

جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية
كلية الحقوق



المجلة الأكاديمية للبحث القانوني

مجلة سداسية – عدد 2010/01

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المجلة الأكاديمية للبحث القانوني

مجلة سداسية تصدر عن كلية الحقوق جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية

مدير النشر:

بودريوه عبد الكريم - عميد كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية

رئيس التحرير:

رداف أحمد - أستاذ التعليم العالي، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية

اللجنة العلمية:

- زوايمية رشيد - أستاذ التعليم العالي، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية.
- ردا ف أحمد - أستاذ التعليم العالي، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية.
- بودريوه عبد الكريم - أستاذ محاضر، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية.
- طيب السعيد - أستاذ التعليم العالي، كلية الحقوق، جامعة الجزائر.
- جعفر محمد السعيد - أستاذ التعليم العالي، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو.
- كاشير عبد القادر - أستاذ التعليم العالي، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو.
- زرقين رمضان - أستاذ التعليم العالي، كلية الحقوق، جامعة باتنة.
- كحلولة محمد - أستاذ التعليم العالي، كلية الحقوق، جامعة تلمسان.
- بن حمو عبد الله - أستاذ التعليم العالي، كلية الحقوق، جامعة تلمسان.
- منثري مسعود - أستاذ التعليم العالي، كلية الحقوق، جامعة عنابة.
- بوضياف عمار - أستاذ التعليم العالي، كلية الحقوق، جامعة تبسة.

جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية

كلية الحقوق - القطب الجامعي أبوداو

الهاتف/ فاكس 034229357 البريد الإلكتروني facdroit_bej@yahoo.fr

مقاييس النشر

تُعرض المقالات على اللجنة العلمية للمجلة و يلتزم أصحابها بمراعاة المقاييس التالية :

المعلومات الخاصة بأصحاب المقالات:

يذكر صاحب المقال الإسم و اللقب و الرتبة العلمية أو مؤهلاته المهنية .

الهوامش:

يكون ترقيم الهوامش متسلسلا من بداية المقال إلى نهايته و تُدوّن في آخر المقال .

المراجع:

- تُذكر المراجع في الهوامش حسب الطرق المعتادة و على النحو التالي:
- الكتب: المؤلف، العنوان، دار النشر، السنة، الصفحة (ص).
 - المقالات: المؤلف، العنوان، المجلة، المجلد، العدد، السنة، الصفحة (ص).
 - أشغال الملتقيات : إسم و لقب الباحث، عنوان المداخلة، التعريف بالملتقى، المكان، التاريخ، الصفحة (ص).

المظهر:

- يجب ألا يتجاوز المقال 30 صفحة .
- تُطبع المقالات بخط Simplified Arabic حجم 14 للمضمون و 12 بالنسبة للهوامش .
- تُرسل أو تودع المقالات في نسخة ورقية واحدة تكون مصحوبة بنسخة محفوظة في قرص مرن (CD) .

يتحمّل أصحاب المقالات مسؤولية الآراء المعبر عنها في مقالاتهم

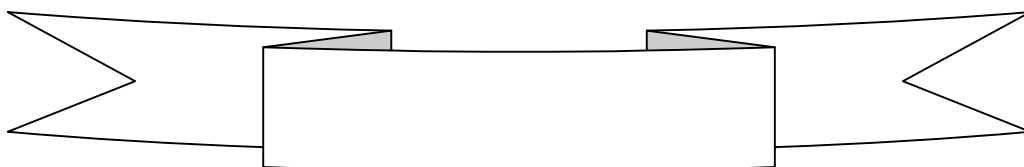
المجلة الأكاديمية للبحث القانوني

الفهرس

- كلمة رئيس الجامعةالأستاذ مرابط جودي 01
- كلمة عميد الكليةد. بودريوه عبد الكريم 02
- الوصاية على أعمال المجالس البلدية
في دول المغرب العربيالأستاذ عمار بوضياف 03
- آجال رفع دعوى الإلغاءد. بودريوه عبد الكريم 17
- حق المجني عليه في اقتضاء حقه في التعويض
من الدولة (دراسة في الفقه و التشريع المقارن)أ. خلفي عبد الرحمان 22
- كيف عالج المشرع الجزائري جريمة الرشوة في القانون
رقم 01/06 المؤرخ في 2006/02/20أ. سعدي حيدرة 44
- الحماية الجنائية لبرامج الحاسوب في التشريع الجزائري
النسب بين تطور العلم و جمود التشريع في البلدان
الغربية و العربيةأ. صالح شنين 64
- التراضي على تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار :
من الإتفاق الثنائي إلى اللجوء الإفراديأ. قبايلي طيب 88
- تسوية منازعات سوق الأوراق المالية
تقليد العلامات في القانون الجزائري : ازدواجية في التجريم و العقاب
أم ازدواجية في المعنى؟أ. تواتي نصيرة 102
- دور القاضي في تحقيق فعالية التحكيم التجاري الدولي
التطبيق لعدم الإنفاق في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة
بالفقه الإسلامي و بعض تشريعات الأحوال الشخصية العربيةأ. حمادي زوبير 115
- حماية المدنيين في القانون الدولي الإنساني و الشريعة الإسلاميةأ. تريكي م. أيت شاوش دليلة 149
- ترخيص العلامةأ. راشدي سعيدة 192

- Réflexions sur la sécurité juridique de l'investissement étranger en Algérie.

Pr Zouaimia Rachid



Le mot du Recteur

كلمة مدير النشر

لقد كان إنشاء كلية الحقوق في سبتمبر 2007 حدثاً مُتميّزاً شهدته جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية ، بحيث تكلّلت الجهود والتضحيات أخيراً في بلوغ هذا المصاف ، و لم يتوقّف الأمر على ضرورة توفير الإمكانيات البشرية والمادية لضمان تكوين نوعي بل تعدّاه إلى حتمية إيجاد الإطار و الفضاء الملائم الذي يفسح المجال للأساتذة في تقديم نتائج بحوثهم و عرض أفكارهم ومناقشة المواضيع المرتبطة بالدراسات القانونية ، وهذا ما يُرجى أن تُحقّقه المجلة الأكاديمية للبحث القانوني التي نتشرّف بإصدار عددها الأوّل.

مع التمنيات الخالصة بالتوفيق

الدكتور بودريوه عبد الكريم
عميد كلية الحقوق

الوصاية على أعمال المجالس البلدية في دول المغرب العربي الجزائر- تونس - المغرب

الأستاذ الدكتور عمار بوضياف
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة تبسة

مقدمة

تمثل المجالس البلدية في كل من التشريع الجزائري والتونسي مظهرا من مظاهر الممارسة الديمقراطية وصورة من صور المشاركة الشعبية في صنع القرار وتسيير الشؤون المحلية بما يعود بالنفع على سكان الإقليم. وحسبنا لبيان أهمية المجالس المنتخبة الإشارة لقول Alexis Tocqueville في كتابه المشهور الديمقراطية في أمريكا " تكمن قوة الشعوب في المؤسسات المحلية حيث أن مكانتها بالنسبة للحريات كمكانة المدارس الابتدائية بالنسبة للعلم" (1) ومن جهة أخرى اعتبر العميد ناجي البكوش في تونس أن اللامركزية أو اللامحورية ليست مسألة تهيئة داخلية أو تنظيم داخلي، بل لها أبعاد سياسية لا يمكن إنكارها (2).

غير أنّ الصفة الانتخابية لأعضاء المجالس البلدية تفرض وضع قيود تحت عنوان السلطة الوصائية وهذا بغرض ممارسة رقابة على أعمال المجالس المنتخبة لحماية مبدأ المشروعية وضمان سلامة سائر الأعمال وتطبيقها مع دستور الدولة وقوانينها وتنظيماتها (تراثيها). إذا القول بخلاف ذلك يعني ببساطة أنه صار للمجلس البلدي سلطة مطلقة فلا يخضع لأي رقابة إدارية وهو يجعلنا أكثر اقترابا من الحكم المحلي بما ينجم عن ذلك من آثار تمس بالأساس الوحدة القانونية للدولة. وكذلك الوحدة الترابية.

لذا بات لازما إخضاع المجالس البلدية لرقابة وصائية تمارسها جهات إدارية محددة يرد ذكرها في تشريع الإدارة المحلية. وهذا ضمن إطار مبين قانونا وبإجراءات و ضمانات بما يحفظ مكانة المجالس المنتخبة.

غير أن الإشكالية التي نريد إثارتها من خلال هذه الدراسة ما مدى تأثير الوصاية الإدارية على أعمال المجالس البلدية على مكانة هذه المجالس وعلى استقلاليتها .

سنحاول الإجابة عن هذه الإشكالية من خلال الخطة التالية:

المبحث الأول: أهداف نظام الوصاية على أعمال المجالس المنتخبة.

المبحث الثاني: مظاهر الوصاية على أعمال المجالس البلدية.

المطلب الأول : المصادقة الضمنية

المطلب الثاني: المصادقة الصريحة

المطلب الثالث: البطلان المطلق

المطلب الرابع : البطلان النسبي

المبحث الثالث: الطعن في قرار الوالي الخاص بمداولة المجلس الشعبي البلدي.

المبحث الأول

أهداف الرقابة الوصائية على أعمال المجالس المنتخبة⁽³⁾

لا شك أن المشرع حين يفرض رقابة ما على جهة معينة فإنه يبتغي تحقيق جملة من المقاصد العامة. فالسلطة القضائية يراقب بعضها بعضا. فأحكام المحكمة يطعن فيها بالاستئناف خلال مدة وبإجراءات حددها القانون. وقرارات جهات الاستئناف يطعن فيها بالنقض أمام الجهات القضائية العليا سواء في مجال القضاء العادي (العدلي) أو القضاء الإداري خلال مدة وبإجراءات حددها القانون.

وأعمال البرلمان تخضع لنوع معين من الرقابة هو الرقابة على الدستورية بهدف التأكد من دستورية الأعمال التشريعية أمام جهة محددة وبأشكال وإجراءات مبينة قانونا. وأعمال السلطة التنفيذية تراقب هي الأخرى رقابة إدارية وأخرى قضائية. فلا هيئة تعلو على القانون وكل هياكل الدولة وجب أن تخضع للرقابة بأشكالها المختلفة بما يصون مبدأ المشروعية ويضمن سلامة التصرفات. ذلك أن الإدارة الرشيدة تفرض رقابة حازمة وعامة ودقيقة⁽⁴⁾.

ولما كانت الرقابة آلية قانونية تعين تفعيلها وتعميمها على مختلف هياكل الدولة ومؤسساتها وأجهزتها الرسمية وهياكلها المنتخبة، وجب بالضرورة إخضاع أعمال المجالس البلدية إلى رقابة وصائية تمارسها جهات إدارية محددة طبقا للقانون ووفقا لإجراءات مبينة.

إن الحاجة إلى الرقابة على المجالس المنتخبة ربما تكون أكثر إلحاحا بحكم أن الشخص المنتخب يسعى بكل ما يملك إلى إرضاء الناخبين أو سكان المنطقة ولو على حساب القانون أو التنظيم. لأنه رجل سياسي ومن حقه أن يسعى إلى إرضاء الفئة التي أكسبته الصفة الانتخابية أو الصفة الرئاسية على مستوى بلدية ما.

ولقد تفرد المشرع المغربي بتبيان الهدف من الوصاية على أعمال المجالس البلدية في المادة 68 من ظهير شريف رقم 1.02.297 صادر في 25 رجب 1423 الموافق 3 أكتوبر 2002 المتعلق بتنفيذ القانون 00.78 الخاص بالميثاق الجماعي بقوله " إن صلاحية الوصاية المخولة للسلطة الإدارية بمقتضى هذا القانون تهدف إلى السهر على تطبيق المجلس الجماعي وجهازه التنفيذي للقوانين والأنظمة الجاري بها العمل وكذا حماية الصالح العام وتأمين ودعم مساعدة الإدارة."

ولا يمكن اعتبار فكرة الوصاية على أعمال المجالس البلدية مجرد إجراءات بيروقراطية أو روتينية، بل القصد منها ضمان سلامة ومشروعية سائر الأعمال الصادرة عن المجلس البلدي بما يعود بالنفع على كافة الأطراف بما فيها المجلس البلدي الخاضع لنظام الوصاية⁽⁵⁾.

لذا ولتكريس مفهوم دولة القانون ودولة المؤسسات وجب أن يخضع المنتخبون على مستوى البلدية في قيامهم بأعمالهم لرقابة وصائية. وهو ما تم تكريسه في القانون الجزائري والتونسي والمغربي.

القانون الجزائري بموجب القانون 90-08 المؤرخ في 12 رمضان 1410 الموافق لـ 7 أبريل 1990 المتعلق بالبلدية المعدل والمتمم سنة 2005. والقانون التونسي بموجب القانون الأساسي للبلديات عدد 33 لسنة 1975 المؤرخ في 14 ماي 1975 المنقح بالقانون الأساسي عدد 85-43 المؤرخ في 25 أبريل 1985 والقانون الأساسي عدد 91-24 المؤرخ في 30 أبريل 1991 والقانون الأساسي عدد 95-68 المؤرخ في 24 جويلية 1995 والقانون الأساسي عدد 2006-48 المؤرخ في 17 جويلية 2006. والقانون المغربي بموجب ظهير شريف رقم 1.02.297 صادر في 25 رجب 1423 الموافق 3 أكتوبر 2002 المتعلق بتنفيذ القانون 00.78 الخاص بالميثاق الجماعي.

المبحث الثاني: مظاهر الوصاية على أعمال المجالس البلدية

تتجلى مظاهر الوصاية على أعمال المجالس البلدية في التشريعات المغاربية في إخضاع مداوالات المجالس البلدية إلى مصادقة من قبل جهة إدارية. وقد تكون صريحة أحيانا أو ضمنية أحيانا أخرى. كما تتجلى في إمكانية التصريح ببطان المداولة بطلانا نسبيا أو مطلقا. والغرض الأساس من فكرة الوصاية هو بسط رقابة مشروعية ورقابة ملائمة يعود بالنفع العام على جميع الأطراف. فليس القصد من فرض نظام الوصاية التقليل من شأن المنتخبين أو المساس باستقلالية المجلس البلدي وإنما يتجلى القصد في ضرورة التأكد من سلامة وصحة الأعمال الصادرة عن المجلس البلدي وأن فيها مسابرة للقوانين والأنظمة وملائمة للواقع العملي.

غير أنه وقبل التطرق لمظاهر الرقابة على أعمال المجالس البلدية في كل من الجزائر وتونس نسجل أولا تميز التشريع التونسي عن التشريع الجزائري والمغربي في أمرين اثنين:
أولهما الجلسات التمهيديّة:

أقر الفصل 32 من القانون الأساسي للبلديات تعديل 17 جويلية 2006 وجوبية عقد جلسة تمهيديّة قبل فتح دورة المجلس البلدي. وتلتئم هذه الجلسة بإشراف رئيس المجلس البلدي أو من ينوبه شهرا قبل بدء الدورة ويدعى لحضورها سكان المنطقة باستعمال وسائل الإعلام المتاحة. وهذا بغرض سماع مداخلاتهم وانشغالهم ذات الصبغة العامة والمحلية. وتتم دراسة هذه المداخلات من قبل لجان المجلس البلدي وتعرض على الدورة العادية للمجلس.

وهذه نقطة تميز انفرد بها المشرع التونسي عن سائر التشريعات المغاربية والذي حرص على إحداث جسر من التعاون بين المجلس البلدي وسكان إقليم البلدية وحتى يجبر المجلس للتداول حول مسائل واقعية وعملية أثارها سكان البلدية ويجعل السكان أكثر اقترابا واحتكاكا وتعاملا مع المجلس البلدي. وهو ما ندعو إلى تعميمه في كل دول المغرب العربي ليزداد التماسك بين سكان الإقليم البلدي وبين الهيئة المشرفة على تدبير وتسيير الشأن المحلي.

ثانيهما المجالس البلدية للأطفال

خصص الباب السادس من القانون الأساسي للبلديات في تونس فصولا تتعلق بالمجلس البلدي للأطفال من الفصل 48 إلى 55.

ويتشكل المجلس البلدي للأطفال من تلاميذ المنطقة البلدية من الجنسين وفق معايير تم تحديدها بموجب قرار وزاري مشترك صادر عن وزير الداخلية ووزير التربية الوطنية. وينتخب المجلس رئيسا له ومساعدين من أطفال المنطقة ويشكل لجانه المتمثلة في:

- لجنة النظافة والعناية بالبيئة والصحة.

- لجنة الرياضة والثقافة والترفيه

- لجنة التضامن والتآزر.

- لجنة الإعلام والتحسيس والعلاقات مع المجالس البلدية للأطفال.

ويعقد المجلس البلدي أربع دورات في السنة خارج أوقات الدراسة.

وبهذه التجربة الرائدة أثبت المشرع التونسي تميزه في مجال حقوق الطفل فمكن هذه الشريحة من التداول حول شؤون تعنيها وتهمها وقريبة منها بما يخرس في نفس الطفل روح الاهتمام والمشاركة في التسيير في مرحلة مبكرة. وهي تجربة نطالب أيضا بتعميمها على مستوى باقي الدول المغاربية بما يؤدي إلى إشراك الأطفال في تسيير الشؤون المحلية ذات العلاقة بمحيطهم وبما يستطيع هؤلاء إدراكه والمشاركة فيه.

أما عن مظاهر الرقابة الإدارية على أعمال المجالس البلدية فإنها تتخذ إما صورة إمكانية إبطال مداولة بطلانا مطلقا في حالات محددة. أو إمكانية إبطالها نسبيا. أو إخضاعها للمصادقة الصريحة من قبل جهات معينة. أو سريان مضمون المداولة بعد مدة حددها القانون تحت عنوان المصادقة الضمنية، نوضح ذلك فيما يلي:

المطلب الأول: المصادقة الضمنية

ينبغي تسجيل ملاحظة في البداية أن المشرع الجزائري وهو يذكر الأحكام المتعلقة بالرقابة على مداولات المجلس الشعبي البلدي في القانون 90-08 المذكور بدأ بحالة المصادقة الضمنية ثم المصادقة الصريحة ثم البطلان المطلق ثم البطلان النسبي. وهو ما ورد تباعا في المواد من 41 إلى 45⁽⁶⁾ بينما بدأ المشرع التونسي سن أحكام البطلان المطلق في الفصل 23 ثم أتبعه بالبطلان النسبي في الفصل 24 ثم المصادقة الصريحة في الفصل 25 وأخيرا المصادقة الضمنية في الفصل 29. أما المشرع المغربي فبدأ بالمصادقة الصريحة في المادة 69 من الميثاق الجماعي 00.78 ثم المصادقة الضمنية بموجب المادة 72. فالبطلان المطلق في المادة 74. وأخيرا البطلان النسبي في المادة 75.

ورجوعا للمادة 41 من القانون 90-08 نجد المشرع الجزائري اعترف صراحة للمداولة بقوة النفاذ والتطبيق بعد 15 يوما من إيداعها لدى الولاية. ويؤخذ بعين الاعتبار التاريخ المحدد على الإشعار

بالاستلام وهذا طبعا خارج حالات المصادقة الصريحة والبطلان المطلق والبطلان النسبي 7 المشمولة بالمواد من 42 إلى 45 من قانون البلدية.

فكأنما جعل المشرع الجزائري الأصل في مداوات المجلس البلدي هو التنفيذ ما لم يتبين خلاف ذلك بأن تضمنت المداولة مثلا مجالا خارج الاختصاص. أو وجب خضوعها لمصادقة صريحة أو شارك فيها منتخبون معينون بموضوع المداولة.

وبالعودة للفصل 29 من القانون الأساسي للبلديات التونسي نسجل **تطابقا تاما** بين التشريعين الجزائري والتونسي إذ أقر كل منهما أن المداولة تعد نافذة المفعول وجوبا **بعد 15 يوما** من إيداعها بمركز الولاية.

غير أن التشريع التونسي أجاز للوالي إيقاف تنفيذ مداولة إذا كانت تدخل تحت طي الفصل 23 و 24 أي حالة البطلان المطلق أو البطلان النسبي. أما في المغرب فطبقا للمادة 72 من الميثاق الجماعي فإن رئيس المجلس الجماعي وخلال مدة 15 يوما الموالية لاختتام الدورة ملزم بإحالة كل القرارات التي اتخذها المجلس الجماعي للسلطة الإدارية المختصة محليا وتكون قابلة للتنفيذ خارج حالات البطلان المطلق والنسبي. وإن كنا نعيب على المشرع المغربي عدم تحديده لمدة معينة لضمان سريان مضمون المداولة على غرار ما هو جار به العمل في الجزائر وتونس.

وبذلك حفظ المشرع المغربي مكانة المجلس البلدي المنتخب فأقر قاعدة عامة مفادها سريان مفعول المداولة كأصل عام وهذا طبعا خارج حالات البطلان المطلق والنسبي.

المطلب الثاني: المصادقة الصريحة

نصت المادة 42 من قانون البلدية الجزائري أن المداولة متى تناولت موضوع الميزانية والحسابات وإحداث مصالحو مؤسسات عمومية بلدية لا تنفذ إلا إذا صادق عليها الوالي صراحة⁽⁸⁾.

غير أن المادة 43 قيدت الوالي بمدة زمنية يمارس خلالها سلطة المصادقة وحددتها بـ 30 يوما من تاريخ إيداع المداولة لدى الولاية. وبذلك حفظ المشرع الجزائري مكانة المجلس البلدي وفصل في مصير المداولة بعد تجاوز المدة.

وبالرجوع للفصل 25 من القانون الأساسي للبلديات التونسي نجده قد نص صراحة أن المداوات المحددة حصرا ضمن مشمول النص لا تنفذ إلا إذا صادقت عليها سلطة الإشراف. وذكر الفصل 25 إحدى عشرة حالة هي:

1- ميزانية البلدية: وهنا نسجل **تطابقا تاما** بين الفصل 25 - الفقرة 1 من القانون الأساسي للبلديات

التونسي والمادة 42 من القانون 90-08 الفقرة 1 من قانون البلدية الجزائري.

2- التفويت والتعويض في العقارات.

3- شروط عقود الكراء التي تتجاوز مدتها السنتين.

4- الصلح الذي يفوق مبلغه مقدار يحدد بأمر.

5- تحويل عنوان بلدية.

6- تسمية الأنهج والساحات العامة والفضاءات الرياضية والشبابية.

7- ترتيب أجزاء الملك العمومي البلدي من أنهج وساحات عمومية ومساحات خضراء وكذلك وضع وتغيير تصنيف الطرقات العمومية.

8- صيغ ومشاريع التعاون بين البلديات.

9- تدخل البلديات بالاستغلال المباشر أو بمساهمة في رأس مال المؤسسات الصناعية والتجارية

10 - الترتيب العامة⁽⁹⁾.

11 - علاقات التوأمة والتعاون. وقد اعتبر بعض الباحثين في تونس مثل هذا التفصيل بمثابة تضيق من حرية اتخاذ القرار واستقلاله.

وبذلك تميز التشريع التونسي بتفصيل حالات المصادقة الصريحة فألزم في مجالات قدر المشرع خطورتها خضوع المداولة لمصادقة سلطة الإشراف. وبالتوقف عند هذه الحالات نجد بعضها يتضمن مسائل مالية. والبعض الآخر يتعلق بتسمية النهج أو تنظيم طرق أو ترتيب أجزاء الملك العمومي أو روابط تعاون. لذا وجب وبالنظر للمضمون أن تخضع المداولة لمصادقة صريحة من قبل سلطة الإشراف. ولا يعد ذلك من وجهة نظرنا تقليلا من شأن المجلس البلدي أو استخفافا بمضمون المداولة، بل الأمر فرضته موجبات حسن التسيير وقاعد وآليات الرقابة.

وذهب المشرع المغربي نفس المسلك إذ جاءت المادة 69 من الميثاق الجماعي مفصلة حالات المصادقة الصريحة وحصرتها في 13 حالة هي:

1- الميزانية والحسابات الخصوصية والحسابات الإدارية. وهي نفس الحالة الواردة في القانونين الجزائري والتونسي.

2- فتح إعتمادات جديدة ورفع مبالغ ورفع إعتمادات والتحويلات من فصل إلى فصل. وهي حالة تفرد بها التشريع المغربي ولا وجود لها في التشريعين الجزائري والتونسي.

3- تحديد سعر الرسوم والحقوق المختلفة. وهي حالة وردت فقط في القانون المغربي.

4- إحداث المرافق العمومية الجماعية وطرق تدبيرها. وهي نفس الحالة الواردة في المادة 42 من قانون البلدية الجزائري. و مشابه لها الفقرة 9 من القانون الأساسي للبلديات التونسية.

5- الاقتراضات والضمانات .وهي حالة تفرد بها التشريع المغربي ولا وجود لها في التشريعين الجزائري والتونسي.

6- إحداث مقاولات وشركات الاقتصاد المختلط أو المساهمة فيها. وقد وردت في التشريع الجزائري بعبارة إحداث مؤسسات عمومية. أما في التشريع التونسي فوردت بعنوان تدخل البلديات بالاستغلال المباشر أو بمساهمة رأس مال المؤسسات الصناعية والتجارية.

7- اتفاقيات التعاون والشراكة. وهي نفس الحالة الواردة في الفقرة 8 من الفصل 25 من القانون الأساسي للبلديات التونسي. ولم تذكر في التشريع الجزائري.

8- اتفاقيات التعاون اللامركزي والتوأمة مع الجماعات المحلية الأجنبية .وهي نفس الحالة المذكورة في الفقرة 8 من القانون الأساسي للبلديات التونسي. وإن كان هذا الأخير لم يشر لتعامل البلديات مع جماعات محلية أجنبية. أما المشرع الجزائري فلم يشر لهذه الحالة على الإطلاق.

9- الاقتناءات والتفويتات والمبادلات وباقي المعاملات الأخرى المتعلقة بالملك الخاص الجماعي. وقد تضمن التشريع التونسي التفويتات فقط في الفقرة 2 من الفصل 25. ولم يشر التشريع الجزائري لذلك.

10- احتلال الملك العمومي مؤقتا بإقامة بناء .وهي حالة تفرد بها المشرع المغربي.

11- عقود الإيجار التي تتجاوز مدتها عشر سنوات.وقد اكتفى المشرع التونسي بعقود الإيجار التي تجاوزت مدتها السنتين في الفصل 25 الفقرة 3. ولم يشر التشريع الجزائري لذلك.

12- تسمية الساحات والطرق العمومية وهي نفس الحالة الواردة في الفصل 25 الفقرة 6 من القانون الأساسي للبلديات التونسي وإن كان هذا الأخير أضاف إليها الفضاءات الرياضية والشبابية .ولم يرد ذكر هذه الحالة في التشريع الجزائري.

13- إحداث أو حذف أو تبديل أماكن الأسواق القروية أو تاريخ إقامتها. وهي حالة وردت فقط في القانون المغربي ولا وجود لها في حالات المصادقة الصريحة في كل من التشريعين التونسي والجزائري. وبالجمع بين أحكام المصادقة الصريحة في تشريعات الإدارة المحلية للدول المغاربية نسجل تفصيل حالات المصادقة في التشريعين التونسي والمغربي إذ تضمن الأول 11 حالة والثاني 13 حالة بينما اقتصر التشريع الجزائري على حالتين فقط دون سواهما.

المطلب الثالث: البطلان المطلق

ولقد ورد ذكره في الجزائر في المادة 44 من القانون 90-08 وبين النص حالات البطلان كما

يلي:

1- المداولات التي تتناول موضوعا خارج اختصاص المجلس. وهذا أمر طبيعي فقواعد الاختصاص ذات صلة وثيقة بالنظام العام فلا يجوز للمجلس أن يتداول حول أمر يخص مجال الدفاع أو الخارجية أو قطاع العدالة أو المالية. وهي نفس الحالة المذكورة في الفصل 23 من القانون الأساسي للبلديات التونسي والمادة 74 من الميثاق الجماعي المغربي.

وهنا نسجل إجماع المشرع المغربي في الدول الثلاث إلزام جهات المداولة ذات الطابع البلدي بالتقيد بمبدأ المشروعية وأن تكون إجتماعاتها في نطاق الاختصاصات الموكلة إليها.

2- المداولات التي تخالف الدستور أو القانون أو التنظيم. وهذا أمر طبيعي فالمداولة حتى تتمتع بقوة النفاذ وجب أن تكون مشروعة. وهذا يقتضي عدم مخالفة مضمونها لنص في الدستور أو القانون أو التنظيم حماية لمبدأ المشروعية وتكريسا لدولة القانون.

لذا أجمع المشرع الجزائري في المادة 44 فقرة 1 و التونسي في الفصل 23 والمغربي في المادة 74 فقرة 1 على بطلان المداولة المخالفة للقانون أو التنظيم (التراتب). غير أننا نسجل ملاحظة نراها في غاية من الأهمية أن التشريع الجزائري تميز بذكره مخالفة القواعد الدستورية. بينما اكتفى نص الفصل 23 من القانون الأساسي للبلديات التونسي وكذلك المادة 74 من القانون المغربي بالقانون والتراتب أو الأنظمة. وإن كان من باب أولى امتداد الحماية للقواعد الدستورية طالما شملت القوانين والتراتب (التنظيمات).

3- المداولات التي تتم خارج الاجتماعات القانونية:

إن اجتماع المجلس البلدي في كل من التشريع الجزائري والتونسي والمغربي محدد من حيث المكان والزمان ومحكوم بإجراءات. فإذا تداول الأعضاء خارج المكان مثلا فلا يصح وصف واعتبار ما وصلوا إليه بالمداولة. ولقد ورد ذكر هذه الحالة في المادة 44 الفقرة 3 من قانون البلدية الجزائري. والفصل 23 من القانون الأساسي للبلديات التونسي. وهنا نسجل تطابقا تاما بين التشريع الجزائري والتونسي ولم يرد في القانون المغربي ذكرا لهذه الحالة في المادة 74 من الميثاق الجماعي. ومن وجهة نظرنا إذا عقد الاجتماع خارج المكان المقرر وخارج الفترة فلا يمكن وصفه بالمداولة. لذا همش المشرع المغربي هذا الاجتماع ولم يوله أي أهمية ووزن وحسنا فعل ذلك.

أداة البطلان:

إن أداة البطلان في كل من التشريع الجزائري والتونسي والمغربي تتجسد في قرار صادر عن والي الولاية المعنية التي توجد البلدية في نطاقها الجغرافي⁽¹⁰⁾ وينبغي أن يكون القرار معللا أو مدعما كما وصف ذلك التشريع المغربي⁽¹¹⁾ وهو ما أكدته المادة 44 من قانون البلدية الجزائري والفقرة الأخيرة

والفصل 23 من القانون الأساسي للبلديات التونسي . وبذلك **حفظ المشرع الجزائري والتونسي والمغربي مكانة المجلس البلدي** بأن فرض على الوالي إن اقتنع ببطلان المداولة أن يعطل قراره. والتعليل هنا يفرض ذكر الحالة المنوه عليها قانونا أي ذكر إما تجاوز الاختصاص أو تجاوز النصوص الرسمية أو مداولة خارج الاجتماعات القانونية.

من له حق المطالبة ببطلان المداولة

أجمعت تشريعات الدول الثلاث أن حق المطالبة يعود بالأساس لوالي الولاية باعتباره ممثلا **للدولة** على مستوى المنطقة. فطبقا للمادة 44 الفقرة الأخيرة من قانون البلدية الجزائري يمارس الوالي سلطة البطلان المطلق من تلقاء نفسه وهو ما تؤكد في الفصل 23 الفقرة 2 من القانون الأساسي للبلديات التونسي والمادة 74 من الميثاق الجماعي المغربي. إذن التماثل بين التشريعات المغربية **انحصر في:**

- 1- حالات البطلان المطلق واحدة إلى حد بعيد.
- 2- أداة البطلان في التشريعات المغربية هي قرار ولائي.
- 3- القرار يجب أن يكون معللا أو مدعما.
- 4- الوالي في التشريعات المغربية هو الذي يبادر إلى الإعلان عن البطلان.

أما عن **الاختلاف** بين تشريعات دول المغرب العربي فينحصر في **صاحب المصلحة**. فطبقا للفصل 23 من القانون الأساسي للبلديات التونسي بإمكان صاحب المصلحة وخلال مدة شهرين من إيداع نسخة المداولة لدى الولاية أن يقدم طعنه أمام الوالي. وذات الأمر وجدناه في المادة 74 الفقرة 2 من الميثاق الجماعي المغربي إذ أجازت للأطراف المعنية الطعن في المداولة الباطلة بطلانا مطلقا. ولا وجود لهذه الحالة في التشريع الجزائري إذ تقتصر سلطة البطلان المطلق على الوالي دون سواه فلا تمتد في التشريع الجزائري لصاحب المصلحة. وهذه نقطة تميز في التشريع التونسي والمغربي بما أدى إلى توسيع نطاق رقابة المشروعية لتشمل الأفراد أصحاب المصلحة على نحو يضمن سلامة وصحة الأعمال الصادرة عن جهة المداولة على المستوى البلدي.

المطلب الرابع: البطلان النسبي (الإلغاء النسبي)

لقد ورد ذكر حالة البطلان النسبي لمداولات المجلس الشعبي البلدي في المادة 45 من قانون البلدية الجزائري والفصل 24 من القانون الأساسي التونسي والمادة 75 من الميثاق الجماعي المغربي. ونسجل في البداية **تطابقا بين التشريعات الثلاث** فيما يخص سبب الإلغاء أو الإبطال والمتمثل أساسا في تداول أعضاء المجلس البلدي حول أمر يعينهم إن بصفة شخصية أو كولاء أي يمثلون أشخاصا خارج المجلس البلدي.

وإن إدراج هذا السبب في كل التشريعات يعد أمرا منطقيا. ذلك أنه من المتصور أن ينشغل عضو المجلس البلدي في التداول بشأن القضايا العامة والتي تخدم التنمية المحلية لا أن يتداول حول أمر خاص يعنيه أو يعني طرفا خارج المجلس هو يمثله أو وكيلاً عنه. لا شك أن المنتخب بهذا السلوك يكون قد فقد حياده واستعمل صفته لتحقيق أغراضه الشخصية وحاد عما يجب أن يكون عليه من موضوعية وابتعاد عن مواطن الشبهة والجزاء الناتج عن هذا السلوك الذاتي أن المداولة يمكن إبطالها إذا تبين السبب بعد فتح تحقيق في الموضوع من قبل الجهة المخولة قانونا.

أداة الإلغاء

إذا كنا قد سجلنا تطابقا تاما بين تشريعات دول المغرب العربي فيما يخص بسبب البطلان النسبي فإننا نسجل أيضا تطابقا فيما يخص سلطة الوالي في إلغاء المداولة وهو ما نصت عليه المادة 45 الفقرة 3 من قانون البلدية الجزائري والفصل 24 الفقرة 2 من القانون الأساسي للبلديات التونسي والمادة 75 الفقرة 2 من الميثاق الجماعي المغربي. ونسجل تطابقا آخر بين التشريعات الثلاث فيما يخص وجوب تعليق قرار الإلغاء الصادر عن الوالي كضمانه تحفظ أكثر مكانة المجلس البلدي المنتخب وتقينا حالة صدور قرار تعسفي عن والي الولاية.

أما عن وجه الاختلاف بين التشريع الجزائري والتونسي والمغربي فيمكن فيما يلي:

1- فيما يخص مدة الإلغاء:

إن المدة المقررة للوالي لممارسة سلطة إلغاء المداولة نسبيا في التشريع الجزائري هي شهر ابتداء من تاريخ إيداع محضر المداولة لدى الولاية وهو ما نصت عليه المادة 45 الفقرة 2. أما المدة المقررة للوالي في تونس لممارسة نفس السلطة هي 15 يوما من تاريخ إيداع نسخة من محضر مداولة المجلس البلدي بمركز الولاية وهو ما نص عليه الفصل 24 من القانون الأساسي للبلديات. أما المشرع المغربي فحدد مدة شهرين للوالي لممارسة ذات السلطة وهو ما أكدته الفقرة 2 من المادة 75.

2- فيما يخص طعن صاحب المصلحة:

اعترف كل من التشريع الجزائري والتونسي والمغربي لصاحب المصلحة بالطعن في مداولات المجلس البلدي، وبذلك خضعت مداولات المجلس البلدي لرقابة شعبية إلى جانب الرقابة الإدارية المجسدة في شخص الوالي باعتباره ممثلا للسلطة المركزية.

غير أن الاختلاف بين التشريعات المغاربية ينحصر في أن صاحب المصلحة في التشريع الجزائري يتوجب عليه إن رغب في ممارسة حق الطعن أن يتجه للسلطة القضائية المختصة أي القضاء الإداري⁽¹²⁾ خلال شهرين من تعليق المداولة ويطلب الإبطال (الإلغاء) وهذا ما قضت به المادة 45 الفقرة 3 من قانون البلدية الجزائري .

أما في التشريع التونسي فالأمر يختلف إذ يتوجب على صاحب المصلحة أن يقدم طلبا للإلغاء يودعه لدى مركز الولاية خلال أجل أقصاه 15 يوما من تاريخ تعليق المداولة ويسلم له وصل يثبت هذا الإيداع. وهو ما قضى به الفصل 24 الفقرة 3 من القانون الأساسي للبلديات. وفي المغرب يمكن للمعني وهو بالطبع صاحب المصلحة خلال 30 يوما الموالية لاختتام الدورة أن يقدم طلب الطعن أمام والي الولاية ويسلم له وصل يثبت تقديمه لهذا الطلب.

المبحث الثالث: الطعن في قرار الوالي الخاص بمداولة المجلس البلدي (إبطال المداولة - رفض المصادقة عليها)

احتمل كل من التشريع الجزائري والتونسي حدوث منازعة بين السلطة الإدارية ممثلة في الوالي. والسلطة المنتخبة ممثلة في المجلس البلدي . لذا حرص كل من المشرع الجزائري والتونسي على إبراز طرق تسوية هذا النزاع .

فطبقا للمادة 46 من قانون البلدية الجزائري يجوز للمجلس الشعبي البلدي ممثلا في شخص رئيسه أن يرفع طعنا قضائيا ضد الوالي في حال إبطاله لمداولة ما أو رفضه المصادقة عليها⁽¹³⁾. غير أننا لا نخفي إشكالا قانونيا قد يطرح في هذا المجال ويتعلق بسلطة القاضي الإداري في إصدار أوامر للوالي بغرض المصادقة على مداولة رفض التصديق عليها خاصة إذا تعلق الأمر بمحاور تخص رقابة الملائمة. إذ قد تقدر سلطة الوصاية ممثلة في الوالي بأن الوضع لا يسمح أو غير مناسب لتنفيذ مضمون مداولة ما رغم شرعيتها وتماشيها مع القوانين والأنظمة.

أما في التشريع التونسي فطبقا للفقرة 2 من الفصل 27 من القانون الأساسي للبلديات ينبغي إحالة النزاع على وزير الداخلية. وبذلك فضل المشرع التونسي الطريق الإداري لتسوية النزاع الذي قد يحدث بين المجلس البلدي ووالي الولاية⁽¹⁴⁾ ويبدو أن هذه الطريقة وإن كان من مزاياها السرعة وبساطة الإجراءات . إلا أنه قد يؤخذ عليها تحيز سلطة الوصاية ممثلة في وزارة الداخلية لوالي الولاية. لذلك إتجه التشريع الجزائري إلى الأسلوب القضائي بما يضمن عرض النزاع على جهة غير إدارية وجهة محايدة ألا وهي القضاء الذي يصدر أحكامه باسم الشعب . ولم يتضمن القانون المغربي إمكانية حدوث نزاع قضائي الأمر الذي دفع بعض الباحثين في المغرب بمناسبة المناظرة الوطنية للجماعات المحلية المنعقدة بالدار البيضاء بين 19 و 21 أكتوبر 1998 إلى الدعوة لتوسيع الرقابة القضائية والتقليل من حدة الرقابة الإدارية⁽¹⁵⁾ وهذه نقطة تميز تسجل لصالح التشريع الجزائري الذي كفل منفردا طريقة إحالة النزاع على القضاء المختص للبت فيه بما يوجبه القانون.

النتيجة :

إن النتيجة العامة التي ينبغي تسجيلها من خلال هذه الدراسة:

- 1- أن نظام الوصاية على مداوات المجالس البلدية مكفول في كل من التشريع الجزائري والتونسي والمغربي سواء فيما تعلق برقابة المشروعية أو رقابة الملائمة .
- 2- إن الوالي باعتباره ممثلا للسلطة المركزية هو من يتولى ممارسة الرقابة الإدارية على مداوات المجلس البلدي في تشريعات الدول الثلاث.
- 3- حرص المشرع المغربي على تصنيف المداوات تصنيفا رباعيا . مداوات مصادق عليها مصادقة ضمنية . وأخرى تخضع لمصادقة صريحة وثالثة يعلن عن إبطالها بطلانا مطلقا ورابعة قابلة للبطلان النسبي .
- 4- بين المشرع الجزائري والتونسي والمغربي أحكاما تتعلق بمختلف أنواع المداوات بحسب كل حالة على حده .

حالة المصادقة الضمنية

وسجلنا تطابقا بين التشريعين الجزائري والتونسي فيما يخص هذه الحالة فتتخذ المداولة بعد 15 يوما من إيداعها لدى الولاية. أما في المغرب فلم يحدد المشرع كما رأينا فترة لسريان المداولة.

حالة المصادقة الصريحة

سجلنا تميز التشريع التونسي والمغربي بتفصيل حالات المصادقة الصريحة بما يوسع من نطاق رقابة الملائمة خلافا للتشريع الجزائري الذي تضمن حالتين فقط.

حالة البطلان المطلق

سجلنا تطابقا ما بين التشريعات الثلاث خاصة فيما تعلق بحالات البطلان. مع تميز التشريع الجزائري بإضفاء حماية على القواعد الدستورية. كما سجلنا وجود ضمانات تعليل قرارات البطلان الصادرة عن الوالي في كل من التشريع الجزائري والتونسي والمغربي بما يحفظ مكانة المجلس المنتخب ويرفع من شأن المداولة. وأبرزنا نقطة إختلاف بين تشريعات دول المغرب العربي. ففي تونس وكذلك في المغرب يمكن لصاحب المصلحة الطعن في المداولة الباطلة بطلانا مطلقا . بينما في الجزائر يباشر سلطة الإبطال والي الولاية دون سواه. واقترحنا ضرورة إعادة النظر في أحكام البطلان المطلق على نحو يشرك فيه أصحاب المصلحة على غرار ما هو مقرر في كل من تونس والمغرب.

حالة البطلان النسبي

إن مصدر البطلان في كل من التشريعين الجزائري والتونسي واحد كما أن جهة الرقابة الإدارية واحدة ممثلة في الوالي. وأيضا القرار وجب تعليقه في كل من التشريع الجزائري والتونسي والمغربي. أما الاختلاف فانهصر في المدة وفي طعن صاحب المصلحة كما رأينا.

الطعن في قرار الوالي الخاص بمداولة المجلس:

لعل أهم نقطة اختلاف بين التشريع الجزائري والتونسي والمغربي انحصرت في المنازعة التي تثار بين المجلس البلدي وممثل سلطة الوصاية أي الوالي. فطبقا للتشريع الجزائري يجوز مقاضاة الوالي أمام القضاء الإداري في حال رفض المصادقة أو إبطال المداولة وهذا من قبل المجلس البلدي ممثلا في رئيسه. بينما يجب عرض ذات النزاع في القانون التونسي على وزير الداخلية. ولم يفرد المشرع المغربي أحكاما للمنازعة القضائية .

الهوامش:

1- A.Tocqueville.De La democratie en Amerique Paris Michel Levy 1856.VOL 3

2- N.Baccouche .Decentralisation et democratie locale en Tunisie in administration et changement 1991p 316

أثار بعض الباحثين في المغرب إشكالية نوع وحدود وطبيعة رقابة مجلس المقاطعات تجاه المجلس الجماعية. لتفصيل أكثر راجع الدكتور محمد بوجيدة ، تأملات نقدية حول تجربة نظام المقاطعات بالمدن الكبرى على ضوء الميثاق الجماعي لسنة 2002 والممارسة العملية، المجلة المغربية للدراسة المحلية والتنمية، عدد 68، ماي يونيو ص 13. وأثار بعض الباحثين في تونس إشكالية تركيبة المجالس الجهوية . أنظر عصام بنحسن ، الجماعات المحلية ومقتضيات اللامركزية في تونس ، الملتقى المغاربي حول مكانة الجماعات المحلية في دول المغرب العربي جامعة بسكرة ماي 2009 ص 8.

3- أنظر دكتور سعيد الحكيم الرقابة على أعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية، الطبعة الثانية ، دار الفكر العربي، القاهرة 1987 ص 3

4- لتفصيل أكثر بخصوص العلاقة بين الحكومة المركزية والسلطات المحلية راجع، مصطفى الجندي، الإدارة المحلية وإستراتيجيتها منشأة المعارف، الإسكندرية 1987، ص-64

5- أنظر الدكتور عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري جسور للنشر والتوزيع الجزائر 2008 ص 284.

6- المرجع نفسه ص286

7- لتفصيل أكثر راجع الدكتور محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، دار العلوم عنابة الجزائر، 2002 ص 173 ولتفصيل أكثر بشأن نظام الوصاية راجع محمد رمضان الوصاية على الهيئات المحلية رسالة دكتوراه حقوق عين شمس 1976، ص 11 وما بعدها. وأيضا الدكتور محمد صلاح عبد البديع السيد، نظام الإدارة المحلية في مصر بين النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة 1977، ص17.

8- أنظر عصام بنحسن، المداخلة المذكورة، ص15

9- لتفصيل أكثر بخصوص القرار الإداري راجع:

الدكتور عمار بوضياف، القرار الإداري جسور للنشر والتوزيع الجزائر 2008، ص 9 وما بعدها.

وأنظر أيضا الدكتورة مزياني فريدة، الإطار القانوني للجماعات المحلية، واقع وآفاق مجلة دراسات قانونية، جامعة صفاقس، كلية الحقوق العدد 12 2005 ص15. وأنظر بخصوص مكانة العامل أو الوالي في القانون المغربي الدكتور أحمد حضرائي ، مكانة العامل ومشروع تعديل قانون التنظيم الإقليمي اللامركزية الإدارية في المغرب منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية 2001 ص 47. وأيضا Mohamed EL YAAGOUB .le bilan de la decentralisation provinciale au maroc REMALD n 32. 2001.p9

10- أنظر الدكتور محمد عنثري ، الجديد في السلطة التنفيذية المحلية ، اللامركزية الإدارية بالمغرب منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية 2001 ص 29 لتفصيل أكثر: راجع الدكتور عمار بوضياف، النظام القضائي الجزائري، جسور للنشر والتوزيع الجزائر 2006 ص 265

11- أنظر الدكتور عمار بوضياف دعوى الإلغاء جسور للنشر والتوزيع، 2009 ص 65

12- المستشارة عزيزة بغدادية مراقبة شرعية أعمال المجموعات المحلية ملتقى قضاة الغرف الإدارية، الديوان الوطني للأشغال التربوية 1992، ص49

13- لتفصيل أكثر بخصوص سلطة الوالي في التشريع التونسي راجع الدكتور محمد رضا جنح القانون الإداري، مركز النشر الجامعي، تونس، 2004 ص7 وما بعدها. وأنظر بخصوص التشريع الجزائري إبراهيم راجي استقلالية الجماعات المحلية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عنابة 2004، ص64 وما بعدها. وكذلك عادل بوعمران، استقلالية البلدية في

14- النظام القانوني الجزائري، مذكرة ماجستير، المركز الجامعي سوق اهراس، 2006، ص20 وما بعدها

من هؤلاء أمل المشرفي، أنظر مقالها الوصاية الإدارية في مشروع إصلاح الميثاق الجماعي ، اللامركزية الإدارية بالمغرب ، المرجع السابق، ص 39.

آجال رفع دعوى الإلغاء

(وفق القانون 08 - 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية)

د. بودريوه عبد الكريم

أستاذ محاضر - عميد كلية الحقوق

جامعة بجاية

ما كان لنظام الإزدواجية القضائية في الجزائر أن يكتمل بناؤه و يتجسّد فعلا إلاّ بصدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الذي خصّص مجالا للإجراءات في المادة الإدارية واضعا بذلك حدّا للجدل حول مدى رغبة السلطات العمومية حقّا في تبنيّ نظام الإزدواجية من جانب⁽¹⁾ و للإشكالات المتنوعة الأبعاد المطروحة على ساحة الفقه و القضاء من جانب آخر.

و بغضّ النظر عمّا استحدثه المشرع في مجال أساس الإختصاص النوعي للقضاء الإداري (المواد 800، 801، 802) أين لازالت إشكالية المعيار المُتّبَع في توزيع الإختصاص بين القضاء العادي و القضاء الإداري مطروحة⁽²⁾ - بين الأخذ بالمعيار العضوي أو الموضوعي - عرفت بعض المسائل الإجرائية مُعاملة مُتميّزة من طرف المشرع حاول من خلالها تصحيح الأخطاء الموجودة من قبل⁽³⁾ و تبسيط شروط مباشرة الدعوى القضائية كما فعل بخصوص دعوى الإلغاء.

من المعروف أنّ دعوى الإلغاء هي دعوى قضائية موضوعية عينية يرفعها صاحب الصفة و المصلحة أمام الجهة القضائية المختصة قصد إلغاء قرار إداري غير مشروع (وجود عيب في إحدى أركان القرار الإداري)

و لا تصحّ دعوى الإلغاء من الناحية الشكلية إلاّ بتوفر شروط تتعلّق بضرورة رفعها من طرف صاحب الصفة و المصلحة أمام الجهة القضائية المختصة و في الميعاد القانوني المحدد، و قد بيّن المشرع الجزائري في المواد 800 و 901 اختصاص كلّ من المحكمة الإدارية و مجلس الدولة في هذا المجال أين تختصّ المحكمة الإدارية بالفصل في دعوى الإلغاء المرفوعة ضد القرارات الصادرة من الولاية و البلدية و المؤسسات العامة ذات الطبيعة الإدارية بحكم قابل للإستئناف أمام مجلس الدولة و يختص هذا الأخير بالفصل إبتدائيا و نهائيا في دعاوى الإلغاء المُوجّهة ضد القرارات الصادرة من السلطة المركزية. أمّا بالنسبة لآجال رفع دعوى الإلغاء فقد عالج المشرع المسألة بطريقة مُغايرة عمّا كان معمولا به سابقا و يظهر ذلك من جانبين:

الأول: و عملا بمقتضيات المادة 907 من ق.إ.م.إ. و وحدّ المشرع مسألة آجال رفع دعوى الإلغاء بحيث أنّ المواد 829، 830، 831، 832 (المُحال إليها في المادة 907) تسري على دعوى الإلغاء المرفوعة أمام المحكمة الإدارية و أمام مجلس الدولة.

الثاني: عن وضعيّة التظلم الإداري بين الشروط الشكلية لرفع دعوى الإلغاء، أين يُمكن من خلال استقراء نص المادة 830 من ق.إ.م.إ. استنتاج ما يلي:

1- جوازية رفع التظلم الإداري قبل اللجوء أمام القضاء، بحيث يُمكن للمُخاطب بالقرار الإداري (مهما كان مصدره) تقديم التماس أمام الإدارة مفاده إعادة النظر في مضمون القرار المُتخذ أو أن يلجأ مباشرة أمام القضاء لرفع دعوى الإلغاء.

2- اشترط المشرع أن يكون التظلم حين رفعه من طرف المُخاطب بالقرار الإداري ولائياً ، أي مُوجّهاً إلى مُصدر القرار ذاته و هذا خلافاً لموقف المشرع سابقاً أين كان يشترط أن يكون التظلم رئاسياً أي مُوجّهاً إلى رئيس مُصدر القرار.

3- أنه في حالة اختيار المُخاطب بالقرار الإداري تقديم التظلم قبل رفع دعوى الإلغاء فإن ذلك يُرتّب أثراً حين حساب المواعيد، أين يُعتدّ بأجال أخرى يستوجب احترامها تحت طائلة البطلان . و تظهر أهمية إجراء التظلم وتأثيره على الدعوى الإدارية عموماً من خلال اعتبار المشرع في المادة 834 - في مجال طلب وقف التنفيذ - تقديم التظلم شرطاً لجديّة دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري ، أي نفس الأساس حين يختار المُخاطب بالقرار الإداري اللجوء مباشرة أمام القضاء لرفع دعوى الإلغاء (دعوى الموضوع).

آجال رفع دعوى الإلغاء:

لقد جاءت كلمة " آجال " في النصوص القانونية بصيغة الجمع، نظراً لأنّ المشرع طرح أوضاعاً و احتمالات مختلفة ترتب على ضوء كلّ واحدة منها أجلاً معيناً.

المبدأ العام:

تنص المادة 829 من ق.إ.م.إ على أنّ ميعاد رفع دعوى الإلغاء أمام المحكمة الإدارية (الذي يسري على دعوى الإلغاء المرفوعة أمام مجلس الدولة) هو أربعة أشهر من تاريخ تبليغ القرار أو نشره بمعنى أنه يُمكن للمُخاطب بالقرار الإداري أن يرفع مباشرة دعوى الإلغاء أمام المحكمة الإدارية خلال أربعة أشهر يبدأ حسابها من تاريخ تبليغه بالقرار الإداري (عن طريق وسائل التبليغ القانونية).

و بغضّ النظر عن الشروط الأخرى لصحة الدعوى شكلاً (الصفة و المصلحة و اللجوء أمام الجهة القضائية المختصة...) تكون الدعوى في هذه الحالة صحيحة و مقبولة من جانب أجل رفعها. أمّا إذا رُفعت الدعوى بعد مُضي أجل أربعة أشهر فإنّها - و في غير حالات القطع - تُرفض شكلاً لفوات الميعاد.

الأوضاع المختلفة لشرط الميعاد:

إنّ تطبيق المبدأ العام يكون في حالة اللجوء مباشرة أمام القضاء دون رفع التظلم أمام الجهة المُصدرة للقرار و لكن في حالة ما إذا اختار المُخاطب بالقرار الإداري اتباع طريق التظلم أولاً - و

مثلما سبق شرحه – تتغير مواعيد رفع دعوى الإلغاء نظرا للأثر الذي يترتب عليه التظلم في حساب الآجال أين يُمكن من خلال استقراء المادة 830 استنتاج ما يلي:

أولاً: أنه في حالة تفضيل المُخاطب بالقرار الإداري تقديم التظلم الإداري ، يجب أن يُرفع هذا الأخير خلال أربعة أشهر من تاريخ تبليغ القرار أو نشره ، فيكون التظلم المرفوع بعد هذا الميعاد مرفوضاً و تُرفض على أساسه دعوى الإلغاء (برّد الإدارة صراحة أو سكوتها) لفوات ميعادها نظراً لأنّ مدة الأربعة أشهر تسري على دعوى الإلغاء و التظلم معا.

ثانياً: أنه في حالة رفع التظلم في الميعاد المحدد (أربعة أشهر) يستوجب قبل رفع دعوى الإلغاء انتظار ردّ الإدارة صراحة برفض التظلم أو اعتبار سكوتها لمدة أقصاها شهرين رفضاً ضمناً. بمعنى أنّ عدم القبول سيكون مصير الدعوى التي رُفعت قبل الردّ الصريح من الإدارة بالرفض أو سكوتها لمدة شهرين من تاريخ رفع التظلم، و قد أيدّ مجلس الدولة الجزائري ذلك في قرارات عديدة .

ثالثاً: أنّ ميعاد رفع دعوى الإلغاء أمام الجهة المختصة (المحكمة الإدارية أو مجلس الدولة) تكون خلال شهرين من تاريخ تبليغ الردّ الصريح بالرفض أو من تاريخ انتهاء مدة الشهرين التي يُعتبر فيها سكوت الإدارة رفضاً ضمناً.

حالات تمديد الآجال:

نظراً لطابع النظام العام الذي تمتاز به المواعيد و درءاً للعواقب السلبية التي قد تطرأ حين فواتها لأسباب تخرج عن نطاق المخاطب بالقرار الإداري ، أجاز المشرع إمكانيّة تمديد هذه الآجال من خلال ورود حالة من حالات الإنقطاع المذكورة في المادة 832 من ق.إ.م.إ.

و من باب التذكير، فإنّ التمديد يكون عن طريق القطع و الوقف و الفرق بينهما يتمثل أنه في حالة القطع يتمّ حساب الميعاد من جديد حين وجود إحدى أسباب القطع، بينما يتمّ في حالة الوقف استكمال المدة المُتبقّية من الميعاد حين زوال سبب الوقف.

و وفق ما كان معمولاً به من قبل في ظلّ قانون الإجراءات المدنية ، أنّ القوة القاهرة (المادة 461) و طلب المساعدة القضائية (المادة 237) كانتا من أسباب الوقف بينما يُعتبر اللجوء إلى جهة قضائية غير مُختصة سبباً من أسباب القطع.

أمّا في ظلّ قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فقد استبقى المشرع على القطع فقط للاستفادة من التمديد و عدّد أسباب القطع على سبيل الحصر و هي:

1- الطعن أمام جهة قضائية إدارية غير مختصة.

2- طلب المساعدة القضائية.

3- وفاة المدعي أو تغيير الأهلية.

4- القوة القاهرة أو الحادث الفجائي.

بالتالي ، إذا تحققت إحدى هذه الأسباب يجوز تمديد الميعاد بحيث يُحسب من جديد يبدأ من:

- تاريخ تبليغ الحكم بعدم الإختصاص.

- بقبول أو رفض طلب المساعدة القضائية.

- من تاريخ وفاة المدعي أو تغيير أهليته (صدر حكم نهائي بالحجر مثلا).

- و من تاريخ زوال القوة القاهرة أو الحادث الفجائي.

من خلال ما سبق ، يتبين أنّ المشرع حاول تبسيط الإجراءات و هذا بتبني حالة واحدة من حالات التمديد و هي القطع جمعت " أغلب " الأسباب التي تُبرر هذا التمديد ، إلا أنّ بعض الأمور قد تطرح إشكاليات من الناحية العملية أهمها :

- أنّ تحديد المشرع لحالة القطع بسبب الخطأ في رفع الدعوى أمام جهة قضائية غير مختصة يطرح تساؤلات في غاية الأهمية، تتمثل في مدى استفادة رافع الدعوى من تمديد الأجل إذا ما قدمها خطأ أمام إحدى جهات القضاء العادي ؟

إذا كانت الحكمة و الأساس القانوني من تقرير حالة القطع بسبب رفع الدعوى أمام جهة قضائية غير مختصة هي تمكين المُتقاضى من تدارك خطئه و عدم تفويت فرصة المُطالبة بالحماية القانونية و ضياع حقوقه فإنها تسري و تنطبق بالضرورة على حالة القطع في المادة الإجرائية الإدارية ، فلا يوجد أيّ داع أو ضابط إجرائي يحول دون سريان القاعدة في مجال المنازعات الإدارية . و يُرجى أن يتخذ مجلس الدولة الجزائي موقفا في هذا الشأن ، حبذا أن يكون بتوسيع نطاق الإستفادة من تمديد الأجل لوجود حالة القطع بسبب رفع دعوى أمام جهة قضائية غير مختصة بغض النظر عما إذا كانت جهة قضائية إدارية أو عادية.

- فيما يتعلّق بتمديد الأجل بسبب القوة القاهرة أو الحادث الفجائي ، يظهر كذلك أنّ القضاء الإداري الجزائي (مجلس الدولة) مُطالب بوضع و تحديد معالم و مؤشرات يستهدي و يستعين بها القاضي لإبراز مضمون مفهومي القوة القاهرة و الحادث الفجائي اجتنابا للتفسير الواسع جدًا الذي يفسح المجال لإقحام القوة القاهرة و الحادث الفجائي كأسباب لقطع الميعاد في غير محلّها و التفسير الضيق إلى درجة استبعاد كل ظرف يُثار لتبرير التمديد ، و في كلتا الحالتين فإنّ المسألة تخرج عن الإطار و المقصود الذي ابتغاه المشرع من وراء تقرير حالات القطع.

الهوامش :

(1) - Berri Noureddine , « Faut-il mettre fin au dualisme juridictionnel » , communication présentée au séminaire national sur le thème « Le juge administratif et les libertés publiques » , université de Sidi Bélabs , publiée dans la Revue des Sciences Juridiques et Administratives , édition Errachad , N° 4 , p 131.

(2) - بودريوه عبد الكريم ، " هل تخلى المشرع الجزائري عن المعيار العضوي كأساس لاختصاص القضاء الإداري " ، مداخلة قدمت في الملتقى الوطني المنعقد بجامعة سيدي بلعباس يومي 28 ، 29 أبريل 2009 (غير منشور).

(3) - يتعلّق الأمر خاصة بشرط انتفاء الدعوى الموازية الذي نص عليه المشرع في المادة 276 ، أين لا يجوز رفع دعوى الإلغاء إذا كان للطاعن سبيل إجرائي آخر يُمكنه من بلوغ هدفه و هو إلغاء القرار الإداري غير المشروع ، بينما من

المؤكّد و الثّابت أنّه لا يُمكن تحقّق هذا الشرط لاستحالة اجتماع شروط الدعوى الموازية ذاتها ، لأنّها و حسب القواعد العامة في المرافعات يجب:

- أن تكون دعوى قضائية و ليس تظلما أو طعنا إداريا .
- أن تكون الدعوى الموازية دعوى أصلية و ليست دفعا .
- أن تُحقّق نفس النتيجة التي تُحقّقها دعوى الإلغاء ألا و هي إبطال القرار الإداري غير المشروع .

إلاّ أنّه و بالإطّلاع على المنظومة القانونية الإجرائية ، يظهر جليّا استحالة توفّر هذه الشروط نظرا لعدم وجود دعوى قضائية أخرى غير دعوى الإلغاء بإمكانها تحقيق هذه النتيجة ممّا يُؤكد عدم منطقيّة هذا الشرط . و حسنا فعل المشرع الجزائري بعدم تضمين القانون الجديد هذا الشرط.

حق المجني عليه في إقتضاء حقه في التعويض من الدولة

عبد الرحمان خلفي
أستاذ مساعد - كلية الحقوق
جامعة عبد الرحمان ميرة

لا يشك أي عارف بالخصومات أن المجني عليه مع إنطلاق الدعوى العمومية يفكر فحسب في أن يشفي غليله بعقاب الجاني (1) ، و لكن هذه الرغبة سرعان ما تنتهي، لتبدأ مرحلة المطالبة بتعويض ما تكبده من خسائر مادية و معنوية، فهو يريد أن يتم تعويضه، لكن يجد أن الجاني غير معروف أو أن وضعه المالي لا يسمح بذلك، فهل تلتزم الدولة بتعويضه أم تترك المجني عليه يتخبط في الإجراءات القانونية المعقدة دون أن يصل إلى ما يريد ؟

و أمام عجز كل السبل المعروضة في التشريعات المقارنة في تحقيق رغبة المجني عليه في الحصول على حقه في التعويض المناسب الذي يساهم - على الأقل - في إزالة بعض الآثار الخاصة بفعل الجريمة، فقد نشأ اتجاه جديد في الفقه الجنائي المقارن يهدف إلى تقرير حق المجني عليه في الحصول على تعويض له من الدولة بسبب الجريمة التي وقعت له في حالة فشله في الحصول على التعويض من الجاني أو من جهات المساعدات الإجتماعية الأخرى(2).

نحاول أن نناقش في موضوعنا هذا ظهور و تطور فكرة إلتزام الدولة بتعويض المجني عليه وفقا للشرائع القديمة و آراء الفقه و المدارس و المؤتمرات الإقليمية و الدولية، ثم ندرس أساس مسؤولية الدولة عن تعويض المجني عليه، ثم نتطرق إلى نطاق الحق في التعويض من حيث الجرائم و الأشخاص و الضرر موضوع التعويض، و أخيرا تطبيقات مسؤولية الدولة عن تعويض المجني عليه في التشريعات المقارنة و التشريع الجزائري.

المطلب الأول: تطور فكرة إلتزام الدولة بتعويض المجني عليه

لم تكن فكرة تعويض الدولة للمجني عليه فكرة جديدة، فلقد عرفت منذ الحضارات القديمة في بلاد النهرين، كما كانت موجودة بظهور الإسلام في الجزيرة العربية، ثم في أوائل القرن التاسع عشر من خلال كتابات و آراء الفقه، و تمت مناقشتها في العديد من المؤتمرات الدولية و الإقليمية، و بعدها تبنتها التشريعات المقارنة في العصر الحديث

الفرع الأول: من الناحية التاريخية

في العصور القديمة نجد أن قانون حمورابي في نص المادة 23 منه ألزم الحاكم بمساعدة المجني عليهم في جريمة السرقة عن طريق دفع تعويض لهم في حالة عدم معرفة الجاني أو عدم التمكن من

القبض عليه، و كذلك الحال في نص المادة 24 منه التي تلزم الحاكم كذلك بأن يدفع لورثة المجني عليه في القتل قيمة معينة من الفضة عندما لا يعرف القاتل⁽³⁾ .

أما النظام الجنائي الإسلامي المبني على قواعد العدل و المساواة و جبر الضرر و مراعاة حقوق المتهم و المجني عليه في آن واحد، فقد نظم بدوره حقوق ضحايا جرائم الدم سواء كانوا مجنبا عليهم من إعتداء عمدي أم نتيجة خطأ، و ذلك بتنظيم حصولهم على الدية سواء من الجاني أو عاقلته⁽⁴⁾ ، أو من بيت مال المسلمين إذا كان الجاني مجهولا أو معسرا، أو إذا لم تستطع عاقلته دفع الدية، و ذلك إعمالا للمبدأ الإسلامي الذي أرسى قواعده الإمام علي بن أبي طالب رضي الله عنه بقوله " لا يطل دم في الإسلام" تطبيقا لقول الرسول عليه الصلاة و السلام " أنا وارث من لا وارث له أعقل عنه و أرثه " و هكذا تكون قد أدركت الشريعة الإسلامية أهمية تعويض الدولة للمضروب من الجريمة إذا استحال عليه الحصول على التعويض من طريق آخر⁽⁵⁾، أخذا بالتكامل الإجتماعي الذي يجب أن يسود المجتمع الإسلامي⁽⁶⁾ .

الفرع الثاني: من الناحية الفقهية

أما في العصر الحديث فقد نادى المدرسة التقليدية الأولى على لسان الفقيه الإنجليزي "جريمي بنتام" في النصف الثاني من القرن التاسع عشر بضرورة إنشاء نظام لتعويض المجني عليهم من قبل الدولة، و ذلك بأن تبادر هذه الأخيرة بتعويض المجني عليهم من الخزنة العامة عندما يكون الجاني معسرا، لأنه لا يمكن ترك المجني عليهم الذين جنت عليهم الجريمة و تضرروا بسببها في أموالهم و أرواحهم يواجهون الضرر القاسي لوحدهم، بل يجب على المجتمع الذي ترك له واجب حمايتهم و المحافظة عليهم أن يبادر إلى جبر ذلك الضرر، و يسعى لتعويضهم كنتيجة طبيعية لعجزه عن وقايتهم من أخطار الجريمة⁽⁷⁾ .

و هو الأمر الذي عرضه "أنريكو فيري" فقيه المدرسة الإيطالية في كتابه "علم الإجتماع الجنائي"، بحيث صرح بدوره أنه على الدولة واجب رعاية حقوق المجني عليهم عن طريق صرف تعويض فوري لهم عند وقوعهم كضحايا لإحدى الجرائم، و قال ذلك "جارو فالو" بل نادى هذا الأخير بضرورة إنشاء صندوق للتعويضات يرمي إلى تعويض المجني عليهم الذين تضرروا من جراء الجريمة في حالة عجزهم عن الحصول على أي تعويض من الجاني⁽⁸⁾ .

الفرع الثالث: في المؤتمرات الإقليمية و الدولية

لقد إنعقدت جملة من المؤتمرات؛ كان أولها المؤتمر الدولي للسجون في باريس عام 1895، و نادى فيه الفقيه "أدولف برانز" في تقريره المقدم للمؤتمر "بأنه حان الوقت لأن تلتفت الدولة إلى المجني عليه و أن تراعي ظروفه و أحواله أسوة بالجاني الذي يلقي كل الرعاية و العناية من جانب الدولة التي تقوم بإطعامه و توفير المسكن و الملابس له، و تحرص على توفير الدفاع و الإنارة و الصحة له، و تشرف على تأهيله و تدريبه على نفيته، و عند خروجه من السجن تعطيه مبلغا من المال يمثل أجره عن عمله أثناء وجوده في السجن، بينما يترك المجني عليه وحده يقاسي من جراء الجريمة في الوقت الذي يساهم هو نفسه و عن طريق غير مباشر في رد إعتبار المجرم الذي أضرب به

من خلال الضرائب التي يقوم بدفعها إلى الدولة و التي تنفقها بدورها على الجناة أثناء تواجدهم في أماكن تنفيذ العقوبات" (9).

ثم إنعقد المؤتمر الدولي للسجون ببروكسل بلجيكا عام 1900 قدم من خلاله الفقيه الإنجليزي "وليام تالاك" تقريرا نادى فيه بوجوب أن تتحمل الدولة تعويض المجني عليهم في الحالات التي لا يحصلون فيها على تعويض من الجاني بسبب إفساره، كما يحدد الفقيه موردا لذلك و هي الغرامات الجزائية التي تحصل عليها الدولة من أحكامها الجزائية.

إلا أن ظروف الحرب العالمية الأولى و الثانية آنذاك حالت دون إيجاد صدى لهذه الفكرة، إلى غاية أن جاء دور المصلحة الإنجليزية "مارجري فراري" سنة 1957 التي نادى بضرورة أن تتولى الدولة بنفسها إنشاء نظام يكفل دفع التعويض للمجني عليهم و ذلك في مقال لها تحت عنوان "إنصاف المجني عليهم" و اقترحت أن يتم تمويل هذا النظام عن طريق فرض ضريبة على كل مواطن بالغ لا تتجاوز بنسا واحدا سنويا، و هو مبلغ ضئيل القيمة و لا يشكل عبئا ثقيلا على دخل الأفراد، و لكنه في المقابل يخفف من مآسي الضحايا(10)، و لاقت هذه الفكرة إستحسانا عند كثير من فئات المجتمع، و كانت بحق الشرارة الأولى التي دفعت فكرة مسؤولية الدولة عن تعويض المجني عليهم إلى حيز التنفيذ العملي بعدما كانت مجرد فكرة ترد في أذهان و مقالات الفقهاء، و قررت بعدها عدة دول إنشاء صندوق لتعويض المجني عليهم(11).

و توالى المؤتمرات الدولية التي بحثت هذا الموضوع؛ و نذكر منها على سبيل المثال مؤتمر "لوس أنجلوس" بكاليفورنيا سنة 1968، و الذي جاء في توصياته أنه ينبغي تعويض المجني عليهم من الدولة، كما يجب أن ينظر إلى هذا التعويض على أنه حق للمجني عليه و ليس منحة، ثم عقد المؤتمر الدولي الثاني لتعويض المجني عليهم في مدينة "باليتمور" بالولايات المتحدة الأمريكية، ثم المؤتمر الدولي الثالث لتعويض المجني عليهم سنة 1972 بمقاطعة "أونتريو" بكندا، ثم أعقب ذلك الندوة الدولية الأولى لعلم المجني عليه في فلسطين المحتلة سنة 1973 (12)، و التي تناولت من بين موضوعاتها تعويض المجني عليهم، و قد أصدرت هذه الندوة في ختام جلساتها عدة توصيات كان أهمها أنه على جميع الدول أن تأخذ في الإعتبار مسألة تأسيس أنظمة لتعويض ضحايا الجريمة (13).

كما أوصى المؤتمر الدولي الحادي عشر لقانون العقوبات المنعقد في "بودابست" سنة 1974 بأن التعويض من طرف الدولة إلى المجني عليهم حق و ليست منحة (14).

و أوصت اللجنة الوزارية في المجلس الأوروبي سنة 1977 حكومات الدول الأعضاء في المجلس أن يؤخذ في الإعتبار في الحالات التي يتعذر فيها حصول المجني عليهم على التعويض من أي مصدر، تعويض الذين أصيبوا بأضرار جسمانية جسيمة من جراء الجريمة، و كذلك الذين كانوا يعتمدون في إعالتهم على أشخاص قتلوا في الجريمة (15).

و أول مؤتمر عربي في هذا الشأن هو إنعقاد الأسبوع الرابع للفقهاء الإسلاميين في تونس من 14 إلى 19 ديسمبر لسنة 1974 بحيث ناقش هذا الأخير موضوع تعويض الدولة للمجني عليهم و بحث

في المبدأ الإسلامي المعروف "لا يطل دم في الإسلام" و كان من بين توصياته "إن من مبادئ الشريعة الإسلامية الغراء أن للفرد على الجماعة حق الحماية و الرعاية، فقد أخذت الدولة الإسلامية على عاتقها منع الجريمة، و إذا لم تسفر جهودها على تحقيق ذلك وجب عليها أن تعيد التوازن الذي أخلت به الجريمة، و الأصل أن عبء ذلك يقع على الجاني، فإن لم يعرف أو عجز هو و عائلته عن دفع الدية وجبت على بيت المال، إذ لا يسوغ أن يختلف حظ المجني عليهم في جرائم القتل بحسب ما إذا عرف القاتل أو لم يعرف و بحسب ما إذا كان موسرا أو معسرا..." (16).

و بعدها حل المؤتمر العربي الثاني بالمؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون الجنائي المنعقد من 12 إلى 14 مارس سنة 1989 الذي أوصى بما يلي "إلتزام الدولة بدفع تعويض للمجني عليه أو لأسرته في حالة وفاته أو عجزه إذا لم تصل العدالة إلى معرفة الفاعل أو كان هاربا و ذلك عملا بأحكام الشريعة الإسلامية الغراء ... " (17).

و بعد أن تناولنا تطور فكرة إلتزام الدولة بتعويض المجني عليهم من الناحية التاريخية، و عند الفقه، و في المؤتمرات الإقليمية و الدولية، يجدر بنا الآن أن نتناول الأساس الذي تقوم عليه هذه الفكرة و الذي من خلاله تلتزم الدولة بتعويض ضحايا الجريمة.

المطلب الثاني: أساس مسؤولية الدولة عن تعويض المجني عليه

إختلف الفقه حول الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية الدولة عن تعويض المجني عليه، و انقسموا في ذلك إلى إتجاهين؛ الإتجاه الأول يرجع هذه المسؤولية إلى الأساس القانوني؛ بحيث أن هناك إلتزام قانوني يقع على الدولة اتجاه المجني عليه، فتكون الدولة من خلاله مكلفة بحماية كافة الأفراد من مخاطر الجريمة، الأمر الذي يثير مسؤوليتها عند فشلها في منع وقوعها.

بينما يرجع الإتجاه الثاني هذه المسؤولية إلى الأساس الإجتماعي؛ بحيث يرون أن الدولة حين تبادر بصرف التعويض للمجني عليه إنما تفعل ذلك بدافع من نفسها بناء على قواعد التضامن الإجتماعي، فهي تشارك في تخفيف الآلام و المعاناة التي يقاسي منها المجني عليه من الجريمة (18).
و نحاول أن نبرز ما تضمنه كل إتجاه و تبيان الحجج التي يقوم عليها.

الفرع الأول: الأساس القانوني

يرى أنصار هذا الرأي أن هناك عقدا ضمنيا تم إبرامه بين الفرد من جهة و بين الدولة من جهة أخرى؛ يلتزم بمقتضاه الفرد بأداء الضرائب المقررة عليه سنويا إلى الدولة التي تستفيد منها في إنجاز المشروعات العامة، و تلتزم الدولة في المقابل بمهمة مكافحة الإجرام و السهر على تطبيق القانون، خاصة و أنها تحتكر لنفسها حق العقاب في العصر الحديث، فإن فشلت الدولة في منع وقوع الجريمة و أصيب الفرد بضرر ما من جرائم فتكون الدولة بذلك قد أخلت بالعقد الضمني القائم بينها و بين الأفراد، و تكون حينئذ ملزمة قانونا بتعويض كل الأضرار التي وقعت للأفراد جراء هذه الجريمة (19).

كما أن الدولة منعت الأفراد من حمل السلاح، و جرمت إلتجائهم إلى القصاص و الإنتقام من الجاني، و أصبح مستقرا في الفكر القانوني مبدأ عدم جواز لجوء الأفراد إلى إقامة العدالة لأنفسهم بأنفسهم، و يجب عليهم الرجوع إلى الدولة في المطالبة بحقوقهم.

و يترتب على ما تقدم أن وقوع الجريمة و حدوث أضرار لبعض الأفراد يعد إخلالا من جانب الدولة بإلتزامها بتوفير الأمن، و أضحي هذا الإخلال قرينة على خطئها، فتلتزم بالمقابل بتعويض المضرور (20).

و من جهة أخرى فإن الدولة تفرض على الأفراد القيام ببعض الواجبات لمساعدة العدالة كوجوب التبليغ عن الجرائم و تقديم المساعدة للأشخاص في حالة خطر (21) و ضبط الجناة و أداء الشهادة ... و غيرها، و إن قيام الأفراد داخل المجتمع بهذه الواجبات قد يلحق بهم أضرارا، فيكون وجوبا على الدولة تعويضهم حتى لا يترددوا في مساعدة العدالة.

كما أنه من غير المنطقي أن تستفيد الدولة من وقوع الجريمة بالغرامات المالية المحكوم بها ثم تترك المجني عليه الذي كان ضحية هذه الجريمة دون تعويض (22).

و يترتب على الأخذ بالأساس القانوني لمسؤولية الدولة عن تعويض المجني عليهم عدة نتائج نذكرها على النحو التالي:

1 - إن التعويض حق للمضرور من الجريمة و ليس منحة من الدولة، فتلتزم الدولة بتعويضه بصرف النظر عن حاجته أو مستوى دخله الإجتماعي، و دون الحاجة إلى إثبات تقصير الدولة في منع وقوع الضرر، و هي التوصية التي تقدم بها مؤتمر بودابست المشهور، و التي كانت توصية متقدمة جدا بالنظر إلى مستوى التشريعات المقارنة (23).

2 - تلتزم الدولة بتعويض المجني عليهم في كل أنواع الجرائم دون تمييز بينها، سواء كانت جرائم واقعة على الأشخاص مثل القتل والجرح... أم جرائم واقعة على الأموال مثل السرقة و النصب... أم جرائم ماسة بالشرف مثل الزنا و هناك العرض ... ، فالتعويض لا بد و أن ينظر إليه بإعتباره وسيلة لجبر الضرر دون الإكتراث بنوع الجريمة المرتكبة (24).

3 - إن الإلتزام الواقع على عاتق الدولة لا يميز بين نوع الضرر، لأنه إلتزام عام بالتعويض عن جبر جميع أنواع الأضرار التي تحدثها الجريمة، أي دون تمييز بين الضرر المالي أو الجسماني أو الأدبي (25).

4 - إن الجهة التي تفصل في مسألة التعويض يجب أن تكون جهة قضائية سواء كانت مدنية أم جزائية، لأن مخالفة الإلتزام القانوني تقتضي المساءلة أمام المحاكم (26).

الفرع الثاني: الأساس الإجتماعي

يرى أنصار هذا الإتجاه أنه يقع على الدولة إلتزام أدبي و إجتماعي بمساعدة المجني عليهم من الجرائم بالقدر الذي تسمح به ميزانيتها العامة، فالتعويض الذي تقدمه الدولة لهؤلاء هو نوع من أنواع

المساعدة الإنسانية و الإجتماعية ينطوي على معنى الخير و الإحسان نحو المجني عليهم و المحتاجين (27).

فالأفراد الذين يقعون ضحايا الجريمة يشكلون نسبة كبيرة من مجموع الأفراد، و هم يشبهون إلى حد ما العمال الضعفاء و العجزة و المرضى و الشيوخ ... و غيرهم ممن يحتاج إلى رعاية خاصة، و مثلما أصدرت الدولة تشريعات لحماية هؤلاء فيقع عليهم كذلك إلتزام إجتماعي يتمثل في إصدار تشريع يتضمن الحماية الكاملة للمجني عليهم (28)، و التي تتمثل في إنشاء نظام عام يقوم بدفع تعويض نقدي لهم عند إصابتهم بأضرار من الجريمة (29).

إذا الفكرة التي يقوم عليها الأساس الإجتماعي لإلتزام الدولة بالتعويض؛ أنها ملزمة ببذل أقصى ما في وسعها للحيلولة دون وقوع الجريمة، فإذا وقعت الجريمة يجب عليها أن تعمل على معرفة الجاني و محاكمته و إلزامه بتعويض المجني عليه، فإن عجزت عن معرفته أو ظهر أنه معسرا لم يبق أمامها إلا إلتزاما أدبيا بتعويض المضرور من منطلق وظيفتها الإجتماعية في مساعدة المضرورين (30). و يترتب على الأخذ بالأساس الإجتماعي لمسؤولية الدولة عن تعويض المجني عليهم عدة نتائج نذكرها على النحو التالي:

- 1 - إن التعويض الذي تدفعه الدولة إلى الضحية أو ورثتها هو نوع من الإعانة الإجتماعية أو صورة من صور المساعدة الإجتماعية و لا يعتبر حقا للضحية (31).
 - 2 - إن الدولة حين تقرر إنشاء نظام لتعويض المجني عليهم من الأموال العامة، فيجب عليها أن توازن بينه و بين جسامة الأضرار الناتجة عن الجريمة، و من ثم فلا يجوز تقرير هذا التعويض في كل أنواع الجرائم بل يقتصر على الجرائم الماسة بسلامة البدن فقط.
 - 3 - إن إلتزام الدولة بدفع التعويض يشترط حاجة المجني عليه لمساعدة الدولة، فإن كان موسرا فلا حاجة لتطبيق النظام عليه، كما أن التعويض يتحدد بمقدار الضرر الواقع على المجني عليه، و بإمكان الدولة أن تضع حدا أدنى و حدا أقصى للتعويض بحسب القدرة المالية للدولة (32).
 - 4 - إن القول بالأساس الإجتماعي للدولة يؤدي إلى إمكانية أن يعهد بمسألة التعويض إلى جهات إدارية فقط دون الحاجة إلى اللجوء إلى الجهات القضائية (33).
- رأينا في المسألة:

نحن من جهتنا نؤيد - من حيث المبدأ - بالأساس القانوني الذي يجعل من تعويض الدولة للمجني عليهم عن الجرائم التي تسبب لهم أضرارا حقا و ليس منحة أو منة، و لا ينظر في ذلك إلى حاجة الفرد إن كون موسرا أم معسرا؛ ذلك أن المبررات المقدمة من هذا الإتجاه مقنعة إلى حد كبير، خاصة ما تعلق منها بواجب دفع الضريبة الذي يقابله إلتزام بحماية الأفراد من الجريمة، فالضريبة لا يقدمها المواطن حسنة كي نقول بأن التعويض من الدولة يكون في إطار المساعدة، فلو خير المواطن بين دفعها أو عدم دفعها لأختار عدم الدفع مهما كان حسه المدني مرتفع، فيجب على الدولة أن تلتزم بتعويض المجني عليهم مثلما يلتزم المواطن بدفع الضريبة.

و يتم ذلك عن طريق إنشاء صندوق لهذا الغرض، يمول من الضرائب و من الغرامات و المصادرات التي تحكم بها الجهات القضائية، كما يمكن للدولة أن تمول الصندوق من الجناة أنفسهم عن طريق فرض مبلغا معيناً على المحكوم عليهم يصب في الخزينة العمومية، هكذا حتى لا تتعذر الدولة بضعف الموارد المالية، أو كما تساءل أحد الباحثين " كيف تكون الدولة وارث من لا وارث له و لا تكون ضامناً لمن لا ضامن له، فهل نؤمن ببعض الكتاب و نكفر ببعض" (34).

المطلب الثالث: نطاق الحق في التعويض

يقتضي منا هذا العنصر تناول نطاق التعويض من حيث الجرائم محل التعويض، ثم الأشخاص الذين يمكنهم الاستفادة من التعويض، و أخيراً الأضرار المشمولة بالتعويض.

