

# مجلة الدراسات حول فعلية القاعدة القانونية

مجلة سداسية متخصصة محكمة

المجلد 02، عدد 01-2018

الناشر:

مخبر البحث حول فعلية القاعدة القانونية

جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية

قطب ابوداو طريق تيشي بجاية

البريد الإلكتروني: [revue.larenj@gmail.com](mailto:revue.larenj@gmail.com)

الهاتف/ فاكس: 034 /81/68/34

رد م د: 2602-7380

الإيداع القانوني: ديسمبر 2017

مجلة الدراسات حول فعالية القاعدة القانونية  
مجلة سداسية تصدر عن مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية  
جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية

هيئة التحرير

مدير النشر: الأستاذ الدكتور خلفي عبد الرحمن، مدير مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية، جامعة بجاية.  
رئيس التحرير: الدكتور صايش عبد المالك، أستاذ محاضر "أ"، جامعة بجاية.  
مساعد رئيس التحرير: الدكتور معزيز عبد السلام، أستاذ محاضر "أ"، جامعة بجاية.

المراجعة اللغوية

- الدكتور بطاطاش أحمد (اللغة العربية)
- الدكتورة بن عبيد سندرا (اللغة الفرنسية)
- الدكتور غازي فروق (اللغة الانجليزية)

أمانة المجلة

- عوف السعدي
- بن هلال ندير
- أسياخ سمير

اللجنة العلمية الاستشارية للمجلة

- الأستاذ الدكتور زوايميه رشيد، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الأستاذ الدكتور صدام فيصل كوكز المحمدي، جامعة الأنبار، العراق.
- الأستاذ الدكتور عمران أحمد، جامعة جندوبة، تونس.
- الأستاذ الدكتور محمد حسن القاسمي- جامعة الامارات العربية المتحدة.
- الأستاذ الدكتور خوري عمر- جامعة صقاريا تركيا.
- الأستاذ الدكتور فليب ديلباك، جامعة السربون، باريس 1 فرنسا.
- الأستاذ الدكتور بودريوه عبد الكريم، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الأستاذ الدكتور أيت منصور كمال، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الأستاذة الدكتورة إرزيل الكاهنة، جامعة مولو معمري، تيزي وزو.
- الأستاذ الدكتور أحمد محمود المساعدة، جامعة المجمع، المملكة العربية السعودية.
- الأستاذ الدكتور حسن زرداني، جامعة القاضي عياض مراكش، المغرب.
- الأستاذ الدكتور خلفي عبد الرحمان، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الدكتور صايش عبد المالك، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الدكتور عيساوي عزالدين، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الدكتور عمراني مراد، جامعة باجي مختار، عنابة.
- الدكتور عسالي عبد الكريم، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الدكتور سعدي حيدرة، جامعة العربي التبسي، تبسة، الجزائر.
- الدكتور قبايلي طيب، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الدكتور عمر بن سعيد، المركز الجامعي بركة، الجزائر.
- الدكتور اليزيد علي، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي.
- الدكتور غازي فروق، جامعة باجي مختار، عنابة.
- الدكتور بري نور الدين، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الدكتور طباش عز الدين، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الدكتور معيفي لعزیز، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الدكتور معزیز عبد السلام، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- الدكتورة بليمان يمينة، جامعة قسنطينة 02.
- الدكتور موكه عبد الكريم، جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل.
- الدكتورة حجاج مليكة، جامعة زيان عاشور الجلفة.

مجلة الدراسات حول فعالية القاعدة القانونية  
مجلة سداسية تصدر عن مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية  
جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية

## مقاييس النشر

يُمكن المشاركة بمقالات باللغات الثلاث (العربية، الفرنسية، الانجليزية) مع وجوب إرفاق عنوان المقال، الملخّص، والكلمات الدالة باللغات الثلاث .

تُعرض المقالات على لجنة التحرير بغرض المعاينة التقنية للنظر في مدى مطابقتها لمعايير النشر، ثم تعرض للتحكيم على محكمين على الأقل من أعضاء اللجنة العلمية للمجلة. ويلتزم الباحث بمراعاة المقاييس التالية:

المعلومات الخاصة بأصحاب المقالات: يذكر صاحب المقال الاسم واللقب والرتبة العلمية أو مؤهلاته المهنية يكتبها باللغة العربية والفرنسية، مع وجوب إفادتنا ب: سيرة ذاتية مؤشرا عليها من طرف الهيئة المستخدمة، أو شهادة عمل مصورة بالنسبة للأساتذة وشهادة مدرسية مصورة بالنسبة للطلبة.

الهوامش: يكون ترقيم الهوامش متسلسلا من بداية المقال إلى نهايته وتدوّن في نهاية المقال مع باستعمال الإدخال الاتوماتيكي (Insertion Automatique).

المراجع: تُذكر المراجع في الهوامش حسب الطرق المعتادة وعلى النحو التالي:

- الكتب: المؤلف، العنوان، دار النشر، السنة، الصفحة (ص).

- المقالات: المؤلف، العنوان، المجلة، المجلد، العدد، السنة، الصفحة (ص).

- أشغال الملتقيات: إسم ولقب الباحث، عنوان المداخلة، التعريف بالملتقى، المكان، التاريخ، الصفحة.

المظهر: يجب ألا يتجاوز المقال 20 صفحة.

تُطبع المقالات بخط Sakkal Majalla حجم 20 للمضمون و16 بالنسبة للهوامش بالنسبة للعربية، بخط Times New Roman حجم 14 للمضمون و12 للهوامش بالنسبة للغة الأجنبية، الفراغ بين الأسطر 1سم (Interligne) .

تُرسل المقالات أو تودع في نسختين ورقيتين مصحوبة بنسخة محفوظة في قرص مرن (CD) إلى العنوان التالي مكتب تحرير المجلة الأكاديمية للبحث القانوني لكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الرحمن ميرة، قطب ابوداو طريق تيشي بجاية، أو عن طريق البريد الإلكتروني إلى العنوان التالي:

البريد الإلكتروني: [revue.larenj@gmail.com](mailto:revue.larenj@gmail.com)

الهاتف/ فاكس: 034 /81/68/34

يتحمّل أصحاب المقالات مسؤولية الآراء المعبر عنها في مقالاتهم

## كلمة رئيس التحرير

بعد صدور العدد الأول من مجلة الدراسات حول فعالية القاعدة القانونية في ديسمبر 2017، بمجموعة من المقالات القيمة في مواضيع مختلفة، يأتي العدد الثاني تكريسا لاستمرارية المجلة وتحقيقا لأهدافها العلمية. وكسابقه يحمل هذا العدد مقالات علمية تتناول مجالات متنوعة أغلبها تنصب على مواضيع الساعة، على غرار موضوع اللجوء الذي لا ينفك أن يكون محور النقاشات على طاولات المختصين والباحثين، وكذا ما حدث من تحول في النظام السياسي الجزائري في مجال الرقابة على دستورية القوانين وفي موضوع الانتخابات التي عدل قانونها ووضعت هيئة جديدة لضمان شفافيتها، فضلا عن ذلك تناولت أعمالا أخرى مثل المنازعات النقابية أمام المجلس الأوروبي، وبعض الدراسات شملت القانون الخاص فتناولت عنصر الثمن في عقود التجارة الدولية، وغل يد المدين كأثر لحكم الإفلاس، وأحكام اليتيم في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، ثم جمع قاضي الأحداث بين وظيفتي التحقيق والحكم. وهي كلها دراسات متنوعة وقيمة تعالج موضوعات قانونية جديدة بالدراسة والبحث.

رئيس تحرير المجلة

الدكتور صايش عبدالمالك

# الفهرس

صايش عبد المالك

07.....الأحكام العامة للانتخابات في اطار القانون العضوي 10/16.....

معيفي لعزير

24.....الضمانات الدستورية والقانونية لاستقلالية للمجلس الدستوري.....

موكه عبد الكريم

40 .....المقاربة القانونية لعنصر الثمن في عقود التجارة الدولية.....

اليازيد علي

56.....مستقبل نظام حماية اللاجئين في ظل القانون الدولي للاجئين.....

دحية عبد اللطيف، قززان مصطفى

75.....التمييز العنصري ضد المسلمين في الولايات المتحدة الأمريكية بعد أحداث 11 سبتمبر 2001.....

عمراني مراد

97.....غل يد المدين كأحد الآثار المالية لحكم شهر الإفلاس.....

عنان جمال الدين

116.....مدى قانونية جمع قاضي الأحداث بين وظيفتي التحقيق والحكم (دراسة مقارنة في التشريع الفرنسي والتشريعات المغربية).....

نوار شهرزاد

146.....مدى حرية دولة الملجأ في استقبال اللاجئين.....

غازي فاروق

159.....المنازعات ذات الطابع النقابي أمام المجلس الأوروبي.....

كرمي ريمة

170.....أحكام اليتيم في الشريعة الإسلامية وكفالاته وفقا للقانون الجزائري.....

عراش نورالدين

181.....الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات: أي فعالية في تحقيق النزاهة في العملية الانتخابية؟.....

## الأحكام العامة للانتخابات في اطار القانون العضوي 10/16\*

صايش عبد المالك<sup>(1)</sup>

(1) أستاذ محاضر "أ"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، عضو مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية، جامعة بجاية، بجاية، الجزائر.

### الملخص:

لقد كانت الانتخابات أحد المحاور الرئيسية التي اهتم بها المشرع الجزائري، فيظهر ذلك من خلال مختلف القوانين التي صاغها لتأطير العملية الانتخابية ولترقيتها أيضا، حتى يحقق بذلك مزيدا من الشفافية ويعطيها مصداقية أكثر وفعالية أكبر في ترسيخ معالم الديمقراطية، وبناء دولة تحترم فيها الإرادة الشعبية في اختيار ممثليها، وهذا الذي حاول المشرع الوصول إليه من خلال القانون الأخير المتعلق بالانتخابات وهو القانون العضوي رقم 10/16 الذي سنتطرق إلى أهم أحكامه من خلال هذه الدراسة.

### الكلمات المفتاحية:

الانتخابات، القانون العضوي، القوائم الانتخابية، نتائج الانتخابات.

\* تاريخ إرسال المقال 2018/04/01، تاريخ مراجعة المقال 2018/05/06، تاريخ نشر المقال 2018/07/31

## **The general provisions of elections in organic law 16/10**

### **Summary:**

Since the independence, the Algerian legislature has given big importance to the elections, through the various laws and amendments set up to improve and frame the electoral process, in order to achieve greater transparency and credibility, and to ensure greater transparency. Effectiveness in the consolidation of democratic practice in the country, these objectives and others have been addressed in Organic Law 16/10 relating to the electoral system, which we will address its general provisions in this work.

### **Keywords:**

Elections, organic law, elector lists, election results.

## **Dispositions générales des élections dans la loi organique 16/10**

### **Resumé :**

Depuis l'indépendance, le législateur algérien a accordé une grande importance aux élections, et ce à travers les différents textes et amendements apportés pour mieux encadrer ce processus, afin de parvenir à plus de transparence et de crédibilité et d'assurer plus d'efficacité dans la consolidation de la pratique démocratique dans le pays. Tels étaient les objectifs du législateur à travers la loi organique 16/10 relative au régime électoral, que nous essayerons de démontrer à travers ce travail.

### **Mots clés :**

Élections, loi organique, listes électorales, résultats des élections.

## مقدمة

تعتبر الانتخابات أحد الركائز التي تقوم عليها الديمقراطية النيابية التي تتلائم مع طبيعة الدولة الحديثة، بل وأيضا فاعلا محوريا في ترسيخها، بحيث يتم بواسطتها اختيار الأشخاص (الممثلين) الذين سيعهد لهم اتخاذ القرارات ورسم السياسة العامة في الدولة لتسيير شؤونها، كما تعتبر المعيار المحدد لشرعية ومشروعية السلطة القائمة أو عدمهما، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فهي وسيلة لتمكين المواطنين من ممارسة حقهم في تسيير الشؤون العامة باختيار ممثلين ينوبون عنهم بما يحقق شفافية أوسع في التسيير ومصداقية أكبر في اتخاذ القرارات، سواء على المستوى الوطني أو المحلي.

على ذلك أولى المشرع الجزائري أهمية بالغة - بل يمكن القول استثنائية - للانتخابات نظرا للدور الفعال الذي تلعبه في تسيير شؤون البلاد، ويتجلى ذلك من خلال مجموعة القوانين التي جسدها بداية بالمرسوم رقم 265/63<sup>1</sup> مرورا بالقانون رقم 08/80<sup>2</sup>، ثم القانون 13/89<sup>3</sup>، وبعده القانون العضوي 07/97<sup>4</sup> الذي ألغي بالقانون العضوي 01/12<sup>5</sup>، وهذا الأخير عدل بموجب القانون رقم 10/16<sup>6</sup>.

إن المتتبع للمسار الانتخابي في الجزائر يجد أن النظام الضابط للعلمية الانتخابية قد مرسته تعديلات عديدة، وعلى أساس غزارتها يثور الاشكال حول مضمون هذه التعديل الأخير، ما الذي جاء به القانون العضوي 10/16 من جديد؟ وما جدوى هذه التعديلات وأثرها على استقرار النظام الانتخابي بما يضمن بناء مؤسسات قوية وفعالة في أداء مهامها على غرار ما هو موجود في النظم الانتخابية المقارنة والديمقراطيات العريقة؟

<sup>1</sup> Décret n° 63-306 du 20 Aout 1963 portant code électoral, JORADP n° 58 du 20 aout 1963.

<sup>2</sup> قانون 08/80 الصادر في 25 أكتوبر 1980 المتضمن قانون الانتخابات، ج ر ج ج عدد 44، الصادر في 28 أكتوبر 1980.

<sup>3</sup> قانون 13/89 الصادر في 5 أوت 1989، المتضمن قانون الانتخابات، ج ر ج ج عدد 32، الصادر في 7 أوت 1989.

<sup>4</sup> أمر 07/97 المؤرخ في 6 مارس 1997، والمتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، ج ر ج ج عدد 12، الصادر في 7 مارس 1997.

<sup>5</sup> قانون عضوي رقم 01/12 مؤرخ في 12 جانفي 2012، المتعلق بنظام الانتخابات، ج ر ج ج عدد 01، الصادر في 14 جانفي 2012.

<sup>6</sup> قانون العضوي رقم 10/16 مؤرخ في 25 أوت 2016، المتعلق بنظام الانتخابات، ج ر ج ج عدد 50، الصادر في 28 أوت 2016.



### المبحث الأول: الأحكام العامة للانتخابات في التشريع الجزائري

لا يختلف المشرع الجزائري عن الأنظمة الكبرى في تحديد كثير من الأحكام المتعلقة بالانتخابات، ولذلك فهو يعتبر الانتخاب بحسب المادة 2 من القانون العضوي للانتخابات 10/16 على أن يكون عاما، مباشرا وسري إلا فيما يتعلق بما تقره الفقرة الثانية من المادة 118 من الدستور<sup>1</sup>، غير أنه مراعاة لخصوصية النظام السياسي الجزائري فإن الكثير من الأحكام لها خصوصية في التشريع الجزائري، سواء ما تعلق منها بكيفية تنظيم العمليات السابقة للاقتراع أي ما يتعلق بالقوائم الانتخابية أو تلك التي تخص الإدلاء بالأصوات.

### المطلب الأول: الإجراءات الممهدة للعمليات الانتخابية

تبتدأ الإجراءات الأولية للانتخابات باستدعاء الهيئة الانتخابية عن طريق مرسوم رئاسي في غضون ثلاثة أشهر من اليوم المحدد لنهاية العهدة الانتخابية<sup>2</sup>، وبذلك يتم افتتاح القوائم الانتخابية والتي هي مجموعة من السجلات التي يتم فيها جرد أسماء الأشخاص الذين يخول لهم القانون الحق في التعبير عن آرائهم في العمليات الانتخابية، وذلك بعد أن يتم توزيعهم على البلديات التي يقيمون فيها، وكذلك المراكز والمكاتب الانتخابية التي سيصوّتون فيها، ولأن هذه القوائم تكون بصفة الزامية محلا للتنقيح وفقا للتغيرات التي تطرأ على التركيبة السكانية للبلدية، فإن التسجيل فيها أو الشطب منها يكون وفقا للشروط المحددة قانونا.

### الفرع الأول: إجراءات تنقيح القوائم الانتخابية

تماشيا مع التغيرات التي تطرأ على التركيبة السكانية للدولة من زيادات ووفيات، وكذلك مع تغير الإقامة ومختلف الظروف التي قد تزيد من عدد الناخبين أو تنقص منه، فإنه يتم مراجعة قائمة الناخبين بصفة دورية كل سنة في ثلثها الأخير وكذلك بصفة استثنائية مع كل موعد انتخابي، في مدة يحددها مرسوم استدعاء الهيئة الانتخابية (م14)، ويكون ذلك من خلال لجنة محددة قانونا والتي يكون عملها قابلا للطعن في الآجال المحددة.

<sup>1</sup> عكس جميع أنواع الانتخابات كرس المؤسسة الدستوري الانتخاب على درجتين (الانتخاب غير المباشر) عند اختيار أعضاء مجلس الأمة، أنظر القانون رقم 10/16 مؤرخ في 06 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 14، الصادرة بتاريخ 07 مارس 2016.

<sup>2</sup> أنظر المادة 25 قانون عضوي رقم 10/16، مرجع سابق.

### أولاً: اللجنة المكلفة بمراجعة قوائم الناخبين

إن الملاحظة الأولى التي يمكن أن نبديها هي أن المشرع جعل هذه العملية تحت اشراف مشترك بين السلطتين القضائية والتنفيذية بحسب مقتضيات المادة 15<sup>1</sup>، بحيث تشكل هذه اللجنة من قاض يعينه رئيس المجلس القضائي المختص إقليمياً كممثل للسلطة القضائية يرأس هذه اللجنة، وتمثل السلطة التنفيذية في شخصي رئيس المجلس الشعبي البلدي والأمين العام للبلدية، إضافة إلى ناخبين يعينهما رئيس اللجنة، وتجتمع هذه اللجنة في مقر المجلس الشعبي البلدي باستدعاء من رئيسها.

وبالنسبة للناخبين المقيمين خارج القطر الوطني تناط مهمة تنقيح قوائم الناخبين إلى لجنة يرأسها رئيس الممثلة الدبلوماسية أو رئيس المركز القنصلي، وناخبين يعينهما رئيس اللجنة، إضافة إلى كاتب من موظفي القنصلية (م16)، ولكي يكون المواطنون على علم بتنقيح القوائم، فإن رئيس المجلس الشعبي البلدي ملزم بتعليق إشعار بفتح وغلق القوائم، كما يحق لهم الاطلاع على القوائم التي تعينهم والحصول على نسخة منها ونفس الحق يثبت لممثلي الأحزاب والمرشحين الأحرار، الأمر الذي يمكنهم من تقديم الاعتراضات بشأن هذه العملية.

### ثانياً: تقديم الاعتراضات

على أساس مختلف النقائص التي قد تشوب قوائم الناخبين، فإن لكل مواطن أن يقدم تظلماً أمام رئيس اللجنة إذا أغفل تسجيله (م19) أو في حالة إغفال أي شخص آخر أو إذا لم يتم شطب أحد الأسماء، وهذا في أجل 10 أيام من اختتام عملية التنقيح في الحالات العادية، أما في حالة التنقيح الاستثنائي تخفض هذه المدة إلى 5 أيام، وتحال هذه التظلمات إلى اللجنة التي تبت فيها في أجل 3 أيام، ويكون قرارها قابلاً للطعن أمام القضاء في أجل 8 أيام، لكن حكم المحكمة في هذا الشأن يكون غير قابل للطعن بحسب الفقرة 4 من المادة 21، لتكون بذلك القوائم نهائية

<sup>1</sup> يمكن أن تطرح في هذا الاطار اشكالية تسييس القضاء، على أساس أن للقاضي دور جد حساس يقتضي منه أن يكون على درجة عالية من الحياد، وأن لا يتم ربطه بمهام ذات طابع اداري وذا علاقة وثيقة بالمجال السياسي، مما قد يجعل هذه المادة تتعارض مع أحكام المادة 156 من الدستور التي تنص على أن "السلطة القضائية مستقلة، وتمارس في إطار القانون"، ومما يؤدي إلى الاخلال بمبدأ الاستقلال الوظيفي للقاضي، أنظر قوراري مجدوب، مبدأ استقلالية السلطة القضائية في الدول المغاربية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، عدد 15، جوان 2016، ص 302.

فيتم إيداع نسخة منها بالأمانة الدائمة للجنة الإدارية الانتخابية، ونسختين لدى كل من مقر الولاية وكتابة الضبط لدى المحكمة.

### الفرع الثاني: شروط التسجيل في قوائم الناخبين

لقد ميّز المشرّع الجزائري عبثا بين شروط الناخب وشروط التسجيل في القوائم الانتخابية، فخصص لكل منها شروط خاصة، على الرغم من أنه جعل التسجيل في القوائم شرطا من شروط الناخب وذلك من خلال المواد 3 إلى 5، وعليه سنحدد هذه الشروط فيما يلي:

- الجنسية الجزائرية.
- بلوغ سن 18 سنة كاملة يوم الاقتراع.
- التمتع بالحقوق المدنية والسياسية.
- الأهلية.
- ألا يكون قد سلك سلوكا أثناء الثورة التحريرية مضادا لمصالح الوطن.
- ألا يكون قد حكم عليه بجناية ولم يرد اعتباره.
- ألا يكون قد حكم عليه بالحبس في الجرح التي يمنع بموجبها من ممارسة الحق في الانتخاب والترشح وفقا للمواد 9 مكرر 1 و 14 من قانون العقوبات الجزائري<sup>1</sup>.
- ألا يكون أشهر إفلاسه ولم يتم ردّ اعتباره.
- ألا يكون محجورا أو محجوزا عليه<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> تشرح المادة 9 مكرر 1 على أن الحرمان من ممارسة الحق في الانتخاب أو الترشح يدخل ضمن إطار الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية التي أشارت لها المادة 9 على أنها تدخل ضمن إطار العقوبات التكميلية، فيما تنص المادة 14 على أنه "يجوز للمحكمة عند قضائها في جنحة، وفي الحالات التي حددها القانون، أن تحظر على المحكوم عليه ممارسة حق أو أكثر من الحقوق الوطنية المذكورة في المادة 9 مكرر 1، وذلك لمدة لا تزيد عن خمسة (5) سنوات. وتسري هذه العقوبة من يوم انقضاء العقوبة السالبة للحرية أو الإفراج عن المحكوم عليه." أنظر أمر رقم 156/66 المؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، المعدل بموجب قانون 23/06 المؤرخ في 20 سبتمبر 2006، ج ر عدد 84 مؤرخ في 24 ديسمبر 2006.

<sup>2</sup> أن هذه الشروط قد تبدو مبالغاً فيها ومع ذلك فإن بعض الأنظمة تربط صفة الناخب بشروط أخرى على غرار القانون التونسي الذي يمنع العسكريين من المشاركة في الانتخابات، أنظر الفصل 6 من القانون الأساسي عدد 16 المؤرخ في 26 ماي 2014، يتعلق بالانتخابات، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية عدد 42، الصادر في 27 ماي 2014.

ويضاف إلى كل ما سبق أن الناخب يستوجب عليه حيازة بطاقة الناخب التي تسلم له بطريقة آلية بمجرد تسجيله في القائمة الانتخابية، غير أنها عمليا غير ضرورية لأداء الواجب الانتخابي بل يكفي فقط مجرد التأكد من ورود اسم المعني في هذه القائمة وتقديمه لبطاقة الهوية.

### المطلب الثاني: سير العملية الانتخابية

تبدأ في العادة العملية الانتخابية باستدعاء الهيئة الانتخابية 3 أشهر قبل ميعاد الانتخابات (م25) حيث يتم بموجبها فتح القوائم الانتخابية، وكذلك ايداع استمارات الترشيحات للراغبين في ذلك، غير أن هذه الأخيرة تختلف أحكامها باختلاف نوع الانتخاب، أما الاجراءات الأولية للاقتراع، التصويت والفرز فتشترك أحكامها.

### الفرع الأول: الإجراءات الأولية للاقتراع

تجرى الانتخابات في نطاق يصطلح المشرع على تسميته بالدوائر الانتخابية، هذه الأخيرة تختلف باختلاف نوع الانتخابات، بحيث يمكن أن تشكل الدائرة الانتخابية من شطر بلدية أو من بلدية واحدة أو من عدة بلديات (م26)، وتجرى الانتخابات في الدائرة الانتخابية التي يوزع عليها الناخبون بقرار من الوالي في شكل مكاتب للتصويت والتي تندرج في مركز التصويت في حال ما اذا كان هناك أكثر من مكتب في نفس المكان.

في هذه الحالة يتأسس هذا المركز رئيس يسهر على تنظيم سير العملية الانتخابية، بينما يتشكل المكتب من رئيس، نائب رئيس، كاتب ومساعدين، وجميعهم يتم تسخيرهم من طرف الوالي من بين ناخبي البلدية، على أن لا يكون من المترشحين أو أبنائهم أو أوليائهم والمنتتمين الى حزبهم وكذا أقاربهم الى الدرجة الرابعة وأصهارهم<sup>1</sup>، يسهر هؤلاء على حسن أداء العملية الانتخابية وتوجيه الناخبين، كما يقومون أيضا بعملية الفرز، مع العلم أن قائمة هؤلاء المسخرين تكون قابلة للطعن في أجل 5 أيام من تعليقها في مقرات البلدية، الدائرة والولاية.

<sup>1</sup> جعل المشرع من هذه الفئات استثناء لضمان نزاهة العملية الانتخابية وعدم التأثير عليها من قبل أقارب المترشحين إذا كانوا من المسخرين لتشكيل المكاتب، غير أن ذلك ليس كافيا على أساس أن التوجهات الحزبية قد تؤثر على العملية الانتخابية أكثر من القرابة العائلية، على ذلك كان من الأجدر أن يشير المشرع إلى ذلك وأن يمنع المنتسبين إلى الأحزاب السياسية من التواجد في تشكيلة مكاتب الاقتراع.

### الفرع الثاني: سير عملية الاقتراع

كمبدأ عام يدوم الانتخاب يوما كاملا غير أنه يمكن أن يدوم أكثر من ذلك في بعض البلديات التي يتعذر فيها اجراء الاقتراع في نفس اليوم بسبب بعد المكاتب وتشتت السكان أو لاسباب استثنائية، ففي هذه الحالة وبطلب من الولاة يمكن لوزير الداخلية تقديم افتتاح مكاتب الاقتراع ب72 ساعة أي بثلاثة أيام، كما يبدأ الاقتراع في مكاتب التصويت التي تقع في الخارج ب 120 ساعة (5 أيام) قبل اليوم المحدد للاقتراع (م33)<sup>1</sup>، والتصويت يكون سريرا وشخصيا أو بالوكالة بالنسبة للأشخاص الذين حددهم القانون العضوي في المادة 53 وهم:

- المرضى الموجودون بالمستشفيات و/أو الذين يعالجون بمنزلهم.
- ذو العطب الكبير أو العجزة.
- العمال الذين يمارسون خارج ولاية اقامتهم أو الذين هم في تنقل أو الملازمون أماكن عملهم يوم الاقتراع.
- الطلبة الجامعيون والطلبة في طور التكوين الذين يدرسون خارج ولاية اقامتهم.
- المواطنون الموجودون مؤقتا في الخارج.
- أفراد الجيش الوطني الشعبي، والأمن الوطني والحماية المدنية، مستخدمو الجمارك الوطنية ومصالح السجون والحرس البلدي الذين يلازمون أماكن عملهم يوم الاقتراع.

وتمنح الوكالة لوكيل واحد، والذي لا يمكن أن يحوز إلا وكالة واحدة من خلال عقد محرّر أمام رئيس اللجنة الادارية الانتخابية أو أمام مدير المستشفى، أو قائد الوحدة أو مدير المؤسسة أو أمام المصالح القنصلية حسب الحالة، أما العجزة والمرضى الذين لا يستطيعون مغادرة منازلهم فينتقل أمين اللجنة اليهم.

<sup>1</sup> تثير هذه المادة بدورها إشكالا حقيقيا فيما يتعلق بنزاهة العملية الانتخابية، وذلك بسبب انعدام غالبية الضمانات التي وضعها المشرع لنزاهة سير العملية الانتخابية وعلنية الفرز، خصوصا بالنسبة للمكاتب المتنقلة، حيث يظل أعضاء المكتب متنقلين في البيادي لمدة ثلاثة أيام بحثا عن الناخبين، ثم تملء الصناديق دون معرفة هل حقا هي أصوات الناخبين أم لا، والأجدر أن يلغي المشرع كلية هذه المكاتب مادام الانتخاب حق، فمن أراد أن يعبر عن رأيه عليه أن ينتقل إلى مكاتب التصويت ومن أراد أن يمتنع فله ذلك.

ويبتدأ الاقتراع على الساعة الثامنة وبمجرد افتتاح المكاتب يشرع أعضائه باستقبال الناخبين، الذين يلزمهم القانون بالادلاء بأرائهم في "معزل" ضمانا لسرية الانتخاب ثم يصوتون في صناديق شفافة تعزيزا لشفافية الانتخاب<sup>1</sup>.

### المطلب الثالث: إعلان نتائج الانتخابات

يبدأ الفرز فور نهاية الاقتراع ويتواصل دون انقطاع الى غاية نهايته تماما ويكون ذلك علنية في مكاتب التصويت، ويقوم به فارزين يعينون من طرف أعضاء المكتب وبحضور ممثلي المترشحين من الناخبين المسجلين في المكتب (م49)، وعند نهاية عملية الفرز يقوم الفارزون بتسليم أوراق عدد النقاط لرئيس المكتب، وتحفظ الأوراق المعبر عنها في أكياس مشمعة ومعرفة الى غاية انتهاء آجال الطعن والإعلان النهائي عن نتائج الانتخابات.

وفي نفس الوقت يحضر في كل مكتب محضر من ثلاثة نسخ يوقعها أعضاء المكتب، تعلق أحدها في مكتب التصويت، وتودع نسخة لدى رئيس اللجنة الانتخابية البلدية، ونسخة الى الوالي أو رئيس المركز الدبلوماسي، وتسلم نسخة مصادق عليها لممثلي المترشحين، ولرئيس اللجنة البلدية لمراقبة الانتخابات أو ممثله (م51)، وتجدر الاشارة إلى أن المشرع حدّد في المادة 52 مجموعة من الأوراق التي لا يعدها من قبيل الأصوات المعبر عنها وبالتالي فهي ملغاة وهي:

- 1- الظرف المجرد من الورقة أو الورقة من دون ظرف.
- 2- عدّة أوراق في ظرف واحد.
- 3- الظرف والورقة التي تحمل أيّة ملاحظة أو الأوراق المشوّهة أو الممزّقة.
- 4- الأوراق المشطوبة جزئيا أو كليا إلا عندما تقتضي طريقة الاقتراع، هذا الشكل وفي الحدود المضبوطة حسب الاجراءات المنصوص عليها.
- 5- الأوراق أو الأظرفة غير النظامية.

<sup>1</sup> المادتين 42 و 44 من القانون العضوي 10/16.

### المبحث الثاني: الأحكام الخاصة بمختلف أنواع الاستشارات الانتخابية

هناك خمسة استشارات انتخابية بعضها وطنية وهي الانتخابات الرئاسية والانتخابات التشريعية، وبعضها محلية تجدد بها المجالس البلدية والولائية، ولكل نوع منها أحكام خاصة نظمها المشرع في القانون العضوي المتعلق بالانتخابات تكملة لبعض الاحكام التي جاءت في الدستور.

#### المطلب الأول: الانتخابات المحلية

تشمل الانتخابات المحلية تجديد أعضاء المجالس البلدية والولائية وكلاهما تشتركان في مجموعة من الاحكام المحددة في المواد من 65 الى 79 من قانون الانتخابات، حيث ينتخب أعضاء المجلسين بالاقتراع النسبي على القائمة في الثلاثة أشهر التي تسبق انقضاء المدة النيابية (م65)، وتوزع المقاعد بالتناسب مع عدد الاصوات التي حصلت عليها كل قائمة، حيث تأخذ كل واحدة منها عدد المقاعد بالتناسب مع عدد تكرار المعامل الانتخابي (عدد الاصوات على عدد المقاعد) وتطبق قاعدة الباقي الاكبر في حال عدم توزيعها كلها، ولكن لا يكون ذلك إلا بعد اقصاء القائمة التي لم تحصل على نسبة (7%) من الاصوات المعبر عنها (م66)<sup>1</sup>، واذا لم تحصل أي قائمة على هذه النسبة تقبل كل القوائم (م70)، ثم توزع المقاعد بحسب ترتيبها في القائمة، أما في حالة تساوي عدد الأصوات فإن المقعد يكون من نصيب القائمة التي يكون معدل سنها هو الاصغر حسب مقتضيات المادة 68 من قانون الانتخابات.

مع العلم أن الترشح يكون في قائمة يساوي عدد أعضائها لعدد المقاعد المطلوب شغلها وعدد من المستخلفين لا يقل عن ثلاثين في المئة (30%)، من عدد المقاعد المطلوب شغلها، سواء كانت تحت رعاية حزب سياسي حصل في الانتخابات الاخيرة على 4% على الاقل من الاصوات المعبر عنها، أو على 10 منتخبين في المجالس المحلية للولاية المعنية، أما في حالة عدم توافر هذه الشروط في الحزب أو تقديم الترشح في قائمة حرة فإن القائمة يجب أن تدعم بخمسون (50) توقيعاً من ناخبي الدائرة الانتخابية عن كل مقعد مطلوب شغله (م73).

<sup>1</sup> لقد وضع المشرع هذه النسب تفادياً لعيوب قاعدة الباقي الأكبر التي تسمح للأحزاب المجهريّة التي ليس لها قاعدة شعبية بالوصول إلى السلطة، وعض ذلك كان بإمكانه أن يعوض هذه الطريقة في توزيع البواقي بأسلوب المعدل الأقوى، للمزيد راجع سعيد بوشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، ج 2، ط 10، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، 2009، ص ص 16-19.

تقدم تصريحات الترشح قبل 60 يوما من التاريخ المحدد للاقتراع (م74) ويمكن رفض الترشح بقرار معلل تعليلا قانونيا من الوالي في أجل 10 أيام من تاريخ الايداع، ويكون القرار قابلا للطعن أمام المحكمة الادارية المختصة خلال 3 أيام من تاريخ التبليغ، لتفصل فيه في أجل 5 أيام (م78)، أما عن شروط الترشح فقد تناولتها المادة 79 وهي كالتالي:

- أن يستوفي الشروط المنصوص عليها في المادة 3 من قانون الانتخابات.
- أن يكون بالغا 23 سنة على الأقل يوم الاقتراع.<sup>1</sup>
- أن يكون ذو جنسية جزائرية.
- أن يثبت أدائه للخدمة الوطنية أو اعفائه منها.
- أن لا يكون محكوما عليه في الجنايات أو الجنح المنصوص عليها في المادة 5 من قانون الانتخابات، ولم يرد اعتباره باستثناء الجنح غير العمدية.
- وفيما عدا ذلك فإن الاحكام تختلف بين انتخاب اعضاء المجلس البلدي واعضاء المجلس الولائي كما يلي :

#### الفرع الأول: الأحكام المتعلقة بانتخاب أعضاء المجالس البلدية

حددها القانون في المادتين 80 و 81، فبين في المادة 80 كيفية تحديد عدد مقاعد كل بلدية تماشيا مع الكثافة السكانية حسب التفصيل التالي:

- 13 عضوا في البلديات التي يقل عدد سكانها 10.000 نسمة.
- 15 عضوا في البلديات التي يتراوح عدد سكانها بين 10.000 و 20.000 نسمة.
- 19 عضوا في البلديات التي يتراوح عدد سكانها بين 20.001 و 50.000 نسمة.
- 23 عضوا في البلديات التي يتراوح عدد سكانها بين 50.001 و 100.000 نسمة.
- 33 عضوا في البلديات التي يتراوح عدد سكانها 100.001 و 200.000 نسمة.
- 43 عضوا في البلديات التي يساوي عدد سكانها 200.001 نسمة او يفوقه.

<sup>1</sup> بلوغ سن 23 سنة مبالغ فيه خصوصا بالنسبة للمجالس المحلية فكان يكفي اشتراط نفس سن الناخب أي 18 سنة، أسوة بالمشرع الفرنسي في المادة 228 من قانون الانتخابات أنظر:



وبينت المادة 81 الفئات التي تمنع من الترشح للانتخابات البلدية وهم :

الوالي، الوالي المنتدب، رئيس الدائرة، الأمين العام للولاية، المفتش العام للولاية، عضو المجلس التنفيذي للولاية، القاضي، أفراد الجيش الوطني الشعبي، موظفوا أسلاك الأمن، أمين خزينة البلدية، المراقب المالي للبلدية، الأمين العام للبلدية، مستخدمي البلدية.

والملاحظ أن توزيع المقاعد يكون حسب الترتيب الوارد في القائمة مع تطبيق أحكام المادة 2 مطة 3 من القانون العضوي 103/12<sup>1</sup>، حيث إذا كانت البلدية موجودة في مقر الدائرة أو يزيد عدد سكانها عن 20 ألف نسمة تمنح 30% من المقاعد للنساء.

أما عن رئاسة المجلس البلدي فقد أصبحت تحكمه قواعد قانون البلدية<sup>2</sup>، في المادة 65، وهو يؤول الى متصدر القائمة التي حازت على أغلبية أصوات الناخبين، وفي حالة تساوي الأصوات يعلن المترشح أو المترشحة الأصغر سنا رئيسا للبلدية.

### الفرع الثاني: الأحكام المتعلقة بانتخاب أعضاء المجالس الولائية

بينت المادة 82 كيفية تحديد عدد مقاعد المجلس الولائي والذي يخضع أيضا لمعيار الكثافة السكانية وذلك حسب التفصيل التالي:

- 35 عضوا في الولايات التي يقل عدد سكانها عن 250.000 نسمة.
- 39 عضوا في الولايات التي يتراوح عدد سكانها بين 250.001 و 650.000 نسمة.
- 43 عضوا في الولايات التي يتراوح عدد سكانها بين 650.001 و 950.000 نسمة.
- 47 عضوا في الولايات التي يتراوح عدد سكانها بين 950.001 و 1.150.000 نسمة.
- 51 عضوا في الولايات التي يتراوح عدد سكانها بين 1.150.001 و 1.250.000 نسمة.
- 55 عضوا في الولايات التي يفوق عدد سكانها 1.250.000 نسمة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> قانون عضوي 03/12 مؤرخ في 12 يناير 2012، يحدد كفاءات توسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة، ج ر عدد 1، الصادر في 14 جانفي 2012.

<sup>2</sup> قانون رقم 10/11 مؤرخ في 22 يونيو سنة 2011 الذي يتضمن قانون البلدية، ج ر عدد 37 الصادر في 2 يوليو 2011.

<sup>3</sup> على الرغم من اعتماد المشرع الجزائري في تحديد المقاعد معيار الكثافة السكانية، إلا أن هنالك جانب غير مفهوم في المنطق الذي اعتمده المشرع فيما يتعلق بنسب تغير الكثافة السكانية وما يقابلها من المقاعد، كمثال على ذلك لماذا يزيد عدد المقاعد بأربعة في كل مرة بينما تزيد الكثافة السكانية بنسب متناقصة من 400 ألف إلى 300 ألف إلى 200 ألف وأخيرا 100 ألف؟

أما الممنوعون من الترشح للعضوية في المجلس الولائي فهم الفئات التالية: الوالي، الوالي المنتدب، رئيس الدائرة، الأمين العام للولاية، المفتش العام للولاية، عضو المجلس التنفيذي للولاية، القاضي، أفراد الجيش الوطني الشعبي، موظفو أسلاك الأمن، أمين خزانة الولاية، المراقب المالي للولاية، الأمين العام للبلدية، رئيس مصلحة بادرة الولاية وبمديرية تنفيذية. كما نشير إلى أن توزيع المقاعد يكون حسب الترتيب الوارد في القائمة مع تطبيق أحكام المادة 2 مطة 2 من القانون العضوي 03/12 الذي يحدد كفيات توسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة، حيث إذا كان عدد مقاعد الولاية 47 أو أقل من ذلك فتمنح 30 % من المقاعد للنساء، وإذا كان يفوق 47 تمنح لهن على الأقل 35% من المقاعد<sup>1</sup>.

#### المطلب الثاني: الانتخابات الوطنية

ما عدا مجلس الأمة الذي حدّدت له العهدة بستة سنوات، فإن جميع الحالات الأخرى حدّدت لها خمس سنوات، وهو حال العهدة الرئاسية والعضوية في المجلس الشعبي الوطني، وما عدا ذلك فإن أحكام كل استشارة انتخابية تختلف، تماشياً مع طبيعة الوظيفة التنفيذية التي خولت للمجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة.

#### الفرع الأول: الأحكام الخاصة بانتخاب أعضاء المجلس الشعبي الوطني

تجري الانتخابات المتعلقة بالمجلس الشعبي الوطني ثلاثة أشهر قبل انقضاء المدة النيابية، على قوائم تضم عدداً من المترشحين يساوي عدد المقاعد المطلوب شغلها يضاف إليها ثلاثة مترشحين إضافيين، ممن تتوفر فيهم نفس شروط الترشح للمجالس المحلية ما عدا السن الذي حدّد بـ 25 سنة، كما تمنع نفس الفئات تقريبا من الترشح، مع ضرورة الترشح في قائمة حزبية حازت على 4% في الانتخابات التشريعية الأخيرة أو لها على 10 منتخبين في الدائرة الانتخابية المتنافس فيها، وإذا لم تستوف هذه الشروط أو كانت الترشح في قائمة حرة فيجب أن تزكي بـ 250 توقيع لناخبي الدائرة الانتخابية عن كل مقعد مطلوب شغله<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> القانون العضوي 03/12، مرجع سابق.

<sup>2</sup> لقد كانت هذه الشروط محل جدل واسع لدى الساسة وحتى لدى رجال القانون على أساس أنها تضع قيوداً على الترشح في الأحزاب الجديدة أو التي لم تحز على النسب المطلوبة وكذا بالنسبة للأحرار، ويبدو أن المشرع أراد من وراء ذلك عدم

وفيما يخص تحديد المقاعد في المجلس الشعبي الوطني فقد بينت في الامر رقم 01/12<sup>1</sup>، والقاعدة العامة في ذلك أن كل 80000 نسمة يقابلها مقعد وإذا بقي أكثر من 40000 نسمة يضاف لتلك الولاية مقعدا، ثم يبين نفس القانون حالة الولايات التي يقل عدد سكانها 350000 حيث تكون ممثلة على الاقل من 5 مقاعد مع اضافة مقعد لكل ولاية لم يتغير عدد مقاعدها منذ سنة 1997 تاريخ صدور الأمر رقم 08/97 الذي يحدد الدوائر الانتخابية وعدد المقاعد في البرلمان<sup>2</sup>، أما بالنسبة لتوزيعها فتعتمد نفس الطريقة لكن يتم اقصاء كل القائم التي لم تحصل على نسبة 5% من الاصوات المعبر عنها (م86)، مع اعطاء المقعد المتبقي في حالة تساوي الاصوات للمترشح الاصغر سنا (م88)، وتوزع المقاعد حسب الترتيب الوارد في القائمة مع مراعاة أحكام القانون العضوي 03/12 في المادة 2 مطة 1 والذي جاء كما يلي:

- إذا كان عدد المقاعد يساوي أو يفوق 5 تمنح 30% من المقاعد للنساء.
- إذا كان عدد المقاعد يساوي أو يفوق 14 تمنح 35% من المقاعد للنساء.
- إذا كان عدد المقاعد يساوي أو يفوق 32 تمنح 40% من المقاعد للنساء.
- وتمنح 50% من المقاعد للنساء، بالنسبة لمقاعد الجالية الوطنية في الخارج.

### الفرع الثاني: الأحكام الخاصة بانتخاب أعضاء مجلس الأمة

يتكون مجلس الأمة من 144 عضوا يعين رئيس الجمهورية ثلثه والثلثان ينتخبان من طرف أعضاء المجالس البلدية و الولائية، لعهددة نيابية مقدرة ب 6 سنوات ويجدد نصفهم كل ثلاث سنوات (م118 و 119 من الدستور)، ويكون الانتخاب اجباريا إلا في حالة القوة القاهرة، وتستدعى الهيئة الانتخابية 45 يوما قبل الاقتراع الذي يجري على مستوى الولاية في مكتب يشرف عليه رئيس ونائب ومساعدين وكلهم قضاة يعينهم وزير العدل.

السماح لمن ليس له قاعدة شعبية بالمشاركة في العملية الانتخابية ولعدم تشتيت أصوات الناخبين، بما يجعل المجالس معطلة بسبب تعدد الأطياف الحزبية.

<sup>1</sup> أمر رقم 01/12 مؤرخ في 1 فبراير 2012، يحدد الدوائر الانتخابية و عدد المقاعد المطلوب شغلها في انتخابات البرلمان ج ر عدد 08، الصادرة بتاريخ 15 فبراير 2012.

<sup>2</sup> أمر رقم 08/97 مؤرخ في 6 مارس 1997، يحدد الدوائر الانتخابية و عدد المقاعد المطلوب شغلها في انتخابات البرلمان، ج ر عدد 12، الصادرة بتاريخ 6 مارس 1997 (ملغى).

وبالنسبة للترشح فهو حسب المادة 108 من قانون الانتخابات حق لكل عضو في المجلس الشعبي البلدي أو الولائي إذا بلغ من العمر 35 سنة، ويكون ذلك في تصريح بالترشح يقدم في نسختين في أجل 20 يوم قبل الانتخاب سواء بتزكية حزبية او من دونها، ويعلن فائزا المترشح الذي حصل على أكبر عدد من الاصوات، وفي حالة تساوي الاصوات يمنح المقعد للمترشح الأكبر سنا (م129).

### المطلب الثالث: الأحكام الخاصة بانتخاب رئيس الجمهورية

ينتخب رئيس الجمهورية لعهدة نيابية مقدرة بخمس سنوات قابلة للتجديد، وتجري عملية انتخابه في ظرف 30 يوما السابقة لانقضاء العهدة (م135) وتستدعى الهيئة الانتخابية في أجل 90 يوما قبل تاريخ الاقتراع.

وينتخب رئيس الجمهورية لعهدة رئاسية قابلة للتجديد مرة واحدة حسب نص المادة 88 من الدستور، ولقد كان هذا الشرط محل جدل واسع، ذلك أن تحديد عدد العهدات لم يكن معروفا في الجزائر إلا في ظل دستور 1996، وكان تكريسه محاولة لترسيخ مبدأ التداول على السلطة على غرار ما تم في الولايات المتحدة الأمريكية عام 1951<sup>1</sup>، لكن رفع هذا التحديد في ظل التعديل الدستوري لسنة 2008<sup>2</sup>، ثم تم العودة إليه في التعديل الأخير سنة 2016، والغريب في الأمر أن نفس من فتح عدد العهدات أعاد غلقها ثم أدمجها ضمن المواد غير القابلة للتعديل<sup>3</sup>، ثم الغريب أيضا أن نفس المجلس الدستوري الذي برر فتح عدد العهدات عاد وبرر نقيض ذلك.

وأما بخصوص طريقة انتخاب رئيس الجمهورية فيكون ذلك بالاغلبية المطلقة لأصوات الناخبين (م137)، وفي حالة عدم حصول أي مترشح عليها ينظم دور ثاني بعد 15 يوم من اعلان المجلس الدستوري لنتائج الانتخابات في الحالات العادية.

من الوثائق التي يمكن أن تستشكل على النظام الانتخابي الجزائري تصريح بالشرف أن المعني يدين بالإسلام، فهذا أمر لا يمكن التأكد منه من جهة ومن جهة أخرى فهو لا يبين لنا هل يجب أن يكون الرئيس متدينا مطبقا أم فقط ينتسب إلى الإسلام؟ ونفس الانتقاد يوجه إلى

<sup>1</sup> Claude Leclarq, Droit constitutionnel et institutions politiques, 9<sup>ed</sup>, Litec, Paris, 1995, p 246.

<sup>2</sup> القانون رقم 19/08، المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، المتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 63، المؤرخة في 16 نوفمبر 2008.

<sup>3</sup> أنظر المادة 212 من الدستور.

التصريح الآخر بالشرف يشهد بموجبه المعني على اقامته دون انقطاع بالجزائر دون سواه مدة 10 سنوات على الاقل التي تسبق مباشرة ايداع ترشحه، وهما في الحقيقة محاولة لتكريس الشروط التي حددها الدستور بنصه على أنه: " لا يحق أن ينتخب لرئاسة الجمهورية إلا المترشح الذي:

- لم يتجنس بجنسية أجنبية.
  - يتمتع بالجنسية الجزائرية الاصلية فقط، ويثبت الجنسية الجزائرية الاصلية للأب والأم.
  - يدين بالإسلام.
  - يكون عمره 40 سنة كاملة يوم الانتخاب.
  - يتمتع بكامل حقوقه المدنية والسياسية.
  - يثبت أن زوجه يتمتع بالجنسية الجزائرية الأصلية فقط.
  - يثبت اقامة دائمة بالجزائر دون سواها لمدة 10 سنوات على الاقل قبل ايداع الترشح.
  - يثبت مشاركته في ثورة أول نوفمبر 1954 اذا كان مولودا قبل يوليو 1942.
  - يثبت عدم تورط ابويه في اعمال ضدّ ثورة أول نوفمبر 1954 اذا كان مولودا بعد يوليو 1942.
  - يقدم التصريح العلني لممتلكاته العقارية والمنقولة داخل الوطن وخارجه"<sup>1</sup>.
- وبالنسبة للتوقيعات التي أشارت اليها المادة 139 من القانون العضوي المتعلق بالانتخابات فقد فصلت فيها المادة 142، حيث خير القانون المترشح بين جمع 60.000 توقيع للناخبين موزعين على 25 ولاية على ألا يقل التوقيع في كل ولاية عن 1500 ، أو جمع 600 توقيع لمنتخبين في المجالس المحلية أو البرلمانية موزعين أيضا على 25 ولاية.

<sup>1</sup> المادة 73 من الدستور الجزائري.

## خاتمة

يبقى من المهم أن نشير أنه بالرغم من المجهودات التي بذلها المشرع الجزائري في ارساء دعائم الديمقراطية وبلورة الوعي السياسي لدى المواطنين، وذلك عن طريق تكريس نظام انتخابي نزيه، الا أنه أغفل الإحاطة بعدة جوانب كان من شأنها أن تساهم أكثر في ترسيخ معالم النظام الانتخابي الجزائري، وكذا جعله أكثر استقرارا عوض اللجوء إلى تعديله مع كل مناسبة انتخابية، مما يجعل هذا النظام غير مستقر وتبقى معه عدم ثقة الأحزاب المعارضة في أحكامه قائمة لتتخذ كذريعة للحديث عن تزوير الانتخابات.

من جهة أخرى فإنه من الجدير أن نشير إلى أن بعدما مرت حوالي ستون سنة من الاستقلال، ينبغي أن تكون هناك قواعد انتخابية ثابتة تعكس توجهها حقيقيا لتعزيز الممارسة الديمقراطية، وعلى ذلك فلا يجب أن تسن تعديلات عرجاء لا تلبث أن تثبت قصورها أو نقصها أو حتى خطأها، كالذي حدث مع القانون الانتخابي الحالي الذي انتقد في أول مناسبة انتخابية تم اعتماده فيها، ومن قبل رئيس اللجنة العليا لمراقبة الانتخابات.

على ذلك من الأهمية بمكان أن تدرس القواعد القانونية بشكل جدي قبل اعتمادها، وأفضل من ذلك لو أنها تستقى من دراسات يقوم بها أكاديميون في مخابر البحث، أو في دراسات أخرى وكذا من التوصيات التي ترفع في الملتقيات والأيام الدراسية التي تتناول هذا الموضوع بالدراسة.

## \* الضمانات الدستورية والقانونية لاستقلالية للمجلس الدستوري

### معيفي لعزیز<sup>(1)</sup>

(1) أستاذ محاضر "أ"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، عضو  
مخبر البحث حول فعالية القاعدة القانونية، جامعة بجاية، بجاية،  
الجزائر.

### الملخص:

لقد جاء التعديل الدستوري لسنة 2016 بتعديلات عميقة مست المجلس الدستوري،  
كهيئة مكلفة بالرقابة والإشراف على العمليات الانتخابية وكذا ببعض المهام الاستشارية،  
ولتفعيل دوره في كل هذه المجالات، فقد كرس له الدستور مجموعة من الضمانات التي كفلها  
لتبيان أهميتها، كما حددت نصوص أخرى جملة من الضمانات أقل تأثيراً على سير عمله ونزاهة  
أعضائه.

### الكلمات المفتاحية:

المجلس الدستوري، الدستور، الرقابة على دستورية القوانين.

\* تاريخ إرسال المقال 2018/05/15، تاريخ مراجعة المقال 2018/07/01، تاريخ نشر المقال 2018/07/31

## **Constitutional and legal guarantees for the independence of the constitutional council**

### **Summary:**

The constitutional amendment of 2016 made several profound amendments affecting the Constitutional Council, as the body responsible for monitoring and supervising electoral processes as well as certain advisory tasks, and for the purpose of activating its role in all these areas, the Constitution has given it a set of guarantees to ensure its importance, and other guarantees less impact on its functioning and the integrity of its members.

### **Keywords:**

Constitutional Council, Constitution, Control of the Constitutionality of Laws.

## **Les garanties constitutionnelles et juridiques de l'indépendance du conseil constitutionnel.**

### **Résumé:**

La révision constitutionnelle de 2016 comporte plusieurs amendements notamment concernant le conseil constitutionnel soit en tant qu'institution chargée du contrôle des opérations électorales, ou des fonctions consultatives.

Toutefois, et pour faire face aux attributions conférées à cette institution, la constitution l'a doté de plusieurs garanties, présentes aussi dans d'autres textes à moindre effet sur son fonctionnement et l'intégrité de ses membres.

### **Mots clés :**

le conseil constitutionnel, la constitution, le contrôle sur la constitutionnalité des lois.



## مقدمة

على الرغم من اختلاف أساليب وطرق الرقابة على دستورية القوانين من نظام دستوري إلى آخر، التي تتجسد عادة في صورتين أساسيتين (قضائية وأخرى سياسية)<sup>1</sup>، إلا أن المتفق عليه لدى غالبية الأنظمة الدستورية هو الأهمية البالغة التي تكتسبها، فهي تساهم من جانب في إرساء مقومات دولة القانون التي تقتضي تقييد السلطات العامة في الدولة لسلطان القانون بصفة عامة، وإخضاعها للأحكام التي تتضمنها الوثيقة الدستورية بصفة خاصة، من جانب آخر تعد إحدى أقوى الضمانات المعاصرة لإقرار مبدأ المشروعية وصيانة حقوق وحرّيات الأفراد،...إلخ.

على هذا الأساس، وبالنظر إلى الأهمية المرموقة التي تتضمنها مهمة الرقابة على دستورية القوانين، يستدعي الأمر إسنادها إلى مؤسسات وهيئات دستورية تتوفر فعلا على شروط وعوامل تضمن استقلاليتها وحيادها، وبالتالي جعلها أداة فعالة في هيكل النظام القانوني والمؤسساتي في الدولة.

في هذا السياق، نجد أن المؤسس الدستوري الجزائري تبنى فكرة الرقابة على دستورية القوانين بموجب الأحكام التي تضمنها دستور سنة 1963<sup>2</sup>، وعلى الرغم من التخلي عنها في دستور 1976<sup>3</sup>، إلا أنه أعاد إرسائها في دستور 1989<sup>4</sup>، ثم من بعده دستور 1996 والتعديلات التي طرأت عليه، لا سيما التعديل الدستوري المؤرخ في 06 مارس 2016<sup>5</sup>، أين قام بإسناد هذه المهمة إلى مؤسسة دستورية أطلق على تسميتها "بالمجلس الدستوري".

<sup>1</sup> هناك من يفضل تسمية الرقابة السياسية على دستورية القوانين بمصطلح "الرقابة غير القضائية"، راجع في هذا الإطار علي السيد الباز: الرقابة على دستورية القوانين في مصر، دراسة مقارنة، دار الجامعات المصرية، الإسكندرية، مصر، 1978، ص 10 وما يليها.

<sup>2</sup> دستور 1963، الاعلان المتضمن نشر نص دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لـ 10 سبتمبر 1963، ج.ج.ج. عدد 64، الصادر في 10 سبتمبر 1963.

<sup>3</sup> دستور 1976، الصادر بموجب الأمر رقم 97/76، يتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج.ج.ج. عدد 94، الصادر في 24 نوفمبر 1976، معدل بالقانون 06/79، مؤرخ في 07 جويلية 1979، ج.ج.ج. عدد 28، صادر بتاريخ 10 جويلية 1979، والقانون رقم 01/80، مؤرخ في 12 جانفي 1980، ج.ج.ج. عدد 03، صادر بتاريخ 15 جانفي 1980.

<sup>4</sup> مرسوم رئاسي رقم 18/89، مؤرخ في 28 فيفري 1989، يتضمن نشر تعديل دستور 1989 الموافق عليه في استفتاء 23 فيفري 1989، ج.ج.ج. عدد 09، صادر في 01 مارس 1989.

<sup>5</sup> مرسوم رئاسي رقم 438/96، مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، يتضمن إصدار نص التعديل الدستوري الموافق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج.ج.ج. عدد 76، صادر في 08 ديسمبر 1996، معدّل وامتّم بالقانون رقم 02 - 03، مؤرخ في 10 أفريل

عليه، فإن هذا البحث يهدف أساساً إلى الإجابة عن مدى فعالية الضمانات القانونية المقررة لاستقلالية المجلس الدستوري؟ وذلك لن يتأت إلا من خلال التطرق إلى تبيان الأحكام ومختلف القواعد المتعلقة بالمجلس الدستوري، سواء تلك التي يشكل الدستور المرجع الأساسي لها (أولاً)، أو تلك المتعلقة بقواعد سير عمل المجلس واختصاصاته (ثانياً).

### المبحث الأول: تعزيز الضمانات الدستورية

تبرز المكانة المرموقة التي حظي بها المجلس الدستوري في تعديل 2016 من خلال كل المواد التي تناولته بالتفصيل، فجاء في المادة 182 من الدستور على أن المجلس هيئة مستقلة تعكف على بالسهير على احترام أحكام الدستور، وكذا من خلال الضمانات التي أحاطها به المؤسس الدستوري، لضمان أداء مهامه على أحسن وجه ولتحقيق مزيد من الفعالية خصوصاً في مجال الرقابة على دستورية القوانين.

### المطلب الأول: المكانة المنفردة للمجلس في الدستور

يبرز من خلال الحيز الواسع الذي أعطاه المؤسس للمجلس الدستوري مكانة هذه الهيئة بين مختلف المؤسسات الدستورية للدولة، ومدى أهميتها في تكريس البناء الديمقراطي وتعزيز دولة القانون.

### الفرع الأول: المجلس الدستوري: مكانة استثنائية في الدستور

لقد أدرج المجلس الدستوري في نصوص الدستور في الباب الثالث المتعلق "بالرقابة ومراقبة الانتخابات والمؤسسات الاستشارية"، تحت فصل أول بعنوان "مؤسسات الرقابة"، وجاء المجلس الدستوري بعد المجالس المنتخبة كهيئة رقابية.

2002، ج.ج.ج عدد 25، صادر بتاريخ 14 أبريل 2002، المعدل بالقانون رقم 19/08، مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج.ج.ج عدد 63، صادر بتاريخ 16 نوفمبر 2008، المعدل بالقانون رقم 01/16، مؤرخ في 06 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، ج.ج.ج عدد 14، الصادر في 07 مارس 2016.

لا غرابة في أن المؤسس وضع هذه الهيئة ضمن الأجهزة الرقابية على أساس أن الاختصاص الطبيعي له هو السهر على تناسق القوانين مع أحكام الدستور، لكن الأمر يتعدى ذلك ليبيّن بوضوح مكانته المستقلة عن تنظيم السلطات الثلاث في الدولة المنظمة بموجب الباب الثاني من الدستور، وهو ما يمنحه ضمانا كافيا لاستقلاليتها عن تلك السلطات وعدم تبعيته لها، سيما السلطتين التنفيذية والتشريعية الخاضعتين لنطاق رقابته الدستورية، كما هو الحال في اختصاصه بمراقبة حدود اللائحة والقانون، وكل ما يندرج تحت ضمان مبدأ الفصل بين السلطات، علاوة على ذلك يُراد بتلك المكانة المستقلة للمجلس، التأكيد على طبيعته المختلفة عن السلطة القضائية كونه هيئة سياسية تمارس في الأساس رقابة مؤسساتية وليست رقابة قضائية<sup>(6)</sup> مثلما تقوم به هيئات القضاء، وهذه الخاصية الدستورية بالمجلس الدستوري هي التي تمنحه استقلالية تميّزه بحيث يُفرد للهيئة المكلفة بالرقابة الدستورية وأعضائها حيّزا خاصا،<sup>(7)</sup> غير الحيّز المخصص للسلطة القضائية أو لبقية السلطات الأخرى في الدولة.

### الفرع الثاني: وضع المجلس الدستوري ضمن المؤسسات الدستورية

يأخذ المجلس الدستوري مرتبة المؤسسات أو الهيئات الدستورية كون إنشائه تم بموجب الدستور مباشرة، أما استقلاليتها فهي مقرونة بنص الدستور صراحة وهذه خاصية نوعية تضمنها التعديل الدستوري الصادر في 6 مارس 2016، بحيث جاء في الفقرة الأولى من المادة 182 ما يلي: "المجلس الدستوري هيئة مستقلة تكلف بالسهر على حماية الدستور...". على هذا الأساس يكون المؤسس قد كرّس بوضوح تام استقلالية المجلس، بعدما كانت هذه المسألة يُستدل عليها ضمينا من خلال بعض أحكام الدستور<sup>(8)</sup> أو من خلال طبيعة اختصاصاته ونتائج أعماله.

<sup>6</sup> شهبوب مسعود، "الرقابة على دستورية القوانين النموذج الجزائري"، مجلة النائب، العدد 05، السنة 2004، ص 43.

<sup>7</sup> بوبتره علي، "ضوابط الرقابة الدستورية على القوانين في ظل الممارسة الجزائرية"، مجلة الفكر البرلماني، العدد 05، 2004، ص 55.

<sup>8</sup> كنعن المادة 189 في فقرتها الثالثة، التي تخول للمجلس سن قواعد عمله بمفرده، أنظر القانون رقم 01/16، مؤرخ في 06 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، مرجع سابق.

يبدو جليا أن جوهر وظيفة المجلس مرتبط بمبدأ سمو الدستور، لذلك فإن سمو المجلس ليس من سمو الدستور فحسب، وإنما من سمو المهام المنوطة به والتي تقتضي أصلا إحاطته بالاستقلالية اللازمة لضمان التحقيق الفعال لها. تؤدي طريقة إنشاء المجلس بنص الدستور مباشرة إلى اقتران مصيره بمصير الدستور المعروف عنه الثبات والديمومة، وكذا الجمود والدقة في تعديل أحكامه، وهي نتائج تنصرف لتعزز ضمانات استقلالية وضع المجلس الدستوري.

### الفرع الثالث: تعزيز تشكيلة واختصاصات المجلس

أولى المؤسس المجلس الدستوري عناية خاصة في تنظيم قواعده بدء بتكوين تركيبة أعضائه، وهذا خلافا لما جرى عليه العرف في أن يحدد القانون الأسمى المبادئ والقواعد الأساسية وأن يتولى القانون الأدنى تحديد القواعد التفصيلية، وهذا ما يؤكد حرص المؤسس على المكانة السامية للمجلس واستقلالته في إجراءات تكوينه المنظمة بأحكام سامية يُحظر المساس بها<sup>(9)</sup>، وهو ما يجعله يتمتع بضمانات أقوى ويكسبه طابعا أكثر استقلالية مقارنة ببقية المؤسسات الدستورية حتى تلك المكلفة بالرقابة في الدولة<sup>(10)</sup>.

لقد تضمنت المادة 183 من الدستور تركيبة المجلس الدستوري وتجمع بين تقنيتي التعيين والانتخاب<sup>(11)</sup>، بحيث رفع التعديل الأخير من عدد أعضائه إلى (12) عضوا، يعين رئيس الجمهورية ثلثهم، من بينهم الرئيس ونائبه، فيما يتم انتخاب بقية أعضائه مناصفة بين السلطتين التشريعية والقضائية، بحيث ينتخب المجلس الشعبي الوطني عضوين وكذلك الحال بالنسبة لمجلس الأمة، وتنتخب المحكمة العليا عضوين والأمر نفسه بالنسبة لمجلس الدولة.

<sup>9</sup> بحكم امكانية عهد تشكيل الأعضاء المكلفين بالرقابة الدستورية للقانون كما هو الحال في مصر مثلا، بحيث يتولى القانون تحديد طريقة انتخاب قضاة المحكمة الدستورية، راجع في هذا الصدد: ديباش سهيلة، المجلس الدستوري ومجلس الدولة، مذكرة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001، ص 14.

