'utilisation du domaine public, peut s'accompagner d'une mission

¹ L'article 64 de la loi domaniale .

² Alinéa 03 de l'article 72 du décret 12-427

³ - CE 30 janv 1914 ,Marignard ,Rec Lebon p 110.

⁴ Les articles 71 et 72 du décret 12-427

d'intérêt général et peut être aussi assortie d'une mission de service public. Dans ce dernier cas, on se retrouve devant une concession de service public. L'occupation peut également intervenir sans référence au service public ou à une mission d'intérêt général.

Les deux applications sont prévues dans la définition donnée de la concession domaniale par la loi domaniale modifiée et complétée. Son article 64 bis de la loi domaniale définit cette concession comme « l'acte par lequel l'autorité concédante, confie, sous la forme d'un contrat, à une personne morale ou physique, dite concessionnaire, le droit d'exploiter une dépendance du domaine public naturel ou le droit de financer, de construire et/ou d'exploiter un ouvrage public dans le but de service public, pendant une période déterminée, à l'issue de laquelle l'ouvrage ou l'équipement faisant l'objet de la concession revient à l'autorité concédante ».

La concession domaniale conférant une mission de service public, connaît une consécration dans d'autres textes. Dans le secteur de l'eau, les activités gestion d'eau et d'assainissement peuvent être déléguées à des personnes privées présentant des qualifications professionnelles et des garanties financières. La mission dévolue, peut consister en la construction d'infrastructures hydrauliques ou leur réhabilitation ainsi que leur exploitation dans le cadre d'opérations de partenariat incluant la conception des projets et le financement des investissements y afférents.¹

Dans le secteur de l'électricité et du gaz, l'article 02 de la loi 02-01 définit la concession comme le « droit accordé par l'Etat à un opérateur pour exploiter et développer un réseau d'un territoire délimité et pour une durée déterminée en vue de la vente de l'électricité ou du gaz distribué par canalisation ».

Le développement des contrats de concession de services public contribue ainsi au développement des occupations privatives du domaine public. Surtout dans le cadre de la libéralisation des services publics et la remise en cause des monopoles publics. Et aussi après la libération de l'action des collectivités locales, notamment les communes qui peuvent choisir librement le mode de gestion qui leur convient. Elles ne sont plus soumises au contrôle de tutelle, et ne sont pas tenues de prouver qu'elles ne pourraient pas gérer leurs services en régie ou en établissement public.²

¹ Les articles 104 et 106 de la loi 05-12 relative à l'eau ,journal officiel n60, année 2005

² Voir l'article 156 de la loi 11-10 relative à la commune

Quant aux caractères de l'occupation contractuelle, c'est une occupation précaire et révocable pour un motif d'intérêt général, tel les occupations privatives non contractuelles. Toutefois, le concessionnaire bénéficie d'un droit d'indemnisation lorsque l'administration modifie ou révoque le contrat d'occupation avant l'expiration du délai convenu, sauf dans le cas d'inobservation des clauses contractuelles par l'occupant ¹.

Par ailleurs, l'occupation acquiert une stabilité dans le cadre de certaines concessions tel le contrat de concession de distribution de l'électricité et du gaz. En effet, selon l'article 12 du décret 08-114 ² le retrait de la concession avant son terme par le ministre chargé de l'énergie peut se réaliser dans des cas déterminés et non pas sur n'importe quel motif. Les cas de retrait de la concession sont :

- Le non respect du cahier de charge par le concessionnaire après une mise en demeure.
- Le non respect des dispositions législatives et réglementaires en vigueur.
- La condamnation du concessionnaire lui interdisant de poursuivre ses activités ou - fait l'objet d'une dissolution ou une procédure de liquidation judiciaire ne permettant pas d'honorer ses engagements ou lui interdisant de souscrire de nouveau.