الفرع الأول: من حيث الجرائم

من البدهة أن نقول أن التعويض الذي تلتزم به الدولة إتجاه المضرور يفترض وقوع جريمة و ارد نموذجها الإجرامي في القوانين الجزائية العامة أو الخاصة المعمول بها في البلاد، ذلك أن الأضرار إذا كانت ناتجة عن أفعال لا تشكل جريمة فهي تخرج عن مجال دراستنا.

و مما لا شك فيه أن الجاني مطالب بتعويض المجني عليه عن جميع الأضرار التي سببها له بفعل الجريمة المسندة إليه، و على أي نوع منها سواء كانت جرائم أشخاص أم جرائم أموال، و لكن هل يمكن تطبيق هذه القاعدة على تعويض الدولة للمجني عليه؟ بمعنى آخر؛ هل يشمل تعويض الدولة كلا النوعين من الجرائم (جرائم الأشخاص و جرائم الأموال) أم أنه يقتصر على نوع واحد فقط دون الآخر؟

يرى الغالبية من الفقه بأن يقتصر تعويض الدولة للمجني عليه على جرائم الأشخاص فقط بما في ذلك جرائم الشرف، مع ضرورة إستبعاد جرائم الأموال و هذا بناء على الحجج التالية:

— إنه يصعب على أي دولة مهما كانت حالتها المادية موسرة أن تواجه جميع طلبات التعويض عن الأضرار التي تلحق الأموال، ذلك لأن التكلفة المالية التي سوف تتحملها الدولة سوف تكون باهظة و مرهقة للدولة على نحو يجعلها غير قادرة على الوفاء بالتزاماتها نحو المجني عليه.

— كما أن التشريعات المقارنة خاصة في الدول الغربية، تجعل تسهيلات واسعة في تأمين الأفراد لأموالهم، و هو ما يدفع الكثير منهم إلى التأمين على ممتلكاتهم، و هو ما يوفر على الدولة بالتبعية لذلك عبء التعويض نتيجة تواجد شركات التأمين المكلفة بذلك طبقاً لعقود التأمين المبرمة بينها و بين الأفراد.

— كذلك نجد أن الأفراد يبالغون في كثير من الأحيان بالتصريح بالأضرار التي أصابت ممتلكاتهم عن طريق الغش، مندفعون في ذلك بالأرباح التي يمكن أن يجنوها من التعويض، على عكس جرائم الأشخاص التي يكون فيها الضرر تقريبا محددًا.

– و أخيراً إن التعويض عن جرائم الأشخاص يتجاوب مع الشعور العام لدى الأفراد الذين يحرصون على متابعة أخبار المجني عليهم عبر وسائل الإعلام، على عكس جرائم الأموال التي لا تلقى نفس الشعور⁽³⁵⁾.

إلا أن قلة من الفقه يرون بوجوب أن يشمل تعويض المجني عليهم الأضرار الناتجة عن جميع الجرائم دون إستثناء، لأن التعويض له علاقة بالضرر الذي أصاب المجني عليه من الجريمة و ليس بنوع الجريمة، و أكثر من ذلك إن هذا الإلتزام يكون نتيجة لعجز الجاني عن التعويض أو عدم معرفته، و هذا العجز مثلما يحدث بمناسبة جرائم الأشخاص يحدث كذلك بمناسبة جرائم الأموال، إذا لا فرق بين جرائم الأشخاص و جرائم الأموال في إحداث الضرر على المجني عليه، بل إنه في بعض الأحيان نجد أن جرائم الأموال تفوق ضرراً جرائم الأشخاص.

كما أن الدولة يمكنها أن تعوض المجني عليهم عن جرائم الأموال دون الإحتجاج بالتكلفة الباهظة إذا عرفت كيف تضع نظاماً محكماً لذلك عن طريق توسيع إيرادات صندوق التعويض⁽³⁶⁾.

رأينا في المسألة:

نحن نميل مع الرأي الأول؛ أي بوجوب أن يقتصر واجب الدولة نحو تعويض المجني عليهم على جرائم الأشخاص دون جرائم الأموال – كأصل عام – في إطار الواقعية و عدم المبالغة حتى لا نضع الدولة أمام إلتزامات قد تعجز عن الوفاء بها، ناهيك عن التكلفة الباهضة التي سوف تتحملها و التي تؤدي حينها إلى التأثير على باقي إلتزاماتها نحو المجتمع، إلا أنه يتعين أن يشمل التعويض الأضرار الناجمة عن الجرائم العمدية و غير العمدية من ضرب و جرح و قتل، و كذا جرائم الشرف من هتك عرض و زنا و غيرها، و لا بأس بتعويض جرائم الأموال التي لا مناص من التعويض عليها، و يمكن للدولة أن تذكرها على سبيل الحصر و تحدد لها سقفاً معيناً و تحرص فيها أشد الحرص على عدم الغش. و يستثنى من التعويض الجرائم التي يتم فيها الصفح أو التنازل من طرف الضحية، ذلك أن المجني عليه الذي إختار أن يضع حداً للمتابعة و يعفو عن الجاني حتى لا يرهقه بدفع التعويضات، فخرانة الدولة أولى بذلك.

كما يستثنى من ذلك الجرائم التي يساهم في وقوعها المجني عليه لأنه في هذه الحالة عليه أن يتحمل تبعه خطئه، أو جرائم الشرف الواقعة داخل العائلة تشجيعاً لهم على عدم كشفها.

و هذا تقريبا نهج غالبية التشريعات التي تعمل بنظام تعويض الدولة للمجني عليهم؛ بحيث تلجأ إلى التعويض عن جرائم الأشخاص فقط – كمبدأ عام – أما الأضرار المترتبة على جرائم الأموال فلا يتم التعويض عنها إلا إستثناءً و في أضيق الحدود⁽³⁷⁾.

الفرع الثاني: من حيث الأشخاص

لعل مؤتمر "بودابست" كان أكثر المؤتمرات إماماً بمسألة تحديد الأشخاص المستحقون للتعويض من الدولة، و نرجع في ذلك إلى التوصية الثانية التي تضمنت ما يلي: " تقتصر صفة المجني عليه

المستحق للتعويض على المضرور مباشرة من الجريمة، بالإضافة إلى هذا يجب أن يُعطى الحق في المطالبة لأقارب المجني عليه الذين يعولهم إذا كان قد لحقهم ضرر في وسائل معيشتهم " (38).

و نستنتج من هذه التوصية أن الأشخاص المعنيون بالتعويض هما المجني عليه الذي أصابه ضرر من الجريمة، و أقاربه المتضررين و الذين كان يعولهم، و أضافت التشريعات المقارنة فئة ثالثة هي كل شخص يصاب بأضرار من الجريمة أثناء مساعدته لرجال السلطة العامة، و هو بصدد أعمال القانون أو تنفيذه (39).

1/ - الفئة الأولى: المجني عليه المضرور.

لم تهتم التشريعات الإجرائية الجزائية المقارنة بإعطاء مفهوم للمجني عليه، و ربما يرجع السبب في ذلك إلى كونه ليس بطرف مهم في الخصومة الجزائية، و ترك ذلك للفقهاء (40).

و يعرف الدكتور رؤوف عبيد المجني عليه "بأنه من وقعت الجريمة عليه" (41).

و يعرفه المرحوم الدكتور محمود محمود مصطفى " بأنه الشخص الذي وقعت عليه النتيجة الإجرامية أو الذي أعتدى على حقه الذي يحميه القانون " (42).

و يعرفه الفقيه "روكو ROCCO" بأنه الشخص المحمي بنص القانون من الجريمة"، أما الفقيه "مانزين" MANZIN فيعرفه " بأنه الشخص الذي يتحمل الآثار المباشرة للجريمة" (43).

و نعرفه من جانبنا " بأنه الشخص الذي قصده الجاني بجريمة سواء تحقق الضرر أم لم يتحقق، و يستوي في المجني عليه أن يكون شخصا طبيعيا أم شخصا معنويا ".

و لا بد أن نشير و أن مصطلح المجني عليه يختلف عن مصطلح المضرور، و يمكن إيجاز هذا الاختلاف؛ في أن المضرور هو من أصابه ضرر من الجريمة بينما المجني عليه هو المقصود من الجريمة حتى و لو لم يصبه ضرر على الإطلاق (44)، و قد يكون المجني عليه مضرورا في نفس الوقت بحسب الحالة.

و رجوعا إلى موضوعنا؛ كي يستحق المجني عليه التعويض من الدولة لا بد أن يتحقق فيه شرطين؛ أولهما أن يصاب المجني عليه بضرر شخصي و مباشر - و هذا ما يفيد و أن المجني عليه في هذه الحالة يجب أن يحمل صفة المضرور - ثانيهما ألا يكون له دور في وقوع الجريمة.

إلا أن الفقه اختلف بشأن الإعتداد بحاجة المجني عليه للتعويض؛ فيرى بعض الفقهاء أنه لا بد من توافر شرط الحاجة للتعويض، فلا يمكن إعطائه لجميع المجني عليهم، فالتعويض في هذه الحالة يأخذ صورة الإعانة و التبرع، فيما يرى جانب آخر من الفقهاء ألا يعتد بحاجة المجني عليه لإستحقاقه للتعويض، فالكل سواء أمام الدولة في إستحقاق التعويض (45)، و هو الرأي الذي نميل معه.

2 / - الفئة الثانية: أقارب المجني عليه الذين كان يعولهم.

تحقيقا لمبدأ التكافل الإجتماعي يقع على الدولة واجب توسيع مجال التعويض و عدم تقصيره على المجني عليه المتضرر مباشرة الجريمة، بل يمتد إلى الأقارب إذا كان هذا الأخير هو المكلف بإعالتهم بعد التأكد من إصابتهم بأضراراً من وسائل عيشتهم بسبب الجريمة (46).

و اختلف الفقه حول تعويض الدولة لمن يعولهم المجني عليه، فالرأي الأول – و هو قليل – يذهب إلى رفض دفع التعويض إلى الأشخاص الذين يعولهم المجني عليه، بل يجب أن يقتصر التعويض على الأضرار المادية و الأدبية التي تصيب المجني عليه وحده بسبب الجريمة، و التي لا يتصور إصابة غيره بها، لأنها أضرار شخصية قاصرة عليه.

أما الرأي الثاني – و هو رأي الأغلبية – يذهب إلى وجوب تعويض الأشخاص الذين يعولهم المجني عليه، غير أن الإختلاف عندهم في اشتراط القرابة؛ فيوجد من يرى بالمفهوم الفعلي للأقارب و هو الأب و الأم و الأخ و الزوجة و الأولاد، مع إشتراط أن يكون هذا القريب معتمدا كلية في معيشتة على المجني عليه، و أن يعيش معه في مسكن واحد، إلا أنه هناك من يوسع مجال التعويض إلى الطفل بالتبني أو أي شخص آخر يقيم مع المجني عليه في مسكن واحد و تجمعته معه معيشة مشتركة، فالشرط الأساسي هو الإعالة، أي الإعتماد على الغير في المعيشة سواء كان إعتمادا كلياً أو جزئياً، مع الإشارة و أن إعطاء التعويض للأقارب لا يتحقق إلا في حالة وفاة المجني عليه (47).

و لا بأس بإعمال الرأي الثاني باعتبار أن المعيار في التعويض هو تحقق شرط الإعالة، فإن كان هذا الفرد تحت كفالة و إعالة المجني عليه فيستحق التعويض جبراً للأضرار المادية و المعنوية التي أصابته.

3 / – الفئة الثالثة: الأشخاص الذين يساعدون رجال السلطة العامة.

أو كما يسميهم البعض "المتطوعون لمنع الجريمة"، و ذلك تشجيعاً للأفراد على مساعدة من يتعرض لخطر ارتكاب الجريمة ضده، و حثاً لهم على مساعدة أجهزة العدالة، و وفاءاً بالجميل لهؤلاء المواطنين الصالحين سواء تطوع المجني عليه بنفسه لمنع الجريمة أم ساهم في التقليل من مخاطرها (48)، أم ساعد رجال السلطة جنبا إلى جنب لمكافحة الجريمة، و قد نصت بعض التشريعات مثل قانون كاليفورنيا على تخصيص قسم مستقل بعنوان " المواطنون الذين يفيدون المصلحة العامة" و ذلك بغرض منح تعويض عادل لهؤلاء، بل تعدى ذلك حتى جرائم الأموال.

و لعل المبرر في ذلك أن الظروف التي تدفع فيها الدولة التعويض لمواطن ساهم في منع الجريمة أو أعان رجال الشرطة أو أنقذ غيره من المخاطر تختلف تماماً عن الظروف التي تؤدي إلى دفع التعويض في الحالات العادية (49).

الفرع الثالث: من حيث نوع الضرر

يجب أن يكون التعويض الذي يطالب به المجني عليه الدولة نتيجة لضرر أصابه من الجريمة، و لا يختلف الضرر في القانون الجنائي عنه في القانون المدني – من حيث التقدير – إذ يشملهما تفسير واحد؛ و هو ما لحق المجني عليه من خسارة و ما فاتته من كسب (50).

فالضرر هو سبب الدعوى المدنية التبعية تطبيقاً لقاعدة "لا تعويض بغير ضرر" (51)، و يشمل التعويض الأضرار المادية التي تقع على المجني عليهم في جرائم الأشخاص – و هذا أمر طبيعي لأنه الهدف الرئيسي من وراء التعويض – أما الأضرار الأدبية فقد اختلفت حولها التشريعات؛ فمنها من ترى

بعدم التعويض عن الضرر الأدبي مثل قانون كاليفورنيا بالولايات المتحدة الأمريكية، أما التشريعات الأخرى – وهي الغالبية – ترى بوجوب أن يشمل التعويض الضرر الأدبي أسوة بالضرر المادي، فلا وجه للتفرقة بينهما في التعويض⁽⁵²⁾، ويشمل الضرر الأدبي جملة المعاناة و الآلام النفسية التي لحقت بالمجني عليه أو المحيطين به جراء الجريمة⁽⁵³⁾.

و نحن من جانبنا نؤيد التشريعات التي تأخذ بالتعويض عن الضرر الأدبي إلى جانب التعويض عن الضرر المادي، ذلك أن الأضرار النفسية لها كذلك وقعها في نفس الإنسان و لها آثارها السلبية، و منها ما يمتد إلى عدة سنوات، بخلاف الضرر المادي الذي قد يعالج في فترة وجيزة.

و الضرر المادي قد يكون جسمانيا مثل الجروح و العاهات و الإصابات، و التي عبر عنها المشرع الفرنسي في المادة 3/706 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي بأنها الأفعال التي تؤدي إلى الموت أو العجز الكلي أو الجزئي عن العمل لمدة تزيد عن شهر واحد⁽⁵⁴⁾.

كما قد يكون الضرر المادي ضررا ماليا و لكن ليس ناتجا عن جرائم الأشخاص، بل ناتجا عن جرائم الأموال، و لكن كما سبق الإشارة إليه قليلا من التشريعات التي تأخذ بالتعويض عن جرائم الأموال و منها التشريع الفرنسي و في حالات ضيقة.

المطلب الرابع: تطبيقات مسؤولية الدولة عن تعويض المجني عليه

نحاول في هذا العنصر معرفة تطبيقات مسؤولية الدولة عن تعويض المجني عليهم في التشريعات المقارنة و التشريع الجزائري.

الفرع الأول: موقف التشريعات المقارنة

– تعد "نيوزيلندا" أول دولة أصدرت تشريعا للتعويض عن الجرائم سنة 1963، و تم العمل به في أول جانفي 1964، و لم يؤسس هذا التشريع التعويض على أنه واجب على الدولة، و إنما على أنه أمر مرغوب فيه من الناحية الإجتماعية، و يعود الإختصاص في تطبيق هذا النظام إلى محكمة التعويض عن الجرائم الجزائية، و على طالب التعويض أن يثبت أنه أصابه ضرر مباشر من إحدى الجرائم المنصوص عليها في القانون المذكور.

و كان القانون في بدايته الأولى لا يعرض إلا بعض جرائم الأشخاص، إلا أنه و في تشريع لاحق أضاف التعويض عن بعض جرائم الأموال.

و يتم دفع التعويض إلى المجني عليه المتضرر من الجريمة أو إلى ورثته في حال موته بعد أن يعجز المجني عليه عن استيفاء حقه من الجاني إما لعدم معرفته أو لعدم استطاعته⁽⁵⁵⁾.

– أما في "إنجلترا" فأصدر مجلس العموم البريطاني قانونا ينظم التعويض عن الجرائم الجنائية سنة 1964 و دون تحديد لنوع الجرائم، أي يقبل تعويض الأضرار الناجمة عن جرائم الأشخاص و جرائم الأموال، و إستثنى من ذلك ما يقع على أحد أفراد عائلة الجاني إذا كان يقيم معه في مسكن واحد، و كذلك

ما ينجم عن حوادث السيارات، و يشترط في الضرر أن يكون شخصيا و مباشرا، و تفصل في طلبات التعويض لجنة مخصصة لهذا الغرض (56).

و في تعديل لاحق تم توكيل الفصل في التعويض إلى جهة قضائية جميع أعضائها من قضاة ذوي خبرة قانونية واسعة بالفصل في طلب التعويض (57).

— ثم تأتي في الترتيب "كالفورنيا" و التي تعد أول ولاية أمريكية أدخلت نظاما لدفع التعويضات عن الجرائم و ذلك سنة 1965، (58) و قد أدخل النظام كجزء من برنامج خيرى، و يرجع الإختصاص في الفصل في التعويضات من إدارة المعونة إلى إدارة الرقابة الحكومية التي تنظر في الإدعاءات المقدمة ضد الدولة، و لا يسمح بالتعويض إلا عن الخسارة المادية، و تخصم منه المبالغ المدفوعة إلى المجني عليه من مصادر أخرى، و تحل الدولة محل المجني عليه في حقوقه قبل الجاني (59).

ثم تلت هذه الولاية عدد كبير من الولايات الأمريكية، و بعدها كندا في ثمان محافظات ليتسع بعدها إلى أغلب المحافظات، ثم فنلندا و ألمانيا و عدد من الدول الأوروبية ... و غيرها.

— أما في فرنسا تحديدا فإن أول قانون لها ينص على إلتزام الدولة بتعويض المجني عليهم صدر في 03 جانفي 1977 في نص المادة 3/706 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي الذي قصر التعويض في البداية على جرائم العنف العمدية و غير العمدية، ليتم تعديل هذا القانون في 02 فيفري 1981 ليشمل بالتعويض الأضرار الناجمة عن السرقة و النصب و خيانة الأمانة و لكن بشروط (60)، و قررت أن يتم التعويض في حالة عدم معرفة الفاعل أو أن الفاعل معسرا لا يقدر على تعويض المجني عليه، و أضافت حالة أخرى عندما تقع الجريمة من قبل شخص غير مسؤول جزائيا لتوافر مانع من موانع المسؤولية قبله مثل المجنون و السكران على نحو غير إرادي.

و يُعطي القانون الفرنسي الحق في نظر طلبات التعويض إلى لجنة تأخذ شكل المحكمة المدنية في مقر كل محكمة إبتدائية، تتكون من إثنين من القضاة بالإضافة إلى عضو ثالث يمثل مصالح المجني عليهم، يطلق على هذه اللجنة "لجنة تعويض ضحايا الجريمة" (CIVI) و تكون جلساتها سرية، و من حق المجني عليه الإستعانة بمحام و إحضار الشهود و الإستعانة بالخبراء و تقديم كل ما يساعد على إثبات حقه في التعويض (61).

— أما في دولة مصر فقد جاء في نص المادة 457 من الدستور المصري " كل إعتداء على ... حرمة الحياة الخاصة للمواطنين ... جريمة لا تُسقط الدعوى الجنائية و لا المدنية الناشئة عنها بالتقادم، و تكفل الدولة تعويضا عادلا لمن وقع عليه الإعتداء".

و النص كما يبدو ظاهره يتحدث عن الجرائم الماسة بحرمة الحياة الخاصة للمواطنين، و هي المعبر عنها حديثا بالتتصت و التسجيل و نقل المكالمات الهاتفية و المحادثات التي تجري في الأماكن الخاصة.

و الدولة — وفقا للنص — تتحصر كفالتها في تعويض الضحية المباشرة فقط، فهي لا تشمل المضرور بصفة عامة، فمناطق هذا النص الدستوري هو حماية المواطن ضد مخاطر التقدم التكنولوجي

الحديث الذي أصبح يهدد هدوء الإنسان و كيانه المعنوي، أما مقدار التعويض فقد أجاز عنه نص الدستور بالقول " أن الدولة تكفل تعويضا عادلا " و في القوانين المصرية يستعمل عبارة التعويض العادل للدلالة على التعويض غير الكامل (62).

و قد لاقت الدولة المصرية الكثير من النقد حول سياستها نحو المجني عليه، ذلك أن النص الدستوري جاء متحدثا فحسب عن الجرائم الماسة بجرمة الحياة الخاصة للمواطنين و تجاهل جرائم العنف العمدية و غير العمدية (63).

بالإضافة إلى ذلك نجد أن هذا النص لم يُدعم بآليات تطبيق، فهو يحتاج إلى قانون مكمل يحدد مجال و حدود و شروط التعويض و غير ذلك من القواعد اللازمة لطرح فكرة التعويض موضع التطبيق. و لقد تم إعداد مشروع قانون عقوبات إسلامي سنة 1981 من طرف إحدى لجان مجلس الشعب، أين تم الحديث عن إنشاء صندوق يكفل تعويض لضحايا الجرائم إذا ما ظل الجاني مجهولا أو إتضح أنه معسرا، و لكن لم يكتب لهذا المشروع أن يرى النور لحد الآن.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري

إن المتصفح للنصوص التشريعية الجزائرية لا يجد بها نص عام يكفل إلتزام الدولة بتعويض المجني عليهم عن الأضرار التي تصيبهم جراء الجريمة، بل كل ما وجدناه نصوصا متناثرة تتناول فئات خاصة فقط، لا تخرج عن تعويض المتضررين جراء حوادث المرور و ذلك في الحالات التي يستحيل فيها على شركة التأمين تعويض الضحية، و هو في ذلك قد أوكلها إلى الصندوق الخاص بالتعويضات، و كذلك تعهدت الدولة بتعويض ضحايا الخطأ الجزائري الواقع من طرف رب العمل أو في حالة حادث مرور كان بمناسبة العمل، و في ذلك يعهد بالتعويض إلى صندوق الضمان الإجتماعي، و أخيرا صندوق تعويض ضحايا الإرهاب الذي يهتم بتعويض المجني عليهم من جراء الجرائم الإرهابية، و نحاول أن ندرس هذه الصور الثلاث للتعويض بحسب ترتيبها الزمني في الإنشاء.

1/ - الصندوق الخاص بالتعويضات:

أنشأ المشرع الجزائري الصندوق الخاص بالتعويضات سنة 1963 ثم أعاد تنظيمه بموجب الأمر 15/74 الصادر في 1974/01/30 و أخيرا بموجب المرسوم الحامل لرقم 37/80 المؤرخ في 1980/02/16، و يجري تمويله من الخزينة العمومية.

يهدف هذا الصندوق إلى منح تعويضات إلى الضحايا المتضررين من جراء حوادث المرور، و ذلك في حالة ما إذا تعذر العثور على المسؤول عن الخطأ أو تعذر الحصول على التعويض، و هذا وفقا لنص المادة 34 من الأمر 15/74 التي تنص " يكلف الصندوق الخاص بالتعويض بدفع التعويضات إلى المصابين جسمانيا من حوادث المرور أو إلى ذوي حقوقهم في الحالات المشار إليها في المادة 24 و ما يليها من الأمر 15/74".

و يشرع الصندوق الخاص بالتعويضات في دفع التعويض إلى المصاب أو ذوي حقوقه في إطار الأحكام المشار إليها في الفقرة السابقة إذا لم يؤد التعويض لهم من قبل أي شخص أو هيئة مكلفة بدفعه طبقاً للأحكام القانونية و التنظيمية.

و رجوعاً إلى نص المادة 24 من الأمر 15/74 فإننا نجد الحالات المعنية بالتعويض محددة كما يلي "يكلف الصندوق الخاص بالتعويضات بتحمل كل أو جزء من التعويضات المقررة لضحايا الحوادث الجسمانية أو ذوي حقوقهم و ذلك عندما تكون هذه الحوادث التي ترتب عليها حق التعويض مسببة من مركبات بريئة ذات محرك، و يكون المسؤول عن الأضرار بقي مجهولاً أو سقط حقه في الضمان وقت الحادث أو كان ضماته غير كاف أو كان غير مؤمن له أو ظهر بأنه غير مقتدر كلياً أو جزئياً". ثم يحل الصندوق محل الدائن بالتعويض في المطالبة بحقوقه التي يكون قد إستفاد منها كلياً أو جزئياً الضحية.

و نخلص بالقول فيما يتعلق بالصندوق الخاص بالتعويضات أن المشرع الجزائري أنشأ هذا الأخير لدفع التعويضات بمناسبة جرائم القتل و الجروح الخطأ الواقعة بمناسبة حادث مرور لم يتم فيه العثور على الجاني أو أن الجاني في حالة إفسار لا يمكنه دفع قيمة التعويض، أو أن مركبته كانت غير مؤمنة أو سقط حقه في الضمان، و يأخذ المجني عليه تعويضاً عادلاً له أو لذوي حقوقه في حالة الوفاة، أي أن هذا الصندوق خاص بفئة محددة لا يمتد إلى غيرها، و بجرائم معينة لا يتوسع فيها، و الجهة المكلفة بالفصل في أحقية التعويض هي هيئة قضائية أحكامها تقبل الطعن بالطرق العادية و غير العادية.

2/ - صندوق الضمان الإجتماعي:

في الحقيقة أن صندوق الضمان الإجتماعي أنشئ لمهام أخرى غير مهمة تعويض ضحايا الجريمة، و لكن أدخل المشرع الجزائري إلزام على عاتق الصندوق بتعويض المجني عليهم في حالة ما إذا تعرض العامل إلى حادث عمل بمناسبة خطأ من رب العمل إذا كان هذا الخطأ له وصف الجريمة في قانون العقوبات⁽⁶⁴⁾، أو في حالة ما إذا تعرض العامل لحادث مرور و لكن بمناسبة العمل، فيعوضه الصندوق إدارياً و يحل محله للمطالبة بالحقوق أمام الجهات القضائية.

كما يستفيد من التعويض الضحية و ذوي حقوقه طبقاً لنص المادة 47 من القانون رقم 15/83 المتعلق بمنازعات الضمان الإجتماعي و التي تنص " في حالة صدور خطأ غير معذور أو متعمد عن صاحب العمل يستفيد المصاب أو ذوي حقوقه من الأدعاءات الواجب دفعها من طرف هيئة الضمان الإجتماعي طبقاً للقانون 13/83 المؤرخ في 02 يوليو 1983 المتعلق بحوادث العمل و الأمراض المهنية"

و نخلص بالقول فيما يتعلق بصندوق الضمان الإجتماعي أن المشرع الجزائري قد أوكل إلى هذا الأخير الحلول محل أرباب العمل لتعويض العمال المجني عليهم إذا وقعت عليهم جريمة عمدية أو غير عمدية - و في ذلك توسيع لمجال الجرائم محل التعويض - كما يمكن تعويض ذوي الحقوق في إطار

القانون، و يتم الفصل في التعويض إداريا أمام لجنة مكلفة بذلك، ليحل بعدها الصندوق محل الضحية للمطالبة بالتعويضات أمام الجهات القضائية.

إذا هذا التعويض ليس له علاقة بعدم العثور على الجاني أو أن الجاني كان معسرا، و إنما هذا التعويض يكون في إطار علاقة العمل و من قبيل ضمان تعويض مستعجل للضحية إلى حين الحصول على تعويضه المستحق أمام الجهات القضائية، مما تجعله يحمل طابع المساعدة قبل أو أثناء الخصومة الجزائية و ليس بعدها كما هو الحال فيما يتعلق بموضوع دراستنا.

3/ - صندوق تعويض ضحايا الإرهاب:

أنشأ المشرع الجزائري صندوق تعويض ضحايا الإرهاب بموجب المرسوم التنفيذي رقم 47/99 المؤرخ في 13 فبراير 1999⁽⁶⁵⁾، و الذي أوكل إليه مهمة التكفل بالضحايا المتضررين من جراء الجرائم الإرهابية التي ارتكبت ضدهم.

و يستفيد من هذا الصندوق كل شخص تعرض لعمل إرهابي أو جماعة إرهابية يؤدي إلى الوفاة أو إلى أضرار جسدية أو مادية وفقا لنص المادة 02 من المرسوم أعلاه، و يستفيد كذلك من هذا الصندوق الموظفون و الأعوان العموميون ضحايا الإرهاب و ذوي حقوقهم⁽⁶⁶⁾.

و يعتبر من ذوي الحقوق طبقا لنص المادة 112 من هذا المرسوم أصول المتوفي و أزواجه و الأبناء الأقل من 19 سنة أو 21 سنة إذا كانوا يزاولون دراستهم أو يتابعون تكويننا مهنيًا، و الأطفال تحت الكفالة، و الأبناء مهما كان سنهم إذا كان يستحيل عليهم و بصفة دائمة ممارسة أي نشاط مربح بسبب عاهة أو مرض، و كذلك البنات بدون دخل مهما كان سنهم.

كما يستفيد كذلك المجني عليهم الذين تعرضت أملاكهم إلى الإتلاف، و قد حددت المادة 91 من المرسوم المذكور أعلاه الأملاك المعنية بالتعويض؟ و هي المحلات ذات الإستعمال السكني و الآثاث و التجهيزات المنزلية و الألبسة و السيارات الشخصية، أما الأوراق المالية و الحلي فلا تدخل ضمن التعويضات، و فيما يتعلق بتعويض باقي الممتلكات فتتص المادة 95 من هذا المرسوم " يحدد نص خاص كفيات تعويض المحلات ذات الإستعمال الصناعي و الأملاك التجارية و المستثمرات الفلاحية و قطعان المواشي و كل تربية أخرى للحيوانات ".

يُقصى من الإستفادة من التعويض الأشخاص الذين ثبت تورطهم في أي قضية إرهابية أو تخريبية في الوطن، و يوقف عنه التعويض حتى و لو بدأ في تقاضيه لفترة معينة، و هذا ما تنص عليه المادة 116 من المرسوم.

الملاحظة التي نسجلها على صندوق تعويض ضحايا الإرهاب هو أن المشرع الجزائري إحترم فيه إلى حد بعيد المعايير الدولية، و ذلك بأن حمل الدولة الأضرار الناتجة عن المأساة الوطنية و جعل التعويض يستفيد منه المجني عليه و ذوي حقوقه، كما وسع في إستفادة ذوي الحقوق فشملت الأصول و الأزواج و القصر و الأبناء تحت الكفالة و الأبناء دون عمل البالغين إذا كانوا مصابين بعاهة أو مرض و الأبناء دون عمل مهما كانت أعمارهم، كما وسع من الجرائم، فلم يكتف بالجروح العمدية و

غير العمدية و القتل، بل أدرج فيها حتى الجرائم التي تتسبب في أضرار مادية ماسة بالممتلكات في إطار السكن و الأثاث و المركبة.

يعود الإختصاص للفصل في طلب التعويض إلى جهات إدارية و يكون الأمر بالصرف فيها هو وزير الداخلية و الولاية، إلا أن أي شخص رأى بأن له حق في التعويض و رفض الصندوق تمكنه من ذلك أن يقاضيه أمام الجهات القضائية المختصة.

إن هذا الإلتزام الواقع من طرف الدولة في تحملها نتائج الأفعال الإجرامية لم تكن بسبب عدم معرفة الفاعل أو أن الفاعل كان معسرا، و إنما تشمل جميع ضحايا الإرهاب في مواجهة جميع المجرمين دون إستثناء (67).

و المسجل كذلك على هذا الصندوق أنه أنشئ بموجب مرسوم تنفيذي و ليس بموجب قانون، مما يُعطي الإنطباع بأنه صندوق مؤقت و ليس دائم، مرتبط فحسب بالمأساة الوطنية، مما تجعله أقل فاعلية.

بالنتيجة لما سبق عرضه حول موقف المشرع الجزائري من مسؤولية الدولة عن تعويض ضحايا الجريمة، و بالمقارنة مع التوجه الدولي و ما تقضي به أحكام الشريعة الإسلامية يمكن القول أنه موقف محتشم، لأنه إهتم بتعويض فئات من الضحايا في جرائم محددة، و لم يهتم بتعويض الضحايا عن جميع الجرائم المرتكبة ضده، فكان عليه أن ينشئ صندوقا واحد يجمع فيه جميع ضحايا الجريمة تحت عنوان واحد بعد إلغاء صندوق ضحايا الإرهاب و الصندوق الوطني للتعويضات، و إن شاء أن يُعطي بعض الإمتيازات لبعض الحالات الخاصة فلا بأس بذلك، على أن يقرن التعويض بعدم معرفة الفاعل أو عدم إستطاعته تسديد التعويض، أو أن إمكانية التعويض غير ممكنة لأي سبب من الأسباب.

خاتمة و توصيات:

إن التوجه الحاصل اليوم على مستوى الفقه الجنائي المقارن يسير نحو تكريس حقوق المجني عليه بعد أن ظل فترة من الزمن لصالح المتهم، أو على الأقل محاولة الموازنة بين حقوق المتهم و المجني عليه، باعتبار أن كلاهما طرفا في الخصومة الجزائية.

لقد عرجنا في موضوعنا هذا على أحد أهم الجوانب الأساسية في حقوق المجني عليه ألا و هي حق المجني عليه في إقتضاء حقه في التعويض من الدولة، و لقد تناولنا فيه نشأة و تطور حق المجني عليه في إقتضاء حقه من الدولة، و كان ذلك من خلال التطرق إلى الأصل التاريخي و موقف الشريعة الإسلامية ثم تأثير الفقه و المؤتمرات الدولية على ذلك.

كما تحدثنا عن الأساس الذي يقوم عليه حق المجني عليه في التعويض من الدولة؛ و من الفقه من يرى بالأساس القانوني الذي يقتضي و أن التعويض حق و ليس منحة، أما الأساس الإجتماعي يرى بأن إلتزام الدولة بالتعويض نابع من حرصها على ضمان المساعدة للمجني عليه، و يترتب على ذلك أن التعويض هو مجرد إعانة من الدولة و ليس حقا للضحية.

تناولنا نطاق الحق في التعويض من حيث الجرائم و الأشخاص و الأضرار، و طرحنا النقاشات الفقهية التي تناولت الموضوع، و اخترنا منها ما هو أرجح و أقنع.

كما درسنا تطبيقات حق المجني عليه في التعويض من الدولة في التشريعات المقارنة و التشريع الجزائري، و من التشريعات المقارنة تشريعات أمريكية و أوروبية، أما التشريع الجزائري فذكرنا من تطبيقاته الصندوق الخاص بالتعويضات و صندوق الضمان الإجتماعي و صندوق تعويض ضحايا الإرهاب.

و في كل المسائل الخلافية أبدينا رأينا بما يتوافق و الإطار المعمول به في الساحة العلمية.

و نحاول أن نجمل توصياتنا حول هذا الموضوع على النحو التالي:

– على الدولة أن تتبنى نظاما تحدد فيه مسؤوليتها عن تعويض ضحايا الجرائم يشمل جميع الفئات، و يدرج هذا النظام ضمن قانون خاص بهذا الشأن، أخذا بالأساس القانوني القائل بأن تعويض الدولة للمجني عليهم حق و ليس منحة.

– ينشأ لهذا الغرض صندوقا وطنيا يسمى " صندوق تعويض ضحايا الجريمة " يتم تمويله في جزء منه من الضرائب و جزء ثان من الغرامات و المصادرات المحكوم بها و جزء ثالث من أموال الجناة أنفسهم عن طريق فرض مبلغ معين يتم دفعه إلى الصندوق لا يقل عن 1000 دج لكل محكوم عليه في أية جريمة لكي يتم تمويل الصندوق بالأساس من جيوب الجناة.

– إتباع أسلوب حصر الجرائم حتى لا نتقل كاهل الدولة بتعويض كل الجرائم، و لا بأس من تخصيص جرائم العنف العمدية و غير العمدية التي تتسبب في الوفاة أو الجروح خارج إطار التعويض عن حوادث المرور، ثم جرائم الشرف خارج إطار العائلة، أما جرائم الأموال فيتم تعويض فقط الجرائم التي لا مناص من تعويضها مع تحديد سقف معين لمبلغ التعويض.

– ضرورة تعويض الأضرار المعنوية مثلما يتم تعويض الأضرار الجسمانية، لأنها لا تقل أثرا في سلوكيات المجني عليه.

– وجوب أن يشمل التعويض المجني عليه و كل الأشخاص الذين يعولهم، دون ربط ذلك بالدخل أو المستوى المعيشي.

– يعهد بالفصل في طلب التعويض إلى جهة قضائية أو لجنة يغلب عليها العنصر القضائي لأن البحث في التعويض يقتضي مناقشة بعض المسائل القانونية المتعلقة بالجريمة و الضرر الناشئ عنها، و لا يملك تقدير ذلك إلى القضاة.

قائمة المراجع المستعملة:

- 1- د. فايز الكندري، دور الدولة في تعويض المجني عليه، مداخلة أقيمت بالحلقة النقاشية التي عقدتها مجلة الحقوق في كلية الحقوق بجامعة الكويت، تحت عنوان الحماية القانونية للضحية في القانون الكويتي، بتاريخ 2003/12/23، منشورة بمجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة الثامنة و العشرين، جوان 2004، ص 58.
- 2- د. عادل محمد الفقي، حقوق المجني عليه في القانون الوضعي مقارنا بالشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراة في الحقوق، مناقشة في جامعة عين شمس بكلية الحقوق، سنة 1984، ص 242.
- 3- د. زكي زكي حسين زيدان، حق المجني عليه في التعويض عن ضرر النفس، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، دون ذكر الطبعة والسنة، ص 188، نقلا عن الدكتور محمود سلام زناتي، قانون حمورابي، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، عدد يناير سنة 1971، ص 24.
- 4- العاقلة جمع عاقل، و هو دافع الدية، و العاقلة هم العصابة، و هم القرابة من قبل الأب الذين يعطون دية القتل، و قال إسحاق: إذا لم تكن العاقلة أصلا فإنه يكون في بيت المال و لا تهدر الدية (لسان العرب لابن منظور، كلمة العاقلة، دار صادر للطباعة و النشر، بيروت، لبنان، الطبعة الرابعة، سنة 2005، الجزء العاشر، ص 243).
- 5- إن التعويض يشبه الدية، و هو البديل في الأحكام الوضعية عن الدية، فإن به معان تتصل بالقانون المدني و أخرى بالجزائي، و عندما حلت قوانين العقوبات المستمدة من القوانين الفرنسية محل الحدود أبقى على القصاص و الديات و تدريجيا ألغى القصاص و الدية و شرعت أحكام بديلة (د. محمد عبد الجواد المنتشه، التداخل بين الدية و التعويض، مداخلة أقيمت بالمؤتمر القضائي الشرعي الأردني الدولي الأول، سنة 2007، منشورة على الموقع www.csjd.gov.io).
- 6- د. محمد أبو العلا عقيدة، تعويض الدولة للمضرور من الجريمة (دراسة مقارنة في التشريعات المعاصرة و النظام الجنائي الإسلامي) دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الثانية، سنة 2004، ص 09.
- 7- د. عادل محمد الفقي، الرسالة السابقة، ص 242.
- 8- د. زكي زكي حسين زيدان، المرجع السابق، ص 190، نقلا عن د. محمد يعقوب حياتي، تعويض الدولة للمجني عليهم في جرائم الأشخاص، رسالة دكتوراه من كلية الحقوق بجامعة الإسكندرية، سنة 1977، ص 45.
- 9- د. عادل محمد الفقي، الرسالة السابقة، ص 244، نقلا عن:
- William TALLACK, réparation to the injured and the rights of the victims of crime to compensation, london, 1966 p18.
- 10- يعد "علم الضحية" نظام علمي مستقل، كان نتيجة مجهود بعض علماء الجريمة أمثال " Von hentig " الألماني، الذي كتب مقالا بعنوان " ملاحظات عن التفاعل بين مرتكب الجريمة و الضحية " نشرت في مجلة القانون الجنائي و علم الجريمة سنة 1941، ثم نشر كتابا بعنوان " المجرم والضحية " عام 1948، و لكن أول من إستعمل علم الضحية الطبيب النفسي الأمريكي " Fredrick wertham " سنة 1949 و قد ركز على وجوب الإعتماد على علم الضحية كإحدى الدراسات العملية، و قد بقيت الدراسات على علم ضحايا الجريمة قليلة نسبيا بالمقارنة مع ماتضمنه علم الإجرام، و خلال الستينات ظهرت موجة كبيرة من الكتب و المقالات تعلن عن بدء الإهتمام بعلم الضحية، و نتج عن مظاهر الإهتمام العالمي بعلم الضحية أن نشأت "الجمعية العالمية لعلم الضحية" سنة 1979 التي تعقد دوراتها مرة كل ثلاث سنوات (د. ناجي بدر بدر، مقال منشور بمجلة البحوث الأمنية العدد 26 سنة 1424 هجري، ص 139 و ما بعدها)
- 11- د. زكي زكي حسين زيدان، المرجع السابق، ص 190، 191.
- 12- يعتبر الكيان الصهيوني من أكبر المهتمين بعلم الضحايا و تعويض المجني عليهم، لذلك نجد لهم حضورا لا يتصوره أحد في الجمعية العالمية لعلم المجني عليه، و في الندوة العلمية الآن استمرت عشرات الحلقات و الإهتمام بعلم

المجني عليه لكي يصلوا إلى المعالم الحقيقية التي يطمسها بعض التشوهات أو كثير منها بأنهم هم الضحايا (أشار إلى ذلك الدكتور يعقوب حياتي في مداخلة له تحت عنوان: دور الدولة في تعويض المجني عليه في الحلقة النقاشية حول: الحماية القانونية للضحية، المشار إليها أعلاه، ص 57.

13- د. عادل محمد الفقي، الرسالة السابقة، ص 266.

14- د. محمود محمود مصطفى (رحمه الله) حقوق المجني عليه في القانون المقارن، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، سنة 1975 ص 126.

15- د. زكي زكي حسين زيدان، المرجع السابق، ص 194.

16- تكملة للتوصية " ... و قليل من تشريعات الدول الحالة يسمح بتعويض ضحايا جرائم القتل من الأموال العامة كنوع من المساعدة الإجتماعية التي تعطي لمن أضرروا في معاشهم بسبب الجريمة و تعويضا عن الخسائر المادية وحدها، و بعد أقصى لا يصل دائما إلى قدر الضرر، أما الشريعة الإسلامية فإنها تعطي أولياء الدم حقهم كاملا مما يبرز سمو أحكام الشريعة الإسلامية على أحكام أكثر الدول غنى و تقدما، و يقتضي العمل بها في هذا المجال في البلاد الإسلامية " (مأخوذة من عند د. محمود محمود مصطفى - رحمه الله - حقوق المجني عليه في الإجراءات الجنائية في الشريعة و القانون، مقال منشور في مجلة البحوث القانونية و الإقتصادية بجامعة المنصورة، العدد الثاني، سنة 1987، ص 3) .

17- حقوق المجني عليه في الإجراءات الجنائية، المؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون الجنائي، القاهرة، سنة 1989، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 1990، ص 611.

18- د. عادل محمد الفقي، الرسالة السابقة، ص 273.

19- د. محسن العبودي، أساس مسؤولية الدولة عن تعويض المجني عليه في القانون الجنائي والإداري والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، دون طبعة، سنة 1990، ص 05.

20- د. محمد أبو العلا عقيدة، المرجع السابق، ص 27.

21- و قد حدث أن إستجاب أحد الأطباء الفرنسيين لواجبه القانوني و المهني و الإنساني، و خرج في جنح الظلام مع بعض الأفراد لإنقاذ شخص في حالة خطر، إلا أن الواقع أثبت أنها مكيدة مدبرة له حيث قتله من جاءوا طالبين مساعدته، و ألقوا بجثته في مجرى مائي، فما الحكم إذا لم يعرف الجناة، و لم يكن هناك قانون يلزم الدولة في مثل هذه الحالات؟ حدثت هذه الواقعة في أوائل الخمسينات من القرن الماضي، و كان أول قانون صدر في فرنسا لتعويض الدولة للمجني عليهم في جرائم العنف في فرنسا في 03 جانفي 1977 مشار إليه عند د. محمد أبو العلا عقيدة، المرجع السابق، الهامش 03، ص 28.

22- أ. سماتي الطيب، حماية حقوق ضحية الجريمة خلال الدعوى الجزائية في التشريع الجزائري، مؤسسة البديع للنشر والخدمات الإجتماعية، الجزائر، الطبعة الأولى سنة 2008، ص 303.

23- د. محمود محمود مصطفى (رحمه الله) حقوق المجني عليه في القانون المقارن، المرجع السابق ص 131.

24- د. محمد حنفي محمود، الحقوق الأساسية للمجني عليه في الدعوى الجنائية (دراسة مقارنة) دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، سنة 2006، ص 168.

25- د. خيرى أحمد الكباش، مبدأ مسؤولية الدولة عن تعويض المجني عليهم، أساسه عناصره، ضماناته، مداخلة منشورة في مجموعة أعمال مؤتمر "حقوق المجني عليه في الإجراءات الجنائية" المؤتمر الثالث للجمعية المصرية للقانون الجنائي، المرجع السابق، ص 583.

26- د. خيرى أحمد الكباش، المداخلة السابقة، ص 584.

27- د. زكي زكي حسين زيدان، المرجع السابق، ص 192.

- 28- د. بوزيد الدين الجيلاني، إصلاح الأضرار الناتجة عن الأعمال الإرهابية و قواعد المسؤولية الإدارية، مقال إلكتروني منشور على الموقع www.docs.ksu.sa.
- 29- د. عادل محمد الفقي، الرسالة السابقة، ص 279.
- 30- د. محمد أبو العلا عقيدة، المرجع السابق، ص 34، 35.
- 31- أ. سماتي الطيب، المرجع السابق، ص 304.
- 32- د. أحمد عبد اللطيف الفقي، الحماية الجنائية لحقوق ضحايا الجريمة، رسالة دكتوراه بجامعة عين شمس بكلية الحقوق، سنة 2001، ص 476.
- 33- د. عادل محمد الفقي، الرسالة السابقة، ص 281.
- 34- د. خيرى أحمد الكباش، المداخلة السابقة، ص 595.
- 35- هذه الحجج واردة عند د. عادل محمد الفقي، الرسالة السابقة، ص 305.
- 36- د. عادل محمد الفقي، الرسالة السابقة، ص 306.
- 37- د. محمد أبو العلا عقيدة، المرجع السابق، ص 90.
- 38- نجد توصيات مؤتمر بودابست واردة تقريبا في أغلب الكتب التي تناولت الضحية كموضوع للدراسة، و هي مستمدة من المجلة الدولية للقانون الجنائي لسنة 1973.
- 39- د. عادل محمد الفقي، الرسالة السابقة، ص 319.
- 40- د. حسنين إبراهيم صالح عبيد، شكوى المجني عليه - تاريخها، طبيعتها، أحكامها - (دراسة مقارنة) دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، سنة 1975، ص 84.
- 41- د. رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري، مطبعة نهضة مصر بالفجالة، مصر، طبعة أولى، سنة 1954، ص 71.
- 42- د. محمود محمود مصطفى (رحمه الله)، حقوق المجني عليه في القانون المقارن، المرجع السابق ص 112.
- 43- تعاريف واردة عند د. محمد صبحي محمد نجم، رضا المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية (دراسة مقارنة) ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دون طبعة، سنة 1983، ص 71.
- 44- أما عن إختلاف مصطلح الضحية عن مصطلح المجني عليه؛ فإن بعض رجال القانون و الباحثين يعبرون عن مصطلح المجني عليه بلفظة الضحية، فالمجني عليه هو الضحية، و هو من وقع عليه الإعتداء بفعل يوصف في القانون بأنه جريمة، و هناك من يصفه بالضحية المباشرة للجريمة، و لا يراد بهذا الوصف إلا التمييز بين المجني عليه الخاص و هو من وقعت الجريمة إعتداء على حق من حقوقه و المجني عليه العام و هو المجتمع الذي تأذى بالجريمة، و منهم من يؤثر استخدام لفظة ضحايا للدلالة على ضحايا السلوك المجرم فضلا عن الذين يصابون بالضرر في عائلاتهم و أقاربهم الذين أضيروا في أجسامهم و عواطفهم. إلا أن الغالب عند الفقه استعمال لفظة الضحية و يراد بها كل من المجني عليه و المضرور من الجريمة (د. محمد عبد اللطيف عبد العال، مفهوم المجني عليه في الدعوى الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، دون ذكر الطبعة، سنة 2006، ص 15، 16).
- 45- د. عادل محمد الفقي، الرسالة السابقة، ص 321.
- 46- د. محمد أبو العلا عقيدة، المرجع السابق، ص 106.
- 47- د. عادل محمد الفقي، الرسالة السابقة، ص 326، 327.
- 48- و قد حدث في مدينة نيويورك أن قتل شاب في التاسع من أكتوبر سنة 1965 أمام زوجته و طفليه الرضع، و ذلك حينما حاول منع إعتداء شخص في حالة سكر ضد سيدتين طاعنتين في السن كانتا تجلسان في إحدى عربات المترو،

و لقد نجح في إنزاله من العربية، إلا أن الجاني تمكن من الصعود مرة أخرى و قتلته بمدرة كانت معه، و ترك المجني عليه خلفه أرملة و طفلين و معاشا هزيلا لأنه كان موظفا بسيطا، مما دعا مدير مرفق النقل بالمدينة إلى المطالبة بضرورة صدور تشريع يعرض أسر المجني عليهم الذين قتلوا أثناء محاولتهم حماية الآخرين، واستجاب مجلس مدينة نيويورك فورا لهذا الطلب وأصدر لائحة تعويض أمثال هؤلاء (هذه الحادثة واردة عند د. محمد أبو العلا عقيدة، المرجع السابق، هامش 02 ص 108، 109)

- 49- د. عادل محمد الفقي، الرسالة السابقة، ص 328.
- 50- د. محمد حنفي محمود، المرجع السابق، ص 181.
- 51- د. محمود نجيب حسني (رحمه الله) شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الثالثة سنة 1995، ص 287.
- 52- د. عادل محمد الفقي، الرسالة السابقة، ص 330.
- 53- د. محمد أبو العلا عقيدة، المرجع السابق، ص 96.
- 54- د. محمد حنفي محمود، المرجع السابق، ص 182 .
- 55- د. عادل محمد الفقي، الرسالة السابقة، ص 248.
- 56- د. محمود محمود مصطفى (رحمه الله) حقوق المجني عليه في القانون المقارن، المرجع السابق ص 133.
- 57- د. محمد أبو العلا عقيدة، المرجع السابق، ص 129.
- 58- د. زكي زكي حسين زيدان، المرجع السابق، ص 191.
- 59- د. محمود محمود مصطفى (رحمه الله)، حقوق المجني عليه في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 135.

⁶⁰⁻ Anne D'HAUTVILLE, les droit des victimes.rev.sc.crim(1) janv-mars 2001 p115.

- 61- د. محمد أبو العلا عقيدة، المرجع السابق، ص 131، 132.
- 62- د. عادل محمد الفقي، الرسالة السابقة، ص 357.
- 63- د. محمد حنفي محمود، المرجع السابق، ص 201.
- 64- و يعرض الصندوق كذلك حالة العامل الذي أخطأ في حقه رب العمل ولكن بموجب خطأ مدني وليس جزائي.
- 65- و في الحقيقة أن هذا الصندوق قد تم إنشاؤه بموجب المرسوم التشريعي رقم 93 - 01 المؤرخ في 19 جانفي 1993 المتضمن قانون المالية، و في نص المادة 145 - 5 منه بعنوان " صندوق ضحايا الإرهاب " و بنفس رقم الحساب الوارد في الخزينة العمومية و هو 075 - 302، و لا ندرى هل أبقى على نفس الصندوق و لكن فقط تم تعديل التسمية باعتبار أن رقم الحساب بقي كما هو، أم أنشئ صندوق جديد لتعويض ضحايا الإرهاب على نفس رقم الحساب.
- 66- و كان المرسوم التشريعي رقم 93 - 01 لا يشمل بالتعويض إلا موظفي مصالح الأمن و العسكريين و الشرطة و الشبهيين بهم التابعين لوزارة الدفاع و المديرية العامة للأمن الوطن دون المدنيين، إذ تنص المادة 145 منه " يتقاضى ذوو حقوق موظفي مصالح الأمن و المستخدمين العسكريين المعوقين أثناء آداتهم للخدمة خلال عمليات مكافحة الإرهاب و التخريب من حساب ميزانية الدولة معاش خدمة إلى غاية السن القانونية للتقاعد ..."
- 67- إن هذا الإلتزام الواقع على عاتق الدولة كان نتيجة تحملها واجباتها نحو المواطن عند عدم إستطاعتها حماية و تأمين حياته و ممتلكاته، و هذا الإلتزام طبيعي مثله مثل الإلتزام بتعويض ضحايا الفيضانات و الكوارث الطبيعية و غيرها، و قد سبقت دولة الكويت تعويض ضحايا الحرب الواقعة من العراق سنة 1990 إحساسا منها بمسؤوليتها في ذلك، و كان السباق في ذلك صدور قرارا قضائيا عن محكمة التمييز الكويتية بهذا الصدد جاء فيه " ... و كانت إستعادة الحكومة الشرعية سيادتها على الدولة و بسط هيمنتها و نفوذها على جميع أرجاء البلاد يوجب عليها إستخدام جميع الوسائل

و التدابير الكفيلة لتطهير البلاد مما ترك المحتل من مخلفات و أسلحة و ألغام تشكل خطورة على حياة الناس و أمانها، فإن الفاعل في هذه الجريمة معلوم، و لكن لا يمكن الوصول إليه و يبقى من حق كل مواطن تضرر من هذا العدوان أن يحصل على تعويض، و لو كان هذا نتيجة لما بعد الإعتداء بسبب زرع الألغام و ما شابه ذلك مشار إليه عند (د. يعقوب حياتي، دور الدولة في تعويض المجني عليه، مداخلة أقيمت بالحلقة النقاشية التي عقدها مجلة الحقوق في كلية الحقوق بجامعة الكويت بتاريخ 2003/12/23 منشورة بمجلة الحقوق السالفة الذكر، ص 57) .

كيف عالج المشرع الجزائري جريمة الرشوة
في القانون رقم 01/06 المؤرخ في 2006/02/20
" المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته " ؟

سعدي حيدرة

أستاذ مساعد

كلية الحقوق - جامعة تبسة

المقدمة :

إن جرائم الاعتداء على المصلحة العامة لا تصيب بضررها المباشر مصلحة خاصة لفرد ، أو لأفراد معينين ، بل تنال مباشرة من حق المجتمع ككل ، فتهدره في كيانه كما هو الشأن في جرائم أمن الدولة الخارجي أو الداخلي ، وقد تصيب الإدارة وحسن أدائها لوظائفها التي وجدت من أجلها كدولة ، كجريمة الرشوة ، وجرائم الاختلاس ، والغدر ، واستغلال النفوذ وإساءة إستغلال الوظيفة ، وقد تنال من الثقة العامة ، مثل جرائم تقليد خاتم الدولة ، والعملية وجرائم التزوير في المحررات الرسمية .
ونتعرض بالدراسة لجريمة كثر وقوعها في العمل ، وهي تصيب الإدارة الحاكمة في الصميم ، إذ تعرقل سيرها ، وتشكك في نزاهتها كدولة مديرة للصالح العام للمجتمع ، ألا وهي جريمة الرشوة .
ولقد أحدث لها تنظما جديدا فهل هذا التنظيم الجديد جدير بأن يقضي على هذه الآفة التي تتخر كيان المجتمع ، وتذهب بمصادقية الدولة في حد ذاتها ؟ ذلك ما سنحاول الوقوف عنده في هذه الدراسة الوجيزة من خلال معالجة هذا الموضوع بصورة موجزة ومركزة وذلك على النحو التالي :

المبحث الأول : أسس جريمة الرشوة Corruption .

المبحث الثاني : عقوبة جريمة الرشوة .

المبحث الأول: أسس جريمة الرشوة Corruption

إن المهام الأساسية للدولة هي حسن سير إدارتها الحاكمة ونزاهتها، وللوصول إلى هذا الهدف تختار الدولة من بين أفرادها موظفين يتولون القيام بهذه المهمة، لقاء أجر يحصلون عليه في صورة مرتب. فمهمة الموظف تتجلى في أن يؤدي هذه الخدمة أو العمل المنوط به ، والذي يكون بناء على اتفاق بينه وبين الدولة وهو مرغم بالالتزام بهذا الاتفاق ، ومن أهم بنود هذا الاتفاق عدم حصول أو طلب هذا الموظف لأي مقابل إضافي على مرتبه من صاحب المصلحة أو الحاجة ، متى لجأ إليه لقضاء مصلحته أو حاجته .

إن لجوء الموظف إلى استغلال وظيفته للحصول على مقابل من صاحب الحاجة ، يعد خرقا للاتفاق المبرم بينه وبين الدولة ، ويجعل الحصول على الخدمة أو الحاجة قاصرا على القادرين من أفراد المجتمع ، ويترتب على ذلك فساد العلاقة بين الحاكم والمحكوم ، والخط من هيبية موظفيها

واحترامهم ، وكذلك أن الموظف يثري على حساب غيره دون سبب مشروع ، فالموظف العام الذي يتاجر في أعمال وظيفته ، ويهبط بها إلى مستوى السلع والبضائع ، بأن يطلب أو يقبل أو يحصل من صاحب الحاجة على مقابل لأجل قضاء حاجته ، يكون قد خان الاتفاق المبرم بينه وبين الدولة وجدير بأن يقع تحت طائلة العقاب (1) .

– تعريف الرشوة:

" الرشوة هي اتجار الموظف العام (أو القائم بخدمة عامة) بوظيفته أو استغلالها بأن يطلب أو يقبل أو يحصل على عطية أو وعد بها لأداء عمل من أعمال وظيفته أو الامتناع عنه أو الإخلال بواجباتها " (2) من هذا التعريف نجد أن هذه الجريمة تفترض وجود طرفين ، موظف أو مستخدم يطلب أو يقبل ما يعرض عليه من عطية أو وعد بها بشكل مباشر أو غير مباشر ، مقابل قيامه بعمل أو الامتناع عن عمل من واجباته ويسمى " المرتشي " ، وصاحب مصلحة أو حاجة يتقدم بالعطية أو الوعد إلى الموظف ليؤدي له العمل أو ليمتنع عنه ويسمى " الراشي " .

وقد يتوسط بين الراشي والمرتشي شخص ثالث يطلق عليه " وسيط " يكون بمثابة ممثل أو رسول لأحد الطرفين أو كليهما .

– أنظمة جريمة الرشوة :

اختلفت التشريعات في تجريمها لجريمة الرشوة إلى نظامين تشريعيين :

– نظام ثنائية جريمة الرشوة

– ونظام أحادية جريمة الرشوة

1 – نظام أحادية جريمة الرشوة :

يرى هذا النظام أن جريمة الرشوة هي جريمة واحدة ، يرتكبها الموظف العام باعتباره الفاعل لها أما الراشي فهو مجرد شريك أو متدخل متى توافرت شروط أي منهم في شأنه .
ويأخذ بهذا النظام القانون الإيطالي ، والقانون البولوني ، والقانون المصري في الماد 103 وما بعدها .

2 – نظام ثنائية جريمة الرشوة :

وينظر هذا النظام إلى فعل الرشوة على أساس أنه جريمتان مميزتان ، الأولى سلبية من جانب الموظف العام (الرشوة السلبية) ، والثانية إيجابية من جانب صاحب المصلحة (الرشوة الإيجابية) .
وتستقل كل من الجريمتين عن الأخرى في التجريم والعقاب ، حيث لا يعتبر سلوك الراشي اشتراكا في جريمة المرتشي ، وإنما سلوك كل منهما مستقل في جريمته . لذلك يتصور أن توجد إحدى الجريمتين دون الأخرى ، كما يتصور أيضا أن يكون لكل من الراشي والمرتشي شركاء في جريمته غير شركاء الآخر (3) .

ويأخذ بهذا النظام القانون الفرنسي ، والقانون الألماني ، والقانون الجزائري في آخر تشريع له والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته في القانون رقم 06 – 01 الصادر بتاريخ : 2006/02/20 ، وبذلك يكون

المشروع الجزائري في هذا القانون قد أخذ بنظام ثنائية جريمة الرشوة ، حيث أدرج الباب الرابع تحت عنوان " التجريم والعقوبات وأساليب التحري - رشوة الموظفين العموميين " .

وقد نصت المادة 25 من هذا القانون على أنه : " يعاقب بالحبس من سنتين (2) إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 200.000,00 دج إلى 1.000.000,00 دج ،

1 - كل من وعد موظفا عموميا بمزية غير مستحقة أو عرضها عليه أو منحه إياها بشكل مباشر أو غير مباشر ، سواء كان ذلك لصالح الموظف نفسه أو لصالح شخص أو كيان آخر ، لكي يقوم بأداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل من واجباته .

2 - كل موظف عمومي طلب أو قبل بشكل مباشر أو غير مباشر مزية غير مستحقة ، سواء لنفسه أو لصالح شخص آخر أو كيان آخر ، لأداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل من واجباته " .

لقد ذهب المشروع الجزائري في هذا القانون بعيدا، وهذا لتجنب المتاعب التي كانت تحول دون إثبات جريمة الرشوة ، وهي إفلات الفاعل من العقاب في الحالات التالية :

1 - حين يطلب الموظف المقابل فلا يستجاب له من قبل صاحب الحاجة، فطبقا لنظام أحادية جريمة الرشوة لا تقع هذه الجريمة تامة مما يمكن معه أن يفلت هذا الموظف من العقاب.

2 - عندما يعرض صاحب الحاجة المقابل فيرفضه الموظف، ففي نظام أحادية الجريمة الخاصة بالرشوة لا يعاقب صاحب الحاجة عند رفض عرضه لأن جريمة الرشوة وفقا لهذا النظام لم تقع.

بل إن المشروع الجزائري نص على صاحب الحاجة في التجريم أولا ، وبعد ذلك يأتي الموظف العام في الفقرة الثانية من المادة 25 من هذا القانون 06 - 01 المؤرخ بتاريخ 20/02/2006 ، وكان يريد أن يغير من رأي الاتجاه التقليدي ، الذي يعتد في جريمة الرشوة بسلوك الموظف المرتشي لا بسلوك صاحب الحاجة أو المصلحة أي الراشي ، وإنما اعتمد أن العبرة في جريمة الرشوة بسلوك صاحب الحاجة لا بسلوك الموظف العام .

ونحن نرى أن هذه المحاولة لا طائفة من ورائها لمحاربة هذه الجريمة ، لأن أعمال الوظيفة أو الخدمة توجد بين يدي الموظف الذي يستطيع أن يعبت بهذه الوظيفة أو يستغلها كما يريد ، مثلما ستنبيه هذه الدراسة .

وسنحاول تبيان أركان جريمة الرشوة مثلما نظمها المشروع ، بعدما سبق وبيننا بأن الرشوة هي اتجار الموظف العام بوظيفته أو استغلالها ، بأن يطلب أو يقبل أو يحصل على عطية أو وعد بها ، لأداء عمل من أعمال وظيفته أو الامتناع عنه أو الإخلال بواجباتها .

المطلب الأول : الركن المادي لجريمة الرشوة

لقد نظم المشروع الجزائري في هذا القانون جريمة الرشوة حسب النشاطات أو المجالات التي تقع فيها، ومن ثم أعطى لها خمسة مفاهيم في قانون 06 - 01 المؤرخ في 20/02/2006، وهي:

1 - رشوة الموظفين العموميين، وقد نص عليها في المادة 25 من هذا القانون.

2 - الرشوة في مجال الصفقات العمومية، ونص عليها في المادة 27 من نفس القانون.

3 – رشوة الموظفين العموميين الأجانب وموظفي المنظمات الدولية العمومية ، نص عليها في المادة 28 من نفس القانون .

4 – تلقي الهدايا، نص عليه في المادة 38 من نفس القانون.

5 – الرشوة في القطاع الخاص، ونص عليها في المادة 40 من نفس القانون.

والركن المادي في جريمة الرشوة يتمثل في نشاط إجرامي يصدر من غير الموظف العام ، أو من موظف عام مختص ، وينصب على مزية أو وعد بها أو أي منفعة أخرى ، نظير قيامه بعمل من أعمال وظيفته أو الإخلال بها .

ومن هنا نقول بأن الركن المادي في جريمة الرشوة له ثلاثة عناصر أساسية هي:

– النشاط الإجرامي، – موضوع أو محل هذا النشاط، – الغرض من الرشوة.

ويضاف إليهم عنصر آخر وهو عنصر مفترض وهو صفة الموظف العام، وسنبين هذا العنصر الأخير أولاً ، لأنه سيتكرر في كل الفروع الأخرى .

الفرع الأول : العنصر المفترض صفة الموظف العام

أولاً – تحديد مدلول الموظف العام :

جاء في القانون 06 – 01 المؤرخ بتاريخ 20/02/2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته

في المادة 2 تحت عنوان " المصطلحات " ثلاثة أنواع من الموظفين:

أ – موظف عمومي، ب – موظف عمومي أجنبي ، ج – موظف منظمة دولية .

نلاحظ أن مفهوم الموظف العام له مدلول أوسع عما هو مستقر في القانون الإداري ، لأن المشرع

غالباً ما يهدف إلى حماية الثقة العامة التي يوليها الأفراد للخدمة العامة ونزاهتها ، فاعتبر في حكم

الموظف العام في جريمة الرشوة ، طوائف معينة من الأشخاص لا تصدق على أغلبيتهم هذه الصفة (4) .

أ – ويبين مدلول الموظف العمومي، نص المادة 2 من القانون بقولها:

" 1/ كل شخص يشغل منصبا تشريعيا أو تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا أو في أحد المجالس الشعبية المحلية

المنتخبة، سواء كان معينا أو منتخبا، دائما أو مؤقتا، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر، بصرف النظر

عن رتبته أو أقدميته.

2/ كل شخص آخر يتولى ولو مؤقتا وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر ، ويساهم بهذه الصفة في خدمة

هيئة عمومية أو مؤسسة عمومية أو أية مؤسسة أخرى تملك الدولة كل أو بعض رأسمالها أو أية مؤسسة

أخرى تقدم خدمة عمومية .

3/ كل شخص آخر معرف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما.

ب – موظف عمومي أجنبي: كل شخص يشغل منصبا تشريعيا أو تنفيذيا أو قضائيا لدى بلد أجنبي، سواء

كان معينا أو منتخبا، وكل شخص يمارس وظيفة عمومية لصالح بلد أجنبي بما في ذلك لصالح هيئة

عمومية أو مؤسسة عمومية.

ج - موظف منظمة دولية عمومية : كل مستخدم دولي أو كل شخص تأذن له مؤسسة من هذا القبيل بأن يتصرف نيابة عنها .

يتضح من النصوص السابقة أن مدلول الموظف العام في صدد جريمة الرشوة في القانون الجنائي ، ليس مفهومه كما مفهومه في القانون الإداري . ويتبين من هذه النصوص أن الموظف العام يشتمل على الفئات التالية :

1 - الموظف الحكمي ، 2 - الموظف الفعلي ، 3 - الموظف العام الحقيقي .

1 - الموظف الحكمي في جريمة الرشوة :

نص المشرع على اعتبار فئات من الأشخاص في حكم الموظفين العموميين ، بالرغم من أنهم لا يعدون موظفين عموميين طبقا للمفهوم الإداري الدقيق للموظف العام .

المادة 2 / ب / 1 من القانون 06 - 01 المؤرخ في 20/02/2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته (5) .

أ - وتضم هذه الفئة كل شخص يقوم بخدمة عامة سواء بالانتخاب أم بالتعيين ، ولو لم يكن ضمن فئات الموظفين العموميين بشرط أن يكون انتدابه لأداء هذه الخدمة صحيحا ، أي صادرا ممن يملكه قانونا ، ويستوي أن يكون الندب عن طريق الانتخاب أو التعيين .

- وتمس جريمة الرشوة ، حسب هذا النص ، أعضاء المجالس الشعبية المحلية المنتخبة أو المجالس الوطنية التشريعية - المجلس الشعبي الوطني أو مجلس الأمة - وسواء كانوا معينين أو منتخبين ، دائمين أو مؤقتين ، بأجر أو بغير أجر .

ب - أو قضائيا : ومعنى ذلك من يشغل منصبا قضائيا ، وهم الذين يعاونون القضاة في ممارسة اختصاصاتهم ، سواء بعمل شبيه بعمل القضاة كالمحامين أو بالتمهيد له كالخبير ، كما تضم أيضا المصفون والحراس القضائيون .

ج - وقد نصت الفقرة الثانية من المادة 2 من نفس القانون (6) على أشخاص آخرين بأن اعتبرت حكما في فئة الموظفين العموميين، العامل أو المستخدم في الدولة أو في إدارة عامة، وهذه الفئة تشمل الأجراء وموظفي وعمال المرافق الصناعية والتجارية، الذين لا يعتبرون موظفين عموميين لأن أي منهم يعمل في الدولة أو في إدارة عامة .

- ويدخل تحت هؤلاء الأشخاص الآخرين ضباط السلطة المدنية أو العسكرية أو أي فرد من أفرادها، دون تمييز، لأن النص جاء عاما .

- ويدخل تحت هذه الفقرة الثانية المحامون، رغم أنهم ليسوا موظفين عموميين ولا مكلفين بخدمة عامة، بل المشرع ألحقهم بالموظفين لأن المادة تنص في الفقرة الثانية على: "... أو وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر..." ، فبالرغم من أنهم يمارسون أعمالا حرة ، إلا أن المشرع ألحقهم بالموظفين .

2 - الموظف الفعلي : ويستشف من هذه النصوص القانونية أن الموظف الفعلي قد يكون في حالتين :

أ - إذا لم يصدر قرار تعيينه .

ب - إذا صدر قرار التعيين وكان مشوباً بأي عيب من العيوب يؤدي إلى بطلانه ، أي أن هذا الشخص يدير الشؤون العامة كما هو الحال إذا ما عجزت السلطات الشرعية عن القيام بهذه المهمة ، كما لو امتنع الاتصال بجزء من الإقليم بسبب الفيضانات أو الاضطرابات ، فإن الموظف العام في كلتا الحالتين يخضع لنصوص جريمة الرشوة حماية للوضع الظاهر الذي يحيل على الاعتقاد بأنه معين من قبل السلطات المختصة للقيام بهذا العمل (7) .

3 - الموظف العام الحقيقي: نصت المادة 2 من هذا القانون في الفقرة ب/ 1 على أن الموظف العمومي الحقيقي هو:

أ - **الموظف العام الدائم:** وهي فئة تتولى عملاً دائماً في وظيفة معينة في إحدى المؤسسات التي يحددها القانون.

ب - **الموظف العام المؤقت :** وهي فئة تتولى وظيفة أنشأت لمدة معينة أو لعمل عارض ، أو أن هذا الموظف يشغلها لمدة محددة من حيث الزمان والمكان .

ج - الأجير : يعتبر أجيراً كل شخص في خدمة الدولة مقابل الخدمة التي يؤديها للمصالح العام .

ويعتبر موظفاً عاماً بالمعنى الدقيق في القانون الإداري كل شخص معين في وظيفة دائمة ، أو مؤقتة في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو السلطة العامة ، وأن تكون لتلك الوظيفة درجة في ميزانية المرفق أو داخله في التدرج الهرمي المقرر لنظام الوظائف فيه (8) .

ومن هنا يكون موظفاً عاماً كل من يعمل بصفة دائمة ، أو مؤقتة في خدمة مرفق عام إداري كمرفق الصحة ، القضاء ، التعليم أو الأمن العام أو في الجماعات المحلية كالبلدية أو الولاية ، أو في السلطات المرفقية كالمؤسسات والمصالح العامة المتمتعة بالشخصية المعنوية مثل القطاعات الصحية وغيرها .

أما فيما يتعلق بالمرافق العامة الصناعية والتجارية ، فإننا نلاحظ أن المادة 2/ب/2 قد أخرجت من عداد الموظفين العموميين بنص صريح ، الأجراء أو بدون أجر ، الذين يعملون في خدمة مرفق عام إداري ، إذ العلاقة بينهم وبين الدولة عقدية ولا ينطبق عليهم النظام القانوني الخاص بالوظائف العامة مثل رئيس مجلس الإدارة أو أعضائه أو الموظفون والعمال فلا يعتبرون موظفين عموميين ، وإنما يخضعون لقواعد وأحكام القانون الخاص .

نخلص إلى أن قانون 06 - 01 المؤرخ في 20/02/2006 في جريمة الرشوة ، قد أعطى لفكرة الموظف العام معنى أوسع من معناها المعروف في القانون الإداري ، بحيث لا تقتصر على الموظف الحقيقي وإنما تمتد لتشمل أشخاصاً آخرين يعتبرون في حكم الموظفين العموميين ، بالإضافة إلى الموظف الفعلي ، بل ذهب إلى أبعد من ذلك حين أخضع لأحكام جريمة الرشوة عمال ومستخدمي القطاع الخاص . كما أن المشرع الجزائري طبق نصوص جريمة الرشوة على الذين يتبعون حكومة أجنبية أو إحدى الهيئات الدولية ، والذين يعملون في الأراضي الجزائرية ، ولم يشترط في جميع الأحوال أن يكون المرشحي موظفاً لدى الحكومة الجزائرية مثلما جاء في المادة 28 من القانون سالف الذكر (9) .

ثانيا : أن يكون العمل أو الخدمة من اختصاص الموظف :

لا يكفي في جريمة الرشوة أن يكون موظفا عاما بالمفهوم الذي شرحناه ، وإنما يجب أن يكون هذا الموظف مختصا بالعمل الذي يطلبه منه صاحب الحاجة أو الراشي ، بالمفهوم الموسع للاختصاص لهذا الموظف العام في صدد جريمة الرشوة ، كما فعل في تحديد الموظف العام ، فلم يشترط أن يكون الموظف مختصا بكل العمل ، بل يكفي أن يتوافر به جزء من هذا الاختصاص ولو يسير ، ذلك أنه يندر أن يختص الموظف بمفرده بالعمل وهذا ما يفهم من المادة 25 من القانون 06 – 01 المتعلق بمكافحة الفساد في رشوة الموظفين العموميين في الفقرة الأولى بتعبيره في آخر الفقرة : " ... بأداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل من واجباته " .

وكذلك الفقرة 2 من نفس المادة 25 ، فعبارة " من واجباته " تفيد العموم ، فأى جزء من العمل يعتبر واجب حتى ولو كان دور الموظف أو عمله استثنائيا ، بل أن مدلول واجباته تفيد أيضا أنه متى كانت هناك صلة أو علاقة بين العمل الذي وقعت الرشوة من أجله واختصاص الموظف (10) .

الفرع الثاني : النشاط الإجرامي

وبما أن جريمة الرشوة تركز أساسا على الإتجار بالوظيفة ، فإننا سنبين ونركز على عمل الموظف العام ، أي النشاط الإجرامي بالنسبة للموظف العام أو من في حكمه ، أما عارض الرشوة فإن الوعد بهذه المزية أو عرضها أو منحها ، بشكل مباشر أو غير مباشر ، فإنه يتبين ضمنا هذا النشاط الإجرامي لدى تعرضنا إلى دور الموظف العام أو من في حكمه أثناء ارتكاب هذا الجرم .

تنص المادة 2/25 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته في القانون الجزائري على أن : " كل موظف عمومي طلب أو قبل بشكل مباشر أو غير مباشر مزية غير مستحقة ، سواء لنفسه أو لصالح شخص آخر أو كيان آخر ، لأداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل من واجباته " .

يتضح من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري في جريمة الرشوة قد حذى حذو المشرع الفرنسي في المادة 1/433 من قانون العقوبات الفرنسي ، بل أخذها عليه حرفيا ، فيتبين أن النشاط الإجرامي في جريمة الرشوة يتمثل في صورتين هما : **الطلب (طلب) والقبول (قبل)** ، ففي هذا النص يكفي أن يقوم أحدهما (الطلب أو القبول) حتى تقوم جريمة الرشوة في ركنها المادي .

أولا : الطلب : هو تعبير يصدر عن إرادة الموظف العام المختص ، يطلب فيه من صاحب الحاجة مقابلا لأداء عمله الوظيفي ، بشرط أن يصل هذا الطلب إلى علم صاحب الحاجة حتى ولو لم يصدر قبول من هذا الأخير ، وبهذه الصورة تكون جريمة الرشوة قد قامت متى توافرت باقي أركانها ، بل حتى ولو رفض صاحب المصلحة هذا الطلب ، لأن الطلب في حد ذاته يكشف عن معنى الاتجار بالوظيفة العامة واستغلالها .

والطلب لا يشترط فيه شكل معين ، حسب هذه المادة ، لأنه لفظ عام ، فقد يكون شفاهة أو كتابة أو بالإشارة ، صراحة أو ضمنا ، ويستوي أن يطلب الموظف العام لنفسه أو لغيره مثلما حددتها المادة ، ويستوي أن يقوم الموظف المرتشي نفسه أو أن يقوم شخص آخر بمباشرته باسمه ولحسابه (11) .

ثانيا : القبول : بقصد بالقبول الوعد بالعطية ، فهو يفترض وعا يتقدم به الراشي فيقبله الموظف المرشحي ، أي أن هناك إيجابا أو عرضا من صاحب الحاجة ، يعبر فيه عن إرادته بتعهده بتقديم الهدية أو المنفعة إذا ما قضى له مصلحته ، و تتم الجريمة بمجرد هذا القبول سواء وفي الراشي بوعده أو لم يف به. ويكفي أن يكون عرض صاحب الحاجة جديا في ظاهره فقط ، أي حتى ولو كان عرضه غير جدي في الحقيقة ، والواقع بأنه كان ينوي تبليغ السلطات العامة لضبط الموظف متلبسا بجريمة الرشوة. ويكون القبول بقول شفوي ، أو بأية وسيلة أخرى من وسائل التعبير عن المعنى ، بل قد يستفاد القبول ضمنا من مجرد قيام الموظف بالعمل المطلوب منه ، خاصة إذا كان هذا العمل مخالفا للقانون .

أما إذا انتفى العرض الجدي في الظاهر ، فلا تقوم جريمة الرشوة حتى ولو قبل الموظف مثل هذا العرض ، كأن يتضمن عرض صاحب الحاجة وعا بإعطاء الموظف المرشحي كلما يملك في نظير قيامه بعمل له ، فمثل هذا العرض لا يمكن أن ينصرف إليه قبول ، وإذا صدر بالفعل قبول من الموظف فلا تقوم بذلك جريمة الرشوة ، ذلك أن صاحب الحاجة لم يعرض شيئا معينا على الموظف بل عرضه أشبه بالهزل منه بالجد (12) .

فالشرط إذن يجب أن يكون عرض الراشي جدي في ظاهره على الأقل ، ويجب أن يكون قبول الموظف جديا ، حتى إذا ما تلاقى مع الإيجاب الجدي لصاحب الحاجة يتحقق الاتفاق الذي تقوم به ماديات جريمة الرشوة ، ويكشف عن معنى الاتجار بالوظيفة العامة واستغلالها.

ويلزم في القبول أن يكون جديا ، بمعنى أن تكون إرادة الموظف جادة وصحيحة في قبول الوعد ، فلا يعتبر مرتشيا الموظف الذي يتظاهر بالقبول بقصد الإيقاع بعراض الرشوة ، والعمل على ضبطه متلبسا بتقديمها (13) .

ويستوي في التعبير عن إرادة القبول الجدية الصحيحة أن يكون هذا التعبير بها يفهم من ذلك، كأن يكون شفويا أو مكتوبا، بالقول أو بالإشارة، صريحا أو ضمنا.

ومن صور التعبير الضمني عن إرادة القبول الجدية والصحيحة، السكوت والمصحوب بالتعبير الضمني، كأن ينصرف إلى القيام بالعمل بعد عرض صاحب الحاجة عليه.

وعلى القاضي أن يستشف الحقيقة التي انصرفت إليها إرادة الموظف، لأنه قد يكون سكوت الموظف متجها إلى تجاهل عرض صاحب الحاجة دون رفضه صراحة والقيام مع ذلك بالعمل، استجابة لواجبات وظيفته (14) .

وقد نص المشرع الجزائري في القانون رقم 06 – 01 المؤرخ بتاريخ : 2006/02/20 المتضمن الوقاية من الفساد ومكافحته في مادته 2/25 على أنه : " كل موظف عمومي طلب أو قبل ، بشكل مباشرا أو غير مباشر ، مزية غير مستحقة ، سواء لنفسه أو لصالح شخص آخر أو كيان آخر ، لأداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل من واجباته " .

فالقول مباشرا أو غير مباشر، أي أنه مهما كان هذا التعبير عن الإرادة بالقبول سواء كان صراحة أو بالإشارة أو شفويا أو كتابة – كما رأينا سابقا – .

وقد حذى المشرع الجزائري حذو المشرع المصري في النص على " الأخذ " باعتباره صورة من صور النشاط الإجرامي في جريمة الرشوة ، وتجنب النقد الذي وجه للمشرع اللبناني الذي أغفل النص عليها . وهذا ما جاء في المادة 38 من قانون 06 – 01 المذكور أعلاه بأن نص على أنه: " يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى سنتين (2) وبغرامة من 50.000 دج إلى 200.000 دج كل موظف عمومي يقبل من شخص هدية أو أية مزية غير مستحقة من شأنها أن تؤثر في سير إجراء ما أو معاملة لها صلة بمهامه ، ويعاقب الشخص مقدم الهدية بنفس العقوبة المذكورة في الفقرة السابقة " لأن الأخذ يعتبر من أخطر صور النشاط الإجرامي في جريمة الرشوة ، فبه يتحقق الاتجار الفعلي بالوظيفة عن طريق استلام ثمن هذا الاتجار .

– المحاولة والمشاركة في جريمة الرشوة :

الركن المادي في المحاولة مثلما عبر عنها المشرع الجزائري ، هو الشروع في البدء في تنفيذ الجريمة وفقا للمادة 30 من قانون العقوبات الجزائري . وبالنظر إلى صورة النشاط الإجرامي في جريمة الرشوة ، فإنه يستحيل تصور الشروع في هذه الجريمة في صورة القبول وكذلك صورة الأخذ بالنسبة للتشريعات التي تنص عليها، لأنه ينحصر في كل صورة منهما " مبدأ التنفيذ ونهايته " ، فإما أن تكون الجريمة تامة ، وإما أن تكون في مرحلة التحضير والإعداد (15) .

غير أن الشروع متصور في الطلب ، فلا يعد الطلب متحققا – في مدلوله القانوني – إلا إذا وصل إلى علم صاحب الحاجة ، فإذا صدر الطلب عن الموظف ، وحالت دون وصوله إلى صاحب الحاجة أسباب لا دخل لإرادة الموظف فيها ، فإن جريمة الرشوة تقف عند مرحلة الشروع (16) .

وتطبيقا لذلك يتحقق الشروع في جريمة الرشوة في صورة الطلب ، إذا ما حرر الموظف المرتشي ما يبغى الحصول عليه من مال أو منفعة في محرر ، وكانت الظروف المحيطة تسمح باعتبار هذا الطلب مقابل الاتجار بالوظيفة ، وعندما أراد تسليمه لصاحب الحاجة قبض عليه ، فيتحقق في هذه الحالة الشروع في صورة الجريمة الموقوفة (17) .

فرغم أن المشرع كان واضحا – كما أسلفنا – بأن اعتبر الراشي له جريمة مستقلة كاملة وحدد ركنيها المادي والمعنوي ، والموظف المرتشي هو الآخر له جريمته الخاصة وحدد لها ركنيها المادي والمعنوي ، فإن المادة 52 من قانون مكافحة الفساد نصت على التالي : " تطبق الأحكام المتعلقة بالمشاركة المنصوص عليها في قانون العقوبات على الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون .

– يعاقب على الشروع في الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون بمثل الجريمة نفسها " .