<sup>10</sup> كمجلس المحاسبة مثلا الذي يعد هيئة دستورية مكلفة بالرقابة المالية، غير أنّ تنظيم اختصاصاته وتكوين أعضائه يحددها القانون، ذلك حسب ما تنص عليه الفقرة الرابعة من المادة 192 من المرسوم الرئاسي رقم 438/96، مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، المعدّل والمتّمّم، مرجع سابق.

<sup>11</sup> نبالي فطة، دور المجلس الدستوري في حماية الحقوق والحريات، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2012، ص 386.

أتت اختصاصات المجلس محددة بنص الدستور<sup>(12)</sup>، وهو أمر منطقي لحرص المؤسس على ضمان استقلالية المجلس في تأدية المهام الموكلة له لصيانة مبدأ سمو الدستور لا مثلما تحدده صراحة الفقرة الأولى من المادة 182 من الدستور، حتى لا تُعتبر أنّها اختصاصات خاضعة لمجال القانون، أو أنّها امتيازات يمكن التصرف فيها من طرف الأعضاء بالتفويض أو التنازل ونحوهما، وهو ما يخرجها عن طابعها الدستوري المانع.

### الفرع الرابع: تنظيم العضوية وتفعيلها

تضمن التعديل الدستوري شروطا جديدة للعضوية في المجلس الدستوري حددتها المادة 184 من الدستور والتي تعكس رغبة المؤسس في اعتماد معايير الكفاءة والتخصص والخبرة، التي تؤدي دسترتها إلى تفعيل دور المجلس في القيام بمهام الرقابة الدستورية، بحيث يساهم عامل الكفاءة و الخبرة القانونية المحدد في الدستور حاليا، في تكريس تخصص المجلس الدستوري سيما في مجال الفكر القانوني وكل ما يتصل بمقتضيات تفسير الدستور باعتبارها المهمة التقنية لأعضاء المجلس الدستوري، وهو ما يعزز من دور هؤلاء الأعضاء في حماية الدستور و يمنحهم استقلالية في مجال عملهم الرقابي ضد أشكال التأثير بحكم تخصصهم الوظيفي.

وينطبق ذلك أيضا على عامل السن القانونية المحددة بـ40 سنة فما فوق، وهو يعكس جوانب النضج والتأهيل والخبرة للعضوية في المجلس الدستوري لأهمية المسؤولية المنوطة بأعضائه المتمثلة في حماية الدستور. فتتنظيم شروط الانتساب لعضوية المجلس الدستوري بهذه الدقة المتناهية والحصرية في الدستور كفيل بالإفصاح عن المكانة المميّزة التي تحظى بها عملية تكوين مؤسسة المجلس الدستوري، مقارنة بشروط تكوين المؤسسات الدستورية الأخرى التي يتولى القانون عادة تنظيم مسائلها التفصيلية وشروط الانتساب لها<sup>(13)</sup>.

أما بالنسبة لمدة العضوية في المجلس فقد رفعها التعديل الدستوري الأخير إلى ثماني (8) سنوات كاملة بالنسبة لرئيس المجلس ونائبه، و لفترة واحدة فقط، بينما يتم تجديد نصف أعضاء المجلس كل 4 سنوات، بحيث يسمح تحديد العهدة الدستورية للرئيس ونائبه في ضمان

<sup>12</sup> حسب ما تنص عليه احكام المادة 182 من المرسوم الرئاسي رقم 438/96، يتضمن إصدار نص التعديل الدستوري الموافق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، معدّل و متمّم، مرجع سابق.

<sup>13</sup> ك شروط الترشح للانتخابات التشريعية مثلا قانون عضوي رقم 10/16، مؤرخ في 25 أوت 2016، يتعلق بنظام الانتخابات، ج.ج.ج عدد 50، الصادر في 28 أوت 2016.

الاستقرار في تأدية المهام من جهة وعدم الخضوع لتأثير السلطات الأخرى بحكم تحديد مدة العضوية بنص الدستور و انتفاء أي سبيل للتصرف فيها، أما تقنية التجديد النصفي فإنها تضمن عدم جمود الاجتهاد الدستوري وضمان الاستمرارية في العمل الرقابي ونقل التجربة بين الأعضاء عقب كل عملية تجديد، حيث يضمن تأقيت العضوية عدم تبعية الأعضاء للسلطات القائمة بالتعيين أو الانتخاب، كما تجنّب تقنية التجديد الدوري التواطؤ أو الضغوطات،<sup>(14)</sup> وهذا ما يضمن بالنتيجة استقلالية أعضاء هيئة المجلس الدستوري و يسهم في فعالية الرقابة الدستورية.

#### المطلب الثاني: تعزيز استقلالية أعضاء المجلس الدستوري في إطار أحكام الدستور

يتمتع أعضاء المجلس الدستوري بمجموعة من الضمانات تحفظ حيادهم المطلوب لتأدية وظائفهم الدستورية، وقد أتى التعديل الدستوري مقرا ومعدّلا لبعضها ومعززا لها، خصوصا فيما يتعلق بتنافي العضوية، وكذا الحصانة القضائية.

#### الفرع الأول: التأكيد على تنافي العضوية في المجلس

تعارض العضوية في المجلس الدستوري مع بقية الوظائف أو المهن الأخرى نتيجة منطقية لاستقلالية طبيعة الاختصاصات الدستورية للمجلس، لذلك يمكن ردها تلقائيا إلى تطبيقات مبدأ الفصل بين السلطات<sup>(15)</sup>، ذلك أن مؤدى رقابة المجلس الدستوري تمتد تلقائيا لحماية حدود العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، الامر الذي يتنافى معه بداهة جمع الانتساب في آن واحد للمجلس الدستوري ولأحدى المؤسستين الدستوريتين الأخريين، وهذا ما أكده المؤسس الفرنسي بحظر جمع العضوية في المجلس مع الانضمام للحكومة أو البرلمان<sup>(16)</sup>، باستثناء السلطة القضائية كمجلس الدولة أو محكمة النقض، أما المؤسس الجزائري فقد نص على حظر شامل لإمكانية الجمع بين العضوية في المجلس الدستوري مع أي وظيفة أو مهنة أخرى وهذا ما

<sup>14</sup> Bertrand MATHIEUX, Michel VERPEAUX, Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux, Edition LGDG, Paris, 2004, p 86.

<sup>15</sup> بوسالم رابع، المجلس الدستوري الجزائري، مذكرة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة متنوري قسنطينة، السنة 2005، ص 15.

<sup>16</sup> حسب نص المادة 57 من دستور الجمهورية الفرنسية المحدد بالأمر الصادر 07 نوفمبر 1958.

يُستشف من نص الفقرة الثالثة من المادة 183 والتي جاء فيها: "بمجرد انتخاب أعضاء المجلس الدستوري أو تعيينهم يتوقفون عن ممارسة أي عضوية أو وظيفة أو تكليف أو أي مهنة أخرى، وأي نشاط أو مهمة أخرى" بالتالي يكون المؤسس قد أغلق الباب نهائياً أمام منتسبي العضوية للمجلس الدستوري في إمكانية مزاولة أي وظيفة أخرى، بحيث يكون تفرغهم مطلقاً لوظيفتهم في المجلس فقط، والجدير بالملاحظة أن النص المذكور قد أضاف لقائمة الحظر الامتناع عن مزاولة أي نشاط أو مهمة أخرى، مقارنة بالنص القديم<sup>(17)</sup>.

ينسحب على واجب التفرغ للعضوية في المجلس الدستوري حظر الانتماء الى الأحزاب السياسية، وهذا بغية تأكيد استقلالية أعضاء المجلس الدستوري وتلافي خضوعهم لأي ضغوط أو تأثيرات حزبية، وقد أكد هذا الالتزام علاوة على نظام المحدد لقواعد عمل المجلس<sup>(18)</sup>. إنَّ هدف المؤسس من حظر جمع الوظائف والنشاطات الأخرى مع العضوية في المجلس الدستوري، يكمن في ضمان استقلالية الأعضاء وإبعادهم عن جميع أشكال الضغوط والتأثيرات، وضمان تفرغهم لوظائفهم الدستورية وانقطاعهم الكلي لإتيانها بشكل ناجع. بيد أننا نرى أنه من اللائق لإدراك فعالية الرقابة الدستورية، ترك مجال المشاركة لأعضاء المجلس في النشاطات العلمية ذات العلاقة باختصاصات المجلس لفائدتها في تعزيز فرص نشر ثقافة الرقابة الدستورية، وكذا نقل واكتساب الخبرات بين أعضاء المجلس الدستوري.

### الفرع الثاني: الحصانة القضائية

المعلوم فقها عن الحصانة القانونية أنها ليست حقاً شخصياً للأفراد وإنما هي ضمان للأداء الفعال للوظائف المنوطة بهم<sup>(19)</sup>، وقد جاء التعديل الدستوري ليضيف هذه الضمانة القانونية بشكل صريح لأعضاء المجلس الدستوري<sup>(20)</sup>.

<sup>17</sup> حسب نص المادة 164 في فقرتها الثانية من من المرسوم الرئاسي رقم 438/96، يتضمن إصدار نص التعديل الدستوري الموافق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، معدّل ومتمّم، مرجع سابق.

<sup>18</sup> راجع نص المادة 77 في فقرتها الثانية من النظام المحدد لعمل المجلس الدستوري، لسنة 2016، الجريدة الرسمية المؤرخة في 11 ماي 2016، العدد 29.

<sup>19</sup> تنص ديباجة اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961 على أنّ الهدف من الحصانة الدبلوماسية ليس إفادة أفراد البعثة الدبلوماسية بل ضمان الأداء الفعال للوظائف الدبلوماسية، راجع في هذا الصدد: أوكيل محمد الأمين، الحدود الفاصلة بين العمل الدبلوماسي والقنصلي، مذكرة ماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، الجزائر، 2006، ص 114.

جدير بالتنويه، أن تمتع أعضاء المجلس الدستوري بالحصانة القضائية يستدعي بالضرورة اتخاذ تشريع لتبيان تدابير الاستفادة منها بالتفصيل، وكذا نطاقها وكيفية التصويت على الترخيص بالتنازل عنها، وهذا بالطبع عن طريق مراجعة النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري لتكييفه مع النص الدستوري السابق بيانه. وأيا يكن من أمر الحصانة القضائية فإنها تأتي كضمانة دستورية جديدة لاستقلالية أعضاء المجلس الدستوري وحيادهم، وهي تكفل عدم التعرض لهم بأي نوع من الضغوط أو الاستغلال حتى في حالة ارتكابهم لجريمة ما، تحت طائلة اتباع التدابير السابق بيانها.

### المبحث الثاني: تعزيز استقلالية المجلس الدستوري من خلال نظام عمله

يتمتع المجلس الدستوري كهيئة مستقلة بضمانات دستورية تتعلق بنظام وسير عملها تكفل هذه الاستقلالية، يمكن تبيانها فيما يلي: واجب التحفظ، استقلالية المجلس في تحديد قواعد عمله، استقلالية المجلس في اتخاذ إجراءات التأديب، استقلالية المجلس في تسيير هياكل عمله.

### المطلب الأول: تقييد الأعضاء لتحسين الأداء

لقد أصبح لأعضاء المجلس الدستوري مكانة بارزة في التنظيم السياسي في الدولة خصوصا من خلال الامتيازات التي أعطيت لهم، ولكن في نفس الوقت فهم يلتزمون بجملة من الالتزامات تحت طائلة القوبة.

### الفرع الأول: واجب التحفظ

نص التعديل الدستوري الصادر في 6 مارس 2016 على التزام أعضاء المجلس الدستوري بأداء اليمين أمام رئيس الجمهورية، وهذا حسب الفقرة الرابعة من المادة 183، وفيما يلي نصها:

<sup>20</sup> أنظر المادة 185 من القانون رقم 01/16، مؤرخ في 06 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، التي تنص على أنه "يتمتع رئيس المجلس ونائبه وأعضاؤه خلال عهدتهم بالحصانة القضائية في المسائل الجنائية، ولا يمكن أن يكونوا محل متابعة أو توقيف بسبب ارتكاب جنائية أو جنحة إلا بإذن صريح من المعني أو بترخيص من المجلس".



"يؤدي أعضاء المجلس الدستوري اليمين أمام رئيس الجمهورية قبل مباشرتهم لمهامهم، حسب النص الاتي: أقسم بالله العظيم بأن أمارس مهامي بنزاهة وحياد، وأن أحفظ سرية المداولات وأمتنع عن اتخاذ أي موقف علني في أي قضية تخضع لاختصاص المجلس".

هكذا يكون المؤسس قد ساير النموذج الفرنسي في اشتراط أداء اليمين أمام رئيس الجمهورية قبل مباشرة أعضاء المجلس لمهامهم الدستورية، بيد أنه قد خالفه في اتخاذ الدستور كأداة صريحة لشروط اليمين ولمضمونها كذلك، ذلك أن الدستور الفرنسي لم يفرض أداء اليمين بحيث تكفل القانون العضوي المنظم للمجلس الدستوري<sup>(21)</sup> بتنظيم هذه المسألة.

يمثل أداء اليمين البداية الرسمية لممارسة الاختصاصات الدستورية المنوطة بأعضاء المجلس الدستوري، بحيث يلتزم هؤلاء بمجرد أدائهم اليمين بحفظ سرية المداولات والالتزام بواجب التحفظ أو إبداء أي موقف علني ينافي سير عمل المجلس، ومنها التقيّد التام بعدم الإفصاح عن مجريات المداولات أو طريقة التصويت أو محاضر جلسات المجلس<sup>(22)</sup>، أو كشف اسم وهوية المقرر أو العضو المكلف بالتحقيق أو الهيئة المشاركة فيه<sup>(23)</sup>، ونحوها من الأمور المنتهكة لمقتضيات السرية المهنية.

ولذلك أتى النص عليها في الدستور رغبة من المؤسس في توثيق حياد الأعضاء ونزاهتهم بموجب نص سامي، مما يجعلها أوثق من اليمين التي يؤديها أفراد السلطة القضائية، بحيث يشكّل هذا التعهد الدستوري التزاما قاطعا يأخذه المؤسس منهم بأداء مهامهم بكل أمانة، بالقدر الذي يمثل ضمانا لاستقلاليتهم، بعد أن كانت هذه الالتزامات، منظمّة بموجب النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري فقط، ولكن من دون الالتزام بأداء اليمين، بحيث جاء في نص المادة 76 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري: "يجب على أعضاء المجلس الدستوري أن يمارسوا وظيفتهم بنزاهة وحياد، وأن يحفظوا سرية المداولات، وأن يمتنعوا عن

<sup>21</sup> المادة الثالثة من الأمر المتعلق بالقانون العضوي المنظم للمجلس الدستوري الفرنسي الصادر في 07 نوفمبر 1958، حول تنظيم واختصاصات المجلس الدستوري الفرنسي راجع كلا من:

François LUCHAIRE, Le conseil constitutionnel, organisation et attributions, Editions Economica, Paris, 1997, p 83.

<sup>22</sup> تنص المادة 22 في فقرتها الثانية من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، لسنة 2016، على أنه: "يحظر على غير أعضاء المجلس الاطلاع على محاضر جلسات المجلس الدستوري".

<sup>23</sup> تنص المادة 16 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، على أنه يحق للمقرر المكلف بالتحقيق في القضية موضوع الاخطار الاستعانة بأي شخص أو سلطة تفيد في مجريات التحقيق. المرجع نفسه.

اتخاذ موقف علني في أي قضية تخضع لاختصاص المجلس الدستوري طبقا للمادة 183 (الفقرة الأخيرة) من الدستور. كما يجب عليهم أن يلتزموا بواجب التحفظ.<sup>24</sup>

وتجدر الإشارة إلى أنّ التزام التحفظ الوظيفي يقترن لزوماً بمبدأ سرية المداولات وهما يشكّلان معاً ضماناً لنزاهة أعضاء المجلس الدستوري، وعدم خضوعهم أو تبعيتهم لأي سلطة أو هيئة أخرى بما يكفل نجاعة اختصاصهم الرقابي، وهو الدافع الأساسي لقيام المؤسس بدسترت الالتزام المذكور.

### الفرع الثاني: اتخاذ الإجراءات التأديب لضمان نزاهة الأعضاء

باعتباره هيئة مستقلة لا تخضع لسلطان أي جهة أو سلطة أخرى، يتمتع المجلس الدستوري بصلاحيات حصرية في اتخاذ التدابير التأديبية الملائمة، فإخلال أي عضو من أعضاء المجلس بواجباته الدستورية يستدعي تدخل الهيئة ككل للنظر في مسأله كما تنص عليه المادة 63 من النظام المحدد لقواعد عمله: " إذا لاحظ المجلس الدستوري أنّ الشروط المطلوبة لممارسة أحد أعضائه غير متوفرة، أو أنّ أحد أعضائه يخل بواجباته إخلالاً خطيراً، يعقد المجلس اجتماعاً بحضور كل أعضائه ثم يفصل إثر المداولة بالإجماع في قضية العضو المعني دون حضوره، وإذا سجل عليه إخلالاً خطيراً يطلب المجلس منه تقديم استقالته ويشعر السلطة المعنية بذلك قصد استخلافه"، هكذا يكون المجلس قد حصّن نهائياً مبدأ استقلالية أعضائه وذلك بإخضاعهم لرقابة الهيئة دون أي سلطة أخرى، كما أنّ استقلالية الأعضاء تتأكد من خلال منع توقيفهم أو عزلهم عن ممارسة مهامهم في المجلس من أي هيئة أو سلطة أخرى حتى لو كانت السلطة المعيّنة لهم أو المنتخبة لهم، وفي هذا بيان لحيادهم المطلق وعدم تبعيتهم لأي جهة كانت، وبالتالي يكون هذا الضمان استثناءً في حد ذاته عن قاعدتي التعيين والعزل المعروفة في القانون العام، بحيث لا يملك رئيس الجمهورية سلطة عزل رئيس المجلس الدستوري أو الحد من عهده، كما لا يمكن لأعضاء البرلمان سحب ثقتهم من الأعضاء المنتخبين من قبلهم لعضوية المجلس الدستوري.

الامر عينه بالنسبة لأولئك المنتخبين من طرف السلطة القضائية، ورغم أنّ نظام المجلس لم يحدد قائمة الأعمال التي تستوجب تداوله وطلب الاستقالة من العضو المعني، فإن تقريرها

<sup>24</sup> لنظام المحدد لقواعد عمل المجلس المؤرخ في 6 أفريل 2016.

بقاعدة الاجماع يعد ضمانا كافيا للمعني لعدم التعسف في اتخاذ هذا الاجراء بحقه، وضمنا في نفس الوقت لاستقلالية هيئة المجلس لاتخاذها القرار التأديبي بشكل توافقي، علما أن المجلس الدستوري في فرنسا<sup>(25)</sup> يكتفي بقاعدة الأغلبية في هذا الشأن.

**المطلب الثاني: المجلس الدستوري كصاحب الاختصاص الأصيل في تحديد قواعد عمله وهياكله.**

على غرار المؤسسة التشريعية يتولى المجلس وضع نظامه الأساسي وكذلك تحديد وتسيير هياكله.

#### الفرع الأول: استقلالية المجلس في تحديد قواعد عمله

خوّل الدستور في نص الفقرة الثالثة من المادة 189 المجلس الدستوري صلاحية تحديد قواعد عمله<sup>(26)</sup>، وهي خاصية فريدة تدل على استقلاليته التامة مقارنة بباقي المؤسسات الدستورية الأخرى، كغرفتي البرلمان التي يخضع نظامهما الداخلي لرقابة المجلس الدستوري حسب نص المادة 186 من الدستور.

دأب المجلس على إعداد نظام عمله منذ 1989 - تاريخ إعادة إنشائه<sup>(27)</sup> - بموجب مداولة بما في ذلك النظام الصادر في 2016.<sup>(28)</sup> لم يحدد المؤسس نظاما معيناً لانعقاد جلسات المجلس الدستوري، أو نصاً قانونياً لاعتماد النظام المحدد لقواعد عمله<sup>(29)</sup>، كما لم يتضمن الدستور أي شروط أو ضوابط شكلية أو موضوعية لإعداد نظام المجلس.

يتضمن النظام المذكور آليات المجلس الرقابية وكذا صلاحياته في مراقبة الانتخابات بالإضافة صلاحياته الاستشارية وإجراءات الإخطار والتحقيق والمداولة ونظام التصويت وحجية الآراء والقرارات الصادرة عنه، والتزامات الأعضاء والتدابير التأديبية. من دون أدنى شك فإنّ نظام

<sup>25</sup> François LUCHAIRE le conseil constitutionnel, organisation et attributions, op cit P 85.

<sup>26</sup> تنص الفقرة الثالثة من المادة 189 من الدستور على: "يحدد المجلس الدستوري قواعد عمله".

<sup>27</sup> النظام المؤرخ في 7 أوت 1989، جريدة رسمية مؤرخة في 7 أوت 1989، عدد 32.

<sup>28</sup> النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، مؤرخ في 6 أفريل 2016.

<sup>29</sup> أنظر إلى ما ورد في المادة 86 من النظام الأساسي الذي ينص على "يمكن تعديل النظام المحدد لقواعد عمل المجلس

الدستوري باقتراح من رئيس المجلس أو من أغلبية أعضائه."

المجلس الحالي سيشهد تعديلا ضروريا لمسيرة قواعده مع تعديل الدستور الصادر في 6 مارس 2016، سيما في مجال آليات الرقابة الجديدة أي رقابة الدفع بعدم الدستورية الواردة في نص المادة 188 من الدستور، وكذا بالنسبة لرفع أجال تداول المجلس إلى 30 يوما بدل 20 يوما الواردة في النص القديم، طبقا لنص المادة 189 من الدستور، علاوة على توسيع صلاحيات الإخطار إلى الوزير الأول وأعضاء البرلمان<sup>(30)</sup>، فضلا عن إناطة المجلس ببعض الصلاحيات الاستشارية الجديدة<sup>(31)</sup>.

نشير أيضا إلى أنّ استقلالية المجلس في تحديد قواعده تعد أقوى الضمانات التي تتمتع به هذه الهيئة الدستورية، فباستثناء بعض الالتزامات الواردة في الدستور، لا يخضع أعضاؤه إلا للالتزامات التي يحدونها مباشرة بمحض إرادتهم فقط، يعكس هذا بحق سيادة المجلس، يقترح بالمقابل المجلس الدستوري في فرنسا التزامات أعضائه ثم يعرضها على مجلس الوزراء ليتم إصدارها بموجب مرسوم رئاسي<sup>(32)</sup>، يصدر النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري في الجزائر بموجب مداولة تحمل توقيع رئيس المجلس وأسماء الأعضاء الحاضرين عند المصادقة على النظام، ينشر هذا الأخير في الجريدة الرسمية تحت ركن: "نظم".

### الفرع الثاني: استقلالية المجلس في تسيير هياكل عمله

يكتمل مبدأ استقلالية المجلس الدستوري في القيام بمهامه السامية بحماية الدستور، بمنحه الاستقلالية في التسيير، وهذا ما كرّسه الدستور فعلا في التعديل الأخير في نص الفقرة الثالثة من المادة 182 منه، والتي جاء فيها: "يتمتع المجلس الدستوري بالاستقلالية الإدارية والمالية" تم تنظيم المجلس الدستوري بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-143 المؤرخ في 7 أوت 1989 المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02-157 المؤرخ في 16 ماي 2002 المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 04-105 المؤرخ في 5 أفريل 2005 المتعلق بالقواعد الخاصة بتنظيم المجلس الدستوري والقانون الأساسي لبعض موظفيه<sup>(33)</sup>. يستقل المجلس في تسيير هياكله

<sup>30</sup> طبقا لنص المادة 187 من الدستور.

<sup>31</sup> كاستشارة رئيس الجمهورية للمجلس الدستوري في حالة وقوع العدوان، أو قبل حل المجلس الشعبي الوطني أو اجراء انتخابات تشريعية مسبقة، طبقا لنص المادتين 109، 147 من الدستور.

<sup>32</sup> حسب المادة السابعة من الامر المتضمن القانون العضوي الخاص بنظام المجلس الدستوري، مرجع سابق.

<sup>33</sup> جريدة رسمية رقم 27 مؤرخة في 7 أفريل 2004

الإدارية المحددة بموجب المرسوم أعلاه، المتمثلة في الأمانة العامة ومركز البحوث والدراسات الدستورية والمصلحة الإدارية،<sup>(34)</sup> يتولى الأمين العام تسيير الأمانة العامة للمجلس ويتخذ تحت سلطة رئيس المجلس الدستوري، التدابير اللازمة لتحضير أشغال المجلس الدستوري<sup>(35)</sup> يحدد رئيس المجلس النظام الداخلي للمصلحة الإدارية ومركز البحوث، يتولى المدير العام لمركز البحوث تسيير وتنشيط أعمال المركز تحت إشراف رئيس المجلس. يتم التعيين في الوظائف السامية المذكورة أعلاه بموجب مرسوم رئاسي، باقتراح من رئيس المجلس، يختص رئيس المجلس بجميع صلاحيات التعيين في المناصب الإدارية الشاغرة لهياكل المجلس.

أما عن الاستقلالية المالية للمجلس الدستوري فإنّ النصوص التنظيمية المشار إليها لم تحدد صراحة استقلاليته المالية، بحيث تسجل ميزانية المجلس ضمن باب ميزانية الأعباء العامة للدولة، وبالتالي فهي لا تخضع للتصويت بطريقة منفردة، وإنما ينطبق عليها نظام التصويت الخاص بباب الأعباء العامة المشتركة للدولة، ضمن أبواب الميزانية السنوية، بيد أنّ إشارة الدستور صراحة في التعديل الحالي إلى الاستقلالية المالية للمجلس، يُفضي بالضرورة لاتخاذ التشريع الملائم لتكريس إجراءات استقلال ميزانية المجلس الدستوري مثلما تقتضيه أصول الميزانية العامة، وذلك بإخراجها من باب الأعباء العامة للدولة وتسجيلها بعنوان ميزانية المجلس الدستوري طبقاً لمبدأ تخصيص الاعتمادات، على غرار ما تتمتع به بقية المؤسسات الدستورية من استقلالية في إعداد ميزانيتها وفق القواعد التسيير المالي والمحاسبي المعروفة. ليجري التصويت عليها بعدها بهذه الكيفية في ميزانية الدولة السنوية ضمن الفصل المخصّص لها.

### خاتمة

من خلال هذه الدراسة التي تطرقنا فيها إلى تبيان أهم الضمانات القانونية سواء تلك التي تضمنها التعديل الدستوري لسنة 2016، أو تلك الضمانات التي يضمنها النظام الداخلي للمجلس والتنظيم المتعلق به، التي تكفل استقلالية الهيئة المعنية بممارسة وظيفة الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر (المجلس الدستوري)، فإنه للوهلة الأولى يمكن القول أن المجلس

<sup>34</sup> حسب نص المادة الرابعة من المرسوم الرئاسي رقم 105\_04 المتعلق بالقواعد الخاصة بتنظيم المجلس الدستوري المعدل

والمتمم، مرجع سابق

<sup>35</sup> طبقاً لنص المادة السابعة من المرسوم رقم 89-143 المتعلق بقواعد تنظيم المجلس الدستوري، مرجع سابق

ظاهريا يتمتع باستقلالية تجاه المؤسسات الدستورية الأخرى، وتتجلى مظاهر هذه الاستقلالية لا سيما بدسترة المجلس ووصفه من قبل المؤسس الدستوري صراحة على أنه هيئة مستقلة، إضافة إلى طريقة اختيار أعضائه من قبل السلطات الثلاث التي تتقاسم هذا الحق عن طريق الاختيار أو التعيين، هذا إلى جانب تكريس ضمانات أخرى تؤكد استقلالية أعضائه وحيادهم كواجب التحفظ، الحصانة القضائية، استقلاليته في سن وتحديد قواعد عمله، اتخاذ الاجراءات التأديبية...إلخ.

غير أن هذه الضمانات الدستورية والتنظيمية تبقى لا تتسم بالفعالية كنظام العهدة الواحدة غير القابلة للتجديد بالنسبة لأعضاء المجلس، وهيمنة السلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الجمهورية على المجلس الدستوري من خلال تعيينه للرئيس ونائبه والضغط الممارس من طرفه على ممثلي السلطة التشريعية والقضائية، إلى غير ذلك من العوائق التي تحول دون استقلالية المجلس.

## المقاربة القانونية لعنصر الثمن في عقود التجارة الدولية\*

موكه عبد الكريم<sup>(1)</sup>

<sup>(1)</sup> أستاذ محاضر "أ"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة  
جيجل، جيجل، الجزائر.

### الملخص:

يعتبر الثمن عنصرا مهما في العقد التجاري الدولي على اعتبار أنه يبين في أول وهلة على العلاقة القانونية والعملية الاقتصادية المراد تحقيقها من خلال العقد المزمع إبرامه، وإذا كان الثمن كذلك "عنصرا مهما في العقد" فهو يمثل العقد الخاضع إلى قواعد القانون التي تشكل النظام القانوني، وهذا النظام يشكل شرطا لصيرورة واستمرار الاقتصاد.

### الكلمات المفتاحية:

الثمن، العقد التجاري الدولي، القانون، الاقتصاد، السلع والخدمات.

\* تاريخ إرسال المقال 2018/04/25، تاريخ مراجعة المقال 2018/07/08، تاريخ نشر المقال 2018/07/31

## **The legal approach to the element of price in international trade contracts**

### **Summary:**

The price is an important element in the international trade contract because it appears at first glance the legal and economic relationship that must be achieved through the contract. If the price is also an "important element in the contract," it represents the contract subject to the rules of law that constitute the legal system, and this system is a condition for the process and the continuation of the economy.

### **Keywords:**

Price, international trade contract, law, economy, goods and services.

## **L'approche juridique de l'élément du prix dans les contrats de commerce international**

### **Résumé:**

Le prix est un élément très important du contrat commercial international, car il montre au premier lieu la relation juridique et économique à atteindre grâce au contrat conclu. Si le prix est également « un élément important du contrat », il représente le contrat soumis aux règles de droit qui constituent le système juridique, ce système qui constitue une condition du processus et de la poursuite des relations économiques.

### **Mots clés:**

le prix, contrat de commerce international, l'économie, marchandises.



## مقدمة

الغالب في العقود التجارية الدولية أن مدة التنفيذ تستغرق فترة زمنية طويلة، فإن الأطراف يولون الاهتمام الكبير لعنصر الثمن وبالتالي فصياغته تكون بطريقة متأنية، مع الأخذ بعين الاعتبار التوقعات المستقبلية والظروف التي قد تحيط بالعملية أو العقد التجاري الدولي، خاصة من طرف المشتري الذي يعتبر صاحب الالتزام بالوفاء بقيمة العقد وهذا الالتزام مقرر في جميع العقود الدولية وخاصة عقود البيع الدولية التي أصدرت نماذجها مجموعة "الانكوتيرمز" حيث نصت على التزامه بدفع الثمن الذي يتم الاتفاق عليه في عقد البيع الدولي<sup>(1)</sup> والثمن من خلال اتفاقية (الأمم المتحدة) فينا للبيع الدولي للبضائع لعام 1980، يمثل مبلغ من النقود الذي يتم دفعه من المشتري مقابل انتقال ملكية المبيع إليه.

من خلال التعريف المقدم في اتفاقية فينا يمكن استخلاص بعض الخصائص التي تتوافر في عنصر الثمن كالتزام رئيسي للمشتري وانه مبلغ من النقود. إلا أن هذا التعريف يتغير بتغير الزاوية أو المجال الذي يتم فيه دراسة الثمن؟ لذا سيتم تعريف الثمن من الناحية القانونية ثم من الناحية الاقتصادية باعتباره يمثل قيمة من النقود وهذه الأخيرة تعتبر هي المحرك الرئيسي للحياة الاقتصادية<sup>(2)</sup>، وفي الأخير يتم تقديم تعريف مزدوج للثمن يشمل ويجمع بين الناحية القانونية والاقتصادية معا (أولا)، ومن خلال التعريف والمقاربات المختلفة لعنصر الثمن في عقود التجارة الدولية، تتبين بعض خصائصه والتي تعتبر مستوحاة من النظم القانونية الداخلية للدول ومن تأثير عوامل التجارة الدولية، وكذلك تأثره بعامل مهم يتعلق بخصوصية وطبيعة العقد (ثانيا).

## أولاً: تعريف الثمن في عقود التجارة الدولية

الثمن مبلغ من النقود يتفق عليه طرفا العقد التجاري الدولي، فيلتزم المشتري بدفعه إلى البائع مقابل انتقال ملكية المبيع إليه. وتعيين الثمن على انه مبلغ من النقود هو ما ذهبت إليه أغلب التشريعات المقارنة<sup>(3)</sup>

1 وليد علي محمد عمر، الثمن في عقد البيع الدولي للبضائع كأحد الالتزامات الجوهرية للمشتري، المكتب الفني للإصدارات القانونية، دون بلد النشر، 2001، ص 34..

2 BOUKHEZAR O.I, «Le concept de prix», RASJEP. n° 04, Alger, 1979. P. 667

3 MARTIN .H Godel, «Les contrats du commerce international», Cours du professeur JACQET, Institut de hautes études internationales, GENEVE, 25-06-2001, p 23. In [www.stoessel.ch/hei](http://www.stoessel.ch/hei) .

إذن الثمن له علاقة وطيدة بالنقود وعلى هذا الأساس وفي مجال العقود الداخلية، تحديد الثمن أساسي لنقل الملكية ولوجود عقد البيع، فإذا ثبت أن المتعاقدين اتجهت نيتهم إلى نقل الملكية ولم يكن هناك قصد لتحميل المشتري الأداء النقدي وهو مكتسب الملكية - الالتزام بمقابلها من النقود- أي كان نقل الملكية بلا عوض، صار العقد هبة<sup>(1)</sup>. غير أن الثمن في عقود التجارة الدولية لا يكون معياراً للتمييز بين العقود (عقد البيع وعقد الهبة) وهذا نظراً للقيمة النقدية الكبيرة التي تكون محل الأداء أو الدفع، وهذا ما يدفعنا للبحث في الثمن في حد ذاته كعنصر مهم في العقد التجاري الدولي لإيجاد مدلول جامع وكامل له.

### أ- التعريف القانوني للثمن

من الناحية القانونية، الثمن قائم أساساً وعامة على فكرة أو افتراض طبيعي وهو "عملية الدفع" أو على فكرة مقابل الأداء أو الخدمة مقيمة بالنقود، وهذا ما تؤكد الأستاذة :  
FRAISON-ROCHE حول الطبيعة القانونية للثمن :

"Juridiquement, le prix consiste généralement, hormis l'hypothèse d'un paiement en nature, en une contre prestation en argent"<sup>(2)</sup>

بالتالي، يشكل الثمن في العقد التجاري الدولي قيمة نقدية "المقابل المرجو من أداء الخدمة" أو مال سواء كان منقولاً أو عقاراً، كما أن الثمن قد يرد تحت تسميات عديدة ومتنوعة تتغير بتغير طبيعة وشكل العقد المراد إبرامه، إلا أن المفهوم والمدلول العام للثمن يبني على أساس أنه المقابل المحدد بالنقود لخدمة أو أداء معين كما يؤكد الأستاذ TALLON Dennis :

« Le prix par essence une dette de somme d'argent soumise a ce titre a la réglementation propre de ce type d'obligation »<sup>(3)</sup>.

بمعنى أن الثمن من الناحية الجوهرية -الأصلية- هو دين من النقود خاضع في هذا المقام إلى تنظيم تام من طراز هذا الالتزام، التزام الوفاء بالثمن. كما أن تحديد مدلول الثمن يدفعنا إلى استبعاد من دراستنا المبادلات والمعاملات التي يكون محلها التعويض أو المبادلات بعوض لكون هذه المعاملات تخرج من إطار المعاملات التعاقدية ومن مجال التجارة الدولية.

1 الخطيب محمد محمد، التزامات المشتري في البيع الدولي - دراسة مقارنة بأحكام فقه الشريعة الإسلامية- دارالعلم للمالين، بيروت، 1986، ص 102.

<sup>2</sup> FRAISON -ROCHE M-A, «L'indétermination du prix», RTDciv, n° 02, avr-juin, Paris, 1992, p .270.

<sup>3</sup> S/dir. TALLON Denis, op.cit, p. 09. Voir aussi : RACINE Jean-Baptiste, op.cit, p. 78.

يعبر فقهاء القانون المدني وعلى رأسهم الأستاذ السنهوري على أن الثمن يعتبر محل ثان في عقد البيع والالتزام الأساسي والرئيسي للمشتري، فالثمن يجد نفسه وتعريفه خاصة في عقد البيع كونه من العقود الأكثر إبراما في التعاملات بين الأطراف المتعاقدة، كما أن البيع يتميز عن عقود المعاوضة الأخرى كالمقايضة، بأن احد المحلين المتبادلين في البيع يجب أن يكون نقودا وهو الثمن، فإذا كان الثمن غير النقود اعتبر العقد مقايضة<sup>(1)</sup>، فمختلف التشريعات تدل على نقدية الثمن وعلى سبيل المثال، القانون المدني السوري حين تعريفه لعقد البيع أشار إلى الثمن في نص المادة 376 على أن:

(البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي)<sup>(2)</sup>.

كما أن القانون المدني اللبناني نص على تحديد الثمن بمبلغ من النقود وذلك دائما عند تعريفه لعقد البيع إذ تنص المادة 372 منه على أن:

(البيع عقد يلتزم فيه البائع أن يتفرغ عن ملكية شيء ويلتزم فيه الشاري أن يدفع ثمنه).  
فتحديد المقابل النقدي لنقل الملكية من البائع إلى المشتري أمر أساسي لوجود عقد البيع وتنفيذه بشكل صحيح ومنتج لأثاره<sup>(3)</sup>.

على غرار التشريعات السابقة، نص التقنين المدني المصري على نقدية الثمن وذلك من خلال المادة 133 والتي أكدت على أن الثمن محل التزام المشتري، فيتعين أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين وان لم يتفق الطرفين على ثمن نقدي معين أو على الأسس التي يتعين على أساسها هذا الثمن النقدي لم ينعقد البيع ووقع باطلاً<sup>(4)</sup>.

بينما في التشريعات الغربية، فأغلبها نصت على نقدية الثمن وأهمها التقنين المدني الفرنسي الذي نجد فيه إشارة وتأكيد على أن الثمن قيمة نقدية وذلك في النصوص المتعلقة بعقد البيع،

<sup>1</sup> السنهوري احمد عبد الرزاق ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الرابع (البيع والمقايضة) الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص324.

<sup>2</sup> الخطيب محمد محمد، المرجع السابق، ص 37.

<sup>3</sup> المرجع نفسه، ص 38.

<sup>4</sup> وليد علي محمد عمر، المرجع السابق، ص38.

ولقد أكد ذلك الأستاذ RACINE عند استقراءه لنصوص المواد 1592، 1591، 1583 من التقنين المدني أن الثمن قيمة من النقود التي يدفعها الذي انتقلت الملكية إليه إلى البائع<sup>(1)</sup>. أما بالنسبة للتشريع الجزائري، فلقد اهتم كذلك بفكرة نقدية الثمن ويتبين ذلك من خلال نصوص التقنين المدني، حين عرف عقد البيع بأنه عقد يلتزم فيه البائع أن ينقل الملكية للمشتري ملكية الشيء أو حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي<sup>(2)</sup>، كما أن الثمن يعتبر الالتزام الرئيسي للمشتري وخير دليل على ذلك التخصيص لجزء كبير من النصوص للالتزام بدفع المقابل النقدي في عقد البيع، إذ من المادة 387 إلى 396 من الأمر 58/75 كلها تتعلق بالالتزام المشتري بدفع المقابل النقدي المتفق عليه في العقد أو الذي تم تحديده فيما بعد وفقا لأسس التقدير الموضوعية.

كما تعرضت نصوص اتفاقية فينا المتعلقة بعقود البيع الدولي للبضائع إلى عنصر الثمن وتم ذكره في العديد من المواطن لكن دون أن تحدد تعريف دقيق له، إلا أنها تؤكد على نقدية الثمن في كل مرة وخاصة في المواد 54، 55، 53 على التوالي والخاصة بدفع الثمن<sup>(3)</sup>. إذ تنص المادة 54 من الاتفاقية على أنه:

"يتضمن التزام المشتري بدفع الثمن، اتخاذ ما يلزم واستيفاء الإجراءات المطلوبة بموجب العقد أو بموجب القوانين والأنظمة واجبة التطبيق من أجل تسديد الثمن"<sup>(4)</sup>

غير أن الثمن في عقود نقل التكنولوجيا مثلا يتعدى ليشمل بعض العناصر الأخرى وهذا على اعتبار أن هذا النوع من العقود يتم فيه تحديد الثمن بصفة إجمالية (السعر الإجمالي للصفحة)، بالتالي فالثمن يشتمل على تكلفة السلعة وتكلفة النقل والتأمين، أي جميع المعدات وبعض الرسوم والضرائب التي يجب دفعها عن المصدر أو البلد الأصلي للتكنولوجيا أو العناصر المكونة لها، إلا أنه وإعمالا لقاعدة سلطان الإرادة في العقد التجاري الدولي يمكن للأطراف المتعاقدة الاتفاق على العناصر التي يشملها الثمن، وعلى سبيل المثال الاتفاق على ثمن محدد في

<sup>1</sup> Voir, RACINE Jean Baptiste, op.cit, p. 78.

<sup>2</sup> راجع نص المادة 351 من الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر، عدد 17 لسنة 1975، معدل ومتمم.

<sup>3</sup> طالب حسن موسى، المرجع السابق، ص 284.

<sup>4</sup> HEUZE Vincent, Traité des contrats: La vente internationale de marchandises, Droit Uniforme, Editions LGDJ, DELTA, Paris, 2000, p 310.

العقد ولا يشمل رسوم الاستيراد أو التصدير والتي تقع على عاتق متلقي التكنولوجيا<sup>(1)</sup>، كما يعبر الثمن على القيمة النقدية محل الاستثمار بالنسبة لصاحب المشروع خاصة في عقود المفتاح والإنتاج في اليد<sup>(2)</sup>.

إذن الثمن من خلال اعتباره المقابل النقدي لخدمة أو سلعة معينة في مجال عقود التجارة الدولية أو اعتباره القيمة النقدية لخدمة أو سلعة في مركز المبادلات وفي مركز الاقتصاد الحر منذ أن كانت النقود الاختراع والاكتشاف الذي سهل المبادلات والمعاملات بين المتعاملين الاقتصاديين والتي تساهم بقدر كبير في حركة المبادلات التجارية، بالتالي فالنقود تعطي أهمية للثمن التعاقدية، أهمية أساسية في مجال المبادلات والمعاملات الاقتصادية، غير أنه بالنسبة لهذه السلع والخدمات التي تكون محلا للمبادلات أو محلا في العقود الدولية تشترك في عنصر واحد هو إمكانية تقييمها بالنقود أو تحديد مقابلها في سوق محدد، بمعنى الثمن مقابل السلعة أو الخدمة. وعلى هذا يمكن التحدث عن الثمن أن له أهمية في قيام العلاقة التعاقدية في إطار قانوني منظم وهذا ما يدفعنا إلى تحديد تعريف الثمن من الناحية الاقتصادية كعامل لاستقرار العقود التجارية الدولية من جانبها الاقتصادي.

### ب- التعريف الاقتصادي للثمن

يمكن تعريف الثمن من الناحية الاقتصادية على أساس أنه عنصر مهم لتحديد أو تبيان معادلة وموازنة المبادلات، كونه يمثل قيمة المبادلات أو السلع محل التعاقد وهذه القيمة تكون ثابتة في فترة معينة وفي سوق محدد وتحت تأثير المنافسة الشديدة، إذ في نفس الوقت يمثل قيمة التوازن أو معادلة التوازن للمبادلات والسلع، بالإضافة إلى ذلك يضيف الأستاذ A/Bertrand على أن الثمن هو نقطة تلاقي العرض والطلب في سوق محدد<sup>(3)</sup>.

إلا أنه يمكن إيجاد العديد من المفاهيم للثمن تختلف باختلاف المعاملة أو العقد المراد إبرامه وخاصة في ظل الاقتصاد الحر الذي يقوم على أساس حرية الأسعار، فالثمن عادة ما يمثل

<sup>1</sup> صالح بن بكر الطيار، العقود الدولية لنقل التكنولوجيا، الطبعة الثانية، دار بلال للطباعة، بيروت، 1999، ص 219.

<sup>2</sup> انظر في ذلك تحليل الأستاذ مزغني في تحليله للثمن:

MEZGHANI Ali, op.cit, p 277.

<sup>3</sup> ضياء عبد المجيد، اقتصاديات النقود والبنوك، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 2002، ص 37.

قوة صاحب السلعة أو الخدمة من عدمه من خلال كيفية تحديده للثمن وكذا باتخاذ مركزه في السوق<sup>(1)</sup>.

فالثمن في الحياة الاقتصادية حسب الأستاذ BOUKHEZAR يدل على ثلاثة مؤشرات هامة<sup>(2)</sup>، هي كالاتي:

1/ الثمن كمؤشر للندرة: إذ من خلاله تتبين درجة الضغط التي توجد بين الحاجيات والموارد.

2/ الثمن كمؤشر لحركة السلع والخدمات: فإننتاج السلع والخدمات تتغير خلال حركتها عن طريق المبادلات وهذا ما يؤدي إلى تغير قيمتها النقدية.

3/ الثمن كمؤشر للتوزيع: إذ يعبر الثمن عن القيمة النقدية التي تكون المفتاح الأساسي لتقسيم وتوزيع الدخل الناتج عن النشاط الاقتصادي.

هذا بالنسبة لمهام الثمن، غير انه لا يمكن إيجاد تعريف للثمن دون التطرق إلى النقود التي تعتبر قوة شرائية عامة، فهي أداة مبادلة وهذا لما كانت عليه الصعوبات التي يتلقاها المتعاملين الاقتصاديين في عملية المقايضة، بالتالي أصبحت عملية تبادل السلع والخدمات في إطار التجارة الدولية سهلة وذلك عند الاعتماد على النقود، وتوفر للبائع والمشتري الجهد والوقت الضائع عند مبادلة سلعة بأخرى، كما يعبر الثمن على الوحدة النقدية من عملة معينة (مثلا عملة الدولار، الاورو، الجنيه...والدينار الجزائري)، فهو في هذه الحالة يصبح مؤشرا للقيمة وذلك بالإشارة إلى عدد الوحدات النقدية المطلوبة للحصول على خدمة أو سلعة معينة<sup>(3)</sup>.

الجدير بالذكر أنه من غير الضروري أن يستخدم نفس الشيء كأداة مبادلة وفي نفس الوقت وحدة حساب، إذ يكفي تحديد أسعار(الثمن) السلع والخدمات لتسهيل إبرام العقود وإجراء عمليات المبادلات على مستوى التجارة الدولية، لكن من الأفضل أن يستعمل شيء واحد لتحقيق وظيفتين أي الثمن ممثلا بالنقود كأداة مبادلة ومقياس لتحديد القيمة، وان هذه الوحدة للقياس لا تقتصر على مجرد تسهيل عملية المبادلة وإنما مطلوبة لتحديد أهمية المشاريع الاقتصادية والمعاملات التجارية الدولية الكبرى، بالتالي فاختيار المشروع والمعاملة التجارية لابد

<sup>1</sup> DESMET Pierre & ZOLLINGER Monique, op.cit, p 31.

<sup>2</sup> انظر في تفصيل فكرة مؤشرات الثمن في الحياة الاقتصادية: Les fonctions principales de prix, In BOUKHEZAR O.I, op.cit, pp 674-668.

<sup>3</sup> ضياء عبد المجيد، المرجع السابق، ص38.

أن يقوم على دراسة مسبقة للتكاليف بمعنى القيمة النقدية واجبة الدفع للحصول على محل التعاقد.

كما أن النقود لها وظيفة أخرى تتمثل في أنها وسيلة للمدفوعات الآجلة، ويقصد بذلك أنه يمكن للمتعاملين الاقتصاديين الحصول على قروض من المؤسسات البنكية والمالية الوطنية والدولية لتمويل الصفقات التجارية والمشاريع الكبرى على المستوى الوطني أو الدولي، بالإضافة إلى ذلك قد تكون وسيلة ضمان المدفوعات في مجال عقود التجارة الدولية، إذ يتم استيفاؤها من طرف المتعاملين الاقتصاديين بقيمة نقدية معينة وفي آجال محددة<sup>(1)</sup>.

إذن، من خلال ما تقدم يمكن استخلاص بعض النقاط التي يجب أن يشتمل عليها الثمن من الناحية الاقتصادية وهي كالتالي:

- 1- قيمة الشيء (السلعة أو الخدمة) محل التعاقد التي تتحدد طبقاً لقانون العرض والطلب.
- 2- هامش الربح الذي يعود على البائع وهو الذي يعتبر المحرك الرئيسي للنشاط الاقتصادي.
- 3- المصاريف المختلفة الخاصة بالسلع أو الخدمات والتي تتمثل في الرسوم والضرائب، نفقات التعبئة، التخزين، النقل وغير ذلك من المصاريف الإضافية، فهي تأخذ حكم الثمن والتي تقع على المشتري ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك.

### ج- التعريف المزدوج للثمن

من خلال التفسير القانوني والاقتصادي لعنصر الثمن يتبين بأنه يمثل مركزاً أو نقطة تلاقي الاقتصاد والقانون في مجال العلاقات والمعاملات بين المتعاملين، خاصة الاقتصاديين منهم في مجال التجارة الدولية، فالثمن من جهة يبين ويكشف عن التصرف القانوني الذي يكون عنصراً مهماً في العملية أو الصفقة الاقتصادية والذي يجعل من العقد قائماً أو ممكناً الوجود<sup>(2)</sup> ومن جهة أخرى يبين ويدل على جميع الصور-الأشكال- التي يمكن أن تتخذها العلاقات القانونية، بالتالي فالحياة الاقتصادية تستلزم تبيان هذه التصرفات والعمليات التي تقوم على أساس تعاقدية<sup>(3)</sup>.

<sup>1</sup> ضياء عبد المجيد، المرجع السابق، ص 47.

<sup>2</sup> JOEL Michel, « Le contenu Juridique des décisions du 1<sup>er</sup> Décembre 1995 », RTDcom, n°01, Paris, 1997, p 01.

<sup>3</sup> REVET Thierry, « Les apports au droit des relations de dépendance », RTDcom, n° 01, Paris, 1997, p 37 et, s.

يعتبر الثمن عنصراً مهماً في العقد التجاري الدولي على اعتبار أنه يبين في أول وهلة على العلاقة القانونية والعملية الاقتصادية المراد تحقيقها من خلال العقد المزمع إبرامه، ولكن إذا كان الثمن كذلك "عنصر في العقد" فهو يمثل العقد الخاضع إلى قواعد القانون التي تشكل النظام القانوني، وهذا النظام يشكل شرطاً لصيرورة واستمرار الاقتصاد، والذي يعمل على وضع وإرساء القواعد التي تنظم العلاقات الاقتصادية والمبادلات والسلع والخدمات، أو بالأحرى المعاملات الاقتصادية التي تمارس في إطار القانون<sup>(1)</sup>، فهذه المبادلات والمعاملات الاقتصادية منصهرة في القواعد القانونية وهذا ما يؤدي بنا إلى تأكيد الطرح السابق المتعلق بتلاقي الاقتصاد والقانون بالقول على أن كل تصرف أو معاملة اقتصادية في نفس الوقت هو تصرف قانوني وما العقد إلا وسيلة أو إطار تنظيمي لتنظيم الحياة الاقتصادية والتي يكون فيها تحقيق المعاملات الاقتصادية في إطار تنظيم قانوني.

فالثمن وما له من أهمية في العقد التجاري الدولي يتأثر ويتغير بحسب طبيعة العقد وطبيعة العلاقة والمعاملة الاقتصادية المراد تحقيقها في إطار قانوني، وهذا مع مراعاة المعطيات الاقتصادية التي تحيط بالعقد<sup>(2)</sup>، كما أن الثمن كعنصر في العلاقة الاقتصادية والقانونية يتأثر ببعض المبادئ القانونية المعروفة لدى معظم التشريعات القانونية المقارنة الداخلية والدولية، وخير مثال على ذلك مبدأ أو قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" والتي تمثل مبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود الداخلية كانت أم دولية، فالأطراف المتعاقدة لها كامل الحرية في تحديد الثمن وتقديره، وخاصة مع العلم أن المعاملات الاقتصادية الدولية تتأثر بعامل مهم في مجال التجارة الدولية ألا وهو عامل عدم استقرار العملة وكذا أعمال نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة، بالتالي فالأطراف لهم أن يتفقوا على ثمن معين ومحدد وبعملة محددة عادة ما تكون مستقرة في السوق المالية الدولية، بالتالي لا يثار أي إشكال في مسألة دفع الثمن عند حلول أجل الوفاء به<sup>(3)</sup>.

بناءً على التعريف المزدوج للثمن يتبين لنا أنه لا يمكن تحديد مفهوم الثمن وتعريفه دون أن يتم دمج مصطلحات قانونية واقتصادية في نفس الوقت، فالثمن على هذا الاعتبار يمثل قيمة من النقود من عملة معينة يتم دفعها من قبل المشتري إلى البائع مقابل انتقال الملكية إليه، إذن

<sup>1</sup> BOUKHEZAR O.I, op.cit, p 667, DESMET Pierre & ZOLLINGER Monique, op.cit, p 16.

<sup>2</sup> BOUKHEZAR O.I, op.cit, p 667.

<sup>3</sup> صالح بن عبد الله بن عفاف العوفي، المرجع السابق، ص 222.



الثمن عنصر جوهري لإبرام التصرفات القانونية واستمرار العلاقة الاقتصادية الناتجة عن المبادلات والمعاملات التجارية.

### ثانيا: خصائص الثمن في عقود التجارة الدولية

العقد هو اتفاق (تلاقي لإرادتين أو أكثر) يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما<sup>(1)</sup>. فالعقد يحمل الأطراف المتعاقدة التزامات معينة ومحددة، إذ هناك اداءات متقابلة متزنة ومتعادلة وعادة ما يكون المقابل لهذه الاداءات قيمة نقدية أو خدمة يمكن تقييمها بالنقود، بالتالي في حالة الإخلال بالالتزامات الملقاة على عاتق الأطراف تترتب جزاءات مختلفة وخاصة إذا تعلق الأمر بعدم الوفاء بالمقابل النقدي أي الثمن<sup>(2)</sup>، الذي يعتبر من أهم العناصر التي يطول فيها الجدل والنقاش في عقود التجارة الدولية وكذلك لاعتباره من العناصر غير المستقرة التي تتأثر بالعديد من المؤثرات في السوق كالعرض والطلب، ارتفاع أو تدهور قيمة العملة في البورصة، كما أنه من الالتزامات الجوهرية للمشتري مقابل إسلامه محل البيع أو المنشأة محل التعاقد، على غرار الالتزامات الأخرى المحددة في العقد.

### أ- الثمن عنصر جوهري في العقد التجاري الدولي

يعد الثمن من العناصر الجوهرية في عقود التجارة الدولية<sup>(3)</sup> على غرار الأركان الأساسية الأخرى في العقد والتي تتمثل في الرضا والمحل والسبب، إذ لا بد أن يتضمن العقد التجاري الدولي نصا يحدد الثمن المتفق عليه بين الأطراف في العقد بالإضافة إلى تحديد الالتزامات الأخرى سواء كان ذلك أثناء التقدم للمفاوضات أو تنفيذ بنود العقد، كون على الأطراف أن يحددوا الثمن أو أن يجعلوه قابلا للتحديد أو التقدير وفقا لمعطيات محددة موضوعية<sup>(4)</sup> يتم الاعتماد عليها.

<sup>1</sup> راجع نص المادة 23 من قانون رقم 10/05، مؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، ج رعد 44، سنة 2005.

<sup>2</sup> وليد علي محمد عمر، المرجع السابق، ص 33.

<sup>3</sup> خالد احمد عبد الحميد، فسح عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فيينا لعام 1980، مكتبة ومطبعة الإشعاع الفنية، الإسكندرية، 2002، ص 145.

<sup>4</sup> FONTANEAU Cabinets, « La formation des contrats internationaux », RFEDIA, n° 125, Paris, 2001, p 07.

وتظهر أهمية الثمن في انعقاد العقد التجاري الدولي خاصة في مرحلة ما قبل التعاقد أي مرحلة التقدم إلى المفاوضات على عناصر العقد، لأن هذا الأخير لا يتوقف على الإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين بل على توافق الإرادتين وتطابقهما على ثمن العقد ومحلّه معاً وهو ما يمكن اعتباره بمثابة إيجاب مشترك والذي يمثل الالتزام بالعقد النهائي.

لقد ذهب بعض الفقه إلى اعتبار الثمن كركن في العقد التجاري الدولي وهذا ما يؤكده الأستاذ محمد كمال عبد العزيز:

" الثمن ركن أساسي في عقد البيع سواء كان محلياً أو دولياً فإذا انعدم لم نكن بصدد عقد بيع بالمرّة<sup>(1)</sup> ".

وهذا بالنظر إلى المكانة التي يحتلها في العقد، بالتالي فغيابه سيؤدي لا محالة إلى نقصان العقد من عنصر مهم لأن تحديد الثمن يغطي ثلاثة عناصر لا تقل أهمية عنه وهي تحديد مكان وزمان الوفاء به وكذا عملة الدفع<sup>(2)</sup>.

بالرغم أن الأطراف المتعاقدة تولي اهتماماً كبيراً لمحل التعاقد (السلعة أو الخدمة) وذلك بتحديدته تحديداً نافياً للجهالة، إلا أن النقطة الحاسمة والتي يطول عليها النقاش والتفاوض هي النقطة المتعلقة بالأداء النقدي "الثمن" وهذا ما يؤكده الأستاذ BIRBES حول بند الثمن في العقد<sup>(3)</sup>.

ولعل السبب الأساسي لاعتبار الثمن عنصر جوهري في عقود التجارة الدولية هو التقلبات التي تتعرض لها أسعار الصرف الوطنية والأجنبية تبعاً لاعتبارات عديدة ومتنوعة، لا يمكن لزاماً إحكام السيطرة عليها من جانب السلطات النقدية الرسمية في الدولة، إلى جانب ذلك فالثمن في عقد المقاول الدولي وعقود البيع الدولي للبضائع يشكل عنصراً يلقي أشد الاهتمام من جانب

<sup>1</sup> نقصد بالانعدام هنا عدم اتجاه نية الأطراف المتعاقدة أصلاً لوجود الثمن، بمعنى أن انتقال الملكية دون مقابل. انظر في ذلك: وليد علي محمد عمر، المرجع السابق، ص 34.

<sup>2</sup> وليد علي محمد عمر، المرجع نفسه، ص 35.

<sup>3</sup> يعتبر الثمن وشروط الوفاء به محل المفاوضات الحاسمة، راجع في ذلك:

" Le montant du contrat et les conditions de paiement seront l'objet des négociations serrées ". Voir, BIRBES Xavier, « L'objet de la négociation », RTDcom, n° 03, juill-sept, Paris, 1998, p 478.

الأطراف المتعاقدة وانشغالا من هيئات التمويل الأجنبية والدولية التي تقوم باقتراض البلدان لتجهيز مشروعات التنمية<sup>(1)</sup>.

### ب- خاصية عدم الاستقرار للثمن في العقد التجاري الدولي

تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة في العقود التجارية الدولية والذي يقتضي باحترام بنود العقد التي اتفق عليها الأطراف، إذ أن بنود العقد تمثل القانون الذي ينظم المعاملات الواردة في إطار العقد على غرار مختلف القواعد الآمرة التي تنظم هذه المعاملات على المستوى الداخلي والدولي، وخاصة البند المتعلق بالأداء النقدي (عنصر الثمن) الذي يكون مستحق الوفاء عند حلول أجله، بالتالي فاتفق الأطراف على القيمة النقدية واجبة الوفاء تكون ثابتة طول مدة تنفيذ العقد، مع العلم بالمدة الطويلة التي تستغرقها العقود الدولية عند التنفيذ وهذا ما يجعل من استقرار الثمن طول هذه المدة أمرا ليس مطلق، كون أن الأطراف المتعاقدة تستند إلى المعدل أو الثمن الذي جرى عليه التعامل بينهم أو الثمن السابق في السوق وهذا بالاعتماد على الأدلة الموضوعية والمعطيات المتعلقة بثمن السوق لحظة التعاقد، وفي حالة غياب الأدلة والمعطيات الموضوعية المساعدة في تحديد الثمن فإن الأطراف تلجأ إلى الأخذ بعين الاعتبار مرتب المقاول أو دخل المؤسسة أو سعر السوق لحظة التعاقد<sup>(2)</sup>.

وبما أن الغالب في عقود التجارة الدولية أن مدة التنفيذ تكون طويلة فإن تقلب الأسعار الخاص بالسلع والخدمات وارد لا محالة (انخفاض أو ارتفاع)، كما انه يمكن حدوث ظروف طارئة أو قوة قاهرة من شأنها أن تؤثر على الثمن سلبيا إذ من جراء ذلك تدفع بالأطراف إلى مراجعة الثمن أو إنقاظه أو تدفع بالمشتري وحده إلى طلب ذلك<sup>(3)</sup>.

كما أن المنافسة في السوق والدور الذي يلعبه العرض والطلب في نفس الحيز المكاني دورا مهما في استقرار ثمن البضاعة أو المشاريع محل التعاقد خاصة عندما يتعلق الأمر بعقود التوريد بمواد أولية أو أجهزة معينة، لأن ثمن السلعة بالرغم من انه ثمن محدد مسبقا وثابت في العقد

<sup>1</sup> عطية نعيم، الموسوعة القانونية للاستثمارات والعقود الدولية، وثائق وبحوث، التعاقد الدولي وتجهيز مشروعات التنمية (ضمان المستحقات)، الجزء الرابع، مطبعة الجبلاوي، بيروت، 1995، ص 09.

<sup>2</sup> صالح بن بكر الطيار، المرجع السابق، ص 102.

<sup>3</sup> PANAYOTIS Glavinis, le contrat international de construction, Editions GLN-JOLI, Paris, 1993, pp 162,163.

إلا أن للسوق تأثير على هذا الثمن المحدد بالنظر إلى الكميات المطلوبة وكذا عامل وجودها في السوق أو ندرتها، لذلك ولاعتبارات التأثير بتقلبات الأسعار ووجوب مراعاة سعر التكلفة والتوريد فإن المورد عادة ما يقوم بطلب مراجعة الثمن وزيادة الثمن على أساس سعر التكلفة الجديد في حالة زيادة ثمن التكلفة، والعكس بالنسبة للمشتري في حالة تدني ثمن البضاعة في السوق فيطلب إنقاص الثمن وفقا لثمن السوق وخاصة في حالة وجود عروض بأثمان اقل وفي نفس السوق، بمعنى إمكانية الحصول على نفس السلعة، وفي نفس السوق بثمن اقل<sup>(1)</sup>.

لكن يبقى عامل عدم استقرار العملة في السوق المالية الدولية، العامل الأساسي في عدم ثبوتية واستقرار الثمن في عقود التجارة الدولية، كون انخفاض عملة الوفاء والدفع أو ارتفاعها له أن يثقل من التزامات احد الأطراف وهذا ما يدفع به إلى طلب المراجعة أو إعادة النظر في قيمة العقد<sup>(2)</sup>، إلا في حالة استبعاد الأطراف المتعاقدة المراجعة الخاصة بالثمن لسبب انهيار أو ارتفاع في العملة النقدية، بالتالي استوجب الأخذ بنود العقد ويتحمل المتعاقد المضروب نتائج عدم استقرار العملة أثناء تنفيذ العقد<sup>(3)</sup>.

### ج- الثمن: الالتزام الرئيسي للمشتري في عقود التجارة الدولية

إلى جانب تسلم المبيع والمنشأة من قبل المشتري وفقا لبنود العقد، فعليه القيام بالالتزام الرئيسي والأساسي الذي يسبق عادة عملية التسلم وهو الوفاء بالثمن المتفق عليه في العقد وفقا للبنود المنصوص عليها والإجراءات المحددة فيه .

يعتبر التزام المشتري بالوفاء بالثمن من الالتزامات الرئيسية والهامة في عقود التجارة الدولية نظرا للأهمية التي يمتاز بها في هذا المجال، وهذا الالتزام مقرر في جميع عقود البيع الدولية التي أصدرت نماذجها مجموعة " الانكوتيرمز "، غير أن قيمة الثمن تتغير بتغير نوع عقد البيع المراد تحقيقه، فمثلا في عقد البيع مع الالتزام بنفقات البضاعة وأجرة النقل، فالمشتري بالإضافة إلى

<sup>1</sup> DESMET Pierre & ZOLLINGER Monique, op-cit, p 20. Voir aussi, BOUHKEZAR O-I, op.cit, p 673.

