

جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية
كلية الحقوق والعلوم السياسية



المجلة الأكاديمية للبحث القانوني

مجلة محكمة سداسية - عدد 2011/01

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المجلة الأكاديمية للبحث القانوني

مجلة سداسية تصدر عن كلية الحقوق و العلوم السياسية
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 و العلوم السياسية - 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

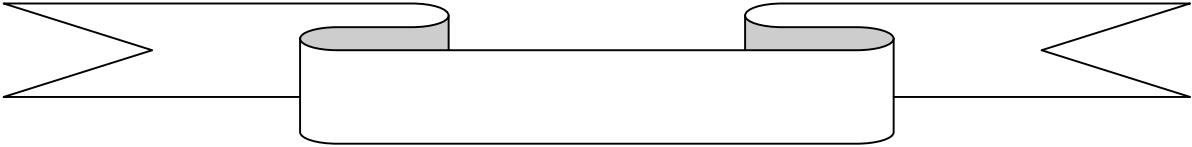
المجلة الأكاديمية للبحث القانوني

الفهرس

- مكافحة الهجرة غير الشرعية نظرة على القانون
01/09 المتضمن تعديل قانون العقوبات
صايش عبد المالك.....08
- الإقرار بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في
جرائم الصرف
شيخ ناجية.....23
- حق الحصول على المعلوكة البيئية وسيلة أساسية
لمساهمة الفرد في حماية البيئة
بركات كريم.....32
- تنفيذ أحكام الطلاق الأجنبية في القانون الدولي الخاص
• مكانة الخطأ غير العمدى في تنظيم العقاب على جرائم
القتل والجرح في قانون المرور
طباش عز الدين.....70
- الشهر العقاري و أثره في تنشيط الإستثمار و دعم مناخ
و دعم مناخ الأعمال في الجزائر
• مفهوم مصطلح " المضاربة الشرعية"
محمدى بدر الدين85
- بين الفقه و القانون المصرفي.
• أثر العولمة على التنمية الإفريقية و ارتباط
ذلك بحقوق الإنسان
أحمد بطاطاش118
- تجاوز الوكيل حدود الوكالة في القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة
بالفقه الاسلامي و بعض التشريعات المدنية الاخرى
• دور القاضي الإداري في إرساء مبدأ العدل
بوزاد إدريس.....148
- رقابة البرلمان على الحكومة بآلية التحقيق البرلماني
• جريمة العدوان في ظل النظام الأساسي
للمحكمة الجنائية الدولية
• بداية الحياة الإنسانية و آثارها القانونية
ذبيح ميلود.....154
- بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري
• مدى تجسيد الانتخاب لاستقلالية الجماعات
المحلية في الجزائر
عبد الوهاب شيتز.....168
- الفترة الأمنية La période de sûreté (دراسة مقارنة)
• البنبان القانوني للجريمة البيضاء جريمة العصر
بن زيطة عبد الهادي.....196
- " تبييض الأموال "
- لعوارم وهبية.....235

**• Les Creations Industrielles Ornementales aux Fonctions
Utilitaires quel Regime de Protection ?**

HAMADI Zoubir



مكافحة الهجرة غير الشرعية

نظرة على القانون 01/09 المتضمن تعديل قانون العقوبات

صايش عبد المالك

أستاذ مساعد - كلية الحقوق

جامعة بجاية

مقدمة

تعتبر الهجرة غير الشرعية واحدة من أهم الظواهر التي تعاني منها المجتمعات الحديثة سواء المتقدمة منها أو المتخلفة، ذلك أنها تعبر عن الحركة السكانية التي تجتاز الحدود القومية الخارجية متجهة من المناطق الأكثر فقرا (الدول المتخلفة) إلى المناطق الأكثر غنا(الدول المتقدمة)، و إذا كانت لا تعتبر سوى عن جزء بسيط فقط من أنواع الحركات السكانية العديدة، فإنها مع ذلك تمثل النوع الأكثر تداولاً في السنوات الأخيرة التي شهدت نقاشات حادة حول المهاجرين بين من يعتبرهم ضحايا و من يعتبرهم جناة، رغم أن هناك إجماع شبه تام على أنها جاءت وليدة ظروف الأشخاص الاجتماعية والسياسية والاقتصادية التي تدفعهم إلى التنقل.

و لكن لا يجب أن لا نغفل كذلك أنها تعتبر نتيجة للسياسات التي تنتهجها الدول، التي تجد نفسها في ظل التدفق الهائل للأجانب لأقاليمها مجبرة على اتخاذ إجراءات معينة لتمنع هذا سيلان الذي تزايد خصوصاً في القرون الأخيرة وتعددت أشكاله بين اللاجئين والمهاجرين والنازحين، نتيجة تعدد وتزايد الأسباب الدافعة إلى ذلك (النزاعات المسلحة، عدم احترام حقوق الإنسان، المشاكل الاقتصادية، وكذا الانفجار الديمغرافي ...) حتى وصل عدد المهاجرين في العالم إلى أكثر من 170 مليون شخص بتزايد سنوي مقدر بحوالي 6 ملايين مهاجر جديد.

إن الجزائر التي تعتبر في نفس الوقت دولة عبور و انطلاق ووصول للمهاجرين، تعد من أبرز الدول المعنية بهذه المشكلة، بما أنها تفقد الكثير من شبابها في رحلات الموت التي تنظم تجاه أوروبا، كما أصبحت تعج بالمهاجرين الأفارقة الذين يتحينون الفرصة لعبور الحدود، وفي انتظار ذلك يساهمون في انتشار شتى أنواع الآفات الاجتماعية في المجتمع الجزائري، مما دفع الدولة إلى اتخاذ العديد من التدابير الرامية إلى مكافحة هذه الظاهرة، منها ما هو أمني و ما هو سياسي، وما هو قانوني.

و من ضمن ما قامت به أن شرعت قوانين تسد بها الفراغ القانوني الموجود في هذا المجال من إصدار القانون 11/08 المتضمن تنظيم دخول الأجانب إلى الإقليم الجزائري وإقامتهم فيه، ثم بالقانون 01/09 المعدل لقانون العقوبات، و الذي تضمن نمطين من الأحكام؛ أحدهما تناول المهاجرين السريين بصفة مباشرة، والأخر عالج الشبكات التي تستغلهم أو ما يعرف، بشبكات تهريب المهاجرين.

و تماشيا مع ذلك سنحاول إثارة إشكالية التالية: ما هي يا ترى الأحكام التي وضعها المشرع لكلا الفعلين؛ أي الهجرة السرية و التهريب؟ لنعرف من خلال ذلك مدى نجاعة هذه الأحكام في مكافحة ظاهرة الهجرة غير الشرعية.

أولاً: تجريم ظاهرة الهجرة غير الشرعية

ينبغي الإشارة في البداية إلى أن تسميات عدة تطلق على هذه الظاهرة منها مصطلح "الهجرة غير الشرعية" الذي يتوافق مع معنى مصطلح "الهجرة غير القانونية"، وكلاهما يطلقان على هذه الظاهرة نظرا لكونها تعد مخالفة للقوانين التي تضعها الدول في مسألة عبور الحدود، وباعتبار أنها تتم خفية عن أعين حراس الحدود فهي تسمى أيضا "بالهجرة السرية"، فالمهاجر بهذه الطريقة يدخل إلى الدولة المقصودة ويعيش فيها خلسة، غير أن الاصطلاح الأكثر تداولاً للدلالة على هذه الظاهرة هو "الحرقة" التي تعكس طريقة دخول المهاجرين إلى دولة المقصد، من دون مراعاة القواعد و الأنظمة و الإجراءات التي تشترطها التشريعات للدخول أو الخروج من إقليمها.

و لكن هذه التسميات مع تعددها فإن المنظمات الدولية خاصة غير الحكومية منها على غرار مكتب العمل الدولي ترفضها جميعها، نظرا لكون إطلاق وصف "غير القانونية" أو "غير الشرعية" يتنافى مع مقتضيات المادة 13 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان التي تنص على أنه "لكل فرد حرية التنقل و اختيار محل إقامته داخل حدود كل دولة، يحق لكل فرد أن يغادر أية بلاد بما في ذلك بلده كما يحق له العودة إليه"⁽¹⁾.

فالأصل أن الهجرة مباحة، كل ما في الأمر أن قوانين الدول هي التي تجعلها غير شرعية و هذا في الحقيقة يؤدي إلى خطر أكبر و هو تجريم هذا الفعل رغم أنه حق من الحقوق الشرعية التي تكفل للشخص، خاصة و أن أغلب المجتمعات لا تعتبر أن هذا الفعل هو جريمة ينبغي قمعها، إذ ليست الهجرة بذلك سلوكا الشاذ الذي يتنافى مع السلوك السوي للأفراد خاصة إذا كانت الحاجة هي الدفع إلى ذلك.

و على ذلك فإن المستقر عليه بالنسبة لهذه المنظمات هو استعمال لفظ "الهجرة السرية" التي تتلاءم مع الطريقة التي يعبر بها المهاجر للحدود، أو الحالة التي يكون عليها أثناء تواجده في إقليم الدولة الأجنبية، كما أنها لا تشكل حرجا على المهاجر الذي يكون في هذه الحالة أحوج ما يكون إلى الحماية⁽²⁾، و هذه المعطيات إضافة إلى القراءة الاقتصادية و الاجتماعية التي تعطيها الدولة الجزائرية لظاهرة الهجرة، هي التي جعلت المشرع الجزائري يتأخر في تنظيم هذه الظاهرة، حتى و إن كان القضاء الجزائري كثيرا ما تعطى مع حالات للمهاجرين السريين التي تعرض عليه، مما أوقعه في حرج كبير و تطبيق القانون البحري للفصل في القضايا المعروضة عليه، إلى غاية صدور القانون 01/09.

أما بالنسبة لتعريف هذه الظاهرة فإن العديد من المحاولات قدمت في هذا الصدد، نذكر منها التعريف الذي جاءت به الاتفاقية الدولية لحماية حقوق العمال المهاجرين و أفراد عائلاتهم المنبثقة عن

الجمعية العامة في 18 ديسمبر 1990، التي تعرف المهاجرين بشكل عام في المادة 2 فقرة أ على أنهم: "الأشخاص الذين يعملون أو سيعملون أو قد عملوا في نشاط مأجور في دولة غير دولتهم" وتضيف المادة 5 فقرة أ على أنه: "يعتبر في وضعية قانونية المهاجرون و أفراد عائلاتهم إذا رخص لهم الدخول و الإقامة و العمل في الدولة التي يمارس فيها العمل وفقا للنظام المعمول به في تلك الدولة، و بما لا يتعارض مع الاتفاقيات الدولية التي تلتزم بها".

أما التعريف الخاص بالمهاجر غير الشرعي فقد تضمنته الفقرة (ب) و التي تنص على أنه: "يعتبر بدون وثائق و في وضعية غير قانونية كل من لا تشملته الشروط المنصوص عليها في الفقرة أ من هذه المادة⁽³⁾ ، و عليه يمكن أن نستخلص تعريفا للمهاجر السري على أنه يعتبر مهاجرا غير قانوني كل شخص دخل أو يقيم أو يقوم بنشاط مأجورا في إقليم غير إقليم دولته و لا تكون بحوزته الوثائق اللازمة للدخول إلى تلك الدولة و الإقامة فيها و لا الوثائق اللازمة للعمل"، و هذا التعريف غير بعيد عن التعريف الذي قدمه المكتب الدولي للعمل الذي جاء كما يلي: "الهجرة السرية أو غير الشرعية هي التي يكون بموجبها المهاجرين مخالفين للشروط التي تحددها الاتفاقيات الدولية و القوانين الوطنية ويقصد على هذا الأساس بالمهاجرين غير القانونيين:

أ. الأشخاص الذين يعبرون الحدود خلسة عن الرقابة المفروضة؛

ب. الأشخاص الذين يدخلون الإقليم بصفة قانونية و بترخيص إقامة ثم يمددون إقامتهم عن المدة المحددة؛ الأشخاص الذين رخص لهم العمل بموجب عقد، و يخالفون هذا العقد سواء بتخطي المدة المحددة له أو بالقيام بعمل غير مرخص له بموجب العقد⁽⁴⁾.

يمكن أن نلاحظ من خلال هذه التعريفات أن الصفة الأساسية التي يتميز بها المهاجر السري هي مخالفته للقانون، إما أثناء دخوله أو إقامته أو بسبب النشاط الذي يمارسه، وهذا ما جعل العديد من الدول تفكر في تجريم فعل الهجرة السرية و من بينها الجزائر.

1. مراحل تجريم الهجرة السرية

سبق و أن أشرنا إلى أن الهجرة هي ظاهرة قديمة بل وهي طبيعة في الإنسان الذي لم يستقر إلا في وقت متقدم من حياته و بعد اكتشافه لزراعة، و حتى بعد هذه الفترة لم تكن هناك قيود على مسألة التنقلات البشرية، لنقول بذلك أن تنظيم تحركات الأفراد إنما وضعتها الدولة تعبيراً عن سيدها على إقليمها، و كان ذلك في القرون الوسطى، غير أن الدول في تلك الحقبة حسب ما كتبه "فولتير" في منجده الفلسفي «le mémoire» الصادر في عام 1764⁽⁵⁾ ، فالمواطن كان بمثابة ثروة للدول فلا يسمح له بالخروج من الإقليم، و لكن بعد الظروف التي أسفرت عليها الحربين العالميتين الأولى و الثانية قامت جل الدول بتنظيم دخول الأجانب إليها من دون أن تفرض قيوداً على الخروج منها.

أما بالنسبة للجزائر فيمكن التمييز بين ثلاثة مراحل أساسية تغيرت فيها السياسة القانونية المتعلقة بالهجرة تماشياً مع تغير الظروف، و سنذكر هذه المراحل كالاتي:

أ. مرحلة غض النظر عن الهجرة الشرعية

تعتبر الجزائر واحدة من الدول القلائل التي تمسها الهجرة بكافة أنواعها، إذ تعتبر في نفس دولة هجرة وافدة (Pays d'immigration) و دولة هجرة نازحة (Pays d'émigration)، كما تعتبر كذلك نظرا لموقعها الوسيط بين إفريقيا و أوروبا دولة عبور (Pays de transit)، و رغم تعلق الهجرة الجزائرية منذ حقبة ما قبل الاستقلال بفرنسا التي بدأ الجزائريون يقصدونها منذ بداية القرن الماضي، حيث يتم تشغيلهم في المصانع و الورشات، و إذا كانت تنقلاتهم قد تمت في البداية تحت رقابة السلطات الاستعمارية، فإنه سرعان ما تزايد أعداد المهاجرين في الستينات إلى مستويات غير قابلة للسيطرة عليها، حتى بلغت نسب المهاجرين السريين 65% من العدد الإجمالي للمهاجرين في فرنسا.

وحتى بعد الاستقلال لم تكن الجزائر في حرج من توجه مواطنيها بنسب كبيرة إلى فرنسا و لو بصفة غير قانونية، و هذا راجع بالأساس إلى نسب العملة الصعبة التي كان يساهم بها هؤلاء، وبالتالي فإن أهميتهم من الناحية الاقتصادية تعتبر كبيرة بدرجة أهمية مساهمتهم في الأعباء المالية للدولة، و في ذلك تقول بعض الدراسات الصادرة عن هيئة الأمم أن حركات الأموال التي يقوم بها المهاجرون تأتي في المرتبة الثانية بعد تلك التي تنجر عن عائدات النفط.

وبدأت الهجرة السرية تظهر كمشكلة على المستوى الدولي بعد التوقيع على اتفاقية تشنغن في عام 1985 التي تعتبر بداية لعهد جديد من السياسات المتعلقة بالهجرة، بحيث أزلت جميع الحواجز أما تنقل الرعايا الأوروبيون في مقابل زيادة شروط و إجراءات دخول الأشخاص من خارج حدود سريان مفعول اتفاقية تشنغن، و مع أن هذه الاتفاقية تعتبر الالتفاتة الأولى على الصعيد الدولي لمسألة الهجرة، إلا أن سياسات الدول سواء المستقبلية منها أو المصدرة لم تكن توحى بانزعاجها من هذه الظاهرة، و هذا إلى غاية بداية التسعينات أين تزايدت نسب الهجرة أكثر و تزامن ذلك مع شعور الدول بالشعور المتزايد بالخطر نتيجة بروز ظاهرة الإرهاب.

و مع أن الجزائر كانت معنية أكثر من غيرها بالظاهرتين معا، و بالرغم من الضغوطات العديدة التي مورست عليها من طرف الإتحاد الأوروبي في أعقاب قمة برشلونة، و في كل مراحل المفاوضات التي سبقت التوقيع على اتفاقية الشراكة مع الإتحاد الأوروبي التي دخلت حيز النفاذ في عام 2005، بقيت مصررة على إعطاء قراءة اقتصادية و اجتماعية لهذه الظاهرة، و ترى أن أنها ليست سوى استجابة للتنمية متأخرة في دول الانطلاق، و عليه فإن السبيل الوحيد لوقفها يكمن في تحقيق التنمية في دول الجنوب، مما يجعل سكانها في منأى عن الهجرة لتحقيق ظروف معيشية أحسن، و هذا الموقف هو الذي جعلها تغض النظر عن المهاجرين السريين، الذين يقصدون أوروبا انطلاقا من إقليمها سواء كانوا رعايا لها أو أجنب.

ب. مرحلة مقاضاة المهاجرين وفقا لأحكام القانون البحري

هذه المرحلة امتدت من سنوات 2005 إلى غاية 2008، و هي فترة تميزت بتزايد أعداد المهاجرين بصفة غير مسبوقه و من كل شواطئ الوطن وفي كل الاتجاهات أيضا، بعدما كانت مركزة في الغالب من الشواطئ الغربية باتجاه اسبانيا، هذا من جانب، و من جانب آخر فإن العمليات التي كانت تتم في ظروف طقس مناسبة و بتنظيم محكم، زالت وأصبحت تتم عن طريق شبكات إجرامية تسعى فقط لتحقيق الربح، من دون أن تكثرث لا بحياة و لا بسلامة الأفراد الذين تقوم بنقلهم، مما جعل رحلاتهم تتم في كل الأوقات و باستعمال أضعف الوسائل، و النتيجة كانت تحول الهجرة السرية إلى ظاهرة يصبو إليها جل الشباب، رغم علمهم أن مصير أكثرهم سيكون الغرق.

في ظل هذه الظروف كان لابد للدولة أن تتدخل لاحتواء هذه الظاهرة و لردع الشباب ودفعهم للتخلي عن فكرة الهجرة السرية ولو بتسليط العقوبات عليهم، و لأن قانون العقوبات لم يكن يحوي أحكاما تنظم هذا المجال فقد كان القضاة يعمدون إلى تطبيق أحكام القانون البحري (قانون 80/76) في المادة 545⁽⁶⁾، التي تعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى خمسة (5) سنوات، و بغرامة مالية تتراوح ما بين 10 000 و 50 000 دج على الدخول غير المشروع للسفينة بنية القيام برحلة⁽⁷⁾، و لا يغفل أي مختص بالقانون أن يلاحظ أن الأحكام التي يصدرها القضاة إنما هي مبنية على أساس القياس، وأن هذا الأخير محظور في مواد القانون الجنائي لما فيه من تناف مع مبدأ الشرعية المكرس في الدستور و في القانون الجنائي.

و عليه و أمام وابل الانتقادات التي تعرضت إليها الدولة نتيجة الفراغ القانوني في قانون العقوبات، كان من الواجب أن تعمد إلى القضاء على أسباب هذا الإشكال و سن قانون يزيل اللبس الموجود في هذا المجال، فأدرج بذلك نص خاص يعاقب على الهجرة السرية⁽⁸⁾.

2. الأحكام التي تضمنها القانون 01/09 بشأن تجريم الهجرة غير الشرعية

لقد تناول المشرع الجزائري هذه الأحكام في المادة 175 مكرر 1، و ذلك في القسم الثامن من الفصل الخامس من الباب الأول و الجزء الثاني، عنونه بالجرائم المرتكبة ضد القوانين و الأنظمة المتعلقة بمغادرة التراب الوطني.

جاء في مضمون المادة ما يلي: "دون الإخلال بالأحكام التشريعية الأخرى السارية المفعول، يعاقب بالحبي من شهرين إلى ستة أو بإحدى العقوبتين، كل جزائري أو أجنبي مقيم يغادر التراب الوطني بصفة غير شرعية أثناء اجتيازه أحد مراكز الحدود البرية أو البحرية أو الجوية، و ذلك بانتحال هوية أو باستعمال وثائق مزورة أو أية وسيلة احتيالية أخرى للتملص من تقديم الوثائق الرسمية اللازمة أو من القيام بالإجراءات التي توجبها القوانين و الأنظمة السارية المفعول.

و تطبق نفس العقوبة على كل شخص يغادر الإقليم الوطني عبر منافذ أو أماكن غير مراكز الحدود⁽⁹⁾.

و من خلال تحليل مضمون هذه المادة يمكن لنا أن نستخلص مجموعة من الأحكام المتعلقة بأركان هذه الجريمة من جهة، و أخرى تتعلق بالعقوبات المقررة لها.

أ. أركان جريمة الهجرة غير الشرعية

كما هو معلوم فإن للجريمة أركان ثلاثة؛ الركن المادي و الركن المعنوي و الركن الشرعي، فإذا كانت جريمة الهجرة غير الشرعية لا تشذ عن هذه الأركان، فإنه يمكن أن نبرز بعض النقاط التي تطرح إشكالات قانونية و أخرى عملية.

فبالنسبة للركن المادي الذي يبرزه بوضوح نص المادة المذكورة؛ و هو الإقدام على مغادرة التراب الوطني بطريقة غير شرعية، فإن المقصود من هذا الوصف إقدام الشخص على اجتياز الحدود سواء البرية أو البحرية أو الجوية، ولكن بتوافر شرطين.

الشرط الأول أن يكون هذا العبور من المراكز المخصصة لمغادرة التراب الوطني و الدخول إلى الإقليم الأجنبي و لكن بانتحال هوية أو باستعمال وثائق سفر مزورة أو أية وسيلة يبتدعها المعني، وقد استعمل المشرع هنا لفظ " أية وسيلة احتيالية أخرى" ليترك بذلك المجال مفتوحا للقاضي أما كل المستجدات التي قد تطرأ على كيفية مغادرة التراب الوطني و التي يبتدعها المهاجرون أو الشبكات التي تقوم بنقلهم، وإذا كان المشرع قد برهن على حدة ذكائه بتفطنه لإمكانية ابتداع طرق جديدة في الهجرة، فإنه لم يصب بتاتا في معاقبته للأشخاص المهاجرين باستعمال التزوير و الاحتيال لأن كلاهما تعتبران جريمتان مستقلتان، فقد نص على التزوير في المواد من 197 إلى 231 و الهجرة عادة ما يطبق عليها أحكام المادة 216، أما الانتحال فقد نص عليه بموجب المواد من 242 إلى 253 و أدرج لكل فعل العقوبات التي يراها مناسبة، و عليه نتساءل ما هو الداعي إلى صياغة أحكام خاصة بالهجرة غير الشرعية ما دامت هناك أحكاما سابقة يمكن الاستناد إليها؟ خاصة و أن العقوبات المقررة لكلا الجريمتين أكبر من العقوبة المقررة لجريمة الهجرة السرية، و من المعلوم أنه في حالة ارتكاب المجرم لأكثر من جريمتين فإنه تطبق عليه العقوبة الأشد.

و أما الشرط الثاني فهو أن يتم ذلك من المناطق و المنافذ غير المخصصة لتتقل الأشخاص أو ما يسمى بمراكز الحدود، و في هذه الحالة يستوي أن يكون الشخص غير حائز للوثائق اللازمة للسفر أو يكون حائزا لها، كما أن المشرع لم يميز في هذه الحالة بين الجزائري أو الأجنبي الذي يكون مقيما في الجزائر، لكنه مع ذلك لم يحدد طبيعة الإقامة هل هي قانونية أم لا، و إن كان الأرجح أن تكون الحالة الأولى هي المقصودة لأنه في حالة كون الأجنبي مقيم بطريقة غير شرعية فإنه سيخضع لأحكام القانون 11/08⁽¹⁰⁾ ، أما ما يمكن أن نثيره في هذا المقام من إشكال فهو يتعلق بضبط المهاجرين الذي يمكن أن يكون في الإقليم الوطني، وهنا من الصعب أن يتم إثبات نية المهاجر في الهجرة، أما إذا كان المهاجر قد عبر الحدود فإن ولاية القانون الجزائري تنتهي و كذلك الأمر بالنسبة لاختصاص السلطات المكلفة بالرقابة على الحدود.

أما بالنسبة للركن المعنوي و الذي يسمى أيضا القصد الجنائي، أي وجود القصد لدى الشخص لمغادرة التراب الجزائري بإحدى الطرق المشار إليها، فيلاحظ في هذا الصدد أن الحالة الأولى التي أفردتها المشرع لا تطرح إشكالا فيما يخص الركن المعنوي، أما الحالة الثانية فيمكن أن تطرح إشكالا حقيقيا، إذ عندما نجد مجموعة من الأشخاص على متن البحر من الصعب إثبات وجود النية لمغادرة الإقليم؛ لأن هذا الشخص لم يغادره بعد ومن الممكن أن يكون مثلا صيادا أو سائحا، أما إذا تجاوز الحدود البحرية فهنا تنتهي ولاية القاضي الجزائري و لا يكون للسلطات الجزائرية صلاحية القبض على هؤلاء المهاجرين.

ب. العقوبات المقررة لفعل الهجرة

لقد وضع المشرع الجزائري فعل الهجرة غير الشرعية في مصاف الجرح، و أفرد له نوعين من العقوبات أحدهما بدني؛ و هو الحبس من شهرين إلى ستة (06) أشهر، و الثانية مالية و هي الغرامة من عشرين (20 000) إلى ستون (60 000) دج، و الملاحظ أن هذه العقوبات ليست مشددة أو على الأقل غير مبالغ فيها، و هذا يوضح أن أساسا أن سبب تجريم المشرع للهجرة لا يكمن في طبيعة هذا الفعل في حد ذاته، الذي لا يمكن أن نعتبره بأي حال من الأحوال على أنه عمل شاذ ومخالف للنظام الاجتماعي والسلوك السوي للأفراد، خاصة و أنه يعبر من جهة أخرى على حق مكفول في المواثيق الدولية و منها نص المادة 13 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

و عليه نقول أن مرد هذا التجريم هو القضاء على هذه الآفة بمحاولة إخافة المقبلين على الهجرة عن طريق هذه العقوبات، و فيما يخص العقوبات المالية فيمكن أن يحكم بها إضافة إلى النطق بالعقوبة البدنية، أو أن يتم النطق بها منفردة، و يلاحظ أنها جاءت متلائمة مع المبالغ التي تكلف المهاجر السري سواء لتزوير الوثائق أو لحجز مكان في القارب المعد لاجتياز الحدود⁽¹¹⁾.

3. أسباب و نتائج تجريم الهجرة غير الشرعية

إن تأخر المشرع في سن قانون يجرم فيه فعل الهجرة غير الشرعية إلى غاية بداية عام 2009 لم يكن اعتباطيا، بل مرد ذلك يعود إلى عدم وجود رغبة حقيقية لتجريم هذا الفعل، مما يقودونا إلى التساؤل حول الأسباب التي دفعت بالمشرع إلى هذا الإجراء، كما يجدر بنا كذلك أن نبحث النتائج التي يمكن أن تترتب عن تجريم فعل الهجرة السرية و التي يمكن أن تكون السبب في هذا التأخر.

أ. أسباب تجريم فعل الهجرة

هناك حديث طويل و عريض عن أسباب و دوافع ظاهرة الهجرة السرية نظرا لما لها من أهمية في فهم أعمق و أدق لهذه الظاهرة من جهة، و ما لذلك من مقدرة على استنباط الحلول الملائمة لها من جهة أخرى، لكن على العكس من ذلك هناك إغفال شبه تام للحديث عن أسباب تجريم الهجرة غير

القانونية؛ هل هي فعلا غير موجودة؟ هل هناك فعلا دوافع و أسباب تبرر إقدام المشرع على وضع هذا الفعل في مصاف الجرائم؟

في الحقيقة هناك العديد من الأسباب التي يرتبط بها تجريم فعل الهجرة السرية منها ما هو متعلق بالجانب الاجتماعي والإنساني، ومنها ما هو متعلق بالجانب القانوني و أخرى متعلقة بالجانب السياسي.

فمن الناحية الاجتماعية و الإنسانية نجد أن الدافع الأساسي على الهجرة هي الفكرة التي يضعها المهاجر في رأسه عن دولة الاستقبال، كمكان مهيب بكل ظروف المعيشة السهلة، مع أن الأجواء التي يجدها هناك تختلف تماما عن هذا التصور الذي يضعه في رأسه، و هذا يمكن أن ندرجه ضمن الأسباب الاجتماعية نظرا لأن هذا التصور يلتقطه من محيط اجتماعي معين، أما الجانب الإنساني فيتمحور حول الاستغلال الذي يتعرض له المهاجر من طرف شبكات التهريب، إذ عادة ما تطلب منهم مبالغ جد باهظة لضمان نقلهم أو تطلب نقل المخدرات و غير ذلك من الأشياء التي يمكن تهريبها⁽¹²⁾، كما يتم استغلالهم من طرف بعض أرباب العمل، في دول الاستقبال للقيام بأعمال الشاقة مقابل أجور زهيدة.

أما الداعي القانوني لتجريم الهجرة فمرده هو أن المهاجر لما يُقبل على الهجرة بطريقة سرية فإنه يخالف مجموعة من الإجراءات و الشروط التي يتطلبها القانون من أجل عبور الحدود، وما دام هناك مخالفة للقانون فمن الطبيعي أن ينجر عن ذلك عقوبات معينة تقع على عاتق الفاعل، و هذا ما يفسر إدراج المشرع الجزائري لهذا العمل في قسم ثامن جديد سماه "الجرائم المرتكبة ضد القوانين والأنظمة المتعلقة بمغادرة التراب الوطني".

و في الأخير هناك سبب آخر مهم يتعلق بالجانب السياسي؛ فالدولة مسؤولة عن مواطنيها الذين لا يحق لهم أن يدخلوا إقليم دولة أخرى إلا إذا سمحت لهم بذلك مراعاة لمبدأ السيادة الدولية، وفي حالة إقبال عديد من رعايا دولة معينة على الهجرة إلى دولة أخرى دون رضاها فإن ذلك يسبب حرجا لدولة الانطلاق أمام دولة الوصول التي تضغط على الأولى لتتحكم في رعاياها و تمنعهم من الخروج، وهذا يعتبر من أهم العوامل التي تدفع الدولة إلى تجريم الهجرة السرية.

ب. نتائج تجريم الهجرة غير الشرعية

إذا كانت هناك بالفعل مجموعة من الأسباب التي تبرر لجوء المشرع إلى تجريم هذا فعل الهجرة السرية، فإنه من الضروري كذلك أن نتساءل عن النتائج التي تتمخض عن مقاضاة آلاف الشباب و الحكم عليهم بعقوبات بدنية و مالية من دون أن يكون لهم ذنب سوى البحث عن حياة أفضل، و الهروب من المعاناة الناجمة عن البطالة و الفقر و البيروقراطية و الفساد و غيرها من الظواهر التي يعيشها الشباب يوميا.

النتيجة الأولى التي من المفروض أن تتحقق هي تناقص أعداد المهاجرين تحت وطأة الردع، لكن الملاحظ أن العكس هو الذي حدث بحيث في ظل دخول هذا القانون حيز النفاذ تزايد عدد المقبلين على

الهجرة بطريقة غير شرعية بشكل غير مسبق، و الحقيقة أنه من السذاجة أن نتصور نتيجة أفضل من ذلك ما دامت أحكام المادة 545 من القانون البحري تقضي بالسجن من 2 إلى 5 سنوات حبسا و مع ذلك لم تستطع ردع المهاجرين، فكيف بعقوبة أخف تتراوح بين 2 إلى 6 أشهر أن تقي بالغرص.

الإشكال الثاني المطروح متعلق بعواقب سجن هؤلاء المهاجرين - الذين لا يعتبرون مجرمين محترفين بالفعل الذي أقدموا عليه - في نفس الزنزانة مع محترفي الإجرام؛ فنتساءل هنا إلى ماذا سيؤدي احتكاك الطرفين بعضهما ببعض؟! أكيد أن الشخص البريء الذي دخل السجن لمجرد محاولته الفرار من وضع اجتماعي أو سياسي ما سيخرج منه مجرما محترفا حاقدا على الدولة أو حتى على المجتمع ككل، بفعل احتكاكه بمحترفي الجريمة، فنكون بذلك قد صنعنا مجرما في الوقت الذي أردنا أن نصلحه.

و النتيجة الأخيرة التي ينبغي أن نشير إليها هي أن هذا القانون قد زاد الطين بلة و ضاعف الهوة التي كانت موجودة بين الشعب - الذي ينكون من 75 % الشباب - و الحكومة التي لاتزال تضع حلولاً ارتجالية غير مدروسة العواقب لهموم ومشاكله، إلى درجة أن أصبحت المشكلات التي تحمل طابعا اقتصاديا واجتماعيا تقابل بالردع و القمع.

ثانيا: تهريب المهاجرين

في ظل التزايد المستمر لأعداد المهاجرين السريين في نهاية التسعينات و بداية الألفية الجديدة ضاعفت الدول من جهودها لحماية حدودها و منع زحف المهاجرين و دخولهم إلى إقليمها، و بقدر ما تزايدت صعوبات عبور الحدود بقدر ما زادت جهود المهاجرين و إصرارهم على الدخول إلى دول المقصد، وهذا ما جعلهم يستجدون بأشخاص نوا خبرة في مجال عبور الحدود يتكفلون بتوصيلهم إلى مبتغاهم، فتشكلت بفعل ذلك العديد من المنظمات المتخصصة في نقل المهاجرين أو ما يعرف بشبكات تهريب المهاجرين.

و عليه فإن محاربة هذه الشبكات تكتسي أهمية كبيرة في عملية محاربة الهجرة غير الشرعية، وقبل ذلك فإن فعل التهريب يعد نوع من أنواع الجريمة المنظمة، فأفرد لها المشرع مجموعة من المواد في القانون 01/09.

1. تعريف التهريب

لقد جاءت الأحكام المتعلقة بفعل التهريب في القسم الخامس مكرر 2 من الفصل الأول الباب الثاني الكتاب الثالث من الجزء الثاني، و عنوانه "تهريب المهاجرين"، و جاء في هذا القسم 12 مادة، وذلك من المادة 303 مكرر 30 إلى المادة 303 مكرر 41، و جاء تعريف فعل التهريب في الفقرة الأولى من المادة 303 مكرر 30 التي تنص على أنه "يعد تهريبا للمهاجرين القيام بتدبير الخروج غير المشروع من التراب الوطني لشخص أو لعدة أشخاص من أجل الحصول بصورة مباشرة أو غير مباشرة على منفعة مالية أو أية منفعة أخرى".

إن هذا التعريف ليس ببعيد عن التعريف الذي جاءت به المادة 03 فقرة أ من بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر و البحر و الجو، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والذي اعتمده الجمعية العامة في 15 نوفمبر عام 2000، و الذي صادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي 481/03 المؤرخ في 09 نوفمبر 2003، وتتص هذه المادة في الفقرة "أ" على أنه: " يُقصد بتعبير «تهريب المهاجرين» تدبير الدخول غير المشروع لأحد الأشخاص إلى دولة طرف ليس ذلك الشخص من مواطنيها أو من المقيمين الدائمين فيها، وذلك من أجل الحصول، بصورة مباشرة أو غير مباشرة، على منفعة مالية أو منفعة مادية أخرى⁽¹³⁾ .

ولكن يلاحظ أن المشرع الجزائري استعمل عبارة " تدبير الخروج غير المشروع من التراب الوطني" واستعمل البروتوكول عبارة " تدبير الدخول غير المشروع إلى دولة طرف"، فالمشرع الجزائري قصر مفهوم التهريب على عملية إخراج المواطن أو الأجنبي من الإقليم الجزائري نحو إقليم أي دولة أخرى، فاستبعد بذلك الحالة العكسية و هي أن يتم إدخال الأجانب إلى الإقليم الوطني التي تعد كذلك تهريبا للمهاجرين، و عليه كان من الأولى أن يأتي هذا التعريف على الشاكلة التالية: "يعد تهريبا للمهاجرين القيام بتدبير الخروج أو الدخول غير المشروع من أو إلى التراب الوطني لشخص أو لعدة أشخاص من أجل الحصول بصورة مباشرة أو غير مباشرة على منفعة مالية أو أية منفعة أخرى".

وهناك اختلاف كذلك في مسألة المقابل لتدبير عملية نقل المهاجرين بحيث استعمل البروتوكول لفظ "المنفعة المالية أو أية منفعة مادية أخرى"، فيخرج بذلك من صفة المهرب من لم يحصل على منفعة ذات طابع مادي، و تظن المشرع الجزائري إلى ذلك و استعمل تعبيراً آخر هو لفظ " أي منفعة أخرى"، بمعنى يستوي في ذلك من يحصل على المنفعة سواء كانت مادية أو معنوية.

و إذا عدنا لتعريف فعل تهريب المهاجرين يمكن القول أن المقصود به هو تدبير دخول الأشخاص إلى دولة غير دولتهم بتأمين الوسائل وطرق غير مشروعة اللازمة لنقلهم، سواء تم ذلك من مراكز المخصصة لعبور، الحدود أو من مناطق بعيدة عنها ولكن تؤمن لهم الولوج إلى دولة المقصد.

2. الأحكام التي أقرها القانون 01/09 لتهريب المهاجرين

لقد تضمنت المواد من 303 مكرر 30 فقرة 2 إلى المادة 303 مكرر 41 مجموعة من الأحكام المتعلقة بالفاعل، و العقوبة المقررة له بينما جاء الفعل في حد ذاته في الفقرة الأولى من المادة 303 مكرر 30، و سبق الحديث عنها أثناء تعريفنا للتهريب المهاجرين، هذا وقد أشارت المادة 303 مكرر 39 للشروع في هذه الجريمة وأقرت لها نفس العقوبة المقررة للجريمة التامة.

أ. الأحكام المتعلقة بالفاعل

يمكن أن نستخلص من خلال التعريف الذي جاء به نص المادة 303 مكرر 30 أن المشرع الجزائري لم يميز بين حالة ما إن كان الفعل قام به شخص واحد أو عدة أشخاص، رغم أن هذا النوع من

الجرائم يدخل في خانة الجريمة المنظمة عبر الوطنية التي تتطلب التنظيم و تعدد الأشخاص، غير أنه أشار إلى حالة تعدد الأشخاص الفاعلين و جعله سببا من أسباب التشديد وهذا وفقا لمقررات المادة 303 مكرر 32.

كما يمكن أن نشير إلى أن المشرع ميّز بين الفاعل البسيط، وذلك الذي تسهل له وظيفته ارتكاب الجريمة أو يستعمل السلاح أو يهدد باستعماله، إضافة إلى تفصيله في مسألة الشخص الطبيعي والمعنوي في المادة 303 مكرر 38 التي تنص على أنه " يكون الشخص المعنوي مسئولا جنائيا عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القسم، حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 51 مكرر من هذا القانون، و تطبق على الشخص المعنوي العقوبات المقررة في المادة 18 من هذا القانون".

ب. العقوبات المقررة لجريمة تهريب المهاجرين

لقد جاءت العقوبات التي أقرها هذا التعديل في مسألة تهريب المهاجرين مختلفة في درجاتها باختلاف المعطيات السابقة التي أشرنا إليها سابقا، فالعقوبة الأولى و الأخف التي أفردتها المشرع هي مقررة للشخص الذي يقوم بصفة منفردة بنقل أو تدبير الخروج من الإقليم الوطني لمهاجر أو أكثر للحصول على منفعة مالية أو أية منفعة أخرى، وقررت له المادة 303 مكرر 30 في الفقرة الثانية عقوبة الحبس من ثلاثة (03) سنوات إلى خمسة (05) سنوات حبسا و غرامة تتراوح ما بين 300 000 دج و 500 000 دج، و هي عقوبة تتلاءم في نفس الوقت مع الثمن الذي يطلبه المهربون لقاء خدماتهم، و مع درجة جسامة فعل نقل شخص أو عدة أشخاص إلى خارج الإقليم الوطني إذا كان لا يعرض و لا يرجح تعريض سلامة المهاجرين للخطر و لا معاملتهم معاملة غير إنسانية، وكذلك أن لا يكون من بين هؤلاء المهاجرين أشخاص قصر، أما إذا تحققت أحد هذه الحالات فإن العقوبة ترتفع لتصل إلى حبس لمدة تتراوح بين خمسة (05) إلى عشرة (10) سنوات و غرامة مالية مقدرة ما بين 500 000 إلى 1 000 000 دج حسب المادة 303 مكرر 31.

أما المادة 303 مكرر 32 فجاءت بظروف أخرى مشددة لكنها لا تتعلق بالمهاجر وإنما تتعلق بالمهرب، و جاءت بأربعة حالات ترتفع فيها العقوبة إلى السجن من عشرة (10) إلى عشرين (20) سنة و غرامة من مليون إلى مليونين دينار، و هذه الحالات هي:

- إذا سهلت وظيفة الفاعل ارتكاب الجريمة؛ كأن يكون الفاعل يشتغل في سلك حرس الحدود أو الجمارك أو ربان طائرة أو باخرة و غير ذلك من الوظائف
- إذا ارتكبت الجريمة من طرف أكثر من شخص من دون أن يكون بينهم اتفاق مسبق حول ارتكاب الجريمة
- إذا ارتكبت الجريمة بحمل السلاح أو التهديد باستعماله

- إذا ارتكبت الجريمة من طرف جماعة إجرامية منظمة، أي أن يكون الفعل مبرمجا من طرف شخصين أو أكثر مع وجود اتفاق مسبق للإتيان بهذا السلوك الإجرامي، و نوع من التنظيم يسمح بتوزيع المهام بشكل محدد ما بين الأعضاء.

و يلاحظ أن المشرع ميز بين الجريمة لما يتعدد فيها الأشخاص من دون وجود طابع التنظيم بينهم، وحالة أن تتم الجريمة من طرف جماعة منظمة، و نتساءل عن هدف و أهمية هذا التمييز ما دام أنه قد سوّى بينهما في العقوبة، مع أن الحالة الثانية (حالة ارتكاب الجريمة من طرف جماعة منظمة) تكون أشد خطورة من الأولى و أن نشاطها يمتاز بالاستمرارية و التنظيم، و عادة ما يرافق نشاطها الظروف المشددة الأخرى التي أشار إليها المشرع؛ كحمل السلاح أو التهديد باستعماله و تعريض حياة المهاجرين للخطر⁽¹⁴⁾، و المعاملة للإنسانية و المهينة، كسلب الأموال و اغتصاب النساء و رميهم في البحر⁽¹⁵⁾، و هذه الشبكات هي التي جاء بها البرتوكول الملحق باتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية و الذي سمي ببرتوكول مكافحة تهريب المهاجرين السريين عن طريق البر والبحر والجو، والذي يلزم الدول الأطراف فيه حسب المادة 6 منه على ضرورة تجريم هذا فعل تدبير دخول الأجانب إلى أقاليم دول أخرى و تسهيله.

و قد قامت الجزائر وفاء لالتزاماتها الدولية بعدما صادقت على هذا البروتوكول بموجب المرسوم الرئاسي 481/03 المؤرخ في 09 نوفمبر 2003، و تأكيدا من طرف المشرع على أهمية محاربة نشاط المهريين تعامل المشرع بحزم حتى مع الأشخاص اللذين لم يبلغوا السلطات من التهريب حتى لو كانوا ملزمين بالسفر المهني فعاقبهم بالحبس من سنة إلى خمسة سنوات و بغرامة مالية مقدرة ما بين 100 000 دج إلى 500 000 دج، ويستثنى من هذه العقوبات أقارب و حواشي وأصهار الجاني إلى غاية الدرجة الرابعة إل في حالة كون الجريمة ارتكبت على قاصر لم يتعدى 13 سنة.

و هنا يمكن أن نطرح سؤالا في غاية الأهمية و هو: هل يمكن أن يعاقب المهاجر بنفس هذه العقوبة ما دام يعلم بوقوع التهريب، فالمفروض انه في هذه الحالة أرتكب جريمتين هما: الهجرة غير الشرعية و جريمة عدم إبلاغ السلطات و الجريمة الثانية هي الأشد عقوبة و بالتالي فيفترض أن يعاقب بها المهاجر.

3. أهمية مكافحة تهريب المهاجرين في السيطرة على الهجرة

تكتسي عملية مكافحة تهريب المهاجرين أهمية بالغة في السيطرة على وفود الهجرة غير القانونية ويتجلى ذلك من خلال أوجه عديدة، أبرزها أن شبكات تهريب المهاجرين تمتاز بالتنظيم المحكم و الذي يعتبر شرط أساسي لبقائها ونجاح أعمالها، إذ أن نشاطها لا يشمل إقليم دولة واحدة بل أقاليم متعددة مع ما يفرضه ذلك من الاختلاف في مجال الأفراد، القوانين، اللغات، التضاريس... وغير ذلك من الأمور التي تستدعي درجة كبيرة من الحنكة في التعامل مع المواقف و الحالات، و في المسائل المتعلقة بالسعر يلاحظ كيف أن هذه الشبكات أصبحت تعتمد على مساهمة بعض الأشخاص في جمع الطامحين في الهجرة، فإذا

تمكنوا من ذلك فإنهم يحصلون على تخفيض أو إعفاء من دفع ثمن الرحلة، و كذلك الأمر لمن يسهل عملية عبور الحدود عن طريق رشوة الإداريين ومصالح حراسة الحدود⁽¹⁶⁾.

من خلال هذا يمكن أن نتصور درجة التنظيم لدى هذه الشبكات الإجرامية التي تنتشط بغرض واحد وهو تحقيق المصالح المادية، مما يجعل مكافحة نشاطها يأتي في المقام الأول في أي سياسة تهدف إلى السيطرة على تحركات الأشخاص خارج ما يقرره القانون، ثم إنه من جهة أخرى يعتبر نشاطها خطر كبير على حياة المهاجرين، إذ في كثير من الأحيان يتم التخلي على المهاجرين في مناطق معزولة وخطيرة أو حتى في وسط البحر، كما تكون حياتهم معرضة للخطر على الدوام تحت تهديد استعمال السلاح إضافة إلى السرقة و الاغتصاب.

الأمر الآخر أن هذه الشبكات إضافة إلى هذه الأضرار فإنها تلعب دورا كبيرا في نشر ثقافة الهجرة لدى فئة الشباب، وذلك من خلال عرض تجارب المهاجرين الناجحين الذين استطاعوا تغيير وضعهم الاقتصادي، و هذا بهدف تحفيزهم على الهجرة، مما يجعل نشاط المهربين لا يقتصر على تدبير الدخول و إنما يصل إلى حد الدعاية لهذا العمل، و في الحقيقة أن المشرع الجزائري لم يتفطن إلى هذه الجزئية و لم يفرد لها أحكاما خاصة بها.

كما يلاحظ أن المشرع الجزائري من خلال القانون 01/09 أدرج فقط فعل نقل الأشخاص سواء كانوا وطنيين أو أجانب خارج الوطن ضمن ما يعرف بتهريب المهاجرين، وأفرد له العقوبات التي ذكرناها، أما في الحالة العكسية فلم يتناولها، أي في حالة قيام أي شخص بنقل المهاجرين من دولة أجنبية نحو الجزائر، مع أنه في الواقع هذا لم ينم عن غفلة منه وإنما مرد ذلك يرجع إلى تناوله لهذا العمل في قانون آخر و هو القانون 11/08 المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها، ومع ذلك فإن المشرع يبقى مؤاخذا عليه لتمييزه بين الحالتين بالرغم من أنهما تدخلان كليهما في مصاف تهريب المهاجرين.

خاتمة

إن الأحكام التي جاء بها القانون 01/09 و المتعلقة بجريمة الهجرة غير الشرعية و بتهريب المهاجرين، تعبر فعلا عن النية الصادقة للجزائر في مكافحة هذه الظاهرة في وقت بلغت فيه سيول المهاجرين أوجها و الأصوات أصبحت تنادي من هنا و من هناك بضرورة تدخل الدولة لإنقاذ آلاف الشباب الذين يموتون غرقا طلبا للقامة العيش، و لكن ربما يجب أن نفهم من خلال الأحكام التي تضمنها هذا القانون أن هنالك تغيير في قناعات الجزائر التي لطالما أعطت أبعادا اقتصادية، اجتماعية و إنسانية للهجرة، ورفضت الحلول المقترحة من طرف الإتحاد الأوروبي والتي تركز على الجانب الأمني، و عليه فيمكن أن نعتبر هذا القانون إستراتيجية معقولة ومدروسة العواقب لمكافحة الهجرة السرية، و إن لم يكن الأمر كذلك فإنها تكون قد جاءت بفعل ضغط الإتحاد الأوروبي و كذا كنتيجة لتزايد إقبال الجزائريين على الهجرة بطرق سرية، و إذا جئنا نوازن الاحتمالين فسنجد أن الاحتمال الثاني هو الأقرب للمعقول.

أمر آخر يجب التنويه إليه و طرحه كسؤال و هو: لماذا هذا الخلط بين نصوص القانون 11/08 في المادة 46 و القانون 01/09 في المواد 303 مكرر 30 إلى 303 مكرر 41 التي تتناول نفس الفعل، إذ كان من الأولى أن تضاف المادة المذكورة من القانون المتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر إلى التعديل الذي شمل قانون العقوبات، لأن هذه المادة تتناول تهريب المهاجرين التي باتت مدرجة في قانون العقوبات!؟

نقطة أخرى وأخيرة يمكن أن تطرح و للمستغرب أن يستغرب و هي كيف أن المشرع لا يعاقب الأجنبي الذي يدخل بطريقة غير شرعية إلى الإقليم الوطني، و يعاقبه هو و المواطن الجزائري على مغادرة التراب الوطني بطريقة غير شرعية؟ مع أنه في الحالتين يكيف الفعل على أنه هجرة غير شرعية، و إذا كان من المستساغ أن يعاقب المواطن الجزائري لكون هذا الأخير تحت مسؤولية الدولة و يسبب لها حرجا أمام الدول التي يقصدها، فإنها لا تتحمل أي مسؤولية على الأجنبي خاصة و أنه قد يغادر باتجاه دولته!

الهوامش:

- ¹ - انظر النص الكامل للإعلان العالمي لحقوق الإنسان.
- ² - BIT, une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée, conférence internationale du BIT, 92ème session, rapport n° 6, Genève, 2004, p 11/
- ³ - Convention internationale sur la protection des droits tous les travailleurs migrants et des membres de leur familles du 18 décembre 1990. Résolution de l'assemblée générale n° 45/158.
- ⁴ - BIP, op cit, p 11.
- ⁵ - **صايش عبد المالك**، التعاون الأورو-مغاربي في مجال مكافحة الهجرة السرية، رسالة ماجستير في القانون الدولي، كلية الحقوق جامعة عنابة، 2007، ص 30.
- ⁶ - القانون 80/76 المؤرخ في المتضمن القانون البحري
- ⁷ - **زروقي إبراهيم**، الهجرة السرية و الأمن القومي: دراسة في الانعكاسات و إستراتيجيات المواجهة، المجتمع الجزائري نموذجا، مذكرة ماجستير كلية الآداب و العلوم الإنسانية و العلوم الاجتماعية، جامعة تلمسان و مسان، 2009/2008، ص 27.
- ⁸ - **محمد معمر**، أسباب و دوافع الإقبال على ظاهرة الحرق، دراسة ميدانية للحرق المطرودين من اسبانيا بمدينة الغزوات ولاية تلمسان، مذكرة ماجستير في علم الاجتماع، جامعة الجزائر، 2009، ص 11.
- ⁹ - القانون 01/09 المؤرخ في 25 فيفري 2009، يعدل و يتم الأمر رقم 156/66 المتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية عدد 15، الصادرة في 08 مارس 2009.
- ¹⁰ - انظر قانون رقم 08 - 11 مؤرخ 25 يونيو سنة 2008 يتعلق بشروط دخول الأجانب إلى الجزائر وإقامتهم بها وتنقلهم فيها، ج ر عدد 36، الصادرة بتاريخ 02 جويليا 2008.
- ¹¹ - **عثمان الحسن محمد نورو ياسر العوض الكريم المبارك**، الهجرة غير المشروعة و الجريمة مركز الدراسات والبحوث، جامعة نايف العربية لعلوم الأمنية 2007 ص 18، 19
- ¹² - **مارثيا إشاندي**، و آخرون، الهجرة الكبرى صوب الشمال، مجلة "اللاجئون"، المجلد الرابع، العدد 148، 2008، ص 23، 24.
- ¹³ - أنظر بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر و البحر والجو، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية المعتمد من طرف الجمعية العامة في 15 نوفمبر 2000. عثمان الحسن محمد نور، ياسر عوض الكريم المبارك، الهجرة غير المشروعة و الجريمة المنظمة، مركز الدراسات و الأبحاث، جامعة نايف للعلوم الأمنية، المملكة العربية السعودية، 2008، ص 18، 19
- ¹⁴ - **عثمان الحسن محمد نور، ياسر عوض الكريم المبارك**، الهجرة غير المشروعة و الجريمة المنظمة، مركز الدراسات و الأبحاث، جامعة نايف للعلوم الأمنية، المملكة العربية السعودية، 2008، ص 18، 19.

¹⁵ - تروي عائشة إحدى المهاجرات الصوماليات التي استعانت بشبكات تهريب البشر كيف أنهم أمسكوا إبنها و قاموا برميها في البحر ليكون و جبة للأسماك لمجرد أنه كان يبكي جراء الألم الذي كان يعاني منه من شدة المرض، و هي إحدى الصور التي تثبت بشاعة و قساوة هؤلاء المجرمين، أنظر:

- **ASTRIDVANGENDEREN Sort** : Pire que des requins, revue **Refugiés**, n° 148, 2008, p 12.

¹⁶ -Mabrouk Mehdi, Emigration clandestine en Tunisie : Organisations et felieres, Revue Naqd, n° 26/27, Automne/Hiver 2009, Pp 104 et 10

الإقرار بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي في جرائم الصرف

شيخ ناجية أستاذة مساعدة¹

كلية الحقوق جامعة مولود معمري بتيزي وزو

مقدمة:

إنّ الجريمة، ومتى اكتملت عناصرها وأركانها المختلفة من ركن شرعي (قانوني)، مادي ومعنوي فتكون محققة، ومن هنا يظهر عنصر الإسناد، الذي يقصد من وراءه نسبة الفعل إلى فاعله، أي نسبة النشاط الإجرامي أو الجريمة إلى مرتكبها، وهما:

- الإسناد المادي، ويتعلق بالسلوك المقترف، الذي يكون مخالفا لقاعدة أمر أو ناهية تحمل صفة الجزاء، والتأكد بعدها من وجود العلاقة السببية ما بين الجريمة ومرتكبها،
- والإسناد المعنوي، الذي يقوم على الإتيان بأفعال مجرمة وذلك بإرادة كاملة من صاحبها، وهي إرادة سليمة وواعية⁽¹⁾.

عليه، وعلى ضوء ما تقدم، نستنتج أنه وإن كانت الجريمة طبقا للقواعد العامة المألوفة لا تسند إلا لمن كان مسؤولا عنها ماديا ومعنويا من ناحية، كما أنها لا تسند إلا للشخص الطبيعي من ناحية أخرى، فإن القواعد المطبقة على الجرائم الاقتصادية بوجه عام، وجرائم الصرف بوجه خاص تعرف استثناءات وخصوصيات جد ملموسة في هذا الشأن، حيث أحدثت اتساعا كبيرا لمدلول الإسناد في جرائم الصرف، وذلك بإسناد مثل هذه المخالفات إلى شخص لم يرتكبها، أو إلى شخص غير آدمي، مما يؤدي حتما إلى اتساع دائرة المسؤولين في هذا الصنف من الجرائم لتشمل حتى الأشخاص المعنوية؛ وهو ما كرسته كل التشريعات والتنظيمات الخاصة بقمع مخالفات الصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج (المبحث الأول)، وهي مسؤولية من نوع خاص، إذ لا تقوم إلا بناء على مجموعة من الشروط (المبحث الثاني).

وتبعا لكل ما سبق، فإن الإشكال الذي يمكن طرحه هو فيما تكمن خصوصيات المسؤولية القائمة في مجال الصرف وحركة رؤوس الأموال؟

المبحث الأول

مظاهر تكريس المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي

إذا كان المشرع الجزائري قد عبر وبصفة صريحة عن موقفه من مسؤولية الشخص المعنوي جزائيا، وهو ما يتضح من خلال استقراء كل من نصوص قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية، وبالرجوع إلى نصوص القانون العام، فنجد أن مثل هذه المسؤولية قد ثبتت بموجب المادة 18 مكرر والمادة 51 من القانون رقم 04-15 المعدل والمتمم لقانون العقوبات⁽²⁾، التي نصت أنه: « باستثناء الدولة

¹ - العوجي مصطفى، القانون الجنائي العام، المسؤولية الجنائية، دون دار النشر، بيروت، 1992، ص ص 24 - 25.

² - أمر رقم 04-15 مؤرخ في 10 نوفمبر 2004، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156، يتضمن تقنين العقوبات، جريدة رسمية عدد 71، صادرة بتاريخ 12 نوفمبر 2004.

والجماعات المحلية، والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام، يكون الشخص المعنوي مسؤولاً جزائياً عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين عندما ينص على ذلك...».

وكذلك بمقتضى المادة 03 من القانون رقم 06-23⁽³⁾ التي أشارت إلى مجموعة من العقوبات التكميلية التي يمكن تطبيقها على الشخص المعنوي وهي: «العقوبات التكميلية هي...»

5 - المصادرة الجزئية للأموال،

6 - المنع المؤقت من ممارسة مهنة أو نشاط،

7 - إغلاق المؤسسة،

8 - نشر أو تعليق حكم أو قرار الإدانة.»

فإننا نعتبر أن موقفه هذا يعد متأخراً جداً مقارنة بما عمل به وتبناه مشرع الصرف الجزائري، الذي كرس مثل هذه المسؤولية منذ زمن بعيد يعود إلى سنة 1969 (المطلب الأول)، وهو ما يزال ينص عليه في قوانين الصرف السارية في يومنا هذا مع إدخال بعض التعديلات عليها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مرحلة ما بعد الاستقلال إلى سنة 1996

يعتبر الأمر رقم 69-107 المؤرخ في 31 ديسمبر 1969⁽⁴⁾، والمتضمن لقانون المالية بمثابة أول تشريع وطني صدر بعد الاستقلال لتنظيم جريمة الصرف تنظيمياً شاملاً، وبذلك يمكن اعتبار هذا الأخير يحظى بأهمية كبيرة لا سيما من الناحية الشكلية منه، حيث يضم أكثر من عشرين بنداً ابتداءً من المادة 44 إلى 66 وذلك بأحكام عرفها بـ "قمع مخالفات الصرف".