إن نص هذه المادة يرجعنا إلى المادة 42 من قانون العقوبات ، والتي تنص على الإشتراك بقولها : " يعتبر شريكا في الجريمة من لم يشترك اشتراكا مباشرا ، ولكنه ساعد بكل الطرق أو عاون الفاعل أو الفاعلين على ارتكاب الأفعال التحضيرية أو المسهلة أو المنفذة لها مع علمه بذلك " .

فإن ما يستشف من هذه المادة هو أن الإشتراك هذا يكون لغير الراشي والمرتشي ، أي العارض والموظف في جريمة الرشوة ، وإنما الغير الخارج عنهما والذي يقوم بالأفعال غير المباشرة ، والمحددة

في المادة 42 من قانون العقوبات ، فإنه حسنا فعل بذلك المشرع بأن جعل الغير الذي قد يتوسط ويساعد أو يقوم بأي عمل تحضيري لإرتكاب هذه الجريمة مع علمه بذلك ، شريكا في ارتكاب جريمة الرشوة وتقع عليه نفس عقوبة الجريمة التامة .

— وقد كان من البديهي مادام قد نص على الإشتراك في هذه الجريمة في الأفعال التحضيرية أو المسهلة أو المساعدة لارتكابها ، بأن قد يكون هناك شروع في جريمة الرشوة ، لأنه من الصعب جدا أن يتصور شروع في جريمة الرشوة بين الفاعلين وفقا للمادة 41 من قانون العقوبات ، بينما الإشتراك مادام معاقب عليه فإنه من المتصور جدا أن يكون هناك شروع في هذه الجريمة ، لأن من يهيء الجو لتقريب وجهة النظر بين الراشي والمرتشي ، ويضبط على هذه الحالة ، فإن هذا شروع في جريمة الرشوة ، ويعد مشاركا في هذه الجريمة .

الفرع الثالث : محل النشاط الإجرامي

للنشاط الإجرامي — كما رأينا — في جريمة الرشوة صورتين هما: الطلب والقبول، ويقصد بمحل هذا النشاط الموضوع الذي ينصب عليه أو يرد عليه نشاط المرتشي. وقد بينت المادتين 25 و 38 من قانون مكافحة الفساد ، الأولى تحت عنوان " رشوة الموظفين العموميين " ، والثانية تحت عنوان " تلقي الهدايا " ، محل أو موضوع النشاط الإجرامي بأنه مزية أو هدية أو وعد بهما أو أية منفعة أخرى للموظف المرتشي نفسه أو لغيره . وهكذا توسع المشرع في تحديد المنفعة سواء من ناحية طبيعتها أو صورها، أو من ناحية الذي يتلقاها.

أولا : طبيعة وصور المنفعة :

قد تكون المزية أو الهدية أو المنفعة ذات طبيعة مادية أو معنوية:

— المنفعة المادية، فقد تكون نقودا أو ثيابا، وقد تكون أوراق مالية أو دفعا مصرفيا، أو فتح اعتماد لمصلحة المرتشي، أو سداد دين في ذمته، إذ أن هذه المزايا المادية لا تحصى ولا تعد.

— وقد تكون هذه الفائدة ذات طابع معنوي ، كأن تكون كذلك في كل حالة يصير فيها وضع المرتشي أفضل من ذي قبل نتيجة لسعي الراشي ، كالحصول على ترقية في الوظيفة مثلا ، أو ترقية أحد أبنائه أو إعارته سيارة مثلا لمدة طويلة جدا (18) .

— وقد تكون المنفعة صريحة ظاهرة ، كما قد تكون ضمنية مستترة ، وتكون المنفعة مستترة كأن تتمثل في الحصول على سيارة فخمة بثمن بخس يكاد لا يكون شيء ، أو الحصول على تأثيث كامل للمنزل بأثمان لا تكاد تذكر ، أو حصوله على مواد البناء بثمن زهيد . . . إلخ ، وقد يكون النفع في صورة مبالغ فيها ، كأن يشتري الراشي من المرتشي سيارته بثلاث أضعاف قيمتها الحقيقية .

ويستوي أن تكون هذه المنفعة مشروعة أو غير مشروعة في ذاتها، فيجوز أن تكون مواد مخدرة أو أشياء مسروقة، أو شيك بدون رصيد، أو قضاء سهرة في إحدى الملاهي (19) .

وقد اختلف الفقه حول الواقعة الجنسية واعتبارها من قبيل المنفعة التي يمكن أن يحصل عليها المرئشي ، والراجح في الفقه والقضاء اعتبارها من قبيل الفائدة بالمعنى الذي يحقق جريمة الرشوة ، لأن النص على المنفعة كأحد عناصر هذه الجريمة جاء عاما . ومن هذا المنطق فإن اتفاق الموظف مع امرأة على ارتكاب الزنا معها ، ليقضي لها أمرا من الأمور ، يحقق جريمة الرشوة .

وإن كان المشرع لم يشترط تحديد المنفعة وإنما يكفي أن تكون قابلة للتحديد ، ولم يشترط حد معين لقدر المال أو المنفعة الذي يحصل عليه المرئشي ، إلا أنه ينبغي توافر صلة التماس بين المنفعة وقيمتها وأهمية العمل الذي سيؤديه المرئشي ، لأن تضاعف هذه القيمة قد يبلغ الدرجة التي تنفي عنها صفة المنفعة في جريمة الرشوة . وبناء على ذلك لا يعد منفعة تقديم قطعة سكر ، أو حلوى ، أو فنجان قهوة إلى الموظف على سبيل المجاملة . وفي كل الحالات يبقى قاضي الموضوع هو السيد في تقدير قيمة هذه المنفعة ، والذي قد يرى في الواقعة رشوة رغم تفاهة الفائدة أو المنفعة ، ومتى ثبت أنها كانت مقابل العمل الوظيفي الذي أداه الموظف وأنها ليست من قبيل المجاملة .

ثانيا : الشخص الذي يتلقى المنفعة :

يستفاد من نص المادة 1/25 ، 2 من قانون الفساد ، أن المنفعة قد تقدم إلى المرئشي نفسه أو إلى شخص غيره ، وتبعا لأصول المعاملات أن تقدم المنفعة إلى الموظف المرئشي نفسه نظير قيامه بأداء الخدمة للراشي صاحب المصلحة ، غير أنه قد يعين الموظف المرئشي شخصا آخر تقدم إليه هذه المنفعة ولا تهم العلاقة أو صلة القرابة بين الموظف وهذا الشخص المعين من طرف المرئشي ، فقد يكون أباه أو أمه ، أو خليلته ، أو زوجه ، أو ابنه ، أو أخاه ، أو صديقا له ... إلخ . كما أنه لا يؤخذ بعين الاعتبار علم وعدم علم هذا الشخص المعين، السبب والغرض من تقديم هذه المنفعة.

بمعنى آخر أنه لا يشترط وجود اتفاق بين الشخص والموظف المرئشي ، فقد لا يعلم ابن المرئشي مثلا شيئا عن سبب تقديم هذه المنفعة من صاحب الحاجة والذي هو الراشي ، وقد يقوم الراشي بتقديم المنفعة إلى شخص لم يعينه الموظف المرئشي ولكن توجد علاقة بينهما ، ولا تهم هذه العلاقة ونوعها وكل ما هناك أن تكون صلة بينهما . ففي هذه الصورة تتحقق المنفعة ، ومن ثم تقوم جريمة الرشوة إذا علم الموظف المرئشي بالمنفعة المقدمة إلى هذا الشخص ووافق عليها ، نظير قيامه بالعمل لمصلحة من قدم هذه المنفعة ، وعادة ما يكون صاحب المصلحة . ويستوي في تحقيق المنفعة قيام الموظف المرئشي بالعمل فعلا أو عدم القيام به ، وكل ما يتطلب في هذا الغرض ، هو قيام الدليل المقنع لدى القاضي بوجود الرابطة الذهنية بين العيب بالوظيفة أو العمل ، وتسلم الغير الرشوة (20) .

ومن هذه الفرضية فإن الذي يعتد بعلمه في قيام جريمة الرشوة، بأنه تحصل على منفعة أو هدية هو علم الموظف المرئشي، الذي يقدم هذا العمل مقابل تلك المنفعة المقدمة إليه أو لغيره. فإن كان لا يعلم وثبت ذلك فإن هذه الجريمة ، وهي جريمة الرشوة ، لا تقوم ، لأنها من الجرائم القصدية التي تتطلب العلم والإرادة ، ولا يمكن أن تحدث دون ذلك .

ومما لا شك فيه ، أن الغير الذي تسلم المقابل قد ساهم بصورة أو بأخرى في الإخلال بالثقة في الوظيفة العامة ، وتكون مسؤوليته حسب درجة مساهمته في هذا الإخلال .

وحسنا فعل المشرع المصري عندما نص في المادة 108 مكرر بقوله : " كل شخص عين لأخذ العطفية أو الفائدة أو علم بها ووافق عليه المرتشي أو أخذ أو قبل شيئاً من ذلك مع علمه بسببه ، يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة وبغرامة مساوية لقيمة ما أعطى أو وعد به وذلك إذا لم يكن توسط في الرشوة " .

غير أن المشرع الجزائري في هذا المضمار لم ينص صراحة على الغير الذي تسلم المقابل مثلما فعل المشرع المصري، سواء كانت هذه الرشوة خاصة بالصفقات العمومية أو رشوة الموظفين العموميين أو الرشوة في القطاع الخاص.

وهذا يعد قصورا ، ويفتح باب لأن يفلت بعض الأشخاص من العقاب ، وهم على قدر كبير من المساهمة بالاتجار بالوظيفة ، وأن هذا العلم يبين مدى مساهمتهم في هذه الجريمة ، غير أنه يمكن الرجوع إلى المبادئ العامة التي جاءت في قانون العقوبات فيما يخص المساهمة الجنائية والاشتراك وأن المبادئ العامة هي التي أكد عليها المشرع في قانون الفساد ، وهذا ما نصت عليه المادة 52 من القانون 06 – 01 المؤرخ في 20/02/2006 تحت عنوان " المشاركة والشروع " ، تطبق الأحكام المتعلقة بالمشاركة المنصوص عليها في قانون العقوبات على الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون .

ويعاقب على الشروع في الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون بمثل الجريمة نفسها ، ويلاحظ أن الغير الذي تسلم المقابل قد فصل في أمره ، وتطبيق القواعد العامة في الاشتراك والشروع، ومن ثم فإن مساهمته في هذا الجرم تكون بقدر علمه ، ومدى توافر أركان الجرم حسب المبادئ العامة .
ويا حبذا لو أن المشرع الجزائري تدخل بالتجريم على مثل هذا السلوك الخاص بالغير الذي يستلم المقابل حتى ينال العقاب الخاص به ، لأن القواعد العامة لا تكفي لملاحقته .

الفرع الرابع : الغرض من الرشوة

يشترط أن يكون الغرض من الرشوة هو أداء عمل من أعمال الوظيفة أو الإمتناع عنه أو الإخلال بواجب ، وهذا ما نصت عليه المواد 25 الفقرة 1 و 2 ، والمادة 27 ، والمادة 28 ، والمادة 40 من القانون 06 – 01 المؤرخ في 20/02/2006 .

فالقانون همه الوحيد هو العقاب على الاتجار بالوظيفة نفسها، لا على الاتجار بالنفوذ الذي تسبغه الوظيفة على صاحبها. ومن ثم فإنه يجب أن يعلم الموظف المرتشي بهذا الغرض باعتباره مقابل المنفعة التي تحصل عليها.

فالراشي عندما قدم أو وعد بتقديم تلك الهدية أو المنفعة، فإنه في المقابل ينتظر من الموظف المرتشي القيام بعمل فيه مصلحته، ولذلك فإن تحديد العمل، وبيان صورته وأهميته، يتعين تبيانته لكي تقوم جريمة الرشوة (21).

أولا – العمل الذي ينتظره الراشي:

حدد المشرع صور العمل الذي ينتظره الراشي، وهي القيام بعمل شرعي من أعمال الوظيفة أو العمل المنافي للوظيفة، وقد نصت على ذلك المادة 25 الفقرة الأولى والثانية من قانون مكافحة الفساد الجزائري.

ويمكن رد هذه الصور إلى صورتين ، الأولى هي أداء عمل أو الإمتناع عنه ، والثانية هي الإخلال بواجبات الوظيفة .

1 – أداء عمل أو الإمتناع عن أداء عمل : قد يتخذ الموظف المرتشي في هذه الصورة موقفا إيجابيا، كما قد يتخذ موقفا سلبيا . ومثل العمل الإيجابي ، إصدار القاضي حكما مطابقا للقانون نظير حصوله على منفعة معينة ، وتحقق بذلك مصلحة صاحب الحاجة .

وقد يكون العمل الذي ينتظره الراشي عبارة عن سلوك سلبي من جانب الموظف ، بأن يتخذ صورة الإمتناع عن أداء العمل الوظيفي . وقد يتخذ هذا الإمتناع عدة صور لتحقيق مصلحة الراشي ، كالتأخير في أداء العمل ، ومن أمثلة الرشوة عن طريق الإمتناع أن يقبل ضابط الشرطة القضائية مالا أو هدية نظير إمتناعه عن تحرير محضر جريمة ، أو كأن يتلقى موظف الضرائب هدية أو مزية نظير أن لا يرسل إشعار المطالبة بضرية مستحقة . . . إلخ . ولا يشترط القانون شيئا من التناسب بين قيمة مقابل الرشوة وأهمية العمل الوظيفي⁽²²⁾.

2 – الإخلال بواجبات الوظيفة : لا شك أن الإمتناع الذي يؤديه الموظف عن أداء العمل الخاص بوظيفته ، يعد إخلالا بهذه الوظيفة ، كما أنه يعد كذلك ، أدائه لعمل من أعمال وظيفته على نحو مخالف للقانون . مثل الموظف الذي يعهد إليه بسبب وظيفته ، حفظ أوراق معينة ، ثم ينتزعها من مكانها . وكذلك رجل الشرطة الذي يحرس الحدود، إذا أخذ نقودا لتيسير عملية تهريب مخدرات مثلا بصرف النظر عن عدم حدوث هذا التهريب بالفعل⁽²³⁾.

كل هؤلاء قد أخلوا بأمانة الوظيفة، ويعد سلوكهم هذا مكون لجريمة الرشوة.

ويلاحظ أن صور العمل في جريمة الرشوة في القطاع الخاص، هي نفسها صور الرشوة في القطاع العام ، وهذا ما نصت عليه المادتين 40 ، و28 من نفس القانون ، فيما يخص رشوة الموظفين العموميين الأجانب ، وموظفي المنظمات الدولية العمومية .

كما يلاحظ أن المشرع الجزائري في المادة 27 ، والتي تنص على الرشوة في مجال الصفقات العمومية ، غير من صور العمل الذي ينتظره الراشي ، بأن جعل هذا النشاط مخالفا ، بحيث نص على أن هذا الموظف إما أن يقبض أو يحاول القبض ، أجرة أو منفعة ، مهما يكن نوعها .

وكلل التشريعات، فإن المشرع لم يشترط لوقوع جريمة الرشوة أن يتم تنفيذ العمل الذي ينتظره صاحب الحاجة من الموظف المرتشي. بل هذه الجريمة تتوافر أركانها ولو أخل الموظف بوعده فلم يحقق لصاحب الحاجة مصلحته، كما تقع أيضا الجريمة في حالة ما إذا تصرف الموظف على عكس ما يحقق مصلحة الراشي، مفضلا تطبيق القانون.

المطلب الثاني: الركن المعنوي لجريمة الرشوة

الرشوة جريمة عمدية ، فلا بد لقيامها من توافر القصد الجنائي لدى الجاني ، سواء كان الراشي أو الموظف المرتشي . ويتوفر هذا القصد متى انصرفت إرادة الموظف أو الراشي ، وتقوم هذه الجريمة ويتحقق القصد الجنائي في الراشي حسب المادة 1/25 ، ولو لم يرد الموظف على هذا العارض للمقابل ، فإذا ما كانت إرادة الراشي قد انصرفت إلى مقابل العمل ، أو الإمتناع عن العمل الذي هو من واجبات الموظف ، تحقق الركن المعنوي للجريمة كاملا مادامت قد انصرفت هذه الإرادة والعلم بذلك في مقابل العمل .

أما بالنسبة للموظف حسب المادة 2/25 من قانون مكافحة الفساد ، فإن الأمر يختلف – حسب رأينا – بالنسبة للقصد الجنائي ، فالموظف يكفي أن تتجه إرادته إلى طلب أو قبول أي مزية غير مستحقة، حتى يتحقق هذا القصد الجنائي ، سواء كان هناك رد أو لا من صاحب الحاجة ، حتى يقوم الركن المعنوي كاملا ، ويجب أن يقصد هذا الموظف ويعلم جيدا أن هذه المزية هي مقابل العمل الذي يؤديه ، أو يمتنع عنه دون أي مقابل آخر . وبهذا المعنى ، فإنها لا تقوم جريمة الرشوة إذا طلب الموظف من صاحب الحاجة قرضا ماديا يعيده له بعيدا عن العمل الذي يؤديه لصاحب الحاجة ، أو أنه كان يعتقد مثلا أنه يستوفي دينا مستحقا له في ذمة صاحب الحاجة ، أو أن ما يقدم إليه ما لا يعدو أن يكون هدية بريئة من صديق ، ولا صلة لها بأعمال الوظيفة ، فإن القصد الجنائي لا يعد متوافرا لديه (24) .

مع الملاحظ أنه إذا كان الموظف أو القاضي أو مثلهما ، لم يطلب أي شيء ، وقام بأداء عمله أو بالإمتناع عنه بدافع مهني أو وظيفي خالص وعلى أحسن وجه ، ثم قدمت له أو عرضت عليه هدية أو إكرامية ، تقديرا لسلوكه الإيجابي ، أو تقديرا لحسن أدائه لعمله ، فقبلها وأخذها علانية ، فلا جريمة رشوة ولا عقاب (25) .

ومن المبادئ المسلم بها في قانون العقوبات ، وجوب أن يعاصر القصد الجنائي لخطة ارتكاب الفعل الذي يقوم به الركن المادي ، فإن لم يكن متوافرا في هذه اللحظة ، ولكن توافر بعد ذلك، فهو قصد لاحق ولا عبرة به .

أما جريمة الرشوة فإنها لا يتطلب فيها توافر قصد خاص، وإنما يكفي القصد العام، وهو العلم والإرادة، وهذا ما ذهب إليه الرأي الغالب في الفقه الجنائي (26) .

المبحث الثاني : عقوبة جريمة الرشوة

تختلف عقوبة الرشوة بين ما نصت عليه المواد 25 ، 28 من القانون 06 – 01 المؤرخ في 2006/02/20 (والتي كانت تقابلها المواد 126 ، 126 مكرر ، 127 و 129 الملغاة من قانون العقوبات) والمتعلقة على التوالي برشوة الموظفين العموميين ، رشوة الموظفين العموميين الأجانب ، ورشوة موظفي المنظمات الدولية العمومية ، وبين المادة 40 من نفس القانون والمتعلقة بالرشوة في القطاع الخاص ، هذا من جهة . ومن جهة ثانية ما نصت عليه المادة 27 من قانون مكافحة الفساد – السالف

الذكر – والمتعلقة بالرشوة في مجال الصفقات العمومية (والتي كانت تقابلها المادة 128 مكرر 1 الملغاة من قانون العقوبات) .

ولهذا فإننا سنتعرض لهم حسب الخطة التالية

المطلب الأول : عقوبة الرشوة البسيطة

(المذكورة في المادتين 25 و28 من قانون مكافحة الفساد)

اختلفت العقوبات حسب قانون مكافحة الفساد في القانون الجزائري والمذكور سالفاً، بين

البساطة والتشديد، وبين الأصلية والفرعية والتكميلية، وسنبين ذلك في الفروع التالية:

الفرع الأول: العقوبات الأصلية في جريمة الرشوة

حدد المشرع في هاتين المادتين عقوبة الرشوة بالنسبة للموظفين العموميين ، سواء كانوا في المؤسسات العمومية الجزائرية ، أو الدولية الواقعة على التراب الجزائري ، موحداً بذلك العقوبة بينهما، وهي من سنتين إلى عشر (من 2 إلى 10) سنوات حبس ، بإعتبارها من الجرح المغلظة العقوبة ، وهي تطبق سواء على الموظف العمومي أو العارض لهذه الرشوة . وقد قدم المشرع عارض الرشوة عن الموظف ، وهذا إجتهداً منه ، لمحاولة الحد من هذه الآفة التي ضربت المجتمع في عمقه ، إعتقاداً منه – حسب رأينا – أنه يجب مكافحة المصدر الذي يعرض هذه الجريمة ، لذلك نصت المادة 25 في فقرتها الأولى على : " ... كل من وعد . . . إلخ " .

أما الفقرة الثانية فخصصها المشرع للموظف، لأن الغالب ما تعرض الرشوة على الموظف، وهي تطبق على الراشي والمرتشي الفاعل سواء كان واحداً أو متعدداً.

وحدد المشرع أيضاً كعقوبة أصلية، الغرامة المالية والمحددة من 200.000 دج إلى 1.000.000

دج .

ونفس الشيء ما نصت عليه المادة 28 من نفس القانون، والتي وحدت العقوبة بينها وبين المادة 25 سواء ما تعلق منها بالحبس أو الغرامة (27).

ويلاحظ أن المادة 47 من قانون مكافحة الفساد، قد حددت مدة العقوبة بين ستة (06) أشهر إلى

خمس (05) سنوات وبغرامة من 50.000 دج إلى 500.000 دج .

وحدد المشرع هذه العقوبة بين عارض الرشوة أو الراشي وبين من يدير. كيانا خاصاً، وقد خفف

المشرع من عقوبة الرشوة في القطاع الخاص، لأنه غالباً ما تكون ضوابط هذا القطاع سديدة، وهو مازال قيد النمو ولا يتصور حدوث هذه الجريمة بنفس الوتيرة المتوفرة في القطاع العام. زيادة على ذلك أن دواليب القطاع الخاص لا تمس كثيراً بالمصالح العامة للمجتمع مثلما تتخر هذه الجريمة القطاع العام بل كيان الدولة في حد ذاته. كانت هذه نظرة على العقوبة الأصلية بالنسبة لجريمة الرشوة البسيطة.

الفرع الثاني: العقوبات التكميلية في جريمة الرشوة

أما العقوبة التكميلية لجريمة الرشوة خاصة والجرائم المتعلقة بالفساد عامة ، فقد نص عليها قانون

مكافحة الفساد في المواد 50 ، 51 ، 52 تحت عنوان " العقوبات التكميلية " ، حيث نصت المادة 50

على أنه في حالة الإدانة بجريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون ، يمكن للجهة القضائية أن تعاقب الجاني بعقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات .
نرى من هذه المادة أنها أضافت العقوبات التكميلية الخاصة بقانون العقوبات الشريعة العامة ، بأنه يحق لقاضي الموضوع أن يحكم بها بالإضافة إلى العقوبة الأصلية (أي تطبيق المادة 9 إلى 18 من قانون العقوبات على مرتكب جريمة الرشوة) ، وبما أن هذه العقوبات التكميلية معروفة لدى أهل القانون الجنائي ، فإنها لا توجد منفعة من وراء سردها .

الفرع الثالث : العقوبات الإضافية في جريمة الرشوة

إن قانون مكافحة الفساد قد أحدث على غير العادة في القوانين التي تنظم مثل هذه الجرائم، عقوبات إضافية تطبق على كافة جرائم موضوع هذا القانون، بما فيها جريمة الرشوة. وقد حدد هذه العقوبات الإضافية على النحو التالي :

— التجميد، الحجز، المصادرة.

فهي عقوبات إضافية ترتبط بجريمة الرشوة، وهذا ما نصت عليه المادة 51 من قانون مكافحة الفساد بقولها : " يمكن تجميد أو حجز العائدات والأموال غير المشروعة الناتجة عن ارتكاب جريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون بقرار قضائي أو بأمر من السلطة المختصة .
— في حالة الإدانة بالجرائم المنصوص عليها في هذا القانون تأمر الجهة القضائية بمصادرة العائدات والأموال غير المشروعة وذلك مع مراعاة حالات إسترجاع الأرصدة أو حقوق الغير حسن النية .
— وتحكم الجهة القضائية أيضا برد ما تم إختلاسه أو قيمة ما حصل عليه من منفعة أو ربح ، ولو انتقلت إلى أصول الشخص المحكوم عليه أو فروعه أو إخوته أو زوجه أو أصهاره ، سواء بقيت تلك الأموال على حالها أو وقع تحويلها إلى مكاسب أخرى " .

ويلاحظ على هذا النص أن الفقرة الأولى جوازية سواء للقضاء أو السلطات المختصة الأخرى، لأن المشرع عبر على ذلك بقوله : " يمكن تجميد أو حجز ... إلخ " ، ويكون هذا الأمر من جهة القضاء أو السلطات الأخرى ، وذلك قبل الفصل في الجريمة ، وهذا ما يفهم من الفقرة الثانية لهذه المادة .
— فالفقرة الثانية تنص على أنه في حالة الإدانة ، ففي ذلك ثبوت هذه الجريمة ، فإن هذه العقوبة تصبح وجوبية للقاضي ، إذ يجب عليه أن ينطق بها في حكمه ، وإلا كان الحكم غير صحيح مما يوجب تصحيحه بالنص على هذه العقوبة فيه ، لأن نص هذه الفقرة يقول : " ... وفي حالة الإدانة بالجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، تأمر الجهة القضائية بمصادرة... إلخ " ، أي أنه لا يوجد خيار للقاضي وهو ملزم بالنطق بهذه العقوبة الإضافية .

— أما الفقرة الثالثة فهي الأخرى إلزامية في حالة الإدانة ، بحيث نجد القاضي ملزم بالنص في حكمه على الأمر برد ما تم إختلاسه أو قيمة ما حصل عليه من منفعة أو ربح ، والأمر هنا يتعلق أكثر بجريمة إختلاس الأموال العمومية منه من جريمة الرشوة ، لأن قيمة الرشوة تصادر ولا ترد إن كانت أشياء مادية.

المطلب الثاني : التشديد ، والإعفاء والتخفيف في عقوبة جريمة الرشوة

لقد وازن المشرع في قانون مكافحة الفساد بين خطورة الركن المادي لهذه الجريمة ومدى تأثيرها في المجتمع ، حيث جعل منها جريمة مشددة إذا ما كانت تمس بالصالح العام ، ومن ثم شدد عقوبتها ، وعلى العكس من ذلك قد خفف من عقوبتها إذا ما تحققت مصالح المجتمع ، وذلك حسب ما سوف نراه في الفروع الآتية :

الفرع الأول: تشديد العقوبة في جريمة الرشوة

شدد المشرع عقوبة جريمة الرشوة في حالة واحدة، وهي الرشوة في مجال الصفقات العمومية، حيث نصت المادة 27 من قانون مكافحة الفساد السالف الذكر على أنه: " يعاقب بالحبس من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة وبغرامة من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج كل موظف عمومي يقبض أو يحاول أن يقبض لنفسه أو لغيره ، أجرة أو منفعة مهما يكن نوعها بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق باسم الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري أو المؤسسات العمومية الإقتصادية " .

أي أن هذا التشديد يرتبط بالخروج عن الحدود الشرعية للوظيفة، والتي نصت عليها القوانين والأنظمة والتعليمات، وخاصة منها قانون الصفقات العمومية، وذلك نظير حصوله على أجرة أو منفعة من صاحب الحاجة الذي ينتظر منه مثل هذه الأعمال (28).

ويلاحظ على هذا النص أنه قد يفسر تفسيراً غير صحيح من بعض ممن لا يربطون النصوص القانونية ببعضها ، وهذا لأن المادة جاء عنوانها " الرشوة في مجال الصفقات العمومية " ، وفي نص المادة المحددة للنشاط الإجرامي حيث تنص : " ... بمناسبة تحضير أو إجراء مفاوضات قصد إبرام أو تنفيذ صفقة أو عقد أو ملحق... " .

فالأمر لا يثور فيه أي إشكال عندما يتعلق بالصفقة العمومية أو الملحق الذي يليها، وإنما الإشكال يثور عندما نصت المادة على كلمة " عقد " .

فإن كان الأمر يتعلق — وهذا حسب رأينا — بعقد الصفقة العمومية، لأن كل صفقة عمومية يجب أن تختتم بعقد يحدد واجبات والتزامات الأطراف، ففي هذا المضمار فإن كلمة " عقد " صحيحة ولا يثور بشأنها أي غبار، وقد يكون هذا هو الأمر الراجح.

غير أنه من الممكن أن يفهم من كلمة " عقد " هو أي تعاقد مع هذه المؤسسات التي حددتها المادة ، ولو لم يدخل في صفقة عمومية لأن الصفقات العمومية لها شروطها ، ومن أهم هذه الشروط أن يبلغ التعامل مع هذه المؤسسة مبلغاً معيناً حتى نسميها صفقة عمومية . فإن كان المفهوم بهذا العقد هذا المعنى ، فإننا نكون بصدد تعارض بين عنوان هذه المادة والذي يحدد مجال الجريمة المشددة وهي الرشوة في مجال الصفقات العمومية ، وبين المفهوم الضيق لكلمة " عقد " التي ذكرناها .

غير أننا نرى بأن المفهوم هو الصفقات العمومية بالمعنى الدقيق للصفقة العمومية ، أي كل ما يتعلق بقانون الصفقات العمومية ، وذلك بدليل تشديد العقوبة الذي أحدثه المشرع ، بحيث لم تصبح جريمة الرشوة بسيطة ، وإنما جريمة غير بسيطة ، ولذلك حددت لها عقوبة غير بسيطة وهي من عشر (10) سنوات إلى عشرين (20) سنة ، وأن الغرامة هي الأخرى من 1.000.000 دج إلى 2.000.000 دج.

الفرع الثاني: الإعفاء من العقوبة في جريمة الرشوة

نص المشرع على الإعفاء من العقوبة وتخفيفها في المادة 49 من قانون مكافحة الفساد بقولها :
" يستفيد من الأعدار المعفية من العقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات ، كل من ارتكب أو شارك في جريمة أو أكثر من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون ، وقام قبل مباشرة إجراءات المتابعة بإبلاغ السلطات الإدارية والقضائية والجهات المعنية ، عن الجريمة وساعد على معرفة مرتكبها .
عدا الحالة المنصوص عليها في الفقرة أعلاه ، تخفض العقوبة إلى النصف بالنسبة لكل شخص ارتكب أو شارك في إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون والذي يعد مباشرة إجراءات المتابعة ، ساعد في القبض على شخص أو أكثر من الأشخاص الضالعين في ارتكابها " .

وواضح من هذا النص أن سبب الإعفاء من العقوبة هو في الحالة الوحيدة ، وهي الإبلاغ قبل إجراءات المتابعة ، ويلاحظ على هذا النص في المادة 49 الفقرة الأولى من قانون مكافحة الفساد ، أن هذا الإبلاغ للسلطات أو إخبارها بأمر جريمة الرشوة يجب أن يتوافر فيه شرطين هما :

– **الشرط الأول:** وهو جريمة الرشوة، لأن المادة تقول: "... من ارتكب أو شارك ... " ، معنى ذلك أن تكون جريمة الرشوة قد وقعت فعلا، فإذا كانت ،مثلا ، هذه الجريمة مازالت في حالة الإعداد، وقبض على من يعد لها ، فإنه لا يحال أصلا المبلغ على الجريمة ،لأن الجريمة لم تقع بعد وإن كان قد يساعد على القبض على الراشي والمرتشي متلبس بهذا الجرم ، وهذا ما لم تعنيه هذه المادة .

– **الشرط الثاني:** وهو جهل السلطات بوقوع هذه الجريمة ، لأنه لو كانت السلطات تعلم فإن المبلغ الجاني أو الشريك لا يستفيد ، لأن الجريمة قد وقعت وعلم بها ، وما يكون ذلك إلا تبريرا لأفعال المبلغ .

– **الشرط الثالث:** وهو الإخبار التفصيلي والصادق، أي المطابق للحقيقة، ومتضمنا جميع عناصر الجريمة، وظروفها وأدلتها، أي ما يفيد السلطات، لذلك نصت المادة بقولها: " ... بلغ وساعد على معرفة مرتكبها " . ورغم كل هذا فإن المشرع أرجع الإعفاء من العقاب إلى القواعد العامة المنصوص عليها في قانون العقوبات ، ويا حبذا لو كانت إعفاءات خاصة للتشجيع أكثر على مكافحة جريمة الرشوة التي يصعب اكتشافها .

الفرع الثالث: تخفيف العقوبة في جريمة الرشوة

وهي الحالة الثانية التي نصت عليها الفقرة الثانية من المادة 49 من قانون مكافحة الفساد المذكورة أعلاه، وتتم بالشروط التالية:

– **الشرط الأول:** أن تكون الدعوى العمومية قد حركت من أجل متابعة مرتكبي جريمة الرشوة، أي أن هذه الجريمة قد وصل علمها إلى القضاء وحركت الدعوى العمومية بشأنها.

— **الشرط الثاني** : أن يعترف من يريد أن يستفيد من تخفيف العقاب ، بمعنى أنه يقدم للسلطات المساعدة على تكوين الأدلة ضد المتهمين بإعتراف واضح ، ومعنى ذلك أن يكون هذا الإقرار قبل إحالة القضية على محكمة الموضوع ⁽²⁹⁾ ، وذلك قبل فوات الأوان .

— **الشرط الثالث** : أما الشرط الثالث الذي وضعته المادة 49 الفقرة الثانية من قانون مكافحة الفساد ، هو مساعدة من يريد أن يستفيد من تخفيف العقوبة إلى النصف ، بعد أن يساعد في القبض على شخص أو أكثر من الأشخاص الضالعين في ارتكاب جريمة الرشوة . معنى ذلك أن يساعد بأي طريقة كانت سواء بالإدلاء بمعلومات تفيد وجوده في مكان معين حتى يقبض عليه ، أو تبيان المكان الذي يوجد فيه . . . إلخ ، أي أن يكون العمل قد أدى إلى القبض على مرتكب هذه الجريمة .

الخاتمة :

من خلال ما رأينا تبين لنا بأن المشرع الجزائري في قانون مكافحة الفساد، القانون رقم 06 — 01 المؤرخ في 20/02/2006، قد حاول إعادة تنظيم جريمة الرشوة، بأن حدد أن جريمة الرشوة هي ثنائية ، فالراشي له جرمه والمرتشي له جرمه . مقتديا في ذلك بالمشرع الفرنسي.

إلا أننا نرى ، ورغم كل ما سردناه من تقنيات في تحديد الجرم وتحديد العقوبات الصارمة لهذه الجريمة في تقنين خاص ، إلا أن ذلك قد لا يفي لمكافحة هذه الجريمة واستئصالها من دواليب الدولة ، لأن الأمر وببساطة شديدة جدا يتعلق أصلا بهؤلاء الموظفين العموميين ، أي كيفية إختيارهم ومن هم ؟ فإن كانوا أهلا للأخلاق ، وإن كانوا حقيقة يمثلون هذه المؤسسة وهي الدولة ككيان ، فإن هذا التشريع يكفي لأن يضع حدا لهذه الخروقات الاستثنائية من هؤلاء .

أما إن كان النقشي في كل الدواليب للحكم ، فإنه يجب استئصال المرض من جذوره ، بأن يعاد النظر في شروط تعيين هؤلاء الموظفين على مصالح الأمة ، بأن يكونوا مؤتمنين حقيقة على هذه المصالح وعلى هذه الوظائف التي أصبح يتاجر بها علانية على الملأ ، بل أدهى من ذلك بأنهم يفتخرون بهذه المتاجرة بالوظائف ، والتي وصلت إلى هياكل كان من الصعب جدا أن تصل إليها . كانت هذه إطلالة على تنظيم جريمة الرشوة من خلال قانون الوقاية من الفساد ومكافحته .

الهوامش:

1- الدكتور : علي عبد القادر القهوجي . " قانون العقوبات — القسم الخاص " ، منشورات الحلبي الحقوقية 2001 — بيروت، ص 25 وما بعدها بتصرف .

2- الدكتور : محمود نجيب حسني . " شرح قانون العقوبات — القسم الخاص " ، دار النهضة — القاهرة 1988 ، ص 14 .

3- الدكتور : علي عبد القادر القهوجي . المرجع السابق ، ص 30 .

4- الدكتور: عمر السعيد رمضان. " شرح قانون العقوبات — القسم الخاص — " ، دار النهضة العربية 1986 ، ص 12.

5- القانون 06 — 01 المؤرخ في 20/02/2006 ، المادة 2/ب/1 : " كل شخص يشغل منصبا

تشريعيا أو تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا أو في أحد المجالس الشعبية المحلية المنتخبة سواء أكان معيناً أو منتخبا، دائما أو مؤقتا، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته " .

- 6- تنص المادة 2/ب/2 من نفس القانون : " ب/2 - كل شخص آخر يتولى ولو مؤقتا ، وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر ويساهم بهذه الصفة في خدمة هيئة عمومية أو مؤسسة عمومية أو أية مؤسسة أخرى تملك الدولة كل أو بعض أسماؤها ، أو أية مؤسسة تؤدي خدمة عمومية " .
- 7- الدكتور : علي عبد القادر القهوجي . المرجع السابق ، ص 27 .
- 8- الدكتور : عمر السعيد رمضان . المرجع السابق ، ص 14 .
- 9- راجع المادة 28 من القانون 06 - 01 المؤرخ في : 2006/02/20 .
- 10- الدكتور: محمود نجيب حسني . المرجع السابق ، ص 31 .
- 11- الدكتور: حسن المرصفاوي . " الموسوعة الجنائية " ، ص 27 .
- 12- محكمة النقض المصرية في : 25 أبريل 1932 مجموعة القواعد جـ 2 رقم 343 ، ص 525.
- 13- نقض 24 أبريل 1933 ، مجموعة القواعد القانونية جـ 3 رقم 110 ، 173 .
- 14- الدكتور : علي عبد القادر القهوجي . المرجع السابق ، ص 29 .
- 15- نقض 3 يناير 1979 ، أحكام النقض س 30 رقم 87 ، ص 1101 . الدكتور : محمود نجيب حسني .
- 16- الدكتور : محمد عوض . " الجرائم المضرة بالمصلحة العامة " ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية 1985 ، ص 18 .
- 17- الدكتور : علي عبد القادر القهوجي . المرجع السابق ، ص 38 .
- 18- الدكتور : نجيب حسني . المرجع السابق ، ص 41 .
- 19- الدكتور : علي عبد القادر القهوجي . المرجع السابق ، ص 39 .
- 20- الدكتور : علي عبد القادر القهوجي ، المرجع السابق ، ص 41 .
- 21- الدكتور : محمود نجيب حسني . المرجع السابق ، ص 59 .
- 22- الدكتور : محمود نجيب حسني . المرجع السابق ، ص 43 وما بعدها .
- 23- الدكتور : علي عبد القادر القهوجي . المرجع السابق ، ص 46 وما بعدها .
- 24- الدكتور : عمر السعيد رمضان . المرجع السابق ، ص 25 وما بعدها .
- 25- الدكتور : عبد العزيز سعد . " جرائم الإعتداء على الأموال العامة والخاصة " ، دار هومة - الجزائر 2005 ، ص 17 .
- 26- الدكتور : علي عبد القادر القهوجي . مرجع سابق ، ص 50 وما بعدها .
- 27- ارجع إلى المادة 28 من قانون 06 - 01 المؤرخ في 2006/02/20 والتي تنص على أنه : " يعاقب بالحبس من سنتين إلى عشر سنوات وبغرامة من 200.000 دج إلى 1.000.000 دج . . " .
- 28- الدكتور : علي عبد القادر القهوجي . المرجع السابق ، ص 55 .
- 29- الدكتور : علي عبد القادر القهوجي . مرجع سابق ، ص 68 .

الحماية الجنائية لبرامج الحاسوب في التشريع الجزائري

صالح شنين

أستاذ مساعد - كلية الحقوق

جامعة بجاية

مقدمة:

يشهد العالم تطورات هائلة في كافة المجالات ، ولعل أهمها ظهور الحاسوب والذي احدث ثورة حقيقية في المعلوماتية ، ليغزو بعد ذلك كافة المجالات. وهذا يعود إلى برامجه ، والتي هي عبارة عن مجموعة من الأوامر والتعليمات الموجهة إلى الحاسوب لتحقيق أهداف معينة ، وأمام تعاظم قيمة وأهمية البرامج لاسيما الاقتصادية ، صارت محلا لاعتداءات وأفعال إجرامية عديدة ومتنوعة على نحو اقتضى حماية جنائية لهذه البرامج.

وباعتبار برامج الحاسوب مال معنوي حاول الفقه تطبيق نصوص جرائم الأموال على البرامج ، إلا أن ذلك أثار خلاف فقهي كبير مازال قائما ، نظرا للطبيعة الخاصة للبرامج مما حدا بالبعض إلى ضرورة استحداث آليات تشريعية أخرى للتصدي للظواهر الإجرامية المتنوعة ضد البرامج ، لهذا استحدثت بعض الدول في تشريعاتها نصوص خاصة لحماية البرامج جنائيا ، ومن بينها التشريع الجزائري، من خلال تشريع حقوق المؤلف بموجب الأمر 10/97 المعدل بالأمر 05/03 المؤرخ في 2003/01/19، ومن خلال تشريع الجريمة المعلوماتية بموجب الأمر رقم 15/04 المؤرخ في 10 / 11 / 2004 المعدل لقانون العقوبات .

إلا أن الإشكالية المطروحة هي ما مدى كفاية وفعالية هذه النصوص الجنائية الخاصة في حماية برامج الحاسوب ؟

للإجابة عن هذه الإشكالية اعتمدنا الخطة التالية :

المبحث الأول: الحماية الجنائية للبرامج من خلال تشريع حقوق المؤلف

المطلب الأول: جرائم الاعتداء على البرامج

المطلب الثاني : الجزاءات الجنائية المقابلة

المبحث الثاني: الحماية الجنائية للبرامج من خلال تشريع الجريمة المعلوماتية

المطلب الأول: جرائم الاعتداء على نظم المعالجة الآلية للمعطيات

المطلب الثاني:العقوبات المقابلة

المبحث الأول: الحماية الجنائية للبرامج من خلال تشريع حقوق المؤلف

لقد تبنى المشرع الجزائري الحماية الجنائية لبرامج الحاسوب في تشريع حقوق المؤلف بموجب الأمر 10/97 المعدل بموجب الأمر رقم 05/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتضمن حقوق المؤلف ، حيث

نص على جرائم وجزاءات الاعتداء على حقوق مؤلفي البرامج في المواد 151، 153، 159 من الأمر 05/03 المتعلق بحقوق المؤلف .

وعليه سنناول هذه الجرائم والجزاءات المقابلة من خلال المطلبين التاليين :

المطلب الأول: جرائم الاعتداء على برامج الحاسوب

نص المشرع الجزائي على جرائم الاعتداء على برامج الحاسوب في المواد 154، 151، 155 من الأمر 05/03 المتعلق بحقوق المؤلف ، حيث تمثلت تلك الجرائم في جريمة التقليد ، وجريمة التعامل بالبرامج المقلدة .

أولا/جريمة التقليد :

وجاء النص عليها في المواد 151/ف1، 154، 155 من الأمر 05/03، وتتكون جريمة التقليد مثل أي جريمة من الركن شرعي والمتمثل في نصوص التجريم السالفة، والركنين المادي والمعنوي اللتين هما كالتالي:

أ-الركن المادي:

يتكون الركن المادي عادة من سلوك ونتيجة وعلاقة سببية بينهما ، والنشاط الإجرامي في جريمة التقليد يتمثل في قيام الجاني بأحد أفعال التقليد المنصوص عليها قانونيا على مصنف محمي ، والنتيجة الإجرامية فإنها تتحقق بمجرد الانتهاء من أي فعل منها ، ولا بد من علاقة سببية بين النشاط الإجرامي وتلك النتيجة ، ويتضح هنا أن النشاط الإجرامي يجتمع فيه السلوك والنتيجة وعلاقة السببية بينهما⁽¹⁾ .

ولهذا فإن دراسة الركن المادي لجريمة التقليد تقتصر على دراسة النشاط الإجرامي، ويتمثل النشاط الإجرامي لجريمة التقليد، في الاعتداء على حق من حقوق المؤلف طبقا للمادة 151/ف1 ، سواء بالاعتداء على حق من حقوق المؤلف الأدبية أو المعنوية ، وذلك من خلال الكشف والإفصاح عن البرامج دون موافقة وإذن مؤلفها ، أو المساس بالبرامج عن طريق تعديلها، أو تغييرها ، أو إضافة فيها، أو حذف جزء منها، دون موافقة مؤلفها⁽²⁾.

ويلاحظ أن المشرع لم يجرم الاعتداء على أهم حق من الحقوق المعنوية، إلا وهو حق الأبوة أو ما يعرف بحق المؤلف في نسبة مؤلفه إليه، لهذا لا بد من تدخل صريح في هذا الشأن و بالإضافة إلى جرائم الاعتداء على الحقوق المعنوية، جرم المشرع الاعتداء على الحقوق المالية بالنسخ دون موافقة مؤلف أو صاحب البرامج، إلا انه استثنى بموجب المادة 52 من الأمر 05/03 استنساخ نسخة واحدة من البرنامج وذلك في حالتين:

1- الاستنساخ بغرض استعمال برنامج الحاسوب للغرض الذي اكتسب من أجله ووفقا للشروط التي كانت قائمة عند اكتسابه ، وفي هذا تدعيما لحقوق مؤلفي البرامج ، وفي كل حالة يتجاوز فيها من يوجد في

حيازته البرنامج حيازة مشروعة حدود القانون أو الاتفاق المرخص بينه وبين مؤلف البرنامج يكون فعله مكونا لجريمة التقليد .

2- أن يكون النسخ تعويضا لنسخة مشروعة الحيازة من البرنامج وذلك بغرض التوثيق أو خشية ضياعه أو تلفه أو عدم صلاحيته للاستعمال .

كما اعتبر المشرع في المادة 154 انه يعد مرتكبا لجنحة التقليد كل من يشارك بعمله أو بالوسائل التي يحوزها للمساس بحقوق المؤلف، واعتبر أيضا في المادة 155 انه يعد مرتكبا لجنحة التقليد كل من يرفض عمدا دفع المكافأة المستحقة للمؤلف .

ب/الركن المعنوي:

لقيام جريمة التقليد للبرامج فإنه يشترط توافر الركن المعنوي إلى جانب الركن المادي ، وبالرغم من أن الكثير من التشريعات الجنائية المختلفة لم تنص صراحة على ضرورة توافر الركن المعنوي إلا أن الفقه والقضاء يؤكدان على ضرورة توافره ، فجريمة التقليد جريمة عمدية يجب لقيامها توافر القصد الجنائي العام لعنصريه العلم والإرادة ، علم بعناصر الجريمة وإرادة متجهة إلى السلوك الإجرامي ، ومع ذلك فإن جانب من الفقه يرى انه يلزم توافر القصد الجنائي الخاص المتمثل في سوء النية وذلك إلى جانب القصد الجنائي العام ، إلا أن هذا الرأي انتقد على أساس افتقاره إلى السند القانوني ، فنصوص التجريم في مختلف التشريعات لم تشر إلى ضرورة قصد جنائي خاص، وعلى ذلك فإن الركن المعنوي لجريمة تقليد البرامج يتحقق بتوافر القصد الجنائي العام دون الحاجة إلى توافر سوء النية⁽³⁾.

ثانيا/ جريمة التعامل بالبرامج المقلدة :

ولقد نص المشرع الجزائري على هذه الجريمة اللاحقة لجريمة التقليد في الفقرات 3، 5، 4 من المادة 151 من الأمر السالف الذكر ، ولقيام هذه الجريمة لا بد من توافر الأركان الثلاثة ، وهي الركن الشرعي والمتمثل في نص التجريم والركنين المادي والمعنوي اللتين هما كالآتي :

أ/الركن المادي:

يتمثل الركن المادي لجريمة التعامل بالبرامج المقلدة في التعامل بالبرامج وسواء تم التقليد للبرنامج في الداخل أو في الخارج ، ويكون البرنامج مقلدا إذا كان مشابها للبرنامج الأصلي الذي يحميه القانون وبمعنى آخر يقوم التقليد على محاكاة للبرنامج تتم فيه المشابهة بين الأصلي والنسخة المقلدة ، فالعبرة بأوجه الشبه لا بأوجه الاختلاف بحيث يكون من شأنه أن يندفع به الجمهور ، ويتخذ كل صور الاعتداء على كل حق من حقوق المؤلف التي بينها سابقا والتي تشكل جريمة التقليد⁽⁴⁾.

وتتمثل صور التعامل بالبرامج المقلدة فيما يلي :

- استيراد أو تصدير برامج مقلدة:

ولقد جاء النص على هذه الجريمة في التشريع الجزائري لحق المؤلف في الفقرة 3 من المادة 151، فالمشرع الجزائري لم يكتف بتجريم أفعال التعامل بالبرامج المقلدة داخل الإقليم الوطني ، وإنما ذهب إلى

تجريم أفعال إدخال مصنفات إلى الإقليم الوطني ، وهو ما يعبر عنه بالاستيراد ، وكذا أفعال إخراج البرامج المقلدة من التراب الوطني وهو ما يعبر عنه بالتصدير ، وهذا بخلاف التشريع المصري الذي لم يجرم استيراد البرامج المقلدة وإنما عاقب على إدخال برامج حقيقية منشورة في الخارج بقصد الاستغلال ، لكنه جرم التعامل

بالشحن أو التصدير للبرامج المقلدة في مصر والمنشورة في الخارج.

- بيع برامج مقلدة : والبيع المجرم هنا هو الذي يتم بمقتضاه نقل حق استغلال البرنامج إلى المشتري مقابل ثمن معين ، ولا يشترط أن تتكرر عمليات البيع لتوافر الجريمة ، بل يكفي لقيامها عملية بيع واحدة.

- التداول والتأجير للبرامج المقلدة :

ويعني التداول قيام شخص بالتصرف في البرامج المقلدة بمقابل أو بغير مقابل ، وسواء كان التصرف نقل ملكية أم نقل حق الاستغلال أم حق الانتفاع أو الاستعمال (مثل الهبة أو عارية الاستعمال)، أما التأجير للبرامج المقلدة فيعني قيام شخص ما بتمكين مستأجر البرامج المقلدة من استعماله مدة معينة مقابل أجر معينة ، ويكفي لتوافر الجريمة عملية استئجار واحدة.

ب/ الركن المعنوي:

يتمثل الركن المعنوي لجريمة التعامل بالبرامج المقلدة بالبيع أو العرض للبيع أو التداول أو التأجير أو الاستيراد أو التصدير في القصد الجنائي العام، والذي يقتضي أن يكون الجاني عالما بأن ما يبيعه أو يتداوله أو يؤجره أو يعرضه للبيع أو يستورده أو يصدره برنامج مقلد مع اتجاه إرادته لذلك ، والقصد الجنائي في هذه الجريمة كسابقها هو قصد مفترض يفترض بمجرد توافر الركن المادي لهذه الجريمة ، وإن كان توافر الركن المادي يعد قرينة بسيطة على توافر القصد الجنائي ، قابلة لإثبات العكس لكافة الطرق ، ويخضع تقديره لمحكمة الموضوع دون ما رقابة عليه من محكمة النقض في ذلك⁽⁵⁾.

المطلب الثاني: الجزاءات الجنائية المقررة لجرائم الاعتداء على البرامج

نظرا لخطورة الجرائم المرتكبة على حقوق مؤلفي أو أصحاب البرامج، لاسيما من الناحية الاقتصادية قابل المشرع تلك الجرائم بجزاءات جنائية لردع الجناة، حيث تمثلت تلك الجزاءات في ما يلي :

أولا/ العقوبات الأصلية:

لقد قرر المشرع الجزائري بموجب المادة 153 من الأمر 05/03 تتمثل في الحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات وبغرامة مالية من خمسمائة ألف (500.000) دينار جزائري إلى مليون (1.000.000) دينار جزائري سواء كان النشر حصل في الجزائر أو في الخارج، لكنه شدد العقوبة في حالة العود وذلك بموجب المادة 156 من الأمر 05/03 ، فالجاني إذا عاد إلى الجريمة بعد إدانته فإنه قد أظهر بأن لديه شخصية خطيرة لا تكفي العقوبات العادية المقررة لجريمة التقليد لردعهم ، ولهذا تشدد المشرع وقرر إمكانية مضاعفة العقوبة المنصوص عليها في المادة 153 من هذا الأمر لتصبح

قادرة على رده ، إلا أن المشرع لم يحدد ما هو العود المطلوب أهو عود خاص أم عام، أم مؤبد أو مؤقت، مما يجعله عودا عاما و مؤبدا⁽⁶⁾.

ثانيا/ العقوبات التكميلية وتدابير الأمن:

ا/ **العقوبات التكميلية:** تتمثل هذه العقوبات التكميلية في التشريع الجزائري في المصادرة، حيث جاء النص على المصادرة في المادة 157 من الأمر 05/03 التي نصت على أنه تقرر الجهة القضائية المختصة مصادرة المبالغ التي تساوي مبلغ الإيرادات أو أقساط الإيرادات الناتجة عن الاستغلال غير الشرعي للمصنف ومصادرة العتاد المخصص لمباشرة النشاط كما نص على عقوبة نشر الحكم في المادة 158 ، ويقصد بهذه العقوبة التشهير بالمحكوم عليه والتأثير على شخصيته الأدبية والمالية، وهي بذلك عقوبة ماسة بشرف الاعتبار .

ويلاحظ أن المشرع الجزائري أوجب على الجهة القضائية المختصة في المادة 159 من الأمر 05/03 أن تأمر في جميع الحالات المنصوص عليها في المادتين 151 ، 152 بتسليم العتاد أو النسخ المقلدة أو قيمة ذلك كله وكذلك الإيرادات أو أقساط الإيرادات موضوع المصادرة للمؤلف أو لأي مالك حقوق آخر أو ذي حقوقهما لتكون عند الحاجة بمثابة تعويض عن الضرر اللاحق.

ب/تدابير الأمن:

ونص على تدابير الأمن تلك المشرع الجزائري والتي حددها بعقوبة الغلق بموجب المادة 2/156، حيث نصت على أنه يمكن للجهة القضائية المختصة أن تقرر الغلق المؤقت مدة لا تتعدى 6 أشهر التي يستغلها المقلد أو شريكه أو أن تقرر الغلق النهائي عند الاقتضاء ويستفاد من هذا النص أن عقوبة الغلق جوازية للقاضي.

المبحث الثاني: الحماية الجنائية للبرامج من خلال تشريع الجريمة المعلوماتية

تبنى المشرع الجزائري بموجب الأمر 15/04 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 نصوصا خاصة بالجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات أو ما يصطلح عليها بالجريمة المعلوماتية أو الالكترونية ، والتي هي عبارة عن كل فعل أو امتناع من شأنه الاعتداء على الأموال المادية أو المعنوية ، بطريقة مباشرة أو غير مباشرة عن تدخل تقنية المعلوماتية⁽⁷⁾.

ولقد ورد النص على هذه الجرائم و العقوبات المقررة لها في المواد 394 مكرر إلى 394 مكرر 7، وسنتناول هذه الجرائم والعقوبات من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: جرائم الاعتداء على نظم المعالجة الآلية للمعطيات

ورد النص عليها في المواد 294 مكرر إلى 394 مكرر 2، وكغيرها من الجرائم فهي تقوم على أركان ثلاث هي الركن الشرعي والمادي والمعنوي، وعلى اعتبار أن هذا الفعل مجرم فان الركن الشرعي متوافر في هذه الجريمة وعليه سنتقتصر دراستنا على الركنين المادي والمعنوي.

أولا / الركن المادي:

يتمثل الركن المادي لجرائم الاعتداء على نظم المعالجة الآلية للمعطيات أساسا في فعل الاعتداء على هذه النظم وتتفرع صورته إلى الآتي:

- 1- الدخول غير المشروع أي غير المرخص والمصرح به إلى جزء أو كل من نظم المعالجة الآلية للمعطيات وذلك بانتهاك إجراءات الأمن
- 2- البقاء غير المشروع دون إرادة من له الحق في السيطرة على نظام معالجة هذه المعطيات سواء داخل النظام كله أو في جزء منه.
- 3- الاعتداء القسدي على معطيات النظام بإدخال معطيات جديدة على الدعامة بقصد التشويش صحة المعطيات أو إزالة أو تعديل المعطيات الموجودة داخل النظام
- 4- الاعتداء القسدي على نظام المعالجة الآلية للمعطيات ويكون ذلك بتعطيل أو توقيف أو إفساد نظام المعالجة، سواء على جهاز الحاسب ذاته أو شبكات الاتصال أو البرامج...⁽⁸⁾
- 5- الاستخدام غير المشروع للمعطيات عن طريق تصميم، أو بحث، أو تجميع، أو توفير أو نشر أو الاتجار في معطيات مخزنة أو معالجة أو مرسلّة عن طريق منظومة معلوماتية أو حيازة أو إنشاء أو نشر أو استعمال لأي غرض كان المعطيات المتحصل عليها من إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم .

ثانيا/الركن المعنوي:

تعتبر جرائم الاعتداء على نظم المعالجة الآلية للمعطيات جريمة عمدية ، يتخذ فيها الركن المعنوي صورة القصد الجنائي بعنصريه العلم والإرادة ، إذ يجب أن تتجه إرادة الجاني إلى فعل الاعتداء ، كما يجب أن يعلم بأن نشاطه الإجرامي يؤدي إلى الاعتداء على نظم المعالجة الآلية للمعطيات، وهكذا إذا توافر الركن المعنوي بعنصريه العلم والإرادة إلى جانب الركن المادي قامت الجريمة واستحق مرتكبها العقوبة المخصصة لهذه الجريمة.

المطلب الثاني: العقوبات المقابلة

قرر المشرع الجزائري في المواد 394 مكرر إلى المادة 394 مكرر 07، وتمثلت تلك العقوبات في العقوبات أصلية وعقوبات تكميلية، وهي كالتالي:

أولا/العقوبات الأصلية: عاقب المشرع الجزائري في المادة 394 مكرر على جريمة الدخول أو البقاء غير المشروع بعقوبة الحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة وبغرامة من خمسة آلاف (5.000) دينار جزائري إلى عشرة آلاف (10.000) دينار جزائري، وضاعفها إلى الحبس من 6 أشهر إلى سنتين والغرامة من خمسين ألف إلى مائة وخمسين ألف (150.000) دينار جزائري إذا ترتب على الدخول أو البقاء حذف أو تغيير لمعلومات المنظومة، أما عن جرائم الاعتداء القسدي على المعطيات بالإدخال أو المحو أو التعديل فإن المشرع الجزائري قرر لها في المادة 394 مكرر 1 عقوبة الحبس من 6 شهر إلى

3 سنوات وبغرامة مالية من خمسمائة ألف إلى مليونين دينار جزائري بينما قرر المشرع الفرنسي لها في المادة 3/323 عقوبة الحبس حتى 3 سنوات والغرامة حتى ثلاثمائة ألف (300.00) فرنك فرنسي .
أما بخصوص جرائم الاستخدام غير المشروع للمعطيات الواردة في المادة 394 مكرر 2 من قانون العقوبات الجزائري فإن المشرع خصص لها عقوبة الحبس من شهرين إلى 3 سنوات وبغرامة من مليون دينار جزائري إلى خمسة ملايين دينار جزائري .

ولم يكتف المشرع الجزائري بمعاقبة الجناة من الأشخاص الطبيعيين بل نص في المادة 394 مكرر 4 من قانون العقوبات الجزائري والتي تقابلها 6/323 فرنسي على معاقبة الأشخاص المعنوية الذي يرتكب إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم ، بل أنه أكثر من ذلك ضاعف الغرامة إلى خمس (5) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص طبيعي، كما عاقب المشرع الجزائري في المادة 394 مكرر 07 على الشروع أو المحاولة في ارتكاب أي جريمة من جرائم الاعتداء على نظم المعالجة الآلية للمعطيات وذلك بنفس عقوبة الجريمة التامة ، ولولا ذلك لما أمكن العقاب على الشروع في هذه الجرائم لأنها من الجنح ومن المعلوم أن الشروع في الجنح لا عقاب عليه أصلا إلا إذا وجد نص خاص يقضي بذلك .

وأكمل المشرع الجزائري وجه الحماية الجزائري بالنص في المادة 394 مكرر 5 على تجريم الاتفاق الجنائي للاعداد لإحدى الجرائم المنصوص عليها في المواد السابقة وعاقب على هذا النشاط الإجرامي بعقوبة الجريمة التي يتم التحضير لها .

ويلاحظ أن المشرع الجزائري نص في المادة 394 مكرر 03 على مضاعفة العقوبات المنصوص عليها في هذا القسم إذا استهدفت الجريمة الدفاع الوطني أو الهيئات والمؤسسات الخاضعة للقانون العام دون الإخلال بتطبيق عقوبات اشد وهذا نظرا لخطورة هذه الجرائم.

ثانيا/العقوبات التكميلية:

نص المشرع الجزائري في المادة 394 مكرر 6 من قانون العقوبات الجزائري على بعض العقوبات التكميلية يحكم بها القاضي إلى جانب العقوبات الأصلية لكل جريمة، وتمثلت تلك العقوبات في المصادرة والغلق للمحل أو مكان الاستغلال إذا كانت الجريمة قد ارتكبت بعلم مالكيها.

خاتمة:

ومن خلال ما سبق يمكن القول أنه لما كانت الحماية الجزائية للبرامج الرادع الحقيقي لجرائم الاعتداء على برامج الحاسب الآلي، اتجهت التشريعات الجنائية لتوفير حماية جزائية للبرامج من خلال نصوص خاصة كنصوص حق المؤلف ونصوص الجريمة المعلوماتية، ومن بينها التشريع الجزائري. ومن خلال دراستنا للحماية الجزائية للبرامج في نصوص التشريع الجزائري الخاصة توصلنا إلى أن الحماية في إطار تشريع حقوق المؤلف جاءت قاصرة، لكونها مقتصرة على جرائم الاعتداء على حق المؤلف، و لا تتناول جرائم عديدة مثل التزوير والإتلاف وغيرها من الجرائم ، مما يتطلب حماية إضافية للبرامج، ومن ناحية أخرى فإن العقوبة المقررة فيها لا تتناسب مع قيمة الخسائر التي تسببها

الجرائم للبرامج فهي غير رادعة ، أما من ناحية مدة الحماية القانونية فهي لا تتناسب وعمر البرامج القصير .

أما بالنسبة للحماية الجزائية للبرامج من خلال نصوص خاصة بالجريمة المعلوماتية جاءت غير كافية لأنها خاصة بالحماية الجزائية للنظام الخاص بمعالجة المعطيات آليا ، فهي تحمي النظام ككل متكامل ، أي واحدة واحدة ، مما يعني أنها لا تحمي البرامج والمعلومات المعالجة آليا بصفة مستقلة كما أن تلك النصوص لم تعاقب على الاستيلاء على البرامج أو نسخ صورة منها عند تشغيل الجهاز بطريقة مشروعة أو غير مشروعة ، بل عاقبت على المراحل السابقة على الحصول أو الاستيلاء على المعلومات أو البرامج التي تعد من قبيل الجرائم المانعة ، لذلك فالحاجة ماسة لحماية جزائية مباشرة للبرامج بصفة مستقلة وتجريم الاعتداء على الخدمة وتجريم النقاط المعلومات المعالجة آليا وتجريم صور الاستيلاء عليها.

الهوامش :

- 1- عبد القادر القهوجي ، الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي، دار الجامعية للطباعة والنشر ،مصر،1999،ص14.
- 2- عفيفي كامل ، جرائم الكمبيوتر ، منشورات الحلبي الحقوقية،لبنان،2003،ص79
- 3- عفيفي كامل ، المرجع السابق ص95.
- 4- عفيفي كامل ،المرجع السابق،ص96
- 5- عبد القادر القهوجي، المرجع السابق،ص41/40 .
- 6- عمارة مسعودة ، الوضعية الحالية لحقوق المؤلف بين التشريع الجزائري والاتفاقيات الدولية ، درجة ماجستير تحت إشراف الأستاذ عمر زاهي ، جامعة الجزائر ، 2003ص312.
- 7- علي العريان ، الجرائم المعلوماتية ، دار الجامعة الجديدة للنش،مصر،2004،ص45.
- 8- عبد القادر القهوجي،المرجع السابق،ص139.

النَّسب بين تطور العلم وجمود التشريع
في البلدان الغربية والعربية
(البصمة الوراثية)

زبيدة إقروفه
أستاذة مساعدة بكلية الحقوق
جامعة بجاية

المقدمة:

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله.
إنّ تقنية الكشف عن الطبعة الجينية للإنسان⁽¹⁾ هي من ثمرات التكنولوجيا الحديثة المؤطرة والمحكمة التي صاغتها عقول العلماء وجادت بها قرائح بيولوجيين أكفاء، حيث تقدم أجوبة كافية ومقنعة للعديد من الاشكالات والملابسات التي تحيط بعملية الكشف عن الهوية في أي مجال كانت سواء في الجنائي أو في المدني أو في الأحوال الشخصية، أو حتى في سائر التعاملات الاقتصادية والاجتماعية، ويوما بعد يوم تفتح مجالا أوفر للاستعمال اللامحدود لها.

فما موقع هذه التقنية المبتكرة في التشريعات الغربية والعربية ؟ وما هو موقف القضاء منها؟.

الجواب على هذين السؤالين يكون وفق الخطة الآتية:

المبحث الأول: موقف القانون الوضعي من البصمة الوراثية

المطلب الأول: البلدان الغربية

المطلب الثاني: البلدان العربية

المبحث الثاني: موقف القانون الجزائري من البصمة الوراثية

المطلب الأول: موقف القضاء

المطلب الثاني: موقف التشريع

المبحث الأول : موقف القانون الوضعي من البصمة الوراثية

المطلب الأول: البلدان الغربية

باعتبار البلدان الغربية -الأوربية والأمريكية- مهد المستجدات الطبية ومنها البصمة الوراثية، لها فضل سبق في اكتشافها وتطويرها وتجريبها، ووضع تشريعات وتقنيات تحدد الإطار القانوني لاستعمالها، بعد أن عان القضاء سنوات من الفراغ التشريعي جعل القضاة يواجهون القضايا التي توضع بين أيديهم باجتهاداتهم الفردية دون أن يكون هناك نص صريح يستندون إليه مما جعل أحكامهم متضاربة، وفرنسا نموذجا لهذا الوضع، إذ المتتبع لتاريخها القضائي يجد أنّ هناك وقائع عديدة عرضت على مختلف محاكمها، خاصة محكمة الاستئناف بباريس، تتعلق تلك الوقائع بمسائل إثبات أو نفي النسب من جهتي

الأبوة أو الأمومة تمت الاستعانة فيها والإحالة على التحاليل البيولوجية لكشف الحقيقة، وتعود إلى السنوات الأولى لظهور تقنية تحديد الطبعة الوراثية، وكان لنتائج تلك التحاليل أثرا بيّنا في تقرير الحكم المناسب لتلك الدعاوى⁽²⁾.

ففي مخبر واحد تابع لأحد الخواص وهو الدكتور (فليب روجيه) تم استقبال ثمانمائة وستة وتسعين تحليلا للبحث عن الأبوة بين عام ألف وتسعمائة واثنان وتسعين وعام ألف وتسعمائة وسبعة وتسعين تم إقصاء ثلاثمائة وأربعة وثلاثين حالة من بين الثلاثيات البسيطة (أب- أم - طفل)، وفي حال الرباعيات (ادعاء الأبوة من طرف شخصين) تمكن من إقصاء أحد المدعين في ثلاثة وتسعين بالمائة⁽³⁾. ونظرا للدور الذي تلعبه تقنية البصمة الوراثية فقد بادر المشرع الفرنسي إلى استصدار مجموعة من القوانين المنظمة لهذه التقنية وغيرها من المستجدات الطبية ذات الصلة بالعمل القضائي فيما يعرف بقوانين الأخلاق الحيوية (*lois bioéthiques*)، الصادرة بالأمر رقم 94-653 المؤرخ في التاسع والعشرين من جوان ألف وتسعمائة وأربعة وتسعين⁽⁴⁾ وبالمرسوم رقم 97-109 المؤرخ في السادس فيفري من سنة ألف وتسعمائة وسبعة وتسعين، اللذان أسسا مجموعة من القواعد التنظيمية بخصوص استعمال عناصر ومنتجات الجسم البشري، والمساعدة الطبية للإنجاب، ودراسة الخصائص الوراثية للشخص وتحديد هويته بالبصمة الوراثية، وكذا ضبط شروط اعتماد الأشخاص المؤهلين لممارسة هذه الوظائف.

فقد حددت المادة السادسة عشرة في فقراتها العاشرة والحادية عشرة والثانية عشرة من القانون المدني الفرنسي الحالات التي يسمح فيها بأخذ عينات من الجسم الأدمي بغرض التعرف على خصائصه الجينية إما لأغراض طبية علاجية، أو لأغراض علمية بحثية، أو في إطار اجراءات تنفيذ الأوامر، أو التحقيقات القضائية بشأن دعوى مرفوعة أمام القضاء بشرط أن يكون الأمر بصدد دعوى إنشاء بنوة شرعية أو طبيعية، أو إنكارها، وإما لطلب النفقة للطفل أو الأم أو طلب الإعفاء منها أيًا كان المدعي أو المدعى عليه، بعد الموافقة الصريحة والمستتيرة من المعني، وتخول صلاحية اجراء مثل هذه الفحوصات للفنيين المعتمدين الذين جردت أسماؤهم في قوائم الخبراء القضائيين وضمن الشروط التي تحدتت بمرسوم في مجلس شورى الدولة⁽⁵⁾.

كما ضمنّ المشرع الفرنسي قانون العقوبات مجموعة من الأحكام الردعية والجزائية تناولتها المادة السادسة والعشرون بعد المائتين - الفقرات من خمسة وعشرين إلى ثلاثين - لمن يخالف الأحكام المنصوص عليها في قانون الصحة العمومية، كإجراء التحاليل الوراثية لغير الأغراض المحددة لها قانونا أو تزوير نتائجها أو أخذ العينات عنوة وتحايلا على المعني دون إظهار موافقته الصريحة، حسب الشروط المحددة في المادة الخامسة والأربعين بعد المائة - الفقرة الخامسة عشرة - من قانون الصحة، أو يباشر تلك التحاليل شخص غير مؤهل قانونا، أو إنشاء أسرار ومعلومات عن التركيب الوراثي للأشخاص، كل ذلك يعرض الفاعل إلى عقوبة الحبس وغرامة مالية تقدر بمائة ألف فرنك فرنسي⁽⁶⁾.

بالإضافة إلى كون فرنسا في صدارة الدول التي تبنت هذه المكتشفات الطبية فإنها قد بلغت زيادة على ذلك مرحلة إعادة النظر في تلك القوانين وتقويمها استدراكا لبعض الاغفالات والنقائص التي كشف

عنها التطبيق العملي، مع الأخذ في الاعتبار المقترحات التي تقدمت بها كل من اللجنة الاستشارية الوطنية للأخلاق في علوم الحياة والصحة، والنقابة الوطنية للأطباء، والأكاديمية الوطنية للطب، حيث صدر على إثر ذلك القانون رقم 04-800 المؤرخ في السادس أوت ألفين وأربعة⁽⁷⁾ الذي عدل وتم كل من القانون المدني وقانون العقوبات وقانون الصحة العمومية، وتناول التعديل مواضيع استخدام منتجات الجسم البشري وصفة المعطي والمستفيد، وطرق أخذ العينات من المتبرع أو غيره، مع منع وتجريم المتاجرة بعناصر الجسم الأدمي، أو توجيهها لأغراض صناعية، أو تحويل البنية الجينية للأفراد أو الاستساح، باعتبار هذه الأفعال مساسا بكرامة الإنسان وبالنظام العام وجريمة ضد الإنسانية عامة⁽⁸⁾.

وفي ألمانيا ورد النص في قانون الإجراءات المدنية (المادة الثانية والسبعين بعد المائة الثالثة) أن القاضي يلتزم بالبحث في قضايا الأنساب بأعمال الخبرة الطبية وبما تكشف عنه من نتائج تعدد حقائق علمية، ونفس التوجه سلكه المشرع الإيطالي في المادة الثامنة عشرة بعد المائة من قانون الإجراءات المدنية، والذي بدى أكثر حزما حيث يفرض على الخصم الخضوع للتحليل الوراثي في حالة البحث عن النسب ومعرفة الأصول الدموية للشخص⁽⁹⁾، ولا يمكن للخصم تعليل رفضه بكون هذا التحليل اعتداء على كرامته وحرية الشخصية أو مساسا بحرمة جسده، ذلك أن الكشف الجيني لا يتطلب أكثر من عينة صغيرة -شعرة أو لعاب أو قطرات دم -لا تهدد سلامة بدنه ولا تشكل عليه أي خطر، وللقاضي السلطة في الاستعانة بالقوة الجبرية لإرغام الخصم على الاستجابة لأمر الفحص الوراثي. وعلى العموم فإن التشريعات الغربية تنجح نحو الأخذ بنتائج الكشف الوراثي للطبقة الوراثية للأفراد في دعاوى إثبات أو نفي الأنساب الشرعية منها والطبيعية على حد سواء.

المطلب الثاني: البلدان العربية

قد سارعت بعض الدول العربية إلى اعتناق واستجلاب تقنية التحليل الوراثي كأداة فنية في الإثبات والنفي في أولى عهودها رغم ما تتطلبه من كفاءة علمية متخصصة، وتجهيزات عالية الدقة وباهضة التكلفة كالسعودية والكويت ومصر والإمارات العربية، هذه الأخيرة التي تعتبر أول دولة عربية فتحت معملا لهذا النوع من التحاليل البيولوجية وذلك سنة ألف وتسعمائة وثلاثة وتسعين، حيث شرعت في الأخذ بنتائج الفحص الجيني في قضايا النسب والجرائم وغيرها على ما يزيد عن ثمانمائة قضية منها ستة وتسعون قضية متعلقة بالنسب⁽¹⁰⁾، أما الغالبية من الدول العربية فما زالت بعيدة كل البعد عن مواكبة التكنولوجيا الحديثة في هذا المجال، وذلك مرده أمران:

الأول: العجز المادي عن فتح مثل هذه المخابر وما يتطلبه من عدة وعتاد وإطارات.

الثاني: جمود التشريع رغم أن بعض التشريعات العربية في مجال الأحوال الشخصية قد خضعت في السنوات الأخيرة للتعديل والتفويض كي تتلاءم مع الجديد في الساحة، سواء كان جديدا علميا أو اقتصاديا أو اجتماعيا، بعد أن مضى عليها ردحا من الزمن وهي ثابتة كما وضعت لأول مرة، إلا أن هذه التعديلات لم تحمل جديدا في موضوع النسب إثباتا ونفيا، بل استبقى المشرع العربي على الطرق التقليدية والتي وردت على سبيل الحصر بشروطها الشرعية، ولم يتعرض للوسائل الحديثة وعلى رأسها البصمة

الوراثية كوسيلة علمية لها وزنها في قضايا الأنسال، إذ لم يشر إليها من قريب أو بعيد، فضلا على أن يفرد لها نصا قانونيا يضبط قواعدها ومواطن العمل بها، في الوقت الذي أصبحت البصمة الوراثية سيدة الأدلة في البلدان الغربية، وبذلك تظل القوانين العربية متأخرة عن الركب العلمي، وموقفها من البصمة الوراثية يشوبه الغموض والتردد والإغفال في الكثير من تلك التشريعات، ولعل سبق والاجتهاد القضائيين في القضايا التي ستعرض على الهيئات القضائية مستقبلا في قضايا التنازع في الأنساب كقيلة بأن تدفع السلطات التشريعية في البلدان العربية إلى الخروج عن صمتها ولامبالاتها بهذه المستجدات البيولوجية، وتضع حدا ربما حتى لتناقض الأحكام القضائية التي قد تصدر عن القضاة بناء على اجتهاداتهم الخاصة.

ويستثنى من مجموع القوانين العربية التي ضربت صفحا عن الإشارة إلى تقنية الاختبارات الوراثية ودورها في كشف الأنساب المتنازع عليها القانون التونسي، الذي عدّ الفحوص الجينية وسيلة يعتد بها لدى المحاكم التونسية ليس فقط في إثبات الأنساب الشرعية، بل ذهب أبعد من ذلك وهو إثبات الأنساب الطبيعية الناتجة عن العلاقات غير الشرعية كما هو شأنه في مسائل الأحوال الشخصية التي شدّ فيها عن ركب قوانين البلدان العربية، فقد جاء في الفصل الثالث مكررا، والفصل الخامس من القانون المتعلق بإسناد لقب عائلي للأطفال المهملين أو مجهولي النسب⁽¹¹⁾ أنه يمكن للولد المجهول النسب، أو الأب، أو الأم، أو النيابة العمومية، رفع طلب إسناد لقب الأب لمجهول النسب إلى المحكمة الابتدائية المختصة، الذي يثبت بالإقرار، أو بشهادة الشهود، أو بواسطة التحليل الجيني أنه والده، وتبت المحكمة في الدعوى عند عدم الإذعان إلى الإذن الصادر عنها بإجراء التحليل الجيني بالاعتماد على ما يتوفر لديها من قرائن متعددة ومتظافرة وقوية، وإذا ثبتت بنوته بإحدى الطرق السالفة فإنّ مجهول النسب يتمتع بما يتمتع به الإبن الشرعي من حق النفقة والحضانة والولاية، بالإضافة إلى تطبيق القواعد الخاصة بموانع الزواج حسب الكيفيات المنصوص عليها في مجلة الأحوال الشخصية.

وفي مصر أنشئ معمل للطب الشرعي سنة ألف وتسعمائة وخمسة وتسعين، ومن وظائفه الكشف عن الهويات في مختلف القضايا التي تحال عليه، وكان عدد القضايا المعروضة عليه سنتي ألفين وألفين وواحد هي تسع عشرة قضية في كل سنة⁽¹²⁾.

وفي حدود ما وقفت عليه من المراجع والرسائل العلمية في الموضوع ومن أمكنني مقابلته من أهل القانون والفقهاء فإنه لا يوجد نص تشريعي بمصر ينص صراحة على اعتماد البصمة الوراثية كدليل قائم أو قرينة معتبرة، بل لا يزال العمل ساريا على الأدلة الشرعية التي أقرها الفقه الإسلامي، والبصمة الوراثية ليست واحدة منها، وعند اختلاف الآراء والروايات يصار إلى العمل بالراجح من مذهب أبي حنيفة بنص المادة الثالثة من القانون رقم واحد لسنة ألفين بشأن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية: "تصدر الأحكام طبقا لقوانين

الأحوال الشخصية والوقف المعمول بها، ويعمل فيما لم يرد بشأنه نص في تلك القوانين بأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة"، ومعلوم أنّ النسب يثبت عند الأحناف بالفراش والشهادة والإقرار دون

غيرها من الأدلة، كالكيفية والقرعة التي لا يعتدون بها، وهذا حصر لأدلة ثبوت النسب وتقييد لها، وبالتالي القانون المصري ليس فيه أدنى إشارة إلى تقنية الكشف الجيني كطريق إثبات أو نفي للنسب.

وفي معرض تنظيم المقتن المصري لدعاوى التنازع على النسب بين المدعي والورثة بعد وفاة المورث الذي خصه بأدلة متعددة تختلف عن أدلة إثبات التنازع حال حياة المورث، وهي المفصلة في المادة السابعة من القانون السابق: " لا تقبل عند الإنكار دعوى الإقرار بالنسب أو الشهادة على الإقرار به بعد وفاة المورث إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاءه أو أدلة قطعية جازمة تدل على صحة هذا الإدعاء"، والشطر الأخير من المادة عام يصح أن تندرج فيه البصمة الوراثية طالما ستثبت بصورة قاطعة وجازمة أكثر من غيرها من الأدلة صحة الانتساب إلى المتوفى، ذلك أنّ مقارنة الدلالات الوراثية لا تتم فقط بين الأصل والفرع، بل يمكن مقارنة عينة المدعي مع عينة أي فرد من عائلة المدعى عليه أصولا وفروعاً وحواشي، لأنهم جميعاً يحملون خصائص وراثية مشتركة، وتكون نتائج المقارنة بنفس القوة والحجية فلا يؤثر حينذاك اعتراض الورثة⁽¹³⁾.

لكن ما سلف بيانه من حصر المشرع المصري لأدلة ثبوت النسب في الزوجية والبيّنة والإقرار على المذهب الحنفي لا يعني أن الفقه الحنفي والفقه الإسلامي عامة ينغلق على نفسه في باب الأنساب ويردّ وسيلة مضمونة وأكيدة في الإثبات وهي البصمة الوراثية، التي ذهب جمهور المعاصرين من أهل العلم إلى القول بمشروعيتها وصحة استخدامها في مجال الأنساب إثباتاً ونفياً بضوابطها الشرعية⁽¹⁴⁾، ولو وجدت تقنية الكشف عن الطبعة الجينية للأفراد في عصر الأوائل لما تردّدوا في القول والعمل بها، لأنّ الخصم إذا وافق على إجراء الفحص الوراثي فإنّ النزاع سيُفصّل كما يفصّل بإحدى وسائل الإثبات السابقة المتفق عليها، أما إذا رفض المدعى عليه بالنسب الخضوع لهذا الفحص فذلك حق له باعتبار أن المدعي هو المطالب باستظهار البيّنة التي تثبت صدق دعواه تطبيقاً لقاعدة " البيّنة على المدعي"، ولا يلزم المدعى عليه بتقديم دليل لصالح خصمه، وقانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية في مصر لا يلزم الخصم بتقديم دليل ضد نفسه إلا في حالات محددة ليست البصمة الوراثية واحدة منها⁽¹⁵⁾، لكن قد يرد على الموضوع أنّ الأمر حينما يتعلق بالبحث عن الحقيقة في إحدى مواضيع النظام العام فإنه يخول للقاضي أن يأمر بإخضاع المدعى عليه للتحليل الوراثي، وإذا امتنع عن ذلك فإنّ للقاضي السلطة في تفسير هذا الامتناع كقرينة ضد المدعى عليه⁽¹⁶⁾.

ولقد أحالت لجنة الاقتراحات والشكاوى بالبرلمان المصري ثلاثة مشاريع قوانين - تتعلق بتعديل قانون الأحوال الشخصية بإدخال تقنية الكشف عن الحامض النووي في منازعات النسب إلى المفتي الدكتور علي جمعه، فأجاب بجواز إجبار منكري النسب على إجراء اختبار الفحص الوراثي، واستثنى الأطفال الناتجين عن العلاقات المحرمة، وفي حالة رفض المدعى عليه الخضوع للفحص، فإنّ الرفض يؤخذ كقرينة قوية على ثبوت النسب، ويأتي هذا الإجراء في محاولة لإيجاد حلّ لأربعة عشر ألف قضية إثبات النسب في مصر⁽¹⁷⁾.

كما أنّ التعديلات المقترحة لقانون الطفل المصري تتضمن الحق في معرفة الوالدين الشرعيين بإثبات الانتساب إليهما بكل الوسائل الممكنة ومنها الأساليب العلمية الحديثة⁽¹⁸⁾.

أما في القضايا الجنائية فإنّ قانون الاجراءات الجنائية المصري في المادة الثانية بعد المائة الثالثة يعطي سلطة واسعة للقاضي في تقدير معطيات الواقعة، سواء كانت أدلة أو قرائن، وبناء الحكم عليها، إذ بمقتضى تلك السلطة له أن يعمل إحداها ويسقط الأخرى حسب قناعته الشخصية، لأنّ الدعاوى الجزائية تعتمد على مبدأ الإثبات الحر وقناعة القاضي الشخصية، وإذا افترضنا أنّ المتهم تمسك بإحالة العينة على الخبير فلا بد أن يمكن باعتبار ذلك من أوجه الدفاع عن نفسه مع مراعاة ضوابط ذلك⁽¹⁹⁾.