Enfin, il convient de souligner que la durée de la concession domaniale est longue, « 65 ans » suffisamment pour permettre au concessionnaire d'amortir ses investissements. Elle peut être renouvelée dans les mêmes conditions que son octroi ³.

II - La reconnaissance de droits réels administratifs :

La reconnaissance des droits réels administratifs aux occupants privés du domaine public, a suscité un débat doctrinal très vif **A**. Elle n'a été résolue, qu'après les réformes législatives de la domanialité publique reconnaissant sans équivoque des droits réels à l'occupation privée **B**. Désormais, le domaine public peut être exploité économiquement par l'investissement privé selon un régime conciliant l'affectation avec les droits des occupants privatifs **C**.

A. Le débat doctrinal sur la question des droits réels administratifs

¹ Article 76 du décret 12 -427, décret précité

² Décret exécutif n 08-114 fixant les modalités d'attribution et de retrait de concession de distribution de l'électricité et du gaz et le cahier de charge relatif aux droits et obligations du concessionnaire, du 09 avril 2008, JORAP n20 du 13 avril 2008

³ L'article 75 du décret 12 -427

La théorie dite des droits réels administratifs représente une alternative, entre la négation de la propriété domaniale, et son assimilation à la propriété privée. La doctrine civiliste est la première à reconnaître que le domaine public peut être grevé de droits réels compatibles avec son affectation. Selon Huc, « rien ne s'oppose à ce que des droits réels perpétuels grevent le domaine public lorsqu'ils sont conformes à la destination de ce domaine ». ¹

Planioi considère que les concessions sur le domaine public se rapprochent des droits réels. Cependant, c'est en doctrine administrative notamment chez Hauriot, que la théorie va connaître une consécration et un approfondissement. L'auteur a refusé au début de reconnaître un droit réel au profit du concessionnaire, et l'a ensuite reconnu vis-à-vis des tiers ². Et enfin l'imminent auteur a fini par reconnaître que l'occupant domanial bénéficie d'un droit spécial différent des droits réels civils. Il déclare qu'« on s'est aperçu qu'il existait des droits réels spécialement administratifs dont on ne saurait dire si 'ils sont des démembrements de la propriété, parce qu'en principe ils ne sont pas dans le commerce du moins d'une façon séparée mais qui produisent des utilités et qui étant révocables ou résolubles en argent sont compatibles avec la domanialité publique » ³

L'idée de Hauriou a été soutenue par une jurisprudence reconnaissant aux concessionnaires des actions possessoires, et des indemnités pour dommages de travaux publics. Les disciples du maître de Toulouse ont développé son idée. Ainsi pour Renard, Albert Janasse un droit réel de nature administrative est marqué par une stabilité relative par rapport aux droits réels civils ⁴

Il est primordial de noter que la question des droits réels administratifs, ne s'est pas posée seulement par rapport aux occupations privatives du domaine public, elle concerne également l'usage collectif de ce domaine.

A l'opposé du courant favorable à l'institution des droits réels administratifs, un courant doctrinal opposable à ces droits, constitué de quelques adeptes de la propriété publique, et du courant positif. Pour ces derniers, l'absence du droit au maintien ou au renouvellement

¹ - Voir par ex Huc T commentaire théorique et pratique du code civil, Paris, collition 1893 T vi.

² - Précis 3 éd 1897 p674.

³ Cité par Philippe Yolka, La propriété publique, p313

⁴ - Cours élémentaires du droit public Paris Sirey 1922 P 167 note Alibert précit au s1930 iii 1 p 4 Th Janasse speci.

des titres d'occupation, ainsi que l'inapplication des règles de droit commercial régissant la relation entre le propriétaire et l'occupant du fond empêchent la reconnaissance d'un droit réel. Pour l'école de Bordeaux, la propriété publique n'existe pas, et en conséquence la domanialité publique ne peut donner naissance à des droits réels. L'utilisation du domaine est définie comme étant une situation légale et réglementaire ¹

B. la reconnaissance législative des droits réels administratifs

Cependant la sécurisation des occupants privatifs allait en faveur d'une reconnaissance de droits réels administratifs, car comme l'indique un auteur « la sécurité économique du domaine requiert la sécurité juridique de ses utilisateurs »². C'est donc, dans l'objectif d'octroyer plus de sécurité juridique, qu'il fallait envisager la question de ces droits afin d'encourager une valorisation du domaine public.