وتعد المادة 55 من الأمر السابق بمثابة الأساس في تأصيل المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي وهي تنص أنه: «عندما تكون المخالفات المتعلقة بنظام الصرف مرتكبة من قبل متصرفي وحدة معنوية أو مسيريتها أو مديريها، أو أحد هؤلاء، عاملين باسم أو لحساب هذه الوحدة، تلاحق هذه الأخيرة نفسها ويحكم عليها بالعقوبات المالية المنصوص عليها في هذا الأمر فضلاً عن الملاحقات الجارية بحق هؤلاء».

هكذا، وفي وقت لاحق، وبمقتضى الأمر رقم 96-22 المؤرخ في 09 جويلية 1996⁽⁵⁾ المتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال، اعترف المشرع ومن جديد

³ - قانون رقم 06-23 مؤرخ في 20 ديسمبر 2006، يعدل ويتم الأمر رقم 66-156، يتضمن تقنين العقوبات، جريدة رسمية عدد 84، صادرة بتاريخ 24 ديسمبر 2006.

⁴ - أمر رقم 69-107 مؤرخ في 31 ديسمبر 1969، يتضمن قانون المالية، جريدة رسمية عدد 110، صادرة بتاريخ 31 ديسمبر 1969.

⁵ - أمر رقم 96-22 مؤرخ في 09 جويلية 1996، يتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج، جريدة رسمية عدد 43، صادرة في 10 جويلية 1996، معدل ومتمم.

فكرة المسؤولية وذلك بموجب المادة 05 منه والآتي نصها: « يعتبر الشخص المعنوي، دون المساس بالمسؤولية الجزائية، لممثليه الشرعيين، مسؤولاً عن المخالفات المنصوص عليها في المادتين الأولى والثانية من هذا الأمر والمرتكبة لحسابه من قبل أجهزته أو ممثليه الشرعيين... ».

عليه، فهذه النصوص الموضحة أعلاه، قاطعة الدلالة على تكريس المشرع الجزائري للمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، إلا أنه ثمة نقطتين أساسيتين يمكن التعليق عليهما وهما على التوالي: الأولى، تظهر في كون كل من التشريعين⁽⁶⁾ أعلاه سابق لأوانه، حيث صدرا قبل أن يعرف القانون العام مثل هذه المسؤولية، وحتى قبل تكريسه لها.

والثانية، فتكمن في كون كلا النصين واسعا النطاق والتطبيق، حيث كرّسا هذه المسؤولية على جلّ الأشخاص المعنوية، بدون استثناء ودون فرض أي قيد عليها، وبغض النظر عن طبيعة هذه الأشخاص المعنوية، عامة كانت أم خاصة، مما يجعلنا نفهم أنّ الدولة نفسها غير مستبعدة لتدخل ضمن هذه الفئة من الأشخاص، ويتم توقيع العقاب عليها، لذا نتساءل عن مدى صحة هذه الفكرة؟ بمعنى آخر، فهل تستطيع الدولة أن تكون حكما وخصما في آن واحد؟

لنجيب أنه، وإن كانت المادة 05 من الأمر رقم 96-22 تمثّل خطوة جريئة من حيث تكريسها ونصّها صراحة على المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي رغم ما صادفته هذه الأخيرة من معارضاة شديدة من قبل بعض الفقهاء ولاسيما التيار الفقهي القديم (التقليدي)، فإنّ هذه الفكرة تبقى بمثابة قاعدة عامة لا أكثر، حيث هناك من الأشخاص المعنوية العامة من تتنافى في طبيعتها القانونية وكذا في اختصاصاتها ووظائفها والغرض الذي أنشئت من أجله مع فكرة جواز توقيع العقاب عليها، مما يستوجب إخراجها من دائرة المسؤولية، كون ذلك يخلّ حتما بعدد من الاعتبارات والأسس المختلفة والتي من أهمّها نجد:

- فكرة السيادة، التي مفادها امتياز الدولة في إدارة كل المؤسسات الفاعلة فيها، وانفرادها بهذه الميزة عن طريق استخدام الامتيازات التي تحتكرها، وبالتالي ففكرة سيادة الدولة تتنافى مع توقيع العقاب عليها⁽⁷⁾،

- وفكرة احتكار الدولة لحق العقاب، إذ تعتبر الدولة بمثابة الشخص المعنوي الوحيد الذي يملك حق العقاب، وباعتبارها كذلك، فكيف يعاقب من أوكلت له دون غيره سلطة العقاب؟ وهل يمكن للدولة معاقبة نفسها؟ وهو ما يعدّ مستحيلا، كون الدولة تتولى حماية المصالح العامة الجماعية والفردية وتسهر على

⁶ - نقصد بهذين التشريعين كل من:

- الأمر رقم 69-107، مرجع سابق.

- وكذا الأمر رقم 96-22، مرجع سابق.

⁷ - نقلا عن: عمر سالم، المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية، وفقا لقانون العقوبات الفرنسي الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة،

1995، ص ص 26 - 27.

تطبيق القانون، ومعاقبة المجرمين والقضاء على الجريمة وأسبابها⁽⁸⁾، وتفرّعا عن هذا الأمر، فإنّ الدولة لا يمكن لها أن تستعمل هذا الحق ضد ذاتها، ولا أن تقرّر معاقبة نفسها بنفسها⁽⁹⁾.

وفي الأخير، فيمكن إضافة أساس ثالث إلى الأساسين المتقدمين، ويتمثل في انعدام جدوى العقاب كون العقوبات المالية التي تعدّ من أهم العقوبات المسلّطة على الأشخاص المعنوية وأكثرها شيوعا ستخرج من خزينة الدولة لتعود إليها من جديد، باعتبار أنّ هذه العقوبات المالية سندفع لخزينة الدولة - لا محالة - فما الهدف من تطبيقها إذن؟
... كلّها تصورات غير ممكن تحقيقها، وليس بالنسبة للدولة فقط، بل حتى بخصوص باقي الأشخاص المعنوية العامة.

وتبعا لكل ما سبق، ظهرت ضرورة تدخل المشرع الجزائري من جديد لإزالة مثل هذا الغموض واللبس، والتزامه بالتحديد الدقيق لطبيعة وصنف هذه الأشخاص المعنوية المسؤولة جزائيا في ميداني الصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج.

المطلب الثاني

مرحلة ما بعد 1996 إلى يومنا هذا

إذا كانت المرحلة السابق الإشارة إليها تعرف نصين تشريعيين مختلفين أحدهما صادر سنة 1969 بموجب الأمر رقم 69-107 والآخر صادر عام 1996 بمقتضى الأمر رقم 96-22، فإنّ هذه المرحلة أيضا تعرف بدورها نصّين تشريعيين آخرين وهما كلّ من:

- الأمر رقم 03-01⁽¹⁰⁾ المؤرخ في 19 فيفري 2003 المعدل والمتمم للأمر رقم 96-22،

- وكذا الأمر رقم 10-03⁽¹¹⁾ المؤرخ في 26 أوت 2010 المعدل والمتمم للأمر رقم 96-22.

عليه، فلقد أتت المادة 07 من الأمر رقم 03-01 المعدلة للمادة 05 من الأمر رقم 96-22 بما يلي:
« يعتبر الشخص المعنوي الخاضع للقانون الخاص، دون المساس بالمسؤولية الجزائية لممثليه الشرعيين، مسؤولا عن المخالفات المنصوص عليها في المادتين الأولى والثانية من هذا الأمر، والمرتكبة لحسابه من قبل أجهزته أو ممثليه الشرعيين... ».

8 - صمودي سليم، المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والفرنسي، دار الهدى، الجزائر، 2006، ص 32.

9 - محمود داود يعقوب، المسؤولية في الجنائي الاقتصادي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 252.

10 - أمر رقم 03-01 مؤرخ في 19 فيفري 2003، يعدّل ويتمم الأمر رقم 96-22، يتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج، جريدة رسمية عدد 12، صادرة بتاريخ 23 فيفري 2003.

11 - أمر رقم 10-03 مؤرخ في 26 أوت 2010، يعدّل ويتمم الأمر رقم 96-22 المؤرخ في 09 جويلية 1996 والمتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج، جريدة رسمية عدد 50، صادرة بتاريخ 01 سبتمبر 2010.

هكذا إذن، ومن استقراء البند أعلاه، فيستشف أنّ المشرع الجزائري، وبالرغم من إحدائه لتعديل النصّ المرجعي⁽¹²⁾ الخاص بمجالى الصرف وحركة رؤوس الأموال، فإنّ موقفه بشأن تكريس مسؤولية الذوات المعنوية بقي مستقرا وثابتا على العموم، مع اجتهاده - فقط - بخصوص التحديد الدقيق لطبيعة هذه الأشخاص المسؤولة، حيث حصر هذه المسؤولية وجعلها حكرا على الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون الخاص دون العام.

وهو ما أبقى عليه مشرعنا، وأكّده في وقت لاحق بمقتضى الأمر رقم 10-03 الساري مفعوله في يومنا هذا.

بل أنّ المشرع الجزائري لم يكتف بتبنيه لمثل هذه المسؤولية فحسب، وإنما ذهب إلى أبعد من ذلك حينما اهتمّ بتحديد مجموعة من القواعد والإجراءات الجزائية المتبعة في محاكمة الشخص المعنوي الخاص، وذلك بنصّه أنّه: « تختص الجهة القضائية التي ترتكب المخالفة في دائرة اختصاصها بالنظر في المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي الخاضع للقانون الخاص فيما يتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج »⁽¹³⁾.

مضيفا بعدها، وفي الفقرة الموالية أنّه: « تباشر الدعوى العمومية ضد الشخص المعنوي الخاضع للقانون الخاص من خلال ممثله الشرعي، ما لم يكن هو الآخر محل متابعة جزائية من أجل نفس الأفعال أو أفعال مرتبطة بها، وتستدعي الجهة القضائية المختصة مسير آخر لتمثيل الشخص المعنوي في الدعوى الجارية »⁽¹⁴⁾.

عليه، وفي الختام، فيمكن استخلاص أنّ هذا القدر من النصوص القانونية كافٍ لبيان إقرار وتأكيد المشرع الجزائري لمسؤولية الشخص المعنوي جزائيا، الذي لا تقوم المسؤولية في حقّه إلا بتوافر مجموعة من الشروط (المبحث الثاني).

المبحث الثاني

شروط قيام المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي

ثمة مجموعة شروط، متى تحققت أدت إلى مساءلة هذه الأشخاص وهي:

- أن يكون الشخص المعنوي خاضع للقانون الخاص (المطلب الأول)،
- أن تكون الجريمة المقترفة مما يجوز المساءلة عليها ولحساب الشخص المعنوي (المطلب الثاني)،
- ارتكاب الجريمة من قبل أجهزة الشخص المعنوي أو ممثليه الشرعيين (المطلب الثالث).

¹² - إنّ النصّ المرجعي في مجالى الصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج هو الأمر رقم 96-22 الخاص بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج، حيث لم يفرّق مثل هذا النص ما بين الشخص المعنوي العام أو الخاص، وإنما جمع بينهما.

¹³ - الفقرة الأولى من المادة 05 مكرر من الأمر رقم 03-01، التي بقيت على حالها في ظل الأمر رقم 10-03، مرجع سابق.

¹⁴ - الفقرة 02 من المادة 05 مكرر من الأمر رقم 03-01، التي لم يمسه تعديل 2010 بموجب الأمر رقم 10-03، مرجع سابق.

المطلب الأول

أن يكون الشخص المعنوي خاضع للقانون الخاص

تتقسم الأشخاص المعنوية بوجه عام إلى أشخاص معنوية عامة تخضع للقانون العام، وأشخاص معنوية خاصة تخضع للقانون الخاص.

وعن الأشخاص المعنوية المقصودة في بحثنا هذا، والتي تكون مسؤولة عما ترتكبه من مخالفات لأحكام التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال، فهي تلك الأشخاص المعنوية الخاصة التي أقرت أغلب التشريعات المقارنة، وكذا تشريع الصرف الجزائري بمسؤوليتها، مهما كان الشكل الذي تتخذه، وأيا كان الغرض الذي أنشأت من أجله، وهي مسؤولة قائمة من مرحلة تأسيس هذه الأشخاص إلى غاية وصولها إلى مرحلة التصفية.

ولقد عرف الأستاذ "بوسقيعة أحسن" مثل هذه الفئات على أنها: « تلك:

- الشركات التجارية الخاصة،

- التجمعات ذات المصلحة الاقتصادية،

- الشركات المدنية،

- كذا الجمعيات ذات الطابع الاجتماعي أو الثقافي أو الرياضي...،

- وكذا تلك المؤسسات العمومية الاقتصادية التي يحكمها القانون التجاري»⁽¹⁵⁾.

وتبعاً لذلك، فتستثنى من هذه المسؤولية كل من الدولة، الجماعات المحلية من ولاية وبلدية، وكذا المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

المطلب الثاني

أن تكون الجريمة مما يجوز المساءلة عليها ولحساب الشخص المعنوي

مفاد هذه الفكرة، هو أن تكون الجريمة المسندة للشخص المعنوي من ضمن الجرائم التي حددها المشرع الجزائري⁽¹⁶⁾، وذلك لكون الشخص المعنوي وعلى غرار الشخص الطبيعي، لا يكون محل متابعة جزائية عن كل أنواع الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات العام والنصوص العقابية الأخرى المكملة له متى توافرت أركانها، وإنما يسأل فقط عن الجرائم التي يحددها صراحة كل من النص التشريعي أو التنظيمي الذي يخضع له، والذي يقرّ بإمكانية مساءلته عنها جزائياً، وهو ما يعرف "بمبدأ التخصّص"⁽¹⁷⁾، بمعنى أنه لا بدّ من الرجوع إلى نصوص القانون لتحديد الأفعال التي يسأل عنها الشخص المعنوي الخاص.

¹⁵ - بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، الجزء الثاني، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 288.

¹⁶ - Voir : ANTONA (J-P), GOLIN (P-H) et LENGART (F), La responsabilité pénal des affaires, Dalloz, Paris, 1996, pp 24 – 25.

¹⁷ - STEFANI (G), LEVASSEUR (G), BOULOC (B), Droit pénal général, 16^{ème} édition, Dalloz, Paris, 1997, p 254.

وهو حقا ما طبقه مشرع الصرف الجزائري، إذ اعترف قطعيا بمسؤولية الأشخاص المعنوية الخاصة كلما أقيمت على ارتكاب جريمة للصرف وحركة رؤوس الأموال، وذلك بالضبط في المادة 07 من الأمر رقم 03-01 سابق الإشارة إليه، وهي ما زالت سارية المفعول ولم تتعرض إلى أي تعديل بمقتضى النصّ الجديد الذي أتى به الأمر رقم 10-03.

أما بخصوص اقتراح هذه الجريمة لحساب الشخص المعنوي، فهو ما جاءت به المادة 02 من الأمر رقم 10-03 المعدلة والمتممة للمادة 05 من الأمر رقم 96-22 والآتية نصها: « يعتبر الشخص المعنوي الخاضع للقانون الخاص، ... والمرتبكة لحسابه... »، لفهم هنا وبصفة صريحة، أنّ مسؤولية الشخص المعنوي قائمة متى اقترفت لمصلحة هذا الأخير، سواء كانت هذه المصلحة مادية أو معنوية، مباشرة أو غير مباشرة، محققة أو مفترضة⁽¹⁸⁾.

المطلب الثالث

اقتراح الجريمة من قبل أجهزة الشخص المعنوي أو ممثليه الشرعيين

هو ما أتت به المادة 02 من الأمر رقم 10-03 بنصها أنه: « الشخص المعنوي الخاضع للقانون الخاص... من قبل أجهزته أو ممثليه الشرعيين ».

تبعا لهذا البند، فيستخلص أنّ إسناد جريمة الصرف للشخص المعنوي يكون في حالة كون الشخص الطبيعي الذي يعمل لحساب الشخص المعنوي قد ارتكب الجريمة بصفته أحد أجهزة الشخص المعنوي أو ممثليه الشرعيين، لا غير.

وهنا تظهر الضرورة في البحث عن المقصود من المصطلحين الأخيرين، وتوضيح الفرق بينهما. إذن، فيقصد بعبارة "أجهزة الشخص المعنوي"، كل تلك الهيئات التي تتولى أمور المؤسسة من إدارة وتسيير، وهي تختلف من مؤسسة إلى أخرى، وبحسب اختلاف الشكل القانوني الذي تتخذه، وتتمثل عموما في كل من:

- الرئيس،
- المدير العام،
- مجلس الإدارة،
- وكذا الجمعية العامة للشركاء...»⁽¹⁹⁾.

أما "الممثلين الشرعيين"، فيقصد بهم هؤلاء الأشخاص الطبيعيين الذين يتمتعون بسلطة التصرف لحساب الشخص المعنوي، سواء عادت لهم هذه السلطة بناء على القانون أو بناء على اتفاق، أي بحكم القانون الأساسي للمؤسسة⁽²⁰⁾.

18 - العوجي مصطفى، مرجع سابق، ص 113 - 114.

19 - بوسقيعة أحسن، مرجع سابق، ص 289.

20 - بوسقيعة أحسن، مرجع سابق، ص 194.

وتجدر بنا الإشارة هنا، أن مشروع الصرف الجزائري قد عبّر عن مثل هذا التمثيل، وذلك بموجب الفقرة 02 من المادة 05 مكرر من الأمر رقم 03-01 السابق، بنصّها أنه: « تباشر الدعوى العمومية ضد الشخص المعنوي الخاضع للقانون الخاص من خلال ممثله الشرعي... »، مما يؤكد أن الممثل الشرعي هو الوحيد المعبر عن إرادة الشخص المعنوي الخاص في مخالقات الصرف.

وتبعاً لذلك، فيمكننا التساؤل عن مركز هذه الأشخاص التي لها حق التعبير عن إرادة الشخص المعنوي، بمعنى آخر، نقول: هل تشترط كفاءة معينة في الشخص المكلف بتمثيل الشخص المعنوي؟ أم أنّه لا جدوى من تحديد هذا المركز الذي يحتلّه هؤلاء الممثلين؟

لنجيب بأنّ النصوص الخاصة بقمع مخالقات الصرف وحركة رؤوس الأموال قد سكتت عن هذا الأمر، ولم تحدد أيّ شرط صريح بخصوص مركز هؤلاء، ونحن نعتقد أنّ هذا الموقف هو الأفضل والأنسب، حيث تبقى مسؤولية الأشخاص المعنوية دائمة قائمة على جرائم الصرف المقترفة من أحد ممثليها وبغض النظر ومهما كان مركز هؤلاء، طالما كان:

- تمثيلهم قانونياً ومشروعاً،

- وكان هذا التصرف الصادر من أحدهم لحساب الشخص المعنوي، لا غير.

وهذا لدليل واضح على تضيق الخناق على الشخص المعنوي وجعله مسؤولاً، كلما تطلّب الأمر ذلك.

خاتمة:

كحوصلة لما سبق، يستخلص أنّه، وبعد تأصيل المشرع الجزائري للمسؤولية الجزائية للأشخاص المعنوية في مجال الصرف وحركة رؤوس الأموال، فإنّه جدير بنا الإشارة إلى طبيعة ونوع هذه المسؤولية، معتمدين في ذلك على نص المادة 05 من الأمر رقم 96-22 والمعدلة بالمادة 02 من الأمر رقم 10-03 السابق، والآتي نصّها: « ... دون المساس بالمسؤولية الجزائية لممثليه الشرعيين... »، وهنا يمكن الاستنتاج أنّ هذه الفقرة قد أحدثت قفزة نوعية معترفاً بها في إطار البحث عن صنف مسؤولية الشخص المعنوي في مواد الصرف، حيث حسمت الأمر، وأكدت على استقلالية مسؤولية كل من الشخص المعنوي خاص - من جهة - والشخص الطبيعي الممثل له - من جهة أخرى - ولم تدع أيّ مجال للشك في افتراض اشتراك أو تضامن كل من الشخصين في تحمل تبعات الجريمة.

ومفاد هذا التحليل إذن، هو تكييف المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي الخاص وجعلها مباشرة في جرائم الصرف وحركة رؤوس الأموال، مما يرتب آثاراً هامة جدية بالذكر، ومن أهمها نجد:

- عدم اشتراط معرفة الفاعل المادي للجريمة أو ضبطه،

- عدم اشتراط صدور حكم بإدانة الشخص الطبيعي المرتكب للجريمة،

- رفع الدعوى على الشخص المعنوي الخاص وبصفة مباشرة وأصلية،

- الحكم على الشخص المعنوي بالجزاءات المقررة قانوناً، والتي تتناسب مع طبيعته، كالغرامة، المصادرة، الغلق، الحل... الخ⁽²¹⁾،
- تحمل الشخص المعنوي لنتائج الأعمال الضارة المقترفة من ممثليه القانونيين⁽²²⁾،
- براءة الشخص الطبيعي لمانع من موانع المسؤولية الجزائية كالإكراه والجنون، لن يحول دون مساءلة الشخص المعنوي⁽²³⁾.
- هذا إذن، هو موقف مشرع الصرف الجزائي، وهو ما سارت عليه أغلب التشريعات المقارنة، كالمشرع الأردني، اللبناني، السوري، المصري وكذا المشرع الفرنسي⁽²⁴⁾... الخ.

21 - أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص 370.

22 - إبراهيم علي صالح، المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية، دار المعارف، القاهرة، 1990، ص 125.

23 - Voir : BOUJOU de BOUBEE Gabriel, "La responsabilité pénal des personnes morales", Revue de jurisprudence commerciale, Numéro spécial, N° 11, 45^{ème} année, Paris, 2001, p 13.

24 - نقلا عن: محمد سامي الشوا، المسؤولية الجنائية الناشئة عن المشروعات الاقتصادية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص ص 69 - 70.

حق الحصول على المعلومة البيئية وسيلة أساسية لمساهمة الفرد في حماية البيئة

الأستاذ : بركات كريم

طالب دكتوراه بجامعة

" مولود معمري " تيزي وزو

مقدمة:

شكل تدهور البيئة الطبيعية وتفاقم الأخطار المهددة لاستدامة عناصرها وتنوعها الحيوي في مطلع عصر الحداثة الإنساني - بداية القرن العشرين - مؤثرا قويا في تحويل موقف الإنسان وسلوكه التقليدي اتجاه البيئة، القائم على اعتباره مالكا مطلقا لها وسيدا عليها له كامل الحرية في استغلال عناصرها ومواردها، ووفقا لمعيار أو ضابط واحد هو تحقيق احتياجاته المادية والرفي بمستويات معيشته نحو أعلى درجات الرفاهية.

حيث كان لتفاقم الأخطار المحدقة بالبيئة وتعاضم المشكلات التي أصبحت تهددها بفعل الاستغلال المفرط لعناصرها والاستنزاف الغير عقلاني لمواردها، الأثر الكبير في تغيير موقف الإنسان اتجاهها، وعلى مختلف الأصعدة الفكرية والقانونية والسياسية والاقتصادية، إذ تعالت الأصوات المناهضة بضرورة تغيير سلوك الإنسان السيادي على البيئة باعتبارها ملكية خاصة له وضرورة التعامل معها وفقا لدورها الحيوي لحياة الإنسان عبر مر العصور وتعاقب الأجيال، ومن منطلق أن الاحتياج لها هو العنصر مشترك للإنسانية جمعاء في الحاضر والمستقبل، وعلى النحو الذي تقوم معه مسؤولية كل جيل إنساني في استغلالها بالشكل الذي يضمن استدامتها والمحافظة عليها لنتفع بها الأجيال اللاحقة.

وتعتبر بداية سنوات السبعينيات من القرن العشرين الانطلاقة الفعلية لتبلور هذا الاتجاه الإنساني الداعي إلى ضرورة اتخاذ موقف متوازن وسليم في التعامل مع البيئة وعناصرها، باعتبارها المجال الحيوي لحياة الإنسان وضمان استمراره وتمتعه بأفضل المستويات المعيشية، وهو التوجه الذي تجسد وبشكل عملي انطلاقا من مؤتمر الأمم المتحدة للبيئة سنة 1972 بمدينة ستوكهولم السويدية، والذي شكل أول صور الإجماع الإنساني العالمي حول ضرورة الاهتمام بالبيئة والمحافظة عليها باعتبارها تراثا مشتركا للأجيال البشرية المتعاقبة، لتتوالى بعده ذلك المؤتمرات والندوات الدولية وتتعدد النصوص والمواثيق القانونية المتعلقة بحماية البيئة وضرورة المحافظة عليها، والتي تبلورت في خضمها العديد من المفاهيم والمضامين الفكرية والقانونية الجديدة اتجاه قضية البيئة، ومنها بالخصوص مفهوم الحق في البيئة.

إذ تضمنت مختلف النصوص القانونية المتعلقة بموضوع البيئة على المستوى الدولي وإنطلاقا من سنوات السبعينيات، مفهوم الحق في البيئة كمفهوم جديد على مستوى النصوص الدولية، وبالأخص تلك

المتعلقة بإقرار وتكريس حقوق الإنسان ، والتي تجاوز موضوع البيئة وفقها نظرة القانون التقليدية له ، والقائمة على اعتبار البيئة وبمختلف عناصرها مجرد محل للقاعدة القانونية - عنصر ملكية - ، إلى نظرة أو مفهوم جديد قائم على اعتبار توفر المحيط البيئي الصحي والسليم حقا من الحقوق المقررة لكل شخص ، وعلى النحو الذي يضمن له ظروف حياتية عادية ولأثقة من جهة ، ويمكنه من جهة أخرى من ممارسة باقي حقوقه وحرياته الأخرى على أكمل وجه.

وبالرغم من حالة الجدل الفقهي والفكري التي أثارها مفهوم حق الإنسان في البيئة بين منكره ومعترف به ، ذهب الواقع العملي إلى التكريس الفعلي لهذا الحق والاعتراف به ، وعلى نطاق واسع من النصوص والمواثيق القانونية ، إذ لا تخلو أغلب النصوص والمواثيق المتعلقة بمجال البيئة على المستويين الدولي والداخلي ، من الإقرار بحق كل شخص في التمتع ببيئة صحية وسليمة وتحديد مختلف الإجراءات والآليات القانونية الكفيلة بتحقيق ذلك.

إذ أن إعمال الحق في البيئة وضمن تمتع الأفراد به فعليا ، لا يتوقف على مجرد الإقرار القانوني له ، بل يتوقف ذلك ووفقا للطبيعة الإجرائية الخاصة لهذا الحق مقارنة بباقي الحقوق الأخرى ، على جملة من الإجراءات والآليات العملية الكفيلة بضمن تمتع كل فرد ببيئة صحية وسليمة ، تمكنه بالتالي من ظروف حياة عادية وملائمة.

وتتمحور هذه الإجراءات العملية الكفيلة بضمن التكريس الفعلي للحق في البيئة عمليا ، ووفقا لما تضمنته اغلب النصوص المتعلقة بالبيئة دوليا ووطنيا ، في ثلاث مرتكزات أساسية وهي : الحق في الحصول على المعلومة البيئية وحق المشاركة وحق اللجوء للقضاء.

ويعتبر حق الحصول على المعلومة البيئية من بين أهم هذه المرتكزات التي يقوم عليها إقرار الحق في البيئة وضمن التمتع الفعلي به ، وذلك من منطلق أن أداء الأفراد لدورهم في حماية البيئة وتنمية مواردها ومواجهة الأخطار والمشاكل التي تهددها ، يتطلب معرفتهم وإطلاعهم التام بمختلف المعطيات المتعلقة بها وطبيعة ونوع هاته المخاطر التي تتهددها ، وبالشكل الذي يحفزهم ويدفعهم للاهتمام بها والدفاع عنها.

عليه وانطلاقا من هاته الأهمية العملية التي ينطوي عليه حق الحصول على المعلومة البيئية في مجال البيئة عموما ، تأتي دراستنا لهذا الموضوع بهدف الوصول إلى تحديد أبرز المسائل والنقاط الموضوعية المتعلقة به، وذلك وفقا للإشكالية البحث التي أثارنا ودفعتنا لدراسة هذا الموضوع والمتمحورة أساسا حول بيان : الأطر القانونية المنظمة لإقرار هذا الحق وممارسته العملية باعتباره أحد المرتكزات الأساسية لضمان الحق في البيئة ؟ أو بتعبير آخر تحديد الأسس القانونية التي تقوم عليها ممارسة هذا الحق والتمتع به؟.

بالتالي وعلى ضوء ما هاته الإشكالية البحثية ، فإننا دراستنا لموضوع بحثنا هذا سترتكز وفقا لذلك على محورين أساسيين وكما يلي :

- **المحور الأول:** ونتعرض من خلاله بداية ، إلى محاولة التحديد الدقيق لمختلف المضامين التي تنطوي عليها دراستنا للموضوع وبيان الأسس القانونية للموضوع ، وذلك بتحديد المقصود بالمعلومة البيئية والإطار القانوني المكرس لحق الحصول عليها (المبحث الأول).

- **المحور الثاني :** ومنتقل من خلاله إلى الدراسة التفصيلية ، لمختلف الإجراءات والآليات والضوابط القانونية المتعلقة بالممارسة العملية لحق الحصول على المعلومة البيئية ، ووفقا لما تضمنته أهم النصوص القانونية المقارنة في هذا المجال.

المبحث الأول: مفهوم حق الحصول على المعلومة البيئية.

إن إقرار حق الإنسان في التمتع ببيئة صحية وسليمة كما تم التقديم له ، لا يتوقف عند مجرد التكريس والاعتراف القانوني بهذا الحق ، بل يتوقف ذلك وبشكل كبير على مختلف الوسائل والإجراءات العملية التي تمكن الشخص من ممارسة هذا الحق والتمتع به فعليا ، فضمان تمتع الشخص ببيئة صحية وسليمة يتطلب تمكينه من مختلف الوسائل والإجراءات التي تضمن له حماية هذا الحق وممارسته والتصدي لما قد يعترضه أو يتهدهده.

ويعد إدراك الإنسان ومعرفته التامة بطبيعة المحيط البيئي الذي يعيش فيه ونوع وطبيعة المخاطر التي تهدده أو توجد به وسبل مواجهتها ، في مقدمة هاته الإجراءات العملية الكفيلة بضمان تمتع كل شخص بحقه في بيئة سليمة وصحية ، وهو الإجراء المجسد قانونا عن طريق الإقرار لكل شخص بحق الحصول على المعلومة البيئية.

وبناء على إشكالية البحث العامة المشار لها في المقدمة ، والمتمحورة حول دراسة حق الحصول على المعلومة البيئية باعتباره ضمانا فعلية وإجرائية لتكريس الحق في البيئة ، فإنه حري بنا أولا وقبل الخوض في الجوانب العملية والتطبيقية للموضوع ، أن نتعرض أولا لتحديد مختلف المضامين والأطر النظرية والقانونية المتعلقة به ، وذلك من خلال التطرق بداية ، إلى بيان مختلف المدلولات والمضامين اللغوية و الاصطلاحية لمفهوم حق الحصول على المعلومة البيئية (المطلب الأول)، ثم تحديد الأطر القانونية المكرسة لهذا المفهوم وبالشكل الذي يضمن لكل شخص ممارسته والتمتع به فعليا (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المقصود بحق الوصول إلى المعلومة.

يعد مصطلح المعلومة البيئية من ناحية البناء اللغوي مصطلحا مركبا من خلال جمعه بين مفردتين ذات مضمون محدد ، تجعل من هذا المصطلح ذو معنى خاص ودقيق عن المعنى العام لمصطلح الحق في المعلومة.

الأمر الذي يقتضي منا ومراعاة لهاته الطبيعة المركبة والخاصة لهذا المصطلح ، السعي أولاً إلى تحديد وبيان دلالاته اللغوية (الفرع الأول) لنتقل بعد ذلك لمناقشة مضمونه وفقاً لاستعمالاته المختلفة ، أو بمعنى آخر تحديد مضمونه أو معناه الاصطلاحي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المعاني اللغوية لمصطلح "المعلومة البيئية"

المعلومة لغة اشتقاق من كلمة " علم " ، وهي من حيث المضمون اللغوي متشعبة المعاني والاستخدامات ، فهي تفيد معنى الإحاطة ببواطن الأمور ، اليقين ، التمييز والدراية ، وأغلبها سمات أو وظائف متصلة بالعقل الإنساني⁽¹⁾.

وتقابل كلمة المعلومة باللغة العربية كلمة " L'information " باللغة الفرنسية و "information" باللغة الإنجليزية ، وأصل كليهما من الكلمة اللاتينية " L'informato " التي تعني ما يتم إيصاله وتلقيه أو الاتصال في حد ذاته.

أما البيئة لغة فهي كلمة عربية مشتقة من فعل الماضي (بواً) ومضارعه (تَبَوَّأ) أي نزل وأقام ومصدرها بَوَّءَ وتَبَوَّأ فلان المكان، أي نزله وأقام فيه ، والاسم البيئة وهي بمعنى المسكن وغيره ، والبيئة بالكسر هي حالة التبيؤ وهيئته ، فيقال باءت بيئة سوء أي بحال سوء⁽²⁾.

وينصرف المدلول اللغوي لكلمة بيئة لدلالة وبشكل عام على المنزل ، المقام أو الحال ، وهي ما يحيط بالفرد أو المجتمع ويؤثر فيهما⁽³⁾ وبصفة أعم وأشمل الوسط والاكنتاف والإحاطة⁽⁴⁾.

ووردت كلمة البيئة بمعنى المسكن والمنزل في مواضع عديدة من القرآن الكريم ، ومن ذلك قوله تبارك وتعالى : ﴿وكذلك مكننا ليوسف في الأرض يتبوأ منها حيث يشاء نصيب برحمتنا من نشاء ولا نضيع أجر المحسنين﴾⁽⁵⁾ ، كما ورد لفظ البيئة وعلى معناها اللغوي السابق في مواضع عديدة من السنة النبوية الشريفة ، كما في حديث النبي صلى الله عليه وسلم : (من كذَّب عليَّ متعمداً فليتبوَّء مقعده من النار) أي: لينزل منزله من النار، ويهيئ منزله في النار⁽⁶⁾.

كما لا يختلف الاستعمال اللغوي لكلمة البيئة في اللغة العربية عن باقي اللغات الأخرى⁽⁷⁾ ، ففي اللغة الفرنسية تشير كلمة " Environnement " باعتبارها الترجمة الفرنسية لكلمة البيئة ، إلى كل ما يحيط بالأنشطة الإنسانية من العوامل الطبيعية والاجتماعية والثقافية المؤثرة على حياة الإنسان وباقي الكائنات الأخرى كالهواء والماء والتربة و ما يقيمه الإنسان من منشآت وعمران⁽⁸⁾ ، وكذلك الحال في اللغة الإنجليزية إذ تستخدم كلمة "Environment" التي هي المرادف لكلمة البيئة في اللغة العربية ، للتعبير عن مختلف العناصر والعوامل المحيطة بحياة الإنسان والمؤثرة على تطوره ونموه⁽⁹⁾.

بالتالي وبناء على هذا التحديد اللغوي لكل من مصطلحي المعلومة والبيئة ، فإنه بإمكاننا القول أن مدلول " المعلومة البيئية " ينصرف لغوياً لتعبير عن حالة العلم والإدراك المتعلقة بمختلف العناصر

المحيطة بحياة الإنسان وظروف معيشته سواء كانت هذه الظروف طبيعية أو مصطنعة ، وكذا معرفة حالة هذه العناصر وكل المتغيرات والمؤثرات المتعلقة بها.

الفرع الثاني : المعاني الاصطلاحية لكلمة المعلومة البيئية.

يتحدد المعنى الاصطلاحي لـ: " المعلومة البيئية " وفقا لطبيعة ومجال استخدامه والمعنى المراد منه فالمعلومة ووفقا للاستخدام العام لها هي مجموعة البيانات والمعطيات المتعلقة بموضوع محدد ، والتي جمعت وفق شكل محدد يمكن من الوصول إلى نتائج بعد تحليلها وتفسيرها⁽¹⁰⁾ ، كما يعبر به عن مختلف المعطيات والبيانات التي لها تأثير على الحالة المعرفية أو الإدراكية لشخص ما إتجاه موضوع محدد يمكنه من اتخاذ موقف أو قرار مناسب إتجاه هذا الموضوع⁽¹¹⁾.

أما كلمة البيئة فهي في الاصطلاح العام الوسط أو المجال المكاني الذي يعيش فيه الإنسان ، بكل ما يشمل هذا الوسط من عناصر ، سواء كانت طبيعية كالحيون والنبات والتضاريس والهواء والمياه أو عناصر مشيدة أو منشأة كان الإنسان سبب وجودها كمظاهر العمران المختلفة والطرق والمواصلات والمصانع والمزارع والسدود وغيرها من العناصر التي أنشأها الإنسان⁽¹²⁾ ، فهي بالتالي مجمل عناصر المحيط المادي الذي يعيش فيه الإنسان بما يشمل من عناصر طبيعية وأخرى صناعية أو مصطنعة⁽¹³⁾.

وكاستنتاج لهذا التحديد الإصلاحي لمفهومي المعلومة والبيئة معا، يكون بالإمكان الوصول إلى تحديد معنى " المعلومة البيئية " باعتبارها مجموعة البيانات والمعطيات المتعلقة بالبيئة أو بأحد عناصرها والمرتبة والمنظمة على شكل يحقق هدفا معينا من استخدامها في المجال البيئي ، أما الحصول على المعلومة البيئية فيعبر به عن مجموعة السياسات والقوانين والإجراءات التي تساعد على ضمان الانفتاح في إدارة الشؤون العامة وتيسير إطلاع المواطنين على كل ما يتعلق بها⁽¹⁴⁾ ، الأمر الذي يعد وفقا لمختلف التشريعات والنظم القانونية المتعلقة بالبيئة وحمايتها حقا مكرسا لكل شخص يكون له بموجبه صلاحية الحصول على المعلومات المتوفرة لدى الهيئات العامة المختلفة ، والمتعلقة بإدارة الشؤون العامة لحياة المواطن ومنها بالأخص قضايا البيئة⁽¹⁵⁾.

أما من الناحية القانونية وخلافا للمضامين الاصطلاحية المتباينة ، حددت أغلب التشريعات المتعلقة بإقرار حق الحصول على المعلومة البيئية وعلى النحو الذي سيتم التعرض له لاحقا ، وبشكل دقيق مضمون المعلومة البيئية التي تتضوي عليها دراستنا هاته ، وذلك من خلال بيانها لمختلف المواضيع التي تشكل جوهر المعلومة البيئية.

إذ ينصرف مدلول المعلومة البيئية ووفقا لما جاءت به النصوص القانونية المقارنة في هذا الصدد ، لدلالة على مختلف البيانات والمعلومات وفي أي شكل كانت عليه ، مكتوبة ، مقروءة ، مسموعة ، أو في شكل بيانات إلكترونية ، متعلقة بمجال البيئة عموما⁽¹⁶⁾ ، ولا سيما ما تعلق منها بحالة العناصر والمكونات البيئية، و طبيعة العوامل المؤثرة عليها كالمواد الطاقوية و الإشعاعات ، وكذا الإجراءات

والتدابير التشريعية والتنظيمية المتخذة من أجل حماية البيئة والحفاظ على مواردها و مختلف التقارير والدراسات الدورية المعدة من قبل الهيئات الإدارية المعنية حول حالة البيئة وتطوراتها ، بالإضافة إلى كل المعلومات والبيانات المتعلقة بالحالة الصحية لسكان ومختلف التأثيرات التي تحيط بها كالأضرار والأوبئة.

والتي هي في مجملها أهم المسائل المشكّلة لمضمون المعلومة البيئية التي يكون من حق كل شخص الإطلاع عليها ومعرفتها ، وعلى النحو الذي يضمن رفع درجة إدراكه ووعيه بأهمية البيئة بالنسبة له وتأثيراتها المختلفة عليه ، و يزيد من فعالية مشاركته في حمايتها وتنمية مواردها والتصدي لمختلف التعديات التي قد تتعرض لها.

المطلب الثاني: الإطار القانوني لحق الحصول على المعلومة البيئية.

يكتسي حق كل فرد في الحصول على المعلومة المتعلقة بإدارة الشؤون العامة في دولته مكانة مهمة وأساسية ضمن منظومة الحقوق والحريات المعترف بها قانوناً لأفراد المجتمع ، إذ يحظى هذا الحق بالتكريس والإقرار القانوني له من خلال العديد من النصوص والتشريعات القانونية في مجال الاعتراف بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية وعلى المستويين الدولي و الوطني.

وبالنسبة لحق الحصول على المعلومة البيئية، وباعتباره احد صور الممارسة العملية لحق الحصول على المعلومة بشكله العام ، فإنه يجد تكريسه القانوني تبعاً لذلك وفق إطارين قانونيين متكاملين ، سواء على المستوى الدولي من خلال مختلف النصوص والمواثيق الدولية المتعلقة بمنظومة حقوق الإنسان عامة وبإقرار الحق في البيئة خاصة (الفرع الأول) ، أو على المستوى التشريعات و القوانين الداخلية للدول (الفرع الثاني).

الفرع الأول : على المستوى الدولي.

يجد حق الحصول على المعلومة البيئية تكريسه القانوني على المستوى الدولي كما سبقت الإشارة له، وفقاً لإطارين قانونيين متكاملين ، الإطار العام المكرس لحق الحصول على المعلومة المتعلقة بإدارة الشؤون العامة باعتباره من أهم الحقوق المقررة لكل إنسان في المجتمع ، وإطار خاص لحق الحصول على المعلومة البيئية باعتباره أساساً قانونياً وضمانة فعلية لتكريس حق الإنسان في بيئة سليمة ومناسبة لحياة عادية وطبيعية.

أولاً: الإطار القانوني العام لتكريس حق الحصول على المعلومة.

يكتسي حق الحصول على المعلومة فيما يتعلق بإدارة الشؤون العامة ، أهمية ومكانة أساسية ضمن منظومة حقوق الإنسان العالمية ، باعتباره من الحقوق الأساسية التي يقوم عليها ضمان تمتع الإنسان بباقي حقوقه وحرياته الأخرى⁽¹⁷⁾ ، وتجسدت هذه الأهمية عملياً من خلال أسبقية إقرار هذا الحق والاعتراف الدولي به مقارنة بباقي الحقوق المقررة في إطار المنظومة الدولية لحقوق الإنسان ، إذ

أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة وفي جلستها الأولى سنة 1946 قرارها رقم: (1)59 ، الذي نص على اعتبار حرية الحصول على المعلومات حق أساسي للإنسان ، والقاعدة التي تقوم عليها جميع الحقوق التي كرستها الأمم المتحدة لنفسها⁽¹⁸⁾.

ليجد هذا الحق تكريسه القانوني بعد ذلك ، ضمن العديد من النصوص الدولية لحقوق الإنسان وفي مقدمتها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948⁽¹⁹⁾ ، الذي نص في المادة 19 منه على أن :
« لكل شخص حق التمتع بحرية الرأي والتعبير ، ويشمل هذا الحق حريته في اعتناق الآراء دون مضايقة ، وفي التماس الأنباء والأفكار وتلقيها ونقلها إلى الآخرين بأية وسيلة ودونما اعتبار للحدود ».

ونصت المادة 19 الفقرة الثانية من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية⁽²⁰⁾ الصادر سنة 1966 على أن : «لكل إنسان الحق في حرية التعبير ، ويشمل هذا الحق حريته في التماس مختلف ضروب المعلومات والأفكار وتلقيها ونقلها إلى الآخرين دون اعتبار للحدود ، سواء على شكل مكتوب أو مطبوع أو في قالب فني أو بأي وسيلة أخرى يختارها ».

كما يجد حق الحصول على المعلومة تكريسه الدولي مجموعة من موثيق حقوق الإنسان ذات الطبيعة الخاصة ، كإعلان الأمم المتحدة حول التقدم في الميدان الاجتماعي في المادة 05 فقرة (ب) منه⁽²¹⁾ و إعلان الأمم المتحدة بشأن الأفقية الذي أعاد التأكيد على هذا الحق من خلال ما أورده الفقرة 24 من قسمه الخاص⁽²²⁾.

ثانيا : الإطار القانوني الخاص لحق الحصول على المعلومة البيئية.

إضافة إلى الإطار القانوني العام لإقرار حق الحصول على المعلومة ، يجد حق الحصول على المعلومة البيئية تكريسه القانوني على المستوى الدولي ضمن الإطار الخاص ، المتعلق بقضايا البيئة ، وذلك على اعتبار أن الحصول على المعلومة البيئية من المبادئ الأساسية التي تقوم عليها الحماية القانونية للبيئة من جهة ، والضمانة الفعلية لتمتع الإنسان بحقه في بيئة سليمة وملائمة من جهة أخرى.

ويعد إعلان ستوكهولم لسنة 1972 ، المنبثق عن مؤتمر الأمم المتحدة حول البيئة المنعقد بمدينة ستكهولم السويدية⁽²³⁾ أول نص قانوني دولي تضمن الإشارة إلى حرية الحصول على المعلومات البيئية ، حيث نص مبادئه 19 و 20 على أهمية الإعلام البيئي في توعية العامة والمساهمة في إيجاد الحلول لمختلف القضايا والمشاكل المتعلقة بالبيئة ، وهي المبادئ التي شكلت القواعد الأساسية التي قامت عليها الحماية الدولية للبيئة فيما بعد ، وبلورة مفهوم المحافظة على البيئة وحمايتها بإعتباره حقا من حقوق الإنسان وتحديد أهم الآليات الكفيلة بإقراره وضمان التمتع الفعلي به ، ومنها بالخصوص الحق في الحصول على المعلومة البيئية⁽²⁴⁾.

ليتوالى بعد ذلك تكريس هذا حق وإقراره القانوني عبر أغلب النصوص الدولية المتعلقة بالبيئة ، كونه الأساس العملي لحماية البيئة وضمان حق كل الإنسان في التمتع ببيئة سليمة وصحية ، إذ جاء في الميثاق العالمي للطبيعة الصادر في : 1982/10/28 وفي بنده 16 ، التأكيد على ضرورة إقرار هذا الحق باعتباره وسيلة أساسية لضمان مشاركة الأفراد الفعالة في اتخاذ القرارات المناسبة في كل ما تعلق بحماية البيئة والمحافظة عليها ، وهو ماذهب إليه كذلك نص إعلان ريو حول البيئة والتنمية الصادر سنة 1992 ، في خضم قمة الأرض المنعقدة بمدينة ريو دي جانيرو البرازيلية سنة 1992⁽²⁵⁾ ، ضمن البند 10 منه⁽²⁶⁾ ، ليتواصل بعد ذلك الإقرار القانوني بهذا الحق ضمن أغلب النصوص الدولية المتعلقة بالبيئة⁽²⁷⁾ ومن منطلق دوره الإجرائي في حماية البيئة ، القائم وبشكل كبير على مساهمة الفرد وتفاعله الإيجابي مع مختلف القضايا التي تخص محيطه البيئي⁽²⁸⁾ .

أما على المستوى الإقليمي فيجد حق الحصول على المعلومة البيئية تكريسه وإقراره القانوني في العديد من النصوص الإقليمية المتعلقة بحماية البيئة ، فعلى المستوى الإفريقي مثلا نص الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب في المادة 09 منه أن إعلام المواطنين بقضايا البيئة وكل ما يتعلق بها أمر أساسي للتمتع بحقهم في بيئة صحية وسليمة⁽²⁹⁾ .

وتعد اتفاقية آريس "convention d'Arhus" الصادرة على المستوى الأوروبي في : 1998/06/25⁽³⁰⁾ ، من أهم وأبرز النصوص الدولية في مجال تكريس حق الحصول على المعلومة البيئية⁽³¹⁾ ، إذ نصت في المادة 04 منها ، على ضرورة قيام الدول الأطراف فيها بوضع تشريعات قانونية على مستواها الداخلي تسمح لكل فرد من الإطلاع والحصول على المعلومات المتعلقة بالبيئة ، وهو ما تحقق عمليا من خلال قيام العديد من الدول الأوروبية المصادقة على الاتفاقية بتبني تشريعات متعلقة بإقرار هذا الحق وبيان إجراءات وطرق وضوابط ممارسته والتمتع به⁽³²⁾ .

الفرع الثاني : على المستوى الداخلي.

من خلال ما أقرته النصوص الدولية المكرسة لحق الحصول على المعلومة ، سواء في إطاره العام أو في الإطار الخاص بمجال البيئة ، سعت العديد من الدول إلى اتخاذ الإجراءات اللازمة على مستوى تشريعاتها الداخلية في سبيل إقرار هذا الحق وإحاطته بالإجراءات القانونية الكفيلة بضمان التمتع الفعلي به . فإلى غاية سنة 2009 تم إحصاء حوالي 90 دولة تتوفر ضمن منظومتها القانونية الكفيلة بضمان التمتع الفعلي به . لتسهيل وإقرار حق الحصول على المعلومات من الجهات المعنية بها⁽³³⁾ ، وتعد دولة السويد السباقة في إقرار تشريع داخلي في مجال حق الحصول على المعلومة من خلال قانون حرية الصحافة الصادر سنة 1776⁽³⁴⁾ .

ويبلغ هذا الاعتراف بحق الحصول على المعلومات على المستوى الداخلي في بعض الدول درجة التكريس الدستوري، من خلال النص عليه بقواعد دستورية صريحة⁽³⁵⁾ ، كما هو الحال مثلا في الدستور

الألماني من خلال نص المادة 5/ فقرة 01 منه، و الدستور الفنلندي لسنة1999 في المادة 12/ فقرة 02⁽³⁶⁾.

كما يجد حق الحصول على المعلومة تكريسه القانوني داخليا من خلال التشريعات والقوانين الوطنية ، وبالأخص تلك المتعلقة بمجال الإعلام والصحافة ، كما هو الحال في قانون الصحافة المصري رقم: 96 لسنة 1996 في الفقرة الثامنة منه وكذا قانون الصحافة السويدي الذي سبق الإشارة إليه، أو من خلال نصوص قانونية خاصة كقانون تعزيز الوصول إلى المعلومات الصادر في دولة جنوب إفريقيا سنة 2000⁽³⁷⁾ والقانون المتعلق بحق المواطنين في الحصول على المعلومات لمملكة الأردن العربية سنة 2007⁽³⁸⁾.

أما فيما يتعلق بالإقرار القانوني الخاص لحق الحصول على المعلومة البيئية ، فقد اولت النظم الوطنية لحماية البيئة أهمية بالغة للإقرار هذا الحق وبيان مختلف إجراءات وضوابط ممارسته ، حيث يصل هذا الإقرار في بعضها إلى درجة التكريس الدستوري كما هو الحال في فرنسا مثلا ، إذ نص ميثاق البيئة الفرنسي الصادر سنة 2004 والمعتمد كوثيقة مرجعية في الدستور الفرنسي سنة 2005 ، في المادة 07 منه على الاعتراف بهذا الحق وضمن ممارسته والتمتع الفعلي به في إطار النصوص القانونية المحددة لذلك⁽³⁹⁾.

أما الصورة العامة لتكريس هذا الحق على المستوى الداخلي لدول ، فنتجسد من خلال التشريعات والقوانين المتعلقة بحماية البيئة ، والتي تحرص في مجملها على إقرار هذا الحق وبيان إجراءات وطرق التمتع به وممارسته ، و من أمثلة هذه التشريعات القانون الكاميروني رقم :12/69 المؤرخ في : 1996/08/05 المتعلق بتسيير البيئة في المادة :9/ فقرة 05 منه⁽⁴⁰⁾ ، و قانون حماية البيئة في مقاطعة " كيبيك - Québec " الكندية في الفقرة 4-118 منه⁽⁴¹⁾، كما تضمن قانون البيئة الفرنسي وإضافة لما جاء به ميثاق البيئة التأكيد على حق من خلال نص المادة 1-124L منه⁽⁴²⁾ ، وهو الأمر نفسه كذلك للعديد من قوانين الوطنية المتعلقة بحماية البيئة كقانون حماية البيئة لجمهورية جورجيا الصادر سنة 1996 وقانون حماية البيئة السلوفيني لسنة 1993 في المادة 14 منه وكذا القانون الأوكراني لحماية البيئة الطبيعية⁽⁴³⁾.

وفي الجزائر فقد شكل القانون 10/03 الصادر في 19 جويلية 2003 والمتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة⁽⁴⁴⁾ ، توجهها إيجابيا نحو تكريس حق الحصول على المعلومة البيئية باعتباره أحد المبادئ التي تقوم عليها الحماية القانونية للبيئة في التشريع الجزائري⁽⁴⁵⁾ ، ونصت المادة 07 منه وبصريح العبارة على أن : " لكل شخص طبيعي أو معنوي يطلب من الهيئات المعنية معلومات متعلقة بحالة البيئة الحق في الحصول عليها ، يمكن أن تتعلق هذه المعلومات بكل المعطيات المتوفرة في أي شكل مرتبط بحالة البيئة والتنظيمات والتدابير والإجراءات الموجهة لضمان البيئة وتنظيمها ، تحدد كميّات إبلاغ هذه المعلومات عن طريق التنظيم " .

إلا أنه وبالرغم من هذا التطور التشريعي في إقرار حق الحصول على المعلومة البيئية في الجزائر ، يرى بعض الأساتذة والمهتمين بقضايا البيئة أن هذا القانون ومقارنته بتشريعات دول أخرى قد أغفل العديد من الأحكام المتعلقة بحق الإعلام البيئي ، بالرغم من أن مشروعه التمهيدي قد تضمن العديد منها⁽⁴⁶⁾.

وبالنظر لما يمثله حق الحصول على المعلومة البيئية من أهمية في مجال حماية البيئة وإقرار حق كل إنسان في التمتع ببيئة سليمة ومتوازنة ، ذهب بعض الدول إلى إقراره وتنظيمه بموجب تشريعات خاصة به ، نذكر منها القانون المتعلق بحق حصول الجمهور على المعلومات في مجال البيئة لإمارة لكسمبورغ⁽⁴⁷⁾ ، قانون الوصول إلى المعلومات البيئية لجمهورية التشيك الصادر سنة 1998 وقانون الوصول إلى المعلومات البيئية وحماية البيئة وتقديرات الأثر البيئي الصادر سنة 2000 في بولندا⁽⁴⁸⁾.

كما أنه وإدراكا بهاته الأهمية التي يكتسبها الإقرار التشريعي لحق الحصول على المعلومة البيئية على المستوى الداخلي لدول ، قام برنامج الأمم المتحدة للبيئة وخلال المنتدى الوزاري الدولي حول البيئة المنعقد بمدينة بالي الاندونيسية في : 2010/02/20 ، إلى تبني مشروع توجيهي حول إعداد التشريعات الداخلية في مجال حق الحصول على المعلومات ، المشاركة ، واللجوء للقضاء في المسائل المتعلقة بالبيئة ، حيث تضمن هذا المشروع تشريعا نموذجيا حول هذا الموضوع ، شارك في إعداده خبراء من دول متعددة وكذا من منظمات غير حكومية معنية بقضايا البيئة⁽⁴⁹⁾.

المبحث الثاني : إجراءات وضوابط أعمال حق الحصول على المعلومة البيئية.

يعد حق الحصول على المعلومة البيئية وإنطلاقا من مضمونه الاصطلاحي وتكريسه القانوني بإعتباره أحد الضمانات القانونية لتمكين الشخص من التمتع الفعلي بحقه في بيئة سليمة وصحية ، حقا إجرائيا ترتبط ممارسته الفعلية بمجموعة من الإجراءات والضوابط المحددة قانونا.

فإقرار حق الحصول على المعلومة البيئية متوقف من الناحية العملية وبشكل كبير على مختلف التنظيمات والضوابط المحددة له ، حيث أن توفر المعلومة البيئية ووجودها في إطار الهيئات المعنية بها لا يعد كافيا لضمان الحصول الفعلي عليها ، إلا من خلال تحديد الإجراءات والآليات الكفيلة بتمكين كل شخص من الحصول والإطلاع عليها ووفقا للضوابط المحددة لذلك.

ومن ثمة ووفقا للأهمية التي تكتسبها هاته الآليات العملية لإقرار الحق في الحصول على المعلومة البيئية ، سنسعى من خلال مايلي إلى بيان أهم هاته النقاط المتعلقة بها ، وذلك من خلال التعرض إلى:
أولا : بيان الإجراءات العملية لتمكين الأشخاص من الحصول على المعلومة البيئية التي يروا فيها أهمية لمعرفةهم وإدراكهم التام بالمحيط البيئي الذي يعيشون فيه (المطلب الأول).

ثانيا : تحديد المجال القانوني المنظم لممارسة هذا الحق والضوابط القانونية المتعلقة به ، أو بمعنى آخر القيود القانونية والتنظيمية التي تحدد مجال ممارسته (المطلب الثاني).

المطلب الأول : صور وأشكال ممارسة حق الحصول على المعلومة.

يشمل حق الحصول على المعلومة البيئية وفقا لتعريفات القانونية المشار لها سابقا ، وبشكل عام مجموعة البيانات التي تحوزها الهيئات العامة والمتعلقة بكل الأمور والقضايا التي تخص البيئة ، كوضعية الموارد البيئية المختلفة وطبيعة العوامل المؤثرة عليها ومختلف السياسات والإجراءات المتعلقة بالبيئة ، بالإضافة إلى البيانات المتعلقة بالأوضاع العامة لسكان وأمنهم وسلامتهم من الأخطار الموجود ضمن الإطار البيئي الذي يعيشون فيه.

وإذا كانت أغلب النظم والتشريعات الوطنية المتعلقة بالبيئة قد أقرت هذا الحق وكرسته قانونا على النحو الذي سبق بيانه ، فإن مجرد هذا التركيز أو الإقرار لا يعد كافيا إذا لم تحدد وبشكل دقيق إجراءات وكيفيات ممارسته والتمتع الفعلي به ، أو بعبارة أخرى الإجراءات والآليات التي يتمكن من خلالها كل الشخص من الحصول على المعلومة البيئية التي يرى أهمية في الإطلاع عليها ومعرفتها والإحاطة بكل تفاصيلها.