وفي المغرب نجد وسائل إثبات الأنساب في مدونة الأحوال الشخصية قد تم تحديد أغلبها وفقا لأحكام المذهب المالكي، وهي لا تخرج في إطارها العام عن بقية المذاهب الفقهية الأخرى، حيث ورد صراحة في الفصل التاسع والثمانين " يثبت النسب بالفراش أو بإقرار الأب أو بشهادة عدلين أو بيّنة السماع بأن ابنه ولد على فراشه من زوجته"، فالفراش والإقرار والشهادة -بشقيها الرؤية والسماع- هي الأدلة القانونية التي يثبت بها النسب، ويعد الفراش حجة قاطعة يشترط فيه إمكانية الاتصال على مذهب الجمهور، ومضي أقل مدة الحمل وهي ستة أشهر، وأقصى مدته هي سنة كاملة من تاريخ الفراق، وفي حالة الريبة يستعان بالخبرة الطبية (الفصل الرابع والثمانون)، ويلحق بالفراش الصحيح في الحكم كل ولد ناتج من زواج فاسد أو وطء شبهة حسب الفصلين السادس والثمانين والسابع والثمانين، وحتى النكاح الباطل الذي تمّ البناء فيه عن حسن النية يلحق بالنسب بالنكاح (المادة الثامنة والخمسون)، ومتى ثبت النسب ترتبت عنه جميع نتائج القرابة، فيمنع النكاح في الدرجات الممنوعة وتستحق به نفقة القرابة والإرث (الفصل الثامن والثمانون)، وبالنسبة للأُم تستوي البنوة وآثارها في حقها سواء كانت ناتجة من علاقة شرعية أو غير شرعية (المادة السادسة والأربعون بعد المائة)، وتثبت من جهتها بواقعة الولادة وإقرارها وبصدور حكم قضائي بها، وتعتبر بنوة الأمومة شرعية في حالة الزوجية والشبهة والاعتصاب (المادة السابعة والأربعون بعد المائة) .

أما الإقرار فيخضع لنفس الشروط الشرعية التي ذكرها الفقهاء الأوائل، والاستلحاق الذي هو مصطلح المالكية ويراد به إقرار الأب بالبنوة يثبت وفق نص المشرع المغربي بإشهاد رسمي أو بخط يد المستلحق الذي لا يشك فيه (الفصل الخامس والتسعون)، ولا يثبت النسب بإقرار غير الأب (المادة الواحدة والستون بعد المائة) هذا بخصوص إثبات النسب، أما نفيه فلا يعتد به إلا بحكم القاضي الذي يعتمد في حكمه على جميع الوسائل المقررة شرعا لنفيه (الفصلان التسعون والواحد والتسعون سابقا)، ومعلوم أنّ الطريق الشرعي المتفق عليه لإنكار النسب هو اللعان كما هو الشأن في قانون الأسرة الجزائري وبقية قوانين الأحوال الشخصية للبلدان العربية، وإن كان في عبارة "جميع الوسائل" التي وردت بصيغة الجمع ما يوحي إلى إمكانية الاستعانة بنتائج البصمة الوراثية باعتبارها أيضا وسيلة تؤكد أو تنفي صحة الإنكار، وللقاضي حرية الاستعانة بها بناء على ذلك، وبالفعل التعديل الذي مس الفصل الواحد

والتسعين من المدونة المغربية سنة ألفين وأربعة يحمل هذا المعنى ويؤكدده، حيث جاء في المادة الثالثة والخمسين بعد المائة: "يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج عن طريق اللعان، أو بواسطة خبرة تفيد القطع، بشرطين:

- إدلاء الزوج المعني بدلائل قوية على إدعائه.

- صدور أمر قضائي بهذه الخبرة)،

والخبرة التي تفيد القطع لا شك أنها شاملة أيضا لأسلوب التحليل الوراثي بل هو في صدارة الأساليب العلمية التي تثبت أو تنفي النسب بصورة لا تضاهيها وسيلة أخرى اتفاقا.

وقد تضمن التعديل أيضا أحكاما جديدة تتعلق بإثبات بالنسب ولا سيما المادة الثامنة والخمسون (التي عوضت الفصل التاسع والثمانين) والتي جاء فيها "يثبت النسب بالفراش، أو بإقرار الأب، أو بشهادة عدلين، أو ببيئة السماع، وبكل الوسائل الأخرى المقررة شرعا بما في ذلك الخبرة القضائية"، والمادة السادسة والخمسون بعد المائة التي ذهب المشرع المغربي فيها بعيدا لدرجة أن أثبت نسب حمل المخطوبة إلى الخاطب للشبهة بتوافر الشروط الآتية:

- إذا اشتهرت الخطبة بين أسرتهما، ووافق ولي الزوجة عليها عند الاقتضاء.

- إذا تبين أن المخطوبة حملت أثناء الخطبة.

- إذا أقر الخطيبان أن الحمل منها.

وتتم معاينة هذه الشروط بمقرر قضائي غير قابل للطعن⁽²⁰⁾.

والملاحظ على المادة أنها في غاية الغموض والغرابة فإن كان مراد المشرع المغربي الفاتحة العرفية لتوفر الإيجاب والقبول فهي في مقام عقد الزواج ولا ينقصها إلا التوثيق والرسمية (عبارة المشرع: وحالت ظروف قاهرة دون توثيق عقد الزواج)، وبالتالي الطرفين زوجين وليس مخطوبين، والنسب للزوج وليس للخاطب، وإن كان مراده إضفاء الشرعية على العلاقات التي تقع أثناء الخطبة لمجرد إقرار الخاطب والمخطوبة، واشتهار الخطبة بين الأسرتين فذاك بعيد كل البعد عن الصواب.

وما يميز النصوص القانونية التي تناولت النسب في المدونة المغربية أنها لا تتضمن قواعد

صريحة ولا نصوص واضحة تجيز العمل بالفحص الجيني كوسيلة إثبات أو نفي فيبقى بذلك

موقف المشرع المغربي غامضا، لكن في اعتقادي هذا لا يمنع من الاستناد بها وذلك لوجهين⁽²¹⁾:

الأول: عدم وجود نص تشريعي يمنع استخدام البصمة الوراثية في إثبات الأنساب أو نفيها، بل

المادة الثامنة والخمسون بعد المائة التي ألغت الفصل التاسع والثمانين، والمادة الثالثة والخمسون بعد المائة التي عدلت الفصل الواحد والتسعين تلمحان ضمنا لإمكانية استخدام الكشف الوراثي في إثبات النسب أو نفيه، والعمل القضائي يعضد هذا التوجه.

الثاني: أن المشرع المغربي قد أقر في مواضع متعددة جواز اللجوء إلى الخبرة الطبية في مسائل

منفرقة من المدونة كالحجر على السفية والمجنون والترخيص لهما بالزواج، والفرقة للغييب، والريبة في حمل المعتدة، وتقديم شهادة طبية ضمن الوثائق المطلوبة لإبرام عقد الزواج يثبت خلو كل من الخاطب

والمخطوبة من الأمراض المعدية، والخبرة في قطع النسب، وغيرها من الأمثلة كثيرة، والبصمة الوراثية نوع من الخبرة الطبية تساعد القاضي في إصابة الحق في قضايا الأنساب والحقوق المترتبة عنها.

وبالنسبة لموقف القضاء في البلدان العربية من استخدام الكشف الجيني في قضايا التعرف على الأنساب فهو مضطرب في أعمالها أو إهماله ولم يستقر على وجه أو رأي واحد، وذلك جلي من خلال الدعاوى التي طالب فيها الخصوم بالإحالة على الفحص الوراثي، أو التي تم بالفعل الاستعانة بنتائج تحليل الدنا حيث جاءت الأحكام والقرارات متضاربة ومتناقضة حتى في القضية الواحدة بين محكمة الدرجة الأولى ومحكمة الاستئناف، ومن قضايا النسب ما تم فيها إهمال تلك النتائج كلياً رغم قوتها وحسمها بصورة قطعية وجود رابطة قرابة أو عدمها بين

المتخاصمين⁽²²⁾، ومنها ما تم الأخذ بتلك النتائج كقرينة علمية مساعدة للقاضي في الكشف عن أسرار دعاوى الجنايات والأنساب، له الإرادة المطلقة في أن يكون اقتناعه وعقيدته في موضوع الخصومة بالإستناد إليها أو إهمالها، فقد جاء في أحد قضايا محكمة استئناف دبي: "ولا تعول المحكمة على نتيجة المختبر الجنائي الأولى واللاحقة لأن نتيجة تحليل الدم ليست من البيّنات المعتبرة شرعا لإثبات النسب ولا يخرج التقريران عن كونهما قرينة تخضع لتقدير المحكمة"⁽²³⁾.

يقول الدكتور خليفة الكعبي: "فالغالب على القضاء بدولة الإمارات هو قبول البصمة الوراثية كقرينة تساند الأدلة الأخرى كشهادة الشهود أو الإقرار من الشخص نفسه، بمعنى أنها طريق يُطمئن القاضي نوعاً ما ولا تصل إلى مرتبة الدليل الذي تبني عليه الإدانة أو التبرئة بشكل مستقل"⁽²⁴⁾.

وجاء في حكم صادر عن محكمة الفرقة الابتدائية الثالثة في جبل لبنان بتاريخ الثالث عشر من أبريل سنة ألفين في دعوى إثبات نسب الطفلة (ستيفاني) ما يأتي: "حيث أنه بات من المعلوم أن فحوصات *ADN* تتناول ليس مجرد عينات الدم وإنما الخصائص الوراثية للإنسان، بحيث يمكن أن تعطي دلالة واضحة ومؤكدة حول ما يسمى بالبصمات الوراثية التي لا تدع مجالاً للشك حول هوية والدي الطفلة، وهذا النوع من الفحوصات ومع تطور التجارب المخبرية في هذا المجال أصبح من الممكن الركون إليها بثقة شبه مطلقة في مسألة إثبات النسب... يصبح من البديهي القول بأن المدعى عليه هو أبو الطفلة (ستيفاني) ويقتضي إثبات نسبها منه"⁽²⁵⁾.

للإشارة فإنّ الإختبارات البيولوجية المتعلقة باستخراج الطبعة الوراثية للأشخاص لا يتم إجراؤها بلبنان بل ترسل إلى المختبرات الأمريكية والفرنسية بسبب عدم القدرة على اقتناء التجهيزات اللازمة لها ونقص الكفاءات البشرية.

وذهب بعض القضاء العربي إلى رفض التحاليل البيولوجية مطلقاً في مسائل الأنساب المتنازع عليها بين الأزواج -رغم الأخذ بها في إحدى قضايا مجهول النسب واعتبار البصمة قرينة قطعية- فقد نص قرار محكمة الإستئناف الشرعية الأردنية أنه يعتمد في إثبات النسب على النصوص الشرعية

ولا وجه للفحوص الطبية، ولا لإحالة أطراف الخصومة بما فيهم الصبي المتنازع عليه إلى تحليل دمائهم لمعرفة نسب الصغير لأنّ ذلك لا يستند إلى نص شرعي⁽²⁶⁾.

وفي المغرب فإنّ العمل القضائي صريح في استبعاد الخبرة الطبية بوجه عام كأدلة لإثبات النسب أو نفيه رغم الاعتداد بها في قضايا أخرى من قضايا الأحوال الشخصية كتلك التي سلف ذكرها واستقر القضاء سواء في المحاكم الدنيا أو في المجلس الأعلى على هذا الرأي ردحا من الزمن لغاية أن تم تعديل المدونة سنة ألفين وأربعة، وهذه نماذج منها:

* قرار المجلس الأعلى - الذي يمثل أعلى هيئة قضائية بالمغرب - رقم خمسمائة وسبعة وعشرين لسنة ألف وتسعمائة وواحد وتسعين جاء فيه: "يلتجأ للتحليل الطبي لمعرفة ما في الرحم علة أو حملا إذا بقيت الريبة في الحمل بعد انقضاء السنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة، ولا يلتجأ لهذه الوسيلة في نفي النسب، فالفصل الواحد والتسعين من مدونة الأحوال الشخصية ينص على أن القاضي يعتمد في حكمه على جميع الوسائل المقررة شرعا في نفي النسب وليس من بين هذه الوسائل وسيلة التحليل الطبي"⁽²⁷⁾.

* وقد سبق أن حكم نفس المجلس في قرار آخر بتاريخ التاسع فيفري ألف وتسعمائة واثنين وثمانين جاء فيه: "حيث أن قاعدة الولد للفراش لا يجوز دحضها إلا بالوسائل المقررة شرعا لنفي النسب، وأنه إذا كان الشرع والقانون يعتدان برأي الخبرة من الأطباء في عدة مسائل فإنهما لم يعتدا برأيهم فيما يرجع لنفي النسب استناد إلى عدم قابلية الزوج للإخصاب مادام في وسع ذلك الزوج نفي النسب عن طريق اللعان"⁽²⁸⁾.

والسبب في عدم اعتداد القضاء المغربي قبل تعديل المدونة بالخبرة الطبية في منازعات الأنساب مرده أمرين:

- أن التحليل الطبي بما فيه البصمة الوراثية ليس من الوسائل المقررة شرعا التي يحكم بمقتضاها القاضي في نفي النسب.

- انعدام نص صريح يفيد الاعتماد عليها سواء في المدونة أو في الفقه الإسلامي عموما والفقه المالكي خصوصا الذي يصر إلى الراجح من اجتهاداته في حال سكوت النص القانوني عن مسألة معينة. يقول الدكتور البرجاوي: "يمكن أن نقول بأن اعتماد التحليل البيولوجي للجينات البشرية كوسيلة لإثبات أو نفي النسب يظل جد مستبعد في القانون المغربي، فالنصوص القانونية لا تقره

صراحة، ولكنها لا ترفضه قطعا، لكن الاجتهاد القضائي مستقر على استبعاده، بل استبعاد كل ما يتعلق بالخبرة الطبية في هذا المجال، وهناك دعوة من قبل بعض الفقه لاعتماد هذه الوسيلة لما لها من الفوائد في تنوير العدالة"⁽²⁹⁾.

وبالفعل كان لتلك الدعوة دورا إيجابيا في إدخال وسيلة الكشف عن الحامض النووي في قضايا البحث عن الأنساب في التعديل الثاني الذي مس المدونة⁽³⁰⁾ والذي أعلن عنه العاهل المغربي بتاريخ العاشر من أكتوبر ألفين وثلاثة.

أما تونس فقد كانت لها الريادة في السبق القضائي في إقرار العمل بالطرق العلمية والخبرة الطبية في مجال الأنساب يعود إلى سنوات السبعينات على مستوى كل درجات محاكمها، على سبيل التمثيل القرار الصادر عن استئناف سوسة بتاريخ 17 جانفي 1974 الذي جاء فيه " إن الاعتماد على التحاليل الطبية في نفي النسب - لا لإثباته - اعتماد على وسائل إثبات شرعية ما دام الطب الحديث في استطاعته اليوم القطع بنفي أبوة شخص لآخر حسب تحاليل خاصة تؤدي إلى نتیجتها بدون شك أو جدل" (31).

وفي مصر قد وردت عمليا إلى مصلحة الطب الشرعي التابع لوزارة الداخلية الكثير من الدعاوى المحوطة من محاكم الموضوع لإثبات أو نفي النسب، وهي في تزايد مستمر بسبب قوة نتائج التحليل الوراثي القريبة من اليقين، وقد كان لتقارير الخبراء أثرا بارزا في تنوير القضاة بالحقائق العلمية التي تساعدهم في إصدار الأحكام النهائية في منازعات النسب، والطب الشرعي في مصر مازال يستعين بأسلوب أخذ الصور الفوتوغرافية لأطراف النزاع لأجل مقارنة الملامح والسمات الخارجية بينهم كمرحلة أولى، كما يستخدم طريقة تحليل الدم وتحديد الفصائل الدموية، إلا أن الأسلوب الأحدث والأكثر استعمالا هو أسلوب الفحص الجيني بواسطة تقنية (PCR) (32)، والواضح من خلال الاطلاع على بعض القضايا المعروضة على القضاء المصري، والتي تمت الاستعانة فيها برأي الخبير تبين أن العمل القضائي يميل نحو الأخذ بأسلوب البصمة الوراثية كأسلوب علمي في إثبات النسب أو نفيه، وأبعد من ذلك فقد ذهبت محكمة الزقازيق الابتدائية للأحوال الشخصية في حكمها الصادر في الدعوى رقم 944 لسنة ألف وتسعمائة وأربعة وتسعين بشأن إنكار النسب من طرف المدعي حيث اعتبرت أسلوب فحص الجينات طريقا رابعا لإثبات النسب يضاف إلى الطرق الشرعية المعروفة في المذهب الحنفي وهي الفراش والبينة والإقرار بقضائها "ويضاف إلى طرق إثبات النسب سبب رابع هو تحاليل مقابل الأنسجة بالأخص الحمض النووي DNA، على أن يلاحظ أن النسب الذي يثبت بفحص الدم أو بتحليل الأنسجة هو النسب الطبيعي دون النسب الشرعي ولا تلازم بين النسبين" (33).

المبحث الثاني: موقف القانون الجزائري من البصمة الوراثية

المطلب الأول: موقف القضاء

إنّ الكشف عن الطبعة الوراثية المميزة للأفراد يعتبر من أكثر وسائل الإثبات انتشارا في السلك القضائي عبر محاكم معظم بلدان العالم، وإقرار العمل بها سار في المحاكم الجزائرية على مستوى قسم الأحوال الشخصية ابتداء من تاريخ صدور الأمر رقم 02/05 المؤرخ في السابع والعشرين من فيفري سنة ألفين وخمسة، بالإضافة إلى تطبيقاتها المسبقة في مجال التحقيقات الجنائية والطب الشرعي منذ سنوات خلت، رغم أنّ نتائج التحقيق، أو نتائج الخبرة الطبية لا ترقى إلى درجة اعتبارها دليلا قاطعا وكافيا في إثبات التهمة، إنّما هي مجرد قرينة قوية يعضد بها القاضي اقتناعه، وله أن يعدل عن الحكم بها باعتبار القانون يخول له سلطة تقدير الأخذ بها أو ردها، إذ يتمتع القاضي بمرونة واسعة في تقدير وسائل الإثبات ومدى مصداقيتها دون رقابة عليه في المجال الجنائي خاصة، وفي مجال الأحوال

الشخصية له كذلك السلطة في الأمر بالفحوص الوراثية من عدمها تأسيسا على عبارة المشرع في الفقرة الأخيرة من المادة الأربعين" يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"، وباعتبار أيضا الاختبارات الجينية ضربا من ضروب الخبرة التي أقرها قانون الاجراءات المدنية في المادة الثالثة والأربعين.

إنّ العمل بالخبرة الطبية والاعتماد على نتائجها في الكثير من مسائل الأحوال الشخصية أمر معهود في الميدان القضائي، من ذلك تقديم وثيقة طبية من راغبي الزواج حين إبرام العقد تثبت خلوهما من الأمراض أو العوامل الوراثية التي قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج(المادة السابعة مكرر)، ومنها استعانة القاضي بالخبرة الطبية لإثبات العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج قبل الاستجابة لطلب التطليق(المادة الثالثة والخمسون)، والاستعانة بها كذلك لتأكيد وجود آفة عقلية أو بدنية لاستمرار جريان النفقة على الأبناء بعد بلوغهم سن الرشد (المادة الخامسة والسبعون)، وفي الحكم على المجنون والمعنوه بالحجر أو اسقاطه عنهما(المادة الثالثة والثامنة بعد المائة).

وبالرغم من القبول والارتياح الكبيرين الذين لاقاهما إدخال المشرع الجزائري لتقنية البصمة الوراثية كأسلوب علمي وفني في إثبات الأنساب لدى رجال القانون والقضاء ولدى العامة، إلا أنّ انطلاق العمل به فعليا قد عرف بعض التأخير بسبب نقص الكفاءات والإطارات العلمية في المعمل الجنائي بالعاصمة الذي تم فتحه سنة ألفين وأربعة، وبدأ اجراء هذا النوع من الخبرة فيه سنة ألفين وستة، وابتداء من هذه السنة شرع المخبر في استقبال عدد من القضايا في شتى المنازعات تم فيها الأمر باجراء التحاليل البيولوجية لتحديد الطبعة الوراثية لأطراف الخصومة بغرض تأكيد رابطة البنوة أو نفيها بين الخصوم والفرع المتنازع عليه.

والظاهر أنّ دعاوى طلب الاستعانة على النسب إثباتا أو نفيها في تزايد مستمر، وإن دلّ هذا على شيء إنّما يدل على فعالية تقنية تحديد البصمة الوراثية في فض مثل هذه المنازعات باعتبار نتائجها قريبة من اليقين إذا ما روعيت شروط حفظ العينات خلال كل مراحل الفحص.

هذا بالنسبة للعمل القضائي بعد تعديل قانون الأسرة الذي أقر ضمنا العمل بأسلوب الاختبارات الوراثية لإثبات النسب متى رأى القاضي لذلك حاجة، أما قبل ذلك فإنّ الأمر مغاير تماما في السلك القضائي حيث كانت هناك قضايا التنازع في النسب تقدّم فيها الخصوم بطلب الاستعانة بالخبرة الطبية بتحليل عينات من دماء الأطراف المتنازعة بغرض الكشف عن حقيقة وجود رابطة القرابة بين الأصل المدعى عليه وبين الفرع المتنازع عليه، إلا أنّ نتائج تلك الخبرة لم يكن لها أي أثر على مجريات الدعوى نظرا للاجتهاد القضائي الذي استقرت عليه المحكمة العليا بهذا الشأن في غرفة الأحوال الشخصية، والذي أصبح مبدأ قانونيا يتعيّن على قضاة محاكم الدرجة الأولى والثانية الالتزام والتقيد به على ما هو متعارف عليه لدى أهل القانون.

ففي قرار بتاريخ 15/06/1999 جاء فيه"حيث أنّ القرار المنقذ القاضي بتأييد الحكم المستأنف القاضي بتعين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد نسب الولدين بأن ينسبا للطاعن أم لا،حيث

أن إثبات النسب قد حددته المادة الأربعون وما بعدها من قانون الأسرة، الذي جعل له قواعد إثبات مسطرة وضوابط محددة تفي بكل الحالات التي يمكن أن تحدث ولم يكن من هذه القواعد تحليل الدم الذي ذهب إليه قضاة الموضوع، فدل ذلك على أنهم تجاوزوا سلطتهم الحاكمة إلى التشريعية الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالة نفسه للمجلس⁽³⁴⁾.

ومحل الشاهد في هذه القضية هو رفض المحكمة العليا الأخذ بالدليل العلمي وهو تحليل الدم لإثبات النسب، وتعليل ذلك أن طرق إثبات النسب في قانون الأسرة واردة على سبيل الحصر في المادة الأربعين، وهي بذاتها نفس الطرق الشرعية التي نص عليها فقهاء الشريعة الإسلامية، وهي الزواج والإقرار والبيّنة، وليس من بينها الخبرة الطبية.

المطلب الثاني: في مجال التشريع

إن المنظومة القانونية الجزائرية ما زالت بعيدة كل البعد عن ملاحقة الركب العالمي في مجال وضع تشريعات أو تنظيمات تضبط موضوع البصمة الوراثية من كل جوانبها، وتجمع شتات مسائلها وفروعها، ولعل خلو أقرب القوانين إلى موضوع البصمة الوراثية وهو قانون الصحة العمومية من أدنى إشارة للفحص الجيني على الأقل في مجال الأغراض العلاجية البحتة، ناهيك عن الأغراض العلمية الأخرى كالهندسة الوراثية للنبات والحيوان، أو الاستعمال القانوني في قضايا الاستعراف وتحديد الهويات في حالات الكوارث الطبيعية، وحوادث النقل، أو في قضايا الإجرام لأكبر دليل على جمود التشريع، وعلى عمق الفجوة بيننا وبين الدول الغربية التي بلغت مرحلة التنقيح والتعديل لقوانينها، التي نظمت عملية الفحص الجيني وحدود تطبيقها والتي صاحبت مباشرة ظهور هذه التقنية في الثمانينات بعد أن كشفت الممارسة والتطبيق عن بعض الإغفالات والثغرات في تلك القوانين، ومع انتشار أسلوب البصمة الوراثية في تلك البلدان برزت معها مراكز وشركات عالمية متخصصة في تنجيرها على رأسها شركة (مارك سال) التي أنشأها الدكتور (إليك جيفري) سنة ألف وتسعمائة وسبعة وثمانين، لكن كل هذا لا يقعدنا عن تناول الموضوع وعلاقته القانونية على الأقل نظريا بحسب ما هو متوفر بين أيدينا من المادة العلمية والقانونية وفي حدود ما تتسع له النصوص العامة ومبادئ الاجتهاد القضائي، والأمل يحدو بنا أن يكون هذا خطوة وحافزا نحو لفت انتباه المشرع الجزائري لهذا الموضوع للتفكير على الأقل في إعداد مشروع حول البصمة الوراثية وحدود استعمالها قد يرى النور يوما ما، ولعل إنشاء المعمل الجنائي بالجزائر العاصمة يعد لبنة أولى وبشرى نحو تحقيق هذا المبتغى، كما أنّ الممارسة القضائية وحجم الدعاوى التي تتطلب مثل هذا النوع من الخبرة، وانتشار المعرفة في أوساط المجتمع بها الأسلوب العلمي في الإثبات كفيل بأن يدفع المختصين والمعنيين إلى التفكير جديا وسويا في وضع تنظيم أو تشريع يقن العملية من كل زواياها.

إنّ البصمة الوراثية باعتبارها وسيلة فنية معتبرة لتحديد الهوية، أو كما يحبذ البعض تسميتها بمحقق الهوية الأخير تعتبر من الموضوعات المستجدة على المنظومة القانونية الجزائرية بتعديل رقم 02/05 لم يرد بشأنها نص قانوني يعينها بذاتها كوسيلة إثبات أو يقعد شروط الأخذ بها، لذا يؤسس العمل

بها انطلاقاً من عموم النصوص ومن القواعد والمبادئ العامة في الإثبات وتعيين الخبرة والاجراءات التي تتبع في ذلك سواء في المواد المدنية أو الجزائية، والنص الوحيد في قانون الأسرة الذي يحمل إشارة ضمنية إلى إمكانية الاستعانة بها في مجال تحقيق الهوية لإثبات الأبوة أو الأمومة هو المادة الأربعين المعدلة بالأمر رقم 05-02 في معرض سرد الطرق القانونية التي يثبت بها النسب الشرعي وهي: الزواج الصحيح، أو نكاح الشبهة، أو كل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32/33/34 من نفس القانون، أو الإقرار، أو البيّنة، حيث جاء في الفقرة الأخيرة منها عبارة "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

ونظراً لكون وسيلة الفحص الجيني من أشهر الطرق العلمية وأوثقها وأحدثها في الكشف عن الشفرة الوراثية التي تميز الأشخاص عن بعضهم البعض والتي تستعمل في إثبات الأنساب أو نفيها، والتي شاع العمل بها في معظم بلدان العالم في المجال القانوني فهي بالضرورة داخلة في محتوى الفقرة الأخيرة من المادة السابقة، ولا ينفي ذلك أيضاً دخول غيرها من وسائل الإثبات العلمية الأخرى التي جرى العمل بها قبل ظهور تقنية البصمة الوراثية لأنّ العبارة عامة ومطلقة بدون حصر أو قيد، كما أنّ ورودها بصيغة التخيير يجعل الأمر يخضع للسلطة التقديرية للقاضي في إصدار الأمر بإحالة أطراف الخصومة على المعمل الجنائي لاجراء الاختبارات الجينية على عينات لهم، وإرجاء الفصل النهائي في القضية لغاية ظهور نتائج الفحص، فهو بذلك صاحب القرار إن تبيّن له من خلال ملابسات وحيثيات القضية دواع لذلك، أو تردد اختياره بين النفي والإثبات دون أن تكون بين يديه أمانة جليّة تعضد وتعزز أحد الاختيارين، فله أن يؤكد ظنه الغالب بالاستعانة بالوسائل العلمية ومنها البصمة الوراثية، حتى يصل إلى درجة القناعة التامة التي لا يخالطها ريب ولا شك نظراً لدقة نتائج هذه التقنية.

إلا أنّ ما يؤاخذ فيه المشرع الجزائري بخصوص الفقرة الأخيرة من المادة الأربعين هو قصر الاستعانة بالأساليب العلمية -ومنها البصمة الوراثية- على حالات إثبات النسب دون حالات النفي، وهذا ما يستتج بمفهوم المخالفة، فيبقى الأسلوب القانوني المعهود لنفي النسب هو اللعان⁽³⁵⁾، لكن قد يقال أن نص المادة الواحدة والأربعين التي جاء فيها "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة" لم يعيّن المقتن الجزائري فيها هذه الطرق المشروعة بل تركها عامة مما يجعل دخول طرق أخرى غير اللعان في نفي النسب أمر وارداً⁽³⁶⁾.

ورغم عدم التنصيص في قانون الأسرة على اللعان صراحة كطريق شرعي لنفي الأنساب أو غيره من الطرق، فإنّ القضاء قد استقر على عدّه كذلك، ولم يذكر أيّ أسلوب آخر سواه كما هو واضح من قرارات المحكمة العليا "حيث أنه بالفعل فإن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر طبقاً للمادة 42 من قانون الأسرة، كما أن المادة الواحدة والأربعين من نفس القانون تقضي بأنّ الولد ينسب لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة وهو اللعان"⁽³⁷⁾.

ومنها القرار الآخر المؤرخ سنة ألف وتسعمائة وثمانية وتسعين"... أما نفي النسب يجب أن يكون بالطرق المشروعة والمقصود به القيام من طرف الزوج بدعوى اللعان الذي حددته الشريعة واجتهاد المحكمة العليا بثمانية أيام -08- من يوم العلم بالحمل أو بروية الزنا "(38).

خلاصة القول من خلال كل ماسبق عرضه من نماذج سواء على مستوى التشريع والتقنين، أو على مستوى القضاء، تبيّن أنّ الدول الغربية قد خطت خطوات كبيرة في الاستفادة من أسلوب الكشف عن الشريط الوراثي للإنسان من خلال الاستعمال اللامحدود والواسع لهذا الأسلوب في مجالات متعددة وعلى رأسها مجال الإثبات القانوني في المواد المدنية والجزائية، ذلك أنّ عينة مجهرية ضئيلة من جسم الإنسان كافية لإثبات أو نفي موضوع الدعوى القضائية، ولا يخفي ما في ذلك من اقتصاد في عمليات التحقيق سواء في الوقت أو في المال أو الأشخاص، وسرعة الوصول إلى الحقيقة والكشف عن ملابسات القضية، إلا أنه رغم هذه الإيجابيات التي حملها هذا التطور العلمي لكن استعمالها في البلدان العربية يبقى محدودا يعيقه جمود التشريع من جهة، والعجز المادي من جهة أخرى، ويبقى العمل القضائي هو من يواجه تبعات هذا الوضع، ويظل كما سلف عرضه يتأرجح بين القبول والرفض، وبين الإعمال والإهمال، في انتظار تدخل المشرع بنصوص تحسم الخلاف، وتضبط أصول الموضوع وفروعه.

الهوامش:

(1)- وقد عرفت المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية في الندوة الطبية الفقهية الحادية عشرة "الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني -رؤية إسلامية-" المنعقدة بالكويت بمشاركة مجمع الفقه الإسلامي بجدّة والمكتب الإقليمي لمنظمة الصحة العالمية بالإسكندرية والمنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة في الفترة من 23-25 جمادى الآخرة 1419هـ/13-15 أكتوبر 1998 بأنها: "البنية الجينية التفصيلية التي تدل على هوية كل فرد بعينه".

(2)- Jacques Massip, " La preuve scientifique de la filiation de la pratique judiciaire", article publié dans le livre: droit de la filiation et progres scientifiques, sous la direction de Catrine Labrusse et Gerard Cornu, Economica: paris, 1982, p 52-53.

(3)- فليب روجيه، البصمات الوراثية، ترجمة فؤاد شاهين، ط1، بيروت: عويدات للنشر والتوزيع، 2003، ص83.

(4)- الجريدة الرسمية الفرنسية الصادرة بتاريخ 30 جويلية 1994.

(5)-(6) Philippe Rouger, Les empreintes génétiques, 1^{ère} édition, France: presses universitaires, 2000, p 59-60/61-63.

(7)- الجريدة الرسمية الفرنسية الصادرة بتاريخ 07 أوت 2004، ص1404.

(8)- Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, Décembre - Octobre, N 04, 2004, Dalloz: France, p 932 -923.

(9)- محمد غنام محمد، "دور البصمة الوراثية في الإثبات"، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية، الإمارات العربية،

(10)- الخياط عبد القادر والشمالى فريدة، "تقنيات البصمة الوراثية في قضايا النسب وعلاقتها بالشريعة الإسلامية"، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية، 2002، ج2، ص1493.

- (11)- القانون رقم 77 المؤرخ في 28/10/1998 المعدل بالقانون رقم 2003/7/51، جريدة الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 54، الصادرة بتاريخ 2003/7/8.
- (12)- خليفة الكعبي، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، (ط،بلا)، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2004، ص60.
- (13)- غنام محمد غنام، " دور البصمة الوراثية في الإثبات"، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، 2002، ج2، ص510.
- (14)- أنظر القرارات والتوصيات الصادرة عن:
- الندوة الطبية الفقهية الحادية عشرة بالكويت بعنوان "الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني - رؤية إسلامية-" بمشاركة مجمع الفقه الإسلامي بجدة والمكتب الإقليمي لمنظمة الصحة العالمية بالإسكندرية والمنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة في الفترة من 23-25 جمادى الآخرة 1419هـ/13-15 أكتوبر 1998.
- ندوة مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي في دورته الخامسة عشرة بمكة بتاريخ 11 رجب 1419هـ الموافق 31 أكتوبر 1998.
- ندوة حول مدى حجية استخدام البصمة الوراثية لإثبات البنوة التي عقدتها المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بالكويت يومي 28-29 محرم 1421هـ الموافق 3-4 ماي 2000.
- الدورة السادسة عشرة لمجلس المجمع الفقهي الإسلامي المنعقدة بمكة في الفترة من 21-26 شوال 1422هـ/ 5-10 جانفي 2002 .
- المؤتمر العلمي حول الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية بالتعاون مع جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية بتاريخ 22-24 صفر 1423هـ الموافق 5-7 ماي 2002.
- (15)- غنام محمد غنام، " دور البصمة الوراثية في الإثبات"، المرجع السابق، ج2، ص481.
- (16)- المرجع نفسه، ص483(نقلا عن محمد أبو زيد، "دور التقدم البيولوجي في إثبات الأنساب"، مجلة الحقوق، مارس 1996، ص298).
- (17)- جريدة الشرق الأوسط الصادرة بتاريخ 2006/04/11، عدد 9965.
- (18)- مجلة الأهرام الإقتصادي الصادرة بتاريخ 2008/04/24، عدد 2046.
- (19) الحمادي خالد حمد محمد، الثورة البيولوجية ودورها في الكشف عن الجريمة، (كل معلومات النشر، بلا)، 2005، ص55.
- (20) - www.justice.gov.ma
- (21)- البرجاوي خالد، "قواعد إثبات ونفي النسب في المغرب بين تطور العلم وجمود القانون"، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية، جامعة الإمارات، 2002، ج2، ص657.
- (22)- قضية رقم 436/ 118 محكمة استئناف القاهرة الدائرة 48 - أحوال شخصية، وقد سبق عرضها على محكمة الجيزة الابتدائية لأحوال الشخصية تحت رقم 510 سنة 1997.
- (23)- الخياط عبد القادر والشمالى فريدة، "تقنيات البصمة الوراثية في قضايا النسب وعلاقتها بالشريعة الإسلامية"، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية، 2002، ج2، ص1495.
- (24)- الكعبي خليفة، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، المرجع السابق، ص 70 - 71.
- (25)- عاكوم وليد، البصمة الوراثية وأثرها في الإثبات، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية، الإمارات العربية، 2002، ج2، ص542.

- (26)- عباس أحمد الباز، "بصمات غير الأصابع وحجيتها في الإثبات والقضاء"، مؤتمر الهندسة الوراثية، الإمارات، 2002، ج2، ص778.
- (27)- البرجاوي خالد، "قواعد إثبات ونفي النسب في المغرب بين تطور العلم وجمود القانون"، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية، جامعة الإمارات، 2002، ج2، ص655.
- (28)- البرجاوي خالد، "قواعد إثبات ونفي النسب في المغرب بين تطور العلم وجمود القانون"، بحث مقدم لمؤتمر الهندسة الوراثية، جامعة الإمارات، 2002، ج2، ص662 (نقلا عن مجلة المحاكم المغربية، عدد37، ص90).
- (29)- المرجع نفسه، ج2، ص668.
- (30)- قانون رقم 70-03 (ظهير شريف رقم 1-04-22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424هـ/03-02-2004)، الجريدة الرسمية رقم 5184، الصادرة بتاريخ 2004/02/5.
- (31)- تشوار جيلاي، "نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقض التشريعي والتنقيحات المستحدثة" مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة تلمسان، رقم 3، 2005، ص15 (نقلا عن استئناف سوسة قرار بتاريخ 17 جانفي 1974، عدد 3411، مجلة القضاء والتشريع، 1974، عدد 04، ص66).
- (32)- رضا عبد الحليم عبد المجيد، الحماية القانونية للجنين البشري، ط2، القاهرة: دار النهضة العربية، 2001، ص123.
- (33)- المرجع السابق، ص322/123.
- (34)- المحكمة العليا: المجلة القضائية (عدد خاص)، 2001، ملف رقم 222674، قرار بتاريخ 15/06/1999، ص91.
- (35)- تشوار جيلاي، "نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقض التشريعي والتنقيحات المستحدثة" مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والإدارية، المرجع السابق، ص16.
- (36)- بن شويخ رشيد، "الطرق الشرعية والقانونية لثبوت النسب أو نفيه"، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والإدارية، جامعة تلمسان، رقم 3، 2005، ص43.
- (37)- المحكمة العليا، المجلة القضائية (عدد خاص)، 2001، ملف 172379، قرار بتاريخ 28/10/1997، ص71.
- (38)- المحكمة العليا، المجلة القضائية (عدد خاص)، 2001، ملف رقم 204821، قرار بتاريخ 20/10/1998، ص84.

التراضي على تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار :
من الإتفاق الثنائي إلى اللجوء الإفرادي.

قبائلي طيب

أستاذ مساعد

جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية

مقدمة:

نظرا لضرورة التعاون الدولي من أجل التنمية الإقتصادية و الدور الذي تلعبه الإستثمارات الأجنبية الخاصة في هذا الشأن⁽¹⁾، و سعيا لإيجاد تسهيلات لتسوية المنازعات التي تخص عقود الإستثمار بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة - طبيعية كانت أو معنوية - تم إنشاء المركز الدولي (CIRDI)⁽²⁾ بموجب إتفاقية واشنطن بتاريخ 18 مارس 1965 تحت رعاية البنك العالمي للقيام بهذه المهمة القضائية. فهو بحق الجهاز الدولي الوحيد المتخصص في تسوية منازعات الإستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى عن طريق التوفيق و التحكيم، بإعتباره مؤسسة دولية أنشأ بموجب إتفاقية دولية متعددة الأطراف لأداء مهمة واحدة تتمثل في تسوية منازعات الإستثمار الخاص الأجنبي وفقا للشروط التي تفرضها الإتفاقية المنشأة له⁽³⁾.

في هذا الصدد، ومن أجل إنعقاد الإختصاص للمركز الدولي (CIRDI) لتسوية منازعات الإستثمار، إشتراطت إتفاقية واشنطن ضرورة توافر شروط معينة وفقا لما جاء في نص المادة 25 / 1 منها إذ تنص: "يتمد إختصاص المركز إلى المنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بين دولة متعاقدة، و أحدى رعايا دولة متعاقدة أخرى، و التي تتصل إتصالا مباشرا بإحدى الإستثمارات، بشرط أن يوافق أطراف النزاع كتابة على طرحها على المركز، و متى أبدى طرفا النزاع موافقتهما المشتركة فإنه لا يجوز لأي منهما أن يسحبها بمفرده".

يتضح من النص المذكور أعلاه أنه يجب توافر ثلاثة شروط من أجل إنعقاد الإختصاص للمركز الدولي⁽⁴⁾. يتعلق الشرط الأول بموضوع المنازعة، إذ يمتد إختصاص هذا الجهاز إلى المنازعات ذات الطابع القانوني والتي لها علاقة مباشرة بإحدى الإستثمارات القائمة بين الطرفين المتنازعين و يخص الشرط الثاني بطبيعة أطراف النزاع، بحيث يجب أن يكون أحدهما دولة متعاقدة (طرف في الإتفاقية) أو إحدى هيئاتها العامة، والطرف الآخر، مستثمر أجنبي -طبيعي أو معنوي- تابع لدولة أخرى متعاقدة. أما الشرط الثالث، فيتمثل في ضرورة التراضي الثنائي بين الطرفين على إختصاص المركز، في شكل موافقة كتابية على ذلك لا لبس فيها ولا غموض.

إن ما يهنا في إطار تحكيم المركز الدولي هو شرط موافقة الأطراف على الإختصاص، وفي هذا الصدد يثار التساؤل حول كيفية تكوين الموافقة المشتركة المتطلبة في إطار إتفاقية واشنطن؟ وإلى أي مدى تم تكريس ذلك في إطار الإجتهد التحكيمي للمركز الدولي؟. للإجابة على ما سبق، يتعين علينا التطرق إلى شرط رضا الأطراف على إختصاص المركز على ضوء ما نصت عليه المادة 25 من الإتفاقية، ثم التعرض إلى موقف المحاكم التحكيمية المشكلة في إطار المركز الدولي من هذه المسألة.

1- ضرورة تراضي الطرفين على إختصاص المركز وفقا لإتفاقية واشنطن :

يفترض حتما من تراضي الطرفين على إختصاص المركز وجود إتفاق على اللجوء إلى تحكيم هذا الجهاز الدولي لتسوية النزاع القائم بينهما. فالإتفاق على التحكيم هي نقطة البداية لهذا النظام القضائي الخاص، و بدون هذا الإتفاق لا يمكن لإجراءات التحكيم أن تتم، فالقاعدة وفقا لما هو متعارف عليه هي أنه "لا تحكيم دون إتفاق تحكيمي"⁽⁵⁾.

لقد جسد هذا المبدأ في أكثر من قضية، فعلى سبيل المثال ، قضت محكمة إستئناف باريس في حكمها الصادر في 1999/06/01 على أنه: "وفقا للمبادئ الأساسية للتحكيم الدولي فإن العقد التحكيمي هو الذي يجيز تنصيب المحكم، فالإرادة المشتركة للطرفين هي وحدها حصرا التي تمنح المحكم سلطته القضائية"⁽⁶⁾.

بالرجوع إلى الإتفاقية المنشأة للمركز الدولي، نجد أن واضعيها قد اشترطوا ضرورة الإتفاق بين الطرفين على اللجوء إلى المركز كأحد أهم قواعد إختصاصه، وهذا ما سنتعرض له بالتفصيل فيمايلي:

أ- التراضي الثنائي وفقا لنص المادة 1/25 من الإتفاقية :

لا يمكن للمركز الدولي أن ينظر و يبت في منازعة ذات طابع قانوني متعلقة بالإستثمار عن طريق التحكيم إلا إذا ارتضى الطرفان على ذلك صراحة و في شكل كتابي، إذ تنص المادة 1/25 من الإتفاقية على أنه: "يمتد إختصاص المركز بشرط أن يوافق أطراف النزاع على طرحها (المنازعات) على المركز...".

واضح من هذا النص أن الرضا على إختصاص المركز يجب أن يكون مؤكدا من الطرفين المتنازعين بصفة صريحة و في الشكل الكتابي، بحيث لا يكفي أن تكون الدولة الطرف في عقد الإستثمار عضوا في الإتفاقية المنشأة للمركز وأن يكون المستثمر الطرف الثاني رعية دولة أخرى عضو في الإتفاقية، بل يجب -علاوة على ذلك- أن تكون موافقة كتابية بين الطرفين على إختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار (CIRDI).

إن اشتراط الكتابة في الإتفاق على تسوية النزاع من قبل المركز الدولي في إطار إتفاقية واشنطن يتوافق مع واقع التحكيم التجاري الدولي نظرا لإعتبرات الحماية القانونية و كذلك نظرا "خطوة الأثر الجوهري الذي يترتب على هذا النوع من الإتفاق، ألا و هو سلب قضاء الدولة الإختصاص الأصيل لصالح قضاء خاص يرتضيه الأطراف لحل النزاع القائم بينهم"⁽⁷⁾.

هكذا، فكل دولة حرة تماما في أن تقرر موافقتها أو عدم موافقتها على إخضاع منازعات الإستثمار الحالية أو المستقبلية لإختصاص المركز. إلى جانب هذا، يتمتع المستثمر الأجنبي بنفس الحرية طبقا لما يكرسه نص وروح إتفاقية واشنطن⁽⁸⁾. إلا أن هذه الأخيرة لم تحدد شكلا خاصا لهذه الموافقة الكتابية، لذلك يمكن أن يحصل تراضي الطرفين بواسطة أدوات قانونية مختلفة. فيمكن أن يتخذ التراضي شكل إتفاق تحكيم كبند يتم إدراجه في عقد الإستثمار (شرط التحكيم)، أو يتخذ صورة إتفاق مستقل عن عقد الإستثمار تسمى مشاركة التحكيم، فالمهم هو أن التراضي على الإختصاص المسند للمركز يجب أن يحصل قبل تاريخ إحضاره بموجب عريضة التحكيم، و ما عدا هذا التاريخ فلأطراف الحرية الكاملة في التراضي على إختصاص المركز سواء قبل أو بعد نشوء النزاع⁽⁹⁾.

مهما يكن من أمر، فقد وضع المركز شرطين نموذجيين لتسهيل مهمة التعبير عن رضا طرفي النزاع بإسناد الإختصاص للمركز الدولي تطبيقا للمادة 1/25 من الإتفاقية المنشأة له و هما على التوالي⁽¹⁰⁾ :

الشرط النموذجي الأول : يمكن إدراجه في قانون الإستثمار أو أي مرسوم يتعلق بالموافقة على عقد الإستثمار تتحقق بمقتضاه إرادة الدولة في الخضوع لإختصاص المركز وفقا لما يتضمنه من شروط كمايلي :

"إن حكومة (اسم الدولة المتعاقدة) ترتصني الخضوع للمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار بهدف التسوية بطريق النوفيق / التحكيم ... و ذلك بالنسبة لكافة المنازعات التي نشور بمناسبة إستثمار يقوم به أحد رعايا دولة متعاقدة طبقا لهذا القانون / المرسوم شريطة أن يودع المستثمر وثيقة رضائه الكتابية لدى (اسم الجهة) وأن يستوفي الشروط الإضافية الآتية ...".

الشرط النموذجي الثاني : و يمكن إدراجه في وثيقة مستقلة يقوم المستثمر بإيداعها لدى المصالح المحددة ويتحقق به القبول على إختصاص المركز كمايلي :

"تطبيقا لأحكام (القانون أو المرسوم) فإن (اسم المستثمر) يرتضي الخضوع لمركز تسوية منازعات الإستثمار بهدف تسوية المنازعات القانونية الناشئة بمناسبة كل إستثمار يتم طبقا (الإشارة إلى عقد الإستثمار أو المرسوم المصادق عليه)".

بناء على ما تقدم، تم خلال العقدين الأوليين من حياة المركز تكريس مبدأ ضرورة توافر شرط تحكيمي أو مشاركة التحكيم أو التعبير عن موافقة الطرفين في وثائق منفصلة كأساس لإنعقاد الإختصاص للمركز للفصل في القضايا المعروضة عليه⁽¹¹⁾.

هكذا، فأغلب القضايا المطروحة على المركز خلال تلك الحقبة من الزمن، كان إختصاصه بها مؤسسا على شرط تحكيمي أو مشاركة تحكيم، نذكر على سبيل المثال القضايا الآتية: ⁽¹²⁾

- قضية : Swiss Aluminium Ltd c/ Island (ARB /83/1)

- قضية : Mine c/ Guinée (ARB /84/4)

- قضية : Compania de santa Elina SA c/ Kosta Rica (ARB /91/1)

و كذلك قضية : Alcoa Minerales c/ Jamaica (ARB /75/2)، حيث إنتهت محكمة تحكيم المركز في هذه القضية إلى أن شرط التحكيم المتضمن إحالة النزاع إلى المركز والوارد في عقد الإستثمار بين الشركة الأجنبية وحكومة جاميكا يفى بشرط الموافقة الكتابية لإنعقاد إختصاص المركز⁽¹³⁾.

وجدير بالذكر أنه يمكن أن يصدر رضا الدولة على إختصاص المركز بالنسبة لبعض المنازعات فقط دون سواها و التي يمكن طرحها عليه طبقا لما تنص عليه المادة 4/25 من الإتفاقية، فما هي القيمة القانونية لهذا الرضا الصادر عن الدولة بصفة إنفرادية ؟

ب - حالة رضا الدولة بإحالة بعض المنازعات :

يعد هذا الرضا بمثابة موافقة مبدئية تصدر عن الدولة المضيفة بمقتضاها ترتضي بإختصاص المركز في حالة نشوء النزاع المتعلق ببعض الإستثمارات و في قطاعات نشاط محددة. و في هذه الحالة تقوم الدولة بتبليغ الأمين العام للمركز بأنواع هذه المنازعات التي يمكن للمركز أن يبت فيها أو تلك التي تستبعدا من إختصاصه، و أساس ذلك هو نص المادة 4/25 من الإتفاقية التي تنص : "تستطيع كل دولة متعاقدة عند تصديقها أو إنضمامها إلى هذه الإتفاقية أو في أي وقت لاحق أن تبلغ المركز بنوع أو أنواع المنازعات التي تقدر أنه يمكنها أو لا يمكنها طرحها على المركز لتسويتها بالتوفيق أو التحكيم و على السكرتير العام أن ينقل فورا هذا التبليغ إلى جميع الدول المتعاقدة الأخرى، و لا يشكل هذا التبليغ الموافقة المطلوبة طبقا للفقرة الأولى".

واضح من النص أن التبليغ الذي تقوم به الدولة المتعاقدة لا يلزمها بشيء من الناحية القانونية، لأنه لا يشكل توافق بين إرادة الطرفين، أي لا يعد تراضي بالمعنى الوارد في الفقرة الأولى من نص المادة 25. إن الهدف من هذا التبليغ إذن هو الإعلام حول المنازعات التي قد ترتضي الدولة المتعاقدة بشأنها حول إختصاص المركز للبت فيها، فالتراضي الثنائي الذي يعقد بين الدولة المضيفة و المستثمر الأجنبي هو وحده الملزم للطرفان⁽¹⁴⁾.

من الناحية العملية، قامت بعض الدول بإستعمال الحق المخول لها بموجب المادة 4/25، فأخطرت بالمنازعات التي يمكن أو لا يمكن طرحها عليه. فعلى سبيل المثال استبعدت المملكة العربية السعودية منازعات الإستثمار "المتعلقة بالنفط باعتبارها من أعمال السيادة، و استبعدت عينا منازعات الإستثمار الخاصة بالمعادن والموارد الطبيعية الأخرى"⁽¹⁵⁾.

تجدر الإشارة أنه رغم عدم تمتع حكم المادة 4/25 من الإتفاقية بأية قوة قانونية إلا أن من خلاله يمكن التعرف على نية الدولة المضيفة، إذ يستطيع المستثمر أن يعلم إن كان بالإمكان الحصول على شرط تحكيمي من عدمه. لكن هذا التصور ليس حتمي في جميع الحالات، لأن الدولة التي أبلغت المركز بطائفة النزاعات يمكن لها العدول عن ذلك في أي وقت⁽¹⁶⁾.

يظهر مما سبق أن التبليغ الذي تقوم به الدولة المتعاقدة بشأن المنازعات التي يمكن طرحها على المركز لا يعدو أن يكون تراضي بإختصاص المركز بقدر ما هو إعلام عن إمكانية أو عدم إمكانية اللجوء إليه طبقا لما تقرره الدولة المضيفة فيما بعد . كما لا يمكن أن يكيف هذا التبليغ بأنه تحفظ وارد على الإتفاقية ما دام أنه يجوز للدولة أن تعدل عن بلاغها و تغييره وقتما أرادت ذلك. هكذا إذن، فالتراضي الذي يعتد به في مسألة إختصاص المركز هو التراضي الكتابي المزدوج، أي الصادر عن الدولة المضيفة و المستثمر الأجنبي، سواء تم ذلك في وثيقة واحدة أو في وثائق منفصلة، كما يستوي أن يحدث ذلك قبل أو بعد نشوء النزاع.

بناء على ما تقدم، نقول أن التراضي الثنائي بين الأطراف على اللجوء إلى تحكيم المركز الدولي، وفقا لما تنص عليه المادة 25 من إتفاقية واشنطن، يعد حجر الزاوية لاختصاصه للفصل في منازعات عقود الإستثمار، فيكون الرضا بإختصاص المركز كتابة مهما كان شكل الموافقة على ذلك. كما يجوز للأطراف إختيار أحد الشروط النموذجية المعدة سلفا من قبل المركز دون إلزامها بهذه الشروط، كما يمكن للدولة أن تعلن قبولها على إختصاص المركز وفقا لما تنص عليه المادة 4/25 من الإتفاقية شريطة إعادة صياغة التراضي بين الطرفين قبل عرض النزاع على تحكيم المركز الدولي. إلا أن الشيء المثير للإنتباه هو إتجاه محاكم تحكيم المركز الدولي نحو قبول التحكيم دون إتفاق بين الطرفين بالشكل الذي تتطلبه أحكام إتفاقية واشنطن.

2- قبول التحكيم دون إتفاق في إطار أحكام المركز الدولي :

أثيرت هذه المسألة إنطلاقا من التساؤل الآتي : هل يعد النص الذي يرد في قانون الإستثمار للدولة المضيفة أو أية إتفاقية ثنائية أو جماعية خاصة بالإستثمار التي تبرمها مع الدول الأخرى ، و الذي يشير إلى تحكيم المركز الدولي، إيجابا من جانبها إذا ما صادفه قبول من جانب المستثمر إنعقد الإختصاص للمركز؟ أم يجب عقد إتفاق آخر بين الدولة و المستثمر لإسناد الإختصاص للمركز لتسوية ما يثور من منازعات بينهما؟.

لقد اختلف الفقه بشأن هذه المسألة، حيث يرى جانباً منه إختصاص المركز مجرد النص في قانون داخلي أو إتفاقية دولية متعلقة بالإستثمار على إمكانية اللجوء إلى تحكيم المركز لتسوية المنازعات المترتبة عن الإستثمارات المشمولة بالحماية إذا ما لجأ المستثمر بعريضة التحكيم أمامه. فالنص على اللجوء إلى المركز والوارد في القانون الداخلي أو القانون الإتفاقي يعد إيجاباً صادراً عن الدولة المضيفة، أما لجوء المستثمر إلى المركز بعريضة التحكيم التي يسجلها لدى الأمين العام للمركز⁽¹⁷⁾ يمثل قبولاً كتابياً من جانبه على إختصاص المحكمة التحكيمية المشكلة وفقاً لقواعد إتفاقية واشنطن ولائحة التحكيم المعدة من قبل مصالح المركز.

و يرى جانب آخر من الفقه عدم إختصاص المركز بنظر النزاع و ذلك تأسيساً على عدم وجود إتفاق صريح بين الطرفين على ذلك⁽¹⁸⁾، لكن كيف فصلت محاكم التحكيم في هذه المسألة؟.

أ- الموقف المجسد في إطار إجتهد محاكم تحكيم المركز :

بالرجوع إلى الإجتهد التحكيمي للمركز نجد إتجاه هيئات التحكيم المشكلة في إطاره - خلال السنوات الأخيرة - قد إتخذ منعرجاً في تأسيس إختصاص المركز، بحيث إتجهت محاكم تحكيم المركز (CIRDI) إلى التوسع في تفسير نص المادة 1/25 من الإتفاقية، بحيث إكتفت لتقرير إختصاصها بوجود نص يشير إلى تحكيم المركز سواء في قانون داخلي للدولة المضيفة خاص بالإستثمار أو في إتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف متعلقة بحماية و تشجيع الإستثمارات و ذلك إذا ما قرر المستثمر الأجنبي اللجوء إلى المركز بطلب التحكيم (العريضة)⁽¹⁹⁾، كل هذا إستناداً إلى أن العرض المقدم (l'offre) من الدولة المضيفة يعد إيجاباً في صورة شرط صريح غير قابل للإلغاء، ترتضي بموجبه عرض منازعات الإستثمارات أمام المركز. ولجوء المستثمر بطلب التحكيم أمام المركز يعد قبولاً (Acceptation) منه على إختصاصه للفصل في النزاع، بالتالي يشكل العرض العام للدولة و لجوء المستثمر إلى التحكيم تراضياً الطرفين على إختصاص المركز، هذا ما أطلق عليه تسمية "التحكيم دون إتفاق"⁽²⁰⁾.

هكذا، تم تجسيد هذه الظاهرة الجديدة في منح الإختصاص للمركز من قبل هيئات التحكيم المشكلة في إطاره بعيداً عن أية علاقة تعاقدية على اللجوء إلى التحكيم، وذلك بناء على التشريع الداخلي للدولة المضيفة المتعلق بالإستثمارات في القضايا الآتية⁽²¹⁾ :

- قضية : SPP c/ Egypte (ARB/84/3) ، المعروفة بقضية هضبة الأهرام و هي أول قضية تم النظر فيها من أمام المركز (CIRDI) بناء على نص قانوني خاص بالإستثمارات المنجزة على إقليم جمهورية مصر العربية، إذ تنص المادة 08 من قانون الاستثمار المصري رقم 43 لسنة 1974 على أنه: "تم تسوية منازعات الاستثمار المتعلقة بتنفيذ أحكام هذا القانون بالطريقة التي يتم الاتفاق عليها مع المستثمر أو في إطار الاتفاقيات السارية بين جمهورية مصر العربية ودولة المستثمر، أو في إطار إتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى التي انضمت إليها مصر..."⁽²²⁾.

- قضية : G.R . Pharaon c / Tunisie (ARB/86/1)

- قضية : Manufacturers hanover co. c / Egypte (ARB/89/1)

- قضية : Tradex Hellas c/ Albanie (ARB/94/2)

أما تأسيس إختصاص محاكم تحكيم المركز بناء على الإتفاقيات الثنائية، فكان بصدد النظر في قضايا عديد نذكر منها الآتي : (23)

- قضية : AAPL c / Srilanka (ARB/87/3) ، و هي أول قضية إختص بها المركز على أساس إتفاقية ثنائية لحماية و تشجيع الإستثمارات المبرمة بين المملكة المتحدة و حكومة سريلانكا، إذ جاء في المادة 1/8 منها على موافقة كل دولة متعاقدة على إحالة أي نزاع قانوني ينشأ بين أي طرف متعاقد ورعية أو شركة تابعة للطرف الآخر بشأن استثمار الأخير في إقليم الطرف الأول إلى التحكيم وفقا لقواعد المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار -CIRDI- (24).

- قضية : American Manufacturing inc c / Zaire (ARB/93/1)

- قضية : A – Goetz c / Burundi (ARB/95/3)

- قضية : Fedex NV c / Venezuela (ARB/96/3)

ترى هيئات تحكيم المركز الدولي أن أساس إسناد الإختصاص للمركز في هذه الحالات هو الموافقة الكتابية المستوفية مسبقا نظرا لوجود تراضي الدولة المضيفة في إطار نص تشريعي داخلي أو نص قانوني إتفاقي بموجبه تعلن موافقتها على اللجوء إلى المركز. في المقابل، فإن قبول المستثمر بتحكيم المركز يتوافر في إطار العريضة المتعلقة بطلب التحكيم المودعة لدى أمانة المركز، مما يشكل تلاقي إرادة الطرفين على إختصاص هذا الأخير، إرادة تم التعبير عنها في وثائق منفصلة (25).

نرى أن الإتجاه في تأسيس إختصاص المركز بناء على التحليل السابق يتناقض مع نصوص إتفاقية واشنطن و كذلك مع لائحة عرض الدعاوى المعدة من قبل المركز، بحيث نجد هناك خلط بين طريقة تكوين التراضي على إختصاص المركز و بين العريضة المقدمة من المستثمر لإعمال نظام تسوية المنازعة أمام نفس المركز.

بالرجوع إلى ما تضمنته الإتفاقية من أحكام في هذا الشأن نجد أن المادة 2/36 منها تنص على أن :

"2 - يجب أن يشتمل الطلب (العريضة) على بيانات تتعلق بموضوع النزاع و هوية الأطراف وموافقتهم على تقديمه للتحكيم طبقا للائحة الإجراءات المتعلقة بطرح المنازعات."

والشيء المثير للنظر هو أن لائحة المركز الخاصة بتقديم الدعاوى نجد من بين ما تنص عليه المادة 02 منها أنه:

« (1) العريضة ...

(ج) تبين تاريخ التراضي و الأدوات التي تم تسجيله فيها.

(2) المعلومات المشتركة في الفقرة 1 (ج) يجب أن ترفق بوثائق ثبوتية.

(3) "تاريخ الموافقة" هو التاريخ الذي يتفق طرفا النزاع على عرضه أمام المركز، و إذا قدم الطرفان موافقتهما في تاريخين مختلفين فيعتد بأخرهما «(26).

هكذا، نجد جليا أن الإتفاقية المنشأة للمركز و كذا لائحة تقديم الدعاوى قد فصلتا بين الموافقة الكتابية للطرفين على عرض النزاع لتحكيم المركز، وبين العريضة المقدمة لإعمال إجراءات التحكيم، فالتراضي مشروط قبل تاريخ إيداع العريضة.

رغم هذا، فمحاكم تحكيم المركز مصرة على قبول التحكيم دون إتفاق تحكيمي -شرطا كان أو مشاركة- تأسيسا على تشريع داخلي أو إتفاقية دولية. بل و أكثر من ذلك، فالإتجاه الذي سلكته المحاكم التحكيمية في الآونة الأخيرة هو قبولها إختصاص المركز تأسيسا على إتفاقية دولية رغم وجود عقد إستثمار قائم بين الطرفين يتضمن على بند يسند الإختصاص للفصل في المنازعات الخاصة بتنفيذ العقد أو تفسيره لجهة قضائية داخلية أو محكمة تحكيمية معينة خلاف المركز الدولي، قصد النظر في الإخلالات المنسوبة للدولة المضيفة بشأن القواعد الواردة في الاتفاقيات الثنائية التي تبرهما. و بالفعل، هذا ما تم التأكيد عليه بصدد النظر في قضايا عديدة مطروحة على المركز للبت في مسألة خرق الإلتزامات الجوهرية الواردة في القانون الإتفاقي، و من بين هذه القضايا نذكر : الحكم الصادر في 2001/07/23 في قضية Salini ضد المغرب، الحكم الصادر في قضية vivendi universel ضد الأرجنتين بعد إلغاءه جزئيا في 2002/07/03، قضية CMS ضد الأرجنتين في 2003/07/17 و أخيرا الحكم الصادر في قضية SGS ضد الباكستان بتاريخ 2003/08/06(27).

ب- الآثار المترتبة على استخلاص التراضي من نص قانوني داخلي أو اتفاقي:

أدى استخلاص توافر ركن التراضي على اللجوء إلى تحكيم المركز الدولي من خلال إيجاب الدولة الوارد في النص الداخلي أو الاتفاقية الثنائية واقترانه بقبول المستثمر عن طريق لجوئه إلى المركز بعريضة التحكيم، إلى شيوع التحكيم المؤسس على هذا الشكل الجديد للتراضي، حيث تضاعف عدد القضايا المنظورة أمام المركز وفقا لهذا الشكل(28).

يتميز تراضي الأطراف على التحكيم بناء على ما هو مستحدث في قضاء تحكيم المركز الدولي بأن إيجاب الدولة الوارد في قوانين الاستثمار أو الاتفاقيات الدولية إيجابا عاما، موجهها إلى عدد غير محدود من المستثمرين ولا يكون هؤلاء بطبيعة الحال معلومين من قبل الدولة وقت إعلانها عن هذا العرض. أما عن قبول المستثمر، فيتم التعبير عنه في وقت لاحق على صدور القانون أو إبرام الاتفاقية، الشيء الذي يعني وجود انفصال زمني بين الإيجاب والقبول، بحيث يتم التعبير عن الإرادتين في مرحلتين منفصلتين ومتعاقبتين زمنيا(29).

يترتب عن هذا التراضي المنفصل –Le consentement dissocié- إلى إمكانية اللجوء إلى التحكيم رغم عدم وجود علاقة عقدية بين الأطراف المتنازعة، فالمستثمر لا يحتاج إلى وجود علاقة قانونية سابقة مع الدولة المضيفة لفرع دعوى التحكيم، بل يكفي برضاء هذه الأخيرة الذي عبرت عنه في قانونها الداخلي أو اتفاقية دولية أبرمتها ليستدرج الدولة الطرف في النزاع أمام قضاء التحكيم، الشيء الذي أدى بجانب من الفقه إلى إطلاق هذه الصورة تسمية "التحكيم دون رضاء خاص" –Arbitrage sans consentement spécifique-(30)

كما نتج عن التراضي المنفصل استئثار المستثمر وحده حق اتخاذ إجراءات التحكيم ضد الدولة المضيفة، بحيث لا يمكن لهذه الأخيرة المبادرة لإعمال نظام التحكيم ضد المستثمر الذي لم يعبر عن رضائه بالتحكيم، مما يجعلنا أمام تحكيم ينفرد اللجوء إليه طرف واحد، الأمر الذي دفع بالبعض إلى تسميته "بالتحكيم الانفرادي أو الأحادي الجانب" –Arbitrage unilatéral-(31).

فضلا عما سبق، تكون النتيجة المترتبة من استخلاص التراضي في هذا الشكل الجديد، اختلال التوازن بين طرفي النزاع لصالح المستثمر الأجنبي على حساب الدولة المضيفة، إذ لا يحق لهذه الأخيرة مقاضاة المستثمر أمام تحكيم المركز الدولي ما لم تربط بينهما علاقة عقدية تتضمن شرط اللجوء إلى المركز لتسوية النزاع القائم، وإن قامت بذلك في غير هذه الوضعية فسيُدفع المستثمر بعدم توافر ركن التراضي على الاختصاص وفقا لنص المادة 1/25 من اتفاقية واشنطن، حيث لا يوجد ما يدل على قبول المستثمر لإيجاب الدولة المضيفة.

أخيرا يملك المستثمر الأجنبي، وفقا للاتجاه المستحدث في تقرير وجود التراضي على التحكيم دون اتفاق، الحق في مقاضاة الدولة المضيفة بسبب الإخلال بالتزاماتها الواردة في الاتفاقية الثنائية أو المتعددة الأطراف التي أبرمتها ليطالب الحكم بمسؤوليتها عن ذلك، بالتالي يكون سبب النزاع المعروض على قضاء التحكيم هو الإخلال باتفاقية دولية وليس العلاقة القانونية الخاصة التي تربط الأطراف المتنازعة(32).

ج- تقييم قبول التحكيم دون اتفاق على ضوء إتفاقية واشنطن و الإجتهد التحكيمي للمركز :

أصبح قبول إختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار عن طريق التحكيم على أساس تشريع داخلي أو إتفاقية دولية، بصرف النظر عن أية علاقة تعاقدية، أمرا مستقرا عليه في إطار أحكام تحكيم المركز.

إذا أردنا تقييم هذا المسلك لمحاكم تحكيم (CIRDI)، نقول أنه جاء متناقضا مع ما هو متعارف عليه بشأن اللجوء إلى التحكيم الدولي من قواعد أساسية لإسناد الإختصاص التحكيمي. كما أنه موقف يخالف أحكام إتفاقية واشنطن بحد ذاتها، و أخيرا يعد مسلك يخل بالتوازن بين مصالح الأطراف المتنازعة ، كل ذلك نظرا للأسباب الآتية :

1- يخالف مبدأ قبول التحكيم دون إتفاق ما استقر عليه الفقه القانوني من أن إقامة إجراءات التحكيم تتطلب إفراغ إرادة الطرفين المتنازعين في إتفاق سابق على اللجوء إلى هذا النظام القضائي الخاص. حيث أن هذه الإرادة المشتركة للطرفين هي وحدها، دون سواها، التي تمنح المحكم أو هيئة التحكيم السلطة القضائية رغبة منهما في منح الإختصاص لقضاء التحكيم لتسوية نزاعهما على حساب طرق أخرى للتسوية.

2- استند الفقه المدافع عن أحقية هيئات تحكيم المركز في تأسيس إختصاصه دون علاقة عقدية بين الطرفين على الأعمال التحضيرية لإتفاقية واشنطن، بحيث تم التأكيد أن الموافقة المشترطة وفقا للمادة 1/25 يمكن ألا ترد في نفس الأداة القانونية. إلا أن هؤلاء لم يستندوا إلى ما خلص إليه تقرير المديرين التنفيذيين حول هذه الإتفاقية في إطار الأعمال التحضيرية، بحيث خلصوا إلى أنه مهما يكن من أمر، يجب أن تصدر موافقة الطرفين قبل إخطار المركز⁽³³⁾.

3- اللجوء إلى تحكيم المركز دون إتفاق بين الطرفين، يخالف ما جاء في ديباجة إتفاقية واشنطن التي تعتبر بأن "الموافقة المشتركة لطرفي النزاع على طرح نزاعهما للتوفيق أو التحكيم في مجال الإلتجاء إلى هذا النظام (تسوية منازعات الإستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى) تشكل إتفاقا يتمتع بالقوة القانونية الملزمة وأن مجرد قبول هذه الإتفاقية من جانب أية دولة، لا ينطوي على أي إلتزام بالنسبة لهذه الدول بالإلتجاء إلى التوفيق أو التحكيم في أي حالة خاصة".

4- تمسك هيئات تحكيم المركز بإختصاصها للفصل في النزاع دون علاقة عقدية سابقة لعرض النزاع عليها، يخالف ما جاء في نص المادة 1/25 من الإتفاقية التي تنص على أن : ".... بشرط أن يوافق أطراف النزاع كتابة على طرحها (المنازعات) على المركز، و متى أبدى طرفا النزاع موافقتهما المشتركة فلا يجوز لأي منهما أن يسحبها بمفرده".

5- الإعتماد على قبول الدولة المضيفة الصادر بإرادتها المنفردة على إختصاص المركز و الوارد ضمن نص قانوني داخلي أو إتفاقية، و إكتفاء المستثمر باللجوء إلى تحكيم المركز بتقديم عريضته، مسلك يخالف ما تضمنته المادة 2/36 من الإتفاقية و المادة 02 من لائحة تقديم الدعاوى طبقا لما تم بيانه.

6- يتوقف البدء في إجراءات التحكيم طبقا لإتجاه التحكيم دون إتفاق على مبادرة المستثمر الأجنبي، مما يشكل هذا النظام عدم التوازن بين مصالح الطرفين. فاللجوء إلى المركز في حقيقة هذا النظام يتوقف على إرادة المستثمر، إذ يحق له تقديم طلب التحكيم على أساس نص قانوني داخلي للدولة المضيفة أو إتفاقية دولية أبرمتها هذه الأخيرة، في حين لا تملك الدولة المضيفة نفس الحق نظرا لعدم تحقق شرط الموافقة المشتركة للطرفين، لأن المستثمر لم يبد موافقته المسبقة على إختصاص المركز، و هذا ما يعني إنعدام المماثلة (Réciprocité) في التحكيم دون إتفاق، الشيء الذي يجعل هذا التحكيم تحكيما إلزاميا بمبادرة إنفرادية⁽³⁴⁾.

7- إن النص في قانون داخلي خاص بالإستثمار أو إتفاقية دولية على إختصاص المركز الدولي ما هو إلا رغبة من الدولة المضيفة في تحقيق مناخ من الثقة و الإطمئنان لدى المستثمرين الأجانب و دول جنسياتهم تحقيقا لتشجيع و تدفق الإستثمارات الأجنبية خدمة للتنمية الإقتصادية، لكن هذا لا يعني عدم الإمتثال لما تتطلبه إتفاقية واشنطن من شروط لإعمال قاعدة إختصاص المركز.

خاتمة :

إنطلاقا من قضية هضبة الأهرام SPP ضد الحكومة المصرية، أين أسست هيئة تحكيم المركز إختصاصها على نص قانوني داخلي، و كذلك قضية AAPL ضد حكومة سيريلانكا، أين تم تأسيس الإختصاص بناء على إتفاقية ثنائية لحماية و تشجيع الإستثمار، أصبح مؤكدا أن هناك تطور في تفسير ما يشكل تراضي على اللجوء إلى تحكيم المركز الدولي (CIRDI) . تفسير عمم في وقت لاحق إثر النظر في قضايا عديدة⁽³⁵⁾، بموجبه يمنح للمستثمر الأجنبي الحق في اللجوء المباشر و بصفة إنفرادية طالبا تحكيم هذا الجهاز الدولي في مواجهة الدولة المضيفة، نتيجة استخلاص رضاء الدولة بالتحكيم أمامه من نصوصها القانونية الداخلية أو الإتفاقية.

يتمثل الهدف من تجسيد هذه الإمكانية للجوء إلى تحكيم المركز الدولي في رغبة هيئات التحكيم المشكلة في إطاره في توسيع دائرة إختصاص المركز للنظر في قضايا معروضة بطريقة إنفرادية من جانب المستثمرين الأجانب مما يشكل إخلالا لمبدأ المساواة والعدالة بين الأطراف، الشيء الذي قد يعكس على العلاقات الإقتصادية الدولية نتيجة إضعاف موقف الدول خاصة النامية منها أمام المستثمرين الأجانب، إذ أصبح اللجوء إلى التحكيم مقتصرًا عليهم فقط.

أمام هذا الوضع الذي يشهده واقع التحكيم الدولي بين الدول و رعايا الدول الأخرى في إطار تحكيم المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، ونظرا لإبرام الجزائر لعدد معتبر من الإتفاقيات الثنائية لتشجيع الإستثمارات أين قبلت فيها اللجوء إلى تحكيم المركز كأحد الأساليب المتاحة، و بالنظر إلى أن أول قضية معروضة على هذا الجهاز الدولي المقامة ضد الحكومة الجزائرية من طرف الكونسورسيوم الإيطالي: Consortium groupement LESI – Dipenta⁽³⁶⁾ ، أين أسست هيئة التحكيم اختصاصها بناء على الإتفاقية الثنائية الجزائرية الإيطالية حول ترقية وحماية الاستثمار، نقول أن ما على الدولة المضيفة – بما في ذلك دولتنا – إلا توخي الحيطة والحذر الشديدين أثناء صياغة النصوص المتعلقة بتسوية المنازعات في إطار القوانين الداخلية أو الإتفاقية، ذلك باشتراط إتفاق ثنائي بينها و بين المتعاملين معها من المستثمرين الأجانب بموجبه يتم تجسيد الموافقة الكتابية المشتركة على اللجوء إلى تحكيم المركز الدولي وفقا لنص المادة 25 من إتفاقية واشنطن سواء تم ذلك في نفس الأداة أو في أدوات قانونية مستقلة.

- (1) - راجع الفقرة الأولى من ديباجة الإتفاقية المنشأة للمركز الدولي و هي منشورة في الجريدة الرسمية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 346/95 المؤرخ في 1995/10/30 المتضمن المصادقة على إتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات بين الدول و رعايا الدول الأخرى، ج ر عدد 66 لسنة 1995.
- (2) - وهو مختصر لعبارة :
"Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) "
- (3) - راجع حول ظروف إعداد و إبرام هذه الإتفاقية : د / إبراهيم شحاتة : دور البنك العالمي في تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمارات الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، مجلد 41، القاهرة 1985، ص 01 و ما بعدها.
- (4) - لمعلومات أكثر تفصيلا حول هذه الشروط، راجع :
KOVAR Robert : la compétence du centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, in « Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées », Pedone, Paris 1969, P. 25 et S.
- (5) - د / إبراهيم أحمد إبراهيم : التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، القاهرة 2000، ص 63.
- (6) - راجع: بشار محمد الأسعد : عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة 2004، ص 441.
- (7) - د / سامية راشد : التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة (دنا)، ص 232.
- (8) - راجع : د / طه أحمد علي قاسم : تسوية المنازعات الإقتصادية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر 2008، ص 341.
- (9) - راجع حول مختلف هذه الوسائل : د / جلاء وفاء محمدين : التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار، دار الجامعية الجديدة للنشر، القاهرة 1995، ص 33.
- (10) - ورد هذان الشرطان في : د / عصام الدين القصبي : خصوصية التحكيم في مجال منازعات الإستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة 1998، هامش 78، ص 70.
- كما يمكن الإطلاع على كافة الشروط النموذجية التي أعدها المركز على شبكة الأنترنت في موقع المركز :
www.worldbank.org/icsid
- (11) - راجع : بشار محمد الأسعد : المرجع السابق ، ص 459.
- (12) - MANCIAUX Sébastien : Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissant d'autre Etats, litec, Paris 2004, Note 612 , P. 191.
- (13) - علي حسين ملحم : دور المعاهدات الدولية في حماية الإستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2005 ، ص 312.
- (14) - MARIO Amadio : Le contentieux international de l'investissement privé et la convention de la banque mondiale du 18 mars 1965, LGDJ, Paris 1967, P.143, qui cite :
"Juridiquement l'Etat n'est pas engagée par la notification, il peut refuser de consentir à la juridiction du centre contrairement à la volonté exprimée dans la déclaration unilatérale, il peut au contraire accepter de recourir aux procédures du centre quand bien même il aurait

écarté l'éventualité dans la notification. Seul le consentement bilatéral souscrit par l'Etat et l'investisseur privé engage les parties".

(15) - د / منى محمود مصطفى : الحماية الدولية للإستثمار الأجنبي المباشر و دور التحكيم في تسوية منازعات الإستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة 1990 ، ص 51.

(16) - راجع : د / إبراهيم شحاتة : المرجع السابق ، ص 09. أنظر كذلك :
R. KOVAR : Op. Cit., P. 54.

(17) - راجع المادتين 3/28 و 3/36 من الإتفاقية.

(18) - راجع : د / حسين أحمد الجندي : النظام القانوني لتسوية منازعات الإستثمار الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة 2005، ص 51 و ما بعدها.

(19) - BURDEAU Genevieve : Nouvelles perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux intéressant les Etats, revue de l'arbitrage N°1, 1995, P. 13. économique

(20) - أول من أطلق هذه التسمية هو الأستاذ: Jan Poulsson، بعبارة جاءت باللغة الإنجليزية :
"Arbitration without privity"

(21) - S - MANCIAUX : Op. Cit., P. 191

(22) - أنظر: د/إبراهيم أحمد إبراهيم: المرجع السابق، ص 115.

(23) - S. MANCIAUX / Op. Cit., P. 191.

(24) - Voir : G. BURDEAU : Op. Cit., P. 13 et S.

(25) - Voir : GIARDINA Adrea : Clause de stabilisation et clause d'arbitrage : vers l'assouplissement de leur effet obligatoire revue de l'arbitrage N°03, 2003, P. 664.

(26) - يمكن الإطلاع على هذه اللائحة على موقع المركز في شبكة الأنترنت: www.worldbank.org/icsid

(27) - FADALLAH Ibrahim : Le fondement des demandes : Contrat ou traité? colloque de l'institut des hautes études internationales (IHEI), Paris II du 03/05/2004, P. 02 et S.

(28) - راجع الإحصائيات المقدمة في هذا الشأن من سنة 1998 إلى غاية 2006 في مداخلة:

د/ محمد أبو العينين: الاتجاهات الدولية الحديثة في التحكيم والوسائل السلمية الأخرى لحسم المنازعات، بحث مقدم في الملتقى الدولي حول "التحكيم التجاري الدولي في الجزائر بين التكريس التشريعي والممارسة التحكيمية" يومي 15/14 جوان 2006، جامعة بجاية، الجزائر، ص 21.

(29) - STERN Brigitte : Un coup d'arrêt à la marginalisation du consentement dans l'arbitrage international, revue de l'arbitrage N°03, 2000, P.423.

(30) - STERN Brigitte : Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement : Que disent les travaux préparatoires, in "souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^e siècle", CNRS, Vol 20, 2000, P. 243.

(31) - W. BENHAMIDA : Op : Cit., P. 07.

(32) - 1- G. BURDEAU : Op : Cit., P. 2

- STERN Brigitte : Le consentement à l'arbitrage CIRDI en matière d'investissement ⁽³³⁾
international : Que disent les travaux préparatoires, Op, Cit., P. 227.

S .MANCIAUX : Op, Cit., P. 199 et S ⁽³⁴⁾

⁽³⁵⁾ - راجع تطور هذا النظام في إخطار المركز و في جدول تفصيلي :

GAILLARD Emmanuel : La jurisprudence du CIRDI, Pedone, Paris 2004, P 03.

⁽³⁶⁾ - حيث تم تسجيلها من قبل الامين العام للمركز بتاريخ 2003/05/20 و تشكلت محكمة التحكيم في السداسي الأول
لسنة 2004، و صدر حكم التحكيم بعدم الاختصاص لانعدام الصفة لرفع دعوى التحكيم من طرف المدعي، راجع

الحكم الصادر بتاريخ 2005/01/10 في موقع الأترنت:

www.ita.law.uvic.ca/documents/dipentav.algeria.pdf

تسوية منازعات سوق الأوراق المالية

نصيرة تواتي

أستاذة مساعدة – كلية الحقوق

جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية

مقدمة :

تتعدّد وتتوّع منازعات سوق الأوراق المالية سواءً من جانبها الوظيفي، إذ قد يعود سبب نشوبها إلى خرق الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بسوق الأوراق المالية، أو أي خلاف بشأن تفسيرها، أو الإخلال بأخلاقيات المهنة، كما تتباين منازعات سوق الأوراق المالية من حيث جانبها العضوي أو الشخصي، إذ قد تنشأ بين الإدارة وبين أعضاء السوق المتعاملين فيه وقد تحدث بين أعضاء السوق أنفسهم، أو بينهم وبين المتعاملين، ونادراً ما تقع المنازعات بين المتعاملين بعضهم البعض، لأن هؤلاء - وهم البائعون والمشترون - لا يعرفون بعضهم البعض، فكل منهم لا يعرف إلا الوسيط في الأوراق المالية الذي كلّفه بإجراء عمليات البيع والشراء، ومن ثمة فإن النزاع حول تسليم الأوراق المالية المباعة أو الوفاء بثمنها، أو سلامة الأوراق محل الصفقة من عدمه يكون بين العميل والوسيط، أو بين الوسطاء أنفسهم. وبُغية إيجاد حلول وسبل لتسوية هذه النزاعات، كرّست تشريعات مختلف دول العالم طرقاً وأساليباً تختلف أحكامها والإجراءات التي تخضع لها من دولة إلى أخرى، الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل عن كيفية تسوية مثل هذه المنازعات؟، بمعنى الآليات الكفيلة لفضّ منازعات سوق الأوراق المالية؟ سنحاول من خلال هذه الدراسة البحث عن هذه الآليات، ومدى جدواها وفعاليتها في تسوية النزاع.

المبحث الأول: تسوية منازعات سوق الأوراق المالية عن طريق التأديب

تعدّ سلطة التأديب وسيلة أو آلية لتسوية المنازعات الناشئة على مستوى سوق الأوراق المالية، تتكفّل بذلك هيئة أو لجنة خاصة، حولها المشرع هذه الصلاحيات، وتتجسّد سلطة التأديب في إصدار واتخاذ بعض القرارات التأديبية.

المطلب الأول: الهيئة المختصة بسلطة التأديب

حوّل المشرع الجزائري للغرفة التأديبية والتحكيمية المنشأة على مستوى لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة صلاحية إصدار بعض العقوبات ذات طابع تأديبي، عند حدوث أي عمل مخالف للإجراءات التشريعية والتنظيمية المتعلقة ببورصة القيم المنقولة، أو أي إخلال بالواجبات المهنية وأخلاقيات المهنة⁽¹⁾ من جانب الوسطاء وهيئات التوظيف الجماعي للقيم المنقولة⁽²⁾.

الفرع الأول: تشكيلة الغرفة التأديبية والتحكيمية

يرأس الغرفة التأديبية والتحكيمية رئيس لجنة البورصة، إضافة إلى عضوين منتخبين من بين أعضاء اللجنة طوال مدة انتدابهما، وقاضيين يُعينهما وزير العدل ويُختاران لكفاءتهما في المجالين الاقتصادي والمالي⁽³⁾.