Mais la sécurisation de l'occupation privative entre en conflit avec le principe de l'inaliénabilité qui reste toujours affirmé. La loi domaniale 90-30 l'annonce dans son article 04 qui dispose que le domaine public est inaliénable et imprescriptible et insaisissable. Le caractère inaliénable du domaine s'opposait en droit français avant la réforme législative à la constitution de droits réels sur ce domaine, d'ailleurs comme l'a souligné R CHAPUS permettre ces droits tels l'usufruit, d'emphytéose ou de servitudes équivaut un démembrement de droit de la propriété qui conduit à une aliénation partielle³. Le conseil d'Etat français considérait aussi que l'insertion de clauses conférant des droits réels sur un terrain appartenant à la collectivité locale et lié aux besoins de service public entachait le contrat de nullité⁴

On déplaçant le débat à un niveau supérieur c'est-à-dire au niveau constitutionnel, on peut se demander si le principe n'a pas une valeur constitutionnelle, qui lui donne une immunité contre des dérogations législatives. En droit français où la domanialité a vu le jour la question de la constitutionnalité a été posée, lors de la saisine du conseil constitutionnel à

¹ Rolland (L) Précis du droit administratif, Dalloz 10eme éditions, 1951, p 476

² Jacqueline MORAND-DEVILLER, La valorisation économique du patrimoine public, in L'unité du droit, Mélanges Drago, 1996, p. 274

³ René Chapus, Droit administratif général, t. 2, 6e éd., n° 448

⁴ CE, 6 mai 1985, Assoc. Eurolat Crédit Foncier de France, Lebon, p. 141 ; RFD adm. 1986.21, concl. Genevois ; AJDA 1985.620, note Fatôme et Moreau ; RD sanit. soc. 1986.296, note Alfandari ; Petites affiches 23 oct. 1985, p. 4 note Lorens).

propos de la loi 25 juillet 1994 permettant la constitution de droits réels sur certains domaines publics. Le grief soulevé, par les députés requérants contre le texte consistait dans l'atteinte au principe de l'inaliénabilité¹.

Saisissant l'occasion, le conseil constitutionnel a refusé le caractère constitutionnel au principe de l'inaliénabilité, en considérant que celui-ci ne se rattache ni à la constitution de 1958, ni le préambule de la constitution de 1946, ni la déclaration de 1789, aussi il n'est pas rattachable aux lois de la république.

La non intégration de l'inaliénabilité au bloc de constitutionnalité en droit français, ne signifie pas un désintérêt du conseil constitutionnel à l'égard de toute protection de la domanialité puisqu'il s'oppose à ce que des biens qui constituent ce domaine, soient aliénés sans qu'ils aient été au préalable déclassés². En outre, le domaine public bénéficie d'une autre protection constitutionnelle celle prévue pour la propriété publique, selon laquelle un patrimoine public ne peut être cédé à un vil prix³.

En droit algérien, aucune règle constitutionnelle ne consacre l'inaliénabilité. La constitution se contente d'affirmer la propriété publique sur quelques biens compte tenu de leur importance pour la nation⁴. En outre, elle maintient la distinction entre domaine public et privé.

Par ailleurs, même si l'aliénabilité n'a pas bénéficié d'une consécration constitutionnelle, elle se justifie tout de même par l'affectation du domaine public à une utilité publique.

¹ Décision n° 94-346 DC du 21 juillet 1994. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1994/94-346-dc/decision-n-94-346-dc-du-21-juillet-1994.10570.html>

² Décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986 <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1986/86-217-dc/decision-n-86-217-dc-du-18-septembre-1986.8289.html>.