وبالرجوع إلى استقراء عديد النصوص والإجراءات القانونية المقارنة في مجال تنظيم ممارسة هذا الحق وكيفيات التمتع به ، فإننا نجدتها متفقة وفي الغالب على تنظيم ممارسة هذا الحق وفقا لإجرائيين أو صورتين أساسيتين ، تقوم الأولى على ضرورة مبادرة الأشخاص بأنفسهم لطلب الحصول على المعلومة البيئية ، أمام الجهات الإدارية المعنية بذلك ، أي الجهات التي تحوز المعلومة البيئية محل الطلب (الفرع الأول) ، وتتجسد الصورة الثانية من خلال واجب الإدارة القانوني في نشر وإعلان المعلومة البيئية بالشكل الذي يتيح للجميع الإطلاع عليها ومعرفتها ومن دون طلبهم لذلك (الفرع الثاني).

الفرع الأول : طلب الحصول على المعلومة البيئية.

وفقا لهذا الإجراء ، تكون جميع المعلومات البيئية التي تحوزها الإدارة تحت تصرف الفرد أو الجماعة بناء على طلبهم ذلك ، وبالتالي فإن تفعيل حق الحصول على المعلومة وفقا لهذا الإجراء يرتبط بإرادة المعنيين بالحصول على المعلومة ، سواء كأفراد أو جمعيات لها صلاحية ذلك ، ومن دون تدخل من الإدارة التي يصف بعض الأساتذة موقفها في هذا الإجراء بالموقف " الحيادي أو السلبي - passif " (50) ، حيث يتوقف دور الهيئات العامة في هذه الحالة على جمع المعلومات وترتيبها وتحيينها "mis a jour" بالشكل الذي يجعلها فعالة ومؤثرة وفقا لاستعمالها ومن دون الالتزام بإشهارها أو إعلانها (51) ، إذ يتوقف أمر ذلك على إرادة الأشخاص أنفسهم ومن خلال التقدم بطلب ذلك أمام الإدارة.

أولا : صلاحية طلب المعلومة البيئية .

ينقرر حق تقديم طلب الحصول على المعلومات البيئية بحسب العديد من التشريعات الوطنية المقارنة في هذا المجال ، لكل شخص طبيعي أو معنوي ودون اشتراط وجود مصلحة خاصة أو مباشرة له في ذلك ، إذ لا يمكن للإدارة المعنية بالطلب التحجج بشرط المصلحة الخاصة لمقدمه من اجل منحه المعلومات البيئية المطلوبة والموجودة بحوزتها (52) ، وهو ما ذهبت إليه العديد من النصوص القانونية

كقانون البيئة الفرنسي في المادة 3 - 124 L منه⁽⁵³⁾ ، وقانون الوصول إلى المعلومات البيئية لإمارة لكسمبورغ في المادة 03 منه ، وكذلك الحال بالنسبة للقانون 10/03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة في الجزائر ، والذي أشارت المادة 07 منه وبصريح العبارة إلى صلاحية كل شخص طبيعي أو معنوي في طلب الحصول على المعلومات البيئية.

ثانيا: موقف الإدارة من طلب الحصول على المعلومة البيئية.

إذ كان موقف الإدارة وكما أشرنا سابقا يعد موقفا حياديا في حال ربط القانون لحق الحصول على المعلومة البيئية بإرادة الأشخاص المعنيين بها وضرورة تعبيرهم عن ذلك بطلب رسمي ، فإنه ومتى عبر الأفراد عن رغبتهم هاته وقدموا طلبا بذلك ، تكون الإدارة ملزمة وبشكل عام بالاستجابة لهذا الطلب وإتاحة فرصة الحصول على المعلومة البيئية لطلبها ، ولا يمكن لها- الإدارة- رفض الطلب والامتناع عن تقديم المعلومات المطلوبة إلا في الحالات المحددة قانونا.

وبالتالي يأخذ موقف الإدارة من طلب الحصول على المعلومة البيئية المقدم أمامها ، من الناحية العملية صورتين أو احتمالين أساسيين لا ثالث لهما ، وكما يلي :

1- قبول الطلب وتقديم المعلومة :

وفقا للمبدأ العام تلتزم الإدارة بالاستجابة لمختلف طلبات الحصول على المعلومة البيئية المقدمة أمامها، وإتاحة الفرصة للمعني بالطلب للحصول على المعلومات التي طلبها والإطلاع عليها ، ويكون من واجبها هنا ووفقا لما حددته التشريعات والنظم المقارنة في هذا المجال ، اتخاذ الإجراءات والسبل الكفيلة بتمكين مقدم الطلب سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا من الإطلاع على هاته الوثائق.

حيث يكون على الإدارة بداية ، الالتزام بوضع هذه المعلومات في الشكل الذي يمكن من الإطلاع عليها واستعمالها والاستفادة منها ، كترتيبها في ملفات أو سجلات أو دفاتر أو في شكل بيانات ومعطيات إلكترونية مخزنة عن طريق أجهزة الإعلام الآلي ، وهو الأمر الذي تنص عليه صراحة العديد من التشريعات الوطنية في هذا المجال⁽⁵⁴⁾ .

وبجانب ذلك يكون على الإدارة وفي المقام الثاني واجب توفير الآليات والوسائل المناسبة لتمكين صاحب الطلب من الإطلاع على هاته المعلومات ، حيث أن جمع المعلومات وترتيبها على الشكل المناسب لاستعمالها لا يضمن إيصالها إلى كل من يطلبها إذا لم تتوفر الإدارة على الوسائل والترتيبات الكفيلة بتحقيق ذلك.

وباستقراء العديد من النصوص القانونية المتعلقة بهذا الإجراء ، فإنه يقع على الإدارة واجب توفير أنجع السبل الكفيلة بتمكين مقدم الطلب من الحصول على المعلومة المطلوبة وبالشكل الذي يمكنه من الاستفادة الحقيقية والفعلية منها⁽⁵⁵⁾ ، وهو ما يتم غالبا عن طريق تمكين مقدم الطلب من الإطلاع الشخصي على الملفات و الدفاتر و السجلات التي تحوي هذه المعلومات ، أو تسليمه نسخ و ملخصات منها ، أو من

خلال تمكينه من الوصول إلى بنوك المعلومات الإدارية المفتوحة للعام ، وتوجيهه إلى طرق ومصادر تواجد هذه المعلومة كمواقع الإدارة المعنية في الانترنت أو مراكز الأرشيف والتوثيق ، كما أشارت بعض القوانين إلى أهمية الاستفادة من الوسائل الإلكترونية الحديثة في ضمان الاستجابة لطلبات الأشخاص ، كاستعمال البريد الإلكتروني والرسائل الإلكترونية في مجال تقديم المعلومة البيئية.

وفيما يخص المشرع الجزائري ، فنشير إلى أن القانون 10 / 03 و إن شكل تطورا تشريعيًا مهما في إقرار حق كل شخص في التقدم بطلب الحصول على المعلومة البيئية ، فإن لم يحدد الإجراءات والضوابط المتعلقة بكيفيات سير هذا الإجراء وترك مهمة تحديد ذلك للوائح والنصوص التنظيمية⁽⁵⁶⁾.

2- رفض الإدارة لطلب الحصول على المعلومة البيئية.

إذا كان المبدأ العام هو التزام الإدارة الفعلي بالاستجابة لطلب الحصول على المعلومة البيئية المقدم أمامها، تفر التشريعات الوطنية لحماية البيئة وفي حالات محددة بصلاحيحة الإدارة لرفض هذا الطلب والامتناع بالتالي عن تقديم المعلومة التي تحوزها ، مع التأكيد على حرص أغلب النصوص القانونية في حصر حالات الرفض هذه وبيانها بشكل محدد ودقيق يمنع الإدارة من الخروج عنها أو التوسع فيها أو استعمال سلطتها التقديرية في تحديدها.

فبالرجوع إلى ما تضمنته العديد من النصوص المقارنة في هذا الشأن ، فإننا نجد حالات رفض طلب الحصول على المعلومة البيئية المقررة لمصلحة الإدارة ، محددة ومفصلة على سبيل الحصر و لا تعدو أن تتجاوز الحالات التالية⁽⁵⁷⁾:

- في حال ما كان الطلب عاما في ما تضمنته، وغير محدد ودقيق في بيان المعلومات المطلوبة.
- في حال ما كانت المعلومات المطلوبة لا تزال قيد الإعداد والتحضير أولم تصل إلى الشكل النهائي لتقديمها وعرضها للعام.

ويضاف إلى هذه الحالات الخاصة المتعلقة برفض طلب الحصول على المعلومات ، الحالات التي تشكل قيودا عاما على حق الوصول إلى المعلومة وفقا لما تضمنته النصوص الدولية والداخلية في هذا المجال ، والتي سنتولى بيانها فيما سيأتي من هذا البحث ، وفي معرض الحديث عن ضوابط وقيود ممارسة هذا الحق.

كما أنه وفي السياق نفسه أشار مشروع القانون النموذجي لحق الوصول إلى المعلومة البيئية ، المعد في إطار برنامج الأمم المتحدة للبيئة وفي التوصية 03 منه، إلى ضرورة التحديد القانوني الدقيق والواضح لمختلف حالات رفض طلب الحصول على المعلومة البيئية في التشريعات الوطنية ، وعلى الوجه الذي يجعل حالات الرفض هذه محددة ومعروفة مسبقا ومن دون أن يكون للإدارة السلطة التقديرية في تحديدها⁽⁵⁸⁾.

مع التأكيد هنا على ضرورة التزام الإدارة وفي حال رفضها لطلب الحصول على المعلومة البيئية بإبلاغ المعني بذلك كتابة وبقرار مسبب يتضمن أسباب رفض الطلب ، وبيين لمقدمه مختلف وسائل الطعن الممكنة له في ذلك .

وبالرغم من هذه الضمانات القانونية والتشريعية المتعلقة بحق الوصول إلى المعلومة البيئية وبالأخص ما تعلق ببيان وتحديد حالات امتناع الإدارة عن الاستجابة لطلبات الأشخاص ، تعتمد الإدارة وفي العديد من الحالات إلى اتخاذ مبررات غير واضحة ومبهمة لرفض هذه الطلبات المقدمة أمامها ، ومنها بالأخص مبرر السر الإداري ، والذي غالبا ما تشهره الإدارة كحجة لرفض طلبات الحصول على المعلومات التي تحوزها⁽⁵⁹⁾.

الفرع الثاني : الإعلام والإشهار العام للمعلومات البيئية.

إلى جانب إجراء الطلب الإداري لأجل الحصول على المعلومة البيئية ، تضمن العديد من التشريعات الوطنية التكريس الفعلي لهذا حق ، من خلال إلزام الهيئات المعنية ووفقا لما يحدده القانون ، بإعلام المواطنين والجمهور عامة بالمعلومات البيئية التي بحوزتها ، ونشرها بشكل عام يمكن الجميع من التعرف عليها والوصول إليها.

إذ نصت معاهدة " آريس - Arhus " المرجعية على المستوى الأوروبي في إقرار حق الحصول على المعلومة البيئية ، وفي المادة 05 /فقرة 02 منها ، على ضرورة التزام الدول ووفقا لتشريعاتها الداخلية بالقيام بالإجراءات اللازمة من أجل وضع المعلومات البيئية التي تحوزها تحت تصرف المواطنين للإطلاع عليها⁽⁶⁰⁾.

ومن الناحية العملية تنص العديد من التشريعات الوطنية المكرسة لحق الحصول على المعلومة البيئية على التزام الهيئات العامة التي تحوز معلومات بيئية تهم الشأن العام بضرورة إعلام المواطنين بها واتخاذ الإجراءات والوسائل الكفيلة بتحقيق ذلك من خلال جعل هذه المعلومات في متناول الجميع ونشرها على مستوى واسع ، وبالشكل الذي يجعل التزام الإدارة في هذه الحالة التزاما " إيجابيا - Actif " مقارنة بإجراء الطلب الإداري للحصول على المعلومة⁽⁶¹⁾.

- طبيعة المعلومات البيئية الخاضعة للنشر والإعلان.

غالبا ما تتعلق المعلومات البيئية التي تتطلب نشرها بشكل تلقائي وعلى نطاق عام ، بالمواضيع البيئية التي تمس مباشرة بالحياة العامة للمواطنين ، وبالمحيط البيئي الذي يعيشون فيه ، وبصفة عامة⁽⁶²⁾:

- التقارير والدراسات المعدة بشكل دوري من طرف الهيئات الإدارية بخصوص حالة البيئة.
- البرامج والمخططات الإدارية المتعلقة بمجال البيئة والتي تحدد من خلالها السياسة العامة للبيئة في الدولة أو المجتمع.
- النصوص القانونية والتشريعية المطبقة في مجال حماية البيئة وكل ما يتعلق بإدارة مواردها.

- المعلومات المتعلقة بالمخاطر التي ينطوي عليها المحيط البيئي، والسبل المتخذة لمواجهتها والتصدي لها.

كما يأخذ هذا الإعلام والنشر العام للمعلومات البيئية، بعداً آخر يتجاوز مجرد تمكين الأفراد من حقهم في الحصول على المعلومة البيئية، إلى تمكينهم من المساهمة والمشاركة في اتخاذ القرارات العامة في مجال حماية البيئة من جهة، وأداء دورهم الرقابي في التصدي لمختلف المخاطر والانتهاكات التي تصيب البيئة المحيطة بهم⁽⁶³⁾.

المطلب الثاني : القيود الواردة على حق الحصول على المعلومة البيئية.

ترتبط الممارسة الفعلية لحق الحصول على المعلومة باعتباره حق من الحقوق المكفولة للفرد ضمن منظومة حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، بالنظم والقوانين الداخلية المنظمة لكيفيات وشروط تمتع الشخص بحقوقه وحرياته المعترف له بها وضوابط الممارسة الفعلية لها، إذ أن ممارسة الفرد لحقوقه وحرياته المكفولة له قانوناً مرتبط من الناحية العملية بمجال ممارسة هذه الحقوق، والمحدد غالباً بالمجتمع الذي يعيش فيه جنباً إلى جنب مع غيره من الأفراد وتحت إدارة السلطة العامة التي تتولى حفظ وحماية حقوقهم الخاصة من جهة وتحقيق المصلحة العامة للمجتمع من جهة أخرى، وهو ما يجعل تمتع الفرد بحقوقه وحرياته في المجتمع الذي ينتمي له مرتبط وبشكل كبير بضرورة الموازنة بين حقوقه وحرياته الخاصة من جهة وبين دواعي تحقيق المصلحة العامة للمجتمع ككل من جهة أخرى.

ومنه ووفقاً لهذا الإطار العملي والميداني يتحدد مجال تمتع الفرد بمختلف الحقوق والحرريات المقررة له إذ تشكل ضرورة تحقيق مصلحة المجتمع من خلال حفظ النظام والأمن العام فيه، الحدود أو الضوابط التي تنظم وفقها كيفيات وطرق ممارسة الفرد لحقوقه وحرياته وتمتعه بها، فالحق أو الحرية وإن كان في مدلوله العام هو المجال المكفول لكل شخص لمتعه به وفقاً لطبيعة هذا الحق وخصوصيته، فإن ذلك لا بد أن يراعي الإطار العام المكرس ضمنه، أي أن يراعي النظام والمصلحة العامة للمجتمع وحماية حقوق الآخرين.

ومن هذا المنطلق فإن تمتع الشخص بحقه في الحصول على المعلومة بشكل عام أو في إطار القضايا المتعلقة بالبيئة، يتحدد وفقاً للضوابط والقيود التي تفرضها ضرورة حماية مصلحة المجتمع، وبمعنى آخر أن لا يكون في تمتع الفرد بصلاحيته الحصول على المعلومة بشكلها العام أو الخاص المتعلق بمجال البيئة مساساً بمصلحة المجتمع العامة.

وبالنظر إلى خطورة أمر تحديد الضوابط والقيود الممارسة على أي حق من حقوق الإنسان المعترف بها ومنها حق الحصول على المعلومة، أولت مختلف النصوص القانونية المتعلقة بحقوق الإنسان سواء كانت عامة أو خاصة وعلى المستويين الدولي والداخلي، أهمية كبيرة لضرورة بيان هاته الضوابط والقيود وتحديدها على الوجه الذي يضمن عدم التعسف أو التجاوز في تطبيقها.

إذ انه وبالرجوع إلى مختلف هذ النصوص وفيما يتعلق بحق الحصول على المعلومة البيئية خصوصا ، فإنه بالإمكان تمييز هذه الضوابط أو القيود التي تحدد الممارسة الفعلية او العملية له إلى إطارين قانونيين متكاملين، إطار العام يتحدد وفقه حق الحصول على المعلومة وبشكل عام أي في كل ما يخص الشؤون العامة (الفرع الأول) ، وإطار الخاص الذي يتحدد وفقه حق الحصول على المعلومة في مجال قضايا البيئة.

الفرع الأول : التقيد العام لحق الحصول على المعلومة البيئية.

أشارت النصوص الدولية وبالأخص الأساسية منها في مجال حقوق الإنسان إلى حالات تقييد الحقوق والحريات والظروف والإجراءات المتخذة لذلك ، إذ نص الإعلان العالمي لحقوق الإنسان⁽⁶⁴⁾ في المادة 12/29 فقرة 02 منه على مايلي : " لا يخضع أي فرد في ممارسة حقوقه وحرياته إلا للقيود التي يقرها القانون ، مستهدفا منها حصرا ضمان الاعتراف بحقوق وحريات الآخرين واحترامها ، والوفاء بالعدل من مقتضيات الفضيلة والنظام العام ، ورفاه الجميع في مجتمع ديمقراطي " .

ومن ثمة فإن تقييد مجال حقوق الإنسان وحرياته لا يمكن أن يتم إلا وفقا للأطر القانونية والتشريعية المحددة مسبقا وبحسب الحالات والظروف المنصوص عليها قانونا ، وعليه فإن الممارسة العملية والتكريس الفعلي لحق الحصول على المعلومة محدد هو الآخر بهاته الحدود العامة ، إذ أن ممارسة هذا الحق من الناحية العملية محددة بالضوابط التي أشارت إليه المادة 12/29 فقرة 02 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وغيرها من النصوص الأخرى⁽⁶⁵⁾ ، وكذا وفقا للضوابط والقيود المحددة بالنظم والتشريعات الداخلية للدول.

وبالرجوع إلى مختلف النصوص الوطنية المتعلقة بتكريس حق الحصول على المعلومة نجدها متفقة في مجملها على تحديد الضوابط التي يمارس ضمنها هذا الحق وبيان الحالات والظروف التي يتقيد فيها أو يحدد مجال ممارستها ، وهي الحالات التي يمكن إجمالها بصفة عامة فيما يلي:⁽⁶⁶⁾

- إذا كانت المعلومات متعلقة بالأمن العام للمجتمع ، او كان في الكشف عنها تهديدا لنظامه العام.

- إذا كانت المعلومات المراد الكشف عنها تمس بالحياة الخاصة للأفراد.

- إذا كان الكشف عن المعلومات يقوض أو يمس بنزاهة اتخاذ القرارات العامة.

ونشير هنا ، إلى أنه وبالإضافة إلى هذا التقيد العام الذي حددته النصوص القانونية فيما تعلق بحقوق الإنسان عامة ومنها حق في الحصول على المعلومات المتعلقة بالشؤون العامة ، تعتمد بعض الدول إلى فرض حصار مباشر على الحقوق والحريات الأساسية في المجتمع وتقييدها ، من خلال إعلانها لحالة الطوارئ أو الظروف الاستثنائية و التوسع في استعمالها لفترات غير محددة و حتى بدون مبررات شرعية⁽⁶⁷⁾.

الفرع الثاني : التقيد العام لحق الحصول على المعلومة البيئية.

انطلاقاً من هذا التقييد العام لحق الحصول على المعلومة ، فإن الأمر ينعكس كذلك على حق الحصول على المعلومة البيئية ، فإذا كان هذا الحق مكفولاً ومكرس قانوناً على النحو الذي سبق الإشارة إليه ، فإن مجال التمتع به يتقيد وفقاً للضوابط والحالات المحددة قانوناً لذلك .

فمجال الأشخاص لممارسة حقهم في الوصول والإطلاع على المعلومات البيئية ليس مجالاً مطلقاً أو غير محدد ، فهو على العكس مضبوط ومحدد بحالات معينة يتعذر من خلالها ممارسة هذا الحق أو التمتع به .

ونظراً للطبيعة الحساسة والخطرة لفكرة التقييد أو الحظر في مجال حقوق وحرريات الإنسان ، تعمل التشريعات والنصوص القانونية وبالأخص الداخلية منها ، على ضبط هذا الأمر بشكل واضح من خلال تحديد وبيان حالات التقييد هذه وأسبابها .

فبالرجوع إلى أغلب هذه النصوص القانونية الدولية والداخلية المتعلقة بحق الوصول إلى المعلومة البيئية⁽⁶⁸⁾ ، نجدتها متفقة وإلى حد كبير في تحديد هذه القيود التي تشكل سبباً لمنع أو حظر الحق في الوصول إلى المعلومة البيئية ، حيث أنه و بالإضافة إلى القيود العامة المشار لها من قبل ، يتقيد حق الحصول على المعلومة البيئية قانوناً في الحالات والظروف الآتية :

- إذا كان الوصول إلى المعلومة ذو تأثير سلبي على سير الإدارة وطرق إتخاذها القرار ، أو يمس بنزاهتها أو كان في ذلك تأثير على سير عمل الجهات القضائية وفصلها في القضايا المطروحة أمامها ، وإثبات العدالة .

- إذا كان الوصول إلى المعلومة يمس بقواعد السر التجاري وحماية الملكية الفكرية والصناعية المكفولة قانوناً .

- إذا كان في الحصول على المعلومة مساس بخصوصية الأشخاص الذين كانوا مصدر المعلومة المتوفرة على مستوى الإدارة .

- إذا كان في الحصول على المعلومة مساس في حد ذاته بالمجال البيئي ، كالمعلومات الخاصة بالمحميات والحظائر الطبيعية .

وهي في مجملها القيود التي تحول دون تمكن الفرد من الحصول على حق المعلومة ، مع الإشارة إلى ضرورة التزام الهيئات المعنية وعند رفضها تقديم المعلومة تحت قيد من القيود المذكورة ، بتسبيب قرار الرفض ومنح الشخص حق الطعن أمامها ، وحتى أمام الجهات القضائية .

الخاتمة :

إن دراستنا لموضوع حق الحصول على المعلومة البيئية ومن خلال مختلف العناصر التي أمكننا تفصيلها ، تجلنا وفي ختام هذا البحث ، على قدر كبير من الإدراك بمدى الأهمية العملية لهذا الحق في ضمان الحماية الفعلية للبيئة وتكريس حق كل فرد في التمتع بمستوى بيئي صحي وسليم لحياة عادية

وملائمة ، إذ أن الإقرار بحق كل شخص في الحصول على المعلومة البيئية يشكل من الناحية العملية الركيزة الأساسية التي يقوم عليها تمتعه ببيئة صحية وسليمة ، وذلك من منطلق الطبيعة الخاصة التي يكتسبها الحق في البيئة ضمن منظومة حقوق الإنسان العامة ، فأقرار حق الإنسان في بيئة صحية وسليمة وإن كان حقا من حقوق الإنسان ، فهو مختلف عن باقي الحقوق الأخرى من حيث طبيعته العملية وإجراءات تكريسها وممارسته الفعلية ، فهو من هذا الجانب حقا إجرائيا بالدرجة الأولى ، تتوقف ممارسته والتمتع به على جملة من الإجراءات والآليات العملية ، التي يعد حق الحصول على المعلومة البيئية من أهمها باعتباره وفقا لمختلف النصوص القانونية والتطبيقات العملية أحد الركائز الفعلية لإقرار حق كل إنسان في بيئة صحية وسليمة.

وقد تجلّى لنا ومن خلال مختلف النقاط التي تضمنها بحثنا في الموضوع ، الأهمية الكبيرة التي يكتسبها إعمال حق الحصول على المعلومة البيئية في ضمان فعالية الأفراد سواء على المستوى الفردي أو الجماعي في المساهمة في حماية البيئة ، حيث لا يمكن توقع استجابة إيجابية من الأفراد نحو محيطهم البيئي ، من دون أن يكون لهم القدر الكافي من الإدراك التام والمعرفة اللازمة بكل ما يتعلق بهذا المحيط وعناصره ، وكل ما يهدده من أخطار ومشاكل والتي سيكون لها التأثير المباشر على ظروف حياتهم.

وبالتالي فإن درجة إدراك الإنسان ومعرفته التامة بطبيعة وحالة البيئة التي يعيش فيها وكل ما تتطوي عليه من مخاطر ، يشكل الدافع الأساسي نحو تفعيل دوره اتجاه قضايا البيئة والمساهمة الفعالة في حمايتها ومعالجة مختلف المشاكل والأخطار التي تهددها.

وهنا ووفقا لما خلصنا إليه من خلال دراستنا للموضوع ، تتجسد الأهمية التي يكتسبها إقرار حق الحصول على المعلومة البيئية بالنسبة لقضايا البيئة من الناحية العملية ، على مستويات مختلفة ومتعددة ، نحصرها وفقا لنظرتنا للموضوع في نقطتين أساسيتين :

أولاً: يعد إقرار حق الحصول على المعلومة البيئية وسيلة فعالة ومهمة في سبيل التوعية البيئية والوصول إلى مستويات مناسبة من الوعي والإدراك العام بأهمية مواضيع البيئة وتأثيراتها المباشرة على الظروف الحياتية والمعيشية للأفراد ، وعلى النحو الذي يضمن مساهمتهم الفعالة والجادة في مختلف السياسات والإجراءات العامة في مجال حماية البيئة ، ويضمن كذلك تفاعلهم الإيجابي مع مختلف هذه السياسات والإجراءات الهادفة لحماية البيئة والمحافظة عليها.

ثانياً: إن الحصول على المعلومة البيئية وإن كان حقا مقرورا في حد ذاته ، فهو من الناحية العملية إجراء أساسي لإعمال الحق في البيئة وضمان التمتع به ، وذلك من خلال أهميته في ضمان تفعيل مختلف الإجراءات العملية الأخرى في مجال البيئة ومنها خصوصا المشاركة في اتخاذ القرارات البيئية ، والتصدي لصور المساس بالبيئة عن طريق اللجوء للقضاء لوقف هذه الانتهاكات وما خلفته من أضرار بالمحيط البيئي.

وعلى هذا القدر من الأهمية العملية التي يكتسبها حق الحصول على المعلومة البيئية ، والتي وقفنا عليها من خلال دراستنا للموضوع ، والمجسدة وبشكل كبير من خلال الإقرار القانوني الواسع بهذا الحق ، فإننا نؤكد في خلاصة بحثنا على ضرورة تعزيز هذا الإقرار بحق الحصول على المعلومة وتنظيمه القانوني وخصوصا على مستوى التشريعات الداخلية ، سواء من حيث تحديد إجراءاته أو صور ممارسته أو من حيث مجال و ضوابط هذه الممارسة ، وهو الأمر الذي لا يزال دون المستوى المرجو بالنسبة للعديد من التشريعات الوطنية ، ونذكر منها وبالأخص التشريعات العربية التي لا تزال بعيدة من الناحية العملية في إقرار هذا الحق وضمان التمتع به ، وحتى بالنسبة للبعض منها والتي تحمل تشريعاتها الداخلية إقرارا بهذا الحق ، فإن هذا الإقرار لا يصل في الغالب إلى درجة الفاعلية المرجوة من أعمال حق الحصول على المعلومة البيئية.

فالتشريع البيئي في الجزائر مثلا وإن شكل تطورا مهما وملحوظا مقارنة بالتشريعات العربية الأخرى من خلال اعتماد القانون 10/03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة ، والذي أقر صراحة ضمن بنوده بحق كل شخص في الحصول على المعلومة البيئية ، فإن هذا الإقرار لم يتجسد عمليا وبالشكل المطلوب ولأسباب متعددة ، منها عدم التحديد الواضح لإجراءات ممارسة هذا الحق والتي أوكلت للنصوص التنظيمية التي لم تصدر أغلبها لحد الآن ، وهو ما يجعل تطبيق نصوص هذا القانون موقفة أو معطلة⁽⁶⁹⁾.

ويضاف لهذا التأكيد على ضرورة التكريس القانوني والتنظيمي لحق الحصول على المعلومة البيئية ، ضرورة العمل على توفير الظروف الملائمة لتفعيل ممارسة هذا الحق ميدانيا ، وذلك من خلال التوعية والإعلام البيئي وتكريس ثقافة المواطنة الإيجابية ، وتحسيس الفرد بدوره في مجال حماية البيئة ، وكذا التأكيد والحرص على دور فعاليات المجتمع المدني وفي مقدمتها جمعيات حماية البيئة للقيام بدورها في أعمال ممارسة هذا الحق و بالتعاون مع مختلف الهيئات العامة المعنية بذلك.

التهميشات:

- ¹ - محمود علم الدين، تكنولوجيا المعلومات وصناعة الاتصال الجماهيري، القاهرة، المكتب العربي للنشر والتوزيع، 1990، ص: 45.
- ² - أنظر: - ابن منظور، لسان العرب المحيط، الجزء الأول، دار صادر، بيروت- لبنان، الطبعة الأولى، الجزء الأول، 1990، ص: 36.
- مجد الدين الفيروزآبادي، القاموس المحيط، الطبعة الثانية، الجزء الأول، المطبعة الحسينية، القاهرة- مصر، (دون سنة النشر) ، ص: 09.
- ³ - المعجم الوجيز ، مجمع اللغة العربية، طبعة 1993 ، القاهرة، ص : 66.
- ⁴ - د.سهيل إدريس ، د.جبور عبد النور ، قاموس المنهل الوسيط فرنسي عربي ، دار الأدب ص 934.
- ⁵ - سورة يوسف ، الآية : 56.
- ⁶ - رواه البخاري ، فتح الباري للإمام البخاري ، الجزء الأول ، ص : 52.
- ⁷ - J. P. Beurrier, droit international de l'environnement, ed A.Pedone, Paris, 2010, p : 17.
- ⁸ - فارس محمد عمران ، السياسة التشريعية لحماية البيئة في مصر وقطر ودور الأمم المتحدة في حمايتها ، المكتب الجامعي الحديث بالإسكندرية ، مصر ، 2005 ، ص : 20.
- ⁹ - The World book Dictionary, V I, World Book Ink. U.S.A, 1988, p: 708.
- ¹⁰ - محمود علم الدين ، مرجع سابق ، ص : 47.

- 11 - شوقي سالم، نظم المعلومات والحاسب الآلي، مركز الوثائق والمكتبات، الإسكندرية، مصر، 2001، ص: 18
- 12 - د/ زين الدين عبد المقصود ، قضايا بيئية معاصرة " المواجهة والمصالحة بين الإنسان وبيئته " ، دار البحوث العلمية ، الكويت ، الطبعة الثانية ، 1998 ص : 17.
- 13 - محمد عبد القادر الفقي ، البيئة مشاكلها وقضاياها وحمايتها من التلوث" رؤية إسلامية "، مكتبة ابن سينا للنشر والتوزيع والتصدير ، 1993، ص : 10.
- 14- عبد الله مظفر، حق الحصول على المعلومات.... معيار للحكم الرشيد، الجريدة، صحيفة كويتية يومية، العدد : 635 2009/05/29 .
- 15 - نفس المرجع.
- 16 - انظر على سبيل المثال :
- Art 02 de loi du 25 novembre 2005 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement, journal officiel du grand – duché de lussembourg, A- N: 204 du 19 décembre 2005, p : 3262.
- Circulaire du 18/10/2007 relative à la mise en oeuvre des dispositions régissant le droit d'accès à l'information relative à l'environnement , Bulletin officiel du MEDAD (ministère de l'écologie , du développement et de l'aménagement durables , 30/12/2007 , Texte 1/7.
- 17- Michel Prieur, droit de l'environnement, édition Dalloz, 4^{ème} ed, paris, 2001, p : 99.
- 18- تشريع حق الوصول إلى المعلومات، برنامج الأمم المتحدة الإنمائي / UNODP، ص: 01.
- 19 - الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر بموجب قرار الجمعية العامة 217 ألف (د- 3) ، المؤرخ في : 1948/12/10
- 20 - العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية ، الصادر بموجب قرار الجمعية العامة 2200 ألف (د- 21) ، المؤرخ في : 1966/12/16 والذي دخل حيز النفاذ في : 1976/03/23.
- 21 - قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2542 (د- 24) ، المؤرخ في : 1969/12/11.
- 22 - قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة المؤرخ في: 2000/09/08، وثيقة الأمم المتحدة: A/Res/55/2.
- 23- ضم هذا المؤتمر 113 دولة ، وتمخضت عنه نتائج مهمة أبرزها إعلان ستوكهولم حول البيئة وبرنامج عمل أممي حول البيئة ضم ما يقارب 109 توصية وكذا لائحة أممية بخصوص الهياكل المالية والمؤسسية لحماية البيئة ، والتي انتهت بإنشاء برنامج الأمم المتحدة للبيئة ، أنظر وثيقة الأمم المتحدة : ONUdoc.A/conf.48/Rev.1.1972.
- 24 - Caroline Dommen et Philippe Cullet , droit international de l'environnement , textes de bas et références , Kluwer Law international – London , 1990 , p : 3.
- 25- يعد مؤتمر ريو ثاني مؤتمر أسس حول البيئة بعدمؤتمر ستوكهولم سنة 1972، وقد عرف هذا المؤتمر حضور 176 دولة وعرف بقمة الأرض.
- 26 - Caroline Dommen et Philippe Cullet, op, cit, p : 11.
- 27 - P.A.Leme Machado , Information and Environnement : The evolution of environnement Law, environnement poltices and Law, 37/2-3, 2007, p: 198.
- 28 - ونذكر من هذه النصوص : اتفاقية الأمم المتحدة الإطارية للتغير المناخي في المادة /06 /البند 01 ، الاتفاقية الدولية لمكافحة التصحر في المادة /10/ البند 02 ، اتفاقية ستوكهولم للملوثات العضوية الثابتة في المادة 10.
- 29 - M. déjeant – pons, M.Pammaerts, droits de l'homme et environnement, op, cit, p : 13.
- 30 - الاتفاقية الأوروبية بخصوص الوصول إلى المعلومات ومشاركة الجمهور في اتخاذ القرارات واللجوء إلى القضاء في قضايا البيئة ، المعتمدة خلال المؤتمر الوزاري الرابع لدول الإتحاد الأوروبي حول البيئة ، المنعقد بمدينة آريش Arhus ، الدانماركية في : 1998/06/25 ، أنظر :
- Jean Baril, droit d'accès à l'information environnementale : pierre d'assise de développement, vertigo – (Revue électronique en sciences de l'environnement, Hors série 6, 2009, http : // vertigo.Revues – org/index 893.html).
- 31 - la Convention d'Arhus, commission économique pour l'Europe, Guide d'application Nations unies p: 06.
- 32 - Bernard Drobenko, la Convention d'Arhus et le droit français ; Revue juridique de l'environnement N° : spécial, 1999, p : 37.
- وعلى سبيل المثال صادقت فرنسا باعتبارها من دول الإتحاد الأوروبي على هاته الاتفاقية بتاريخ : 2002/07/08 ، والتي دخلت حيز التنفيذ ضمن تشريعها الداخلي بتاريخ : 2002/10/06 ، المتضمن الموافقة على الانضمام للاتفاقية أنظر :
- Circulaire du 18/10/2007 relative à la mise en oeuvre des dispositions régissant le droit d'accès à l'information relative à l'environnement , Bulletin officiel du MEDAD (ministère de l'écologie , du développement et de l'aménagement durables , 30/12/2007 , Texte 1/7.

- 33- حق الوصول للمعلومات في البلدان العربية، اليوم العالمي لحقوق الإنسان، الشبكة العربية لحرية المعلومات، جانفي 2009 ص: 03.
- 34- عبد الله مظفر ، مرجع سابق.
- 35- لم تتضمن العديد من الدساتير الإشارة الصريحة لحق الحصول على المعلومات باعتباره حقا من حقوق الإنسان؟، وذلك بالرغم من تكريسها لمجموعة من الحقوق والحريات ذات الصلة به بحرية التعبير وسرية المراسلات والبيانات الخاصة ، كما هو الحال في الدستور الذي لم يشر صراحة إلى هذا الحق ضمن الفصل الرابع منه والمتعلق بالحقوق والحريات.
- 36- تشريع حق الوصول إلى المعلومات ، UNDP ، مرجع سابق ، ص : 05.
- 37- تشريع الوصول إلى المعلومات ، ص : 04.
- 38 - حق الوصول إلى المعلومات في البلدان العربية ، الشبكة العربية لحرية المعلومات ، مرجع سابق ، ص : 05.
- 39- وفقا للتعديل الدستوري الصادر في : 2005/03/01 تم الإقرار بالطابع الدستوري للميثاق الفرنسي للطبيعة باعتباره مرجعية دستورية لإقرار حقوق وحريات المواطن الفرنسي ، أنظر :
- la loi constitutionnelle n°: 2005-05 du 01/03/2005 relative a la charte de l' environnement J.O.n°: 51 du 02/03/2005 , p:3697.
- 40 - القانون رقم : 12/69 المؤرخ في : 1996/08/05 والمتعلق بتسيير البيئة في دولة الكاميرون.
- 41 - y.duplessis, j.héту, j.piette, la protection juridique de l'environnement au Québec , les éditions Thémis Inc., Montréal , 1982 , p: 147.
- 42 - circulaire du 18/10/2007 relative à la mise en oeuvre des dispositions régissant le droit d'accès à l'information relative à l'environnement, 30/11/2007 ; MEDA. 2007/22, texte 1/7, (texte non paru au journal officiel), NOR : DEVG0700268C.
- 43 - تشريع حق الوصول إلى المعلومات ، برنامج الأمم المتحدة الإنمائي ، مرجع سابق ، ص: 19 - 23 .
- 44 - القانون 03- 10 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 ، الموافق لـ 19 يوليو سنة 2003 ، يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة ، الجريدة الرسمية رقم : 43 ، صادرة في : 2003/06/20 ، والذي ألغى القانون رقم 83- 03 المتعلق بحماية البيئة.
- 45 - أنظر المادة 03 /فقرة 08 من القانون 10/03.
- 46 - في تفصيل ذلك أنظر: د/ يحي وناس ، المجتمع المدني وحماية البيئة ، دور الجمعيات والمنظمات غير الحكومية والنقابات ، دار الغرب للنشر والتوزيع ، 2004 ، ص : 88 - 89.
- الجريدة الرسمية للمداولات، مجلس الأمة، الفترة التشريعية الأولى، السنة السادسة، الدورة الربيعية 2003، العدد: 09، ص: 03-38.
- 47- loi du 25 novembre 2005 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement, journal officiel du grand - duché de lussembourg, A- N: 204 du 19 décembre 2005, p : 3262.
- 48 - تشريع حق الوصول إلى المعلومات ، برنامج الأمم المتحدة الإنمائي ، مرجع سابق ، ص: 19 - 22.
- 49- projet de directives pour l'élaboration d'une législation nationale sur l'accès à l'information, la participation du public et l'accès à la justice dans le domaine de l'environnement, forum ministériel sur l'environnement (Bali - indonésie) 24 - 26/02/2010, programme des nation unis pour l'environnement UN, UNEP /GCSS.X1/8.2010.
- 50- " ce type d'accès à l'information est qualifié « passif ».
- la convention d'Aarhus, commission économique pour l'Europe, op, cit, p : 06.
- 51- الحق في الحصول على المعلومة البيئية بالمغرب تقرير معد في إطار الشبكة العربية لحرية المعلومات ، من إعداد سعيد السلمي وعبد الرحيم دياب ، المغرب ، أفريل 2010 ، ص : 19.
- 52 - projet de directives pour l'élaboration d'une législation nationale sur l'accès à l'information, la participation du public et l'accès à la justice dans le domaine de l'environnement, op, cit, p :
- 53- Code de l'environnement, français, Art 1 - 124 -3.
- Circular du 18/10/2007, relative a la mise on oeuvre des disposition régissant le droit d'accès à l'information relative à l'environnement, op, cit.
- 54- أنظر على سبيل المثال : 1 - 124 -3 من قانون البيئة الفرنسي ، وكذلك :
- Circular du :18/10/2007, relative a la mise on oeuvre des disposition régissant le droit d'accès à l'information relative à l'environnement, op, cit.
- 55 - أنظر على سبيل المثال :
- Art 05 de loi du : 19/12/2005 sur l'accès du public a l'information en matiere d'environnement , op cit.

- 56 - إذ جاء في المادة 23 من المشروع التمهيدي للقانون 03-10 مايلي : " يمكن أن يكون تقديم المعلومات والبيانات حول مختلف العناصر البيئية مقترنا بدفع مبلغ نالي للإدارة ، مقابل النسخ والاحتفاظ بالوثائق ، ويعتبر الإطلاع على المعلومات المتعلقة بحماية البيئة وصحة العامة من بنك المعلومات البيئية مجانية ، أنظر : د/ يحي وناس ، المجتمع المدني وحماية البيئة ، مرجع سابق ، ص : 88-89 .
- 57- voire par exemple : Art 03 et 04 de loi du:19/12/2005 sur l'accès du public a l'information en matiere d'environnement, op cit.
- 58- د / يحي وناس ، المجتمع المدني وحماية البيئة ، مرجع سابق ، ص : 85-86 .
- 59 - Abedlhafid Ossukine , la transparence administrative , éd dar el Gharb , 2002 , p : 19 – 20.
- 60 - Art 5/ A2 de la convention d'Aarhus.
- 61 - La convention d'Aarhus, commission economique pour l'Europe, op, cit, p: 06.
- 62 - أنظر على سبيل المثال :
- Art 1.125 -1 , 1.125 – 2 de code français de l'environnement.
- 63 - د / يحي وناس ، المجتمع المدني وحماية البيئة ، مرجع سابق ، ص : 96-97 .
- 64 - الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر بموجب قرار الأمم المتحدة 217 ألف (د - 3) المؤرخ في : 10/12/1948 ، حقوق الإنسان ، مجموعة صكوك دولية ، الأمم المتحدة ، نيويورك ، 1993 ، A.94.xiv , vol : 01 , part 1 ،
- 65 - أنظر على سبيل المثال :- المادة 03/19 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية .
- المادة 27 من الاتفاقية لحقوق الإنسان 1969 .
- 66 - أنظر على سبيل المثال: المادة 13 من قانون ضمان الحصول على المعلومة الأردني لسنة 2007 .
- 67- د/ سعيد فهيم خليل، الحماية الدولية لحقوق الإنسان في الظروف الاستثنائية، دار الكتب المصرية، طبعة 1998، ص: 331-332.
- 68 - أنظر :
- Convention d'Aarhus, Art 4/A4.
- Loi d'accès du public a l'information en matiere d'environnement, du grand duché de lussembourg, Art .04.
- 69 - وهو الأمر الذي غالبا ما تتم الإشارة عليه من الهيئات التشريعية في الجزائر ، حيث أن ربط تطبيق القوانين المعروضة على البرلمان بصدور المراسيم التنظيمية المحددة لكيفيات ممارستها ، يحد من عمليا من فعالية هذه القوانين ، انظر على سبيل المثال :تعليقات أعضاء مجلس الأمة الجزائري على بخصوص هذا الأمر ، في إطار مناقشتهم العامة لمشروع القانون 10/03 ، - الجريدة الرسمية للمداولات ، مجلس الأمة ، الفترة التشريعية الأولى ، السنة السادسة ، الدورة الربيعية 2003 ، العدد: 09 ، ص: 03-38 .

تنفيذ أحكام الطلاق الأجنبية في القانون الدولي الخاص

أ/ مسعودي يوسف

معهد الحقوق،

المركز الجامعي تمنراست

مقدمة

إن الدعوى القضائية تريح مرتين مرة عند صدور الحكم ومرة عند تنفيذه، ولهذا فإن رحلة البحث الطويلة عن القانون الواجب التطبيق في مادة الطلاق والتي تمر بمراحل متعددة وتصطدم بصعوبات و عوائق كثيرة (التكييف، الإحالة، أعمال ضابط الإسناد، الدفع بالنظام العام)، قد لا تؤدي أكلها إذا لم يتم تطبيق حكم الطلاق في بلد أجنبي آخر غير البلد الذي صدر فيه.

هذا ما دفعنا إلى دراسة هذا الموضوع ، خاصة وأن التعديل الأخير لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الصادر بموجب القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 قد نص على قواعد قانونية حددت شروط معينة لتنفيذ الأحكام الأجنبية، فهل هذه الشروط كفيلة بضمان تنفيذ أحكام الطلاق الأجنبية في الجزائر، وما هو الدور الذي تلعبه اتفاقيات التعاون القضائي الدولي في هذا المجال؟، وبالمقابل كيف يمكن حل مشكلة الاعتراف بالطلاق الإسلامي في الدول الغربية؟

هذا ما سنحاول الإجابة عليه، من خلال المطلبين المواليين:

المطلب الأول: تبديل الأحكام والعقود الأجنبية الصادرة بإنهاء العلاقة الزوجية بالصيغة التنفيذية

المطلب الثاني: مشكلة الاعتراف بالطلاق في نظم الأحوال الشخصية غير الإسلامية

المطلب الأول

تبديل الأحكام والعقود الأجنبية الصادرة بإنهاء العلاقة الزوجية بالصيغة التنفيذية

يعرف الحكم القضائي بمعناه الخاص بأنه: "القرارات التي تصدرها المحاكم وهي تباشر وظيفتها القضائية"⁽¹⁾، والحكم القضائي الأجنبي هو: "الحكم القضائي الصادر من سلطة قضائية أجنبية"⁽²⁾، وباسم سيادة أجنبية بصرف النظر عن جنسية القضاة الذين يصدرونه والدولة التي صدر فيها. وعلى هذا الأساس تعتبر الأحكام الصادرة عن المحاكم المختلطة التشكيل أحكاما وطنية إذا صدرت باسم السيادة الوطنية. ويعد حكم التظليل الصادر في الجزائر أجنبيا إذا ما أريد الاحتجاج به والتمسك بآثاره في فرنسا حتى ولو كان هذا الحكم خاص بمواطنين فرنسيين⁽³⁾. والمقصود بالحكم الأجنبي ونحن بصدد الاعتراف به وتنفيذه الحكم القطعي الذي يفصل في موضوع النزاع⁽⁴⁾، فالأحكام القطعية وحدها هي التي تحوز على حجية الأمر المقضي به. ويرجع إلى قانون المحكمة التي أصدرت الحكم الأجنبي للتأكد من تمتع الحكم الأجنبي بالحجية أو عدم تمتعه بها⁽⁵⁾. ونشير أيضاً إلى أنه يشترط لتنفيذ الحكم الأجنبي أن يكون موضوعه صادرا في منازعة متعلقة بمسألة من مسائل القانون الخاص، وعلى ذلك تستبعد من التنفيذ

الأحكام الأجنبية الصادرة في المواد الجنائية والإدارية مع التأكيد أن مناط تحديد تنفيذ الحكم أو عدم تنفيذه مرتبط بتحديد طبيعة المسألة التي تم الفصل فيها وليس الجهة التي أصدرت الحكم. وتعد مسألة تحديد طبيعة المسألة من مسائل التكيف التي تخضع لقانون القاضي⁽⁶⁾.

وتقتضي المعاملات الدولية عدم إهدار الأحكام الأجنبية سواء تعلق الأمر بأحكام القضاء الأجنبية بصفة عامة أو أحكام التظليق بصفة خاصة. لأنه في حالة عدم الاعتراف بحكم التظليق الأجنبي. فإن ذلك سيؤدي بالزوجة إلى رفع دعوى قضائية أخرى، الأمر الذي يترتب عليه ضياع الوقت، وزيادة مصاريف التقاضي، ومن المحتمل أيضاً وقوع تضارب في الأحكام⁽⁷⁾.

وتختلف الدول في تحديد النظام الذي يحكم تنفيذ الأحكام الأجنبية، فهناك دول تأخذ بنظام الدعوى الجديدة بحيث يتعين على من صدر الحكم لصالحه في الخارج أن يقوم برفع دعوى جديدة أمام محاكم الدولة التي يريد تنفيذ الحكم فيها ويكون موضوع هذه الدعوى هو المطالبة بالحق موضوع النزاع، وينتشر هذا النظام في الدول الأنجلو أمريكية. وهناك دول أخرى تأخذ بنظام الأمر بالتنفيذ الذي يوجب على الشخص الراغب في تنفيذ الحكم الأجنبي أن يستصدر من قضاء الدولة التي يريد تنفيذ فيها الحكم الأمر بتنفيذ هذا الحكم عن طريق التنفيذ الجبري، ويسود هذا النظام في فرنسا⁽⁸⁾.

لقد اختلفت تشريعات الدول التي تأخذ بنظام الأمر بالتنفيذ في تحديد النظام القانوني الذي يحكم تنفيذ الأحكام الأجنبية بين مؤيد لنظام المراجعة ومؤيد لنظام المراقبة، ويقوم نظام المراجعة على فحص موضوع الحكم الأجنبي والتأكد من صحة تطبيق القانون وتقدير الوقائع. وفي حالة ثبوت العكس يمتنع القاضي عن إصدار الأمر بالتنفيذ. وقد انتقد هذا النظام بسبب عدم مراعاته مصالح الأفراد، كما أنه يؤدي إلى إهدار المال والوقت ويمس بالحقوق المكتسبة للأفراد، ويضاف إلى ذلك الصعوبات التي قد تواجه قاضي التنفيذ بسبب جهله للوقائع المتعلقة بالدعوى والتي حصلت خارج إقليمه الوطني.

وإلى جانب هذا النظام يوجد نظام آخر يعرف باسم نظام المراقبة وفي هذا النظام لا يتولى القاضي الوطني فحص موضوع الحكم الأجنبي من جديد⁽⁹⁾، وذلك احتراماً لسيادة الدولة الأجنبية، إذ يقتصر دور القاضي فقط على القيام بمراقبة شروط معينة، وتتمثل هذه الشروط حسب الحكم القضائي الفرنسي الصادر في قضية مانزر " Munzer " فيما يلي:

- 1- مراقبة الاختصاص القضائي
- 2- مراقبة الاختصاص التشريعي
- 3- احترام النظام العام الدولي
- 4- تجنب وجود غش نحو القانون
- 5- احترام الإجراءات⁽¹⁰⁾.

ويرجع الفضل في صياغة شرط تطبيق القانون المختص وفقا لقواعد الإسناد الوطنية للقاضي المطلوب منه تنفيذ الحكم الأجنبي إلى الفقيه بارتان الذي يعتبر احترام هذا الشرط من مقتضيات احترام السيادة الفرنسية. وتطبيقاً لذلك رفضت محكمة النقض الفرنسية بموجب حكمها الصادر في 6 يونيو 1988 تنفيذ الحكم الصادر من محاكم هايتي بسبب عدم مراعاتها الاختصاص التشريعي الذي يقضي بتطبيق المادة 310 من القانون المدني الفرنسي؛ حيث كان ينبغي على محاكم هايتي تطبيق القانون الفرنسي بوصفه الواجب التطبيق على طلاق الزوجين الفرنسيين.⁽¹¹⁾

إن قواعد القانون الدولي الخاص تتيح إمكانية تنفيذ الحكم الأجنبي في بلد آخر متى توافرت شروط معينة. وترجع أغلب أسباب رفض منح الصيغة التنفيذية لبعض الأحكام الأجنبية الصادرة في مادة الأحوال الشخصية إلى عدم احترام قواعد تنازع القوانين أو إلى خرق قواعد الاختصاص القضائي وفي أكثر الحالات يرجع سبب عدم التنفيذ إلى مخالفة النظام العام الدولي.⁽¹²⁾

وقد نصت المادة 605 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على شروط تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية، حيث جاء فيها ما يلي: "لا يجوز تنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات الصادرة من جهات قضائية أجنبية في الإقليم الجزائري، إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط الآتية:

- 1- ألا تتضمن ما يخالف قواعد الاختصاص
- 2- حائزة لقوة الشيء المقضي به طبقاً لقانون البلد الذي صدرت فيه،
- 3- ألا تتعارض مع أمر أو حكم أو قرار سبق صدوره من جهات قضائية جزائرية، وأثير من المدعى عليه،
- 4- ألا تتضمن ما يخالف النظام العام والآداب العامة في الجزائر".

ونصت المادة 606 من نفس القانون على أنه: "لا يجوز تنفيذ العقود والسندات الرسمية المحررة في بلد أجنبي، في الإقليم الجزائري، إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط الآتية:

- 1- توافر الشروط المطلوبة لرسمية السند وفقاً لقانون البلد الذي حرر فيه،
- 2- توفره على صفة السند التنفيذي وقابليته للتنفيذ وفقاً لقانون البلد الذي حرر فيه،
- 3- خلوها مما يخالف القوانين الجزائرية والنظام العام والآداب العامة في الجزائر".

وتشير المادة 608 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري إلى أن العمل بالقواعد المنصوص عليها في المادتين 605 و606 أعلاه، لا يخل بأحكام المعاهدات الدولية والاتفاقيات القضائية التي تبرم بين الجزائر وغيرها من الدول.

يتضح مما سبق، أن المشرع الجزائري قد أخذ بنظام المراقبة، بحيث يتوجب على القاضي الجزائري التأكد من اختصاص المحاكم الأجنبية وعدم معارضة النظام العام.

أما في فرنسا، فقد ظل الاجتهاد القضائي الفرنسي لمدة طويلة يتخذ موقف الحذر من تنفيذ الأحكام الأجنبية، ومع بداية القرن 19 ظهر نظام المراجعة، وانتقد نظام المراجعة بسبب خرق الحقوق المكتسبة وتم التخلي عنه فيما يخص الأحكام الصادرة في مسائل الأحوال الشخصية. وتم التخلي عن هذا النظام من قبل القضاء الفرنسي بموجب الحكم الصادر في قضية مانزر " Munzer "، حيث بدأ يميل إلى إتباع نظام المراقبة القائم على مراقبة توفر بعض الشروط المحددة مثل صلاحية اختصاص القاضي الأجنبي، وصلاحية القانون المطبق على الموضوع وسلامة الإجراءات ، وكذلك شرط التطابق مع النظام العام⁽¹³⁾ وهذا ما جعل البعض يصف قاضي الصيغة التنفيذية في فرنسا بأنه " حارس السعادة الفرنسية "، وذلك بالنظر إلى دوره الهام في تأمين حماية النظام القانوني والمصالح الفرنسية.⁽¹⁴⁾

وقد نص المشرع التونسي على شروط إضافية أخرى لتنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الأجنبية، حيث نجده ينص في الفصل 11 من مجلة القانون الدولي الخاص على ما يلي: " لا يؤذن بتنفيذ القرارات القضائية الأجنبية:

- إذا كان موضوع النزاع من اختصاص المحاكم التونسية دون سواها
- إذا سبق الفصل في نفس موضوع النزاع وبين نفس الخصوم ولنفس السبب من المحاكم التونسية بقرار غير قابل للطعن بالطرق العادية.
- إذا كان القرار الأجنبي مخالفا للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص التونسي أو كان صدر وفق إجراءات لم تحترم حقوق الدفاع.
- إذا كان القرار الأجنبي قد وقع إبطاله أو إيقاف تنفيذه بموجب قانون البلد الصادر فيه أو غير قابل للتنفيذ في البلاد التي صدر فيها.
- إذا لم تحترم الدولة الصادر بها الحكم أو القرار قواعد المعاملة بالمثل.
- كما لا يؤذن بتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية إلا حسب الشروط التي جاءت بها أحكام الفصل 81 من مجلة التحكيم".

أما في المغرب، فيتم منح الصيغة التنفيذية للحكم الأجنبي التي تخوله القوة التنفيذية داخل المغرب، وذلك عن طريق صدور حكم قضائي عن محكمة مغربية يأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي كما لو كان حكما وطنيا. ويخضع تنفيذ الأحكام الأجنبية في المغرب لمقتضيات الفصلين 430 و 431 من قانون المسطرة المدنية والفصل 19 من ظهير غشت 1913 بشأن الوضعية المدنية للأجانب والمادة 128 من مدونة الأسرة المغربية⁽¹⁵⁾. وتأسيسا على ما سبق يجب على المحكمة أن تتأكد من توافر الشروط التالية حتى تستطيع إصدار الأمر بالتنفيذ:

- 1- أن يكون القاضي الأجنبي الذي أصدر الحكم مختصاً لإصداره بمقتضى قواعد الاختصاص القضائي الدولي المعمول بها في المغرب، ووفقاً أيضاً لقواعد الاختصاص الداخلي في الدولة المعنية بالأمر.
- 2- أن يطبق القاضي الأجنبي قواعد المسطرة في قانونه تطبيقاً صحيحاً.
- 3- يجب أن يكون الحكم الأجنبي المراد تذييله بالصيغة التنفيذية قد أصبح نهائياً وقابلاً للتنفيذ في البلاد التي صدر فيها.
- 4- يجب ألا يتعارض الحكم الأجنبي مع النظام العام المغربي.⁽¹⁶⁾
- 5- أن يكون الحكم الأجنبي القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية قد أسس على أسباب لا تتنافى مع تلك التي قررتها مدونة الأسرة لإنهاء العلاقة الزوجية (المادة 128 من مدونة الأسرة المغربية).

ونشير هنا، إلى أن المشرع المغربي نص صراحة على أن العقود الصادرة في الخارج بإنهاء الرابطة الزوجية أمام الموظفين العموميين المختصين تعتبر مثلها مثل الأحكام الأجنبية القاضية بإنهاء رابطة الزوجية، ومن ثم يجري تذييلها بالصيغة التنفيذية، وذلك رغبة منه في ترتيب آثار الطلاق الذي يقع خارج المحاكم، كما هو الشأن بالنسبة لأغلب حالات الطلاق الذي يقع في الدول الإسكندنافية وخاصة الدانمارك التي تعرف هذا النظام.⁽¹⁷⁾

وبموجب الاتفاقية القضائية الفرنسية المغربية المؤرخة في 12 يناير 1960 يكتسي الحكم القضائي المغربي بقوة القانون حجية الشيء المقضي به في فرنسا ويصبح واجب التنفيذ بمجرد تسجيله وقيده في سجلات الحالة المدنية الفرنسية طالما أن هذا الحكم صادر عن سلطة قضائية مختصة ووفقاً لإجراءات سليمة وأصبح نهائياً، ولا يتعارض مع حكم قضائي صادر في فرنسا ولا يصطدم مع النظام العام الفرنسي.⁽¹⁸⁾

ويثير موضوع تذييل الأحكام الأجنبية الصادرة في مادة الطلاق بعض الإشكالات تتعلق بأطراف الدعوى ومسألة الصلح، فهل يستطيع المدعي رفع الدعوى ضد النيابة العامة فقط دون توجيهها ضد الطرف الآخر؟ وهل يتوجب إتباع إجراء الصلح في حالة عدم إتباع القاضي الأجنبي لهذا الإجراء؟

طبقاً للقواعد العامة المقررة في رفع الدعوى في القانون المغربي، يتعين على المدعي أن يوجه الدعوى ضد الطرف الآخر واستدعاؤه قانوناً. ويتعين أيضاً مراعاة مدى احترام الحكم الأجنبي للمقتضيات الأساسية المنصوص عليها في مدونة الأسرة والتي تجعل من إجراء محاولة الصلح إجراء ضروري قبل اللجوء إلى الحكم بالطلاق. كما أن المادة 128 من مدونة الأسرة المغربية تشترط صراحة لتنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة في مادة الطلاق أن تكون هذه الأحكام مؤسسة على أسباب لا تتنافى مع التي قررتها المدونة لإنهاء العلاقة الزوجية.⁽¹⁹⁾

الفرع الأول

الجهة المختصة بالبت في طلب تذييل عقد أو حكم أجنبي بالصيغة التنفيذية

تنص المادة 607 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه: "يقدم طلب منح الصيغة التنفيذية للأوامر والأحكام والقرارات والعقود والسندات التنفيذية الأجنبية، أمام محكمة مقر المجلس التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المنفذ عليه أو محل التنفيذ".