<sup>2</sup> أبو قحف عبد السلام، بحوث تطبيقية في إدارة الأعمال الدولية، الدار الجامعية للنشر والتوزيع، عمان، 2001، ص 196.

<sup>3</sup> وهذا ما عملت به الحكومة الجزائرية عند إبرامها للعديد من العقود الدولية مع مختلف الشركات الأجنبية، إذ في كل مرة تستبعد عنصر تقلب الأسعار كسبب لمراجعة الثمن، لمزيد من التفصيل حول هذه النقطة، راجع: معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية...، المرجع السابق، ص 150.

الثمن الحقيقي للبضاعة يلتزم المشتري بدفع جميع نفقات وتكاليف الحصول على شهادة المصدر والوثائق الأخرى، بالإضافة إلى تحمله جميع الرسوم الجمركية وأية رسوم أو ضرائب أخرى تدفع في وقت أو بسبب عملية استيراد البضاعة<sup>(1)</sup>.

إلى جانب ذلك، تعتبر التزامات المشتري في نوع آخر من عقود البيع وهو عقد البيع الدولي سيف C.I.F الذي يعني " البيع مع التزام المشتري بنفقات البضاعة وأجرة النقل ومصاريف التأمين"، فالمشتري في هذا النوع الأخير من عقود البيع الدولي يلتزم بنفس الالتزامات الخاصة بالبيع السابق عرضه ولكن يلاحظ أنه يتحمل جميع النفقات والأعباء المالية المتعلقة بالبضاعة أثناء نقلها على السفينة خلال الرحلة البحرية، فيما عدا أجرة النقل ومصاريف التأمين البحري وإذا تم التأمين على الأخطار السياسية أو ضد الحرب فإن المشتري يتحمل مصاريف هذا التأمين كذلك<sup>(2)</sup>.

يجب تحديد الثمن واجب الوفاء في عقود التجارة الدولية وتحديد نوع العقد المراد إبرامه حتى يتسنى للمشتري الدفع دون إخلاله بالالتزام الأساسي الذي يقع على عاتقه، بالإضافة إلى تحديد طريقة الوفاء بالثمن وخصم ما دفع منه مسبقاً<sup>(3)</sup>، وعلى هذا الأساس تم وضع في هذا المجال قاعدة أساسية مفادها احتفاظ البائع بملكية المبيع حتى الوفاء بالثمن بتمامه وإذا تخلف المشتري عن أداء الثمن يمكن إرغامه على دفع فائدة تأخرية وإذا استمر متخلفاً عن الدفع جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد والمطالبة بالتعويض، هذا بالنسبة لعقود البيع الدولي بينما في عقود بناء المنشآت ونقل التكنولوجيا ففي حالة التأخر عن دفع الثمن يمكن للمنشئ أن يوقف التنفيذ ومتابعة الأشغال ويستعمل حقه في الحبس مع إمكانية حجز على المنشأة<sup>(4)</sup>.

ولقد أقرت اتفاقية فيينا 1980 المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع على الالتزام الرئيسي الذي يقع على عاتق المشتري وذلك في نص المادة 53 منها الذي ينص على أنه:

<sup>1</sup> الشرقاوي محمود سمير، العقود التجارية الدولية...، المرجع السابق، ص. 45.

<sup>2</sup> PAVEAU Jacques & DUPHIL François, Avec la collaboration du CENTRE FRANÇAIS DU COMMERCE EXTERIEUR, Pratique du commerce international, Editions FOUCHER, 18<sup>eme</sup> édition, Paris, 2003, p163.

<sup>3</sup> الخطيب محمد محمد، المرجع السابق، ص. 79.

<sup>4</sup> بوجمعة سعدي نصيرة، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص. 295.

" يجب على المشتري بموجب شروط العقد و هذه الاتفاقية أن يدفع ثمن البضاعة وان يتسلمها".

إذن على المشتري التزاماً بأن يدفع الثمن، فهو مضطر إلى ذلك وثوب الالتزام دائماً هو الإيجابار وهذا ما يضفي صفة الالتزام الرئيسي على الثمن في عقود التجارة الدولية مهما كان نوعها<sup>(1)</sup>.

### خاتمة

من خلال الدراسة التحليلية لعنصر الثمن، يتبين بأن الثمن باعتباره عنصر مهم في العقد إلا أنه أكثر من ذلك فهو يمثل مركز أو نقطة تلاقي الاقتصاد والقانون في مجال العلاقات والمعاملات بين المتعاملين، خاصة الاقتصاديين منهم في مجال التجارة الدولية، فالثمن من جهة يبين ويكشف عن التصرف القانوني الذي يكون عنصراً مهماً في العملية أو الصفقة الاقتصادية والذي يجعل من العقد قائم أو ممكن الوجود، ومن جهة أخرى يبين ويدل على جميع الصور- الأشكال- التي يمكن أن تتخذها العلاقات القانونية، بالتالي فالحياة الاقتصادية تستلزم تبيان هذه التصرفات والعمليات التي تقوم على أساس تعاقدية.

فالثمن يدل على العلاقة القانونية والعملية الاقتصادية المراد تحقيقها من خلال العقد المزمع إبرامه، ولكن إذا كان الثمن كذلك "عنصر في العقد" فهو يمثل العقد الخاضع إلى قواعد القانون التي تشكل النظام القانوني، وهذا النظام يشكل شرطاً لصيرورة واستمرار الاقتصاد، والذي يعمل على وضع وإرساء القواعد التي تنظم العلاقات الاقتصادية والمبادلات للسلع والخدمات، أو بالأحرى المعاملات الاقتصادية التي تمارس في إطار القانون، فهذه المبادلات والمعاملات الاقتصادية منصهرة في القواعد القانونية وهذا ما يؤدي بنا إلى تأكيد الطرح السابق المتعلق باعتباره نقطة تلاقي الاقتصاد والقانون، بالقول على أن كل تصرف أو معاملة اقتصادية دولية في نفس الوقت هو تصرف قانوني و ما العقد إلا وسيلة أو إطار تنظيمي لتنظيم الحياة الاقتصادية الدولية والتي يكون فيها تحقيق المعاملات الاقتصادية في إطار تنظيم قانوني.

<sup>1</sup> وليد علي محمد عمر، المرجع السابق، ص 34.

## مستقبل نظام حماية اللاجئين في ظل القانون الدولي للاجئين\*

اليازيد علي<sup>(1)</sup>

<sup>(1)</sup> أستاذ محاضر "أ"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أم البواقي، أم البواقي، الجزائر.

### الملخص:

لقد قطعت أشواط عديدة في حماية اللاجئين من وضعت اتفاقيات جنيف وما لحقها من صكوك دولية متعددة في إطار القانون الدولي لحقوق الإنسان، والقانون الدولي الإنساني وغيرها من الصكوك، بما يوحي بالأهمية التي أولاها المجتمع الدولي لمشكلة اللاجئين، ومع ذلك فإن هذا الأخير مزال تعيقه صعوبات جمة تطرحها اتفاقية حماية حقوق اللاجئين، ومسألة تكييف اللاجئين وضبط دور المفوضية السامية لشؤون اللاجئين، ثم أخيرا في تمييز اللاجئين عما سواه.

### الكلمات المفتاحية:

اللجوء، اللاجئين، حقوق الإنسان، القانون الدولي الإنساني

\* تاريخ إرسال المقال 2018/01/17، تاريخ مراجعة المقال 2018/06/29، تاريخ نشر المقال 2018/07/31

### **The future of refugee protection in international refugee law**

#### **Summary :**

Much progress has been made in strengthening refugee protection, including the development of the Geneva Conventions and the various international instruments; within the framework of international human rights law, international humanitarian law and other instruments, which shows the importance that the international community attaches to the problem of refugees. However, many difficulties still hinder the Convention on the Protection of Refugees, as the question of defining the status of refugees, its distinction from other similar statutes, and the framework of the role of UNHCR.

#### **Keywords:**

Asylum, refugees, human rights, international humanitarian law.

### **L'avenir de la protection des réfugiés en droit international des réfugiés**

#### **Résumé :**

De nombreux progrès ont été réalisés à fin de renforcer la protection des réfugiés, depuis l'élaboration des Conventions de Genève, et des divers instruments internationaux ; dans le cadre du droit international des droits de l'homme, du droit international humanitaire et d'autres instruments, ce qui montre l'importance que la communauté internationale attache au problème des réfugiés. Cependant beaucoup de difficultés entravent encore la convention sur la protection des réfugiés, ainsi la question de la définition du statut des réfugiés, et sa distinction des autres statuts similaires, l'encadrement du rôle du HCR.

#### **Mots clés:**

Asile, réfugiés, droits de l'homme, droit international humanitaire



## مقدمة

شهد القرن الماضي تطورًا تاريخيًا بارزًا على صعيد المركز القانوني للاجئين في العالم، لاسيما مع إقرار ونفاذ العديد من الاتفاقيات، المواثيق والصكوك الدولية، التي شكلت في مجملها ما يُعرف اليوم بقوانين اللاجئين، بوصفها أحد فروع القانون الدولي المهتمة بتقنين حقوق اللاجئين من جهة، وتعيين نظام الحماية الدولية والأطراف المُلزَمة بتطبيقه من جهة ثانية.

يعود اهتمام مؤسسات المجتمع الدولي برفع مستويات استجابة الدول لظاهرة اللجوء، ومشكلات اللاجئين، إلى ما خلفته الحربان العالميتان من تداعيات مأساوية، طالت ملايين اللاجئين المتضررين من ويلات ومآسي تلك الحروب، وما تلاها من منازعات دولية وداخلية اختبر العالم ولا تزال تداعياتها الخطيرة على حياة اللاجئين، ولعلّ نصيب اللاجئين من المأساة الفلسطينية والعراقية والرواندية والسورية المتواصلة، هو المثال الأبرز على حجم صعوبات وتعقيدات ظاهرة اللجوء، وتفاوت درجات احترام الدول لالتزاماتها القانونية حيال اللاجئين.

لا يستقيم الخوض في مقاربات واقعية عن كيفية تعامل الدول مع قضايا اللاجئين، من دون معرفة قانونية تحيط بالقوانين العرفية والمكتوبة ذات الصلة بحقوق اللاجئين، والتي تُشكل الإطار النظري التأسيسي، الذي يُبنى عليه الحكم الموضوعي على حقيقة تعامل الدول مع مشكلات اللاجئين، حال مواجهة تلك الدول لموجات من اللاجئين على حدودها وفي عقرب دارها. ما شكل امتحانًا، ليس فحسب لمصداقية الدول في تعاملها مع قضايا اللجوء، إنما لتلمس العيوب والثغرات الكامنة في قوانين اللجوء، في معرض تنحي الدول لتطبيقها أو تهربها من القيام بذلك.

وهو ما يثير إشكالية جديدة المنظومة الدولية لحماية اللاجئين؟ فوجود منظومة لحماية اللاجئين هو انجاز، لكن قد تعثره العديد من النقائص والصعوبات التي قد تفقد نظام الحماية انجازاته وتقلل من آفاقه ومستوى التطلعات بخصوصه؟ وهو ما تسعى هذه الدراسة الى إبراز البعض من جوانبه في إطار تحديد مستقبل نظام الحماية الدولية للاجئين.

## المبحث الأول: إيجابيات الحماية الدولية للاجئين

بالرغم من المسيرة الطويلة والمعقدة للحماية الدولية للاجئين، والصعوبات التي واجهها هذا القانون الا انه يمكن تسجيل عدد من الايجابيات.

**المطلب الأول: توفر المعايير القانونية اللازمة للالتزام بقواعد حماية اللاجئين**

لقد عبّر التوسع النوعي في قانون اللاجئين، عن مواكبة المجتمع الدولي والمؤسسات الإقليمية، للمتغيرات التي طرأت على هذه الفئة المهمشة والمستضعفة، وكيفية التعامل والاستجابة لها وفق آليات دولية مكملة لبعضها، تقوم على التوازن بين حقوق اللاجئين من جهة، وتكاتف المجتمع الدولي للتخفيف من أعباء ظاهرة اللجوء من جهة ثانية. لكن السؤال الإشكالي كان يدور حول المركز القانوني للاجئين، الموجودين في دول غير موقعة على اتفاقية اللاجئين وبروتوكولها؟

بالعودة إلى قانون حقوق الإنسان، الذي كان له دور أساس في تقنين حقوق اللاجئين، يمكن العثور على إجابة واضحة تضع حدًا لتنكر الدول لحقوق اللاجئين، بذريعة عدم توقيعها على اتفاقية اللاجئين، لأنها-كما سنرى تاليًا- مُلزَمة باحترام الأحكام العرفية والاتفاقيات الدولية، التي تتعلق بحقوق اللاجئين الواردة في قانون حقوق الإنسان.

**الفرع الأول: اللاجئين في قانون حقوق الإنسان**

أظهرت طائفة المعاهدات الدولية والإقليمية التي شكلت في مجملها قانون حقوق الإنسان، حرصًا كبيرًا على تضمين موثيقها واتفاقياتها، نصوصًا ومواد صريحة، تدعو الدول إلى حماية الحقوق الإنسانية للاجئين وطالبي اللجوء، بما يكفل الدفاع عن تلك الحقوق من جميع أشكال الانتهاكات المحتملة، وتقليل درجات التفاوت في المعاملة بين اللاجئين، ومواطني الدول التي لجؤوا إليها، بما يحقق المساواة بينهما. ومن أهم الموثيق التي عززت حقوق اللاجئين، وشكلت إضافة نوعية في نظام الحماية المكفول بموجب الاتفاقية الخاصة باللاجئين، ولا يمكن للدول التنصل منها نذكر<sup>1</sup>:

أولاً- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 كانون الأول / ديسمبر 1948

حيث نصت المادة " 13 فقرة 2 " من الإعلان على "حق كل فرد أن يغادر أي بلاد بما في ذلك بلده كما يحق له العودة إليه "، كما نصت المادة " 14 فقرة 1 " : "على حق كل فرد أن يلجأ إلى بلاد

1 أحمد أبو الوفا - الحماية الدولية لحقوق الإنسان - دار النهضة العربية - القاهرة 2000- ص 136.

أخرى أو يحاول الالتجاء إليها هرباً من الاضطهاد" في حين استثنت "الفقرة 2" من لا يحق له الانتفاع بهذا الحق وهو "من قدم للمحاكمة في جرائم غير سياسية أو لأعمال تناقض أغراض الأمم المتحدة ومبادئها"

تنازع العديد من الدول رفضها دخول لاجئين بصورة غير قانونية إلى أراضيها، بناءً على حقوقها السيادية التي تجيز لها فعل ما تشاء على إطلاقه بهذا الخصوص، ولذلك يأتي الإعلان العالمي من منطلق ترجيح أولوية حقوق اللاجئين، وتثبيت مبدأ استقبال اللاجئين والاستثناءات عليه، وفق معايير موضوعية وعادلة.

### ثانيا- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية 1966

شملت الحقوق المنصوص عليها في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، فئات اللاجئين وطالبي اللجوء، وذلك من قبيل الحق في الحياة، وفي عدم التعرض للتعذيب وإساءة المعاملة، وفي حرية التنقل والتعبير والتجمع السلمي، والاشتراك في الجمعيات، وفي المساواة أمام القانون، والحق في الحصول على الجنسية. إلا ما هو مقتصر على المواطنين (المادة 25)، إذ تنص على "الحق في المشاركة في الشؤون العامة وفي التصويت والانتخاب وفرصة تقلد الوظائف العامة".

التأمل في الحقوق الواردة في نصوص هذا العهد، يكشف عن تطور لافت في توسيع حزمة الحقوق الممنوحة للاجئين، بما يُجسر الهوة بين حقوق المواطنة ووضعية اللاجئين، وهو ما تبدي في قوانين اللجوء الأوروبية، التي صدرت خلال ثلاثة عقود بعد هذا الإعلان، وتجارها في تخفيف حدة الفوارق بين الحالتين، وتسهيل شروط قبول اللاجئين، ومنحهم حقوق الإقامة الدائمة والتجنيس.

### ثالثا- العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية 1966

أكد العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، على توفير الحماية لحق اللاجئين وطالبي اللجوء، وفي الحصول على شروط عمل عادلة وتفضيلية، وفي تشكيل نقابات عمالية، وفي الضمان الاجتماعي، وفي تحقيق مستوى معيشي كاف، والحصول على التعليم. كما يجيز العهد الدولي للبلدان النامية "أن تقرر -مع إيلاء المراعاة الواجبة لحقوق

الإنسان ولاقتصادها القومي- إلى أي مدى ستضمن الحقوق الاقتصادية المعترف بها في هذا العهد لغير المواطنين". وقد أوضحت لجنة الأمم المتحدة المسؤولة عن تفسير العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية: "أن الحقوق الواردة في العهد الدولي تنطبق على جميع الأشخاص، بمن فيهم غير المواطنين، كاللاجئين وطالبي اللجوء، وعديمي الجنسية، والعمال المهاجرين، وضحايا عمليات الاتجار بالبشر الدولية، بغض النظر عن الصفة القانونية والوثائق الثبوتية."

#### رابعاً- الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري 1965

نظرًا إلى ما يواجهه اللاجئون من حالات تمييز واضطهاد، والنظر المهم كفئات ضعيفة يسهل انتهاك حقوقها سواء من الدول المضيفة أم من مواطنيها، جاءت هذه الاتفاقية للحض على مناهضة كافة أشكال لتمييز العنصري، ويقصد بها وفق المادة 1 من الاتفاقية "أي تمييز أو استثناء أو تقييد أو تفصيل، يقوم على أساس العرق أو اللون أو النسب أو الأصل القومي أو الاثني، ويستهدف أو يستتبع تعطيل أو عرقلة الاعتراف بحقوق الإنسان والحريات الأساسية، أو التمتع بها أو ممارستها على قدم المساواة، في الميدان السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي أو الثقافي، أو في أي ميدان آخر من ميادين الحياة العامة". كما تعدّ المادة 5 من الاتفاقية ذات أهمية بالغة، من حيث تأكيدها على حماية طائفة واسعة من حقوق الإنسان، كالحق في الإقامة وكفالة إجراءات التقاضي والتنقل والعمل والتعليم.. إلخ

على الرغم من تلك الاتفاقية وغيرها من اتفاقيات أخرى، قامت على مبادئ المساواة بين بني البشر، ثمة تمازج في انتهاكات موجّهة إلى فئات معينة، سواء من جانب الحكومات أو الجماعات

أو الأفراد، ويبدو أن اللاجئين أصبحوا من تلك الفئات المستهدفة في السنوات الأخيرة. ثمة انتهاكات كثيرة موثقة تدرج في صنوف التمييز والاضطهاد، تعرض لها لاجئون أثناء تنكيم طرق الهجرة غير الشرعية، من جانب دول العبور، التي تشكل ممرات إجبارية لا بد من اجتيازها لوصول اللاجئين إلى وجهتهم الأخيرة، ما يشير إلى انتكاسة بالغة على هذا الصعيد، في مقابل صمت دولي على مرتكبي تلك الانتهاكات.

## خامسا- اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة 1984

اعترفت الدول الأطراف في هذه الاتفاقية بالحقوق المتساوية وغير القابلة للتصرف، لجميع أعضاء الأسرة البشرية، وفقا للمبادئ المعلنة في ميثاق الأمم المتحدة، على أساس الحرية والعدل والسلم في العالم، ونصت "المادة 2" من الاتفاقية على:

-تتخذ كل دولة طرف إجراءات تشريعية أو إدارية أو قضائية فعالة أو أية إجراءات أخرى، لمنع أعمال التعذيب في أي إقليم يخضع لاختصاصها القضائي.

- لا يجوز التدرع بأي ظروف استثنائية أيًا كانت، سواء أكانت هذه الظروف حالة حرب أو تهديدا بالحرب أو عدم استقرار سياسي داخلي، أو أية حالة من حالات الطوارئ العامة الأخرى كمبرر للتعذيب<sup>1</sup>.

خلافًا لنظام حماية اللاجئين، الذي يستثني أشخاصًا معينين من حماية اتفاقية اللاجئين، فإن اتفاقية مناهضة التعذيب والعهد الدولي، لا تنصان على أي استثناءات للأشخاص المحميين بموجبهما. أما تصنيف جريمة التعذيب في القانون الدولي الإنساني، بوصفها من الانتهاكات الجسيمة، التي تقضي مساءلة مرتكبيها جنائيًا بموجب نظام المسؤولية الجنائية الفردية، فهو تطور قانوني وقضائي في حماية اللاجئين، من ضروب التعذيب والمعاملة المهينة في جميع الظروف والأوضاع.

### الفرع الثاني: اتفاقيات أخرى ذات صلة

تأسس أيضًا على اتفاقية اللاجئين وبروتوكولها، صدور العديد من المواثيق والصكوك الإقليمية، التي شكلت منظومة حماية إقليمية للاجئين مُكملةً للمنظومة الدولية ومؤكدةً عليها، نذكر منها:

- مبادئ بانكوك حول وضع ومعاملة اللاجئين، تم اعتمادها في المنظمة الاستشارية القانونية الآسيوية الأفريقية في عام 1966.
- اتفاقية منظمة الوحدة الإفريقية التي تحكم الجوانب المختلفة لمشاكل اللاجئين في أفريقيا في عام 1969.

1محمد امين ميداني - حقوق الانسان - مجموعة وثائق اقليمية - عمان - 1992 - ص 242.

- توصيات المجلس الأوروبي المعنية بالحالة الواقعية للاجئين 1976
- إعلان قرطاجة بشأن اللاجئين لدول أمريكا اللاتينية في عام 1984.
- توجيهات مجلس الاتحاد الأوروبي بشأن المعايير الدنيا لتأهيل ووضع رعايا البلد الثالث والأشخاص عديمي الجنسية، كلاجئين أو غيرهم ممن يحتاجون إلى الحماية الدولية ومحتوى الحماية الممنوحة في عام 2004.

### الفرع الثالث: اللاجئين في القانون الدولي الإنساني

يُعدّ اللاجئين من ضمن الفئات المحمية في القانون الدولي الإنساني، حيث أولت اتفاقية جنيف الرابعة لعام 1949 عناية خاصة بحماية المدنيين في النزاعات الدولية المسلحة، وحثّت الاتفاقية الرابعة البلدان المضيفة، على معاملة اللاجئين معاملة تفضيلية، والامتناع عن معاملتهم كأجانب أعداء على أساس جنسيتهم لا غير، نظرًا إلى أنهم لا يتمتعون كلاجئين بحماية أي حكومة "المادة 44 من الاتفاقية الرابعة". كما تقضي اتفاقية جنيف الرابعة بأنه "لا يجوز نقل أي شخص محمي في أي حال إلى بلد يخشى فيه الاضطهاد بسبب آرائه السياسية أو عقائده الدينية" "مبدأ عدم جواز الطرد المادة 45، الفقرة 4 من الاتفاقية الرابعة"

مع صدور البروتوكول الإضافي الثاني للاتفاقية عام 1977 الذي اختص بضحايا المنازعات المسلحة الداخلية، حظي اللاجئين بمكانة أكبر في القوانين الدولية، وفضلاً عن ذلك، فإن البروتوكول الثاني يحمي السكان المدنيين من عواقب الأعمال العدائية. وهكذا يتمتع السكان المدنيون بحماية عامة من الأخطار الناجمة عن العمليات العسكرية "المادة 13" ولا ينبغي خاصة أن يكونوا عرضة للهجمات. ومن المحظور أيضًا "أعمال العنف أو التهديد بها الرامية أساسًا إلى بث الذعر بين السكان المدنيين"<sup>1</sup>.

كما يحظر البروتوكول الثاني الترحيل القسري للمدنيين، إذ لا يجوز وفق "المادة 17" من البروتوكول "الأمر بترحيلهم إلا بصفة استثنائية، إذا تطلبت ذلك دواعي الأمن أو أسباب عسكرية ملحة. وفي هذه الحال، "يجب اتخاذ كافة الإجراءات الممكنة لاستقبال السكان المدنيين في ظروف مُرضية، من حيث المأوى والأوضاع الصحية الوقائية والعلاجية والسلامة والتغذية."

1 دنيز بلاتنر – حماية الأشخاص المهجرين في المنازعات المسلحة غير الدولية – المجلة الدولية للصليب الأحمر، العدد 28، كانون الأول/ديسمبر 1992، الصفحة 447 وما يليها.

في ظل وجود حقائق دامغة، على عمليات تهجير وترحيل قسري، يتعرض لها اللاجئون في عدة مناطق من العالم، يشكل اللاجئون السوريون -ومن في حكمهم- المثال الصارخ عليها في واقعنا الحالي، لا بد أن أهمية مثل هذه المواد القانونية في تجريم الجهات المسؤولة عن عمليات التهجير القسري، تفرض ملاحقة ومعاينة المسؤولين عنها، بوصفهم ارتكبوا جرائم حرب حين انتهكوا بصورة جسيمة تلك المواد التي تجرم كل من يقوم بترحيل السكان قسرياً.

لا غلو، في أن قيام أطراف النزاع أو أحدها بانتهاك ما جاء في المادة الثالثة المشتركة، ليس بعيداً عما يتعرض له النازحون أيضاً داخل بلدهم، في ظل تعرضهم للتهجير الداخلي، ولا سيما حين يكون نتيجة استهدافهم بالحصار والتجويع الممنهجين، وهو ما يشكل أيضاً جرائم ضد الإنسانية بموجب المادة "7-1-د" من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، التي تنص على أن "إبعاد السكان أو النقل القسري للسكان، متى ارتكب في إطار هجوم واسع النطاق، أو منهجي موجه ضد أية مجموعة من السكان المدنيين، يشكل جريمة ضد الإنسانية".<sup>1</sup>

في مقابل دور اتفاقيات القانون الدولي الإنساني في حماية اللاجئين، ثمة أهمية كبيرة أيضاً للقواعد العرفية في التأكيد على وجوب توفير تلك الحماية، وهو ما نجده في مبدأ عدم الإعادة القسرية، الذي ينطبق على جميع البلدان بغض النظر عما إذا كانت تلك البلدان دولاً أطرافاً في الاتفاقيات المحددة، التي نصت على حظر الإعادة القسرية. وهذا يعني أنه حتى في حالة عدم مصادقة دولة ما على اتفاقية اللاجئين، فإنه يظل يقع على عاتقها التزام بعدم إرغام أي شخص على العودة إلى بلد يمكن أن يواجه فيه خطر الاضطهاد.

في المحصلة تشكل مجمل هذه المصادر القانونية، ذخيرة غنية يعتد بها في إقامة نظام مُمتاز لحماية اللاجئين، وذات أهمية أيضاً في مساعدة النازحين، ويبقى أن كل تراخ أو انتهاك للمبادئ العرفية والمواد القانونية التي تضمنتها تلك المصادر، هو بمنزلة تراجع عن كفاح إنساني وعاملي طويل بخصوص حقوق اللاجئين وحمايتهم الواجبة.

1 عامر الزمالي - الفئات المحمية بموجب أحكام القانون الدولي الإنساني - دار المستقبل العربي - القاهرة - الطبعة الأولى - ص

## المطلب الثاني: توفير الحماية اللازمة للاجئين تحت كل الظروف

بغض النظر عن الظروف التي يتم فيها اللجوء سواء بالنسبة للاجئين أو دولة الاستقبال، فإنه يجب توفير الحماية اللازمة لهؤلاء بغض النظر عن كل هذه الظروف ويتم ذلك وفق آليتين هما الحماية الدولية والحماية المؤقتة للاجئين

يذهب مفهوم "الحماية الدولية" إلى التزام الدول المضيفة للاجئين، بمنح اللاجئين الموجودين على أراضيها، الحقوق الواردة في مواد اتفاقية 1951 وبروتوكولها 1967، وتعدّ البلدان الـ 139 التي وقعت على الاتفاقية وبروتوكولها، ملزمة بتنفيذ أحكامها. وتحفظ المفوضية بـ "التزام رقابي" على هذه العملية، وتتدخل حسب الاقتضاء لضمان منح اللاجئين الصادقين اللجوء، وعدم إرغامهم على العودة إلى بلدان يخشى أن تتعرض فيها حياتهم للخطر.<sup>1</sup>

وفي سبيل ذلك تعمل المفوضية ضمن خيارات ثلاث: إما من خلال مساعدة اللاجئين على العودة الطوعية إلى أوطانهم وهو الخيار الأول، وفي حال صعوبة تحقيق ذلك تعمل على إعادة توطينهم في دول مضيفة وهو الخيار الثاني، أما الخيار الثالث فهو توطينهم في بلدان "ثالثة" أخرى. أما مفهوم "الحماية المؤقتة" فيُطبق حين تواجه دولة ما، تدفقاً جماعياً مفاجئاً من الأشخاص، وعندما تتعرض أنظمتها الخاصة بمنح اللجوء لضغوط هائلة<sup>2</sup>. وفي مثل هذه الظروف، تعمل "الحماية المؤقتة" لفائدة الحكومة وملتزمي اللجوء على حد سواء، غير أنها تُكَمَّل -فحسب- الحماية التي توفرها الاتفاقية الخاصة باللاجئين ولا تعدّ بديلاً منها.<sup>3</sup>

يكمن الفارق الجوهرى بين الحماية الدولية والحماية المؤقتة، في أن الأساس القانونى للحماية الدولية هو حق اللجوء، وهو أحد حقوق الإنسان الأساسية. بخلاف الأساس القانونى للحماية المؤقتة الذي لا يتعدى كونه قراراً أو قانون مؤقت سُنَّ ليحكم حالة طارئة أو استثنائية تتعلق بفئات محددة من الأجانب.

1 الطاهرزخمي - تحديات تطبيق الحماية الدولية لحقوق الإنسان وحياته الأساسية - مجلة الجنان - عدد نيسان/أبريل / 2016.

2 الحماية المؤقتة - موقع المفوضية السامية لشؤون اللاجئين (UNHCR).

<http://www.unhcr.org/ar/4be7cc27563.html>

3 فولكرتوك- ترتيبات الحماية المؤقتة لسد الثغرة في نظام الحماية - نشرة الهجرة القسرية - العدد 53

<http://www.fmreview.org/ar/north>



## المطلب الثالث: تعدد الجهات المعنية بحماية اللاجئين

تضطلع المفوضية السامية لشؤون اللاجئين بدور رقابي أساسي، في أثناء تطبيق الدول المضيفة التزاماتها بموجب قانون اللاجئين، لأنها تعدّ السلطة التنفيذية لقانون اللاجئين، والجهة الدولية الرئيسية المخولة بالتعاون مع الدول، التي ليست طرفاً في النزاع المسلح حول جميع المسائل المتعلقة بنظام الحماية الدولية. يبلغ عدد اللاجئين والنازحين وآخرين عديمي الجنسية، من المشمولين بحماية المفوضية نحو 33.9 مليون شخص، من أصل 65.3 مليون شخص هم العدد الإجمالي حتى نهاية العام 2015.

لكن ما هو الحل حين لا يتمتع اللاجئون بالحماية بموجب القانون الإنساني؟ نظراً إلى أن البلد المضيف ليس طرفاً في نزاع مسلح دولي، أو ليس عرضة لأي نزاع داخلي. عندئذ تُطبق الحماية بموجب قانون اللاجئين وحده، ويستفيدون تبعاً لذلك من نشاط مفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين. وكقاعدة عامة لا تتدخل اللجنة الدولية للصليب الأحمر في هذه الحالة إلا بصفة فرعية، إن كانت المنظمة الوحيدة في ميدان العمل. أما إذا حلت محلها مفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين وغيرها من المنظمات، فإنها تنسحب من ميدان العمل لتخصص جهودها لمهام من بينها إقامة مناطق آمنة، ومناطق استشفاء، والبحث عن المفقودين<sup>1</sup>. والجدير بالإشارة أن المنظمات الحقوقية والإنسانية الدولية والمحلية، باتت تلعب دوراً متنامياً في مراقبة وتقييم أداء الدول المضيفة، في سياق تطبيقها لقانون اللجوء -أبعد من ذلك- توثيق انتهاكات الدول المسؤولة عن ولادة وتفاقم مشكلات اللاجئين. وبهذا المعنى أصبح حتى أداء المفوضية السامية لشؤون اللاجئين موضع متابعة وتقييم من تلك المنظمات، ولا سيما بعد أن أصبح العالم بفعل تطور وسائل الاتصال قرية كونية مفتوحة على بعضها بعضاً.

1 آليات الحماية في القانون الدولي الإنساني – موقع اللجنة الدولية للصليب الأحمر

<https://www.icrc.org/ara/resources/documents/misc/5zxhvp.ht-m>

## المبحث الثاني: صعوبات في مواجهة القانون الدولي للاجئين

القانون الدولي للاجئين في أزمة. هذه العبارة ليست جديدة، بل كتبها جيمس هاثواي<sup>1</sup>، البروفيسور في قانون اللاجئين، منذ ما يقرب من 20 عاماً، ومع ذلك يمكن تكرارها بسهولة لدى وصف حماية اللاجئين اليوم<sup>2</sup>.

وقد يكون مغرياً الاعتقاد بأن استجابة أوروبا السيئة للغاية لوصول قرابة مليون طالب لجوء خلال العام الماضي يمثل تراجعاً جديداً في التزامات الدول بتوفير الحماية لطالبي اللجوء، بيد أنه لم يتغير الكثير منذ أن كتب هاثواي مقاله عام 1997.

ومن عجب أن الحكومات تواصل الإدلاء بتصريحات حول استعدادها لمساعدة اللاجئين، ثم تبحث عن كل السبل الممكنة لتجنب مسؤولياتها القانونية تجاههم. وعندما قررت المستشار الألمانية أنجيلا ميركل التمسك بالتزامات بلادها تجاه طالبي اللجوء، وجهت لها اتهامات واسعة النطاق بأنها تهمل واجباتها في السيطرة على المهاجرين. وبينما ركزت الدول الأوروبية الأخرى على القيام بذلك، استقبلت ألمانيا والسويد في نهاية المطاف عدداً غير متناسب من الوافدين الجدد في عام 2015.

وقد شهد عام 2016، ردود فعل عكسية: فقد تم تعليية الأسوار المزودة بالأسلاك الشائكة، وتميرير قوانين محلية أكثر تقييداً للاجئين، ولعل أكثر تلك الإجراءات إثارة للجدل الاتفاق الذي أبرمه الاتحاد الأوروبي مع تركيا والذي يسمح بإعادة جميع الوافدين الجدد الذين وصلوا إلى اليونان. من تركيا، في مقابل حصول هذه الاخيرة على امتيازات لدى الاتحاد الاوربي، فأصبحت قضية اللاجئين في هذه الحالة سلعة تباع ويقاوض بها.

غير أن الشيء الوحيد الجديد في كل هذا، بحسب هاثواي، هو أن هذه هي المرة الأولى في الذاكرة الحديثة التي يشهد فيها "العالم المتقدم قليلاً مما تحمله العالم الأقل نمواً بشكل روتيني". والسياسات التي كانت فعالة إلى حد ما في ضمان عدم وصول اللاجئين إلى الحدود الأوروبية انهارت تحت وطأة الهجرة الجماعية من سوريا، ودخلت الحكومات الأوروبية في حالة

1 مدير برنامج قانون اللاجئين في جامعة ميشيغان

الأزمة. وقد أدى - وضع اللاجئين حالياً رهن الاحتجاز في اليونان أو تشريدهم لأشهر في ظروف يرثى لها على الحدود - إلى إلقاء الضوء على نقاط الضعف الموجودة مسبقاً في النظام الدولي للاجئين. قضى هاثواي وفريق من المحامين وعلماء الاجتماع ونشطاء المنظمات غير الحكومية ومسؤولون حكوميون من جميع أنحاء العالم، جزءاً كبيراً من فترة التسعينات في محاولة للتوصل إلى حلول لنقاط الضعف هذه . وكان المبدأ الأساسي للنموذج الذي توصلوا إليه هو ضمان تقاسم المسؤولية تجاه اللاجئين على نحو أكثر إنصافاً عبر الدول. والطريقة هي عبارة عن حصص محددة مسبقاً تديرها المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين. وبموجب النظام الدولي المشترك لتحديد من يحق لهم اللجوء يمكن للاجئ أن يصل إلى حدود أي دولة ويخضع لعملية التقييم ذاتها. ثم يتم إعادة توطينهم، وعادة ما يتم ذلك داخل المنطقة، على أن توفر الدول الأخرى خارج المنطقة التمويل وأماكن لإعادة التوطين. وهو الأسلوب الذي اعتمده أوروبا في أزمته الأخيرة، فقد حددت المفوضية الأوروبية حصصاً لكل دولة في الفضاء الأوروبي من اللاجئين لاستقبالهم على إقليمها، لكن هذا المقترح لقي معارضة شديدة من عدد من الدول خصوصاً بولونيا والمجر، كما يشهد لحد الساعة تخلفاً كبيراً في تنفيذه من قبل الدول التي وافقت عليه.

### المطلب الأول: هل تحتاج اتفاقية حماية حقوق اللاجئين نفسها الى مراجعة؟

إن الأساس للنظام الحالي لاتفاقية اللاجئين لعام 1951، قد صيغ لحماية اللاجئين الأوروبيين في أعقاب الحرب العالمية الثانية، ثم جرى توسيعها بعد ذلك لتوفير الحماية للأشخاص الفارين من الاضطهاد في جميع أنحاء العالم. وعلى مر السنوات، كانت هناك دعوات من جميع الأطراف لتعديل الاتفاقية .

ويقول المدافعون عن حقوق اللاجئين أن تعريف اللاجئ ضيق جداً، وأنه لا يبين بوضوح التزامات الدول بمبدأ عدم الإعادة القسرية (وهو أنه لا يمكن إعادة اللاجئين إلى دولة يمكن أن يواجهوا فيها تهديدات خطيرة تمس حياتهم أو حريتهم). كما يشيرون أيضاً إلى أن الاتفاقية تفتقر إلى آلية لإنفاذها، ومن ثم يعتمد تطبيقها إلى حد كبير على حسن نية الـ 148 دولة الموقعة عليها. من جانبها، عارضت المفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، المسؤولية عن الإشراف على تنفيذ الاتفاقية، أي إحياء بأنها تحتاج إلى تعديل. وتعرضت المفوضية خلال الـ 10

إلى 15 سنة الماضية لضغوط لإعادة النقاش بشأن الاتفاقية، ولكن ظل موقفها على الدوام ثابتاً بأنها لا تريد إعادة فتح باب المناقشة لأنها ستصل في نهاية المطاف إلى شيء أسوأ مما لدينا في الوقت الراهن."

وقد انتقدت الحكومات الاتفاقية لكونها لا تواكب العصر الحالي للهجرة الجماعية. لأن مظاهر الهجرة القديمة تختلف عن المظاهر الحالية، فقد كانت وسائل الانتقال من إقليم إلى آخر قديمة ومتعبة ولا تساهم في الانتقال السلس لجماعات المهاجرين وكثيراً ما يلقون العديد من الصعاب أثناء رحلاتهم مما يؤدي بهم في كثير من الحالات إلى الموت والهلاك والتعرض للاصابات والأمراض، وهو الحال الذي لا يختلف اليوم بالرغم من توفر الكثير من وسائل النقل والتنقل، ولم تعد الاقدام وحدها الوسيلة الأولى لذلك - كما في السابق- بل أصبحت كل وسائل النقل ممكنة لذلك، خصوصاً القطارات والسفن .

### الفرع الأول: استدراك التعريف الضيق للاجئ الوارد في اتفاقية 1951

عرفت الاتفاقية الخاصة بوضع اللاجئين وعديبي الجنسية لعام 1951، اللاجئ في "المادة 1 فقرة 2" هو "كل شخص يوجد، نتيجة أحداث وقعت قبل 1 كانون الثاني/يناير 1951، وبسبب خوف له ما يبرره من التعرض للاضطهاد بسبب عرقه أو دينه أو جنسيته أو انتمائه إلى فئة اجتماعية معينة أو آرائه السياسية، خارج بلد جنسيته، ولا يستطيع، أو لا يريد بسبب ذلك الخوف، أن يستظل بحماية ذلك البلد، أو كل شخص لا يملك جنسية ويوجد خارج بلد إقامته المعتادة السابق، نتيجة مثل تلك الأحداث ولا يستطيع، أو لا يريد بسبب ذلك الخوف، أن يعود إلى ذلك البلد<sup>1</sup>."

جاءت الفقرة "باء" من بند التعريف، لتحديد المستفيدين حصرياً من نظام الحماية في الاتفاقية، وهم لاجئو أوروبا في أعقاب الحرب العالمية الثانية، غير أن بروتوكول عام 1967، الملحق بالاتفاقية، استدرك القيد الجغرافي والزمني الواردين في تلك الفقرة، ووسع بدرجة كبيرة من نطاق الولاية المنوطة بالمفوضية السامية لشؤون اللاجئين، لتشمل كافة اللاجئين بعد أن انتشرت مشكلات اللجوء والنزوح في بقاع متعددة من العالم، علمًا أن المفوضية السامية قدرت عدد اللاجئين في العالم بـ 50 مليون شخص في نهاية العام 2015.

المادة 01 الفقرة 02 من الاتفاقية الدولية لحماية اللاجئين 1951

## الفرع الثاني: الفئات المستثناة من نظام حماية اللاجئين

استثنت الاتفاقية عددا من الفئات والاشخاص من الاستفادة من امتيازاتها وهي:

### أولاً: وضعية اللاجئين الفلسطينيين بالنسبة لاتفاقية 1951

لم يُستثنَ ضمناً من أحكام هذه الاتفاقية إلا اللاجئين الفلسطينيون، بدليل "المادة 1 فقرة د" التي نصّت على أن "لا تنطبق هذه الاتفاقية على الأشخاص الذين يتمتعون حالياً بحماية أو مساعدة من هيئات أو وكالات تابعة للأمم المتحدة غير مفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين" وبما أن اللاجئين الفلسطينيين يتمتعون بمساعدة من خلال منظمة "الأونروا"، التي تأسست عام 1949 بهدف تقديم المساعدة لهم، فقد رأى كثيرون في هذا الاستثناء، بمنزلة تجريد لعدم استفادة اللاجئين الفلسطينيين من نظام الحماية الدولية<sup>1</sup>، الذي قامت اتفاقية اللاجئين تحقيقاً لأغراضه، وقد أظهرت التجارب التاريخية اللاحقة التي عايشها اللاجئون الفلسطينيون، حجم المعاناة التي تعرضوا لها بسبب افتقارهم لتلك الحماية حين كانوا في حاجة ماسة لها، على الرغم من أن اتفاقية اللاجئين تنص في "المادة 2 فقرة د" على وجوب استفادتهم من الحماية الدولية، حين تتوقف برامج المساعدة أو الحماية التي كانوا يتلقونها، غير أن اللاجئين الفلسطينيين بقوا في دائرة الاستثناء من تلك الحماية، رغم توقف مساعدات الأونروا عن أعداد كبيرة منهم، وجدوا أنفسهم لاجئين مرة أخرى، إلى دول ليست من مناطق عمليات الأونروا الخمس، كحال من لجأ منهم إلى مصر وتركيا والجزائر ودول أخرى بسبب الأوضاع في سورية<sup>2</sup>.

### ثانياً: الفئات الأخرى

كما توجد فئات أخرى لا يستفيد هي الأخرى من نظام الحماية، ما يحول دون انطباق أحكام الاتفاقية عليهم، فقد أتت على ذكرهم الفئتان "ه - و" كما يلي:

1 قراءة في حقوق اللاجئين الفلسطينيين في القانون الدولي - موقع مركز العودة الفلسطيني

<http://prc.org.uk/portal/index.php/ar>

2 الفئات المستثناة من الحماية الدولية- موقع المفوضية السامية لشؤون اللاجئين

<http://www.unhcr.org/ar/4be7cc21> .

- لا تنطبق أحكام هذه الاتفاقية على أي شخص عدته السلطات المختصة في البلد الذي اتخذ فيه مقامًا له مالكا للحقوق وعليه الالتزامات المرتبطة بجنسية هذا البلد.
- لا تنطبق أحكام هذه الاتفاقية على أي شخص تتوفر أسباب جدية للاعتقاد بأنه:
1. ارتكب جريمة جسيمة غير سياسية خارج بلد اللجوء قبل قبوله في هذا البلد بصفة لاجئ
  2. ارتكب أفعالاً مضادة لأهداف الأمم المتحدة ومبادئها.
  3. ارتكب جريمة ضد السلام، أو جريمة حرب، أو جريمة ضد الإنسانية، بالمعنى المستخدم لهذه الجرائم في الصكوك الدولية الموضوعة للنص على أحكامها بشأنها<sup>1</sup>.
- وهذا للحيلولة دون أن يندس بعض أخطر الناس والمطلوبين بين قوافل اللاجئين وتكون لهم فرصة للإفلات من العقاب، لكن كان يجدر الإشارة كذلك الى الاشخاص المتهمون بارتكاب عمليات ارهابية أو الذين من شأنهم ارتكاب مثل هذه العمليات، خصوصا أن موجات اللجوء الاخيرة، بينت نجاح العديد من الارهابيين أو المتشبعين بالفكر الارهابي في الاختلاط باللاجئين والوصول معهم الى وجهات المقصد وربما الاستفادة من وضع لاجئ وبالتالي باقي الامتيازات المقررة بموجب هذا الوضع، مما يسمح لهم بالإفلات من العقاب أو التفكير في القيام بأعمال إرهابية على إقليم دولة الاستقبال.

### المطلب الثاني: امكانية استفادة أشخاص من غير اللاجئين من امتيازات الاتفاقية

أشار عدد من الدول - أستراليا والمملكة المتحدة من بين تلك الدول- التي أن الاتفاقية بشكلها الحالي توفر سبيلاً للمهاجرين غير النظاميين للتحايل على ضوابط التأشيرات والحدود. كما أن إدخال إصلاحات على النظام الدولي للاجئين لن يؤثر كثيراً على الواقع الذي يعيشه العديد من طالبي اللجوء واللاجئين، الذين يحرمون من الحماية القانونية، حتى في البلدان التي تتمتع ببعض من القوانين الأكثر تقدماً بشأن اللاجئين<sup>2</sup>. وأفضل تشريع للاجئين في العالم سيفقد فاعليته عندما يُنظر إلى أولئك الذين يسعون إلى الاستفادة منه على أنهم مهاجرون اقتصاديون أو يشكلون مخاطر أمنية<sup>3</sup>. فتحقيق الإصلاحات سيتوقف على تغيير الخطاب المستخدم في

1 أيمن أبوهاشم - المسؤولية الجنائية الفردية في القانون الدولي - مطبعة رشيد - دمشق 2009 - ص 18.

2 عبد الله الأشعل - تطور مركز الفرد في القانون الدولي - مجلة السياسة الدولية- العدد 161- ص 62.

3 مثلاً ما وقع مع حالة عدد من شباب شمال افريقيا (الجزائر، تونس، المغرب) حيث صدر قانون في ألمانيا يعتبر هذه الدول آمنة وبالتالي لا يستطيع أفرادها الاستفادة من حق اللجوء في ألمانيا.

الحديث عن اللاجئين فالحديث عن الحقوق والالتزامات فقط لا يكفي، بل يجب النظر الى مستوى أبعد من الاهتمام بالحالة الانسانية للاجئين والسعي بما يجب من امكانيات لتوفير متطلباتهم من مأكّل ومشرب ورعاية صحية وحتى العمل، وكذا العمل مع الجهات المعنية للوصول الى حلول مناسبة لنزاعاتهم، وبالتالي خلق امكانية لعودتهم الى بلدانهم الاصلية.

### المطلب الثالث: إعادة توزيع أدوار المفوضية السامية لحماية حقوق اللاجئين

أشار بعض الفقهاء من بينهم هاثواي أن المشكلة ليست في الاتفاقية نفسها، ولكن في "الفشل التام للمفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين والدول في ابتكار الطرق التي تقدم بها الحماية". لذا فإن هذه المفوضية تحتاج إلى إصلاح وهذا على غرار الإصلاح الذي نفذ على المفوضية الشبيهة بمفوضية حماية اللاجئين وهي المفوضية السامية لحماية حقوق الانسان، هذه الاخيرة ونظرا لتراكم عدد من الصعوبات والاختفاقات في كيفية إدارتها لاعمالها واضطلاعها بمهامها انخرطت في عملية واسعة لإصلاح منظومتها الادارية والعملية لتجاوز جملة الإخفاقات وتثمين الانجازات والممارسات الجيدة وكان ذلك عبر عدة عمليات ومبادرات، وهو الامر الذي من المفروض أن تكون مفوضية شؤون اللاجئين قد انخرطت فيه منذ زمن بعيد، ولكنها ما زالت متأخرة غي ذلك بكثير.

ومن بين الاقتراحات المقدمة في هذا الشأن يعتمد نموذج هاثواي على الإبقاء على الاتفاقية في شكلها الحالي مع إدخال تغييرات جذرية على طرق تنفيذها. وهذا سيتطلب "تجديد" المفوضية بحيث تتمتع بسلطة لتخصيص التمويلات وتقسيم المسؤوليات وإدارة نظام دولي لتحديد صفة اللاجئين. ويرى هاثواي أنه يمكن تغطية الميزانية المخصصة لهذا الدور الموسع بسهولة من خلال الأموال التي ستوفرها الحكومات نتيجة لعدم اضطرارها لإدارة نظم وطنية للبت في طلبات اللجوء. وبعد فترة زمنية معينة، إذا لم يكن بالإمكان ترحيل اللاجئين ولا يمكنهم الاندماج محلياً، سيضمنون إعادة التوطين في بقعة أخرى. ومن ثم لا نستمر في إنتاج أزمات لجوء يطول أمدها<sup>1</sup>.  
والدليل على ذلك أن محاولة الدول الأوروبية اعتماد نظام لنشر طالبي اللجوء، الذين وصلوا مؤخراً، بشكل متساو عبر الدول الأعضاء عن طريق برنامج إعادة توطين قد فشل فشلاً

1 [www.irin.org](http://www.irin.org)

ذريعاً، في ظل موافقة الدول على قبول بضع مئات فقط من أصل 160,000 لاجئ المقرر نقلهم. ورفض دول أخرى إطلاقاً فكرة استقبال اللاجئين على غرار المجر. بالإضافة إلى صعوبة موافقة الدول على التنازل عن سلطاتها للمفوضية السامية لشؤون اللاجئين أو أي سلطة غير وطنية أخرى فيما يتعلق بتحديد من يحق لهم اللجوء.

**المطلب الرابع: ضرورة الفصل بين مفهوم اللاجئين والمفاهيم المشابهة له**  
يقترن بمفهوم اللاجئين مفاهيم متقاربة جداً يصعب أحياناً التمييز بينها لذا وجب الحذر عند التعامل مع هذه المفاهيم نظراً لخطورة النتائج المترتبة على التقارب بين المفاهيم وهي خصوصاً:

#### الفرع الأول: النازحون

هم الأشخاص الذين نزحوا داخلياً لأسباب قد تكون مماثلة لهروب اللاجئين، غير أنهم بقوا في أراضيهم يخضعون لقوانين تلك الدولة، أو لمن يسيطر واقعياً على المناطق التي نزحوا إليها، وفي أزمات بعينها تقدم المفوضية المساعدة للكثير من ملايين النازحين. وتدور في الوقت الحاضر مناقشات واسعة النطاق على الصعيد الدولي، حول الطريقة الأفضل التي يمكن من خلالها توفير الحماية للنازحين، ومن الجهة أو الجهات التي يمكنها القيام بذلك؟ وتشير تقارير دولية صدرت عام 2015، أن عدد النازحين في العالم قد تجاوز 25 مليون شخص.

#### الفرع الثاني: المهاجرون

هم أشخاص اختاروا الانتقال من بلدهم إلى بلدان أخرى، ليس بسبب تهديد مباشر بالاضطهاد أو الموت، بل لتحسين حياتهم بشكل أساس من خلال إيجاد العمل، أو في بعض الحالات من أجل التعليم، أو لِمَ شمل العائلة أو أسباب أخرى. على عكس اللاجئين الذين لا يستطيعون العودة إلى وطنهم بأمان، لا يواجه المهاجرون مثل هذه العوائق للعودة. فإذا اختاروا العودة إلى الوطن فسيستمرون في الحصول على الحماية من حكومتهم.

ويعدّ هذا الفارق أساسياً من الناحية القانونية، إذ أن الدول تتعامل مع المهاجرين بموجب قوانينها وإجراءاتها الخاصة بالهجرة، ومع اللاجئين بموجب قواعد حماية اللاجئين واللجوء المحددة في التشريعات الوطنية والقانون الدولي على حد سواء. وتتحمل الدول مسؤوليات



محددة تجاه أي شخص يطلب اللجوء على أراضيها أو على حدودها. وتساعد المفوضية الدول على التعامل مع مسؤولياتها في حماية طالبي اللجوء واللاجئين. ومع النازحين بموجب قوانينها الوطنية والقانون الدولي للاجئين.

أخيراً، إن العمل على تعزيز حقوق اللاجئين ونظام الحماية، المكفولين في القوانين الدولية، يبقى مرهوناً بقدرة المجتمع الدولي على معالجة الأسباب الحقيقية، التي تؤدي إلى ولادة وتفاقم ظاهرة اللجوء، وطالما استمرت الحروب والمنازعات الدولية والداخلية، في توفير عوامل تفجر مشكلة اللجوء في كل حين، فمن الصعب الحديث عن معالجات جذرية تضع حداً نهائياً لمعاناة ملايين اللاجئين في العالم. إذ لا سبيل لمواجهة التحديات التي تواجه اللاجئين، إلا برفع مستوى تضامن الحكومات والمجتمعات الإنسانية مع قضاياهم، وأبدى أشكال هذا التضامن هو احترام حقوقهم الأساسية، وحمايتهم من ضروب الانتهاكات كافة.

#### خاتمة

لقد كانت مشكلة اللجوء مطروحة بشدة منذ نهاية الحرب العالمية الأولى، لكنها طرحت بإلحاح مع نهاية الحرب العالمية الثانية، بما خلفته من مئات الملايين من الذي هُجروا من أماكن سكنهم، وهي ما تزال مطروحة بنفس الإلحاح والشدة حتى بعد الأشواط العديدة والجهود الحثيثة التي بذلت لمعالجتها، في مختلف الصكوك الدولية على رأسها اتفاقية اللاجئين، وبمختلف الأجهزة التي أسست للتخفيف من وطئتها وبالخصوص المفوضية السامية لشؤون اللاجئين التابعة للأمم المتحدة.

لكن مع كل الجهود المبذولة تبقى هذه المشكلة تتصدر اهتمامات المجتمع الدولي، وبالخصوص في الأوضاع الراهنة التي تتميز بكثرة النزاعات وتوفر وسائل التنقل وتعدد بواعث تغيير أماكن العيش، مما يطرح معه سؤال عن مدى فعالية الاتفاقية الدولية لشؤون اللاجئين والمفوضية السامية، وتكييف اللاجئ في ظل تشابكه مع مصطلحات متعددة ومتشابهة.

## التمييز العنصري ضد المسلمين في الولايات المتحدة الأمريكية بعد أحداث 11 سبتمبر 2001\*

دحية عبد اللطيف<sup>(1)</sup>

(1) أستاذ محاضر "أ" ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر.

قزران مصطفى<sup>(2)</sup>

(2) أستاذ محاضر "أ" ، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي آفلو، الاغواط، الجزائر.

### الملخص:

عانت الأقلية المسلمة في الولايات المتحدة الأمريكية بعد أحداث الحادي عشر من سبتمبر من التمييز العنصري، فلقد طال التمييز هذه الأقلية داخل المدارس و الجامعات وحتى أماكن العمل، بل وحتى الأماكن العمومية مما أدى ببعض العائلات للبقاء في بيوتها لمدة طويلة مخافة الاعتداء عليها، كما أنّ التمييز قد مسّ هذه الأقلية من خلال قانون باتريوت أكت لعام 2001، و الذي كان هدفه الأول الأقلية المسلمة، كما جاءت القرارات التنفيذية للإدارة الأمريكية لتزيد من محنة المسلمين سواء بالاعتقال كشهود رئيسيين أو كأعداء غير شرعيين، وكان استهداف المنظمات الخيرية و الجمعيات الإسلامية بتجميد أرصدها ووقف إمداداتها واضحا، ولعلّ قرار الإدارة الأمريكية بالسّماح بالتنصّط على مكالمات المواطنين قد أكد الطابع التمييزي لهاته القرارات، يحدث هذا كله بالرغم من أن وثيقة الحقوق الأمريكية تنصّ على منع التمييز بين المواطنين، وبالرغم من مصادقة الولايات المتحدة الأمريكية على العديد من المواثيق الخاصة بحقوق الإنسان وفي مقدمتها اتفاقية منع التمييز العنصري لعام 1984، وكذا العهدين الدوليين لحقوق المدنية و السياسية و الاقتصادية والاجتماعية و الثقافية لعام 1966.

### الكلمات المفتاحية:

التمييز العنصري، المسلمين، الولايات المتحدة الأمريكية.

\* تاريخ إرسال المقال 2018/02/25، تاريخ مراجعة المقال 2018/06/29، تاريخ نشر المقال 2018/07/31

## **Racial discrimination against Muslims in the United States after the events of 11 September 2001**

### **Summary:**

The Muslim minority in the United States of America suffered after the events of September 11th of racial discrimination, this is evident through the manifestations of hatred and rancor within the American community directly after these events.

This discrimination has affected this minority in schools, universities, workplaces, and even in public places which has led some families to stay in their homes for a long time, for fear of being attacked.

As well as the discrimination affected this minority by the Patriot Act for the year 2001, and that its first goal was the Muslim minority, as well as the executive decisions of the American administration that will increase the fate of Muslims, either by arrest as key witnesses or illegal enemies, and the targeting of charities and Islamic societies by freezing its supplies and stopping supplies was obvious, and perhaps the US administration's decision allows wiretapping on citizens' phone calls, confirmed the discriminatory nature of these situations, all of this occurs despite the fact that the US rights document provides for the prevention of discrimination between citizens, despite the ratification of the United States of America a large number of human rights conventions, in particular the Convention on the Prevention of racial discrimination of 1963, as well as the two international covenants relating to civil, political, economic, social and cultural rights of 1966.

### **Keywords:**

Racial discrimination, Muslims, United States.

## **La discrimination raciale envers les musulmans aux Etats unis après les événements du 11 Septembre 2001**

### **Résumé :**

La minorité musulmane présente aux Etats unis a souffert de discrimination raciale juste après les événements du 11 Septembre 2001, des musulmans harcelés dans les écoles, les universités, les lieux de travail et même dans les lieux publics, certaines familles ne quittaient plus leurs domiciles de peur d'être attaquées.

Cette discrimination est apparue clairement aussi à travers la loi du Patriote Acte de l'année 2001, les décisions émises par l'administration américaine à l'encontre des musulmans ont aggravé leurs sorts ; les arrestations des témoins principaux, des ennemis illégaux, le gel des ressources des organisations caritatives ou associations musulmanes, l'autorisation d'espionner les appels téléphoniques des citoyens....

Tous ces actes confirmaient cette discrimination, pourtant contraire à la convention américaine des droits de l'homme et au grand nombre de conventions ratifiées par les Etats unis telles que la convention sur la prévention de la discrimination raciale de 1963, ainsi que les deux pactes internationaux relatifs aux droits civils, politiques économiques sociaux et culturels de 1966.

### **Mots clés :**

la discrimination raciale, les musulmans, les Etats unis.

## مقدمة

لا يختلف اثنان في أنّ الأقلية المسلمة في الولايات المتحدة الأمريكية لم تُعد تعيش حياة طبيعية، خصوصاً بعد أحداث الحادي عشر من أيلول سبتمبر 2001، حيث أضحي المسلمون<sup>1</sup> في الولايات المتحدة الأمريكية معرّضين للكثير من أشكال التّعصب والتمييز العنصري، غير أنّ النظرة الأمريكية السلبية تجاه الإسلام والمسلمين لم تكن وليدة أحداث الحادي عشر من سبتمبر فهي نظرة قديمة<sup>2</sup>، إلا أنّ الأمر ازداد سوءاً وبشكل خاص في الفترة التي تلت أحداث الحادي عشر من سبتمبر 2001 وذلك باعتبارهم العدو الجديد بالنسبة لأمريكا وللكثير من الدول الغربية.

تلك الأحداث<sup>3</sup> تمثل نقطة تحول فاصلة في صياغة النظام العالمي للقرن الحادي والعشرين، حيث أدت بصورة واضحة إلى تعزيز مكانة الولايات المتحدة الأمريكية ودفعت القوى الدولية المنافسة مثل

<sup>1</sup> يعتبر الإسلام اليوم من أكثر الديانات انتشاراً في المجتمع الأمريكي ومصدر هذا الانتشار نابع من الموجات الواسعة من المهاجرين التي جاء معظمها من منطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا، وتؤكد الدراسات الحديثة على أنه إذا استمر نمو المسلمين بنفس المعدلات الحالية، فإنه بحلول عام 2015 سيكون الإسلام الديانة الثانية في الولايات المتحدة الأمريكية من حيث عدد المؤمنين به، أنظر: عصام عبد الشافي، المسلمون في الولايات المتحدة الأمريكية: تحديات أمام الاندماج، مجلة السياسة الدولية، العدد 151، السنة التاسعة والثلاثون، يناير 2003، ص 89.

<sup>2</sup> النظرة الأمريكية السلبية تجاه الإسلام والمسلمين لم تكن وليدة أحداث الحادي عشر من سبتمبر، فهي نظرة قديمة، فعلى سبيل المثال قام فؤاد عجمي- في خطاب له في 3 جوان 1993 في حفلة جمع التبرعات لإسرائيل، مدعومة من مؤسسة القدس - بإدانة القومية العربية بوصفها أكثر إيديولوجية مميّنة في العالم وفي الحفلة نفسها قال هنري كيسنجر بوضوح (وهو أستاذ سابق في هارفرد، ووزير الخارجية الأمريكية ومستشار الأمن القومي في البيت الأبيض سابقاً): "لا يمكنك في الواقع تصديق أي شيء يقوله عربي". Norman Finkelstein, "A Reply to Henry Kissinger and Fouad Ajami", The link, vol. 25, n 05 (December 1992) p1.

<sup>3</sup> لقد تَلَقَّت القوة العظمى الوحيدة والمنفردة على قمة النظام العالمي في العقد الأخير من القرن العشرين أي الولايات المتحدة الأمريكية أسمى الضربات في تاريخها كله، حيث لا تعي الذاكرة الأمريكية، منذ الحرب الأهلية (1812) وحادث بيرل هاربر (1914)، خبرة دموية بحجم و عنف ومفاجأة ما تعرّضت له الولايات المتحدة الأمريكية، ومدنها الرئيسية ورموز قوتها الإقتصادية والعسكرية و المدنية، مثلما تعرّضت له يوم الثلاثاء الحادي عشر من سبتمبر عام 2001، فقد حدثت هجمات انتحارية قام بتنفيذها 19 شخصاً يُزعم بأنهم على صلة بتنظيم القاعدة، وقد تم تنفيذ الهجوم عن طريق اختطاف أربع طائرات نقل مدني تجارية ومن ثم توجيهها لتصلبم بأهداف محددة، وتَمَّت أول هجمة حوالي الساعة الثامنة وست وأربعون دقيقة صباحاً بتوقيت نيويورك، حيث اصطدمت الطائرات المخطوفة بالبرج الشمالي من مركز التجارة العالمي، وبعدها بدقائق حوالي الساعة التاسعة والنصف اصطدمت طائرة أخرى بالبرج الجنوبي ومركز التجارة العالمي الذي استهدفته اثنتان من الطائرات المهاجمة يتألف من عدة مباني بالضبط سبعة أبراج، أهمها ناطحتا سحب معروفتان باسم البرجين التوأمين ويتألف كل من هذين البرجين من مائة وعشرة طوابق وأبواب مكاتب أربع مائة و ثلاثين شركة ومؤسسة ويعمل بها ما بين خمسين وخمسة وخمسين ألف شخص من ضمنهم ألفان وثمانمائة موظف فيدرالي وعدد أكثر على الأرجح من الموظفين المحليين، ويזור المركز يوميا حوالي المائة ألف شخص، فليس من الصعب أن يتوقع الإنسان كارثة بشرية حينما تتحول طائرتان من نوع بوينغ 767 معبأتان بالوقود إلى قنبلتين هائلتين تنفضان على المبنى وبعد ما يزيد عن نصف ساعة من اصطدام الطائرة الثانية بالبرج الجنوبي اصطدمت طائرة ثالثة بمبنى البنتاغون، ورغم أن مبنى البنتاغون أو وزارة الدفاع الأمريكية لا تقارن بمبنى التجارة العالمي في الحجم إلا أن ذلك لا يعني التقليل من حجم هذا الاصطدام، فعدد العاملين بالبنتاغون يتجاوز ثلاثة و

الاتحاد الأوروبي واليابان والصين وروسيا إلى التعاون معها، كما أنها أعطت الضوء الأخضر لتنفيذ سياساتها في الشرق الأوسط، وقد تم تنفيذ المخطط الأمريكي من خلال مفهوم بوش الابن الذي صرح به حين أعلن الحرب علي الإرهاب في مقولته.