³ Cons. const. DC n° 86-207 du 26 juin 1986 *relative à la loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*

⁴ L'article 17 de la constitution de 1996 qui dispose que «La propriété publique est un bien de la collectivité nationale Elle comprend le sous-sol, les mines et les carrières, les sources naturelles d'énergie, les richesses minérales, naturelles et vivantes des différentes zones du domaine maritime national, les eaux et les forêts Elle comprend le sous-sol, les mines et les carrières, les sources naturelles d'énergie, les richesses minérales, naturelles et vivantes des différentes zones du domaine maritime national, les eaux et les forêts »

L'accomplissement de cette mission d'utilité publique nécessite une protection. Quoique que dans d'autres systèmes juridiques, l'affectation d'une dépendance au public est assurée même en dehors de la règle de l'inaliénabilité. En Angleterre, les choses publiques peuvent être vendues à des particuliers, mais toute en sauvegardant leur destination au public¹.

L'immunité du domaine public a été contournée en droit français par une réforme proposée par le conseil d'Etat. La loi 88-13 de l'amélioration de la décentralisation a apporté une dérogation au principe de l'inaliénabilité en autorisant les collectivités locales et leurs établissements public à consentir sur leur domaine public des beaux emphytéotiques octroyant des droits réels sur le fondement de l'article 451-1 en vue de l'accomplissement d'une mission d'intérêt général². Cependant la réforme s'est avérée timide puisque d'une part elle ne s'étendait pas au domaine public soumis au régime de contravention, et d'une autre part les droits réels ne sont pas cessibles et ne pouvaient être hypothéqués qu'avec l'agrément de la personne publique.

Devant l'insuffisance de la réforme apportée par la loi 88-13, une réforme plus profonde était nécessaire. Elle s'est réalisée par la loi du 25/07/1994 qui permet désormais la constitution de droits réels sur le domaine public de l'Etat et des collectivités locales. En vertu de cette loi le titulaire d'un titre d'occupation du domaine bénéficie d'un droit réel sur les immeubles qu'il construit. Ce droit peut être cédé ou aliéné dans le respect d'affectation, et sous réserve de l'acceptation du maître du domaine.

En outre, l'occupant peut constituer des hypothèques pour obtenir le financement de la réalisation ou d'extension des ouvrages construits sur les dépendances du domaine public. Il peut également recourir au crédit bail, sauf qu'il ne peut recourir pour les deux opérations financière que pour le financement des ouvrages affectés au service public ou à l'usage du public³.

En droit algérien, la réforme de la domanialité publique est intervenue en 2008 par l'amendement de la loi domaniale⁴. L'un des principes fondamentaux avant cet amendement,

¹ Ibid ,128

² https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=ACD276A3EF0FEECF7AF42033CA656CE4.tpdjo03v_1?cidTexte=JORFTEXT000000875418&dateTexte=19960223

³ <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000183763>

⁴ La loi 08 -14 modifiant la loi 90-30 portant la loi domaniale précitée .

est remis en cause. Il s'agit de l'immunité du domaine public contre l'appropriation privée et la constitution de droits patrimoniaux.

L'alinéa 02 de l'article 12 de la loi 90-30 portant cette interdiction a été supprimée, pour permettre l'octroi de droits réels aux occupants privés. Ainsi, tout en réaffirmant le principe l'inaliénabilité, le législateur lui atténue sa rigueur en permettant de tels droits.

La reconnaissance législative par cet amendement est sans équivoque. L'article 69 bis de la loi domaniale ajouté par la loi 08-14 dispose que « le titulaire, par acte par ou convention de toute nature, d'une autorisation d'occupation privative du domaine public, a, sauf prescription contraire de son titre, un droit réel sur les ouvrages, constructions et installations de nature immobilière qu'il réalise pour l'exercice d'une activité autorisée par ce titre ». Donc, il n'y a aucun doute que l'occupant privé est considéré comme propriétaire des ouvrages, constructions, installations qu'il réalise. Le droit réel confère au titulaire de l'autorisation d'occupation privative, toutes les prérogatives et obligations du propriétaire.