وبالنسبة لإجراءات تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي فتتم وفقا للطرق العادية في قانون القاضي؛ أي عن طريق التكليف بالحضور، ويمكن الطعن في الحكم الصادر في دعوى الأمر بالتنفيذ⁽²⁰⁾. ويتم ذلك وفقا للقواعد العادية المقررة في القانون والتي تنظم طرق الطعن في الأحكام⁽²¹⁾.

وطبقا لنص الفصل 430 من قانون المسطرة المدنية المغربية، فإن الاختصاص بالبت في طلب تذييل عقد أو حكم أجنبي بالصيغة التنفيذية يرجع للمحاكم الابتدائية ذات الولاية العامة، ويرجع الاختصاص المحلي للمحكمة الابتدائية التي يوجد بها موطن أو محل إقامة المدعى عليه أو لمكان التنفيذ عند عدم وجودهما، والمقصود بمكان التنفيذ المكان الذي سيتم فيه إبرام عقد الزواج الجديد⁽²²⁾. أما في الأردن، فيتعين على طالب التنفيذ أن يرفع دعواه أمام المحكمة الابتدائية طبقا للمادة الثالثة من قانون تنفيذ الأحكام، ويتم ذلك وفقا للقواعد العامة في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني⁽²³⁾.

واستنادا إلى الفصل 431 من قانون المسطرة المدنية المغربي يجب على المدعي الراغب في تذييل الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية إرفاق طلبه بالوثائق التالية:

- 1- نسخة رسمية من الحكم
- 2- أصل التبليغ أو كل وثيقة أخرى تقوم مقامه
- 3- شهادة من كتابة الضبط المختصة بعدم التعرض والاستئناف والطعن بالنقض
- 4- ترجمة تامة إلى اللغة العربية عند الاقتضاء للمستندات المشار إليها أعلاه.

بالإضافة إلى ذلك، يجب التصديق على الوثائق المشار إليها أعلاه مصادق عليها من قبل وزارة الخارجية، وتأكيدا لذلك، جاء في إحدى حيثيات حكم المحكمة الابتدائية بتطوان ما يلي: "حيث لم يقيم نائب المدعي (رغم إنذاره من طرف المحكمة) بالمصادقة على ترجمة الحكم الأجنبي وكذا ترجمة شهادة عدم التعرض أو الاستئناف أمام مصالح وزارة الخارجية، مثلما يستلزم ذلك الفصل 7 من ظهير 1915/07/25 المتعلق بإثبات صحة الإمضاءات والفصول 29 و30 من مرسوم 1970/01/29 المتعلق باختصاصات الأعوان الدبلوماسيين والقناصل. وحيث تبقى الدعوى على حالتها معيبة شكلا ويتعين التصريح بعدم قبولها"⁽²⁴⁾.

وجدير بالذكر، أنه بإمكان المحكمة أن تقوم بتجزئة تذييل الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية، فتكتفي بتذييل جزء من هذا الحكم وتمتنع عن تذييل الجزء الآخر إذا كان يتعارض مع النظام العام المغربي. كما لو كنا بصدد حكم أجنبي صادر بين مسلمين يقضي بالطلاق وأداء مبلغ مالي كنفقة شهرية لفائدة طفل غير شرعي بين الطرفين، فهنا تقضي المحكمة المغربية بتذييل الحكم الأجنبي في الجزء

المتعلق بالطلاق وترفض تذييل الجزء المتعلق بأداء النفقة الشهرية للابن غير الشرعي لتعارض ذلك مع النظام العام المغربي.⁽²⁵⁾

ومن تطبيقات القضاء المغربي في هذا الشأن قرار محكمة الاستئناف بالناظور، حيث جاء في إحدى حيثيات هذا القرار ما يلي: "وحيث أنه لما كان الطلاق بين الزوج وقد أثبت رغبته في ذلك حينما التجأ إلى القضاء الأجنبي هو وزوجته لاستصدار حكم في الموضوع وطالبا حاليا بتذييل هذا الحكم بالطلاق للشقاق، فإنه ليس به ما يخالف النظام العام المغربي ((قرار صادر عن المجلس الأعلى تحت عدد: 333 بتاريخ 2005/06/15 في الملف الشرعي عدد: 2004/1/2/668))

وحيث يتعين تأسيسا على ما ذكر أعلاه إلغاء الحكم المستأنف عينها قضى به والحكم تصديا بتذييل الحكم الأجنبي في شقه المتعلق بالطلاق".⁽²⁶⁾

وقد أكدت الاتفاقية المصرية المغربية على ضرورة تنفيذ الأحكام الأجنبية في مادة الحضانة، حيث جاء في المادة 20 ما يلي: "لا يحق لأي من الدولتين المتعاقبتين رفض تنفيذ حكم بات قابلا للتنفيذ وصادرا من محاكم الدولة المتعاقدة الأخرى في أي من الحالتين الآتيتين:

- 1 - إذا كانت المحكمة التي أصدرت الحكم هي المحكمة التي ينتمي إليها الزوجان بجنسيتها أو محكمة إقامة من له حق الحضانة من غير الزوجين.
- 2 - إذا طبقت المحكمة في الحكم الصادر منها:
أ (القانون الذي ينتمي إليه الزوجان بجنسيتها إذا كانا ينتميان لجنسية واحدة.
ب) قانون إقامة الوالدين الفعلية المشتركة، أو قانون إقامة أحد الوالدين الذي يعيش معه الطفل بصفة عادية إذا كانا ينتسبان إلى جنسيتين مختلفتين.

وفي الحالتين السابقتين يكون للحكم الصادر حجبه من حيث وقائعه وحيثياته التي بني عليها الحكم لدى الدولة المطلوب منها التنفيذ".

الفرع الثاني

طبيعة وآثار الحكم القاضي بتذييل العقد أو الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية

لا خلاف حول تمتع الحكم الوطني القاضي بتنفيذ الحكم الأجنبي بحجية الشيء المقضي فيه، ولكن الخلاف يثور حول تحديد طبيعة هذه الحجية وحول ما إذا كان يرتب آثاره خارج حدود دولته؟

أولا: طبيعة الحكم الصادر في دعوى التذييل بالصيغة التنفيذية:

ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى الاعتراف بالحجية المطلقة للحكم القضائي الوطني الصادر بمنح الأمر بالتنفيذ بوصفه حكما مرتبا لآثار الحكم الأجنبي المراد تنفيذه. واعتبر جانب آخر من الفقه الفرنسي أن الحجية التي يتمتع بها الحكم الفرنسي الصادر بمنح الأمر بالتنفيذ هي حجية نسبية باعتبار أن هذا الحل يحقق حماية للغير.⁽²⁷⁾

ولم يتطرق المشرع الجزائري ولا المشرع المغربي إلى طبيعة الحكم الصادر في دعوى تذييل حكم الطلاق الأجنبي بالصيغة التنفيذية بنص صريح، وهذا ما جعل البعض يرى بأن هذا الحكم يقبل الطعن، ولا شك أن هذا سيعقد ويظيل الإجراءات على الأطراف المعنية. وعلى هذا يرى الأستاذ عبد السلام زوير، أنه يجب على المشرع أن ينص صراحة على أن الأحكام الصادرة في دعوى التذييل بالصيغة التنفيذية في مسائل الأحوال الشخصية تكون نهائية وغير قابلة للطعن، كما هو الشأن بالنسبة للأحكام الصادرة في موضوع إنهاء الرابطة الزوجية.

ثانيا: آثار الحكم القاضي بتذييل العقد أو الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية:

ستوضح لنا هذه الآثار من خلال الإجابة على السؤال التالي: هل يُطبق الحكم القاضي بالتذييل بالصيغة التنفيذية بأثر فوري أم بأثر رجعي؟

ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن الحكم الصادر بتذييل الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية يتمتع بحجية الشيء المقضي به، وأنه منشأ للحق ومبيناً له. وذهب رأي آخر إلى القول بأن الحكم الصادر بإعطاء الصيغة التنفيذية ليس منشأ للحق، بل هو كاشف للحقوق المتضمنة في الحكم الأجنبي قبل تذييله، وعلى ذلك فإن هذا الحكم لا ينهي العلاقة الزوجية بين الطرفين، وإنما يصادق على الحكم الأجنبي القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية متى توافرت شروط معينة. وهذا يعني أن الحكم الصادر بتذييل الحكم الأجنبي له أثر رجعي⁽²⁸⁾. ويرتب القرار القاضي بمنح الصيغة التنفيذية الصادر في فرنسا مفاعيله، ويتمتع بالقوة التنفيذية مثله مثل أي حكم قضائي فرنسي، ويتم تنفيذه وفقاً لطرق التنفيذ في القانون الفرنسي.⁽²⁹⁾

الفرع الثالث

تنفيذ أحكام الطلاق الأجنبية في إطار اتفاقيات التعاون القضائي الدولي

من الخصائص المميزة للقانون الدولي الخاص تنوع مصادره، ومن ذلك المعاهدات المبرمة في إطار مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص. وكذلك المعاهدات الدولية الثنائية المبرمة في مختلف الميادين، والتي يكون الغرض الأساسي منها هو ضمان تعاون قضائي متبادل. وتجدر الإشارة هنا أيضاً إلى أهمية البروتوكول الإداري المبرم بين المغرب وبلجيكا في سنة 1979 والمتعلق بتطبيق القواعد المنظمة لحالة الأشخاص فوق إقليم البلدين. والذي أخضع الشروط الشكلية للزواج لقانون محل الإبرام مع ضرورة احترام القانون الشخصي للمقبلين على الزواج فيما يخص الشروط الموضوعية. كما اعتبر البروتوكول المذكور أعلاه أن أحكام الطلاق الموقعة بالمغرب تتمتع فوق التراب البلجيكي بنفس الأثر القانوني الذي يمنح لأحكام الطلاق الصادرة في بلد أجنبي آخر.⁽³⁰⁾

ومن أمثلة الاتفاقيات الثنائية: اتفاقية التعاون القضائي المتبادل ومنح الصيغة التنفيذية للأحكام وتسليم المجرمين المبرمة بتاريخ 5 أكتوبر 1957 بين المغرب وفرنسا، حيث تم الاتفاق فيها على ما يلي:

1- التعاون القضائي في المواد المدنية والتجارية.

2- منح الصيغة التنفيذية للقرارات الصادرة عن المحاكم المغربية والفرنسية. وقد نص الفصل 15 من الاتفاقية على شروط منح الصيغة التنفيذية:

1- صدور قرار عن هيئة مختصة وفقا لقواعد القانون الدولي الخاص في البلد المراد تنفيذ هذا القرار فيه.

2- استدعاء الأطراف بصورة قانونية أو التصريح بتخلفهم.

3- أن يكتسب الحكم أو القرار قوة الشيء المقضي به.

4- ألا يتعارض مع النظام العام للبلد الذي صدر فيه.⁽³¹⁾

المطلب الثاني

مشكلة الاعتراف بالطلاق في نظم الأحوال الشخصية غير الإسلامية

تثور مشكلة الاعتراف بالطلاق في نظم الأحوال الشخصية غير الإسلامية عندما يرغب الزوجان معا في إنهاء الرابطة الزوجية بإرادتهما المشتركة، أو عندما يرغب الزوج في فك الرابطة الزوجية بإرادته المنفردة وفقا لقانونه الوطني. ثم يريد التمسك والاحتجاج بآثار هذا الطلاق في دولة أخرى لا تعرف نظام الطلاق بالتراضي ولا نظام الطلاق بإرادة الزوج المنفردة المعروفين في الشريعة الإسلامية. ومن ثم فإن الطلاق الإسلامي معرض لعدم الاعتراف به في الدول الأوروبية لمخالفته النظام العام الأوروبي بشأن الطلاق.⁽³²⁾

ولقد جرى القضاء الفرنسي إعمالا لفكرة النظام العام على رفض الاعتراف بالطلاق بالإرادة المنفردة الذي يتم توقيعه في فرنسا ولو صدر من زوج يجيز له قانونه الشخصي ذلك، واستنادا إلى فكرة الأثر المخفف للنظام العام يتم الاعتراف بآثاره في فرنسا إذا نشأ صحيحا في الخارج.

ولكنه ذهب في أحيانا أخرى، إلى رفض الاعتراف بآثار الطلاق الذي يتم بإرادة الزوج المنفردة في الخارج إذا كانت ثمة صلة تربط الزوجة بالإقليم الفرنسي. فلو طالبت زوجة جزائرية مقيمة بفرنسا بحقها في النفقة أمام القضاء الفرنسي وقام الزوج بتطبيقها بإرادته المنفردة وفقا لقانونه الشخصي بهدف التنصل من التزامه بالنفقة. فإن هذا الطلاق لا يرتب آثاره في فرنسا بشرط أن تكون هذه الزوجة مقيمة في الإقليم الفرنسي.⁽³³⁾

الفرع الأول

أساس تطبيق القانون الأجنبي وإثباته

إذا ما أشارت قاعدة الإسناد في قانون القاضي باختصاص القانون الأجنبي في مادة الطلاق، فإن تطبيقه أمام القاضي الوطني يثير تساؤلات عدة تدور في مجملها حول ما يلي: ما هو أساس تطبيق القانون الأجنبي؟ وبأي صفة يطبق القانون الأجنبي أمام القاضي الوطني؟ وما هو الحل المتبع في حالة تعذر إثباته؟

فيما يتعلق بأساس تطبيق القانون الأجنبي هناك اتجاهان:

الاتجاه الأول: القانون الأجنبي واقعة: ترى هذه المدرسة أن القاضي الوطني عندما يطبق القانون الأجنبي لا يطبقه بوصفه قانونا ملزما له، بل يطبقه بصفته واقعة، لأنه يجب عليه الامتثال فقط لأوامر مشرعه الوطني. ويترتب على هذا الاعتبار ألا يطبق القاضي الوطني القانون الأجنبي من تلقاء نفسه، وإنما بناء على تمسك الخصوم به وإثارته، ويقع على عاتقهم أيضا إثبات أحكامه باعتباره واقعة من وقائع الدعوى. ومن ثم يمنع على القاضي أن يحكم بعلمه الشخصي بمضمون القانون الأجنبي. وأخيرا لا تخضع المحكمة لرقابة محكمة النقض فيما يخص إثبات وتفسير القانون الأجنبي.

إن الأساس الذي قامت عليه هذه النظرية هو احترام مبدأ سيادة الدولة ومن ثم يتعين على القاضي الإذعان لأوامر المشرع الوطني دون الأجنبي. والحقيقة أن هذا التبرير لم يعد له ما يبرره في عصرنا الحالي أمام ازدياد وتنامي العلاقات والتعاملات المبرمة بين الوطنيين والأجانب.⁽³⁴⁾

الاتجاه الثاني: احتفاظ القانون الأجنبي بصفته القانونية: إن عبور القانون الوطني الحدود الأجنبية لا يفقده الصفة القانونية، وترتيباً لذلك يرى الفقه الإيطالي أن القانون الأجنبي يندمج في القانون الوطني ويطبقه القاضي بوصفه كذلك، بينما أسند جانب من الفقه الفرنسي والألماني أساس هذا التطبيق إلى تفويض المشرع الوطني بواسطة قاعدة الإسناد مشرعي الدول في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض⁽³⁵⁾. وقد اعتبرت محكمة التمييز الأردنية في حكم صادر لها سنة 1983 أن القانون الأجنبي الواجب التطبيق يحتفظ أمام القضاء الوطني بصفته القانونية، وأنه يجب على المحكمة الوطنية المكلّفة بنظر الدعوى البحث عن مضمون القانون الأجنبي وتطبيقه مثلما تطبق القانون الوطني.⁽³⁶⁾

ويترتب على الأخذ بهذا الاتجاه المثبت لصفة الإلزام النتائج التالية:

- أنه يجوز التمسك بإعمال قاعدة التنازع في أي مرحلة من مراحل الدعوى
- يعد إغفال قاضي الموضوع قاعدة الإسناد أو خطئه في تطبيقها أو تفسيرها سببا مبررا للطعن في حكمه أمام المحكمة العليا.
- لا يتوقف إعمال قاعدة الإسناد من قبل القاضي على إثارة الخصوم لها فقط، وإنما يجب عليه مراعاة تطبيقها حتى ولو اتفق الخصوم على استبعادها.⁽³⁷⁾

صحيح أن القاضي الوطني يعرف قانونه أكثر مما يعرف القانون الأجنبي الذي قد يكون مجهولا بالنسبة له. ولكن يجب ألا نعتبر القانون الأجنبي مجرد واقعة. فالقاضي الوطني عندما يطبق القانون الأجنبي، فإنما يفعل ذلك بناء على أمر من قاعدة الإسناد الوطنية. وإذا كانت هناك صعوبة في إثبات القانون الأجنبي في الماضي، فقد زالت هذه الصعوبة مع عصر التكنولوجيا والانترنت وأصبح بوسع القاضي إثبات مضمون القانون الأجنبي ببسر وسهولة. وأخيرا فإن رفض الصفة القانونية للقانون الأجنبي يؤدي إلى إهدار تقنية قواعد التنازع، ولا فائدة عندئذ مرجوة من قانون لا يطبق⁽³⁸⁾. وعلى هذا الأساس إذا

أشارت قاعدة الإسناد باختصاص القانون الأجنبي فإن المقصود به ليس المعنى الضيق المتمثل في القانون فقط، وإنما يشمل كل ما يعتبره المشرع الأجنبي قانوناً أو مصدراً تستمد منه القواعد القانونية⁽³⁹⁾. كما أن إعراض القاضي الوطني عن تطبيق قاعدة الإسناد وعدم تطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه قاعدة الإسناد يترتب عليه عدم تنفيذ الأحكام القضائية الوطنية في الخارج.⁽⁴⁰⁾

لقد تباينت مواقف التشريعات العربية بخصوص مسألة مدى إلزامية قاعدة الإسناد، فمنها من رفض منح الصفة الإلزامية لقاعدة التنازع كالمشرع الكويتي والإماراتي الذين جعلوا تطبيق قاعدة الإسناد منوط بإرادة الخصوم، في حين امتنعت بعض التشريعات العربية عن النص صراحة على الصفة الإلزامية أو الاختيارية لقاعدة التنازع. وفي كل الأحوال فإن قاعدة التنازع بوصفها قاعدة وطنية قانونية في حد ذاته دليل كاف على توافر معنى الإلزام. ومن هذا المنطلق وجب على القاضي تطبيقها حتى ولو اتفق الخصوم صراحة على استبعادها وتمسكوا بتطبيق القانون الوطني.⁽⁴¹⁾

أما في حالة تعذر إثبات القانون الأجنبي، فلا مناص للقاضي الوطني من الفصل في النزاع وفقاً لأحكام القانون الوطني، وهذا ما يجنب الخصوم النتائج المترتبة على رد دعواهم بحجة تعذر إثبات القانون الأجنبي⁽⁴²⁾. وهذا ما كرسه المشرع الجزائري في المادة 23 مكرر من القانون المدني والتي جاء فيها ما يلي: "يطبق القانون الجزائري إذا تعذر إثبات القانون الأجنبي الواجب تطبيقه".

وبالنسبة لقوة حكم التطبيق الأجنبي في الإثبات في فرنسا فيتنازع المسألة اتجاهان كما يلي:

الاتجاه الأول: حكم التطبيق الأجنبي كسند: يذهب الرأي الفقهي الغالب في فرنسا إلى إعطاء حكم التطبيق الأجنبي قوة الإثبات، وذلك قبل صدور الأمر التنفيذي من قبل القضاء الفرنسي. مع ملاحظة أن التمسك بقوة الحكم الأجنبي في الإثبات لا يعني الاعتراف له بحجية الأمر المقضي به. بل تبقى للقاضي الفرنسي حرية تقدير ما أثبت في الحكم الأجنبي.⁽⁴³⁾

الاتجاه الثاني: حكم التطبيق الأجنبي كواقعة: ذهب رأي ثان في الفقه الفرنسي إلى اعتبار حكم التطبيق الأجنبي كواقعة؛ وبالتالي يترتب آثاره حتى ولو لم يصدر أمر تنفيذه من قبل القضاء الفرنسي. وتطبيقاً لذلك يحق للزوجة إبرام زواج جديد في فرنسا. ما دام أن الحكم الأجنبي بهذه الصفة يصلح لأن يكون سبباً صحيحاً لإنشاء مراكز قانونية جديدة.⁽⁴⁴⁾

الفرع الثاني

تكيف الطلاق الإسلامي في فرنسا

لقد أوضح الفقيه الفرنسي " لوسوارن " (Loussouarn) بأنه رغم عدم معرفة النظام القانوني الفرنسي للطلاق الذي يوقعه الزوج المسلم على زوجته، فإن القضاء الفرنسي كيفه ضمن الفئة المسندة الخاصة بطرق وأسباب انحلال الزواج ومن ثم يخضع للقانون الوطني للزوجين وفقاً لما تقضي به قاعدة الإسناد الخاصة بالطلاق في القانون الفرنسي.

ويلاحظ بأن القضاء الفرنسي قد اتجه في أغلب الأحيان إلى مماثلة نظام الطلاق الإسلامي بالتطليق حتى بالنسبة للطلاق الذي يوقعه الزوج بإرادته المنفردة متى قبلت به الزوجة ورضيت به. والواقع عندنا أن الطلاق بإرادة الزوج المنفردة يختلف عن التطليق.⁽⁴⁵⁾

ولم يقتصر تكييف الطلاق على أنه تطليق على الفقه والقضاء الفرنسي فحسب، بل امتد إلى الاتفاقية الفرنسية المغربية التي ماثلت الطلاق بحكم التطليق من حيث شروط الاعتراف به، حيث جاء في الفصل الثالث عشر ما يلي: "تترتب عن عقود انحلال ميثاق الزوجية المخاطب عليها من طرف قاض بالمغرب والواقعة بين زوجين مغربيين طبقاً لقانونهما الوطني آثارها بفرنسا ضمن نفس الشروط المطلوبة في أحكام التطليق الصادرة في الدول الأخرى.

تترتب عن عقود انحلال الزوجية طبقاً للقانون المغربي بين زوج مغربي وزوجته الفرنسية المخاطب عليها من طرف قاض بالمغرب آثارها بفرنسا عند صيرورتها انتهائية بطلب من الزوجة ضمن نفس الشروط المطلوبة في أحكام التطليق".

لقد قبل القضاء الفرنسي بفكرة الاختصاص المشترك في منازعات التطليق بين القاضي الفرنسي والقاضي الأجنبي، ويرجع أصل ذلك إلى حكم "سيميتش" أين اعتبرت المحكمة الفرنسية أن القضاء الفرنسي لا يكون مختص لوحده بنظر دعوى التطليق وإنما يتأتى ذلك للمحكمة الأجنبية متى ارتبط النزاع بشكل واضح بالدولة التي رفع إليها النزاع وما لم يكن ثمة تحايل.⁽⁴⁶⁾

وقد نصت على ازدواجية الاختصاص القضائي أيضاً الاتفاقية الفرنسية المغربية، حيث جاء في الفصل الحادي عشر منها ما يلي: "يمكن أن تكون محاكم إحدى الدولتين التي يقع بها موطن الزوجين المشترك أو آخر موطن مشترك لهما مختصة وفق الفقرة (أ) من الفصل السادس عشر من اتفاقية التعاون القضائي وتنفيذ الأحكام المؤرخة في خامس أكتوبر 1957 بالنظر في الفرقة بين الزوجين.

غير أنه إذا كان الزوجان من جنسية واحدة لإحدى الدولتين فيمكن لمحاكم هذه الدولة أن تكون مختصة أيضاً أياً كان موطن الزوجين وقت تقييد الدعوى.

إذا قدمت دعوى أمام محكمة إحدى الدولتين وقدمت ثانية بين نفس الأطراف وفي نفس الموضوع أمام محكمة الدولة الأخرى فيجب على المحكمة المحالة إليها الدعوى الثانية أن ترجئ البت فيها".

الفرع الثالث

شروط حيازة حكم التطليق الأجنبي حجية الأمر المقضي في فرنسا

حتى يتمتع الحكم الأجنبي بالحجية في فرنسا، لا بد من توافر شروط معينة وإتباع إجراءات لازمة من أجل تقرير نفاذ الحكم الأجنبي. وهذا ما سنبينه من خلال ما يلي:

أولاً: إجراءات تقرير نفاذ الحكم الأجنبي في فرنسا: يستلزم تقرير نفاذ الأحكام الأجنبية في فرنسا رفع دعوى تقرير النفاذ، وترفع هذه الدعوى أمام المحاكم المدنية وفقاً لما تقضي به إجراءات الخصومة المدنية

العادية في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي. ولكن موضوع هذه الدعوى يقتصر فقط على تقرير نفاذ الحكم الأجنبي وإسباغ حجية الأمر المقضي، وليس إعادة النظر من جديد في النزاع الذي فصل فيه هذا الحكم. وعلى هذا الأساس تقرر المحكمة إما إعطاء الأمر بالتنفيذ متى توافرت الشروط اللازمة لذلك، وإما رفض تقرير نفاذ الحكم الأجنبي في حالة تخلف الشروط، ونشير هنا إلى أنه بإمكان طالب تقرير نفاذ الحكم الأجنبي أن يطعن على رفض طلبه.⁽⁴⁷⁾

ثانياً: شروط تقرير نفاذ الحكم الأجنبي في فرنسا: حتى يصدر الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي، يتعين على القاضي الفرنسي أن يتأكد من توافر خمسة شروط، وهي: التأكد من اختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرت الحكم، وسلامة إجراءات المرافعات واحترام قواعد الإسناد الفرنسية، وعدم مخالفة النظام العام وتجنب الغش نحو القانون.⁽⁴⁸⁾

وفيما يخص شرط الاختصاص التشريعي، فقد حرص القضاء الفرنسي على التأكيد في العديد من الأحكام الصادرة عنه بخصوص منازعات الطلاق على ضرورة احترام قاعدة الإسناد الخاصة بالطلاق كما ورد في حكم " غوبي " الصادر في 03 نوفمبر 1983.

وهكذا، فإنه يتعين لتطبيق الحكم الأجنبي في مادة الطلاق أن يكون قد صدر وفقاً لما يقضي به نص المادة 310 من القانون المدني الفرنسي، وعلى ذلك إذا كان الزوجان من جنسية واحدة فيخضع التطلق والانفصال لقانونهما الوطني المشترك، وإذا اختلفت جنسية الزوجين طبقاً لقانون موطنهما المشترك، وإلا طبق القانون الفرنسي باعتباره قانون محكمة النزاع.⁽⁴⁹⁾

واستثناء، يمكن الاحتجاج بأحكام التطلق الأجنبية في فرنسا بصفة خاصة دون حاجة لتقرير نفاذها، ويرجع أصل هذا الاستثناء إلى حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 28 فبراير 1860 في قضية " بولكلي " حيث اعترفت بالحكم الأجنبي القاضي بتطلق سيدة دون حاجة لإصدار الأمر بالتنفيذ، ومن ثم اضطرت أحكام القضاء الفرنسي على الاحتجاج بأحكام الأجنبية في مسائل الحالة والأهلية وذلك من دون حاجة إلى تقرير نفاذها من قبل القضاء الفرنسي. وقد تم تكريس هذا الاستثناء في الاتفاقية الفرنسية المغربية لسنة 1981 حيث جاء في الفصل الرابع عشر ما يلي: " يمكن خلافاً لمقتضيات الفصل السابع عشر من اتفاقية التعاون القضائي وتنفيذ الأحكام المؤرخة في خامس أكتوبر 1957 نشر الأحكام المتمتعة بقوة الشيء المقضي به المتعلقة بحالة الأشخاص وتسجيلها في سجلات الحالة المدنية دون ما حاجة إلى تذييلها بالصيغة التنفيذية".

ويشترط لتطبيق هذا الاستثناء ألا يكون من شأن الحكم الأجنبي المراد الاحتجاج به التنفيذ على المال أو الإكراه على الشخص، وتطبيقاً لذلك لا يحتج بحكم التطلق الأجنبي للحصول على ما قضى به من نفقة في فرنسا، ولا الحكم الأجنبي القاضي بإسناد الحضانة وضم الصغير، إلا بعد تقرير نفاذه من قبل

القضاء الفرنسي. بينما الجزء من الحكم الأجنبي الذي يقضي بالتطبيق أو النفقة يمكن الاحتجاج به دون حاجة لتقرير نفاذه.⁽⁵⁰⁾

خاتمة

لقد تناولنا في هذه الدراسة شروط تنفيذ أحكام الطلاق الأجنبية في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة، وعرضنا أيضا لمشكلة الاعتراف بالطلاق الإسلامي في الدول غير الإسلامية. وتبين لنا أنه لا فائدة مرجوة من أعمال تقنية تنازع القوانين إذا لم يتم تطبيق الحكم القضائي الأجنبي، ولذلك يجب العمل من أجل ضمان تنفيذه حتى لا يعود ذلك بالسلب على مصالح وحاجيات الأزواج وحالتهم الشخصية، ومن ثم يجب العمل على توحيد الأحكام فيما يتعلق بشروط تنفيذ أحكام الطلاق الأجنبية والحد من الاختلاف خاصة بين الدول العربية ذات المرجعية الواحدة، ويتحقق ذلك عن طريق إبرام اتفاقيات جماعية وثنائية تعالج مشكلات تنفيذ أحكام الطلاق الأجنبية، والاعتراف بالطلاق والاحتجاج به لدى الدول غير الإسلامية.

الهوامش:

- 1- انظر، جمال محمود الكردي، مصير الطلاق الإسلامي لدى الاحتجاج به في الدول غير الإسلامية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 1999، ص129.
- 2- انظر، محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقه في النظام القانوني الجزائري، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، الجزائر، 2009، ص188.
- 3- انظر، جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص130، ص131.
- 4- انظر، محمد سعادي، المرجع السابق، ص188.
- 5- انظر، حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الكتاب الثاني، (الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص316.
- 6- انظر، صالح جاد المنزلاوي، الاختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية والاعتراف والتنفيذ الدولي للأحكام الأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص189، ص190.
- 7- انظر، جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص127، ص128.
- 8- انظر، صالح جاد المنزلاوي، المرجع السابق، ص193، ص194.
- 9- انظر، محمد سعادي، المرجع السابق، ص190؛ انظر، محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2009، ص359.
- 10- Mohand Issad, droit international privé(les regles materielles), office des publication universitaires Algérie, 1986, P65.
- 11- انظر، حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الكتاب الثاني، (الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم)، المرجع السابق، ص368.
- 12- انظر، السعدية بلخير، الروابط العائلية في القانون الدولي الخاص المغربي، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية المغرب، 1988، ص112.
- 13- انظر، بيارماير، فانسان هوزيه، ترجمة علي محمود مقلد، القانون الدولي الخاص، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، لبنان، 2008، ص340 وما بعدها.
- 14- انظر، بيارماير، فانسان هوزيه، ترجمة علي محمود مقلد، نفس المرجع، ص397.

- 15- تنص المادة 128 من مدونة الأسرة المغربية على ما يلي: "المقررات القضائية الصادرة بالتطبيق أو بالخلع أو بالفسخ، تكون قابلة للتنفيذ إذا صدرت عن محكمة مختصة وأسست على أسباب لا تتنافى مع التي قررتها هذه المدونة، لإنهاء العلاقة الزوجية، وكذا العقود المبرمة بالخارج أمام الضباط والموظفين العموميين المختصين بعد استيفاء الإجراءات القانونية بالتدبير بالصيغة التنفيذية، طبقاً لأحكام المواد 430 و 431 و 432 من قانون المسطرة المدنية".
- 16- انظر، عبد السلام زوير، شرح مدونة الأسرة، جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، الرباط، 2008، ص217، ص218.
- 17- انظر، عبد السلام زوير، تدبير الأحكام والعقود الأجنبية الصادرة بإنهاء العلاقة الزوجية بالصيغة التنفيذية، www.oualidou.jeeran.com، ص5.
- 18- انظر، أحمد زوكاغي، القضاء الفرنسي والجالية المغربية، مكتبة دار السلام، الطبعة الأولى، الرباط، 1996، ص123.
- 19- انظر، عبد السلام زوير، تدبير الأحكام والعقود الأجنبية الصادرة بإنهاء العلاقة الزوجية بالصيغة التنفيذية، المرجع السابق، ص7، ص8.
- 20- انظر، محمد سعادي، المرجع السابق، ص196.
- 21- انظر، حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الكتاب الثاني، (الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم)، المرجع السابق، ص401.
- 22- انظر، عبد السلام زوير، تدبير الأحكام والعقود الأجنبية الصادرة بإنهاء العلاقة الزوجية بالصيغة التنفيذية، المرجع السابق، ص6، ص7.
- 23- انظر، محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص378، ص379.
- 24- انظر، عبد السلام زوير، تدبير الأحكام والعقود الأجنبية الصادرة بإنهاء العلاقة الزوجية بالصيغة التنفيذية، المرجع السابق، ص10.
- 25- انظر، عبد السلام زوير، شرح مدونة الأسرة، المرجع السابق، ص223.
- 26- انظر، قرار محكمة الاستئناف بالناظور، رقم 515 الصادر بتاريخ 2006/11/22، ملف رقم 301-9-05 وزارة العدل، المملكة المغربية.
- 27- انظر، حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الكتاب الثاني (الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم)، المرجع السابق، ص400، ص401.
- 28- انظر، عبد السلام زوير، تدبير الأحكام والعقود الأجنبية الصادرة بإنهاء العلاقة الزوجية بالصيغة التنفيذية، المرجع السابق، ص13، ص14.
- 29- انظر، بيار ماير، فانسان هوزيه، ترجمة علي محمود مقلد، المرجع السابق، ص395.
- 30- انظر، السعدية بلخير، المرجع السابق، ص113، ص118.
- 31- انظر، السعدية بلخير، نفس المرجع، ص114، ص116.
- 32- انظر، جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص13.
- 33- انظر، عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص629، ص630.
- 34- انظر، محمد وليد هاشم المصري، مدى تلازم النظرة الإلزامية إلى قاعدة الإسناد والقانون الأجنبي أمام القاضي الوطني " نحو موقف موحد لتشريعات القانون الدولي الخاص العربية"، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2008، العدد35، ص249، ص250.
- 35- انظر، عكاشة محمد عبد العال، تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي اللبناني، مجلة الدراسات القانونية، جامعة بيروت العربية، كلية الحقوق، 1998، العدد الأول، ص12.
- 36- انظر، محمد وليد هاشم المصري، مدى تلازم النظرة الإلزامية إلى قاعدة الإسناد والقانون الأجنبي أمام القاضي الوطني " نحو موقف موحد لتشريعات القانون الدولي الخاص العربية"، المرجع السابق، ص242.
- 37- انظر، عكاشة محمد عبد العال، تطبيق القانون الأجنبي أمام القاضي اللبناني، المرجع السابق، ص18.
- 38- انظر، محمد وليد هاشم المصري، مدى تلازم النظرة الإلزامية إلى قاعدة الإسناد والقانون الأجنبي أمام القاضي الوطني " نحو موقف موحد لتشريعات القانون الدولي الخاص العربية"، المرجع السابق، ص252، ص253.
- 39- انظر، مبروك بنموسى، القانون الأجنبي من خلال المجلة التونسية للقانون الدولي الخاص، المجلة العربية للفقهاء والقضاء، الأمانة العامة لجامعة الدول العربية، 2005، العدد32، ص165.

- 40 - انظر، محمد وليد هاشم المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2009، ص225.
- 41- انظر، محمد وليد هاشم المصري، مدى تلازم النظرة الإلزامية إلى قاعدة الإسناد والقانون الأجنبي أمام القاضي الوطني " نحو موقف موحد لتشريعات القانون الدولي الخاص العربية "، المرجع السابق، ص242 وما بعدها.
- 42 - انظر، محمد وليد هاشم المصري، مدى تلازم النظرة الإلزامية إلى قاعدة الإسناد والقانون الأجنبي أمام القاضي الوطني " نحو موقف موحد لتشريعات القانون الدولي الخاص العربية "، المرجع السابق، ص257.
- 43- انظر، جمال محمود الكردي، المرجع السابق، ص147، ص148.
- 44 - انظر، جمال محمود الكردي، نفس المرجع، ص148، ص149.
- 45 - انظر، جمال محمود الكردي، نفس المرجع، ص170 وما بعدها.
- 46 - انظر، جمال محمود الكردي، نفس المرجع، ص175، ص176.
- 47- انظر، جمال محمود الكردي، نفس المرجع، ص150، ص151.
- 48 - انظر، جمال محمود الكردي، نفس المرجع، ص152، ص153.
- 49 - انظر، جمال محمود الكردي، نفس المرجع، ص191، ص192.
- 50 - انظر، جمال محمود الكردي، نفس المرجع، ص161، ص162.

مكانة الخطأ غير العمدى فى تنظيم العقاب على جرائم القتل والجرح فى قانون المرور

طباش عز الدين أستاذ المساعد

فى كلية الحقوق جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية

مقدمة

تشكل حوادث المرور النسبة الأعلى من حيث الأسباب المساهمة فى الإرتفاع الرهيب والملحوظ لجرائم القتل والإصابة غير العمدية فى العصر الحالى. إذ أن تطور وسائل المواصلات وبالخصوص وسائل النقل البرى، والاستعمال المتزايد لمختلف المركبات فى كل مجالات الحياة الاقتصادية والاجتماعية للفرد، جعل منها مصدر تهديد خطير لحياته وسلامته الجسدية وصلت إلى حد أنه لا يمر يوماً دون أن تنتشر تقارير مرهبة حول ضحايا تلك الحوادث التى تتسبب فيها تلك المركبات والتى غالباً ما تقع بشكل غير عمدى لأنه من النادر تصور وقوع حادث مرور مقصود.

ولمواجهة هذه الظاهرة تسعى التشريعات فى مختلف دول العالم نحو إرساء أنجح المدونات القانونية والتنظيمية لتوجيه حركة المركبات على نحو يقلل من خطورتها على حياة الأفراد، ولا أدل على ذلك إلاّ بجهود المشرع الجزائرى، الذى انتهج خطة تتضمن إجراء تعديلات للنصوص القانونية المتعلقة بحركة المرور، وذلك بتشديد العقوبات المقررة لمختلف المخالفات، إيماناً منه بأن العنصر البشرى هو المتسبب الرئيسى فى حوادث المرور، رغم ما لحالة الطرق وتهاون السلطات وظروف الطبيعة من دور لا يستهان به.

فقد تدخل فى آخر مناسبة بإصدار قانون 03/09 الذى تضمن أحكام أشد صرامة مما كان عليه فى الماضى.

وعليه سنحاول فى هذا البحث إبراز مدى فعالية تلك الأحكام وقدرتها على التقليل من ارتفاع الإجرام غير العمدى عبر الطرقات، وذلك عن طريق التركيز على الخطأ غير العمدى فى تنظيم العقاب على جرائم القتل والجرح الناتجة عن حوادث السير.

المبحث الأول

خصوصية فكرة الخطأ غير العمدى فى جرائم القتل والجرح الناتجة عن حادث مرور

سنتناول فى هذا المبحث مفهوم الخطأ غير العمدى بشكل وجيز ثم نحاول إبراز خصوصيته من حيث الصورة الأكثر وقوعاً فى جرائم المرور وهى مخالفة القوانين والأنظمة، إلاّ أن ذلك لا يمنع من إمكانية تصور قيام الخطأ فى هذه الجرائم بصوره الأخرى عندما يخالف الجانى واجبا للحيطه تفرضه قواعد الخبرة الإنسانية.

المطلب الأول

فكرة الخطأ غير العمدى فى قانون العقوبات

جرائم القتل والإصابة غير العمدية من الجرائم التي كثر بشأنها الجدل الفقهي من حيث انتماءها، فقد ذهب البعض إلى اعتبارها صورة للخروج عن مبدأ لا جريمة بدون ركن معنوي، وأدرجها في خانة الجرائم المادية التي لا تقتضي إثبات هذا الركن⁽¹⁾، ولعل ما يبرر ذلك هو صعوبة فهم فكرة الخطأ غير العمدية الذي يميّز أركان هذه الجرائم عن باقي جرائم العنف الأخرى.

هذه الفكرة التي ساد بشأنها غموض كبير رغم محاولات الفقه الجنائي توضيح عناصرها، وبالتالي تسهيل البحث عنه كركن أساسي لا تقوم لجرائم القتل والإصابة غير العمدية قائمة بدون إثباته، وهو الأمر الذي طالما ركزت عليه المحكمة العليا في بعض قراراتها كما في الذي صدر في 1973/05/22 حيث قالت فيه "على قضاة الاستئناف الذين قضوا بالإدانة من أجل الجرح غير العمدية، أن يبيّنوا في قرارهم عناصر الجريمة ومن بينها الخطأ الذي ارتكبه المتهم، وإلا كان قضاؤهم قاصر البيان مما يستوجب نقضه"⁽²⁾.

وبالرغم من هذا الحرص الظاهر من خلال هذا القرار على ضرورة الاهتمام بدور الخطأ غير العمدية في هذه الجرائم، إلا أنه في المقابل لا نجد في النصوص التشريعية ما يدعّم ذلك. فبالإضافة إلى عدم إعداد تعريف للخطأ كمبدأ عام، فإنه لم يؤخذ بعين الاعتبار في تقدير الجزاء، لأن هذا الأخير يحدده مقدار جسامة النتيجة، وهو التوجه نفسه الذي نجده في قانون المرور ولكن بدرجة أقل كما سنلاحظه فيما بعد.

أما بالنسبة للفقه الجنائي يتفق على أن فكرة الخطأ غير العمدية في القانون الجنائي تتضمن عنصرين أساسيين، الأول مرتبط بالإرادة عندما تتجه إلى مخالفة واجب الحيطة، والثاني مرتبط بالعلم، بحيث يشترط لإسناد الخطأ للجاني أن يتوفر لديه درجة من العلم تتمثل في التوقع أو على الأقل القدرة عليه.⁽³⁾ إذ أن العنصر الأول يبيّن المظهر المعيب للإرادة الذي تجسّد بآثار مادية تتضمن مخالفة إحدى واجبات الانتباه والحيطة، وهذا المظهر هو ما حاولت النصوص توضيحه من خلال تعداد صور له خاصة في المادة 288 من قانون العقوبات المتعلقة بالقتل غير العمدية، أما العنصر الثاني فهو معنوي بحت يبيّن مقدار العلم الذي يجب توافره على الأقل لاكتمال الركن المعنوي في صورة الخطأ غير العمدية، وهذا المقدار يتلخّص في ضرورة إثبات أن الجاني بمخالفته لواجب الانتباه والحيطة كان يتوقّع بأنه سيؤدّي إلى نتيجة غير مشروعة أو يكون قادراً على الأقل بتوقع تلك النتيجة، وهذا لم يشر إليه المشرّع في المادة 288 باعتبارها النص الأصلي الذي تضمّن كل صور الخطأ غير العمدية. وهو ما نعتبره غير كافي، لأن إثبات استخفاف الإرادة بالمصلحة المحمية عند مخالفة واجب الحيطة، سواء بإهمال أو عدم احتياط أو أي صورة أخرى لا يعبر وحده عن الجوانب النفسية والشخصية التي أدت إلى النتيجة، بل أن الاكتفاء بذلك لتقرير المسؤولية تعتبر صورة للاعتداء على مبدأ المسؤولية الأخلاقية الذي بنيت عليه القوانين العقابية، وهروباً نحو حلول سريعة حتى على حساب حقوق الأفراد وحرّياتهم، وهو إحياء لمظاهر المسؤولية المادية التي هي إحدى سمات المجتمعات البدائية.

فهذا المفهوم جائز الانطباق على جميع الجرائم غير العمدية، وقد أحالت المادة 65 من قانون المرور 14/01 أو المادة 67 من قانون 03/09 اللتان تحيلان إلى تطبيق أحكام المواد 288 و 289 من قانون العقوبات، مع إضافة طفيفة عبّر فيها المشرع عن الخطأ غير العمدية بفكرة التهاون أو التغافل أو عدم الامتثال لقواعد حركة المرور، وهي على كل حال مثال لصورة مخالفة الأنظمة والقوانين الواردة في المادة 288، بحيث تعتبر الصورة المميّزة للخطأ غير العمدية في جرائم القتل والإصابة الناتجة عن حوادث السيارات، ما دامت أن كل الاحتياطات المتعلقة بسلامة المرور عبر الطرق مدوّنة في شكل قوانين أو تنظيمات.

المطلب الثاني

مخالفة الأنظمة والقوانين هي صورة الخطأ الأكثر وقوعا في جرائم القتل والإصابة الناتجة عن حادث مرور.

وهي إحدى الصور الواردة في المادة 288 إلى جانب عدم الاحتياط والإهمال والرعونة وعدم الانتباه، وتعتبر مخالفة الأنظمة صورة خاصة تختلف في مضمونها وشكلها عن باقي صور الخطأ غير العمدية، لأنها تعبّر عن حالة مخالفة واجبات للحبطة منصوص عليها قانونا أو وردت في تنظيم معيّن، فهي غالبا ما تشكّل جريمة قائمة بذاتها بتكليف مخالفة في معظم الحالات، حتى وإن لم ينتج عن تلك المخالفة أي نتيجة إجرامية أخرى.

وتؤخذ عبارة "الأنظمة" بمفهوم واسع يشمل القوانين واللوائح التنظيمية من مراسيم وقرارات، والتنظيمات المتعلقة بالمهن والنشاطات المختلفة⁽⁴⁾، لذلك يدخل في هذا المفهوم قانون المرور واللوائح والمراسيم المتعلقة بتنظيم حركة المرور.

ورغم أن معظم قواعد المرور مقنّنة ومنظمة في شكل نصوص، إلا أن ذلك ليس معناه أن كل مخالفة لتلك الأنظمة تعتبر دليل على توافر الخطأ، إذ تتحكم فيها بعض القيود وهي:

الفرع الأول

ضرورة توافر الإرادة والعلم لاعتبار مخالفة الأنظمة صورة للخطأ غير العمدية

فالطابع المادي لصورة مخالفة الأنظمة يجعلها تتميز عن باقي صور الخطأ الأخرى، ما دام أن إثبات قيام المخالفة يكفي للتدليل على قيامه بحسب موقف المشرع، وهو ما اعتبره بعض الفقه دعامة من دعائم التقدير المادي لجرائم القتل والجرح غير العمدية⁽⁵⁾.

وقد تعرّضت لانتقادات شديدة من بعض الآخر إلى حد المطالبة بإلغائها من صور الخطأ غير العمدية⁽⁶⁾، لأن تواجدها يعطي لجرائم القتل والجرح غير العمدية مظهرا ماديا لا يلعب فيها الخطأ أي دور، بل يصبح توافره مقترضا بمجرد ارتكاب المخالفة.

ونظرا للطابع الوقائي للمخالفات وبساطة السلوك المعاقب عليه، فإنه غالبا ما يتم تقديرها بالنظر إلى آثارها المادية دون الاهتمام بالجوانب الشخصية لمرتكبها⁽⁷⁾. واعتبارها بمثابة الخطأ يعني أن جرائم

الجرح والقتل التي تنتج عنها لا تستدعي أيضا البحث عن توافر الركن المعنوي، وهو ما جعل بعض الفقه في فرنسا يصنفها في ما يسميه بجرح المخالفة *Délits contraventionnels* والتي تعني اعتبار الجريمة مخالفة من حيث تقديرها وجنحة من حيث عقوبتها⁽⁸⁾.

ورغم ذلك فإن ما يهم في صورة مخالفة الأنظمة ، أنها تساعد القاضي بشكل كبير في توضيح مدى إخلال الجاني بواجب الانتباه والحيطه الذي يكون قد ورد في قانون أو تنظيم معين، ومادامت أن الاحتياطات التي يجب أن يتخذها سائقي المركبات عبر الطرق نجد أن في غالبيتها مدونة، فهذا لا يثير أية صعوبة أمام القاضي الجزائري في إسناد القتل أو الجرح الناتج عن أية مخالفة لتلك الاحتياطات، رغم أن ذلك لا يكفي للقول بقيام الخطأ مباشرة، لأن إثبات قيام تلك المخالفة لا تعني إلا قيام أحد العناصر المكوّنة لفكرة الخطأ غير العمدية، وهو اتجاه الإرادة نحو مخالفة واجبا للحيطه، و في قانون المرور غالبا ما يكون منصوصا عليه في إحدى التنظيمات المتعلقة بحركة المرور وسلامتها، لذلك فعلى القاضي أن يتأكد أيضا من توافر العلم لدى الجاني في درجة التوقع، سواء كان ذلك في صورة توقع النتيجة ولم يتخذ الاحتياط اللازم لتفاديها ، أو في صورة عدم توقعها لكن كان في مقدّرتة ذلك، وقد عبّرت عن ذلك محكمة بروكسل بالقول " يجب على النيابة العامة واستثناء المدعي المدني إثبات خطأ الجاني في جريمة الجرح غير العمدية، لأنه لا يوجد في هذه الحالة أي افتراض واقعي للخطأ ، فحتى المخالفة المادية لقواعد المرور لا تنشأ لوحدها جريمة الجرح غير العمدية"⁽⁹⁾.

وعلى ذلك فإن عدم احترام السائق واجب الحيطه المتعلق بترك المسافة القانونية بين مركبته والمركبة التي تسير أمامه وهو الواجب الذي نصّت عليه المادة 20 من مرسوم 381/04 المتعلق بتنظيم حركة المرور والمعاقب عليها في النقطة 12 من المادة 66 من قانون 03/09 ، لا يكفي وحده لإسناد جريمة القتل أو الجرح الناتج عنها إذا ثبت من الوقائع أنه رغم ارتكاب المخالفة إلا أن السائق لم يكن يتوقع حدوث الوفاة أو الجرح بسبب تلك المخالفة، كما لو أن المركبة التي كانت تسير أمامه شاحنة من الحجم الكبير بحيث انفلتت منها إحدى عجالاتها فجأة ، ونتيجة قربها منها لم يتمكن من تفاديها بشكل آمن فأدى إلى صدم أحد الأشخاص كان واقفا بالقرب من الطريق، إذ كل ما يمكنه توقعه السائق في هذه الحالة هو إمكانية الاصطدام بالمركبة إذا توقفت أو تمهّلت بشكل مفاجئ وهو الهدف من وجود هذا الواجب حسب نفس المادة.

ومن القضاء أمثلة كثيرة تركّز على ضرورة توافر العلم في درجة التوقع لإسناد المسؤولية في جرائم المرور إلى جانب إثبات قيام مخالفة واجب للحيطه تفرضه القوانين المنظمة لحركة المرور ، فقد قضي بعدم قيام جريمة القتل ضد سائق السيارة الذي لم يتمكن من التحكّم في سيارته نتيجة أزمة عصبية مفاجئة انتابته لأول مرة ، بحيث اعتبر الحكم أن السائق لم يكن باستطاعته توقع الحادث مادام أنه لم يتعرّض لمثل هذه الحالة المرضية من قبل⁽¹⁰⁾.

رغم أنه خالف قاعدة الاحتياط التي توجب على سائق السيارة أن يبقى متحكماً في سيارته باستمرار وأن يقودها بحذر وفق ما ورد في المادة 23 من المرسوم 381/04، إلا أن ذلك لم يكن متوقفاً مادام أن الفحص ثبت أنه لم يكن قد تعرّض لمثل هذه الأزيمة من قبل، ولكن في حالة مماثلة ذهب القضاء إلى الحكم بعكس ذلك، عندما أثبت أن سائق السيارة كان قد تعرّض أكثر من مرة لنفس الأزيمة العصبية، لذلك كان باستطاعته توقع إمكانية تعرّضه للأزيمة أثناء قيادة السيارة والتسبب في حادث⁽¹¹⁾.

الفرع الثاني

ضرورة انتقاء المخالفات التي تدخل ضمن صورة مخالفة الأنظمة لقيام الخطأ غير العمدى

ويقصد بهذا القيد أنه حتى وإن كان يظهر من صورة "مخالفة الأنظمة" أنها جاءت عامة ولم تميّز بين أنواع معينة من المخالفات، إلا أنه في الواقع يجب أن تنحصر هذه الصورة في تلك المخالفات التي تتضمن واجب الحيطة وتهدف إلى الوقاية من نتائج مخالفته، وبالتالي ليس كل مخالفات قانون المرور تؤدي حتماً إلى إسناد الخطأ إذا ما أدى إلى وفاة أو جرح.

لذلك لا بد من التمييز بين المخالفات التي يكون الهدف من تقريرها هو تنظيم وتجنب الازدحام في الشوارع بين المركبات، وتلك التي وجدت من أجل الحفاظ على أمن وسلامة الأشخاص وتجنب وقوع حوادث، فالأولى مهما ثبت وقوعها وتوفرت علاقة السببية إلا أن قيام الخطأ بشأنها سيكون متعذراً نتيجة عدم توفر مقدار العلم الذي يتطلبه القانون وهو التوقع، وعلى هذا الأساس أنتقد الفقه الفرنسي إدانة سائقة سيارة من أجل الجرح غير العمدى، عندما أوقفت سيارتها في مكان ممنوع التوقف فيه، فجاءت سيارة أخرى واصطدمت بها فدحرجتها إلى الأمام ودهست شخصاً كان واقفاً أمامها، بحيث اعتبر أن إسناد الجرح إلى صاحبة تلك السيارة على أساس ارتكاب مخالفة الوقوف غير القانوني لا يكون كافياً لقيام الخطأ في حقها، فمثل تلك المخالفة تم تقريرها لتنظيم الوقوف والتوقف داخل المدن بهدف تقادي الازدحام، لذلك فما يمكن أن نتوقعه تلك السائقة هو التسبب في عرقلة حركة المرور فقط، ولا يمكن أن نتصور بأن وقوفها غير القانوني سيؤدي إلى وفاة أو جرح⁽¹²⁾.

وهو نفس رأي الفقه الإيطالي الذي علّق على حادثة قتل ارتكبها سائق سيارة عندما كان يسوقها في الجانب الأيسر من الطريق، فتصادف سقوط أحد الأشخاص من إحدى شرفات عمارة وصدمه، إذ اعتبر أنه لا يمكن تحميل السائق المسؤولية إلا على مخالفة قانون المرور، باعتبار أن القاعدة التي تلزم السير على الجانب الأيمن، وضعت لتنظيم الرواح وغدو السيارات وتقادي التصادم فيما بينها، أم أن يتوقع السائق صدم أحد الأشخاص إثر سقوطه من شرفة المنزل، فهذا ما لا يمكن قبوله، وبالتالي يستحيل توافر العلم في صورة التوقع لقيام الخطأ غير لعمدى⁽¹³⁾.

وعلى ذلك فإن السائق الذي يستعمل الهاتف المحمول أثناء مروره القانوني في تقاطع الطرق، وإذا بإحدى السيارات لم تحترم الإشارة الحمراء للتوقف ويصطدم بها فيؤدي إلى وفاة سائقها، لا يمكن تحميله

المسؤولية على أساس مخالفة أحكام الفقرة 8 من النقطة ج من المادة 66 المتعلقة باستعمال اليدوي للهاتف المحمول باعتبار أن هذه المخالفة قررت لضمان انتباه السائق أثناء سيره ، وكل ما يمكن أن يتوقعه هو إمكانية التسبب في حادث إذا لم ينتبه لإشارات المرور، ولكن أن يتصور أحدا لا يحترم إشارة الضوء الأحمر، فهذا لا يمكن أن يتفاده حتى السائق الذي لم يستعمل الهاتف المحمول، لذلك لا يجوز تحميله المسؤولية عن القتل استنادا إلى ارتكابه تلك المخالفة.

وبالتالي فإن اعتبار مخالفة الاستعمال اليدوي للهاتف المحمول كظرف مشدد إذا تزامن مع القتل غير العمدى(م69ق م) أو الجرح غير العمدى(م72ق م) لا يجوز تطبيقه بشكل تلقائي، ونفس الحكم ينطبق على المخالفات الأخرى المذكورة في المادتين، فإذا كان السائق يقود سيارة في اتجاه ممنوع وأثناء مروره يرمي أحدا نفسه بين عجلات السيارة فيؤدي إلى وفاته، فإنه لا يمكن القول أن السائق ساهم بخطئه في إحداث الوفاة بسبب ارتكابه المخالفة لأن هذه المخالفة وضعت لتنظيم حركة المرور داخل الشوارع ، وكل ما يمكن أن يتوقعه السائق هو عرقلة السيارات الآتية من الاتجاه الصحيح وعلى أقصى حد الاصطدام.

الفرع الثالث

إمكانية قيام الخطأ غير العمدى في جرائم القتل والجرح الناتجة عن حوادث المرور رغم عدم توافر صورة مخالفة الأنظمة والقوانين.

والسؤال الذي يطرح في هذه الحالة يتعلّق بإمكانية تصور إسناد جريمة القتل أو الجرح الناتج عن حادث مرور رغم عدم ارتكاب إحدى مخالفات قانون المرور؟ وبتعبير آخر هل يمكن تصور توافر الخطأ غير العمدى بإحدى الصور الأخرى الواردة في المادة 288 من قانون العقوبات إلى جانب صورة مخالفة الأنظمة كعدم الاحتياط أو الرعونة أو الإهمال.