ومن التدايعيات التي سببها الأحداث هو اتساع ظاهرة "رفض الآخر في المجتمع الأمريكي" باتجاه شعوب العالم الثالث وخاصة الإسلامية منها، أين تمّ إحصاء 2213 حادث سنة 2016 وحدها ضد الرعايا الأجانب والعرب والمسلمين، وبناء على ما سبق تثور الإشكالية التالية: ما هي مظاهر معاناة الأقلية المسلمة من التمييز العنصري داخل المجتمع الأمريكي بعد أحداث الحادي عشر من سبتمبر 2001؟ كيف أثرت القوانين الأمريكية الصادرة بغرض مكافحة الإرهاب على حقوق هاته الأقليات؟ هل أثرت القرارات التنفيذية التي أصدرتها الإدارة الأمريكية بهدف محاربة الإرهاب وتجفيف منابعه على الحريات العامة للأقليات المسلمة في أمريكا؟

لغرض الإجابة عن هاته الإشكاليات فإننا نتبع الخطة التالية:

أولا: واقع التمييز العنصري ضد المسلمين داخل المجتمع الأمريكي بعد أحداث 11 سبتمبر 2001.  
ثانيا: تأثير قانون باتريوت أكت لعام 2001 والقرارات التنفيذية للإدارة الأمريكية على الحقوق و الحريات العامة للأقلية المسلمة.  
ثالثا: تجريم المواثيق الدولية للتمييز العنصري.

أولا: واقع التمييز العنصري ضد المسلمين داخل المجتمع الأمريكي بعد أحداث 11 سبتمبر 2001  
يتجلى واقع التمييز العنصري ضد المسلمين بعد أحداث 11 سبتمبر 2001 من خلال تغيير النظرة الأمريكية تجاه الأقلية المسلمة، وتسجيل إرتفاع محسوس في الحوادث ضد المسلمين.

عشرون ألف شخص من العسكريين والمدنيين المتعاقدين مع الجيش الأمريكي بمن فيهم وزير الدفاع ورؤساء الأركان، أما الطائرة الرابعة فقد عثر عليها مُحطمة غرب بنسلفانيا بين نيويورك وواشنطن.  
ولا شك أنّ هذه العمليات التي وقعت في 11 سبتمبر 2001 بلغت - ليس فقط وفق التقديرات الرسمية الأمريكية وإنما أيضا وفقا لتقديرات جهات أخرى محايدة - درجة عالية من الجسامة تعادل أو تفوق أحيانا جسامة أفعال العدوان المسلح المباشر، فقد بلغ عدد ركاب الطائرات المختطفة 257 راكبا (معظمهم حملة الجنسية الأمريكية)، كما بلغ عدد ضحايا مركز التجارة العالمية 5400 مفقود و قتل بما فيهم 400 من رجال الإنقاذ والإطفاء، ويُقدَّر ضحايا تدمير مبنى وزارة الدفاع ما بين 200 إلى 750 قتيل وكذلك مئات الجرحى والمصابين بسبب انهيار مركز التجارة العالمي. هذا ناهيك عن الأثار الاقتصادية والتي ترجمتها الخسائر المادية الهائلة فقد ازدادت المخاوف من الطيران المدني الداخلي الذي كان يعتبر الوسيلة الأولى للانتقال من ولاية لأخرى، حيث قامت بعض الشركات بإلغاء حوالي 88% من رحلات موظفيها لولاية أخرى، وحوالي 30.1% من الرحلات الترفيهية أو السياحية تمّ إلغاؤها أيضا. أنظر: د/ أسامة الغزالي حرب، هل استوعب الأمريكيون درس 11 سبتمبر 2001، مجلة السياسة الدولية، العدد 147، يناير 2002، ص 14.

## 1- تغيّر النظرة الأمريكية تجاه الأقلية المسلمة:

لقد أدّت التّفجيرات التي وقعت في الحادي عشر من سبتمبر 2001 إلى تغيّر النظرة الأمريكية للأقلية المسلمة جملة وتفصيلاً، فقد أحصت الجمعيات الحقوقية للأقليات المسلمة تصاعداً كبيراً في حالات الإعتداءات ضد الأقليات المسلمة، حيث قال إحسان الخطيب - المسؤول في اللّجنة الأمريكية العربية لمكافحة التّمييز- أنّه حدث في أعقاب هجمات 11 أيلول/سبتمبر 2001 الإرهابية أن وقع "عدد كبير من أعمال التّعصب الأعمى ضد الأقليات المسلمة" كما أضاف قائلاً إنّ "وقعت حوادث تمييز عديدة ضد النساء اللّاتي يرتدين لباساً يُظهِر أنّهنّ مسلمات، وقد قاسى عدد منهنّ من الإهانات والتّحديق بهن<sup>1</sup>".

لاشكّ أنّ وسائل الإعلام الأمريكية لعبت دوراً مهماً في رسم الصّورة السلبية عن الإسلام خاصة من لها توجهات مناهضة أساساً للإسلام والمسلمين، وهي بدورها تؤثر سلباً على نظرة الإنسان الأمريكي العادي، وأشارت إحدى استطلاعات الرّأي أن 49% من الأمريكيين يحملون نظرة سلبية تجاه الإسلام، وهذا ما يجعل من الصّعب تغيير وجهة نظر هؤلاء، خصوصاً أولئك الذين فقدوا أحد أفراد عائلتهم، أو أصدقاءهم في تلك الأحداث.

## 2- تسجيل إرتفاع محسوس في الحوادث ضد المسلمين:

أشار "مجلس العلاقات الإسلامية - الأمريكية"<sup>2</sup> CAIR إلى ارتفاع عدد الحوادث التي أبلغ بها المجلس منذ أن وقعت تلك الأحداث<sup>3</sup>، ويأتي الأطفال على رأس الفئات التي تتعرّض للكثير من أشكال وأوجه التّمييز داخل المجتمع الأمريكي، فعلى سبيل المثال لا الحصر يواجه التّلاميذ في المدارس مستوى هائل من أشكال التّمييز العنصري الذي يمارسه التلاميذ البّيض وغيرهم من أبناء الجنسيات والديّانات الأخرى<sup>4</sup>، فيواجه هؤلاء التلاميذ الكثير من التّعوت السيئة التي تُطلق عليهم مثل "إرهابي"،

<sup>1</sup> أنظر: سياسة مكافحة التّمييز تُسبّل على مسلمي أمريكا الاندماج في المجتمع، شبكة النّبأ المعلوماتية، الأحد 11 سبتمبر 2005، الموقع: [www.annabaa.org](http://www.annabaa.org)

<sup>2</sup> يُعتبر مجلس العلاقات الإسلامية الأمريكية (CAIR) أحد أكبر المنظمات المسلمة الأمريكية، وللمجلس 12 فرعاً إقليمياً بأكثر المدن الأمريكية والكندية، ويتخصّص المجلس في الدفاع عن الحقوق المدنية للمسلمين في أمريكا وفي توعية الرّأي العام الأمريكي حول الإسلام والمسلمين، ويقوم بإعداد البحوث والدراسات العلمية عن واقع المسلمين بأمريكا، كما يُشجّع المجلس مشاركة المسلمين في الحياة السّياسية الأمريكية، أنظر موقع المجلس على الإنترنت: [www.cair.org](http://www.cair.org)

<sup>3</sup> أنظر: تقرير عن الإعتداءات على المسلمين، (أكثر من 625 حالة من حالات الاعتداء على حقوق وحرّيات المسلمين في أمريكا منذ الحادي عشر من سبتمبر)، (كير، واشنطن: 2001/5/25)، على الموقع: [www.cair.org](http://www.cair.org)

<sup>4</sup> أنظر: محمد بن مختار الشنقيطي، الحقوق المدنية في أمريكا بعد هجمات 11 سبتمبر، على الموقع: [www.aljazeera.net](http://www.aljazeera.net)

"أسامة" و"كاره أمريكا"، إضافة إلى المضايقات التي يتعرض لها الكثير منهم و التعرض للضرب و الشتم<sup>1</sup>.

لا يتوقف الأمر عند الصغار، بل ويرتبط بشكل كبير عند الكبار، حيث يتم التمييز وفقاً للشكل ولون البشرة ونوعية الملابس و اللحية و طبيعة الاسم، فقد طالب مجلس العلاقات الإسلامية الأمريكية "كبير" من شركة أمريكان إير لاينز الاعتذار عن طرد ضابط مسلم من أصل عربي يعمل بقوات الحرس الأمريكية المسؤولة عن حماية الرئيس الأمريكي جورج بوش وكبار مساعديه من السفر على متن إحدى طائراتها<sup>2</sup>.

كما تشمل أشكال التمييز ضد المسلمين التمييز في فرص العمل والأجور، وعدم قبول توظيف المسلمين، الفصل غير المبرر عن العمل، فقد لجأ الكثير من الأشخاص إلى القضاء للدفاع عن حقوقهم موظفين و عمال مسلمون و عرب بالتعاون مع لجنة تكافؤ فرص العمل الأمريكية – المعنية بمكافحة التمييز في أماكن العمل – ضد أصحاب أعمالهم بسبب التمييز ضدهم لأسباب ترجع إلى خلفيتهم العرقية و الدينية<sup>3</sup>، كما رصدت العديد من حالات التهديد بالقتل ضد النساء و الرجال على السواء و الاستهزاء بالحجاب و بالنساء المسلمات و غيرها من كافة أشكال الممارسات العنصرية التي لا تبال المسلمون المهاجرين فقط، بل تتعداهم لتشمل أيضاً المسلمين من الأمريكيين البيض و السود الذين أسلموا من الرجال و النساء<sup>4</sup>.

فقد واجه المسلمون الأمريكيون ظروفًا عصيبة خلال الأسابيع التي تلت هجمات 11 سبتمبر 2001، إذ تشير إحصائيات مجلس العلاقات الإسلامية الأمريكية "كبير" إلى الحوادث التي أُبلغ بها المجلس، حيث أنّ أحداث التمييز ضد المسلمين خلال الفترة الفاصلة بين 2001/09/11 و 2001/11/29 قد بلغت 1452 حادثة تتراوح بين القتل و التحرش اللفظي<sup>5</sup>. فقد تعرضت سيدة مسلمة

<sup>1</sup> أنظر: محمد بن مختار الشنقيطي، نفس المصدر.

<sup>2</sup> - أنظر: محمد بن مصطفى العليجان، مسلمو أمريكا يطالبون بالاعتذار، 2004/01/22، الموقع: [www.bintjbeil.com](http://www.bintjbeil.com)

<sup>3</sup> أنظر: نهاد عوض، المسلمون الأمريكيون: الواقع وإمكانات النمو، مجلة المستقبل العربي، العدد 322، السنة الثامنة والعشرون، كانون الأول / ديسمبر 2005، ص 75.

<sup>4</sup> أنظر: محمد بن مختار الشنقيطي، نفس المصدر.

<sup>5</sup> - وقد صنّف المجلس هذه الأحداث كما يلي:

- التحرش في الأماكن العمومية: 335 حالة
- الاعتداء الجسدي والإضرار بالملكات: 265 حالة.
- رسائل الكراهية والحقن: 262 رسالة
- أحداث التمييز في المطارات: 129 حالة.

في الثالثة و العشرين من عمرها ترتدي غطاء الرأس الإسلامي وحامل في شهرها الثامن لاعتداء عنصري من قبل ثلاث رجال بيض يقودون حافلة نقل صغيرة أثناء ممارستها رياضة المشي صباح يوم الثلاثاء التاسع من أوت سنة 2005، بمدينة أرلينجتون شمال ولاية فيرجينيا الأمريكية ، وذكرت (كبير) أنّ الرّجال الثلاثة بدؤوا في توجيه السّباب لها خلال سيرها متلقّطين بألفاظ عنصرية مثل "إرهابية..."، "عودي إلى بلدك"، وألفاظ قبيحة أخرى<sup>1</sup>، كذلك فقد أجبرت الإعتداءات التي تعرّض لها المسلمون في المجتمع الأمريكي خاصة في الأيام الأولى التي تلت التفجيرات عددا كبيرا من العائلات على عدم مغادرة منازلهم لعدة أيام، وحتى لشراء الإحتياجات الضرورية لمعيشتهم<sup>2</sup> وقد طالب مجلس العلاقات الإسلامية الأمريكية (كبير) سلطات تنفيذ القانون بالولايات المتحدة بمعاملة حادثة الاعتداء الذي تعرّضت له السيّدة المسلمة في شمال ولاية فيرجينيا الأمريكية على أنّها جريمة مدفوعة بالكراهية<sup>3</sup> كما تعرّض العديد من المساجد إلى الإعتداءات فقد أكّدت (كبير) أنّ مساجد في ولايات بنسلفانيا وفلوريدا وتكساس ونبراسكا وكاليفورنيا ونيويورك تعرّضت لاعتداءات خلال الفترة التي تلت أحداث الحادي عشر من سبتمبر، كما أشار تقرير لوكالة "أسوشيتد برس" إلى تعرّض مسجد "الإتحاد الإسلامي بسينسيناتي" والذي يُعرف أيضا باسم "مسجد كليفتون" في ولاية أوهايو الأمريكية لتفجيرين ألحقا أضرارا بموقعين بالمسجد، ولكنّهما لم يُسفرا عن وقوع ضحايا بشرية بسبب خلوّ المسجد من المُصلّين في وقت وقوع الانفجار<sup>4</sup>، وقد أعلن مجلس العلاقات الإسلامية الأمريكية (كبير) عن تقديم مكافأة مالية قدرها خمسة آلاف دولار أمريكي لمن يُدلي بمعلومات تساعد في القبض على وإدانة المسؤولين عن التّفجيرين الذين تعرّض لهما المسجد<sup>5</sup>، كما أشارت كبير إلى أنّها رصدت في نوفمبر 2004

– أحداث التّمييز في أماكن العمل: 127 حالة.

– أحداث التّمييز في المدارس: 61 حالة

– التّهديد بالقتل: 60 حالة

– القتل الفعلي: 19 حالة.

– التّهديد بالقنابل: 16 حالة. أنظر: محمد بن مختار الشنقيطي ، الحقوق المدنية في أميركا بعد هجمات 11 سبتمبر، المصدر

السابق على الموقع : [www.aljazeera.net](http://www.aljazeera.net)

<sup>1</sup> أنظر: مسلمة أمريكية مُحجّبة تعرّض لحادث عنصري في فرجينيا ، شبكة النّبأ المعلوماتية ، 11/08/2005 على الموقع :

[www.annabaa.org](http://www.annabaa.org)

<sup>2</sup> أنظر: عصام عبد الشافي ، المسلمون في الولايات المتحدة الأمريكية ، المرجع السابق ، ص 92 .

<sup>3</sup> أنظر : محمد بن مختار الشنقيطي ، نفس المصدر.

<sup>4</sup> أنظر: إحتراق مساجد وتدمير مرافق إسلامية في أمريكا ، (كبير-واشنطن ) 11 نوفمبر 2004 ، على الموقع : [www.cair.org](http://www.cair.org)

<sup>5</sup> أنظر: إعتداء بالمتفجرات على مسجد بولاية أوهايو الأمريكية ، موقع يومية العرب نيوز التالي : [www.alarabnews.com](http://www.alarabnews.com)



عدداً كبيراً من الحوادث العنصرية التي استهدفت المسلمين والعرب في مناطق مختلفة من الولايات المتحدة، ففي ولاية نيفادا ألقى متشدّدون مخلّفات حيوانية على أحد المساجد، وفي ولاية مينسوتا تمّ تخريب مركزين إسلاميين وفي ولاية تكساس أُلقيت قنبلة حارقة على مسجد بمدينة آل باسو، كما قبض على شخص مشكوك في ضلوعه في حريق شبّ في متجر يملكه مسلمون بمدينة سان أنطونيو بولاية تكساس، وأُلقيت قنبلة حارقة على صندوق البريد الخاص بالمركز الإسلامي بمدينة هيوستن بالولاية نفسها<sup>1</sup>، وفي العاصمة الأمريكية واشنطن تمّ تخريب ساحة يُصلّي بها المسلمون في الجامعة الأمريكية بواشنطن، وفي ولاية فلوريدا كتب مُخربون عبارة "أقتلوا جميع المسلمين" على الجدران الداخليّة للمركز الإسلامي بمدينة لوتر القريبة من مدينة تامبا<sup>2</sup>.

وقد ذكر السيّد عمر أحمد (رئيس مجلس إدارة مجلس العلاقات الإسلامية الأمريكية) (كبير) "أنّه كان بوّده أن يُرسل المجلس فريقاً قانونياً وإعلامياً للتحقيق في كل حادثة من حوادث الإعتداءات التي تعرّض لها المسلمون خلال الأزمة الرّاهنة والتي تميّزت في مُعظمها بالخطورة والعنف، ولكنّ الزيادة الكبيرة في عدد الحالات وتخصيص المجلس لجزء كبير من موارده في العمل مع الإعلام الأمريكي لترشيد تناوله لموقف المسلمين من الأزمة الرّاهنة حالاً دون ذلك"<sup>3</sup>، كما ذكر السيد نهاد عوض المدير العام لـ (كبير) أنّ "المجلس حاول تخفيف دائرة العداء الموجه ضد المسلمين والعرب في أمريكا من خلال العمل على الساحتين السياسية والإعلامية لحيث القيادات الأمريكية على ضبط إيقاع تعامل الشعب الأمريكي مع الأزمة"<sup>4</sup>، كما قال السيد نهاد عوض في حوار مع منتدى إسلاميات حول حقيقة الإعتداءات على الأقليات المسلمة: "نحن أشرنا في أكثر من مكان ومناسبة أنّ هناك تدهوراً في حالة الحقوق المدنية للمسلمين الأمريكيين وهذا ليس سراً، بل حقيقة ونحن نعيشها فمنظمتنا منظمة "كبير" تستقبل الشكاوي وتعيش معاناة الكثير من المسلمين الذي اعتقلوا ظلماً أو رُجّلوا ظلماً أو دُهمت منازلهم و مؤسساتهم ظلماً دون أن يكون هناك تبرير أو تفسير قانوني أو حتى محاكمة، وهذا بلا شك له أثر سلبي على أداء الديمقراطيّة داخل الولايات المتحدة"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> أنظر: إحتراق مساجد وتدمير مرافق إسلامية في أمريكا، المصدر السابق.

<sup>2</sup> أنظر: إحتراق مساجد وتدمير مرافق إسلامية في أمريكا، نفس المصدر.

<sup>3</sup> أنظر: تقرير عن الإعتداءات على المسلمين، (أكثر من 625 حالة من حالات الإعتداء على حقوق وحرّيات المسلمين في أمريكا منذ

الحادي عشر من سبتمبر)، المصدر السابق، الموقع: [www.cair.org](http://www.cair.org)

<sup>4</sup> أنظر: تقرير عن الإعتداءات على المسلمين، المصدر السابق، الموقع: [www.cair.org](http://www.cair.org)

<sup>5</sup> أنظر: نهاد عوض، المسلمون الأمريكيون: الواقع وإمكانات النمو، المرجع السابق، ص 75.

وقد كشف تقرير نشرته لوس أنجلس تايمز L.A.TIMES في عددها الصادر في 2001/11/3 عن وقوف مجموعة من أكبر المنظمات اليهودية الأمريكية وأكثرها انتشارا داخل المجتمع الأمريكي (لجنة مكافحة التشويه ورابطة الدفاع عن اليهود ومركز أبحاث الشرق الأوسط) خلف حملة التشويه التي تتعرض لها صورة مسلمي أمريكا وأكبر منظماتهم منذ أحداث سبتمبر 2001<sup>1</sup>.

لقد أدت موجة الكراهية التي اعتبرت الأقليات المسلمة داخل المجتمع الأمريكي إلى تفكيك الترابط الذي كان قائما بينها، مما شكّل تحدياً جديداً واجهته هاته الأقليات، ولعلّ القرارات التنفيذية التي أصدرها الرئيس دونالد ترامب، التي دخلت حيز التنفيذ يوم 29 يونيو/حزيران 2017 بحظر سفر مواطنين من ستة بلدان ذات غالبية مسلمة، هي إيران، ليبيا، العراق، الصومال، السودان، سوريا واليمن إلى أمريكا لمدة 90 يوما، وكذا حظر دخول اللاجئين إلى الولايات المتحدة لمدة 120 يوما قد ترجم المعنى الحقيقي للكراهية والتعصب ضد المسلمين.

إلاّ أنّه ينبغي الإشارة إلى أنّ البعض قد ينسى أنّ المجتمع الأمريكي في جوهره قد تأسس على فكرة إزاحة الآخر والإحلال محلّه، فمن إزاحة الهنود الحمر إلى إزاحة السود إلى إزاحة أبناء أمريكا اللاتينية، وعبر كل هذه الإزاحات فإنّ مشروع الدولة الأمريكية لم يتغيّر عبر التاريخ<sup>2</sup>، غير أنّ مظاهر التمييز العنصري داخل المجتمع الأمريكي تُعتبر أخفّ وطأة على الأقليات المسلمة من القوانين التي أصدرتها الإدارة الأمريكية بحجة مكافحة الإرهاب وتجفيف منابعه والتي من أبرزها قانون باتريوت أكت لعام 2001.

ثانيا: تأثير قانون باتريوت أكت لعام 2001 والقرارات التنفيذية للإدارة الأمريكية على الحقوق و

الحرّيات العامة للأقلية المسلمة

سنحاول في البداية التطرق إلى تأثير قانون باتريوت أكت لعام 2001 على الحقوق والحرّيات العامة للأقلية المسلمة، ثم نعرّج بعد ذلك للحديث عن تأثير القرارات التنفيذية للإدارة الأمريكية على الحقوق والحرّيات العامة للأقلية المسلمة.

<sup>1</sup> أنظر: مجلس العلاقات الإسلامية الأمريكية (كير)، بيان صحفي رقم 112-11/6/2001، الموقع :

<http://www.geocities.com/azzalloum/m1.htm>

<sup>2</sup> أنظر: د/ صالح سليمان عبد العظيم، التمييز العنصري ضد المسلمين في أمريكا، الموقع: [www.diwanalarab.com](http://www.diwanalarab.com)

## 1- تأثير قانون باتريوت أكت لعام 2001 على الحقوق والحريات العامة للأقلية المسلمة:

لقد تمّ تبني قانون مكافحة الإرهاب لعام 2001<sup>1</sup> بعد ستة أسابيع من أحداث الحادي عشر من سبتمبر واعتبره الرئيس الأمريكي جورج بوش يوم 26 أكتوبر 2001 (تاريخ توقيع القانون) بأنه: "تشرية جوهري ليس فقط لمتابعة ومعاقبة الإرهابيين ، وإنما أيضا لتجنب وقوع فضاعات جديدة"<sup>2</sup> ، ورغم أنّ هذا القانون نصّ في البند 102 منه على أنّ: "الحقوق والحريات المدنية لكلّ الأمريكيين بمن فيهم العرب الأمريكيين والمسلمون الأمريكيون من جنوب آسيا يجب حمايتها وكذا اتخاذ التدابير الممكنة لضمان أمنهم" ، إلا أنّ ذلك لم يخفّف من قلق المسلمين والعرب الأمريكيين خصوصا لأنّ هذه الفقرة لا تحمل أيّ مدلول قانوني محدّد، كما لم يمنع أيضا من تطبيق القانون بشكل إنتقائي وتمييزي ضد الأقلية المسلمة ، إذ يرى الكثير من رجال القانون والمنظّمات الحكومية أنّ صدور هذا القانون قد جسّد تقينا للتمييز العرقي والديني ، فبعد شهر من دخول القانون حيّز النفاذ ، عهد وزير العدل السابق "جون أشكروفت" إلى مكتب التحقيقات الفيدرالي مراقبة المنظمات السياسية والجماعات الدينية بالولايات المتحدة الأمريكية<sup>3</sup> ، وكانت البداية بقيام المكتب بإحصاء عدد المساجد بمختلف الولايات الأمريكية لتوزيعها على 56 وكالة موزّعة على أنحاء البلاد ، بحيث يُشرف كلُّ فرع على مجموعة من المساجد من خلال عمليات التفتيش والمراقبة المستمرة<sup>4</sup> ، ومنذ صدور قانون باتريوت أكت أصبح أفراد الأقلية المسلمة يعانون من الرقابة المتزايدة والشك العام وحملات التفتيش العشوائية ومصادرة ممتلكاتهم الخاصة لأسباب تتعلّق بخلفيتهم الدينية والعرقية وبدون دليل كافٍ يربطهم بأيّة جرائم يتم ارتكابها<sup>5</sup> ، فقد صدر أمر لمكتب التحقيقات الفيدرالي بالتحقيق مع أكثر من

<sup>1</sup> يُمَسُّ هذا القانون العديد من جوانب الحياة السياسية والمالية والشخصية ، ويتكوّن من 166 صفحة مُقسّمة إلى جزئين اثنين ، كل جزء يعالج موضوعا مختلفا ، وفيما يتعلّق بالحريات العامة فقد عالج القانون مواضيع متعلّقة أساسا بالمراقبة والتفتيش و تجميد الأرصدة والأموال والإعتقال ، أنظر في ذلك : ليتيم نادبة ، الحريات العامة للأقلية المسلمة بالولايات المتحدة الأمريكية بعد 11 سبتمبر 2001 ، مذكرة ماجستير قانون دولي عام ، جامعة باجي مختار ، عنابة ، 2008/2007 ، ص 104 .

<sup>2</sup> أنظر: محمد جمال عرفة، وسائل النازي لتعذيب العرب والمسلمين في أمريكا، الموسوعة الإسلامية، الموقع:

[www.balagh.com](http://www.balagh.com)

<sup>3</sup> cynthia vroom, Lutte contre Le Terrorisme et Protection Des Droits Fondamentaux ,Annuaire International de Justice Constitutionnelle,Paris,Economica, 2003 , p173.

<sup>4</sup> أنظر: فهبي هويدي، الذي انكسر في أمريكا، شبكة العراق الثقافية، 02 مارس 2003، [www.iraqcenter.net](http://www.iraqcenter.net)

<sup>5</sup> أنظر: التّصنيف العرقي يشغل المسلمين الأمريكيين في الانتخابات القادمة ، جريدة الشعب ، مصر، حزب العمل ، 8 فيفري 2004 ،

على الموقع : [www.alarabnews.com](http://www.alarabnews.com)

5000 شخص تتراوح أعمارهم بين 18 و 35 سنة و غالبيتهم من أصحاب البشرة السمراء الشرق الأوسطيين و المسلمين<sup>1</sup>.

كما أصبحت مسألة تجميد أرصدة العديد من المؤسسات الخيرية أمراً مفروغاً منه، وذلك بحجّة دعمها للإرهاب ، فتمّ تشكيل فريق عمل من وكالات متعدّدة في أكتوبر 2001 تحت إسم "عملية البحث الأخضر"<sup>2</sup> يضم خبراء ماليين من وزارة المالية ومن فروع حكومية أخرى لتحديد وتعطيل وتفكيك شبكات تمويل الإرهابيين.

كما قامت وزارة الخزانة الأمريكية بتجميد أرصدة العديد من الأشخاص والمنظمات بالولايات المتحدة الأمريكية غالبيتها منظمات و جمعيات خيرية إسلامية بحجّة دعمها للإرهاب<sup>3</sup> ، ولم يتوقف الأمر عند تجميد الأرصدة بل وصل إلى تطبيق ممارسات مجحفة بحق تلك المؤسسات كالمصادرة أو الإغلاق أو التّشهير أو الإتهام<sup>4</sup>.

لقد كانت البداية بتجميد أرصدة خمس من المؤسسات الإسلامية الخيرية للأقلية المسلمة بأمريكا ومن ثمّ إغلاقها بعد تصنيف وزارة المالية لها بأنّها مؤسسات تدعم الإرهاب بالإضافة إلى مؤسسة سادسة أُغلقت دون تصنيف<sup>5</sup> ، فلقد كانت مؤسسة الأرض المقدّسة للإعانة والتّنمية (HOLY LAND FOUNDATION) بولاية تكساس - وهي أكبر وأهمّ مؤسسة خيرية للأقلية المسلمة بالولايات المتحدة الأمريكية - أوّل من تعرّض لتطبيق هذا القانون ، حيث تمّ تجميد أموال المؤسسة المذكورة في الرابع من ديسمبر 2001 ، ومن ثمّ إغفالها وفروعها في كاليفورنيا ونيوجرسي وإلينوي<sup>6</sup> ، كما تمّ اعتقال أربعة من أعضائها من بينهم مدير المؤسسة ولقد برّر الرئيس بوش تجميد أرصدها

<sup>1</sup> أنظر: محمود محمود محمود حمد ، الولايات المتحدة الأمريكية بعد الحادي عشر من سبتمبر، تحولات الفكر والسياسة ، مجلة السياسة الدولية، العدد 147، يناير 2002 ، ص 65.

<sup>2</sup> لقد اجتهد هذا الفريق من الخبراء الماليين في تقصي كيفية التبرعات الإسلامية ، واستجيب له في توقيف 38 فردا وتوجيه الإتهام إلى 26 آخرين ، وحجز حوالي 7 ملايين دولار داخل أمريكا ، و 16 مليون دولار كانت تحويلات في طريقها إلى أوجه صرف مختلفة ، أنظر: ليتيم نادية ، المرجع السابق ، ص 106.

<sup>3</sup> أنظر: تقويم سبتمبر: تقويم زمني للحرب ضد الإرهاب من وقوع هجمات الحادي عشر من سبتمبر/أيلول 2001 ، بي بي سي العربية ، 8 سبتمبر 2003

[http://news.bbc.co.uk/hi/arabic/news/newsid\\_3091000/3091838.stm](http://news.bbc.co.uk/hi/arabic/news/newsid_3091000/3091838.stm)

<sup>4</sup> أنظر: أد سهيل حسين الفتلاوي ، موسوعة القانون الدولي (حقوق الإنسان)، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2007 ، ص 159.

<sup>5</sup> أنظر: مراقبة التبرعات الإسلامية في أمريكا ، برنامج من واشنطن ، قناة الجزيرة ، 12 أكتوبر 2006 ، على الموقع :

[www.aljazeera.net](http://www.aljazeera.net)

<sup>6</sup> أنظر: محمد بن عبد الله السلومي ، ملف الحملة الأمريكية على المؤسسات الخيرية الإسلامية ، خير أون لاين ، 3 جوان 2007 .

[www.kheironline.com](http://www.kheironline.com)

قائلا: "إنَّ المؤسسة تدعم مدارس تُكوِّن طُلَّامها تكوينًا فكريًا يجعلهم فدائيين" وهذا تبرير عجيب في بلد يبني نظامه السِّياسي على حرية التَّفكير والتَّعبير<sup>1</sup>، ونفس المصير لقيته مؤسسة النُّجدة العالمية (GLOBAL RELIEF FOUNDATION) ، وهي ثاني أكبر مؤسسة إسلامية خيرية بالولايات المتَّحدة الأمريكية ، إذ قامت وزارة الخزينة الأمريكية رسميا بتصنيف هذه المؤسسة الخيرية كمؤيد للإرهاب، وأشارت إلى وجود صلات لها مع أسامة بن لادن ، المتهَم الأوَّل بتفجيرات الحادي عشر من سبتمبر 2001 ، ومنذ ذلك الحين وهذه المؤسسة خارج ميدان العمل<sup>2</sup> ، هذا بالإضافة إلى العديد من المؤسسات الإسلامية والخيرية الأخرى<sup>3</sup>.

إنَّ الحجج والإتهامات بضلوع المؤسسات الخيرية في أنشطة إرهابية ، هي في الحقيقة محض افتراءات فبحسب (ريبرن هيس) وهو الرِّئيس السابق لقسم الإستخبارات المالية بوزارة الخارجية الأمريكية فقد قال: "لا أحد يعرف على وجه التَّحديد كمية الأموال التي يجري تحريكها خارج النِّظام المصرفي التِّجاري التقليدي" مؤكِّداً على "صعوبة تتبُّع أنواع التَّمويلات والإجراءات المالية في ظل البريد الإلكتروني والهاتف النِّقال ، إذ أنَّ الولايات المتَّحدة الأمريكية لن تستطيع أبداً أن تتأكَّد هل الأموال تذهب إلى أيدي الإرهابيين أم لقضايا إنسانية"<sup>4</sup>.

لذا فإنَّ فقدان الأدلَّة حول تورُّط تلك المؤسسات والجمعيات الخيرية في قضايا إرهابية جعل الولايات المتَّحدة الأمريكية تسعى لإعمال بند الأدلَّة السرية بموجب قانون مكافحة الإرهاب 2001 لضمان عدم أحقيَّة المحاكم في طلب الإدانة ، فالوضع القانوني الجديد لأمريكا في إطار حرِّها على الإرهاب يقتضي عدم وجود الأدلَّة للإدانة<sup>5</sup>، فبإمكان الولايات المتَّحدة الأمريكية إتهام ومصادرة وإغلاق أيَّة مؤسسة أو جمعية خيرية إذا ما أرادت ذلك وليس من حق أحد محاسبتها ، وقد أدَّى التَّوسع في استخدام بند الأدلَّة السرية بموجب قانون مكافحة الإرهاب لعام 2001 إلى جعل العديد من المؤسسات الإسلامية والعاملين بها يعيشون حالة من الهاجس الأمني الذي أصبح جزءاً من حياتهم اليومية وأجندتهم العملية ، فقلَّ أن تسلم مؤسسة إسلامية من الحملات الإعلامية والميدانية أو من

<sup>1</sup> أنظر: ليتيم نادية ، المرجع السابق ، ص 107 .

<sup>2</sup> أنظر: ليتيم نادية، نفس المرجع ، ص 107 .

<sup>3</sup> من بينها مؤسسة الصَّدقة الدولية ، هيئة الإغاثة الإسلامية الأمريكية ، الجمعية الخيرية الإسلامية الأمريكية وغيرها من المؤسسات الإسلامية الأخرى ، إذ وخلال الفترة الممتدة من 2001 إلى 2004 تم تصنيف أكثر من 390 مؤسسة وشخصية إسلامية كمؤيدين و مُموِّلين للإرهاب ممَّا يعني أنَّهم جميعا عرضة للإستيلاء على ممتلكاتهم واعتقالهم ، أنظر في ذلك ، ليتيم نادية ، نفس المذكرة ، ص 107 .

<sup>4</sup> أنظر: محمد بن عبد الله السلومي ، المصدر السابق.

<sup>5</sup> أنظر: محمد بن عبد الله السلومي ، نفس المصدر.

المساءلة والتّحقيق أو المراقبة والتّديق حول نشاط من نشاطاتها أو فرد من أفرادها أو حوالة من حوالاتها<sup>1</sup>، فبحسب المحامي الأمريكي "وندل بيلو" رئيس جمعية أصدقاء المؤسسات الخيرية بواشنطن (FOCA): "نحن نواجه حالات صعبة، فهناك صعوبة تكمن في الدفوع القانونية، ففي ظل القانون الأمريكي لديك الحق في الدفاع عن نفسك ضد أيّ تهمة، ولكن للأسف في القضايا المصنّفة على قوائم الإرهاب لا يُطبّق عليك القانون، ولا يحقّ لك أن تُقدّم دفوعاً لمواجهة هذه التهم، خاصة في ظلّ السياسة الأمريكية الحالية، فالمتتبع للإتهامات الأمريكية ضد الأفراد والمؤسسات الخيرية يرى بأنّها لا تقوم على أدلّة أو إثباتات، إنهم يدينون المؤسسات والأفراد من دون أيّة أدلّة"<sup>2</sup>.

لقد خسر المسلمون بأمريكا وخارجها قنوات هامة كانت تتيح العمل الخيري انطلاقاً من مؤسسات عملت طيلة سنوات على تقديم المال والغذاء للمسلمين المضطّهدين والمعوزين في مختلف بقاع الأرض، وهو مصدر للتعاون والتآلف لا يستهان به بين المسلمين، خاصة أن دخل الأقلية المسلمة بأمريكا يفوق متوسط الدّخل على مستوى الأقليات الأخرى، حسب أرقام نشرتها مصادر قريبة من دائرة الهجرة عام 2002<sup>3</sup>.

لقد أدّت التدابير التي اتّخذتها وزارة الخزانة الأمريكية تطبيقاً لقانون مكافحة الإرهاب لعام 2001 إلى تضيق الخناق على مؤسسات الأقلية المسلمة بالولايات المتحدة الأمريكية، فشكّلت بذلك انتهاكا صريحا للحق في حرية التّعبير والتّجمع المكفولتين وطنيا ودوليا، كما أنّ إدانة المؤسسات الإسلامية بالإرهاب بناء على أدلّة تُصنّف بالسريّة وحرمانها من الدفاع عن نفسها أمام القضاء والإطّلاع على الأدلّة التي تُدينها، يُعدّ مساسا خطيرا بالضمانات القضائية كما أنّ تطبيق هذه الإجراءات على الأقلية المسلمة دون غيرها من الأقليات الأخرى بالرغم من وجود أكثر من مليون ونصف مليون مؤسسة خيرية أمريكية، يُعدّ انتهاكا للحق في المساواة وهو من أهم الحقوق التي يكفلها القانون الدّولي لحقوق الإنسان<sup>4</sup>.

لقد أضرّ قانون باتريوت أكت لعام 2001 بحقوق الأقلية المسلمة، وأدّى إلى تزايد المعاناة بين أفرادها يوما بعد يوم، خصوصا البند المتعلق بالاعتقال لمجرد الاشتباه وفقدان الضمانات القضائية

<sup>1</sup> أنظر: نفس المصدر.

<sup>2</sup> أنظر: وهيب الوهبي، الاتهامات الموجهة ضد المؤسسات الخيرية ليس لها أدلة أو إثبات، إسلام دايلي، 4 أكتوبر 2005، الموقع:

[www.islam-daily.net](http://www.islam-daily.net)

<sup>3</sup> أنظر: ليتيم نادية، المرجع السابق، ص 110.

<sup>4</sup> The Government's Demand for New And Unnecessary Powers After September 11, American Civil Liberties Union, April 2002.

<http://www.aclu.org/FilesPDFs/insatiable%20appetite.pdf>

تبعاً لذلك ، غير أنّ الأمر لم يتوقف عند هذا القانون وما انجرت عنه من إنتهاكات ، بل إنّ الأمر تعدّى ذلك إلى إصدار السُلطة التنفيذية في الولايات المتحدة الأمريكية لقرارات بمناسبة حربها على الإرهاب ساهمت في مضاعفة معاناة الأقليات المسلمة ، وقد دفعت هذه التطورات الأستاذ فهيمي هويدي إلى الترحيب بالولايات المتحدة الأمريكية في منتدى العالم الثالث بقوله أنّها "استوفت أوراق اعتمادها باتّخاذ خطوات فعّالة على صعيد الإعتداء على الحريات المدنية وتقنين القمع".<sup>1</sup>

## 2- تأثير القرارات التّفيذية وتأثيرها على الحقوق والحريات العامة للأقلية المسلمة بالولايات المتحدة الأمريكية:

بعد الحادي عشر من سبتمبر اختلّ بوضوح التوازن الدقيق بين المؤسسات الثلاث التنفيذية والتشريعية والقضائية داخل الولايات المتحدة الأمريكية لصالح الأولى بلا منازع وانهارت الرقابة التشريعية بينما تشن إدارة بوش وأنصارها حرباً شرسة على المؤسسة القضائية والإعلام ونجحت بالتالي في إحداث إنحسار واضح في مساحة الحريات المدنية.<sup>2</sup>

لقد اتّخذت إدارة بوش العديد من القرارات المقيدة للحريات العامة، فكان المسلمون خصوصاً ذوو الأصول العربية و الشرق أوسطية أولى ضحاياها ، إذ تمّ اعتقال الآلاف منهم لأسابيع عدّة بل لأشهر دون أن يتمّ التّوصل إلى إدانة أي منهم بأعمال إرهابية ، فشملت هذه القرارات الإعتقال كشهود رئيسيين ، حيث ركّزت في هذه الاعتقالات على الأشخاص ذوو الأصول العربية وآخرين مسلمين ، وإن كان غالبيتهم من المهاجرين المسلمين، فتمّ استجواب حوالي 1200 مسلماً بالولايات المتحدة الأمريكية عقب أحداث الحادي عشر من سبتمبر من قبل الوكالات الفيدرالية<sup>3</sup>. كما اعترفت وزارة العدل باعتقال 1017 شخصاً دون تحديد وقت محدد للإفراج عنهم من بينهم 738 مسلماً وعربياً وذلك في الفترة الممتدة من أحداث الحادي عشر من سبتمبر 2001 و إلى غاية أوت من عام 2002.<sup>4</sup>

ولقد أگّد مجلس العلاقات الأمريكية الإسلامية "كبير" ، أنّ الأمن الأمريكي حطّم العشرات من منازل العديد من المسلمين لمجرد الإشتباه بهم وقام باعتقالهم ، وهو ما دفع بمئات الطلبة العرب

<sup>1</sup> أنظر: محمود محمود محمود حمد ، المرجع السابق ، ص 65 .

<sup>2</sup> أنظر: منار الشوربجي ، الثابت والمتغير في سياسة الولايات المتحدة الأمريكية الخارجية ، مجلة السياسة الدولية ، السنة الحادية والأربعون ، العدد 161 ، يوليو 2005 ، ص 214 .

<sup>3</sup> Presumption Of Guilt: Human Rights Abuses of Post-September 11 Detainees, Human Rights Watch , <http://www.hrw.org/reports/2002/us911/USA0802.pdf>

<sup>4</sup> أنظر: حصاد كبير في عام 2003 ، جهود كبير في الدفاع عن حقوق وحريات المسلمين في أمريكا ، على الموقع :

ممن يدرسون بالولايات المتحدة الأمريكية إلى العودة لبلادهم نتيجة الضغط عليهم أو إعتقالهم<sup>1</sup>، فحملة الإعتقالات إستهدفت بشكل واضح العرب والمسلمين من الذكور من فئة عمرية محدّدة ، دون أن تكون هناك بالضرورة شبهة لتورّطهم في أيّ عمل مخالف للقانون ، وبِعَضِّ النَّظَرِ عمّا إذا كانوا من الأجانب أو المهاجرين أو الحاصلين على الجنسية الأمريكية<sup>2</sup>، كما رفضت وزارة العدل الأمريكية الإدلاء بأيّة معلومات بشأن المعتقلين أو أسمائهم أو هوياتهم ولا حتى أماكن اعتقالهم ، كما زعمت الحكومة بأنّ الكشف حتى عن إسم واحد هو تسوية على حساب الأمن القومي وأنّ الكشف عن مثل هذه المعلومات المحدّدة من شأنه أن يضرّ بالحرب على الإرهاب والتّحقيق في هجمات الحادي عشر من سبتمبر ، وظلّت تُخفي هويّة الشهود وترفض أيضا الكشف عن عددهم الفعلي وحيثيات إعتقالهم وكذا مدّة الإعتقال ومكانه ، بل أنّ حملات الإعتقال والتّحقيق الواسعة التي تقوم بها أجهزة الأمن لا تقوم بالضرورة على وجود ولو اشتباه ، فهي حملات عشوائية تقوم على معايير عنصرية عرفت تقليديا في ممارسات أجهزة الأمن الأمريكية (Racial Profiling) ومورست ضد أقليات أخرى على رأسها الأمريكيون من أصل إفريقي ولاتيني ، فالجديد الوحيد هو المستهدف لا الأسلوب نفسه، وإن كانت قد أضيفت إليه هذه المرة مجموعة اعتبارات أخرى مثل الفئات العمرية والموطن الأصلي بل تخمينات و تقديرات جزافية توقع بالكثيرين على أسس لا تتعدى الصدفة وسوء الحظ في بعض الأحيان<sup>3</sup>، كما أكّدت منظمة العفو الدولية أنّ الكثير من المعتقلين حُرّموا من حق الاتصال بالمحاميين وقالت أنّ شخصين اعتُقلا في سجن نيويورك بعد التّفجيرات دون توجيه إتهامات لهما ، وتمّ تقديم طعام لهما يُحرّمه دينهما (لحم الخنزير) ، وتُرِكَا في زنزانة باردة دون أغطية كافية، فيما تقوم إدارة السجن بتفتيشهما يوميا وربطهما من الأيدي والأقدام بالسّلاسل ، وقد نقلت صحف عربية بعض الحالات التي عانى فيها مسلمون أمريكيون من سوء المعاملة على أيدي الأمن الأمريكي<sup>4</sup>.

لقد حدث تقليص واضح للحريات المدنية ونقته العشرات من المنظمات الأمريكية المدافعة عن الحقوق والحريات المدنية<sup>5</sup>، وقد تقدّمت مجموعة كبيرة من منظمات الحقوق المدنية و حقوق

<sup>1</sup> أنظر: ليتيم نادية ، المرجع السابق ، ص 116 .

<sup>2</sup> Jodi Wilgoren, “A Nation Challenged : The Interviews ;Prosecutors Begin Effort to Interview 5000, but basic Questions Remain” ,New York times, 15/11/2001, [http://www.nytimes.com/2001/11/15/national/15\\_DETA.html](http://www.nytimes.com/2001/11/15/national/15_DETA.html)

<sup>3</sup> Amy Goldstein, « A Deliberate Strategy of disruption Massive ,secretive Detention Effort Aimed Mainly at preventing More terror”, Washington post , 4/11/2001, [http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/136356-2001\\_nov\\_3](http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/136356-2001_nov_3).

<sup>4</sup> أنظر: أوامر إعتقال الشهود الرئيسيين ، منظمة مراقبة حقوق الإنسان ، 2004 ، الموقع :

[www.hrw.org/reports/2004](http://www.hrw.org/reports/2004)

<sup>5</sup> أنظر: منار الشوربجي ، الثابت والمتغير في سياسة الولايات المتحدة الأمريكية الخارجية ، المرجع السابق، ص 215.



الإنسان، بالإشتراك مع منظمات الأمريكيين العرب و المسلمين بعدد كبير من الطلبات إلى وزير العدل و رئيس مكتب التحقيقات الفيدرالية و رئيس وكالة الهجرة للإفصاح عن هوية المعتقلين و أعدادهم و أماكن اعتقالهم و الإتهامات الموجهة إليهم ، ولكنها رفضت ذلك مستندة إلى عديد من الحجج الواهية تتعلق بالحرب على الإرهاب و الحفاظ على الأمن القومي الأمريكي.

كما شملت القرارات التنفيذية التي اتخذتها إدارة بوش ، الإعتقال كمقاتلين أعداء غير شرعيين وهو مصطلح جديد لم يعرفه القانون الدولي و ينصرف مفهومه وفقا لما تراه السلطة التنفيذية إلى كل فرد متهم بالانتماء إلى قوات معادية للولايات المتحدة الأمريكية، أو تحالفات منخرطة في نزاع مسلح ضد الولايات المتحدة الأمريكية<sup>1</sup> ، بحسب هذا المفهوم فإن أي معتقل تُصنّفه السلطة التنفيذية على أنه مقاتل عدو غير شرعي ، ليس له الحق في المثل أمام القضاء لإعادة النظر في مشروعية اعتقاله و في هذا انتهاك للحق في الحماية القانونية والقضائية وكذا الحق في المحاكمة العادلة المكفول وفقا لوثيقة الحقوق الأمريكية وكذا مواثيق القانون الدولي لحقوق الإنسان، ولقد كان من بين أهم القرارات التنفيذية بالاعتقال كمقاتلين أعداء غير شرعيين قيام الحكومة الأمريكية باعتقال مواطنين أمريكيين مسلمين تم احتجازهما دون تهم ودون محاكمة في الحبس الإنفرادي في أحد سجون البحرية الأمريكية لمدة ثلاث سنوات ، هذين المواطنين هما خوزيه باديلو المعروف باسم عبد الله المهاجر و ياسر عصام حمدي لم يحترم في اعتقالهما أدنى شروط الإعتقال و مُنعا من استقبال أي زائر لهما وكذا من الحصول على الاستشارة القانونية<sup>2</sup> ، وقد ذكرت لجنة الأمم المتحدة لمناهضة التعذيب في التقرير الذي أصدرته حول الولايات المتحدة الأمريكية في 19 ماي 2006 أن اعتقال الأشخاص إلى أجل غير مُسمى و بدون تهمة يُشكّل بحد ذاته انتهاكا لاتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة التي تُشكّل الولايات المتحدة الأمريكية طرفا فيها<sup>3</sup>.

كما شملت القرارات التنفيذية ذلك القرار التنفيذي السري و الذي بموجبه أمر الرئيس بوش وكالة الأمن القومي بالتجسس على محادثات المواطنين الأمريكيين بغية التوصل إلى أية معلومات بشأن

<sup>1</sup> أنظر: مقاتلو العدو المحتجزون في الولايات المتحدة الأمريكية ، تقرير لمنظمة مراقبة حقوق الإنسان ، 2004.

<http://www.hrw.org/arabic/mena/wr2k4/abovelaw6.htm>

<sup>2</sup> أنظر: تقرير منظمة العفو الدولية السنوي لعام 2006 ، موقع المنظمة على الإنترنت :

[www.amnesty.org](http://www.amnesty.org)

<sup>3</sup> أنظر: الولايات المتحدة الأمريكية بعد ثلاث سنوات ، علي الماري يظل في الحبس الإنفرادي بدون تهمة أو محاكمة ، منظمة العفو الدولية ، 22 جوان 2006 ، الموقع :

[www.ara.amnesty.org](http://www.ara.amnesty.org)

عمليات إرهابية دون استصدار أمر قضائي يُجيز ذلك<sup>1</sup>، فقد كشفت صحيفة "نيويورك تايمز" وقائع هذه الفضيحة في ديسمبر 2005 مؤكدة أنه بعد هجمات الحادي عشر من سبتمبر راقبت وكالة الأمن القومي طبقا لقرار رئيس الدولة، المكالمات الهاتفية الدولية والبريد الإلكتروني لمئات بل وربما للآلاف من الناس يعيشون داخل الولايات المتحدة الأمريكية دون أمر قضائي طوال السنوات الثلاث الماضية بداية من عام 2002 تاريخ صدور القرار، في إطار ما أطلقوا عليه "أرقام هاتفية قادرة مرتبطة بالقاعدة"<sup>2</sup>، ولم تُكذَّب السلطة التنفيذية ما جاء في هذه الصحيفة، إذ أقرَّ الرئيس بوش، في وقت لاحق، بالموافقة على برنامج التنصت في أعقاب هجمات الحادي عشر من سبتمبر قائلا: "أنه سمح بالتنصت على أشخاص لهم صلات معروفة بتنظيم القاعدة والمنظمات الإرهابية المرتبطة به ... فبعض خاطفي الطائرات التي ضربت واشنطن ونيويورك في 2001 أجروا اتصالات من داخل الولايات المتحدة الأمريكية مع رفاق لهم خارج البلاد قبل الهجمات، لكنَّ الولايات المتحدة الأمريكية لم تعلم ذلك إلا بعد فوات الأوان"<sup>3</sup>، إلا أنه يمكن القول بأنَّ الأقلية المسلمة هي المستهدفة من برنامج التنصت<sup>4</sup> بل حتى أنَّ النظام الرقابي<sup>5</sup> الذي أعلنت عنه وزارة العدل الأمريكية في الخامس من جوان 2002 والذي كان من المفروض أن يرمي إلى مراقبة خمسة و ثلاثين مليون أجنبي يزورون الولايات المتحدة الأمريكية سنويا للتأكد من أنهم لا يُشكِّلون خطرا على الأمن القومي، تمَّ فرضه على مئة ألف مسلم و عربي يقيمون بالولايات المتحدة الأمريكية<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Jason Leopold, Bush Authorized Domestic Spying before 9/11, Truthout, Friday 13 January 2006, <http://www.truthout.org/cgi-bin/artman/exec/view.cgi/48/16920>

<sup>2</sup> أنظر: ليتيم نادية، المرجع السابق، ص 136.

<sup>3</sup> أنظر: وكالة التجسس الأمريكية تتبادل المعلومات السرية، بوش الغارق في مشاكل داخلية يدافع عن برنامج التنصت ويقول: إذا إتصل بك شخص من القاعدة فإننا نريد أن نعرف، الوفاق، السنة التاسعة، العدد 221، على الموقع:

[www.greetings.irma.com](http://www.greetings.irma.com)

<sup>4</sup> أصدر وزير العدل الأمريكي أمرا إلى هيئة السجون يمنحها صلاحية التنصت على أي اتصال يتم بين المعتقل ومحاميه بعد شهادة من وزير العدل بأن هناك شكاً موضوعياً في أنَّ هذا السجين يستخدم هذا الاتصال لتسهيل أعمال إرهابية، للمزيد أنظر: منار الشوربجي، الحريات المدنية في الولايات المتحدة الأمريكية بعد الحادي عشر من أيلول/سبتمبر، مجلة المستقبل العربي، العدد 85، نوفمبر 2002، ص 17.

<sup>5</sup> يتضمن هذا النظام التقاط صور فوتوغرافية للزوار الأجانب وأخذ بصمات الأصابع الخاصة بهم على الحدود ومراقبة الأجانب الذين يقيمون بالولايات المتحدة الأمريكية لمدة تزيد عن ثلاثين يوماً بشكل منتظم، وأخيراً التشديد على أجهزة الهجرة لإبعاد الأجانب الذين يتخطون فترة الإقامة المحددة في تأشيرة الدخول، أنظر: أمريكا... القضاء يكفل للسلطات حق التنصت، إسلام أون لاين نت، 19 نوفمبر 2002، الموقع

[www.islamonline.net](http://www.islamonline.net)

<sup>6</sup> أنظر: سياسات التنصت والمراقبة ضد المسلمين في أمريكا... إنتهاك صريح لحقوق الإنسان، المختار الإسلامي، الموقع:

[www.islamselect.com](http://www.islamselect.com)

كما أنه بعد أسبوع واحد من اعتراف السلطة التنفيذية بموافقتها إجراء التّنصت على أشخاص بالولايات المتحدة الأمريكية ، كشفت تقارير صحفية أمريكية عن أنّ أجهزة الأمن بالولايات المتحدة الأمريكية نقّدت في أعقاب 11 سبتمبر عملية سرية للتّحقق من عدم وجود مواد نووية مُشعّة في أكثر من مئة موقع يوجد به مسلمون بالعاصمة واشنطن والمنطقة المحيطة بها ، وأشارت تلك التقارير إلى أنّ عملية رصد المواد المُشعّة شملت مساجد ومنازل ومكاتب ومخازن فضلا عن مواقع مشابهة في خمس مدن أمريكية ، وقالت تلك التقارير أنّ العملية السرية التي تُعدّ من الواجهة القانونية عملية تفتيش ، على الرُغم من استخدام أجهزة تكنولوجية ترصد الإشعاع عن بعد في بعض الأحيان ، تمّت دون الحصول على ترخيص من الجهات القضائية المخوّلة بالسّماح بمثل هذه العمليات<sup>1</sup> ، وكانت مجلة "يو أس نيوز آند وورلد روبرت" أوّل من كشف تفاصيل هذه القضية في نسختها الإلكترونية الصادرة يوم 26 ديسمبر 2005 ، إذ ذكرت أنّ مكتب التحقيقات الفيدرالية ووزارة الطاقة قاما بآلاف المهمّات لمراقبة المساجد وأماكن أخرى يرتادها المسلمون بالولايات المتحدة الأمريكية خلال السنوات الثلاث الماضية بهدف البحث عن مواد مُشعّة محتملة<sup>2</sup> ، وكانت عمليات التّفتيش أو المراقبة تحدث في اللّيل أو النهار، كما أنّ جميع من خضعوا لها تقريبا ممّن يحملون الجنسية الأمريكية ، وأضافت المجلة بأنّ تطبيق ذلك البرنامج السري بدأ في وقت مبكر من عام 2002<sup>3</sup>.

لا شك أنّ هذا الأمر من شأنه أن يزيد من محنة الأقلية المسلمة ، ويجعل من أفرادها مواطنين من الدرجة الثانية في الحقوق والحريات ، الأمر الذي جعل المؤسسات والمنظّمات الإسلامية في الولايات المتحدة الأمريكية تُعبّر عن ذلك صراحة ، إذ تساءل مركز الهجرة الإسلامي "كيف يتمّ التّجسس على المسلمين لمجرّد أنّهم يمارسون شعائرهم الدّينية؟"<sup>4</sup> ، كما قال مجلس العلاقات الأمريكية الأمريكية الإسلامية "كبير" : "إننا لم نعد في دولة يحكمها القانون ، بل في دولة يغلب عليها الخوف على

<sup>1</sup> أنظر: أحمد عبد الهادي ، بعد فضيحة رصد الاتصالات الهاتفية والإلكترونية و بزعم إعداد قنبلة قدره: 120 مسجدا و مخزنا و مكتبا لمسلمين أخضعت لمراقبة سرية منذ عام 2001 في أمريكا ، الوطن ، المملكة العربية السعودية ، السنة السادسة ، العدد 1913 ،

<http://www.alwatan.com.sa/daily/2005-12-25>

<sup>2</sup> أنظر: فضيحة التّنصت ، مراقبة مساجد في الولايات المتحدة الأمريكية بهدف البحث عن مواد مشعة ، شبكة النّبأ المعلوماتية ، 26 ديسمبر 2005 ، على الموقع :

[www.annabaa.org](http://www.annabaa.org)

<sup>3</sup> أنظر: فضيحة التّنصت ، نفس المصدر .

<sup>4</sup> أنظر : نفس المصدر .

الحقوق الدستورية ، وإنَّ ما يحدث سيُشكِّل بلا شك أزمة واشنطن في كسب عقول وقلوب المسلمين في العالم ، بينما تُسلب حرية المسلمين بالولايات المتحدة الأمريكية<sup>1</sup> . هذا كلُّه و غيره يدعوننا للتساؤل حول مآل الديمقراطية و التَّشدد باحترام الحريات وحقوق الإنسان من طرف الولايات المتحدة الأمريكية ، والذي لا نجد له أيَّ أثر بعد ما عاناه ولازال يعانيه المسلمون و الذي يترجم بصدق مدى الحقد و الكراهية الذي يُكنُّه الصَّليبيون للمسلمين مهما كانت جنسياتهم و على اختلاف طوائفهم منذ الأزمنة الغابرة و ما أحداث الحادي عشر من سبتمبر إلَّا حُجَّة لتبرير التَّمييز العنصري ضد المسلمين.

### ثالثا: تجريم المواثيق الدَّولية للتمييز العنصري

تلعب إدانة التَّمييز العنصري أو العرقي وتحريمها دورا محوريا في القانون الدَّولي لحقوق الإنسان ، فالعهد الدَّولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية أكَّد على تحريم هذه الجريمة وذلك في نصِّ مادته الثانية<sup>2</sup> ، والاتفاقية الدَّولية للقضاء على جميع أشكال التَّمييز العنصري لعام 1965 تنهى الدُّول الأطراف عن التَّمييز العنصري، إذ تشجُّب الدُّول الأطراف بمقتضى المادة الرَّابعة منها جميع الدِّعايات والتنَّظيمات القائمة على الأفكار أو النُّظريات القائلة بتفوق أيِّ عرق أو أيَّة جماعة من لون أو أصل إثني واحد، أو التي تحاول تبرير أو تعزيز أيِّ شكل من أشكال الكراهية والتَّمييز العنصريين وتطالبها بتوفير الحماية المتساوية لكلِّ المقيمين بها في ظلِّ كلِّ القوانين القائمة ، وتطالب الإتفاقية الدَّولية للقضاء على جميع أشكال التَّمييز العنصري الحكومات بمعاينة كافة أعمال العنف التي تدفعها الرُّوح العنصرية أو العرقية أو العصبية الوطنية وذلك حسبما يقضي القانون، وتُلزِم المادة 4(أ) من الإتفاقية على وجه التَّحديد الحكومات باعتبار "كل عمل من أعمال العنف أو تحريض على هذه الأعمال يُرتكب ضد أيِّ عرق أو أيَّة جماعة من لون أو أصل إثني آخر وكذلك كل مساعدة للنَّشاطات العنصرية، بما في ذلك تمويلها، جريمة يعاقب عليها القانون". كما تُوكِّد المادة الخامسة هذا المبدأ بل و تُعدِّد الحقوق التي يجب أن يتمتع بها كل إنسان بدون تمييز عرقي أو لغوي أو ديني.

<sup>1</sup> أنظر: سياسات التَّنصت و المراقبة ضد المسلمين في أمريكا ، المصدر السابق .

<sup>2</sup> تنص المادة الثانية من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على أنه: "تعهد كل دولة طرف في هذا العهد باحترام الحقوق المعترف بها فيه، وبكفالة هذه الحقوق لجميع الأفراد الموجودين في إقليمها والداخلين في ولايتها، دون أي تمييز بسبب العرق، أو اللون، أو الجنس، أو اللُّغة، أو الدِّين، أو الرَّاى سياسيا أو غير سياسي، أو الأصل القومي أو الاجتماعي، أو الثروة، أو النَّسب، أو غير ذلك من الأسباب".

كما أنّ المادة الرابعة من إعلان الأمم المتحدة بشأن القضاء على كافة أشكال التّعصب والتمييز القائمين على الدّين أو المعتقد تطالب الدّول "بمنع واستئصال أيّ تمييز على أساس الدّين أو المعتقد"، وإِتخاذ جميع التّدابير الملائمة لمكافحة التّعصب القائم على أساس الدين..."

وتطالب الإتفاقية الدّولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري الحكومات بمعاينة كافة أعمال العنف التي تدفعها الرّوح العنصرية أو العرقية أو العصبية الوطنية وذلك حسبما يقضي القانون ، لكن يظلّ التّساؤل قائماً في ظلّ القانون الدّولي حول ما إذا كان من الواجب معاقبة العنف المدفوع بالتّحيز من خلال سنّ تشريعات خاصة أم الاكتفاء بمعاقبته من خلال القوانين الجنائية العادية فحسب ؟ .

وقد اتخذت بعض البلدان موقفاً يتمثّل في أنّ العنف المدفوع بالتّحيز يجب تجريمه بصورة خاصة من خلال سنّ تشريعات خاصة بجرائم الكراهية ، لكنّ النّص الصّريح لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التّمييز العنصري يلتزم الصّمّت حيال هذه النّقطة، فلا يزيد عن الدّعوة إلى معاقبة العنف المدفوع بالتّحيز بدون أن يصف وسيلة العقوبة<sup>1</sup>.

كما أنّ برنامج العمل الصادر عن المؤتمر الدّولي لمكافحة العنصرية والتمييز العنصري وكراهية الأجنبي والتّعصب المرتبط بذلك<sup>2</sup>، والمنشور في 25 يناير/كانون الثاني 2002، لم يدعُ الحكومات إلى إصدار قوانين محدّدة خاصة بجرائم الكراهية، ولكنّه يوصي القضاة عند إصدار الأحكام باعتبار دافع التّحيز عاملاً مشدّداً. وحثّ التّقرير على وجه الخصوص الحكومات على "اتخاذ تدابير لاعتبار هذه الدّوافع عاملاً مشدّداً عند إصدار الأحكام للحيلولة دون مرور هذه الجرائم بدون عقاب وضمّاناً لسيادة القانون".

كما يعدّ برنامج العمل مجموعة من التّدابير<sup>3</sup> الأخرى التي ينبغي على الحكومات اتخاذها للتعامل مع العنف المدفوع بالتّحيز ولمعالجته. وتُمثّل هذه التّدابير في مجموعها قائمة مفيدة من الإجراءات التي

<sup>1</sup> أنظر: الولايات المتحدة الأمريكية: "نحن لسنا العدو" جرائم الكراهية ضد العرب والمسلمين ومن يُظنّ أنهم من العرب أو المسلمين بعد الحادي عشر من سبتمبر/أيلول ، على الموقع :

[www.hrw.org](http://www.hrw.org)

<sup>2</sup> لقد انعقد المؤتمر الدّولي لمكافحة العنصرية والتمييز العنصري وكراهية الأجنبي في دوربان بجنوب إفريقيا في الفترة من 31 أوت و إلى غاية 7 سبتمبر 2001 ، وكان من بين أهم توصياته التركيز على نحو خاص على القضايا الجنسانية والتمييز العنصري، ولا سيما الخطر المتعدد الجوانب الذي يقع عندما يتداخل نوع الجنس والطبقة والعنصر والأصل العرقي ، للمزيد أنظر ورقة حول المؤتمر على موقع الجزيرة نت :

[www.aljazeera.net](http://www.aljazeera.net)

<sup>3</sup> وتتضمن هذه التّدابير ما يلي:

يمكن أن تستعين بها الدول الأطراف في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري ، ومن بينها الولايات المتحدة الأمريكية لمكافحة العنف المدفوع بالتحيز.

كما أكد المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان<sup>1</sup> من جديد واجب الدول في أن تضمن للأشخاص المنتمين إلى أقليات إمكانية ممارسة جميع حقوق الإنسان والحريات الأساسية ممارسة كاملة وفعالية دون أي تمييز وعلى قدم المساواة التامة أمام القانون وفق إعلان حقوق الأشخاص المنتمين إلى أقليات قومية أو إثنية أو دينية أو لغوية<sup>2</sup>.