La propriété dont jouit l'occupant privé est confirmée aussi par le fait que ces biens devront revenir de plein droit et gratuitement la propriété de la collectivité publique dont dépend le domaine public concerné ¹.

Pour une partie de la doctrine cette propriété ne s'étend pas à l'assiette des constructions c'est-à-dire au domaine public. Elle adopte ainsi une lecture limitative des droits réels pour sauvegarder le principe de l'inaliénabilité. Donc aucun droit réel n'est reconnu sur les dépendances publiques².

La dissociation entre les biens immobiliers et le domaine qui leur sert de support est écartée parce qu'il ne s'agit pas d'un seul droit réel, mais bien au contraire de deux droits réels, l'un sur les ouvrages et l'autre sur leur assiette.

Un autre argument peut être avancé en faveur de non dissociation, c'est celui tiré de la suppression de l'alinéa 02 de l'article 12 interdisant que le domaine public soit l'objet d'appropriation privée ou de droit patrimoniaux. Cette suppression signifie que de tels droits seront possibles et compatibles avec l'affectation .

¹ Article 69 sexies de la loi domaniale.

² Philippe YOLKA ,La propriété publique, op cit, p369.

Par ailleurs, il ne faut pas confondre le droit réel exercé sur les ouvrages qui s'apparente à un droit civil avec le droit de l'occupant sur le domaine public considéré comme un droit réel administratif qui reste dominé par le caractère précaire de l'occupation .

C. La mise en œuvre des droits réels

La démarche du législateur algérien concilie la nécessité de sauvegarder l'intégrité du domaine public, et son affectation avec l'objectif de valorisation du domaine public. A ce titre, la réforme de la domanialité publique sauvegarde le caractère précaire caractérisant l'occupation privée du domaine public, tout en donnant plus de sécurité et de privilèges à l'occupant privé du domaine public.

La loi domaniale, a posé les conditions de la naissance des droits réels au profit des occupants privés, et a déterminé les effets qui en découlent.

1 La naissance du droit réel

Il est nécessaire pour constitution de droits réels sur le domaine public d'obtenir un titre d'occupation quelque soit sa nature contractuelle ou non. Le nouvel article 69 bis de la loi domaniale ne fait pas de distinction entre les modes d'occupation privative, mais on peut en déduire que le titre doit impliquer une emprise sur le sol , ce qui exclu la permission de stationnement.

Il est également exigé, que le titre prévoie la réalisation d'ouvrages ou de construction. Cette condition est posée par l'article 69 bis sans être associée avec une mission d'intérêt général ou de service public. Par ailleurs, le décret 12-427 prévoit la possibilité de cette mission pour les deux types d'autorisation contractuelle ou non.

Concernant la permission de voirie, l'alinéa 3 de l'article 72 du décret subordonne la constitution de droits réels à ce que les constructions soient destinées au public usager ou à une mission d'intérêt général. De même, pour l'occupation privative en vertu d'un titre contractuel, les droits réels sont reconnus si le titre comporte une convention de concession de service public ou une mission d'intérêt public.

Pour que le titre d'occupation confère des droits réels il n'est pas nécessaire de les prévoir expressément, mais il peut en revanche les écarter par une disposition expresse.

Cependant, concernant les ouvrages, constructions et installations de nature immobilière, dont la réalisation envisagée est nécessaire à la continuité du service public auquel est affecté

le domaine public concerné, ils ne peuvent être l'objet de droits réels que sur décision de la collectivité dont dépend la dépendance concernée¹.