المبدأ في جرائم الخطأ غير العمدى أنه يمكن تصور وقوعها رغم عدم ثبوت مخالفة لواجب الاحتياط الذي يفرضه ممارسة نشاط معين يتميّز بطابعه الخطر على الحياة والسلامة الجسدية للأفراد، والذي يكون قد ورد في نص قانوني أو تنظيمي، لذلك فإذا احترم الجاني كل القواعد المنظمة للنشاط الذي يمارسه ورغم ذلك أدى إلى وقوع حادث، فإنه لا يوجد ما يمنع من تحميله المسؤولية إذا ثبت أنه لم يتخذ الاحتياطات اللازمة لتفاديه والتي لم ينصص عليها القانون، وإنما يكون مصدرها قواعد الخبرة الإنسانية بشكل عام أو فرضتها الأعراف المتداولة أثناء ممارسة ذلك النشاط.

فالنصوص التنظيمية أو القانونية لا يمكنها أن تحصر كل هذه الاحتياطات، وبالتالي فإلى جانب صورة مخالفة الأنظمة والقوانين يجوز إسناد الخطأ غير العمدى تأسيسا على الإهمال أو الرعونة أو عدم الاحتياط حتى وإن كان النشاط منظّمًا بنصوص مكتوبة، لأن هذه الصور غالبا ما تقوم عند مخالفة واجبات للحيطه تفرضها الخبرات الإنسانية والأعراف المهنية.

والمعروف عن هذه الصور أنها متداخلة في بعضها البعض واتساع نطاقها بشكل لا يمكن تصور شكل معين للخطأ لا يدخل في إحداها⁽¹⁴⁾، رغم محاولة بعض الفقه التمييز بينها واعتبار عدم الاحتياط عبارة عن موقف إيجابي تتجه فيه الإرادة إلى الإقدام على النشاط الخطر رغم إدراكها بعدم كفاية الاحتياطات المتخذة لتجنب أيّ حادث، أي القيام بما يجب عدم القيام به، أما الإهمال فهو موقف سلبي يتضمّن عدم القيام بما يجب القيام به، كما يلحق عدم الانتباه بالإهمال لأنه موقف سلبي أيضا⁽¹⁵⁾، أما الرعونة فهي غالبا ما ترتبط بممارسة مهنة أو حرفة معينة عندما لا يتحصّل الشخص على الكفاءة والمهارة اللاّزمة للقيام بها دون تعريض الغير لخطر الإصابة أو الوفاة، وفي أغلب الحالات تقع بسلوك إيجابي جعل البعض يلحقها بعدم الاحتياط⁽¹⁶⁾.

ورغم ذلك اتجه القضاء إلى عدم الاهتمام بصورة الخطأ المرتكبة إذا ما ثبت توافره، وهو ما يمكن استنتاجه من بعض قرارات المحكمة العليا في هذا الشأن كما في القرار الذي صدر في 22- 05- 1973 المشار إليه سابقا.

وتطبيق هذه الصور على جرائم القتل والجرح الناتجة عن حوادث المرور يبقى واردا رغم محاولة المشرّع حصر معظم واجبات الحيطة في نصوص تنظيمية أو قانونية ، كالتالي وردت في المرسوم 281|04 الذي حدد قواعد حركة المرور عبر الطرق، إلاّ أن المستنتج من بعض نصوص هذا التنظيم أو من نصوص قانون المرور، أنها تركت المجال مفتوحا لإمكانية قيام الخطأ في حق قائد المركبة إذا لم يتخذ الاحتياط اللاّزم لتفادي الحادث حتى وإن لم يرد النص عليه قانونا أو في التنظيم فقد نصت المادة 23 من المرسوم المذكور أعلاه أنه " يجب على كل سائق أن يبقى باستمرار متحكما في سرعته وأن يقود مركبته أو حيواناته بحذر... ويجب عليه أن يضبط سرعته حسب حالة الطريق وصعوبات المرور والعوائق المتوقعة...". كما نصت المادة 69 من نفس المرسوم بالقول " يجب على السائق ألاّ يبتعد عن مكان توقّف مركبته دون أن يتخذ الاحتياطات اللاّزمة لتفادي أي خطر حادث يمكن أن ينجرّ عن غيابه"، وتتص المادة 17 من قانون المرور 14|01 على أنه " يجب على كل سائق أن يكون باستمرار في حالة ووضعية تمكنه من القيام بكل عمليات قيادة السيارة بسهولة ودون تأخير"، وتتصّ أيضا المادة 23 من نفس القانون " يجب على كل سائق أن يضبط ويكيّف سرعة سيارته حسب صعوبات المرور وعوائقه وحالة وسط الطريق والظروف الجوية"، فكل هذه النصوص وردت عامة بشكل يمكنها احتواء كل واجبات الحيطة المفروضة على سائقي المركبات، وتطبيقا لذلك فقد اعتبرت محكمة النقض المصرية أن "السرعة التي تصلح أساسا للمساءلة الجنائية في جرمي القتل والجرح غير العمدية هي التي تتجاوز الحد الذي تقتضيه ملابسات الحالة وظروف المرور وزمانه ومكانه، فيتسبب عن هذا التجاوز الموت أو الجرح، ولا يغيّر من ذلك أن تكون السرعة داخلية في الحدود المسموح بها..."⁽¹⁷⁾.

وبالتالي يعتبر قاتلا بعدم الاحتياط السائق الذي يقود مركبته بالسرعة المحددة قانونا إلاّ أن الظروف الواقعية والأحوال الجوية تقتضي الانتقاص من السرعة إلى حد أقل بشكل يتناسب والسير في تلك الأحوال ،

وهو لم يفعل فتسبب في وقوع الجريمة، ويعتبر سائق الحافلة مهملاً إذا استمرّ في القيادة والنعاس قد غلبه أو أرهقه التعب فتسبب في ارتكاب حادث رغم عدم ثبوت أيّ مخالفة لقانون المرور ، أو سائق الشاحنة الذي أفرغ حمولة من النفايات الثقيلة في مكان لم يتأكد من وجود أحد الأشخاص هناك فأصابه.

المطلب الثالث

مسألة التمييز بين الخطأ الجزائي والمدني في جرائم القتل والجرح الناتجة عن حوادث المرور

عندما أثبتت مسألة التمييز بين الخطأ الجزائي والمدني تبني القضاء موقفين متناقضين، أحدهما يدعو إلى الأخذ بوحدهما والثاني يقول بازدواجيتهما ، والأخذ بأحدهما يؤدي إلى نتائج مغايرة أو معاكسة .

ويقصد بوحدة الخطأين أن يكون مضمونهما واحد ولا يمكن تصوّر قيام أحدهما دون الآخر لذلك فإن عدم إثبات الخطأ الجزائي يعني انتفاء الخطأ المدني تلقائياً ، لذلك فلا يمكن في ظل هذا التوجه تصور قيام المسؤولية عن القتل أو الجرح غير العمدية في شقها المدني دون إثبات الخطأ في شقها الجزائي⁽¹⁸⁾، وقد قاد القضاء الفرنسي مشعل التوحيد بين الخطأين منذ سنة 1912 إلى غاية تعديل قانون العقوبات الفرنسي بقانون 2000|07|10 وكان يؤمن خلال كل هذه الفترة بأن صور الخطأ الواردة في قانون العقوبات، وردت عامة يمكنها أن تشمل كل صور الخطأ المدني وأن المشرع عندما قام بتعدادها في المادة 288 كان لغرض تمييز الخطأ الجزائي عن القصد الجنائي والحادثة الفجائي⁽¹⁹⁾.

وبذلك فإن نص المادة 288 و 289 تجيز قيام الخطأ غير العمدية حتى في أدنى درجاته ومهما كان يسيراً، مثلما يستوجب التعويض وفق المادة 124 من القانون المدني على كل ضرر مهما كانت درجة الخطأ الذي تسبب فيه⁽²⁰⁾.

فرغم ما لهذا النظام من فائدة عملية تتلخص أساساً في تجنّب التناقض في الأحكام القضائية وتدعيم حجية الشيء المقضي فيه ، وتوسيع نطاق الخطأ الجزائي ليشمل كل صورته حتى في أدنى درجاته ، إلا أنه لا يخلو من سلبيات عديدة، إذ يصيب القضاة بالحرج عند تكوين اقتناعهم الشخصي إذا ما توفر لديه الشك في إذنب الجاني، بحيث يعلم مسبقاً إذا ما اتخذ قرار البراءة سيحرم الضحية من حقه في التعويض، ويزداد الأمر خطورة عندما نلاحظ أن القضاء يستعين بطريقة تقدير الخطأ المدني لتقدير توافر الخطأ الجزائي وهو ما اعتبره البعض دعامة للرأي القائل بمادية جرائم القتل والجرح غير العمدية⁽²¹⁾.

أما الأخذ بازدواجية الخطأين يعني الفصل التام بين الخطأين وانعدام تأثير قيام أحدهما على الآخر، فوفق هذا النظام فإن طبيعة الخطأ الجزائي تختلف عن الخطأ المدني باعتبار أن الثاني لا يلعب أي دور لإسناد المسؤولية ، لأن الاهتمام ينصب أساساً على وقوع الضرر من عدمه ، ولا يؤخذ بعين الاعتبار درجة جسامة الخطأ، في حين أن الخطأ الجزائي يشكّل ركناً مهماً في قيام المسؤولية الجزائية لا يمكن تصور قيامها دون إثبات الخطأ مهما كانت درجة جسامة الضرر الواقع، بل أن جسامة الخطأ يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار لتقدير مدى الاستعداد النفسي للجاني وبالتالي توقيع عقوبة تتناسب ودرجة خطورته،

وهو ما يقتضي التمييز بين أنواع الخطأ الجزائي من أبسط درجة إلى أجسم درجة يمكن تصورها، وهو التوجه الذي تبناه المشرع الفرنسي بعد تعديل قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية في سنة 2000، إذ بعد أن ميّز بين ثلاثة أنواع من الخطأ، وهي الخطأ البسيط والخطأ الجسيم الذي يسميه الخطأ الإرادي وأضاف ما يسمّى بالخطأ الفادح كصورة خاصة وحدد شروط قيام كل منهما⁽²²⁾، وأضاف أيضا فقرة للمادة الرابعة في قانون الإجراءات نصّت صراحة بأنه لا يوجد ما يمنع القاضي الجزائي أن ينطق بالبراءة وفي نفس الوقت يحكم بالتعويض، وقد عدل أيضا المادة 470 م نفس القانون التي منحت الاختصاص في الفصل في الدعوى المدنية إلى المحكمة التي أصدرت الحكم بالبراءة في القتل أو الجرح غير العمدى.

ولا نجد نسا عاما وصريحا في القانون الجزائري يوضح الأخذ بأحد النظامين ، رغم أن الملاحظ لدى القضاء الجزائري أنه ساير القضاء الفرنسي قبل تعديل القانون الفرنسي وانتهج مبدأ التوحيد الذي يستلزم رفض التعويض وفق المادة 124 من القانون المدني إذا ثبت براءة الجاني في الشق الجزائي.

ولكن مع انتشار فكرة التأمين على الأنشطة الخطرة، تأثرت المفاهيم التقليدية للمسؤولية وأصبحت أنظمة التعويض في الغالب لا يتحملها الجاني مباشرة، بل حلت محلّه مؤسسات التأمين الضامنة لكل ما ينجر عن ممارسة النشاط الخطر ، بحيث تقلص دور الخطأ في تأسيس المسؤولية عن التعويض، وتعتبر جرائم القتل والجرح الناتجة عن حادث مرور أبرز مثال يجسد خروج المشرّع عن القاعدة القضائية التي توحد بين الخطأ الجزائي والمدني.

إذ منذ صدور أمر 15/74 المتضمن قانون إلزامية التأمين على السيارات ونظام التعويض عن الأضرار ، تخلى المشرع الجزائري عن فكرة الخطأ لتأسيس التعويض المدني عن الجرائم المترتبة عن حوادث المرور ، عندما نصّت المادة 8 منه على أن "كل حادث سير سبب أضرار جسمانية يترتب عليه التعويض لكل ضحية أو ذوي حقوقها...".، وألزم القاضي أثناء الفصل في الدعوى المدنية تقدير هذا التعويض وفق المادة 16 من نفس القانون، لذلك انتقل نظام التعويض عن الأضرار الجسمانية الناتجة عن حادث مرور من ضرورة إثبات عناصر المسؤولية التقصيرية بما فيها الخطأ إلى الاكتفاء بإثبات بأن الضرر الناتج عن فعل المدعى عليه فقط، ويعني ذلك أن المشرع تبنى نظرية المخاطر في التعويض عن حوادث المرور وذلك لضمان الحماية الكاملة لضحايا الأخطار الكبرى الناجمة عن استعمال المركبات⁽²³⁾، دون الاهتمام بإثبات الخطأ الذي يكون صعبا في بعض الأحيان، وهو ما جسّدته المحكمة العليا في قرار صدر في 07/05/2002 جاء فيه "إن المادة 8 من الأمر 15/74 لا تمنع القاضي الجزائي من الفصل في الدعوى المدنية ومنح تعويضات للطرف المدني حتى ولو استفاد المتهم بالبراءة، ذلك أن نظام التعويض لضحايا حوادث المرور و ذوي حقوقهم أصبح يخضع لنظرية الخطر وليس إلى نظرية الخطأ"⁽²⁴⁾، وهي صورة صريحة للتمييز بين الخطأ الجزائي والمدني، بذلك أصبح القاضي الجزائي يتمتع بحرية تامة في تكوين اقتناعه الشخصي في ما يخص الشق الجزائي، بحيث يصب اهتمامه فقط على إثبات الخطأ غير

العمدي من جانب المتهم دون اهتمام بكيفية تأسيس التعويض، مادام أن قراره حتى وإن صدر بالبراءة لن يكون على الأقل سببا لحرمان الضحية من التعويض.

المبحث الثاني

جسامة الخطأ ودورها في تقدير العقاب على جرائم القتل والإصابة الناتجة عن حادث مرور

الواضح من خلال استقراء المواد 288 و 289 و 2|422 أنها لا تعير أي اهتمام لدرجة جسامة الخطأ في تقدير العقاب على جرائم القتل والإصابة غير العمدية بشكل عام، إذ أن جسامة الضرر هي التي تحدد مقدار العقوبة والوصف القانوني للجريمة، لذلك لا يمكن أن نتصور قيام جريمة القتل أو الجرح غير العمدي دون إثبات وقوع النتيجة الإجرامية، التي قد يكون مضمونها وفاة المجني عليه وهو أشد ما يمكن حدوثه في هذه الجرائم فتكون العقوبة أشد أيضا، إذ تتراوح ما بين 6 أشهر إلى 3 سنوات حبس، أما إذا كانت النتيجة عبارة عن جرح فمقدار العقوبة يشتد بحسب جسامة هذا الجرح، الذي يتحدد بمعيار زمني حدد المشرع مدته بثلاثة أشهر، يتم بموجبها تحديد مدى تأثر الضحية بالنظر إلى العجز الذي سببه الجرح، بحيث إذا تجاوز هذا العجز مدة ثلاثة أشهر فإن الفعل سيشكل جناحة وتكون العقوبة الحبس من شهرين إلى سنتين بالإضافة إلى الغرامة، أما إذا لم يتجاوز تلك المدة يبقى الفعل مخالفة لا يتعدى مقدار عقوبتها 10 أيام إلى شهرين حبس، ولا جريمة إذا لم يؤدي الجرح إلى أي عجز كلي عن العمل.

وبالعودة إلى قانون المرور خاصة قانون 03|09 نجده يستقل بأحكام تتميز بعض الشيء عن تلك الواردة في قانون العقوبات، فرغم أن المادة 67 تحيل إلى تطبيق نصي المواد 288 و 289 من قانون العقوبات، إذا نتج عن حادث مرور قتل أو جرح وذلك في الأحوال العادية، أما إذا توفرت ظروف مشددة فإن الأمر يختلف.

فالظاهر من خلال تلك الظروف أنها تدل على توجه المشرع الجزائري نحو الأخذ بعين الاعتبار جسامة الخطأ إلى جانب الضرر لتقدير العقوبة، إلا أنه من جهة أخرى نجده يتغاضى عن الأخذ بها في حالات يمكن أن تحدث في الواقع، بحيث حتى وإن توفرت تلك الظروف إلا أنها لا تغير من الأمر شيئا.

المطلب الأول

اتجاه المشرع الجزائري نحو الاهتمام بدور الخطأ غير العمدي في العقاب على جرائم القتل والجرح الناتجة عن حادث مرور

وذلك يظهر من خلال بعض الظروف المشددة التي كانت موجودة قبل تعديل قانون المرور في 2009 والتي كان يتضمنها قانون العقوبات أيضا خاصة حالة السكر والسياسة تحت تأثير مخدر أو المواد المهلوسة، وبصدور قانون المرور الجديد اهتم أيضا بنوع المركبة وكذا بنوع المخالفة التي أدت إلى الوفاة أو الجرح، وهذه الظروف كلها تزيد من جسامة الخطأ وبالتالي تؤدي إلى تشديد العقوبة، وتعتبر عن

توجّه طفيف للمشرّع نحو الاهتمام بدور الخطأ في هذا القانون رغم أن نفس النصوص التي تتضمن هذه الظروف تفيد عكس ذلك.

الفرع الأول

السيّاقة في حالة سكر أو تحت تأثير مخدر صورة جريمة تعريض الغير للخطر

تعريض الغير للخطر جريمة قائمة بذاتها لم يعرفها قانون العقوبات الجزائري ولا قانون المرور، رغم أنها جريمة تعبّر بصورة واضحة عن هدف القانون الجنائي الذي وضع أساسا لمواجهة الخطورة الإجرامية والاهتمام بشخص الجاني وسلوكه أكثر من آثاره المادية، باعتبار أنها جريمة السلوك المحض لا تقتضي لقيامها نتيجة إجرامية معيّنة⁽²⁵⁾.

وقد نصّت عليها بعض القوانين كقانون العقوبات السويسري والألماني والقانون الإيطالي منذ القديم⁽²⁶⁾، كما استحدثها قانون العقوبات الفرنسي الصادر في سنة 1992⁽²⁷⁾.

وقد حصرت هذه التشريعات نطاق التعريض للخطر في حماية السلامة الجسدية وحياة الأفراد، واعتبرها البعض تجسيد قانوني لفكرة الخطأ الجسيم أو الخطأ الواعي كما اختار البعض أن يسميها⁽²⁸⁾، فإذا نتج عن هذا التعريض للخطر نتيجة إجرامية كالوفاة أو الجرح فغالبا ما تتقلب جنحة التعريض للخطر من جريمة قائمة بذاتها مكتملة الأركان إلى ظرف مشدد لجريمة القتل أو الجرح غير العمدية.

وهذا المفهوم الذي يمكن إسقاطه على السياقة في حالة السكر التي يعاقب عليها المشرّع كجريمة قائمة بذاتها في نص المادة 74 من قانون 03|09، اعتبرها جنحة معاقبا عليها بالحبس من 6 أشهر إلى سنتين بالإضافة إلى الغرامة، أما إذا نتج عن قيادة المركبة وفاة أو جرح فإنها تصبح ظرفا مشددا وتشدّد العقوبة بحسب جسامة الضرر أيضا فإذا أدت إلى الوفاة تكون العقوبة الحبس من سنتين إلى خمس سنوات مع غرامة من 100 ألف إلى 300 ألف دينار جزائري بحسب المادة 68 من قانون المرور، وإذا كانت النتيجة جرحا يفوق العجز الكلي عن العمل مدة 3 أشهر تكون العقوبة الحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وغرامة من 50 ألف إلى 150 ألف دينار جزائري، ونفس الشيء بالنسبة لقانون العقوبات بحيث تضاعف العقوبات الواردة في المواد 288 و 289 بحسب ما ورد في المادة 290 منه.

فرغم أن جنحة السياقة في حالة السكر أو تحت تأثير مخدر تعتبر أشد من جنحة الجرح غير العمدية، ويفترض إذا ما حدث هناك تعدد للجريمتين، ستبقى الأولى قائمة باعتبارها تتضمن العقوبة الأشد وتندثر الثانية إذا طبقنا الأحكام العامة للتعدد، لكن المشرّع ارتأى أن يذهب عكس ذلك تقديرا منه لخطورة سلوك القيادة في حالة السكر باعتباره يشكل خطأ واضح الدلالة على عدم الاحتياط التي اتجهت إليها إرادة الجاني، في مجال يقتضي التزام أقصى درجات الانتباه والحيطه وأن يكون السائق في حالة ووضعية يمكنه من القيام بكل عمليات قيادة السيارة باستمرار وسهولة بحسب ما ورد في المادة 17 في قانون المرور 14|01، ومادامت حالة السكر أو القيادة تحت تأثير مخدر من أخطر خصائصها أنها تذهب العقل،

وبالتالي فهي تفتقد هذا الانتباه، لذلك فهو سلوك يتناقض مباشرة مع شرط مسبق يجب توفره للقيام بقيادة السيارات ، وبالتالي فهو يعبر صورة لأقصى درجات الخطأ خطورة و وضوحا والذي يسمّى في فقه القانون بالخطأ الواعي أو الخطأ المصحوب بالتوقع وإثبات هذا الخطأ حدد المشرع الجزائري نسبة من الكحول يجب توفرها في دم الجاني، ويتم كشف ذلك بأجهزة ورد تعريفها في قانون المرور سواء تلك التي تكشف الكحول "كمقياس الكحول" الذي يسمح بالتحقيق الفوري من وجود الكحول و"مقياس الإيثيل" الذي يسمح بالقياس الدقيق لنسبة الكحول بتحليل الهواء المستخرج، بالإضافة إلى جهاز تحليل اللعاب الذي يسمح بالكشف عن وجود مخدرات أو مواد مهلوسة ، هذا إلى جانب الفحص الطبي والبيولوجي وفق المادة 20 من قانون 14|01، ولم يستقرّ المشرع على نسبة واحدة بحيث عدّلها أكثر من مرّة، فقد كانت قبل تعديل قانون المرور في 2001 0,80 في الألف وبعد صدور قانون 14|01 أصبحت 0,10 ثم 0,20 في الألف في قانون 03|09.

وبعد صدور هذا القانون الأخير تدعّم الاهتمام بدور الخطأ غير العمدى بظروف جديدة تزيد من جسامته وترفع العقوبة بسببه.

الفرع الثاني

حدوث الوفاة أو الجرح بسبب ارتكاب إحدى المخالفات الواردة في المادة 69 و 71 من قانون المرور

منذ صدور قانون المرور الأخير لم تعد كل المخالفات الواردة فيه في نفس الدرجة لتمثيل صورة مخالفة الأنظمة والقوانين لإثبات قيام الخطأ غير العمدى في حق السائق، إذ أصبح واجبا على القاضي البحث عن نوع المخالفة التي أدت إلى الجرح أو القتل قبل إسناد المسؤولية ، لأنه إذا توفرت إحدى تلك الواردة في المادة 69 فإن الخطأ غير العمدى يصبح أكثر جسامته، وتشدّد العقوبة تبعا لذلك إذ تصبح الحبس من 6 أشهر إلى سنتين وغرامة من 20 ألف إلى 50 ألف دينار جزائري إذا كانت نتيجة المخالفة هي الجرح، وتكون الحبس من سنة إلى 3 سنوات وغرامة من 50 ألف إلى 150 ألف دينار جزائري إذا كانت الوفاة، فقد قدرّ المشرع خطورة تلك المخالفات التي تعبّر عن عدم احتياط غير عادي لدى مرتكبيها لهذا عمد إلى تشديد العقوبة كلما تحققت صورة مخالفة الأنظمة بإحداها، وهذه المخالفات هي الإفراط في السرعة ، التجاوز الخطير ، عدم احترام الأولوية القانونية ، عدم الامتثال لإشارات الأمر بالتوقف التام، المناورات الخطيرة ، السير في الاتجاه الممنوع، سير مركبة بدون إنارة أو إشارة أو وقوفها في وسط الطريق ليلا أو أثناء انتشار الضباب في مكان خالي من الإنارة العمومية، الاستعمال اليدوي للهاتف المحمول أو التصنّت بكلتا الأذنين بوضع خوذة التصنّت الإذاعي والسمعي أثناء السياقة، تشغيل الأجهزة السمعية البصرية أثناء السياقة.

الفرع الثالث

قيادة مركبة من الوزن الثقيل أو معدة لنقل المسافرين أو المواد الخطرة

هو ظرف مشدد آخر أضافه المشرع الجزائري في آخر تعديل له لقانون المرور يساهم هو أيضا في تجسيم خطأ الجاني إذا ما توفر، والذي يعني أن القانون يتطلب من قائدي هذا النوع من المركبات التزام الانتباه والحيطة أكثر من غيرهم، لأنّ هؤلاء سيتوقعون لا محال النتائج الكارثية التي تتجرّ عن أي إهمال أو عدم الاحتياط قد يصدر منهم.

إلا أن الملاحظ من خلال نصوص قانون المرور، فهذا الظرف لا يكون له أثر في تجسيم الخطأ إلا إذا اجتمع مع الظروف الأخرى التي ذكرناها، لذلك فإذا اجتمع مع حالة السكر وأدى إلى الوفاة تكون العقوبة الحبس من خمس سنوات إلى عشر سنوات وغرامة من 500 ألف إلى مليون دينار جزائري وفق المادة 68 الفقرة 2، أما إذا أدى إلى جرح غير عمدي تكون العقوبة من سنتين إلى خمس سنوات وغرامة من 100 ألف إلى 250 ألف دينار جزائري (2|70).

أما إذا اجتمع مع إحدى المخالفات المذكورة في المواد 69 و71 وأدى إلى الوفاة تكون العقوبة الحبس من سنتين إلى خمس سنوات وغرامة من 100 ألف إلى 500 ألف دينار جزائري وفق المادة 69 فقرة أخيرة، أما إذا أدى إلى الجرح تكون العقوبة من سنة إلى ثلاث سنوات وغرامة من 50 ألف إلى 150 ألف دينار جزائري (م 71 فقرة أخيرة).

المطلب الثاني

مظاهر عدم الاهتمام بالخطأ غير العمدى لتأسيس العقاب على جرائم القتل والجرح الناتجة عن حادث

المرور.

رغم أنه قد يظهر من خلال الظروف السابق ذكرها وكأن المشرع أخذ بعين الاعتبار جسامة الخطأ لتقدير العقاب على جرائم القتل والجرح الناتجة عن حادث مرور، إلا أن نفس المواد التي تناولت تلك الظروف تبيّن من جهة أخرى على أنّ ذلك لم يكن الهدف منه هو الاهتمام بالخطأ غير العمدى، أكثر مما هو عبارة عن إضافة تمت بشكل آلي بالنظر إلى النتائج الخطيرة التي قد تتجرّ عن ارتكاب بعض المخالفات كتلك الواردة في المواد 69 و71 أو عند قيادة مركبة من النوع الذي تحدّث عنه المشرع إذا اتحدت مع أحد الظروف الأخرى.

وما يدلّ على عدم اهتمام المشرع بدور الخطأ غير العمدى يمكن تلخيصه في ما يلي:

يظهر من خلال نصوص قانون المرور وقانون العقوبات أن تطبيق كلّ الظروف المشددة ينحصر في حالة ارتكاب جنح القتل أو الجرح غير العمدى، أما إذ اتخذت الجريمة وصف المخالفة سواء وقعت في حالة السكر أو بسبب ارتكاب إحدى مخالفات المادة 69 أو 71 أو اجتماعهما مع مركبة من الوزن الثقيل أو معدّة للنقل الجماعي أو نقل مواد خطيرة، فلا تغير من الأمر شيئا، بل تبقى إما مخالفة بسيطة وتطبق المادة 2|442 من قانون العقوبات، أو يحدث هناك تعدد كما في حالة ارتكاب مخالفة الجرح مع جنحة القيادة في حالة السكر.

لذلك فرغم وضوح الخطأ غير العمدى واكتماله واتضح جسامة عدم الاحتياط وخطورة سلوك الجاني إلا أنه لم يؤدي إلى جرح بسيط فإن العقوبة تبقى بسيطة أيضا بحيث لا تتعدى الحبس من 10 أيام إلى شهرين وغرامة من 8 آلاف إلى 16 ألف دينار جزائري، وذلك لسبب بسيط أيضا هو أن مدة العجز الكلي عن العمل الذي أحدثه الجرح لم يتعدى 3 أشهر، وهذا ما يشكل دليل واضح لعدم اكتراث المشرع لجسامة عدم احتياط الجاني الذي لحسن حظه لم يؤدي إلى ضرر جسيم يتعدى نطاق المخالفة.

وما يدعم ذلك أيضا أن نوع المركبة كما ذكرها المشرع سواء كانت من الوزن الثقيل أو معدة للنقل الجماعي أو لنقل مواد خطيرة ، لم يعتبرها ظرفا مشددا مستقلا بحيث إذا لم تجتمع مع إحدى الظروف الأخرى تبقى مركبة عادية رغم أن الواقع يفرض على سائق مثل تلك الأنواع من المركبات ، اتخاذ احتياطات تفوق التي يلتزم بها غيرهم، نتيجة الأضرار الكبيرة التي قد تحدثها إذا ما تسببت في حادث مرور.

والأكثر من ذلك أن المشرع الجزائري لا يعرف مخالفة الجرح غير العمدى الذي لم يؤدي إلى أي عجز كلي عن العمل، وبالتالي فإذا وقع مثل هذا الفعل مع توفر إحدى الظروف المشددة التي ذكرناها، فلا يكون لها أي أثر في العقاب إلا إذا شكّل الظرف جريمة قائمة بحد ذاتها، كقيادة مركبة في حالة السكر أو حالة التهرّب من المسؤولية الجزائية والمدنية أو يشكل إحدى مخالفات قانون المرور العادية.

الخاتمة

ولهذا فإن قانون المرور الجديد ما زال يعتريه نقص كبير في مواجهة الأخطار المحدقة بالأفراد نتيجة حوادث السير، رغم الصرامة التي تميّز به هذا القانون بحيث ركّز أساسا على مواجهة الآثار المادية للسلوك الخطر، بدلا من أن يهتم بمواجهة السلوك نفسه، وتقدير العقاب بحسب ما أظهره هذا السلوك من خطورة على حياة وسلامة الأفراد.

ولا يمكن أن ننكر الجهود المبذولة في سبيل إرساء منظومة قانونية للتقليل من الآثار الكارثية لهذه الحوادث ، ولكن يستوجب إلى جانب ذلك القيام بتعديل في المبادئ والاهتمام بجسامة السلوك الخاطئ بدرجة أولى إلى جانب آثاره المادية، ثم قياس صرامة القانون مع مدى توافر الإمكانيات المادية والبشرية لتطبيقه على أحسن وجه.

قائمة الهوامش

(1) - Legros(R), l'élément moral dans les infractions, librairie du Recueil SIREY (s.a), paris, France ,1952 ,p :180 .

(2) - بغدادى جلالى، الاجتهاد القضائى فى المواد الجنائية ، جزء الثانى، طبعة أولى، ديوان الوطنى للأشغال التربوية، الجزائر 2002، ص: 366.

(3) - محمود نجيب حسنى، الخطأ غير العمدى فى قانون العقوبات، المجلة القضائية الشهرية، العددان السادس والسابع، فيفري مارس 1963، مصر، ص: 507.

(4) - بوسقيعة احسن، الوجيز فى القانون الجزائى العام، الطبعة السابعة، دار هومة للنشر، الجزائر، 2008، ص: 126.

- (5)- أحمد عوض بلال، المذهب الموضوعي وتقلص الركن المعنوي للجريمة، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر، 1988، ص: 60.
- (6)- RoKofyllos(CH), le concept de lésion et la répression de la délinquance par imprudence, essai de critique, bibliothèque de sciences criminelles, paris, 1967, p :80.
- (7)- عمر السعيد رمضان، الركن المعنوي في المخالفات، رسالة للحصول على درجة دكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، مطابع دار الكتاب العربي، مصر، 1959. ص:59.
- (8)- Rokofyllos, op-cit, p :72.
- (9)- Cheikhould hormatallah, la prise en considération du résultat dommageable dans la répression des infractions portant atteinte à l'intégrité corporelle, Thèse pour le doctorat d'état endroit criminel, université de droit d'économie et de sciences sociales de paris2, France, 1986, p :366.
- (10)- Mayaud(Y), le malaise brutal et imprévisible cas de force majeure pour l'auteur d'un accident de la circulation routières, R.S.C. 2006, p : 61.
- (11)- شريف سيد كامل محمد، النظرية العامة للخطأ في القانون الجنائي دراسة تأصيلية مقارنة للركن المعنوي في الجرائم غير العمدية، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، مصر 1992، ص:851.
- (12)- Cheikhould hormatallah, la prise en considération du résultat dommageable..., op-cit, p : 361.
- (13)- Cheikhould hormatallah, op-cit, p:359.
- (14)- Garraud(R), précis de droit criminel, douzième édition, librairie de la société du recueil Sirey, paris, 1908.p :415.
- (15)- بوسقيعة احسن، شرح القانون الجزائي العام، المرجع السابق، ص: 70.
- (16)- بوسقيعة احسن، الوجيز في شرح القانون الجزائي الخاص، الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص:67.
- (17)- شريف سيد كامل محمد، المرجع السابق، ص:414.
- (18)- Pradel(J) et varinard(A), les grands arrêts du droit criminel, tome 2 le procès et la sanction, 2 édition, Dalloz, 1998 op-cit, p :495.
- (19)- Schmidt(J .CH), faute civile et faute pénale, librairie de Recueil Sirey, Paris, 1928, p :122.
- (20)- Pradel(J) et varinard(A), op-cit, p : 500.
- (21)- Rokofyllos, le concept de lésion..., op-cit, p : 63.
- (22)- Viney(G) , la dépenalisation des faits non intentionnel, conclusion, RSC,04,oct-dec,2001,p :315.
- (23)- مراد بن طباق، تعويض الأضرار الجسمانية لضحايا حوادث المرور، ترجمة علي بوخلخال، مجلة قضائية 1991، عدد4، ص: 19.
- (24)- المجلة القضائية، 2003 عدد 1، ص: 465.
- (25)- Larguier(J), droit pénal général, 19 édition, France, p :46.
- (26)- Sauvard (H), le délit d'imprudence essai de théorie pénale, thèse pour le doctorat, université de paris, France 1899, p :58.
- (27)- Bougeant(C), l'évolution législative de la faute pénale d'imprudence, mémoire DEA de droit privé, université paris 1, France, 1996/1997.p :10.
- (28)- أنظر مجدي أنور حبشي ، الخطأ الواعي أو الخطأ مع التوقع في القانون الجنائي، دار النهضة العربية، مصر، د س ن.

الشهر العقاري و أثره في تنشيط الإستثمار و دعم مناخ الأعمال في الجزائر

الأستاذ محمدي بدرالدين

أستاذ بكلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة مصطفى اسطمبولي - معسكر -

مقدمة :

إن من المسلّم به في عصرنا الحالي أنه لا مجال للحديث عن حجم التطور الاقتصادي في أية دولة من دول العالم من دون التعرّيج على حجم الاستثمارات المحلية والأجنبية داخل هذه الدول، ودراسة حجم الاستثمار مهما كان نوعه ومهما كان مجاله سيؤدي لا محالة لدراسة مدى خصوبة مناخ الأعمال الذي تباشر في ظلّه هذه الاستثمارات، ذلك أن التطور الاقتصادي مرتبط أشد الارتباط بارتفاع وانخفاض مستوى الاستثمار الداخلي والأجنبي الذي يعتبر نتيجة حتمية لمناخ الأعمال السائد في الدولة.

ومما لا شك فيه أن هناك علاقة وطيدة بين زيادة حجم الاستثمارات المختلفة داخل الدول والقوانين التي تحكمها، هذه الأخيرة التي تعتبر أحد أهم مقومات مناخ الأعمال الخصب الذي قد يساعد على الاستثمار، فالنظام القانوني الذي تسير عليه الدولة إما أن يكون له دور إيجابي فيساعد على دعم مناخ الأعمال وبالتالي تنشيط الاستثمار، وإما أنها يكون له دور سلبي فيعيق ويحول دون جلب الاستثمارات، وبالتالي يحول دون تحقيق التنمية الاقتصادية المنشودة في أية دولة تصبو إلى الارتقاء لمصاف الدول المتقدمة.

فأي بحث أو تحقيق في سبل دعم مناخ الأعمال في أية دولة من دول العالم إذن لا بد وأن يشمل الواقع القانوني ومدى ملائمة وتكيفة مع متطلبات العصر في مجال التنمية الاقتصادية، وهذا أمر يقتضي منا من خلال هذا البحث المتواضع التعرض إلى أحد أهم الأسباب المساعدة على دعم مناخ الأعمال، ومن بينها الآليات القانونية التي أتاحتها المشرع لكفالة مناخ يحفز أصحاب رؤوس الأموال في الداخل والخارج على الاستثمار والمساهمة في دفع عجلة التنمية الاقتصادية.

ولكننا إذا بحثنا في مجالات الاستثمار وجدناها كثيرة ومتعددة و لا يسعنا من خلال هذا البحث المقيد التطرق لها كلها، بل نجد أنفسنا مجبرين بأن نقصر دراستنا هذه على أحد أهم مجالات الاستثمار وهو العقار الذي أضحي يلعب دورا كبيرا في اقتصاديات الدول الحديثة، فنظرا لأهمية العقارات في اقتصاديات العالم الحديث كان المشرع ولا يزال يوليها عناية تشريعية خاصة في كل ما يتعلق بها.

فمثلا من خلال قوانين الشهر العقاري كان المشرع دائما ولا يزال يصبو لإضفاء مظاهر الحماية القانونية على العقار الذي يمثل أحد أهم مجالات الاستثمار، وذلك حتى يضع بين يدي المستثمر الضمانات الكافية التي تجعله يقبل على الاستثمار في العقار من دون أي تردد، فكان من الطبيعي جدا أن تخضع العقارات لما تحوزه من الأهمية بداية وبحكم طبيعتها الثابتة لنظام قانوني خاص يقتضي إخضاع

التصرفات القانونية الواردة عليها لإجراءات إعلان وشهر معينة، بحيث لا تكون التصرفات المنصبة على العقار سواء كانت منشئة لحق عيني عقاري أو ناقلة أو معدلة أو مسقطه له نافذة سواء فيما بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير إلا بعد إتمام كل تلك الإجراءات، والتي تشكل في مجملها ما أُصطلح على تسميته بإجراءات الشهر العقاري، وعلى هذا الأساس أمكن تعريف الشهر العقاري بأنه ذلك النظام الذي يرمي إلى شهر التصرفات القانونية التي يكون الهدف منها إنشاء حقوق عينية عقارية أو نقلها أو تعديلها أو إنهاؤها، بحيث يتم هذا الشهر عن طريق إثبات التصرفات القانونية المذكورة في سجلات يمكن الاطلاع عليها وأخذ إفادات بما جاء فيها من بيانات وقيود⁽¹⁾.

فالدور الكبير الذي أضحي يلعبه العقار في اقتصاديات الدول الحديثة استلزم إرساء دعائم الملكية العقارية على أسس ثابتة ومتمينة تبعث على الأمن والثقة والاطمئنان على الدوام حتى لا تعم الفوضى وحتى لا تسود المنازعات وترتبك الحياة الاقتصادية للبلاد، الأمر الذي يستلزم الوقوف على المركز القانوني للعقار وما له من أثر كبير في الإقدام أو الإحجام عن المعاملات العقارية. لذلك فقد كان من الضروري إيجاد وسيلة تمكن الكافة خاصة المستثمرين في هذا المجال من مجالات الاستثمار من العلم بما يتمتع به العقار من حقوق وما يتقله من التزامات، فكان من بين أهم الفوائد المتوخاة من وراء إرساء قواعد الشهر هي معرفة كافة التصرفات الواردة على العقارات، ذلك أنه من المعلوم أن العقارات هي محل لمختلف الحقوق العينية سواء كانت تلك الحقوق العينية أصلية كحقوق الملكية مثلا، أو كانت تابعة كالرهن.

والحق العيني بطبيعته نافذ في مواجهة الكافة بمعنى أنه يمكن الاحتجاج به على الجميع، ولذلك كان من الواجب شهره والإعلان عنه حتى يتاح لكل ذي مصلحة العلم بوجوده مادام أن هذا الحق يعتبر نافذا في مواجهته، وذلك حتى يعتد به ويدخله في حساباته عند إجراء أي تعامل في العقار، فلو فرضنا أن مستثمرا ما محلي كان أو أجنبي أراد الاستثمار في مجال الترقية العقارية بشراء قطع أرضية وتشبيد سكنات عليها لأجل إعادة بيعها للجمهور وكانت القطعة الأرضية التي يريد أن يقيم عليها مشروعه مرهونة، فإن شهر الرهن في هذه الحالة لا محالة يتيح له العلم بداية بوجود هذا الرهن وبالتالي يتصرف بناء على هذه المعطيات، وكذلك الحال إذا كان العقار مملوكا لغير البائع فإن نظام الشهر يتيح للمشتري العلم بهذه الحقيقة فيحجم عن الشراء ويتقي مغبة شراء عقار من شخص ليست له الصفة أصلا للتصرف فيه، وعلى هذا النحو فإن شهر التصرفات الواردة على العقار يحول دون وقوع غش في المعاملات العقارية، كما أنه يساعد على استقرار المعاملات العقارية وصيانة الحقوق وتثبيت الملكية، ويعمل على التخفيف من المنازعات، إذ أن من يريد الاستثمار في المجال العقاري أبدا لن يقدم على هذا الأمر إلا إذا كان على بينة وبصيرة من أمره، ومدركا للوضعية القانونية للعقار الذي يريد الاستثمار فيه.

(1) - راجع : حسين عبد اللطيف حمدان " أحكام الشهر العقاري " ، الدار الجامعة ، بيروت، لبنان، صفحة 11.

فالشهر العقاري إذن أضحى يتمتع بدرجة كبيرة من الأهمية النظرية والعملية في دول العالم بصفة عامة وفي الجزائر بصفة خاصة، خاصة في ظل سياسة البلد الرامية إلى تشجيع الاستثمار في أحد أهم مجالاته وهو العقار، وأكد أن هذا الهدف لا يمكن تحقيقه إلا إذا كان هناك مناخ قانوني مناسب لتحقيق القفزة في هذا المضمار، ودراستنا هذه تكون من خلال البحث في المبادئ العامة و الأساسية التي تحكم عملية شهر التصرفات العقارية ، وذلك حتى نتمكن من الوقوف على طبيعتها ومدى مطابقتها لمبادئ وأسس النظام الواجب العمل به. هذا إلى جانب محاولة الكشف عن أوجه القصور والنقص في نظام الشهر العقاري المعمول به في الجزائر، للوصول في الأخير إلى مدى ملائمة لسياسة البلد الرامية إلى تشجيع الاستثمار في أحد أهم مجالاته وهو العقار. فهل استطاع المشرع الجزائري من خلال جملة النصوص التشريعية والتنظيمية التي تحكم الشهر العقاري في الجزائر أن يكفل مناخا خصبا يغري على الاستثمار في أحد أهم مجالاته وهو العقار؟

المبحث الأول: أنظمة الشهر العقاري وأثرها على مناخ الأعمال

بالنظر إلى الأهمية الاقتصادية للأموال العقارية فإنّ جميع أو بالأحرى غالبية التشريعات في دول العالم المختلفة ومنذ قديم الزمن عنيت بشهر التصرفات العقارية، وذلك بهدف تمكين جمهور المتعاملين في العقار من التعرف على الأوضاع القانونية والحقيقية للعقارات بما يحقق الاستقرار في المعاملات العقارية وبتتيح ازدهار الاقتصاد في تلك الدول⁽²⁾.

على أنّ التشريعات في دول العالم المختلفة لم تتبنى نفس التوجه ونفس السياسة في تنظيم شهر التصرفات العقارية، فقد أدى التطور الذي عرفه العالم المعاصر في شتى مجالات الحياة الاقتصادي منها والقانوني والاجتماعي والسياسي إلى ظهور نظامين أساسيين للشهر العقاري، نظام أول اهتم بالشخص مالك العقار حيث جعله أساسا لعملية الشهر العقاري، وهذا النظام عرف بنظام الشهر الشخصي، ونظام ثاني عني بالعقار ذاته حيث جعله دعامة أساسية تقوم عليها عملية الشهر العقاري وهو نظام الشهر العيني، وللتعرف أكثر على هذين النظامين وبيان موقف المشرع الجزائري منهما فقد آثرت تقسيم هذا المبحث الأول إلى مطلبين نخصص الأول للتعريف بماهية نظام الشهر الشخصي والثاني للتعريف بماهية نظام الشهر العيني، وصولا في الأخير إلى تحديد النظام الذي يتلاءم ومقتضيات المناخ الخصب لجلب الاستثمار.

المطلب الأول: ماهية نظام الشهر الشخصي

لما كان نظام الشهر الشخصي أول نظام يظهر ويسود في مختلف دول العالم فقد كان لزاما علي البدء بدراسته مستهلا بتعريفه وبيان خصائصه، مارا بالعيوب التي حملها في طياته، ومنتهيا إلى مدى تناسب هذا النظام مع يتطلبه المناخ المناسب والمحفز على الاستثمار في المجال العقاري.

(2) - راجع : محمود أبو عافية ، التصرف القانوني المجرد ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1974 ، صفحة 6.

الفرع الأول : تعريف نظام الشهر الشخصي

نظام الشهر الشخصي وحسب ما يعرفه فقهاء القانون المتخصصين في هذا القسم من أقسامه: " هو ذلك النظام من نظم شهر المعاملات العقارية الذي يتخذ من أسماء المتصرفين محورا وأساسا تدور حوله وترتكز عليه عمليات القيد في السجلات العقارية" (3).

وفي ظل هذا النظام ينشأ في البلد الواحد سجل عام واحد أو عدة سجلات في مراكز الأقاليم المختلفة، ترصد من خلالها كل التصرفات التي من شأنها إنشاء حقوق عينية عقارية، ويتم رصدها باسم المتصرف في العقار. وتوضع لهذا السجل أو السجلات التي تدون فيها التصرفات التي ترد على العقارات فهارس منظمة بأسماء المتصرفين، بحيث إذا أراد ذوو الشأن ممن يهمهم أمر عقار معين أن يتعرفوا على ما إذا كان مالك معين قد تصرف في عقاره المملوك له ببيع أو رهن أو غير ذلك، طلبوا شهادة بذلك من الأمين على سجل الشهر في الجهة الواقعة بدائرتها العقار محل التصرف تثبت التصرفات التي صدرت من ذلك المالك خلال فترة معينة يلزم في الغالب عملا أن تشمل السنوات الخمس عشرة الأخيرة، عندها يقوم أمين السجل بالبحث عن اسم ذلك المالك في فهارس سجلات السنوات المطلوبة، فإذا لم يجده فيها كان ذلك دليلا على أنه لم تصدر منه أية تصرفات في المدة المذكورة، أما إذا وجد اسم ذلك المالك في هذه السجلات مرة أو أكثر كان ذلك دليلا على أنه أورد تصرفا أو أكثر على عقاراته الموجودة في الدائرة التي يبحث في سجلاتها. ويستطيع الطالب بعد ذلك أن يطلع أيضا ومن خلال السجل ذاته على طبيعة هذه التصرفات، كما له أن يطلب صورة كاملة عن كل منها، وبذلك يتسنى له أن يتأكد من أن العقار محل البحث لا يزال مملوكا لصاحبه ولم يتصرف فيه ببيع أو برهن أو بأي تكليف عيني آخر، وفي ضوء ذلك كله يقدر الطالب المعني حقيقة الموقف المالي للشخص الذي يريد التعامل معه فيما يتعلق بعقاراته الكائنة بالجهة التي حصل الكشف عنها، ومقدار ما يستحقه بسبب ذلك من ائتمان (4).

الفرع الثاني: خصائص نظام الشهر الشخصي

لعلنا من خلال تعريفنا السابق لنظام الشهر الشخصي يمكننا استخلاص أهم الخصائص والميزات التي تميز هذا النظام عن غيره من أنظمة الشهر العقاري الأخرى.

1/ أساس الشهر الشخصي هو أسماء الأشخاص الذين تصدر منهم التصرفات:

وهذه الخاصية الأولى هي قوام نظام الشهر الشخصي ومنها استمد هذا النظام تسميته بهذا الاسم (5).

2/ الشهر الشخصي ليست له أية قوة ثبوت:

(3) - راجع : إبراهيم أبو النجا ، السجل العيني في التشريع المصري ، مطابع جريدة السفير، الإسكندرية ، طبعة 1978، صفحة 27.

(4) - راجع: عبد الحميد أشورابي، إجراءات الشهر العقاري في ضوء لقضاء والفقهاء ، منشأة المعارف، الإسكندرية ، طبعة 1999، صفحة 4/3.

(5) - راجع : إبراهيم أبو النجا ، المرجع السابق ، صفحة 28.

يقتصر أثر الشهر العقاري في ظل نظام الشهر الشخصي على إعلان الحقوق كما هي فحسب، فهو ينبه الغير إلى وجودها ويلقي الضوء عليها دون أن يغيّر من شأنها أو قوتها، فالشهر في ظل هذا النظام ما هو إلا إجراء يهدف إلى العلانية فقط دون أن يكون له أي أثر على الحق المشهر، فنقل الملكية مثلا أو إنشاء أي حق عيني عقاري آخر لا بد وأن يستند إلى عقد صحيح لا تشوبه شائبة، أما إذا كان محل الشهر عقدا باطلا أو تقرر بطلانه فيما بعد فإن الشهر في هذه الحالة لا يكسب المتصرف إليه حقا، لأن الشهر الشخصي لا يظهر العقد من عيوبه التي يمكن أن تشوبه أو تعثره عند إنشائه، فإذا ما صدر حكم ببطلان العقد المشهر مثلا أشهر في هامش التسجيل ببطلان العقد و زال كل أثر لهذا التسجيل، و ذلك راجع إلى أن الشهر لا يحول حقا قابلا للفسخ أو البطلان أو متقلا بتكاليف عينية، إلى حق جديد أكثر قوة من الحق السالف⁽⁶⁾.

وعلى هذا الأساس سمي نظام الشهر الشخصي " بنظام تسجيل العقود " أي أن التصرفات تسجل كما هي دون إغارة اهتمام لصحة التصرف أو عدم صحته، ولذلك يقول الدكتور " MAZEAUD " - الذي كتب في نظام الشهر الفرنسي- بأن التسجيل في ظل نظام الشهر الشخصي لا يؤثر في الحق، فهو لا يطهره ولا يصححه ويبقى بذلك عبارة عن وسيلة لإعلام الغير بهذا التصرف فقط حتى يتمكن هذا الغير من استعمال حقه في المعارضة.

الفرع الثالث : تقدير نظام الشهر الشخصي

أولاً: مزايا نظام الشهر الشخصي:

1/ الدور الذي لعبه الشهر الشخصي في تحقيق العلانية لجمهور المتعاملين في العقار بحيث أمكنهم الإطلاع على ما يقع من تصرفات على العقارات التي يعنون بها.

2/ أن التسجيل في ظل نظام الشهر الشخصي يعد قرينة على أن الشخص المسجل باسمه العقار هو المالك أو صاحب الحق العيني، هذا وإن كانت هذه القرينة قابلة لإثبات العكس إلا أن الشخص المسجل باسمه العقار يظل بموجب هذه القرينة البسيطة هو المالك أو صاحب الحق العيني ما لم يتم الطعن في التصرف المسجل الذي انتقل بموجبه الحق العيني إلى هذا الشخص.

ثانياً: عيوب نظام الشهر الشخصي⁽⁷⁾:

1/ قصور الشهر الشخصي عن تحقيق الهدف المنشود من وراء إرساء قواعد الشهر:

⁽⁶⁾ - راجع : BESSON : " les livres foncières et la reforme hypothécaire ". 1981. p174.

⁽⁷⁾ - راجع : سليمان مرقس ، شرح القانون المدني ، العقود المسماة ، عقد البيع ، الطبعة الرابعة سنة 1980 ، صفحة 277 .
- راجع أيضا: مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2003 صفحة 15.

ذلك أنه كما هو معروف على رأي الأستاذ "MAZAUD" يعتبر نظام الشهر الشخصي بمثابة وسيلة لإعلام الغير بالتصرفات التي ترد على العقار فحسب، وأن التسجيل لا يغير في ذلك شيئاً، وبالتالي يبقى المتصرف إليه مهددا بزوال هذا الحق الذي انتقل إليه، وذلك عند رفع دعوى استحقاق أو استرداد من طرف الغير، وهو الأمر الذي يجعل الناس يحجمون عن التعامل في العقارات والحقوق العيضية الأخرى لأنهم يرون في ذلك الإحجام تجنباً لكل المشاكل والأخطار هذا من جهة، ومن جهة أخرى يحجم آخرون عن التعامل في العقارات في ظل نظام الشهر الشخصي أولئك الذين يملكون رؤوس الأموال المتخصصون في إقراض ملاك العقارات الذين يحتاجون إلى مبالغ مالية من أجل استغلال عقاراتهم، ذلك أن المقرض يصبح خائفاً من الإقراض لأشخاص يعتقد أنهم مالكيون لعقارات ثم يتضح بعد ذلك أنهم على غير ذلك، أو أنهم قد انتزعت منهم ملكية تلك العقارات بدعوى استرداد أو استحقاق لملكية تلك العقارات، وتقادياً لهذا كله يفضل ذوو رؤوس الأموال عدم الإقراض بدل المجازفة واحتمال ضياع أموالهم، فبدل أن يحصل المقرض على أصل الدين مضافاً إليه الفائدة يخاطر بفقد الاثنتين في ظل الشهر الشخصي للحقوق العقارية⁽⁸⁾. هذا من ناحية الأشخاص ومصالحهم الخاصة، أما من ناحية المصلحة العامة فإن الأثر السلبي للشهر الشخصي يتحمله الاقتصاد الوطني، حيث تكون الخسارة أكبر بكثير من خسارة الأفراد، فلدينا مثلاً عدم قدرة صاحب العقار الفلاحي مثلاً على تأمين رؤوس الأموال الكافية لخدمة أرضه يدفعه إلى استغلالها استغلالاً ناقصاً لا يكفي لتلبية الحاجات الضرورية للبلاد من حيث منتجات الأرض، الأمر الذي يدفع بالبلاد للاستيراد من الخارج لعدم كفاية المنتج المحلي نتيجة لنظام قانوني قاصر عن تحقيق الائتمان في عصر فقدت فيه الثقة إلا في الوثيقة، ذلك أننا نعلم علم يقين أن الشخص الذي لا يلقى دعماً مالياً يشتري به بذوراً وآلات وأسمدة يفشل حتماً في زراعة أرضه أو يتخلى عنها ويتركها بوراً، وهذا لا يخفى أثره السلبي على الفرد والجماعة في البلاد التي لم تنتهج التشريع المناسب.

2 / الشهر الشخصي لا يفيد ثبوت الحق للمتصرف إليه بصفة نهائية:

فقد ينازع المتصرف له في الحق محل الشهر وقد يصل إلى درجة فقد هذا الحق، ويرجع ذلك إلى أن نظام الشهر الشخصي لا يظهر التصرف المشهر مما قد يشوبه من عيوب يمكن أن تقضي عليه، كما أنه لا يفيد ملكية المتصرف للحق المتصرف فيه بصفة نهائية، فقد يصدر التصرف من غير المالك الحقيقي ولا يحول ذلك دون شهره، وفي حالة شهره لا يحول الشهر دون الحكم بزوال الحق الذي ترتب على الشهر الباطل⁽⁹⁾.

3 / صعوبة معرفة المالك الحقيقي للعقار :

(8) - راجع : صداقي عمر ، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري ، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر ، صفحة 26/25.

(9) - راجع : سليمان مرقس ، المرجع السابق ، الصفحة 277 وما بعدها.

- الدرکشلي : محاضرات في النواحي الفنية في تطبيق قانون السجل السوري ، 1974 ، صفحة 105 وما بعدها.

هذا عيب آخر من عيوب التعويل على السجل الشخصي، و الذي يتمثل في المشقة التي يجابهها المتعاملون في العقارات حتى يتعرفوا على مالك العقار الحقيقي والوضعية القانونية للعقار ذاته⁽¹⁰⁾،

5/ خطر تشابه الأسماء:

ولنظام الشهر الشخصي عيب خاص بالبلاد التي لا يستخدم فيها الاسم العائلي بجانب الاسم الشخصي، حيث تتشابه فيها الأسماء على نحو يمكن أن يؤدي إلى إضافة تصرفات شخص إلى شخص آخر والعكس إذا ما تشابهت أسماء المتصرفين، مما يؤدي إلى نتائج غير مرضية وبالتالي إلى شهادات لا تمثل الحقيقة⁽¹¹⁾.

6/ خطر ضياع الملكية بالتقادم :

إنّ نظام الشهر الشخصي لا يحظر اكتساب ملكية العقارات عن طريق التقادم، فالمتصرف له لا يأمن خطر رفع دعوى عليه باستحقاق أو استرداد العقار الذي سجل باسمه، بل لا يأمن حتى خطر ظهور شخص من الغير يدّعي ملكية العقار عن طريق التقادم .

7/ قابلية التصرفات المسجلة للطعن:

إنّ نظام الشهر الشخصي هو عبارة عن نظام لتسجيل العقود فحسب، وعليه تكون كل التصرفات المسجلة في ظل نظام الشهر الشخصي قابلة للطعن فيها، ذلك أنّ هذا النظام كما قال عنه الدكتور عبد الرزاق السنهوري: " هو طريق العلانية لمعرفة التصرف كما هو، صحيحا كان أو باطلا سليما كان أو معيبا ". فالشهر في ظل هذا النظام على حد قول الدكتور السنهوري " لا يبطل عقدا صحيحا ولا يصح عقدا باطلا "⁽¹²⁾.

8/ خطر تعارض سندات ملكية عقار واحد⁽¹³⁾:

ويحدث تعارض سندات الملكية في حالة ما إذا تصرف الشخص في عقار معين - معتقدا أنه مالكة الحقيقي - بأن يبيعه إلى شخص ثاني ليتفاجئ هذا الأخير بعد مدة بشخص ثالث يدّعي ملكية هذا العقار وأنه اشتراه من مالكة الحقيقي، وبالتالي نصل إلى تعارض في سندات الملكية، أي وجود شخصين لديهم سندي ملكية عقار واحد وكل منهما يدّعي بأحقّيته على العقار نفسه، بحيث يكون الشخص الأول قد تلقى سنده نتيجة تسجيل التصرف الذي تم بينه وبين من كان يعتقد أنه مالك العقار الحقيقي هذا الأخير الذي زالت عنه الملكية مثلا بالتقادم هذا من جهة، ومن جهة أخرى يكون الشخص الثاني الذي يحوز سندا معارضا للسند الأول قد تحصل على سنده نتيجة تسجيله للتصرف الذي تم بينه وبين المالك القانوني الحقيقي للعقار، وفي حالة حصول مثل هذا التعارض وهو كثير الوقوع نتيجة لطبيعة نظام الشهر

(10) - راجع : محمود عبد الرحمن محمد، الوجيز في الشهر العقاري، دار النهضة العربية، القاهرة 2007 ، صفحة 7/6.