كما أنه من أول الحقوق التي نصَّ عليها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أمام القانون ، فنصَّ على أن يولد الناس جميعهم متساوين في الكرامة والحقوق ، وقد وُهبوا عقلا وضميرا وعليهم أن يعامل بعضهم بعضا بروح الإخاء والكرامة.

#### خاتمة

لقد أدت التفجيرات التي وقعت في الولايات المتحدة الأمريكية في الحادي عشر من سبتمبر 2001 إلى تغيير النظرة الأمريكية تجاه المسلمين داخل الولايات المتحدة الأمريكية ، فلقد عانى هؤلاء من التمييز العنصري داخل المجتمع الأمريكي وهو ما ترجمته الإعتداءات والاضطهاد الذي مورس ضدهم ، وكذلك التمييز العنصري في تطبيق القوانين التي جاءت تزامنا مع بروز فكرة مكافحة الإرهاب و استئصال جذوره ، فبصدور قانون باتريوت أكت تمَّ البدء في مراقبة وتفتيش المساجد وتجميد أرصدة المنظمات الخيرية، وبدورها القرارات التنفيذية جاءت وبالأعلى على الأقليات المسلمة في الولايات المتحدة الأمريكية، فتمَّ اعتقال العديد منهم كشهود رئيسيين أين كان الاستهداف واضحا للعرب و المسلمين ، وتمَّ اعتقال عدد آخر كمقاتلين أعداء غير شرعيين ومن ثمَّ النج بهم في معتقل غوانتانامو ،

– إنشاء جماعات عمل من الزعماء المحليين ومسؤولي تنفيذ القانون المحليين والوطنيين لتنسيق الجهود اللازمة للتعامل مع العنف المدفوع بالتحيز.

– دعم جميع البيانات عن العنف المدفوع بالتحيز.

– ضمان التطبيق الصارم لقوانين الحقوق المدنية التي تُحرِّم العنف المدفوع بالتحيز.

– تدريب القائمين على تنفيذ القانون على التحقيق في الجرائم المدفوعة بالتحيز.

– وضع المواد التعليمية اللازمة لتعليم الصغار أهمية التسامح والاحترام.

– الاعتراف بحاجة كل الدول الأطراف في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري إلى مواجهة التصعيد الحالي في "مشاعر العداة للعرب وكرهية الإسلام على مستوى العالم، أنظر: الولايات المتحدة الأمريكية: "نحن لسنا العدو" المصدر السابق.

<sup>1</sup> يقصد به إعلان وبرنامج عمل فيينا، صادر عن المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان المعقود في فيينا من 14 إلى 25 حزيران 1993 .

<sup>2</sup> أنظر: أ.د سهيل حسين الفتلاوي، موسوعة القانون الدولي، المرجع السابق، ص 303 .

وتمَّ إصدار قرار يسمح التنصُّت والتجسس على مكالمات المواطنين أين عانت الأقلية المسلمة من هذا القرار كثيراً، هذا كلُّه وغيره بالرغم من كون الولايات المتحدة الأمريكية قد صادقت على اتفاقية التمييز العنصري كما أنَّ دستورها ينصُّ على تحريم التمييز العنصري.

لقد كان للتَّحديات التي فرضتها أحداث سبتمبر - ضمن اعتبارات أخرى - دورها في التأكيد على أن الوجود الإسلامي أصبح من النسيج العام للمجتمع الأمريكي، ولئن أدَّت هذه الأحداث إلى معاناة الأقلية المسلمة من التمييز العنصري فقد أدَّت وبالمقابل إلى ظهور جبهة داخلية تتكاتف من أجل إعادة تصحيح المفاهيم المغلوطة حول الإسلام والمسلمين، بل إن عدد المعتنقين للدين الإسلامي قد ازداد بوتيرة ملحوظة بعد تلك الأحداث نتيجة الإقبال الهائل على الكتب التي تشرح الإسلام.

#### أهم النتائج المتوصِّل إليها:

- تركت أحداث الحادي عشر من سبتمبر 2001 أثاراً على كافة مجالات الحياة الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والعسكرية داخل المجتمع الأمريكي، والذي أدى بدوره إلى تقليص العديد من الحريات العامة ووضع قوانين طارئة تنافت في مضمونها مع مبادئ الديمقراطية الأمريكية ومبادئ حقوق الإنسان.
- وظفت الولايات المتحدة الأمريكية فكرة حماية الأمن القومي كذريعة للاعتداء على كل ما يمت للإسلام بصلة، مما نجم عنه تنامي ظاهرة الإسلاموفوبيا في أوساط المجتمع الأمريكي.
- وظفت الولايات المتحدة أحداث الحادي عشر من سبتمبر 2001 لشن مجموعة من الحروب لتحقيق مصالحها السياسية والعسكرية والاقتصادية.
- توظيف الحرب على الإرهاب من أجل إعادة رسم خارطة الشرق الأوسط فيما يعرف بمشروع الشرق الأوسط الجديد الذي أعلنت عنه وزيرة الخارجية الأمريكية كونداليزا رايس.

#### الإقتراحات:

- عدم ربط الإرهاب بالديانات (الإسلام تحديداً)، وذلك من خلال عقد مؤتمر دولي لجميع الديانات والاتفاق على لغة الحوار والتسامح ونبذ العنف والإرهاب وعدم التحريض على الآخر، والتركيز على نقل صورة حقيقة عن العرب والمسلمين لعدم تشويه الإسلام وأن الإسلام ليس رديفاً للإرهاب بعكس ما يشاع في الغرب.
- عدم الكيل بمكيالين، في استغلال وتوظيف الهجمات الإرهابية في انتهاك حقوق الإنسان كمبرر لمحاربة الإرهاب.
- ضرورة عقد مؤتمر دولي لتحديد تعريف للإرهاب بإجماع دولي ومن ثم وضع الإجراءات المناسبة لمكافحة لحد من توظيفه سياسياً لتحقيق مصالح خاصة بالدول.

## غل يد المدين كأحد الآثار المالية لحكم شهر الإفلاس\*

عمراني مراد<sup>(1)</sup>

(1) أستاذ محاضر "أ"، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر.

### الملخص:

تناولت هذه الدراسة أحد الآثار المالية لحكم شهر الإفلاس المتمثل في غل يد المدين المفلس بتحديد المبدأ القانوني له بالتعريف بمضمونه بوجوب امتناع المفلس قانونا عن إدارة أمواله المملوكة له وقت صدور هذا الحكم أو الذي تؤول إليه في المستقبل ويحل محله وكيل التفليسة لتصفية أمواله ومبرراته وتحليل الطبيعة القانونية لغل اليد وتمييزه عن غيره من الأنظمة القانونية وإبراز نطاق غل يد المدين المفلس بين ما يدخل في نطاق غل اليد بالنسبة للتصرفات القانونية والفعل الضار والأموال وبين ما يخرج عن نطاق الغل من الأموال غير المملوكة للمدين والنفقة المقررة له ولعائلته والدعاوى الشخصية.

### الكلمات المفتاحية:

غل اليد، المفلس، الأثر المالي، الإفلاس.

\* تاريخ إرسال المقال 2018/03/15، تاريخ مراجعة المقال 2018/05/15، تاريخ نشر المقال 2018/07/31



## **Restriction of the debtor's hand, as one of the financial effects of the bankruptcy ruling**

### **Summary:**

This study deals with one of the financial effects of the judgment which declares the bankruptcy, which consists in the divestiture of the bankrupt administration and the disposition of its property. It determines the legal concept with the identification of its content, which consists of the debtor's obligation in bankruptcy to refrain from managing his property, this obligation applies to the future owner, he is replaced by the Trustee to liquidate these assets. It also addresses the legal nature of divestiture and its deference to other legal systems, and also shows the scope of the divestiture of the debtor's bankruptcy.

### **Keywords:**

Restriction, Bankrupt, Financial effects, bankruptcy.

## **Dessaisissement du débiteur failli comme l'un des effets financiers du jugement prononçant la faillite**

### **Résumé:**

Cette étude traite l'un des effets financier du jugement prononçant la *faillite* qui prive le failli de l'administration et de la disposition de ses bien. nous déterminerons le principe juridique régissant le dessaisissement du failli de ses biens actuels et potentiels et sa substitution par le Syndic dans la liquidation de ses biens. Nous traiterons également son champ d'application et sa différence avec les autres systèmes juridiques.

### **Mots clés :**

Dessaisissement, Le failli, Les effets financiers, la faillite.

## مقدمة

إن المعاملات التجارية تفرز سلسلة من الحلقات المترابطة بين التجاري يكون من خلالها دائنا ومدينا في الوقت نفسه وبالتالي فإن إخلاله بتنفيذ التزامه قد يؤدي إلى تخلف التجار الدائنين له عن تنفيذ التزاماتهم مما يسبب في كثير من الأحوال إفلاسهم.

لقد نظم المشرع الجزائري أحكام الإفلاس والآثار المترتبة عنه في نصوص خاصة في القانون التجاري ولم يكتف بالقواعد العامة.

والإفلاس هو انتقال المدين من حالة اليسر المادي إلى حالة العسر المادي، وفي المعنى القانوني له هو إجراء نص عليه القانون للتنفيذ على أموال المدين التاجر بقصد تصفية أمواله تصفية جماعية لصالح دائنيه وتحقيق المساواة بينهم.

لا يعد التوقف عن الدفع الموجب لشهر إفلاس التاجر<sup>(1)</sup> ضيقا ماديا عابرا بل يجب أن يوحى بالمركز المالي للتاجر في وضعية حرجة مئوس منها بحيث تدل على عجز حقيقي يمنع التاجر من الوفاء بديونه في مواعيد استحقاقها.

ومن ثم فمعيار التوقف عن الدفع الذي يبرر شهر الإفلاس هو العجز الحقيقي الذي يتزعزع معه ائتمان التاجر وتتعرض به حقوق دائنيه إلى خطر محقق حتى ولو كانت لديه أموال تزيد عن ديونه فلا يشهر إفلاسه طالما لم يتوقف عن الدفع، فإذا كان المدين غير تاجر وتوقف عن دفع ديونه فإنه يصبح في حالة إعسار، والإعسار هو عدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه.

ولقد انتهج المشرع الجزائري نهج المشرع الفرنسي في عدم تنظيم حالة الإعسار بإجراءات تصفية خاصة كما فعل بالنسبة للإفلاس<sup>(2)</sup>، فإذا ما توقف التاجر عن سداد ديونه التجارية فإنه يخضع لحكم شهر الإفلاس.

والإفلاس يصدر بحكم من المحكمة المختصة ومتى صدر هذا الحكم ترتبت عليه آثار قانونية كغل يد المدين عن إدارة أمواله والتصرف فيها، وإن أصبح غير نافذة في حق جماعة

<sup>1</sup> جلال وفاء البدري محمددين: "المبادئ العامة في القانون التجاري". دار الجامعة الجديدة للنشر. 1995. ص 438.

<sup>2</sup> نادية فضيل: "الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري". الطبعة الثانية. ديوان المطبوعات الجامعية. 2007. الجزائر. ص 5.

الدائنين كافة التصرفات التي قام بها المفلس خلال فترة الريبة<sup>(1)</sup>، كما أن الذمة المالية للمفلس تصبح خاضعة لإدارة خاصة يتولاها وكيل التفليسة تحت رقابة المحكمة، وبمجرد صدور هذا الحكم يصير المدين في حالة إفلاس قانوني تترتب عليه جميع آثاره الشخصية والمالية على المدين سواء كان شخصا طبيعيا أو اعتباريا وكذلك آثاره التي تترتب على الدائنين.

وقد تبني المشرع الجزائري نظرية الإفلاس القانوني بنص المادة 1/225 من القانون التجاري الجزائري التي تنص على أنه: "لا يترتب إفلاس ولا تسوية قضائية بغير صدور حكم مقرر لذلك، ومع ذلك تجوز الإدانة بالإفلاس البسيط أو التديليسي دون التوقف عن الدفع بحكم مقرر لذلك".

يبين هذا النص أن المشرع الجزائري قرر عدم ترتيب الإفلاس أو التسوية القضائية بمجرد التوقف عن الدفع وبهذا يكون المشرع الجزائري قد استبعد صراحة الأخذ بنظرية الإفلاس الفعلي، ولم يأخذ بالإفلاس الفعلي إلا استثناء في المجال الجزائي بتوقيع العقوبات المتعلقة بجرائم الإفلاس<sup>(2)</sup> (للإفلاس بالتقصير والإفلاس بالتدليس)، فيما يخص الجرائم المتعلقة بالأموال.

ينشأ عن الإفلاس أثر مالي ينطبق على الفترة اللاحقة لصدور حكم الإفلاس بقوة القانون ودون حاجة لصدور حكم قضائي به أو النص عليه في حكم الإفلاس، وهو غل يد المفلس عن إدارة أمواله أو التصرف فيها، ويحل وكيل التفليسة محله في ذلك تمهيدا لتصفية هذه الأموال وتوزيع ثمنها على الدائنين وأثر رجعي يمتد لفترة سابقة لصدور الحكم بشهر الإفلاس والحق يكون لوكيل التفليسة في طلب هذا الإبطال لمصلحة جماعة الدائنين، وإذا كان هذا الإجراء هو وسيلة

<sup>1</sup> يقصد بفترة الريبة الفترة الواقعة بين تاريخ التوقف عن الدفع وتاريخ الحكم بشهر الإفلاس وسميت بفترة الريبة لان المشرع نظر إلى تصرفات المفلس خلالها نظرة شك وارتياب فقدر ان المشرع ان سلوك المفلس في الفترة السابقة على الحكم قد يكون غير شريف، إذ قد يعمد إلى تبديد أمواله إضرارا بدائنيه أو إخفاءها بعقود صورية كمنح هبات أو عقد بيوع صورية، فوضع المشرع أحكاما لتصرفات المفلس خلال هذه الفترة ليسقط منها ما كان ضارا بدائنيه أو التي هي محل شك وارتياب. نقلا عن: قروف موسى: "الطبيعة القانونية لفترة الريبة في القانون التجاري الجزائري". العدد الخامس. مجلة المنتدى القانوني. كلية الحقوق. جامعة محمد خيضر، بسكرة. 2013. ص 204.

<sup>2</sup> طرابيش عبد الغني: "جريمة الإفلاس بالتدليس في التشريع الجزائري". رسالة ماجستير. كلية الحقوق. جامعة باتنة. 2005. ص 6.

قانونية أوردتها المشرع لحماية أموال الدائنين، فإننا نتساءل كيف نظم المشرع هذه الآلية وما هي حدود تطبيقها.

### المبحث الأول: المبدأ القانوني لغل يد المدين المفلس

إن الأثر المالي الهام الذي يخلقه حكم الافلاس هو غل يد المفلس عن إدارة أمواله أو التصرف فيها منذ بداية صدور هذا الحكم وحتى إنتهاء التفليسة بالصلح أو الاتحاد<sup>(1)</sup>، إلا أن ذلك لا يعني فقدان أهليته أو نقصها كما لا يعني انتقال ملكية أمواله إلى دائنيه بل يظل متمتعا بأهليته الكاملة وملكته لأمواله.

وغل اليد كأثر للإفلاس التجاري يختلف عن نظام الحجر على المدين المفلس وذلك تبعاً لاختلاف الحالات التي تطبق فيه كل منهما وكذلك ظروف ومتطلبات التعامل.

### المطلب الأول: مفهوم غل يد المفلس و التفرقة بين أعمال الادارة وأعمال التصرف

يعتبر غل يد المفلس عن إدارة أمواله أو التصرف فيها بمجرد صدور حكم شهر الافلاس الحكم القانوني المتفق عليه تشريعاً وفقها وقضاء ليحل محله في ذلك وكيل التفليسة.

### الفرع الأول: مفهوم غل اليد:

إن مفهوم غل يد المفلس هو وجوب امتناع المفلس قانوناً عن إدارة أمواله أو التصرف فيها بأي نوع من أنواع التصرف بمجرد صدور الافلاس سواء أكانت أمواله المملوكة له وقت صدور هذا الحكم أو التي تؤول إليه في المستقبل ويحل محله في ذلك وكيل التفليسة الذي تعينه المحكمة تمهيداً لتصفية هذه الأموال وبيعها وتوزيع ثمنها على الدائنين قسمة غرماء وذلك ما تقضي به صراحة الفقرة الأولى من المادة 244 من القانون التجاري بقولها: "يترتب بحكم القانون على الحكم بإشهار الإفلاس ومن تاريخه تخلي المفلس عن إدارة أمواله أو التصرف فيها، بما فيها الأموال التي قد يكتسبها بأي سبب كان، وما دام في حالة الإفلاس ويمارس وكيل التفليسة جميع حقوق ودعاوى المفلس المتعلقة بدمته طيلة مدة التفليسة".

<sup>1</sup> على البارودي: "الأوراق التجارية والإفلاس". دار المطبوعات الجامعية. القاهرة. 2002. ص 272.

فعل يد المدين يكون على الأعمال والتصرفات على حد السواء، وذلك لحماية الدائنين من عبث المدين وتقرير المساواة بينهم، ويصدر غل اليد بقوة القانون فور صدور الحكم بشهر الإفلاس أما إذا لم يصدر حكم الإفلاس فلا محل لغل اليد حتى ولو ثبت أمام المحاكم الجنائية توقف المدين عن الدفع.

ويظل غل اليد قائماً حتى انتهاء التفليسة بقيام حالة الاتحاد أو الصلح أو عن طريق التخلي عن الأموال للدائنين، أما إذا أقيمت التفليسة لعدم كفاية أموالها فيظل غل اليد قائماً، لأن حالة الإفلاس مازالت قائمة، أما إذا عاد المدين على رأس تجارته بسبب التسوية القضائية، أو إذا ما آلت إليه أموال بأي طريق مشروع وتمكن بواسطتها من سداد ديونه ففي هذه الحالة يستعيد أمواله بالحالة التي عليها لأن انتهاء غل اليد ليس له أثر رجعي.

### الفرع الثاني: مبررات غل اليد

إن غل اليد عن الإدارة أو التصرف في أمواله هو الأثر الوحيد للإفلاس الذي يتقرر قانوناً وذلك للأهمية البالغة له، وهو ما يستدعي دراسة المبررات التي جعلت منه بتلك الدرجة، وهي:

- حماية الدائنين من أعمال المدين المفلس والتي قد يسعى بها إلى الإضرار بهم وانتقاص ما لهم من ضمان عام على أمواله<sup>(1)</sup>.
- منع المدين المفلس من القيام بإيثار ومحاباة بعض الدائنين على حساب البعض الآخر ومن ثم إهدار مبدأ المساواة بينهم<sup>(2)</sup>.
- إن إقرار مبدأ غل اليد يعتبر نوعاً من الجزاء الذي يحقق الردع الخاص للمفلس والردع العام لغيره من التجار.

- إن إقرار هذا المبدأ بمجرد صدور حكم شهر الإفلاس قانوناً ودون الانتظار لاتخاذ أي إجراء آخر إنما هو لتفادي إعطائه أي مدة زمنية بعد صدور حكم شهر الإفلاس يتمكن بموجبها القول بصحة تصرفاته خلال هذه المدة بحجة أنه لم يتخذ أي إجراء بعد لتغل يده بموجبه، لذا كان

<sup>1</sup> مصطفى كامل طه: "القانون التجاري - الأوراق التجارية والإفلاس" - ص 443.

<sup>2</sup> محسن شفيق: "القانون التجاري الكويتي- العقود التجارية، الأوراق التجارية، الإفلاس" - مطبوعات جامعة الكويت. الكويت. 1982. ص 408.

ترتيب هذا الأثر بقوة القانون و بمجرد صدور حكم الإفلاس هو إعلان مسبق ومنع قاطع للمفلس من إبرام أي تصرف خلال مدة التفليسة عدا التصرفات المستثناة من ذلك، كما أن تقريره بهذه الصفة هو إجراء وقائي كان المشرع موفقا في إقراره قبل أن يقع المفلس في فخ التصرفات القابلة للإبطال حتما، وبالتالي لا حجة إطلاقا بعد ذلك للمفلس ليدافع عن تصرفاته المبرمة خلال مدة التفليسة.

- كما أن تقرير مبدأ غل اليد فيه حماية للدائنين من سوء نية المدين، فإنه في الوقت نفسه فيه حماية للمدين نفسه، وذلك بإنقاذه من إغراق ذمته في ديون والتزامات أخرى، تضاف إلى ديونه السابقة المتوقف عن دفعها والتي كانت سببا في شهر إفلاسه.

### الفرع الثالث: التفرقة بين أعمال الإدارة وأعمال التصرف

لم تكتف التشريعات القانونية بتقرير مبدأ غل اليد عن الادارة فقط لأمواله أو عن التصرف فيما فقط، وذلك بمجرد صدور حكم شهر الافلاس وحلول مدير التفليسة محله في ذلك، بل نصت على غل اليد عن الادارة و عن التصرف معا في أمواله ويحل محله مدير التفليسة في ذلك كله، وحتى القوانين التي كانت تنص على غل يد المفلس عن الادارة فقط دون غل يده عن التصرف قد لاقت نقدا لاذعا وبالتالي عملت على تعديل موقفها، وتداركت الأمر ونصت عليهما معا.

إن الأساس الذي يجب أن نبني عليه فكرة أعمال الإدارة و أعمال التصرف التي تغل يد المفلس عنها ويوكل بها إلى وكيل التفليسة هو الذمة المالية للمفلس<sup>(1)</sup>، وانطلاقا من هذا العنصر الثابت فإن الأعمال القانونية بحسب خطورتها على هذا العنصر، تنقسم إلى أعمال حفظ وأعمال إدارة وأعمال تصرف.

فأقلهما خطورة أعمال الحفظ وأكثرها خطورة أعمال التصرف أما أعمال الإدارة فتقع موقعا وسطا بين هذه وتلك، وطبقا للقواعد العامة فإن الفقه عادة ما يلحق أعمال الحفظ بأعمال الإدارة.<sup>(2)</sup>

<sup>1</sup> محمد السعيد رشدي: " أعمال التصرف و أعمال الإدارة في القانون الخاص". دار النهضة العربية. القاهرة. 1983. ص 119.

<sup>2</sup> إسماعيل غانم: " محاضرات في النظرية العامة للحق". ص 149.

وعليه فالمقصود بأعمال الإدارة هي تلك الأعمال التي يقوم بها وكيل التفليسة ويكون المقصود منها حماية أو حفظ أو استغلال أو استثمار العناصر المادية المكونة للذمة المالية للمفلس استغلالا عاديا دون أن يترتب عليها إلزام الذمة في المستقبل ودون أن يغير من التخصيص الاقتصادي للعناصر المكونة لها أو تغير للمراكز القانونية للأشخاص.

وأما المقصود بأعمال التصرف فهي الأعمال التي قد تكون منشئة أو معدلة أو منهية للحق فمن شأنها أن تعدل المركز القانوني للشخص أو تلزم مركزه المالي بالنسبة للمستقبل.

ويتضح من ذلك، أن أعمال التصرف التي يقوم بها وكيل التفليسة يكون الهدف منها الحصول على أكبر عائد من الأموال تضاف إلى أموال التفليسة في أحوال غير عادية يحتاج إلى روابط قانونية، وتبعات جسيمة وقد يكون من شأنها إنقاص الذمة المالية للمفلس في جزء منها أو في مجموعها أو إنهاؤها بالمرّة وبالتالي فهي أعمال خطيرة بالنسبة للذمة المالية للمفلس وتكشف عن سلطة تكاد تكون كاملة على المال وتعبر عن سلطان وإرادة حرة ومباشرة<sup>(1)</sup>.

وتجدر الإشارة إليه أن أعمال التصرف التي يقوم بها وكيل التفليسة بدلا عن المفلس في أموال التفليسة لا يعني نقل حق عيني كنقل الملكية، ذلك لأن هناك من الأعمال ما تعتبر من أعمال التصرف بالرغم من أنها لا تنطوي على نقل حق عيني مثل عقد الايجار فهذه الأعمال يترتب عليها إلزام الشخص بالنسبة للمستقبل ومن شأنها أن تهدد الذمة المالية للمفلس من حيث وجود أو تحديد رأس المال الذي يوجد بداخلها.<sup>(2)</sup>

### المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لغل اليد وتمييزه عن نظام الحجر على المدين المفلس

إن تحديد الطبيعة القانونية لغل يد المفلس عن التصرفات وإدارة أمواله بمجرد صدور حكم شهر الإفلاس من المسائل التي أثارت جدلا فقهيًا، غير أن هناك العديد من التصورات يمكن أن يختلط بها نظام غل اليد مع أنظمة قانونية أخرى ويستحسن التمييز بينهم.

إن غل يد المفلس عن إدارة أمواله والتصرف فيها ليس نزعا لملكيته لهذه الأموال بل إنها تظل على ملكه ويترتب على ذلك أنه في حالة التصفية وبيع أمواله تنتقل الملكية مباشرة من المفلس إلى المشتري، كما أنه لو بيعت أمواله واستوفى الدائون لحقوقهم وبقي شيئا من هذه

<sup>1</sup> محمد السعيد رشدي. المرجع السابق. ص 168.

<sup>2</sup> حسام الدين الأهواني: "مقدمة القانون المدني، نظرية الحق". دار النهضة العربية. القاهرة. 1972. ص 368

الأموال، فإنها تعود للمدين بوصفها ملكا له، وإذا انتهت التفليسة بالصلح يعود للمدين كامل حريته في التصرف في هذه الأموال.

من جهة أخرى، فإن غل يد المفلس عن إدارة أمواله والتصرف فيها ليس ضربا من ضروب نقص أو انعدام الأهلية، وذلك أن حالات نقص أو انعدام الأهلية إنما هي حالات عددها المشرع في مواد القانون المدني، ومنه ليس من ضمنها أن يصدر حكما من القضاء لغل يده لعدم وفاء التاجر بديونه التجارية.

ويرتبط بهذا التصور أمر آخر هو أن التصرفات التي يجريها المفلس عقب صدور الحكم بشهر إفلاسه تقع باطلة. وهذا أمر لا يمكن التسليم به وذلك لأنه إن كان تصرفا قابلا للإبطال فإنه لا يجوز التمسك به إلا لمن تقرر لمصلحته، وإن كان باطلا بطلانا مطلقا فإنه يعني أن لكل ذي مصلحة التمسك به وليس أطراف التصرف فقط، وهذا لا يستقيم مع الأثر الذي رتبته على مخالفة غل اليد وهو عدم جواز الاحتجاج بهذا التصرف على جماعة الدائنين.

فلو كان تصرفا قابلا للإبطال على سند من أنه من نقص الأهلية فإن التمسك به يكون للمفلس فقط ولا يجيز لدائنيه التمسك به، وإن كان أحد صور انعدام الأهلية مما يعني أن لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه.

ولكن من المقرر قانونا أن هذا العقد يكون صحيحا ومنتجا لأثاره فيما بين المتعاقدين "المفلس والمتعامل معه" ويرتب حقوقا لكليهما غاية ما هنالك أنه لا يحتج بهذا التصرف في مواجهة جماعة الدائنين ومن ثم لا يجوز للمفلس أو المتعاقد معه أن يتمسك ببطلان التصرف، كما أنه بزوال حالة التفليسة يكون كليهما ملزما بتنفيذ ذلك العقد وهذا أمر لا يستقيم وبطلان التصرفات القانونية<sup>(1)</sup>.

<sup>1</sup> راشد راشد: "الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري". الطبعة الخامسة. ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر. 2005. ص 269.

وكذلك ما قضت به محكمة النقض المصرية بقولها: "وإن كانت المادة 216 من قانون التجارة تقضي بوجود غل يد المفلس عن إدارة أمواله والتصرف فيها من تاريخ صدور الحكم بإشهار الإفلاس ولا تصح له مباشرة الدعاوى المتعلقة بتلك الأموال وحتى لا تضار جماعة الدائنين من نشاطه القانوني إلا أن غل اليد لا يقضي ببطلان التصرفات التي يجريها المفلس في أمواله منقولة أو عقارية وإنما يؤدي إلى عدم نفاذها في مواجهة جماعة الدائنين مع بقائها صحيحة بين طرفيها ويكون لوكيل الدائنين وحده أن يطالب عدم نفاذ التصرف" نقلا عن: شريف مكرم: "التوقف عن الدفع وأثره على حقوق دائني المفلس في ظل قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999". الطبعة الأولى. دار النهضة العربية. القاهرة. 2005. ص 245.



ولم يقتصر الفقه في تحديد جزاء وأثر مخالفة المفلس لغل يده عن إدارة أمواله أو التصرف فيها بصدور حكم بشهر إفلاسه بل امتد كذلك إلى تفسير الأساس الذي يستند إليه عدم النفاذ. فذهب فريق من الفقهاء إلى أن غل يد المفلس هو تطبيق للدعوى البولصية يتقرر بمقتضى القانون، وسند هذا الاتجاه أن الغرض من الدعوى البولصية هو عدم نفاذ التصرف في مواجهة الغير متى كان مشوبا بالغش وترتب عليه ضررا له.

وبالمثل فإن جماعة الدائنين تعتبر من الغير بالنسبة للتصرف الحاصل من المفلس وافترض المشرع أن المفلس يهدف من ورائه إلى الإضرار بدائنيه.<sup>(1)</sup>

لكن لا يمكن التسليم بهذا الأساس، ذلك أنه بالرجوع إلى القانون المدني نجد أن يقر لكل دائن يكون حقه مستحق الأداء وصدور من مدينه تصرف ضاربه، المطالبة بعدم نفاذ التصرف في حقه إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزامه وترتب عليه إعاقة المدين أو الزيادة في إعساره .

وعليه فالمشرع المدني تطلب أن يكون التصرف الصادر من المدين مصحوبا بسوء نية قاصدا به الإضرار بدائنيه، وقد عرف المشرع المدني سوء النية بكون المدين يعلم أن من شأن تصرفه إعساره أو الزيادة في إعساره افتراض فيه سوء النية ومن ثم تحقق الشرط الذي يجيز لدائنه رفع الدعوى البولصية.

على خلاف من ذلك نجد أن المشرع التجاري عندما نص على غل يد المفلس كأثر مباشر ووجوب لصدور حكم بشهر إفلاسه لم يشترط أن تكون تصرفات المفلس منطوية على سوء نية للتقرير بعدم سريانها في مواجهة جماعة الدائنين، وبالتالي لا يجوز لنا تقييده بشروط خارجة عنه من باب القياس لا سيما مع اختلاف مجال كلا من الأمر المقاس عليه عن الآخر.

ومن جهة أخرى فإن هذا التفسير وإن كان على فرض قبوله يمكن تصوره بالنسبة لغل اليد عن التصرف في الأموال وتشبيهه بالدعوى البولصية من حيث أن كليهما يهدف الى عدم نفاذ التصرف في مواجهة الدائن إلا أنه لا يفسر لنا كيفية سريان عدم النفاذ على الدعاوى والاجراءات الفردية القانونية التي يجريها المفلس بعد صدور الحكم ولا تنفذ في مواجهة جماعة الدائنين.

<sup>1</sup> علي حسن يونس: "الإفلاس في القانون التجاري المصري". دار الفكر العربي. القاهرة. 1997. ص 111 وما بعدها.

كما أن المستقر عليه فقها وقضاء أن مجال أعمال الدعوى البولصية قاصر على التصرفات القانونية دون أعمال التصرفات المادية أو الإجراءات القانونية. ومن هنا فإننا نرى أن غل يد المفلس عن إدارة أمواله والتصرف فيها الوارد بالقانون التجاري وإن كان يتشابه من حيث الأثر مع الدعوى البولصية المنصوص عليها في القانون المدني ومن حيث أن كليهما يهدف إلى المحافظة على الضمان العام للدائنين إلا أن لكل منهما شروط متطلبة ونطاق تطبيق يختلفان عن بعضهما فيه.

كما أن اتجاه الفقه الراجح يرى أن رفع اليد هو نوع من عدم نفاذ التصرف في مواجهة جماعة الدائنين إذ تصبح أمواله محجوزا عليها جزا جماعيا شاملا لكل من الأموال التي يجوز الحجز عليها وهذا الحجز الجماعي مقرر لمصلحة جماعة الدائنين<sup>(1)</sup>، وترتبا على ذلك فإن لوكيل التفليسة وحده أن يطالب بعدم نفاذ التصرف في مواجهة جماعة الدائنين كما أن له التمسك به إن كان محققا لصالح الجماعة.<sup>(2)</sup>

وسند هذا الرأي أن حكم شهر الإفلاس يحدث تعديلا جوهريا في مركز الدائنين فبعد أن كان الدائن يعتبر خلفا للمدين تسري عليه تصرفاته مادامت خالية من الغش يعتبر منذ صدور حكم الإفلاس عضوا في جماعة الدائنين.

ويستدرك هذا الاتجاه مؤكدا على أن جماعة الدائنين بمجرد صدور الحكم تصبح من الغير بالنسبة لتصرفات المفلس ومن ثم لا يسري في مواجهتهم تصرفاته<sup>(3)</sup>.

وينتهي هذا الرأي إلى أن الحجز يقع لصالح جماعة الدائنين بمجرد صدور الحكم ويترتب عليه وضع الاموال المذكورة في حالة عدم قابلية للتصرف.<sup>(4)</sup>

غير أنه يتعين الوقوف في معرض بيان سند هذا الاتجاه من اعتبار غل يد المفلس جزا شاملا على أموال المفلس يجعل أمواله غير قابلة للتصرف فيها، فهذه العبارة الأخيرة محل نظر ذلك أن عدم قابلية المال للتصرف فيه إما أن يكون راجعا لكونه غير مملوك للمتصرف أو كونه خارجا عن نطاق التصرف أي أن يكون مالا عاما مملوكا للدولة وأن القانون يحظر هذا التصرف

<sup>1</sup> محمد سامي مذکور. المرجع السابق. ص 146.

<sup>2</sup> حمد الله محمد حمد الله: "غل يد التاجر المفلس". دار النهضة العربية. القاهرة. 1992. ص 33.

<sup>3</sup> محمد بهجت فايد: "عمليات البنوك والإفلاس". دار النهضة العربية. القاهرة. 2000. ص 272.

<sup>4</sup> محسن شفيق. ص 176.

كأن يكون محل التصرف غير مشروع كالاتجار في المواد المخدرة وكذلك حالات المنع من التصرف المنصوص عليه في القانون المدني.

ومن المستقر عليه قانونا أن مخالفة أي من هذه الصور يجعل من التصرف باطلا بطلانا مطلقا وقد سبقت الإشارة إليه أن غل اليد هو عدم نفاذ وليس بطلانا للتصرفات القانونية ومن ثم فلا محل للتقرير بوصف أموال المدين المفلس غير قابلة للتصرف فيها. وهناك جانب من الفقه يرى عدم وجوب تأسيس عدم نفاذ التصرفات اللاحقة للمفلس على صدور حكم شهر الإفلاس على أساس أنه تم توقيع حجز شامل على أمواله لصالح جماعة الدائنين وسند هذا الرأي أن للحجز إجراءاته المنصوص عليها قانونا والتي لا يمكن إعمال الكثير منها في مجال الإفلاس.

ذلك أنه يجب مثلا على المحضر القضائي أن يعين المحجوز عليه حارسا إذا طلب ذلك منه إلا إذا خاف التبيد منه وكانت له الأسباب المعقولة في تقرير ذلك.

إن نظام الإفلاس لا يجيز للمفلس أن يتولى حراسة أمواله ولو لم يخش التبيد من جانبه، ويرى هذا الاتجاه أنه يجب النظر إلى الأثر المترتب على غل يد المفلس على أنه جزء من نظام قانوني خاص له آلياته المتعددة لتداخل فيما بينهما كي يتكامل النظام الذي أوجده المشرع<sup>(1)</sup>.

وبعد استعراض معظم الاتجاهات كأساس لتفسير عدم نفاذ تصرفات المفلس في حق جماعة الدائنين فإننا نساير الاتجاه الأخير من أن أثر التصرف هو محض عدم نفاذ للحفاظ على الضمان العام للدائنين و منع إخراج المفلس لجانب من أمواله من موجودات التفليسة دونما حاجة لرد ذلك الأثر لأي من النظم القانونية السابقة.

وتبرير ذلك أنه لو تم تشبيهه غل اليد المترتب على حكم شهر الإفلاس فإن ذلك يعني وجوب مقارنة الأخير بحكم صحة الحجز والواقع أن كليهما له مضمار مختلف عن الآخر فحكم شهر الإفلاس على ما سبق بيانه يعني في المقام الأول بثبوت حقوق الدائنين وجديتها و من ثم إصدار حكم الإفلاس بينما دعوى صحة الحجز وليس ثبوت الحق الموضوعي من عدمه .

وعليه نستنتج بأن غل اليد لا ينزع الملكية من المدين المفلس ولا ينقص من أهليته، مما يدفعنا لدراسة نطاق غل يد المدين المفلس.

<sup>1</sup> حسين الماحي: " أحكام الإفلاس في ظل قانون التجارة الحالي". دار النهضة العربية. 2000. ص 317.

## المبحث الثاني: نطاق غل يد المدين المفلس

يصبح المدين المفلس بمجرد صدور حكم شهر الإفلاس غير أهل للتقاضي بنفسه في الدعاوى المتعلقة بأمواله ويتولى وكيل التفليسة كل دعوى ترفع عليه أو منه وتكون متعلقة بأمواله، وذلك لحماية حقوق الدائنين<sup>(1)</sup>.

كما يمنع عليه أيضا إتمام الإجراءات القضائية بشأن أي دعوى رفعت قبل شهر إفلاسه، ولم يتم الفصل فيها بعد فيحل محله وكيل التفليسة.

## المطلب الأول: ما يدخل في نطاق غل اليد

يشمل غل اليد التصرفات القانونية والفعل الضار والأموال.

## الفرع الأول: بالنسبة للتصرفات القانونية

لا يجوز للمفلس إجراء أي عمل قانوني كالبيع أو الهبة أو الايجار أو تحرير أوراق تجارية، أو إبرام أي عقود يترتب عليها ديون تجارية، كما لا يجوز للمفلس الوفاء بما عليه من ديون أو استيفاء ماله من حقوق، ولكي يتم أعمال قاعدة غل اليد وعدم نفاذ التصرفات التي يقوم بها المفلس يجب معرفة وقت حدوث التصرف، فإذا وقع بعد شهر الإفلاس فيختلف الأمر:

– فإذا وقع أو حدث التصرف خلال فترة الرتبة فإنه يخضع للبطلان الوجوبي أو الجوازي حسب نوع التصرف.

– أما إذا وقع التصرف خارج فترة الرتبة فيكون نافذا بالنسبة لطرفيه، أي لا يجوز لطرفي العقد الاحتجاج بشهر الإفلاس بغية عدم تنفيذ العقد. كما يجوز لوكيل التفليسة أن يتمسك بالعقد الذي أبرمه المفلس بعد شهر الإفلاس إذا وجد فيه مصلحة لجماعة الدائنين، ويجوز للمتعاقد مع المفلس على رأس تجارته بالتسوية القضائية.

<sup>1</sup> تنص المادة 244 الفقرة الثانية من القانون التجاري: يترتب بحكم القانون على الحكم بإشهار الإفلاس ومن تاريخه تخلي المفلس عن إدارة أمواله أو التصرف فيها بما فيها الأموال التي قد يكتسبها بأي سبب كان، ومادام في حالة الإفلاس ويمارس وكيل التفليسة جميع حقوق ودعاوى المفلس المتعلقة بدمته طيلة مدة التفليسة...".

- أما إذا بيعت أموال المفلّس و صفيت وقسمت بين جماعة الدائنين، فلا يستطيع تنفيذ التزامه، ويتحول حق المتعاقد إلى تعويض يتقاضاه وفقا للقواعد العامة.
- ويستوي لسريان قاعدة غل اليد أن تكون التصرفات التي أبرمها المفلّس بنفسه أو بواسطة وكيله حتى ولو صدرت الوكالة عن المفلّس قبل صدور الحكم بشهر الإفلاس لأن صدور هذا الحكم يستوجب فسخها لقيام الوكالة على الاعتبار الشخصي الذي ينقضي أو ينهار بإفلاس الموكل لأن عمل الوكيل ينصرف أثره إلى الموكل.

### الفرع الثاني: بالنسبة للفعل الضار

يشمل غل اليد أيضا كل ما يشغل ذمة المفلّس بسبب ارتكابه أي فعل ضار سواء عن عمد أو غير عمد وسواء وقع الفعل الضار من المفلّس شخصا أو من تابعيه أو من الحيوانات التي تكون في حراسته.

يعتبر المفلّس مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه للغير أو يحدثه كل من في رقابته أو رعايته وفقا لنصوص مواد القانون المدني<sup>(1)</sup>، فإذا حكم للمضرور بالتعويض عن الفعل الذي ارتكبه المفلّس أو أحد تابعيه أو ما تحت حراسته بعد صدور حكم شهر الإفلاس فلا يجوز له الاشتراك في التفليسة بمبلغ التعويض إنما عليه الانتظار حتى انتهاء التفليسة، ويقوم بالتنفيذ على ما تبقى له من مال أو ما يستجد له من أموال.

أما إذا كان الفعل الضار قد ارتكبه المفلّس قبل شهر الإفلاس ولكن لم يصدر الحكم بالتعويض إلا بعده، ففي هذه الحالة يكون من حق المضرور أن يتقدم في التفليسة بمبلغ التعويض على أساس أن الحكم يقرر حق المضرور في التعويض ولا ينشئه.

وفي حالة ما إذا كان المفلّس هو المضرور فمبلغ التعويض المستحق له يدخل ضمن أموال التفليسة ولا يستطيع المفلّس التصرف فيه لأنه مغلول اليد.

<sup>1</sup>تنص المادة 124 من القانون المدني: " كل فعل أيا كان برتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

وكذلك تنص المادة 134 من القانون المدني: " كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة بسبب قصر أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية يكون ملوما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص بفعله الضار...".

## الفرع الثالث: بالنسبة للأموال

يشمل غل اليد جميع أموال المفلس التي يملكها قبل شهر الإفلاس، وكذا التي آلت إليه وهو في حالة إفلاس سواء كان ذلك عن طريق الإرث أو الهبة أو عن طريق تجارة جديدة أو تعويض، وسواء كانت هذه الأموال منقولات أو عقارات ما دامت قابلة للحجز ومملوكة له.

ولا يجوز للمدين بعد شهر إفلاسه سداد أي دين عليه أو استيفاء ماله من حقوق وإن قام المدين المفلس بالوفاء لأحد الدائنين وجب عليه على هذا الأخير رد ما أخذه إلى أموال التفليسة ويدخل في قسمة الغرماء مع باقي الدائنين العاديين أما إذا كان المدين دائناً للغير واستوفى دينه منه فعليه أن يدخل هذا المال ضمن أموال التفليسة.

إلا أنه وبالرغم من أنه لا يجوز للمفلس بعد صدور الحكم بشهر الإفلاس الوفاء بما عليه من ديون أو استيفاء ما له من حقوق فقد أجازت المادة 250 من القانون التجاري<sup>(1)</sup> إمكانية الوفاء بالورقة التجارية سواء كانت سفتجة أو سنداً لأمر أو شيكاً، وذلك بغرض حماية ائتمان الورقة التجارية، غير أن إجازة صحة الوفاء هنا يمكن أن تضر بمصلحة الدائنين فيكون لهم الحق في رفع دعوى برد المال إلى التفليسة وتكون هذه الدعوى ضد الساحب في حالة سحب السفتجة أو ضد المحرر في السند لأمر أو ضد المستفيد بالشيك بشرط إقامة الدليل على أن المطالب برد المال كان عالماً بالتوقف عن الدفع بالنسبة للمدين.

وبالرغم من أنه لا يجوز الوفاء أيضاً عن طريق المقاصة لأنها نوع من الوفاء المزدوج تنشأ لمصلحة من يتمسك بها حق أولوية يتعارض مع مبدأ المساواة بين الدائنين، وهذا قد يضر بمصلحة الدائن الذي يدخل ضمن جماعة الدائنين ويخضع إلى قسمة الغرماء فلا يتمكن من الحصول على حقه كاملاً ما لم يكن دائناً ممتازاً أو صاحب رهن أو حق تخصيص، وبالمقابل فإن عليه الوفاء بما عليه للمدين.

<sup>1</sup>تنص المادة 250 من القانون التجاري على أنه: "...غير أن لجماعة الدائنين أن ترفع دعوى رد المال إلى التفليسة ضد ساحب السفتجة، أو في حالة السحب لأجل الحساب ضد الأمر بالسحب وكذلك ضد المستفيد من الشيك وأول مظهر للسند لأمر بشرط إقامة الدليل على أن المطالب برد المال كان عالماً بالتوقف عن الدفع".

إلا أنه استثناء تجوز المقاصة بعد شهر الإفلاس متى كانت الديون ناشئة عن سبب واحد وكان دين المدين وحقه لدى دائته مترابطا و متلازما أي ناشئ عن سبب قانوني واحد ومثال ذلك<sup>(1)</sup>:

- الحساب الجاري بين البنك وعميله.
- الوكالة بالعمولة بين الموكل والوكيل.
- عقد التأمين بين المؤمن والمؤمن له.
- شركة الكهرباء والغاز والمياه بينها وبين المستهلك.
- الحساب الشخصي بين الزوجة وزوجها المفلس.

#### المطلب الثاني: ما يخرج عن نطاق غل يد المدين المفلس

أورد المشرع الجزائري استثناءات عما يخرج عن نطاق غل يد المدين المفلس تتمثل فيما يلي:

#### الفرع الأول: الأموال غير المملوكة للمدين

وهذا أمر منطقي فإذا كان هناك مال موجود تحت يد المفلس و غير مملوك له فهذا المال لا يدخل في نطاق غل اليد (الأموال الموجودة تحت يد المدين لكنها مملوكة للغير) كالودائع أو أموال القصر أو أموال الموكلين، باعتباره غير داخل في الضمان العام للدائنين ومن ثم لا يجوز التنفيذ عليه فلا جدوى إذن من مد غل اليد من تلك الأموال.

وهناك أموال لا يشملها الحجز نظرا لطبيعتها غير القابلة للحجز كالأموال المنقولة الخاصة بشخص المدين والضرورية لمعيشته كالملابس والأغطية والكتب التي يستعملها.

<sup>1</sup> وفاء شيعاوي: "الإفلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري". ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر. 2013. ص 89.

## الفرع الثاني: النفقة المقررة له ولعائلته

كما هو الحال بالنسبة للتصرفات القانونية المتعلقة بحياة المدين فيحق للمفلس التصرف في قيمة النفقة دون تدخل وكيل التفليسة أو مراقبته، سواء كانت هذه النفقة مقررة بسبب حكم شهر الإفلاس أو بسبب أي حكم آخر.

كذلك الأعمال التي يأتيها المفلس لحساب الغير بوصفه نائبا عنهم كما لو كان يدير أموال أولاده القصر بصفته وليا طبيعيا عليهم<sup>(1)</sup>، أو من الأموال التي يهبها له الغير لغرض الإنفاق على حياته اليومية .

## الفرع الثالث: الدعاوى الشخصية

لما كان الهدف من غل يد المفلس هو حماية الدائنين من إهمال غش المدين فيما يجريه من أعمال و تصرفات متعلقة بأمواله، فإن هذا الهدف يمكن ألا يستحق إذا سمح للمدين بمباشرة حق التقاضي بالنسبة للأموال التي غلت يده عنها، إذ يمكن عندئذ أن يتخذ من حق التقاضي وسيلة لتهديب أمواله أو تبيديها وإخراجها من الضمان العام المقرر لدائنيه ويتحقق ذلك مثلا إذا سلم بالحق الذي يدعيه خصمه أو تخلف عن حضور الجلسات فأمكن لخصمه أن يحصل على أحكام ضده<sup>(2)</sup>.

إن المشرع لم يجعل من غل اليد عن الدعاوى المتعلقة بشخص المدين وليس بذمته المالية لا يشملها غل اليد ولا يمكن لوكيل التفليسة رفعها إنما يقوم المدين المفلس برفعها ومباشرتها شخصيا كدعاوى الأحوال الشخصية.

والدعاوى الجزائية سواء كان المفلس متهما أو مجنيا عليه، ولكن يجب إدخال وكيل التفليسة في هذه الدعاوى إذا ما اقترنت بمطالبة مالية كما لو كان المفلس متهما بجريمة خطأ وطالبه المجني عليه بالتعويض المدني.

<sup>1</sup> علي جمال الدين عوض، محمود سمير الشرقاوي: " الوجيز في القانون التجاري ( العقود التجارية، الأوراق التجارية، عمليات البنوك، الإفلاس )"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1975، ص 464.

<sup>2</sup> عبد الفضيل أحمد، المرجع السابق، ص 94.



## خاتمة

وفي الأخير نستنتج بأن غل يد المفلّس عن إدارة أمواله أو التصرف فيها لا يؤثر على ملكيته لأمواله كما أنه لا يعد عارض من عوارض الأهلية، ثم إن العلة في غل اليد بقوة القانون بمجرد صدور حكم شهر الإفلاس ودون الانتظار لاتخاذ أي إجراء آخر، هو لتفادي إعطاء المفلّس أي مدة زمنية ولو كانت قصيرة جدا بعد صدور حكم شهر الإفلاس ليتمكن بواسطتها التبرير لصحة تصرفاته بحجة أنه لم يتخذ ضده أي إجراء لغل اليد، والحكمة كذلك من إقرار هذا المبدأ بقوة القانون هو خطورة التصرفات بعد صدور حكم شهر الإفلاس وأن قصد الإضرار بالدائنين محققا لا محالة منه بالذات وقد حكم بشهر إفلاس المدين.

من جانب آخر فإن مسألة حلول وكيل التفليسة محل المدين المفلّس في إدارة أمواله أو التصرف فيها هو نوع من الوكالة القضائية لأنها تتولد عن الحكم القضائي الصادر من محكمة الإفلاس وليست وكالة اتفاقية لأنها ليست وليدة اتفاق أو عقد بين وكيل التفليسة والمدين المفلّس، أما حالة التوقف عن الدفع التي تتحدد بها فترة الريبة والتي تكون شرطا لشهر الإفلاس فهي حالة واحدة، وهي مسألة واقع في البداية عند التأكد من ظروفه المالية من وحي واقعه التجاري، إلا أنه عند استخلاص المحكمة المختصة لهذه الحالة الواقعية فإنه يلزم أعمال الشروط القانونية على هذه الحالة فتكون عندئذ حالة قانونية.

وبالنسبة لفترة الريبة تنتهي بصدور حكم شهر الإفلاس أما عن بدايتها فإن المشرع الجزائري سلك مسلكا صائبا عندما أعطى للمحكمة المختصة السلطة التقديرية في تحديد بدايتها ولكنه لم يجعل هذه السلطة مطلقة بل تم ضبطها بضوابط في نصوص القانون التجاري (الحد الأقصى لها).

والملاحظ أن مبدأ غل يد المفلّس عن إدارة أمواله أو التصرف فيها وقابلية تصرفات المفلّس خلال فترة الريبة للإبطال أثار تترتب على حكم الإفلاس وقد قررت لمصلحة جماعة الدائنين بحيث تكون تصرفات المفلّس قابلة للإبطال في مواجهة هذه الجماعة مع بقائها صحيحة بين طرفيها وإن كانت هذه التصرفات لا تنتج أثارها إلا بعد انتهاء التفليسة.

نظرا لما تتسم به أعمال التصرف من الخطورة على الذمة المالية للمدين المفلس والتي تكاد تكشف عن سلطة كاملة على المال وتعتبر عن سلطان إرادة حرة كاملة ومباشرة يمكن إبداء اقتراحات حول هذه الدراسة منها:

- وضع ضوابط دقيقة لأعمال التصرف التي يقوم بها وكيل التفليسة كأن تكون مثلا أضيق نطاقا وللضرورة القصوى، وهذه الضوابط لا بد من النص عليها في القانون التجاري بشكل مستقل حتى تكون لها حجيتها وقوتها القانونية.

- كما يمكن تقديم للمفلس الحق في إتمام الإجراءات القضائية أصلا بعد شهر الإفلاس والتي كان قد بدأ بها قبل صدور هذا الحكم مع عدم المانع من ملازمة وكيل التفليسة له أثناء متابعتها حضوره جلسات التقاضي وعدم التنازل أو الاعتراف بأمور تضر دائنيه أو تنال من أموال التفليسة ولا يقال قد أعطي له الحق في التدخل بجانب وكيل التفليسة فالتدخل يعطيه دورا ثانويا .

## مدى قانونية جمع قاضي الأحداث بين وظيفتي التحقيق والحكم (دراسة مقارنة في التشريع الفرنسي والتشريعات المغربية)\*

عنان جمال الدين<sup>(1)</sup>

<sup>(1)</sup> أستاذ محاضر "أ"، كلية الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر.

### الملخص:

من أبرز الخصائص التي يتميز بها قضاء الأطفال أن القاضي الذي يحقق مع الحدث هو نفسه الذي يتولى الفصل في هذه القضية، وهذا يشكل استثناء على مبدأ الفصل بين وظيفتي التحقيق والحكم الذي كرسه المشرع الجزائري بموجب المادتين 38 و 260 من قانون الإجراءات الجزائية.

ومن خلال هذا البحث سنقوم بدراسة مسألة الجمع بين الوظائف التي يتسم بها قاضي الأحداث، وذلك بالتطرق للمبررات التي كانت السبب في وضعها، وإبراز نطاقها وموقف التشريعات المغربية تجاهها لنختتمه بعرض موقف المشرع الفرنسي إزاء هذه القضية باعتباره التشريع الذي استلهمت منه هذه التشريعات، لنخلص في الأخير إلى بيان موقفنا منها سواء بإلغائها أو بالإبقاء عليها إذا كانت مبرراتها مازالت قائمة.

### الكلمات المفتاحية:

الأطفال، قاضي الأحداث، التحقيق، الجمع بين الوظائف.

\* تاريخ إرسال المقال 2018/03/15، تاريخ مراجعة المقال 2018/05/15، تاريخ نشر المقال 2018/07/31

**The Extent to Which the Juvenile Judge is Brought Together Between the Investigative and Judicial Functions  
(Comparative study in French legislation and Maghreb legislation)**

**Abstract:**

One of the most prominent characteristics of juvenile justice is that the magistrate who investigates the juvenile is the same person who adjudicates the case. This is an exception to the principle of separation between the investigation and sentence functions established by the Algerian legislator under articles 38 and 260 of the Code of Criminal Procedure.

In this research, we will examine the issue of combining the functions of the juvenile judge with the justifications that were the reason for its development, highlighting its scope and the position of the Maghreb legislations towards it, and concluding with the position of the French legislator on this issue as the legislation inspired by this legislation. To indicate our position on them, whether to cancel them or to keep them if the justifications still exist.

**Keywords:**

Juvenile judge, investigation and judgment function.

**La légalité du cumul des fonctions d’instruction et de jugement par le juge des mineurs**

**(Etude comparative entre les législations française et magrébines).**

**Résumé :**

L’une des spécificités de la juridiction des enfants est que le juge qui instruit avec le mineur est lui-même qui tranche dans l’affaire, ce qui constitue une exception dans le principe de séparation entre les fonctions d’instruction et de jugement concrétisé par le législateur Algérien par les articles 38 et 260 du code de procédure pénale.

A travers cette recherche, nous allons étudier la question de cumul de fonctions réservée au juge des mineurs, en abordant notamment les causes et les justificatifs qui ont poussé à son instauration tout en mettant en exergue sa portée. Aussi, nous aborderons la position des législations maghrébines la concernant, et la position du législateur français d’où ont été inspirées ces dernières.

En conclusion, nous statuerons sur l’annulation ou la validation de cette règle, si ses justificatifs restent en vigueur.

**Mots clés :**

Les enfants, juge des mineurs, l’instruction, le cumul de fonction.

## مقدمة

نظرا لخصوصية سن الحدث الذي يتسم بعدم اكتمال نموه الجسماني والنفسي والعقلي، فقد أخضعته مختلف التشريعات الوضعية إلى نظام قانوني خاص، سواء في شقه الموضوعي أو الإجرائي، حتى أن الشريعة الإسلامية تعفيه تماما من أي مسؤولية جنائية في حال ارتكابه فعلا يوصف كذلك، لقوله صلى الله عليه وسلم: "رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ: عَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ. وَعَنِ الصَّغِيرِ حَتَّى يَكْبُرَ. وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يَعْقِلَ، أَوْ يُفِيقَ"<sup>1</sup>.

إن إخضاع الحدث إلى نظام إجرائي خاص سواء كان جانبا أم مجنيا عليه أملت ظروف هذا الحدث وخصوصيته، حيث وجد المشرع نفسه ومراعاة لهذه الاعتبارات يخرج عن نطاق ما هو مقرر بالقواعد العامة، ليقرر قواعد خاصة تلاءم الحدث متوخيا في ذلك علاج الحدث بدل عقابه، وعلى هذا الأساس فإن أكثر ما يواجهه به الحدث الجانح هو تدابير التربية والتهذيب. أما إذا استدعى الأمر عقابه فإنه يشترط أن تكون الجزاءات المقررة له في حالة ثبوت إذنبه خفيفة تأسيسا على أن الحدث بلغ قدرا من التمييز يؤهله لأن يتحمل قدرا من المسؤولية.

على المستوى الإجرائي يلاحظ أيضا أن المشرع قد عامل الحدث ببعض القواعد الخاصة، استثناء على ما هو معمول به بموجب القواعد العامة المنصوص عليها، خاصة بعد صدور القانون 12-15 المتضمن قانون حماية الطفل والذي جاء تنويفا لما هو منصوص عليه باتفاقية حقوق الطفالاتي صادقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 20 نوفمبر 1989.

ومن أبرز خصائص قضاء الأحداث التي أقرها المشرع الجزائري خروجها على ما هو منصوص عليه بالقواعد العامة، أن قاضي الأحداث الذي يحقق مع الحدث هو نفسه الذي يجلس للحكم عليه في قضيته، والتي أدرجها المشرع الجزائري سعيا منه إلى تحقيق أفضل معاملة قضائية للحدث، وهذا يعتبر خروجها على قاعدة الفصل بين الوظائف القضائية، لا سيما تلك المتعلقة بالفصل بين وظيفة التحقيق والحكم، التي يسعى المشرع من خلالها إلى تكريس مبدأ حياد القاضي ونزاهته، ذلك أن المحقق إذا ما كان مقتنعا بالإدانة، فمن الصعب محو هذه القناعة من نفسه إذا كان هو نفسه الذي يجلس كقاضي حكم في نفس القضية.

<sup>1</sup> - أخرجه ابن ماجة، كتاب الطلاق، باب طلاق المعتوه والصغير والنائم، حديث رقم 2041.

إن وضعاً كهذا يوجب البحث في حقيقة قاعدة الجمع بين الوظائف ومبرراتها ونطاقها، ومن ثم موقف التشريعات المغربية منها، للوصول إلى القول إن كانت مبرراتها ما زالت قائمة للإبقاء عليها، وعليه تحددت إشكالية موضوعنا هذا في ما يلي: هل حقيقة هناك جمع بين وظيفتي التحقيق والحكم على مستوى قضاء الأحداث، وإذا كانت الأمر كذلك فما هو نطاقه وموقف التشريعات المغربية منه، وهل الدواعي التي بررت سنه ما زالت قائمة للقول بالإبقاء عليه أو إلغائه؟

إجابة عن تساؤلنا هذا قسمنا بحثنا هذا إلى مطلبين نتناول في الأول مفهوم قاعدة الفصل بين وظيفة التحقيق والحكم، بالتطرق لمبرراتها ونطاقها والأثر المترتب على مخالفتها، أما المطلب الثاني فنتعرض فيه إلى قضية الجمع بين الوظائف التي تعتبر استثناء على قاعدة الفصل وموقف التشريعات المغربية منها، والذي سنتطرق فيه إلى مختلف المبررات التي سيقى لتبرير هذا الاستثناء وموقف التشريعات المغربية منه بالمقارنة مع موقف المشرع الفرنسي باعتباره المصدر المادي والتاريخي لهذه التشريعات، لنخلص في خاتمة البحث إلى القول إن كان من الضروري الإبقاء على هذا الاستثناء أم إلغاؤه، في ضوء ما هو مستجد على مستوى الفقه والتشريع والقضاء.

### المطلب الأول: مفهوم الفصل بين وظيفتي التحقيق والحكم

في هذا المطلب سنتطرق إلى معنى قاعدة الفصل بين وظيفتي التحقيق والحكم، وذلك ببيان مبرراتها ونطاقها، لنختتمه بالحديث عن الأثر المترتب على خرق هذه القاعدة.

### الفرع الأول: مقتضى قاعدة الفصل بين وظيفتي التحقيق والحكم

يقوم النظام القضائي الجزائري على مبدأ أساسي وهو مبدأ الفصل بين الوظائف القضائية، لذلك فقد أوكلت وظيفة الاتهام إلى النيابة العامة، ووظيفة التحقيق على مستوى الدرجة الأولى لقاضي التحقيق وعلى مستوى الدرجة الثانية لغرفة الاتهام، أما وظيفة الحكم ففقدت أوكلت لقضاة الحكم، وهذا أمر طبيعي مرده طبيعة سير الدعوى الجنائية وحركتها، وما يترتب عليها من نتائج غاية في الخطورة على حريات الأفراد وحقوقهم.

ويقتضي مبدأ استقلالية قاضي التحقيق عن قضاة الحكم، أنه ليس لنفس القاضي وفي نفس الدعوى مباشرة وظائف التحقيق والحكم، فلا يجوز لقاضي التحقيق الذي باشر وظيفة التحقيق أن يكون ضمن تشكيل القضاء المختص بالفصل فيها، أي لا يجوز لقاضي التحقيق أو قاض آخر شارك في سير إجراءات التحقيق سواء على مستوى الدرجة الأولى للتحقيق أو على مستوى الدرجة الثانية، أن يجلس للفصل في نفس القضية على مستوى جهة الحكم.<sup>1</sup>

وتم إدراج هذا المبدأ لأول مرة في القانون الإجرائي الفرنسي بموجب قانون 8 ديسمبر 1897 والمسمى بقانون كونستانس Loi Constans، حيث نص في المادة الأولى منه على عدم جواز مشاركة قاضي التحقيق في الفصل في القضايا التي حقق فيها، ليكرسه فيما بعد ضمن نصوص قانون الإجراءات الجزائية الذي عوض قانون تحقيق الجنايات Le code d'instruction criminel الصادر سنة 1808.<sup>2</sup>

وقد عبر المشرع الجزائري عن هذا المبدأ في المادة 1/38 ق إ ج التي تنص على: "تناطق بقاضي التحقيق إجراءات البحث والتحري ولا يجوز له أن يشترك في قضايا نظرها بصفته قاضيا للتحقيق وإلا كان ذلك الحكم باطلا"<sup>3</sup>، وأكد عليه أيضا المادة 260 إجراءات معدلة بالقانون رقم 07-17 المؤرخ في 27 مارس 2017 بنصها على: "لا يجوز للقاضي الذي سبق له نظر قضية بوصفه قاضيا للتحقيق أو عضوا بغرفة الاتهام أو ممثلا للنيابة العامة، أن يجلس للفصل فيها بمحكمة الجنايات".

<sup>1</sup> درياد مليكة، نطاق سلطات قاضي التحقيق والرقابة عليها، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2014، ص: 98-99، محمود سليمان موسى، الإجراءات الجنائية للأحداث الجانحين، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2008، ص: 239.

<sup>2</sup> أحمد الشافعي، البطان في قانون الإجراءات الجزائية، دراسة مقارنة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر 2003، ص: 69.

<sup>3</sup> وتقابلها المادة من 236 من قانون الإجراءات الجنائية الموريتاني، والفصل 50 من مجلة الإجراءات الجزائية التونسي، والمادة 5/52 من قانون المسطرة الجنائية المغربي التي تنص صراحة على: "لا يمكن لقضاة التحقيق، تحت طائلة البطان، أن يشاركوا في إصدار حكم في القضايا الجزائية التي سبق أن أحيلت إليهم بصفهم قضاة مكلفين بالتحقيق". وباعتبار التشريع الفرنسي مصدرا ماديا وتاريخيا للعديد من تشريعات الدول التي كانت مستعمرات فرنسية، فإنه يتبنى قاعدة الفصل بين وظيفتي التحقيق والحكم في المواد 2/49 و الفقرة الثالثة من المادة 1-137 والمادة 253 من قانون الإجراءات الجزائية، التي سيرد شرحها بمناسبة التطرق لموقف المشرع الفرنسي.

وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا ببطلان الحكم الصادر عن محكمة الجنايات، حيث ذكرت أن المستشار المقرر في غرفة الاتهام التي أحالت المتهمين أمام محكمة الجنايات كان عضوا كذلك في تشكيلة محكمة الجنايات التي نظرت في قضيتهم، مما يعتبر خرقا للإجراءات الجوهرية يترتب عنه البطلان الجوهري المتعلق بالنظام العام،<sup>1</sup> ومن هذا المنطلق فمثلا يحظر القانون على قاضي التحقيق أن يخطر نفسه بنفسه فإنه يمنعه أيضا من الحكم في القضايا التي سبق له أن حقق فيها، فهو أثناء تادية وظيفته يتمتع بالاستقلالية عن قضاة الحكم والنيابة،<sup>2</sup> الذين لا يمكنهم أن يأمره أو ينهوه عن القيام بعمل معين مهما كان،<sup>3</sup> فهو كقاضي الحكم لا يخضع إلا للقانون والضمير، وهو ما ترجمته المادة 165 من الدستور الجزائري لسنة 2016 التي تنص على: "لا يخضع القاضي إلا للقانون"،<sup>4</sup> والمادة 212 من قانون الإجراءات الجزائية في فقرتها الأولى التي جاء فيها: "... وللقاضي أن يصدر حكمه تبعا لاقتناعه الخاص".