Il faut noter que les dispositions relatives à la constitution de droits réels sont écartées par l'article 69 septies du : -domaine public maritime naturel –domaine public hydraulique naturel – domaine public forestier

2 Les effets des droits réels

Ces droits conférant les prérogatives du propriétaire à l'occupant privé sont assurés d'abord par son droit de les céder. C'est ce que consacre l'article 69 quater sous condition d'agrément par l'autorité compétente et sous réserve d'une utilisation compatible avec l'affectation. Cette cession s'effectue entre vifs ou de fusion, absorption ou scission de sociétés, pour la durée de validité du titre restant à courir

La transmission des droits réels peut intervenir en cas de décès au bénéficiaire désigné par les héritiers sous réserve qu'il soit présenté à l'agrément de l'autorité compétente dans un délai de 6 mois à compter du décès et sous condition du respect de l'affectation .

L'autre garantie des droits réels est le droit de l'occupant d'hypothéquer les droits et les ouvrages pour financer la réalisation, la modification ou l'extension desdits biens situés sur la dépendance domaniale occupée. Par conséquent, les créanciers dont les créances ne proviennent du financement de lesdits projets ne peuvent pas pratiquer des mesures conservatoires ou des mesures d'exécution forcée².

Par la condition que l'hypothèque doit servir le fond domaniale concerné, le législateur encadre les effets de droit réel dans l'intérêt du domaine public .D'ailleurs, si le législateur a permis la constitution de ces droits c'est dans l'objectif de valorisation du domaine public.

La conciliation des droits réels administratifs sur le domaine public avec l'inaliénabilité de celui-ci, et son affectation exige que ce soient adoptées certaines précautions. Ces précautions sont la sauvegarde du caractère précaire de l'occupation -le contrôle de l'administration et la durée limitée de l'occupation :

Comme nous l'avons déjà signalé, quelque soit l'occupation privative du domaine public elle restera toujours précaire. C'est-à-dire, qu'elle est révocable pour un motif d'intérêt général.

¹ Article 69 ter de la loi domaniale .

² L'article 69 quinquies de la loi domaniale

Cependant se pose le problème de l'indemnisation de l'occupant des constructions qu'il a effectuées en cas de fin anticipée de l'occupation .L'article 69 sexies de la loi domaniale reconnaît cette indemnisation « en cas de retrait de l'autorisation avant le terme prévu, pour un motif autre que l'inexécution de ses clauses et conditions, le titulaire est indemnisé du préjudice direct, matériel et certain né de l'éviction anticipée ». Les règles de fixation de l'indemnité sont laissées au titre d'occupation

L'autre précaution est la limitation de la durée des droits réels Cette durée est celle du titre de l'occupation, qui ne peut excéder 65 ans et qui est fixée en fonction de la nature de l'activité et celles des ouvrages autorisés¹.

-Le contrôle de l'administration accompagnant la mise en œuvre de l'occupation privative est un moyen important pour contrôler l'usage des droits réels. En effet, au cours de la validité de l'occupation, l'administration dispose du pouvoir de contrôle envers l'occupant, pour s'assurer de la bonne exécution des clauses du titre

Outre le contrôle permanent qu'exerce l'administration la loi domaniale a organisé d'autres contrôles à l'occasion de la cession des droits réels ou leur transmission lors du décès de la personne physique titulaire du titre².

Conclusion

L'occupation privative sauvegarde ses caractéristiques principales tout en évoluant vers plus de sécurité juridique des occupants privés. Cette évolution est due principalement à la nécessité de mettre en valeur les dépendances publiques, et dépasser la conception d'un domaine public improductif.

Le rôle des acteurs privés dans le cadre des nouvelles dispositions législatives, peut contribuer au développement des infrastructures destinées aux services publics ou à des projets d'intérêt général mais tout dépend de la confiance des acteurs publics et privés dans la technique de l'occupation privative constitutif de droits réels

¹ Ibid

² Article 69 quater de la loi domaniale .