(11) - راجع : عبد الرزاق السنهوري. الوسيط ، الجزء الرابع ، صفحة 246.

(12) - راجع : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، المجلد الأول ، صفحة 436.

(13) - راجع : صداقي عمر ، المرجع السابق ، الصفحة 28.

الشخصي التي تتيح الوقوع في مثل هذا التعارض، وهنا نصبح أمام مشكلة عويصة تتمثل في عدم معرفة المالك الحقيقي للعقار بين شخصين كل واحد منهما يحوز سنداً ويدّعي بملكيتته للعقار محل النزاع.

هذا ويلاحظ أنّ لتعارض سندات ملكية عقار واحد نتائج سلبية لا تخفى على كل ذي لب و هي بالغة الخطورة، و نذكر منها ما يؤدي إليه ذلك التعارض من إزالة للثقة بين الناس الذين يريدون إبرام تصرفات بشأن العقارات، الأمر الذي يجعل من الإقبال على شرائها أو بيعها أو التعامل فيها قليلاً، فمن غير المعقول أن يقبل شخص ما على شراء أو إقراض مبلغ بضمنان هذا العقار وهو لا يعلم حقيقة هل أنّ المتعامل معه هو فعلاً مالك للعقار أم لا، هذا ناهيك عن الأضرار التي تنجم عن عدم استغلال العقارات أو استغلالها استغلالاً سيئاً نتيجة ضعف الائتمان في هذا المجال، ولهذا الأمر علاقة أكيدة مع تراجع المستثمرين المحليين والأجانب عن الإقبال على الاستثمار في البلدان التي تنتهج نظام الشهر الشخصي.

*** نتيجة:** ونخلص في آخر هذا المطلب إلى أنّ نظام الشهر الشخصي قد حمل في طياته جملة من العيوب والمثالب تجعل منه غير صالح لارساء دعائم مناخ أعمال خصب يغري على الاستثمار في أحد أهم مجالاته وهو العقار.

المطلب الثاني : نظام الشهر العيني (14):

الفرع الأول: تعريف الشهر العيني

تطبيقاً لنظام الشهر العيني أو كما يسمّيه المشرع الجزائري "السجل العقاري *livre foncier*" يمسك سجل خاص لدى مصلحة الشهر العقاري تخصّص فيه لكل عقار صفحة معيّنة يدوّن فيها كل ما يرد على هذا العقار من تصرفات قانونية، بحيث يكفي صاحب الشأن أو صاحب المصلحة الذي يقبل على معاملة معيّنة يكون محلها عقاراً معيّناً أن يطّلع على الصفحة الخاصة بذلك العقار لدى مصلحة الشهر العقاري المختصة إقليمياً ليجد فيها كل المعلومات المتعلقة به، بداية من موقعه ومساحته وحدوده ورقمه وصولاً إلى مختلف التصرفات التي وردت عليه من بيع مثلاً أو رهن أو هبة، وهذا كله مع ذكر اسم مالك العقار وكل ما يتعلق به، فينشأ للعقار في ظل هذا النظام بيان حالة مثله في ذلك مثل الحالة المدنية للشخص الطبيعي⁽¹⁵⁾، فمن يريد بعد ذلك أن يتعرف على حالة العقار ما عليه إلا أن يطّلع على هذه الصفحة من السجل ليقف على الوضعية القانونية الحقيقية له، فيتحقق من مالكة الحقيقي بداية ثم الأعباء والحقوق المسجلة عليه إن وجدت.

(14) - يلاحظ أنّ البعض يطلق تسمية نظام السجل العقاري على السجل العيني ولا يخفى وجه النقد لهذه التسمية، ذلك أن كلا من النظامين الشخصي والعيني يتعلّقان بالسجل العقاري ومن ثم ليس من الدقّة وصف أحد النظامين دون الآخر بالصفة العقارية، وهو ما ذهب إليه الدكتور إبراهيم أبو النجا في محاضراته غير المطبوعة لطلبة الماجستير العقود والمسؤولية لسنة 1979 بجامعة الجزائر.

(15) - راجع : محمود العنابي ، قانون التسجيل العقاري التونسي علما و عملا، طبعة 1978 ، صفحة 10.

وهكذا فإنّ نظام الشهر العيني يتخذ من العقار أساساً مادياً لشهر التصرفات التي ترد عليه ولا عبارة فيه بأشخاص المتصرفين، ذلك أنّ هذه التصرفات في ظل نظام الشهر العيني تسجل باسم العقار لا باسم الشخص المتصرف، وهذا الأساس الذي يعتمد عليه نظام الشهر العيني هو الفارق الجوهرى بينه وبين نظام الشهر الشخصي، فإذا كان هذا النظام الأخير يخصص صفحة من سجلاته لاسم كل متصرف فإنّه في ظل نظام الشهر العيني تخصص صفحة من السجل لكل عقار.

الفرع الثاني : خصائص ومبادئ نظام الشهر العيني

يقوم نظام الشهر العيني على جملة من المبادئ الأساسية التي تمثل في نفس الوقت خصائص مميزة لهذا النظام نبينها في ما يلي :

أولاً: مبدأ التخصص " principe de spécialité " :

تخصّص في ظل نظام الشهر العيني لكل وحدة عقارية صحيفة عينية تقيّد فيها جميع التصرفات الواردة على العقار⁽¹⁶⁾، ومن مجموع هذه الصحائف يتكوّن السجل العيني، وتخصيص صحيفة عينية لكل وحدة عقارية هو ما يعرف في ظل هذا النظام بمبدأ التخصص ، ومنه استمد نظام السجل العيني تسميته بهذا الاسم، وعليه فقيّد كل التصرفات الواردة على العقار تبعاً لهذا الأخير في الصفحة المخصصة له يجعل من ملكية العقار تشخيص ذاتي له دون أدنى اعتبار لشخص المتصرف .

ثانياً: مبدأ قوّة الثبوت المطلقة " force probante absolu " (17):

مقتضى هذا المبدأ أنّ كل ما هو مقيد في السجل العيني يمثل الحقيقة التي لا معقب عليها⁽¹⁸⁾، ثمّ إنّ قوّة الثبوت المطلقة هي قرينة قانونية قاطعة لا تقبل إثبات العكس، والهدف من إقرار هذه القرينة القاطعة في هذه الحالة هو دعم الائتمان العقاري، وبناءاً عليه يصبح التصرف العقاري المسجل في ظل نظام الشهر العيني سليماً خالياً من أي عيب مهما كان مصدره، والحق المقيد يعتبر قائماً في مواجهة الكافة وعليه لا يمكن الطعن فيه لا بدعوى البطلان ولا بدعوى الاستحقاق ولا بدعوى الاسترداد، وبهذا يكون المتصرف في مأمن من المنازعات، فالسجل العيني لا يمكن أن يحقق الغرض الذي أنشئ من أجله إلا إذا كانت القيود الواردة فيه محل ثقة لدى الجميع، وهو ما يطمئن جمهور المتعاملين في العقار بما فيهم المتعاملين الاقتصاديين، وأثر ذلك واضح وجلي على الاقتصاد الوطني. فمن يكسب ملكية عقار أو أي حق عيني مستندا إلى هذه القيود في السجل العيني يجب أن يصبح مالكا أو صاحب حق عيني بصفة

(16) - راجع : محمود عبد الرحمن ، المرجع السابق ، صفحة182.

(17) - تسمية هذا المبدأ بالقوة المطلقة هو ما تعارف عليه الفقه، غير أنّ هذا التعبير في رأى كثير من الفقهاء غير دقيق لأنّ هذا المبدأ يتعلّق بقوّة الثبوت، وهذه الأخيرة قد تكون مطلقة كما قد تكون نسبية، راجع في هذا الصدد إبراهيم أبو النجا، المرجع السابق الصفحة 17.

(18) - راجع : محمود عبد الرحمن ، المرجع السابق ، صفحة182.

قاطعة ونهائية حتى ولو كانت هذه القيود تستند إلى تصرف باطل أو معيب، وهذا ما يعرف بالثقة العامة في السجل العيني " la foi publique du registre foncier " (19).

ثالثاً : مبدأ الشرعية " Principe de légalité " (20) :

مفاد هذا المبدأ أن يتحقق المحافظ العقاري أو المكلف بالقيود أو التسجيل في السجل العيني من صحة التصرفات المراد شهرها بكل عناية ودقة حتى لا تهدر حقوق الناس في ظل مبدأ القوة الثبوتية للقيود في السجل العيني (21)، فمبدأ الشرعية يقتضي وجوب التحقق والرقابة والمراجعة الدقيقة السابقة على إجراء القيد في السجل العيني، حتى لا يقيد أي حق عيني إلا بعد تثقيته من كل شائبة، فطالما أن الحق العيني يتحصن بقيده في السجل العيني ضد كل الطعون فإنه يجب ألا يتم القيد إلا بعد التأكد التام من أن الحق مطابق تماماً للحقيقة، وأن التصرف العقاري المؤدى للقيد صحيح ويستند إلى أساس قانوني سليم، بحيث يصبح قيد الحق العيني في السجل العيني دليلاً على شرعيته (22).

ولا يخفى طبعاً الأثر الإيجابي للشهر العيني بما يحتويه من مزايا - وخاصة مبدأ الشرعية - على اقتصاديات الدول التي تنتهجها، فهو بالمبادئ التي يحملها في طياته يؤدي لا محالة إلى ازدهار الاستغلال العقاري نتيجة حمل الناس على الإقدام على الأنشطة العقارية من بيع وشراء وضمن واستثمار.

رابعاً : مبدأ القيد المطلق " Principe de l' inscription absolu " :

ومؤدى هذا المبدأ أن القيد في ظل نظام الشهر العيني هو مصدر الحقوق العينية العقارية، فهو الذي ينشئ الحقوق وهو الذي يعدلها وهو الذي ينهئها ويزيلها (23)، فالحق غير المقيد يعتبر هو والعدم سيان، سواء كان في مواجهة المتعاقدين أو في مواجهة الغير، وبالمقابل كل حق مقيد في السجل العيني يعتبر حجة على الكافة، وعلى هذا النحو يكون للقيد أثر منشئ للحقوق العينية في ظل الشهر العيني، فليس لأحد أن يدعي حقاً عينياً على عقار غير مقيد في السجل العيني، إذ بالقيد وحده تنشأ وتنقل وتزول الحقوق العينية، ومن ثم يصبح القيد هو مصدر الحق.

خامساً : مبدأ عدم اكتساب الحقوق المقيدة بالتقادم :

إن من المبادئ التي يقوم عليها نظام الشهر العيني أنه لا يمكن اعتبار التقادم طريقاً من طرق اكتساب الحقوق العينية العقارية، وذلك حماية للثقة العامة والائتمان العقاري ودعم استقرار الملكية العقارية، وتطبيقاً لهذا المبدأ فإنه لا يمكن لواضع اليد أن يكتسب ملكية العقار المقيد الذي يضع يده عليه بالتقادم،

(19) - محمد عبد الجواد، نظام التسجيل العقاري في الجمهورية العربية الليبية، بحث مقدم لحلقة دراسات الشهر العقاري المشار إليها من قبل صفحة 277.

(20) - يسميه بعض الفقه مبدأ المراقبة المسبقة.

(21) - راجع : محمود عبد الرحمن ، المرجع السابق ، صفحة 183.

(22) - راجع : منصور وجيه ، السجل العيني وإدخاله في الإقليم المصري ، صفحة 457.

(23) - راجع : محمود عبد الرحمن ، المرجع السابق ، صفحة 184.

لأنّ السماح بمثل هذا الأمر يخل بالنقطة والاستقرار والتسلسل العادي والمنظم لعمليات انتقال الملكية عن طريق القيد هذا من جانب، ومن جانب آخر فإنّ السماح باكتساب الحقوق العينية العقارية بالتقادم في ظل نظام السجل العيني يؤدي إلى الاضطراب والفوضى في ترتيب عملية انتقال الملكية والحقوق العينية الأخرى⁽²⁴⁾. ومنه الإخلال بأحد المقومات الضرورية لوجود الاستثمار.

وهكذا يتبيّن لنا من خلال ما رأيناه أنّ التقادم مثله في ذلك مثل وسائل اكتساب الملكية الأخرى، يتعارض مع ما يقرّره نظام الشهر العيني، فالقيد كما يصفه "Maurice pouyanne" هو عقد ازدياد كل الحقوق العينية بحيث تبدأ حياتها من وقت قيدها في السجل العيني إلى وقت إلغائها بقيد آخر، ومن ثم فلا مجال للاعتداد بأي طريق آخر لاكتساب الحقوق العينية، والتقادم حسب رأي الأستاذ "Roger doublier" يعتبر بمثابة لغم يفتك بكل نظام للشهر العيني⁽²⁵⁾.

الفرع الثالث : تقدير نظام الشهر العيني:

أولاً: مزايا نظام الشهر العيني⁽²⁶⁾

أ/ تحقيق الحماية للمتعاقدين:

فمبدأ المشروعية مثلاً كما أوضحناه سالفاً يجعل من القيود الواردة في ظل هذا النظام هي الحقيقية التي لا يساورها شك ولا يقترب منها طعن وتعلوا على كل أسباب النزاع، وعلى ذلك فمن يتعاقد مع صاحب الحق العيني المقيّد يطمئن إلى خلو العقار من كافة المنازعات، فالسجل العيني لا يقرّ إلا صاحب الحق العيني المقيّد دون غيره ولو كان التصرف الذي يستند إليه القيد معيباً أو باطلاً، وعليه فمن يعتمد على ما جاء من بيانات في السجل العيني فهي حسبه ولا يمكن لأحد أن ينازعه في حقه هذا، كما لا يكون ملزماً بالبحث والتحري عن مدى صحة التصرف أو السند الذي أجري على أساسه القيد، حيث أنّ التحري والبحث يكون من واجب واختصاص أمين السجل العيني تطبيقاً لمبدأ الشرعية الذي يبنّي عليه نظام الشهر العيني.

ب/ سهولة معرفة الوضع القانوني للعقار:

وهذه الميزة أيضاً مرجعها أحد المبادئ التي يقوم عليها نظام السجل العيني وهو مبدأ التخصيص، فمن يريد أن يتعرف على الوضعية القانونية لعقار معين أو بالأحرى على حالته المدنية كما يسميها

-Roger doublier . " propriété foncière en Afrique de l'ouest française . 1957 . page 152/163.

(2)(3)-راجع :

(26) -راجع : مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص18.

الأستاذ " Pitro bernardi " (27)، فما عليه سوى الرجوع إلى الصحيفة المخصصة لهذا العقار في السجل العيني وسيجد فيها كل ما يبحث عنه بشأن العقار موضوع التعامل.

ج/ تجنب الوقوع في تشابه الأسماء والمخاطر المترتبة عنه:

إذا كانت التصرفات في ظل نظام الشهر الشخصي تقيّد باسم الشخص المتصرف، فإنّه في ظل نظام الشهر العيني تقيّد طبقاً لمواقع العقارات وأرقامها ومساحتها، فالعقارات لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تتشابه لا من حيث الرقم المخصص لها ولا من حيث الموقع، ومن ثم فإنّه إذا كان تشابه الأسماء في ظل نظام الشهر الشخصي يؤدي إلى صعوبة أو استحالة التعرف على المالك الحقيقي للعقار أو صاحب الحق العيني العقاري، فإنّ هذا غير وارد في ظل نظام الشهر العيني الذي يعتمد على العقار أساساً في عملية الشهر.

د/ تأمين الملاك وأصحاب الحقوق العينية العقارية من خطر التقادم:

نظراً لأنّ نظام السجل العيني لا يعتد إلا بشيء اسمه القيد كسبب وحيد لإنشاء أو تعديل أو تقرير أو إنهاء الحقوق العينية العقارية، ولا يعتد أبداً بالتقادم كوسيلة لاكتساب الملكية والحقوق العينية فإنّ خطر فقدان هذه الحقوق بأي سبب آخر غير القيد بما في ذلك التقادم لا يعتبر وارداً في ظل نظام السجل العيني، وهذا يعتبر في حد ذاته حماية ووقاية للملكية العقارية ضد المغتصبين والمعتدين على ملكية الآخرين من محترفي اغتصاب العقارات، فحيث يكون القيد وحده هو مصدر الحقوق العينية يكون المستفيد في مأمن من ادعاءات الغير هذا من جهة، ومن جهة أخرى يكون من المستحيل حصول تعارض بين سندات الملكية لأنّ مصدرها واحد وهو الصحيفة المخصصة للعقار في السجل العيني (28).

و/ سهولة وسرعة انتقال الملكية العقارية:

إنّ انتقال ملكية العقارات بسرعة وسهولة تعد نتيجة حتمية للمبادئ التي تحكم نظام السجل العيني والتي سبق الحديث عنها، فسرعة انتقال الملكية وسهولتها هما أمران لازمان إذا كانت الأمور كلها على بينة من حيث وضوح المركز القانوني للعقار، بداية من معرفة مالكة الحقيقي ووصولاً إلى معرفة ما يمكن أن يثقل كاهله من قيود إضافة إلى تطهير التصرفات العقارية من العيوب التي يمكن أن تشوبها وذلك بمجرد قيدها والتأكد من أنّ القيد هو الوسيلة الوحيدة التي تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى، فكل هذا لا بد وأن يؤدي إلى اختزال الوقت والجهد الذي يبذل في البحث والتحري عن العقار في ظل نظام الشهر الشخصي.

● نتيجة:

(27)- راجع: l'introductions graduelle des livres fonciers en egypte" E C 1922 page 180 . Pitro bernardi " des reformes immédiates et des mesures endans a

(28)- راجع : إبراهيم أبو النجا ، المرجع السابق، صفحة 54.

بعد كل ما رأيناه نصل إلى نتيجة مهمة مفادها أن وضوح الإجراءات ودقتها في ظل نظام الشهر العيني تؤدي بالضرورة إلى السهولة والسرعة في إبرام المعاملات العقارية، وهذه الميزة بدورها تؤدي إلى ارتفاع قيمة العقارات. فمبادئ نظام الشهر العيني المذكورة سلفاً والتي تحمي المالك العقاريين وأصحاب الحقوق العينية لا يخفى أثرها الإيجابي على قيمة العقارات، فلا بد وأن ترتفع قيمة هذه الأخيرة في ظل اطمئنان الناس وثقتهم في التصرفات التي يبرمونها على العقارات، وإقبالهم لا بد أن يزيد على التعامل في ميدان بيع وشراء ورهن العقارات والاستثمار فيها بشكل عام، فزوال الخوف المتوقع في ظل نظام الشهر الشخصي لا بد وأن يجعل من نظام الشهر العيني عامل استقرار في المعاملات العقارية، وبالتالي يكون دافعاً للناس للتعامل في هذا المجال وهو ما يؤدي بالضرورة إلى ارتفاع قيمة العقارات بقوة القانون الاقتصادي المعروف بقانون العرض والطلب⁽²⁹⁾. ومنه توفير المناخ المناسب للنشاط الاستثماري.

ثانياً: عيوب نظام السجل العيني⁽³⁰⁾

أ/ حيدة نظام الشهر العيني عن قواعد العدالة :

يذهب بعض الفقه إلى أن نظام الشهر العيني بانطوائه على مبدأ قوّة الثبوت المطلقة يعدّ مخالفاً لمبادئ العدالة التي تقضي بأنه لا يجوز للشخص أن ينقل لغيره ما لا يملكه أو أكثر مما يملكه، فانتقال الحقوق العينية عن طريق القيد وحده يجعل - حسب أنصار هذا الرأي - من هذا النظام وسيلة لاغتصاب حقوق المالك الحقيقيين، ذلك أنه قد يتمكن أحد الأشخاص من قيد حق عيني لا يملكه حقيقة، وبالتالي يصبح هو المالك له تطبيقاً لقواعد الشهر العيني، وبالطبع لا تخفى خطورة هذا الأمر.

وفي مقابل هذا الرأي فقد تولى أنصار الشهر العيني الرد على هذا النقد⁽³¹⁾ بالقول أن مبدأ الشرعية الذي يعتبر أحد الدعائم الأساسية التي يقوم عليها نظام الشهر العيني يستلزم مراجعة دقيقة سابقة على إجراء القيد في السجل، بحيث أن هذه المراجعة تجعل من النادر جداً قيد تصرفات باطلة أو معيبة، وحتى عند حدوث هذه الحالة النادرة جداً فإنه تعقد عندها موازنة بين صالح المجتمع العام وصالح الفرد الخاص ولا شك من رجحان كفة الصالح العام، فإن كان من مصلحة الفرد أن يحتفظ بحقه في إبطال التصرف المعيب فإن من مصلحة المجتمع الإبقاء على هذا التصرف، ذلك أن خشية فسخ التصرف أو إبطاله يجعل مكتسب العقار يحجم عن استغلاله لأنه مهدد بنزع ملكيته منه في أية لحظة، كما أنه لن يجد من يقدم على إقراضه بضمان العقار لعدم استقرار الملكية له نهائياً، وتكون النتيجة النهائية في هذه

⁽²⁹⁾ - راجع : محمد كامل مرسي ، شهر التصرفات العقارية، التسجيل و العقد ، القاهرة ، طبعة 1973 صفحة 70.

⁽³⁰⁾ - راجع : مجيد خلفوني ، المرجع السابق، صفحة 20.

⁽³¹⁾ - راجع : إبراهيم أبو النجا ، المرجع السابق ، صفحة 56 .

الحالة هي الإضرار باقتصاد البلاد ودخلها القومي، إضافة إلى حرمان المجتمع من الفائدة التي كانت ستعود عليه من جراء استغلال العقار استغلالاً مثيراً (32).

ب/ ارتفاع التكلفة المادية لنظام الشهر العيني:

يرى خصوم نظام الشهر العيني أنّ إرساء قواعد هذا النظام تتطلب نفقات باهظة وعناء كبيراً، ذلك أنّ عملية مسح الأراضي التي تسبق عملية إنشاء السجلات العقارية أمر ينبغي أن يوفر له المال الكثير كما ينبغي توفير المتخصصين في هذا الميدان، ففي فرنسا (33) على سبيل المثال يقول السيد "piot" وهو أحد أعضاء المؤتمر الذي عقد لأجل دراسة مدى إمكانية إدخال نظام السجل العيني إلى فرنسا، أن المسح الشامل يتطلب على الأقل 350 مليون فرنك آنذاك و6000 موظف وهو أمر مكلف جداً، كما قال عضو آخر في المؤتمر وهو السيد "poincare" أنه لا يمكن أبداً أن تفكر في المسح الشامل، وذهب آخر إلى أنّ التفكير في المسح أمر خطير لأنه يتطلب توجيه إخطار إلى 8 ملايين مالك عقاري آنذاك، ناهيك عن الخلافات والنزاعات التي تنشأ بين الناس حول حق ملكية العقارات محل المسح.

وقد تولى الدكتور إبراهيم أبو النجا ومن خلال مؤلفه السجل العيني في التشريع المصري الردّ على هذا النقد بقوله: " إذا زعم البعض أنّ نفقات السجل العيني كبيرة لما يتطلبه هذا النظام من مسح حديث للعقارات فإنّ العكس هو الصحيح، ذلك أنّ عملية المسح هي عملية لا بد منها في كل من نظام الشهر العيني ونظام الشهر الشخصي، حيث لا يتصور شهر أيّ تصرف عقاري في أيّ من النظامين دون بيان موقع العقار ومساحته وحدوده ووصفه وغير ذلك من البيانات التي يبيتها المسح، فعملية المسح العقاري ليست مقصورة على نظام السجل العيني بل هي لازمة حتى بالنسبة لنظام السجل الشخصي.

خلاصة

لعلّ ممّا نخلص إليه في نهاية هذا المبحث أنّ الانتقادات التي وجهت لنظام السجل العيني لم تكن لتنتال منه أو تقلل من مزاياه التي تجعل منه في مقدمة أنظمة الشهر العقاري وعلى رأسها نظام السجل الشخصي، ذلك أنّ نظام السجل العيني هو النظام الأمثل حسب رأينا الذي تتوافر فيه الأسس التي يستند إليها ضمان أمن واستقرار المعاملات العقارية وهذه الأسس هي:

1/ ثبوت الحق لصالح الشخص الذي يريد التصرف.

2/ ثبوت أنّ الحق انتقل صحيحاً لهذا الشخص.

3/ ثبوت أنّ هذا الشخص لم يسبق له التصرف في هذا الحق لصالح الغير.

وهي أسس ثلاثة تميز بها نظام السجل العيني عن نظيره الشخصي هذا الأخير الذي لم يحمل في طياته ما يكفل تحقيق هذه الأسس الثلاثة، ومنه نصل إلى النتيجة التي مؤداها أفضلية نظام السجل العيني على نظام السجل الشخصي، وملائمة نظام السجل العيني للمتطلبات الحديثة خاصة في مجال الاستثمار ودعم

(32) - راجع : إبراهيم أبو النجا ، المرجع السابق ، صفحة 56.

(33) - راجع : "fuster serge" decret du 30 octobre 1935 " thèse 1937 page 49.

مناخ الأعمال، فالأسس التي يقوم عليها نظام السجل العيني تجعله في مقدمة نظم الشهر التي تتناسب مع ما تصبو له الدول من جلب للاستثمارات وتحفيز عليها داخلية كانت أو أجنبية وبهذا نفهم لماذا اتجهت غالبية الدول للأخذ بنظام السجل العيني وتخلت عن السجل الشخصي. وحتى بالنسبة للدول التي لم تتخلص تماما من هذا النظام بسبب ظروفها الخاصة فقد راجعت نظام الشهر فيها بكثير من الإصلاحات للتخفيف من عيوبه والاقتراب ما أمكن من نظام السجل العيني، ولعل السؤال الذي يطرح نفسه بعد هذا العرض لأهم نظامين يحكمان عملية شهر التصرفات العقارية في العالم : **ما هو موقف المشرع الجزائري من هذين النظامين؟**

المبحث الثاني : مدى ملائمة نظام الشهر العقاري المعتمد في الجزائر لمتطلبات دعم مناخ الأعمال
إنّ تحديد موقف المشرع الجزائري من نظم الشهر العقاري المختلفة ومدى ملائمتها لمقتضيات دعم مناخ الأعمال وجلب الاستثمار يقتضي مآ دراسة الشهر العقاري في الجزائر خلال مرحلتين اثنتين هما على التوالي:

* مرحلة ما قبل صدور الأمر 74/75 المتعلق بإعداد المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري.

* مرحلة ما بعد صدور الأمر 74/75 والمرسومين التنفيذيين لهذا الأمر.

المطلب الأول : موقف المشرع الجزائري قبل صدور الأمر 74/75.

الفرع الأول: مرحلة الاحتلال الفرنسي للجزائر:

نظرا للاتصال الوثيق بين مرحلة الاحتلال الفرنسي للجزائر وبين ما ساد الجزائر من نظم للشهر العقاري بعد الاستقلال إلى غاية سنة 1975، وجدنا أنه من الواجب علينا بيان طبيعة النظام القانوني الذي كان يحكم عملية الشهر العقاري في الجزائر إبان تلك الحقبة الاستعمارية.

فمنذ السنوات الأولى للاحتلال الفرنسي للجزائر سنة 1830 عملت السلطات الفرنسية على تطبيق مختلف القوانين الفرنسية في الجزائر، ومن أجل تحقيق هذا الهدف صدر قانون 1834 الذي يفيد امتداد تطبيق القوانين الفرنسية على الجزائريين باعتبار الجزائر جزء من فرنسا، ومن بين جملة القوانين التي طبقت في الجزائر آنذاك القانون المدني الذي تولى تنظيم المعاملات العقارية⁽³⁴⁾، إلى جانب نصوص أخرى عززت أحكام هذا القانون في ضبط وتنظيم كافة التصرفات العقارية، وقد عرفت الجزائر أثناء فترة الاحتلال ازدواجية في نظام الشهر العقاري المطبق آنذاك، واستمرت تلك الازدواجية إلى فترة معينة بعد الاستقلال، وقد شملت نظامين للشهر العقاري نظام للشهر الشخصي مستمد من القانون الفرنسي وهذا النظام كان مطبقا على الأراضي المحررة عقودها، ونظام ثاني مستمد من الشريعة الإسلامية يستند على الكتابة العرفية والإشهاد والحيازة كان مطبقا على العقارات التي لم تحرر عقودها بالصّفة الرسمية.

⁽³⁴⁾ -راجع غازب فرحات، مسح الأراضي والسجل العقاري، بحث مقدم للندوة الوطنية للقضاء العقاري، وزارة العدل مديرية الشؤون المدنية، الجزائر، 1995، ص 49.

وقد كان أول قانون يحكم التصرفات العقارية في الجزائر هو القانون المدني الفرنسي بما تضمّنه من أحكام خاصة في هذا الشأن⁽³⁵⁾، وتجدر الإشارة إلى أنّ القواعد التي تولّت تنظيم عملية شهر التصرفات العقارية في القانون المدني الفرنسي هي قواعد مستمدة من نظام الشهر الشخصي الذي كانت تسير عليه فرنسا آنذاك، وعليه يكون أول نظام لشهر التصرفات العقارية يطبق في الجزائر هو نظام الشهر الشخصي.

بقي الأمر على ما كان عليه إلى غاية صدور المرسوم رقم 1190/59 المؤرخ في 1959/10/21 الذي أحدث تغييرا جذريا في نظام الشهر العقاري الذي كان سائدا في الجزائر⁽³⁶⁾، وقد طبق هذا المرسوم على العقارات والحقوق العينية التي نظمها القانون المدني الفرنسي، لذلك جاء هذا المرسوم مطابقا للإجراءات والقواعد التي نظمها المرسوم رقم 22/55 المؤرخ في 1955/04/01 المتضمن نظام الشهر العقاري، الذي أحدث تغييرا جذريا في نظام الشهر العقاري في الجزائر على المستويين التقني والقانوني، فعلى المستوى التقني وضعت العديد من الإجراءات والضوابط التي تضمن صحة المعلومات المقيدة ضمن الوثائق العقارية ومن بينها إعداد فهرس عقاري دقيق وشامل يعكس البيانات المتعلقة بالعقارات والأطراف، أمّا على المستوى القانوني فقد أخضع المرسوم 22/55 للشهر وبصورة إلزامية بعض العقود التي لم يكن يشترط المشرع الشهر لنفاذها ومن بينها الإجراءات التي تفوق مدتها 12 سنة، إلى جانب الشهادات التوثيقية المتضمنة نقل أو إنشاء حقوق عقارية عن طريق الوفاة، ونفس هذه الإجراءات جاء بها المرسوم رقم 1190/59 المؤرخ في 1959/10/21.

وفي نفس الفترة صدر مرسوم آخر تحت رقم 1486/59 المؤرخ في 1959/12/28 يهدف إلى تنظيم عملية الشهر في مناطق التطوير العقاري، هذا وقد صدرت بموجب هذا المرسوم تعليمات تلزم محافظي الرّهون بإعداد فهارس عقارية وتقييد كل تصرف يغيّر من حالة العقارات المتصرف فيها سواء بنقل حق الملكية أو تعديله أو تجزئته، ومن أجل تطبيق أمثل لهذا المرسوم أصدر المشرع الفرنسي المرسوم رقم 185/61 المؤرخ في 1961/02/22 المتضمّن الإدارة العمومية المكلفة باحترامه وتطبيقه محددًا الطرق الكفيلة بإعداد دفتر العقاري، وصلاحيات محافظ الرّهون عند إيداع الوثائق الخاضعة للشهر، ومما يلاحظ من خلال هذه المراسيم الأخيرة اتجاه المشرع الفرنسي إلى التخلي عن نظام الشهر الشخصي، والاتجاه نحو تبني نظام آخر جديد هو نظام الشهر العيني.

الفرع الثاني : مرحلة ما بعد الاستقلال

⁽³⁵⁾-راجع : - Maurice pouyanne " rapport sur l'application du système torrens on tunisie et on Algérie" p 3/5 .

⁽³⁶⁾-راجع : - Le décret n°95/1190 de 24/10/1959 portant reforme de la publicité foncière en Algérie.

- H. ghaouti " la légation foncière en Algérie avant l'indépendance" r volume vin n°3 année 1971

بعد استقلال الجزائر عن المستعمر الفرنسي بشكل رسمي في 1962/07/05 كان لزاما على الحكومة الجزائرية الجديدة أن تمدد ولو لفترة العمل بالقوانين الفرنسية التي كانت مطبقة في الجزائر قبل الاستقلال، عدى تلك التي كانت تمس بالسيادة الوطنية، وهكذا أبقت الحكومة الجزائرية المستقلة على القانون المدني الفرنسي وأبقت معه على نظام الشهر الشخصي، فبقي الحال على ما كان عليه من قبل، أي عقارات مفرنسة تخضع لأحكام الشهر الشخصي، وعقارات أخرى غير مفرنسة تحكمها قواعد الشريعة الإسلامية.

إلا أنّ هذا الوضع لم يستمر لفترة طويلة فقد حرص المشرع الجزائري في ظل الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، من خلال إصداره لمجموعة من القوانين والمراسيم على السير على المنهج الذي يسطره هو لا على المنهج الذي يرسمه له غيره، فأقدم على إصدار قوانين تتماشى والمصلحة السياسية والاقتصادية والاجتماعية للبلاد، وفي هذا الصدد صدر قانون التوثيق لسنة 1970 وقانون الثورة الزراعية لسنة 1971 وقانون إثباتات الملكية لسنة 1973 والقانون المدني لسنة 1975.

وبالرغم من أنّ نظام الشهر العقاري في الجزائر في هذه المرحلة تميّز بالطابع الشخصي الذي ورثه عن سلفه الفرنسي إلا أنه لم يبقى كذلك على إطلاقه، لأنّ المشرع الجزائري حاول ومنذ البداية زرع بذور نظام الشهر العيني في مختلف القوانين المذكورة آنفا، وفي هذا الشأن نصت المادة 24 من قانون الثورة الزراعية على ما يلي: "تؤسس في نطاق دائرة كل بلدية خزانة للبطاقات العقارية..."، و نصت المادة 25 من نفس القانون على أنه: "عند الانتهاء من العمليات المشروع فيها برسم الثورة الزراعية في بلدية ما يباشر العمل في وضع الوثائق المساحية لهذه البلدية بالاستناد لمجموعة البطاقات العقارية. ويوضع السجل المساحي العام للبلاد وفقا للشروط والكيفيات التي ستحدد فيما بعد...". فمصطلح "البطاقات العقارية" ومصطلح "المسح العام" هي في الواقع مصطلحات خاصة بالسجل العيني، ومنها يستنتج اتجاه المشرع الجزائري نحو إرساء قواعد عامة للسجل العيني في الجزائر.

هذا وقد جاء في قانون إثبات الملكية الخاصة الصادر سنة 1973 ما يدعم هذا الاستنتاج، فقد نصت المادة 32 منه على ما يلي: "تستبدل شهادات الملكية بدفاتر عقارية بمجرد إعداد المسح العام لأراضي البلاد...". وجاء في نص المادة 33 من نفس القانون ما يلي: "الدفاتر العقارية الموضوعة على أساس مجموعة البطاقات العقارية...". وهذين النصين ينطويان على ما يدل على تطلّع المشرع الجزائري آنذاك إلى انتهاج قواعد الشهر العيني، ولدينا هنا استعمال المشرع الجزائري لمصطلح البطاقات العقارية والمعروف على هذه الأخيرة أنّها تخصص لكل وحدة عقارية في ظل نظام السجل العيني، بالإضافة إلى الدفاتر العقارية التي تسلّم إلى كل مالك بمناسبة تسجيل أو قيد حقه في ظل نفس النظام.

ولكن بالرغم من هذا كله إلا أنّ المشرع الجزائري استمر في تبني قواعد الشهر الشخصي إلى غاية صدور الأمر 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري بعد صدور الأمر 74/75

الفرع الأول: الاتجاه نحو الأخذ بنظام الشهر العيني

بصدور الأمر 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري بالإضافة إلى المرسومين الصادرين بتطبيق هذا الأمر، وهما المرسوم رقم 62/76 المؤرخ في 25/03/1976 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام، والرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 25/03/1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، تؤكد رسمياً تبني المشرع الجزائري نظام الشهر العيني، ذلك أننا نعلم أنّ تطبيق نظام الشهر العيني يتطلب أولاً مسح الأراضي والعقارات بصفة عامة وتقسيمها إلى وحدات عقارية، ليتم بعد ذلك تأسيس السجل العقاري، وإذا كانت عملية المسح العام تحدد معالم العقارات وتقسّمها إلى وحدات عقارية ثم تعطي لكل وحدة من هذه الوحدات رقماً يسهل متابعة هذا العقار، فإنّ السجل العقاري بعد ذلك يضم في كل صحيفة من صحائفه المخصصة لعقار معيّن رقم هذا الأخير وموقعه، كما يتضمّن كل التصرفات الواردة على تلك الوحدات العقارية.

وتنص المادة الثانية من الأمر رقم 74/75 على ما يلي: " إنّ مسح الأراضي العام يحدد ويعرّف النطاق الطبيعي للعقارات ويكون أساساً مادياً للسجل العقاري ". وإذا كان مسح الأراضي هو الذي يحدد النطاق الطبيعي للعقارات فإنّ السجل العقاري هو الذي يحدد الوضعية القانونية الحقيقية للعقارات محل المسح ويبين كافة الحقوق المتداولة عليها وهو ما جاء في نص المادة الثالثة من نفس الأمر.

ودائماً بموجب الأمر رقم 74/75 فإنّه يعدّ لكل عقار بطاقة عقارية خاصة يدوّن فيها مختلف الحقوق العينية التي تنقل العقار وهذا ما نصت عليه المادة 13 بقولها: " يجب على المعنيين أن يودعوا لزوماً من أجل تأسيس مجموعة البطاقات العقارية لدى المصلحة المكلفة بالسجل العقاري جدولاً محرراً من نسختين حسب الحالة من قبل موثق أو كاتب عقود إدارية أو كاتب ضبط وهذا الجدول المرفق بجميع السندات والعقود المثبتة لملكية العقارات أو الحقوق العينية الأخرى المقدمة للإشهار يجب أن يتضمن: 1/- وصف العقارات العينية بالاستناد إلى مخطط مسح الأراضي.

2/- هوية وأهلية أصحاب الحقوق.

3/- الأعباء المثقلة بها هذه العقارات ".

ومما تضمّنه الأمر 74/75 بشأن الملكية العقارية والحقوق العينية الأخرى، هو أنها تحدد بناءً على وثائق مسح الأراضي المودعة لدى المحافظة العقارية والمشهرة بالسجل العقاري، بحيث لا يمكن لأي شخص الادعاء بوجود حق على عقار ما لم يكن السند الذي بيده مشهراً، كما أنّه جاء في نص المادة

15 والمادة 16 من الأمر نفسه أنه بعد انتهاء عملية مسح الأراضي وترقيم العقارات الممسوحة من قبل المحافظ العقاري يسلم للمالكين دفترا عقاريا يشكل سند ملكيتهم.

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام هو إلى أي مدى يمكننا اعتبار أنّ المشرع الجزائري قد تبنى بحق الشهر العيني من خلال الأمر 74/75 و المراسيم الصادرة بتطبيقه ؟ وإلى أي مدى يمكن اعتبار النهج الذي انتهجه المشرع في هذا المجال عاملا مساعدا على جلب الاستثمار؟.

للإجابة على هذين السؤالين يستوجب منا الأمر التعرض لكل مبدأ من مبادئ الشهر العيني ودراسة مدى تبني المشرع الجزائري له من خلال الأمر رقم 74/75 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، والمرسومين 62/76 و 63/76 الصادرين بتطبيق هذا الأمر للوصول في الأخير لمدى ملائمة النصوص القانونية المنظمة للشهر العقاري في الجزائر لدواعي الاستثمار ودعم مناخ الأعمال.

أولاً: مبدأ التخصيص: يظهر تطبيق المشرع الجزائري لهذا المبدأ من مبادئ الشهر العيني من خلال نص المادة 23 من المرسوم 62/76 والتي تنص على ما يلي: " تحدث بطاقة قطع أراضي للملكية بالنسبة لكل وحدة عقارية موجودة في مسح الأراضي الذي تم إعداده ..."، فالمادة تلزم بتخصيص بطاقة عقارية⁽³⁷⁾ لكل وحدة عقارية تدون فيها كل التصرفات التي ترد على الوحدة العقارية أعباء كانت أو حقوقا، مع ذكر اسم المالك الحقيقي لهذه الوحدة العقارية، فيكون بالتالي للبطاقة العقارية دور مهم في توضيح الوضعية القانونية الحقيقية للوحدة العقارية، ولا شك أنه هذا يعد عاملا مساعدا على تشجيع المستثمرين على الاستثمار في الجزائر، خاصة وأن تخصيص بطاقة عقارية لكل وحدة عقارية سيسهل على هؤلاء عملية التحري عن العقارات التي يقبلون على الاستثمار فيها مهما كان شكل هذا الاستثمار، هذا إلى جانب تسهيل عملية انتقال الملكية العقارية والحقوق العينية الأخرى في ظل هذا التنظيم المحكم.

ثانياً : مبدأ الشرعية: تنص المادة 100 من المرسوم 62/76 على ما يلي: "يرفض الإيداع في حالة ما إذا لم يقدم للمحافظ العقاري ما يلي : - إما الدفتر العقاري - إما مستخرج مسح الأراضي.... كما يرفض الإيداع على الخصوص:- عندما يكون التصديق على هوية الأطراف، وعند الاقتضاء على الشرط الشخصي لم يتم ولم يثبت ضمن الشروط المنصوص عليها في المواد : 62 إلى 65 والمادتين 102 و 103 .

(37) - أي صحيفة عقارية في السجل العيني.

- عندما تظهر الصور الرسمية أو النسخ المودعة قصد الإجراء بأنّ العقد الذي قدم إلى الإشهار غير صحيح من حيث الشكل...". فالمطلع على فقرات هذه المادة يدرك انطوائها على مبدأ الشرعية المعروف في ظل نظام الشهر العيني، فالقانون أعطى للمحافظ العقاري سلطة مراجعة ومراقبة الأركان والشروط الواجب توافرها في التصرف الذي يقدم إليه لأجل تسجيله وشهره، كما قرّر له سلطة رفض الإيداع في حالة عدم توافر الشروط المتطلبية في تصرف معين⁽³⁸⁾، وهذا الأمر هو جوهر مبدأ المشروعية الذي يعدّ أحد أهم أسس نظام السجل العيني، ولا يمكن لأحد أن ينكر ما لمبدأ الشرعية من فائدة في تحفيز المستثمرين على الاستثمار في ظل الثقة والائتمان الذين يعتبران أحد أهم النتائج المترتبة عن مبدأ الشرعية.

ثالثاً : مبدأ القيد المطلق: القيد المطلق مبدأ آخر تضمنته نصوص الشهر العقاري التي أرسى قواعدها المشرع الجزائري ابتغاء تبني نظام الشهر العيني، فقد جاء في نص المادة 16 من الأمر رقم 74/75 ما يلي: "إنّ العقود⁽³⁹⁾ الإدارية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية". فمن الواضح أنّ ما تدل عليه هذه المادة أنّ الشهر وحده هو المصدر الوحيد والأساسي لكل الحقوق العينية، ولا أثر للتصرفات غير المشهورة لا فيما بين أطرافها ولا تجاه الغير، وهذا هو جوهر مبدأ القيد المطلق في ظل نظام الشهر العيني، وما يؤكد أيضاً دعم المشرع الجزائري لمبدأ القيد المطلق ما جاء في نص المادة 23 من الأمر 74/75 من أنّ "... الدولة تكون مسؤولة بسبب الأخطاء المضرة التي يرتكبها المحافظ العقاري أثناء ممارسة مهامه..."، وهذا النص يعبر على جوهر ما دعا إليه أب الشهر العيني في العالم السيد "تورنس" وهو إحداث صندوق ضمان تكون مهمته تعويض كل من تضرر بسبب خطأ الموظف المكلف بالشهر ذلك أنّه لا يمكن في حالة القيد الخطأ استرجاع العقار، فيبقى للمتضرر بطبيعة الحال طلب التعويض عمّا لحقه من ضرر بسبب ضياع ملكيته بالقيد. وهذا المبدأ لا شك أنه يمثل ضماناً للمستثمرين في مجال العقار بحيث أنهم يكونون على ثقة بأن ما هو مدون في البطاقة العقارية هو جوهر الحقيقة ولا مجال لنقضه.

رابعاً : مبدأ عدم الاعتداد بالتقادم:

إنّ مبدأ حظر التقادم هو نتيجة حتمية لمبدأ القيد المطلق، فما دام أنّ المشرع الجزائري جعل القيد هو المصدر الوحيد لجميع الحقوق التي يكون محلها العقار فإنّ كل الطرق الأخرى لاكتساب تلك الحقوق مستبعدة بما فيها التقادم، هذا وإن كان من الأفضل إضافة مادة صريحة تقضي بذلك، أيّ تقضي بعدم السماح باكتساب الحقوق العينية العقارية عن طريق التقادم، لأنّ السماح بذلك سيفوّض لا محالة أركان

⁽³⁸⁾- اجع : مبدأ المشروعية في الصفحة 31 من هذه الرسالة إلى جانب المواد 103/102 من المرسوم 62/76 و 105/104 من المرسوم 63/76 والمادة 22 من الأمر 74/75.

⁽³⁹⁾- مصطلح "العقود الإرادية" ترجمة غير صحيحة للعبارة الفرنسية "actes volontaires" والأصح القول "التصرفات الإرادية".

ما بناه المشرع من أجل إرساء دعائم الشهر العيني، خاصة إذا علمنا أنه إلى الآن لا تزال توجد مواد في القانون المدني توحى بإمكانية اكتساب الملكية والحقوق العينية الأخرى عن طريق التقادم⁽⁴⁰⁾.

الفرع الثاني: تمديد العمل بنظام الشهر الشخصي⁽⁴¹⁾:

وفي انتظار تعميم عملية مسح الأراضي عبر كامل التراب الوطني⁽⁴²⁾ فإنّ المشرع الجزائري وضع بعض النصوص الانتقالية بهدف الحفاظ على الحقوق العينية العقارية وتنظيم عملية الشهر العقاري في المناطق التي لم تمسح بعد، وفي هذا الإطار قضت المادة 27 من الأمر رقم 74/75 بتمديد العمل بنظام الشهر الشخصي بحيث أن العقود والأحكام القضائية التي من المفترض أن تكون موضوع شهر في المحافظة العقارية - تطبيقا لقواعد الشهر العيني - والتي تخص عقارات موجودة في بلديات لم يتم فيها بعد مسح الأراضي تفهرس بصفة انتقالية في مجموعة بطاقات عقارية مؤقتة تمسك على الشكل الفردي طبقا لكيفيات تحدد بموجب مرسوم. وبصدور المرسوم التنفيذي رقم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري، تم تقرير أحكام انتقالية في الباب السادس منه تتضمن صراحة تمديد العمل بنظام الشهر الشخصي، حيث يقوم المحافظ العقاري بتمسك بطاقات عقارية للأراضي التي لم تشملها عملية المسح ويتم إشهارها باسم مالكي العقارات وهو ما أشارت إليه المادة 113 من هذا المرسوم بقولها: "إلى أن يتم مسح عام للأراضي في إقليم كل بلدية فإنّه تمسك من قبل المحافظين العقاريين بالنسبة للعقارات الريفية مجموعة بطاقات عقارية مؤقتة، وعندما تحصل إيداعات تفهرس مستخرجات الوثائق التي تم شهرها حسب ترتيبها في المحفوظات تحت اسم كل مالك".

الخاتمة:

من كل ما سبق نخلص إلى أن المشرع الجزائري يعتمد على نظامين اثنين في عملية الشهر العقاري، نظام الشهر العيني المؤسس بموجب الأمر 74/75 ومرسوميه التنفيذيين 62/76 و63/76 وهو يقوم على أساس المسح العام لأقاليم البلديات من أجل التحديد الدقيق لحدود كل عقار وضبط الملكيات العقارية

(40) - راجع المواد 828/827/824/821 من القانون المدني الجزائري.

(41) - وقد ذهبت المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة العقارية، في قرارها رقم 190765 المؤرخ في 2000/02/29، القسم الثاني "غير منشور". إلى أنه بالنسبة للبلديات التي لم تشملها بعد عملية المسح فإنها تخضع لنظام الشهر الشخصي، حيث جاء في إحدى حيثيات هذا القرار "ولما تبين من القرار المطعون فيه أنّ الأرض محل النزاع لم يتم فيها مسح الأراضي العام، وعليه فإنّ إشهار العريضة الافتتاحية ليس شرطا فيها والذي مازال الإشهار فيها شخصيا طبقا للمادة 27 من الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري والمادة 113 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري. القرار عن مؤلف الأستاذ حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا، دار هومة، الجزائر طبعة 2000 ص.14.

(42) - بعد أكثر من خمسة وعشرين سنة من إصدار الأمر 74/75 وهذا حسب إحصائيات 2000 لم تشمل عملية مسح الأراضي سوى 761 بلدية منتشرة عبر كامل التراب الوطني إضافة إلى أنّ الدفاتر العقارية لم تسلم سوى في 334 بلدية وهذا ما يعني أنّ مشروع مسح الأراضي مهدد بسبب عدم متابعة الأشغال من قبل البلديات ومصالح الحفظ العقاري.

وبيان أصحابها، فإذا كان العقار المتعلق به التصرف المراد شهره واقعا في إحدى البلديات التي تمت بها عملية مسح الأراضي أو كان عقارا حضريا يمكن تعيينه بسهولة ودقة فيما يخص البلدية التي يوجد بها والحي والشارع والرقم... إلخ، فإنّ جميع التصرفات التي تقع عليه تشهر في المحافظة العقارية طبقا لقواعد الشهر العيني⁽⁴³⁾، أما النظام الثاني فهو نظام الشهر الشخصي بحيث يطبق هذا النظام بصفة انتقالية على التصرفات المتعلقة بالعقارات الريفية التي لم تشملها بعد عملية المسح العام، وهذا ما نصت عليه المادة 27 من الأمر 74/75 بقولها: "إن العقود والقرارات القضائية التي تكون موضوع إشهار في المحافظة العقارية والتي تخص عقارات أو حقوقا عينية موجودة في بلدية لم يعد فيها مسح الأراضي العام، تفهرس بصفة انتقالية في مجموعة بطاقات عقارية مؤقتة تمسك على الشكل الفردي طبقا لكيفيات تحدد بموجب مرسوم".

هذا ومما نخلص له أيضا أنّ نظام الشهر العقاري السائد حاليا في الجزائر لم ينشأ هكذا طفرة واحدة، وإنما كان نتاج جملة من التطورات والمراحل الانتقالية مرّ بها النظام القانوني الجزائري، فكان في البداية يعتمد على الشهر الشخصي كوسيلة عملية لشهر التصرفات العقارية، فالمشروع الجزائري وقبل صدور الأمر 74/75 كان يعتمد في شهر التصرفات التي يكون محلها عقارا على الشهر الشخصي المستمد من القوانين الفرنسية التي كانت لا تزال مطبقة في الجزائر آنذاك. وظلّ سعي المشرع دعوبا نحو إرساء دعائم نظام الشهر العيني الذي طرح كبديل لنظام الشهر الشخصي، هذا الأخير الذي أثبت عجزه عن تحقيق أهم هدفين يتوخاهما كل مشروع من وراء تبني قواعد نظام معين يحكم عملية شهر التصرفات العقارية، وهما استقرار الملكية العقارية وزيادة الائتمان العقاري الذين يعتبران أحد أهم دعائم الاستثمار ودعم مناخ الأعمال حيث كان نظام الشهر العيني بحق البديل الأفضل والأجدر بتنظيم عملية شهر التصرفات العقارية في العالم الحديث بصفة عامة وفي الجزائر بصفة خاصة، وذلك نظرا لما يتمتع به هذا النظام من قدرة من خلال مبادئه التي تحكمه وأسسه التي يقوم عليها على تحقيق الأهداف المنشودة من وراءه فمبدأ الشرعية ومبدأ القيد المطلق ومبدأ القوة المطلقة للقيد كلها مبادئ لا شك أنها تؤثر وتغري على الاستثمار في أحد أهم مجالاته وهو العقار، فإذا ما تكونت لدى المتعامل الاقتصادي أو المستثمر جزائريا كان أو أجنبيا القناعة بأن العقار الذي يقبل على التعامل فيه مملوك فعلا للمتعامل معه وأن الوضعية القانونية الخاصة به هي فعلا المدونة في بطاقته العقارية فان هذا لا شك سيحفز المستثمرين على الاستثمار في المجال العقاري مما سينعكس بالإيجاب لا محالة على الاقتصاد الوطني.

(43) - راجع : فرحات عباس، محاضرات في الشهر العقاري، غير منشورة للطلبة القضاة المتخصصين في العقاري، المعهد العالي للقضاء، الجزائر.

- ليلي زروقي، محاضرات في الشهر العقاري غير منشورة للطلبة القضاة المتخصصين في العقاري، المعهد العالي للقضاء، الجزائر.

هذا ومن خلال هذا البحث المتواضع هناك جملة من الاقتراحات التي نرى ضرورة إعمالها والأخذ بها للنهوض بنظام الشهر العقاري في الجزائر حتى يمكن لهذا النظام أن يكون محفزا للاستثمار في الجزائر في أحد أهم مجالاته وهو العقار، فيمكننا القول بلا شك ولا ريب أنّ المشرع الجزائري قد وفقّ تمام التوفيق عند أخذه في الأمر 74/75 بنظام الشهر العيني متأثرا في ذلك بأنظمة الشهر الحديثة، فلا ننكر الوضوح ولا الدقة التي امتاز بها هذا الأمر والمراسيم المطبقة له خاصة إذا أخذنا بعين الاعتبار الأهمية التي أولاها المشرع من خلال هذا الأمر للسجلات والبطاقات وكافة الوثائق العقارية، إلا أنّ هذه الميزات لن تكتمل ولن تقوى إلا إذا ألغي كل ما من شأنه الإخلال بمبادئ الشهر العيني في الجزائر، خاصة إذا علمنا أنّ قانون الشهر العقاري يعتبر بمثابة القانون الخاص بالنسبة للقواعد العامة المتمثلة في القانون المدني، وأنّه كلّما تعلّق الأمر بالملكية العقارية أو الحقوق العينية الأخرى نجد أنّ القواعد العامّة تحيل إلى القانون الخاص المتمثّل في قانون الشهر العقاري.

وعليه فمن باب المنطق أن لا يوجد في القانون المدني الجزائري ما يخالف مبادئ نظام الشهر العيني الذي ينظمه الأمر 74/75، مع العلم أنّنا لاحظنا أثناء إعدادنا لهذا البحث عدّة تناقضات بين أحكام القانون المدني العامة وأحكام هذا الأمر الخاصة، ونحن نرى أنّه أن الأوان بالنسبة للمشرع الجزائري أن يعمل على إضفاء الانسجام بين مختلف القوانين ولن يتأتى ذلك إلا بإلغاء نصوص من القانون المدني، وتعديل نصوص أخرى خاصة تلك التي لا تتماشى والأمر 74/75، وإزالة بعض تلك التناقضات نقترح ما يلي :

- **أولاً:** نقترح إضافة مادة جديدة إلى الأمر 74/75 المتضمّن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري تنص صراحة على مبدأ القوة الثبوتية المطلقة للقيّد واستبعاد القوة الثبوتية النسبية، فبهذا سيتضح موقف المشرع الجزائري في هذا الشأن وينفي كل أثر للقواعد العامة في هذا الشأن والتي تقضي بخلاف ذلك ولا أحد ينكر أهمية هذا المبدأ في دعم الثقة والائتمان العقاريان اللذان يعتبران أحد أهم دعائم الاقتصاد الناجح

- **ثانياً:** الملاحظ أنّ هناك تباطؤ في تعميم تطبيق نظام الشهر العيني عبر كامل التراب الجزائري بحجة عدم إتمام عملية المسح التي تتطلب إمكانيات بشرية ومادية كبيرة تجعل من الدولة غير قادرة على تطبيقه بالسرعة والفعالية اللازمين، الأمر الذي يؤدي إلى استمرار ضياع حقوق الدولة وحقوق الملاك ، ممّا يجعل السوق العقاري عندنا لا يتماشى مع مرونة وحرية وتطور الأسواق العالمية، إضافة إلى عدم وجود ضمان ثابت بين المتعاملين في السوق العقارية، لذلك وجب العمل على إيجاد حلول ملائمة لإتمام مسح أراضي الجمهورية بأكملها حتى يستقر النظام العقاري في كامل التراب الوطني وتحصل الدولة على حقوقها في ميدان الضرائب المباشرة وغير المباشرة ويستفيد الجميع من مزايا نظام الشهر العيني.

هذه بعض الاقتراحات التي نراها ضرورية وملحة لإتيان نظام الشهر العيني في الجزائر الثمار المرجوة منه، وحتى يساعد أكثر في ارساء الدعائم التي يقوى بها النظام القانوني في الجزائر ويكون عاملا مساعدا على جلب الاستثمارات ودعم مناخ الأعمال.

مفهوم مصطلح " المضاربة الشرعية" بين الفقه و القانون المصرفي.

الأستاذة : طايبي وهيبية

أستاذة مساعدة قسم " ا "

كلية الحقوق - جامعة بجاية -

مقدمة :

اتجه الباحثون في هذا العصر إلى الاستفادة من عقد المضاربة، في تنظيم الأعمال المصرفية تنظيمًا شرعيًا وقانونيًا لتحل محل النظم الربوية، و يستبدل فيه الربح بالربا الحرام فالمضاربة تعتبر الأساس الذي يمكن أن تقوم عليه أعمال شركات الاستثمار و المصارف الإسلامية من أجل استثمار أموالها. كونها تعتمد على عنصران العمل و المال. لكن هذا بات غامضًا في الحياة المصرفية لعدم معرفة حقيقة هذا العقد الذي مصدره الشرع .

الإشكالية المطروحة كيف عرف الفقه و القانون هذا الأسلوب ؟

**تعريف عقد المضاربة الشرعية :

لمصطلح المضاربة تسميات عدة، فالمضاربة هي تسمية أهل العراق ، و يطلق عليها أيضا لفظ القراض أو المقارضة . فتسمية عقد الضاربة بالمقارضة ترجع إلى أن المضارب يقطع الطريق بسعيه في طلب الربح أو لأن رب المال قطع للعامل قطعة من ماله ، و المضارب قطع من الربح الحاصل بسعيه.