### الفرع الثاني: مبررات الفصل بين وظيفتي التحقيق والحكم

يمكن حصر مبررات الفصل بين وظيفتي التحقيق والحكم في:

1- أن هذا المبدأ يعتبر من أكبر الضمانات المقررة لحسن سير الدعوى وللمتهم على حد سواء، ويجد مبرره في تعارض جلوس قاضي التحقيق للحكم في قضية سبق له وأن حقق فيها، فالمنطق يقتضي أن يقوم المتهم بعرض أوجه دفاعه على شخص خالي الذهن لم تسيطر عليه أية فكرة مسبقة جراء قيامه بإجراءات التحقيق، لذلك فلو كان قاضي التحقيق هو من يقوم بالفصل في القضية، لكان أشد الناس معرفة لها واطلاعا على تفاصيلها وحيثياتها، وبهذا فإنه يكون متأثرا بالتحقيقات التي أجراها وبالمعلومات التي استمدتها منها، مما يجعل ذهنه يكتسب

<sup>1</sup> قرار صادر بتاريخ 1998/07/28 من الغرفة الجنائية في الطعن رقم 168183، المجلة القضائية للمحكمة العليا، عدد خاص سنة 2003، ص: 323.

<sup>2</sup> أحسن بوسقيعة، التحقيق القضائي، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، الطبعة الثانية 2002، ص: 28، درياد مليكة، المرجع السابق، ص: 102.

<sup>3</sup> مولاي ملياني بغداداي، الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر 1992، ص: 228.

<sup>4</sup> وتقابلها المادة 147 من دستور سنة 1996.



نوعا من المناعة ضد دفع المتهم وأقواله، وما يمكن أن تكشف عنه المحاكمة من أسباب تدعو إلى البراءة.<sup>1</sup>

فالقانون يوجب على القاضي الذي يحكم في الدعوى أن يكون خالي الذهن في كل ما يتعلق بها، وأن لا تكون لديه فكرة مسبقة عنها، لأنه في هذه الحالة لا يستطيع بسهولة التخلص منها والتحرر من سلطانها عند النظر في الدعوى والحكم فيها. لذلك قررت هذه القاعدة حتى يتسنى له تكوين قناعته على التحقيقات والمرافعات الشفهية التي تجري في الجلسة،<sup>2</sup> وفي هذا تنص المادة 2/212 من ق إ ج على أنه: "ولا يسوغ للقاضي أن يبني قراره إلا على الأدلة المقدمة له في معرض المرافعات والتي حصلت المناقشة فيها حضوريا أمامه".

2- يرى البعض أن علة إقرار هذا المبدأ هو حرص المشرع على حماية الحريات وحقوق الأفراد الشخصية من أن تنتهك، فالغالب عند الجهة التي تتولى مهمة التحقيق أو الاتهام هو افتقارها لعنصر الحياد نتيجة ميلها نحو الإدانة، وقد يكون مرد ذلك هو تأثير هذه السلطات بأجواء وظروف الدعوى التي قد تخلق مناخا تترجح معه نسبة الجريمة إلى المتهم.<sup>3</sup>

2- يرى بعض الفقه أن من دعائم الفصل بين وظيفة التحقيق والحكم هو تفادي الكثير من القضايا الباطلة التي لا أساس لها، حيث يؤدي ذلك إلى إرهاق كاهل الدولة وإنقاص قيمتها، حيث لو تركت هذه القضايا بين يديها لوجب النطق ببراءة المتهمين في كثير منها.<sup>4</sup>

3- إنه من التناقض قيام قضاة الحكم بمهمة تحري الأدلة وجمعها، ثم يتولون في نفس الوقت تقديرها وتقويمها والفصل في الدعوى نتيجة الموازنة بين حجج كل من الادعاء والدفاع، نظرا لما تتسم به المحاكم من بطء شديد في سير عملها، مما يجعلها غير قادرة على القيام بهذه المهمة. فهذا البطء ليس في صالح كل من المتهم والمجني عليه والعدالة نفسها، وكما قال أستاذنا

<sup>1</sup> درياد مليكة، المرجع السابق، ص: 99، محمد محدة، ضمانات المتهم أثناء التحقيق، الجزء الثالث، دار الهدى، الجزائر، الطبعة الأولى 1991-1992، ص: 163-164، عمارة فوزي، قاضي التحقيق، رسالة دكتوراه في القانون، جامعة الإخوة منتوري بقسنطينة، 2009-2010، ص: 17.

<sup>2</sup> أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، الطبعة الرابعة، دار الشروق، القاهرة 2006، ص: 411، مولاي ملياني بغدادي، المرجع السابق، ص: 221.

<sup>3</sup> محمود سليمان موسى، المرجع السابق، ص: 241.

G. Stefani et G. Levasseur, procédure pénale, neuvième édition, Dalloz, Paris 1975, p : 41.

<sup>4</sup> محمد محدة، المرجع السابق، ص: 164.

الدكتور محمد محدة فكلما ابتعدنا عن وقت الجريمة كلما نسي الشهود الأدلة، وضاعت المعالم وقل حماس القاضي في الإثبات، وزاد تقييد حرية المتهم، وهذه كلها أمور تجافي العدالة والمبادئ التي لأجلها جاءت الدساتير والتشريعات.<sup>1</sup>

4- يرى الدكتور أحمد فتحي سرور أن الفصل بين وظيفتي التحقيق والحكم ليس مجرد ضمان لحياد القاضي فحسب، إنما يعتبر ضمانا لقرينة براءة المتهم، لذلك فالفصل بين هذه الوظائف ينال قيمة دستورية باعتباره نتيجة لمبدأين دستوريين هامين هما حياد القضاء وقرينة البراءة.<sup>2</sup>

### الفرع الثالث: نطاق التحقيق المانع للعضوية في هيئة الحكم

لقد كان قانون الإجراءات الجزائية الجزائري واضحا حينما أخذ بعين الاعتبار وصف الشخص القائم بالتحقيق لتحديد نطاق التحقيق المانع للحكم، فنص صراحة في المادة 1/38 منه على: "... ولا يجوز له أن يشترك في الحكم في قضايا نظرها بصفته قاضيا للتحقيق، وإلا كان ذلك الحكم باطلا".<sup>3</sup>

لذلك فالإجراء الذي يمنع من الحكم هو الإجراء التحقيقي القانوني الذي يقوم به قاضي التحقيق بصفته هذه، أي باعتباره محققا وذلك بموجب طلب من النيابة العامة<sup>4</sup> أو إنابة من

<sup>1</sup> محمد محدة، المرجع السابق، ص: 164.

<sup>2</sup> أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، ص: 410، ولنفس المؤلف: الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، طبعة معدلة، دار النهضة العربية، القاهرة 1995، ص: 300.

<sup>3</sup> تثور على مستوى بعض التشريعات إشكالية تحديد ما يعتبر من الأعمال عملا تحقيقيا مانعا للحكم، كونها أضفت على ما يقوم به قاضي التحقيق من أعمال في التلبس وصف التحقيق العملي القانوني، كالقانون السوري مثلا، وعمل الضبطية القضائية في الأحوال العادية كالقانون السعودي، وبالنسبة لقانون الإجراءات الجزائية الجزائري فإنه لم يصبغ على أعمال قاضي التحقيق في التلبس، وقبل التكليف من النيابة العامة وصف التحقيق العملي حيث كيفها على أنها أعمال ضبطية قضائية عادية، فيكون بعمله هذا خاضعا إلى وكيل الجمهورية، فإذا كلف بطلب افتتاحي للتحقيق فإن عمله يصير تحقيقا عمليا مرتبا لأثاره القانونية ومن ثم يوصف بأنه تحقيق ابتدائي. أنظر: محمد محدة، المرجع السابق، ص: 164-165.

<sup>4</sup> تنص المادة 1/67 ق إ ج على: "لا يجوز لقاضي التحقيق أن يجري تحقيقا إلا بموجب طلب من وكيل الجمهورية إجراء التحقيق حتى ولو كان ذلك بصدد جنائية أو جنحة متلبس بها"، وهو الحكم ذاته الذي نصت عليه المادتان 54 و 84 من قانون المسطرة الجنائية المغربي، والفصل 51 من مجلة الإجراءات الجزائية التونسية.

غيره سواء أكان في الدرجة الأولى<sup>1</sup> أم الدرجة الثانية كرجال غرفة الاتهام،<sup>2</sup> وهذا بغض النظر إن كان قاضي التحقيق قد قام بالتحقيق كله أو جزء منه، أبدى رأيه فيما سبق أن أجره من تحقيق أو لم يبد رأياً،<sup>3</sup> فإذا تحقق هذا الفرض فإنه يؤدي مفعوله ويمنع صاحبه (أي قاضي التحقيق) من الحكم ولو فعل ذلك سيكون حكمه باطلاً، ويشمل هذا الحكم قضاة غرفة الاتهام باعتبارهم قضاة تحقيق من الدرجة الثانية.

ولكن هل يمكن لقاضي التحقيق أن يمثل النيابة العامة أثناء المحاكمة في قضية سبق له أن حقق فيها؟ وكيف يكون الوضع لو قام وكيل الجمهورية ببعض أعمال التحقيق بوصفه كذلك لا بوصفه محققاً فاستجوب أحد الأشخاص أو أمر بإحضاره أو قام بإجراء مما أكسبه معرفة حول القضية، فهل هذا يمنعه من نظر القضية و الفصل فيها؟

من حيث المبدأ نقول بأن التعارض الموجود بين وظيفتي التحقيق والحكم المنصوص عليه في المادتين 38 و 260 ق إ ج له مدلول ضيق لا يمكن توسيعه عن طريق القياس،<sup>4</sup> ومن ثم فهو لا يحول دون مشاركة قاضي التحقيق كمثل للنيابة العامة أمام جهات الحكم في قضية كان قد حقق فيها، ويجد ذلك مبرره في عدم وجود تضارب بين دور النيابة العامة الذي يقوم به أعضاؤها وبين قيام قاضي التحقيق أحياناً بهذا الدور، ذلك أن قاضي التحقيق في هذه الحالة لا يشترك فيما تصدره المحكمة من أحكام، إذ يقتصر دوره على عرض الوقائع وتقديم طلباته، بينما تتم مداولة المحكمة بشأن الحكم في غيبته.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> راجع المادة 138 ق إ ج، ويقابلها الفصل 57 من مجلة الإجراءات الجزائية التونسية، والمادة 189 من قانون المسطرة الجنائية المغربي.

<sup>2</sup> راجع المادة 190 ق إ ج، ويقابلها الفصل 3/116 من مجلة الإجراءات الجزائية التونسية، والمادة 283 من قانون المسطرة الجنائية المغربي، مع ملاحظة أن غرفة الاتهام يسميها المشرع التونسي بدائرة الاتهام، أما المشرع المغربي فيسميها الغرفة الجنحية.

<sup>3</sup> أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في قانون الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص: 300، محمد الفاضل، قضاء التحقيق، مطبعة جامعة دمشق، 1965، ص: 13.

<sup>4</sup> على اعتبار أن القياس محظور في القضايا الجزائية لتعارضه مع مبدأ الشرعية الجنائية.

<sup>5</sup> أنظر: سليمان بارش، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، دار الشهاب باتنة، الجزائر 1986، ص: 172، وكذلك القرار الصادر عن الغرفة الجنائية بالمجلس الأعلى (المحكمة العليا حالياً) بتاريخ 28 جانفي 1969، المنشور بمجموعة الأحكام،

وقد أكدت المحكمة العليا هذه الفرضية في قرارها الصادر بتاريخ 2010/05/20 حيث قضت بأنه يجوز للقاضي الذي نظر القضية، بوصفه قاضيا للتحقيق أو عضوا بغرفة الاتهام الجلوس ممثلا للنيابة العامة، عند الفصل فيما أمام محكمة الجنايات، وأن هذا الوضع لا يشكل خرقا للمادة 260 ق إ ج، على اعتبار أن قاضي التحقيق في هذا الوضع غير معني بحكم هذه المادة.<sup>1</sup>

كما أن منح قاضي التحقيق إمكانية تمثيل النيابة العامة عند الحكم يعتبر من أكبر الضمانات الممنوحة للمتهم، ذلك أن مُتَّهَمَهُ على دراية مسبقة بأحواله وأدلة إثبات الجريمة، خاصة وأن عرض الأدلة سيتم لاحقا أمام سلطة محايدة تأخذ ما يقوله مأخذ الجد والموازنة، وهذا لا ينسينا أن النيابة العامة توصف بالخصم الشريف رغم أنها تمثل المجتمع وتجسد حق الدولة في العقاب، وأن هدفها الأسمى هو الوصول إلى الحقيقة، وإحقاق الحق وإقامة العدل وإنزال العقاب بمستحقه، وهذه المسائل كلها لا تغمط المتهم حقه ولا تضيع ضماناته.<sup>2</sup>

وفيما يتعلق بتساؤلنا الثاني فإننا من خلال قراءتنا لمختلف النصوص القانونية لا نتوصل إلى استخلاص ما يمنع ذلك، فما نصت عليه المادة 38 من قانون الإجراءات الجزائية هو منع من نظري في قضية بوصفه قاضيا للتحقيق لا بوصف آخر، ما يعني عدم جواز اللجوء إلى القياس.

غير أن بعض الفقه يتجه إلى منع وكيل الدولة من الفصل في القضية والتصدي لها، تأسيسا على ما تقتضيه قواعد العدالة وقياسا على ما ورد بنص المادة 38 ق إ ج، فعلة المنع هنا هو الحفاظ على حقوق المتهمين وتوفير أكبر الضمانات لهم، وهذا لا يتحقق إلا من خلال قاض محايد خالي الذهن، لم يقع تحت تأثير الأدلة ولم يكتسب فكرة مسبقة عن القضية يتعذر معها التحرر من سلطانها عند الفصل، وهذه الضمانات والظروف غير متوافرة ولا موجودة في وكيل

الصادرة عن مديرية التشريع لوزارة العدل الجزائرية، المجموعة الأولى، الجزء الثاني، ص: 425، مشارله في رسالة عمارة فوزي، المرجع السابق، ص: 19، الهامش الأول.

<sup>1</sup> قرار صادر بتاريخ 2010/05/20، تحت رقم 613513، المجلة القضائية للمحكمة العليا لسنة 2010، العدد الثاني، ص: 311.

<sup>2</sup> محمد محدة، المرجع السابق، ص: 166.

الجمهورية في هذه الحالة. إذ لا يعقل أن يكون الشخص حكما وخصما في نفس الوقت، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 18/5/1982 معللة ذلك بضمان سير العدالة.<sup>1</sup>

### الفرع الرابع: حالات غير مانعة للجلوس للحكم

من حيث المبدأ لا يستطيع قاضي التحقيق أن يصدر حكما أو يشارك فيه إذا كان ذلك الحكم فاصلا في موضوع الدعوى التي سبق له أن حقق فيها، ويستثنى من هذا ما يصدره قاضي التحقيق من قرارات وأوامر أثناء أداءه لعمله، كالتب في مختلف الدفع التي تثار خلال سير التحقيق أو قرار إنهاءه.<sup>2</sup>

غير أن المشرع ولاعتبارات عملية قد يخول قاضي التحقيق في بعض المواضع قسما من وظيفة الحكم، ومثال ذلك ما جاء في نص المادة 97 من قانون الإجراءات الجزائية<sup>3</sup> التي أجازت لقاضي التحقيق في حالة عدم حضور الشاهد وبناء على طلب من وكيل الجمهورية استحضاره جبرا وبواسطة القوة العمومية والحكم عليه بغرامة من 200 إلى 2000 دينار، كما أجازت تطبيق العقوبة نفسها على الشاهد الذي يمتنع رغم حضوره عن أداء اليمين أو الإدلاء بشهادته.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> نشرة القضاة، العدد الأول، جانفي 1987، ص: 52-53، نقلا عن محمد محدة، المرجع السابق، ص: 166، الهامش الأول، وفي هذا المعنى أيضا يراجع القرار الصادر بتاريخ 04/02/1986 من القسم الأول للغرفة الجنائية الثانية، ملف رقم 35722، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الرابع، ص: 313. هذا وقد نصت بعض التشريعات صراحة على حالة كهذه كقانون أصول المحاكمات الجزائية السوري الذي نص في المادة 24 منه على: "لا يجوز للقاضي أن يحكم في الدعوى التي تولى وظيفة النيابة العامة فيها".

<sup>2</sup> محمد محدة، المرجع السابق، ص: 167.

<sup>3</sup> وتقابلها المادة 61 من مجلة الإجراءات الجزائية التونسية.

<sup>4</sup> تنص المادة 97 ق إ ج على أن: "كل شخص استدعي لسماع شهادته ملزم بالحضور وحلف اليمين وأداء الشهادة مع مراعاة الأحكام القانونية المتعلقة بسر المهنة".

وإذا لم يحضر الشاهد فيجوز لقاضي التحقيق بناء على طلب وكيل الجمهورية استحضاره جبرا وبواسطة القوة العمومية والحكم عليه بغرامة من 200 إلى 2000 دينار غير أنه إذا حضر فيما بعد وأبدى أعذارا محقة ومدعمة بما يؤيد صحتها جاز لقاضي التحقيق بعد سماع طلبات وكيل الجمهورية إقالته من الغرامة كلها أو جزء منها.

ويجوز توقيع العقوبة نفسها بناء على طلب وجل القضاء المذكور على الشاهد الذي يمتنع رغم حضوره عن أداء اليمين أو الإدلاء بالشهادة.

ويصدر الحكم المشار إليه في الفقرتين السابقتين بقرار من القاضي المحقق ولا يكون قابلا لأي طعن".

وفي نفس السياق أجازت الفقرة الثانية من المادة 65 مكرر 4 من ذات القانون لقاضي التحقيق أن يصدر عقوبة على الشخص المعنوي يتراوح مقدارها من 100.000 إلى 500.000 دينار بعد أخذ رأي وكيل الجمهورية، وذلك في حالة عدم التزام الشخص المعنوي بالتدابير المفروضة عليه بموجب المادة 65 السافة الذكر.<sup>1</sup>

كما أجازت المادة 129 ق إ ج لقاضي التحقيق أن يعاقب المتهم الأجنبي المفرج عنه بكفالة الذي يغادر حدود محل الإقامة الجبرية دون تصريح، بالحبس من ثلاثة (03) أشهر إلى ثلاث (03) سنوات، وبغرامة من 500 إلى 50.000 دينار، أو بإحدى هاتين العقوبتين، وفضلا عن ذلك يحكم عليه وجوبا بسحب جواز السفر مؤقتا، كما يجوز لقاضي التحقيق منعه من مغادرة التراب الوطني.

فهذا الوضع لا يعتبر خروجاً على مبدأ الفصل بين وظيفة التحقيق والحكم، لأن الفصل المنهني عنه هو الذي يتعلق بذات الدعوى (مع وحدة الخصوم والسبب) وهو ما لا ينطبق على الدعوى الخاصة بامتناع الشاهد عن الحضور أو عن حلف اليمين، فهي مختلفة تماماً عن الدعوى التي يحققها قاضي التحقيق سواء من حيث الخصوم أو من حيث السبب.<sup>2</sup>

لذلك فالعبرة بالمنع تكون في الموضوع المحقق فيه وليس بالشخص المحقق معه، فلو أن قاضي التحقيق مثلاً حقق مع شخص في جريمة ما وحكم عليه، ثم صادف أن كان هو قاضياً فقدم إليه بجريمة ثانية، فإن فصل فيها ففصله قانوني لا غبار عليه لأن القاضي لم يكتسب من القضية ما يؤثر فيه أو يسيطر عليه حتى يمكن الطعن في نزاهته أو حيده.<sup>3</sup>

وتأسيساً على ما سبق ذكره نشير إلى وجود أعمال قد يقوم بها القاضي (قاضي التحقيق بالأخص) لا تكسبه إماماً بالقضية أو إحاطة بالموضوع لأنها ليست أعمالاً تحقيقية بالمعنى الحقيقي، بل هي مجرد أعمال ولائية لا تنبئ عن مساهمة صاحبها في التحقيق، ولا تنم عن إمامه بموضوع الدعوى ومن ثم فهي لا تمنعه من الحكم فيها، ومن قبيل ذلك الأمر ببيع الشيء المضبوط الذي يتلف بمرور الزمن، أو يستلزم حفظه نفقات تستغرق قيمته، أو مثل ما يوجد في

<sup>1</sup> أضيفت المادة 65 مكرر 4 بموجب القانون 14-04 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004، الجريدة الرسمية لسنة 2004، العدد 71.

<sup>2</sup> أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، ص: 411.

<sup>3</sup> محمد محدة، المرجع السابق، ص: 168.

بعض القوانين التي تسمح بالحصول على صور من أوراق التحقيق على نفقتهم،<sup>1</sup> فالترخيص للمتهم أو للمجني عليه أو المدعي بالحقوق المدنية أو المسؤول عنها لا يعد عملا تحقيقيا يمنع صاحبه من النظر في القضية والفصل فيها.<sup>2</sup>

إن قراءة نصي المادة 38 و 260 ق إ ج تفضي إلى تعارض وظيفتي التحقيق والحكم، غير أن منع قاضي التحقيق من الجلوس كقاضي حكم لا ينصب إلا على القضايا التي سبق له أن حقق فيها، وهو ما يحفظ له كقاض من قضاة الحكم إلى جانب كونه معيناً كقاضي تحقيق، أهلية الفصل كباقي زملائه القضاة بالمحكمة في القضايا المدنية أو قضايا الجرح المرفوعة من المحكمة بناء على ادعاء مباشر أو حالة التلبس أو على أمر إحالة صادر عن قاضي تحقيق آخر.<sup>3</sup>

كما أن منع قاضي التحقيق من الجلوس كقاضي حكم في قضية سبق له التحقيق فيها، لا يطبق على القضاة المنتدبين لإجراء تحقيق تكميلي بناء على أمر من جهة الحكم، بل على العكس من ذلك فإن مثل هذا التحقيق التكميلي غالبا ما يعهد به لأحد القضاة الذين يشكلون الجهة التي أصدرته.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> راجع المادة 1/68 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

<sup>2</sup> محمد الفاضل، المرجع السابق، ص: 13، أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الإنسان في الإجراءات الجنائية، مرجع سابق، ص: 300. وفي هذا السياق فإن المجلس الدستوري وإن كان بموجب العديد من قراراته يحظر على القاضي الجمع بين وظيفتي التحقيق والحكم إلا أنه يعتبر بأن تخويل قاضي الحكم مد مدة القبض في بعض الجرائم لا تجعله مباشرا لأحد إجراءات التحقيق التي تكون لديه عقيدة ضد المتهم بشأن مسؤوليته، فهو يقصر حظر الجمع بين وظيفتي التحقيق والحكم على إجراءات التحقيق التي تخلق الشك والتحيز ضد المتهم بشأن مسؤوليته عن الجريمة دون أن يتعدى ذلك إلى إجراءات المساس بالحرية. غير أن هذا الوضع قد تغير منذ سنة 2000 عندما أنشأ المشرع الفرنسي قاضي الحبس والحريات الذي يختص وحده بالحبس المؤقت دون قاضي التحقيق، وذلك بمناسبة تعديله لقانون الإجراءات الجزائية، بموجب القانون رقم 1354-2000 المؤرخ في 30 ديسمبر 2000، في المادة 13 منه، حيث نص صراحة في الفقرة الثالثة من المادة 1-137 من قانون الإجراءات الجزائية على عدم جواز اشتراك قاضي الحريات والحبس في الحكم في القضية التي أمر فيها بالحبس وإلا كان حكمه باطلا. أنظر: أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مرجع سابق، ص: 409.

<sup>3</sup> درياد مليكة، المرجع السابق، ص: 102، الهامش الثاني، عمارة فوزي، المرجع السابق، ص: 17-18.

<sup>4</sup> - جاء في القرار الصادر بتاريخ 13 جوان 1998 من القسم الثالث لغرفة الجرح والمخالفات بالمحكمة العليا، ملف رقم 215494 ما نصه: "إن ما نصت عليه المادة 38 ق إ ج في فقرتها الأولى لا ينطبق إلا على مرحلة التحقيق القضائي الابتدائي ولا مجال لتطبيقه على التحقيق التكميلي الذي أمرت به المحكمة عملا بأحكام المادة 2/356 التي تلزم القاضي الذي أمر بإجراء تحقيق تكميلي بأن يقوم به بنفسه". نقلا عن أحسن بوسقيعة، قانون الجزائية في ضوء الممارسة القضائية، منشورات بيرتي للنشر، الجزائر 2013، ص: 19.

### الفرع الخامس: أثر الجمع بين وظيفتي التحقيق والحكم

يترتب على عدم مراعاة قاعدة الفصل بين وظيفتي التحقيق والحكم فقد القاضي لأهلية الفصل في القضية عملاً بنص المادتين 38 و 260 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ومن ثم يتعرض الحكم الذي لا يراعي هذه القاعدة إلى البطلان، وهو بطلان متعلق بالنظام العام باعتباره يمس بنظام تشكيل الجهات القضائية، لذلك يتعين على القاضي المحقق أن يمتنع على الفصل في القضية من تلقاء نفسه، فإن لم يفعل ولم يعترض الخصوم على ذلك، فإن هذا الحكم يظل باطلاً ولا يصححه عدم الاعتراض، بل يجوز التمسك به وإثارته في أي مرحلة من مراحل الدعوى الجزائية ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا، ويجوز للمحكمة أن تقضي به ولو تلقائياً وبغير طلب.<sup>1</sup>

إن الذي يفقد القاضي أهلية الفصل في قضية سبق له أن حقق فيها هو اتحاد الموضوع لا اتحاد الشخص،<sup>2</sup> ومن ثم فإن نص القانون على هذا المنع وترتيبه البطلان على ذلك عند حصوله، هو من قبيل الزيادة في الضمانات القانونية المقررة للمتهم، حتى يتم السير في القضية في إطار من الحيطة والاستقلال، وبهذا يسري الاطمئنان إلى نفس المتهم ويزول ما قد يعتريه من ريب أو شك في نزاهة جهاز العدالة.<sup>3</sup>

وقد أكدت المحكمة العليا هذا المبدأ في العديد من قراراتها، حيث قضت في قرار لها مؤرخ في 16 جوان 1981، صادر عن القسم الأول للغرفة الجنائية الثانية تحت رقم 25941 أن عدم صلاحية القاضي بالمشاركة في هيئة الحكم بالنسبة للقضية التي سبق له وأن قام بالتحقيق فيها، يعد إجراء جوهرياً من النظام العام، يجوز التمسك به في أية مرحلة كانت عليها القضية،<sup>4</sup> كما

Frédéric Debove, François Falletti et Emmanuel Dupic, précis de droit pénal et de procédure pénale, édition Delta, Liban 2014, p : 372.

<sup>1</sup> - أحمد الشافعي، المرجع السابق، ص: 69-70، محمد الفاضل، المرجع السابق، ص: 14، عمارة فوزي، المرجع السابق، ص: 19، وأنظر أيضاً القرار الصادر بتاريخ 08/07/1982 عن القسم الثالث للغرفة الجنائية الثانية، ملف رقم 25212، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الثاني، ص: 268.

<sup>2</sup> محمد محدة، المرجع السابق، ص: 168.

<sup>3</sup> محمد محدة، المرجع السابق، ص: 168-169.

<sup>4</sup> جيلالي بغدادي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، المؤسسة الوطنية للاتصال والنشر والإشهار، الجزائر 1996، الجزء الأول، ص: 143، القرار رقم 440.



قضت في قرار آخر بنقض وإبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء أم البواقي لكون أحد المستشارين الذين يشكلون هيئة المجلس التي نظرت في القضية كان قد سبق له أن قام بإجراءات التحقيق الابتدائي في نفس القضية بصفته قاضيا للتحقيق، حيث جاء فيه: "من المقرر قانونا أن قاضي التحقيق المناطة إليه إجراءات البحث والتحري لا يجوز له أن يشترك في الحكم في قضايا نظرها بصفته قاضيا للتحقيق، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون.

لما كان من الثابت في قضية الحال أن أحد المستشارين الناظرين في القرار موضوع الطعن بالنقض سبق له وأن قام بإجراءات التحقيق في نفس القضية بصفته قاضيا للتحقيق، فإن القرار المطعون فيه صار باطلا عملا بمقتضيات المادة 38 من قانون الإجراءات الجزائية، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".<sup>1</sup>

وفي قرار معاكس لهذين القرارين قضت المحكمة العليا بأن مشاركة مستشارين اثنين في تشكيلة المجلس التي أصدرت هذا القرار كانا قد شاركا في تشكيلة غرفة الاتهام التي نظرت طلب الإفراج الذي قدمه المتهم وأصدرت قرارا بشأنه لا يترتب عنها البطلان وبالتالي نقض القرار، وأن المجلس لم يرقم بأي خرق للإجراءات متى أذن الرئيس لهذين المستشارين بالجلوس في هيئة الغرفة الجزائية للفصل في هذه القضية، نظرا للضرورة المتمثلة في تغيب القضاة بسبب الإجازات الصيفية، وذلك طبقا للمادة 556 من قانون الإجراءات الجزائية التي تنص أن لرئيس المجلس القضائي أن يقرر ما إذا كان ينبغي على القاضي الذي يعلم بقيام سبب من أسباب الرد المشار إليها في المادة 554 أن يتنحى عن نظر الدعوى،<sup>2</sup> حيث اعتبرت المحكمة العليا في قضية

<sup>1</sup> قرار صادر بتاريخ 12/07/1988، عن القسم الثاني للغرفة الجنائية الثانية، ملف رقم 48744، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثالث لسنة 1990، ص: 282.

<sup>2</sup> قرار صادر بتاريخ 07/06/1983 في الطعن رقم 25874، المجلة القضائية للمحكمة العليا لسنة 1989، العدد الأول، ص: 345.

الحال بأن المسألة تتعلق بحالات رد القضاة المنصوص عليها بالمادة 554 من قانون الإجراءات الجزائية.<sup>1</sup>

**المطلب الثاني: موقف التشريعات المغربية من مسألة الجمع بين وظيفتي التحقيق والحكم في قضاء الأحداث**

سنتطرق في هذا المطلب إلى الاستثناء المقرر في قضاء الأحداث ألا وهو الجمع بين وظيفتي التحقيق والحكم، وذلك بعرض مبرراته وموقف التشريعات المغربية منه، لنختتمه بعرض موقف المشرع الفرنسي لتبين إن كانت مبرراته قد زالت أم لا زالت قائمة.

#### الفرع الأول: الجمع بين وظيفتي التحقيق والحكم

إذا كانت القاعدة في أغلب التشريعات هي الفصل بين الوظائف، سواء بين وظيفتي الاتهام والتحقيق<sup>2</sup> أو بين وظيفتي التحقيق والحكم، بحيث لا يجوز للقاضي الذي نظر قضية معينة بصفته محققا أن يجلس للحكم فيها، فإن تشريعات أخرى قد شذت عن هذه القاعدة وأوردت استثناءات عليها، إذ يمكن في بعض الحالات أن يجمع القاضي بين يديه في آن واحد بين وظيفتي التحقيق والحكم.

وقد تبنت بعض التشريعات هذا الاستثناء في قضايا الأحداث وبمناسبة قضايا محددة على سبيل الحصر، على اعتبار أنه إذا كانت المبررات التي سبقت بمناسبة الحديث عن ضرورة الفصل بين وظيفتي التحقيق والحكم صالحة بالنسبة للبالغين، فإن الوضع وكما يرى الكثير من الفقه الجنائي يختلف لما يتعلق بالأحداث الجانحين، لانتفاء علته والحكمة منه في هذا المجال، وبهذا فإنه يمكن الجمع بين سلطتي التحقيق والحكم في الدعوى الجنائية متى تعلق الأمر بمتهم حدث، رغم أن الوضع يخالف مبدأ أساسيا وقاعدة جوهرية في الإجراءات الجزائية.

<sup>1</sup> أحمد الشافعي، المرجع السابق، ص: 70، ومن هذا الباب تقضي المادة 554 في فقرتها الخامسة على أنه: "يجوز رد أي قاض من قضاة الحكم للأسباب التالية... إذا كان القاضي قد نظر القضية المطروحة كقاض أو كان محكما أو محاميا فيها أو أدلى بأقواله كشاهد على وقائع في الدعوى".

<sup>2</sup> في ظل التشريع المشرع المصري واليميني حيث تجمع النيابة العامة بين وظيفتي الاتهام والتحقيق، وهذا في حقيقة الأمر يجعل مبادئ الحياد والاستقلالية على المحك.

وقد أثارت هذه المسألة جدلاً حاداً في الفقه الفرنسي المتأثر بالفلسفة المهيمنة بالفكر الجنائي التقليدي، والذي لم يكن يقبل أبداً الجمع بين الوظائف التقليدية حتى ولو كان ذلك يتعلق بجناة أحداث، أين تحدد التساؤل الرئيس في مدى جواز إعطاء سلطة مطلقة لقاضي الأحداث في مرحلتي التحقيق والفصل في الدعوى في آن واحد، وهل تبقت في هذه الحالة الضمانات القانونية المقررة لا سيما ما يتعلق منها بمبدأ الحياد؟

### الفرع الثاني: مبررات الجمع بين وظيفتي التحقيق والحكم

يبرر بعض الفقه الجنائي مسألة الجمع بين سلطتي التحقيق والحكم في مجال قضاء الأحداث، إلى كون ذلك وجهاً من أوجه استقلال المبادئ التي تحكم الطفولة الجانحة أو المجرمين الأحداث، وتميزها بقواعد مختلفة وأحياناً متعارضة مع النظام الإجرائي العام، ذلك أن الفلسفة التي تقوم عليها هذه القواعد تركز على أسس مختلفة عن تلك التي يقوم عليها النظام الإجرائي العام، وهذا الاختلاف بدوره أدى إلى اختلاف السياسة المتبعة في كليهما.<sup>1</sup>

وفي هذا السياق قضت محكمة النقض الفرنسية بصحة الجمع بين قضاء التحقيق والحكم، وقالت في ذلك أن مخالفة مبدأ الفصل بين الوظائف القضائية يمكن أن يكون مقبولاً في نطاق الأحداث الجانحين لاعتبارات تقتضيها حماية الحدث الجانح ورعايته.

وقد جاء هذا الحكم كرد على محكمة استئناف ريم التي عبرت في أحد أحكامها عن رفضها لفكرة الجمع بين وظيفتي التحقيق الابتدائي والحكم في الدعوى، حيث قضت بعدم مشروعية تشكيل محكمة أحداث ترأسها قاض كان قد أجرى التحقيق بنفسه، مستندة في قضاءها هذا ليس على أحكام قانون الطفولة الجانحة، وإنما بالرجوع إلى نص المادة 1/6 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان التي تنص على: "لكل شخص الحق في عرض قضيته بطريقة عادلة وعلنية خلال مدة معقولة أمام محكمة مستقلة ونزيهة تنشأ وفقاً للقانون"، وهذا أمر لا يتحقق في حالة ما إذا كان الشخص الذي يتولى وظيفة التحقيق هو نفسه الذي يحكم في الدعوى.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> محمود سليمان موسى، المرجع السابق، ص: 240-241.

<sup>2</sup> Art 6/1: "Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations".

وبررت ذلك بأن المشرع حين وسع من نطاق اختصاصات قاضي الأحداث، ومنحه سلطتي التحقيق والفصل في الدعوى، فإن ذلك كان بسبب اعتقاد المشرع بأن قاضي الأحداث الذي حقق في الدعوى وألم بكافة ظروفها وملابساتها، وتعرف على شخصية الحدث بصورة مباشرة هو الأقدر من غيره على الفصل في الدعوى بصورة أفضل والحكم بالعقوبات التربوية الملائمة لمصلحة الحدث، رغم أن ذلك يعتبر أمراً مخالفاً لمبدأ الفصل بين الوظائف القضائية.<sup>1</sup>

فالمشرع حينما قرر هذا الوضع فإنه يسعى بهذا إلى جعل قاضي التحقيق مؤسسة حقيقة وفعالة، ومن ثم لا يكون في الجمع بين وظيفتي التحقيق والحكم ما يتعارض مع مبدأي الحياد والنزاهة، لأن القاضي يأخذ دائماً في حسبانته ظروف الحدث ومصالحته عند إعادة تقويمه وتهذيبه.<sup>2</sup>

وقد أيدت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان قضاء محكمة النقض الفرنسية، وقضت بصحة الجمع بين سلطتي التحقيق الابتدائي والفصل في الدعوى، إذا تعلق الأمر بقضية من قضايا الأحداث الجانحين، وتم ذلك في إطار الأمر الصادر بتاريخ 2 فيفري 1945 المتعلق بالطفولة الجانحة، معللة قضاءها بأنه يصح لقاضي الأحداث المتخصص الذي أجرى التحقيق الابتدائي بنفسه وقد توافر لديه الإلمام الكامل بملف الدعوى، أن يفصل فيها، وفي ذلك ما يحقق مزايا كبيرة في مجال حماية ورعاية الأحداث ولا يتعارض مع النصوص المتعلقة بوجود الفصل بين سلطتي التحقيق والمحاكمة.<sup>3</sup>

### الفرع الثالث: موقف المشرع التونسي

يقضي الفصل 47 من مجلة الإجراءات الجزائية التونسية بأن التحقيق وجوبي في مادة الجنايات، أما في الجنح والمخالفات فهو اختياري ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، ويقوم بوظائف التحقيق حاكم معين بأمر، وعند الضرورة يعين مؤقتاً أحد الحكام بقرار للقيام

<sup>1</sup> أنظر: حنان بن جامع، السياسة الجنائية في مواجهة جنوح الأحداث، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بجامعة سكيكدة، 2008-2009، ص: 118، جان شازال، الطفولة الجانحة، ترجمة أنطوان عبده، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، بدون سنة نشر، ص: 86.

<sup>2</sup> محمود سليمان موسى، المرجع السابق، ص: 243.

<sup>3</sup> Frédéric Debove, François Falletti et Emmanuel Dupic, Op Cit, p : 372.

بالوظائف المذكورة أو لإجراء البحث في قضايا معينة،<sup>1</sup> وتتمثل مهمة حاكم التحقيق في التحقيق في القضايا الجزائية والبحث بدون توان عن الحقيقة ومعاينة جميع الأمور التي يمكن أن تستند عليها المحكمة لتأييد حكمها،<sup>2</sup> ولا يجوز له كمبدأ عام أن يشارك في الحكم في القضايا التي باشر التحقيق فيها.<sup>3</sup>

هذا فيما يتعلق بالقواعد العامة الواردة بمجلة الإجراءات الجزائية، وبالرجوع إلى مجلة حماية الطفل<sup>4</sup> باعتبارها قانونا خاصا فإن مهمة قاضي الأطفال في مرحلة ما قبل المحاكمة تتمثل في القيام مباشرة أو عن طريق الأشخاص المؤهلين لذلك بجميع الأعمال والأبحاث اللازمة للتوصل إلى إظهار الحقيقة ومعرفة شخصية الطفل أو الوسائل المناسبة لإصلاحه وحمايته.<sup>5</sup> ويجمع قاضي الأطفال عن طريق البحث الاجتماعي<sup>6</sup> جميع الإرشادات عن حالة العائلة المادية والأدبية وشخصية الطفل وسوابقه وعن مواظبته بالمدرسة وسيرته بها وعن ظروف نشأته وتربيته ويأمر عند الاقتضاء بتكوين ملف صحي يضاف إلى الملف الاجتماعي وذلك بإجراء فحص طبي وفحص نفساني على الطفل.<sup>7</sup>

وإذا رأى قاضي الأطفال أن القضية تستلزم القيام بتحقيق فإنه يحيل الطفل إلى قاضي التحقيق المختص،<sup>8</sup> الذي يقوم بإجراء تحقيق مع الحدث، وفور انتهائه من التحقيق فإنه يصدر قرارا بإحالة القضية على قاضي الأطفال إذا كانت الجريمة تشكل جنحة، أما إذا كانت الوقائع

<sup>1</sup> راجع الفصل 1/48 من مجلة الإجراءات الجزائية، مع ملاحظة أن مصطلح حاكم التحقيق يقابله قاضي التحقيق في النظام القضائي الجزائري. ولا يعد قاضي التحقيق سلطة تتبع بل يحتفظ بصفته كقاضي ينتهي لهيئة الحكم، وينشط في إطار الاستقلالية التامة وعدم التبعية. أنظر: علي كحلون، التعليق على مجلة الإجراءات الجزائية، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس 2010، ص: 135.

<sup>2</sup> راجع الفصل 1/50 من مجلة الإجراءات الجزائية.

<sup>3</sup> راجع الفصل 2/50 من مجلة الإجراءات الجزائية.

<sup>4</sup> - قانون عدد 92 مؤرخ في 9 نوفمبر 1995 يتعلق بإصدار مجلة حماية الطفل، المنشور بمجلة الرائد الرسمي الصادرة بتاريخ 10 نوفمبر 1995، العدد 90.

<sup>5</sup> راجع الفصل 1/87 من مجلة حماية الطفل.

<sup>6</sup> طبقا للفصل 2/93 فإن قاضي تحقيق الأطفال يمكنه أن يكلف بالبحث الاجتماعي المصالح الاجتماعية المختصة.

<sup>7</sup> راجع الفصل 4/87 من مجلة حماية الطفل، مع ملاحظة أن الفصل 98 من نفس القانون يوجب على القاضي وكل الأشخاص المكلفين من قبله عند قيامهم بإعداد الملف الاجتماعي احترام حرمة العائلات والحياة الخاصة للطفل.

<sup>8</sup> راجع الفصل 2/91 من مجلة حماية الطفل.

تشكل جنائية فإنه يصدر قرارا بإحالتها على دائرة الاتهام،<sup>1</sup> لأجل اتخاذ الإجراءات المناسبة بشأنها وإحالتها إلى الجهة المختصة للفصل فيها.<sup>2</sup>

ونخلص من خلال قراءة نصوص أحكام مجلة حماية الطفل أن المشرع التونسي يتبنى مبدأ الفصل بين وظيفتي التحقيق والحكم حتى بالنسبة للأحداث، على الرغم من أنه لم يورد بهذا القانون نصا صريحا يحظر بموجبه الجمع بين هاتين الوظيفتين.

### الفرع الرابع: موقف المشرع المغربي

بالرجوع إلى أحكام قانون المسطرة الجنائية المغربي في المادة 83 منه، فإن التحقيق وكقاعدة عامة إلزامي في الجنايات المعاقب عليها بالإعدام أو السجن المؤبد أو التي يصل الحد الأقصى للعقوبة المقررة لها ثلاثين سنة، إضافة إلى الجنايات المرتكبة من طرف الأحداث، والجنح بنص خاص في القانون.

أما فيما عدا ذلك من الجنايات والجنح المرتكبة من طرف الأحداث، وفي الجنح التي يكون الحد الأقصى للعقوبة المقررة لها خمس سنوات أو أكثر فهو اختياري.

وتتمثل هيئات التحقيق المكلفة بالأحداث في كل من قاضي التحقيق للأحداث الموجود على مستوى المحاكم الابتدائية، والمستشار المكلف بالأحداث الموجود على مستوى محكمة الاستئناف،<sup>3</sup> إلى جانب الغرفة الجنحية للأحداث التي يتم أمامها استئناف أوامر قاضي التحقيق للأحداث أمامها.

وعليه فإذا ارتأى وكيل الملك (وكيل الجمهورية) ضرورة إجراء تحقيق في القضية، فإنه يحيلها إلى قاضي التحقيق المكلف بالأحداث، أما إذا كانت الجنحة لا تستدعي إجراء تحقيق، أو

<sup>1</sup> راجع الفصل 92 من مجلة حماية الطفل، في فقرتيه الرابعة والخامسة، وفيما يتعلق بصلاحيات دائرة الاتهام تراجع المواد 116 وما يليها من مجلة الإجراءات الجزائية.

<sup>2</sup> باستثناء المادة 116 من مجلة الإجراءات الجزائية فإنه إذا صدر القرار عن دائرة الاتهام المختصة بقضايا الأطفال فلا تكون الإحالة إلا إلى قاضي الأطفال في حالة الجنحة والمخالفة أو إلى الدائرة الجنائية المختصة بقضايا الأطفال على مستوى المحكمة الابتدائية. أنظر: علي كحلون، المرجع السابق، ص: 216.

<sup>3</sup> راجع المادة 462 من قانون المسطرة الجنائية المغربي.

كان الأمر يتعلق بمخالفة فإن وكيل الملك يحيل القضية مباشرة على قاضي الأحداث لأجل الفصل فيها.<sup>1</sup>

أما إذا كانت الوقائع ذات طابع جنائي فإن الذي يتولى عملية التحقيق هو المستشار المكلف بالأحداث<sup>2</sup> الموجود على مستوى محكمة الاستئناف، عملا بنص المادة 1/486 من قانون المسطرة الجنائية، بعد أن يكون قد أجرى البحث المنصوص عليه في المادة 474 من المسطرة.<sup>3</sup> فإذا ظهر للمستشار المكلف بالأحداث أن الأفعال ثابتة في حق الحدث وتشكل جنائية، فإنه يأمر بإحالة القضية إلى غرفة الجنايات للأحداث،<sup>4</sup> أما إذا ارتأى أن الأفعال تكون جنحة أو مخالفة فإنه يحيل الحدث على المحكمة الابتدائية المختصة.<sup>5</sup>

وفيما يتعلق بمسألة الجمع أو الفصل بين وظيفتي التحقيق والحكم فإن المشرع المغربي كان واضحا وصريحا حول هذه النقطة، حيث مال إلى فكرة الفصل ولو تعلق الأمر بقضاء الأحداث، حيث جاء في المادة 5/52 من قانون المسطرة الجنائية على أنه: "لا يمكن لقضاة التحقيق، تحت طائلة البطلان، أن يشاركوا في إصدار حكم في القضايا الجزية التي سبق أن أحيلت إليهم بصفهم قضاة مكلفين بالتحقيق".

وإذا كانت هذه القاعدة عامة وتتعلق أساسا بالجناة البالغين فإن المشرع المغربي قد أكدها صراحة بالنسبة للجناة الأحداث، حيث نصت المادة 462 من قانون المسطرة الجنائية في فقرتها الرابعة على: "لا يمكن تحت طائلة البطلان لأي قاض أو مستشار عين أو انتدب أو كلف بصفة

<sup>1</sup> راجع المادة 470 من قانون المسطرة الجنائية المغربي.

<sup>2</sup> عملا بنص المادة 1/485 من قانون المسطرة الجنائية يعين في كل محكمة استئناف بقرار لوزير العدل، مستشار أو أكثر للقيام بمهام مستشار مكلف بالأحداث لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد، ويعفى من مهامه بنفس الكيفية.

<sup>3</sup> - تنص المادة 474 من قانون المسطرة الجنائية في فقرتها الأولى والثانية على أنه: "إذا كانت الأفعال تكون جنحة، فإن قاضي الأحداث يجري بنفسه أو يأمر بإجراء بحث لتحديد التدابير الواجب اتخاذها لضمان حماية الحدث وإنقاذه، ويتلقى بواسطة بحث اجتماعي معلومات عن حالة عائلته المادية والمعنوية وعن طبعه وسوابقه وعن مواظبته بالمدرسة وسيرته فيها وعن سلوكه المهني وعن رفاقه وعن الظروف التي عاش فيها وتلقى فيها تربيته.

يأمر كذلك إن اقتضى الحال بإجراء فحص طبي أو فحص عقلي أو فحص نفساني، ويمكنه عند الاقتضاء، إصدار جميع الأوامر المفيدة.

<sup>4</sup> راجع المادة 2/487 من قانون المسطرة الجنائية.

<sup>5</sup> راجع المادة 4/487 من قانون المسطرة الجنائية.

مؤقتة أن يشارك في الحكم في قضايا سبق له أن مارس فيها التحقيق الخاص بالأحداث"، ومن هذا المنطلق فإن وظيفة قاضي التحقيق للأحداث أو المستشار المكلف بالأحداث تقتصر على التحقيق دون أن تتعداها إلى الحكم في القضايا التي سبق لهم نظرها بصفتهم قضاة للتحقيق.

### الفرع الخامس: موقف المشرع الجزائري

إن التعرض إلى موقف المشرع الجزائري يوجب الإشارة إلى مختلف المبادئ العامة الواردة بقانون الإجراءات الجزائية، إضافة إلى المبادئ الخاصة المنصوص عليها سواء في قانون الطفل<sup>1</sup> أو في الأحكام الخاصة بالمجرمين الأحداث المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية قبل إلغائها بقانون الطفل، وهذا لا ينسبنا القول بأن التشريع الفرنسي لا سيما في مجال الطفولة الجانحة، يعتبر مصدرا ماديا وتاريخيا للتشريع الجزائري، الأمر الذي ترتب عليه وجود تشابه كبير بينهما.

وبالرجوع إلى الأحكام العامة لقانون الإجراءات الجزائية نجد أن المادة 66 منه تقضي بأن التحقيق وجوبي في الجنايات، واختياري في الجنح ما لم تكن هناك نصوص خاصة، أما في المخالفات فيكون جوازيا. وبالرجوع للأحكام المتعلقة بالأحداث الجانحين المنصوص عليها بالمواد 442 وما يليها من قانون الإجراءات الجزائية الملغاة، فإنه يستشف من المواد 452 و 453 ق إ ج أن التحقيق وجوبي في الجنايات والجنح والمخالفات،<sup>2</sup> في حين أصبح التحقيق إجباريا في الجنائيات والجنح وجوازيا في المخالفات عملا بمقتضيات المادة 64 من قانون حماية الطفل.<sup>3</sup> أما بالنسبة لجهات التحقيق التي حولها المشرع الجزائري إجراء تحقيق مع الحدث فإنها تتمثل في ما يلي:

<sup>1</sup> الصادر بموجب القانون 15-12 المؤرخ في 15 يوليو 2015، الجريدة الرسمية لسنة 2015، العدد 39.

<sup>2</sup> وهو ما يستشف أيضا من نص المواد 3/467-3/454-453 من قانون الإجراءات الجزائية

<sup>3</sup> راجع أيضا المادتين 66-68 من قانون حماية الطفل.



### أولاً: قاضي التحقيق المختص بشؤون الأحداث

تقضي المادة 4/61 من قانون حماية الطفل بأنه يعين في كل محكمة بما فيها محكمة مقر المجلس، قاضي تحقيق أو أكثر بموجب أمر لرئيس المجلس القضائي يكلفون بالتحقيق في الجنايات المرتكبة من قبل الأحداث،<sup>1</sup> ويختار قضاة التحقيق المكلفين بشؤون الأحداث من بين قضاة التحقيق الموجودين على مستوى المحكمة.<sup>2</sup>

تتمثل مهمة قاضي التحقيق المختص بشؤون الأحداث في التحقيق في الجنايات المرتكبة من قبل الحدث، وعليه إذا كانت الجريمة المنسوبة للحدث تشكل جنائية، سواء ارتكبها لوحده<sup>3</sup> أم كان معه متهمون بالغون، فإن وكيل الجمهورية يفصل الملفين ويرفع ملف الحدث إلى قاضي التحقيق المختص بشؤون الأحداث، وملف البالغين إلى قاضي تحقيق البالغين وهو بطبيعة الحال نفس القاضي، مع ملاحظة أن وكيل الجمهورية يقدم إلى السيد قاضي التحقيق طلباً افتتاحياً لكل ملف،<sup>4</sup> وبالنتيجة فإن الفصل في الملفات يكون ابتداءً وليس عند الانتهاء من التحقيق.

<sup>1</sup> يلاحظ أن قاضي التحقيق المختص بشؤون الأحداث يجمع بين ثلاث صفات، فهو في الأصل قاضي (يتم تعيينه بموجب مرسوم رئاسي، عملاً بنص المادة 8/92 من الدستور، والمادة الثالثة من القانون العضوي 11/04 المؤرخ في 6 سبتمبر 2004، المتضمن القانون الأساسي للقضاء)، وهو أيضاً قاضي تحقيق (في النص الأصلي للمادة 39 من قانون الإجراءات الجزائية كان قاضي التحقيق يعين بقرار من وزير العدل لمدة ثلاث سنوات، وبموجب القانون 08-01 المؤرخ في 26 جوان 2001 أصبح التعيين يتم بمرسوم رئاسي، لتلغى هذه المادة تماماً بالقانون 22-06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، ليصبح قاضي التحقيق يعين بقرار من وزير العدل بعد استشارة المجلس الأعلى للقضاء عملاً بنص المادة 50 من القانون الأساسي للقضاء.) إلى جانب كون قاضي تحقيق أحداث يعين بأمر من رئيس المجلس القضائي عملاً بنص المادة 4/61 من قانون حماية الطفل.

<sup>2</sup> بالرجوع إلى نص المادة 3/449 من قانون الإجراءات الجزائية الملغاة، فإنه يتم تعيين قضاة التحقيق بنفس الشروط المنصوص عليها في الفقرة السابقة من المادة 449، ما يفهم منه بأن قضاة التحقيق على مستوى محكمة مقر المجلس يعينون بقرار من وزير العدل، أما قضاة تحقيق المحاكم الأخرى فيعينون بأمر من رئيس المجلس القضائي.

<sup>3</sup> لقد لوحظ في ظل سريان قانون الإجراءات الجزائية، وخاصة على مستوى بعض محاكم مقر المجلس، أن الذي يقوم بالتحقيق مع الحدث إذا كانت الجريمة المنسوبة إليه تشكل جنائية هو قاضي الأحداث، والذي يحيلها إلى قسم الأحداث بمجرد الانتهاء من التحقيق، ليحكم فيها بنفسه. وهي ممارسة جرى عليها العمل من قبل القضاة، ونحن نعتقد بأنها ممارسة خاطئة وتجافي ما هو منصوص عليه في القانون. أنظر تأييداً لهذا الحكم: نجيمي جمال، قانون حماية الطفل في الجزائر تحليل وتأسيس مادة بمادة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2016، ص: 113-114.

<sup>4</sup> المادة 64 من قانون حماية الطفل.

وإذا لم يكن مع الحدث جناة آخرون بالغون فإن السيد وكيل الجمهورية يوجه طلبا افتتاحيا للسيد قاضي التحقيق المختص بشؤون الأحداث لأجل إجراء تحقيق في الوقائع المنسوبة للحدث والمكيفة جنائية.

وبالمقارنة مع أحكام قانون الإجراءات الجزائية فإن التحقيق مع الأحداث وعملا بنص المادة 452 من هذا القانون يتم بواسطة قاضي التحقيق في حالتين:

الحالة الأولى: وهي حالة الجناية المرتكبة من قبل الحدث سواء كان لوحده أم كان معه متهمون بالغون، وفي هذه الحالة يجري قاضي التحقيق تحقيقا واحدا، وعند الانتهاء من التحقيق فإنه يفصل بين الملفين، فيحيل الحدث أمام قسم الأحداث بمحكمة مقر المجلس، ويصدر أمرا بإرسال المستندات في ما يتعلق بالبالغين.<sup>1</sup>

وهناك فرضية أخرى نصت عليها المادة 3/467 من قانون الإجراءات الجزائية، وهي حالة قيام قاضي الأحداث بالتحقيق على أساس أن الجريمة المرتكبة جنحة، وبعد الانتهاء من التحقيق يتبين أنها جنائية، هنا يجب على قسم الأحداث غير المحكمة الموجودة بمقر المجلس القضائي أن يحيلها لهذه المحكمة الأخيرة.

وفي هذه الحالة يجوز لقسم الأحداث قبل البت فيها أن يأمر بإجراء تحقيق تكميلي ويندب لهذا الغرض قاضي التحقيق إذا كان أمر الإحالة قد صدر من قاضي الأحداث.<sup>2</sup>

الحالة الثانية: وهي حالة الجنحة المتشعبة حيث يجوز للنياحة العامة وبصفة استثنائية أن تعهد لقاضي التحقيق بإجراء تحقيق نزولا على طلب قاضي الأحداث وبموجب طلبات مسببة.<sup>3</sup>

### ثانيا: قاضي الأحداث

طبقا لنص المادة 61 من قانون حماية الطفل يتم تعيين قاضي الأحداث لمدة ثلاث سنوات بقرار من وزير العدل إذا تعلق الأمر بقضاة محكمة مقر المجلس، أما في المحاكم الأخرى فإنه يتم تعيينهم لمدة ثلاث سنوات أيضا، وبموجب أمر صادر عن رئيس المجلس القضائي.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> راجع المادة 1/452 من قانون الإجراءات الجزائية الملغاة.

<sup>2</sup> بخصوص هذه الفرضية يلاحظ أن الذي يندب للتحقيق هو قاضي التحقيق وليس قاضي الأحداث، ومرد ذلك أن الجريمة المرتكبة جنائية وليس جنحة، ويلاحظ أن المشرع الجزائري قد أغفل النص على مثل هذه الحالة في قانون حماية الطفل.

<sup>3</sup> راجع المادة 4/452 من قانون الإجراءات الجزائية الملغاة.

وطبقا للفقرة الثانية من نص المادة 61 من القانون سالف الذكر، يشترط أن يكون لقضاة الأحداث رتبة نائب رئيس محكمة على الأقل.<sup>2</sup>

وعملا بنص المادة 62 من قانون حماية الطفل يختص قاضي الأحداث بالتحقيق مع الحدث عندما تكون الوقائع المنسوبة إليه جنحة أو مخالفة، وسواء ارتكب الجريمة لوحده أم كان معه متهمون بالغون، إذ يتعين على وكيل الجمهورية في هذه الحالة أن يفصل بين الملمفين، مع إمكانية تبادل الوثائق بين قاضي الأحداث وقاضي التحقيق.<sup>3</sup>

وبتحليل أوامر الإحالة التي يصدرها كل من قاضي الأحداث و قاضي التحقيق المختص بشؤون الأحداث، عند الانتهاء من التحقيق في ظل قانون الطفل الحالي، فإن مسألة الجمع بين وظيفتي التحقيق والحكم لا تتحقق إلا في الحالة التي تكون فيها الجريمة المرتكبة مخالفة أو جنحة.<sup>4</sup>

أما بالنسبة للجنايات فإن المحكمة المختصة للفصل فيها هي محكمة مقر المجلس، والتي يحال إليها ملف الحدث من قبل قاضي الأحداث الذي قام بالتحقيق معه عملا بقواعد الاختصاص العامة المنصوص عليها بالمادة 60 من قانون حماية الطفل.<sup>5</sup>

غير أنه وبالرجوع إلى أحكام قانون الإجراءات الجزائية الملغاة، فإن الحالة الوحيدة للجمع تتحقق عندما تكون الجريمة المرتكبة جنحة شريطة ألا تكون متشعبة، إذ يقوم هنا قاضي الأحداث بالتحقيق في هذه الجنحة وإحالتها على نفسه لأجل الفصل فيها.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> يلاحظ أنه في ظل المادة 2/449 من قانون الإجراءات الجزائية الملغاة، يكون تعيين قضاة الأحداث في المحاكم الأخرى غير محكمة المجلس بأمر صادر من رئيس المجلس القضائي بناء على طلب من النائب العام.

<sup>2</sup> في ظل المادة 1/449 من قانون الإجراءات الجزائية الملغاة، كان يشترط في قضاة الأحداث الكفاءة والدراية والعناية التي يولونها لشؤون الأحداث، وهو الشرط الذي ألغي في قانون حماية الطفل، مشترطا فقط التمتع برتبة معينة، غير أن ذلك لا يمنع من أخذ هذه الشروط رغم عدم نص القانون عليها بعين الاعتبار في عملية التعيين.

<sup>3</sup> في هذا المعنى أيضا راجع المادة 2/452 من قانون الإجراءات الجزائية الملغاة.

<sup>4</sup> تنص المادة 1/79 من قانون حماية الطفل على: "إذا رأى قاضي الأحداث أن الوقائع تكون مخالفة أو جنحة، أصدر أمرا بالإحالة أمام قسم الأحداث".

<sup>5</sup> تنص المادة 2/79 من قانون حماية الطفل على: "إذا رأى قاضي التحقيق المكلف بالأحداث أن الوقائع تكون جنائية، أصدر أمرا بالإحالة أمام قسم الأحداث لمقر المجلس القضائي المختص".

<sup>6</sup> راجع المادة 461 من قانون الإجراءات الجزائية الملغاة.

ومرد ذلك أن المخالفات يفصل فيها قسم المخالفات الخاص بالبالغين، ولا يفصل فيها قسم الأحداث إلا إذا تعلق الأمر باتخاذ تدبير مناسب في حق الحدث،<sup>1</sup> وهو الكلام نفسه بالنسبة للجنايات إذ يحقق فيها قاضي التحقيق المختص بشؤون الأحداث ويحيلها إلى قاضي الأحداث الموجود بمحكمة مقر المجلس، إضافة إلى الجناح المتشعبة التي يمكنه التنازل عنها لقاضي تحقيق البالغين.<sup>2</sup>

### الفرع السادس: موقف المشرع الفرنسي

يتبنى المشرع الفرنسي من حيث المبدأ قاعدة الفصل بين وظيفتي التحقيق والحكم، حيث لا يجوز للقاضي الذي حقق في قضية معينة وأخذ فكرة عنها أن يجلس للفصل فيها، وهذا الموقف أقرته المادتين 2/49 و 253 من قانون الإجراءات الجزائية، ويسري هذا المنع أيضا على قاضي الحريات والحبس بموجب المادة 1-137 من ذات القانون.

وبالرجوع إلى القواعد المطبقة على المجرمين الأحداث فإن المشرع الفرنسي وكقاعدة عامة يعتبر وبموجب المواد 5 و 20 من الأمر رقم 45-175 المؤرخ في 2 فيفري 1945 المتعلق بالطفولة الجانحة التحقيق الابتدائي في جرائم الأحداث إلزاميا، وذلك سواء في الجنايات والجناح والمخالفات من الدرجة الخامسة،<sup>3</sup> كونه يساعد على نجاح التدخل القضائي في مواجهة الحدث المجرم، فهو يؤدي إلى التعرف على شخصية الحدث، زيادة على إظهار الحقيقة بشأن الجريمة المرتكبة.

ويأخذ المشرع الفرنسي بمبدأ تخصص قضاء التحقيق الابتدائي، فجعله من اختصاص كل من قاضي الأطفال، وقاضي التحقيق المختص بشؤون الأطفال، ومعيار توزيع الاختصاص بينهما

<sup>1</sup> راجع المادتين 459 و 3/446 من قانون الإجراءات الجزائية الملغاة.

<sup>2</sup> راجع المواد 452 و 464 و 465 من قانون الإجراءات الجزائية الملغاة.

<sup>3</sup> بحسب المادة 131-13 من قانون العقوبات الفرنسي فإنه تعتبر مخالفة من الدرجة الخامسة عندما تكون عقوبتها 1500 يورو على الأكثر، والتي يمكن رفعها إلى 3000 يورو في حالة العود، وهذا في غير الحالات التي يعتبر فيها القانون العود في المخالفة ظرفا مشددا يجعل منها جناحة.

يقوم على أساس نوع الجريمة المرتكبة، مع العلم بأن كل منهما يباشر مهامه طبقا للقواعد المقررة في قانون الإجراءات الجزائية وقانون الطفولة الجانحة.<sup>1</sup>

بالنسبة لقاضي الأحداث (Le juge des enfants) فإنه يتولى التحقيق في الجناح والمخالفات من الدرجة الخامسة، وفي هذا الصدد تمنحه المادة 1/8 من قانون الطفولة الجانحة سلطة اتخاذ كافة الإجراءات والتحقيقات اللازمة للوصول إلى كشف الحقيقة وللتعرف على شخصية الطفل المتهم وتحديد الوسائل الملائمة لإعادة تأهيله اجتماعيا.<sup>2</sup>

ولقاضي الأطفال أيضا أن يجري فحصا اجتماعيا يتضمن المعلومات الكاملة عن الحالة المادية والأدبية لأسرة الطفل وسوابقه الإجرامية ووضعه الدراسي والظروف التي عاش فيها، وله أيضا أن يجري فحصا طبيا ونفسيا إذا لزم الأمر.<sup>3</sup>

وبانتهاء التحقيق فإنه يصدر واحدا من أوامر التصرف، التي قد تكون إما إحالته أمام قاضي التحقيق المتخصص في شؤون الأطفال لاستكمال التحقيق، وذلك إذا قدر قاضي الأطفال بأن الواقعة المنسوبة للطفل تثير مشاكل خاصة، وأنه من المصلحة استكمال التحقيق بمعرفة قاضي التحقيق المتخصص بشؤون الأحداث.