الفرع الثاني: كيفية تدخل الغرفة التأديبية والتحكيمية

تعمل غرفة التأديب والتحكيم عند اختصاصها في المجال التأديبي حسب الدوافع الآتية:

- بطلب من اللجنة.
- بطلب من المراقب.
- بطلب من الوسطاء في عمليات البورصة.
- بطلب من شركة تسيير بورصة القيم المنقولة.
- بطلب من الشركات المصدرة للأسهم.
- بطلب من الأمرين بالسحب.
- بناء على تظلم أي طرف له مصلحة⁽⁴⁾.

المطلب الثاني: أنواع العقوبات التأديبية:

تختلف العقوبات الصادرة عن الغرفة التأديبية والتحكيمية، وذلك باختلاف صفة المخالف،⁽⁵⁾ وكذا درجة خطورة الإخلال أو المخالفة التي ارتكبتها، وعلى هذا الأساس، صُنفت البعض من هذه العقوبات بذات الطابع المعنوي كالإنذار والتوبيخ، وبعضها الآخر عقوبات مقيدة أو سالبة للحقوق، ونوع ثالث يتمثل في العقوبات المالية.

الفرع الأول: العقوبات ذات الطابع المعنوي

تتجسد هذه العقوبات في كل من الإنذار والتوبيخ، ويتمثل الهدف من هاتين العقوبتين في التصحيح والإصلاح، وتكمن أهميتهما في بعث نوع من الحذر لدى الوسطاء، إلا أنه في حالة عدم جدواها وفعاليتها، وعدم تحقق الهدف المرجو، تُصدر عقوبات أهم وأخطر كسحب الاعتماد مثلاً.

الفرع الثاني: العقوبات المقيدة للحقوق

يتحدّد هذا النوع من العقوبات طبقاً لأحكام المرسوم التشريعي رقم 93-10، في تلك التي توقعها غرفة التأديب والتحكيم في مواجهة الوسطاء وهيئات التوظيف الجماعي للقيم المنقولة، المتمثلة في عقوبة واحدة فقط، هي حظر النشاط كلاً أو جزئه بصفة مؤقتة⁽⁶⁾.

نشير في هذا الصدد إلى أنه لم يسبق إصدار مثل هذه العقوبة في مجال البورصة، على خلاف القطاع المصرفي، أين سبق للجنة المصرفية وأن أصدرت مثل هذه العقوبة، والمتمثلة في المنع من ممارسة بعض العمليات وغيرها من أنواع الحدّ من ممارسة النشاط، وكذا التوقيف المؤقت لمسير أو أكثر، في مواجهة بنوك خاصة، تمّ توقيف عمليات تحويل أموالها تجاه الخارج⁽⁷⁾.

الفرع الثالث: العقوبات السالبة للحقوق

قد تمسّ هذه العقوبات الشخص الطبيعي كمسيّري المؤسسات⁽⁸⁾، كما يمكن أن تصدر هذه العقوبات السالبة للحقوق في مواجهة الشخص المعنوي مباشرة، والتي تُترجم مثلاً في شكل السحب النهائي لرخصة استغلال المنشأة، كما هو الحال في مجال الكهرباء وتوزيع الغاز⁽⁹⁾.

بينما في مجال سوق الأوراق المالية، فالعقوبات السالبة للحقوق المرتبطة بالمسيّرين، فلا نلمس لها أي أثر، أما تلك المتعلقة بالشخص المعنوي، فهي قائمة تأخذ شكل سحب الاعتماد، كما هو الوضع في المجال المصرفي، حيث قامت اللجنة المصرفية بإصدار عقوبة سحب الاعتماد كأقصى عقوبة في مواجهة كل من الخليفة بنك، والبنك التجاري والصناعي الجزائري (BCIA)⁽¹⁰⁾.

تجدر بنا الإشارة في هذا الشأن إلى أن إجراء سحب الاعتماد، يُعدّ أخطر عقوبة يمكن أن تصيب بنكا أو مؤسسة مالية في مجال النقد والقرض من جهة، والوسيط في مجال سوق الأوراق المالية من جهة أخرى، فهو قرار ضروري لإنشاء مؤسسة القرض ولوجودها القانوني، وكذا لمزاولة نشاط الوسيط، وعليه، فسحبه يعني وضع حدّ لحياة البنك أو المؤسسة المالية، الأمر الذي يستتبعه تصفية المؤسسة، وإنهاء نشاط الوسيط نهائياً في المجال البورصي.

نضيف دائماً في نفس الموضوع، أن سحب الاعتماد من بنك أو مؤسسة مالية كوسيط في مجال سوق الأوراق المالية، أمر لا يؤثر على نشاطه في المجال البنكي، بتعبير آخر، يُنهي البنك نشاطه بصفته وسيطاً ويستمر في مزاولة نشاطه بصفته بنكا، أي شخص من أشخاص القانون المصرفي. لكن العكس غير صحيح، فسحب الاعتماد من بنك أو مؤسسة مالية من طرف اللجنة المصرفية، أمر يؤثر على ممارسة نشاط الوساطة، نظراً لكونه فقد شروطاً من شروط إضفاء صفة البنك والمؤسسة المالية عليه.

الفرع الرابع: العقوبات المالية

حوّل المشرع الجزائري لغرفة التأديب والتحكيم سلطة فرض غرامات مالية، يُحدّد مبلغها بعشرة ملايين دينار، أو بمبلغ يُساوي الربح المحتمل تحقيقه بفعل الخطأ المرتكب، بمعنى أن المشرع الجزائري راعى ضمانات من بين الضمانات المعترف بها للمتهم والمتمثلة في مبدأ تناسب الجريمة مع العقوبة⁽¹¹⁾، لكن في نفس الوقت قيّد وحدّد سلطة غرفة التأديب والتحكيم في مجرد إصدار العقوبة والنطق بها فقط، بحجة أن المشرع هو الذي يتكفّل بتحديد نسبة الغرامات المالية، هذه الأخيرة التي تُدفع لصندوق الضمان⁽¹²⁾.

أمّا المشرع الفرنسي فقد ميّز من جهة بين العقوبات المالية التأديبية المطبقة على المهنيين المخالفين لقواعد وأخلاقيات المهنة التي يصل مبلغها إلى ضعف الأرباح المحققة، أو ثلاثة مرات الأرباح المحققة، ومن جهة أخرى بين العقوبات المالية الإدارية الموقعة على مخالفين أنظمة اللجنة التي اعترف بها البرلمان الفرنسي للجنة عمليات البورصة الفرنسية (COB) منذ 1989 دون اقتراح منها، يتحدّد مبلغ

هذه العقوبة بـ 10 مليون فرنك فرنسي، أي ما يقابل 1.5 مليون أورو، وفي حالة تحقيق الربح، فقد يصل مبلغ العقوبة المالية 10 مرات المبلغ المذكور أعلاه⁽¹³⁾.

نشير في هذه المسألة إلى أن العقوبات التأديبية تختلف عن العقوبات الإدارية في كون الأولى تُطبق على الشخص الذي تربطه علاقة بالهيئة الموقعة للعقوبة كالوسطاء مثلاً الذين يربطهم بلجنة عمليات البورصة (COB) قرار الاعتماد، على خلاف العقوبات الإدارية التي تطبق على أي شخص مخالف لأنظمة اللجنة دون اشتراط ضرورة توافر علاقة بينه وبين الهيئة⁽¹⁴⁾.
تكون القرارات التي تتخذها الغرفة الفاصلة في المجال التأديبي قابلة للطعن القضائي أمام مجلس الدولة⁽¹⁵⁾.

نتساءل عن مدى مراعاة المشرع الجزائري للضمانات القانونية عند اتخاذ القرارات من طرف الغرفة الفاصلة في المجال التأديبي.

نجيب إيجاباً عن هذا التساؤل، إذ بالرجوع إلى القوانين المتعلقة ببورصة القيم المنقولة، نجد أن المشرع الجزائري كرس البعض من الضمانات نذكر منها:

- حق المتهم في الاستعانة بمدافع⁽¹⁶⁾.
- الطعن في قرارات الغرفة الفاصلة في المجال التأديبي.
- تناسب الجريمة مع العقوبة، ويتجلى ذلك من خلال تحديد قيمة الغرامة بالنظر إلى نسبة الربح المحتمل تحقيقه⁽¹⁷⁾.

أما الاطلاع على الملف، فهي ضمانات لا نجد لها أثراً في المجال البورصي، خلافاً للوضع على مستوى مجلس المنافسة⁽¹⁸⁾، وكذا سلطة الضبط للبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية⁽¹⁹⁾.

هذه إذن أهم القرارات ذات الطابع التأديبي الصادرة عن الغرفة التأديبية والتحكيمية والتي تتسم بعدم ردعيتها من جانب، إذ قد لا يتخوف الوسيط من قرار الإنذار أو التوبيخ أو مبلغ الغرامة المفروض عليه، كما تتسم بضيق مجال تطبيقها من جانب آخر، بحجة أنه لا تصدر هذه القرارات إلا إزاء فئة الوسطاء وهيئات التوظيف الجماعي للقيم المنقولة فقط دون طائفة المخالفين الآخرين.

إلا أنه لا تتوقف آليات تسوية منازعات سوق الأوراق المالية عند سلطة التأديب فقط، وإنما تتواجد بجانبها آلية أخرى تتمثل في التحكيم.

المبحث الثاني: تسوية منازعات سوق الأوراق المالية عن طريق التحكيم

تشارك آلية التحكيم كطريق لفضّ منازعات سوق الأوراق المالية مع آلية التأديب السابقة الذكر في كونها تمارسان من طرف نفس الهيئة والمتمثلة في - غرفة التأديب والتحكيم - الموجودة على مستوى لجنة البورصة والتي سبق الإشارة إليها.

إلا أن أسلوب التحكيم يختلف عن التأديب في عدة جوانب، كالإجراءات الواجب إتباعها، مجال ممارسة كل منهما، ... إلخ.

المطلب الأول: نطاق ممارسة سلطة التحكيم

وضع المشرع الجزائري عدة قيود قصد ممارسة سلطة التحكيم، مما يجعل دائرة أو إطار ممارسة هذه السلطة جَدَّ محدودة سواءً في جانبها الوظيفي أو العضوي.

الفرع الأول: النطاق الوظيفي لسلطة التحكيم

على خلاف التشريع المصري الذي يلجأ إلى وسيلة التحكيم بصفة إجبارية في جميع المنازعات الناشئة بين المتعاملين في سوق الأوراق المالية، مما يجعل نطاقه الوظيفي متسع⁽²⁰⁾، نجد التشريع الجزائري قد حصر مجال تطبيق وسيلة التحكيم في النزاعات ذات الطابع التقني الناتجة عن تفسير القوانين واللوائح السارية على سير البورصة، بمعنى، في حالة قيام اختلاف في تفسير القوانين واللوائح المتعلقة بالبورصة، تتدخل غرفة التأديب والتحكيم بوضع حدٍّ للخلاف، عن طريق إصدار حكم التحكيم، أي تطبق سلطة التحكيم على النزاعات التقنية فقط⁽²¹⁾.

ما يبرر كذلك ضيق ومحدودية نطاق اللجوء إلى التحكيم هو تطبيق هذه الآلية على النزاعات التي تُنشأ على مستوى السوق الثانوية، أي البورصة فقط دون السوق الأولية.

علاوة على محدودية نطاق سلطة التحكيم في جانبها الوظيفي، وضع المشرع الجزائري حدودًا أخرى في المجال العضوي أو الشخصي.

الفرع الثاني: النطاق العضوي لسلطة التحكيم

حصر المشرع الجزائري دائرة الأشخاص التي تتدخل ضمنها غرفة التأديب والتحكيم، هؤلاء الأطراف هم:

- الوسطاء في عمليات البورصة.
- الوسطاء في عمليات البورصة وشركة تسيير بورصة القيم المنقولة.
- الوسطاء في عمليات البورصة والشركات المصدرة للأسهم.
- الوسطاء في عمليات البورصة والأمرون بالسحب في البورصة⁽²²⁾.

على ضوء هذه الأحكام، يتبين لنا ضرورة وجود الوسيط أحد أطراف النزاع، كي ينعقد اختصاص الغرفة في المجال التحكيمي، فسلطة التحكيم إذن جَدَّ محدودة ومقيدة وظيفيا وعضويا.

المطلب الثاني: حكم التحكيم

لم يول المشرع الجزائري اهتمامًا كبيرًا لسلطة التحكيم سواءً في إطار المرسوم التشريعي رقم 93-10 أو في القانون رقم 03-04، حيث لم يُبين لنا من خلال الأحكام القانونية كيفية اتخاذ الحكم التحكيمي، ومدى إلزاميته، ولا كيفية تنفيذه ... إلخ. خلافاً للتشريع المصري، الذي وضع أحكام تفصيلية تبين على ضوءها مكان وزمان وإجراءات التحكيم، قوة أحكام هيئة التحكيم ... إلخ.

أكثر من ذلك، فقد راعى المشرع المصري عاملي المرونة والسرعة في أسلوب عمل الهيئة، إذ أعفاها من التقيد بقواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية، المتعلقة بالأشكال والمواعيد والإجراءات، وذلك مع عدم الإخلال بأهم الضمانات والمبادئ الأساسية المعروفة في التقاضي كاحترام حقوق الدفاع،

ومبدأى المواجهة بين الخصوم، والمساواة بينهم كما ألزم الهيئة بإصدار حكمها في مدة لا تتجاوز شهراً⁽²³⁾.

رُبما يعود سبب نقص اهتمام المشرع الجزائري بآلية التحكيم في فضّ منازعات سوق الأوراق المالية إلى نوع النزاع التقني الذي ينصبّ محلّه على مجرد اختلاف في تفسير القوانين واللوائح، عكس سلطة التأديب الناتجة عن عدم تطبيق الأحكام التشريعية والتنظيمية، والإخلال بقواعد المهنة، ولو أن الخلاف بشأن تفسير القوانين واللوائح لا يقل أهمية عن عدم تطبيقها، لأن الخطأ في تفسير لائحة أو نص قانوني يؤدي حتماً إلى عدم تطبيقه.

بالرجوع إذن إلى القوانين المتعلقة ببورصة القيم المنقولة الجزائرية والمنظمة لسلطة التحكيم نلمس عدة فراغات قانونية ونقائص على مستواها كمدى قابلية حكم التحكيم للطعن القضائي مثلاً⁽²⁴⁾، فاكتفت السلطة التنفيذية بالنص على بعض القواعد الهامشية كالأتاوى التي تحصلها اللجنة عند دراسة النزاعات التقنية الناتجة عن تفسير النصوص التشريعية والتنظيمية التي تحدّد سير البورصة⁽²⁵⁾. يبلغ مقدار هذه الأتاوى ب 10.000 دج لكل ملف معالج يسدّه الطالب⁽²⁶⁾.

ولإبراز نقص اهتمام المشرع الجزائري بآلية التحكيم كوسيلة لفض النزاعات على مستوى سوق الأوراق المالية، نحاول مقارنة الوضع بالأحكام القانونية المطبقة في مجال الكهرباء والغاز، حيث نصّ المشرع الجزائري على تأسيس مصلحة تدعى غرفة التحكيم⁽²⁷⁾ تتولى الفصل في الخلافات التي يمكن أن تنشأ بين المتعاملين بناء على طلب أحد أطراف باستثناء الخلافات المتعلقة بالحقوق والواجبات التعاقدية⁽²⁸⁾.

على ضوء النصوص القانونية المنظمة لسلطة التحكيم في مجال الكهرباء وتوزيع الغاز يتبيّن لنا مدى اهتمام المشرع بهذه الآلية، حيث وضع أحكاماً تفصيلية لا نجد أثرها في مجال بورصة الأوراق المالية، إذ اشترط ضرورة تبرير القرار الذي تتخذه غرفة التحكيم، وكذا وجوب الاستماع للأطراف المعنية، كما خولّ لهذه الغرفة مهمّة القيام بكل التحريات بنفسها أو بواسطة غيرها، كما يمكنها تعيين خبراء عند الحاجة، والاستماع إلى الشهود، ولها عند الاستعجال أن تأمر بتدابير تحفظية⁽²⁹⁾.

أمّا بالنسبة للقرارات الصادرة عنها فهي غير قابلة للطعن، إنما هي واجبة التنفيذ⁽³⁰⁾. أمام هذه الاختلافات القائمة بين مكانة آلية التحكيم في المجال البورصي من جهة، ومجال الكهرباء وتوزيع الغاز من جهة أخرى، نأمل أن يمنح المشرع الجزائري أهميّة أكثر لهذه الآلية في مجال بورصة الأوراق المالية، باعتباره مجالاً لا يقل أهميّة عن غيره في تنمية الاقتصاد الوطني.

المبحث الثالث: تدخّل القضاء في تسوية منازعات سوق الأوراق المالية

يعرف تدخّل الجهات القضائية بغية إيجاد حلولاً بخصوص المنازعات المتعلقة على مستوى سوق الأوراق المالية عدّة أوجه أو صور، أولها تلك الرقابة التي تمارسها على قرارات الغرفة الفاصلة في المجال التأديبي.

المطلب الأول: النظر في الطعن ضد قرارات الغرفة التأديبية

يختص القضاء الإداري المتجسد في مجلس الدولة بالنظر في الطعن بالإلغاء ضد قرارات الغرفة التأديبية والتحكيمية الفاصلة في المجال التأديبي⁽³¹⁾ وذلك خلال أجل شهر واحد من تاريخ تبليغ القرار موضوع الاحتجاج.

يتم التحقيق والبت في الطعن خلال أجل ستة أشهر من تاريخ تسجيله⁽³²⁾. بتمتعنا في هذه الأحكام، نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يُشر إلى الطابع الموقوف أو غير الموقوف للطعن في قرارات الغرفة الفاصلة في المجال التأديبي، وإنما اكتفى بتحديد المدة التي يلتزم فيها المعني برفع الطعن، وتلك التي من خلالها يلتزم فيها القاضي بالبت في الطعن، خلافاً للقرارات التي نصّ صراحة على أثر الطعن فيها⁽³³⁾.

إلا أنه أمام سكوت المشرع عن الإشارة صراحة إلى أثر الطعن ضد قرارات الغرفة الفاصلة في المجال التأديبي، وبالنظر إلى السرعة التي يفرضها المشرع على مجلس الدولة للنظر في الطعن، يمكننا شرح غياب الطابع الموقوف للطعن، كما أن غياب أحكام مخالفة صراحة للقواعد العامة، أمر يدفعنا إلى تطبيق هذه القواعد العامة، وعلى وجه الخصوص المادة 833 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص: "لا توقف الدعوى المرفوعة أمام المحكمة الإدارية تنفيذ القرار الإداري المتنازع فيه، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. غير أنه يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر بناء على طلب الطرف المعني، بوقف تنفيذ القرار الإداري"⁽³⁴⁾.

بجانب الرقابة القضائية التي تمارسها الجهات القضائية على القرارات ذات الطابع التأديبي، قد يتدخل القضاء كذلك لوضع حدّ للنزاع المعروض عليه، وذلك بأوجه أخرى، أهمها سلطة الأمر، وتوقيع بعض العقوبات.

المطلب الثاني: سلطة الأمر (Le pouvoir d'injonction)

خوّل المشرع الجزائري لرئيس لجنة البورصة في حالة وقوع عمل مخالف للأحكام التشريعية والتنظيمية، من شأنه الإضرار بحقوق المستثمرين في القيم المنقولة، صلاحية الطلب من المحكمة إصدار أمر للمسؤولين بالامتنال لهذه الأحكام ووضع حدّ للمخالفة أو إبطال آثارها، ويُحيل رئيس اللجنة نسخة من طلبه على النيابة العامة للغرض الذي يقتضيه القانون.

تفصل الجهة القضائية المختصة في الأمر استعجالها، ويمكنها أن تتخذ تلقائياً أي إجراء تحفظي، وتصدر قصد تنفيذ أمرها غرامة تهديدية تحيلها إلى الخزينة العمومية⁽³⁵⁾.

على ضوء هذه الأحكام نجد أن سلطة الأمر مخوّلة قانوناً للقضاء، ليقترن دور لجنة البورصة على مجرد الطلب فقط، خلافاً لما هو عليه على مستوى مجلس المنافسة الذي يختص هو بالذات بهذه السلطة حيث "يتخذ مجلس المنافسة أوامر مغلّلة، ترمي إلى وضع حدّ للممارسات المقيدة للمنافسة، عندما تكون العرائض والملفات المرفوعة إليه، أو التي يبادر هو بها من اختصاصه"⁽³⁶⁾.

كما خول المشرع الجزائري للجنة المصرفية سلطة الأمر عن طريق دعوة أي بنك أو مؤسسة لاتخاذ ضمن مهلة معينة جميع التدابير التي من شأنها أن تعيد دعم توازنه المالي، أو تصحح أساليب إدارية، عندما يُبرر وضعه ذلك⁽³⁷⁾.

فسلطة الأمر إذن تتولاها الهيئات الإدارية في المجال المصرفي ومجال المنافسة، في حين تنفرد بها الجهات القضائية على مستوى مجال بورصة الأوراق المالية.

يتوقف دور لجنة البورصة في هذا الإطار في مجرد إصدار أوامر بسيطة جدًا، تتمثل في أمر الشركات المقبول تداول قيمها المنقولة في البورصة عند الاقتضاء بنشر استدراكات، فيما إذا لوحظت حالات سهو في الوثائق المنشورة أو المقدمة⁽³⁸⁾.

أما لجنة عمليات البورصة الفرنسية (COB)، فزيادة على سلطة الأمر البسيطة المذكورة أعلاه، فقد خولها القانون سلطة الأمر الإدارية أو المباشرة والتي تمارسها عن طريق وضع حدّ للممارسات المخالفة لأنظمتها⁽³⁹⁾.

بجانب سلطة الأمر، تتدخل الجهات القضائية لتوقيع العقوبات التي تراها مناسبة على مخالفتي الأحكام التشريعية والتنظيمية.

المطلب الثالث: توقيع بعض العقوبات

أمام عدم كفاية العقوبات الصادرة من الغرفة التأديبية والتحكيمية من جهة، وعدم ردعيتها من جهة أخرى، خول المشرع الجزائري للجهات القضائية سلطة التدخل لتسوية منازعات سوق الأوراق المالية حين مخالفة الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة ببورصة الأوراق المالية. وباعتبار القضاء الجهة الوحيدة المختصة بإصدار العقوبات السالبة للحرية، والتي قد تشكل الردع الحقيقي للأشخاص، فقد تعددت تدخلات القضاء في توقيع العقوبات الملائمة.

الفرع الأول: نطاق تدخل القضاء لتوقيع العقوبات

لقد حدّد المشرع الجزائري الإطار الذي يتدخل فيه القضاء لتسوية منازعات سوق الأوراق المالية، ويبرز ذلك من خلال حصره للمخالفات المرتبطة بالأحكام التشريعية والتنظيمية الخاصة بمجال سوق الأوراق المالية.

تتمثل هذه المخالفات فيما يلي:

- استغلال معلومات امتيازية.
 - نشر معلومات خاطئة عمدًا، أو مغالطة وسط الجمهور بشتى الطرق.
 - كل مناورة تهدف إلى عرقلة السير المنتظم لسوق القيم المنقولة⁽⁴⁰⁾.
- نشير في هذا الصدد، إلى أن المشرع الجزائري قد أحسن فعلاً بتوسيعه لدائرة الجرائم المعاقب عليها، حيث أضاف جريمتين في إطار القانون رقم 03-04، بعدما كان يعاقب على جريمة واحدة فقط والمتمثلة في جريمة استغلال معلومات امتيازية (Le délit d'initié)، في ظل المرسوم التشريعي رقم

رُبما يعود سبب ذلك إلى الدور الهام الذي تلعبه المعلومة في ميدان البورصة، إذ أن عدم المساواة أمام المعلومة أمر يفقد البورصة شفافيتها، ويهدر بمبدأ العدالة بين المتدخلين.

بعد تحديد هذه المخالفات التي تعتبر بمثابة جرائم في قانون بورصة القيم المنقولة، يتأسس القاضي العادي للفصل فيها عن طريق توقيع العقوبات المناسبة.

الفرع الثاني: أنواع العقوبات التي يوقعها القاضي

تتعدد وتختلف هذه العقوبات باختلاف الفعل المرتكب ودرجة خطورته.

أولاً: البطلان

فرض المشرع الجزائري بطلان العمليات المخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة ببورصة القيم المنقولة كجزاء مدني⁽⁴¹⁾.

ثانياً: الغرامة المالية

يُقَدَّر مبلغ الغرامة بـ 30.000 دج ويمكن رفع مبلغها إلى أربعة أضعاف مبلغ الربح المحتمل تحقيقه، دون أن تقلّ هذه الغرامة عن مبلغ الربح نفسه.

ثالثاً: الحبس

قد يلجأ القاضي في حالة ارتكاب إحدى الجرائم المذكورة سالفاً إلى إصدار عقوبة الحبس، هذه العقوبة السالبة للحرية والتي تعتبر أخطر وأشد عقوبة، تتراوح مدتها من ستة أشهر إلى خمس سنوات. إن تدخل القضاء في تسوية منازعات سوق الأوراق المالية لا يعني غياب دور لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة، إذ تلعب هذه الأخيرة في إطار الدعاوى القضائية - دور الوسيط - بحجة أنها تتولى تلقي الشكاوى من المتضررين ليتكفل القضاء بمتابعتها.

دائماً في إطار تسوية منازعات الأوراق المالية، نشير إلى أن المشرع الجزائري خول للمراقب الذي تفوضه اللجنة إمكانية التدخل في اجتماع البورصة، لتسوية أحداث أو نزاعات عارضة، ذات طابع تقني، من شأنها إعاقة سير اجتماع البورصة⁽⁴²⁾ يقضي المراقب خلال الاجتماع بتعليق تحديد سعر أو عدد من الأسهم⁽⁴³⁾.

وفي حالة وقوع حادث كبير، ينجرّ عنه اختلال في سير البورصة أو حركات غير منتظمة لأسعار البورصة، يمكن للجنة أن تعلق لمدة لا تتجاوز خمسة أيام كاملة عمليات البورصة، وإذا كان هذا الحادث، مما يتطلب تعليقاً لمدة تتجاوز خمسة أيام كاملة، كان القرار من اختصاص الوزير المكلف بالمالية دون غيره⁽⁴⁴⁾.

خاتمة:

نخلص إلى أنه رغم اعتبار كل من التأديب والتحكيم آليات ووسائل لتسوية منازعات سوق الأوراق المالية، إلا أنها قد لا تتوصل إلى إيجاد الحل النهائي للمنازعة، وذلك لأسباب عدة أهمها عدم اتصاف العقوبات التأديبية بالطابع الردعي، إذ قد لا يؤثر قرار الإنذار والتوبيخ وحتى الغرامة في تصرفات الأشخاص، وعدم فعالية ونجاعة أسلوب التحكيم من جهة أخرى، نظراً لاقتران نطاق تطبيقه

على النزاعات التقنية فقط، إضافة إلى النقائص التي تشوب هذه الآلية، إذ نلمس غياب عدة أحكام تفصيلية على مستواها.

أمام هذه المبررات والدوافع، يمكن القول أن الأسلوب القضائي هو أهم طريق وسبيل لحماية المستثمرين في الأوراق المالية وضمان الشفافية والسير الحسن لسوق رؤوس الأموال عن طريق القضاء على الممارسات غير المشروعة، إلا أن هذه الآلية كذلك لم تسلم من العيوب أهمها بطئ وطول الإجراءات التي يعرفها السلك القضائي والتي لا تتماشى ومجال الاستثمار في الأوراق المالية. لذا نقترح في هذا الإطار وضع جهات قضائية خاصة بالفصل في هذا النوع من المنازعات مع وضع إجراءات استثنائية تتطابق مع طبيعتها.

الهوامش

- (1) - لم يحدّد المشرع الجزائري قواعد أخلاقيات المهنة، وإنما اكتفى بتحديد مبادئها فقط والمتمثلة في:
 - وجوب معاملة جميع الزين على قدم المساواة.
 - الأولوية الواجب إعطاؤها لمصلحة الزبون.
 - تنفيذ أوامر السحب التي يصدرها الزين بأحسن شروط السوق
 - عدم تسريب معلومات سرية في غير محلّها. أنظر المادة 49 من المرسوم التشريعي رقم 93-10، المؤرخ في 23 ماي 1993، المتعلق ببورصة القيم المنقولة، جريدة رسمية عدد 34، صادرة في 23 ماي 1993.
- (2) - تمارس السلطة التأديبية في الأصل إزاء فئة الوسطاء فقط لكن بصور الأمر رقم 96-10 المؤرخ في 10 جانفي 1996 المعدل والمتمم للمرسوم التشريعي رقم 93-10 المؤرخ في 23 ماي 1993 المتعلق ببورصة القيم المنقولة، جريدة رسمية عدد 03 الصادرة في 14-01-1996، أصبحت السلطة التأديبية تمارس كذلك في مواجهة هيئات التوظيف الجماعي للقيم المنقولة، بجانب فئة الوسطاء، نفس الوضع أبقى عليه القانون رقم 03-04 المؤرخ في 17 فيفري 2003، المعدل والمتمم للمرسوم التشريعي رقم 93-10 المؤرخ في 23 ماي 1993 المتعلق ببورصة القيم المنقولة، جريدة رسمية عدد 11، صادرة في 19 فيفري 2003.
- (3) - المادة 51 من المرسوم التشريعي رقم 93-10، المؤرخ في 23 ماي 1993 المتعلق ببورصة القيم المنقولة، مرجع سابق.
- (4) - المادة 55 من المرسوم التشريعي رقم 93-10، المؤرخ في 23 ماي 1993، المتعلق ببورصة القيم المنقولة، نفس المرجع.
- (5) - نقصد بصفة المخالف مدى كونه شخص طبيعي أو معنوي.
- (6) - المادة 55 من المرسوم التشريعي رقم 93-10، المؤرخ في 23 ماي 1993، المتعلق ببورصة القيم المنقولة، مرجع سابق.
- (7) - ZOUAÏMIA Rachid, « Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique », Revue Idara, n°26, 2003, P38.
- (8) - حول المشرع الجزائري في المجال المصرفي، اللجنة المصرفية سلطة إنهاء مهام مسير أو أكثر، مع تعيين قائم بالإدارة مؤقت أو عدم تعيينه.
- (9) - المادة 149 من القانون رقم 02-01، المؤرخ في 5 فيفري 2002، المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، جريدة رسمية عدد 08، صادرة في 6 فيفري 2002.

(10)- ZOUAÏMIA Rachid, « Les autorités administratives indépendantes et la régulation économique », Revue Idara, n°26, 2003, P39.

(11) - تم تكريس هذا المبدأ ضمن المادة 8 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789، أنظر:

THOMASSET- PIERRE Sylvie, L'autorité de régulation boursière face aux garanties processuelles fondamentales, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2003, p253.

(12) - المادة 55 من المرسوم التشريعي رقم 93-10، المؤرخ في 23 ماي 1993، المتعلق ببورصة القيم المنقولة، مرجع سابق.

(13)- CONAC Pierre-Henri, La régulation des marchés boursiers par la Commission des Opérations de Bourse (COB) et la Securities and Exchange Commission (SEC), Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2002, p114.

(14) - لم يخول المشرع الجزائري للجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة سلطة توقيع عقوبات إدارية، وإنما اقتصر على التأديبية فقط، أما الإدارية فيعود اختصاصها للقضاء.

(15) - المادة 57 من المرسوم التشريعي رقم 93-10، بعد تعديلها بموجب القانون رقم 03-04، مرجع سابق.

(16) - المادة 56 من المرسوم التشريعي رقم 93-10، المؤرخ في 23 ماي 1993، المتعلق ببورصة القيم المنقولة، مرجع سابق.

(17) - المادة 55 من المرسوم التشريعي رقم 93-10، المؤرخ في 23 ماي 1993، المتعلق ببورصة القيم المنقولة، نفس المرجع.

(18) - المادة 30 من الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، جريدة رسمية عدد 04، صادرة في 20 جويلية 2003.

(19) - المادة 39 من القانون رقم 2000-03، المؤرخ في 5 أوت 2000، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، جريدة رسمية عدد 48، صادرة في 6 أوت 2000.

(20) - قرّر المشرع المصري أن المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام قانون سوق رأس المال فيما بين المتعاملين في مجال الأوراق المالية يتم الفصل فيها عن طريق التحكيم دون غيره، مما يبرز الطابع الإجباري لهذه الآلية، وأهميتها البالغة في تسوية منازعات سوق رأس المال المصري.

وقد خول لهيئة التحكيم صلاحية الفصل في منازعات سوق رأس المال. ما يبرر كذلك اتساع مجال التحكيم طبقاً للتشريع المصري هو عدم اشتراط نشوب المنازعات عن معاملات تمت داخل البورصة فقط، إذ يمتد إطارها ليشمل حتى المنازعات المتعلقة بقواعد الاكتتاب في الأوراق المالية التي تتم في السوق الأولية أي سوق الإصدار. أنظر نصر علي أحمد طاحون، شركة إدارة محافظ الأوراق المالية في مصر، دراسة تأصيلية لبورصات المال وشركات الإدارة في مصر مقارنة بالدول الغربية، دار النهضة العربية، دون مكان النشر، 2003، ص 93.

(21) - المادة 1/52 من المرسوم التشريعي رقم 93-10، المؤرخ في 23 ماي 1993، المتعلق ببورصة القيم المنقولة، مرجع سابق.

(22) - المادة 2/52 من المرسوم التشريعي رقم 93-10، المؤرخ في 23 ماي 1993، المتعلق ببورصة القيم المنقولة، نفس المرجع.

(23) - عاشور عبد الجواد عبد الحميد، بعض جوانب النظام القانوني لأسواق رأس المال، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 203.

(24) - تنص المادة 18 من القانون رقم 03-04 المعدلة والمنتممة للمادة 57 من المرسوم التشريعي رقم 93-10 على أنه "تعدّ قرارات الغرفة الفاصلة في المجال التأديبي قابلة للطعن بالإلغاء...".

بالتعمن في أحكام هذه المادة تبرز لنا نية المشرع الجزائري في اعتبار أحكام التحكيم غير قابلة للطعن القضائي، نتيجة إخراج الأحكام التحكيمية من نطاق تطبيق أحكام هذه المادة، وجعلها تنطبق فقط على القرارات ذات الطابع التأديبي فقط.

(25) - المادة 6/2 من المرسوم التنفيذي رقم 98-170 مؤرخ في 20 ماي سنة 1998، يتعلق بالأتاوى التي تحصلها لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها، جريدة رسمية عدد 34، صادرة في 24 ماي 1998.

(26) - قرار مؤرخ في 2 أوت 1998 يتضمن تطبيق المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 98-170، المؤرخ في 20 ماي 1998 والمتعلق بالأتاوى التي تحصلها لجنة تنظيم عمليات البورصة ومراقبتها، جريدة رسمية عدد 70، صادرة في 20 سبتمبر 1998.

(27) - تضم غرفة التحكيم ما يلي: "3 أعضاء من بينهم الرئيس و3 أعضاء إضافيين يُعينهم الوزير المكلف بالطاقة لمدة 6 سنوات قابلة للتجديد، قاضيين يُعينهما الوزير المكلف بالعدل، يُعين الأعضاء والأعضاء الإضافيون على أساس كفاءتهم في مجال المنافسة، ولا يُمكن اختيارهم من بين أعضاء لجنة الضبط ولا من بين أعوانها"، أنظر المادة 134 من القانون رقم 02-01، المؤرخ في 5 فيفري 2002، المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، جريدة رسمية عدد 08، صادرة في 6 فيفري 2002.

(28) - المادة 133 من القانون رقم 02-01، المؤرخ في 05 فيفري 2002، المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، المرجع نفسه.

(29) - المادة 135 من القانون رقم 02-01، المؤرخ في 05 فيفري 2002، المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، المرجع نفسه.

(30) - المادة 137 من القانون رقم 02-01، المؤرخ في 05 فيفري 2002، المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، المرجع نفسه.

(31) - جعل المشرع الفرنسي الطعن في القرارات التنظيمية والتأديبية من اختصاص القاضي الإداري، بينما الطعن في القرارات الإدارية الفردية كقرار التأشير والاعتماد... من اختصاص القاضي العادي، أنظر:

THOMASSET- PIERRE Sylvie, L'autorité de régulation boursière face aux garanties processuelles fondamentales, op.cit, P 435.

(32) - المادة 57 من المرسوم التشريعي رقم 93-10، بعد تعديلها بموجب المادة 18 من القانون رقم 03-04، مرجع سابق.

(33) - تنص المادة 33 من المرسوم التشريعي رقم 93-10، المؤرخ في 23 ماي 1993 والمتعلق ببورصة القيم المنقولة على ما يلي: "يُمكن في حالة حصول طعن قضائي أن يؤمر بتأجيل تنفيذ أحكام اللائحة المطعون فيها إذا كانت هذه الأحكام مما يمكن أن تنجر عنه نتائج واضحة الشدة والإفراط، أو طرأت وقائع جديدة بالغة الخطورة منذ نشرها".

(34) - تطبق أحكام هذه المادة إلى غاية المادة 837 على مجلس الدولة كذلك، تطبيقا لنص المادة 910 من القانون رقم 08/09، المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد 21، صادرة في 23 أفريل 2008.

(35) - المادة 40 من المرسوم التشريعي رقم 93-10، المؤرخ في 23 ماي 1993، المتعلق ببورصة القيم المنقولة، مرجع سابق.

(36) - المادة 45 من الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، مرجع سابق.

(37) - المادة 112 من الأمر رقم 03-11، المؤرخ في 26 أوت 2003، المتعلق بالنقد والقرض، جريدة رسمية عدد 52، صادرة في 27 أوت 2003.

(38) - المادة 35 من المرسوم التشريعي رقم 93-10، المؤرخ في 23 ماي 1993، المتعلق ببورصة القيم المنقولة، مرجع سابق.

(39) - BEZARD Pierre, « Le nouveau visage de la commission des opérations de bourse », Revue Internationale de Droit Comparé, N°04, octobre- Décembre, 1989, p 949-950.

(40) - المادة 60 من المرسوم التشريعي رقم 10-93، بعد تعديلها بموجب القانون رقم 04-03، مرجع سابق.

(41) - المرجع نفسه.

(42) - المادة 46 من المرسوم التشريعي رقم 10-93، المؤرخ في 23 ماي 1993، المتعلق ببورصة القيم المنقولة، مرجع

سابق.

(43) - المادة 47 من المرسوم التشريعي رقم 10-93، المؤرخ في 23 ماي 1993، المتعلق ببورصة القيم المنقولة، المرجع

نفسه.

(44) - المادة 48 من المرسوم التشريعي رقم 10-93، المؤرخ في 23 ماي 1993، المتعلق ببورصة القيم المنقولة، المرجع

نفسه.

تقليد العلامات في القانون الجزائري:
ازدواجية في التجريم والعقاب ؟ أم ازدواجية في المعنى؟

حمادي زوبير

أستاذ مساعد - رئيس قسم الحقوق ل.م.د.

كلية الحقوق - جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية

مقدمة

مرت العلامة التجارية في القانون الجزائري بعدة مراحل، فالجزائر عقب الاستقلال مباشرة لا تملك أي قانون يحكم العلامات التجارية، غير أن المشرع الجزائري قام بسن القانون المؤرخ بـ 1962/12/31 الذي يتضمن مواصلة العمل بالتشريع الفرنسي إلا ما يتعارض مع السيادة الوطنية، وعلى هذا الأساس بقي العمل بالقانون الفرنسي لسنة 1857، المتعلق بالعلامات⁽¹⁾، واستمر هذا الوضع إلى غاية سنة 1966 حيث صدر الأمر رقم 57/66 المتعلق بعلامات المصنع والعلامات التجارية⁽²⁾ وكذلك المرسوم رقم 63/66 المتضمن تطبيق الأمر السابق⁽³⁾.

أثناء مرحلة التسيير الاشتراكي للاقتصاد الوطني هيمنت الدولة الجزائرية على الاقتصاد الوطني وامتدت صلاحيتها إلى التسيير المباشر لمختلف النشاطات الاقتصادية⁽⁴⁾، واعتبرت المؤسسة الاقتصادية وسيلة لتحقيق الأهداف والبرامج المخططة⁽⁵⁾. وعلى هذا الأساس كانت العلامة التجارية في هذه المرحلة تلعب دورا أساسيا في المنافسة الدولية.

إلا أنه أمام فشل هذا النظام خاصة مع تدهور السوق النفطية، تبين ضرورة الاعتماد على وسائل جديدة لتحقيق الفعالية الاقتصادية، لهذا لجأت الجزائر في أواخر الثمانينيات إلى مباشرة إصلاحات اقتصادية كرستها في إطار قانوني، فتم إلغاء نظام الاحتكارات التي كانت تمارسها المؤسسات العامة الاقتصادية⁽⁶⁾. ولإنعاش الاقتصاد الوطني تم تكريس مبدأ حرية التجارة والصناعة صراحة بمقتضى دستور 1996⁽⁷⁾.

ورغم تغيير السياسة الاقتصادية المنتهجة من طرف الدولة الجزائرية، لم يتدخل المشرع لإعادة النظر في النظام القانوني الذي يحكم العلامات⁽⁸⁾ إلا في سنة 2003، تاريخ صدور الأمر رقم 06/03 المتعلق بالعلامات⁽⁹⁾، وكذا المرسوم التنفيذي رقم 277/05 المتعلق بتحديد كفيات إيداع العلامات وتسجيلها⁽¹⁰⁾. وقد تعرض الأمر رقم 06/03 السالف الذكر إلى تجريم أفعال التقليد وقرر لها عقوبات خاصة، غير أن المشرع تدخل مرة أخرى و سن القانون رقم 02/04، المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية⁽¹¹⁾، وجرم من جديد فعل تقليد العلامات وقرر له عقوبات مغايرة تماما لتلك المقررة في الأمر رقم 06/03 السالف الذكر.

وهكذا نلاحظ أنّ كلا النصين قد حويا في قواعدهما أحكاما خاصة بالعقوبات المتعلقة بتقليد العلامات. وعليه أمام وجود هذين النصين، فالإشكالية تدور حول هل المقصود بتقليد العلامة نفس الجريمة وبالتالي البحث عن العقوبة الواجبة التطبيق فعلا؟ أم مصطلح يراد به جريمتين مستقلتين، وبالتالي لا أساس للتعارض بين النصين؟

وللإجابة على هذه الإشكالية نتعرض أولا إلى مفهوم جريمة تقليد العلامات (المبحث الأول)، ثم بعد ذلك نتعرض إلى العقوبات المقررة لها مع بيان القواعد الواجبة الأعمال (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مفهوم جريمة تقليد العلامات

نظرا لإزدياد أهمية العلامة في الوسط التجاري و الاقتصادي، نظم المشرع الجزائري الحماية الجنائية لملكية العلامة في المواد من 26 إلى 33 من الأمر رقم 06/03 المتعلق بالعلامات وقد جاءت هذه المواد ضمن الباب الرابع الذي يحمل عنوان "المساس بالحقوق والعقوبات".

و سنتطرق في هذا العنوان إلى تعريف جريمة التقليد (المطلب الأول) و كذا أركانها(المطلب الثاني).

المطلب الأول

تعريف جريمة تقليد العلامات

تكمن أهمية التعريف بجريمة التقليد في تمكين التاجر أو الصانع أو مقدم الخدمات و حتى أهل الاختصاص القانوني من تحديد الأفعال التي تعتبر تقليدا للعلامات من غيرها ، إذ يقتضي الأمر أن لا نعرف الشيء بالشيء ذاته، و إنما يحتاج التعريف إلى الإعلام بالشيء و التدليل عليه ليسهل فهمه.

و لهذا سنحاول أن نستعرض التعريف التشريعي (الفرع الأول)، و سنستعين ببعض التعاريف الفقهية و القضائية على سبيل الاستدلال باعتبارهما مصدرين تفسيريين في القانون الجزائري(الفرع الثاني).

الفرع الأول

التعريف التشريعي لتقليد العلامات

سنحاول أن نبين تحت هذا العنوان مواقف بعض المشرعين من تعريف جنحة التقليد و كذا موقف المشرع الجزائري منها

أولا- موقف المشرع المصري من تعريف تقليد العلامات

ينظم المشرع المصري الجرائم التي تمثل اعتداء على الحق في ملكية العلامة في المادة 113 من قانون الملكية الفكرية رقم 82 لسنة 2002، إذ تعاقب كل من:

- 1- زور علامة تم تسجيلها طبقا للقانون أو قلدها بطريقة تدعو إلى تضليل الجمهور.
- 2- استعمل بسوء قصد علامة تجارية مزورة أو مقلدة.
- 3- وضع بسوء قصد على منتجاته علامة تجارية مملوكة لغيره.

4- باع أو عرض للبيع أو للتداول أو حاز بقصد البيع أو التداول منتجات عليها علامة تجارية مزورة أو مقلدة أو موضوعة بغير حق مع علمه بذلك⁽¹²⁾.

نلاحظ من خلال ما تقدم أنّ المشرع المصري لم يعرف التقليد و إنما حدد الأفعال التي تعد اعتداء على ملكية العلامة، كما أنه ميز بين تزوير العلامة و تقليدها، إذ يرى في الأول أنه نقل حرفي و تام لعلامة مسجلة بحيث تبدو مطابقة تماما للعلامة الأصلية، أما التقليد فهو اتخاذ علامة تشبه في مجموعها العلامة الأصلية، مما قد يؤدي إلى تضليل الجمهور أو خداعه لظنه أنها العلامة الأصلية. إلا أنه لا نرى ضرورة للتمييز بين تقليد العلامة و تزويرها. إذ أن كلا من الفعلين يعتبران على العلامة، و أنهما يؤديان إلى تضليل المستهلك.

كما أنه من الأحسن لو استعمل المشرع المصري مصطلح التشبيه بدلا من التزوير، إذ أن هذا الأخير قد يدل على جريمة مستقلة و مختلفة تماما عن جريمة التقليد.

ثانيا- موقف المشرع العماني من تعريف تقليد العلامات

تناول المشرع العماني العلامات التجارية في قانون العلامات و البيانات و الأسرار التجارية و الحماية من المنافسة غير المشروعة.

إذ نص في المادة 35 منه على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد سنتين و بغرامة لا تجاوز ألفي ريال عماني أو بإحدى هاتين العقوبتين:

1- كل من زور علامة تم تسجيلها طبقا للقانون، أو قلدها بطريقة تدعو إلى تضليل الجمهور و كل من استعمل و هو سيء النية علامة مزورة أو مقلدة.

2- كل من باع أو عرض للبيع للتداول أو حاز بقصد البيع منتجات عليها علامة مزورة أو مقلدة أو موضوعة بغير حق مع علمه بذلك.

3- كل من استخدم بسوء نية علامة مطابقة أو مشابهة لعلامة معروفة مسجلة أو غير مسجلة بدرجة تدعو إلى اللبس، و يشترط في حالة العلامة المعروفة غير المسجلة أن تتطابق أو تتشابه البضائع أو الخدمات"⁽¹³⁾.

يتضح من خلال هذا النص أنّ المشرع العماني قد ساير موقف المشرع المصري، و اكتفى بسرد الأفعال التي تعد اعتداء على ملكية العلامات دون أن يقدم أي تعريف لها.

ثالثا- موقف المشرع الفرنسي من تعريف تقليد العلامات

تناول المشرع الفرنسي مفهوم التقليد في المادة 124 من قانون الملكية الفكرية، إذ تنص على أنه: " كل تمثيل أو تشخيص أو إعادة تصنيع أو إنتاج كلي أو جزئي لمنتوج دون رضا صاحبه أو خلفه ... "⁽¹⁴⁾.

غير أنّ هذا النص يتعلق بالاعتداء على حقوق المؤلف، أما بشأن تقليد العلامات فإنّ المشرع الفرنسي لم يرقم هو أيضا سوى بتعداد و سرد الجرائم التي تمس بحق العلامة و ذلك في المادة 713 من قانون الملكية الفكرية⁽¹⁵⁾.

ويلاحظ من خلال ما تقدم أنّ التشريعات المذكورة أعلاه اتجهت إلى عدم تعريف تقليد العلامات واكتفت فقط بتعداد وسرد الأفعال التي تدخل في نطاق التقليد بعبارة أخرى الاكتفاء بصوره.

رابعا-موقف المشرع الجزائري من تعريف تقليد العلامات

كان موقف التشريع الجزائري محاذايا للتشريعات السالفة الذكر في ظل الأمر رقم 57/66 الملغى الذي اكتفى فقط بتحديد صور التقليد دون الإشارة إلى تعريف له.

غير أنّ المشرع الجزائري غير من موقفه و قدم لنا تعريفا لتقليد العلامات، وذلك في المادة 1/26 من الأمر رقم 06/03 المتعلق بالعلامات، إذ تنص هذه الأخيرة على أنه:

”يعد جنحة تقليد لعلامة مسجلة كل عمل يمس بالحقوق الاستثنائية لعلامة قام به الغير خرقا لحقوق صاحب العلامة“.

يتضح من خلال هذا النص أنّ المشرع الجزائري لم يحدو حدو المشرع الفرنسي و لا العماني و لا حتى المشرع المصري، فكان على المشرع الجزائري أن لا يقوم بتعريف جنحة التقليد بل يكتفي بتحديد الأفعال المكونة له لأنّ مسألة التعاريف من عمل الفقه و القضاء.

و عليه يعاب على هذا التعريف، كونه قد وسع من دائرة التقليد. فوفقا لمفهوم التقليد على نحو ما يراه المشرع الجزائري، يعد تقليدا لعلامة كل تصرف أو أي مساس صادر من الغير لعلامة مسجلة.

فلنتصور تطبيق هذا المفهوم مع كون أنّ المعهد الوطني للملكية الصناعية لا يتولى فحص الأسبقيات في الإيداع بصورة آلية.

و على كل فإنّ التعريف الذي قدمه المشرع الجزائري في الأمر رقم 06/03 المتعلق بالعلامات هو نقل لما هو منصوص عليه في المادة 4/521 من تقنين الملكية الفكرية الفرنسي المتعلقة بتقليد الرسوم والنماذج الصناعية⁽¹⁶⁾، و التي تقضي بأن: "التقليد يتمثل في كل مساس بحقوق الملكية".

غير أنّ المشرع في المادة 27 من القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية لم يعرف جريمة تقليد العلامات بل اكتفى بجعلها صورة من صور الممارسات التجارية غير النزيهة.

الفرع الثاني

موقف الفقه والقضاء من تعريف تقليد العلامات

نظر للانتقادات الموجهة للتعاريف التشريعية والمواقف المتباينة فيما بينها بشأن تعريف تقليد العلامات، ارتأينا الاستعانة ببعض التعاريف المقترحة من طرف الفقه (أولا) والقضاء(ثانيا) باعتبارهما مصدرين تفسيريين في القانون الجزائري.

أولا-التعريف الفقهي لتقليد العلامات

تعرف الأستاذة فوزية عبد الستار جريمة التقليد على أنها: "اصطناع شيء كاذب على نسق صحيح و هي جريمة تقوم على تغيير الحقيقة"⁽¹⁷⁾.

و يرى الدكتور حسني عباس أن تقليد العلامة: "هو نقل العلامة المسجلة نقلا كاملا مطابقا أو نقل الأجزاء الرئيسية منها بحيث تكاد تكون العلامة المقلدة مطابقة للعلامة الأصلية" (18).

أما الدكتورة سميحة القليوبي فإنها ترى أنه يقصد بالتقليد نقل العلامة نقلا حرفيا و تاما بحيث تصبح العلامة المقلدة صورة طبقا الأصل من العلامة الحقيقية (19).

بينما يرى الدكتور محسن شفيق أن التقليد هو صنع علامة تشبه في مجموعها العلامة الحقيقية بحيث يصعب على المستهلك المتوسط الحرص و الانتباه التمييز بينهما (20).

ثانيا- التعريف القضائي لجريمة تقليد العلامات:

ترى محكمة النقض المصرية أن التقليد هو ذلك التشابه بين علامتين بحيث من شأنه تضليل جمهور المستهلكين و إحداث اللبس و الخلط بين المنتجات (21)، و كما تظيف أنه يقوم على محاكاة تتم بها المشابهة بين الأصل و التقليد بغرض إيقاع جمهور المستهلكين في الخط و التضليل (22).

أما قضاة المحكمة العليا الجزائرية في قضية رقم 261209 المؤرخة في 05 فيفري 2002 فقد استندوا إلى فكرة التشابه الموجود بين العلامتين الواضعتين على نفس المنتج، وأن هذا التشابه من شأنه أن يحدث لبسا وخطا عند المستهلك متوسط الانتباه (23).

وعليه فإن التقليد حسب القضاء الجزائري، لا يتحقق إلا إذا كانت العلامتين متشابهتين وموضوعتين على نفس المنتج بشكل تضلل المستهلك متوسط الحرص. وهكذا يتضح أن القضاء الجزائري يعتمد على عنصرين لتحديد التقليد، أحدهما مادي يتعلق بشكل العلامة والمنتج الذي تضع عليه تلك العلامة، وأخرهما شخصي يرتبط بالمستهلك الذي يقتني ذلك المنتج.

المطلب الثاني

جريمة تقليد العلامات: أركانها وضوابط تقديرها

لا يمكن اعتبار أي فعل تقليدا إلا إذا توفرت فيه الأركان التي يشترطها القانون في التقليد (الفرع الأول)، ونظرا لاعتبار التقليد مسألة واقعية فالقضاء وضع ضوابط ومعايير يمكن الاستناد إليها لتقدير مدى توافر التقليد من عدمه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

أركان جريمة تقليد العلامات

غني عن البيان أن لكل جريمة أركاناً وتتمثل كقاعدة عامة في الركن الشرعي والركن المادي والركن المعنوي.

أولاً - الركن الشرعي:

لا يمكن معاقبة شخص إلا بوجود نص قانوني يقرر العقوبة ويجرم الفعل، وهذا ما يسمى بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، إذ تنص المادة الأولى من قانون العقوبات الجزائري على أنه « لا جريمة ولا عقوبة ولا تدبير أمن بغير قانون ». وبالرجوع إلى المادة 26 من الأمر رقم 06/03 فإنها تنص على أنه: « يعد جنحة تقليد لعلامة مسجلة كل عمل يمس بالحقوق الاستثنائية لعلامة قام به الغير خرقا لحقوق صاحب العلامة.

يعد التقليد جريمة يعاقب عليها بالعقوبات المحددة في المواد 27 إلى 33...».

ثانياً - الركن المادي:

يقصد بالركن المادي اصطناع علامة مطابقة تطابقاً تاماً للعلامة الأصلية أو صنع علامة تشبه في مجموعها العلامة الحقيقية، بحيث يمكن للعلامة الجديدة أن تضلل المستهلك وتجذبه إليها ظناً منه أنها العلامة الأصلية، أو هو ذلك الاصطناع لعلامة مشابهة بصفة تقريبية للعلامة الأصلية من أجل خداع المستهلك.

وعادة ما تكتشف جنحة التقليد بسبب استعمال العلامة التجارية، وتعد هذه الجنحة مرتكبة اعتباراً من تاريخ نقل العلامة الأصلية لأنّ عملية الإيداع تكفي في حد ذاتها لإثبات وجود التقليد طالما يكون الإيداع متعلقاً بعلامة هي في الحقيقة نقلاً لعلامة الغير.

ثالثاً - الركن المعنوي:

تقتضي كلّ جريمة توفر النية الإجرامية، لكن بالنسبة لجريمة التقليد لم ينص المشرع الجزائري على النية الإجرامية، بل اكتفى بتقرير الجزاء وبإثبات الفعل المتمثل في اصطناع علامة مطابقة تطابقاً تاماً للعلامة الأصلية أو اصطناع علامة مشابهة لها.

ولهذا يرى البعض أنّ القصد الجنائي لا يشترط لوجود جنحة التقليد، أي لا يجب البحث عن نية مرتكب الفعل الضار، فيما إذا كانت حسنة أو سيئة، وحتهم في ذلك أنّ النص لم يتضمن أية عبارة تفيد القصد بما في ذلك "التدليس" أو "القصد"⁽²⁴⁾.

إلا أنّ هذا الرأي غير موفق لأنّه لا يمكن أن تتم الجريمة إلا بتوفر الركن المعنوي المتمثل في القصد الجنائي أو العلم بالتقليد، إذ يمكن تصور الركن المعنوي في علم الجاني بوجود تلك العلامة، وكل ما في الأمر يمكن اعتبار الركن المعنوي مفترضاً لا داعي لإثباته، لأنّ المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية يتولى نشر كلّ العلامات التجارية المسجلة في النشرة الرسمية المخصصة لذلك، وبالتالي لا عذر بجهل القانون إذ تعد هذه النشرة بمثابة إعلام للجمهور⁽²⁵⁾.

الفرع الثاني

تقدير تقليد العلامات

إنّ مسألة تقدير تقليد العلامة أو تشبيهها من الأمور الواقعية التي يترك لمحكمة الموضوع أمر تقديرها، إذ يكون لها مطلق السلطة في هذا الصدد دون رقابة عليها من أحد. وأكدت محكمة النقض المصرية على هذا المبدأ في حكم لها جاء فيه « أنّ تقرير وجود تشابه بين علامتين من شأنه أن يخدع جمهور المستهلكين هو من المسائل الموضوعية التي تدخل في سلطة قاضي الأمور بلا معقب عليه من محكمة النقض »⁽²⁶⁾.

وعلى هذا الأساس توصل القضاء إلى وضع بعض المعايير لتقدير التقليد والتشبيه، وتتمثل هذه المعايير في:

أولاً - العبرة بأوجه الشبه بين العلامتين:

يجب عند قيام المقارنة بين العلامة الأصلية والعلامة المدعى بتقليدها الاعتداد بأوجه التشابه بينهما، لا بأوجه الاختلاف، فالتقليد يقوم إذا ما وصل التشابه بين العلامتين إلى حد إيقاع الغير في الغلط واللبس بصرف النظر عما يوجد بينهما من اختلاف.

وعلى هذا الأساس قدرت المحاكم الجزائرية أنّ علامة "BANITA" الممنوحة للعطر المسمى بذلك تعد تقليداً لتسمية "HABANITA" ⁽²⁷⁾، أمّا التقليد الكلي للعلامة التجارية فيعاقب عليه بحد ذاته ولو لم يعرض المستهلك للخلط بين العلامتين الأصلية والمزيفة ⁽²⁸⁾.

ثانياً - العبرة بالمظهر العام للعلامتين:

يتعين أن تكون العبرة عند المقارنة بين العلامة الأصلية والعلامة غير الأصلية بالتشابه بينهما في طابعهما ومظهرهما العام لا في تفاصيلهما أو جزئيهما، فالعبرة هي الصورة العامة التي تطبع في ذهن نتيجة لتركيب هذه الصورة أو الرموز مع بعضها، وللشكل الذي تبرز به علامة أو أخرى بصرف النظر عن العناصر التي تتركب منها. فالعبرة بمحاكاة الشكل العام للعلامة في مجموعها والذي تدل عليه السمات البارزة فيها دون تفاصيلها الجزئية.

وبالفعل فقد اعتبر القضاء الجزائري في قضية بين شركة "Piver" ضد شركة الرياض بالنسبة لعلامة "Rêve d'or" و "Rêve désiré" أنّ العلامتين متشابهتان، لأنّ المظهر العام يوحي أنّهما متشابهتان رغم اختلافهما في الجزئيات ⁽²⁹⁾.

ثالثاً - العبرة بتقدير المستهلك المتوسط الحرص:

يتعيّن أن تكون العبرة عند النظر للعلامة الأصلية والعلامة المدعى بتقليدها عند تقدير توافر التقليد من عدمه إلى المستهلك العادي المتوسط الحرص والانتباه، إذ المعيار في هذا الصدد ليس المستهلك الشديد الحرص الذي يكثر من الفحص والتدقيق والتحري قبل الشراء، ولا المستهلك الغافل المهمل الذي يشتري دون أن يجري الفحص العادي الذي يقضي به العرف ⁽³⁰⁾، وعلى هذا الأساس اعتبر قضاة محكمة الجزائر أنه يمكن للمستهلك أن يقع في غلط بين علامة "SINGER" وعلامة "SINCER".

رابعاً - عدم النظر إلى العلامتين متجاورتين:

ينبغي عند مقارنة العلامة الأصلية والعلامة المدعى بأنها مقلدة عدم النظر إليهما متجاورتين، بل يجب النظر إليهما الواحدة تلو الأخرى، وذلك أمر طبيعي إذ من المستبعد في الواقع العملي عرض المنتجات التي تحمل علامة مقلدة بشكل مجاور للمنتجات التي تحمل العلامة الأصلية. كما أنّ المستهلك لا تكون معه العلامة الأصلية عند شرائه السلع ليقوم بالمقارنة بينها وبين العلامة الموضوع على السلعة التي يريد شراءها ⁽³¹⁾.

المبحث الثاني

العقوبات المقررة لجنحة تقليد العلامات والقواعد القانونية الواجبة للإعمال

نص المشرع الجزائري في الأمر رقم 06/03 المتعلق بالعلامات على أحكام تتضمن العقوبات المقررة بشأن تقليد العلامات، غير أن المشرع قد أقر مرة أخرى أحكاما مخالفة ومغايرة تماما لما هو وارد في الأمر السابق، وذلك في القانون رقم 02/04 المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

وعليه سنتعرض من خلال هذا المبحث إلى تبيان العقوبات الجزائية المقررة في كلا النصين (المطلب الأول)، ثم نبين العقوبة الواجبة التطبيق (المطلب الثاني).

المطلب الأول

العقوبات المقررة بشأن تقليد العلامات في كلا القانونين:

الأمر رقم 06/03 و القانون رقم 02/04.

الغريب في الأمر أن المشرع الجزائري قد تعرض لمسألة العقوبات المقررة لتقليد العلامات وذلك في الأمر رقم 06/03، المتعلق بالعلامات (الفرع الأول)، و بعد صدور القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية تناول المشرع ضمن أحكامه عقوبات تخص تقليد العلامات (الفرع الثاني).

الفرع الأول

العقوبات المقررة لتقليد العلامات في الأمر رقم 06/03 المتعلق بالعلامات

تناول المشرع الجزائري العقوبات المقررة لجنة تقليد العلامات في المادة 32 من الأمر رقم 06/03 السالف الذكر، إذ تنص على ما يلي: «... كل شخص ارتكب جنحة تقليد، يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى سنتين و بغرامة من مليونين وخمسمائة ألف دينار (2.500.000 دج) إلى عشرة ملايين دينار (10.000.000 دج) أو بإحدى العقوبتين فقط مع:

- الغلق المؤقت أو النهائي للمؤسسة،

- مصادرة الأشياء والوسائل والأدوات التي استعملت في المخالفة،

- إتلاف الأشياء محل المخالفة. » .

يتضح من خلال هذا النص أن العقوبتين المقررتين تتمثلان في الحبس والغرامة المالية، وهما عقوبتين أصليتين (أولا). غير أنه زيادة على ذلك فقد أقر المشرع عقوبات تكميلية (ثانيا).

أولا - العقوبات الأصلية

تتمثل العقوبات الجزائية أساساً في الحبس والغرامة المالية.

1- الحبس:

يعتبر الحبس عقوبة أصلية سالبة للحرية وهي تختلف باختلاف طبيعة الجريمة، ولقد نصت المادة 5 من تقنين العقوبات الجزائري على أنه في الجرح تكون مدة الحبس من شهرين إلى خمسة سنوات، أما في المخالفات فهي من يوم واحد على الأقل إلى شهرين.

وهكذا تعتبر عقوبة الحبس من ستة (6) أشهر إلى سنتين المقررة في المادة 32 المذكورة أعلاه، عقوبة يعاقب بها كل شخص سواء كان تاجرًا أو صانعًا أو مقدم خدمات يرتكب فعلا يعد تقليدا لعلامة مسجلة.

2 - الغرامة:

تعد الغرامة عقوبة مالية يحكم بها القاضي في حالة إخلال شخص ببعض القواعد القانونية والأحكام التشريعية، وتتمثل هذه الغرامة في دفع المحكوم عليه مبلغا للإدارة المالية المختصة وهي تتجاوز 20000 دج في مواد الجرح⁽³²⁾.

وفعلا فإنه عندما نعود إلى نص المادة 32 من الأمر رقم 06/03 السالف الذكر، فإن الغرامة المتروحة ما بين مليونين وخمسمائة ألف دينار جزائري و عشرة ملايين دينار جزائري، هي الغرامة التي قد يحكم بها القاضي على مرتكب تقليد علامة مسجلة.

وتجدر الملاحظة أنه بالنسبة للشخص المعنوي غير الخاضع للقانون العام، فإن المادة 18 مكرر 2 من تقنين العقوبات الجزائري تقضي بأن الحد الأقصى للغرامة المالية هو 500.000 دج.

ثانيا-العقوبات التكميلية

اهتم المشرع الجزائري بحماية حقوق صاحب العلامة التجارية وذلك بتقرير حماية سواء جنائية أو مدنية ضد كل تعدّ على ملكيته في العلامة، فقرر جزاء لكل فعل يعد مساسا بملكية العلامة، إلا أنه لوضع حد للفعل الضار تم تقرير عقوبات تكميلية للقاضي أن يحكم بها، وتتمثل هذه العقوبات أساسا في غلق المؤسسة، المصادرة، الإتلاف .

أولاً-غلق المؤسسة

تناول المشرع الجزائري غلق المؤسسة كعقوبة تكميلية يحكم بها القاضي على مرتكب جريمة التقليد.

ويترتب على غلق المؤسسة منع المحكوم عليه من أن يمارس فيها النشاط الذي ارتكبت الجريمة بمناسبةه.

ويكون غلق المؤسسة إما بصفة نهائية أو بصفة مؤقتة لمدة لا تزيد عن خمس (5) سنوات في حالة الادانة لارتكاب جنحة التقليد⁽³³⁾.

ثانياً - المصادرة: Confiscation

تعرف المادة 15 من تقنين العقوبات الجزائري المصادرة على أنها الأيلولة النهائية إلى الدولة لمال أو مجموعة أموال معينة، أو ما يعادل قيمتها عند الاقتضاء.

وتضيف المادة 15 مكرر 1 من ذات التقنين على أنه:« في حالة الإدانة لارتكاب جنحة يؤمر بمصادرة الأشياء التي استعملت أو كانت ستستعمل في تنفيذ الجريمة أو التي تحصلت منها... » .

وبالرجوع إلى الأمر رقم 06/03 السالف الذكر نجد أن المادة 32 منه تتضمن مصادرة المنتجات والأدوات التي تكون موضوع ارتكاب الجنحة كعقوبة تكميلية. غير أنه قد تكيف المصادرة على أنها تدبير

أمن وليست عقوبة تكميلية. وهذا ما يفهم من نص المادة 16 من تقنين العقوبات حين قضت بأنه: « يتعين الأمر بمصادرة الأشياء التي تشكل صناعتها أو استعمالها أو حملها أو حيازتها أو بيعها جريمة، وكذا الأشياء التي تعد في نظر القانون أو التنظيم خطيرة أو مضرّة.

وفي هذه الحالة تطبق المصادرة كتدبير أمن، مهما يكن الحكم الصادر في الدعوى العمومية ». «

ثانيا - الإلتاف:

تنص المادة 32 من الأمر رقم 06/03 على أنه: «... يعاقب مع إلتاف الأشياء محل المخالفة».

يلاحظ من خلال هذا النص أنّ القاضي يحكم بإلتاف الأختام والكليشات ونماذج العلامة في جميع الحالات سواء وقع التقليد أم كان وشيك الوقوع.

وفي الأخير تجدر الملاحظة إلى أن المشرع الجزائري لم يترك أية سلطة تقديرية للقاضي في اتخاذ العقوبات التكميلية، بل يجب على القاضي الحكم بها على مرتكب جنحة تقليد العلامات إلى جانب الحبس والغرامة أو بإحدهما.

الفرع الثاني

العقوبات المقررة في القانون رقم 02/04 المتضمن القواعد

المطبقة على الممارسات التجارية

تنص المادة 27 من القانون رقم 02/04 على أنه: «تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة في مفهوم أحكام هذا القانون، لاسيما منها الممارسات التي يقوم بها العون الاقتصادي بما يأتي:...تقليد العلامات المميزة لعون اقتصادي منافس أو تقليد منتوجاته أو خدماته أو الإشهار الذي يقوم به، قصد كسب زبائن هذا العون إليه بزرع شكوك و أو هام في ذهن المستهلك ... » .

يلاحظ من خلال هذا النص أنّ المشرع الجزائري جعل من تقليد علامة تجارية ممارسة تجارية غير نزيهة وقرر لها عقوبات أساسية (أولا) وكذا عقوبات إضافية (ثانيا).

أولاً- الغرامة كعقوبة أساسية

تنص المادة 38 من القانون رقم 02/04 السالف الذكر على أنه: « تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد 26 و 27 و 28 و 29 من هذا القانون، ويعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف دينار (50.000دج) إلى خمسة ملايين دينار (5.000.000دج) ». «

يلاحظ من خلال هذا النص أنّ المشرع الجزائري قد جعل من تقليد العلامات صورة من صور الممارسات التجارية غير النزيهة، وقرر لها عقوبة أساسية واحدة فقط تتمثل في غرامة مالية لا تتعدى خمسة ملايين دينار جزائري (50.000.000دج) دون الإشارة إلى عقوبة الحبس إلا في حالة العود⁽³⁴⁾.

ثانيا - العقوبات الإضافية

جاء الفصل الثاني من الباب الرابع من القانون 02/04 السالف الذكر بعنوان "عقوبات أخرى"، تناول فيه المشرع عقوبات تتمثل أساسا في الحجز والمصادرة والغلق الإداري.

1- الحجز:

تنص المادة 39 من القانون رقم 02/04 السالف الذكر على أنه:

« يمكن حجز البضائع موضوع المخالفات المنصوص عليها في أحكام المواد 10 و11 و13 و14 و 20 و22 و23 و24 و25 و26 و27 (2 و7) و28 من هذا القانون، كما يمكن حجز العتاد والتجهيزات التي استعملت في ارتكابها مع مراعاة حقوق الغير.»

يلاحظ من خلال هذا النص أنّ المشرع أجاز للقاضي بأن يأمر بالحجز على المنتوجات التي تحمل العلامة المقلدة، وهذا الحجز قد يكون عينيا بمعنى الحجز المادي للسلع، وقد يكون اعتباريا، بمعنى الحجز الذي يتعلق بسلع لا يمكن لمرتكب التقليد أن يقدمها لسبب من الأسباب⁽³⁵⁾.

غير أنّ الحجز لا يعد عقوبة تكميلية يمكن الحكم بها، إذ أنّ العقوبة التكميلية تشترط دائما وجود حكم سابق، في حين يعتبر الحجز إجراءً تحفظياً وقائياً يسمح للدائن بوضع أموال المدين تحت تصرف القضاء، ولا بدّ من استصدار أمر بتوقيعه من القاضي، لا يصدره إلا في حالة الضرورة القصوى، إذا أثبت الدائن أنّ هناك استعجال أو خطر يهددان الضمان العام. ويستهدف هذا عادة إلى منع المدين من التصرف في أمواله المنقولة إضرارا بدائنه⁽³⁶⁾. أو في جرائم الفساد الواردة في القانون رقم 01/06، المؤرخ في 20 فيفري 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

2- المصادرة:

تنص المادة 44 من القانون رقم 02/04 على أنه: «زيادة على العقوبات المالية المنصوص عليها في هذا القانون، يمكن القاضي أن يحكم بمصادرة السلع المحجوزة في حالة خرق القواعد المنصوص عليها في المواد 27.....(2 و7)... من هذا القانون.»

يلاحظ من خلال هذا النص أنّ المشرع أجاز للقاضي أن يحكم على مرتكب التقليد بعقوبة مصادرة السلع المحجوزة، كما يفهم منه أيضا أن القاضي لا يحكم بالمصادرة إلى بعد الأمر بحجز المنتوجات محل التقليد.

3- الغلق الإداري:

تناول المشرع هذه العقوبة في المادة 46 من القانون رقم 02/04 ، حيث نصت على أنه: «يمكن الوالي المختص إقليميا، بناء على اقتراح من المدير الولائي المكلف بالتجارة، أن يتخذ بواسطة قرار، إجراءات غلق إدارية للمحلات التجارية لمدة لا تتجاوز ثلاثين (30) يوما في حالة مخالفة أحكام المواد 27..... من هذا القانون.»

يلاحظ من خلال هذا النص أنّ توقيع هذه العقوبة تكون بقرار إداري صادر من الوالي، وهي لا تتعدى ثلاثين يوماً، كما يجوز للوالي أن ينشر هذا القرار في الصحافة الوطنية أو لصقها في أي مكان يحدده لذلك⁽³⁷⁾.

غير أنّ هذا القرار يشترط فيه توافر الشروط الأساسية لكل قرار إداري وإلا كان عرضة للطعن أما الجهات القضائية الإدارية⁽³⁸⁾.

4- المنع من ممارسة النشاط

تنص المادة 47 / 3 من القانون رقم 02/04 السالف الذكر على أنه: «تضاعف العقوبة في حالة العود، ويمكن القاضي أن يمنع العون الاقتصادي المحكوم عليه من ممارسة نشاطه بصفة مؤقتة أو شطب سجله التجاري».

يفهم من خلال هذا النص أنه يمكن للقاضي في حالة ما إذا كرر العون الاقتصادي فعل التقليد أن يمنع هذا الشخص من ممارسة النشاط التجاري بصفة مؤقتة أو بصفة نهائية وذلك بشطب سجله التجاري. ونلاحظ في هذا النص أن المشرع لم يحدد مدة المنع المؤقت من ممارسة النشاط، كما أنه لم يميز بين الشخص الطبيعي والشخص المعنوي.

غير أنه بالرجوع إلى أحكام المادة 16 مكرر من تقنين العقوبات نجد أنها تنص على ما يلي: «يجوز الحكم على الشخص المدان لارتكابه جناية أو جنحة بالمنع من ممارسة مهنة أو نشاط، إذا ثبت للجهة القضائية أنّ للجريمة التي ارتكبها صلة مباشرة بمزاولةها، وأن ثمة خطر في استمرار ممارسته لأي منهما».

ويصدر الحكم بالمنع لمدة لا تتجاوز 10 سنوات في حالة الإدانة لارتكاب جناية وخمس سنوات في حالة الإدانة لارتكاب جنحة...».

وتضيف المادة 17 من تقنين العقوبات على أنه: «منع الشخص الاعتباري من الاستمرار في ممارسة نشاطه يقتضي أن لا يستمر هذا النشاط حتى ولو كانت تحت اسم آخر أو مع مديريين أو أعضاء مجلس إدارة أو مسيرين آخرين ويترتب على ذلك تصفية أمواله مع المحافظة على حقوق الغير حسن النية».

وهكذا يتضح أن أقصى مدة لعقوبة المنع المؤقت هي خمس سنوات، وبالنسبة للشخص المعنوي فإن هذه العقوبة تمنعه من ممارسة نشاطه تحت أي اسم كان وحتى ولو غير من تركيبته العضوية.

5- النشر:

تنص المادة 18 من تقنين العقوبات على أنه: «للمحكمة عند الحكم بالإدانة أن تأمر في الحالات التي يحددها القانون بنشر الحكم بأكمله أو مستخرج منه في جريدة أو أكثر يعينها، أو بتعليقه في الأماكن التي يبينها، وذلك كله على نفقة المحكوم عليه...».

وبالرجوع إلى أحكام المادة 48 من القانون رقم 02/04 السالف الذكر نجد أنها تنص على أنه: «يمكن الوالي المختص إقليمياً، وكذا القاضي أن يأمر على نفقة مرتكب المخالفة أو المحكوم عليه

نهائياً، بنشر قراراتهما كاملة أو خلاصة منها في الصحافة الوطنية أو لصقها بأحرف بارزة في الأماكن التي يحددها « .

يتضح من خلال هذا النص أنه يجوز للقاضي أن يأمر بإلصاق نص الحكم في الأماكن التي يحددها، كما يجوز له أن يأمر بنشر الحكم بتمامه أو بتلخيصه في الجرائد التي يعينها خصيصاً لذلك، وذلك كله على نفقة المحكوم عليه، وفعلاً فقد سبق للقضاء الوطني و أن طبق عقوبة النشر ، فمثلاً سبق لمجلس قضاء الجزائر بأن حكم بإلصاق نص القرار ونشره في الجرائد اليومية: المجاهد، والجمهورية، والنصر، وكل ذلك على نفقة المستأنفين⁽³⁹⁾.

وهذه العقوبة يجوز أن يحكم بها القاضي سواء لصالح المدعي الذي لحق به ضرر، وإما أن يحكم بها لصالح المدعى عليه أو المتهم، إذا كانت الدعوى غير مبنية على أساس قانوني، أو إذا كانت الإجراءات المتخذة من المدعي باطلة، وهذا ما يفهم من عبارة "نفقة المحكوم عليه" الذي يمكن أن يكون المدعي أو المدعى عليه. كما يتمتع القاضي بالسلطة التقديرية في الحكم بالنشر، إذ يمكن له أن لا يحكم به إذا لم يجد مبرراً قانونياً.

6- الحبس:

تنص الفقرة الثانية من المادة 47 من القانون رقم 02/04 السالف الذكر على أنه: «يعتبر في حالة عود، في مفهوم هذا القانون، كل عون اقتصادي يقوم بمخالفة أخرى رغم صدور عقوبة في حقه منذ أقل من سنة « .

وتضيف الفقرة الرابعة من ذات المادة على أنه: «فضلاً عن ذلك، يمكن أن تضاف إلى هذه العقوبات، عقوبة حبس من ثلاثة (3) أشهر إلى سنة (1) واحدة « .

يلاحظ من خلال هذه الفقرات أنّ المشرع الجزائري قد قرر عقوبة الحبس كظرف مشدد في حالة العود، واعتبرها عقوبة إضافية لا تطبق إلاّ إذا ارتكب المحكوم عليه مخالفة أخرى رغم صدور عقوبة في حقه منذ أقل من سنة.

كان على المشرع أن يجعل من عقوبة الحبس عقوبة أساسية، إذ أنّ القواعد العامة المنصوص عليها في قانون العقوبات جعلت من الحبس عقوبة أساسية ولا يقرنها بظرف العود.

نستخلص من كل ما تقدم أنّ المشرع الجزائري في القانون رقم 02/04 المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، لم ينص إلاّ على عقوبة الغرامة المالية كعقوبة أساسية وإلاّ فباقي العقوبات الأخرى جاءت كعقوبات إضافية، ويرجع أمر تقريرها إلى سلطة القاضي، فهي جوازية في آخر المطاف.

كما تجدر الإشارة إلى أنّ الإقتصار على الغرامة المالية كعقوبة أساسية يوحي بأنّ مرتكب التقليد لا يكون إلاّ شخصاً معنوياً، وهذا غير صحيح، فلو كان الأمر كذلك، فلماذا ينص إذن على الحبس في حالة العود أم أنّ ذلك يعود إلى السياسة العقابية الجديدة التي تبنتها الدولة في مجال الجرائم

الاقتصادية.غير أن عقوبة الغرامة المالية قد لا تفي بالغرض إذا قررت لوحدها ،خاصة إذا كان التقليد يجني أرباحا طائلة إذا ما تم مقارنتها بقيمة الغرامة المنصوص عليها.

المطلب الثاني

القواعد الواجبة الأعمال بشأن العقوبات المقررة لتقليد العلامات

يتبين من خلال ما تقدم أنّ المشرع الجزائري قد جرم فعل تقليد العلامات وقرر له عقوبات في نصين مختلفين، النص الأول يتعلق بالعلامات وهو الأسبق تاريخا من حيث الصدور، والثاني يتعلق بالقانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

وأمام هذا الوضع نتساءل هل فعلاً أنّ العقوبات المقررة بموجب الأمر 06/03 ألغيت بموجب أحكام القانون 02/04؟ (فرضية أولى)(الفرع الأول).أم أنّ الجريمة المقصودة في القانون رقم 02/04 جريمة مختلفة تماما عن تلك المنظمة في الأمر رقم 06/03؟(فرضية ثانية)(الفرع الثاني)

الفرع الأول

الأحكام المتعلقة بعقوبات تقليد العلامات في الأمر رقم 06/03 ألغيت بموجب القانون 02/04

(الفرضية الأولى)

يقتضي التحقق من مدى صحة الفرضية الأولى التعرض إلى إسقاط مفهوم الإلغاء على القواعد المتعلقة بتقليد العلامات .

يعرف الفقه الإلغاء على أنه إبطال العمل بالقاعدة القانونية بالنسبة للمستقبل ومن وقت هذا الإلغاء برفع قوتها الملزمة عنها سواء مع استبدال أحكام أخرى بأحكامها أو بدون استبدالها⁽⁴⁰⁾.أمّا المشرع الجزائري فتعرض لإلغاء القواعد القانونية في المادة 1/2 من التقنين المدني، إذ تقضي بما يلي: «... لا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء».

وعندما نعود إلى الأمر رقم 06/03 المتعلق بالعلامات نجده قد صدر بتاريخ 19 يوليو 2003، وتم نشره في الجريدة الرسمية بتاريخ 23 يوليو من نفس السنة.

أما القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، فقد صدر بتاريخ 23 يونيو 2004، ونشر في الجريدة الرسمية بتاريخ 27 يونيو 2004.

وهكذا فإنّ القانون رقم 02/04 يعتبر قانونا لاحقا للأمر رقم 06/03 السالف الذكر، إذ أنّ كلا القانونين قد تناولا في أحكامهما عقوبات تتعلق بتقليد العلامات، غير أنه عند تفحص أحكام القانون رقم 02/04 لا نجد أي إشارة صريحة إلى إلغاء أحكام الأمر رقم 06/03 المتعلق بالعلامات، وعليه سنبحث عن مدى توافر الإلغاء الضمني.

ويقصد بالإلغاء الضمني ذلك الإلغاء الذي يستتبط من وجود قواعد قانونية في نصين أحدهما سابق والآخر لاحق، يستحيل الجمع بينهما في وقت واحد، وقد نص المشرع في المادة 2/2 من التقنين المدني على أنه: «...وقد يكون الإلغاء ضمنيا إذا تضمن القانون الجديد نصا يتعارض مع نص القانون القديم أو نظم من جديد موضوعا سبق أن قرر قواعده ذلك القانون القديم.»

يتضح من خلال هذا النص أنّ الإلغاء الضمني يتحقق في حالتين، حالة وجود تعارض بين نصين، وفي حالة تنظيم الموضوع من جديد.

أولاً- التحقق من مدى وجود التعارض بين الأمر رقم 06/03 والقانون رقم 02/04

رأينا أنّ العقوبات الجزائية التي قررها المشرع لجريمة تقليد العلامات في الأمر رقم 06/03 تتمثل في: الحبس والغرامة المالية كعقوبات أصلية، وغلق المؤسسة، والمصادرة، والإتلاف كعقوبات إضافية، وأنها لا تعد اختيارية بالنسبة للقاضي.

فيحين لم يتضمن القانون رقم 02/04 المذكور أنفاً سوى عقوبة أساسية واحدة تتمثل في الغرامة المالية التي تختلف قيمتها عن قيمة الغرامة المنصوص عليها في الأمر رقم 06/03 السالف الذكر. كما أضاف عقوبات أخرى إضافية تتمثل في: الحجز و المصادرة و المنع من ممارسة النشاط و النشر، والغلق الإداري، والحبس في حالة العود، فحين لا نجد هذه الأنواع كلها في الأمر رقم 06/03 سوى المصادرة.

و تجدر الإشارة إلى أن الحجز في حقيقة الأمر يعد إجراء تحفظياً على نحو ما ذكرناه سابقاً، كما أنّ الغلق الإداري عقوبة يتخذها الوالي المختص إقليمياً و لا نجد أي اثر لها في الأمر رقم 06/03. أما بالنسبة للنشر فهي عقوبة يمكن أن يتخذها القاضي ، أو أن يتخذها الوالي المختص إقليمياً. كما أنّ المصادرة المنصوص عليها في الأمر رقم 06/03 تعد إجبارية بالنسبة للقاضي، فحين تعد اختيارية له في القانون رقم 02/04.