فالمقارضة و القراض مصطلحان فقهيان لمسمى واحد و هو المضاربة .

أولاً: المعنى اللغوي:

أصل القراض، لغة : من القرض و هو القطع يقال قرض الشيء أي قطعه و قرض المكان أي تركه (1).

كما قيل المقارضة معناه المساواة و الموازنة لتساوي العاقدين في قوام العقد و أصل استحقاق الربح.

فالمضاربة مأخوذة من الضرب في الأرض بمعنى -السفر أو التجارة - لأن الربح يحصل عليه غالبًا فيه.

و منه قوله تعالى في سورة النساء الآية 101 : " و إذا ضربتم في الأرض " . و أيضا قوله تعالى :

"..و آخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله.. " الآية 20 من سورة المزمل. (2)

فالمقارض (بالكسر) هو صاحب المال و المقارض بالفتح هو العامل. (3)

فتسمية المضاربة لفظ يشتمل على البيع و الشراء و هو طبيعة عقد المضاربة و هو في قبيل الألفاظ

العامة التي يوصف بها كافة العقود. (4)

ثانياً: المعنى الاقتصادي:

يختلف مفهوم المضاربة باعتبارها وسيلة استثمارية في الفقه الإسلامي عن مفهوم المضاربة في الاقتصاد

و التجارة في الفكر الوضعي الحديث .

في المنظور الاقتصادي ،يعرف المضاربة : تحقيق الربح عن طريق استثمار المال وحده و المضاربة هي الفرق بين أسعار البيع و الشراء مع الترقب و التردد لانتهاز كل فرصة مواتية للشراء بأبخس الأثمان أو البيع بأعلاه" (5)

أما في مفهوم الاقتصاد الربوي ،تعرف على أنها : " ميل المنشآت و الأفراد لتحقيق عوائد على أموالهم بانتهاز فرص الاستثمار المربح لتوظيف الأموال فيها ذلك بشراء الأوراق المالية (السندات و الأسهم) في أوقات انخفاض ثمنها بقصد تحقيق أرباح عند إعادة بيعها في أوقات ارتفاع الأسعار". (6)

من التعريف يفهم أن الطلب مرتبط بسعر الفائدة المعروف في الاقتصاد الربوي . إن تعريف المضاربة على أساس هذا المفهوم غير مقبول في الإسلام لأنه من قبيل المقامرة التي يحث الإسلام تجنّبها.

ثالثاً: المعنى الفقهي:

نقصد بالمعنى الفقهي .مدى ملائمة تعريف الفقهاء لعقد المضاربة المستعمل ك تقنية مصرفية حتى يتسنى لنا معرفة مدى مطابقة التعريف الفقهي للمضاربة التقليدي، المعروف في الفقه الإسلامي و المضاربة المصرفية المعروفة في الوضع الحالي .

لقد ورد في كتب الفقه تعريفات عدة للفقهاء تتفق في بعض جزئياتها و تختلف في البعض الآخر، و إن الاختلاف يكمن في الصياغة دون أن يمس جوهر العقد.

1- المعنى الفقهي للمضاربة في الفقه القديم :

* يعرف الأحناف المضاربة : " عقد على الشركة في الربح لمال من احد الجانبين و عمل من الجانب الأخر" (7).

يفهم من التعريف ،أن الحنفية اعطو للمضاربة صفة العقد كما أنهم اخرجوا بعض العقود عن مفهوم المضاربة كالبيع و الهبة. كما يوحي ، لا مضاربة بدون عمل و العمل يستحق به العامل الربح. (8).
يعاب على هذا التعريف انه لم يذكر ما يجب توافره في العاقدين و رأس المال.

* يطلق الفقه المالكي على المضاربة بالقراض. و يعرفها: " توكيل على تجر في نقد مضروب مسلم بجزء من ربحه إن علم قدرهما . " (9).

يرى الفقه المالكي المضاربة توكيل و ليس عقد، بالتالي قائمة على الوكالة من رب المال لغيره. و يكون المال هنا معلوما . و هذا ما أشار إليه التعريف في قوله (جزء من ربحه إن علم قدرها) أي جزء من الربح كربع أو النصف الذي يتم تحديده من أصل المال، لان الجهل به قد يؤدي إلى الجهل بالربح. (10)

لقد تم ذكر شروط و قيود المضاربة، إلا إن هذا التعريف يعتبر المضاربة توكيل و ليس عقد و هذا غير صائب. لان الوكيل لا يستحق شيئاً من الربح و لا يعتبر شريكا للموكل بل له اجر فقط.

* أما الشافعية يعرف المضاربة: "دفع مال لأخر. ليتجر فيه و الربح بينهما". (11)

من تحليل التعريف ، فان المالك يقدم المال إلى العامل حتى نكون بصدد المضاربة .ضف إلى ذلك أن يخرج به من اجل التجارة اى يجب على العامل التجارة بالمال المدفوع إليه من رب المال . و يكون الربح بينهما فلا يأخذ احدهما الربح دون الآخر.(12)

يؤخذ على هذا التعريف انه لم يحدد طبيعة المضاربة هل عقد أم وكالة ،بالرغم من تحديد أن الربح يوزع بينهما.

* تعريف الحنابلة يعرفها أنها : " دفع مال معلوم أو في ما معناه لمن يتجر فيه بجزء معلوم من ربحه"(13)

يمكن التعليق على التعريف أن المقصود "بجزء معلوم من ربحه" هو جزء مشاع معلوم من ربح رأس المال بالتالي لا يجوز أن يكون الجزء مجهولا. (14)

يعاب على هذا التعريف أن الحنابلة لم يحددوا شروط العاقدين كما لم يذكروا أن المضاربة عقد بالرغم أنهم أصابوا في ذكر أن توزيع الربح يكون بين العامل و رب المال بحسب ما يشترطان.

2 - المعنى الفقهي للمضاربة في الفقه الحديث :

عرفت بتعريفات شتى منها :

عرفها- الشيخ الخفيف- أنها: «عقد على الاشتراك في الربح الناتج من مال يكون من طرف و عمل من طرف آخر» (15)

كما جاء في كتاب محمد عبد المنعم أبو زيد أن المضاربة:«اتفاق بين شخصين لاستثمار المال يقدم احدهما بموجبه هذا المال و يقوم الآخر بالعمل به مستغلا خبرته و مهارته في تنمية و تحقيق الربح الذي يشتركان فيه حسب ما يتفقان عليه»(16). فالمضاربة على هذا النحو، عقد من عقود الاستثمار يقوم في جوهره على التأليف بين المال و بين العمل في تكامل اقتصادي يحقق مصلحة المالك و العمال على حد سواء.

3-المعنى الفقهي في معاجم المصطلحات الفقهية:

يعرف - الجرجاني - المضاربة أنها : "عقد شركة في الربح بمال من رجل و عمل من آخر" . أي أنها نوع من الشركات على أن رأس المال من طرف و العمل من الطرف الآخر (17).

من المعاني السالفة الذكر التعريفات اللغوية و الاصطلاحية نستنتج أن كلمة "عقد" ذكرت في تعريف الحنفية و في القاموس الفقهي، بينما خلت تعريفات المالكية و الشافعية و الحنابلة من هذه الكلمة. لكن بالرغم من ما وجه من انتقادات و اعتراضات، إلا انه يتضح أن معنى لفظ " المضاربة " في اصطلاح الفقهاء يتوافق و المعنى اللغوي و لا يخرج منه لان المضارب يضرب في الأرض أي يسافر فيها و يضرب في المال في التجارة.

يمكن في الأخير تعريف المضاربة كالأتي : " عقد على تقديم مال من جانب و عمل من الجانب الأخر للمتاجرة فيه و الربح بينهما حسب الشرط."

رابعاً: المعنى التشريعي للمضاربة :

يعتبر عقد المضاربة من أقدم العقود في القوانين الوضعية. إلا أن البعض لو تطرح عليه مسألة تعريف هذا العقد فقد يعتبره إما عقد مقاوله أو عقد عمل أو أى عقد شبيه به . لكن في الحقيقة المضاربة عقد مختلف تماما عن غيره نظرا لاتسامه بخصائص مميزة تجعله عقدا قائما بذاته. خاصة و أن البنوك الإسلامية تجعله كأحد أساليب أعمالها كونه يساهم في تحقيق التعاون بين المال و العمل بعيدا عن الربا و الفوائد المحرمة شرعا.

سنحاول تقديم تعريف للمضاربة وفقا للأنظمة القانونية الوضعية إذ يمكن تعريفه من وجهتين إحداها سلبية و الأخرى ايجابية.

1- المعنى القانوني للمضاربة السلبية :

نكون بصدد المضاربة السلبية إذا كان سبب الربح هو التغير المفاجئ للسعر و السلعة. لذا يقال إن المضاربة السلبية هي التنبؤ بالارتفاع المفاجئ للأسعار.

هذا النوع من المضاربة يختلف تماما عن المضاربة المعروفة في البورصة الذي نقصد به : نظام البورصة هو كل معاملة تجارية أو مالية تطبق على عمليات البيع و الشراء ، المتعلقة بالأسهم و السندات و حتى العملات الصعبة تحت أمل تحقيق أرباح ناتجة عن مؤشر البورصة. (18) أما عقد المضاربة السلبية فهو اتفاق تجاري أو مالي مبرم بين مضارب و هيئة مالية أو تجارية تتخذ شكل شخص طبيعي أو معنوي، يكون موضوع الاتفاق الاتجار في السلع و النقود و الخدمات ذات المخاطر المرتفعة و المرتبطة بمؤشرات السوق المالي ، بغية الحصول على أرباح استثنائية ناجمة عن تقلبات الأسعار. (19)

*موقف القانون الجزائري من المضاربة السلبية :

تعتبر القوانين الوضعية المضاربة السلبية من العقود الضارة بالاقتصاد لذا تجرمها كونها مبنية على فكرة الحظ أكثر من عنصر العمل الذي يعتمد عليه الاقتصاد.

و لقد جرم المشرع الجزائري التعامل بمثل هذه المضاربة في العديد من القوانين و هذا ما سنشير إليه.

١ - في إطار قانون الأسعار لسنة 1989 :

جاء في مضمون المادة 26 من قانون الأسعار: " تعتبر غير شرعية و يعاقب عليها طبقا لأحكام هذا القانون الممارسات و العمليات المدبرة و المعاهدات و الاتفاقيات الصريحة أو الضمنية التي ترمي إلى التشجيع المصطنع في رفع الأسعار قصد المضاربة". (20)

كما نصت المادة 25 من قانون 02/04 في فقرتها الثانية المتعلقة بالممارسات التجارية انه: "يمنع على التجار حيازة مخزون من المتوجات بهدف تحفيز الارتفاع الغير المبرر للأسعار." (21)

من المادتين نستخلص أن المشرع تعرض إلى المضاربة السلبية دون ذكر أحكامها و لا مفهومها. يمكن القول انه بمفهوم المخالفة كل ما لا يقع تحت هذا النوع من المضاربات تعتبر من العقود المباحة قانونا و تصنف في إطار الأعمال التجارية.

٢ - في قانون العقوبات :

بتصفح قانون العقوبات الجزائري المشرع قام بتجريم المضاربة السلبية و ذلك بموجب نص المادة 172 منه التي تنص على : "يعد مرتكبا لجريمة المضاربة غير المشروعة و يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى خمس سنوات و بغرامة من 5000 دج إلى 10000 دج كل من احدث بطريق مباشر أو عن طريق وسيط رفعا أو خفضا مصطنعا في أسعار السلع أو البضائع أو الأوراق المالية العمومية أو الخاصة أو شرع في ذلك." (22)

باستقراء المادة و الرجوع إلى مفهوم المضاربة السلبية فإننا نجدتها تتطابق و هذا المفهوم كون عناصر المضاربة السلبية هو ارتفاع الأسعار و تحقيق العائد المرتفع في ظل مخاطر مرتفعة و ارتباط الأرباح بتقلبات الأسعار.

٣ - بالنسبة لقانون المنافسة :

لقد أشار المشرع ضمنا لهذه المضاربة بالرغم من عدم تحديد معالمها. بالرجوع إلى قانون المنافسة الصادر في 2003 (23)، الذي الغي أحكام قانون المنافسة الصادر في 1995 تحت رقم 06/95. نضم في المادة 06 فقرة 4 ما يلي: «تحضر الممارسات و الأعمال المدبرة و الاتفاقيات و الاتفاقات الصريحة و الضمنية عندما تهدف إلى عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها في نفس السوق أو في جزء جوهري منه . لا سيما عندما ترمي إلى عرقلة تحديد الأسعار حسب قواعد السوق بالتشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو انخفاضها." (24)

من المادة نصل إلى أن قانون المنافسة حرم المضاربة السلبية مادامت تؤدي إلى ارتفاع الأسعار أو انخفاضها. و هو مستخلص من العبارة التالية " التشجيع المصطنع لارتفاع الأسعار أو انخفاضها " التي يمكن اعتبارها بمثابة تعريف لهذه المضاربة.

٤ - في قانون النقد و القرض :

تعتبر الفائدة على القروض من المصادر التمويلية الأساسية في النظم المصرفية . و تتميز هذه في الفائدة كونها ثابتة عكس ما هو، في المضاربة السلبية التي يكون فيها الربح قائم على فكرة تقلبات الأسعار. بتصفح قانون النقد و القرض نتوصل إلى أن المشرع لم يشر إلى هذا النوع من المضاربات لا باعتبارها آلية تجارية و لا مالية.

أن المشرع اغفل من إصدار قوانين الصرف التي تنظم هذا العقد، بالرغم من أهميته خاصة أن المضاربة بالمفهوم الحالي تجد فحواها في السوق المالي الذي يعتبر المجال الخصب للمضاربات السلبية إذا يتوجب ضبطها باعتبارها من المعاملات البنكية.

2- المعنى القانوني للمضاربة الإيجابية :

سنحاول في هذا الجزء دراسة عقد المضاربة كعقد مقنن في القوانين الوضعية المقارنة و التركيز على الجانب الايجابي لهذا العقد ، الذي يجد فحواه في الشرع الإسلامي على سبيل المقابلة للمفهوم المعاكس للمضاربة السلبية .

أولاً: في القانون الفرنسي :

عرف القانون الفرنسي عدة تطورات لتحديد مفهوم هذا العقد حيث صدر قانون التجارة البحري بموجب أمر ملكي سنة 1673 ي،نظم الشركات التجارية و الأوراق المالية و الإفلاس و سمي هذا القانون ب "قانون سافاري" . يعرف هذا الأخير المضاربة كما يلي : "ذلك العقد المبرم بين شخصين يقوم الأول بتقديم المال فقط دون القيام بأي عمل مشترك و الثاني لا يدفع المال و لكن يساهم في اغلب الحالات بحصة عمل على أن يتم الاتجار باسم المضارب حسبما تم الاتفاق عليه مع صاحب المال". (25)

انتقد هذا الأمر لأنه لم يعرف العقد بشكل واضح حتى انه قيل أن هذا التعريف لم يساير لإعراف التجارية نتيجة عدم تحديد أحكامه.

على اثر ذلك حاول البعض من الفقهاء وضع تعريف دقيق لعقد المضاربة و من هنا عرف المجتمع الفرنسي عدة شركات مضاربة ، التي أصبحت تأخذ شكل شركة التوصية و تعرف هذه الشركة أنها " الشركة التي تعقد بين شريك واحد أو أكثر يكونون مسؤولين بالتضامن و بين شريك واحد أو أكثر يكونون أصحاب حصص مالية فيها و خارجين عن الإدارة و لا يكونون مسؤولين إلا في حدود حصصهم في رأس المال و يسمون - موصون - " (26)

ظهرت عدة تغييرات على هذا العقد خاصة مع إصدار القانون التجاري الفرنسي 1807 الذي ميز بين شكلين من المضاربة و هما:

أ / المضاربة البسيطة التي تقابلها شركة التوصية البسيطة :

يعرفها القانون، تلك الشركة التي تتكون من شريك متضامن أو أكثر يكون مسؤولاً في جميع أمواله عن التزامات الشركة و من شريك موص أو أكثر يكون مسؤولاً عن التزامات الشركة بمقدار حصته في رأس المال. (27)

ب / المضاربة بالأسهم التي تقابلها شركة التوصية بالأسهم:

شركة التوصية بالأسهم تظم فريقين من الشركاء شركاء متضامنون لا يقل عددهم عن اثنين ، أصحاب أسهم غير قابلة للتداول يسالون عن ديون الشركة مسؤولية تضامنية و غير محدودة في كل أموالهم و يعهد إليهم إدارة الشركة ، و شركاء مساهمين لا يقل عددهم عن ثلاثة أصحاب أسهم قابلة للتداول بالطرق التجارية لا يسالون عن دين الشركة بقدر أسهمهم في الشركة. (28)

تكريس المشرع الفرنسي لهذا العقد جعل المجال خصبا أمام رجال الأعمال كونه لا يزال يساير التطورات الحديثة.

ثانيا: في القانون الباكستاني :

جعل القانون الباكستاني عقد المضاربة القاعدة العامة للاستثمارات المالية للبنوك الإسلامية كونه يقوم على مبدأ توزيع الربح و الخسارة من خلال إنشاء شركات مضاربة تتعامل مع البنوك ، و لقد تم إصدار هذا القانون المسمى بـ "قانون شركات المضاربة « رقم 31/80. (29)

بناء على هذا القانون الذي جعل النظام البنكي في باكستان نظام مصرفي إسلامي فإنه أدرج التمويل عن طريق المضاربة ضمن الفئة الثالثة .

نتوصل إلى القول أن الخطوة الأولى نحو استخدام أسلوب عقد المضاربة من طرف البنوك كان بصدور قانون يونيو 1980، يتم بموجبه تسجيل جميع الشركات و غيرها من مؤسسات التمويل بوصفها شركات مضاربة. (30)

ثالثا: تعريف عقد المضاربة في بعض القوانين المدنية العربية:

إذا كانت معظم الدول العربية استمدت معظم قوانينها المدنية من الفقه الغربي فقط. وسارت في دربة و لم تشر إلى عقد المضاربة. فان هناك دولا عربية أخرى تأثرت بالفقه الإسلامي و جعلته مصدرا هاما لها بجانب الفقه الغربي.

١ - في القانون العراقي :

يصنف القانون المدني العراقي من أكثر القوانين اقتباسا من الشريعة الإسلامية . فقد راعى واضعوه أن تكون الشريعة الإسلامية المصدر الأول له و خاصة مجلة الأحكام العدلية التي كانت تطبق في العراق قبل صدور هذا لقانون.

من نتائج تأثر القانون المدني العراقي بالفقه الإسلامي انه استمد منه عقد المضاربة و أدرجه ضمن العقود المسماة الواقعة على الملكية كنوع خاص من أنواع الشركات.

تنص المادة 660 من القانون المدني العراقي على: " المضاربة شركة يقدم فيها رب المال راس المال و المضارب العمل. " (31)

من نص المادة يلاحظ أن هذا القانون اعتبر المضاربة شركة و هذا ما ذهب إليه الفقه الحنفي و الحنبلي في تعريفهم المشار إليه أنفا.

ب - في القانون التونسي :

عالج المشرع التونسي المضاربة في القانون المدني أو ما يطلق عليه "مجلة الالتزامات و العقود التونسية" و حدد الأحكام العامة لهذا العقد و ذلك وفقا لأحكام الفقه الإسلامي. تعرف المادة 1195 من مجلة الالتزامات و العقود التونسية المضاربة كما يلي "القراض عقد يسلم بموجبه شخص و هو رب المال مبلغا معيناً من المال لشخص آخر و هو العامل على أن يلتزم هذا العامل بالتجارة باسمه و في حق رب المال على أن يكون له جزء معين شائع من الربح".⁽³²⁾ يلاحظ أن القانون التونسي اقتبس هذا التعريف من الفقه المالكي.

ج - في القانون المدني الجزائري :

إن القانون المدني الجزائري لم يشر إلى المضاربة ، و أغفلها كعقد من العقود المسماة الواقعة على الملكية مكتفياً بذكر عقد الشركة بوجه عام . كما انه ابعده من ذلك لم يشر إليها حتى للأصناف الخاصة بالشركة و لا حتى في القانون التجاري.

الأجدر على المشرع الجزائري تكريس مثل هذا العقد سواء في القانون التجاري أو قانون النقد و القرض خاصة و نحن نملك بنوك إسلامية تتعامل به لان شركة المضاربة الإسلامية هي نوعاً فريداً من الشركات يتميز به الفقه الإسلامي لا مقابل له في الشركات المعروفة في القانون التجاري.

د - تعريف المضاربة في المجال المصرفي :

المضاربة أسلوب تعتمد عليه البنوك الإسلامية عكس البنوك التجارية و يعرف احد الكتاب المضاربة المصرفية هي : "عقد بين المصرف و أصحاب الودائع الاستثمارية من جهة و التي يتخذ فيها المصرف صفة المضارب و يتخذ أصحاب الودائع الاستثمارية صفة صاحب المال و بين المضارب الثاني من جهة ثانية حيث يتخذ المصرف صفة صاحب المال و الذي يحل محل أصحاب الودائع الاستثمارية بينما يتخذ المستثمر صفة المضارب الذي يقوم بانجاز مشروع عقد المضاربة على أن تقسم أرباح المضاربة بين كل من أصحاب الودائع الاستثمارية و المضارب حسب الاتفاق".⁽³³⁾

الخاتمة:

إن التعاريف التي عرضت متفقة في المعنى ، و لو كان هناك اختلاف في اللفظ و الصياغة. و عليه يمكن إعطاء تعريف للمضاربة: عقد بين طرفين، يدفع بمقتضاه الطرف الأول إلى الطرف الثاني مالا معلوما ليتجر له فيه و الربح بينهما حسب الاتفاق.

بعد استعراض لمختلف التعريفات المتعلقة بالمضاربة في القوانين الوضعية فان تعريف المضاربة لا يخرج عن كونه تعريفاً مأخوذاً من الفقه الإسلامي لأنه المصدر الوحيد الذي عرف المضاربة و فصل

أحكامها و شروطها. ممن المنطق و الطبيعي الرجوع إلى أحكام الفقه لشرح و تفسير النصوص الواردة في القانون.

- الهوامش:

- (1) /عمر مصطفى جبر إسماعيل. (سندات المقارضة و أحكامها في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة تطبيقية-). الطبعة الأولى. دار النفائس. الأردن. 2006. ص 57.
- (2) /حسني عبد السميع إبراهيم.(استثمار الأموال في الشريعة الإسلامية). مكتبة نانسي. دمياط. مصر. 2008. ص 228.
- (3) /عبد المجيد عبد الحميد الديباني. (دراسات حول المال و المعاملات في الشريعة الإسلامية). دار الجماهيرية للنشر و التوزيع و الإعلان. مصر. 1993. ص 243.
- (4) /نجلاء عبد اللطيف سلمان. (سلطة المضارب بعد كسب حق المضاربة - دراسة فقهية مقارنة -). الطبعة الأولى. دار الفكر الجامعي. مصر. 2007. ص 46.
- (5) /عائشة الشرفاوي المالقي. (البنوك الإسلامية، بين الفقه و القانون و التطبيق). الطبعة الأولى. المركز الثقافي العربي. 2000. ص 282.
- (6) /د- عوف محمد الكفراوي. (النقود و المصارف في النظام الإسلامي) دار الجامعات المصرية. مصر. ص 64.
- (7) /د- نزيه عبد المقصود محمد مبروك. (صناديق الاستثمار بين الاقتصاد الإسلامي و الاقتصاد الوضعي). دار الفكر الجامعي. مصر. 2006. ص 66.
- (8) /د - عبد الفتاح عبد الله البرشومي. (المضاربة في الفقه الإسلامي - بحث فقهي مقارن-) دار أمون للطباعة دون بلد النشر. 2002. ص 7.
- (9) /د - نزيه عبد المقصود محمد مبروك. مرجع سابق. ص 66.
- (10) /د - عبد الفتاح عبد الله البرشومي. مرجع سابق. ص 8.
- (11) /د - نزيه عبد المقصود محمد مبروك. مرجع سابق. ص 66.
- (12) /د - عبد الفتاح عبد الله البرشومي. مرجع سابق. ص 9.
- (13) /د - نزيه عبد المقصود محمد مبروك. مرجع سابق. ص 67.
- (14) /د - عبد الفتاح عبد الله البرشومي. مرجع سابق. ص 9.
- (15) /د- إيهاب محمد محمد علي شحاتة. (الوديعة و دورها في تمويل الاستثمارات - دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي.-) رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق. كلية الحقوق. جامعة القاهرة. مصر. 2009. ص 662.
- (16) /د- محمد عبد المنعم أبو زيد. (نحو تطوير نظام المضاربة في المصارف الإسلامية) الطبعة الأولى. دون دار النشر. 2000. ص 10.
- (17) /د- حمدي عبد المنعم شلبي. (المضاربة في الفقه الإسلامي بين الحكم الفقهي و التطبيق العملي). مجلة البحوث الفقهية و القانونية- مجلة علمية متخصصة تصدرها كلية الشريعة و القانون). الجزء الأول. العدد 15. مطبعة البحيرة لطباعة الأوفست. جامعة القاهرة. فرع دمنهور. مصر. 2000. ص 18.
- (18) /أ- عجة الجبالي. (عقد المضاربة "القراض" في المصارف الإسلامية - بين الفقه الإسلامي و التقنيات المصرفية - محاولة التأسيس لاقتصاد مصرفي إسلامي.). دار الخلدونية للنشر و التوزيع. الجزائر. 2006. ص 20.
- (19) /أ - عجة الجبالي. مرجع سابق. ص 22.
- (20) /راجع القانون رقم 12/89 الصادر في 05 جويلية 1989 المتعلق بالأسعار. الجريدة الرسمية رقم 29 لسنة 1989. الملغى بموجب الأمر رقم 06/95 الصادر بتاريخ 25 جانفي 1995 المتعلق بالمنافسة.
- (21) /القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية. الجريدة الرسمية رقم 41 لسنة 2004

- (22) / راجع الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 8 يونيو 1966 يتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم.
- (23) / الأمر رقم 03/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة الجريدة الرسمية رقم 43 لسنة 2003
- (24) / تقابلها المادة 06 من الأمر 06/95 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتعلق بالمنافسة . جريدة رسمية عدد 09.
- (25) / أ - عجة الجيلالي . مرجع سابق. ص 38
- (26) / د- محمد عبد الغفار الشريف . (الانتمية في المصارف) . المجلة العلمية لكلية الشريعة و القانون.. - مجلة علمية محكمة - العدد 12. جامعة الأزهر . طنطا . مصر . 2000 . ص 19. ص 20 .
- (27) / د- أسامة نائل المحسن . (الوجيز في الشركات التجارية و الإفلاس) . الطبعة الأولى. دار الثقافة للنشر و التوزيع . الأردن. 2008. ص 117 .
- (28) د- أسامة نائل المحسن . مرجع سابق . ص 236 .
- (29) / د- جلال وفاء. (البنوك الإسلامية) . مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الاقتصادية . العدد الأول . جامعة الإسكندرية . دار الجامعة الجديدة . مصر . 2006 . ص 80.
- (30) / ضياء الدين احمد. (النظام المصرفي الإسلامي . الموقف الحالي). دراسات اقتصادية إسلامية للبنك الإسلامي للتنمية و المعهد الإسلامي للبحوث و التدريب . المجلد 2 . العدد 1 . 1994 . ص 28 .
- (31) / د- طه نوري الملاحويش . (عقد المضاربة في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة -) . رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق و الشريعة الإسلامية . كلية الحقوق . جامعة القاهرة . مصر . ص 41.
- (32) / د- طه نوري الملاحويش . مرجع سابق . ص 41 .
- (33) / أ - عجة الجيلالي . مرجع سابق . ص 79 .

أثر العولمة على التنمية الإفريقية و ارتباط ذلك بحقوق الإنسان

أحمد بطاطاش

أستاذ مساعد قسم أ

معهد الحقوق – المركز الجامعي البويرة

مقدمة:

إن العولمة ليست ظاهرة بسيطة التركيب محدودة النطاق، بل هي ظاهرة مركبة معقدة وبالتالي صعبة التداول، و ينظر إليها عامة بوصفها ظاهرة شديدة الاتساع عميقة التغلغل. فإذا نظرنا إلى ما تشير إليه فكرة العولمة سنجدتها تصف ضمن ما تصف، التحولات الجارية في علاقات الدول و المؤسسات و الجماعات و الأفراد، و التدويل لممارسات و هويات و بنى معينة، و عملية إعادة هيكلة العلاقات الرأسمالية الحديثة التي عمت العالم خلال العقود الأخيرة، و ربما كان البعد الأخير أهم تلك الأبعاد. تتميز العولمة المعاصرة بكونها تمثل اتجاها قويا نحو التوحيد القسري للعالم وفقا لرؤية ونموذج معين في معالجة التنظيم الاجتماعي بشكل عام يتمحور حول أفكار الليبرالية الجديدة. و إذا ما حاولنا أن نتعرف على آثار هذه العولمة على التنمية في القارة الإفريقية نجد أن هذه العولمة ليست شيئا جديدا بل هي مجرد استمرار لمسيرة تاريخية طويلة من العمليات و المحاولات التي استهدفت ليس مجرد دمج القارة في ترتيبات إقليمية أو عالمية بل أيضا إحكام السيطرة عليها و استنزاف أو استغلال مواردها بشتى الطرق الممكنة.

من خلال برامج الإصلاح الهيكلي التي طبقتها العديد من الدول الإفريقية استجابة لشروط صندوق النقد الدولي و البنك الدولي نجد أن التجربة غنية بالمساوئ الهائلة، أما بالنسبة لمسألة تحرير التجارة التي تسوقها منظمة التجارة العالمية تعزز حقيقة كون الهدف منها ليس ذا طبيعة إنسانية بقدر ما هو تعميق التفاوت و تعزيز الفقر.

و لعل أكبر تأثيرات هذه العولمة هو تأثيرها على وضعية حقوق الإنسان الإفريقي سواء كانت حقوق مدنية و سياسية، أو حقوق اقتصادية و اجتماعية و ثقافية، أو حقوق الجيل الثالث المعروفة بحقوق التضامن.

في هذه الدراسة سوف نحاول أن نتعرف على أثر العولمة على التنمية و حقوق الإنسان في القارة الإفريقية مركزين اهتمامنا في المبحث الأول على الأثر الذي تركه برامج التكيف الهيكلي المفروض من طرف البنك الدولي و صندوق النقد الدولي و كذا تحرير التجارة العالمية المسوقة من طرف منظمة التجارة العالمية، أما المبحث الثاني فقد خصصته لارتباط حقوق الإنسان بأجياله الثلاثة

بالأثر الذي تركته العولمة على التنمية الإفريقية. و قد ركزت بشكل كبير على الآثار السلبية للعولمة باعتبارها مرحلة جديدة من مراحل الاستعمار الممارس على القارة الإفريقية منذ عقود طويلة.

المبحث الأول: أثر العولمة على التنمية الإفريقية

يتجلى أثر العولمة على التنمية الإفريقية بصورة خاصة عبر تدخل المؤسسات الدولية في الشؤون التنموية للقارة، على غرار صندوق النقد الدولي و البنك الدولي فيما يخص برامج التكيف الهيكلي المفروضة على البلدان الإفريقية منذ الثمانينات (المطلب الأول) و مساعي منظمة التجارة العالمية لتحرير التجارة الدولية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: برامج التكيف الهيكلي و أثرها على التنمية الإفريقية

أدت المديونية بالبلدان الإفريقية إلى الاستجداد بصندوق النقد الدولي و البنك الدولي الذين فرضوا شروطا قاسية أثرت بشكل كبير على التنمية الإفريقية.

الفرع الأول: المؤسسات المالية الدولية و برامج التكيف الهيكلي

استطاعت أزمة الديون على مدار ثلاثة عقود أن تقف حجر عثرة أمام جهود التنمية في معظم البلدان الإفريقية الفقيرة، ومنذ مطلع الثمانينات و عبء الديون الإفريقية قد تزايد ليصعب معه التحكم فيه أو إدارته فإجمالي الدين الخارجي للقارة قد تزايد من 111 مليار دولار في 1980 إلى 310 مليار دولار عام 1997 ، بسبب سياسات التنمية المنتهجة و الانهيار الكبير في أسعار البترول و الكاكو و البن و الشاي و النحاس و الموز و النحاس، التي تعتبر أهم الصادرات الإفريقية، و زاد الأزمة حدة العبء الناتج عن خدمة الديون مما جعل الدول الإفريقية تضطر إلى اللجوء إلى المؤسسات المالية الدولية، خاصة البنك الدولي و صندوق النقد الدولي، طلبا للمساعدة.

وضع البنك الدولي و صندوق النقد الدولي برامج للتكيف الهيكلي، حيث تلتزم الدول الطالبة للدعم بشروط مجحفة أهمها:

- تخفيض قيمة العملة الوطنية
- تخفيض هائل في الإنفاق و تسريح العمال
- تخفيضات كبيرة في الميزانية مع إلغاء الدعم عن العديد من الأنشطة و الخدمات و القطاعات
- تحرير الصادرات و الواردات مع إلغاء رقابة الصرف
- خصخصة المؤسسات العامة حتى تلك التي تحقق أرباحا
- عدم تحديد الأسعار
- رفع أسعار الفائدة

بالإضافة إلى الشرط السياسي فقد رفضوا أية مساعدة خارجية للحكومات التي لا تنتهج الديمقراطية متعددة الأحزاب و تنكر حقوق الإنسان.

إن برامج التكيف الهيكلي تعد أداة رئيسية لإعادة هيكلة الاقتصاديات الإفريقية لتتلاءم مع منطق الرأسمالية العالمية (1).

الفرع الثاني: أثر برامج التكيف الهيكلي على التنمية الإفريقية

إن الشروط المفروضة على الدول الإفريقية من طرف المؤسسات المالية الدولية ليست جديدة في الواقع، و هو ما يعزز أطروحة أن العولمة ليست منقطعة الصلة بما سبقها من عمليات النهب و الاستغلال، لقد خبرت إفريقيا هذه البرامج و السياسات منذ ستينات القرن الماضي، كما أنها اكتوت بنار اثنتين منها على الأقل من خلال الديون و من خلال الأزمات الاقتصادية و الاجتماعية التي خلفتها، إن التجربة غنية بالمساوئ الهائلة التي مثلت عملية استهتار بالقيم الأخلاقية عموما. لذلك فإن أول ما تثيره هذه الشروط التي تقدم بدعوى الاستفادة من خيارات العولمة هو الشك و إثارة المشاكل.

إن برامج التكيف الهيكلي في الواقع ليست برامج إصلاح على الإطلاق، إنها ليست سوى برامج للإفقار و إثارة المشاكل و الاختلالات الاقتصادية و الاجتماعية و السياسية، و من ثم المساهمة بشكل حاسم في إدامة القصور الاقتصادي إفريقيا، و من ثم دفع القارة إلى الاعتماد على الخارج في الديون و المساعدات المشروطة التي لا تحقق في واقع الأمر سوى التدفق الدائري للموارد و إدامة نظام تقسيم العمل الاستغلالي. لقد بينت التجربة ما عبرت عنه اللجنة الاقتصادية للأمم المتحدة الخاصة بإفريقيا من أن برامج التكيف الهيكلي ليست في الواقع إلا برامج إدارة مالية قصيرة المدى و ليست برامج تنمية اقتصادية. لقد تأكد أن ما تحتاجه القارة ليس برامج الإصلاح الهيكلي ذات التجربة و السمعة السيئة دوليا، بل برامج ذات توجهات تنموية و ليس مجرد سياسات مالية باهضة الثمن اقتصاديا و غير ذات حس اجتماعي أو أخلاقي، و لعل أكبر دليل عليه هو حقيقة التدني في معدل الحياة المتوقع للإنسان الإفريقي من 54 إلى 44 عاما (2).

لم تتمكن برامج التكيف الهيكلي من إخراج القارة الإفريقية من دائرة المديونية، بل أن جزء كبير من هذه الديون قد نتج عن سياسات الإقراض اللصيقة ببرامج الإصلاح المفروضة من الخارج في إطار سياسات التكيف الهيكلي. و المحصلة النهائية أن القيد الناتج عن هذه الديون قد نال من السيادة القومية للدول المقترضة، فقد تمكن نادي باريس و لندن للدول الدائنة الاحتفاظ بالحكومات المديونة رهينة. و الأسوأ من هذا أن مشكلة الدين قد أجبرت الدول الإفريقية على تحويل الموارد النادرة بعيدا عن المشروعات الاستثمارية الأساسية و الخدمات الاجتماعية. بالإضافة إلى هذا فقد أشارت بعض الدراسات الحديثة إلى أن المستثمرين سواء كانوا محليين أو أجانب قد أبدوا إحجاما متزايدا عن المجازفة في معظم الدول الإفريقية التي تم وصمها مرارا بأنها مديون سيئ، و بنفس المنطق فإن التراكم الهائل للدين الخارجي في الدول الإفريقية قد أدى إلى عدم قدرة هذه الدول على اجتذاب المال الخارجي بل و إلى هروب رأس المال المحلي، و دون شك فإن التهميش الذي تعاني منه القارة حاليا هو نتاج للوضع المتمثل في تحويل الموارد بعيدا عن القارة (3).

المطلب الثاني: تحرير التجارة و أثرها على التنمية الإفريقية

تسعى منظمة التجارة العالمية إلى تحرير التجارة الدولية عبر رفع القيود التي تحول دون ذلك، و كان لذلك، وسيكون، أثرا كبيرا على التنمية الإفريقية، لأن دول القارة لا تملك سبل المنافسة بالمقارنة مع اقتصاديات دول الشمال.

الفرع الأول: منظمة التجارة العالمية و تحرير التجارة

أفضت جولة أورغواي، التي بدأت أعمالها تحت إشراف الجات عام 1986، إلى إعلان إنشاء منظمة التجارة العالمية و ذلك خلال المؤتمر الوزاري للجات المنعقد في مدينة مراكش في أبريل 1994، و كانت النتائج النهائية لجولة أورغواي حدثا اقتصاديا عالميا بالغ الأهمية، إذ أن هذه النتائج تشكل بداية مرحلة جديدة في النظام التجاري، و كجزء من هندسة الاقتصاد العالمي خلال القرن الحادي و العشرين. إن إنشاء المنظمة العالمية للتجارة، يعني إنشاء الدعامة الثالثة للاقتصاد العالمي، إلى جانب صندوق النقد الدولي و البنك الدولي، و ستكون هذه المنظمة مسؤولة عن مراقبة و تحرير التجارة الدولية، و ستقود المراحل المتبقية من تحرير التجارة، و بذلك تصبح عملية الانتقال من الاقتصاد العالمي، الذي تتكون خلاياه القاعدية من اقتصادات متنافسة و متمحورة على الذات، إلى الاقتصاد الذي أصبح معولما حقيقة واقعة⁽⁴⁾.

و يجب فهم الحكمة الأساسية للعولمة في الإطار العريض لفلسفة حرية التجارة، التي تدعو إلى دحر الدولة و السماح للسوق بتوزيع المصادر و تحديد الأسعار، و اعتمادا على مقولة آدم سميث حول اليد الخفية، تفترض هذه النظرية الليبرالية أن السوق يوفر أفضل توزيع للمصادر، من أجل تعظيم إشباع المستهلك، فضلا عن ضمان حركة توزيع المصادر في الاتجاه الأشد حاجة إليها، و اتفاقا مع هذه النظرة، تدعو العولمة إلى تبني سياسات اقتصادية تركز على إشاعة الفوضى الاقتصادية، و تخفيض قيمة العملة، و رفع الدعم و إجراءات الخصخصة، باختصار، الهدف هو السماح للسوق بالعمل بحرية.

و تزعم العولمة أن وسائل الاتصال و النقل العصرية، تهزم الحواجز بين الدول، و بالتالي تجعل الحدود أقل صلة بدولها، و ينطوي هذا الزعم على فكرة أن الدولة الوطنية، التي عرفناها، هي ظاهرة تعود للماضي، أما العالم الكوكبي الجديد المتصور، فهو العالم الذي يتعرض فيه الناس لنفس الآلة الإعلامية الكوكبية و للمنتجات الاستهلاكية، أي عولمة الكوكاكولا، كما أطلق البعض على هذه العملية. و مع رأس مال طليق، يقفز هنا و هناك، من عاصمة إلى أخرى في لمح البصر، يمكن تخيل العالم كقرية كوكبية حقيقية⁽⁵⁾.

الفرع الثاني : أثر تحرير التجارة على التنمية الإفريقية

إن تحرير التجارة، الذي تسوقه منظمة التجارة العالمية، يتوقع منه أثرا سلبيا لتنمية البلدان الإفريقية حيث أن الأدوات البارزة لتحرير التجارة العالمية و الاستثمار و غيرها من التحويلات بما فيها الزراعة، الخدمات، حقوق الملكية الفكرية، الاستثمارات المتعلقة بالتجارة... إلخ، تؤكد الهيمنة الكاملة للرأسمال

العابر للحدود على مستوى العالم. و من الناحية النظرية، فمن المتوقع أن تخلق هذه الاتفاقيات حرية أكبر للدخول أسواق كل المنتجات الصناعية أو الزراعية لكل الدول، إلا أنه من الواضح أن فرص إفريقيا في الحصول على أي منافع من زيادة حجم التجارة العالمية، التي تتيح بواسطة القواعد الجديدة للتجارة، تبدو ضئيلة للغاية، و يرجع ذلك إلى: قاعدتها الصناعية المتخلفة، قاعدتها التكنولوجية الضعيفة، المنافسة العنيفة المرتبقة من قبل مصدر المنتجات الزراعية الأخرى و ثمة عوامل أخرى تضع إفريقيا في موضع سيئ منها⁽⁶⁾.

من المتوقع أن تكون الدول التي ستحصل على أقصى المكاسب الاقتصادية الممكنة من تحرير التجارة هي تلك التي تتميز بنظام اقتصادي متحرر و ذي توجه خارجي، على حساب الدول التي تنتهج نظاما اقتصاديا مغلقا، و التي تعتمد على الأفضليات لوصول صادراتها إلى أسواق الدول المتقدمة، و كذلك تلك التي تعتمد على الاستيراد لتوفير احتياجاتها من الأغذية.

المبحث الثاني: ارتباط حقوق الإنسان بأثر العولمة على التنمية الإفريقية

إن النتائج التي نجمت عن العولمة الاقتصادية و الآثار التي تركتها على التنمية الإفريقية ستعكس حتما على حقوق الإنسان الإفريقي سواء حقوقه المدنية و السياسية (المطلب الأول) أو حقوقه الاجتماعية و الاقتصادية و الثقافية (المطلب الثاني) أو حقوق الجيل الثالث المعروفة بحقوق التضامن (المطلب الثالث).

المطلب الأول: ارتباط الحقوق المدنية و السياسية بأثر العولمة على التنمية الإفريقية

إن آثار العولمة لا تتجلى فقط في الجانبين الاجتماعي و الاقتصادي كما يبدو للوهلة الأولى بل تمس أيضا حقوق الإنسان من الجيل الأول و هي الحقوق المدنية و السياسية.

الفرع الأول: الحقوق المدنية

يعتبر الحق في الحياة أهم حق للإنسان فبدونه لا يمكن التمتع بالحقوق الأخرى فقد جاء في المادة السادسة من العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية أن الحق في الحياة حق ملازم لكل إنسان و على القانون أن يحمي هذا الحق و لا يجوز حرمان أحد من حياته تعسفا. و نص نفس العهد على الحق في الأمن حيث نصت المادة التاسعة منه أن لكل فرد حق في الحرية و في الأمان على شخصه.

إن الحروب و النزاعات تقوض من حق الإنسان في الحياة و من حقه في الأمان، وقد شهدت القارة الإفريقية في السنوات الأخيرة نوع جديد من الحروب و الفوضى وظهر أمراء حرب و مغامرون و قوميات إثنية بالإضافة إلى مصالح القوى الكبرى التي استغلت الفراغ الذي تركته الدول الضعيفة و المنهارة، مما أدى إلى تكاثر الشركات الأمنية و بروز ميليشيات جديدة و ازدهرت تجارة الأسلحة، كما شجعت العولمة التدخلات العسكرية الأجنبية، الإفريقية منها و غير الإفريقية لأسباب شتى.

و قد شجعت المصالح التجارية العالمية، و التي تتضمن أصحاب الأعمال من أفراد و حكومات، هذا التوتر الأمني، بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، فالحكومة الأمريكية على سبيل المثال، أمدت قوات يونيتا

في أنجولا بمساعدات سرية تبلغ قرابة 250 مليون دولار في الفترة من 1986-1991 لتساهم في البؤس الشديد الذي تجد تلك الدولة نفسها فيه اليوم⁽⁷⁾.

و ما يجري حاليا من توتر في إقليم دارفور بالسودان ليس بعيدا عن حسابات الإمبريالية الدولية الجديدة التي تحاول مواصلة استنزاف خيرات القارة على حساب آلاف الأموات من الأبرياء السودانيين المتناحرين.

و من ناحية أخرى، أثرت آليات العولمة سلبا على قدرة الدول الإفريقية على الحفاظ على الأمن العام، فالإصلاحات المدخلة على اقتصاديات هذه الدول تركت انعكاسات سلبية على الاستقرار السياسي و الأمني، فعلى سبيل المثال فخفض الإنفاق العام الذي فرضته المؤسسات الدولية مس قطاعي الأمن و الدفاع في بعض الدول الإفريقية و أدى إلى تسريح الآلاف من عناصر الأمن و الجيش، و هذا يؤدي إلى معضلة أمنية و لعل هذا الوضع يزداد وضوحا عندما تجد بعض الجماعات في المجتمع نفسها مضطرة لتولي شؤون أمنها بنفسها، لأن الدولة غير قادرة أو غير راغبة في القيام بدورها.

كما أن نهاية الحرب الباردة تركت وراءها دولا ضعيفة لا تتقنها فقط الشرعية ولكنها غير قادرة على مواجهة التحديات العسكرية التي قد يفرضها الجيران المتحاربين أو الزعماء العسكريين أو الحركات المعارضة أو قوات المرتزقة، و من أجل الدفاع عن أنفسهم ضد هذه المخاطر لجأت بعض الدول الإفريقية إلى استئجار شركات عسكرية خاصة أو شركات أمن أو مرتزقة، و صار بهذا الحفاظ على الأمن عملية تتم حماية لبعض الجماعات دون الأخرى أو في مواجهة الجماعات الأخرى⁽⁸⁾.

الفرع الثاني: الحقوق السياسية

تسوق المؤسسات الدولية، المالية منها و التجارية، في القارة الإفريقية عروضها المتمثلة في تقديم يد المساعدة مقابل التزام الدول الإفريقية باحترام بعض المبادئ مثل الديمقراطية و حقوق الإنسان و الحكم الراشد لتكريس الحقوق السياسية الليبرالية المنشأ، و استبشر بعض مناضلي الديمقراطية و حقوق الإنسان بحقبة جديدة تمكن المواطن الإفريقي من ممارسة حقوقه السياسية من حق للتعبير و مشاركة في اختيار ممثليه في إدارة شؤون الحكم بكل حرية، لكن الواقع و التجربة أثبتا أن القوى الغربية تكيل بمكيالين، خاصة إذا تعلق ذلك بمصالحها الاقتصادية، لقد أيقن الغرب أن قيام حكومات شرعية في إفريقيا من شأنه أن يعمل لحماية مصالح الشعوب الإفريقية و هو ما لا يتفق مع المنطق النيوليبرالي الذي يهدف إلى مواصلة استغلال خيرات القارة، لذا عمدت القوى الإمبريالية على تشجيع أنظمة تزين نفسها بواجهة ديمقراطية من أحزاب و نقابات و مجتمع مدني و انتخابات لا تتوفر على أدنى المعايير الديمقراطية.

لقد فرضت العولمة على دول القارة الإفريقية، ضمن منظومة الدول النامية بصفة عامة، أن تفتتح على ما هو خارج حدودها، و أن تستورد قيما و نظما تراها القوى العالمية المهيمنة على النظام الدولي الجديد صالحة للتطبيق عالميا، فظهرت الجهود و الضغوط العالمية لدفع القارة الإفريقية كي تتوافق مع ما

يسمى بالمجتمع الديمقراطي الدولي انطلاقاً من المقولة السائدة بأن التطور تجاه الاقتراب من النموذج الليبرالي الغربي يعد غاية مشروعة بل و لازمة لدفع المجتمعات البشرية للأمام.

لقد قامت العولمة بنشر القيم الديمقراطية في القارة الإفريقية بالمفهوم الغربي، فارتبطت تلك القيم و المعايير بنمو مؤشر التعددية السياسية كأحد مؤشرات الحكم الديمقراطي داخل النظام السياسي، و بذلك ساهمت العولمة في نشر ثقافة الديمقراطية و لكن من منظور التعددية السياسية دون الاهتمام بمؤشر المشاركة السياسية للمواطن الإفريقي الذي يعد الوجه الآخر للديمقراطية الحقيقية⁽⁹⁾.

إن النضال الطويل للشعوب الإفريقية من أجل الحرية جعل بعض الدول تتمتع بالمصادقية تجاه شعوبها، لكن العولمة بتحويلها للسلطة من الدولة إلى الشركات متعددة الجنسيات، سمحت للبيروقراطية الدولية بتقويض هذه المصادقية بشكل أفقد حكومات هذه الدول مشروعيتها تجاه مواطنيها، و هو الأمر الذي ترتب عليه إندلاع حالات عدم الاستقرار السياسي بمختلف أشكالها، بشكل أسفر عن تراجع ديموقراطي، و المشكلة أنه لا توجد سلطات غير حكومية جديدة (شركات – منظمات ...) يمكن أن تتمتع بمثل هذه المصادقية⁽¹⁰⁾.

المطلب الثاني: ارتباط الحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية بأثر العولمة على التنمية الإفريقية

لعل أكبر تأثير للعولمة على التنمية الإفريقية كان له الوقع على الحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية، أي حقوق الإنسان من الجيل الثاني، هذه الحقوق التي كانت بصمة المعسكر الاشتراكي واضحة فيها، و كان ذلك في عز الحرب الباردة، و الآن و بعد انتهائها و اندحار الإيديولوجية الشيوعية، و تربع القوى الرأسمالية على مقاليد الاقتصاد العالمي، فإن وضعية هذه الحقوق قد تدهورت و أصبحت في وضعية يرثى لها.

الفرع الأول: الحقوق الاقتصادية

لقد أدت إعادة هيكلة الاقتصاد الإفريقي إلى إعادة النظر في الحقوق الاقتصادية للإنسان الإفريقي، خاصة فيما يتعلق بالحق في العمل. فسوق العمل الذي كان مفتوحاً في دولة ما بعد الاستقلال، لضمان كرامة الأفراد، أصبح في ظل دولة العولمة يخضع لمعايير اقتصادية مضبوطة بميزان الربح و الخسارة، فلا عجب أن نرى المؤسسات المالية الدولية تفرض على الدول الإفريقية إعادة تنظيم سوق العمل وفقاً للقواعد الرأسمالية، و نتج عن ذلك إغلاق معظم المؤسسات الاقتصادية التابعة للقطاع العام بحجة عدم نجاعتها اقتصادياً، مما تسبب في فقدان ملايين العمال لمناصبهم فارتفعت البطالة بصورة مذهلة، كما أن الإيديولوجية الليبرالية القائمة على استبعاد الدولة من النشاط الاقتصادي فرضت على الدولة الإفريقية خصوصاً مشاريعها الاقتصادية لتتكيف مع واقع اقتصاد السوق الجديد، هذا الواقع الذي يرفض أي بعد اجتماعي للعمل.

لقد عانت الطبقة الدنيا العاملة من آثار برامج التكيف الهيكلي، فانخفض متوسط الدخل الحقيقي للعمال، و ارتفعت البطالة، و أدى تدشين برامج الإصلاح الاقتصادي إلى التضخم و ارتفاع أسعار المواد

الغذائية، كما تسببت إعادة هيكلة الصناعة إلى إغلاق المصانع و فوق هذا و ذلك فقد أجبرت العولمة الحكومات و الشركات على تسريح العمالة أو إعادة الهيكلة في محاولة لخفض النفقات.

إن برنامج السياسات التي يمولها كل من البنك الدولي و صندوق النقد الدولي قد دفعت بالاقتصاديات الإفريقية إلى هامش الاقتصاد العالمي و تركت معظم الفقراء يعيشون حياة تعيسة.

الفرع الثاني: الحقوق الاجتماعية

إن سياسات المؤسسات المالية الدولية و شروطها المجحفة على الدول الإفريقية، قلصت من دور الدولة الاجتماعي إلى حد كبير، بدواعي خفض النفقات العمومية و الاكتفاء بالحد الأدنى منها، هذا ما انعكس سلبا على الوضعية الاجتماعية للأفراد، فإضافة إلى الصعوبات الاقتصادية التي تم توضيحها سابقا، جاء تخلي الدولة عن وظيفتها الاجتماعية ليزيد الطين بلة.

من التعليم المجاني إلى الصحة المجانية تساقطت قلاع الخدمات الاجتماعية الإفريقية لتفسح المجال للخواص للاستثمار في هذه المجالات، مستقبلية على قطاع عام ضعيف لا يكفي احتياجات النسب الغالبة من الفقراء الذي تزر بهم القارة، و يزداد أعدادهم بسرعة مذهلة نتيجة لسياسات العولمة المفروضة.

لا تزال إفريقيا متخلفة عن الدول الأخرى في مجال الخدمات الاجتماعية و سجلت تراجعا كبيرا، و يعود هذا التراجع إلى سياسة البنك الدولي التدخلية، و التي تهدف إلى تسعير (جعلها بثمن) الخدمات الاجتماعية، فالمتطلبات الاجتماعية مثل التعليم و الصحة و المياه النقية، التي قدمتها الحكومات الوطنية كجزء من الاستثمار الكلي في تكوين رأس المال البشري، أصبحت الآن مسعرة و ليست في متناول شريحة كبرى من الجماهير الإفريقية.

الفرع الثالث: الحقوق الثقافية

يرى أنصار العولمة أنها (أي العولمة) سوف تؤدي إلى مزيد من التجانس بين المجتمعات و داخلها بفعل الثورة الاتصالية الهائلة، و عبور السلع و الأفراد، و فتح الأسواق و غيره، و بالطبع فإن الميديا العولمية هي رأس الحربة في هذه التحولات، فمن خلالها يتم عبور المعلومات و الأفكار و القيم و غيرها من السلع الثقافية للحدود و المسافات بما يجمع شتات البشر في كل مكان بغض النظر عن الاختلافات في التعليم و الجغرافيا و اللغة و الدين و غيره مما يؤدي إلى تآكل الاختلافات و التمايزات.

و على الصعيد الآخر، هناك وجهة نظر أخرى ترفض الرأي الأول و ترى أن العولمة الثقافية ستؤدي إلى حدوث من التفكك و التناحر الثقافي فيما بين المجتمعات و داخل المجتمع الواحد. و في حين يرى أنصار الرأي الأول أن الثقافة الكونية التي ستنشرها العولمة ستؤدي لضعف الشعور بالهوية الثقافية المحلية لتحل محلها هوية عالمية، فإن أنصار الرأي الثاني يرون أن إشكالية الهوية الثقافية ستفجر بصورة غير مسبوقة.

لم يكن سبب تفجر أزمة الهوية في إفريقيا، خاصة جنوب الصحراء، هو العولمة الثقافية بأدواتها الاتصالية، و لكنها العولمة الاقتصادية و التي بدأت إرهاباتها تحت مسميات تطبيق برامج الإصلاح الاقتصادي و التكيف الهيكلي، و من ثم فتح الحدود للاستثمارات و السلع و غيرها من محاولات إدماج اقتصاديات القارة في النظام الرأسمالي العالمي. و من الصعب تبني طرح عديد من الباحثين الذين يناقشون قضية العلاقة بين الهوية و العولمة من منظور التأثيرات الثقافية فقط عند تحليل الحالة الإفريقية، هذا الطرح الذي يولي أهمية كبيرة لتأثير الثورة الاتصالية بأدواتها المختلفة على المجتمعات و الشعوب، فلا يمكن القول بأن هذه الثورة و صلت للجماهير و شعوب القارة الإفريقية، و ربما تكون قد وصلت لنخب و لكن بالطبع لم تصل للجماهير، و لكن الذي وصل للجماهير هو الآثار السلبية التي ترتبت على العولمة الاقتصادية⁽¹¹⁾.

المطلب الثالث: ارتباط حقوق التضامن بأثر العولمة على التنمية الإفريقية

إن حقوق التضامن هي حديثة العهد مقارنة مع الجيلين الأولين لحقوق الإنسان، و من خصائص هذه الحقوق أنها تترجم بعض مفاهيم الحياة في المجتمع، و لا يمكن تحقيقها إلا بتضافر جهود كل المشاركين في الحياة الاجتماعية من أفراد و دول و مجموعات عامة أو خاصة.

و هذه الحقوق على غرار سابقتها تأثرت بمستوى و واقع التنمية الإفريقية التي أنتجتها العولمة.

الفرع الأول: الحق في بيئة صحية

لم يعد صعبا، اليوم، الإقرار بوجود حق للإنسان في البيئة، بعد النص عليه صراحة في التشريعات الداخلية للدول، و كذلك الكثير من الوثائق الدولية و من بينها الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان و الشعوب الصادر في 27 جوان 1981 الذي نص على حق الشعوب في بيئة مرضية و شاملة و ملائمة لتنميتها.

و العولمة باعتبارها أداة بيد الشركات المتعددة الجنسيات، يتم بواسطتها اقتحام الأسواق الإفريقية، من أجل إيجاد مجال جديد للاستثمار، تجد في القارة الإفريقية فضاء لإقامة مشاريع صناعية ملوثة، لم تكن قادرة على إقامتها في الدول المتقدمة نظرا لصرامتها في مجال البيئة، بالإضافة إلى استنزافها لخيرات القارة من دون رقيب، فالدراسات تؤكد نهب مساحات كبيرة من الغابات الإفريقية على حساب التوازن البيئي.

كما تصاعدت قضية دفن النفايات النووية و الخطيرة في إفريقيا، و نشابكت خيوطها على كافة المحاور المحلية و الإقليمية و الدولية خاصة مع دخول القارة الإفريقية القرن الحادي و العشرين و في كنف النظام العالمي الجديد، و مظاهر العولمة و التي تشهد حملات أنصار حماية البيئة و جمعيات السلام الأخضر و تشتد دعوتهم و تتكثف⁽¹²⁾.