وإذا رأى قاضي الأطفال حالة الطفل تستوجب اتخاذ تدابير أو توقيع عقوبة جزائية، فإنه يصدر أمرا بإحالته الطفل أمام محكمة الأطفال، أما إذا كانت الجريمة مخالفة تدخل ضمن الدرجات الأربع الأولى، فإنه يتم إحالة الطفل أمام محكمة المخالفات (Le tribunal de police)، مع ملاحظة أن قاضي الأطفال الذي أجرى التحقيق في الوقائع المنسوبة للحدث، يتحول إلى قاضي حكم ويفصل في هذه الوقائع ضمن الحدود المنصوص عليها بالمادة 8/8 من قانون الطفولة الجانحة، وهذا قبل تدخل المشرع الفرنسي وتعديله لقانون التنظيم القضائي كما سيرد بيانه.

وفيما يتعلق بقاضي التحقيق المتخصص بشؤون الأحداث فإنه يختص بالتحقيق في الجنايات المرتكبة من قبل الأحداث بطلب من وكيل الجمهورية، أما الجناح فالتحقيق فيها من

<sup>1</sup> شريف سيد كامل، الحماية الجنائية للأطفال، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة 2006، ص: 288.

<sup>2</sup> في هذا المعنى أيضا راجع المادة 5-252L من قانون التنظيم القضائي الفرنسي.

<sup>3</sup> الفقرتان الرابعة والخامسة من المادة 8 من الأمر رقم 45-175 المؤرخ في 2 فيفري 1945 المتعلق بالطفولة الجانحة.

قبل هذا الأخير يكون جوازيا، إذ يجوز لوكيل الجمهورية أن يسند هذه الجنحة إما إلى قاضي الأطفال على النحو السابق بيانه أو قاضي التحقيق، مع ملاحظة أن قاضي الأطفال إذا لاحظ أن إظهار الحقيقة بشأن هذه الجنحة يثير صعوبات خاصة فإنه يحيلها أمام قاضي تحقيق الأطفال. وبانتهاء التحقيق فإن قاضي التحقيق يصدر بدوره أمرا من أوامر التصرف التي حددتها المادة 9 من قانون الطفولة الجانحة، فإذا رأى بأن الأفعال تشكل مخالفة أحوالها أمام محكمة المخالفات (Le tribunal de police)، على خلاف ما إذا كانت هذه المخالفة من الدرجة الخامسة فإنه يحيلها أمام قاضي الأطفال أو محكمة الأطفال.

وإذا كانت الوقائع تشكل جنحة فإنه يحيلها أمام قاضي الأطفال أو محكمة الأطفال على الخيار، وتحال الجنحة إجباريا أمام محكمة الأطفال إذا كانت عقوبة الجريمة المتابع عنها تساوي أو تفوق سبع سنوات، وكان سن الحدث ست عشرة سنة.<sup>1</sup>

وفي حالة الجنائية يحال الحدث الذي يبلغ سنه ست عشرة سنة أمام محكمة الأطفال، وفي الحالات المنصوص عليها بالمادة 20 من قانون الطفولة الجانحة فإن إحالة الحدث تكون أمام محكمة جنايات الأحداث.<sup>2</sup>

وفي الختام يلاحظ بأنه في أغلب الحالات سواء تعلق الأمر بقاضي الأطفال أو قاضي تحقيق الأطفال فإن من يتولى وظيفة التحقيق في قضية معينة، لا يكون بالضرورة وبنص القانون هو من يفصل فيها، إلا إذا تعلق الأمر بالحكم بتدبير من تدابير الحماية والتهذيب من قبل قاضي الأطفال عندما تكون الجريمة المرتكبة جنحة.

غير أنه وتراجعا عن قاعدة جمع قاضي الأطفال لسلطي التحقيق والحكم التي كان يتمتع بها، أصدر المجلس الدستوري بتاريخ 8 جويلية 2011 قرارا أقر بموجبه حال فصله في مسألة أولوية الدستورية (Une question prioritaire de constitutionnalité)،<sup>3</sup> بأن المادة 3-251 من قانون

<sup>1</sup> راجع المادة 9-3/2 من الأمر رقم 45-175 المؤرخ في 2 فيفري 1945 المتعلق بالطفولة الجانحة.

<sup>2</sup> راجع المادة 9-4/2 والمادة 20 من الأمر رقم 45-175 المؤرخ في 2 فيفري 1945 المتعلق بالطفولة الجانحة.

<sup>3</sup> يعطي الدستور الفرنسي للأفراد العاديين إمكانية إخطار المجلس الدستوري لأجل الفصل في مدى دستورية نص قانوني معين من عدمه، وذلك بموجب المادة 61-1 من الدستور التي استحدثت سنة 2008 بموجب المادة 46-1 من القانون الدستوري رقم 724-2008 الصادر بتاريخ 23 جويلية 2008، حيث تسمح هذه المادة للأشخاص وبمناسبة منازعة جارية أمام هيئة قضائية، بإخطار المجلس الدستوري، وذلك عن طريق إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، بناء على دفع

التنظيم القضائي التي تسمح للقاضي الذي حقق في قضية من قضايا الأحداث بالجلوس للحكم فيها تتعارض مع أحكام الدستور، وحدد تاريخ 1 جانفي 2013 كآخر أجل لتصحيح هذا الوضع، وبالفعل فقد صدر بتاريخ 26 ديسمبر 2011 القانون 1940-2011 الذي أضاف بموجب المادة الخامسة منه فقرة ثانية للمادة 251-3 من قانون التنظيم القضائي حظر بموجبه على قاضي الأطفال أن يرأس جلسة الحكم في القضية التي سبق له أن أحالها على محكمة الأحداث.

### خاتمة

ختاما نخلص إلى أن المشرع الجزائري وإن أقر قاعدة الجمع بين وظيفتي التحقيق والحكم بالنسبة لقضاء الأحداث، إلا أنه حصرها في حالات معينة وفي أضيق الحدود مسائرا في ذلك ما كان معمولاً به في التشريع الفرنسي، الذي استلهم منه المشرع الجزائري أغلب القواعد المتعلقة بالمعاملة العقابية والإجرائية للحدث الجانح.

وما لاحظناه على موقف المشرع الجزائري أنه قصر حالة جمع قاضي الأحداث لوظيفتي التحقيق والحكم في الجرح فقط في ظل نصوص قانون الإجراءات الجزائية الملغاة، هذا إذا لم تكن الجنحة متشعبة، وفي المخالفات والجرح في ظل قانون الطفل، وهو وضع ما كان يستدعي منه التضحية بقاعدة جوهرية في الإجراءات ومتعلقة بالنظام العام.

مفاده وجود نص تشريعي يتضمن مساسا بواحد من الحقوق والحريات المضمونة بموجب الدستور. وقد صدرت مختلف النصوص التطبيقية لهذه المادة بدءا بالقانون العضوي رقم 1523-2009 الصادر بتاريخ 10 ديسمبر 2009 والمتعلق بكيفيات تطبيق المادة 61-1 من الدستور، وكذا المرسوم رقم 148-2010 الصادر بتاريخ 16 فيفري 2010 المتعلق بتطبيق القانون العضوي رقم 1523-2009 الصادر بتاريخ 10 ديسمبر 2009 المتعلق بكيفيات تطبيق المادة 61-1 من الدستور، إلى جانب مختلف نصوصه التطبيقية.

ويظهر أن المشرع الجزائري قد تأثر بهذا المسعى، حيث وسع من حالات الإخطار في الدستور الحالي لسنة 2016 ومنح للأفراد بموجب المادة 188 إمكانية ذلك حيث تنص على: "يمكن إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور. تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه الفقرة بموجب قانون عضوي". ومازلنا بانتظار هذا القانون مثله مثل قوانين عضوية أخرى لم تصدر بعد.

فلو تعلق الأمر بالجنايات لكان لذلك ما يبرره، أما أن نضحى بقاعدة جوهرية في الجرح والمخالفات، ونتقيد بها في الجنايات، فهذا وضع غير سوي، ويستشف منه بأن المبررات التي سيقت في شأن الجمع هي محل نظر وشك عندما يتعلق الأمر بجناية، خاصة وأن كل من التشريعين التونسي والمغربي قد تراجعا عن هذا الموقف لصالح الفصل، إلى جانب المشرع الفرنسي الذي أقر مجلسه الدستوري بعدم دستورية القاعدة التي تسمح لقاضي الأحداث بأن يجمع بين وظيفتي التحقيق والحكم، لما في ذلك من تأثير على حياده واستقلالته ومن ثم قضائه. لذلك نأمل أن يقوم المشرع الجزائري بتعديل قانون الطفل وتكريس قاعدة الفصل بين وظيفتي التحقيق والحكم أسوة بغيره، خاصة وأن المشرع الفرنسي الذي كان السباق إلى تكريسها قد تلى عنها لصالح الفصل، لأن الضمان الحقيقي لحسن تطبيق القانون هو الضمير الحي للقاضي، والذي به يتحقق حياده وعدله، ولا ضرر إن تعاون في سبيل تحقيق هذه المهمة أكثر من قاض.



## مدى حرية دولة الملجأ في استقبال اللاجئين\*

نوار شهرزاد<sup>(1)</sup>

<sup>(1)</sup> أستاذة محاضرة "ب"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أم البواقي، أم البواقي، الجزائر.

### الملخص:

إن استقبال اللاجئين عمل إنساني قبل أن يكون واجب قانوني ملقى على عاتق الدول، غير أن هذه الأخيرة من حقها مراعاة عدم تهديد أمنها ومصالحها. خاصة مع ما تنطوي عليه ظاهرة اللجوء من مخاطر وتعقيدات.

لذلك استقر القانون الدولي على الاعتراف بحرية الدولة في قبول الأجانب على إقليمها كمبدأ منبثق عن سيادتها، مع تقييد تلك الحرية بعدة اعتبارات مصدرها الأعراف والاتفاقيات الدولية وجب على الدولة مراعاتها، كضرورة التزامها بالحد الأدنى في معاملة الأجانب بما فيهم اللاجئين. لتبقى مسألة اللاجئين من المشاكل المعقدة التي تميز الحياة الدولية المعاصرة. وهو ما دفعنا لبحث جانب من جوانب الموضوع متسائلين عن:

هل دولة الملجأ حرة في قبول أو عدم قبول اللاجئين أم مجبرة على استقبالهم؟

### الكلمات المفتاحية:

دولة الملجأ، اللاجئين، القانون الدولي.

\* تاريخ إرسال المقال 2018/05/24، تاريخ مراجعة المقال 2018/07/15، تاريخ نشر المقال 2018/07/31

## **The extent freedom of the state of refuge in the reception of refugees**

### **Summary :**

The reception of the refugees is a humanitarian act before it is a legal duty of States, but the State has the right to not threaten its security and interests. Especially with the risks and complications involved in the phenomenon of asylum.

International law has therefore been based on the recognition of the freedom of the State to accept foreigners as a principle emanating from its sovereignty, while restricting that freedom by a number of considerations arising from international norms and conventions, which must be respected by the State.

So that the question of refugees remains one of the complex problems that characterize contemporary international life. Which prompted us to discuss one aspect of the subject wondering about: Is the State of asylum free to accept or not accept refugees or it is obliged to receive them?

### **Keywords:**

State of refuge, refugees, international law.

## **De la liberté des Etats d'accueil d'accepter les réfugiés**

### **Résumé:**

L'accueil des réfugiés reste un acte humain avant d'être un devoir édicté par les lois. Toutefois, les Etats peuvent préserver leurs intérêts et leur sécurité face aux dangers et aux complications que cela puisse engendrer.

Le droit international a permis aux Etats d'accepter ou pas les étrangers sur leurs territoires comme signe de souveraineté, cette liberté reste tout de même restreinte par les devoirs des Etats issus de coutumes et de conventions internationales.

La question des réfugiés reste un problème complexe qui marque la société internationale contemporaine, c'est pourquoi nous avons choisi de traiter ce sujet en nous demandant si :

Le pays d'accueil était libre d'accepter ou non les réfugiés, ou s'il était contraint de le faire ?

### **Mots clés :**

Pays d'accueil, les réfugiés, le droit international.

## مقدمة

لقد ساهم تطور المواصلات في انفتاح المجتمعات الانسانية على بعضها البعض ، وتم الاعتراف بحق التنقل كحق أساسي من حقوق الانسان، فاستفحلت ظاهرة هجرة الشعوب كظاهرة طبيعية، إلى أقاليم دول غير دولهم والاستقرار فيها لعدة دوافع كالبحث عن العمل أو هرباً من الاضطهاد ، ومع تطور الفكر الانساني المنادي بوحدة الطبيعة البشرية والمساواة بين الناس جميعاً ، تطور المركز القانوني للأجنبي في العصر الحديث.

ولكن بالرغم من نص المواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الانسان على واجب المساواة بين جميع الأشخاص دون أي تمييز بسبب العرق أو الجنس أو اللغة أو الدين، يبقى الفرق بين الوطني والأجنبي قائماً لا محالة.

ومن بين الأجانب نجد فئة اللاجئين، وهم الأشخاص الذين تدفعهم الضرورة للبقاء خارج إقليم دولتهم ولجوءهم لدولة أخرى بحثاً عن ملجأ آمن، ، وتحظى تلك الفئة بحماية خاصة ظل الحماية المقررة للأشخاص بذواتهم والتي تعد من المبادئ الأساسية المستقرة في العمل الدولي، والتي ينبغي على الدول مراعاتها والتقيدها. والواقع أن مسألة قبول الأجنبي في اقليم دولة غير دولته تدخل في الاختصاص الداخلي للدولة صاحبة الاقليم مع مراعاة ما تنص عليه الأعراف والاتفاقيات الدولية ذات الصلة بالموضوع، وعليه يختلف موقف الدول ومعاملتها للأجانب باختلاف ظروفها ومصالحها.

ولما كان من المسلم به فقها وقانونا وقضاء ضرورة الاعتراف بقدر معين من الحقوق للأجانب، خاصة تلك الحقوق التي تتطلبها الحياة البشرية والتي لا تقوم بدونها كالحق في الحياة وحرية التنقل وحق اللجوء كحق متفرع عنها، كان من الأهمية بيان الحدود الفاصلة بين مراعاة حق اللجوء باعتباره حق من حقوق الإنسان، وحق الدول وحريتها في قبول أو عدم قبول الأجانب في اقليمها حسب ما تقتضيه مصالحها وما تسمح به ظروفها، حيث تتمتع الدولة ذات السيادة بحرية تنظيم شؤونها الداخلية ضمن حدود اقليمها، بشرط ألا يتعارض ذلك مع التزاماتها الدولية.

وعليه كان من المفيد التساؤل عن:

هل دولة الملجأ ملزمة بالاستجابة لطلب اللجوء أم هي حرة في ذلك حسب ما تسمح به ظروفها؟

وستتولى الاجابة عن الاشكالية المطروحة من خلال الاحاطة بمفهوم اللاجئين أولاً قصد تمييزه عن غيره من الفئات ، ثم الحديث عن مدى سلطة دول الملجأ في تعاملها مع الأجانب اللاجئين الوافدين إليها.

### أولاً: تعريف اللاجئين

حق اللاجئين في طلب اللجوء حق انساني تأكد في العديد من المواثيق الدولية وكرس في دساتير معظم الدول التي أكدت صراحة على حق كل فرد في طلب اللجوء إلى أية دولة متى كان يعاني الاضطهاد والقهر السياسي.

وقد نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على حق كل فرد في الاعتراف بشخصيته القانونية في أي مكان يتواجد فيه وله حق التماس ملجأ في بلدان أخرى، فتحسنت بذلك حالة الأجانب ومنهم اللاجئين وتم الاعتراف لهم بالحقوق بصورة أوسع على أراضي الدول الأجنبية عنهم سواء بموجب قوانين تلك الدول أو بموجب الاتفاقيات.

ويعد حق اللجوء<sup>1</sup> من المبادئ الأساسية التي استقرت في العمل الدولي منذ زمن بعيد، حيث عني القانون الدولي بتنظيم المركز القانوني للأجنبي الذي تدفعه الضرورة للبقاء خارج إقليم

<sup>1</sup> ظاهرة اللجوء تعود جذورها لفترة الحرب العالمية التي خلفت أعداد هائلة من اللاجئين بفعل تشردهم ولجؤهم إلى دول أخرى طلباً للحماية والأمن. ثم تفاقمت في السنوات الأخيرة وأصبحت من المسائل التي تشغل المجتمع الدولي . يرتبط حق اللجوء ببعض حقوق الإنسان وحرياته الأساسية كالحق في الحياة وحق التنقل وحرية الانتقال ومغادرة الإقليم إلى دولة أخرى، وحق العودة إليه. وقد تأكد هذا الحق في العديد من المواثيق الدولية وكذا في دساتير معظم الدول، والتي أكدت صراحة على حق كل فرد في طلب اللجوء إلى أية دولة متى كان يعاني الاضطهاد والقهر السياسي.

وعبرت المادة 14 فقرة 1 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948 عن حق اللجوء بنصها: "لكل فرد الحق في أن يلجأ إلى بلاد أخرى أو يحاول الالتجاء إليها هرباً من الاضطهاد".

أما المادة 33 من الميثاق العربي لحقوق الإنسان فقد نصت على الحق بقولها: "لكل مواطن الحق في طلب اللجوء السياسي إلى بلاد أخرى هرباً من الاضطهاد." والملاحظ في هذا الصدد أن المادة سألقة الذكر ركزت على حق اللجوء السياسي والذي يعد نوعاً من أنواع اللجوء وليس النوع الوحيد، حيث يتسع المفهوم ليشمل كل أنواع اللجوء بما فيها السياسي والديني والانساني.

دولته، ببيان حقوقه التي يعترف له بها بوصفه إنساناً، مقابل حدود سلطة الدولة المستقبلية في قبول أو ابعاد الأجانب الذين يقصدون إقليمها فرارا من الاضطهاد الذي يواجهونه أو قد يواجهونه في دولهم.<sup>1</sup>

ويفرض حق اللجوء على الدول كحق من حقوق الانسان بموجب المواثيق الدولية التي توجب عليها حماية الأجانب في شخصهم ومالهم، وبالمقابل تعطي للأشخاص حق اللجوء إلى أقاليم الدول بشرط ألا يخالف وجودهم النظام العام وأمن الدولة ومصالحها الوطنية.<sup>2</sup> وقد حظي موضوع اللاجئين بعناية واهتمام كبيرين في ظل الاهتمام الدولي بحقوق الإنسان ومع تزايد المشاكل الناجمة عن حق اللجوء، فأصبح للاجئ مركز قانوني خاص به على المستوى الدولي يجد مصدره في دساتير الدول والتي نصت معظمها على حق اللجوء ومسايرة ما استقر عليه العمل الدولي في قبول اللاجئين والاعتراف لهم بحق اللجوء ومنحهم الملجأ الآمن<sup>3</sup>، كما يجد مصدره في العديد من الاتفاقيات الدولية المعنية بمركز اللاجئ العامة منها<sup>4</sup>، أو الخاصة.<sup>5</sup>

وقد شكلت تلك النصوص ما يعرف بالقانون الدولي للاجئين كفرع من فروع القانون الدولي العام والذي يرتب التزام على عائق الدول بضرورة مراعاته، وإلا كانت عرضة للمسؤولية الدولية على أساس خرق التزام دولي<sup>6</sup>، مصدره النصوص التي تعنى بحقوق الإنسان بوصفه كائن

<sup>1</sup> عمر سعد الله، معجم القانون الدولي المعاصر، د م ج، الجزائر، 2005، ص 349. وأنظر: محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2009 ص ص 322-323.

<sup>2</sup> [www.refugee.wordpress.com](http://www.refugee.wordpress.com)

<sup>3</sup> مثال نص المادتين 81 و83 من الدستور الجزائري (قانون 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016)، كما أصدرت الجزائر المرسوم التنفيذي رقم 274/63 المؤرخ في 25/7/1963 الخاص باللاجئين.

<sup>4</sup> من تلك النصوص العامة نذكر: الاعلان العالمي لحقوق الانسان 1948، العهدان الدوليان 1966، الميثاق العربي لحقوق الانسان لعام 2004.

<sup>5</sup> من النصوص الخاصة نجد: اتفاقية الأمم المتحدة لعام 1951، بروتوكول 1967، النظام الأساسي لمفوضية الأمم المتحدة، اتفاقية هافانا بشأن اللجوء، اتفاقية اللجوء السياسي 1933، اتفاقية كراكاس بشأن اللجوء الاقليمي 1954. وتجدر الاشارة إلى عدم وجود اتفاقية عربية جماعية خاصة بحماية اللاجئين في العالم العربي.

<sup>6</sup> أنظر مشروع لجنة القانون الدولي حول مسؤولية الدول عن عملها غير المشروع دوليا لعام 2001.

بشري والتي هي في ذات الوقت التزامات ملقاة على عاتق الدول ينبغي التقيد والوفاء بها اتجاه اللاجئين.<sup>1</sup>

إذ يقع على عاتق الدول الالتزام بحماية اللاجئين بتقديم كل المساعدات لهم من مأكل وملبس ومسكن، وتيسير عودتهم لأوطانهم أو دمجهم في مجتمعاتها، وتسهيل مهمة مفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين<sup>2</sup>، وكذلك الالتزام بالمعايير الدولية للمعاملة الإنسانية كمرعاة وضع اللاجئين<sup>3</sup>، كما يحظر عليها طرد اللاجئين أو إعادتهم قسراً إلى بلدانهم التي يمكن أن يواجهوا فيها الاضطهاد.<sup>4</sup>

كما تجسد الاهتمام الدولي بشؤون اللاجئين بإنشاء أجهزة هدفها ومهمتها الاعتناء بأوضاع اللاجئين وتوفير الحماية اللازمة لهم، منها مفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين واللجنة الدولية للصليب الأحمر في إطار اهتمام الأمم المتحدة منذ نشأتها بالموضوع.<sup>5</sup>

ويبقى من المسلم به فقها وقضاء وممارسة ضرورة التزام الدول بالحد الأدنى في معاملة الأجانب بصرف النظر من وراء وجودهم في اقليمها، وهو من المبادئ المهمة التي استقر عليها العمل الدولي منذ وقت طويل، حيث يتعين على الدولة تأمين الحد الأدنى من الحقوق للأجانب المتواجدين على اقليمها مع وجوب عدم النزول عنه، بما في ذلك فئة اللاجئين وحقهم في الحصول على الملجأ الآمن في دولة من الدول، بوصف اللاجئ كائن بشري متمتع بالصفة الإنسانية التي يتفرع عنها جملة من الحقوق منها حقه في طلب اللجوء، كما أكد على ذلك الإعلان

<sup>1</sup> أنظر: برهان أمر الله، حق اللجوء السياسي: دراسة في نظرية حق الملجأ في القانون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978، ص 55.

<sup>2</sup> لمزيد من التفاصيل أنظر: محمد يوسف علوان و محمد خليل الموسى، القانون الدولي لحقوق الانسان، دار الثقافة، الأردن، 2011، ص ص 146-147.

<sup>3</sup> عميمر نعيمة، الوافي في حقوق الانسان، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2010، ص 143. وأنظر: عمر الحفصي فرحاتي و آخرون، أليات الحماية الدولية لحقوق الانسان وحيثاته الأساسية، دار الثقافة، الأردن، 2012، ص 84.

<sup>4</sup> على سبيل المثال: ما نصت عليه المادة 42 من قانون 11/08 المؤرخ في 25 جوان 2008 والمتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر واقامتهم بها وتنقلهم فيها ، من استثناء اللاجئين من العقاب عن عدم تنفيذ قرار الإبعاد أو الطرد، وعدم اتخاذ قرار الابعاد تلقائياً وقسراً، وهذا الاستثناء سببه تنفيذ الجزائر لالتزاماتها الدولية بموجب اتفاقية 1951.

<sup>5</sup> réfugiés et droit d'asile dans le monde, www.Ladocumentation francaise.fr .

العالمي لحقوق الإنسان في مادته 14 التي نصت على حق كل فرد في التماس ملجأ في بلد آخر والتمتع به خوفاً من الاضطهاد.

و بالرجوع إلى اتفاقية جنيف المتعلقة باللاجئين المبرمة في 28 جويلية 1951،<sup>1</sup> نجدها قد أشارت لحق اللجوء ، من خلال تعريفها لصاحب هذا الحق وهو اللاجئ بنصها في المادة 2/1: " اللاجئ كل شخص غادر إقليم بلده بسبب خوف له ما يبرره من التعرض للاضطهاد بسبب عرقه أو دينه أو جنسيته أو انتمائه إلى فئة اجتماعية معينة أو لأرائه السياسية.

وفي البروتوكول المكمل لاتفاقية جنيف لعام 1967، فاللاجئ هو كل شخص موجود خارج دولته ولا يرغب بسبب خوفه في العودة إليها.<sup>2</sup> وهو نفس التعريف الذي تبنته المادة 6 من النظام الأساسي لمفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين لعام 1950.<sup>3</sup>

كما يعرف بأنه ذلك الشخص الذي يتعرض للاضطهاد، وحقه في ملجأ آمن.<sup>4</sup> وعليه اللاجئ هو المنتهي لطائفة من الأشخاص الذين هم ضحايا القهر والاضطهاد لأسباب دينية أو عنصرية لدرجة تهديد حياتهم بالخطر، ولهم حق إنساني مضمون ومكفول لكل الأفراد دون تمييز بشرط أن يعترف لهم بوصف اللاجئ طبقاً لقوانين اللجوء.<sup>5</sup>

ومن يتمتع بوصف اللاجئ، يعترف له بحق اللجوء وهو شكل من أشكال الحماية القانونية التي تسمح للأفراد بالبقاء في مواطن غير موطنهم الأصلي ليصبحوا في مركز المقيمين. أو هو تواجد الشخص خارج بلده الأم وعدم القدرة على العودة إليه بسبب الاضطهاد، كما يعد اللجوء أحد أشكال الحماية و الحصانة من الترحيل إلى دولة ما، فيكون للشخص بموجبه حق البقاء والإقامة بصفة قانونية.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> طبقاً للمادة 1 من بروتوكول نيويورك المؤرخ في 31 جانفي 1967 الخاص بوضع اللاجئين المكمل لاتفاقية 1951.

<sup>2</sup> نشأت مفوضية الأمم المتحدة لشؤون اللاجئين سنة 1949 بموجب قرار الجمعية العامة رقم 319 (د-4) بتاريخ 3 ديسمبر 1949، واعتمد نظامها الأساسي في 14 ديسمبر 1950. ولمزيد من التفاصيل حولها أنظر: منشورات الأمم المتحدة، مساعدة اللاجئين تعريف بالمفوضية السامية للأمم المتحدة لشؤون اللاجئين، قسم شؤون الاعلام، سويسرا، 2004.

<sup>3</sup> حق اللجوء، www. Mohager.com

<sup>4</sup> أنظر: مرزوقي وسيلة، محاضرات في مركز الأجانب، أقيمت على طلبه الماجستير تخصص قانون دولي خاص، جامعة أم البواقي، 2016.

<sup>5</sup> عمر الحفصي فرحاتي وآخرون، مرجع سابق، ص 82. وأنظر: عمر سعادي، مرجع سابق، ص 289.

<sup>6</sup> حق اللجوء، www.ar.wikipedia.org

وهو حق دستوري معترف به للشخص المهدد في حياته ووجوده أو في حقوقه وحياته، ويكون له بموجبه ملجأ آمن في دولة من الدول. كما يقصد به لجوء شخص لدولة أجنبية للاستفادة من حمايتها هرباً من ظروف أو ملاحقة تعرض حياته وسلامته وحرية للخطر<sup>1</sup>، بسبب الاضطهاد أو الخوف من التعرض للاضطهاد.<sup>2</sup>

ويشترط للاستفادة من حق اللجوء جملة من الشروط أولها تواجد اللاجئ خارج بلده، وأن يكون لديه خوف له ما يبرره من التعرض للاضطهاد بسبب العرق أو الدين أو الجنسية أو الانتماء إلى جماعة معينة أو الرأي السياسي ويسمح له بالتواجد خارج بلده الأصلي الذي نشأ فيه، وألا توفر له دولته الحماية ويسمى عندئذ باللاجئ وهو الشخص المهدد في بلاده بصورة غير شرعية.<sup>3</sup>

وفيما يتعلق بإجراءات ممارسة الحق، فتتلخص في قيام الشخص بتقديم طلب اللجوء في الدولة التي وصل إليها، عند المراكز الحدودية أو في المطارات أو لدى مصالح الهجرة والأجانب، ويعالج طلب اللجوء من طرف تلك الدولة، وفي حالة قبول النظر في الطلب، يستدعى المعني من طرف موظف اللجوء لسماع الأسباب المقنعة التي دفعته لتترك بلده، بعدها يتم اتخاذ القرار بقبول الطلب أو رفضه، وفي الحالة الأخيرة يتلقى الشخص اخطار برفض الطلب مع توضيح الأسباب، وله حق الطعن وتقديم أدلة جديدة لدعم الطلب، ومتى كان غير مؤهل للبقاء يتم تطبيق اجراءات الترحيل في مواجهته.<sup>4</sup>

### ثانياً: سلطة دول الملجأ في تعاملها مع الأجانب اللاجئين الوافدين إليها

لقد استقر العمل الدولي فقها وقضاء وممارسة، على ضرورة التزام الدول بالحد الأدنى في معاملة الأجانب الذين بررت وجودهم في اقليمها متطلبات الحياة الإنسانية، خاصة بالنسبة

<sup>1</sup> أحمد الرشيد، حقوق الانسان دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، 2003، ص 361. وأنظر:

[www.droit d'asile.jurifiable.com](http://www.droit d'asile.jurifiable.com)

<sup>2</sup> عميمر نعيمة، مرجع سابق، ص 142.

وأنظر: [droit d'asile.fr.wikipedia.org](http://droit d'asile.fr.wikipedia.org)

<sup>3</sup> أحمد الرشيد، مرجع سابق، ص 300.

<sup>4</sup> عمر الحفصي فرحاتي وآخرون، مرجع سابق، ص 83.



لبعض الحقوق التي لا تستقيم الحياة بدونها بغض النظر عن الهدف من وجودهم في اقليمها، فاقضى الأمر أن تسمح الدولة للأجانب بالقدوم إليها لأغراض عدة بما فيها اللجوء. و بالرغم من الاهتمام الذي يوليه المجتمع الدولي لفئة اللاجئين، من خلال الاضطلاع بمهمة رعايتهم وتوفير الحماية الدولية لهم والسعي لإيجاد حلول لمشكلاتهم<sup>1</sup>، خاصة مع الظروف الصعبة التي يعيشها اللاجئ في البلدان التي يتوافد عليها والمشاكل التي يعانيها<sup>2</sup>، يعترف القانون الدولي للدول بقدر من الحرية في تعاملها مع الوافدين إليها، حيث يخضع الأمر لسيادتها وحريتها وحسب ما تسمح به ظروفها وما يقتضيه أمنها ومصالحها وهو ما يعبر عنه قانونا بسلطة الدولة في تعاملها مع اللاجئين وتنظيم مركزهم القانوني.

حيث تملك الدولة التي يتواجد الأجنبي فيها سلطة تنظيم مركزه إذ يرجع إليها وحدها أمر تنظيم وضع الأجانب، فتضع قوانين خاصة بذلك وتمنحهم حقوق بالقدر الذي تراه مناسبا وتفرض عليهم التزامات بما يحقق مصالحها ويحافظ على سيادتها ويعد هذا مظهر من مظاهر سيادتها واستقلالها، ولكن تلك السلطة ليست مطلقة بل مقيدة بعدة اعتبارات تتحكم فيها كاختلاف تشريعات الدول ومصالحها، ومراعاة الاتفاقيات والعرف والمجاملة الدوليين ومبدأ المعاملة بالمثل، والنزعات الدينية والقومية المهيمنة على سياسة الدولة، ومقتضيات الأمن والاقتصاد ولكن دون إلزام الدول بمساواة الأجانب بالوطنيين. ولما كان من المسلم به أن لكل دولة الحرية في السماح للأجانب بالدخول إلى اقليمها والإقامة فيه، فمن حقها تقديم اعتذار عن عدم قبولها استقبال اللاجئين متى بررت ذلك بأسباب أمنية كأن يشكل تواجدهم على اقليمها خطرا على أمنها واستقرارها.<sup>3</sup>

وعليه تبعا لمبدأ حرية الدولة في قبول الأجانب بما فهم اللاجئين، يختلف موقف الدول في تعاملها مع الأجانب حسب ظروفها السياسية والاقتصادية والاجتماعية والأمنية، والملاحظ أن غالبية الدول تتشدد في هذه المسألة خاصة إذا كانت تعاني من مشاكل النمو الديمغرافي أو تفشي البطالة أو النزاعات الداخلية.

<sup>1</sup> راجع اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بوضع اللاجئين المعتمدة في 28 جويلية 1951 ودخلت حيز النفاذ عام 1954 على الموقع الرسمي للأمم المتحدة: [www.un.org](http://www.un.org)، وقد صادقت عليها 131 دولة بما فيها الجزائر التي انضمت إليها في 1963/7/25.

<sup>2</sup> أنظر: صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 483.

<sup>3</sup> أنظر في هذا الصدد: محمد سعادي، مرجع سابق، ص 185.

وأساس مبدأ حرية الدولة في قبول الأجانب هو حق سيادتها الذي يخولها سلطة على اقليمها<sup>1</sup>، ليرجع إليها وحدها أمر اقرار ذلك حسب ما تسمح به ظروفها<sup>2</sup>، ذلك أنه عادة ما يطرح اللجوء مشاكل جمة ومعقدة، قد تشكل خطر على أمن الدولة فيكون من الواجب ابعاد اللاجئين أو عدم السماح لهم بالدخول إلى اقليم الدولة، وهو ما يجعل من منح اللجوء أمر اختياري وليس إجباري على الدولة<sup>3</sup>. وفي هذا الصدد نشير إلى مواقف بعض الدول الأوروبية في تعاملها مع البعض من طالبي اللجوء، كحالة ألمانيا التي اتخذت مؤخرًا قرارًا بمنع دخول اللاجئين السوريين إلى اقليمها وابقائهم على الحدود حتى يتم النظر في أمرهم.

وحول مدى سلطة الدولة في قبول اللاجئين وقياسا على قبول الأجانب بصفة عامة، والذي انقسم الفقه الدولي بشأنه إلى اتجاهين وذلك حسب نوع الأجنبي وهدفة من اللجوء إلى الدولة<sup>4</sup>.

فمتى كان الأجنبي من أصحاب الإقامة الدائمة فمن الأهمية الاعتراف بحرية الدولة في قبول أو عدم قبوله على اقليمها، وإن كان من ذوي الإقامة المؤقتة فلا مانع من السماح له بالدخول ولكن وفق إجراءات وقواعد منظمة لدخول الأجانب تضعها الدولة صاحبة الإقليم كاشتراط التأشيرة مثلا، ويبقى الأمر في الأول والآخر متروك لسلطة الدولة وتقديرها<sup>5</sup>.

و عليه فإن الدولة تراعي في استقبال الأجانب عدم تهديد أمنها واستقرارها وعدم المساس بمصالحها أو معارضة نظامها السياسي والاقتصادي، لذلك فإن سياستها تجاه معاملة الأجانب تتوقف على عدة عوامل ديموغرافية وأمنية... الخ، كما يعترف القانون الدولي للدولة بحقوقها المانع في رفض دخول بعض الأجانب إلى اقليمها واقامتهم فيه، إذا كان من شأن ذلك المساس بأمنها ومصالحها وهذا نتيجة مترتبة عن الاعتراف للدولة بمطلق سيادتها على اقليمها<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> محمد يوسف علوان و محمد خليل موسى، مرجع سابق، ص 220.

<sup>2</sup> أنظر: علي صادق الباروني، أشخاص القانون الدولي، دار المعارف، الاسكندرية، 2000، ص 78.

<sup>3</sup> نصت المادة 2 ف1 من الاتفاقية المتعلقة بمشاكل اللاجئين في افريقيا لعام 1969 على أن منح اللجوء أمر اختياري وليس اجباري يلزم الدول.

<sup>4</sup> أحمد الرشيد، مرجع سابق، ص ص 301-300.

<sup>5</sup> نفس المرجع، ص 302.

<sup>6</sup> زروتي الطيب، دراسات في القانون الدولي الخاص الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2011، ص ص 363-368.

وبناء على ما تقدم في شأن الأجانب، يمكن القول أن مدى التزام الدولة بقبول اللاجئين في إقليمها كانت محل جدل فقهي واسع بين فقهاء القانون الدولي التقليدي والحديث، حيث يرى جانب من الفقه التقليدي على رأسهم "فاتيل" أن الاستجابة لطلب اللجوء يعد من المسائل التي تدخل في الاختصاص الداخلي للدولة، وبموجب حق السيادة يرجع إليها وحدها أمر منح الملجأ لمن يطلبه بإرادتها المنفردة وإعمالاً لسلطاتها التقديرية، حتى وإن توفرت كل الأسباب التي تبرر طلب اللجوء، ومنه لا يمكن للاجئ التمسك بحق اللجوء في مواجهة تلك الدولة، ويبني هذا الاتجاه موقفه على عدة حجج أهمها مبدأ سيادة الدولة،<sup>1</sup>

واتجاه آخر بزعمه "فيتوريا"، فيرى ليس من حق الدولة منع اللاجئ من الدخول لإقليمها، بل من حقه دخول إقليم دولة غير دولته طلباً أو بحثاً عن ملجأ آمن يقيه من المخاطر التي تهدد أو توشك أن تهدد حياته ووجوده، ومبرر ذلك حق الشعوب في الاتصال ببعضها البعض، وأن النظام الدولي قد طرأت عليه عدة مستجدات وتطورات خاصة في مجال الحماية الدولية لحقوق الإنسان وهو ما يستلزم ضرورة الاعتراف بحق اللجوء كمطلب أساسي ملازم للحق في الحياة، خاصة إذا كان لهذا الحق ما يبرره ليصبح حق في مواجهة المجتمع الدولي ككل، وليس في مواجهة دولة الملجأ وحدها. وردا على حجة السيادة، يذهب الاتجاه إلى القول أن مبدأ السيادة لم يعد مطلقاً، بل أصبح مقيد بعدة اعتبارات قيدت إطلاقه، كما أن منح دولة اللجوء للفرد الملجأ الآمن وجب ألا يفسر بأنه عمل عدائي في مواجهة دولة الجنسية أو دولة الإقامة<sup>2</sup>، بل هو من قبيل الأعمال الإنسانية الهادفة إلى حماية حق الإنسان في الحياة.<sup>3</sup>

أما الفقه الحديث فيقرر بحق الدولة في ممارسة المنع متى وجدت أسباب جوهرية ومشروعة. وفي اعتقادنا يبدو أن المشرع الجزائري قد تأثر بهذا الرأي ودليل ذلك ما جاء في المادة 5 من القانون رقم 11/08 المؤرخ في 25 يونيو 2008 والمتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر واقامتهم بها وتنقلهم فيها، حيث نصت: "يمكن وزير الداخلية منع أي أجنبي من الدخول إلى الإقليم الجزائري لأسباب تتعلق بالنظام العام و/أو بأمن الدولة، أو تمس بالمصالح الأساسية والدبلوماسية للدولة الجزائرية."

<sup>1</sup> أحمد الرشيد، مرجع سابق، ص 371.

<sup>2</sup> أنظر نص المادة 2 من الاتفاقية المتعلقة بمشاكل اللاجئين في إفريقيا لعام 1969.

<sup>3</sup> أحمد الرشيد، مرجع سابق، ص 372.

وفيما يتعلق بسياسة الدول اتجاه اللاجئين، يمكن أن نميز بين موقفين، فمن الدول من تعتمد سياسة الانفتاح بمعنى قبول اللاجئين حتى دون قيود كألمانيا والنمسا، ودول أخرى انتهجت سياسة الأبواب المغلقة مبررة ذلك بأسباب أمنية وحتى دينية كحالة المجر التي تحججت بتهددهم للثقافة المسيحية في أوروبا، وكندا التي قصرت الحق على النساء والأطفال فقط دون الذكور بمفردهم خوفا من تسلل عناصر ارهابية بينهم.

وكمثال واقعي على اثر الهجمات التي تعرضت لها باريس مؤخرا، والتي كان لها تأثير بالغ على اللاجئين، حيث وضعت حق اللجوء في مفترق حاسم وأسفرت على خطاب سياسي حاد اتجاههم. كما تغيرت سياسة بعض الدول كفنلندا التي رفضت حوالي 65 بالمئة من طلبات اللجوء، والنرويج التي قررت اعادتهم، أما النمسا غيرت من موقفها وبنّت سياجا على حدودها مع سلوفينيا وكذا ألمانيا التي فعلت اتفاقية دبلن.<sup>1</sup>

وخلاصة القول أن حق دخول اللاجئين إلى إقليم دولة معينة متوقف على إرادة تلك الدولة وسلطتها التقديرية وهو ما تؤكدته الممارسة الدولية، كما أن القانون الدولي قد أقر بإمكانية الدولة المضيفة طرد اللاجئين، حيث أجازت اتفاقية اللاجئين لعام 1951 في المادة 32 منها لدولة اللجوء طرد اللاجئين لأسباب تتعلق بالنظام العام والأمن الوطني، وابعادهم إلى أماكن لا تتعرض فيها حياتهم أو حريتهم للخطر<sup>2</sup>، مع مراعاة الضمانات الاجرائية المعترف بها دوليا.<sup>3</sup>

### خاتمة

ختاما، يتضح لنا مما سبق عرضه من أفكار أن التعامل الدولي فرض على الدول الاعتراف بحق اللجوء كحق من حقوق الانسان الأساسية وكالتزام دولي، غير أنه لكل دولة الحرية في قبول الأجانب في إقليمها أو رفض قبولهم، خاصة وأن مبدأ قبول الأجانب في إقليم الدولة يثير عدة

<sup>1</sup> اتفاقية دبلن للاجئين أقرت في 25 يونيو 1990 ووقعت عليها 12 دولة عضوا في الاتحاد الأوروبي، ودخلت حيز التنفيذ في 1997 وطرأت عليها عدة تعديلات لاحقة، وقد أسفرت عن نظام قانوني لتنسيق التعامل الموحد في قضايا اللجوء بين بلدانه لتحديد الدولة المسؤولة عن دراسة طلبات اللجوء.

<sup>2</sup> طبقا لنص المادة 33 من اتفاقية 1951، والتي نصت على عدم جواز طرد لاجئ أو رده إلى حدود الأقاليم التي تكون حياته وحرية مهددتين بسبب عرقه أو دينه أو جنسيته أو انتمائه أو آرائه السياسية.

<sup>3</sup> أنظر: عمر سعد الله، مرجع سابق، ص 18.

مشاكل أبرزها وضعية اللاجئين الذين يجتازون حدود الدولة كسبيل وحيد لنجاتهم من المخاطر التي قد تهدد حياتهم دون استئذان، وازدياد وتفاقم الظاهرة، ومع ما ينجم عنها من معاناة وأوضاع غير إنسانية يتعرض لها اللاجئ في الدولة المقصودة والتي قد تكون مجبرة في الكثير من الأحيان على استقبالهم، إلا في حالة وجود أسباب قاهرة تبرر عدم استجابتها لطالب اللجوء وهو ما أكدته بعض الوثائق الدولية كإعلان الجمعية العامة للأمم المتحدة لعام 1967 حول اللجوء الإقليمي.

ليبقى البعد الأمني والمصلي يرجح على البعد الانساني فيما يتعلق باللجوء ، ويبقى هذا الحق يتنازعه عاملان هما حق الدولة في صيانة أمنها من خلال منع غير المرغوب فيهم من دخول اقليمها، وضرورة مراعاة حقوق الإنسان وتقديم المساعدة لبعض الفئات، ويبقى قبول اللاجئين ومنحهم الملجأ أمر يتوقف على ارادة الدولة المستقبلية وخاضع لسلطتها التقديرية وهو ما أيبنته الممارسة الدولية.

وحتى وإن لم تصل تلك النصوص إلى حد الزام الدول بقبول اللاجئين، لأن الأمر يتوقف على مشيئتها، ينبغي الوفاء بالحق كواجب إنساني أو التزام أدبي أو احتراماً للمعايير الدولية للمعاملة الإنسانية.

## المنازعات ذات الطابع النقابي أمام المجلس الأوروبي\*

غازي فاروق<sup>(1)</sup>

<sup>(1)</sup> أستاذ محاضر "ب" ، كلية الحقوق ، جامعة باجي مختار،  
عنابة، الجزائر.

### الملخص:

تحمي الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان حرية التنظيم النقابي من خلال المادة 11، و تعتبر المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان من بين الآليات القضائية القليلة التي أتاحت للأفراد مقاضاة الدول الأعضاء في تلك الاتفاقية، ولقد عالجت المحكمة عدة قضايا تتعلق بالحرية النقابية، كانت المحكمة قد قررت ان حكومات الدول التي رفعت ضدها الشكاوى قد خرقت أحكام الاتفاقية، يناقش هذا المقال كيف تطور مفهوم الحرية النقابية في الممارسة أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.

### الكلمات المفتاحية:

الحرية النقابية، المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، تأسيس تنظيمات نقابية.

\* تاريخ إرسال المقال 2018/03/25، تاريخ مراجعة المقال 2018/05/10، تاريخ نشر المقال 2018/07/31

### **Labor unions litigation before the European Council**

#### **Summary:**

The European Convention on Human Rights protects freedom of labor union through Article 11; the European Court is considered one of the few judicial mechanisms that allowed individuals to institute legal proceedings against the members of the Convention. The Court has dealt with a number of cases relating to freedom of labor union. The Court ruled that the governments of the States against which the complaints had been filed had violated the provisions of the Convention.

This article explains how the concept of freedom of labor union has evolved in practice before the European Court of Human Rights.

#### **Keywords:**

Freedom of labor union - European Court of Human Rights - Creation of labor union.

### **Litiges de nature syndicale devant le Conseil européen**

#### **Résumé:**

La convention européenne des droits de l'homme protège la liberté syndicale à travers l'article 11, la Cour Européenne est considérée comme l'un des rares mécanismes judiciaires qui ont permis aux individus de poursuivre en justice les membres de la Convention. La Cour a traité plusieurs questions relatives à la liberté syndicale. La Cour a décidé que les gouvernements des États contre lesquels les plaintes avaient été déposées avaient violé les dispositions de la convention.

Cet article explique comment le concept de liberté syndicale a évolué dans la pratique devant la Cour européenne des droits de l'homme.

#### **Mots clés :**

Liberté syndicale, Cour Européenne des Droits de l'Homme, Création d'organisations syndicales

## مقدمة

لقد تأسس المجلس الاوروبي من أجل إعلاء دولة القانون في أوروبا و حماية حقوق الإنسان بما فيها الحقوق الاقتصادية و الاجتماعية، و يتكون المجلس من 44 دولة، واعتمد لغرض تحقيق أهدافه كل من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لعام 1950 و الميثاق الاجتماعي الأوروبي عام 1961.

لقد ضمنت الاتفاقية الاوروبية لحقوق الإنسان أغلب الحقوق من حقوق مدنية وسياسية وميثاق الاجتماعي الأوروبي ضمن الحقوق الاجتماعية ، لكن لماذا لجأ المجلس الأوروبي إلى اتفاقيتين، ولم يتكثف باتفاقية واحدة تضم جميع الحقوق ، يبدو أن الجدل الذي عرفته الأمم المتحدة حول العهدين وليس عهد واحد قد شهدته أوروبا من خلال اللجوء إلى اتفاقيتين.

وتولي الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان أهمية بالغة للحق النقابي، حيث ضمنته بموجب الاتفاقية نظراً لأهميته في ضمان دولة القانون و دور هذا الحق في ترقية حقوق ووضعية العمال. لقد أرست الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان آلية قضائية لحماية الحقوق التي وردت في الاتفاقية. ان هذا الحق يتداخل مع حق انشاء الجمعيات. ترمي هذه الدراسة إلى الاطلاع على الحالات القضائية التي عرضت على المحكمة وكيف اثر ذلك في تطوير مفهوم حديث للحرية النقابية مما يخدم دولة القانون. حيث أكدت المحكمة في قضية *توم خابار صن و جينار ضد جمهورية تركيا* بتاريخ 21 فيفري 2006 أن منع موظفي القطاع العام من تشكيل نقابة يشكل خرقاً للمادة 11 من الاتفاقية.

كما تركز هذه الدراسة على أن الحق في التنظيم النقابي يحمل حقين في نفس الوقت، الاول هو الحق النقابي الإيجابي و معناه الحق في تكوين النقابات و الحق الثاني هو الحق النقابي السلبي و مفاده الحق في عدم الانتماء لأية نقابة، ولقد تأسس الحق النقابي السلبي في الممارسة القضائية أمام المحكمة الاوروبية لحقوق الإنسان، حيث قررت المحكمة في قضية *سورسان و راسموسين ضد الدانيمارك* بتاريخ 11 جانفي 2006 أن حكومة الدانيمارك لم تحمي الحق النقابي السلبي عندما سمحت بوجود اتفاقيات الهيمنة النقابية قبل التشغيل مما شكل خرقاً لأحكام المادة 11 من الاتفاقية.

فإلى أي مدى نجح المجلس الأوروبي في ضمان طريق قضائي لتسوية المنازعات النقابية؟



## أولاً : الإطار القانوني للحرية النقابية أمام المجلس الأوروبي

تنص المادة 11 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان<sup>1</sup> على أنه لكل إنسان الحق في حرية الاجتماعات السلمية، وحرية تكوين الجمعيات، بما في ذلك حق الاشتراك في الاتحادات التجارية لحماية مصالحه. ولا تخضع ممارسة هذه الحقوق لقيود أخرى غير تلك المحددة في القانون حسبما تقتضيه الضرورة في مجتمع ديمقراطي لصالح الأمن القومي، وسلامة الجماهير، وحفظ النظام ومنع الجريمة وحماية الصحة والآداب، أو حماية حقوق الآخرين وحياتهم. ولا تمنع هذه المادة من فرض قيود قانونية على ممارسة رجال القوات المسلحة أو الشرطة أو الإدارة في الدولة لهذه الحقوق وتنص المادة 5 من الميثاق الاجتماعي الأوروبي<sup>2</sup> على ما يلي :

” يهدف ضمان أو تشجيع حرية العمال وأصحاب العمل في تكوين منظمات محلية أو قومية أو دولية لحماية مصالحهم الاقتصادية والاجتماعية والانضمام إلى تلك المنظمات – يتعهد الأطراف ألا يفسد القانون المحلي أو يطبق لكل يفسد هذه الحرية.

تحدد القوانين أو اللوائح المحلية المدى الذي تطبق به الضمانات الواردة في هذه المادة على أفراد الشرطة، وتحدد القوانين أو اللوائح المحلية المبدأ الذي يحكم تطبيق هذه الضمانات على أفراد القوات المسلحة، ومدى تطبيقها على حد سواء على الأشخاص من هذه الفئة.”

وتضيف المادة 6 من نفس الميثاق :” يهدف ضمان الممارسة الفعالة للحق في التفاوض بشكل جماعي – يتعهد الأطراف، بتشجيع التشاور المشترك بين العمال وأصحاب العمل، بتشجيع – متى كان ذلك ضرورياً ومناسباً – آليات المفاوضات الاختيارية بين أصحاب العمل أو منظمات أصحاب العمل ومنظمات العمال بقصد الوصول إلى لوائح بنود وشروط التوظيف عن طريق الاتفاقيات الجماعية، بتشجيع إنشاء واستخدام الآليات المناسبة للمصالحة والتحكيم الاختياري من أجل تسوية نزاعات العمالة، وأن تعترف: بحق العمال وأصحاب العمل في العمل الجماعي في حالات تضارب المصالح – بما في ذلك حق الإضراب – بموجب الالتزامات التي قد تنشأ عن الاتفاقيات الجماعية المبرمة مسبقاً.”

<sup>1</sup> La Convention de sauvegarde des droits de l’homme et libertés fondamentales, Rome le 4 novembre 1950, publié sur :

[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_FRA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf)

<sup>2</sup> Charte sociale européenne, Turin, 18/10/1961 - Traité ouvert à la signature des Etats membres du Conseil de l'Europe, publié sur :

<https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/035>

تتميز الرقابة الأوروبية في مجال الحق النقابي بالتنوع حيث يوجد على مستوى مجلس أوروبا طريقتان لحماية هذا الحق، الأول من خلال المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان و الثاني من خلال اللجنة الأوروبية لحقوق الاجتماعيات التي أنيط لها صلاحية النظر في الشكاوى الجماعية للمنظمات و النقابات الناشطة في الدول الأوروبية.<sup>1</sup>

إن حماية الحرية النقابية في ظل الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان ليست كاملة بالمقارنة مع الحماية المقررة في الاتحاد الأوروبي من خلال ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي حيث ينص من خلال المادة 28 صراحة على الحق في عقد الصفقات والعمل الجماعي حيث قرر بأن يكون للعمال وأصحاب العمل - أو منظماتهم الخاصة بهم - طبقاً لقانون المجتمع والقوانين والممارسات المحلية - حق التفاوض وإبرام الاتفاقيات الجماعية على المستويات الملائمة، وفي حالة تعارض المصالح يكون لهم الحق في اتخاذ إجراء جماعي للدفاع عن مصالحهم بما في ذلك الإضراب.<sup>2</sup> ويعتبر المجلس الأوروبي أكثر تطوراً في مجال حماية الحرية النقابية مقارنة بالنظام الأمريكي لحقوق الإنسان الذي ادرج هذه الحرية من خلال بروتوكول 1988 حول الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية<sup>3</sup> والنظام الإفريقي لحقوق الإنسان الذي لا ينص على هذه الحرية في ميثاق حقوق الإنسان والشعوب.<sup>4</sup>

ثانياً قراءة في الاحصائيات حول القضايا التي تتعلق بالحرية النقابية أمام المحكمة من الصعوبة بمكان الحصول على احصائيات القضايا المتعلقة بالحرية النقابية أمام المحكمة وذلك لأن المحكمة تفصل في المسائل النقابية من باب حرية تكوين الجمعيات بصفة عامة، وهو توجه المادة 11 من الاتفاقية.

<sup>1</sup> Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives, Strasbourg, 9.XI.1995, publié : <https://www.coe.int/fr>

<sup>2</sup> Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne adoptée le 7 décembre 2000, publié sur : [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_fr.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_fr.pdf)

<sup>3</sup> Le Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant des droits économiques, sociaux et culturels (Protocole de San José, 1988)

<sup>4</sup> Lee SWEPSTON, Droits de l'homme et liberté syndicale: évolution sous le contrôle de l'OIT, Revue internationale du Travail, vol 137 , 1998, n 02, p 192.

و تشير إحدى احصائيات المحكمة الأوروبية لغاية ماي 2016 إلى انها عالجت 27 قضية تتعلق بالحقوق النقابية، كانت الحصة الأكبر لتركيا كدولة محل شكوى من قبل الأفراد و النقابات بـ 7 قضايا،<sup>1</sup> وتشير الاحصائيات الرسمية للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان انه تم التوصل إلى إصدار 2899 قرار توصلت فيه المحكمة إلى خرق الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان بصفة عامة في الفترة من 1959 إلى غاية 2017 من قبل تركيا.<sup>2</sup>

حسب الاحصائيات في الفترة الممتدة بين 1959 و 2017 فإن المحكمة توصلت إلى أن الدول الاعضاء خرقت المادة 11 في 232 قضية. وهو رقم ضئيل مقارنة بالانتهاكات المسجلة تجاه الحقوق الأخرى حيث أن هذا الرقم يصل إلى 4712 انتهاك يتعلق بانتهاك الحق في محاكمة عادلة.<sup>3</sup> تعكس هذه الأرقام فعالية القضاء الوطني للدول الأعضاء في كفالة هذا الحق من جهة و وجود أليات أخرى غير قضائية تتكفل بحماية الحرية النقابية على المستوى الأوروبي مثل اللجنة الأوروبية للحقوق الاجتماعية.

وعلاوة على ذلك فإن نظرة سريعة على مجموع اجتهادات المحكمة في مجال الحرية النقابية تجد أن الانتهاكات لا تستثني أية دولة، بمعنى أن انتهاك الحرية النقابية لا يقتصر فقط على الدول الغير متطورة في مجال دولة القانون و الديمقراطية بل سبق للمحكمة و أن توصلت إلى انتهاك الحرية النقابية من قبل دول عريقة في مجال الديمقراطية مثل المملكة المتحدة و دول تعرف حماية متطورة تشريعية للحرية النقابية مثل فرنسا.

ثالثا الجانب الإيجابي للحرية النقابية أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان :

يتعلق الجانب الإيجابي للحرية النقابية في حق الافراد في تكوين و الانتماء للتنظيمات النقابية وممارسة ما يتصل بالنشاط الطبيعي النقابي من اضراب و عقد اتفاقيات جماعية بالرغم من قصور المادة 11 عن النص صراحة عن علاقة الحرية النقابية بالإضراب و عقد الاتفاقيات الجماعية، ولقد أكدت المحكمة هذا الجانب في عدة قضايا.

<sup>1</sup> Unité de presse, Fiche thématique – Droits en matière syndicale, Cour Européenne des Droits de l'Homme, pp 1- 8.

<sup>2</sup> Statistiques 1959-2017, Cour Européenne Droits de l'Homme, publié:

[http://www.echr.coe.int/Documents/Stats\\_violation\\_1959\\_2017\\_FRA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2017_FRA.pdf)

<sup>3</sup> Ibid.

## 1. انتهاك الحق في تكوين نقابات يرتب تعويضا عن الأضرار المعنوية

تأكد في قضية موظفي البلديات في تركيا أن انتهاك الحق في تكوين نقابات يرتب تعويضا عن الأضرار المعنوية، ويتعلق الأمر بقضية *Demir et Baykara c. Turquie*، التي تتلخص وقائعها في شكوى رفعها للمحكمة رئيس نقابة *Tüm Bel Sen* وأحد أعضائها، حيث تأسست هذه النقابة عام 1990 من أجل الدفاع عن مصالح موظفي بعض البلديات المنتسبين لها.<sup>1</sup>

و في عام 1993 أبرمت هذه النقابة اتفاقية جماعية مع بلدية غازي عنتاب تضمنت عدة جوانب تهم العمال مثل الاجور و المنح و العلاوات و الشؤون الاجتماعية، لكن البلدية المتعاقدة لم تف بالتزاماتها المالية مع النقابة، مما دفع بالتنظيم النقابي *Tüm Bel Sen* إلى رفع دعوى امام الجهات القضائية المختصة، ورأت المحكمة أول درجة أنه بالرغم من غياب نص قانوني يبيح حق موظفي البلديات في تأسيس تنظيمات نقابية إلا أن هذا الفراغ القانوني يسمح بإجازة هذا الحق على أساس الاتفاقيات الدولية خصوصا اتفاقيات منظمة العمل الدولية التي صادقت عليها تركيا، حيث أعطى الدستور التركي لها قيمة القانون على المستوى الوطني.<sup>2</sup>

لكن محكمة النقض التركية قررت عام 1994 أنه في ظل القانون وقت تأسيس التنظيم لم يكن للموظفين حق تكوين التنظيمات النقابية ولا إبرام الاتفاقيات الجماعية، وأن نقابة *Tüm Bel Sen* لم يكن لها وجود قانوني وبالتالي لم تملك الأهلية القانونية للتقاضي أصلا.<sup>3</sup>

أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان دفعت تركيا بعدم مصادقتها على المادة 5 و 6 من الميثاق الاجتماعي الأوروبي، و تمسكت بالفقرة الاخيرة من المادة 11 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان التي تقيد هذا الحق بالنسبة لموظفي الإدارة العامة.<sup>4</sup>

لكن المحكمة قررت أن تركيا انتهكت المادة 11 من الاتفاقية و قررت تعويض 20000 أورو للمنظمة النقابية و 500 أورو للسيد كمال ديمير *Kemal Demir*.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> *Demir et Baykara c. Turquie* [GC] - 34503/97 Arrêt 12.11.2008 [GC], note d'information sur la jurisprudence de la Cour No113, p 1, disponible sur : <https://hudoc.echr.coe.int>

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> *Demir et Baykara c. Turquie* [GC] - 34503/97 Arrêt 12.11.2008 [GC], Cour Européenne des Droits de l'Homme, para 21.

<sup>4</sup> Ibid, para 55.

<sup>5</sup> Ibid, para 184-186.

## 2. ممارسة الحق النقابي تشمل حق الاضراب و ابرام الاتفاقيات الجماعية

حيث يظهر جليا توجه المحكمة في قضية موظفي قطاع الاتصالات في تركيا، وهي قضية *TÜM HABER SEN ET ÇINAR c. TURQUIE*، حيث تأسست TÜM HABER SEN بتاريخ 16 جانفي 1996 كنقابة لمتعاقدى قطاع الاتصالات البريدية والهاتفية Türk Telecom، قامت المحكمة بحل هذه النقابة بناء على طلب سلطات محافظة استنبول بتاريخ 15 ديسمبر 1992، بتاريخ 14 فيفري 1994 نقضت محكمة النقض الحكم بسبب ان تسمية التنظيم بمصطلح نقابة لا يعني تمتعها بحق الاضراب و قيادة الاتفاقيات الجماعية، لكن تمسك التنظيم بحق الاضراب و خوض الاتفاقيات الجماعية، جعل المحكمة تؤيد حكمها الأول، طعن اعضاء النقابة في الحكم من جديد، أيدت محكمة النقض حكم الحل الصادر من المحكمة بحجة غياب قانون خاص لتطبيق النص الدستوري.<sup>1</sup>

دفعت الحكومة التركية بأن القانون التركي يضمن لموظفي القطاع العام الحق في تأسيس جمعيات من أجل الدفاع عن مصالحهم لكنه لا يضمن لها حق الاضراب و الاتفاقيات الجماعية. لكن المحكمة خلصت إلى وقوع انتهاك للمادة 11 من الاتفاقية الاوروبية لحقوق الإنسان من قبل تركيا.<sup>2</sup>

## رابعا الجانب السلبي للحرية النقابية أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان :

يتعلق الجانب السلبي للحرية النقابية في حق الأفراد في عدم الانتماء لأية تنظيم نقابي و عدم جواز إجبار الأفراد على الانتماء لأية منظمة نقابية. لكن ممارسات الدول في أوروبا تتنوع في الخروج عن هذا الحق خصوصا في الدانيمارك و المملكة المتحدة و أيسلندا، و سبق للمحكمة أن وقفت على انتهاك للحرية النقابية من هذا الجانب.

<sup>1</sup> AFFAIRE TÜM HABER SEN ET ÇINAR c. TURQUIE (*Requête no 28602/95*), Cour Européenne des Droits de l'Homme, Arrêt, Strasbourg 21 février 2006, para 9 -15.

<sup>2</sup> Ibid, para 46.

## 1. اتفاقيات الهيمنة النقابية تتعارض مع المادة 11 من الاتفاقية

و يتعلق الأمر بحظر الهيمنة النقابية أو إجبارية الانتماء النقابي لمنظمة محددة، و يتجلى ذلك في قضية سورسان و راسموسين ضد الدانيمارك بتاريخ 11 جانفي 2006، حيث تتمثل القضية في قضيتين جمعت في قضية واحدة تخص مواطنين من الدانيمارك، حيث فرض على السيد سورسان اجبارية الانتماء إلى منظمة SID والمنضوية تحت لواء Landsorganisationen ، و عند توقيع عقد العمل قيل له أن تنفيذ عقد العمل يخضع للاتفاق المبرم بين الهيئة المستخدمة FDB و منظمة SID، لكن السيد سورسان رفض دفع اشتراكاته لأنه انضم للنقابة الحرة للدانيمارك مما أدى إلى فصله من عمله لهذا السبب، رفع السيد سورسان دعوى ضد المؤسسة المستخدمة، و بنى دعواه على أساس أن القانون الوطني الدانيماركي الذي يبيح للهيئة المستخدمة عند توظيف موظف ان تجبره على الانتماء إلى منظمة محددة يتعارض مع المادة 11 من الاتفاقية الأوروبية، لكن المحكمة رأت خلاف دعواه و اكدت المحكمة العليا بتاريخ 8 جوان 1999 حكم محكمة الدرجة الأولى.<sup>1</sup>

أما السيد راسموسين فقد عمل في مجال العناية بالحدائق و كان منضم لنقابة SID لكنه انضم بعد ذلك للنقابة المسيحية، و لكن بعد فترة بطالة وجد فرصة عمل في مؤسسة صغيرة لكنها اشترطت عليه الانضمام لنقابة SID بالرغم من اعتراضه على مواقفها السياسية.<sup>2</sup> قررت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بتاريخ 11 جانفي 2006 أن دولة الدانيمارك خرقت المادة 11 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان بالنسبة لكلا الشاكين، و حكمت بالتعويض للسيد سورسان قدره 2000 أورو بالنسبة للأضرار المادية و 33698 أورو تعويضا للمصاريف الإجراءات أمام المحكمة. و حكمت بتعويض قدره 33698 أورو للسيد راسموسين مصاريف الإجراءات أمام المحكمة.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Communiqué du Greffier, COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, ARRÊT DE GRANDE CHAMBRE SØRENSEN et RASMUSSEN c. DANEMARK, 11.1.2006, pp 1-2.