أما بالنسبة للحبس فإنّ المشرع جعل منها عقوبة إضافية اختيارية في ظل القانون رقم 02/04 بينما تعد عقوبة أصلية في الأمر رقم 06/03.

وأمام هذا كله يتضح التعارض الموجود بين أحكام القانونين، وبالتالي فإنّ القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة هو القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية باعتباره الأحدث تاريخاً.

وزيادة على ذلك فإنّ القانون رقم 02/04 تناول في أحكامه الختامية وبالضبط في المادة 66 منه مسألة إلغاء الأحكام المعارضة لهذا النص، إذ تقضي بأنه: « تلغى جميع الأحكام المخالفة لأحكام هذا القانون.... » .

2 - التحقق من مدى إعادة تنظيم الموضوع من جديد

رأينا فيما سبق أنه إذا صدر تشريع جديد ينظم تنظيمًا كاملاً وضعاً من الأوضاع كان قد أفرد له تشريع سابق فلا يتصور الجمع بينهما. و الأمر هنا يتعلق بعقوبات جزائية متعلقة بتقليد العلامات كان المشرع قد نص عليها في الأمر رقم 06/03 المتعلق بالعلامات، ثم أعاد تقرير عقوبات أخرى تختلف تمام الاختلاف عما هو منصوص في الأمر السالف الذكر، و ذلك في القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية. وبالتالي نكون في حالة إعادة تنظيم الموضوع من جديد.

لذا فإنّه استنادا إلى هذه القاعدة، فالمنطق يقضي بإلغاء الأحكام المنصوص عليها في الأمر رقم 06/03 والعمل بالعقوبات المنصوص عليها في القانون رقم 02/04.

صحيح أن اتسام التشريع الجزائري بالجزارة، والتضخم، وعدم الاستقرار يجعلنا نعتقد أن الفرضية المبينة أعلاه صحيحة، وأنّ الأمر رقم 06/03 ألغيت أحكامه جزئيا بموجب صدور القانون رقم 02/04 السالف الذكر.

غير أنه لا يعقل عمليا إلا في حالات شاذة أن يلغي المشرع قانونا بقانون آخر لا يفصلهما فاصل زمني كبير (سنة أشهر) إلا إذا وجدت هناك مبررات قوية كعدم فعالية النص أو ملاءمته مثلا. إلا أنه حتى ولو افترضنا عدم فعالية و ملائمة هذا النص، فإنّه من الصعب التحقق من ذلك، فمدة ستة أشهر عمليا لا تكون كافية لتقييم مدى فعاليته من عدمه، إذ خلال هذه الفترة لم يعرف هذا النص تطبيقا من طرف القضاء الجزائري حتى يتسنى له تقييمه وإثارة صعوبات تطبيقه. نصل في الأخير إلى أنه حتى ولو افترضنا صحة هذا الطرح، فإنّ الفاصل الزمني القصير لا يدعم هذه الأطروحة، ولهذا نقول باستبعاد فرضية الإلغاء.

الفرع الثاني

التقليد المشار إليه في القانون رقم 02/04 لا يحمل المعنى الوارد في الأمر رقم 06/03 (الفرضية الثانية)

أمام عدم صحة الفرضية الأولى يتعين علينا البحث عن مدى اختلاف التقليد الوارد في قانون العلامات عن التقليد الوارد في القانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية (أولا)، ثم البحث عن مصطلح العلامات الوارد فيهما أيضا (ثانيا).

أولا - عدم دقة مصطلح التقليد الوارد في القانون رقم 02/04

يتضح عند استقراء وتفحص النسخة الفرنسية للقانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وكذا الأمر رقم 06/03 المتعلق بالعلامات أن التقليد استعمله المشرع للدلالة على معنيين، وبالتالي يكون التقليد المقصود به في قانون العلامات يختلف عن التقليد الوارد في القانون رقم 02/04 السالف الذكر، وسنوضح ذلك فيما يلي:

1- اختلاف التقليد " contrefaçon " عن التقليد " imitation "

عندما نعود إلى أحكام الأمر رقم 06/03 المتعلق بالعلامات نجد أن المشرع قد استعمل مصطلح " contrefaçon " للدلالة على التقليد، وهي ترجمة صحيحة، فحين استعمل مصطلح « imitation » للدلالة على التقليد أيضا، وهي الترجمة غير موفقة، إذ أنّ المصطلح العربي الصحيح والقريب منه هو مصطلح التشبيه.

وعليه استنادا لما تقدم، فإنّ الأمر يتعلق بجريمتين مختلفتين سمهما المشرع باسم واحد، لكن النصوص باللغة الفرنسية توضح كما أسلفنا بأنهما جريمتين مختلفتين رغم تقاربهما. فتقليد العلامة أو تشبيهها جريمتان يعاقب عليهما القانون، ولقد ميز الفقه بينهما، إذ يعرف الأولى على أنها اصطناع علامة

مطابقة تطابقا تاما للعلامة الأصلية. أمّا التشبيه فيقصد به كل اصطناع لعلامة متشابهة بصفة تقريبية للعلامة الأصلية من أجل خداع المستهلك⁽⁴¹⁾.

وهذا ما ذهب إليه أيضا القضاء الجزائري حين ميز بين تقليد العلامة وتشبيهاها، فيرى أنّ التقليد يكون كليا للعلامة التجارية ويعاقب عليه بحد ذاته ولو لم يعرض المستهلك للخلط بين العلامتين الأصلية والمزيفة. أما التشبيه الذي تقترب فيه العلامة من العلامة الأصلية لا يعاقب عليه إلا إذا احدث لبسا في ذهن المستهلك⁽⁴²⁾. وقد وسّع الفقه والقضاء الفرنسيين مجال تطبيق جنة تشبيه العلامة بإدخال بعض المفاهيم الجديدة كالتشبيه بالقياس "imitation par analogies" الذي يتمثل في كل تشبيه من ناحية النطق للعلامة الأصلية، وكذلك التشبيه بجمع الأفكار "imitation par association d'idées"، وذلك باستعمال علامة قد تذكر المستهلك بالعلامة الأصلية من شأنه أن يؤدي إلى الخلط بينهما، كاستعمال تسمية مترادفة، وهذا ما يسمى بالتشبيه بالترادف "imitation par synonymie"، أو استعمال تسمية متعارضة وهو ما يسمى بالتشبيه بالتعارض "imitation par contraste"⁽⁴³⁾.

2- اختلاف آلية الحماية ضد جريمة التقليد عن آلية الحماية ضد جريمة التشبيه

يحق لكل تاجر أو صانع قلدت علامته أن يلجأ إلى القضاء عن طريق رفع دعوى التقليد، فحين عندما نعود إلى القانون رقم 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية نجد أنه قد أشار إلى تقليد العلامات بمعنى التشبيه في المادة 27 منه التي جاءت تحت أحكام الممارسات التجارية غير النزيهة، والتي تعني الممارسات التجارية غير المشروعة.

وتبعا لما تقدم فإن تشبيه العلامة في هذه الحالة ما هي إلا صورة من صور المنافسة غير المشروعة. وعليه فإنّ يحق لكل عون اقتصادي اعتدي على علامته عن طريق التشبيه أن يرفع دعوى المنافسة غير المشروعة.

وهكذا يظهر أنّ وسيلة حماية العلامة من التقليد هي دعوى التقليد، ووسيلة حمايتها من التشبيه هي دعوى المنافسة غير المشروعة. لكن رغم جزائية الدعويين إلا أنّهما يختلفان من حيث المفهوم، ومن حيث الأساس والشروط، ومن حيث الآثار القانونية المترتبة عن استعمالهما.

ثانيا - عدم دقة مصطلح العلامة الوارد في القانون رقم 02/04

مرة أخرى عندما نعود إلى النسخة الفرنسية للقانون رقم 02/04 السالف الذكر سنكتشف عدم توفيق المشرع في اختيار المصطلحات الصحيحة، إذ تنص المادة 27 ثانيا من القانون المذكور أعلاه على أنه: "تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة... تقليد العلامات المميزة لعون اقتصادي منافس أو تقليد منتوجاته أو خدماته أو الإشهار الذي يقوم به، قصد كسب زبائن هذا العون إليه بزرع شكوك وأوهام في ذهن المستهلك...".

ولقد جاء هذا النص باللغة الفرنسية كما يلي:

« sont considérées comme pratiques commerciales déloyales notamment les pratiques par lesquelles un agent économique : imite les signe distinctifs d'un agent économique concurrent ; de ses produit ou services et de sa publicité dans le

but de rallier sa clientèle en créant un risque de confusion dans l'esprit du consommateur... ».

و بالمقارنة البسيطة للنص باللغتين العربية والفرنسية يتضح أن مصطلح العلامات المميزة الوارد في النسخة العربية لا يقصد به العلامات التجارية، بل الإشارات المميزة. فالعلامة يصطلح عليها بالفرنسية بمصطلح "la marque"، بينما يصطلح على الإشارة المميزة بـ "le signe distinctif". وهناك فرق شاسع بين العلامة المميزة والإشارة المميزة، إذ يقصد بالأولى كل إشارة يضعها التاجر أو الصانع لتمييز سلعه وخدماته أو منتجاته عن المماثلة لها، بينما يقصد بالإشارات المميزة نوعاً من أنواع الملكية الصناعية إذ يشمل كل من العلامات والأسماء التجارية و تسمية المنشأ وأسماء الحقول.. الخ، فما العلامة إذن إلا إشارة من هذه الإشارات.

نصل في الأخير إلى أنه إذا كان فعل التشبيه من شأنه أن يحدث اختلاطاً ولبساً في ذهن المستهلك، فإنّ المصطلح الذي استعمله المشرع باللغة العربية قد يحدث اختلاطاً ولبساً في ذهن القارئ. إذ جعلنا نعتقد أن الأمر يتعلق بالجريمة نفسها، فإذا به يقصد الحديث عن جريمتين مختلفتين بتسمية مماثلة. وعليه نقر بصحة هذه الفرضية.

خاتمة

ما يمكن الوصول إليه في آخر المطاف هو أنّ المشرع الجزائري لا يراعي مسألة التنسيق بين مختلف النصوص القانونية المختلفة، خاصة تلك النصوص المتداخلة المواضيع فيما بينها. فعلى سبيل المثال موضوع العلامات التجارية مرتبط ارتباطاً وثيقاً بالمستهلك، فهذا يعني أنّ القانون الذي ينظمها لا بد أن يكون متناسقاً مع القانون الذي يحمي المستهلك وصحته، كما أنّ موضوع العلامة ذات ارتباط وثيق بالمجال الصناعي والتجاري و المجال الاقتصادي عامة، فعلى المشرع أن يأخذ بعين الاعتبار عند صياغته للقواعد القانونية أو عند سنه للقوانين مدى علاقة ذلك النص بالنصوص الأخرى. كما يتعين على المشرع مراعاة معاني المصطلحات القانونية، خاصة تلك التي تتم ترجمتها من الفرنسية إلى اللغة العربية.

وعلى كل فقد وضحنا أنه بالنسبة لجريمة تقليد العلامات المميزة المعاقب عليها في القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ما هي إلا جريمة (التشبيه) مستقلة تماماً عن جريمة تقليد العلامات المعاقب عليها في قانون العلامات.

الهوامش :

(1) - HAROUN (A), La protection de la marque au Maghreb, OPU, Alger, 1979, p 16.

(2) - الأمر رقم 57/66 المؤرخ في 19 مارس 1966، يتعلق بعلامات المصنع والعلامات التجارية، ج ر عدد 23 لـ 22 مارس 1966.

(3) - المرسوم رقم 63/66 المؤرخ في 26 مارس 1966، يتضمن تطبيق الأمر المتعلق بعلامات المصنع والعلامات التجارية ج ر عدد 26 لـ 1 أبريل 1966.

(4) - انظر المواد من 10 إلى 15 من الأمر رقم 97/76 المؤرخ في 12 نوفمبر 1976، المتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 1، سنة 1980، ص 190.

(5) - زوايمية رشيد، المؤسسة العامة ذات الطابع الاقتصادي بين التبعية والاستقلالية (مطبوعة غير منشورة)، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة تيزي وزو، 1988 - 1989، ص 4.

(6) - القانون رقم 01/88 المؤرخ في 1988، المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج ر عدد 2 لـ 1988، والقانون رقم 04/88 المؤرخ في 12 جانفي 1988، يعدل ويتم الأمر رقم 95/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري ويحدد القواعد الخاصة المطبقة على المؤسسات العمومية الاقتصادية، ج ر ع 2 لـ 13 جانفي 1988.

(7) - المرسوم الرئاسي رقم 438/96 المؤرخ في 7 ديسمبر 1996، المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 1996/11/28، ج ر ع 76 لسنة 1996.

(8) - BOUZIDI Madjid, « L'efficacité des mesures douanières après les accords de TRIPS », AIPPI – REPORTS, gr – Q 147 – F – arabregionalgroup. htm, p 2.

(9) - الأمر رقم 06/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق بالعلامات، ج ر ع 44 لسنة 2003.

(10) - المرسوم التنفيذي رقم 277/05، المؤرخ في 02 أوت 2005، يحدد كفاءات إيداع العلامات وتسجيلها، ج ر عدد 54 لسنة 2005.

(11) - القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر عدد 41 لسنة 2004.

(12) - القانون رقم 82 لسنة 2002 المتضمن قانون حماية حقوق الملكية الفكرية، مكتبة الآداب، القاهرة، 2004، ص 40.

(13) - المرسوم السلطاني رقم 200/38، المؤرخ في 21 مايو 2000، المتعلق بإصدار قانون العلامات والبيانات والأسرار التجارية والحماية من المنافسة غير المشروعة.

(14) - DREFUS Nathalie et THOMAS Béatrice, Marques, Dessins et Modèles, (stratégie de protection, de défense et de valorisation), 1^{ère} éd, DALMAS, 2002, p 253.

(15) - GALLOUX (J-Ch), Droit de la propriété industrielle, 2^{ème} éd, DALLOZ, Paris, 2003, p 488.

(16) - Selon l'article 521 du code de la propriété intellectuelle, la contrefaçon est constituée par toute atteinte aux droit du propriétaire.

(17) - أنظر: فوزية عبد الستار، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص 203.

(18) - د.حسني عباس، الملكية الصناعية والمحل التجاري، دار النهضة العربية، مصر، 1971، ص 257.

(19) - د.سميحة القليوبي، الملكية الصناعية، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، 2003، ص 309.

(20) - د.محسن شفيق، الموجز في القانون التجاري، دار النهضة العربية، مصر، 1967، ص 254.

(21) - طعن رقم 2274 لسنة 55 ق جلسة 1986/12/22، عن: د.حسام الدين الصغير، التقاضي وقضايا مختارة في مجال الملكية الصناعية، 2004، ص 7، موقع انترنيت:

www.wipo/ip/bah/04/02.

(22) - طعن رقم 6611 لسنة 62 ق جلسة 2000/04/18، عن: د. حسام الدين الصغير، المرجع السابق، ص 7.

(23) - أنظر قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2002/02/05، المجلة القضائية، عدد 01، 2003، ص من: 265 إلى 267.

- (24) - زراوي فرحة صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، المحل التجاري و الحقوق الفكرية، الجزء الثاني، ابن خلدون، الجزائر، 2001، ص 261.
- (25) - انظر هذا الرأي في: سمير جميل حسن الفتلاوي، الملكية الصناعية وفق القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988، ص 405. ونحن نميل إلى هذا الرأي، إذ يعتبر الركن المعنوي مفترضاً لا اداعي لإثباته فيكفي صدور النشرة الرسمية للمعهد الوطني للملكية الصناعية لعلم الجمهور.
- (26) - انظر هذا الحكم في: صلاح سليمان الأسمر، العلامة التجارية في القانون الأردني و المصري، 1986، ص 95.
- (27) - انظر حكم محكمة الجزائر، الفرع الجزائري، المؤرخ في 30 جانفي 1969 عن: cit., Annexe, p. 382. HAROUN (A), op.
- (28) - زراوي فرحة صالح، المرجع السابق، ص 259.
- (29) - حكم محكمة الجزائر، المؤرخ في 20 فيفري 1974. عن: cit., Annexe, p. 413. HAROUN (A), op.
- (30) - صلاح سلمان الأسمر، المرجع السابق، ص 97.
- (31) - المرجع نفسه، ص 97.
- (32) - المادة 5 من الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 جوان 1966، الذي يتضمن قانون العقوبات، المعدل و المتمم.
- (33) - المادة 16 مكرر 1 من المر رقم 156/66 السالف الذكر.
- (34) - المادة 47 من القانون رقم 02/04 السالف الذكر.
- (35) - المادة 40 من القانون رقم 02/04 نفسه.
- (36) - انظر في ذلك: القرام ابتسام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 1992، ص 245.
- (37) - انظر: 48 من القانون رقم 02/04 السالف الذكر.
- (38) - انظر: 2/46 من القانون نفسه.
- (39) - كانت المادة 35 من الأمر رقم 57/66 السالف الذكر تنص على عقوبة النشر، واثرت ذلك نجد أنّ محكمة الجزائر، القسم الجنائي، قضت في حكم صادر بتاريخ 30 أفريل 1969، بنشر الحكم في جريدة "المجاهد" وعلى نفقة المحكوم عليه.
- (40) - د. محمد حسنين، الوجيز في نظرية القانون (في القانون الوضعي الجزائري)، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص 76.
- (41) - أنطوان الناشف، الإعلانات و العلامات التجارية بين القانون و الاجتهاد القضائي، منشورات الحلبي، لبنان، 1999، ص 149.
- (42) - زراوي فرحة صالح، المرجع السابق، ص 259.
- (43) - VIVANT Michel, Les créations immatérielles et le droit, Ellipses, Paris, 1997, p. 106.

دور القاضي في تحقيق فعالية التحكيم التجاري الدولي

تعويبت كريم

أستاذ مساعد

كلية الحقوق

جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية

مقدمة

لم يعد يدور الحديث اليوم حول مدى قبول التحكيم كوسيلة لفض المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية، بل أصبح ينصب النقاش على مدى تشجيع الدول لاستعماله ومدى إحاطته بالضمانات الكافية التي تكفل فعاليته. فقد انتقل من نظام استثنائي منتقد لمنافسته للعدالة التي تقدمها المحاكم الوطنية في الدولة، إلى نظام مكمل لهذه العدالة في الحالات التي تعجز فيها هذه الأخيرة عن تقديم العدالة السريعة والمتخصصة للمتعاملين في مجال التجارة الدولية¹.

إن ما يؤكد ما سبق، هو إصرار المشرعين في غالبية الدول إلى سن قوانين تسعى من خلالها إلى التوفيق بين حتمية اللجوء إلى التحكيم، خاصة في مجال التجارة الدولية، نظرا للخصوصيات التي تتميز بها والتي لا تتماشى مع الإجراءات المعقدة التي يفرضها اللجوء إلى القضاء العادي من جهة، وضرورة حماية حقوق الخصوم من جهة أخرى. فقد شهدت سنوات الثمانينات والتسعينات تبني معظم الدول تشريعات وطنية حديثة تركز فيها نوع من التحرير والتشجيع لهذه الوسيلة، كما انضمت إلى الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي وبفعالية أحكام المحكمين عن طريق تسهيل الاعتراف بها وتنفيذها².

لقد سائر المشرع الجزائري هذا الاتجاه، حيث أصدر المرسوم التشريعي رقم 09/93 الذي وضع حدا للتردد الذي ميّز الموقف الجزائري لمدة قاربت 30 سنة، والمفارقة الكبيرة بين النصوص التشريعية والممارسة التعاقدية. حيث كرّس وبصفة جد واضحة حرية اللجوء إلى التحكيم، وقد اعتبرت الأحكام التي جاء بها هذا المرسوم مشجعة للتحكيم كوسيلة لفض المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية، وذلك بتجسيده لجل المبادئ التي وصلت إليها النظم المقارنة، كما تميّز بدمجه المُحكّم بين المرسوم الفرنسي الخاص بالتحكيم التجاري الدولي لسنة 1981، والنص السويسري المتضمن القانون الدولي الخاص لسنة 1987 بهدف "تهذيب بعض المواقف المنطرفة في تحرير التحكيم من كل القيود الوطنية"³.

غير أنه وفي الوقت الذي اقترحت فيه اللجنة الفرنسية للتحكيم التراجع عن بعض الحلول المجسدة لليبرالية المفرطة⁴، قام المشرع الجزائري بإعادة النظر في القواعد المنظمة للتحكيم بموجب القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁵، حيث أصبح يعتمد بصفة شبه كلية على القانون الفرنسي، وهو ما يعني أن القانون الجزائري للتحكيم أصبح من بين أكثر القوانين تطورا وليبرالية.

لكن مهما كانت النصوص ليبرالية وتشجيعية للتحكيم التجاري الدولي، فإن فعالية هذا الأخير تتوقف على التفسير الذي سيعتمده القضاء لنصوصه، وكذا الدور الذي يمنح للقاضي في مجال مساعدة التحكيم على تحقيق النتائج التي ينتظرها منه الأطراف وإزالة العقبات التي قد تعيق سيره، إلى جانب الحدود المرسومة للقاضي عند تدخله لممارسة الرقابة على الحكم التحكيمي. وأمام غياب الأحكام القضائية الجزائية، فإننا سنحاول تفسير النصوص القانونية الجديدة وفقا لما وصلت إليه أحدث المواقف في الأنظمة القانونية المقارنة .

I- دور القاضي في أعمال اتفاق التحكيم

يعد اتفاق التحكيم حجر الزاوية في نظام التحكيم، لأنه يعتبر نقطة البداية في مسيرة هذا الأخير ومصدر تميزه عن غيره من أدوات تحقيق الوظيفة القضائية. بذلك تتولد عنه عدة آثار، منها ما يتصل بالاختصاص ومنها ما ينصب على عاتق الأشخاص، فاختصاص المحكمة التحكيمية يبدأ بتشكيل هذه الأخيرة من قبل الأطراف أو من قبل القاضي عند وجود عقبات تحول دون تشكيلها من طرف أطراف اتفاق التحكيم .

1- تدخل القاضي لتشكيل المحكمة التحكيمية عند تخلف الأطراف عن ذلك

ترك القونين الحديثة حرية تشكيل المحكمة التحكيمية للأطراف، سواء كان ذلك بصفة مباشرة أو بالرجوع إلى نظام تحكيمي معين، غير أنه قد يحدث، عندما تكون هيئة التحكيم ثلاثية أو يفوق عددهم ثلاث⁶، أن يتمتع أحد الطرفين عن تعيين محكمه أو يفشل المحكمان في الاتفاق على اختيار المحكم المرجح . تأتي مساعدة القضاء للتحكيم عند ولادة النزاع التحكيمي، وبالتحديد عند تعثر تشكيل المحكمة التحكيمية، فيعين القاضي محكماً عن الطرف الذي يتمتع عن تعيين محكمه ويعين المحكم الثالث إذا لم يتوصل المحكمان المعينان من قبل الأطراف إلى الاتفاق عليه، ويترك بعد ذلك المحكمين يديرون شؤونهم بأنفسهم⁷.

لقد تصدت لهذه المشكلة المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فنصت على أنه إذا لم يعين أحد الطرفين محكمه أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث، تولت المحكمة هذا التعيين بناء على طلب الطرف الذي يهمله التعجيل، ويكون الاختصاص وفقاً لما يلي:

- في حالة التحكيم الذي يجري في الجزائر، يؤول الاختصاص لرئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم.

- في حالة التحكيم الذي يجري في الخارج، يؤول الاختصاص إلى رئيس محكمة الجزائر، بشرط أن يكون الأطراف قد اختاروا قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر .

تجدر الإشارة هنا أن المشرع الجزائري، وعلى غرار التشريعات المقارنة⁸، سوى بين الصعوبات المتعلقة بالتعيين وبين تلك المتعلقة بالعزل والاستبدال .

الملاحظ على موقف المشرع الجزائري، سواء في القانون القديم⁹ أو في نص المادة 1041 من القانون الجديد، أنه لم يحدد المدة التي يستوجب فواتها لاعتبار أن أحد أطراف التحكيم تماطل في تعيين محكمه أو المدة المحددة للمحكمان المعيّنان لتعيين المحكم الثالث، وهو ما يدفعنا إلى القول أن القاضي الذي يرفع إليه طلب التعيين له السلطة التقديرية في تحديد هذه المدة¹⁰.

2- دور القاضي في تقرير اختصاص المحكمة التحكيمية

يهدف اتفاق التحكيم إلى إقصاء القضاء أي المحكمة الوطنية المختصة أصلاً بنظر النزاع عن نظر ما يثور بين طرفي الاتفاق من منازعات، بحيث ينشئ هذا الاتفاق لكل طرف الحق في الدفع بالتحكيم إذا حاول الطرف الآخر التنصل منه واللجوء إلى القضاء، وعلى المحكمة التي ترفع إليها الدعوى في هذه الحالة أن تحكم بعدم اختصاصها عند الدفع بالتحكيم. والملاحظ في موقف المشرع الجزائري اعتباره الحكم الصادر في هذه المسألة حكماً بعدم الاختصاص وليس حكماً بعدم القبول، كما أنه لم يلزم القاضي بإحالة أطراف الخصومة على الهيئة التحكيمية كما فعلت اتفاقية نيويورك لعام 1958¹¹.

أولاً: ضرورة تقرير القاضي لعدم اختصاصه في نظر النزاع محل اتفاق تحكيم

إن ضمان تطبيق واحترام اتفاق التحكيم وبالتالي تحقيق فعاليته، يستدعي أن يقابل الأثر الإيجابي المتمثل في اختصاص المحكمة التحكيمية، أثر سلبي وهو عدم اختصاص المحاكم القضائية بالفصل في النزاع الذي اتفق الأطراف على حله عن طريق التحكيم. هذا ما أدى بالغالبية العظمى من التشريعات الوطنية الحديثة والاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي إلى تقريره، الشيء الذي أدى ببعض الفقهاء إلى اعتباره من المبادئ المادية في القانون عبر الدولي للتحكيم¹².

ثانياً : شروط تطبيق المبدأ

1- دفع أحد الأطراف بوجود اتفاق التحكيم

تسمح الطبيعة الاتفاقية للتحكيم والمبنية على إرادة الأطراف بالتنازل – سواء صراحة أو ضمناً – عن اتفاقهم التحكيمي، هذا ما يفسر منع القاضي الوطني، المعروف عليه النزاع، أن يقضي من تلقاء نفسه بعدم اختصاصه، بل يجب على المدعى عليه أن يثيره قبل أيّ دفاع في الموضوع. هذا ما نصت عليه جل التشريعات الوطنية الحديثة¹³ والاتفاقيات الدولية¹⁴.

أما في القانون الجزائري، فنجد أن المرسوم التشريعي رقم 09/93 لم ينص على هذا الشرط. لكن يرى بعض الشراح أنه شرط منطقي لكون الأطراف في النزاع يمكن لهم التنازل عن اتفاقهم، سواء صراحة أو ضمناً، بقبول الدفاع في الموضوع وعدم إثارة اتفاقهم على التحكيم. فالقاضي الجزائري لا يمكن له أن يقضي بعدم اختصاصه من تلقاء نفسه، بل يجب على الأطراف إثارة اتفاق التحكيم¹⁵. تماشياً مع هذا التفسير، نصت المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد على هذا الشرط صراحة وبالصيغة التالية: «يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن تثار من أحد الأطراف».

2- الدفع باتفاق التحكيم قبل أي دفاع في الموضوع

وفقا لما سبق، فإذا كان تمسك الأطراف باتفاق التحكيم شرط منطقي وضروري لكي يحكم القاضي بعدم اختصاصه، فهل يمكن إثارته في أي وقت من مراحل الدعوى؟ وهل يمكن إثارته حتى قبل بدء إجراءات التحكيم؟

لقد أجابت معظم التشريعات الداخلية والاتفاقيات الدولية على هذا التساؤل، فنجدها تشترط أن يثار اتفاق التحكيم قبل أي دفاع في الموضوع، ولكنها لم تشترط لتطبيق مبدأ عدم اختصاص القضاء الوطني أن يكون أحد الأطراف قد بدأ فعلا في اتخاذ إجراءات التحكيم، ويمكن بذلك تطبيقه حتى قبل البدء فيها. كما أن هذه التشريعات جاءت نصوصها مطلقة، يستفاد منها ضرورة إقرار القاضي الوطني عدم اختصاصه سواء كان النزاع قد عرض عليه قبل بدء إجراءات التحكيم أو بعد بدئها و اتصال محكمة التحكيم بالنزاع .

لقد جاءت المادة 1045 من القانون رقم 09/08 السالف الذكر متماشية مع الاتجاه السائد، حيث منع القاضي من نظر النزاع بمجرد إثبات أحد الأطراف وجود اتفاق التحكيم حتى قبل بداية تشكيل المحكمة التحكيمية. هذا الحل يعتبر تقدم كبير في اتجاه تشجيع التحكيم التجاري الدولي في الجزائر لأن المادة 458 مكرر 8 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية القديم، كانت تنص على أنه:

«... يكون القاضي غير مختص للفصل في الموضوع متى كانت دعوى التحكيم معلقة» .

فوجود اتفاق التحكيم، وفقا لهذا النص، لا يكفي لتطبيق مبدأ عدم اختصاص القضاء الوطني، بل تكون إضافة إلى ذلك دعوى التحكيم معلقة¹⁶. وبمفهوم المخالفة، فإن القاضي الوطني مختص بنظر النزاع في حالة عدم البدء في إجراءات التحكيم، هذا ما يؤدي إلى إفقاد اتفاق التحكيم كل فعاليته ويسمح بذلك للطرف السيئ النية التحلل من التزامه باتفاق التحكيم الذي أبرمه بمحض إرادته، كلما رأى أن ذلك لا يخدم مصلحته ويقوم بعرض النزاع إلى القضاء الوطني قبل بدء الطرف الآخر في إجراءات تأسيس المحكمة التحكيمية.

لكن حتى في ظل القانون القديم كان بعض الفقه¹⁷ يرى ضرورة استبعاد هذا التفسير نظرا لتعارضه مع مبدأ أساسي في نظام التحكيم وهو مبدأ "الاختصاص – بالاختصاص"، إضافة إلى كونه يتعارض مع أحكام المادة 3/2 من اتفاقية نيويورك 1958 التي انضمت إليها الجزائر¹⁸. فيجب في هذه الحالة تطبيق أحكام الاتفاقية عملا بنص المادة 132 من دستور 1996¹⁹، والتي تضع الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر أسما مرتبة من التشريع الداخلي، لأن هذا الشرط " تتطلبه فقط بعض التشريعات التي استمرت مخلصا للتقاليد القديمة حول الاعتراف فقط بمشاركة التحكيم أو الخضوع الفعلي للتحكيم"²⁰.

3- مدى اشتراط صحة اتفاق التحكيم

يثار التساؤل أخيرا عما إذا كان تطبيق مبدأ عدم اختصاص القضاء الوطني يشترط أن يكون اتفاق التحكيم صحيحا وقابلا للتطبيق؟

لقد انقسمت التشريعات الداخلية والاتفاقيات الدولية عند إجابتها على هذا التساؤل إلى عدة اتجاهات:

الاتجاه الأول: سلطة القاضي في التأكد من صحة اتفاق التحكيم

أخذت بهذا الاتجاه معظم التشريعات الداخلية، ومفاده أن المحكمة القضائية لها سلطة فحص اتفاق التحكيم للتأكد من مدى صحته أو بطلانه وما إذا كان قابلاً للتطبيق من عدمه. سواء رفع إليها النزاع قبل بدء إجراءات التحكيم أو بعد أن تكون المحكمة التحكيمية قد بدأت النظر في النزاع. فإذا وجدت المحكمة القضائية أن الاتفاق صحيح ومنتج لآثاره، حكمت بعدم اختصاصها. أما إذا وجدت أن هذا الاتفاق غير صحيح أو لا يمكن تطبيقه، فإنها تتصدى للموضوع وتفصل في النزاع.

وعلى سبيل المثال، فإن المادة 1/7 من القانون الدولي الخاص السويسري الجديد نصت «... على المحكمة القضائية المرفوع إليها النزاع أن تقرر عدم اختصاصها إلا إذا... أثبتت المحكمة أن اتفاق التحكيم لاغ أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق أو إذا كان من غير الممكن تشكيل محكمة التحكيم لأسباب راجعة إلى المدعى عليه»²¹.

كما أخذت به أيضاً اتفاقية نيويورك حيث تنص المادة 3/2 منها «على محكمة الدولة المتعاقدة... أن تحيل الأطراف للتحكيم... إلا إذا ثبت للمحكمة أن هذا الاتفاق لاغ أو غير فعال أو غير قابل للتطبيق» أما الاتفاقية الأوروبية الموقعة في جنيف سنة 1961 والمتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي، فإنها أعفت القاضي الوطني من تقرير عدم اختصاصه رغم وجود اتفاق التحكيم بشأن النزاع بين الأطراف. إذا وجدت هناك بواعث خطيرة، لكن هذه الاتفاقية لم تحدد ماهية هذه البواعث ولم تقدم أمثلة عنها، الشيء الذي يجعل هذا التحفظ غامض وغير دقيق²².

الاتجاه الثاني: تقيد القاضي بالبطلان الظاهر لاتفاق التحكيم

يأخذ بهذا الاتجاه القانون الفرنسي، فبالرجوع إلى نص المادة 1458 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد²³، نجد أن المشرع الفرنسي فرق بين الحالة التي ترفع فيها الدعوى أمام القاضي بعد أن تكون محكمة التحكيم قد طرح عليها النزاع، حيث أن القاضي الفرنسي لا يمكن له في هذه الحالة، البحث في مدى صحة أو وجود اتفاق التحكيم، بل يجب عليه أن يقضي بعدم اختصاصه. أما الحالة الثانية، فهي الحالة التي يرفع فيها النزاع أمام القاضي قبل البدء في إجراءات التحكيم، وفي هذه الحالة أيضاً يجب على القاضي أن يقضي بعدم اختصاصه كقاعدة عامة، إلا في حالة البطلان الظاهر لاتفاق التحكيم، حيث أجاز المشرع للقاضي الفرنسي في هذه الحالة أن يقرر اختصاصه ويتصدى لموضوع النزاع²⁴.

إن هذه التفرقة التي جاء بها المشرع الفرنسي تعتبر تفرقة منطقية، حيث أن الحل الذي جاء به في الحالة الأولى يتماشى والمبدأ المعترف به في مجال التحكيم التجاري الدولي وهو مبدأ "الاختصاص - بالاختصاص". فإذا كانت محكمة التحكيم قد طرح عليها النزاع، فيرجع لها الاختصاص لوحدها للفصل في مدى صحة أو وجود اتفاق التحكيم وبالتالي القضاء باختصاصها، وهذا طبعاً تحت رقابة قاضي البطلان أو قاضي التنفيذ. كما أن الحل الذي جاء به في الحالة الثانية أي في حالة رفع الدعوى أمام القضاء قبل بدء

إجراءات التحكيم يهدف إلى قفل باب المماطلة وتعطيل سير إجراءات التحكيم من الطرف السيئ النية الذي يبادر برفع دعوى قضائية كلما رأى أن التحكيم يهدد مصالحه²⁵.

الاتجاه الثالث: عدم النص على سلطة القاضي في فحص صحة اتفاق التحكيم

لم يتطرق أصحاب هذا الاتجاه إلى مدى اعتبار صحة اتفاق التحكيم شرط من شروط تطبيق مبدأ عدم اختصاص المحاكم الوطنية للفصل في النزاع الذي يوجد بشأنه اتفاق تحكيم، ومن التشريعات التي أخذت بهذا الاتجاه، نجد التشريع المصري الجديد الخاص بالتحكيم والصادر في عام 1994، فقد نصت المادة 13 منه على أنه :

« 1- يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إيدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى.

2- ولا يحول رفع الدعوى - المشار إليها في الفقرة السابقة - دون البدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم».

فرغم أن أحكام هذه المادة جاءت مطلقة، إلا أن جانب من الفقه المصري ذهب إلى القول بأن القاضي المصري، لكي يقضي بعدم قبول الدعوى، يجب أن يكون أمام اتفاق تحكيم صحيح ومنتج لآثاره، وذلك لأن أساس الحكم بعدم القبول هو وجود اتفاق تحكيم صحيح ومنتج لآثاره، وليس مجرد الوجود المادي له. فالقاضي المصري لا يتخلى عن حقه في التصدي لموضوع النزاع المطروح عليه إلا إذا تبين له أن اتفاق التحكيم الذي تمسك به أحد الأطراف صحيح ومنتج لآثاره. أما في الحالة العكسية (اتفاق التحكيم باطل)، فإن القاضي له رفض الدفع بعدم القبول والتصدي لموضوع النزاع والفصل فيه²⁶.

وعليه يمكن القول أن هذا التحليل غير سليم لكونه يمس بمبدأ مكرس في المادة 1/22 من نفس القانون ألا وهو " مبدأ الاختصاص - بالاختصاص"، حيث أن هذه المادة تنص على أنه « تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع» .

فبحث القاضي في مدى وجود اتفاق التحكيم معناه بحثه في مسألة اختصاص المحكمة التحكيمية، وهذا يتعارض مع أحكام المادة 1/22 السابقة الذكر.

بينما يمكن الأخذ بهذا الحل، كما ذهب إليه الدكتور " سراج حسين محمد أبو زيد"²⁷ استنادا على نص المادة الأولى من نفس القانون²⁸، بتطبيق أحكام اتفاقية نيويورك 1958 التي انضمت إليها مصر، وهذه الأخيرة تأخذ بهذا الحل.

موقف المشرع الجزائري من الاتجاهات السابقة

كان تطبيق قاعدة عدم اختصاص المحاكم القضائية بالفصل في النزاع الذي يوجد بشأنه اتفاق تحكيم، يقتصر فقط على الحالة التي تكون فيها دعوى التحكيم معلقة، وبالتالي فإن التمسك بأحكام المادة 458 مكرر 8 تؤدي بنا إلى القول أنه في الحالة التي تكون فيها دعوى التحكيم غير معلقة، لا تطرح مسألة اشتراط صحة اتفاق التحكيم لتطبيق القاعدة المذكورة، لأنه حتى ولو كان هذا الاتفاق صحيح، فهذا لا يمنع

المحكمة القضائية من التصدي لموضوع النزاع، فيستوي في هذه الحالة كون اتفاق التحكيم صحيح ومنتج لآثاره أو عدم صحته أو حتى عدم وجوده. وي طرح هذا التساؤل فقط في الحالة التي تكون فيها دعوى التحكيم معلقة.

لكن نظرا للانتقادات²⁹ التي تعرضت لها هذه المادة، تدخل المشرع وأعاد النظر في الحلول التي وضعتها، فقد نص القانون الجديد على عدم اختصاص القاضي الوطني حتى قبل الشروع في إجراءات تشكيل المحكمة التحكيمية. غير أن نص المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية اشترط وجود اتفاق التحكيم ولم تبيّن طبيعة هذا الوجود وهل يتعلق الأمر بالوجود الشكلي أو الوجود القانوني، وانتظار التفسير الذي سيعطى له من طرف القضاء، نرى ضرورة الأخذ بفكرة الوجود الشكلي فقط تماشيا مع المادة 1040 التي تشترط الكتابة لصحة اتفاق التحكيم ودون البحث في مدى توفر الأركان المادية لهذا الاتفاق لأن ذلك سيتعارض مع مبدأ الاختصاص - بالاختصاص المكرس في المادة 1044 من نفس القانون .

مما سبق، يمكن أن نقول أن المشرع الجزائري أخذ بالاتجاه الذي أخذه المشرع الفرنسي، لكنه لم يعتمد على فكرة البطلان الظاهر، بل اعتمد على فكرة أخرى وهي فكرة "الوجود الشكلي" لاتفاق التحكيم، من أجل استبعاد اختصاص القاضي في نظر النزاع لصالح المحكمة التحكيمية.

II- دور القاضي في الحفاظ على مصالح الأطراف أثناء الخصومة التحكيمية

إذا كان اتفاق التحكيم، من حيث المبدأ، يرتب عدم اختصاص المحاكم القضائية بالفصل في المنازعات التي أبرمه الأطراف بشأنها، إلا أن هذا المبدأ ترد عليه بعض الاستثناءات، حيث يبقى فيها القاضي متمتعاً بسلطات واسعة لا يستهان بها تتعلق أساساً بمساعدة التحكيم التجاري الدولي لتحقيق أهدافه وفعاليتيه.

1- التدخل لاتخاذ التدابير الوقائية أو التحفظية

إضافة إلى المساعدة التي يقدمها القضاء - كما رأينا سابقاً - في تشكيل الهيئة التحكيمية خاصة في مجال التحكيم الخاص "AD-HOC" ، فإنه يحتفظ باختصاصه في مجال الأمور المستعجلة والتحفظية³⁰. فاتفاق التحكيم لا يترتب عليه سلب حق أحد الطرفين في أن يلجأ إلى القضاء للحصول على أمر باتخاذ إجراء تحفظي أو فرض تدبير مؤقت. وهذا يرجع بطبيعة الحال إلى سلطة الأمر المقررة للقضاء والتي تفتقر إليها الهيئة التحكيمية³¹. إضافة إلى أن الأمر في المنازعات المستعجلة يتعلق بخطر محقق أو ضرر داهم يواجهه المشرع بقضاء خاص متميز عن القضاء صاحب الاختصاص في دعوى الموضوع .

في ظل هذا الاعتبار يجب على القضاء المستعجل أن يتصدى للدعوى المرفوعة إليه حتى ولو دفع بالاتفاق على التحكيم، وإلا كان في ذلك إهدار للمصلحة المراد حمايتها من ناحية، وتخل من هذا القضاء عن وظيفته من ناحية أخرى. فصفة الاستعجال التي اقتضت الخروج على القواعد العامة في الاختصاص القضائي، تفرض بالمثل الخروج على صلاحية المحكم، وهذا حتى في حالة الاتفاق الصريح بين الأطراف

على اختصاص المحكمة التحكيمية بالأمر المستعجلة. فهذا يرجع إلى طبيعة المنازعات المستعجلة ذاتها ووظيفة القضاء المتعلقة بها³².

مجل القول، أن كل التشريعات الوطنية الحديثة³³ تعترف بسلطات القضاء الوطني في مجال الأمور الإستعجالية، سواء كانت تدابير مؤقتة أو تحفظية، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد والذي جاء بصيغة مماثلة لتلك التي جاء بها نص المادة 458 مكرر 2/9 من قانون الإجراءات المدنية القديم والمأخوذة حرفيا من نص المادة 183 من القانون السويسري، حيث تنص المادة 1046 منه في فقرتها الثانية على أنه «إذا لم يقر الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إراديا، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي»، وللقاضي الذي يتخذ هذه التدابير أن يقدر ما إذا كان يستوجب على الطرف الذي طلبها تقديم الضمانات المناسبة.

2- تقديم القاضي المساعدة في الإثبات وتمديد مهمة المحكمين وتثبيت الإجراءات

تنص المادة 1048 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه «إذا اقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة أو تمديد مهمة المحكمين أو تثبيت الإجراءات أو في حالات أخرى، جاز لمحكمة التحكيم أو للأطراف بالاتفاق مع هذه الأخيرة، أو للطرف الذي يهيمه التعجيل بعد الترخيص له من طرف محكمة التحكيم، أن يطلبوا بموجب عريضة تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي» .

الأصل أن تتولى محكمة التحكيم مهمة البحث عن الأدلة³⁴، وإعطاء الأطراف الحق في تقديم الأدلة التي يرونها مناسبة لإثبات ادعاءاتهم، غير أن هذه المحكمة التحكيمية، ونظرا لمصدرها الإتفاقي، تفقر إلى سلطة الأمر "imperium"، وهو ما يعني أنها تحتاج إلى مساعدة القاضي لها³⁵.

فمحكمة التحكيم لا تستطيع مثلا أن تأمر أحد الأطراف بإحضار شاهد، وهذا الوضع يدفعها إلى طلب تدخل رئيس المحكمة التي يجري التحكيم في دائرة اختصاصها إذا كان التحكيم يجري في الجزائر أو رئيس محكمة الجزائر العاصمة إذا كان التحكيم يجري في الخارج .

III- دور القاضي في تحقيق فعالية الحكم التحكيمي

ينتهي عمل المحكمة التحكيمية بصدور الحكم التحكيمي الذي يفصل في موضوع النزاع، وتنفيذ هذا الحكم يتوقف على الاعتراف به وإدخاله في النظام القانوني الوطني وحصوله على الصيغة التنفيذية، لكن قبل ذلك سمح المشرع الجزائري بالطعن فيه وفي الأمر الذي يقضي بتنفيذه، هذا ما يستدعي تدخل القاضي الوطني.

1- إصدار الأمر بالتنفيذ

كثيرا ما يكون تنفيذ الأحكام التحكيمية طواعية، أي بمحض إرادة الأطراف³⁶، ولعل السبب في ذلك أن التحكيم هي وسيلة لفض المنازعات وتدعيم الاستمرار في العلاقات بين الأطراف خاصة في مجال

العلاقات التجارية الدولية. لكن في غياب التنفيذ من الطرف المحكوم ضده، فإن قوانين التحكيم التجاري الدولي بما فيها القانون الجزائري، سمح للطرف الذي له المصلحة باللجوء إلى القضاء لاستصدار الأمر بالتنفيذ الجبري.

أ- الجهة القضائية المختصة بإصدار الأمر بالتنفيذ الجبري

لقد أبقى المشرع الجزائري في القانون الجديد على نفس الأحكام التي جاء بها المرسوم التشريعي رقم 09/93، حيث ميّز بين الأحكام التحكيمية الصادرة في الجزائر والأحكام الصادرة خارج التراب الوطني³⁷. فقد اعتمد على معيار مكان صدور الحكم لتحديد المحكمة التي يكون رئيسها مختصا بإصدار الأمر بتنفيذ الأحكام الصادرة في الجزائر، بينما يعتمد في تحديد رئيس المحكمة المختصة في هذا المجال بناء على محل التنفيذ إذا كان الحكم صادر خارج القطر الجزائري، إذ تنص المادة 1051 في فقرتها الثانية «...وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني» .

ب- شروط الاعتراف وإصدار الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي

اشتراط المشرع الجزائري لإصدار الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي شرطين، أحدهما شكلي يتمثل في إثبات وجود الحكم التحكيمي، والآخر موضوعي يتعلق بمطابقته للنظام العام الدولي. فالتنفيذ الجبري للحكم التحكيمي يستوجب حسب المادة 1051 إثبات من تمسك به وجوده، وهذا عن طريق تقديم أصل الحكم مرفقا باتفاقية التحكيم أو نسخ عنهما على الأقل مستوفية لشروط صحتها ويتم إيداعها من الطرف المعني بالتعجيل، بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة وفقا لقواعد الاختصاص السابقة.

أما بالنسبة للشرط الثاني المتعلق بمطابقة الحكم للنظام العام الدولي، فقد اتجه المشرع الجزائري إلى أبعد مما نصت عليه اتفاقية نيويورك، فقد بين أن النظام العام المقصود هو النظام العام الدولي وليس النظام العام الداخلي، أي " الصورة المخففة من النظام العام الجزائري التي تتماشى مع مقتضيات المرونة التي تتسم بها التجارة الدولية، سواء أتلقت الأمر بالقواعد الموضوعية أو الإجرائية"³⁸. فينبغي على القاضي الذي يطلب منه إصدار الأمر بالتنفيذ أن يتقيد بهذا التفسير لتحقيق فعالية التحكيم التجاري الدولي، لأن اشتراط أكثر من ذلك سيؤدي حتما إلى مراجعة الحكم التحكيمي أي رقابته من حيث الموضوع وهو ما يؤدي إلى تدخل القاضي في عمل المحكم وتعدي على مبدأ عدم اختصاص القاضي الوطني في نظر النزاع محل اتفاق التحكيم³⁹.

2- ضرورة تقيد القاضي بالرقابة على المسائل الجوهرية فقط

إن رقابة القاضي على التحكيم تهدف حسب أحد الكتاب⁴⁰ "إلى التحقق من مدى احترام المقومات الأساسية للمحاكمة العادلة. فالغاية لا تتمثل في إعطاء المحكم إحساسا بأنه مجرد مساعد للقضاء، بل منح

الأطراف إحساسا بالأمان والاطمئنان ضد خطر العشوائية والحيث مع احترام استقلالية الإجراءات التحكيمية وحرية المحكم في الاجتهاد وفي تسيير الخصومة التحكيمية".

أ- النسبة لقاضي البطلان

أجاز القانون الجزائري الجديد لمن يصدر ضده حكم تحكيم دولي في الجزائر أن يبادر فور صدور الحكم وقبل الشروع في تنفيذه بالطعن بالبطلان طبقا لأحكام المادتين 1058 و 1059 من القانون الجديد. فقد نصت المادة 1058 على أنه « يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه.

ولا يقبل الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي المشار إليه أعلاه أي طعن، غير أن الطعن ببطلان حكم التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ أو تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ إذا لم يتم الفصل فيه» .

وقد أضافت المادة 1059 أنه « يرفع الطعن بالبطلان في حكم التحكيم المنصوص عليه في المادة 1058 أعلاه أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه، ويقبل الطعن ابتداء من تاريخ النطق بحكم التحكيم.

ولا يقبل هذا الطعن بعد أجل شهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ».

فقد ساير المشرع الجزائري الاتجاه الحالي في جميع التشريعات تقريبا - نظرا لعدم جواز استئناف أحكام التحكيم الدولي- من تقرير الحق لمن يصدر ضده حكم التحكيم في طلب إبطال ذلك الحكم لأسباب محددة على سبيل الحصر⁴¹ في المادة 1056، وهي بذلك ضمانات أساسية ووحيدة لمن يصدر ضده الحكم.

غير أن المشرع الجزائري لم يتوسع في أسباب البطلان وهو ما يدل على حرصه على تحقيق فعالية التحكيم وبالتالي تشجيع اللجوء إليه لفض المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية.

ب- بالنسبة للقاضي الذي ينظر في استئناف الأمر الخاص بالاعتراف والتنفيذ

إذا كان حكم التحكيم الدولي قد صدر خارج الجزائر ويراد تنفيذه في الجزائر، فإن ذلك الحكم يكون حكما أجنبيا، ويكون دور القاضي الجزائري الذي يطلب منه إصدار أمر بتنفيذه هو دور قاضي التنفيذ ودور الرقيب على جواز الاعتراف بهذا الحكم وقابليته للتنفيذ، ولا تمتد هذه الرقابة إلى حد إبطال الحكم التحكيمي بحد ذاته لأن ذلك من اختصاص قاضي الدولة التي صدر فيها⁴².

فقد حصر المشرع الجزائري الحالات التي يمكن فيها الطعن بالاستئناف ضد الأمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ في ست حالات حددتها حصرا المادة 1056 وتمثل في:

- حالة فصل محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضت مدتها
- تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد بالمخالفة للقانون
- فصل محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها
- عدم احترام مبدأ الوجاهية

- عدم تسبب الحكم التحكيمي أو تناقض أسبابه

- مخالفة الحكم التحكيمي للنظام العام الدولي

نشير في الأخير أن المادة 1060 من القانون الجديد تعتبر جميع الطعون السابقة وأجال ممارستها موقفة لتنفيذ أحكام التحكيم و أن القرارات الصادرة بصدد هذه الطعون قابلة للطعن بالنقض تطبيقا للمادة 1061 وفقا للحالات المنصوص عليها في المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

خاتمة

من خلال ما سبق نجد أن المشرع الجزائري واكب التطورات الحديثة وحذا حذو التشريعات الحديثة التي تمنح للقاضي دورا جديدا وفعالاً إلى جانب دوره التقليدي المتمثل في الرقابة اللاحقة، ويؤسس هذا الدور الجديد والمتمثل في التدخل لمساعدة التحكيم على حقيقة كون المحكم كفرد خاص غير متمتع بسلطة الأمر التي يتمتع بها قاضي الدولة، ومن ثم حرصت التشريعات الحديثة على أن يكون تدخل قضاء الدولة لمساعدة التحكيم شاملاً لكل مراحل التحكيم، أي من الاتفاق على اللجوء إليه إلى غاية تنفيذ الحكم التحكيمي. فإتاحة المشرع الجزائري لفرص ومجالات تدخل القاضي لمساعدة التحكيم يساهم لا محال، في تحقيق فعالية التحكيم في القانون الجزائري، مما يدخل هذا الأخير ضمن القوانين المشجعة للتحكيم في مجال فض المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية، ويجعله من القوانين التي تتصدى للعقبات التي تؤدي إلى فشله، خاصة منها ما يصدر من الخصم الذي يجد مصلحته في إعاقة إجراءات التحكيم أو تنفيذ الحكم بسوء نية.

الهوامش:

¹ - د/ حفيظة السيد الحداد، الإتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر 2001.

ص7

² - sur l'ensemble de la question voir : FOUCHARD (PH) : « arbitrage commercial international (sources) », Juris-classeur Droit international, fascicule 585-2, 1989

³ - د/ مصطفى طراري الثاني: " التحكيم التجاري الدولي في الجزائر إثر صدور المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ

في 25/04/1993 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية"، مجلة دراسات قانونية، عدد 1 جوان 2002، دار القبة

للنشر والتوزيع - الوادي الجزائر. ص 56

Le même auteur considère que « ... l'intention était sans doute de combiner les solutions des deux législations, afin d'en tirer le meilleur parti et, ainsi, concilier les exigences de l'arbitrage moderne avec la spécificité de l'Algérie en tant que pays en développement ».

TRARI TANI (M), droit algérien de l'arbitrage commercial international, BERTI Editons, Alger 2007.p33

⁴ Voir le texte proposé par le comité français de l'arbitrage publié dans la revue de l'arbitrage en 2006. P491 et s.

Voir aussi les réflexions sur ce texte : KASSIS(A), la réforme du droit de l'arbitrage international (réflexions sur le teste proposé par le comité français de l'arbitrage), l'Harmattan, 2008.

⁵ - نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية يوم 23 أبريل 2008.

⁶ - على أن يكون عددهم دائما وترا وفقا للمادة 1017 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

⁷ - د/ عبد الحميد الأحذب: " القواعد المنظمة لإجراءات التحكيم"، بحث مقدم في أشغال اليومان الدراسي المنظم من

طرف المحكمة العليا في الجزائر العاصمة حول الطرق البديلة لحل النزاعات أيام 15 و 16 جوان 2008. ص 50

- 8- أنظر مثلا المادة 17 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994، المنشور في مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، عدد 4 لسنة 1996. ص 240 وما يليها.
- 9- أنظر المادة 458 مكرر 2 من قانون الإجراءات المدنية الجزائرية الملغى
- 10- فقد حدّدت هذه المدة مثلا في القانون المصري بثلاثين يوم تسري من يوم تسلم الطرف طلب التعيين من الطرف الآخر أو من يوم تعيين المحكم الأخير بالنسب لميعاد تعيين الحكم المرجح، أنظر في ذلك نص المادة 17 من القانون المصري السالف الذكر. وهو نفس الميعاد الذي نصت عليه المادة 3/11 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في سنة 1985.
- 11- تتعلق هذه المسألة بطبيعة الأمر الصادر من القاضي عندما ترى استبعاد نظر النزاع محل اتفاق التحكيم، فهناك إذن من يعتبره حكم بعدم الاختصاص وهناك من يعتبره حكم بعدم القبول وهناك من يذهب أكثر من ذلك ليلزم القاضي بإصدار أمر بإحالة الأطراف على المحكمة التحكيمية.
- أنظر في تفصيل ذلك: د/ عاطف محمد الفقى، التحكيم في المنازعات البحرية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1997. ص 231 وما يليها.
- 12- أنظر مذكرتنا تحت عنوان : استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي (دراسة على ضوء المرسوم التشريعي رقم 09/93 والقانون المقارن)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق جامعة مولود معمري، 2004. ص 44
- 13- أنظر على سبيل المثال: المادة 3/1458 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد، المادة 1/13 من القانون المصري الجديد الخاص بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية، المادة 1/7 من القانون الدولي الخاص السويسري الجديد...
- 14- نص المادة 3/2 من اتفاقية نيويورك 1958 مثلا.
- « على محكمة الدولة المتعاقدة المطروح عليها نزاع بصدد مسألة أبرم الأطراف بشأنها اتفاق تحكيم ... أن تحيل الأطراف للتحكيم وذلك بناء على طلب أحدهم... » .
- 15- TERKI (N.E), Arbitrage commercial international en Algérie, OPU, Alger 1999. p63.
- 16- تعتبر دعوى التحكيم معلقة وفقا لنص المادة 458 مكرر 8، عندما يرفع أحد الأطراف دعوى أمام المحكم أو المحكمين المعينين في اتفاق التحكيم، أو عندما يباشر أحد الأطراف إجراء تأسيس محكمة التحكيم في حالة غياب مثل هذا التعيين.
- 17- TERKI (N.E), op-cit, p61et62.
- 18- L'article 2/3 de la convention dispose :
- «Le tribunal d'un Etat contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée ».
- 19- الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 438/96 المؤرخ في 7 ديسمبر سنة 1996. ج ر عدد 1996/76
- 20- د/ راشد سامية، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 1984 ص 442.
- 21- أشارا إليه:
- LALIVE (P) et GAILLARD (E), le nouveau droit de l'arbitrage en suisse, Clunet, 1989
- 22- أنظر نص المادة 3/6 من الاتفاقية منشورة في: Juris-clas drt-inter, fasc588
- أنظر في شرح هذه المادة:

GOLDMAN (B) : "arbitrage commercial international : convention d'arbitrage (formation, généralités, consentement, capacité, pouvoir), juris-cla-drt-inter, fasc 586-2 n° 35

²³- رغم أن هذه المادة جاءت في القسم الخاص بالتحكيم الداخلي، إلا أن تطبيقها يشمل التحكيم الدولي. هذا ما ذهب إليه الفقه وجسده القضاء في فرنسا. أنظر مثلاً:

Cass-civ, 1ere.28juin 1989. Eurodif c/ république islamique d'Iran, rev-arb, 1989, p653. 2e arrêt. note FOUCHARD (PH).

²⁴- يقصد بالبطان الظاهر لاتفاق التحكيم، أن يكون هذا البطان واضحاً و غير قابل للمنازعة فيه، أي ظاهر للعيان، حيث يمكن للقاضي أن يكتشفه بمجرد الإطلاع على اتفاق التحكيم دون أن يكون من الضروري إجراء فحص معمق، ومثال ذلك، انعدام العلاقة بين النزاع واتفاق التحكيم المثار، فمجرد التأكد من مجال تطبيق اتفاق التحكيم لا يؤدي إلى البطان الظاهر له.

Voir par exemple : cass-civ, 1ere/1décembre 1999. ste METU system France et autres c/ste SULZER infra. Rev -arbn°1-2000.p96.1^{er} arrêt. note FOUCHARD (PH).

²⁵- أنظر في عكس ذلك:

د/ سراج حسين محمد أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2000، ص396.

كذلك د/ مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1995، ص48 و49.

²⁶- أنظر: د/ مختار أحمد بريري، مرجع سابق، ص47-49

²⁷- د/ سراج حسين محمد أبو زيد، مرجع سابق، ص397.

²⁸- تنص المادة الأولى من القانون المصري رقم 27 لسنة 1994 المتعلق بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية على : « مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر... » .

- نصوص هذا القانون منشورة في مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية عدد 4 - أكتوبر 1996

²⁹ - Voir par exemple :

TERKI(N.E),op-cit, p61 et 62

أنظر أيضاً: عليوش قريوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2001. ص 46 و 47

³⁰- الإجراءات التحفظية هي التي تتخذ لحماية أموال أو لصون حقوق، مثل حجز التحفظي أو التأمين البحري وحبس المنقول إلخ... أما الإجراءات المؤقتة فهي التي تنظم وقتياً حالة مستعجلة إلى أن يصدر فيها قراراً نهائياً مثل الحراسة القضائية على الأموال.

³¹- « En raison de l'effet de la convention d'arbitrage et de l'absence d'imperium des arbitres, certaines mesures ne peuvent être prises efficacement que par les juridictions étatiques... »

- FOUCHARD (PH), GAILLARD (E), GOLDMAN (B), traité de l'arbitrage commercial international, litec-delta, Paris 1996, p 248.

³²- د/ مصطفى محمد الجمال، د/ عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان 1998، ص527

³³- وأخذت بهذا الحل حتى لوائح التحكيم ذات الصبغة الدولية، ونذكر على سبيل المثال المادة 5/8 من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية، وكذا المادة 3/26 من قواعد تحكيم "uncitral"

- لم تنتظر اتفاقية نيويورك 1958 لهذه المسألة، إلا أنها لا تتضمن ما يحول دون الأخذ بهذا الحل.

أنظر في ذلك: د/ راشد سامية، مرجع سابق، ص461.

³⁴- أنظر المادة 1047 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

35- ونذكر من بين هذه الحالات، الشهادة، الخبرة، الإنابة... إلخ، وتطبق عليها نفس الأحكام.

36- TERKI (N.E), op-cit, p.127

37- أنظر المادة 458 مكرر 17 من قانون الإجراءات المدنية القديم.

38- د/ مصطفى طراري الثاني، المرجع السابق، ص 53

39- مهما كان فإن المادة 1051 تتميز بليبرالية أكبر من المادة 36 من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

40- أحمد الورفلي: "الرقابة القضائية على إجراءات التحكيم في القانون الجزائري الجديد"، بحث مقدم في أشغال اليوم الدراسي حول القضاء والمحاكمة التحكيمية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، المحكمة العليا، الجزائر، 16 مارس 2009، ص 29

41- يرى الدكتور الأحذب عبد الحميد أن أسباب البطلان واردة على سبيل المثال وليس الحصر استنادا إلى استعمال المشرع كلمة "يمكن" في المادة 1058، وهذا بجانب في رأينا معنى النص لأن هذه الكلمة تنصرف على امكانية الطعن بالبطلان الذي هو حق لمن تقرر لمصلحته ويمكن التنازل عنه لأنه ليس من النظام العام لأن المشرع الجزائري لم يمنع استبعاد الأطراف للطعن بالبطلان.

أنظر د/ الأحذب عبد الحميد: " القضاء والتحكيم: آفاق وتحديات" ، بحث مقدم في أشغال اليوم الدراسي حول القضاء والمحاكمة التحكيمية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، المحكمة العليا، الجزائر، 16 مارس 2009، ص 14.

42- أنظر في ذلك: د/ أكثم الخولي: " تنفيذ أحكام التحكيم الدولية طبقا للقانون الجديد"، بحث مقدم في أشغال اليوم الدراسي حول القضاء والمحاكمة التحكيمية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، المحكمة العليا، الجزائر، 16 مارس 2009، ص 12

التطليق لعدم الإنفاق في قانون الأسرة الجزائري

دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية

تريكي (آيت شاوش) دليّة

أستاذة مساعدة - كلية الحقوق

جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية

لقد عنونت مختلف المؤلفات القانونية والشرعية هذا المحور بالتطليق للإعسار، ولكنني فضّلت عنونته بالتطليق لعدم الإنفاق عوضاً من التطليق للإعسار، لأنّ عدم الإنفاق ليس بالضرورة بسبب إعسار الزوج وإنما قد يكون هذا الأخير موسراً ولكنه يمتنع عن أداء النفقة الزوجية إضراراً بالزوجة مع اختلاف أحكام كل حالة. وإمساك الزوج زوجته دون الإنفاق عليها يتناقض والقاعدة العامة المقررة في الشرع الإسلامي "لا ضرر ولا ضرار"، خاصة وأنّ نفقة الزوجة واجبة على الزوج دون خلاف بين الفقهاء، ولعلّ من أبرز مظاهر تكريم الشريعة الإسلامية للزوجة فرض النفقة على زوجها دون أن يؤثر ذلك في استقلالية ذمتها المالية أو ينقص منها.

هناك من عرّف النفقة بعناصرها ومنهم "محمد بن الحسن" حين سئل عن النفقة فقال: "هي الطعام والكسوة والسكنى". وهناك من عرّفها بالمقصد منها - وهذا أولى من البدء بالتعريف بالعناصر - فقيل: "هي الإدراج على الشيء بما به بقاؤه"¹. أمّا التعريف الأرجح فهو ما قاله الفقيه المالكي ابن عرفة عن النفقة بأنّها: "ما به قوام معتاد حال الآدمي دون سرف"². معنى هذا التعريف الموجز أنّ للنفقة الواجبة سقف لا تتعداه وهو عدم الإسراف، والمعيار الذي تقاس عليه هو الحالة المعتادة للشخص.

والمراد بنفقة الزوجة عند الفقهاء ما تحتاج إليه من طعام وكسوة ومسكن وخدمة وكل ما يلزمها من فرش وغطاء وأدوات منزلية حسب ما يقتضيه العرف³. وقد اتفق الفقهاء على وجوب نفقة الزوجة على زوجها واستدلوا على ذلك بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول. ولم يعرف رأي شاذ معتبر في المسألة، فالآيات القرآنية والأحاديث النبوية قاطعة في هذا الوجوب، فالنفقة تجب على الزوج حتى وإن كان معسراً وتجب للزوجة حتى وإن كانت غنية سواء كانت مسلمة أو كتابية، بل وحتى وإن لم تكن صالحة للوطء متى أمسكها الزوج في بيت الزوجية⁴.

وكما أجمع الفقهاء على وجوب نفقة الزوجة على الزوج أجمع مشروعوا الدول العربية على وجوب هذه النفقة دون خلاف لأنّ أحكامها مستمدة من الفقه الإسلامي والذي لم يختلف في حكمها. كما اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أصناف النفقة التي تجب على الزوجة والتي لا غنى للمرأة عنها بلا خلاف، وهي: الطعام، الشراب، الكسوة، السكنى، الزينة، متاع البيت والخدمة إن كانت تحتاج إليها أو كانت ممنّ تخدم⁵.

ولكنهم اختلفوا في نفقة العلاج. وقد اتفقت مختلف تشريعات الأحوال الشخصية على أغلب العناصر التي ذكرها الفقهاء والمتمثلة عموماً في نفقة الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة، وهذا ما جاء على سبيل المثال في المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري⁶.

أمام هذا التكليف الذي يقع على عاتق الزوج من نفقة على الزوجة وبمختلف مشتقاتها، وإذا كانت الزوجة مستحقة لهذه النفقة بعدم نشوزها، هل يحق للزوجة طلب التطلاق بسبب هذا الامتناع؟. للإجابة على هذا التساؤل ينبغي التعرض لمدى جواز طلب التطلاق لعدم الإنفاق شرعاً وقانوناً وشروطه ونوع الفرقة الواقعة به. مع دراسة ما يقابل ذلك في التشريع الجزائري وبعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية والمتمثلة في التشريع المصري والمغربي. وسأتناول الموضوع في قسمين، يتعلق الأول بحكم التفريق لعدم الإنفاق ومدى جواز ذلك، أما الثاني فيتعلق بأحكام التطلاق لعدم الإنفاق وشروطه وذلك من الجانب الشرعي والقانوني.

المبحث الأول: حكم التفريق لعدم الإنفاق.

ما معنى أن يمتنع الزوج عن أداء النفقة الواجبة عليه أو أن يعجز عن ذلك، وماهي عناصر النفقة والتي إن عجز الزوج عن أدائها طالبت الزوجة بالتفريق، ومتى يسمح لها ذلك؟. فالمرأة التي لم تحصل على نفقتها الواجبة على الزوج بسبب عسره أو امتناعه لها طلب الحكم بالنفقة. والفقهاء إجمالاً يرون أنه إن كان للزوج مال ظاهر عنده أو عند شخص آخر وأثبتت الزوجة ذلك، باع القاضي من ماله ما يكفي للنفقة جبراً عنه وسلمه للزوجة لتتفق على نفسها. أما إذا لم يكن له مال ظاهر وكان موسراً أنذرته القاضي وعزّره إن أصرّ على عدم الإنفاق⁷.

هذا فيما يخص الحكم بالنفقة وتنفيذه وعقاب الممتنع عنها في حالة يساره. ولكن ماذا عن رد فعل الزوجة وعن استعمال حقها في فك الرابطة الزوجية التي تضررت منها جراء هذه الممارسة، وهل لهذه الزوجة أن تطلب التطلاق لعدم الإنفاق أم لا؟.

للإجابة على هذه المسألة هناك رأيان بارزان أحدهما يمنع التفريق لعدم الإنفاق والآخر يجيزه ولكل أدلته.

المطلب الأول: الرأي القائل بعدم جواز التفريق لعدم الإنفاق⁸.

يترجم هذا الاتجاه فقهاء الحنفية⁹ وساندهم في ذلك الظاهرية. وهم يرون أنه ليس للمرأة أن تطلب التطلاق من زوجها إذا ما أعرس بنفقتها، وإنما من حقها الاستدانة عليه، وإن لم تجد خرجت للعمل. وأما إذا لم يثبت عجزه عن الإنفاق فللقاضي أن يحبسها بطلب من الزوجة لإجباره على الإنفاق¹⁰.

وذهب ابن حزم - من الظاهرية- إلى أبعد من ذلك، بحيث يرى أنه إذا عجز الزوج عن النفقة وكانت زوجته غنية كُلفت هي بالنفقة عليه، ولا ترجع عليه بشيء من ذلك إذا أصبح موسراً¹¹.

الفرع الأول: حجج القائلين بعدم جواز التفريق للإعسار.

أولاً- دليل ابن حزم فيما ذهب إليه: استدلَّ ابن حزم في أنّ الزوجة إذا كانت غنيّة كُفّت بالإنفاق على زوجها قول الله تعالى: "وعلى المولود له رزقهنّ وكسوتهنّ بالمعروف، لا تكلف نفس إلاّ وسعها لا تضارّ والدة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك"¹². والزوجة وارثة لزوجها فعليها نفقته.

ثانياً- أدلّة الحنفية: قال الحنفية بعدم جواز التفريق للإعسار واستدلوا بذلك بأدلة من القرآن الكريم والسنة النبوية وأدلة من المعقول والمنطق.

1. القرآن الكريم: قال تعالى: "لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا"¹³.

يفيد تفسير هذه الآية، حسب أصحاب هذا الرأي، أنّ من لم يقدر على النفقة لا يُكلف بها. واستدلوا بهذا الحكم من أحد التفاسير الواردة في هذه الآية¹⁴. وبما أنّ الزوج المعسر لا يُكلف بها فإنه لا يجوز التفريق بينه وبين زوجته لعجزه عنها، فمن غير المنطقي، حسبهم، معاقبة شخص على شيء لم يُكلف به.

وكذلك قوله تعالى: "وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ"¹⁵. فالزوجة وفقاً لهذه الآية مطالبة بإنظار زوجها المعسر إلى أن يصبح موسراً.

2. السنة النبوية: عن جابر بن عبد الله قال: "دخل أبو بكر يستأذن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فوجد الناس جلوساً ببابه لم يأذن لأحد منهم، قال: فأذن لأبي بكر، فدخل ثمّ أقبل عمر، فاستأذن فأذن له، فوجد النبي - صلى الله عليه وسلم - جالساً حوله نساؤه، واجماً، ساكتاً، فقال أبو بكر: "لأقولنّ شيئاً أضحك النبي - صلى الله عليه وسلم - فقال: يا رسول الله، لو رأيت بنت خارجة سألتني النفقة فقمت إليها فوجأت عنقها"، فضحك رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وقال: هنّ حولي كما ترى يسألنني النفقة، فقام أبو بكر يجأ عنقها وقام عمر إلى حفصة يجأ عنقها كلاهما يقول: تسألن رسول الله ما ليس عنده، فقلن: والله لا نسأل رسول الله شيئاً أبداً ليس عنده، ثمّ اعتزلهنّ شهرًا"¹⁶.

ووجه الاستدلال من هذا الحديث هو تعنيف أبي بكر وعمر لابنتيهما بحضور الرسول - صلى الله عليه وسلم -، لمطالبتهما بالنفقة التي لا يجدها وهذا حسبهم دليل على عدم جواز التفريق لمجرد الإعسار خاصة وأنّ ما حدث كان أمام الرسول - صلى الله عليه وسلم - دون أن يمنع ذلك. كما استدلّ أصحاب هذا الرأي بأنّ النبي محمد - صلى الله عليه وسلم - لم يثبت أنّه فرق بين رجل وامرأة بسبب عدم الإنفاق رغم انتشار الفقر والحاجة بين الصحابة.

3. أدلّة من المعقول: إنّ إلزام الفسخ للإعسار بالنفقة هو إبطال لحق الزوج بالكلية، أمّا إلزام الزوجة بالإنفاق والاستدانة عليه هو تأخر لحقها لأنّه دين عليه، وإذا خيّرنا بين إبطال الحق وتأخيره فالأولى تأخيره¹⁷.

الفرع الثاني: نقد حجج الظاهرية والحنفية.

أولاً- نقد حجة ابن حزم: يرى المتأمل للآية "وعلى المولود له رزقهنّ وكسوتهنّ بالمعروف" أنّ الضمير هنا يعود على الزوجات، أي أنّ الآية تخص الإنفاق على الوالدات دون أدنى شك¹⁸. ثمّ يكمل سياق

الحديث بـ" وعلى الوارث مثل ذلك" أي وعلى وارث الأب مثلما على الأب من الإنفاق على الأم والقيام بحقوقها وعدم الإضرار بها¹⁹.

بل وأذهب إلى أبعد من ذلك، فلو افترضنا - وهذا طبعا مُنافٍ لواقع الآية- أنّ الوارث يُقصد به وارث الصبي والزوجة وارثة فعليها النفقة بنص القرآن - كما قال ابن حزم- فإنه إذا صلحت هذه الآية للاستدلال بها على وجوب النفقة للزوجة، فإنه لا يمكن الاستدلال بها هنا لأنّ المعنية هنا ليست الزوجة وإنما المطلقة المرضع. فهل تلزم المطلقة بالنفقة على طليقها إذا أعسر بالنفقة؟ حسب تقديري الخاص لا وجه للاستدلال بهذه الآية على الإطلاق لإثبات ما ذهب إليه الظاهرية، فالآية تفيد عكس ما ذهبوا إليه.

ثانيا - نقد حجج الحنفية:

1. إنّ الآية الأولى التي استدلّ بها الحنفية تفيد سقوط الوجوب على الزوج لعدم قدرته، ولكن هذا لا يعني بالمقابل سقوط حق المرأة في دفع الضرر عنها، ولا توجد أيّ إشارة إلى ذلك في الآية. والمنطق العقلي والشرعي يقول أنّ عدم إرهاق الزوج بالنفقة عند إيساره بإسقاط الوجوب عليه لا يقابله أبدا إرهاق الزوجة وإجبارها على العيش دون إنفاق.

2. الآية الثانية التي تأمر بالإنظار إلى ميسرة واردة في الدين، أي إذا كان المستدين مُعسرا فعلى الدائن إمهاله إلى وقت اليُسْر²⁰. وإن جاز قياس النفقة على الدين، فربما تحمل على النفقة الماضية، أي التي أصبحت ديناً، أمّا النفقة الحاضرة فحكمها يختلف.

3. أمّا الاستدلال بمطالبة أزواج النبي النفقة فليس فيها أيّة إشارة لطلب الفسخ أو الطلاق، وإنما هو المطالبة بالمزيد في النفقة. وما جاء في الحديث السابق يدلّ على سقوط الوجوب على الرسول، وليس فيه إشارة إطلاقاً إلى أنّ أزواجه طلبن الفسخ لعدم كفاية الإنفاق ولم يُجِبهنّ إلى ذلك. بل على العكس هو الذي خيّرهنّ في البقاء معه على تلك الحال أو تسريحهنّ بإحسان. ولعلّ تَمَمّة ما رواه جابر يؤكد ذلك وهو مايلي: "ثمّ اعتزلهنّ شهراً ثمّ نزلت عليه هذه الآية: (يا أيّها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعننّ وأسرحنّ سراحا جميلا وإن كنتن تردن الله ورسوله والدار الآخرة فإنّ الله أعدّ للمحسنات منكنّ أجرا عظيما)²¹. قال فبدأ بعائشة، فقال: يا عائشة إنّي أريد أن أعرض عليك أمرا أحبُّ ألاّ تعجلي فيه حتى تستشيرني أبويك، قالت: ما هو يا رسول الله، فتلا عليها الآية، قالت: أفيك يا رسول الله أستشير أبوي؟ بل أختار الله ورسوله والدار الآخرة، وأسألك أن لا تُخبر امرأة من نسائك بالذي قلت. قال: لا تسألني امرأة منهنّ إلاّ أخبرتها، إنّ الله لم يبعثني معنّتا متعنّتا وإنما بعثني معلّما ميسرا"²².

إنّ المتأمل في الحديث السابق يصل إلى عكس ما استدلّ به فقهاء الحنفية، وهو جواز الفسخ للإعسار. فالرسول - صلى الله عليه وسلم - خيّر زوجاته بأمر من الله وذلك بالصبر معه أو تسريحهنّ سراحا جميلا، ولو كان ما استدلّوا به صحيحا لأمرهنّ بالصبر فقط. والمتأمل أكثر في العبارة الأخيرة من الحديث يفهم المقصد الفعلي للشريعة الإسلامية والهدف من بعث الرسول - صلى الله عليه وسلم - وهو

التيسير على الناس ورفع الضرر عنهم وليس التشديد عليهم ولعلّ إمساك الزوجة مع عدم الإنفاق هو الضرر بعينه.

وحسب تقديري الخاص، فإنّ موقف أبي بكر وعمر - رضي الله عنهما - من ابنتيهما لم يكن حكماً شرعياً بعدم جواز التفريق للإعسار - فلا علاقة له بالأمر - وإنما كان يُعبّر عن حبّهما الشديد لرسول الله وغيرتهما عليه وغضبهما من ابنتيهما لأنّهنّ احتجنا عليه وطالبنه بما لا يستطيع. ولو فعلن ذلك مع غيره لما كان موقفهما كذلك، بل ربّما كان قد أيّدهما أو على الأقل لم يعنّفانهما.

من جهة أخرى، لهذه الحادثة من الإيجابيات ما يُعزّز كرامة المرأة ومكانتها العالية في المجتمع الإسلامي. إذ لو أحسّ هؤلاء النسوة من الرسول الغلظة والتشدد لما تجرّأن على ذلك، وإنما هذا التجراً دليل على أنّهنّ تعاملن معه بكل حرية في إبداء الرأي. وفي الأخير رضاؤهنّ بالبقاء مع الرسول - صلى الله عليه وسلم - دليلاً البتّة على عدم جواز مطالبتهنّ بالإنفاق أو التفريق للإعسار، وإنما دليل على صبرهنّ وتفضيل البقاء معه لنيل رضوان الله تعالى كما جاء في الآية السابقة.

والاستدلال بأنّه لم يثبت عن الرسول - صلى الله عليه وسلم - أنّه فرّق بين زوجين للإعسار في النفقة، يُردّ عليه أنّه لم يثبت قبل ذلك أن طالبت امرأة التفريق بينها وبين زوجها للإعسار. ولو ثبت ذلك ولم يُفرّق بينهما الرسول - صلى الله عليه وسلم - لصحّ الاستدلال. هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنّ عدم المطالبة بذلك على عهد النبي يعود حسب الإمام مالك إلى طبيعة نساء الصحابة، لأنّهنّ كنّ يُردن الآخرة وما عند الله تعالى، لهذا لم يكنّ يُبالين بعسر أزواجهنّ، أمّا نساء اليوم - حسب تعبير الإمام مالك - فإنّما يتزوجن رجاء الدنيا من الأزواج من نفقة وكسوة²³.

المطلب الثاني: الرأي القائل بجواز التفريق لعدم الإنفاق.

قال بجواز التفريق لعدم الإنفاق جمهور الفقهاء، فقد ذهب إلى هذا الرأي المالكية²⁴ وأيدهم في ذلك الشافعية²⁵ والحنابلة²⁶ وأكثر الفقهاء مع اختلافهم في بعض التفاصيل. وهو مذهب عمر وعلي - رضي الله عنهما - وأبي هريرة²⁷. وهم يرون إجمالاً أنّ الإمساك بالمعروف هو إمساك الزوج زوجته مع تأديته لكلّ حقوقها دون تضييق أو تشديد عليها. أمّا إذا كان إمساكه لها فيه تضييق عليها وإضرار بها فإنّ هذا يخرجها عن دائرة المعروف، فيطلقها عليه الحاكم من أجل الضرر اللاحق بها. والضرر في هذه الحالة إمساكها من طرف الزوج دون إنفاق وبدون رضاها²⁸.

الفرع الأول: أدلّة الجمهور

استدلّ أنصار هذا الرأي فيما ذهبوا إليه بما يلي:

أولاً - القرآن الكريم: استدلّ جمهور الفقهاء فيما ذهبوا إليه بقوله تعالى في الآيات التالية:

"أمسكوهن بمعروف أو سرحوهنّ بمعروف ولا تمسكوهنّ ضرارا لتعتدوا"²⁹.

"فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان"³⁰.

ثانياً - السنة النبوية: استدلّ جمهور الفقهاء بمجموعة من الأحاديث النبوية أهمها مايلي:

- روى أبو هريرة - رضي الله عنه - عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: "أفضل الصدقة ما ترك غني، اليد العليا خير من اليد السفلى، وأبدأ بمن تعول، تقول المرأة إما أن تطعنني وإما أن تطلقني، ويقول العبد: أطعمني واستعملني، ويقول الابن أطعمني إلى من تدعني"³¹.

يفهم من هذا الحديث أنّ الزوج إما أن ينفق أو يطلق وإلا يطلق عليه القاضي.

- عن أبي هريرة أيضا أنّ النبي - صلى الله عليه وسلم - قال في الرجل الذي لا يجد ما ينفق على زوجته: "يُفرّق بينهما"³². والنص في هذا الحديث صريح بجواز التفريق لعدم الإنفاق.

- عن أبي سعيد الخدري - رضي الله عنه - أنّ الرسول - صلى الله عليه وسلم - قال: "لا ضرر ولا ضرار"³³. فمن الضرر والضرار إمساك المرأة دون الإنفاق عليها.

ثالثا- آثار الصحابة:- روى الشافعي عن عمر بن الخطاب كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم يأمرهم أن يُخَيَّرَهم أن ينفقوا أو يطلقوا فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما حبسوا³⁴.

- وعن الشافعي أنّ سعيدا بن المسيّب سئل عن الرجل لا يجد ما ينفقه على أهله، قال: يُفرّق بينهما، قيل له: سنّة؟ قال: نعم³⁵. ورجّح الشافعي أن يكون قول سعيد بن المسيّب سنّة، سنّة الرسول - صلى الله عليه وسلم -

رابعا- أدلّة من المعقول:- استدللّ جمهور الفقهاء بالمنطق والمعقول بالقياس على التفريق للعيب، فإذا كان التفريق لعيب الجبّ والعنة فمن باب أولى إجازة التفريق لعدم الإنفاق. لأنّ البدن لا يقوم دون إنفاق عكس الوطء.

- كما استدلّوا بأنّ النفقة تجب مقابل الإستمتاع ودليل ذلك سقوطها في حالة النشوز. وبالتالي إذا لم ينفق الزوج يسقط حق الزوج في الاستمتاع وبالتالي وجب حق الخيار³⁶.

الفرع الثاني: نقد حجج الجمهور.

قدّم فقهاء الحنفية جملة انتقادات لأدلّة الجمهور، نسردها أهمها ونردّها عليها إن أمكن.

أولاً: إنّ احتجاج جمهور الفقهاء بقوله تعالى: "ولا تمسكوهنّ ضرارا لتعتدوا" وأنّ هذه الآية تنهى عن الإضرار بالزوجة وأشدّ الإضرار حرمانها من النفقة، مردود عليه. فالآية واردة في موطن آخر وهو أنّ الرجل كان يراجع مطلقته قبل نهاية العدة بقصد إطالتها عليها. وهذا هو الإمساك ضرارا المقصود بالآية.

- أجاب جمهور الفقهاء على هذا الاعتراض بأنّ المقرر في أصول الفقه أنّ العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب.

ثانياً: فهم الحنفية من استدلال الجمهور بالآيتين السابقتين بأنّ التفريق للإعسار بالنفقة واجب، ولو كان كذلك لما جاز الإبقاء على العلاقة الزوجية ولو برضا الزوجة.

- أجاب جمهور الفقهاء على هذا الانتقاد بأنّهم لم يوجبوا التفريق للإعسار وإنما جعلوا الأمر بيد الزوجة، فإن طالبت به نالته وإن رضيت بوضعها فلها ذلك.

ثالثا: أما ما ورد في حديث أبي هريرة في قول المرأة لزوجها إما أن تطعنني أو تطلقني، فهي زيادة من كلام أبي هريرة ولم يقله النبي. وما يُستدلُّ به في ذلك ما جاء في تَمَمَّة هذا الحديث: "... فقالوا يا أبا هريرة سمعت هذا من رسول الله؟ قال: لا، هذا من كيس أبي هريرة". أي من فطنته أو استتباطه.

رابعا: أما عن الحديث الثاني لأبي هريرة في التفريق بين الزوجة والزوج الذي لا يجد ما ينفق عليها حديث ضعيف³⁷.

خامسا: أما عن فعل عمر وخطابه لأمرء الجند فقد كان باعثه خوفه على نساءهم من الفتنة لطول غياب أزواجهم.

- لكن هذا التأويل يبدو بعيدا نوعا ما، لأنَّ كلام عمر كان صريحا فيما ذهب إليه.

سادسا: فيما يخص إجابة سعيد بن المسيَّب بأنَّ ما قاله "سنَّة" فلا دليل يؤكد أنه قصد سنة النبي - صلى الله عليه وسلم - .

- لكن يُردُّ على هذا أنَّ السائل عمَّا إذا كان ما رواه سعيد بن المسيَّب سنة يبحث عن الحجة، وهو بذلك يكون قد قصد سنَّة النبي -صلى الله عليه وسلم- وهي الحجَّة والدليل وليست سنَّة غيره.

سابعا: أمَّا القول أنَّ النفقة هي في مقابل الاستمتاع، فهذا غير مسلم به. فالمرأة قد تمرض ويطول مرضها ويتعدَّر معاشرتها، ويبقى واجب النفقة قائما. فكذا الإعسار لا يعطي للزوجة حق الخيار.

- في رأبي الخاص أنه يمكن الردِّ على هذا الانتقاد بأنَّ مرض الزوجة الذي لا يسمح بالاستمتاع لا يسقط النفقة لأنَّ المرض ليس سببا إراديا لمنع الزوج من الاستمتاع لكي يُسقط حق الزوجة في النفقة كما في حالة النشوز.

الفرع الثالث: الترجيح.

بعد عرض الرأيين الغالبين في مسألة التفريق لعدم الإنفاق يظهر لي أنَّ القول بالتفريق لعدم الإنفاق أرجح وأقرب إلى الصواب لقوَّة أدلته، وهذا مقارنة مع الرأي القائل بعدم التفريق لعدم الإنفاق إطلاقا. وما يؤكد أكثر واقعية هذا الرأي مقارنة مع ما ذهب إليه الحنفية، هو أنَّ حتى المتأخرين منهم - من الحنفية - استحسنوا القول بالتفريق إذا طالبت الزوجة بذلك لرفع الضرر عنها. لأنها قد لا تجد ما تنفقه على نفسها أو من يقرضها أو حتى عملا تسترزق منه³⁸. أمَّا إذا قارنت الرأي الأول مع ما جاء به "ابن القيم" يظهر لي رجحان هذا الأخير وأقربه إلى تحقيق مقاصد الشريعة وأحرصه على مكارم الأخلاق.

ذهب ابن القيم إلى ما تقتضيه أصول الشريعة وقواعدها في هذه المسألة أنَّ الرجل إذا غرَّ المرأة وأوهمها أنه ذو مال، وتزوجته على ذلك، وظهر بعد ذلك عكس ما ادَّعى، أو كان موسرا ولم ينفق عليها، ولم تقدر على تحصيل كفايتها منه، لا بنفسها ولا عن طريق القضاء، كان لها الفسخ. أمَّا إذا تزوجت وهي عالمة بإعساره، أو أنه كان موسرا ثمَّ أصبح معسرا فلا يحقُّ لها الفسخ³⁹.

المتفحص لأراء الفقهاء المجيزين للتفريق يلاحظ أنها تصبُّ في اتجاه واحد، وهو أنَّ الإمساك ضرارا مُنهى عنه لأنه ظلم يلحق الضرر بالزوجة، وهذا يتحقق في صورة الامتناع عن الإنفاق مع القدرة عليه. لأنَّ الامتناع يثبت تبييت نية الإضرار بالزوجة، إمَّا لحمل الزوجة على افتدائها نفسها بالمال أو

انتقاماً منها. في هذه الحالة وإذا طالبت الزوجة بالتفريق يُفرّق بينهما لرفع الظلم عنها ومعاقبة الزوج على إضراره.

أما إذا بحثنا عن عنصر الظلم ونية الإضرار بالزوجة فإننا لا نجدتها في حالة إعسار الزوج لأنّ إعساره غالباً ما يكون لأسباب لا إرادية. لهذا كان سبب ما ذهب إليه ابن القيم رأياً وسطاً وموضوعياً. إلّا أنني أرى، ورغم وجهة رأي ابن القيم، أنّه وفي حالة إعسار الزوج يمكن للقاضي أن يحكم بالتفريق إذا طالبت الزوجة بذلك وأصرّت عليه، خاصة إذا مرّ زمن طويل على ذلك، لأنّ هذا الإعسار من شأنه إلحاق الضرر بالزوجة والأولاد والتي ترى أنّ التفريق قد يُخرجها من هذه الضائقة. وهذا لسبب موضوعي وهو أنّنا لا نستطيع أن نجبر الزوجة على الصبر والاحتساب لله إذا كانت لا تقدر على ذلك أو لا تريده، فقد يفتتها هذا الأمر ونصل إلى عكس النتيجة المرجوة.

المطلب الثالث: حكم التفريق لعدم الإنفاق في تشريعات الأحوال الشخصية العربية.

تبنى مشرعو الدول العربية الرأي القائل بالتفريق لعدم الإنفاق، وهذا ما جاء في نصوص مواد قوانين الأحوال الشخصية الخاصة بالتطليق.

أولاً- التشريع الجزائري: نصّت المادة 53 من قانون الأسرة في فقرتها الأولى على أنّ من بين الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطليق: "عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج...".

ثالثاً- التشريع المصري: كان العمل في مصر بالرأي الراجح من الفقه الحنفي إلى أن صدر قانون 25 لسنة 1920 ليخالف ما سبق العمل به ويقضي بجواز التفريق لعدم الإنفاق⁴⁰ وذلك في المواد: 4، 5، 6. حيث أجاز المشرع المصري التطليق إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته و لم يكن له مال ظاهر لتنفيذ الحكم عليه بالنفقة، وهذا ما جاء في نص المادة 04: "إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته فإن كان له مال ظاهر نُفِّذ عليه الحكم بالنفقة في ماله، فإن لم يكن له مال ظاهر ولم يقل أنّه معسر أو موسر ولكن أصرّ على عدم الإنفاق طلق عليه القاضي في الحال، وإن ادّعى العجز فإن لم يثبت طلق عليه حالاً، وإن أثبتّه أمهله مدة لا تزيد على شهر، فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك".

ثالثاً- التشريع المغربي: بدوره اخذ المشرع المغربي بالتفريق لعدم الإنفاق سواء كان الزوج متعمداً أو معسراً بضرب أجل له، وهذا بنصه في المادة 102 من المدونة الجديدة للأسرة ما يلي: "للزوجة طلب التطليق بسبب إخلال الزوج بالنفقة الحالة الواجبة عليه...".

هذا بإيجاز نصوص المواد القانونية الموجبة للتفريق في حالة إخلال الزوج بواجب النفقة، والتي تؤكد أنّ مشرعي الدول العربية أخذوا برأي جمهور الفقهاء.

المبحث الثاني: أحكام التفريق لعدم الإنفاق.

سأتعرض في هذا المبحث لأحكام التفريق لعدم الإنفاق والمتمثلة أساساً في شروط هذا الحكم بالتفريق وهي ضرورة ثبوت الإعسار ومقدار النفقة الموجبة للتفريق وشروط علم الزوجة بإعسار الزوج

أثناء العقد، وهذا بالنسبة للمعسر. ثمّ أتعرض لعدم إنفاق الزوج مع قدرته عليه، أو بسبب غيابه. ثمّ لنوع الفرقة الواقعة لعدم الإنفاق. ثمّ أتعرض لموقف تشريعات الأحوال الشخصية من هذه الأحكام والشروط.

المطلب الأول: ثبوت الإعسار ومقدار النفقة الموجبة للتفريق به.

قبل الحكم بالتفريق ينبغي على القاضي أن يتأكد من إعسار الزوج إذا كان عدم إنفاقه يرجع إلى إعساره، وهذا ما قال به الفقهاء. كما ينبغي معرفة مقدار النفقة التي يمكن طلب التفريق لعدم تأديتها.

الفرع الأول: كيفية إثبات الإعسار.

لكي يحكم القاضي بالتفريق ينبغي ابتداءً حسب رأي فقهاء المالكية⁴¹، تحقق شرطين أساسيين

وهما:

1. إثبات علاقة الزوجية من طرف الزوجة.

2. ادعاء الإعسار من طرف الزوج أمام القاضي بعد الاستماع إليه. بعد هذا الادعاء نكون أمام

حالتين: إما أن تصدّقه الزوجة أو تنكر ذلك.

الحالة الأولى: إذا صدّقت الزوجة ادعاء زوجها بالإعسار حكم بإعساره وأمهل مدّة معقولة تُمكنه من محاولة تحصيل رزقه مع مراعاة حال الزوجة ومدى صبرها على هذا الوضع. وإن انتهت المهلة دون تحقيق الهدف، أي توفير النفقة، أمره القاضي بالطلاق والإطلاق عليه.

الحالة الثانية: إذا ادعى الزوج الإعسار ولم تصدّقه الزوجة وادعت يسره، يطلب منه البيّنة واليمين. إذا قدّم البيّنة على إعساره أمره القاضي بالإنفاق أو الطلاق دون إمهاله. فإن لم ينفق ولم يطلق طلق عليه القاضي.

هذا ما ذهب إليه المالكية في حالة حضور الزوج. أمّا إذا كان غائباً فإننا لا نستطيع أن نعرف ما إذا كان الزوج معسراً أو ممتنعاً عن الإنفاق مع قدرته عليه، أم أنه لا يستطيع أن يوصل هذه النفقة. لهذا لكي يحكم القاضي بالتفريق في حالة الغياب لابدّ من توفر الشروط الآتية:

1. إثبات الزوجية.

2. إثبات غيبته وعدم تركه ما تنفقه بالشهادة.

3. إنظار القاضي للزوج المدّة المناسبة التي قد تُمكن الزوج من العودة فيها، أو تُمكنه من بعث ما

تحتاجه الزوجة من نفقة.

4. أداء اليمين من طرف الزوجة لتأكيد شهادة الشهود ولكن بعد انتهاء مدّة الإنظار⁴².

أمّا الشافعية فقد اکتفوا لإثبات الإعسار بـ:

1. البيّنة

2. أو إقرار الزوج به.

3. أو يحكم القاضي بعلمه عند من يقول بذلك⁴³.

الفرع الثاني: مقدار النفقة الموجبة للتفريق بالإعسار.

أوجب الشرع الإسلامي نفقة واسعة للزوجة على الزوج. ولكن وحتى نتقيد بكلام الله تعالى: "وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة"، وقوله لا يُكَلِّفُ اللهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا، فإنَّ عدم تحقق هذه النفقة بكلِّ أنواعها بسبب إعسار الزوج لا يؤدي بالضرورة إلى التفريق وإنما هناك حدٌّ أدنى ينبغي أن يتوفر وبدونه يحكم بالتفريق إذا طلبت المرأة ذلك، وهذا هو المقصود بهذا العنوان، أي ما هي النفقة الضرورية الأدنى والتي إن توفرت لم يحكم القاضي بالتفريق للإعسار. وينبغي التأكيد على الإعسار لأنَّ الحكم يختلف لو أنَّ الزوج لم ينفق إلاَّ الحدَّ الضروري من النفقة وهو يقدر على الإنفاق المقرر شرعا.

اتفق فقهاء المالكية⁴⁴ والشافعية⁴⁵ والحنابلة⁴⁶ على أنَّ الإعسار الموجب للتفريق هو العجز عن النفقة الضرورية في أدنى حالاتها. والنفقة في أدنى حالاتها تتمثل - حسبهم - في إحضار الخبز من أيِّ نوع من الدقيق والكسوة التي تستر العورة وتقي من برد الشتاء وحرَّ الصيف، حتى ولو كانت المرأة غنيَّة.

إنني أرى أنه بالنظر إلى هذا الحد الأدنى من النفقة والذي إن توفر لا يستوجب التفريق - والذي قال به الفقهاء الثلاثة الذين أخذوا بالرأي القائل بالتفريق للإعسار وخالفوا بذلك رأي الحنفية - وبتحديد هذا قد اقتربوا من رأي ابن القيم الذي لم يجز التفريق لعدم الإنفاق إلاَّ إذا غرر الزوج بزوجه بإيهامها أنه موسر، أو إذا امتنع عن الإنفاق مع قدرته عليه. أمَّا إذا كانت عالمة بإعساره وقت العقد أو كان موسرا فأعسر فلا تفريق بذلك لاعتبارات دينية وأخلاقية سبق ذكرها.

نصل في النهاية إلى أنَّ الفقهاء الذين أجازوا التفريق للإعسار أجازوه في صورته الضيقة جدا، بحيث لا يفرق بينهما إلاَّ إذا عجز عن توفير الحد الأدنى الضروري للحياة. وهنا يكمن الاقتراب من منطق ابن القيم، وأظنَّ أن رأيهم فيه الكثير من الصواب بل هو الأصوب.

المطلب الثاني: علم الزوجة بالإعسار أثناء عقد الزواج.

سبق وأن تطرقنا لرأي ابن القيم في علم الزوجة بإعسار زوجها أثناء عقد الزواج، والذي يرى أنها تفقد حق طلب التفريق به. أمَّا عن باقي الفقهاء، أي المالكية والشافعية والحنابلة فقد اختلفوا في الأمر.

ذهب المالكية⁴⁷ إلى نفس ما ذهب إليه ابن القيم من أنَّ المرأة إذا علمت وقت العقد بإعسار الزوج وسكتت عن ذلك أو رضيت به، فإنَّها تفقد حقَّها في طلب الفرقة لهذا العذر.

أمَّا الشافعية⁴⁸ والحنابلة⁴⁹ فقد خالفوا رأي المالكية وابن القيم، فهم يرون أنَّ حق الخيار ثابت مطلقا، سواء علمت بإعساره حال العقد وسكتت، أو رضيت المقام معه بعد ذلك زمنا ثمَّ ظهر لها أن تطلب الفسخ. فحق طلب التفريق للإعسار لا يسقط، بل يتجدد بتجدد واجب النفقة كل يوم.

كما روى "ابن قدامة" رواية أخرى في مذهب الحنابلة تبطل حق الخيار للزوجة، لأنها إذا رضيت بعسره ودخلت في العقد عالمة به كما لو تزوجت عينا عالمة بعنَّته، ففي الحالتين لا تملك الفسخ⁵⁰.

المطلب الثالث: عدم إنفاق الزوج على زوجته مع القدرة عليه أو بسبب الغياب.

قد يمتنع الزوج عن الإنفاق وهو حاضر وقادر عليه، فيتأكد القاضي من نية الامتناع. وقد لا ينفق بسبب غيابه، ولا يعرف القاضي سبب عدم الإنفاق هل هو الامتناع أو سبب آخر.

الفرع الأول: امتناع الزوج عن الإنفاق على زوجته مع قدرته عليه.

سبق الذكر أنّ الزوج إذا امتنع عن الإنفاق على زوجته مع قدرته عليه، وكان له مال ظاهر فإنّه لا يُفَرَّق بينهما لأنّ للقاضي أن ينفذ على ماله للإنفاق على الزوجة، وذلك باتفاق الفقهاء لأنّ العبرة في التفريق دفع الضرر عن الزوجة. وهذا يتحقق بالتنفيذ مباشرة على مال الزوج إن كان ظاهراً. فإذا طالبت الزوجة بالتفريق لعدم الإنفاق، وكان للزوج مال ظاهر فالقاضي لا يجيب طلبها بالتطليق لأنّها طلبته لعلّة عدم توفر النفقة، والقاضي وجد لها مالا تتفق منه⁵¹.

أمّا إذا امتنع عن الإنفاق مدّعياً الإعسار دون إثباته ولم يكن له مال ظاهر، ففي الأمر بعض الاختلاف بين الفقهاء الثلاثة:

- للمالكية رأيان، رأي يرى التطليق على هذا الزوج في الحين، ورأي يرى محاولة إجبار الزوج على الإنفاق بسجنه. وإن أصرّ على عدم الإنفاق طلقّ عليه القاضي في الحين⁵². ومدّة السجن تخضع لاجتهاد القاضي وكذلك مدّة الإنظار.

- أخذ الحنابلة كذلك بالرأي الثاني للمالكية، حيث يرون أنّه إذا تعذّر الإنفاق من مال الزوج بأن غيبيّه وصبر على السجن، فللزوجة حق التفريق. فالحنابلة لم يثبتوا التفريق في الحين، وإنّما بعد سجن الزوج لحمله على الإنفاق. فإن أصرّ على موقفه رغم سجنه فإنّ القاضي يطلقّ عليه⁵³.

- أمّا الشافعية فقد خالفوا المالكية والحنابلة، لأنّهم قاسوا التفريق للإعسار - أساساً - على التفريق للعيب، وطالما لم يثبت العيب فلا تفريق. وكذا إذا لم يثبت الإعسار فلا تفريق كذلك. وبالتالي فالزوجة لا تُطلق لعدم الإنفاق مع عدم ثبوت إعسار الزوج، لإمكان تحصيل النفقة منه ولو بالإكراه⁵⁴.

ينتقد رأي الشافعية بأنّ الضرر الواقع على الزوجة هو نفسه، سواء بسبب إعسار الزوج أو بسبب امتناعه لأنّ العلة واحدة⁵⁵. ولكنني أرى أكثر من ذلك، لأنّ عدم الإنفاق مع القدرة عليه فيه إضرار أكثر بالزوجة، لأنّ الزوج بذلك يؤكد تبييت نية الإضرار بها. وهو بذلك ينتقم من الزوجة، بل وقد تعيش الزوجة بذلك في جحيم لا يطاق. إذ لا يُتصور أن يمتنع الزوج عن الإنفاق عليها قصداً، ويعاملها معاملة حسنة في النواحي الأخرى. أمّا الإعسار فغالبا يحدث دون قصد أو تقصير وقد يكون الزوج مغلوباً على أمره. فالأولى - حسب نظري - أن يجيز الشافعية التفريق للامتناع عن الإنفاق، على أن يجيزوه للإعسار.

بهذا الانتقاد نكون قد استبعدنا رأي الشافعية ورجّحنا رأي المالكية والحنابلة. وإذا وازناً بين الرأي الأول للمالكية وبين الرأي الثاني لهم ورأي الحنابلة رجّحنا الرأي الثاني الذي لا يعجل بالتفريق بمجرد الامتناع عن الإنفاق، وإنّما يتبع إجراء السجن والتهديد قبل التفريق عسى ذلك يدفع بالزوج إلى التراجع، ونتفادى بذلك التفريق بين الزوجين.

الفرع الثاني: عدم إنفاق الزوج الغائب على زوجته.

أثرت صيغة هذا العنوان على غيرها لأنّ صيغة "عدم إنفاق الزوج على زوجته بسبب الغياب" توحي بأنّ المانع من الإنفاق هو الغياب، وقد يكون الحال غير ذلك. فقد يكون الغياب وسيلة فقط للامتناع

عن الإنفاق، كما قد يكون للغياب سبب قهري لا يد للزوج فيه، وقد يكون الغائب معسرا دون إثبات، لأنه لو أثبت الإعسار في هذه الحالة لطبق على الزوج حكم التفريق للإعسار. أما عن الحكم بالتفريق للزوج الغائب الذي لم يترك نفقة لزوجته ولم يبعث بها، فقد يحدث في صورتين:

الأولى أن يترك مالا ظاهرا⁵⁶، وفي هذه الحالة يُطبَّق نفس الحكم بالنسبة للزوج الحاضر الممتنع عن الإنفاق، والذي له مال ظاهر يمكن أن يُنفذ عليه، وهذا باتفاق الفقهاء. **الثانية** ألا يكون لهذا الزوج مال ظاهر⁵⁸، في هذه الحالة اتفق المالكية والحنابلة على الحكم بالتفريق مع شيء من التفصيل عند المالكية فيما إذا كانت غيبة الزوج بعيدة أو قريبة، وفصل الحنابلة في التفريق للإعسار سواء كان الزوج حاضرا أو غائبا، لأن الإعسار يفترض في حالة غياب الزوج مع عدم وجود مال ظاهر له يُنفق منه على الزوجة.

أما المالكية⁵⁹ فيفرون بين ما إذا كانت غيبة الزوج بعيدة أو قريبة. فإذا كانت الغيبة بعيدة ولم تستطع الزوجة الحصول على النفقة بأي طريقة أجل لها القاضي شهرا، وإن لم تصلها النفقة طاق على الزوج بعد أدائها اليمين على عدم إنفاق الزوج عليها وعلى استحقاقها لها. أما إذا كانت غيبة الزوج قريبة ومعلومة المكان راسله القاضي وطلب منه الإنفاق وأمهله مدة عشرة أيام، وإن لم يفعل طلق عليه. أما الشافعية فلهم رأيان:

- رأي يقول بالتفريق للغياب دون نفقة ودون مال ظاهر ينفق عليها منه مثلما يُفَرَّق لثبوت الإعسار.
- ورأي يرى عدم ثبوت الإعسار في هذه الحالة وبالتالي فلا تفريق بينهما. وهو نفس الحكم بالنسبة للزوج الحاضر الممتنع عن النفقة.

والعلة في الحكمين عدم ثبوت الإعسار الحقيقي لأن مجرد الغياب وعدم ترك مال يُنفق منه ليس قرينة قاطعة على الإعسار. وبما أننا استبعدنا رأي والشافعية فيما سبق، بقي لنا أن نرجح بين رأيي المالكية والحنابلة. فالغياب مع عدم الإنفاق ضرره أبلغ من الإعسار بالنفقة والزوج حاضر. وقد سبق للفقهاء الثلاثة أن اتفقوا على التفريق للإعسار، فمن باب أولى اتفقهم على التفريق للغياب مع عدم الإنفاق وعدم وجود مال ظاهر يُنفق منه. ولتأكيد هذه النظرة أكثر هو الرأي الأول للشافعية والذي يثبت التفريق للغياب دون نفقة مثلما يثبتته للإعسار.

المطلب الرابع: كيفية التفريق لعدم الإنفاق ونوع الفرقة الواقعة به.

تمّ التعرض في النقاط السابقة إلى الشروط التي تسمح للمرأة لطلب التفريق لعدم الإنفاق، سواء كان ذلك للإعسار أو للإضرار. وبقي التعرض لكيفية التفريق، أي الجهة المختصة في ذلك. وعمّا إذا كانت هذه الجهة مجبرة على اتباع إجراء معيّن للبتّ في الفرقة أم أنّها تحكم بها مباشرة بعد ثبوت عدم الإنفاق. ومن جهة أخرى التعرض لنوع الفرقة الواقعة لعدم الإنفاق وفقا لأراء الفقهاء ثمّ وفقا لموقف التشريعات العربية قيد الدراسة.

الفرع الأول: كيفية التفريق للإعسار.

اتفق أصحاب المذاهب المجيزة للتفريق لعدم الإنفاق على أنه لا يجوز التفريق - ابتداءً - إلا عند الحاكم أو من ينوب عنه كالقاضي. فالحنابلة - كما قال ابن قدامة - يرون أن كل موضع ثبت لها الفسخ لأجل النفقة لم يجز إلا بحكم الحاكم، لأنه فسخ مختلف فيه فافتقر إلى الحاكم كالفسخ بالعنة⁶⁰. يرى المالكية وجوب رفع الأمر للحاكم أو من ينوب عنه - أي القاضي - ويرى الدسوقي - وهو من المالكية - أنه إذا تعذر الوصول إلى الحاكم فإنه بالإمكان اللجوء إلى جماعة المسلمين العدول ليقوموا مقام الحاكم في ذلك⁶¹.

أما الشافعية فذهبوا إلى أبعد من ذلك، بحيث منهم من يرى أن المرأة إذا لم تجد حاكماً أو محكماً استقلت بفسخ نكاحها بنفسها دفعا للضرر اللاحق بها وهذا للضرورة⁶². ويرى الحنابلة أنه ليس لها الفسخ بنفسها إلا إذا أذن لها القاضي بذلك. فالقاضي إذن هو الذي يقرر الطلاق إلا للضرورة، فإما أن يتولى إيقاعه بنفسه أو أن يأذن للزوجة به. لكن هل يوقع القاضي الطلاق أو يأذن به بمجرد ثبوت الإعسار أم أنه يتخذ إجراءً معيناً كأن يمهل الزوج فترة معينة؟.

إن الفقهاء الثلاثة رغم اتفاقهم على ما سبق إلا أنهم اختلفوا في مدى ضرورة هذا الإجراء. يرى الحنابلة أن القاضي بمجرد ثبوت الإعسار عنده يطلق في الحين ولا يمهل الزوج أو يؤجل إلا بطلب من الزوجة⁶³.

أما الشافعية والمالكية فقد ذهبوا إلى عكس ما ذهب إليه الحنابلة، بحيث أوجبوا ضرورة إمهال الزوج للحفاظ على الأسرة بعدم الإسراع إلى تفكيكها. ولكنهم اختلفوا في مقدار هذه المدة. فالأغلب في فقه الشافعية أن القاضي يؤجل التطلق ويمهل الزوج ثلاثة أيام ويفسخ في اليوم الرابع إذا لم يتم الإنفاق. ويبررون هذا الإمهال برجاء زوال عارض الإعسار أو تصرف الزوج بالإقراض أو غيره⁶⁴.

أما المالكية فقد ذهبوا إلى أبعد من ذلك، بمخالفة الحنابلة في عدم إمهال الزوج إطلاقاً، وما ذهب إليه الشافعية بإمهال الزوج مدة قصيرة جداً ومحددة بـ ثلاثة أيام، بل ترك المالكية السلطة التقديرية للقاضي في إعطاء مهلة مناسبة للزوج الذي يثبت إعساره. كما فرقوا بين الزوج الذي يرجى كسبه ومن لا يرجى منه ذلك، بإعطاء مهلة أكبر مقارنة بالمهلة التي تعطى للثاني. وأكثر من ذلك فإذا حدث للزوج عارض يثنيه عن طلب الرزق كمرض أو سجن فإن هذه الفترة لا تحتسب من فترة الامهال. وكل هذا يراعى فيه وضعية الزوجة ومدى صبرها على ذلك. لهذا ففترة المرض أو السجن يؤخذ بها ما لم تطل وإلا فرق القاضي بينهما⁶⁵.

يظهر مما سبق واقعية ورجاحة رأي المالكية مقارنة بما ذهب إليه الحنابلة في عدم منح أية فرصة للزوج لمحاولة تغيير وضعه، أو ما ذهب إليه الشافعية في إعطائه فرصة قصيرة جداً لا تمكنه واقعيًا من تغيير وضعه حتى وإن توفرت الإرادة لذلك، بل منحوا السلطة التقديرية للقاضي ليمهل كل زوج حسب ظروفه دون الإضرار بالزوجة.

الفرع الثاني: نوع الفرقة الواقعة لعدم الإنفاق.

اختلف الفقهاء الثلاثة في نوع الفرقة الواقعة لعدم الإنفاق. حيث يرى المالكية⁶⁶ أنّ الفرقة الواقعة لعدم الإنفاق طلاق رجعي، لكن لا تطبق عليه القواعد العامة للطلاق الرجعي، لأنّ الزوج الذي يريد الرجعة مقيد بضرورة زوال السبب الذي أوجب القاضي به التفريق. وذلك بأن يثبت الزوج قدرته على الإنفاق بعد عجزه عنه إذا كان السبب هو الإعسار. أو أن يبدي استعداده للإنفاق إذا حدث التفريق بسبب امتناعه العمدى عنه.

كما يشترط في اليسار ألا يكون بقدر الضرورة التي لا يحكم القاضي بالتفريق إلاّ بعدم توفرها، وإنّما اليسار الذي ينبغي أن يتوفر هو القدر الذي يجب لمثلها على مثله، وإن أيسر بأقل من ذلك فلا رجعة له⁶⁷. يرى الشافعية والحنابلة أنّ الفرقة الواقعة لعدم الإنفاق فسخ وليست طلاق. فالشافعي يرى أنّ فرقة عدم الإنفاق فرقة اختارتها المرأة، فهي ليست طلاق لأنّ الزوج لم يوقعها ولم يفوض أحد لإيقاعها⁶⁸. وهو نفس ما ذهب إليه ابن قدامة من الحنابلة، فإن فرق بينهما الحاكم فهو فسخ لا رجعة له فيه⁶⁹. فالفسخ للإعسار يتوقف على رأي القاضي لأنّه مختلف فيه، وبالتالي فهو لا يحسب من عدد الطلقات، ولكنّه لا يستطيع أن يراجعها حتى وإن زالت حالة الإعسار إلاّ بعقد جديد. وهذا - ربّما - ما يجعل البعض يرجح رأي المالكية في اعتبار الفرقة طلاق لا فسخ⁷⁰.

لكنني أرى أنّ اعتبار هذه الفرقة طلاقا ينقص من عدد الطلقات، وهذه سلبية نتفادها باعتبار الفرقة فسخا. خاصة وأنّ فرصة إرجاع الزوج لمطلقاته مرهون بتوفير النفقة، وأظنّ أنّ هذه الفرصة ليست كافية لدرجة أنّها تعطي للزوج فرصة مضمونة وأكيدة لإرجاع زوجته. وإنّما الغالب أنّ الزوج قد يتمكن من ذلك بعد مرور العدة وبالتالي من الأحسن له - حسب تقديري - عدم إنقاص عدد الطلقات حتى يتمكن من إرجاع زوجته بعقد جديد إذا رضيت بذلك.

المطلب الخامس: شروط التفريق لعدم الإنفاق ونوع الفرقة الواقعة به في التشريعات العربية.

وضعت تشريعات الأحوال الشخصية العربية شروطا لطلب التفريق لعدم الإنفاق. وقد أخذت كل منها من المذاهب الفقهية الثلاث المجيزة له مع بعض الاختلاف والتباين فيما بينها. وسأعرض لهذه التشريعات تاركة الحديث عن المشرع الجزائري في آخر نقطة للتركيز عليه أكثر.

الفرع الأول: التشريع المصري.

أولا- شروط التطبيق لعدم الإنفاق: تظهر شروط الحكم بالتطبيق لعدم الإنفاق في التشريع المصري في المادتين 04، 05 من القانون رقم 25 لسنة 1920⁷¹ والتي نصهما كالآتي: المادة 04: "إذا امتنع الزوج عن الإنفاق على زوجته، فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله، فإن لم يكن له مال ظاهر ولم يقل أنّه معسر أو موسر ولكن أصرّ على عدم الإنفاق طلق عليه القاضي في الحال، وإن ادعى العجز فإن لم يثبت طلق عليه حالا، وإن أثبتته أمهله مدة لا تزيد على شهر، فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك".

المادة 05: "إذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة، فإن كان له مال ظاهر نفذ عليه الحكم بالنفقة في ماله، وإن لم يكن له مال ظاهر أعذر إليه القاضي بالطرق المعروفة وضرب له أجلا، فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها أو لم يحضر للإنفاق عليها طلق عليه القاضي بعد مضي الأجل.

فإن كان بعيد الغيبة لا يسهل الوصول إليه أو كان مجهول المحل أو كان مفقودا وثبت أن لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضي. وتسري أحكام هذه المادة على المسجون الذي يعسر بالنفقة"⁷².

الحكم الأساسي الذي نستشفه من المادة 04 أنه إذا كان للزوج مال ظاهر فلا يجوز للقاضي الحكم بالتفريق، لأنه يمكن أن ينفذ على ماله مباشرة. أما مختلف الحالات التي بإمكان القاضي أن يحكم فيها بالتطليق لعدم الإنفاق فلا بد أن يتوفر فيها شرط أساسي وأولي وهو ألا يكون لهذا الزوج مال ظاهر. وهذه الحالة قد تتحقق بحضور الزوج أو بغيابه ولكل حالة أحكامها.

الحالة الأولى: وهي حالة عدم إنفاق الزوج الحاضر وتتحقق في ثلاثة صور:

1. إذا كان الزوج حاضرا ولم يدع إعساره وأصر على عدم الإنفاق، في هذه الحالة يطلق عليه

القاضي ودون إمهال.

2. إذا ادعى الزوج إعساره وأثبتته أمهله القاضي مدة لا تفوق شهرا، فإن لم يستطع الإنفاق خلال هذه

المدة طلق عليه القاضي مباشرة.

3. إذا ادعى الزوج إعساره دون إثبات طلق عليه القاضي في الحال ودون إمهال.

الحالة الثانية: وهي حالة عدم إنفاق الزوج الغائب مع الاحتفاظ دائما بشرط ألا يكون له مال ظاهر، وهذا ما نصت عليه المادة 05 السابقة. في هذه الحالة ينبغي التفريق بين عدة حالات، وهي حالة الغيبة البعيدة والقريبة، وحالتي الفقدان والحبس.

1. إذا كانت الغيبة قريبة بحيث يمكن وصول الإعلان إليه بسهولة، أعلن بالحضور أو إرسال النفقة وضرب القاضي له أجلا لذلك، فإذا لم يرسل لزوجته ما تنفق منه ولم يحضر للإنفاق عليها وتحققت المحكمة من وصول الإعلان إليه طلقت عليه.

2. إذا كانت الغيبة بعيدة بحيث لا يمكن أن يصله الإعلان إلا بعد مدة طويلة أو من الصعب

وصوله إليه طلق عليه القاضي دون إمهال.

3. إذا كان غائبا ومجهول المحل بحيث لا يُعرف إذا كانت غيبته قريبة أو بعيدة طلق عليه القاضي

في الحال دون إمهال ودون إعدار.

4. إذا كان الزوج مفقودا ولم يترك نفقة طلق عليه القاضي في الحال دون إمهال ودون إعدار.

5. إذا كان الزوج مسجونا وأثبتت الزوجة إعساره، ضرب له أجلا وأعلم بذلك مثله مثل الغائب

قريب الغيبة معلوم المكان، وبعد انتهاء الأجل دون إنفاق يطلق عليه القاضي.

في كل هذه الحالات السابقة لا بد من الإثبات بالحجج الشرعية. فلا بد من إثبات الغيبة أو الفقدان

وعدم الإنفاق وعدم وجود مال ظاهر يمكن التنفيذ عليه بعد أن ترفع الزوجة دعوى التطليق. وفي كل

الأحوال لا يحكم القاضي بالتطليق إلا بعد محاولة الصلح وعرضه مرتين على الأقل إذا كان لهما ولد. وهذا ما جاء في متن المادة 18 من القانون رقم 01 لسنة 2000⁷³.

يتضح لنا بعد هذا العرض أنّ المشرع المصري أخذ بالرأي المالكي فيما يخص شروط الحكم بالتفريق لعدم الإنفاق. ونستخلص من كل ما سبق أنه يشترط للحكم بالتطليق لعدم الإنفاق أربعة شروط أساسية، وهذه الأخيرة ينبغي تحققها قبل الخوض في التفاصيل الأخرى والشروط الفرعية المتصلة بها. وهذه الشروط هي:

1. ألا يكون للزوج مال ظاهر يمكن التنفيذ عليه.
2. أن يكون الامتناع عن النفقة الحاضرة، لأنّ الإمتناع عن أداء النفقة الماضية والمتركمة لا تستوجب طلب التطليق أو الحكم به.
3. أن تثبت الدعوى بالحجج الشرعية.
4. عدم نشوز الزوجة، لأنّ النشوز يسقط حق الزوجة في النفقة، وبالتالي يسقط حقها في طلب التطليق لعدم الإنفاق.

ثانياً- نوع الفرقة الواقعة لعدم الإنفاق: تنص المادة 06 من القانون رقم 1920 /25 على مايلي: "تطليق القاضي لعدم الإنفاق يقع رجعياً وللزوج أن يراجع زوجته إذا ثبت إيساره واستعدّ للإنفاق في أثناء العدة، فإن لم يثبت إيساره ولم يستعدّ للإنفاق لم تصح الرجعة".

نلاحظ من هذه المادة أنّ المشرع المصري واصل الأخذ بالمذهب المالكي القائل بأنّ الفرقة الواقعة لعدم الإنفاق طلاق رجعي وليس فسخ، وأنّ الرجعة لا تتم إلا بتوافر شرطين أساسيين⁷⁴:

1. أن يثبت الزوج يساره وقدرته على إدامة الإنفاق على زوجته. ويشترط في اليسار أن يكون بقدر ما يجب من نفقة لمثلها على مثله وليس الحد الأدنى الموجب للتفريق، وهذا ما جاء به الفقهاء.
2. استعداد الزوج لهذا الإنفاق أثناء العدة.

وتقدير مدى استعداد الزوج للإنفاق ومدى قدرته على إدامته يرجع إلى السلطة التقديرية للقاضي⁷⁵.

من الواضح في مواد التفريق لعدم الإنفاق في التشريع المصري أنّ المشرع فصل أكثر من غيره - كما سنرى لاحقاً- في شروط التفريق لأنّه أخذ برأي المالكية. ولكنّه لم يتعرض لكلّ ما تعرّض له المالكية لأنّه لم يوضّح ما إذا كان عدم الإنفاق أو الإعسار الموجب للتفريق هو عدم إنفاق النفقة الضرورية التي حددها الفقهاء أم العجز عن النفقة الواجبة على مثله لمثلها. لأنّ صيغة المواد السابقة توحي إلى أنّ المراد بالإعسار هنا هو العجز عن أداء النفقة الواجبة للزوجة على زوجها وذلك حسب حالهما معاً. كما لم يتعرض للحالة التي يتطوع فيها الغير للإنفاق على الزوجة وهل يُسقط هذا حقها في طلب التفريق. كما لم يتعرض لنقطة أساسية في الفقه المالكي، وهي إسقاط حق الزوجة في طلب التفريق للإعسار إذا كانت عالمة بإعساره وقت العقد.

السؤال المطروح في حال تحقق علم الزوجة بالإعسار أثناء العقد، هل يرجع القاضي المصري إلى الفقه المالكي باعتباره المصدر التاريخي للقانون رقم 1920/25 ولا نص يلزمه بذلك، أم أنه يرجع إلى فقه

الشافعية والحنابلة الذي لا يسقط حق الزوجة في طلب التفريق لعدم الإنفاق حتى وإن علمت بالإعسار وقت العقد. الأولى - حسب تقديري- أن يأخذ القاضي برأي الشافعية والحنابلة، لأنه رأي مشهور من جهة، ومن جهة أخرى، فإنّ المشرع المصري تعرض لتفاصيل كثيرة في المواد 04 و 05 من القانون السابق تخص شروط التفريق لعدم الإنفاق، أمّا شرط عدم علم الزوجة بالإعسار فهو شرط واضح وجليّ في الفقه المالكي لا يمكن الغفلة عنه إلاّ إذا كان المشرع المصري يقصد ذلك. خاصة وأنّ الأمر يتعلق بإسقاط حق جوهرى للزوجة وهو حقها في طلب التفريق.

كما أنّ القاضي ليس مجبراً قانوناً بالأخذ برأي المالكية، فالمذهب الوحيد الذي نصّ عليه المشرع للأخذ به في حالة الفراغ التشريعي في الأحوال الشخصية هو المذهب الحنفي والأحناف لا يعترفون أصلاً بالتفريق لعدم الإنفاق.

الفرع الثاني: التشريع المغربي.

أولاً- شروط التفريق لعدم الإنفاق: تنص المادة 102 من المدونة الجديدة للأسرة على أنّه: "للزوجة طلب التطلق بسبب إخلال الزوج بالنفقة الحالة الواجبة عليه، وفق الحالات والأحكام الآتية:

1. إذا كان للزوج مال يمكن أخذ النفقة منه، قررت المحكمة طريقة تنفيذ نفقة الزوجة عليه ولا تستجيب لطلب التطلق.

2. في حالة ثبوت العجز تحدّد المحكمة حسب الظروف أجلاً للزوج لا يتعدى ثلاثين يوماً لينفق خلاله وإلاّ طلّقت عليه، إلاّ في حالة ظرف قاهر أو استثنائي.

3. تطلق المحكمة حالاً إذا امتنع الزوج عن الإنفاق ولم يثبت العجز".

ونصّت المادة 103 من نفس المدونة على مايلي: "تطبّق الأحكام نفسها على الزوج الغائب في مكان معلوم بعد توصله بمقال الدعوى.

إذا كان محل غيبة الزوج مجهولاً تأكّدت المحكمة بمساعدة النيابة العامة من ذلك، ومن صحّة دعوى الزوجة، ثمّ ثبتّ في الدعوى على ضوء نتيجة البحث ومستندات الملف".

ذهب المشرع المغربي إلى نفس ما ذهب إليه المشرع المصري، وهذا فيما يخص:

1. استجابة القاضي لطلب التطلق حالاً ودون إمهال إذا امتنع الزوج الحاضر عن النفقة بشرط ألاّ يكون له مال ظاهر وأن لا يثبت عجزه عن النفقة.

2. إمهال الزوج الحاضر الذي ليس له مال ظاهر وأثبت عجزه عن النفقة أجلاً لا يتعدى ثلاثين يوماً، ويتفق في هذا مع المشرع المصري..

وذهب المشرع المغربي إلى التفريق بين الغيبة معلومة المكان والتي يمهل الزوج فيها المدّة السابقة ثمّ يطلق عليه بشروط الزوج الحاضر الممتنع عن النفقة،، والغيبة مجهولة المكان والتي سُمح للمحكمة فيها من التأكيد من صحّة دعوى الزوجة ثمّ البتّ في الموضوع حسب النتيجة. ويفهم من هذا أنّه إذا كان مكان الغيبة مجهولاً فعلاً بحيث لا يمكن إعدار الزوج وإمهاله فإنّ القاضي يطلق عليه، ولكن بعد التأكيد من عدم وجود مال ظاهر يمكن التنفيذ عليه.

كما يلاحظ على مواد التفريق لعدم الإنفاق في القانون المغربي أنها لم تشر إلى علم المرأة بعسر الزوج وأثر ذلك على طلب التفريق لعدم الإنفاق. كما لم تشر إلى حالة وجود من يتكفل بالنفقة مكان الزوج وهل يؤثر هذا كذلك على حق الزوجة في الفرقة أم لا.

كما أنّ المشرع المغربي لم يشر إلى ضرورة استصدار حكم بوجوب النفقة قبل طلب التطلاق. ولكن بالرجوع إلى المادة 195 من مدونة الأسرة الجديدة نجد أنه: "يحكم للزوجة بالنفقة من تاريخ إمساك الزوج عن الإنفاق الواجب عليه، ولا تسقط بمُضيّ المدّة إلا إذا حكم عليها بالرجوع إلى بيت الزوجية وامتنعت". ويفهم من هذا أنه لها أن تطلب الحكم بالنفقة، وبما أنّ هذه الوسيلة القانونية متوفرة، فقريئة امتناع الزوج عن النفقة هو عدم تنفيذ الحكم بها. وهذا هو - حسب نظري - أساس رفع دعوى التطلاق لعدم الإنفاق حتى وإن لم يُذكر هذا الشرط مباشرة في مواد التفريق لعدم الإنفاق⁷⁶.

ثانيا- نوع الفرقة الواقعة لعدم الإنفاق: تنص المادة 122 من مدونة الأسرة على ما يلي: " كل طلاق قضت به المحكمة فهو بائن، إلا في حالتي التطلاق للإيلاء وعدم الإنفاق ".

يظهر من هذا النص أنّ المشرع المغربي أخذ برأي المالكية للذين يعتبرون أنّ التفريق لعدم الإنفاق طلاق رجعي لإمكانية زوال سبب التطلاق وهو الإعسار أو إرادة الامتناع عن الإنفاق. ولم يشر المشرع إلى شروط الرجعة التي اشترطها المالكية، ومن المنطقي ألا تكون هذه الرجعة خاضعة للإرادة المطلقة للزوج. وإلاّ فما هو الداعي لإقرار هذا الحق للمرأة ابتداءً.

الفرع الخامس: التشريع الجزائري.

أولا- شروط التفريق لعدم الإنفاق: نصّت المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري في فقرتها الأولى على ما يلي: "يجوز للزوجة أن تطلب التطلاق للأسباب التالية:

1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج مع مراعاة المواد 78 و79 و80 من هذا القانون".

هذه المادة الوحيدة، بل الفقرة الوحيدة التي تحدثت على التفريق لعدم الإنفاق في قانون الأسرة الجزائري. ويلاحظ لأول وهلة أنّ المشرع الجزائري قد استعمل عبارات وجيزة وملخصة جدا مقارنة بتشريعات الأحوال الشخصية العربية محل الدراسة. وقد أجمل في هذه العبارة شروط طلب التطلاق لعدم الإنفاق.

اتفقّ الدكتور بلحاج العربي والأستاذ عبد العزيز سعد على ثلاثة شروط جاءت في المادة 53، وأضاف كل منهما شرطا رابعا يختلف عن الآخر. وهذه الشروط هي:

1. امتناع الزوج عن الإنفاق على زوجته قصدا وعمدا.
2. صدور حكم قضائي بوجوب نفقة الزوجة على زوجها.
3. ألا تكون الزوجة عالمة بإعسار الزوج وقت إبرام عقد الزواج.
4. أضاف د.بلحاج العربي شرط ألا يكون الامتناع عن النفقة بسبب عسره⁷⁷.

5. وأضاف الأستاذ عبد العزيز سعد شرط رابع وهو أنّ الإنفاق الممتنع عن تقديمه للزوجة والتي يحق لها طلب التطلاق لعدم توفيره هو إنفاق مثل زوجها على مثلها⁷⁸.

حسب تقديري فإنّ ما يظهر واضحا من المادة 53 أعلاه من بين هذه النقاط الخمسة هي الشرط الثاني والثالث وهما:

- صدور حكم قضائي بوجوب النفقة، لأنّ المشرع الجزائري نصّ صراحة على هذا الشرط وبنفس العبارة. فالزوجة لا يجوز لها التقدم أمام المحكمة لطلب التطلاق لعدم الإنفاق إلاّ بعد استصدارها لحكم قضائي بوجوب النفقة وبكل مشتملاته المذكورة في المادة 78 من قانون الأسرة، أي نفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة. بعد هذا وبعد رفض الزوج تنفيذ حكم النفقة بإمكان الزوجة طلب التطلاق إذا توفر الشرط الثاني وهو عدم علمها بإعسار زوجها⁷⁹.

وينطبق نفس الأمر على المسكن باعتباره من مشتملات النفقة، وليس للزوجة طلب التطلاق لعدم توفير مسكن مستقل لها إلاّ بعد استصدار حكم قضائي بذلك⁸⁰. وهذا ما قضت به المحكمة العليا: "متى كان من المقرر شرعا أنّ للزوجة الحق في السكن المنفرد بعيدا عن أهل الزوج فليس معنى هذا أنّها تطلق إذا لم يكن لها ذلك حالا، بل يجري عليه ما يجري على النفقة....."⁸¹.

لكن ما هي المدّة التي يجب على الزوجة انتظارها بعد الحكم بالنفقة على الزوج وامتناعه عن تنفيذه؟. هناك من يرى⁸² أنّ مدّة عدم الإنفاق التي يجب على الزوجة انتظارها لكي تطلب التطلاق هي شهرين قياسا على المدّة التي وردت في المادة 333 من قانون العقوبات الجزائري والتي تعاقب من امتنع عمدا عن تنفيذ حكم النفقة لمدّة تتجاوز شهرين⁸³. وتبقى هذه المدّة استنتاجا من المادة المذكورة لأنّ مواد التطلاق لعدم الإنفاق في قانون الأسرة لم تذكرها. وما أكدّ هذه المدّة هو قرار المحكمة العليا بتاريخ 1984/11/19 في الملف 34791 والذي يقضي بما يلي: "متى كان من المقرر فقها وقضاء في أحكام الشريعة الإسلامية أنّ عدم الإنفاق على الزوجة لمدّة تزيد على شهرين متتابعين يكون مبررا لطلبها التطلاق عن زوجها وفقا لما نصّ عليه الفقيه ابن عمام.... - إذ كان من الثابت أنّ المطعون ضده أدين جزائيا من محكمة الجنج بتهمة الإهمال العائلي..... فإنّ قضاة الاستئناف برفضهم طلب الطاعنة المتعلق بالتطلاق خرقتوا أحكام هذا المبدأ الشرعي..."⁸⁴.

هذا من الجانب النظري أمّا تطبيقيا فإنّه بعد التقرب من الجهات القضائية المعنية للسؤال عن هذه المدّة وكيفية التعامل معها كانت الإجابة هي تطبيق القواعد العامة للتنفيذ. فبعد إصدار الحكم بالنفقة فإنّه على الزوجة أن تبلغه للزوج على يد محضّر قضائي لتنفيذه في أجل أقصاه خمسة عشر يوما. إذا لم ينفذ الزوج خلال هذه المدّة حرّر المحضّر القضائي محضرا بامتناع الزوج عن تنفيذ النفقة، وهذا ما جاءت به المادة 612 من قانون الإجراءات المدنية⁸⁵. وبإمكان الزوجة بعدها اعتمادها لطلب التطلاق إذا أرادت ذلك⁸⁶. وهذه المدّة قد تكون أطول إذا استعمل الزوج حقه في الاستئناف وأيد المجلس حكم النفقة.

وقد أخذ المشرع الجزائري بشرط فقهاء المالكية وهو عدم علم الزوجة بإعسار زوجها وقت العقد لإعطائها حق طلب الفرقة للإعسار، دون غيره من التشريعات العربية والتي أخذت مثله من الفقه

المالكي. وهو بذلك سحب من الزوجة الحق في التظليق إذا تحقق ذلك الشرط. ولكن هذا ينطبق على حالة الإعسار فقط ولن يقف حاجزا أمام الزوجة إذا امتنع الزوج عن الإنفاق عليها عمدا. وكذلك الشرط الذي يقضي بأنّ الإنفاق الممتنع عن تقديمه للزوجة والتي يحق لها طلب التظليق بسببه هو إنفاق مثل زوجها على مثلها، وهذا ما جاء في المادة 79 من قانون الأسرة والتي أحالت إليها المادة 01/53. وكذلك المادة 78 التي تحدد مشتملات النفقة - السابق ذكرها-. وبالتالي نلاحظ أنّ المشرع الجزائري لم يأخذ بالرأي الفقهي القائل بأنّ طلب التفريق لا يجب أن يكون إلاّ بسبب عدم توفير الحد الأدنى للنفقة.

أمّا عن الشرط الأول الذي أشير إليه⁸⁷ على أنه الشرط الأول لطلب التظليق لعدم الإنفاق في القانون الجزائري، وهو امتناع الزوج عن الإنفاق قصدا وعمدا، فإنّني أرى أنّ صيغة المادة 1/53 لم تشر لا من بعيد ولا من قريب إلى تعمد عدم الإنفاق. فالمشرع أدرج عبارة "عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه...."، ولم يدرج عبارة "إذا امتنع الزوج عن الإنفاق كما فعل باقي مشرعي الدول العربية". فعدم الإنفاق يحتمل السببين، الإعسار أو الامتناع. بل والقارئ للصيغة بأكملها والتي لم يفصلها المشرع لا بنقطة ولا بفاصلة يفهم عكس ذلك تماما، أي عكس القصد وتعمد عدم الإنفاق. لأنّ المشرع وضع الصيغة كالآتي: "عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج...". أي أنه لو أعسر بالنفقة ولم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج حق لها طلب التظليق. وهنا إشارة واضحة إلى أنّ عدم الإنفاق قد يكون سببه الإعسار، والذي قد تكون الزوجة عالمة به أثناء العقد أو لا. ولو لم يكن له هذا المعنى لما أدرج المشرع هذا الشرط من الأساس.

ولن نذهب إلى اعتبار الإعسار فقط سببا لطلب التظليق كما يظهر من الشك الخارجي للمادة السابقة لأنّ الأحكام القضائية واجتهادات المحكمة العليا تشير إلى أنّ عدم الإنفاق قد يكون امتناعا كما قد يكون إعسارا. كما يبطل حق الزوجة في طلب النفقة بكل مشتملاتها، خصوصا السكن المستقل، إذا كانت تعلم بإعسار زوجها وعدم قدرته على توفير بعضها وقت العقد⁸⁸.

إضافة لما سبق، فإنّ مشرعي الدول العربية - قيد الدراسة- إذ أدرجوا عبارة الامتناع عن الإنفاق فإنّهم فصلوا بذلك وقصدوا الامتناع العمدي. ولكنهم في نفس الوقت أشاروا إلى حالات عدم الإنفاق للإعسار بإثبات ودون إثبات... أمّا المشرع الجزائري فقد وضع عبارة جامعة وهي عدم الإنفاق، وهي تحتمل الوجهين.

فالشرط الأوّل بالنسبة لشروط طلب التظليق لعدم الإنفاق يجب أن يصاغ كالآتي: "عدم إنفاق الزوج على زوجته"، كما ورد في المادة.

أمّا الشرط الذي أضافه د. بلحاج العربي وهو ألاّ يكون الامتناع عن النفقة بسبب الإعسار، فإنّني أرى كذلك أنه لم يذكر في المادة 53 ق.أ. بل على العكس من ذلك، فإنّ إدراج عبارة "ما لم تكن الزوجة عالمة بإعساره" دليل على أنه لو كان معسرا ولم تكن الزوجة عالمة بذلك لأمكنها طلب التفريق لعدم الإنفاق. وحتى العبارات التي استعملها لتبرير هذا الشرط هي في الحقيقة العبارات التي استعملها فقهاء الحنفية

لتبرير عدم أخذهم بالتفريق لعدم الإنفاق سواء كان إعساراً أو امتناعاً⁸⁹. والمشرع الجزائري وغيره من مشرعي الدول العربية لم يأخذوا برأي الحنفية.

ثانياً - نوع الفرقة الواقعة لعدم الإنفاق: وصف المشرع الجزائري انحلال الرابطة الزوجية سواء كانت بإرادة الزوج أو بطلب من الزوجة على أساس المادة 53 و54 من قانون الأسرة بأنها طلاق. وهذا ما جاء في المادة 48: " مع مراعاة المادة 49 أدناه، يُحلّ عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين 53 و54 من هذا القانون". ويكون بذلك قد حسم رأيه ولم يعتبر الفرقة لعدم الإنفاق فسخاً. لكنّه لم يشر مباشرة إلى طبيعة الطلاق الذي يحكم به القاضي لعدم الإنفاق أو لأيّ سبب من الأسباب الواردة في المادة 53 ق.أ. وإنما أطلق حكماً عاماً على الطلاق بكل أنواعه. وهذا ما نفهمه من المادة 50 من قانون الأسرة التي تنص على: "من راجع زوجته أثناء محاولة الصلح لا يحتاج إلى عقد جديد ومن راجعها بعد صدور الحكم بالطلاق يحتاج إلى عقد جديد". وإجراء محاولة الصلح تخص كل أنواع الطلاق المذكورة أعلاه. والدليل على ذلك أنّ المشرع في المادة 48 وبعد التعديل الأخير أضاف عبارة "مع مراعاة أحكام المادة 49 أدناه" ثمّ تحدّث عن طرق الطلاق، وأحكام المادة 49 تنص على ضرورة إجراء محاولة الصلح، حيث نصّت على: "لا يثبت الطلاق إلاّ بحكم بعد عدّة محاولات صلح يجربها القاضي دون أن تتجاوز مدّته ثلاثة أشهر...".

وبالعودة إلى المادة 50 ق.أ يظهر أنّ الحكم بالتطليق لعدم الإنفاق يقع طلاقاً بائناً لأنّ الزوج إذا أراد استرجاع زوجته - أو من كانت زوجته - بعد إصدار الحكم لا بدّ له من عقد جديد.

بالتالي يكون المشرع الجزائري قد خالف ما ذهب إليه فقهاء المالكية باعتبار التطليق لعدم الإنفاق طلاق رجعي بشرط استعداد الزوج الذي يريد الرجعة للإنفاق وقدرته عليه. وخالف بذلك ما أخذت به تشريعات الدول العربية السابقة.

خاتمة

إنّ مواد التفريق لعدم الإنفاق مأخوذة إجمالاً من الفقه الإسلامي كغيرها من مواد تشريعات الأحوال الخصية. خاصة ما ورد في فقه المذهب المالكي والذي أظهر سعة ودقّة في حالة عدم إنفاق الزوج على زوجته على عكس ما ذهب إليه باقي الفقهاء. أي ذهب إلى عكس ما ذهب إليه أبو حنيفة في عدم إجازته التفريق لعدم الإنفاق سواء كان قصداً أو للإعسار. كما فصل المالكية أكثر من الشافعية والحنابلة وكانوا في غاية الدقّة والموضوعية في إعطائه حق التفريق للزوجة في هذه الحالة. إلاّ أنّه أضاف شرطاً مسقطاً لحقّها في طلب الفرقة وهو علمها بالإعسار وقت العقد. هذا الشرط انفرد المشرع الجزائري بالأخذ به عن باقي التشريعات العربية التي حاولت دراستها. في الوقت الذي لم يشر المشرع الجزائري إلى تفصيلات أخرى، كالنص على عدم الإنفاق بسبب الغيبة، وبالتالي لم يذكر ما إذا كانت الغيبة بعيدة أو قريبة. دون أن ننسى أنّ المشرع الجزائري تحدّث عن العنصرين السابقين - أي الغيبة وعدم الإنفاق - في نقطة مستقلة، وهي التطليق للغياب دون عذر أو نفقة⁹⁰. لكن الأمر هنا يختلف، فالقاضي لا يحكم بالتطليق للغياب إلاّ إذا كان هذا الغياب دون عذر أو نفقة. وإذا تمعنا في الأمر نجد أنّ

المشرع - في حقيقة الأمر - لم يأخذ بالغياب كسبب مباشر للتطليق وإنما قرنه بعدم الإنفاق. ولو حللنا الأمر أكثر لفضلنا إدراج عدم الإنفاق بسبب الغياب في فقرة التطليق لعدم الإنفاق. ثم يترك للمشرع حرية إدراج الغيبة كسبب مجيز لطلب التطليق أو عدم إدراجه.

وأخيرا وبعد عرض شروط طلب التفريق لعدم الإنفاق، فإنني أجد أنّ المشرع الجزائري لم يأخذ في حقيقة الأمر إلا بالشرطين التاليين:

1. أن يكون الزوج ملزما بالنفقة على زوجته بموجب حكم قضائي ويمتتع رسميا عن ذلك.

2. ألا تكون الزوجة عالمة بإعساره وقت الزواج.

والتساؤل يثور عن باقي الشروط التي ناقشناها من قبل في قضية ما إذا كان عدم الإنفاق هو الإعسار أو الامتناع، أو المفصود بعدم الإنفاق، هل هو كل مشتتات النفقة أم لا. والحد الأدنى لعدم الإنفاق ومدى مراعاة حالة الطرفين في تقدير النفقة؟.

في الحقيقة كل هذا يدرسه القاضي ويأخذه بعين الاعتبار في دعوى مستقلة عن دعوى التطليق. فالزوجة ليس عليها إلا تقديم الحكم بالنفقة ومحضر الامتناع عن تنفيذه وإثبات عدم علمها بالإعسار أثناء العقد إذا كان الامتناع بسببه.

هوامش البحث:

1- د. محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2003، ص 301.

2- الخرشي أبو عبد الله محمد المالكي، الخرشي على مختصر خليل، الجزء الثاني، دار الفكر، د.ت.ن، ص 182.

3- د. رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، د.ت.ن، ص 204.

— محمد سلام مذكور، الوجيز لأحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، 1978، ص 185 و 186.

— زكي الدين شعبان، الزواج والطلاق في الإسلام، الدار القومية للطباعة والنشر، 1964، ص 68.

4- محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص 303.

5- علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 04، الطبعة الثانية، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1982، ص 23، 24 _ الدردير أبو البركات أحمد، الشرح الكبير على مختصر خليل، ج 02، دار الفكر، بيروت، ص 509. - أبو محمد موفق الدين ابن قدامة، المغني، الجزء 07، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، سنة 1983، ص 564 وما يليها. - أبو زكريا يحيى النووي، المجموع شرح المهذب، الجزء 07، الناشر زكريا علي يوسف، القاهرة، د.ت.ن، ص 90 وما بعدها. _ عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، د.ت.ن، ص 13 وما يليها.

6- القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل بالقانون رقم 09/05 المؤرخ في 04 مايو 2005 .

7- أ.محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، "دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون" دار النهضة العربية، بيروت، 1977، ص 438، 439.

8- للتفصيل في هذا الرأي ارجع إلى كل من: عبد المؤمن بلباقي، مرجع سابق، ص 33 إلى 38.

- د.نصر سلمان، أ.سعاد سطحي، أحكام الطلاق في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع قانون الأسرة، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، ص 114 إلى 117. - د. محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص 420 إلى 422. - أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص 171. - د.عبد الحميد ميهوب، د.محمود محمد عوض، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية مقارنة، مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، 1999 ص 224. - د.ناهد العجوز، دعوى التطليق والخلع، ط الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001، ص 70.
- 9- شمس الدين أبو بكر السرخسي، المبسوط، الجزء 05، الطبعة الثانية، دار المعرفة، بيروت، ص 190.
- 10- د.عبد الحميد ميهوب، د.محمود محمد عوض، مرجع سابق، ص 223.
- 11- أبو محمد علي ابن حزم، المحلى، جزء 10، الطبعة السادسة، دار الطباعة المنيرية، القاهرة، 1927، ص 92.
- 12- جزء من الآية 233 من سورة البقرة.
- 13- الآية 07 من سورة الطلاق.
- 14- أبو عبد الله محمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، المجلد 03، د.ت.ن، ص 168.
- 15- جزء من الآية 280 من سورة البقرة.
- 16- أبو زكريا يحيى النووي، شرح صحيح مسلم، ج 10، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت.ن، ص 80، 81.
- 17- كمال الدين محمد ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج 4، دار الفكر، بيروت، د.ت.ن، ص 391.
- 18- د.نصر سلمان، سعاد سطحي، مرجع سابق، ص 117.
- 19- محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، المجلد الأول، دار القرآن الكريم، بيروت، سنة 1981، ص 150.
- 20- محمد علي الصابوني، المرجع السابق، ص 175.
- 21- الآية 28 و 29 من سورة الاحزاب.
- 22- أبو زكريا يحيى النووي، المرجع السابق، ص 80، 81.
- 23- ابن قيم الجوزية، زاد المعاد، ج 5، مؤسسة الرسالة، مكتبة المنار الإسلامية، سنة 1997، ص 517.
- 24- الخرخشي على محتصر خليل، ج 4، مرجع سابق، ص 496.
- 25- أبو عبد الله محمد الشافعي، الأم، ج 5، دار المعرفة بيروت، د.ت.ن، ص 91. -
- 26- ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج 7، 573.
- 27- محمد ابن إسماعيل الصنعاني، سبل السلام، ج 3، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، د.ت.ن، ص 1170.
- 28- للتفصيل في رأي جمهور الفقهاء والانتقادات الموجهة إليهم ارجع إلى كل من: - محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 560، 561. - د.ناهد العجوز، مرجع سابق، ص 68، 69. - د.محمد الشحات الجندي، نظرات في نظام الأسرة الإسلامية، مطبعة نور الإيمان، القاهرة، سنة 2002، ص 330، 331. د.أحمد المصطفى، في الأحوال الشخصية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2004، ص 160. د.عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، الأردن، ص 288.
- 29- جزء من الآية 231 من سورة البقرة.
- 30- جزء من الآية 229 من سورة البقرة.
- 31- شهاب الدين ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج 9، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ص 500.
- 32- أبوبكر البيهقي، السنن الكبرى، ج 6، دار الفكر، ص 470.
- 33- أبو عبد الله الحاكم النيسابوري، المستدرک على الصحيحين، ج 2، دار الكتاب العربي، بيروت، ص 57.
- 34- الشافعي، الأم، المرجع السابق، ج 5، ص 91.

- 35- أبو بكر البيهقي، المرجع السابق، ص 470.
- 36- الصنعاني، المرجع السابق، ج 3، ص 1170.
- 37- محمد ابن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار، دار الفكر، د.ت.ن، ج 6 ص 364.
- 38- محمد الأمين ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ج 3، دار الفكر، 1979، ص 590.
- 39- ابن قيم الجوزية، زاد المعاد، ج 4، المرجع السابق، ص 156.
- 40- د.عبد العزيز رمضان سمك، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي والقانون المصري، ط3، دار الثقافة العربية، 1998 ، ص394. محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص563.
- 41- الخرخشي على مختصر خليل، ج 3 ، مرجع سابق، ص 337.
- 42- أبو عبد الله محمد الخطاب، مواهب الجليل، ج4، دار الفكر، بيروت، 1978، ص 196.
- 43- شمس الدين محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ج 3، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت.ن، ص444.
- 44- أبو البركات أحمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك، ج 3، مطبعة عيسى البابي الحلبي، ص 615، 616.
- 45- عبد الله الكوهجي، زاد المحتاج بشرح المنهاج، ج 3، الشؤون الدينية، قطر، د.ت.ن، ص 590.
- 46- ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج7، ص 575.
- 47- الدردير، الشرح الكبير، ج 2، مرجع سابق، ص 497.
- 48- الشربيني، مغني المحتاج ، ج 3، مرجع سابق، ص 445.
- 49- ابن قدامة، المغني، ج 7، مرجع سابق، ص 577.
- 50- المرجع السابق، ص 577.
- 51- الخطاب، مواهب الجليل، ج4، مرجع سابق، ص 196. - أبو زكريا يحي النوي، المجموع، ج17، مرجع سابق ص 112. - ابن قدامة، المغني، ج7، مرجع سابق، ص 575.
- 52- أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطبيق، مرجع سابق، ص 175.
- 53- أبو البركات مجد الدين، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد ابن حنبل، ج 2، دار الكتاب العربي، بيروت، د.ت.ن، ص 116.
- 54- الشربيني، مغني المحتاج، ج 4، مرجع سابق، ص 442، و أبو زكريا يحي النوي، المجموع، ج 17، مرجع سابق، ص 118.
- 55- عبد المؤمن بلباقي، مرجع سابق، ص 51.
- 56- رمضان علي السيد الشرنباصي، مرجع سابق، ص124. - أنبيل صقر، قانون الأسرة نصا وفقها وتطبيقا، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2006، ص 171. - عبد المؤمن بلباقي، مرجع سابق، ص51. - أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 179.
- 57- الخرخشي على المختصر، ج 3، مرجع سابق، ص339. - الشافعي، الأم، مرجع سابق، ج 5، ص 89. - ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج 7، ص 576.
- 58- نبيل صقر، مرجع سابق، ص 171. - عبد المؤمن بلباقي، مرجع سابق، ص 51 إلى 53. - أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 177 إلى 178.
- 59- الدردير، الشرح الكبير، ج2، مرجع سابق، ص 519.
- 60- ابن قدامة، المغني، ج7، مرجع سابق، ص 576.
- 61- محمد بن أحمد الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، ج2، دار الفكر، بيروت، د.ت.ن، ص 519.
- 62- الشربيني، مغني المحتاج، ج3، مرجع سابق، ص 444.

- 63 - ابن قدامة، المغني، ج7، مرجع سابق، ص574.
- 64 - الكوهجي، زاد المحتاج، ج3، مرجع سابق، ص591.
- 65 - أبو عبد الله محمد الفاسي ميارة، شرح ميارة على تحفة الأحكام، ج1، دار الفكر، بيروت، د.ت.ن، ص263. - عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، شرح على مختصر خليل، ج4، دار الفكر، بيروت، د.ت.ن، ص256.
- 66 - محمد بن أحمد الدسوقي، حاشية على الشرح الكبير، ج2، مرجع سابق، ص519. - الخرشبي على المختصر، ج3، مرجع سابق، ص338.
- 67 - إرجع إلى كل من: - محمود محمد علي، الطلاق بين الإطلاق والتقييد في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، القاهرة، 1971، ص353. - د.نصر سلمان، سعاد سطحي، مرجع سابق، ص117. - عبد المؤمن بلباقي، مرجع سابق، ص58. - أحمد نصرى الجندي، مرجع سابق، ص172، 173.
- 68 - الشافعي، الأم، ج5، مرجع سابق، ص91.
- 69 - ابن قدامة، المغني، ج7، مرجع سابق، ص577.
- 70 - أنظر رأي الباحث محمود محمد علي، المرجع السابق، ص354. وكذلك رأي عبد المؤمن بلباقي، مرجع سابق، ص59 وغيرهم.
- 71 - المعدل بالقانون رقم 100 لسنة 1985، وللإشارة فإنّ يد التعديل لم تطأ مواد التفريق لعدم الإنفاق لسنة 1920 والتي ما يزال العمل بها في جمهورية مصر العربية إلى يومنا هذا.
- 72 - إرجع إلى هذه المواد والتعليق عليها في كل من:
- د.عبد الفتاح مراد، قوانين الأحوال الشخصية والقوانين المكملة لها طبقاً لأحدث التعديلات، د.ت.ن، ص73. - د.عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات الأحوال الشخصية، الإسكندرية، د.ت.ن، ص415. - حسن حسنين، أحكام الأسرة الإسلامية فقها وقضاءً، دار الآفاق العربية، القاهرة، 2001، ص284، 285. - أحمد إبراهيم بك، المستشار وأصل علاء الدين أحمد إبراهيم، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، دار الجمهورية للصحافة، 2003، ص397، 398.
- 73 - وهو القانون الخاص بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، جريدة رسمية العدد 4 مكرر في 2000/01/29..
- 74 - د. محمد كمال الدين إمام، جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص426. - أحمد إبراهيم بك، وأصل علاء الدين أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص399. - حسن حسنين، المرجع السابق، ص286.
- 75 - أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وآثارهما، مرجع سابق، ص172، 173.
- 76 - وهذا على غرار المشرع الجزائري.
- 77 - د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، 1999، ص276.
- 78 - أ. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1996، ص256.
- 79 - هيئة القراءة والبحث بدار العلوم، الزواج والطلاق في الشريعة والقانون، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2001، ص62. - أب.باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون والقضاء في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007، ص32.
- 80 - ملف رقم 189339، قرار بتاريخ 19/05/1998، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2000، ص216.
- 81 - ملف رقم 44994، قرار بتاريخ 23/02/1987، نقلا عن أب.باديس ذيابي، المرجع السابق، ص33.

- 82 - د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 278. - أ. عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 258.
- 83 - الأمر رقم 156/66، المؤرخ في 08 يونيو 1966 والمتضمن قانون العقوبات المعدل بالقانون رقم 23/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006.
- 84 - أ. أحمد لعور، أنبيل صقر، الدليل القانوني في الأسرة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، 2007، ص 58. - د. بلحاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 2000، ص 83.
- 85 - القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية.
- 86 - أ. عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها، Encyclopedia Edition، 2003، ص 48.
- 87 - أشار إلى ذلك د. بلحاج العربي و أ. عبد العزيز سعد.
- 88 - أ. باديس ذيابي، مرجع سابق، ص 33.
- 89 - ارجع إلى قول الحنفية عند تبريرهم لعدم أخذهم بالتفريق لعدم الإنفاق.
- 90 - الفقرة 05 من المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري.

حماية المدنيين في القانون الدولي الإنساني والشريعة الإسلامية

دراسة مقارنة

تريكي فريد

أستاذ مساعد - كلية الحقوق

جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية

عرفت الشعوب منذ القدم مبدأ التمييز بين المقاتلين وغيرهم من الأشخاص الذين لا يشتركون في العمليات العسكرية، فكانت الأعمال العدائية تقتصر على الفئة الأولى ولا تلحق الفئة الثانية إلا عرضاً. ورغم أن هذا المبدأ يمثل حجر الأساس لقانون الحرب في مجموعته، إلا أنه لم يعد يعرف استقراراً وتطبيقاً في النزاعات المسلحة الحديثة. سيما مع تطور أساليب ووسائل القتال التي تتميز بقدرة تدميرية هائلة يدفع ثمنها بالدرجة الأولى الأشخاص المدنيين⁽¹⁾. لذلك اتجهت الجهود في إطار القانون الدولي الإنساني لحماية هذه الفئة في النزاعات المسلحة توجت بإبرام اتفاقية جنيف الرابعة لسنة 1949 لحماية المدنيين، واعتبرت بحق فتحة جديدة في مجال القيم الأخلاقية والحقوق الإنسانية.

إن اتفاقية جنيف أضفت على المدنيين الحماية المطلوبة، إلا أن بعض نصوصها له نطاق محدود، وقد عالج بروتوكول جنيف الأول لعام 1977 هذا النقص، فوسّع من نطاق الحماية للمدنيين وأكمل ما في الاتفاقية من قصور في جوانب متعددة.

وستتمحور هذه الدراسة حول القواعد العامة لحماية السكان المدنيين في عنصر أول والقواعد الخاصة بحماية بعض الفئات من السكان المدنيين باعتبار أوضاعهم الخاصة في عنصر ثاني مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية.

أولاً: القواعد العامة لحماية المدنيين.

للتعرض للقواعد العامة لحماية السكان المدنيين يجب التطرق لاتفاقية جنيف الرابعة لحماية المدنيين لسنة 1949 لأنها تعتبر حجر الأساس في الحماية بالنسبة لهذه الفئة وكذا البروتوكول الأول لسنة 1977 وستشير في المقابل إلى ما جاءت به الشريعة الإسلامية من أحكام في هذا المجال.

1- القواعد العامة لحماية السكان المدنيين في ظل القانون الدولي الإنساني.

أتناول أهم الضمانات التي أقرتها الاتفاقية الرابعة لحماية المدنيين سنة 1949 وكذا البروتوكول الأول لسنة 1977، وما يقابلها من أحكام في الشريعة الإسلامية.

أ- في ظل اتفاقية جنيف الرابعة لسنة 1949: أرست الاتفاقية الرابعة لسنة 1949 المبدأ العام لحماية السكان المدنيين، الذي قرّر حق الأشخاص المحميين في جميع الأوقات في احترام أشخاصهم وشرفهم وحقوقهم العائلية وعقائدهم الدينية وعاداتهم وتقاليدهم، ووجوب معاملتهم معاملة إنسانية، وحمايتهم بشكل

خاص ضد جميع أعمال العنف أو التهديد، وضد السباب وفضول الجماهير. ووجوب حماية النساء بصفة خاصة ضد أيّ اعتداء على شرفهنّ ولا سيما ضدّ الاغتصاب والإكراه على الدعارة وأيّ هتك لعرضهنّ (المادة 27 من الاتفاقية).

وتتمثّل أهم الضمانات التي أقرتها الاتفاقية الرابعة فيما يلي⁽²⁾:

1. أجازت الاتفاقية لأطراف النزاع الاتفاق على إنشاء مناطق أمان خاصة، ومناطق استشفاء خاصة وذلك بعد نشوب القتال لكي تسمح بحماية ورعاية الجرحى والمرضى والعجزة والمسنين والأطفال دون 15 سنة، والحوامل وأمّهات الأطفال دون السابعة (المادة 14 فقرة 01).

ولضمان احترام مناطق الأمان السابقة أجازت الاتفاقية لأطراف النزاع أن يعهدوا بمهمة الإشراف على هذه المناطق إلى اللجنة الدولية للصليب الأحمر، أو إلى إحدى الدول الحامية (المادة 14 فقرة 03).

2. تجيز الاتفاقية لأطراف النزاع الاتفاق على إنشاء مناطق محايدة في الأقاليم التي يجري فيها القتال سواء قبل اندلاع القتال أو بعد اندلاعه. وتكون محل عناية ورعاية خاصة للعناية بالمرضى والجرحى من المقاتلين وغيرهم، وكذلك للعناية بالأشخاص المدنيين الذين لا يشتركون في العمليات العسكرية ولا يقومون بأي عمل له طابع عسكري أثناء إقامتهم في هذه المناطق (المادة 15).

3. جاءت الاتفاقية بحكم خاص بحماية الجرحى والمرضى. حيث قررت أن يكون الجرحى والمرضى وكذلك العجزة والحوامل موضع حماية واحترام خاصين، ويلتزم كل طرف في النزاع بتسهيل البحث عن المرضى والجرحى والغرقى وغيرهم من الأشخاص المعرضين لمخاطر كبيرة وحمايتهم من السلب وسوء المعاملة. كما يلتزم كل طرف في النزاع بتسهيل مرور أفراد الخدمات الطبية والمهام الطبية ورجال الدين إلى المناطق المحاصرة والمطوقة، وكذلك تسهيل مرور المرضى والجرحى والعجزة والمسنين والأطفال والنساء النفاس من المناطق المحاصرة أو المطوقة (المادتان 16 و 17).

4. قررت الاتفاقية قواعد خاصة بحماية المستشفيات المدنية التي تقوم على رعاية المرضى والجرحى والعجزة والمسنين من المدنيين، حيث ألزمت الأطراف المتحاربة بعدم جواز مهاجمة هذه المستشفيات وحمايتها في جميع الأوقات بشرط عدم استخدام هذه المستشفيات في أغراض أخرى غير الأغراض الإنسانية المعدّة للقيام بها. ولا يجوز وقف هذه الحماية إلاّ إذا استخدمت في القيام بأعمال تضرّ بالعدو، ولا يعتبر عملاً ضاراً بالعدو وجود عسكريين جرحى أو مرضى تحت العلاج في هذه المستشفيات أو وجود أسلحة صغيرة أو ذخيرة أُخذت من هؤلاء العسكريين ولم تسلّم بعد إلى الإدارة المختصة (المادتان 18 و 19).

5. قررت الاتفاقية أيضاً حماية خاصة للأفراد الذين يقومون على خدمة المستشفيات، حيث قررت التزام الأطراف باحترام وحماية الموظفين المخصصين كلية وبصورة منتظمة لتشغيل وإدارة المستشفيات المدنية، بمن فيهم الأشخاص المكلفون بالبحث عن الجرحى والمرضى المدنيين والعجزة والنساء النفاس وجمعهم ونقلهم ومعالجتهم، بشرط أن يميّزوا بشارة خاصة تميزهم وبطاقة تحقيق شخصية (المواد: 20، 21، 22).

6. أُلقت الاتفاقية على عاتق الأطراف المتحاربة واجب السماح بمرور شحنات الأغذية والأدوية والمهمات الطبية ومستلزمات العيادات المرسلّة إلى السكان المدنيين لطرف آخر حتى ولو كان خصماً، والالتزام بالترخيص بحرية مرور أيّ رسالات من الأغذية الضرورية والملابس والمقويّات المخصّصة للأطفال دون الخامسة عشر من العمر والنساء الحوامل أو النفاس (المادة 23).

7. قرّرت الاتفاقية قواعد خاصة بالأيتام دون الخامسة عشر من العمر، حيث ألزمت أطراف النزاع باتخاذ التدابير الضرورية لحمايتهم ورعايتهم وأن تيسر إعالتهم وممارسة دينهم وتعليمهم في جميع الأحوال، ويعهد بأمر تعليمهم إذا أمكن إلى أشخاص ينتمون إلى التقاليد الثقافية ذاتها (المادة 24).

8. حرصت الاتفاقية على حماية الأسر التي شتتت نتيجة الحرب، فألزمت الأطراف المتحاربة بالعمل على جمع شمل هذه الأسر، والعمل على تسهيل الاتصال بين أفراد الأسرة الواحدة، وتسهيل مرور الأخبار ذات الطابع الشخصي بين أفراد الأسرة الواحدة (المادتان 25، 26).

من خلال استعراض الضمانات السابقة نجد أنّها تركز على المدنيين في الأراضي المحتلة، ولا توفر وسائل الحماية الكافية للسكان المدنيين أثناء النزاعات المسلّحة. كما أنّها تخرج بعض الطوائف من عداد الأشخاص المحميين، مثل مواطني الدولة المحايدة أو مواطني الدولة المعادية لإحدى الدول المحاربة، طالما كان لدولتهم تمثيل دبلوماسي مع الدولة الموجودين على إقليمها⁽³⁾.

من ناحية أخرى إذا نظرنا إلى الالتزامات التي قرّرتها الاتفاقية نجد أنّ معظمها التزامات جوازية تخضع لاتفاق الأطراف المتحاربة ممّا يجعلها قاصرة عن توفير الحماية الكافية للسكان المدنيين إبان النزاعات المسلّحة. كما يظهر ضعف الدور الرقابي أو الإشرافي للهيئة أو الدولة الحامية⁽⁴⁾.

ب- في ظلّ البروتوكول الأوّل لسنة 1977⁽⁵⁾ كان القصور الموجود في اتفاقية جنيف الرابعة دافعا باللجنة الدولية للصليب الأحمر إلى بذل الجهود لتحقيق حماية كافية وفعّالة للسكان المدنيين والأعيان المدنية إبان النزاعات المسلّحة. وقد أسفرت هذه الجهود عن إقرار البروتوكول الأوّل لسنة 1977 الذي تضمّن العديد من القواعد العامة المتملّة فيما يلي:

1. أقرّ البروتوكول الأوّل القاعدة العامة في حماية السكان المدنيين، حيث قرّر أنّ السكان المدنيين يتمتعون بحماية عامة ضدّ الأخطار الناجمة عن العمليات العسكرية (المادة 51 فقرة 01)، سواء كانت هذه العمليات دفاعية أو هجومية ضدّ الخصم وذلك في أيّ إقليم تُشنّ منه، بما في ذلك الإقليم الوطني لأحد أطراف النزاع والواقع تحت سيطرة الخصم سواء في البرّ أو البحر أو الجو. ولا يجوز أن يكون السكان المدنيون بوصفهم هذا محلاً للهجوم (المادة 49 الفقرات 1، 2، 3).

2. حظرت قواعد البروتوكول الأوّل على الدول الأطراف القيام بأيّ عمل من أعمال العنف أو التهديد به بقصد بثّ الذعر بين السكان المدنيين، كما يحظر القيام بأيّة هجمات عشوائية يكون من شأنها أن تصيب الأهداف العسكرية والأشخاص المدنيين أو الأعيان المدنية دون تمييز. كما يحظر القيام بهجمات الردع ضدّ السكان المدنيين (المادة 51 الفقرات 2، 4، 6).

3. يجب على كل طرف في النزاع المسلح أن يتخذ كافة الاحتياطات أثناء الهجوم لتفادي إصابة السكان والأشخاص المدنيين والأعيان المدنية (المادة 57).

4. كما قرّرت المادة 58 من البروتوكول الأول أنه يجب على كل طرف من أطراف النزاع المسلح أن يسعى بقدر الإمكان لنقل ما تحت سيطرته من السكان والأفراد المدنيين والأعيان المدنية بعيدا عن المناطق المجاورة للأهداف العسكرية، وأن يتجنّب إقامة الأهداف العسكرية في المناطق المكتظة بالسكان أو بالقرب منها. كما يجب عليه اتخاذ الإحتياطات الأخرى اللازمة لحماية ما تحت سيطرته من سكان و أفراد مدنيين وأعيان مدنية من أيّ أخطار تنتج عن العمليات العسكرية.

لكن يجب أن يراعى في تطبيق نص المادة 58 السابقة عدم الإخلال بنص المادة 49 من اتفاقية جنيف الرابعة التي تنص على حظر النقل الإلجباري الفردي والجماعي من الأراضي المحتلة إلى أراضي دولة الاحتلال أو أراضي دولة أخرى محتلة أو غير محتلة، إلا إذا تطلّب ذلك أمن السكان أو أسباب حربية قهرية، على أن يعود الأشخاص إلى مساكنهم بمجرد توقف الأعمال العدائية في المنطقة التي نقل منها هؤلاء الأشخاص. إلا أنه لا يجوز بأيّ حال أن تُرحّل دولة الاحتلال أو تنقل بعض سكانها المدنيين إلى الأراضي التي تحتلّها. هذا ويشترط لتمتع السكان المدنيين بقواعد الحماية السابقة عدم قيامهم بأيّ دور مباشر في الأعمال العدائية.