<sup>2</sup> Ibid, p 2.

<sup>3</sup> AFFAIRE SØRENSEN et RASMUSSEN c. DANEMARK (Requêtes nos 52562/99 et 52620/99), ARRÊT, Grande Chambre, COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, p 37.

## 2. ممارسة *closed shop* تشكل انتهاك للحرية النقابية

سبق للمحكمة أن حظرت ممارسة *closed shop*<sup>1</sup>، وهي عبارة عن نظام للهيمنة النقابية ظهر في بريطانيا، حيث ان المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أكدت ذلك في قضية YOUNG, JAMES ET WEBSTER c. ROYAUME-UNI، وتتعلق القضية بمواطنين بريطانيين كانوا يعملون في شركة النقل بالسكك الحديدية "British Rail"، لكن بناء على اتفاق أبرمته الشركة مع ثلاث نقابات من نوع *closed shop*، مما تسبب في تسريح المواطنين المذكورين أعلاه، حيث تم فرض عليهم ضرورة الانتماء إلى نقابات محددة، أقرت المحكمة أن القانون البريطاني الذي يبيح هذه الممارسة يشكل انتهاكا للمادة 11 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.<sup>2</sup>

## 3. الانتماء الاجباري لبعض المنظمات النقابية يعتبر انتهاك للحرية النقابية

سبق للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان وان اعتبرت الانتماء الاجباري لمنظمة سائقي سيارات الأجرة مثلا يتعارض مع المادة 11 من الاتفاقية، حيث كان ذلك في قضية AFFAIRE SIGURDUR A. SIGURJÓNSSON c. ISLANDE، حيث فرض على مواطن ضرورة الانضمام إلى منظمة مقابل حصوله على رخصة استغلال سيارة اجرة، بالرغم من ان القانون الايسلندي يبيح هذا إلا أن المحكمة قررت انه يخالف المادة 11 من الاتفاقية. بل وأمرت للشاكي بتعويض قدره 2 134 401 كورونا ايسلندية.<sup>3</sup>

## خامسا: توسع المحكمة الأوروبية في مفهوم الحرية النقابية خارج المادة 11 من الاتفاقية

تشير الممارسة القضائية امام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في مجال الحرية النقابية إلى توسع في مفهومها ليشمل نظرة القانون الأوروبي لها، ويظهر ذلك في قضية Matelly c.

<sup>1</sup> Un *closed shop* est une entreprise ou un atelier dans lesquels, à la suite d'un accord ou arrangement entre un ou des syndicats et un ou des employeurs ou associations d'employeurs, les salariés d'une catégorie déterminée sont, en pratique, obligés d'appartenir ou adhérer à un syndicat désigné.

<sup>2</sup> Young, James et Webster C. Royaume-Uni, cour européenne des droits de l'homme, (*requête no 7601/76; 7806/77*), arrêt, 13 août 1981.

<sup>3</sup> AFFAIRE SIGURDUR A. SIGURJÓNSSON c. ISLANDE, (*Requête no16130/90*); cour européenne des droits de l'homme, ARRÊT, 30 juin 1993.

France، حيث أشارت المحكمة في قرارها المؤرخ في 2 أكتوبر 2014 إلى القانون الأوروبي الذي يظهر من خلال المادة 5 من الميثاق الاجتماعي الأوروبي و توصيات الجمعية البرلمانية للمجلس الأوروبي وتوصيات مجلس الوزراء بالمجلس الأوروبي، بل ويشمل هذا التوسع ليشمل وثائق الاتحاد الأوروبي مثل المادة 12 من ميثاق الحقوق الأساسية.<sup>1</sup>

### خاتمة

خلص البحث إلى أن نص المادة 11 من الاتفاقية الأوروبية لم يشمل كل الجوانب المتعلقة بالحرية النقابية، مما أدى إلى تطوير مفهوم الحرية النقابية من قبل المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ليشمل الجانب الإيجابي والسلبي معا.

ولقد ساهمت اجتهادات المحكمة في تطوير وحماية هذه الحرية على مستوى دول المجلس الأوروبي لأن قرارات المحكمة لها الصفة الالزامية ويتم متابعة تنفيذها من قبل هيكل المجلس الأوروبي.

شهدت قرارات المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان تفتحا واضحا على النصوص الأوروبية في مجال الحرية النقابية. حيث شمل هذا الانفتاح النصوص المعتمد في اطار المجلس الأوروبي مثل ميثاق الاجتماعي الأوروبي والنصوص المعتمد في اطار الاتحاد الأوروبي.

وهذا الانفتاح ما هو إلا ردة فعل على قصور نص المادة 11 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، التي لا تمثل التطورات الاجتماعية الحاصلة في مجال الحرية النقابية.

يوصي البحث بضرورة الاهتمام بمعايير الحرية النقابية المطورة على مستوى المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.

<sup>1</sup> AFFAIRE MATELLY c. FRANCE , (Requête no 10609/10) , arrêt, cour européenne des droits de l'homme, 2 octobre 2014, p 6 et 7.



## أحكام اليتيم في الشريعة الإسلامية وكفالاته وفقا للقانون الجزائري\*

كرمي ريمة<sup>(1)</sup>

<sup>(1)</sup> أستاذة مساعدة "أ"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة  
جيجل، جيجل، الجزائر.

### الملخص:

تصدت أحكام الشريعة الإسلامية لتحديد مفهوم اليتيم، فكان تحديدها له بدقة لم يصل إليها أعلى المفكرين والباحثين، وانعكست تلك الدقة الموضوعية على القوانين المستمدة منها، والقانون الجزائري كان تناوله لليتيم ضمن مفهوم القاصر أو الحدث، ولم يفرد له أحكاما خاصة به إلا فيما يخص الكفالة المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري.

### الكلمات المفتاحية:

الكفالة، اليتيم، تقنين الأسرة الجزائري، أحكام الشريعة الإسلامية.

\* تاريخ إرسال المقال 2018/05/15، تاريخ مراجعة المقال 2018/07/01، تاريخ نشر المقال 2018/07/31

## **The provisions of Islamic law relating to the orphan and its legal collection (Kafala) according to Algerian law**

### **Summary:**

Islamic law (sharia) has defined "the orphan" in a very objective and precise way. On the other hand, the Algerian law treated the latter through the concept of minor and did not have specific provisions except in the family code by approaching the legal collection (kafala).

### **Keywords:**

Legal collection, the orphan, code of the Algerian family, Islamic law (sharia).

## **Les dispositions de la loi islamique relatives à l'orphelin et de son recueil légal (Kafala) conformément à la loi algérienne**

### **Résumé :**

La loi islamique (charia) a défini « l'orphelin » d'une manière très objective et précise. Par contre, la loi algérienne a traité cette dernière à travers la notion de mineur et ne l'a pas muni de dispositions spécifiques sauf dans le code de la famille en abordant le recueil légal (la kafala).

### **Mots clés :**

recueil légal, l'orphelin , code de la famille algérien, loi islamique (charia).

## مقدمة

من ضمن السبل التي وضعه الله عز وجل للدخول إلى جناته سبيل كفالة اليتيم وجعل من وجود اليتيم رحمة للناس، وهذا يوجي بمدى اهتمام الشريعة الإسلامية باليتيم، سواء كان ذلك من خلال نصوص القرآن الكريم، أو من أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم عن مكانة اليتيم ورعايته، ولعل أشهرها قولها صلى الله عليه وسلم: "أنا وكافل اليتيم في الجنة كهاتين" وأشار بأصبعيه السبابة والوسطى.

باعتبار أن الشريعة الإسلامية دوما هي السبابة في طرح قيم اجتماعية وأخلاقية عالية التنظيم والدقة والاحترام، فلقد تصدت في هذا السبيل إلى تحديد مفهوم اليتيم، فكان تحديدها له بدقة لم يصل إليها أعلى المفكرين والباحثين، وانعكست تلك الدقة الموضوعية على القوانين المستمدة منها، أما إذا عدنا إلى التشريعات الوضعية وبالأخص القانون الجزائري لا نجد ما يشير إلى اهتمامه البالغ باليتيم مثل اهتمام المشرع الإسلامي، وكان تناوله لليتيم ضمن مفهوم القاصر أو الحدث، ولم يفرد له أحكام خاصة به إلا فيما يخص الكفالة المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري وهو ما سوف يتم التركيز عليه من خلال هذه المداخلة، لأننا لم نجد ما يقابل هذه الحقوق المنصوص عليها في الشريعة الإسلامية لليتيم في القانون الجزائري، فارتأينا التطرق إلى موضوع الكفالة.

من خلال ما تقدم نصل إلى طرح التساؤلات التالية: ما هي حقوق اليتيم في الشريعة الإسلامية؟ وكيف عالج القانون الجزائري موضوع اليتيم؟ للإجابة عن هذه الإشكالية وجب التطرق إلى: أحكام اليتيم في الشريعة الإسلامية (المبحث الأول)، وكفالة اليتيم في القانون الجزائري (المبحث الثاني).

## المبحث الأول: أحكام اليتيم في الشريعة الإسلامية

اليتيم فرد عزز القرآن الكريم جانبه بأحكام غاية في الدقة والأهمية، وزجر كل من يظن أنه مكرم بماله وعزه، فيجعله وهمه في حل من الالتزام بأداء حقوق اليتيم فيمينه ويذله، ولذلك يجب أن تدور العلاقة بين الأولياء واليتامى في دائرة الإكرام في القول والسلوك وفي رعاية حقوقهم بما يرضي الله. وأدائها إليهم بإحسان عندما يبلغون أشدهم، وأن من يخرج في سلوكياته مع اليتامى عن دائرة الإكرام والإحسان فهو من العصاة، قال تعالى: **وَأَعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ**

شَيْئًا ۖ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَالْجَارِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَالْجَارِ الْجُنُبِ  
وَالصَّاحِبِ بِالْجَنبِ وَابْنِ السَّبِيلِ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ۗ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ مَن كَانَ مُخْتَالًا فَخُورًا" <sup>1</sup>  
وقال أيضا " وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ ۗ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ ۗ إِنَّ الْعَهْدَ  
كَانَ مَسْئُولًا " <sup>2</sup>.

وقبل التطرق إلى حقوق اليتيم في الشريعة الإسلامية لابد من التعرض أولا وقبل كل شيء إلى تعريف اليتيم في الشريعة الإسلامية.

### المطلب الأول: تعريف اليتيم في الشريعة الإسلامية

كلمة اليتيم لها عدة معاني تختلف تبعا لمحل استعمالها، لذا سنتناول التعريف اللغوي ثم الاصطلاحي في الشريعة الإسلامية.

#### الفرع الأول: التعريف اللغوي

اليتيم كلمة مشتقة من الفعل يَتِمُّ واليتيم جمعه أيتام ويتامى، ونقول يتم الصبي بالكسر يتم يتما واليتيم في الناس من قبل الأب، وفي الحيوانات من قبل الأم. كما أن اليتيم من الجواهر الذي لا أخ له ومنه " درة يتيمة" أي لا أخت لها، وعند أهل اللغة اليتيم يأتي بمعنى الحقر والدفع، فإذا مات أبو الصبي فهو يتيم، وهو مدفع، أي يدفع ويحقر والدفع هو صرفه أو أنه يصبح مهمل. ولكلمة اليتيم في اللغة معنى الانفراد لا أحد له أو معه، واليتيم سمي يتيما لانفراده، وكل شيء انفرد فقد تيتم <sup>3</sup>.

#### الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي

يقوم ابن العربي في أحكام القرآن الجزء الأول في اليتامى "هو عند العرب اسم لكل من لا أب له من آدميين حتى يبلغ الحلم، فإذا بلغه خرج عن هذا الاسم وصار في جملة الرجال" <sup>4</sup>.

<sup>1</sup>-سورة النساء، الآية 36.

<sup>2</sup>-سورة الإسراء، الآية 34.

<sup>3</sup>-سالم رضوان الموسوي: "أحكام اليتيم في القانون العراقي والشريعة الإسلامية"، مقال منشور على الموقع التالي:

[www.iraqja.org/researches.htm](http://www.iraqja.org/researches.htm)

<sup>4</sup>-مولاي ملياني: "حقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية"، قصر الكتاب، البلدة، 1994، ص 329.

لقد اتفق الفقهاء المسلمون مع علماء اللغة العربية، على أن اليتيم هو من فقد أباه ولم يبلغ مبلغ الرجال، فمن مات أبوه قبل بلوغه يسمى يتيما، ولو مات الأب بعد بلوغ الصبي لم يكن يتيما، وكذا لو ماتت الأم قبل بلوغه لم يكن يتيما، وقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم: " لا يتم بعد الحلم" وقال تعالى: "..... وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ..."<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: حقوق اليتيم في الشريعة الإسلامية

اليتامى صغار ضعاف فقدوا المعين، فاستحقوا عناية الإسلام، وأحاطهم الله بنصوص قرآنية وأحاديث نبوية تعطيهم حقوقهم وتحفظ أموالهم، وتحض على تربيتهم والاهتمام بهم، ففي القرآن الكريم ذكر اليتيم في ثلاثة وعشرين آية كريمة منها ثمانية آيات مكية وخمسة عشرة آية مدنية. وبعض الكتاب المسلمين قسم الآيات إلى ثلاثة أقسام<sup>2</sup> كما يلي:

القسم الأول: بيان شمول اللطف الإلهي لليتيم.

القسم الثاني: بيان الحقوق الاجتماعية لليتيم.

القسم الثالث: بيان الحقوق المالية لليتيم.

### الفرع الأول: الحقوق الاجتماعية لليتيم

يمكن إجمال الحقوق الاجتماعية لليتيم فيما يأتي:

أ. العطف عليهم والشفقة بهم: ألزم الإسلام كل مسلم بالعطف والحنان والشفقة على اليتيم، وبتعويضه عن حنان الأبوة، وذلك بالمسح على رأسه حيث قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " من مسح برأس يتييم كان له بكل شعرة حسنة". كما أوصى بالتحدث مع اليتيم بكلام طيب والسؤال عن أحواله. وعدم التسبب في جرح مشاعره أو احتقاره مصداقا لقوله تعالى: " فأما اليتيم فلا تقهر"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>-سورة النساء، الآية 6.

<sup>2</sup>-سالم رضوان الموسوي، مقال سابق، منشور على نفس الموقع.

<sup>3</sup>-سورة الضحى، الآية 9.

ب. حق اليتيم في التربية والتعليم: يحض الإسلام على كل متكفل برعاية يتيم على تربيته تربية حسنة وتعليمه تعليما دينيا وعلميا، وأن يفعل معه ما يفعل مع ولده من صلبه. قال سبحانه وتعالى: "وَلْيَخْشَ الَّذِينَ لَوْ تَرَكَوْا مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ ضِعَافًا خَافُوا عَلَيْهِمْ فَلْيَتَّقُوا اللَّهَ وَلْيَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا"<sup>1</sup>. ومعنى هذه الآية الكريمة هو أن يخشى الأولياء والأوصياء الذين يشرفون على اليتامى، كخشيتهم على ذريتهم الضعاف من بعد موتهم، فلا يأكلون أموالهم، ويحسنون معاملتهم وتربيتهم وثقاتهم.<sup>2</sup>

ج. النفقة والإطعام: من حق اليتيم الذي ليس له مال، في الإنفاق عليه من طرف ذوي القربى الميسرين، ثم على الأغنياء من المسلمين، قال تعالى: "يَسْأَلُونَكَ مَاذَا يُنْفِقُونَ ۗ قُلْ مَا أَنْفَقْتُمْ مِنْ خَيْرٍ فَلِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ ۗ وَمَا تَفْعَلُوا مِنْ خَيْرٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ"<sup>3</sup>.

فالإنفاق على اليتيم من إطعام وحاجات أخرى ضرورية واجبة على ذوي القربى فإن لم يوجدوا أو كانوا غير قادرين على الإنفاق عليهم، فعلى جميع المسلمين. إذن فلقد أمر القرآن الكريم بإطعام اليتامى وحض على ذلك في كثير من الآيات ولفت أنظار الأغنياء إليهم، وحبب إليهم الجنة عن طريق الإطعام والإنفاق على اليتامى وهو ما أمر به الرسول كذلك حيث قال: "خير بيت في المسلمين بيت فيه يتيم يحسن إليه، وشربين في المسلمين بين فيه يتيم يساء إليه".

### الفرع الثاني: الحقوق المالية لليتيم

من حق اليتيم أن يحفظ ماله، وعدم العبث به إلى غاية بلوغه سن الرشد، قال تعالى: "وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ"<sup>4</sup>. إن اليتامى صغار ضعاف فقدوا المعين، فاستحقوا من الله مزيد من العناية، ورحمة وكرامة، فمن عنايته بهم التحذير من أكل أموالهم وجعل ذلك من كبائر الإثم حيث قال النبي الكريم في التحذير من أكل مال اليتيم: "اجتنبوا السبع الموبقات" وذكر منها أكل مال اليتيم.

<sup>1</sup> -سورة النساء، الآية 9.

<sup>2</sup> -مولاي ملياني، مرجع سابق، ص 333.

<sup>3</sup> -سورة البقرة، الآية 215.

<sup>4</sup> -سورة الأنعام، الآية 152.

يلزم الإسلام أولياء اليتيم وأوصيائه. رعاية ماله رعاية تامة حيث قال تعالى " وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا \* وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ وَكَفَى بِاللَّهِ حَسِيبًا"<sup>1</sup>.

وقال أيضا : " وَآتُوا الْيَتَامَى أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَتَبَدَّلُوا الْخَبِيثَ بِالطَّيِّبِ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَى أَمْوَالِكُمْ إِنَّهُ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا"<sup>2</sup>. أي إثما عظيما.

فمن يتدبر آيات القرآن الكريم الواردة في حقوق اليتامى يجد أنها قد أولت اهتماما بالغا وكبيرا بالحقوق المالية لليتامى، وحدد الإسلام قواعد حماية هذه الحقوق، وشدد بكل قوة على احترام هذه الأحكام تحت طائلة عقوبة الدارين لمن تجاوزها. حيث حرم الإسلام كل فعل يؤدي إلى تبديل مال اليتيم بمال أقل قيمة، أو خلطة بمال اليتيم سواء كان وصيا أو وليا، وذلك بنية أكله في النهاية<sup>3</sup>. كما حرم الإسلام، أيضا تبذير مال اليتيم حتى ينفذ قبل أن يصل اليتيم إلى رشده.

ما أسى هذه المفاهيم الإسلامية التي يدعوا إليها الإسلام في خصوص حقوق اليتامى، وذلك من تجنب أكل أموالهم والحض على كفالتهم إذا كانوا فقراء والاعتناء بهم وتربيتهم تربية دينية وأخلاقية وعلمية رفيعة المستوى ومعاملتهم معاملة الابن الحقيقي.

### المبحث الثاني: كفالة اليتيم في القانون الجزائري:

لم يعرف المشرع الجزائري اليتيم ولم يتطرق إلى حقوقه على نحو مفصل على غرار ما فعلت الشريعة الإسلامية. ففي المعاملات المدنية والمالية يعامل اليتيم في القانون الجزائري على أساس قاصر، وليس له أي خصوصية في هذا المجال. أما الأمر الذي يستدعي الوقوف عليه من الجانب القانوني في هذا المقام هو مسألة الكفالة المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري،

<sup>1</sup> -سورة النساء، الآيتان 5 و6.

<sup>2</sup> -سورة النساء، الآية 2.

<sup>3</sup> -مولاي ملياني، مرجع سابق، ص 332.

وسوف نتناول هذه النقطة من نواحي ثلاث وهي: شروط الكفالة، إجراءات الكفالة وأخيرا آثار الكفالة.

### المطلب الأول: شروط الكفالة

تماشيا مع أحكام الشريعة الإسلامية منع التبني قانونا، لكن لا الشريعة ولا القانون منعا الكفالة كحل بديل لمن لم يسعفهم الحظ في إنجاب الأطفال. وكحل أيضا بالنسبة لوضعية الأطفال الأيتام الذين لم يجدوا أحد يرضى شؤونهم.

ولقد ورد تعريف الكفالة في المادة 116 كالتالي: "الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابه وتتم بعقد شرعي". نلاحظ من خلال هذا النص أن مصطلح الكفالة ورد مقترنا بكفالة ولد قاصر، وهذا بصفة عامة مما يعني أن الولد القاصر يندرج تحته كذلك اليتيم، ومن ثم يمكن كفالة اليتيم بنفس الشروط والإجراءات التي نص عليها قانون الأسرة.

### الفرع الأول: الشروط الخاصة بالكافل

نصت المادة 118 من قانون الأسرة على أنه يجب أن يكون الكافل مسلما وعاقلا وأهلا للقيام بشؤون المكفول، وقادرا على رعايته. ولا بد أن يتجاوز سن الكافل سن المكفول، وأن يكون ذا مال حتى يقوم بالإنفاق على المكفول ولا فرق أن يكون الكافل رجلا أو امرأة، وإذا أقبل أحد الزوجين على الكفالة، يتعين موافقة الزوج الآخر.

### الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالمكفول (اليتيم)

لم يرد في قانون الأسرة أي شرط بالنسبة للمكفول، ولكن لا بأس من تحديد بعض الشروط الواجب توافرها في أية مكفول وهي:

- بالنسبة للسن فلم تحدد لنا المادة 116 الحد الأدنى أو الأقصى لسن المكفول فقد تكلمت عن الولد القاصر وبالرجوع إلى المادة 40 فقرة 2 من القانون المدني فالولد القاصر هو الذي لم يبلغ سن الرشد وهي تسعة عشرة سنة كاملة.



- أما عن أصل المكفول فحسب ما تم التطرق إليه سابقا فيمكن كفالة اليتيم بالإضافة إلى حالات أخرى للكفالة ككفالة اللقيط (مجهول النسب) أو كفالة ولد لديه أبويه ولكنهما عاجزين عن تدبير شؤونهم.

### المطلب الثاني: إجراءات الكفالة

إن الطلب بممارسة الكفالة يمر على مرحلتين أمام القضاء.

#### الفرع الأول: الإجراءات الأولية

هذه المرحلة توضح لنا التعبير عن إرادة والدة اليتيم أو المؤسسة الموجودة بها اليتيم على موافقتها للكافل في التكفل باليتيم موضوع الكفالة وذلك بتقديم الكافل طلب أمام القاضي الموجود بدائرته موطن أو إقامة اليتيم<sup>1</sup>.

#### الفرع الثاني: تثبيت الكفالة من القضاء

يقدم الكافل عريضة افتتاح دعوى مرفقة بنسخة من التصريح بالموافقة من والدة اليتيم أو المؤسسة التي كانت تشرف عليه أمام القاضي المختص إقليميا وهو الذي يوجد بموطن صاحب الطلب، وإن كان موطن الذي يطلب الكفالة خارج الجزائر، يرفع الطلب إلى القاضي الذي هو بموطن المكفول. ومهمة القاضي هنا تنصب أساسا على التحقق من توافر الشروط المطلوبة قانونا في قيام الكفالة، ثم يصدر أمرا بإسناد الكفالة لطالها والأمر الذي يصدره القاضي هو غير قابل للطعن فيه ويسلم نسخة منه إلى ضابط الحالة المدنية ليتم تسجيله على هامش شهادة ميلاد الولد المكفول<sup>2</sup>.

1-أنظر المادة 117 من قانون الأسرة.

2-الغوثي بن ملح: "قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء"، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، الجزائر، 2008،

### المطلب الثالث: آثار الكفالة

كما ورد في المادة 116 من قانون الأسرة فالكفالة تتمثل في القيام بولد قاصر (يتيم) من نفقة وتربية ورعاية، قيام الأب بابنه، وهذا يعني أن المكفول يعامل كابن للكافل، مما يرتب آثارا بالنسبة للمكفول وبالنسبة للكافل وهو ما سوف نتناوله في الفرعين الآتين:

#### الفرع الأول: الوضعية القانونية للمكفول.

- يعامل المكفول كالابن من طرف الكافل والذي يلتزم بالإنفاق عليه، وتربيته ورعايته مثل ما هو معتاد في معاملة الأب لابنه.
- ينفق الكافل على المكفول إلى حين بلوغه سن الرشد إن كان ذكرا، أو إلى حين زواج البنت المكفولة، كما على الكافل أن ينفق على المكفول، إن كان عاجزا حتى بعد بلوغ سن الرشد.
- الكفالة تخول للكافل الحق في تقاضي المنح العائلية والدراسية التي تصرف عادة للولد الأصلي<sup>1</sup>.

#### الفرع الثاني: الوضعية القانونية للكافل.

- بمقتضى الكفالة تنتقل الولاية الشرعية للكافل، على نفس المكفول وعلى ماله<sup>2</sup>.
- يتمتع الكافل بكل الصلاحيات التي تتصل بالولاية على النفس، من تربية المكفول ورعايته، كما له أن يدير أموال المكفول المكتسبة من الإرث أو الوصية أو الهبة.
- يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله في حدوث الثلث، وما زاد عن ذلك فهو باطل وهو ما نصت عليه المادة 123 من قانون الأسرة.
- لقد نصت المادة 120 من قانون الأسرة على أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب. وإذا كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية.
- أخيرا يمكن أن ننوه عن نقطة مهمة فيما يخص عوارض الكفالة، بمعنى الأمور التي تستجد فتنتهي الكفالة وهي في حالة طلب الأبوان أو أحدهما، رجوع الولد المكفول إلى

1- أنظر المادة 121 من قانون الأسرة.

2- أنظر المادتين 121 و122 من قانون الأسرة.

ولايتهما، يخير الولد في انضمامه إليهما إذا بلغ سن التمييز-13 سنة حسب المادة 40 ق م- وإن لم يكن مميزا، لا يسلم إلا بإذن القاضي، مع مراعاة مصلحة المكفول -المادة 124 قانون الأسرة-.

- في التخلي عن الكفالة، يجب أن يتم هذا أمام الجهة القضائية التي أقرت الكفالة، ويكون هذا بعلم النيابة العامة.

- في حالة وفاة الكافل، تنتقل الكفالة إلى ورثته، إذا التزموا بذلك، وإلا فعلى القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة القضائية المختصة بالرعاية-المادة 125 قانون أسرة-.

### خاتمة

بعد هذا العرض المبسط لأحكام اليتيم في الشريعة الإسلامية والتطرق لموضوع الكفالة في القانون الجزائري، نستنتج أن المشرع الجزائري لم يميز اليتيم عن غيره من الصغار القاصرين، بل أجمل أحكامه مع أحكام هؤلاء، كما لم نجد تعريفا قانونيا لليتيم يكون مرجع يتم الركون إليه عند التعامل مع اليتيم. وهذا الأمر قد يؤدي إلى الاعتداء على حق اليتيم لانعدام الضابط القانوني في تعريف اليتيم تعريفا واضحا وصريحا، بخلاف الشريعة الإسلامية التي وضعت نظاما دقيقا لاحترام حقوق اليتيم وتوعدت بالعقاب في حال مخالفة هذه الأحكام.

وعلى ضوء هذه الدراسة ارتأينا وضع التوصيات الآتية لعلها تساهم قليلا في اكتساب

اليتيم بعض الحقوق في التشريعات الوضعية التي غاب عنها حتى مصطلح اليتيم.

- منح اليتيم مع أولاد كافله مجانية التعليم والتأمين الصحي وكذلك تعهد الدولة بدفع نفقات الدراسة في المدارس الخاصة ذات القدرة والإمكانات العالية في التعليم.
- منح كافل اليتيم وأسرته راتب يقابل رعايته للطفل اليتيم، بناء على طلب الكفيل.
- تخصيص أرضية مجانية لمن يرغب في بناء مقيم مع منحه امتياز الإعفاء الضريبي وإعفائه من كل قيود الاستيراد المتعلقة باستيراد المواد اللازمة لبناء مقيم.
- تخصيص راتب شهري للطفل اليتيم حتى وإن كان في كنف أسرة تكفله وترعاه، من أجل تشجيع العمل على تقديم رعاية أفضل.

## الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات: أي فعالية في تحقيق النزاهة في العملية الانتخابية؟\*

عراش نورالدين<sup>(1)</sup>

<sup>(1)</sup> باحث دكتوراه، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة1، باتنة، الجزائر.

### الملخص:

الهيئة العليا لمراقبة الانتخابات (HIISE) هي المسؤولة عن رقابة الانتخابات في الجزائر، تم تأسيسها في 06 مارس 2016 م في إطار الإصلاح الانتخابي، ومقرها مدينة الجزائر تشكل من 410 عضو نصفهم من كبار القضاة والنصف الآخر من المجتمع المدني واختيارهم من بين الشخصيات الأكثر تأثيرا في الحياة الاجتماعية العامة، وتتعامل التشكيلة مع الإدارة والإعلام والقوى السياسية. تم استحداث الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات في الجزائر من خلال المادة 194 في دستور 06 مارس 2016م ويتأسس هذه الهيئة شخصية وطنية يعينها رئيس الجمهورية، بعد استشارة الأحزاب السياسية. تسهر اللجنة العليا على شفافية الانتخابات الرئاسية والتشريعية والمحلية وكذا الاستفتاء ونزاهتها، منذ استدعاء الهيئة الناجبة حتى إعلان النتائج المؤقتة للاقتراع.

فالرقابة المستقلة على الانتخابات، خاصة في الديمقراطيات الناشئة، تلعب دورا أساسيا في تعزيز الثقة العامة في العملية الانتخابية ككل، استنادا إلى طبيعتها، يجب ألا تخضع الرقابة المستقلة على الانتخابات، سواء المحلية أو الرئاسية، لأية سيطرة أو تأثير من قبل الإدارة أو أية سلطة أخرى، فيما عدا الضوابط الضرورية للتحقق من أصالة المراقبين، وحيادهم وأمنهم، وللحلول دون قيامهم بتعطيل العملية الانتخابية.

### الكلمات المفتاحية:

الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، الحق في الانتخاب، الانتخابات الرئاسية، التشريعية .

\* تاريخ إرسال المقال 2018/06/03، تاريخ مراجعة المقال 2018/07/12، تاريخ نشر المقال 2018/07/31

## **Independent High Authority of Election Supervision in Algeria: its composition, its functions, and the future of the exercise of the right to vote by activated**

### **Summary:**

It was created in 2016 an Independent High Authority of Election Supervision in Algeria It is chaired by a national personality appointed by the President of the Republic, after consultation of political parties, The High Authority has a standing committee and deploys its members as soon as the electorate is summoned, the High Authority is composed on a parity of magistrates proposed by the Superior Council of the Judiciary, appointed by the Predecessor of the Republic; and independent skills selected from civil society, appointed by the Predictor of the Republic. The High Authority ensures the transparency and probity of the presidential, legislative and local elections and the referendum, from the convening of the electorate to the proclamation of the provisional results of the poll.

Independent monitoring of elections, especially in emerging democracies, plays a key role in promoting public confidence in the electoral process as a whole, depending on the nature, not subject to independent monitoring elections, whether local or presidential, control or effect by the administration or any other authority, with the exception of the necessary controls to verify the authenticity of the observers, their neutrality and security, and about without disrupt the electoral process.

### **Keywords:**

Independent High Authority of Election Supervision, right to vote, presidential, legislative elections.

## **Haute Instance Indépendante de Surveillance des Elections en Algérie : sa composition, ses fonctions, et l'avenir de l'exercice du droit de vote par activé.**

### **Résumé :**

Il a été créé en 2016 une Haute Instance Indépendante de Surveillance des Elections en Algérie Elle est présidée par une personnalité nationale nommée par le président de la République, après consultation des partis politique La Haute instance dispose d'un comité permanent et déploie ses membres dès la convocation du corps électoral, La Haute instance est composée à parité de magistrats proposés par le Conseil supérieur de la magistrature, nommés par le Prédident de la république ; et de compétences indépendantes choisis parmi la société civile, nommées par le Prédident de la république . La Haute instance veille à la transparence et à la probité des élections présidentielles, législatives et locales et du référendum, depuis la convocation du corps électoral jusqu'à la proclamation des résultats provisoires du scrutin.

La surveillance indépendante des élections, en particulier dans les démocraties émergentes, jouent un rôle clé dans la promotion de confiance du public dans le processus électoral dans son ensemble, en fonction de la nature, ne doit pas faire l'objet d'un suivi indépendant des élections, qu'elles soient locales ou présidentielles, un contrôle ou un effet par l'administration ou toute autre autorité, à l'exception des contrôles nécessaires pour vérifier l'authenticité des observateur, leur neutralité et la sécurité, et à propos sans faire de perturber le processus électoral.

### **Mots clés :**

Haute Instance Indépendante de Surveillance des Elections , droit de vote, les élections présidentiel, législative .

## مقدمة

تعتبر الانتخابات النزاهة مؤشرا هاما من مؤشرات التحول الديمقراطي، لذلك تحرص الدول الديمقراطية على نزاهة الانتخابات التي تفرز الممثلين الحقيقيين للأشخاص والبرامج التي وقع عليها اختيار الشعب، بيد أن نزاهة الانتخابات تتطلب توفر مجموعة من الشروط والميكانيزمات مثل وجود لجان مستقلة تشرف على الانتخابات<sup>1</sup>.

إن مراقبة العملية الانتخابية تعد أحد الشروط الضرورية لضمان انتخابات حرة ونزاهة، تتم وفقا لأحكام القانون والإجراءات المتبعة والمنظمة للعملية الانتخابية ، ولما كان الانتخاب وثيق الصلة بحقوق الإنسان وحرياته<sup>2</sup>، أكدت الدساتير والمواثيق الدولية على كفالة حق الانتخاب وحمايته، بذلك يقع على المشرع تنظيم العملية الانتخابية تنظيما دقيقا، وإحاطتها بالضمانات التي تكفل إجراء انتخابات حرة ونزاهة تركز الديمقراطية، وتمكن المواطنين من بسط إرادتهم واختياراتهم بكل حرية، عبر صياغة نظام انتخابي فعال وعادل<sup>3</sup>.

وقد عرف نظام الانتخابات في الجزائر مطلع سنة 2016 جملة من الإصلاحات تضمنت وضع آليات لضمان جدية ونزاهة العملية الانتخابية، من خلال العديد من الإجراءات أبرزها استحداث هيئة عليا مستقلة لمراقبة الانتخابات في ظل التعديل الدستوري الأخير لسنة 2016 بغرض تعميق المسار الديمقراطي<sup>4</sup>.

أنشأت الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات Haute Instance Indépendante de des Elections (Surveillance) أو اختصارا (HIISE) بموجب المادة 194 من الدستور الجزائري 2016. الذي اعتمد يوم 07 أفريل 2016، وتحل محل اللجنة الوطنية القضائية للإشراف على الانتخابات، واللجنة الوطنية السياسية لمراقبة الانتخابات وبدأت تمارس مهامها بدء بالانتخابات التشريعية والمحلية عام 2017.

<sup>1</sup> - مصطفى بلعور، (نحو نزاهة العملية الانتخابية من خلال ضمان قانون الانتخابات) رقم 12/01، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، العدد 23، جوان 2015، ص 56.

<sup>2</sup> - حسينة شرون، دور الإدارة المحلية في مراقبة العملية الانتخابية، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 6، بسكرة، ماي 2009، ص 122.

<sup>3</sup> أحمد محروق، الإشراف القضائي على الانتخابات النيابية في الجزائر، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص القانون الدستوري، السنة الجامعية 2014/2015، ص 01.

<sup>4</sup> - أنظر المادة 194 من القانون رقم 01-16 مؤرخ في 26 جمادى الأولى لعام 1437 الموافق 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري، ج ر ج عدد 14، الصادر في 27 جمادى الأولى 1437 الموافق 7 مارس 2016.

وصدر القانون العضوي رقم 16-11 المتعلق بهذه الهيئة في 25 أوت 2016، بعد أن تمت المصادقة عليه من قبل غرفتي البرلمان ( المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة الجزائري).<sup>1</sup> يهدف القانون العضوي المتعلق بالهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، إلى تجسيد مبادئ الدستور المتعلقة بالشفافية ومصداقية الانتخابات وتكريس دولة القانون وتعزيز التجربة الديمقراطية مع تدعيم الحقوق والحريات الفردية والجماعية.

كما يأتي استحداث هذه اللجنة لتويجا لتجربة طويلة للجزائر في مجال تنظيم الانتخابات ومراقبتها وكذا الاستجابة للمقترحات البناءة التي عبرت عنها العديد من فعاليات المجتمع بمناسبة جولات المشاورات المنظمة بمناسبة مسارات الإصلاحات السياسية.

ليس الهدف من الدراسة هو محاولة إبراز معالم تحولات المجتمع السياسي الجزائري عبر الحقل الانتخابي، بقدر ما تصبو لرسم مواطن القوة التي تستحق التدعيم ومواضع الهشاشة التي تتطلب العلاج في مجالي المشاركة والمنافسة السياسيتين اللتين يعتبر النظام الانتخابي إطارهما الأساسي ومن هنا تبرز الإشكالية التالية :

هل أن نظام مراقبة الانتخابات الذي عرفته المنظومة القانونية الجزائرية عبر التعديل الدستوري الأخير، قد خلق فعلا الإطار الملائم للمشاركة الانتخابية والمنافسة السياسية الذي سيسمح بالقول بوجود سياسة للفرد في تسيير شؤونه ومنافسة سياسية حرة ونزيهة ؟ لقد تم الاعتماد بشكل أساسي في إعداد البحث على المنهج الوصفي التحليلي، وذلك بغية إعطاء صورة واضحة عن نظام مراقبة الانتخابات الذي عرفته المنظومة القانونية الجزائرية عبر التعديل الدستوري الأخير من خلال جمع ما تعلق بها من معلومات وتحليلها و الوقوف على مختلف النصوص القانونية ذات العلاقة بالموضوع في محاولة الوصول إلى إجابة على ما تم طرحه من إشكالية.

### المبحث الأول : النظام القانوني للهيئة العليا لمراقبة الانتخابات

تم تحديد صلاحيات ومهام ومسؤوليات الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، وكذا تركيبتها، من خلال القوانين المتعلقة بالعمليات الانتخابية، ونجد في الديمقراطية الناشئة بشكل خاص اهتمام كبير بتطوير إطار قانوني متكامل يعمل على ضمان استقلالية ونزاهة العملية الانتخابية، وتعزيز مبادئ الاستقامة والمساواة في إدارتها، بالإضافة إلى دفعها بالأحزاب

<sup>1</sup>-أ.د. عمار عباس، الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، مدونة القانون الدستوري الجزائري، جامعة بسكرة، الجزائر

متوفر على:

السياسية والمجتمع المدني والناخبين بشكل عام للمشاركة الكاملة والواعية في العمليات الانتخابية.

تعزيزا لذلك صدر القانون العضوي المتعلق بالنظام الداخلي للهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات<sup>1</sup> والذي يهدف إلى تحديد كفاءات عملها ويتضمن التزامات وحقوق أعضائها وصلاحيات رئيسها وتنظيم وسير مجلسها بالإضافة إلى تسطير الأطر العامة ليسر العملية الانتخابية وضمان نزاهتها.

عرف النظام الجزائري لأول مرة اللجان السياسية لمراقبة العمليات الانتخابية سنة 1995، وهذا بمناسبة أول انتخابات رئاسية حرة تجري في ظل التعددية السياسية<sup>2</sup>، وتختلف هذه اللجان جوهريا عن الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، لأن هذه اللجان هي لجان خاصة (ah doc) تنتهي مهامها بمجرد انتهاء الموعد الانتخابي الذي أنشأت بمناسبة، وكذلك من خلال الصبغة السياسية التي أضفيت عليها من حيث المبدأ، والتي تلتبس في التسمية وفي التشكيلة التي قررها المشرع، هذه التشكيلة التي كان لها آثار واضحة على المهام التي أوكلت إليها<sup>3</sup>.

وعليه لا يمكن تقييم مدى فعالية دور هذه الهيئة العليا المستقلة إلا من خلال تشكيلتها (المطلب الأول)، ثم الصلاحيات المسندة إليها (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: تشكيلة الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات

الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات هي جهاز جديد في الجزائر، كرسها المؤسس الدستوري في المادة 194 من التعديل الدستوري 7 فبراير 2016 وتحل الهيئة محل اللجنة الوطنية القضائية للإشراف على الانتخابات، واللجنة الوطنية السياسية لمراقبة الانتخابات، تنص المادة 4 من القانون العضوي رقم 16-11 المتعلق بالنظام الداخلي للهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات على أن الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات تترأسها شخصية وطنية تعين من طرف رئيس الجمهورية بعد استشارة الأحزاب السياسية، وتتكون - علاوة عن الرئيس - من

<sup>1</sup> - القانون العضوي رقم 16-11 مؤرخ في 22 ذي القعدة 1437 الموافق 25 أوت 2016، المتضمن النظام الداخلي للهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، ج ر عدد 50، الصادرة بتاريخ 25 ذو القعدة 1437 هجري الموافق 28 أوت 2016.

<sup>2</sup> عبد المؤمن عبد الوهاب، النظام الانتخابي في التجربة الدستورية الجزائرية، مقارنة حول المشاركة والمنافسة السياسية في النظام السياسي الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، السنة الجامعية 2006/2007، ص 145.

<sup>3</sup> - نفس المرجع، ص 145.



410 أعضاء، نصفهم قضاة والنصف الآخر يكون اختيارهم من بين الكفاءات المستقلة من المجتمع المدني.

نشرت الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية المؤرخة في 5 ربيع الثاني 1438 الموافق 4 جانفي 2017 العدد 01، ثلاث مراسيم وقعها رئيس الجمهورية، تخص أعضاء الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات.

مرسوم رئاسي رقم 17-05 مؤرخ في 5 ربيع الثاني 1438 الموافق 4 جانفي سنة 2017 يتضمن تعيين القضاة أعضاء الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، لتعيين 205 قاضيا في الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات تم اقتراحها من طرف المجلس الأعلى للقضاء<sup>1</sup>.

مرسوم رئاسي رقم 17-06 مؤرخ في 5 ربيع الثاني 1438 الموافق 4 جانفي سنة 2017 يتضمن تعيين الكفاءات المستقلة المختارة من ضمن المجتمع المدني أعضاء الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، يتضمن تعيين 205 كفاءة مستقلة اختيرت من بين أفراد المجتمع المدني، من بينهم 9 شخصيات ككفاءات وطنية و7 ممثلين عن الجالية الجزائرية في الخارج، أما بقية الأعضاء فتم اختيارهم حسب المرسوم وفق معيار التوزيع الجغرافي للولايات<sup>2</sup>.

مرسوم رئاسي رقم 17-07 مؤرخ في 5 ربيع الثاني 1438 الموافق 4 جانفي سنة 2017 يتعلق بنشر التشكيلة الاسمية للهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، وتشكل هذه الهيئة من 410 أعضاء نصفهم قضاة، يقترحهم المجلس الأعلى للقضاء، والنصف الآخر كفاءات مستقلة من المجتمع المدني تمثل كافة الولايات الجالية الوطنية بالخارج، وكذا جميع فاعلي المجتمع المدني، ويرأس هذه الهيئة الوزير والسفير السابق عبد الوهاب دربال الذي نظمت رئاسة الجمهورية استشارة بشأنه مع الأحزاب قبل تعيينه<sup>3</sup>.

و حسب بيان لرئاسة الجمهورية، أن الرئيس وقع مرسوم لتعيين 205 قاضيا في الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات تم اقتراحهم من طرف المجلس الأعلى للقضاء، ومرسوم تعيين 205 كفاءة مستقلة اختيرت من بين أفراد المجتمع المدني، وقد تم اقتراح هذه الكفاءات

<sup>1</sup> - مرسوم رئاسي رقم 17-05 مؤرخ في 4 جانفي 2017 يتضمن تعيين القضاة أعضاء الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، ج ر عدد 01، مؤرخة في 5 ربيع الثاني 1438 الموافق 4 جانفي 2017.

<sup>2</sup> - مرسوم رئاسي رقم 17-06 مؤرخ في 5 ربيع الثاني 1438 الموافق 4 جانفي 2017 يتضمن تعيين الكفاءات المستقلة المختارة من ضمن المجتمع المدني من ضمن أعضاء الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، ج ر عدد 1، مؤرخة في 5 ربيع الثاني 1438 الموافق 4 جانفي 2017 العدد 01.

<sup>3</sup> -مرسوم رئاسي رقم 17-07 مؤرخ في 5 ربيع الثاني 1438 الموافق 4 جانفي 2017 يتعلق بنشر التشكيلة الاسمية للهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، ج ر عدد 1، مؤرخة في ربيع الثاني 1438 الموافق 4 جانفي 2017 العدد 01.

المستقلة، من قبل لجنة خاصة تم تنصيبها بموجب القانون العضوي المنظم لعمل هيئة الانتخابات، برئاسة المجلس الوطني الاقتصادي والاجتماعي وأضاف أن "الكفاءات المستقلة التي تم اختيارها، لا تشمل المنتخبين ولا أعضاء أحزاب سياسية ولا من يشغل مناصب عليا في الدولة".

شرعت الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات في تنصيب أعضاء المداومات على المستوى المحلي وبالخارج في الفترة ما بين 08 إلى 16 فبراير 2017، حسب ما أفاد بيان لهذه الهيئة، وقد جاء تنصيب هؤلاء الأعضاء الذين تم انتدابهم بقوة القانون، بتعليمات من رئيس الهيئة عبد الوهاب دربال بعد اجتماع اللجنة الدائمة للهيئة قصد تنظيم عملية انتشار المداومات عبر التراب الوطني وفي الخارج وذلك على إثر صدور المرسوم الرئاسي المتضمن استدعاء الهيئة الناخبة للانتخابات التشريعية المقررة يوم 4 ماي 2017، ويوضح البيان. وكان رئيس الجمهورية قد وقع على المرسوم الرئاسي المتعلق استدعاء الهيئة الناخبة لانتخاب أعضاء المجلس الشعبي الوطني يوم 4 مايو 2017 معلنا بذلك انطلاق مسارات تشكيلية الغرفة السفلى للبرلمان لعهدة خمس سنوات. تتطلب عضوية الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات حسب نص المادة 07 من القانون العضوي رقم 16-11 المذكور أعلاه، أن يكون العضو من الكفاءات المستقلة من المجتمع المدني، وألا ينتسب إلى أي حزب سياسي، وألا يكون قد حكم عليه حكما نهائيا بالسجن، وألا يتولى مناصبا من المناصب العليا في الدولة، وينبغي أن تكون الكفاءات المستقلة من المجتمع المدني ممثلة لجميع الولايات الجزائرية والجمالية الوطنية بالخارج وكذا جميع فاعلي المجتمع المدني، ويحظر على أعضاء الهيئة المشاركة في جميع أنشطة الأحزاب، باستثناء الحالات التي يمارسون فيها مهمتهم الإشرافية المنصوص عليها.

ويتضمن كذلك القانون العضوي للهيئة العليا لمراقبة الانتخابات أحكاما ترمي إلى تكريس الاستقلالية المالية واستقلالية التسيير لهذه الهيئة، مع تخصيصها بنظام قانوني مستقل، تكريس استقلالية الهيئة العليا وحيادها وطابعها التمثيلي، من خلال تجسيد جملة من التدابير كالتبعية القانونية التي تتمتع بها التي تعطيها الاستقلالية التامة في التسيير وكذا استقلاليتها المالية وهذا ما نصت عليه المادة 2".

#### المطلب الثاني : صلاحيات الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات.

لا يكفي التشكيل وحده من حيث صرامته ونزاهته لكي يضمن إدارة سليمة لهذه المرحلة الحاسمة للعملية الانتخابية، بل أن الصلاحيات المخولة لهذه اللجان هي التي تدعم أو تضعف من دورها.

أدخل الدستور الجزائري بعد تعديله سنة 2016 في المادة 194 صلاحيات رقابية واسعة للهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات قبل الاقتراع وأثناءه وبعده، ويحدد القانون العضوي رقم 11-16 المذكور أعلاه في المواد 12، 13، و 14 كيفيات تطبيق هذه المادة 194 من الدستور والمذكور أعلاه.

حيث قبل الاقتراع تتكفل بمراقبة عملية مراجعة القوائم الانتخابية وضمان حق المترشحين في الحصول على هذه القوائم والتكفل الكامل بالتوزيع المنصف لوسائل الحملة الانتخابية للمترشحين.

و أثناء عملية الاقتراع تتكفل هذه الهيئة بضمان حق المترشحين في حضور عمليات التصويت والتأكد من احترام توزيع أوراق التصويت والحرص على توفر هذه الأوراق وباقي العتاد الانتخابي وكذا التأكد من احترام المواقيت افتتاح واختتام مكاتب التصويت. وبعد عملية الاقتراع، فإن هذه اللجنة تملك صلاحيات واسعة تتمثل أساسا في التأكد من ضمان السير القانوني لعملية الفرز، وضمان للمترشحين لممارسة حقهم في تسجيل احتجاجاتهم بخصوص عملية الفرز، بالإضافة إلى ضمان حقهم في الحصول على نسخ المحاضر المتعلقة بالفرز.

وقصد أداء أحسن لصلاحياتها حسب ما ينص عليه مشروع القانون العضوي المنشئ لها، تتمتع هذه الهيئة بجملة من الآليات تمكنها من التدخل تلقائيا أو بناء على إخطار من احد الأطراف المعنية بعملية الاقتراع كما تتمتع بسلطة اتخاذ القرارات ويمكنها عند الحاجة أن تطلب من النائب العام تسخير القوة العمومية<sup>1</sup>.

وقال الخبير القانوني الدكتور عبد الكريم سورا إن 410 عضو المشكلين للهيئة ستتوزع على المكاتب وتقسم مناصفة ولها الحق بالاستعانة بموثقين ومحضرين وبالضباط العموميين وأعضاء منها يعملون كذلك في التنظيم الداخلي للهيئة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>-وكالة الأنباء الجزائرية، أخبار وطنية، الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات من اجل ضمان اكبر لنزاهة وشفافية العملية الانتخابية.

<http://www.algpress.com/article-61358.htm>

<sup>2</sup>-الدكتور عبد الكريم سورا، المهام الموكلة للهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات، محور برنامج " ساعة نقاش " المصدر الإذاعة الجزائرية، الجزائر، يوم 2017/01/29 بتوقيت 13:14.

## المبحث الثاني : تفعيل دور الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات من أجل تعميق حس المشاركة الانتخابية.

عرف المفكر Joseph Schumpeter الديمقراطية على أنها " مجموعة من الإجراءات والمؤسسات التي يستطيع الأفراد من خلالها المشاركة في عملية صنع القرارات السياسية عن طريق التنافس في انتخابات حرة"، ولا شك أن الانتخابات تعتبر أهم الآليات والاجراءات لإنجاح أية تجربة ديمقراطية، وعليه يبدو أنه هناك نوعا من التلازم بين مفهومي الديمقراطية والانتخابات، وكل محاولة للفصل بينهم تؤدي من الناحيتين العملية والنظرية.<sup>1</sup>

لقد أثار موضوع المشاركة الانتخابية اهتماما لدى الباحثين في علم السياسة والاجتماع السياسي، كونها أبرز صور المشاركة السياسية، التي تتم في إطار محددات وضوابط تفرضها بيئة النظام السياسي السائد، وعليه سيتم من خلال هذا المبحث إبراز واقع المشاركة الانتخابية في الجزائر في المطلب الأول، ضوابط تفعيل دور الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات من أجل تعميق حس المشاركة الانتخابية في المطلب الثاني.

### المطلب الأول: واقع المشاركة الانتخابية في الجزائر

أضحى العزوف السياسي من ضمن أبرز الاختلالات العميقة التي تميز المشهد السياسي الجزائري بشكل لافت في كل استحقاق انتخابي، سواء على مستوى الانتماء للأحزاب السياسية أو الاهتمام بالشأن السياسي أو المشاركة في الانتخابات، حيث ان نسب المشاركة انخفضت في كل أنواع الانتخابات وربما يعود هذا الانخفاض إلى تكوين اتجاه سلبي نحو الانتخابات بشكل عام، وهكذا فإن الانتخابات هي نشاط موسمي للمشاركة لا يترتب عليها في العديد من الحالات تشكيل مؤسسات منتخبة تشريعية أو تنفيذية فاعلة ومؤثرة في الحياة السياسية. وتجدر الإشارة إلى أن غياب أو ضعف القنوات الرسمية والفعالة للمشاركة السياسية ومنها المشاركة في العملية الانتخابية أدى في الغالب إلى نتيجتين تشكلان عائقا أمام الانفتاح السياسي وترشيد الحكم، الأولى هي تزايد أعداد العازفين عن المشاركة في الحياة السياسية، والثانية هي تزايد اللجوء إلى الأساليب غير التقليدية للمشاركة السياسية مثل المظاهرات وأعمال الشغب والاضطرابات.<sup>2</sup>

<sup>1</sup>- يحي يمينة ، السلوك الانتخابي عند الشباب الجزائري- شباب مدينة وهران نموذجا- رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في مجال علم الاجتماع السياسي، قسم علم الاجتماع، جامعة وهران، السنة الجامعية 2013/2014، ص 4.

<sup>2</sup>سويقات عبد الرزاق، إصلاح النظام الانتخابي لترشيد الحكم في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم السياسية والعلاقات الدولية، تخصص رشادة وديمقراطية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم العلوم السياسية، جامعة منتوري قسنطينة، السنة 2009-2010، ص 171.

وكذا عجز السلطة الجزائرية على إعادة بعث الثقة للمواطن الجزائري بالعملية الانتخابية كوسيلة للتغيير السلمي من خلال الإصلاحات المتوالية التي باشرتها، هذه الثقة يكون قد فقدها نتيجة الممارسات غير الديمقراطية التي شهدتها الاستحقاقات الانتخابية السابقة، والتي اعترفت السلطة الجزائرية بما شابهها من تجاوزات وغياب الشفافية والنزاهة.<sup>1</sup>

وعليه فإن إحكام الرقابة والإشراف على كل إجراءات العملية الانتخابية يعد ضمانا لنزاهتها ومؤشرا على رشادة الحكم الديمقراطي التمثيلي، ومن ثم فإن إخضاع الانتخابات النيابية إلى إشراف فعال من شأنه ضمان سلامة تكوين المجالس المنتخبة وصدق تمثيلها، وتفعيل دورها الرقابي والتنموي، وبالتالي فإن الكشف عن قيمة التغيير الحاصل من تبني هيئة عليا مستقلة لمراقبة الانتخابات، لا يتأتى إلا بدراسة المنظومة القانونية لهذا الإشراف والواقع التطبيقي لها.

#### المطلب الثاني : ضوابط تفعيل دور الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات

تتطلب تعقيدات الإدارة الانتخابية والمهارات اللازمة للقيام بمهامها أن تعهد مسؤولية الفعاليات الانتخابية لهيئة أو جهة محددة أو أكثر، ويمكن لتلك الجهات أن تتخذ أشكالاً وأحجاماً مختلفة، وكذا تسميات عدة منها " لجنة الانتخابات"، " الإدارة العامة للانتخابات" " المجلس الانتخابي"، " وحدة الشؤون الانتخابية"، أو " مفوضية الانتخابات" إلخ ويستخدم مصطلح الإدارة الانتخابية للدلالة على الهيئة أو الجهاز أو مجموعة منها والمسؤولة عن إدارة العملية الانتخابية بغض النظر عن الترتيبات التنظيمية القائمة.<sup>2</sup>

الرقابة المستقلة للانتخابات هي تلك القائمة في البلدان التي تقوم على الإشراف على انتخاباتها هيئة مستقلة تعمل كمؤسسة منفصلة كلياً عن السلطة التنفيذية ولها ميزانيتها الخاصة بها والتي تقوم بإدارتها بشكل مستقل، وفي ظل هذا الشكل لا تتبع الهيئة المكلفة بمراقبة الانتخابات لأية جهة ولا تكون مسؤولة أمام أية وزارة أو إدارة حكومية، إلا أنها يمكن أن تكون مسؤولة أمام السلطة التشريعية (البرلمان) أو القضاء أو رئيس البلاد، ويمكن أن تتمتع الهيئة المستقلة بمستويات مختلفة من الاستقلالية الإدارية والمالية، ومستويات مختلفة من المسؤولية العامة عن نشاطها وتتألف الهيئة المستقلة من أعضاء لا يتبعون للحكومة أثناء

<sup>1</sup>-يجي يمينه، مرجع سابق، ص 260.

<sup>2</sup>- ألان وول وأخرون، أشكال الإدارة الانتخابية، ترجمة أيمن أيوب، دليل للمؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات- قسم المنشورات، سنة 2007، ص 23.

عملهم في الهيئة الانتخابية. ونجد بأن الكثير من الديمقراطيات الناشئة قد اعتمدت هذا الخيار في تأسيس الإشراف على العمليات الانتخابية.

على الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات وحسب ما تم استنباطه من دليل المؤسسة الدولية للديمقراطية الانتخابية حول أشكال الإدارة الانتخابية (International IDEA) يجب الحرص على قدرتها لضمان شرعية ومصداقية العمليات الانتخابية الواقعة تحت مسؤوليتها، الأمر الذي يمكن تحقيقه من خلال الالتزام بمجموعة من المبادئ الأساسية في رقابتها للعملية الانتخابية.

تشكل هذه المبادئ العامة الأساس في رقابة العملية الانتخابية حيث أنها تتحلى بأهمية مفصلية لضمان نزاهة العملية الانتخابية.<sup>1</sup>

و حسب دليل المؤسسة الدولية للديمقراطية والانتخابات حول أشكال الإدارة الانتخابية فإن هذه المبادئ الأساسية تتمثل في :

**الاستقلالية :** ينطوي على مفهومين مختلفين، يتعلق الأول بالاستقلالية التنظيمية عن السلطة التنفيذية، بينما يدور الثاني حول الاستقلالية العملية المطلوبة، والتي تتعلق بعدم خضوعها لأية مؤثرات في قراراتها، سواء من السلطة التنفيذية أو الجهات السياسية والحزبية الأخرى.

**الحياد :** لتحقيق نزاهة العملية الانتخابية ومصداقيتها وتعزيز أوسع مستويات القبول لنتائج الانتخابات، يجب على الإدارة الانتخابية أن تعمل بحياد تام بالإضافة إلى تنظيمها للفعاليات الانتخابية باستقلالية كاملة. بدون ذلك تكون نزاهة العملية برمتها عرضة للفشل، ويصبح من الصعب تعزيز الثقة بمصداقية العمليات الانتخابية، وخاصة من قبل الخاسرين فيها.

**النزاهة :** تعتبر الإدارة الانتخابية الضامن الأول لنزاهة وسلامة العملية الانتخابية، ويقع على أعضائها والعاملين فيها المسؤولية المباشرة لضمان ذلك ويمكن تحقيق النزاهة بسهولة أكبر عندما تتمتع الإدارة الانتخابية باستقلالية عملية وسيطرة كاملة على كافة جوانب العملية الانتخابية.

**الشفافية :** تعتبر الشفافية كأحد مبادئ العمل السليم لكافة فعاليات وأنشطة الإشراف على العمليات الانتخابية ومن خلال العمل بشفافية تامة يسهل محاربة الفساد والاحتيال المالي والانتخابي، وقطع الطريق أمام أي انطباع حول وجود هذه الممارسات كما ويمكنها ذلك من

<sup>1</sup> - ألان وول، المرجع السابق، ص 41.

الوقوف بوجه أي تقصير أو نقص في المؤهلات أو أية ممارسات تفضيلية لصالح ميول سياسية ما، الأمر الذي يرفع من مستويات مصداقيتها وقد يمكن فرض العمل بمبدأ الشفافية من خلال النصوص القانونية، كأن ينص القانون على ضرورة قيام باطلاع الجمهور على تفاصيل فعاليات وأنشطتها بشكل منتظم.

**الكفاءة :** تنتظر الحكومة والجمهور بشكل عام استخدام الموارد المخصصة للانتخابات بحكمة وتوفير الخدمات الانتخابية بكفاءة عاليتين وفي الوقت الذي تراكم فيه الحلول التكنولوجية عالية الكلفة، وتتعاظم فيه التطلعات لمزيد من الجهود فيما يتعلق بجوانب مكلفة من العملية الانتخابية، كمتطلبات التوعية والاعلام، يجب على الهيئة المستقلة توخي الحذر للتحقق من أن برامجها تخدم متطلبات الكفاءة الانتخابية بما يضمن استمراريتها، دون التنازل عن متطلبات النزاهة والحدثة.

**المهنية :** تنطوي إدارة العملية الانتخابية على مجموعة العناصر المتعلقة بالمهنية إذ أن تنفيذ كافة الأنشطة والإجراءات الانتخابية بحرص وبدقة تامة، بالإضافة إلى توافر إطارات مؤهلة، تعتبر من العناصر الأساسية لتحقيق المصداقية في العملية الانتخابية، لذلك فعلى الهيئة المستقلة التحقق من أن كافة كوادرها، الدائمة والمؤقتة على السواء، مدربة ومؤهلة على أفضل وجه، وبما يمكنها من تطبيق أعلى المعايير المهنية أثناء قيامها بتنفيذ مهامها الفنية فالتدريب المهني الجيد يعزز من ثقة الجمهور بأن العملية الانتخابية في أيدي آمنة.

**الخدمة :** لا تعتبر مسألة تقديم أفضل الخدمات الانتخابية الممكنة لكافة الشركاء الانتخابيين إحدى مسؤوليات الإدارة الانتخابية الرئيسية فحسب، بل هي واحدة من أهم مسببات وجودها لذلك يعطي تطوير الإدارة الانتخابية للمعايير التي تحكم كافة أعمالها وفعاليتها ونشرها على أوسع نطاق المحفزات لأعضائها وموظفيها على توفير خدمات ذات نوعية مميزة، بالإضافة إلى توفير مرجعية لتقييم أداء تلك الإدارة، وعادة ما ينص الإطار القانوني للانتخابات على بعض معايير الخدمة الأساسية، كما هو الحال في كندا، حيث ينص القانون على معايير تتعلق بتوقيت الخدمات كالحد الزمني للإعلان عن نتائج الانتخابات، أو إعداد سجلات الناخبين، أو توزيع بطاقات الناخبين، أو الإعلان عن مواقع ومراكز الاقتراع.

## خاتمة

يعتبر إحداث الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات في الجزائر خطوة أساسية تأتي دعماً لمبادئ الديمقراطية وبناء دولة القانون، إلا أن هذه التجربة تبقى تجربة حديثة العهد وفي بدايتها بالنظر إلى تاريخ إحداث هذه الهيئة.

ويظهر من خلال النظام القانوني لهذه الهيئة العليا المستقلة بعض الإيجابيات بداية من تنظيمها ويتضمن القانون العضوي والمنشئ لهذه الهيئة أحكاماً ترمي إلى تكريس استقلالية هذه الهيئة العليا وحيادها وطابعها التمثيلي من خلال تجسيد جملة من التدابير كالتبعية القانونية التي تتمتع بها والتي تعطيها الاستقلالية التامة في التسيير وكذا استقلاليتها المالية. كما ينص المشرع على أن الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات يرأسها رئيس يتم اختياره من بين الشخصيات الوطنية بعد استشارة الأحزاب السياسية قبل تعيينه من طرف رئيس الجمهورية.

ولكن رغم ذلك تبقى مسألة الضمانات المقررة لاستقلالية الهيئة العليا المستقلة تعد غير كافية، بالنظر لبعض الجوانب التي تضعف استقلاليتها عن السلطات صاحبة الحق في التعيين سواء بالنسبة للأعضاء أو بالنسبة للمؤسسة نفسها، إن دعم استقلالية هذه المؤسسة الدستورية وتقوية فعاليتها (من حيث التنظيم) ينطلق أساساً من إحاطة الأعضاء بالضمانات الكافية وخصوصاً من حيث الجانب المادي لهم.

تحتاج هذه الهيئة لتطبيق بعض المبادئ العامة الأساسية في عملها، بما في ذلك استقلالية القرار والفعل، والحياد، النزاهة، الشفافية، الكفاءة، المهنية والخدمة، ويمكن تحقيق هذه المبادئ في ظل هيئة مستقلة بشكل أفضل من الأشكال الأخرى هذا من جهة، ومن جهة أخرى من المفيد جداً أن تضع الإدارة الانتخابية الضوابط التي تحكم طريقة عمل أعضائها وموظفيها وتصرفاتهم ويجب أن تتلاءم تلك الضوابط مع ما يمكن أن تنص عليه بهذا الخصوص النصوص الدستورية والقانونية، كما ويمكنها أن تأتي مكتملة لها وعادة ما يتم اعتماد الضوابط من خلال إقرار مدونة السلوك والتي يفرض على كافة أعضاء وموظفي الإدارة الانتخابية وتوقيعها، في تمكين الإدارة الانتخابية من الحفاظ على مبادئ النزاهة الانتخابية وأخلاقياتها، والحياد، وتحقيق المعايير المهنية والخدمية المطلوبة.