5. للأشخاص المدنيين الذين يقعون في قبضة أحد أطراف النزاع المسلح حق الاحترام والحق في معاملتهم معاملة إنسانية في جميع الأحوال، بدون أيّ تميّز بسبب الجنس أو العنصر أو اللون أو العقيدة أو الآراء السياسية أو الانتماء القومي أو الاجتماعي أو الثروة أو المولد أو أيّ وضع آخر أو على أساس أيّة معايير أخرى مماثلة (المادة 75 الفقرة 1 من البروتوكول والمادة 27 من الاتفاقية الرابعة).

6. لا يجوز بأيّ حال من الأحوال، في أيّ وقت وفي أيّ مكان أن تمارس أعمال العنف ضدّ الأشخاص المدنيين أو العسكريين أو صحتهم أو سلامتهم البدنية أو العقلية ويحظر ارتكاب الأفعال التالية ضدّ أيّ شخص: أعمال القتل والتعذيب بشتى صورته بدنيا كان أو عقليا، العقوبات البدنية، التشويه، انتهاك الكرامة الشخصية، وبوجه خاص المعاملة المهينة للإنسان والمحطّة من قدره والإكراه على الدعارة وأيّة صورة من صور خدش الحياء، أخذ الرهائن، العقوبات الجماعية، كما يحظر التهديد بارتكاب أيّ فعل من الأفعال المحرّمة سالفه الذكر (المادة 75 الفقرة 2 من البروتوكول الأول).

7. يحظر تعريض أيّ شخص لإجراء طبي لا تقتضيه الحالة الصحيّة ولا يتفق مع المعايير الطبيّة، ويحظر بصفة خاصة بتر الأعضاء والتجارب الطبيّة أو العلمية ولو بموافقة الشخص المعني، إلا إذا اقتضت ذلك حالته الصحيّة وفقا لما تقرره الهيئة الطبيّة القائمة على علاجه (المادة 11 الفقرة 1 و 2 من البروتوكول الأول، والمادة 32 من الاتفاقية الرابعة لسنة 1949).

8. لا يجوز معاقبة شخص عن ذنب لم يرتكبه هو شخصيا (المادة 33 من الاتفاقية الرابعة). ويجب أن يبلغ أيّ شخص احتجز أو قبض عليه واعتقل لأعمال تتعلّق بالنزاع المسلح بالأسباب المبرّرة لاتخاذ

هذه التدابير بلغة يفهمها وأن يطلق سراحه بمجرد زوال الظروف التي أدت إلى اتخاذ هذه التدابير، فيما عدا من قبض عليه أو احتجز لارتكاب جرائم (المادة 75 فقرة 3 من البروتوكول الأول). ولا يجوز إصدار أو تنفيذ أي عقوبة ضد شخص ثبتت إدانته في جريمة مرتبطة بالنزاع المسلح، إلا بناء على حكم صادر من محكمة محايدة تُشكّل هيئتها تشكيلا قانونيا وتلتزم بالمبادئ التي تقوم عليها الإجراءات القضائية المرعية والمُعترف بها عموما (المادة 75 فقرة 4 من البروتوكول الأول).

9. يجب أن يتمتع الأشخاص الذين يقبض عليهم أو يعتقلون لأسباب تتعلق بالنزاع المسلح بالحماية والضمانات السابقة لحين إطلاق سراحهم أو إعادتهم إلى أوطانهم أو توطينهم بصفة نهائية حتى بعد انتهاء النزاع المسلح (المادة 75 فقرة 6 من البروتوكول الأول).

يتضح من خلال استعراض قواعد الحماية العامة للسكان المدنيين المشار إليها سابقا أنها توفر حماية قوية وفعالة شرط احترامها من قبل الأطراف المتحاربة، ويبرز هنا الدور الرقابي الذي يمكن أن تمارسه الدولة الحامية وكذا المجتمع الدولي والمنظمات الدولية.

2- القواعد العامة لحماية السكان المدنيين في ظل أحكام الشريعة الإسلامية.

أُرسِت أحكام الشريعة الإسلامية مجموعة من القواعد لحماية السكان المدنيين أثناء النزاعات المسلحة يمكن إجمالها في النقاط الآتية:

1. المعاملة بالمثل مع التقوى، أي يتعيّن معاملة الأعداء بالمثل مع التمسك بالفضيلة الانسانية واحترام كرامة الإنسان. قال تعالى: " فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم واتقوا الله واعلموا أنّ الله مع المتقين"(6). فإذا كان الأعداء يُمتثلون بالقتلى من المسلمين فلا ينبغي للمسلمين أن يُمتثلوا بالقتلى من الأعداء وقد ثبت أنّ الرسول -عليه الصلاة والسلام- كان إذا أمر أميرا على جيش أو سرية يقول لهم: " أغزوا باسم الله في سبيل الله تقاتلون من كفر بالله ولا تغلّوا ولا تغدروا ولا تمثّلوا ولا تقتلوا وليدا...."(7).

وقد ثبت أنّ عمر ابن الخطاب - رضي الله عنه- قال لرسول الله - عليه الصلاة والسلام-: "دعني أنزع ثنية سهيل ابن عمرو يدلع لسانه فلا يقوم عليك خطيبا في موطن أبدا". فقال الرسول -عليه الصلاة والسلام-: " لا أمثّل به فيمثّل الله بي وإن كنت نبيا"(8).

2. تقرير مبدأ التفريق بين المقاتلين وغير المقاتلين ووجوب حماية غير المقاتلين وكذا ضرورة حماية الأهداف المدنية، يظهر ذلك من وصايا الرسول - عليه الصلاة والسلام- لأفراد جيوشه: "انطلقوا باسم الله وبالله وعلى بركة رسول الله، لا تقتلوا شيئا فانيا ولا طفلا صغيرا ولا امرأة ولا تغلّوا وضعوا غنائمكم وأصلحوا وأحسنوا إنّ الله يحب المحسنين"(9). كما يتضح من وصية أبي بكر الصديق - رضي الله عنه- ليزيد بن أبي سفيان عندما أرسله على رأس جيش إلى الشام: "...وإنّي موصيك بعشر، لا تقتلن امرأة ولا صبيا ولا كبيرا هرما، ولا تقطعن شجرا مثمرا ولا نخلا ولا تحرقها، ولا تخربن عامرا، ولا تعقرن شاة ولا بقرة إلا لمأكلة، ولا تجبن ولا تغل"(10).

3. منع تعذيب الأسرى بالجوع والعطش، فقد اعتبر القرآن الكريم إطعام الأسير من أكرم البر، ومن صفات المؤمنين وكأنّ الأسير ضيف عند المسلمين، قال تعالى: "ويطعمون الطعام على حبه مسكينا ويتيما وأسيرا"⁽¹¹⁾.

4. منع انتهاك الأعراض ولو كان العدو يفعل هذا الأمر، لأنّ الأعراض هي حرّات الله تعالى لا تباح في أيّ مكان، ولا يختلف التحريم باختلاف الأشخاص أو الأجناس أو الأديان⁽¹²⁾.

5. النهي عن التعذيب، فقد نهى الرسول - عليه الصلاة والسلام - عن تعذيب العباد فقال: "لا تعذبوا خلق الله"⁽¹³⁾. والحديث في مضمونه ينهى عن التعذيب سواء كان في صورة مادية أو معنوية، مثل بتر الأعضاء أو انتهاك كرامة الإنسان أو المعاملة المهينة له أو خدش حياته. كما نهى الرسول - عليه الصلاة والسلام - عن تشويه الجسد وضرب الوجه لأنّه مجمع المحاسن الإنسانية، فقال: "إذا قاتل أحدكم فليجنب الوجه"⁽¹⁴⁾. وإذا كان هذا الأمر قد ورد بشأن معاملة المقاتل فهو ينطبق على معاملة المدني من باب أولى.

أستنتج ممّا سبق أنّ أحكام الشريعة الإسلامية لا تختلف عن قواعد القانون الدولي الإنساني فيما يتعلق بعدم جواز قتل المدنيين أو جعلهم محلاً للهجوم طالما امتنعوا عن القيام بأيّ عمل عدائي. كما يتفقان أيضاً في تحريم ممارسة أعمال العنف والتعذيب البدني والمعنوي. بالإضافة إلى ذلك منع الإسلام انتهاك كرامة الإنسان والمعاملة المهينة له، لأنّها أمور تلحق الضرر بالغير والضرر محرّم شرعاً، لقوله - عليه الصلاة والسلام -: "لا ضرر ولا ضرار"⁽¹⁵⁾. هذا الحديث دليل على تحريم الضرر على أيّ صفة كان. كما ورد الوعيد لمن ضارّ غيره، حيث قال الرسول - عليه الصلاة والسلام -: "من ضرّ أضرّ الله به ومن شاق شاق الله عليه"⁽¹⁶⁾.

وإذا كان الضرر محرماً شرعاً فإنّه لا يجوز ارتكاب أيّ عمل يُضرّ بالمدنيين مادياً أو معنوياً أو بدنياً⁽¹⁷⁾.

ثانياً: القواعد الخاصة لحماية السكان المدنيين.

إنّ هناك بعض الفئات من السكان المدنيين تكون في حاجة ماسة إلى إقرار حماية أكبر وخاصة بها، باعتبارها من الفئات التي تتعرّض لمخاطر كبيرة أثناء الحرب. وتجدد الإشارة أنّ هذه القواعد الخاصة هي قواعد مكملّة لقواعد الحماية العامة ولا تستطيع الدولة التدرّع بإحداها للتخلل من الأخرى.

1- القواعد الخاصة بحماية الأطفال⁽¹⁸⁾.

أ- القانون الدولي الإنساني: أثبتت تجارب الحربين العالميتين الأولى والثانية أنّ أكثر ضحاياها من النساء والأطفال، وأنّ الأطفال هم الأكثر تضرراً من ويلات الحرب نظراً لعجزهم عن حماية أنفسهم. وتُسفر الحروب دائماً عن قتل وجرح أعداد غير معروفة من الأطفال، وعن تهجير نسبة كبيرة أخرى أو تيتيمها أو أخذها كرهائن. وإضافة إلى ما سبق فإنّ للحرب تأثير غير مباشر على الأطفال، فهي تقلل إلى حد كبير من النمو الطبيعي والسوي لهم، نتيجة لإغلاق المدارس

والمستشفيات وفقدان الأمن والأمان والاطمئنان والثقة بالنفس نتيجة للخوف والرعب الذين يتعرضون له في زمن الحرب.

ونظراً لهذه الاعتبارات جاءت أحكام الاتفاقية الرابعة لسنة 1949 بقواعد خاصة لحماية الأطفال ومن هذه الأحكام ما جاءت به المادة 14 من جواز إنشاء مناطق مأمونة وأماكن أمان منظمة تحمي الأطفال الذين تقل أعمارهم عن 15 عاماً من آثار الحرب. كما ألزمت المادة 17 من نفس الاتفاقية الأطراف بالسماح بمرور الأطفال من الأماكن المطوّقة أو المحاصرة. ثم جاءت المادة 23 فألقت على عاتق الأطراف المتنازعة الالتزام بأن تسمح بمرور أيّة رسالات من الأغذية الضرورية أو الملابس أو المقويات المخصصة للأطفال دون 15 سنة. ثم قررت المادة 24 من نفس الاتفاقية التزام الأطراف المتنازعة باتخاذ الاجراءات الفعّالة لضمان عدم ترك الأطفال دون 15 سنة الذين تيتّموا أو افترقوا عن عائلاتهم بسبب الحرب، وتيسير إعالتهم وممارسة دينهم وتعليمهم في جميع الأحوال. وعلى أطراف النزاع تسهيل إيواء هؤلاء الأطفال في بلد محايد طوال مدّة النزاع، بموافقة الدولة الحامية إن وجدت.

هذه الأحكام السابقة جاءت غير كافية، لهذا اتجهت الجهود إلى إقرار قواعد قانونية جديدة في البروتوكول الأول لسنة 1977. وقد جاءت المادة 77 منه لتقرر :

1. يجب أن يكون الأطفال موضع احترام خاص، وأن تكفل لهم الحماية ضد أيّ صورة من صور خدش الحياء. ويجب أن تهيء لهم أطراف النزاع العناية والعون اللذين يحتاجون إليهما، سواء بسبب سنهم أو لأي سبب آخر.

2. يجب على أطراف النزاع اتخاذ كافة التدابير المستطاعة التي تكفل عدم اشتراك الأطفال الذين لم يبلغوا سن 15 في الأعمال العدائية بصورة مباشرة وعلى هذه الأطراف بوجه خاص، أن تمتنع عن تجنيد هؤلاء الصغار في قواتها المسلحة، ويجب على أطراف النزاع في حالة تجنيد هؤلاء ممن بلغوا سن 15 ولم يبلغوا بعد سن 18 أن تسعى لإعطاء الأولوية لمن هم أكبر سناً⁽¹⁹⁾.

3. إذا حدث في حالات استثنائية أن شارك الأطفال ممّن لم يبلغوا بعد سن 15 سنة في الأعمال العدائية بصورة مباشرة ووقعوا في قبضة الخصم فإنّهم يضلّون مستفيدين من الحماية الخاصة التي تكفلها هذه المادة سواء كانوا أو لم يكونوا أسرى حرب.

4. يجب وضع الأطفال في حالة القبض عليهم أو احتجازهم أو اعتقالهم لأسباب تتعلق بالنزاع المسلّح في أماكن منفصلة عن تلك التي تخصص للبالغين، وتستثنى من ذلك حالات الأسر التي تعدّ لها أماكن للإقامة كوحدات عائلية، كما جاء في الفقرة 5 من المادة 75 من البروتوكول الأوّل.

5. لا يجوز تنفيذ حكم الإعدام لجريمة تتعلق بالنزاع المسلّح على الأشخاص الذين لا يكونون قد بلغوا 18 سنة من عمرهم وقت ارتكاب الجريمة.

كما جاءت المادة 78 من البروتوكول الأول بقواعد خاصة لحماية الأطفال ضدّ أعمال الترحيل

والإجلاء، حيث قرّرت:

1. لا يقوم أيّ طرف في النزاع بتدبير إجلاء الأطفال -بخلاف رعاياه- إلى بلد أجنبي إلاّ إجلاء مؤقتا إذا افتضت ذلك أسباب قهرية تتعلق بصحة الطفل أو علاجه الطبي، أو إذا تطلّبت ذلك سلامته في إقليم محتلّ، ويقتضي الأمر الحصول على موافقة مكتوبة على هذا الإجراء من آبائهم أو أولياء أمورهم الشرعيين إذا كانوا موجودين، وفي حالة تعذر العثور على هؤلاء الأشخاص فإنّ الأمر يقتضي الحصول على موافقة مكتوبة على مثل هذا الإجراء من الأشخاص المسؤولين بصفة أساسية بحكم القانون أو العرف عن رعاية هؤلاء الاطفال. وتتولى الدولة الحامية الإشراف على هذا الإجراء بالاتفاق مع الأطراف المعنية، أي الطرف الذي ينظم الإجراء والطرف الذي يستضيف الأطفال والأطراف الذين يجري إجلاء رعاياهم، ويتخذ جميع أطراف النزاع في كل حالة على حدة كافة الاحتياطات الممكنة لتجنب تعريض هذا الإجراء للخطر.

2. ويتعين في حالة حدوث إجلاء وفقا للفقرة الأولى متابعة تزويد الطفل أثناء وجوده خارج البلاد جهد الإمكان بالتعليم بما في ذلك تعليمه الديني والأخلاقي وفق رغبة والديه.

3. تتولى سلطات الطرف الذي قام بتنظيم الإجراء، وكذلك سلطات البلد المضيف -إذا كان ذلك مناسباً- إعداد بطاقة لكل طفل مصحوبة بصورة شمسية تقوم بإرسالها إلى الوكالة المركزية للبحث عن المفقودين التابعة للجنة الدولية للصليب الأحمر، وذلك من أجل تسهيل عودة الأطفال الذين يتمّ إجلاؤهم وفق هذه المادة إلى أسرهم وأوطانهم، وتتضمن كل بطاقة المعلومات التالية، كلّما تيسّر ذلك وحيثما لا يترتب على ذلك مجازفة بإيذاء الطفل: لقب أو ألقاب الطفل، إسم الطفل أو أسماءه، نوع الطفل، محلّ وتاريخ الميلاد، إسم الأب بالكامل، إسم الأم ولقبها قبل الزواج إن وجد، إسم أقرب الناس للطفل، جنسية الطفل، لغة الطفل الوطنية وأيّة لغات أخرى يتكلم بها الطفل، عنوان عائلة الطفل، أيّ رقم لهوية الطفل، حالة الطفل الصحيّة، فصيلة دم الطفل، الملامح المميزة للطفل، تاريخ ومكان العثور على الطفل، تاريخ ومكان مغادرة الطفل للبلد، ديانة الطفل إن وجدت، العنوان الحالي للطفل في الدولة المضيفة، تاريخ ومكان وملابس الوفاة ومكان الدفن في حالة وفاة الطفل قبل عودته.

وقد تضمّن البروتوكول الثاني لسنة 1977 أيضا قواعد حماية خاصة بالأطفال وذلك في بعض ما جاء في الفقرة 03 من المادة 04 كما يلي:

" يجب توفير الرعاية والمعونة للأطفال بقدر ما يحتاجون إليه وبصفة خاصة:

أ- يجب أن يتلقى هؤلاء الأطفال التعليم، بما في ذلك التربية الدينية والخلقية تحقيقا لرغبات آبائهم أو أولياء أمورهم في حالة عدم وجود آباء لهم.

ج- لا يجوز تجنيد الأطفال دون 15 في القوّات أو الجماعات المسلّحة، ولا يجوز السماح باشتراكهم في الأعمال العدائية.

د- تظلّ الحماية الخاصة التي توفرها هذه المادة للأطفال دون 15 سارية عليهم إذا اشتركوا في الأعمال العدائية بصورة مباشرة، رغم أحكام الفقرة (ج) إذا أُلقي القبض عليهم.

ه- تُتخذ، إذا اقتضى الأمر، الإجراءات لإجلاء الأطفال وقتياً عن المنطقة التي تدور فيها الأعمال العدائية إلى منطقة أكثر أمناً داخل البلد على أن يصحبهم أشخاص مسئولون عن سلامتهم وراحتهم، وذلك بموافقة الأشخاص المسئولين بصفة أساسية عن رعايتهم قانوناً أو عرفاً.

يلاحظ بعد استعراض القواعد السابقة أنها توفر حماية قوية وفعالة للأطفال في زمن النزاعات المسلحة، ولكنها لم تضع تعريفاً محدداً للطفل، إلا أنه يمكن أن نستنبط من هذه الاتفاقية أن الطفل هو الشخص الذي لم يبلغ بعد 15 سنة⁽²⁰⁾. لكن اتفاقية حقوق الطفل التي أقرتها الأمم المتحدة في 1989/11/20 قد عرّفت الطفل بأنه "كل شخص لم يتجاوز 18 من العمر، ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب قواعد القانون الدولي الذي يطبق عليه". وقد أكدت هذه الاتفاقية على الحماية التي يعترف بها القانون الدولي الإنساني للأطفال أثناء النزاعات المسلحة، حيث قرّرت المادة 38 من هذه الاتفاقية واجب الدول الأطراف في حماية واحترام حقوق الأطفال أثناء النزاعات المسلحة.

وتمّ التأكيد على عدم استبعاد الأحكام الواردة في القانون الإنساني الدولي التي تقضي بقدر أكبر إلى أعمال حقوق الطفل في نص المادة 05 من البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن اشتراك الأطفال في المنازعات المسلحة⁽²¹⁾.

إذا انتقلنا إلى الواقع العملي نجد مخالفات وانتهاكات صارخة لهذه الأحكام، ففي النزاعات المسلحة التي حدثت في السنوات الأخيرة تعرّض الأطفال للعنف وكانوا أيضاً من مرتكبيه. ويُقدّر أنّ عدد الأطفال المقاتلين دون 18 من العمر يبلغ 300 ألف طفل، وفي كل شهر يُقتل أو يُشوه نحو 800 طفل بسبب الألغام الأرضية، منهم 120 ألف طفل في إفريقيا وحدها. بعض هؤلاء الأطفال تبلغ أعمارهم 08 سنوات، وهناك ما يربو على 22 مليون طفل مشرد بسبب الحرب الدائرة داخل بلدانهم وخارجها. وعندما يقتلع الأطفال من ديارهم ومجتمعاتهم المحليّة، فإنهم يُتركون دون ما يكفي من الغذاء والمأوى والتعليم والرعاية الصحيّة، ويجري تجنيد آخرين قسراً في الجيوش أو ينضمون إليها طوعاً أو يُختطفون لاستغلالهم في الاسترقاق الجنسي⁽²²⁾.

كما يعاني الأطفال الذين يصمدون أمام وحشية الحرب من آثار الاضطراب الذي يخلفه التوتر على صورة جرح نفسي يزعزع عملية التطور. وبالنسبة للأطفال دون سن الثالثة فإنّ الصدمة يمكن أن تغير كيميائياً أدمغتهم بشكل دائم. فمثلاً من عام 1986 إلى عام 1996 أدّت النزاعات المسلحة إلى قتل ما يربو على مليوني طفل وإلى إصابة وإعاقة أكثر من 6 ملايين طفل، كما خلّفت أكثر من مليون طفل يتيم⁽²³⁾.

ب- **حماية الأطفال في الشريعة الإسلامية:** أقرّت الشريعة الإسلامية أحكاماً سامية لحماية الأطفال بصفة عامة وحمايتهم أثناء النزاعات المسلحة بصفة خاصة. لأنّ الأطفال ضعاف لا يقاتلون ولا رأي لهم أو تدبير في القتال. ولقد كان النبي -عليه الصلاة والسلام- يغضب أشدّ الغضب إذا علم أنّ جنده قتلوا صبياً أو طفلاً، ولقد بلغه قتل بعض الأطفال فوقف يصيح في جنده "ما بال أقوام جاوز بهم القتل حتى قتلوا الذرية، ألا لا تقتلوا الذرية، ألا لا تقتلوا الذرية، ألا لا تقتلوا الذرية".

وحيث استعظم النبي -عليه الصلاة والسلام- قتل النساء والأطفال أشار إلى هذا بقوله: "هاه ما كانت هذه تقاتل، أدرك خالدًا وقل له لا تقتل ذرية ولا عسيفاً"⁽²⁴⁾.

لقد كفلت الشريعة الإسلامية للأطفال إجراءات خاصة من خلال النهي عن التفريق بين الأم وولدها، فقد قال -عليه الصلاة والسلام-: "من فرّق بين والدته وولدها فرّق الله بينه وبين أحبّته يوم القيامة". وامتثالاً لهذا الحديث جمع الصحابي الجليل أبو أيوب الأنصاري بين سبيّة وولدها دون استئذان الأمير⁽²⁵⁾، لأنّه قام بتنفيذ مقتضى الحديث دون انتظار لإذن هذا الأخير، أو إذن المختص بالقسمة، فالجميع يذعن لأوامر الرسول -عليه الصلاة والسلام- مسلمين⁽²⁶⁾. كما لا يفرّق بين الوالد وولده، ولا بين الولد وجده أو جدته، ولا بين الأخوين والأختين، بل قال البعض بأنه لا يجوز التفريق بين كل ذي رحم محرم، كالعمة مع ابن أخيها، والخالة مع ابن أختها. وإذا كانت قواعد القانون الدولي الإنساني لا تجيز تجنيد الأطفال في القوّات المسلّحة قبل بلوغ 15 سنة، فإنّ الإسلام بدوره لا يوجب الجهاد على الصبي الذي لم يصل إلى سن البلوغ (15 سنة عند جمهور الفقهاء). فقد ردّ الرسول -عليه الصلاة والسلام- البراء بن عازب وغيره يوم بدر ممّن لم يبلغوا 15 سنة. وقد روِيَ عن عبد الله ابن عمر -رضي الله عنهما- قال: "عُرِضت على رسول الله -عليه الصلاة والسلام- يوم أحد وأنا ابن أربعة عشر فلم يجزني في المقاتلة".

2- القواعد الخاصة بحماية النساء.

أ- في القانون الدولي الإنساني: إنّ النساء أكثر الفئات تعرضاً للاعتداء في النزاعات المسلّحة، ويتراوح الاعتداء عليهنّ بين هتك العرض والاعتصاب والقتل والإكراه على ممارسة الأفعال المنافية للأخلاق والآداب.

لهذا تضمنت اتفاقية جنيف الرابعة العديد من القواعد التي تقرر حماية خاصة للنساء. من هذه القواعد ما قرّرت المادة 14 من جواز إنشاء مناطق أمان خاصة ومناطق للاستشفاء تحمي فيها من آثار العمليات العسكرية النساء الحبيليات وأمّهات الأطفال دون السابعة.

كذلك جاءت المادة 16 لتقرر أنّ النساء الحبيليات يجب أن يكنّ موضع حماية واحترام خاصين. كما جاءت المادة 27 لكي تحمي النساء وبصفة خاصة من الاعتداء على شرفهنّ وعلى هتك العرض أو الاعتصاب والإكراه على الدعارة.

كما جاء البروتوكول الأول لسنة 1977 بقواعد خاصة لحماية النساء منها:

- المادة 75 فقرة 5: "تحتجز النساء اللواتي قيّدت حريتهنّ لأسباب تتعلق بالنزاع المسلّح، في أماكن منفصلة عن أماكن الرجال ويوكل الإشراف المباشر عليهنّ إلى نساء، ومع ذلك ففي حالة اعتقال أو احتجاز الأسر فيجب قدر الإمكان أن يوفر لها كوحدات عائلية مأوى واحد".

- المادة 76 قررت حماية النساء ضدّ الاعتصاب والإكراه وضدّ أي صورة من صور خدش الحياء حيث جاءت بما يلي:

1. يجب أن تكون النساء موضع احترام خاص، وأن يتمتعن بالحماية، ولا سيما ضدّ الاعتصاب والإكراه على الدعارة، وضدّ أي صورة من صور خدش الحياء.

2. تعطى الأولوية القصوى لنظر قضايا أولات الأحمال وأمهات صغار الأطفال اللواتي يعتمد عليهن أطفالهن، المقبوض عليهن أو المحتجزات أو المعتقلات لأسباب تتعلق بالنزاع المسلح.
3. تحاول أطراف النزاع أن تتجنب قدر المستطاع إصدار حكم بالإعدام على أولات الأحمال وأمهات صغار الأطفال اللواتي يعتمد عليهن أطفالهن، بسبب جريمة تتعلق بالنزاع المسلح، ولا يجوز أن ينفذ حكم الإعدام على هؤلاء النسوة.

الملاحظ على هذه الفقرة الأخيرة أنها جاءت غير قاطعة في إرساء واجب صريح أو التزام قانوني قاطع على عاتق الدول الأطراف، فهذا الحكم أقرب إلى التوصية منه إلى الإلتزام⁽²⁷⁾. ولكن ورغم هذه الحماية الواسعة التي يكفلها القانون نظرياً، إلا أن الجانب التطبيقي أظهر عكس ذلك تماماً حيث أفادت التقارير الصادرة عن المنظمات الدولية إلى أن الصرب قاموا أثناء حرب التطهير العرقي التي شنت ضد مسلمي البوسنة، باغتصاب حوالي 50 ألف امرأة بوسنية مسلمة⁽²⁸⁾. كما أشارت الإحصائيات أن عدد النساء اللاتي تم اغتصابهن عام 1994 في رواندا قد بلغ نصف مليون امرأة وفتاة. في حين بلغ هذا العدد في سيراليون في الفترة من عام 1991 إلى 2001 ما يقرب من 64 ألف امرأة وفتاة⁽²⁹⁾.

ب- في الشريعة الإسلامية: إن أحكام الشريعة الإسلامية الغراء قد عرفت هذه القواعد وأقرتها منذ 14 قرناً من الزمان، فقد نهى الرسول -عليه الصلاة والسلام- عن قتل النساء، فعن عبد الله ابن عمر - رضي الله عنهما - قال: "وجدت امرأة مقتولة في بعض مغازي رسول الله فنهى رسول الله -عليه الصلاة والسلام- عن قتل النساء والصبيان"⁽³⁰⁾. وعن أنس بن مالك أن رسول الله كان إذا بعث جيشاً قال: "انطلقوا باسم الله، لا تقتلوا شيخاً فانياً ولا طفلاً صغيراً ولا امرأة..."⁽³¹⁾. كما نهى عن التفريق بين الأم وولدها "من فرّق بين أم وولدها فرّق الله بينه وبين أحبّته يوم القيامة"⁽³²⁾.

كما يحرم الإسلام أيّ فعل أو قول مشين سواء كان ضدّ الرجل أو المرأة، فقد روى الترمذي عن ابن مسعود - رضي الله عنه - أن الرسول -عليه الصلاة والسلام- قال: "ليس المؤمن بالطعان ولا اللعان ولا الفاحش ولا البذيء"⁽³³⁾. وقال تعالى: "والذين يؤذون المؤمنين والمؤمنات بغير ما اكتسبوا فقد احتملوا بهتاناً وإثماً مبيناً"⁽³⁴⁾.

وروى الترمذي أيضاً عن أنس - رضي الله عنه - أن الرسول -عليه الصلاة والسلام- قال: "ما كان الفحش في شيء إلاّ شأنه وما كان الحياء في شيء إلاّ زانه"⁽³⁵⁾.

وقد قرّر فقهاء الإسلام معاقبة المسلم حداً عند الظاهرية وتعزيراً عند الجمهور⁽³⁶⁾ إذا قذف ذمياً أو مستأماً سواء كان المقذوف رجلاً أو امرأة أو طفلاً، وإذا زنى المسلم بدمية أقيم عليه حد الزنا⁽³⁷⁾.

إنّ الشريعة الإسلامية تتفق مع ما يقرره القانون الدولي الإنساني من عدم امتهان الكرامة الشخصية والنيل من شرف الإنسان وعرضه وخاصة المرأة. كما لا تجيز الشريعة أيضاً توقيع الإعدام على المرأة الحامل. فقد روي عن عمر ابن حصين أنّ امرأة من جهينة أتت النبي -عليه الصلاة والسلام-

فقلت: "إني أصبت حدا فأفمه عليّ، قال وهي حامل، فأمر أن يحسن إليها حتى تضع. فلما وضعت جاءت فأقرت بمثل الذي أقرت فأمر بها فأسبلت ثيابها عليها ثم رجمت وصلى عليها، فقيل له: يا رسول الله تصلي عليها وقد زنت؟ قال: لقد تابت توبة لو قسمت على سبعين من أهل المدينة لوسعتهم، وهل وجدت أفضل من جادت بنفسها"⁽³⁸⁾. هذه الواقعة ولو كانت تخص امرأة مسلمة فلا مانع من سريان حكمها على غير المسلمة فهي قاعدة عامة تسري على الجميع في السلم والحرب لأنّ العلة واحدة وهي الحماية المكفولة للجنين لأنه لم يرتكب إثماً ولا جريمة⁽³⁹⁾.

3- حماية أفراد الخدمات الطبية وعمال الإغاثة.

أ- في القانون الدولي الإنساني:

- أفراد الخدمات الطبية: إنّ المهام الإنسانية الخطيرة التي يقوم بها أفراد الخدمات الطبيّة تستوجب إقرار حماية كافية لهم ضدّ مخاطر العمليات العسكرية، فهم يتولون إنقاذ وإسعاف الضحايا في ميدان القتال. وقد عرفهم البروتوكول الأول لسنة 1977 بما يلي: "أفراد الخدمات الطبيّة هم الأشخاص الذين يخصصهم أحد أطراف النزاع إمّا للأغراض الطبيّة دون غيرها المذكورة في الفقرة "هـ" وإمّا لإدارة الوحدات الطبيّة، وإمّا لتشغيل وسائل النقل الطبي، ويمكن أن يكون هذا التخصيص دائماً أو وقتياً"⁽⁴⁰⁾.

والأغراض الطبيّة المشار إليها هي البحث عن الجرحى والمرضى والمنكوبين في البحار وإجلائهم ونقلهم وتشخيص حالتهم أو علاجهم، بما في ذلك الإسعافات الأوليّة، والوقاية من الأمراض⁽⁴¹⁾.

ويقصد بالوحدات الطبيّة المنشآت وغيرها من الوحدات عسكرية كانت أو مدنية التي يتم تنظيمها للأغراض الطبيّة، مثل البحث عن الجرحى والمرضى والغرقى، أو إجلائهم أو نقلهم أو تشخيص حالتهم أو علاجهم، بما في ذلك تقديم الإسعافات الأوليّة، والوقاية من الأمراض. ويشمل التعبير على سبيل المثال، المستشفيات وغيرها من الوحدات المماثلة ومراكز نقل الدم ومراكز ومعاهد الطب الوقائي والمستودعات الطبية والمخازن الطبية والصيدلانية لهذه الوحدات، ويمكن أن تكون الوحدات الطبية ثابتة أو متحركة، دائمة أو وقتية.

تكون الوحدات الطبية دائمة إذا كانت مخصصة للأغراض الطبية دون سواها ولمدة غير محددة، وتكون وقتية إذا خصصت للأغراض الطبية دون غيرها لمدة محددة وذلك خلال المدة الإجمالية للتخصيص⁽⁴²⁾(42).

وتتمثل أشكال الحماية المقررة لأفراد الخدمات الطبيّة فيما يلي:

1. حق الاحترام والحماية، ويعني ذلك حمايتهم وعدم مهاجمتهم والدفاع عنهم وتقديم المساعدة والدعم لهم. وهذا ما جاء في المادة 24 من الاتفاقية الأولى لسنة 1949: "يجب في جميع الأحوال احترام وحماية أفراد الخدمات الطبية....".

المواد 36 و37 من الاتفاقية الثانية لسنة 1949: "يجب احترام وحماية أفراد الخدمات الطبيّة".

المادة 15 من البروتوكول الأول لسنة 1977: "احترام وحماية أفراد الخدمات الطبيّة أمراً واجب".

المادة 9 من البروتوكول الثاني لسنة 1977: "يجب احترام وحماية أفراد الخدمات الطبيّة".

2. عدم جواز التنازل عن الحقوق المقررة لهم بمقتضى القانون الدولي الإنساني.
- المادة 7 من الاتفاقية الأولى لسنة 1949: "لا يجوز لأفراد الخدمات الطبية التنازل في أي حال من الأحوال جزئياً أو كلياً عن الحقوق الممنوحة لهم بمقتضى هذه الاتفاقية".
3. حظر الأعمال الانتقامية ضدّهم.
- المادة 47 من اتفاقية جنيف الثانية لسنة 1949: "تحظر تدابير الاقتصاص من الجرحى أو المرضى أو الغرقى أو الموظفين الذين تحميهم هذه الاتفاقية أو السفن أو المهام التي تحميها".
- المادة 20 من البروتوكول الأول لسنة 1977: "يحظر الردع ضدّ الأشخاص والأعيان التي يحميها هذا الباب".
4. لا يجوز معاقبة أو مضايقة أفراد الخدمات الطبية لتنفيذهم المهام الطبية التي تتفق مع شرف المهنة الطبية.
- المادة 18 من اتفاقية جنيف الأولى لسنة 1949: "لا يعرض أي شخص أو يدان بسبب ماقدمه من عناية للجرحى أو المرضى".
- المادة 16 من البروتوكول الأول: "لا يجوز بأي حال من الأحوال توقيع العقاب على أي شخص لقيامه بنشاط ذي صفة طبيّة يتفق مع شرف المهنة الطبيّة بغض النظر عن شخص المستفيد من هذا النشاط".
5. لا يجوز إرغام الأشخاص الذين يمارسون نشاطاً ذا صفة طبية على إتيان تصرفات أو القيام بأعمال تتنافى وشرف المهنة الطبية...
- المادة 10 من البروتوكول الثاني لسنة 1977.
6. لا يجوز إرغام أفراد الخدمات الطبية على الإدلاء بمعلومات عن الجرحى والمرضى الذين تحت رعايتهم.
- المادة 16 فقرة 3 من البروتوكول الأول.
- المادة 10 فقرة 3 من البروتوكول الثاني.
- **عمال الإغاثة:** أولى القانون الدولي الإنساني عناية مميّزة لعمال الإغاثة⁽⁴³⁾ لما يقومون به من مهام إنسانية جليّة، فهم يتولون إيصال إرساليات الإغاثة إلى السكان المحصورين في حالة النزاع المسلح ويؤدون واجباتهم في ظروف شديدة الخطورة، لذلك يحتاجون إلى حماية كافية أثناء قيامهم بواجباتهم ضد مخاطر العمليات الحربية.
- وألزمت قواعد القانون الدولي الإنساني الأطراف المتحاربة بأن تسمح بالقيام بأعمال الإغاثة ذات الصبغة المدنية والإنسانية المحايدة، وبدون أي تمييز محجف بين السكان المدنيين، في الأقاليم الخاضعة لسيطرة أحد أطراف النزاع من الأقاليم غير المحتلة، إذا لم يزودوا بالإمدادات اللازمة لحياتهم من إيواء وغذاء وفرش ودواء وما يلزمهم لأداء العبادة وغيرها من الأمور اللازمة لبقائهم على قيد الحياة، ولكن بشرط موافقة الأطراف المعنية على هذه الأعمال. ولا تعتبر أعمال الإغاثة التي تتوافر فيها الشروط

المذكورة أعلاه تدخل في النزاع المسلح ولا أعمال غير ودية. وتعطى الأولوية عند توزيع إرساليات الغوث للأطفال وأولات الأحمال وحالات الوضع والمراضع الذين هم أهل لأن يلقوا معاملة مفضلة أو حماية خاصة طبقاً للاتفاقية الرابعة والبروتوكول الإضافي الأول⁽⁴⁴⁾.

ويجب على أطراف النزاع وعلى كل طرف متعاقد أن يسمح ويسهل المرور السريع وبدون عرقلة لجميع إرساليات الغوث والعاملين عليها. حتى ولو كانت هذه المساعدات مرسلّة للسكان المدنيين التابعين للخصم⁽⁴⁵⁾. ويجب على أطراف النزاع احترام الأشخاص العاملين في نقل وتوزيع إرساليات الغوث وحمايتهم ولكن بشرط عدم تجاوز هؤلاء العاملين لحدود المهام المنوطة بهم، كما يجب على عمال الإغاثة مراعاة متطلبات أمن الطرف الذي يؤدون واجبهم على إقليمه، ويحق لأي طرف في النزاع إنهاء مهمة أي فرد من عمال الإغاثة لا يلتزم بهذه الشروط⁽⁴⁶⁾.

ب- الوضع في الشريعة الإسلامية: إذا كان فقهاء الإسلام الأقدمون لم يفرّدوا أحكاماً خاصة لرجال الإغاثة وأفراد الخدمات الطبية، وهو الأمر نفسه بالنسبة لمؤلفات الكتاب المعاصرين في القانون الدولي الإنساني الإسلامي فإنني أرى أنّ الشريعة الإسلامية قد حوت أحكاماً عامة يمكن التفريع عليها. من هذه الأحكام أنّ القتال في الإسلام لا ينبغي توجيهه إلاّ للشخص المقاتل سواء بالفعل أو بالرأي أو المشورة. من جهة ثانية فإنّ ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب، أي أنّ حماية ورعاية ضحايا النزاعات المسحة تستوجب توفير حماية كافية لأفراد الخدمات الطبية وعمال الإغاثة لتمكينهم من أداء مهامهم الإنسانية على أكمل وجه وهذا مقصد إسلامي نبيل تقتضيه معاني الرحمة والفضيلة.

وحسب تقديري الخاص فإنه لا وجود لأيّ مانع من التزام الدول الإسلامية بالأحكام والواجبات المقررة لعمال الإغاثة وأفراد الخدمات الطبية لأنها لا تتنافى مع هدف الإسلام وفلسفته في الحروب القائمة على الرحمة والتقوى والإنسانية.

خاتمة:

أخلص من خلال العرض السابق إلى نتائج وهي:

- إنّ قواعد القانون الدولي الإنساني فيما يتعلق بمعاملة المدنيين غنية بمختلف أنواع الضمانات التي تكفل الحماية اللازمة لهم، وهي في ذلك تتفق من حيث المبدأ مع تلك المقررة في أحكام الشريعة الإسلامية.
- إنّ أحكام الشريعة الإسلامية بما حوته من أهداف عامة ومقاصد كليّة لتكريم الإنسان وتقديره، قد وضعت إطاراً واسعاً يمكن التأسيس والتفريع عليه لتقرير أوجه الحماية الفعالة للفئات المختلفة من المدنيين التي تظهر بتطور الحياة، كما هو الشأن بالنسبة لعمال الإغاثة وأفراد الخدمات الطبيّة.
- إنّ الواقع العملي يكشف أنّ أشكال الحماية المقررة للمدنيين في ظلّ القانون الدولي الإنساني لا تعدو أن تكون ضمانات نظرية تخرق بشكل واسع ومستمر في النزاعات المسلحة المعاصرة.

ولعلّ الانتهاكات التي اقترفها الكيان الإسرائيلي في قطاع غزة (أواخر ديسمبر 2008 إلى أواخر جانفي 2009)، مثال حي على ذلك. وأذكر من بينها قتل النساء والأطفال حيث بلغت نسبة الضحايا منهم أكثر من 40 بالمئة، أخذ الرهائن واستعمالهم دروعاً بشرية وتعذيبهم وإهانتهم، حرق مخازن التموين وقصف المدارس التابعة للأنزوا، قصف المؤسسات التربوية (من بينها جامعة غزة)، تعمد ضرب الطواقم الطبيّة وقتل عدد منهم وحرق المستشفيات كمستشفى الشفاء، منع وصول الدواء للجرحى والمصابين، حصار المنطقة ومنع وصول المواد التموينية وكذا تدمير أماكن العبادة، حيث تجاوز العدد 40 مسجداً.

هوامش البحث:

- (1) - تشير الإحصاءات إلى أنّ الحرب العالمية الأولى شهدت مقتل حوالي عشرة ملايين شخص، وكانت النسبة في الضحايا هي 20 مقاتلاً مقابل مدني واحد. فضلاً عن حوالي 21 مليون حالة وفاة بالأوبئة. وفي الحرب العالمية الثانية قتل نحو 40 مليون شخص نصفهم من المدنيين. ومن عام 1945 وحتى الوقت الحاضر وفي ظلّ وجود 100 نزاع مسلّح تقريباً، أصبحت نسبة القتلى هي عسكري واحد مقابل 10 مدنيين. ووفقاً للتوقعات فإنّ 200 شخص مدني سيسقطون مقابل عسكري واحد إذا ما اندلعت حرب نووية أو كيميائية أو بيولوجية. (نقلاً عن د. فاطمة شحاته زيدان، الحماية الدولية للأطفال في النزاعات المسلّحة، مجلّة السياسة الدولية، العدد 159، جانفي 2005، ص 08).
- (2) - د. أبو الخير أحمد عطية، حماية السكان المدنيين والأعيان المدنية إبان النزاعات المسلّحة، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 93 وما بعدها.
- (3) - د. زكريا عزمي، من نظرية الحرب إلى نظرية النزاع المسلّح، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1978، ص 322.
- (4) - د. أبو الخير أحمد عطية، مرجع سابق، ص 96.
- (5) - المرجع السابق، ص 97 وما بعدها.
- (6) - الآية 194 من سورة البقرة.
- (7) - مالك بن أنس، الموطأ، ج 2، تصحيح وتعليق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، ص 7.
- (8) - الحافظ ابن كثير، البداية والنهاية، ج 3، مكتبة المعارف، بيروت، 1985، ص 310.
- (9) - أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، الجزء 9، دار الفكر، ص 90.
- (10) - محمد بن عبد الباقي الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، ج 3، دار الكتب العلمية، بيروت، 1990، ص 16 و 17.
- (11) - سورة الإنسان، الآية 08.
- (12) - محمد أبو زهرة، نظرية الحرب في الإسلام، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 14، سنة 1958، ص 30.
- (13) - رواه أبو داود.
- (14) - رواه البخاري ومسلم.
- (15) - أبو عبد الله الحاكم النيسابوري، المستدرک علی الصحیحین، ج 2، دار الكتاب العربي، بيروت، ص 57.
- (16) - أخرجه أبو داود والنسائي والترمذي وحسنه من حديث أبو صرمة.
- (17) - د. عبد الغني محمود، القانون الدولي الإنساني، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، مصر، 1991، ص 141.

(18) - د. زكريا عزمي، مرجع سابق، 373. - د. فاطمة شحاته زيدان، مرجع سابق، ص 12 ومابعدھا. - دنيس بلاتتر، حماية الأطفال في القانون الدولي الإنساني، مقال مترجم، المجلة الدولية للصليب الأحمر، ماي، جوان، 1984، ص 4 و12.

(19) - النص الإنجليزي لهذه المادة أكثر صراحة:

« they shall refrain from recruiting them into their armed forces. » ويقصد

بكلمة توظيف ليس فقط التجنيد إجباريا بل أيضا الالتحاق بالجيش طوعا، وفي هذه الحالات تعني كلمة توظيف كذلك إدماج، وهذا يفيد أن على الأطراف أن تمتنع عن تجنيد الأطفال دون 15 سنة الذين قد يرغبون في الالتحاق بالقوات المسلحة طوعا. نقلا عن - السيدة ماريا تيريزا دوتلي، الأطفال المقاتلون الأسرى، المجلة الدولية للصليب الأحمر، العدد 15، سبتمبر، أكتوبر، 1990، ص 400.

(20) - وقد تناولت عدة مواثيق دولية هذه المسألة نذكر منها: - ميثاق حقوق الطفل العربي لسنة 1983 الذي تناول الطفل لكنه لم يفرد له تعريفا واضحا ومحددا ضمن مواده، إلا أن الملاحظ أن مقدمة الميثاق أشارت إلى التعريف حيث جاء فيها أن هدف الميثاق تحقيق تنمية ورعاية وحماية شاملة لكل طفل عربي من يوم مولده إلى بلوغ 15 سنة من العمر.

- الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل ورفاهيته لعام 1990، حيث نصت المادة 02 منه: "يُعدّ الطفل كل إنسان أقل من 15 سنة". الإطار العربي لحقوق الطفل لعام 2001 والذي لم يفرد مادة لتعريف الطفل وإنما جاءت الإشارة إلى ذلك في البند الأول من الأهداف العامة حيث نصّ على أنه: "يجب تكريس الحقوق للطفل حتى إتمام 18 سنة دون أيّ تمييز بسبب العنصر أو الدين أو اللغة أو الجنس أو الوضع الاجتماعي أو الثروة أو المولد أو لأيّ سبب آخر"، نقلا عن د.محمود سعيد محمود سعيد، الحماية الدولية للأطفال أثناء النزاعات المسلحة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2007، ص 20 و21.

(21) - اعتمد هذا البروتوكول الاختياري وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 263 الدورة الرابعة والخمسون المؤرخ في 2000/05/25، دخل حيّز التنفيذ في 2002/02/23، نقلا عن وائل أنور بندق، المرأة والطفل وحقوق الإنسان، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 157.

(22) - فاطمة شحاته زيدان، مرجع سابق، ص 8 و9.

(23) - المرجع السابق، ص 9.

(24) - محمد ناصر الدين الألباني، صحيح سنن أبي داود، المجلد 2، مكتبة المعارف، الرياض، 1998، ص 144.

(25) - وفي مسند أحمد قصة تبين ذلك، فعن أبي عبد الرحمان الحبلي قال: " كُنّا في البحر (أي غزاة) وعلينا عبد الله بن قيس الفزاري (أي أميرا)، ومعنا أبو أيوب الأنصاري فمرّ صاحب المقاسم (الذي يقسم المغنم والسبايا) وقد أقام السبي، فإذا امرأة تبكي فقال (أي أبو أيوب): ما شأن هذه؟ قالوا فرّقوا بينها وبين ولدها، قال: فأخذ بيد ولدها حتى وضعه في يدها. فانطلق صاحب المقاسم إلى عبد الله بن قيس (الأمير) فأخبره، فأرسل إلى أبي أيوب فقال: ما حملك على ما صنعت؟ قال: سمعت رسول الله يقول: من فرّق بين والدته وولدها فرّق الله بينه وبين أحبّته يوم القيامة..." مسند أحمد، ج 5، المكتب الإسلامي، 1978، ص 412 و413.

(26) - د. يوسف القرضاوي، المرجعية العليا في الإسلام للقرآن والسنة، مكتبة وهبة، القاهرة، 2001، ص 290.

(27) - أبو الخير أحمد عطية، مرجع سابق، ص 125.

(28) - مجلة السياسة الدولية، العدد 112، أبريل 1993، ص 270.

(29) - د. محمود حجازي محمود، العنف الجنسي ضدّ المرأة في أوقات النزاعات المسلحة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 47.

(30) - محمد ناصر الدين الألباني، مرجع سابق، ص 144.

(31) - رواه أبو داود.

- (32) - رواه الترمذي، وقال حسن غريب.
- (33) - محي الدين يحيى ابن شرف النووي، رياض الصالحين، ضبط وتعليق د.خالد رشيد القاضي، دار صبح، بيروت، إديسوفت، الدار البيضاء، 2006، ص 355.
- (34) - سورة الأحزاب، الآية 58.
- (35) - محي الدين يحيى ابن شرف النووي، مرجع سابق، ص 355.
- (36) - ابن حزم، المحلى، ج 11، دار الطباعة المنيرية، القاهرة، 1927، ص 274. - السرخسي، المبسوط، ج 9، دار المعرفة، بيروت، 1989، ص 118.
- (37) - ابن قدامة، المغني، دار الكتاب العربي، بيروت، ج 8، ص 181.
- (38) - أبو يوسف، كتاب الخراج، المطبعة السلفية، القاهرة، 1382هـ، ص 117.
- (39) - د. عبد الغني محمود، مرجع سابق، ص 143.
- (40) - المادة 8 فقرة ج من البروتوكول الأول لسنة 1977.
- (41) - المادة 8 فقرة هـ من البروتوكول الأول لسنة 1977.
- (42) - المادة 8 فقرة هـ من البروتوكول الأول لسنة 1977. تكرار.
- (43) - د. أبو الخير أحمد عطية، مرجع سابق، ص 148 و 149.
- (44) - المادة 70 فقرة 1 من البروتوكول الأول لسنة 1977.
- (45) - المادة 70 الفقرات 3، 4، 5، من البروتوكول الأول لسنة 1977.
- (46) - المادة 71 من البروتوكول الأول لسنة 1977.

ترخيص العلامة

راشدي سعيدة

أستاذة مساعدة

كلية الحقوق – جامعة بجاية

تحتل العلامة التجارية أهمية كبيرة من ضمن حقوق الملكية الصناعية، بالنظر لما تشكله من قيمة مادية كبيرة، إذ تشكل في بعض الأحيان القيمة الأعلى من عناصر المشروع التجاري الذي يقوم على استغلالها، فالعلامات اليوم لم تعد وسيلة لتمييز المنتجات و الخدمات عن غيرها فحسب، بل أنها وسيلة قانونية في خدمة استراتيجية المؤسسات لتوسيع أسواقها في كل مناطق العالم.

كما تظهر أهمية العلامات التجارية باعتبارها قيمة مالية في ذمة مالكةا، مستقلة عن المشروع أو المؤسسة التي تستغلها، و يظهر ذلك في الاستثمارات التي تقوم بها الشركات المتعددة الجنسيات في مجال العلامات و النجاح الذي حققته. و كما يقول الأستاذ REBOUL في شان العلامات التجارية:

« Char d'assaut des groupes multinationales pour la conquête de nouveaux territoires : les marchés mondiaux de la consommation ».⁽¹⁾

و نظرا لأهمية العلامة من جهة بالنسبة للمشروع الاقتصادي أو المحل التجاري، باعتبارها أحد الوسائل الهامة في نجاحه، فهي وسيلته في إطار المنافسة مع غيره من المشروعات على الصعيد المحلي و الدولي على حد سواء لاجتذاب العملاء إلى منتجاته أو خدماته، و من جهة أخرى فتتعلق أهمية العلامة بجمهور المستهلكين، إذ تعد العلامة الوسيلة التي يعتمدون عليها في تعرفهم على مصدر المنتجات التي يتعاملون بها، و التي يولون ثقتهم، نظرا لما تعنيه لهم هذه العلامة من رمز لجودة و خصائص تلك المنتجات⁽²⁾، كما تعتبر إحدى المحركات الضرورية لاقتصاد كل دولة إذ تشكل دافعا لتحسين منتوجية المؤسسات⁽³⁾.

لهذا قامت الدول بسن قوانين لتنظيم العلامات و منحها الحماية القانونية من كل أشكال التعدي عليها، سواء على المستوى الداخلي أو الدولي، و ذلك عبر مختلف الاتفاقيات الدولية. كما قام المشرع الجزائري بتنظيم العلامات و أول تشريع خاص بالعلامات كان بمقتضى الأمر رقم 66-57 المتعلق بعلامات المصنع و العلامات التجارية⁽⁴⁾ و الذي حل محله الأمر رقم 03-06 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالعلامات⁽⁵⁾.

و عقد الترخيص باستعمال العلامة من العقود الحديثة التي ظهرت عندما استقرت في الأذهان فكرة انفصال ملكية العلامة كمنقول معنوي عن استعمالها، و بذلك يجوز أن يكون مستعمل العلامة غير مالكةا، و يرجع أصل وجوده إلى البيئة التجارية فهو عقد مبتكر ابتدعته حاجات التجارة.

و عرف عقد الترخيص باستعمال العلامة التجارية أول الأمر في الولايات المتحدة الأمريكية ، و ما لبث أن انتشر في العالم بفضل المزايا التي يحققها كنظام للتعاون المستمر بين المشروعات يتيح أفضل الفرص للتوسع التجاري، اعتمادا على شهرة العلامة التجارية⁽⁶⁾.

و على الرغم من إتباع كثير من التشريعات الأجنبية مبدأ عدم جواز التصرف في العلامة مستقلة عن المشروع أو المتجر⁽⁷⁾ إلا أن العمل قد جرى على إبرام عقود تراخيص باستعمال العلامة . و ازدادت أهمية الترخيص باستعمال العلامة خلال السنوات الماضية بعد أن تطور استخدام العلامة في المعاملات التجارية بشكل ملحوظ و تعددت صور و أشكال هذا الاستعمال فلم يعد الترخيص باستعمالها يقتصر بنقل المعرفة الفنية Know how أو حق من حقوق الملكية الصناعية . و قد عرف هذا الشكل الأخير في الولايات المتحدة الأمريكية و في كثير من دول العالم تحت تسمية "الفرنشايز"⁽⁸⁾ .

و لمعالجة موضوع الترخيص باستعمال العلامة التجارية فلا بد من التطرق أولاً إلى مفهوم الترخيص باستعمال العلامة و مشروعيته، و ثانياً التطرق إلى قواعد الترخيص باستعمال العلامة و آثاره .

المبحث الأول: مفهوم الترخيص باستعمال العلامة.

قبل التطرق إلى مفهوم الترخيص و مشروعيته فلا بد من التطرق إلى المقصود بالعلامة و شروط صحتها حتى تحضى بالحماية القانونية، و بوجود العلامة يعطي لمالكها الحق في التصرف فيها بأي وجه من وجوه التصرفات، بما في ذلك إبرام عقد ترخيص العلامة.

المطلب الأول: مفهوم العلامة.

الفرع 1: تعريف العلامة و أنواعها و أشكالها.

أولاً: تعريف العلامة.

يمكن تعريف العلامة على أنها كل إشارة يتخذها الصانع أو التاجر شعاراً لمنتجاته أو خدماته تميزها عن غيرها من المنتجات و الخدمات المماثلة⁽⁹⁾ .

و لقد عرفها المشرع الجزائري على أنها (العلامات) "كل الرموز القابلة للتمثيل الخطي، لاسيما الكلمات بما فيها أسماء الأشخاص و الأحرف و الأرقام، و الرسومات أو الصور و الأشكال المميزة للسلع أو توضيبيها، و الألوان بمفردها أو مركبة التي تستعمل كلها لتمييز سلع أو خدمات شخص طبيعي أو معنوي عن سلع و خدمات غيره"⁽¹⁰⁾ .

ثانياً: أنواع العلامات.

يتضح من التعريف السابق للعلامات أن هناك عدة أنواع من العلامات، فمن حيث محلها فهناك علامات خاصة بالمنتجات⁽¹¹⁾ و هي التي تستخدم لتمييز منتجات مشروع معين عن غيرها من المنتجات المماثلة، و أخرى خاصة بالخدمات و تستخدم لتمييز الخدمات عن غيرها .

كما يمكن تقسيم العلامات بالنظر إلى صاحب الحق عليها، إلى علامات فردية و علامات جماعية، كما يمكن تقسيمها أيضاً إلى علامات بسيطة و أخرى مركبة .

ثالثا: أشكالها.

أشارت المادة 2 من الأمر رقم 03-06 المتعلق بالعلامات إلى الأشكال و الصور التي يمكن أن تتخذ كعلامة، و هذا التعداد ورد على سبيل المثال و ليس على سبيل الحصر. و يلاحظ من خلال التعداد أن هناك صنفين من العلامات، العلامات الاسمية و هي تلك التي تكتب أو تنطق، مثل الأسماء العائلية الأرقام، الحروف... و من جهة أخرى توجد العلامات المكونة من الصور أو الرموز أو الشكلية كالرسوم، الألوان.. .

و هناك فئة أخرى من العلامات لم ينص عليها المشرع الجزائري و العلامات الصوتية Marques sonores و العلامات الخاصة بحاسة الشم Marques olfactives⁽¹²⁾.

الفرع الثاني: شروط صحة العلامة.

لا يكفي أن تتخذ العلامة شكلا من الأشكال السابقة حتي تتمتع بالحماية القانونية، فلا بد أن تستجيب لبعض الشروط التي يتطلبها القانون لصحتها، و قد أوجب المشرع أن تكون ذات صفة مميزة و أن تكون مشروعة و جديدة، بالإضافة إلى ذلك استكمال الشروط الشكلية و ذلك بتسجيلها لدى الهيئة المختصة .
أولا: الشروط الموضوعية لصحة العلامة.

1- أن تكون العلامة مميزة.

لا تكون العلامة محلا للحماية القانونية إلا إذا كانت ذات صفة مميزة، و هذا ما نص عليه صراحة المشرع الجزائري، و لقد استبعد المشرع الرموز الخاصة بالملك العام أو المجردة من صفة التمييز⁽¹³⁾. و لا يقصد من اشتراط تمييز العلامة أن تتخذ شكلا مبتكرا كما هو مطلوب مثلا بالنسبة للرسوم و النماذج الصناعية، و إنما كل ما يقصد هو تمييز العلامة عن غيرها من العلامات التي توضع على نفس السلعة لمنع حصول اللبس لدى المستهلك العادي. و بناء على ذلك لا تتمتع بالحماية العلامات التي من كلمات أو الرسوم الشائعة التي تستعمل بصورة عادية في التجارة للدلالة على نوعية المنتجات أو مصدرها كعلامة⁽¹⁴⁾.

كما يمنع المشرع الجزائري استعمال كافة الرموز المطابقة أو المشابهة التي تحدث لبسا أو تمس حقوق سابقة، كاستعمال علامة سابقة مسجلة، أو علامة مشهورة، أو اسم تجاري⁽¹⁵⁾.

2- أن تكون العلامة مشروعة.

لا يكفي أن تكون العلامة مميزة، بل يجب فوق ذلك أن تكون مشروعة، و تكون كذلك عندما تكون العلامة غير مخالفة للنظام العام و الآداب العامة⁽¹⁶⁾، و أن لا تكون قد اتخذت أحد الأشكال التي يحظرها القانون بموجب القانون الوطني أو الاتفاقيات الثنائية أو المتعددة الأطراف التي تكون الجزائر طرفا فيها⁽¹⁷⁾، و كذلك الرموز التي تحمل من بين عناصرها نقلا أو تقليدا لشعارات رسمية أو أعلام...⁽¹⁸⁾.

3- أن تكون العلامة جديدة :

و يقصد بذلك أن تكون العلامة المتخذة لم يسبق استعمالها أو تسجيلها من قبل، و الصفة الجديدة المقصودة هنا ليست الجودة المطلقة، و إنما الجودة النسبية، إذ يكفي أن لا تكون العلامة وقت إيداعها محل ملكية شخص آخر و في نفس قطاع النشاط⁽¹⁹⁾.

ثانيا: الشروط الشكلية.

حتى العلامة بالحماية القانونية فلا بد من احترام الأحكام القانونية التي تنظم الإجراءات الخاصة بالإيداع التسجيل و النشر⁽²⁰⁾ حيث يتم إيداع العلامة لدى المصلحة المختصة والمتمثلة في المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية، و الذي يتولى تسجيلها و نشرها في النشرة الرسمية للعلامات.

المطلب الثاني: المقصود بترخيص العلامة و تمييزه عن العقود الأخرى.

أولاً: المقصود بترخيص العلامة .

هو عقد يلتزم بمقتضاه صاحب العلامة بإعطاء المرخص له حق استعمال علامته مقابل مبلغ من المال يدفع دفعة واحدة أو بصفة دورية⁽²¹⁾.

كما عرفه البعض أنه الاتفاق الذي يتناول بموجبه صاحب العلامة كلياً أو جزئياً عن حق الانتفاع باستغلال علامته للغير بمقابل⁽²²⁾.

و بالتالي عقد الترخيص يقتصر أثره على منح المرخص له حق استعمال العلامة دون نقل ملكيتها، وبالتالي فهو يشبه عقد الإيجار الذي ينشئ حقاً شخصياً للمستأجر قبل المؤجر .

وتعتبر عملية الترخيص بالنسبة لصاحب العلامة وسيلة لاستثمارها خارج موطنه لدخول السوق الأجنبية، كما تكتسي هذه العملية أهمية كبيرة خاصة إذا كانت العلامة ذات سمعة عالمية⁽²³⁾.

و قد كان استخدام المرخص للعلامة المسجلة لا يعد متوافقاً مع طبيعتها باعتبارها علامة تشير إلى الأصل و المصدر، و هذا هو الاتجاه التقليدي، و الذي عرف بنظرية المصدر التي أخذت بها العديد من التشريعات المقارنة. و تربط النظرية بين العلامة و المشروع الذي تدل على منتجاته، فملكية العلامة لا تنتقل إلا تبعاً لانتقال ملكية المشروع، كما أنها تقضي بانقضائه. و يحضر التصرف في العلامة مستقلة عن المشروع، لأن هذا التصرف يحول دون أداء العلامة لوظيفتها في الدلالة على مصدر المنتجات، ووفقاً لهذا الاتجاه، كانت المحاكم تعتبر الترخيص باستعمال العلامة ضرباً من خداع المستهلكين⁽²⁴⁾.

و مع تطور وظيفة العلامة نتيجة التغيرات الاقتصادية الحديثة، حيث لم تعد مجرد أداة لتمييز مصدر المنتجات، بل أصبحت ترمز إلى صفات المنتجات و خصائصها، أو ضمان جودتها، و لم يعد المستهلك يهتم بمصدر المنتجات بقدر ما يهتم بصفاتها و درجة جودتها.

و أصبحت العلامة تضمن للمستهلك توافر صفات و خصائص معينة في المنتجات تميزها عن غيرها من السلع المماثلة. و قد عرفت هذه النظرية في الولايات المتحدة الأمريكية بنظرية الضمان، و تمثل هذه النظرية الاتجاه الحديث في الفقه و القضاء، و التشريع المقارن.

و لقد كان لنظرية الضمان فضل كبير في تأييد فكرة الترخيص باستعمال العلامة و الذي ابتدعته حاجات التجارة و ساهم القضاء في تدعيمه و تأييده لاسيما القضاء الأمريكي و الذي كان له فضل سبق في إرساء مبادئه ليواجه به حاجات التجارة المتجددة.

الفرع الثاني: تمييز ترخيص العلامة عن العقود الأخرى.

أولاً: الترخيص و التنازل عن العلامة.

أشارنا أن ترخيص العلامة معناه أن يخول صاحب العلامة لغيره استعمالها خلال مدة معينة في مقابل أجر معلوم، مع بقاءه محتفظاً بملكيتها. و هو بهذا الوصف لا ينشئ للمرخص له سوى حق شخصي في استعمال العلامة لا يمس حق الملكية. و يذهب الفقه إلى اعتباره صورة خاصة من الإيجار يرد على العلامة. و بهذا يتميز الترخيص عن العقود التي ترد على ملكية العلامة، فهو يتميز عن التنازل عن العلامة، إذ يقع هذا الأخير على الملكية لا على المنفعة. و يعتبر التنازل عن العلامة بيعاً إذا كان بعوض⁽²⁵⁾.

ثانياً: الترخيص باستعمال العلامة و الفرانشايز:

الفرانشايز هو أسلوب مبتكر ابتدعته حاجات التجارة لزيادة حجم المشروع و توسيع درجة نشاطه و ذلك بالترخيص لمشروع أو عدة مشروعات أخرى ببيع المنتجات أو تقديم خدمات بإتباع شكل و نظام تجاري معين يخص المشروع المرخص.

و يعتمد الفرانشايز بصفة أساسية على استعمال المرخص له اسم المرخص و علامته، و يتميز بأن المرخص له يملك رأسمال المشروع الذي يديره و يتمتع في علاقته بالمرخص باستقلال قانوني. و قد عرف الفرانشايز في الولايات المتحدة الأمريكية منذ وقت طويل، غير إن العمل به لم ينتشر إلا منذ الستينات.

و هو نظام تسويقي يتيح أفضل القرص لدخول السوق و التوسع التجاري و يعتبر من أبرز وسائل التسويق الفنية التي ظهرت خلال هذا القرن.

و يعتمد الفرانشايز على شهرة الاسم و العلامة و استخدامها بشكل متطور في جذب العملاء و التوسع التجاري، و لذلك فهو يتقارب في كثير من الوجوه مع عقد الترخيص باستعمال العلامة، و لم تميز أحكام القضاء الأمريكي بينهما في أول الأمر إذ اعتبرت بعض الأحكام الفرانشايز مجرد ترخيص ببيع المنتجات أو تقديم الخدمات باستعمال اسم المرخص و علامته.

بيد أن نظام الفرانشايز سرعان ما تطور كوسيلة فنية لتسويق المنتجات و تقديم الخدمات، و بدأ واضحاً الاختلاف بين الفرانشايز و الترخيص باستعمال العلامة فلم يعد الفرانشايز مجرد ترخيص باستعمال اسم المرخص و علامته، بل أصبح نظاماً أكثر تعقيداً من ذلك، يتضمن فضلاً عن الترخيص باستعمال الاسم التجاري و العلامة، استغلال باقي حقوق الملكية الصناعية ونقل المعرفة و المساعدات الفنية و الأساليب التي أثبتت تجارب المرخص نجاحها إلى المرخص له ليسترشد بها في اختيار أنسب الوسائل التي تحقق له النجاح تحت إشراف و رقابة المرخص⁽²⁶⁾.

ثالثا: الترخيص باستعمال العلامة و عقد الامتياز التجاري.

أشارنا أن الترخيص باستعمال العلامة هو عقد يخول المرخص له حق إنتاج السلع التي تحمل العلامة بكميات معينة أو في حدود إقليم معين، و بذلك يكتسب المرخص له حق إنتاج هذه السلع مع وضع نفس علامة المرخص خلال مدة العقد.

و بذلك يتميز عقد الترخيص باستعمال العلامة عن عقد الامتياز *contrat de concession*

و هو من عقود التوزيع الشامل.

و يعرف الفقهاء على أنه العقد الذي يتعهد بمقتضاه تاجر يطلق عليه الملتزم أو المتعهد *le concessionnaire* بأن يقصر نشاطه على توزيع بضائع معينة ينتجها تاجر آخر يطلق عليه مانع الامتياز *le concédant* في دائرة جغرافية معينة و لمدة محدودة على أن يكون للملتزم وحده حق احتكار إعادة بيع هذه السلع في النطاق الجغرافي المنفق عليه.

و يتفق عقد الامتياز فيما يتعلق باستقلال الملتزم مع عقد الترخيص باستعمال العلامة إذ يزاول المرخص له نشاطه مستعملا علامة المرخص و تحت إشرافه و مع ذلك فهو يتمتع بالاستقلال القانوني لأنه يعمل لحسابه و ليس لحساب المرخص.

و على الرغم من استقلال كل من الملتزم و المرخص له استقلالاً قانونياً إلا أن كلاهما لكون في حالة تبعية اقتصادية، فطبيعة عقد الامتياز يجعل لمانح الامتياز إشرافاً اقتصادياً على الملتزم و هذا يمكنه من أن يملئ شروطه على الملتزم لتحقيق النتائج الاقتصادية التي يرمي إلى تحقيقها، و كذلك الحال في عقد الترخيص باستعمال العلامة إذ يعمل المرخص له تحت رقابة و إشراف المرخص.

و ليس معنى هذا إن عقد الترخيص باستعمال العلامة يتفق مع عقد الامتياز من جميع الوجوه فالطبيعة القانونية للعقدين ليست واحدة ، و لعل ما يميز الترخيص عن كل عقود التوزيع، ومنها عقد الامتياز، أن عقود التوزيع لا تسمح للموزع، الوكيل أو الملتزم أن يضع العلامة على منتجات من صنعه على خلاف عقد الترخيص⁽²⁷⁾.

المبحث الثاني: قواعد ترخيص العلامة.

بالرجوع إلى التشريع الخاص بالعلامات يلاحظ أن المشرع نص أيضا على إمكانية أن تكون العلامة محل أو موضوع رخصة استغلال، و لقد نص على الترخيص بأنواعه الثلاثة، الترخيص الأحادي، و الاستثنائي و الغير الاستثنائي، و سواء كان ترخيصا كلياً أو جزئياً، أي يشمل كل أو جزء من السلع أو الخدمات التي تشملها العلامة⁽²⁸⁾. و بإنشاء عقد الترخيص فإنه ينشئ آثار هامة بالنسبة لطرفيه.

المطلب الأول: إنشاء عقد ترخيص العلامة.

لم ينظم قانون العلامات عقد الترخيص باستعمال العلامة و من ثم يخضع للقواعد العامة، إذ يجب أن يتوافر في عقد الترخيص الشروط الموضوعية العامة للعقود وهي الرضا الصحيح، و المحل الجائز قانوناً، أي أن ينصب محل العقد على علامة صحيحة و مسجلة وفق القانون، و السبب المشروع فضلا عن الأهلية.

و الترخيص قد يكون كلياً أو جزئياً، كما قد يتضمن قيود سواء فيما يتعلق بالمنطقة المرخص في إطارها استغلال العلامة، أو تعلق الأمر بمدة أو طبيعة الاستغلال، إذ أنه قد يتعلق إما بصنع أو بيع المنتجات (توزيعها) أو بكليهما⁽²⁹⁾.

و قد اشترط المشرع أن يتضمن عقد الترخيص إلى جانب ذلك فترة الرخصة و كذا تحديد السلع أو الخدمات التي منحت من أجلها الرخصة و كذا التحديد المكاني لاستعمال العلامة، أو نوعية السلع المصنعة أو، الخدمات المقدمة من قبل حامل الرخصة و ذلك تحت طائلة البطلان⁽³⁰⁾.

و هناك من يضيف شرط آخر ينفرد به عقد الترخيص باستعمال العلامة و هو رقابة الجودة مثل القانون الأمريكي، و في كثير من قوانين الدول التي حذت حذوه، فوجود هذه الرقابة يحقق حماية الجمهور و يدرأ وقوعه في غش أو خداع⁽³¹⁾.

أما بالنسبة للشروط الشكلية فان المشرع لم ينص صراحة على ضرورة إفراغ العقد في شكل معين، على خلاف عقد التنازل أو رهن العلامة الذي اشترط الكتابة تحت طائلة البطلان⁽³²⁾.

لكن مادام أن عقد الترخيص يشترط أن يكون منشوراً في سجل العلامات حتى يمكن الاحتجاج به لدى الغير، فان ذلك يستوجب وجود الشكل الكتابي فيه⁽³³⁾.

المطلب الثاني: آثار عقد الترخيص.

قدمنا إن عقد الترخيص يخول للمرخص له الحق في استعمال العلامة التجارية خلال مدة معينة في مقابل اجر معلوم، دون المساس بحق الملكية.

فالترخيص لا ينقل ملكية العلامة إلى المرخص له بل يعطيه حق الانتفاع بها و هذا الحق شخصي فهو بمثابة عقد الإيجار.

و الآثار التي تترتب على الترخيص بالاستعمال هي الالتزامات التي ينشئها هذا العقد اذ ينشئ التزامات في جانب المرخص و أخرى في جانب المرخص له.

الفرع 1: التزامات المرخص.

باعتبار أن عقد الترخيص لا ينصب على ملكية العلامة و إنما يرد على حق الاستعمال، فان الالتزام الرئيسي الذي يقع على عاتق المرخص هو تمكين المرخص له من الانتفاع بالعلامة خلال مدة العقد.

و يضمن المرخص عدم التعرض، إذ يجب عليه تمكين المرخص له من الانتفاع بالعلامة انتفاعاً هادئاً لا يعكر صفوه تعرض منه أو من أي شخص آخر.

و يجب على المرخص في حالة اعتداء الغير على العلامة أن يبادر باتخاذ كافة الإجراءات القانونية لدفع هذا الاعتداء، و له في سبيل ذلك الحق في رفع دعوى التقليد و هذه الدعوى لا ترفع إلا من جانب مالك العلامة ضد من يعتدي على هذا الحق بإحدى الصور التي ينص عليها القانون.

كذلك يضمن المرخص الاستحقاق، فيضمن أنه صاحب الحق في ملكية العلامة لا ينازعه فيها أحد⁽³⁴⁾.

و تتعدّد مسؤولية المرخص إذا تبين عدم ملكيته للعلامة و يكون من حق المرخص له فسخ العقد و استرداد كافة المبالغ التي دفعها فضلا عن التعويضات.

يتعين على المرخص إذا انتهت مدة الحماية المقررة للعلامة المسجلة خلال سريان عقد الترخيص، أن يجدد التسجيل، حتى تستمر الحماية القانونية للعلامة و تمكين المرخص له من استعمالها دون أن ينازعه أحد.

الفرع الثاني: التزامات المرخص له.

تتمثل التزامات المرخص له بالتزامه باستعمال العلامة، و أن يبذل العناية الواجبة في المحافظة عليها، كما يلتزم بالوفاء بمقابل الاستعمال.

أولاً: التزام المرخص له باستعمال العلامة :

إن استعمال المرخص له للعلامة حق و واجب عليه في نفس الوقت، إذ بفضل هذا الاستعمال له اثر في المحافظة على قيمة العلامة بازدياد شهرتها، كما يمتنع سقوط ملكيتها بسبب عدم الاستعمال إذا كان المرخص لا يستخدمها في الدلالة على منتجاته.

و يحدد العقد عادة حدود حق المرخص له في الاستعمال، و على المرخص له بطبيعة الحال أن يلتزم هذه الحدود و لا يتجاوزها و إلا اعتبر مقلدا للعلامة⁽³⁵⁾ خاصة فيما يتعلق بمدة العقد.

و يتضمن العقد بيان المنتجات التي يرخص بوضع العلامة عليها، و لا يجوز الترخيص باستعمال العلامة بقصد استخدامها بمعرفة المرخص له في تمييز سلع مغايرة للسلع التي تستخدم العلامة في الدلالة عليها.

و يجب على المرخص له الالتزام بقيود الاستعمال التي ينص عليها العقد (أي النطاق الجغرافي و الموضوعي الترخيص على بعض أوجه النشاط كالتصنيع أو التسويق أو على منطقة معينة⁽³⁶⁾).

و أن يتولى استغلالها شخصيا، غير أنه لا يحق له ماعدا وجود شرط صريح في العقد رفع دعوى التقليد لأنها من صلاحيات صاحب العلامة. و لا يحق له منح رخص فرعية الا إذا نص العقد على خلاف ذلك لأن العقد مبني على اعتبار شخصي⁽³⁷⁾.

ثانياً: التزام المرخص له أن يبذل العناية الواجبة في استعمال العلامة و المحافظة عليها:

و هذا يقتضي إلا يضع العلامة على منتجات من صنعه أقل جودة أو أخط مرتبة من السلع التي تستخدم العلامة في الدلالة عليها⁽³⁸⁾.

ثالثاً: دفع الإتاوة المتفق عليها أو الالتزام بدفع مقابل الترخيص:

يعد أحد الأركان الأساسية لعقد الترخيص، فهو سبب التزام المرخص بتمكين المرخص له من استعمال العلامة⁽³⁹⁾.

و يتوقف تحديد هذا المبلغ على عوامل كثيرة، فالمرخص يضع في اعتباره شهرة العلامة و قدرتها على جذب العملاء، و مقدار المنفعة التي تعود على المرخص له من استخدامها، أما المرخص له فهو يقارن بين المبالغ التي سيدفعها للمرخص و مقدار ما سيعود عليه من نفع خلال فترة الترخيص⁽⁴⁰⁾.

خاتمة

إن عقد ترخيص العلامة يعتبر من بين أهم التصرفات الواردة على العلامة نظرا لما تكتسبه هذه الأخيرة من قيمة مادية منفصلة عن المتجر، كما يعد أهم وسائل توزيع المنتجات تحت علامة المرخص في مختلف أسواق العالم، و من قبل أشخاص آخرين غير صاحب العلامة بحيث هناك العديد من المنشآت التي تستثمر في صناعة منتجات تحمل علامات تجارية عالمية عن طريق الترخيص بتصنيعها و بيعها في دول مختلفة.

و لاحظنا أن المشرع قد أجاز التصرف في العلامة مستقلة عن المحل التجاري، بما في ذلك الترخيص باستعمال العلامة بما له من أهمية في الحياة الاقتصادية، و لقد نص على الترخيص بمختلف أنواعه الاستثنائي، العادي والأحادي، و بتنظيم أحكام الترخيص فان المشرع قد واكب أحكام اتفاقية التريبس و هي اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية التي نظمت الترخيص و التي أخضعت شروطه للقواعد الموضوعية و الإجرائية التي تنص عليها قوانين الدول الأعضاء في الاتفاقية .

الهوامش :

REBOUL Yves : Le droit de marques à l'aube du 3eme millénaire, La semaine juridique, (1) éditions générale .C.P.N°1-2, éditions jurisclasseur, 2000,p23.

(2)- د/رضوان عبيدات، تزوير العلامات التجارية و موقف المشرع الأردني من هذه الجريمة بشكل خاص،مجلة دراسات،المجلد 26 علوم شرعية و القانون،عمادة البحث العلمي-الجامعة الأردنية 1999،ص 720.

(3)- SAINT GAL yves : Protection et valorisation des marques, de commerce ou de service,Collection Ce qu'il vous faut savoir,4eme édition, DELMAS, paris,1972,p15

(4)- أنظر الأمر رقم 66-57 المؤرخ في 19 مارس 1966 المتعلق بعلامات المصنع و العلامات التجارية،ج.ر. 22. مارس 1966، عدد 23.

(5)- أنظر ج.ر. 23 يوليو 2003، عدد 44.

(6)- د/حسام الدين عبد الغني الصغير، الترخيص باستعمال العلامة التجارية، دار الكتب القومية، القاهرة، 1993، ص 45.

(7)- و من أمثلة التشريعات التي لا تجيز التصرف في العلامة مستقلة عن المتجر، القانون السويسري و القانون البلجيكي و القانون الألماني.

(8)- د/حسام الدين عبد الغني، المرجع السابق، ص 12.

(9)- أنظر د/مصطفى كمال طه، القانون التجاري، طبعة 1986، الدار الجامعية-الاسكندرية- ص 599.

(10)- أنظر المادة 2 (أولا) من الأمر رقم 03-06 المتعلق بالعلامات.

(11)- التي تشمل علامة المصنع و العلامة التجارية، فعلاصة المصنع هي العلامة الخاصة بالصانع أو المنتج، فهي العلامة التي يضعها الصانع أو المنتج على المنتجات التي يتولى صنعها أو انتاجها، و ذلك لتميزها عن مثيلاتها، أما العلامة التجارية هي التي يستخدمها التاجر لتميز البضائع التي يقوم ببيعها، بصرف النظر عن مصدرها.

(12)- د/سميحة القليوبي: الملكية الصناعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 292، 291.

(13)- تنص المادة 2 (أولا) من الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات على ما يلي:العلامات:"كل الرموز القابلة للتمثيل الخطي.....التي تستعمل كلها لتميز سلع و خدمات". راجع أيضا المادة 7 (ثانيا) من الأمر رقم 03-06.

- (14)- أنظر عباس محمد حسنين: الملكية الصناعية و المحل التجاري، جزء 2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969، ص 286. و أنظر كذلك مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 602.
- (15)- بالنسبة للرموز المستبعدة من التسجيل، راجع المادة 7 من الأمر 03-06.
- (16)- أنظر المادة 7 (رابعاً) من الأمر 03-06.
- (17)- راجع في ذلك المرسوم رقم 84-85 المؤرخ في 21 أبريل 1984 و المتضمن انضمام الجزائر إلى معاهدة نيروبي بشأن حماية الرمز الأولمبي المعتمدة في نيروبي في 26 سبتمبر 1981، ج.ر. 24. أبريل 1984، عدد 17.
- (18)- أنظر المادة 7 (خامساً) من الأمر 03-06.
- (19)- CHAVANNE Albert et BURST jean jacques :Droit de la propriété industrielle, 2ème Edition, DALLOZ, paris, 1980, p397.
- (20)- أنظر المرسوم التنفيذي رقم 05-277 المؤرخ في 02 أوت 2005 الذي يحدد كيفيات إيداع العلامات و تسجيلها، ج.ر. 7. أوت 2005، عدد 54.
- (21)- محمد حسنين :المرجع السابق، ص 171.
- (22)- TRADIEU GUIGUEZ Elisabeth :Transmission du droit sur la marque, juriscasseur » Marques et Dessins » Fascicule 17400, Ed, Techniques, paris, 1994, p 09, 10.
- (23)- CHAVANE Albert ET SALOMON Claudine :Les marques de fabrique et de commerce, ou de service, Encyclopédie Dalloz, Répertoire commercial, Dalloz, paris 1997, p58
- (24)- حسام الدين عبد الغني الصغير : المرجع السابق، ص 48.
- (25)- حسام الدين عبد الغني الصغير :المرجع السابق، ص 50 و 57.
- (26)- حسام الدين عبد الغني الصغير :المرجع السابق، ص 61.
- (27)- حسام الدين عبد الغني الصغير :المرجع السابق، ص 70.
- (28)- SAINT GAL yves :Protection et valorisation des marques, de commerce ou de service, Collection Ce qu'il vous faut savoir, 4eme édition, DELMAS, paris, 1972. p :M3.
- (29)- SAINT GAL yves :Protection et valorisation des marques, de commerce ou de service, Collection Ce qu'il vous faut savoir, 4eme édition, DELMAS, paris, 1972. p :M3.
- (30)- أنظر المادة 16 من أمر 03-06
- (31)- أنظر حسام الدين عبد الغني الصغير : المرجع السابق ص 84 إلى 87.
- (32)- المادة 15 من أمر 03-06.
- (33)- أنظر المادة 2/17 من الأمر 03-06 و كذا المادة 23 من المرسوم التنفيذي رقم 05_277 السالف الذكر.
- (34)- حسام الدين عبد الغني الصغير :المرجع السابق، ص 126.
- (35)- المرجع نفسه، ص 128 و 147.
- (36)- ولاء الدين محمد أحمد ابراهيم :المرجع السابق، ص 146 إلى 148.
- (37)- فرحة زراوي صالح :الكامل في القانون التجاري-الحقوق الفكرية- ابن خلدون للنشر والتوزيع، وهران ، 2006 ص 252، 253.
- (38)- ولاء الدين محمد أحمد ابراهيم : الحماية القانونية للعلامات التجارية في القانون الدولي الخاص، دراسة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق جامعة عين الشمس، مصر 2006، ص 151.
- (39)- المرجع نفسه، ص 162.
- (40)- حسام الدين عبد الغني الصغير : المرجع السابق، ص 153، 154