كل هذا يحدث تحت أنظار دول، حكوماتها متواطئة أو عاجزة عن مواجهة ذلك نتيجة تآكل سلطاتها تحت ضغوط المبادئ الجديدة للتنظيم الدولي، و في ظل القيود التي فرضت على سيادتها.

الفرع الثاني: الحق في التنمية

جاء إعلان الحق في التنمية، الذي أقرته الأمم المتحدة سنة 1986 ، معرفا لعملية التنمية على أنها: " عملية متكاملة ذات أبعاد اقتصادية و اجتماعية و ثقافية و سياسية، تهدف إلى تحقيق التحسن المتواصل لرفاهية كل السكان و كل الأفراد، و التي عن طريقها إعمال حقوق الإنسان و حرياته" و يحتوي هذا التعريف ' على الحق في التنمية البشرية، بربط الفرد و جعله محور و جوهر حقوق الإنسان، هذا الأخير الذي أصبح يشمل البعد الاقتصادي و الاجتماعي و الثقافي، و الحق في إدارة المجتمع إدارة جيدة، أي الحق في المشاركة في اتخاذ القرار و بذلك تم الربط بين التنمية و الديمقراطية، و حقوق الإنسان، و هو ما تم التأكيد عليه في إعلان فيينا للتنمية الصادر في المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان سنة 1993.

لقد فرضت العولمة على الدولة أن تتراجع في ممارسة دورها الاجتماعي، خاصة في المجالين التعليمي و الصحي، جاعلا منها أداة لتهيئة الوضع المناسب للاستثمارات الخارجية، و بذلك نقل القرار بمختلف مظاهره للشركات المتعددة الجنسيات.

و مفهوم التنمية كما حددناه، و الذي يهدف للرفع من مستوى التنمية البشرية في مختلف المجالات، الصحية و التعليمية و الاجتماعية، لتكوين شخص قابل و مستعد لعطاء، فسوف نجد أن الدولة تراجع دورها في هذا المجال بشكل واضح. خصوصا في ظل العولمة التي زادت من تفاقم هذا التهميش، على مستوى التنمية، خصوصا و الكل يعلم بأن الدول الإفريقية ذات هياكل اقتصادية ضعيفة لا تحتمل هزات العولمة⁽¹⁴⁾.

أمام استمرار التخلف الذي خلفته العولمة، لا تجد الدول الإفريقية من طريق آخر، لتلبية متطلبات التنمية من تعليم و صحة و غير ذلك، إلا التوجه نحو المساعدات الخارجية التي تتلقاها من بعض الدول المتقدمة و على رأسها الولايات المتحدة الأمريكية و دول الإتحاد الأوروبي.

الفرع الثالث: الحق في السلم

نص الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان و الشعوب على حق الشعوب في السلام و الأمن على الصعيدين الوطني و الدولي، كما اعترف قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 33/73 المؤرخ في 15 ديسمبر 1978 بحق الأفراد و الدول و الجنس البشري كله في العيش في سلم.

إن الحق في السلم مرتبط ارتباط وثيق بحقوق الإنسان الأخرى، ففي غياب السلم لا يمكن إعمال الحقوق المدنية و السياسية و لا الحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و لا حقوق التضامن الأخرى.

لقد أفرزت العولمة نوعا جديدا من النزاعات و ساعدت أنواعا أخرى لم تكن في نفس درجة الخطورة التي نشهدها حاليا في عصر العولمة، و لعل ابرز هذه النزاعات التي قوضت الحق في السلم هي الحروب الإثنية.

ارتبطت الحروب الإثنية في القارة الإفريقية بظاهرة العولمة، هذا و قد أفرزت الحروب الإثنية في إفريقيا آثارا و نتائج بالغة الخطورة على الدول المعنية، و على الدول المحيطة بها خاصة و أن تلك الحروب تعتبر ظاهرة مجتمعية شاملة تعصف بجميع مقومات المجتمع الأمر الذي يجعل آثارها تمتد لجميع جوانب الحياة في المجتمع من النواحي السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية و غيرها.

تعد انتهاكات حقوق الإنسان من أبرز الآثار السياسية للحروب الإثنية في القارة الإفريقية و هو يشمل عدة حالات من بينها: انتهاك حقوق الإنسان الأساسية، أو انتهاك الحريات المدنية، أو الحقوق السياسية، أو التمييز الإثني و الاجتماعي لعرقية معينة دون غيرها أو درجة الإبادة الجماعية و التي تمثل أشنع انتهاك لحقوق الإنسان كما حدث في وسط إفريقيا خاصة في كل من روندا و بورندي.⁽¹⁴⁾

الخاتمة:

لا يمكن و صف العولمة إلا أنها حلقة من حلقات الاستعمار الغربي لاستغلال خيرات و ثروات القارة الإفريقية. من تجارة العبيد المقيتة، إلى الاستعمار البغيض، و وصولا إلى عولمة متوحشة، تواصل الامبريالية الغربية نهب القارة.

لقد بنت الرأسمالية قواعدها على أساس الاستغلال، فها هي اليوم تواصل مشوارها في صورة جديدة، فالنظام الرأسمالي الاستعماري عمده، طوال الفترة التي سيطر عليها على القارة الإفريقية، إلى عدم بناء أي بنية اقتصادية في مستعمراته، جاعلا منها خزانه الأساسي للثروات الطبيعية، الذي بواسطته يتم تزويد المصانع الغربية، ليعود سلعا للاستهلاك، لكن بفارق كبير. لقد سبب الاستعمار للدول الإفريقية الحديثة العهد بالاستقلال تأخرا كبيرا في المجال الاقتصادي، مما جعل هذه الدول رهينة بالغرب الذي أغرقها في دوامة كبيرة من المديونية، ثم سارع لمد يد العون، عن طريق مؤسساته المالية التي فرضت شروطا مجحفة، و هذا لإدامة التخلف و التبعية و لمواصلة الاستغلال الذي بدونه لا تقوم قائمة للامبريالية.

إن التنمية المتعثرة التي تعيشها القارة الإفريقية، ألفت بظلالها على حقوق الإنسان بمختلف أجيالها، و لا يختلف اثنان في أن غياب التنمية يولد حتما عدم تمتع الإنسان بحقوقه.

النهضة الإفريقية لا يمكن أن تكون إلا بعزل عن الاتكال على مساعدات الغرب، و معتمدة على سواعد أبناء القارة. لإفريقيا كل العوامل القادرة على إخراجها من التخلف و تحقيق تنمية شاملة من شأنها إعادة الاعتبار للإنسان الإفريقي الذي همشته قرون من القمع و السيطرة، و لن يتأتى هذا إلا بتحقيق تكامل بين الدول الإفريقية و وحدة حقيقة بعيدة عن الشعارات الجوفاء التي لم تشبع البطون الخاوية و لم تعيد الكرامة المسلوقة.

إن احترام حقوق الإنسان الإفريقي و حرياته هي الحجرة الأولى لأي عملية تنموية، فلقد أثبتت تجربة الماضي القريب أن تغييب الإنسان لا ينتج عنه إلا اتساع الهوة بين الحاكم و المحكوم و بالتالي الفشل الذريع لأي محاولة لتجاوز التخلف، فالتنمية و حقوق الإنسان عمليتان متلازمتان لا يمكن للواحدة الاستغناء عن الأخرى.

الهوامش:

- ¹- بادي أونيمود، أفريقيا الطريق الآخر البديل الأفريقي لبرنامج المواعمة الهيكلية، ترجمة بهجت عبد الفتاح عبده، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1995 ص 78
- ²- يوسف محمد الصواني، إفريقيا و العولمة: الآثار و التحديات و الاستجابة تعميق الفقر و التفاوت، إفريقيا و العولمة، برنامج الدراسات المصرية الإفريقية، القاهرة، 2004 ص 128
- ³- سيفرين روجومامو، العولمة و مستقبل إفريقيا، ترجمة نهاد جوهر، برنامج الدراسات المصرية الإفريقية، القاهرة، 2002، ص 64
- ⁴- مندر قراعين، رؤية مستقبلية في الاقتصاد السياسي للجات، منظمة التجارة العالمية و مصالح شعوب الجنوب، مركز المحروسة للنشر، القاهرة، 2001، ص 83
- ⁵- ألفريد نهيما، العولمة و التنمية في إفريقيا: إشكاليات و آفاق، المرجع السابق، ص 131
- ⁶- كوامي ننسن، العولمة و مستقبل إفريقيا، ترجمة رانيا حسين، برنامج الدراسات المصرية الإفريقية، القاهرة، 2001، ص 53
- ⁷- كوامي ننسن، المرجع السابق، ص 69
- ⁸- سيفرين روجومامو، المرجع السابق ص 21
- ⁹- نيفين حلیم صبري، التأثيرات السياسية للعولمة على إفريقيا، إفريقيا و العولمة، المرجع السابق، ص 150
- ¹⁰- ابراهيم أحمد نصر الدين، العولمة و انعكاساتها على دول العالم الثالث، العولمة آثارها على إفريقيا، معهد البحوث و الدراسات الإفريقية، جامعة القاهرة، 1999، ص 171
- ¹¹- هويدا عدلي، العولمة و الهوية الثقافية في إفريقيا، إفريقيا و العولمة، المرجع السابق، ص 185
- ¹²- جوزيف رامز، قضية دفن النفايات النووية و الخطرة في أفريقيا، دورية آفاق أفريقية، المجلد الثاني العدد الخامس، القاهرة، 2001، ص 78
- ¹³- عبد الغني الأزهرى، حقوق الإنسان بين العولمة و العالمية، رسالة ماجستير، معهد البحوث و الدراسات العربية، القاهرة، 2002، ص 171
- ¹⁴- جوزيف رامز، العولمة... و آثارها على أفريقيا، دورية آفاق أفريقية، المجلد الرابع، العدد 14 ، القاهرة، 2003، ص 60

تجاوز الوكيل حدود الوكالة في القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي و بعض التشريعات المدنية الاخرى

اسعد فاطمة

استاذة مساعدة- كلية الحقوق

جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية

مقدمة

ان الاصل العام ان يقوم الشخص بنفسه بابرام ما يحتاج من عقود، لكن قد تحول احيانا بعض الظروف تحقيق ذلك، كقلة خبرته و تجربته، او كثرة اعماله و انشغاله، او عجزه لمرض اقعه عن القيام باعماله، او لبعده او غيبته، ففي كل هذه الحالات لا مناص من ضرورة قيام شخص اخر غيره بابرام هذه العقود نيابة عنه. كما انه احيانا اخرى، قد يكون الشخص عديم الاهلية او ناقصها فيحتاج الى من يقوم بالنيابة عنه في ابرام ما يحتاج من تصرفات قانونية. لذلك فان النيابة في التعاقد تشكل لامحالة ضمانا لتسهيل معاملات الناس و سرعتها، فلولا استخدامهم لوكلاء او نواب عنهم لما تمكنوا من استيفاء حقوقهم و الحفاظ عليها و حمايتها و التمتع بممارستها⁽¹⁾.

إن المبدأ العام في العقود يقتضي اقتصار آثار التصرف على شخص المتصرف فلا يتعداه إلى غيره وهو ما يعرف بمبدأ النسبية في العقود، فان الشخص يلتزم بإرادته و بعمله و ليس له أن يلزم غيره بهذه الإرادة و لا بهذا العمل.

وهذا ما تعنيه الآية الكريمة لقوله تعالى : **(ولها ما كسبت وعليها ما اكتسبت)**⁽²⁾.

إلا أن الحاجات العملية والضرورات اليومية قد تدعو إلى إمكان قيام شخص ما بتصرف قانوني تضاف آثاره إلى شخص آخر بناء على اتفاق مسبق وهي ما يسمى بالنيابة الاتفاقية وهو حال الوكيل حيث تتحدد سلطته بمقتضى عقد الوكالة، أو على نص قانوني يحدد نطاق سلطة النائب وهي ما يسمى بالنيابة القانونية كما هو الحال بالنسبة إلى الولي، أو حكم قضائي حيث يتولى القاضي أمر تعيين الوصي أو القيم أو الحارس القضائي، وهو ما يسمى في لغة القانون بالنيابة في التعاقد⁽³⁾.

ولترتيب النيابة آثارها يجب أن يكون للنائب سلطة النيابة عن الأصيل إلى جانب ما يطلب من تقييد بحدود سلطته التي يحددها سند النيابة و مصدرها.

ومنه قد يباشر الأصيل التصرف كما قد يباشره الولي أو الوكيل و هنا يكون التصرف صادرا ممن له ولاية التصرف إلا انه قد يباشر هذا التصرف من ليست له ولاية التصرف ودون إذن شرعي من الأصيل و ذلك كالفضولي والوكيل المتجاوز لحدود وكالته.

وإن كانت هذه التصرفات من ولاية (4) ووكالة (5) ورسالة (6) مأذون فيها للمتصرف، فهي تختلف عن الفضالة التي لا يكون للفضولي فيها إذن من الغير ولا تكون له ولاية على التصرف وإن كان يتصرف لحساب الغير. كما يتميز عمل الفضولي انه قد يكون تصرفا قانونيا أو عملا ماديا بينما عمل الوكيل لا يكون إلا تصرفا قانونيا، كما أن مصدر الفضالة يكون عملا ماديا بينما مصدر الوكالة يكون اتفاقا أو عقدا؛ إلا انه تقترب الفضالة من الوكالة إذ تنقلب إلى وكالة إذا أقرها صاحب الشأن كما أنها تنتهي إلى فضالة إذا خرج الوكيل عن حدود وكالته أو بقي يعمل بعد انتهاء الوكالة (7). وهو الموضوع الذي نتناول دراسته في هذا المقال.

ويتبادر إلى الذهن السؤال التالي: ما هو حكم التصرفات التي يتجاوز فيها الوكيل أثناء تنفيذ الوكالة الحدود المرسومة له في الوكالة ؟

لذا يجدر بنا للإجابة على هذا السؤال أن نقسم هذا العمل إلى مبحثين نعرض في الأول إلى تجاوز الوكيل بالشراء وبالبيع في الفقه الإسلامي وفي المبحث الثاني إلى تجاوزه في القانون.

المبحث الأول

تجاوز الوكيل حدود وكالته في الفقه الإسلامي

إن الوكالة عبارة عن: (إقامة الغير مقام نفسه ترفها أو عجزا في تصرف جائز معلوم ممن يملك) (8). وجاء لدى الأحناف ما يلي: (كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه، جاز أن يوكل به غيره) (9). ويستندوا في ذلك إلى قول الله تعالى ((فابعثوا أحدهم بورقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيها أزكي طعاما فليأتكم برزق منه...)) (10)، وأجمعت الأمة على جوازها في الجملة لان الحاجة داعية إليها (11). والوكالة جائزة في كل الحقوق التي تصح فيها النيابة من البيع و الشراء والإجارة وعقد النكاح والطلاق واقتضاء الدين؛ وقضائه وخصومة الخصم و نحو ذلك (12).

تكون الوكالة في الفقه الاسلامي مطلقة وقد تكون مطلقة، لذلك نقسم هذا المبحث الى مطلبين نورد الاول الى تجاوز الوكيل حدود الوكالة المطلقة والثاني الى تجاوز الوكيل حدود الوكالة المقيدة.

المطلب الاول: تجاوز الوكيل حدود الوكالة المطلقة

ان الوكالة في الفقه الإسلامي قد تكون مطلقة، اي خالية عن كل قيد كما لو يقال له: (وكلتك في بيع سيارتي، دون أن يحدد له ثمن هذا البيع) فحكمها أن تكون مقيدة بثمن المثل وبنقد ذلك البلد، لأن مطلق الأمر ينقيد بالمتعارف والمتعارف بين الناس هو البيع بثمن المثل وبنقد البلد (13). فهو الرأي الذي ذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية (14) المالكية (15) والشافعية (16) والحنابلة (17).

لكن الحنفية اختلفت في هذا الأمر وفرق أبو حنيفة فيه بين الوكالة المطلقة في البيع والوكالة المطلقة في الشراء:

— بالنسبة للبيع فإن التوكيل فيه يكون على إطلاقه ولا يتقيد فيه لا بعرف ولا بغيره لأن الأصل في اللفظ المطلق أن يجري على إطلاقه ولأن لو الموكل أراد تقييده بشيء لا صرح عن ذلك⁽¹⁸⁾، لكن أبو يوسف و محمد أبا حنيفة ذهب إلى ما جاء به جمهور الفقهاء بأن التوكيل المطلق في البيع يتقيد بالمعارف .

أما التوكيل المطلق في الشراء فالأحناف يذهبون إلى أنه يتقيد بالمتعارف فلا يملك أن يشتري إلا بثمن المثل وبما لا يتغابن الناس فيه. لأنه إذا خالف الوكيل ذلك فإنه يكون مشتريا لنفسه بخلاف الوكيل بالبيع فإن تصرفه يتوقف على إجازة الموكل، والفرق بينهما أن الوكيل بالشراء متهم إذ يملك الشراء لنفسه فأمكن تنفيذه عليه لأن العقد منى وجد نفاذاً على العاقد نفذ عليه⁽¹⁹⁾ .

- في الوكالة المطلقة لا خلاف بين الفقهاء، فعلى الوكيل أن يراعي مقتضيات الشرع و العرف و المصلحة، فلا يتصرف الوكيل في الوكالة العامة إلا بما فيه مصلحة للموكل كأن لا يبيع بثمن بخس ولا يشري بثمن باهظ، إنما الخلاف بينهم إذا جاوز الوكيل مقتضيات الشرع و العرف و المصلحة كأن يبيع بأقل من الثمن أو يشتري بأكثر منه .

انقسم الفقهاء بشأنها الى ثلاث مذاهب نقوم بتناولها في فروع ثلاثة.

الفرع الاول: بيع الوكيل باقل من ثمن المثل ، او شراؤه باكثر منه بما لا يتغابن الناس بمثله تصرف باطل .

ان بيع الوكيل باقل من ثمن المثل او شراؤه باكثر منه مالا يتغابن الناس بمثله يعتبر تصرف باطل وهو ما قال به الشافعية⁽²⁰⁾ و الحنابلة و رواية عن الامام احمد⁽²¹⁾ .

لقد استدلوا اصحاب هذا المذهب ببطلان تصرف الوكيل المتجاوز حدود وكالته المطلقة بمقتضيات الشرع و العرف و المصلحة ومنها:

1- ان اللفظ قد صدر من الموكل مطلقاً، واللفظ عند اطلاقه لا ينصرف الا الى التصرف الكامل ولا يتحقق ذلك الا ان يكون بثمن المثل و ليس بغبن فاحش⁽²²⁾ .

2- ان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف أي بما هو متعارف بين الناس، و المتعارف في البيع بثمن المثل وبما لا يتغابن الناس بمثله⁽²³⁾ .

3- انه توكيل في عقد البيع فتصرفه في الغبن لا يلزم الموكل، كالوكيل في الشراء اذا اشترى بغبن فاحش⁽²⁴⁾ .

4- ان مهمة الوكيل تتطلب الاحتياط و المصلحة لموكله، وهذا لا يتناسب مع بيعه باقل من ثمن المثل او بغير نقد البلد، او شراؤه باكثر من ثمن المثل لان ذلك يضر بمصلحة الموكل⁽²⁵⁾ .

5- قياس الوكيل على الموكل لو اطلق حالة البيع فان الثمن يكون حالاً مثلياً⁽²⁶⁾ .

6- قياس بيع و شراء الوكيل بما لا يتغابن الناس بمثله على بيع و شراء الوصي لان الولاية في كل منهما تقوم على المصلحة فكما لا يجوز بيع و شراء الوصي بما لا يتغابن الناس بمثله فكذلك لا يجوز بيع و شراء الوكيل⁽²⁷⁾ .

7- ان البيع بالغبن الفاحش بيع من وجه وهو الظاهر ،وهبة من وجه اخر و لهذا لو حصل البيع بالغبن الفاحش من المريض اعتبر من الثلث، و الاب و الوصي لا يملكانه، والوكيل وكيل بالبيع و ليس بالهبة (28).

مناقشة هذه الأدلة

-ان القول بان البيع بالغبن الفاحش لا يعد من قبيل المتعارف،لكن البيع بالغبن الفاحشاحيانا يعد من قبيل المتعارف اذا كان صاحبه عند شدة الحاجة الى الثمن (29).

- ان القياس على التوكيل بالشراء يعتبر قياس مع الفارق من وجهين (30):

من وجه ان التوكيل بالشراء يثبت على خلاف القياس وفقا للحاجة ،فينصرف المطلق فيه الى المتصرف قطعاً بخلاف التوكيل بالبيع، ومن وجه ان المشتري فيه متهم باحتمال انه يشتري لنفسه ،فلما ظهر الغبن في شرائه، او اشترى لموكله فهذه التهمة منعدمة في التوكيل بالبيع فاختلفا.

- ان قياس بيع و شراء الوكيل على بيع و شراء الاب و الوصي قياس مع الفارق وذلك لان ولايتهما نظرية أي بشرط النظر في امر الصغير بالشفقة عليه اما البيع بالغبن الفاحش فلا نظر فيه.

- ان القول بان البيع بغبن فاحش بيع من وجه و هبة من وجه اخر مردود لانه بيع من كل وجه (31).

الفرع الثاني: بيع الوكيل باقل من ثمن المثل، او بما لا يتغابن الناس بمثله صحيح بخلاف الشراء

يرى كل من الامام ابو حنيفة (32) والامام احمد بن حنبل في الرواية الثانية عنه (33) ان بيع الوكيل باقل من ثمن المثل ،او بما لا يتغابن الناس بمثله صحيح بخلاف الشراء.

لقد استدلت اصحاب هذا المذهب في القول بان تصرف الوكيل المتجاوز في الوكالة المطلقة صحيح في البيع دون الشراء بما يلي:

- الاصل ان اللفظ عندما يكون مطلقا يجري على اطلاقه و لا يقيد الا بدليل .
- التوكيل بالشراء لا يحتمل الغبن الفاحش،بخلاف التوكيل بالبيع فانه يحتمله .

مناقشة هذه الأدلة

- ان القول بان التوكيل بالشراء لا يحتمل الغبن الفاحش و التوكيل بالبيع يتحمله مردود لان التوكيل بالبيع مثل التوكيل بالشراء فما لا يصلح للتوكيل بالشراء لا يصلح للتوكيل بالبيع باعتبار انهما طرفي معاملة واحدة (34).

الفرع الثالث: ان الموكل مخير بين الرد او الاجازة

ان الموكل في هذه الحالة مخير بين الرد او الاجازة، فان اجاز الموكل هذا التصرف نفذ البيع و لزم و ان لم يجزه لم يلزم. و هذا المذهب قال به كل من الشافعية (35) و المالكية (36).

و استدلت اصحاب هذا المذهب بان تصرف الوكيل المتجاوز في الوكالة المطلقة تصرف موقوف على اجازة الموكل من وجهين:

- 1- القياس على بيع الفضولي (37).

2- ان الوكيل خرج عن حدود سلطته لمصلحة الموكل خوفا على هلاك السلعة .

المطلب الثاني: تجاوز الوكيل حدود الوكالة المقيدة

أن الوكالة المقيدة فهي مقصورة على تصرف بعينه بشروط محددة لان الموكل يحدد له تصرفه. وحكمها انه يجب على الوكيل أن يتقيد بما أمر به الموكل ويستوي في ذلك أن يكون وكيلا بالبيع أو بالشراء، لأن الوكيل يستمد الولاية في العقود من موكله فلا يجوز له أن يخالفها، فإذا خالف ذلك الأمر فإن التصرف الذي يجريه لا يكون نافذا على الموكل إلا اذا أجاز له أو كانت المخالفة إلى خير لأنها كانت وفاق معنى⁽³⁸⁾.

فعلى الوكيل التقيد بما حدده الموكل له في تنفيذ العمل الموكل به، ففي الغالب ما يقيد الموكل قيودا على الوكيل الا لغرض صحيح يحقق له نفعاً او يدفع عنه ضرراً، فاذا لم يلتزم بها و خالف حدود الوكالة فان حكم مخالفة الوكيل لحدود الوكالة يختلف بحسب نوع هذه المخالفة التي قد تكون فيها مصلحة للموكل او لان فيها ضرراً للموكل.

لذلك نقسم هذا المطلب الى فرعين نتناول في الاول مخالفة الوكيل المقيد مخالفة فيها مصلحة للموكل و في الفرع الثاني مخالفة فيها ضرر للموكل.

الفرع الاول: مخالفة الوكيل المقيد مخالفة فيها مصلحة للموكل

اذا كان خروج الوكيل عن وكالته المقيدة من اجل تحقيق مصلحة للموكل و ليس فيه اضرار بمصالحه، فقد اختلف الفقهاء في حكم هذا النوع في مذهبين:

المذهب الاول: يعتبر مخالفة الوكيل لحدود سلطته المقيدة و التي فيها نفعاً للموكل و تحقق له مصلحة، هي مخالفة نافذة في حق الموكل و هو الراي الذي جاء به كل من الحنفية⁽³⁹⁾ و المالكية⁽⁴⁰⁾ و الشافعية⁽⁴¹⁾.

واستدل اصحاب هذا المذهب بان تصرف الوكيل المقيد تصرفاً فيه نفع للموكل تصرف نافذ في حق الموكل من السنة :

فيما رواه الامام البخاري قال حدثنا علي بن عبد الله قال اخبرنا سفيان قال حدثنا شيب غردقة قال سمعت الحي يتحدثون عن عروة ان النبي صلى الله عليه و سلم: اعطاه ديناراً يشتري له به شاة، فاشترى له به شاتين فباع احدهما بدينار، فجاء بدينار وشاة، فدعى له بالبركة في بيعه، ولو كان اشترى التراب لربح فيه⁽⁴²⁾.

فيما اخرجه الترمذي من حديث حكيم بن حزام : ان النبي صلى الله عليه و سلم دفع ديناراً الى حكيم بن حزم رضي الله عنه، وامره ان يشتري له اضحية فاشترى شاتين، ثم باع احدهما بدينار ثم جاء للنبي صلى الله عليه و سلم بشاة ودينار، فدعى له بالبركة، وقال : بارك الله لك في صفقة يمينك⁽⁴³⁾.

ووجه الدلالة من هذا الحديث ان تصرف الوكيل الخارج عن حدود الوكالة بما فيه مصلحة للموكل جائز لان النبي لم ينكر هذا التصرف بل دعى له بالبركة فدل ذلك على الاجازة.

من المعقول:

- فقد حصل له المقصود و زاده خيرا بزيادته في قدر المسمى .
- فهو حصول بالماذون به و هو المطلوب وزيادة
- انه خلاف يؤدي إلى خير ،فهو خلاف في الشكل انما الحقيقة والواقع انه وفاق في المعنى، وهو مؤمور بمصلحة الموكل لان العبرة في العقود بالمعاني لا بالالفاظ و المباني⁽⁴⁴⁾ .

مناقشة هذه الأدلة:

- ان حديث عروة منقطع لا يصح لما جاء في سند الحديث في البخاري :قال شبيب :سمعت الحي يتحدثون عن عروة...)
- ان النبي صلى الله عليه و سلم قد اذن لعروة في بيع ما راه مصلحة من ماله لانه في حالة عدم الاذن يكون عروة قد باع ما سيملكه في المستقبل و هو الامر المنهى عنه .
- لقد اجيب على هذه المناقشة من وجه اول :ان هذا الحديث صحيح لوجوده ضمن احاديث البخاري ،ولفظ سمعت يقتضي ان يكون قد سمعه من جماعة اكثر من ثلاثة. ومن وجه ثاني ان التوكيل لا يتعلق الا ببيع مال الموكل و لا يتعلق ببيع ما سيملكه مستقبلا وهذا يكون جائزا اذا كان تابعا لامواله في الحال، كما لو قال " وقفت على اولادي و من سيولد" خلافا لو قال "وقفت على من سيولد من اولادي" فانه لا يجوز⁽⁴⁵⁾ .

المذهب الثاني: يعتبر مخالفة الوكيل لحدود سلطته المقيدة و التي فيها نفعا للموكل تصرف غير نافذ في حقه و هو الراي الذي ذهب اليه كل من الشافعية في راي⁽⁴⁶⁾ و الظاهرية⁽⁴⁷⁾ .

واستدل اصحاب هذا المذهب بان تصرف الوكيل الخارج عن دائرة حدود الوكالة خروجا فيه نفعا للموكل غير نافذ في حقه من الكتاب و المعقول .

من الكتاب: بقوله تعالى: (و لا تعتدوا ان الله لا يحب المعتدين)⁽⁴⁸⁾ .

ان دلالة هذه الاية الكريمة على عدم نفاذ تصرف الوكيل الخارج عن حدود الوكالة، لان الله تعالى نهى عن الاعتداء على حق الغير .فالوكيل الذي لا يقتدي بما امر به من موكله ببيع شيء بثمن مسمى فباعه باكثر، لم يلزم الموكل اصلا ، فلا ينفذ البيع .

من المعقول: ان الاصل في التوكيل ان يلتزم الوكيل بما امر به و الا يتعدى تصرفه موضع الامر، ولما تجاوز الوكيل موضع الامر في تصرفه فيكون باطلا⁽⁴⁹⁾ .

خلاصة عن هذه الاراء

ان جمهور الفقهاء يرون ان النبي قد اقر البيع و الشراء و الزم العقد فيهما بخلاف بعض الشافعية الذين يقولون ان عروة في الحديث كان وكيلا وكالة مطلقة تسمح بالبيع و الشراء ليس على انه متجاوز للوكالة، والا كان في هذه الحالة قام بتصرف في ملك الغير و بذلك يكون باطلا، و يكون التصرف غير نافذ .اما الظاهرية فقد ابطالوا التصرف تماما حتى و لو امضاه الموكل فهو لايلزمه ويلزم الوكيل فقط.

الفرع الثاني: مخالفة الوكيل المقيد مخالفة ليس فيها مصلحة للموكل

إذا حدد الموكل للوكيل نوع التصرف كأن يحدد له الشخص المشتري أو يحدد له الثمن الذي يجب أن يبيع به أو يحدد له المكان الذي يبيع فيه أي السوق الفلان فيجب عليه أن يلتزم بما أمره به موكله. فإذا خرج عن هذا القيد خروجاً من شأنه أن ينتج عنه ضرر أو تفويت مصلحة على الموكل اختلف الفقهاء و انقسم إلى ثلاث مذاهب نعالجها في النقاط التالية:

المذهب الأول: تصرف الوكيل المقيد الخارج عن حدود الوكالة ليس فيه نفعاً للموكل تصرف باطل . لقد قال بهذا الرأي كل من الشافعية (50) و الحنابلة (51).

استدل أصحاب هذا الرأي بالمعقول من عدة وجوه منها أن هذا التصرف بغير رضا الموكل فتصرفه باطل لأن الموكل لم يرض بخروج ملكه على هذا الوجه، ومن وجه آخر أنه تصرف غير مأمور به الوكيل، و الوكيل متصرف بالأذن فان عدل عن الماذون فيه بطل التصرف. فيكون هذا الرأي نظر إلى جسامة المخالفة في خروج الوكيل عن حدود الوكالة فنأدى ببطلانه.

المذهب الثاني: تصرف الوكيل المقيد و المخالف لحدود الوكالة باطل في حق الموكل و لازم للوكيل. ونأدى بهذا الرأي كل من الظاهرية (52) ورواية عن أحمد بن حنبل (53) و بعض الشافعية (54). استدل الفقهاء بما يلي:

- أن الوكيل اشترى بثمن في ذمته بغير إذن موكله، فكان الشراء كما لو لم يأمره الموكل
- أن الشراء صدر منه فثبت في حقه فقد اشترى لنفسه
- أن الخطاب وقع من الوكيل فلزمه التصرف.

أن هذا الرأي نظر إلى مصلحة الغير في تعامله مع الوكيل ولذا رجح مصلحة الغير و مصلحة الموكل.

المذهب الثالث: تصرف الوكيل الخارج عن حدود الوكالة بما لانفع فيه للموكل تصرف موقوف على اجازة الموكل فان اجازة نفذ و ان رده لم يجز و لم ينفذ. نادى بهذا الرأي كل من الحنفية (55) و المالكية (56) ورواية عن الامام أحمد بن حنبل (57).

استدل القائلون بهذا الرأي بما يلي:

- القياس على تصرف الفضولي، فتصرف الفضولي موقوف على إذن الاصيل فكذلك تصرف الوكيل موقوف على إذن الموكل.
- أن تصرف الوكيل الخارج عن حدود الوكالة غير لازم للموكل لأنه لم يأذن فيه فيقف على اجازته، فان اجازة نفذ و لزمه و ان رده لم يلزمه.
- أن الاصل في التوكيل المقيد مفيد، فإذا خالف لم يلزم الموكل.

أن هذا الرأي نظر إلى مصلحة الموكل لاعتبار هذا التصرف موقوفاً على الاجازة و مصلحة الغير في لزومه للوكيل ان لم يجزه الموكل.

و على هذا يكون التصرف موقوف على اذن الموكل، فان اجازته نفذ في حقه و صارت العلاقة مباشرة بينه و بين الغير، لان الاجازة اللاحقة كالاقرار السابق، اما اذا لم يجزه فان العلاقة تكون منعدمة بين الاصيل و الغير، ويلتزم الوكيل بالتصرف الصادر منه تجاه الغير لانه هو المتعاقد مع الغير (الحسن النية) .و الفقه الاسلامي اراد من ذلك حماية الغير الحسن النية الذي لو لا اجازة الموكل لا ابطل تصرفه و هو ما يعبر عنه في لغة الفقه و القضاء بنظرية الظاهر.

لكن اذا رد الموكل هذا التصرف الخارج عن حدود الوكالة يلتزم الوكيل قبل الغير بما عقده معه لصالح الموكل الا في الحالات التالية:

- اذا كان الغير يعلم انه يتعاقد مع الوكيل خارج عن حدود الوكالة فلا يلزم الوكيل قبل الغير لان الغير يعلم بان ما اقبل عليه يتوقف على اجازة الموكل فيكون احتمال اجازته من الموكل او رده وفي هذه الحالة فانه لا يلتزم به الوكيل و لا الموكل.

_ان الوكيل يلتزم بالعقد التام، اما العقد الغير تام كوجود شرط خيار في العقد و لا تزال مدته باقية اثناء رد الموكل للعقد فلا يلزم الوكيل به.

- اذا رد الموكل عقد نكاح حيث يكون فيه للوكيل دور الرسول فقط، فاذا تعدى فيه الوكيل حدود الوكالة فانه لا يلزم الوكيل به و لا ينفذ في حق الطرف الاخر لعدم وجود محل يتعلق به.

المبحث الثاني

حكم تجاوز الوكيل حدود وكالته في القانون

إن القاعدة العامة في القانون تقضي بأنه إذا خرج الوكيل عن الحدود التي رسمها له عقد الوكالة لم تعد أعماله ملزمة للأصيل، لان حدود أعمال الوكيل قد بينها عقد الوكالة فلا يعذر بجهله هذه الحدود، فيكون للغير أن يرجع على النائب وليس له أن يتضرر من فعله هذا.

إن الحكم الناتج عن هذه القاعدة يعتمد على مبدأ نسبية العقود التي لا تربط إلا أطرافها، فالشخص لا يملك أن يعطي ولاية لغيره لو لم تكن له أصلاً هذا طبقاً " لمبدأ فاقد الشيء لا يعطيه"، ولما كان الوكيل يستمد وكالته من الولاية التي زوده بها موكله فان كل آثار تصرفه تتصرف إلى ذمة الموكل (58).

أما في حالة تجاوزه حدود وكالته يصبح فاقدا لولايته وعليه كل تصرف يجريه الوكيل في هذه الحالة لا يكون ملزماً للأصيل. فيقتضي المنطق أن يكون التصرف الناتج عن مخالفة التعليمات موقوفاً على إجازة الموكل إذا رضي، أو رده إذا رفض وحينها يلتزم بها الوكيل (59).

وهو ما اخذ به المشرع العراقي في المادة 944 من التقنين المدني السابقة الذكر، أما التقنين المدني الأردني لم يورد نصاً مماثلاً إلا انه يأخذ بنفس الحكم في القضاء لكون القواعد العامة تغني عن إيراد نص خاص (60).

تقضي المادة 74 من القانون المدني الجزائري بما يلي: (إذا ابرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصيل، فان ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل) (61). وتنص المادة

575/2 من التقنين المدني الجزائري: (الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يتجاوز الحدود المرسومة).

والقاعدة العامة هي انه يجب على الوكيل أن يلتزم بحدود الوكالة حتى ينفذ التصرف في حق الموكل فان تصرف الوكيل المتجاوز لحدود وكالته ، طبقا للقواعد العامة، لا يلزم به الموكل ولا يكون نافذا في حقه لأنه يعتبر أجنبيا عن المتعاقد مع الوكيل ولان الوكالة ولاية والولاية محدودة فمن خرج عنها أصبح تصرفه خارج دائرة الوكالة (62) .

فاذا التزم الوكيل حدود سلطته فان آثار التصرف الذي يبرمه مع الغير المتعاقد معه تتصرف إلى الموكل الذي يعتبر دائما أو مدينا من العقد الذي ابرمه الوكيل مع الغير المتعاقد معه. وتقوم علاقة مباشرة بين الموكل وبين الغير الذي تعاقد معه الوكيل ويختفي هذا الأخير، و يترتب على ذلك أن يرجع الموكل مباشرة على الغير الذي تعاقد معه الوكيل بجميع الالتزامات الناشئة عن هذا العقد في ذمة الغير و كذلك يكون لهذا الأخير أن يرجع مباشرة على الموكل بجميع الحقوق التي نشأت عن هذا العقد (63) .

فانصراف اثر التصرف الذي يبرمه الوكيل إلى الموكل مشروط بالتزام الوكيل لحدود وكالته التي رسمها له الأصيل.قرار المحكمة العليا الجزائرية رقم 59293 مؤرخ في 1990/6/27(64).

واستخلاص ما اذا كان الوكيل يعمل في حدود وكالته أم انه تجاوز حدود ولايته أو سلطته مسالة واقع لا تخضع لرقابة محكمة التمييز (65) .

ولكن لا ينصرف اثر التصرف الذي يبرمه الوكيل بالتواطؤ مع الغير إضراراً بالموكل إلى هذا الأخير لان الغش يبطل التصرفات (66) .

ولكن لضرورة عملية و حماية لمبدأ استقرار المعاملات ومصالح الغير تدخل المشرع و مخالفة للقواعد العامة التي تقضي بنسبية العقود – في مد آثار التصرف كلها إلى الموكل الذي يعتبر أجنبيا عن العقد الذي ابرمه الوكيل متجاوزا حدود وكالته بحيث يصبح الموكل في حكم طرف العقد وقد قرر المشرع الجزائري في المواد 76 و 575/2 من القانون المدني مد آثار التصرف المتجاوز في الوكيل حدود سلطته إلى الموكل في حالات محددة.

كما قرر القضاء في حالة الوكالة الظاهرة مد آثار التصرف إلى الموكل اذا توافرت شروطها رغم تجاوز الوكيل حدود سلطته وحالة أخرى تتمثل في عدم وجود وكالة للنائب أصلا.

وبذلك تكون قاعدة عدم انصراف اثر التصرف الذي يبرمه الوكيل متجاوزا حدود وكالته مع الغير المتعاقد معه غير مطلقة وإنما ترد عليها استثناءات نوضحها كما يلي :

المطلب الاول : تجاوز الوكيل حدود الوكالة الظاهرة

قضت المادة 76 من القانون المدني الجزائري على : (إذا كان النائب و من تعاقد معه مجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة، فان اثر العقد الذي يبرمه، حقا كان أو التزاما، يضاف إلى الأصيل أو خلفائه) وهي تطابق المادة 107 مدني مصري.وتقابل المادة 114 من القانون المدني الأردني.

فتشير هذه المادة انه إذا انقضت النيابة دون علم النائب والغير المتعاقد معه، كما لو عزل الموكل الوكيل أو مات الأصيل، إن عدم علم الوكيل بانقضاء وكالته يعفيه من مسؤوليته عن تجاوز حدودها لكن بشرط جهل المتعاقد معه ذلك. وأساس هذا الاستثناء هو حماية الغير حسن النية وكذا ضمان استقرار المعاملات وهذه الحالة تسمى في لغة الفقه والقضاء بالوكالة الظاهرة (67).

وفي الوكالة الظاهرة ينصرف اثر العمل الذي يجريه الوكيل إلى الموكل سواء كان وكيلا فعلا وتجاوز حدود سلطته أو عمل بعد إنهاء الوكالة أو لأنه عمل رغم عدم وجود وكالة أصلا.

ويشترط في الوكالة الظاهرة أنه لإعتبار الوكيل الظاهر نائبا عن الموكل أن يكون المظهر الخارجي الذي أحدثه هذا الأخير خاطئا وأن يكون الغير الذي تعامل مع الوكيل الظاهر قد انخدع بمظهر الوكالة الخارجي، دون أن يرتكب خطأ أو تقصير في استطلاع الحقيقة.

ومسألة تحقيق قيام الوكالة الظاهرة هو مسألة واقع يستقل به قاضي الموضوع ولا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض (68).

إلا أن هذه الحالة لا تجد مجالها في صور النيابة إلا في النيابة الاتفاقية أي الوكالة الاتفاقية، أما في النيابة القانونية و القضائية تنعدم لان القانون هو الذي يحدد سلطات النائب و تصطمم بقاعدة عدم الاعتذار بجهل القانون.

المطلب الثاني : تجاوز النائب حدود وكالته و لكن المتعاقد معه يجهل هذا التجاوز

إذا تجاوز النائب حدود وكالته و لكن المتعاقد معه يجهل هذا التجاوز، أي أن يكون الغير لا يعلم بانعدام الوكالة فإن أثار العقد تسري في حق الأصيل طبقا لمبدأ حماية المتعاقد حسن النية، لأنه لم يعلم بذلك و انه ليس من السهل عليه أن يعلم بتجاوز الوكيل لحدود نيابته. لأنه لو كان يعلم بانعدامها و أقدم مع ذلك على التعاقد مع الوكيل فإن ذلك يعتبر غشا منه يتحمل تبعته ولا يستطيع أن يحتج على الموكل بالتصرف الذي يبرمه الوكيل (69).

فلو كان الغير سيء النية يعلم بانعدام الوكالة وكذلك الوكيل فإن إقدامهما على التصرف لحساب الموكل لا يمكن أن يحمل إلا على معنى التواطؤ بين الطرفين إضرارا بالموكل، ومن ثم لا ينصرف اثر هذا التصرف إلى الموكل ولا اثر له في العلاقة بين الموكل و الغير (70).

وبذلك فحسن النية يشترط في الغير المتعاقد مع الوكيل المزعوم بان يعتقد بوجود وكالة بين الوكيل والموكل. إن المشرع الجزائري لم يشير إلى هذه الحالة وان المبدأ يغني عن إيراد نص خاص وأن هذه الحالة تعد تطبيقا من تطبيقات حسن النية التي اعتمدها المشرع في كل أحكامه المدنية (71).

المطلب الثالث: ما قضت به المادة 575 فقرة ثانية من التقنين المدني الجزائري

وهو ما قضت به المادة السابقة فقرة 2: (لكن يسوغ له أن يتجاوز الحدود اذا تعذر عليه إخطار الموكل سلفا و كانت الظروف يغلب معها الظن بأنه ما كان يسع الموكل إلا الموافقة على هذا التصرف وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يخبر الموكل حالا بتجاوزه حدود الوكالة).

إن الوكيل في هذه الحالة يبقى وكيلا بالرغم من خروجه عن حدود الوكالة، وينصرف بذلك التصرف الذي يبرمه مع الغير إلى الموكل (72).

ولكن يجب توافر الشرطين:

أولاً: إذا اضطر الوكيل لمجاوزة حدود وكالته لتعذر إخبار الأصيل بتجاوزه وكان يعتقد بحسن نية وان الأصيل ما كان إلا ليوافق على تجاوزه لان ينصب في مصلحته، فنفذت آثار العقد في حق الأصيل لكن بشرط أن يخبر موكله بتجاوزه هذا في اقرب وقت.

ثانياً: إذا استحال على الوكيل المبادرة إلى إخطار الموكل بخروجه عن حدود الوكالة فانه يرجع تقدير الاستحالة دائما إلى القاضي الذي له سلطة التقدير (73).

فإذا توافر الشرطان فان التصرف الذي باشره الوكيل والمتجاوز فيه حدود وكالته ينفذ في حق الموكل و يكون للغير الذي تعامل مع الوكيل أن يتمسك أمام الموكل بالتصرف الذي قام به الوكيل سواء كان يعلم بمجاوزة الوكيل لحدود الوكالة أم كان لم يعلم (74). وهذه الحالة تتفق مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أن مخالفة الوكيل اذا كانت إلى خير فإنها تنفذ على الموكل كما رايناه في الفقه الإسلامي (75).

والواضح من نص المادة اننا لسنا أمام وكالة ظاهرة ولا يتعلق الأمر بوكالة ظاهرة، لان الزام الموكل بتصرف وكيله المتجاوز حدود سلطته ليس مرجعه حماية الغير (حسن النية)، ولكن الهدف منه معالجة حالة من حالات الوكالة يصعب معها القول بعدم إلزام الموكل (76).

ونصت على هذه الحالة المادة 933 عراقي صراحة والمادة 703 ف2 مصري ولم يشر إليها المشرع الأردني لكن ذلك يجد تطبيقه في معنى المادة 840 منه ((تثبت للوكيل بمقتضى عقد الوكالة ولاية التصرف فيما يتناوله التوكيل دون أن يتجاوز حدوده إلا فيما هو أكثر نفعاً للموكل)).

يلاحظ أن ما قام به الوكيل هو مجرد تحقيق مصلحة الموكل. وإذا ما شب نزاع بين الطرفين حول ملائمة الخروج عن حدود الوكالة، يرفع الأمر إلى القاضي الذي يملك سلطة تقديرية واسعة في النظر في ملائمة الخروج لمصلحة الموكل أو لا لكن في كل الحالات عليه أن يقوم بإخطار الموكل في اقرب فرصة ممكنة (77).

ان الأصل في التصرف الذي يبرمه الوكيل متجاوزا حدود وكالته لا يلزم الموكل ولا يصبح به دائما أو مدينا للغير الذي تعاقد معه الوكيل، كما لا يجوز للغير أن يطالبه بتنفيذ الالتزامات الناتجة عنه وذلك لانتهاء صفة النيابة . ولا يجوز للغير كذلك أن يلزم الوكيل بشيء لأنه تعاقد بصفته نائبا عن الموكل ولم يقصد أن يلزم نفسه من هذا التصرف (78).

ولكن يكون للغير المتعاقد مع الوكيل أن يطالبه بالتعويض اذا اثبت خطأ الوكيل الذي سبب له إضرارا وفقا لأحكام المسؤولية التقصيرية وهذا الضرر يتمثل في تفويت الصفقة بسبب عدم نفاذ العقد في مواجهة الموكل (79).

خلاصة:

ان القاعدة العامة في الوكالة هو أن يلتزم الوكيل حدود الوكالة، لكنه قد خرج المشرع الجزائري عن هذا الأصل حيث استثنى ثلاث حالات :

— منها حالة نص المادة 575 فقرة ثانية متى كان من المستحيل عليه إخطار الموكل سالفًا وكانت الظروف يغلب معها الظن بان الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف، فاذا توافرت هذه الشروط انصرف اثر تصرف الوكيل إلى الموكل رغم تجاوزه حدود وكالته.

— حالة الوكالة الظاهرة اذا كان الغير الذي تعاقد مع الوكيل الظاهر حسن النية وكان هناك مظهر خارجي منسوبا إلى الموكل يوحي بوجود وكالة. وهو ما قضت به المادة 76 مدني جزائري فإن الآثار المترتبة عن هذه التجاوز تنصرف إلى الموكل اذا كان الغير المتعاقد مع الوكيل الظاهر حسن النية و كان المظهر المنسوب إلى الوكيل يوحي بوجود وكالة .

— حالة حسن نية الغير اي انه يجهل بتجاوز الوكيل حدود سلطته، أي لا يعلم بانعدام الوكالة: فان آثار العقد تسري في حق الأصيل طبقا لمبدأ حماية المتعاقد حسن النية، لأنه لم يعلم بذلك و انه ليس من السهل عليه أن يعلم بتجاوز الوكيل لحدود نيابته و لأنه لو كان يعلم بانعدامها وأقدم مع ذلك على التعاقد مع الوكيل فإن ذلك يعتبر غشا منه يتحمل تبعته(80). إن هذه الحالة تعد حالة من حالات حسن النية التي اعتمدها المشرع الجزائري.

ويبدو أن مبدأ نسبية العقود فقد طابعه المطلق لان المشرع من جهة بنص المواد (575 و 576) و القضاء من جهة أخرى يقرر توسيع حلقة الأشخاص الملزمين إلى ابعد من الذين ابرموا العقد، لاعتبارات عملية و حفاظا على سلامة المعاملات وبالتالي تقديم المصلحة العامة على المصلحة الفردية اذا وجد تعارضا بينها(81).

وفي غير هذه الحالات لا ينصرف اثر التصرف الذي بيرمه الوكيل متجاوزا حدود وكالته إلى الموكل الذي يكون أجنبيا عن التعاقد، ولكن إذا جاوز الوكيل حدود وكالته و لم تتوافر فيه الشروط السابقة سواء كان وكيلا في البيع أو الشراء أو غير ذلك من التصرفات الأخرى، فان العقد يكون في القانون المدني الجزائري والمصري صحيحا بين طرفيه و لكن غير نافذ بحق الأصيل إلا إذا أقره، فالإقرار اللاحق كالوكالة السابقة لا يتطلب عقد جديد بين الموكل و الغير (82)، فيعتبر الوكيل عليها فضوليا فإذا أجاز الموكل التصرف نفذ و يصبح كأنه في حدود الوكالة و يتقيد به الموكل والغير من وقت التعاقد و ليس من وقت الإقرار(83).

وبذلك يمكن القول بأنه عقد موقوف النفاذ لأنه لا يلزم من جهة الوكيل لان إرادته لم تتصرف إلى أن يلزم نفسه به، و من جهة أخرى لا يلزم الموكل لان انتفاء صفة النيابة كونه أجنبيا عن التعاقد، بينما في القانون المدني العراقي طبقا للمادة 944 فقرة 1 ينعقد موقوفا على إجازة الأصل.

الرأي المقترح

يستنتج مما سبق قوله أن التصرف الذي يجاوز فيه الوكيل حدود الوكالة باستثناء الحالات الثلاثة يعتبر موقوفا و ليس قابلا للإبطال، إذ لم يرد به نصا قانونيا كما فعله المشرع في بيع ملك الغير ولأنه لا بطلان إلا بنص كما تقضي القاعدة الفقهية. وأمام غياب نص يحسم حكم تصرف الوكيل في تجاوزه لحدود الوكالة نطبق مبدأ المادة الأولى من القانون المدني الجزائري التي تقضي بالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية حيث لا يوجد نص تشريعي (84).

ونقترح إصدار تشريع ينظم مسألة تجاوز الوكيل حدود وكالته ويطبق عليها نظرية العقد الموقوف المعروفة في الشريعة الإسلامية و التي لا يعرفها الفقه الغربي، تشريع له أهميته تبعا لأهمية عقد الوكالة في وقتنا الحاضر الذي لا تقل فيه أهمية عن عقد البيع و عقد الإيجار وان أصبحت عقود البيع و الإيجار تتم عن طريق النيابة الاتفاقية اي الوكالة.

هوامش البحث

- محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الاسلامي: تاريخه و مصادره و نظريته العامة، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1960، ص 627؛ الامام محمد ابو زهرة، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، 1996، ص 327 جاء فيها: (لقد اجمعت الامة الإسلامية على جواز الوكالة في الجملة، لان الحاجة داعية اليها، فان من الناس من لا يمكنه فعل كل ما يحتاج إليه بنفسه، فاحتاج إلى وكيل يقيمه مقامه).

² - سورة البقرة، أية 286.

³ - محمد شريف عبد الرحمان، دروس في القانون المدني: النظرية العامة للالتزامات، ج1، مصادر الالتزام، ط1، 1991، ص 86؛ عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد و الإرادة المنفردة، دراسة معمقة و مقارنة بالفقه الإسلامي، 1984، ص 218؛ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 1995، ص 84.

⁴ - قد عرفها الدكتور عبد المنعم البدر اوي بما يلي: (الولاية سلطة مقررة للشخص تجعله قادرا على القيام بأعمال قانونية تنفذ في حق الغير فتكسبه حقا أو تحمله بالالتزام) انظر:- عبد المنعم البدر اوي، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، بيروت، 1996، ص 610؛ محمد سراج، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، د ت ن، ص 105.

⁵ - أما الوكالة فهي عقد بين شخصين من مقتضاه إن يقوم احدهما مقام الآخر فيما يملكه من تصرف معلوم؛ الإمام ابو زهرة، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 326. إلا أن هناك أعمالا قليلة لا يجوز فيها الوكالة كالشهادة واليمين؛ الإمام أبو زهرة، الملكية و نظرية العقد، المرجع السابق، ص 327؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، نظرية العقد، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص 208.

وقد عرفتها المادة 571 من القانون المدني الجزائري التي تقضي: (الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخص آخر للقيام بشيء لحساب الموكل و باسمه) و المطابقة للمادة 699 من التقنين المدني المصري.

⁶ - تختلف الوكالة عن الرسالة التي تعتبر مجرد تبليغ شخص كلام آخر لغيره دون أن يكون له دخل في التصرف وبهذا تتميز الوكالة عن الرسالة؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، 1952، ص 191 جاء فيها: (فهي تعبير عن إرادة المرسل لا عن إرادة الرسول نفسه وهذا بخلاف النائب و

الوكيل فكل منهما يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل.) ؛ وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي المعاصر، ج3، دار المكتبي، ص230؛ أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، 1998، ص 26؛ عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد و الإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص241.

⁷⁻ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الأول، العقود الواردة على العمل المقاول و الوكالة و الوديعة و الحراسة، دار التراث العربي بيروت، لبنان، 1964، ص375

⁸⁻ ابن الهمام ، فتح القدير على شرح الهداية لكامل الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام ،ج8، ص 3 ؛ علي الخفيف ، احكام المعاملات الشرعية، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، ط 4، 1952، ص115.

⁹⁻ ابن الهمام، شرح فتح القدير، المرجع السابق، ج8، ص 4 نقلا عن طاهر معتمد خليفة السبيني، نظرية الإجازة و اثرها في العقود و التصرفات في الفقه الاسلامي، جامعة الازهر، 1999 ، ص 72.

¹⁰⁻ الآية 19 من سورة الكهف .

¹⁻ ابن قدامة، المغني لأبي محمد بن عبد الله بن محمد بن قدامة المقدسي على مختصر الخرفي، دار الفكر الأولى، 1984م، ج5، ص 201؛ المحلى لابن حزم للإمام أبي محمد على بن احمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، دار الفكر بيروت، لبنان، ج7، ص91 ورد فيها: (لكن الظاهرية يذهبون إلى عدم جواز الوكالة في الطلاق و العتق و التدبير و لا في عقد ضمان ،لأنه لا يوجد نص على جواز الوكالة في شيء من هذه الوجوه.) نقلا عن خليفة السبيني، نظرية الإجازة، المرجع السابق، ص 73.

¹² -محمد سلام مذكور، المدخل للفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 630.

¹³⁻ احمد فرج حسين ،الملكية و نظرية العقد، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 1999، ص 257.

¹⁴ -الإمام الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين ابى بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الملقب بملك العلماء، دار الفكر ، 1996، ج1، ص6، ص24 جاء فيها: (لو خرج الوكيل عن عادة امثاله لا يلزم الموكل).

¹⁵⁻الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للعلامة شمس الدين محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي ،دار احياء الكتب العربية ،ج3، ص381 جاء فيها: (وتعين على الوكيل في التوكيل المطلق البيع او الشراء نقد البلد و شراؤه لائق بالموكل و تعين ثمن المثل في البيع و الشراء).

¹⁶⁻الإمام الشربيني، معنى المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج ، شرح الشيخ محمد الخطيب الشربيني على متن منهاج الطالبين ، دار الفكر العربي، ج2، ص244 جاء فيها: (الوكيل بالبيع مطلقا ليس له البيع بغير نقد البلد لدلالة القرينة العرفية عليه، فان كان في البلد نقدان لزم البيع باغلبهما، و لا يبيع بنسيئة لان مقتضى الاطلاق الحلول، و لا يبيع بغبن فاحش فان خالفه و باع على هذه الانواع لم يصح على المذهب، وان سلم المبيع ضمن).

¹⁷⁻ ابن قدامة، المغني، المرجع السابق، ج5، ص 226 جاء فيها: (ان الموكل اذا عين للوكيل الشراء او البيع، بنقد معين او حالا لم تجز مخالفته... و ان اطلق لم يبيع الا حالا بنقد البلد و ذلك لان عليه الاحتياط و طلب الحظ لموكله).

¹⁸⁻ الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ج6، ص41؛ عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف، المرجع السابق ، ص 258.

¹⁹⁻ تكملة فتح القدير لابن الهمام، ج7، ص 77 جاء فيها: (اما الوكيل بالشراء فيجوز بما يتغابن الناس في مثله، و لا يجوز بما لا يتغابن الناس بمثله لان التهمة فيه متحققة و تحققها ان الصفقة ربما يشتريها لنفسه فان كانت خاسرة الزمها الموكل و في ذلك تهمة)؛ خليفة السبيني، نظرية الإجازة، المرجع السابق ، ص 74.

²⁰ -الشربيني، معنى المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج ، ج2، ص224 ورد فيها: (فاذا باع على احد هذه الانواع لم يصح على المذهب).

² -ابن قدامة، المغني و الشرح الكبير، المرجع السابق، ج5، ص 255 ورد فيها: (و ليس له ان يبيع بدون ثمن المثل او دون ما قدره له، و لا يشتري باكثر من ثمن المثل، او اكثر مما قدره، فان باع او اشترى باكثر منه، فحكمه حكم من لم يؤذن له في البيع و الشراء).

²²⁻ابن الهمام، شرح فتح القدير، المرجع السابق، ج7، ص83 ورد فيها: (ولهذا لا يملكه الاب والوصي لان المطلق ينصرف الى الكامل).

²³ - ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج6، ص 72؛ علي الخفيف، المرجع السابق، ص 117.

²⁴⁻ النووي ، تكملة المجموع شرح المذهب، لابي زكاريا محي الدين بن شرف النووي الدمشقي، القاهرة، د.ت. ط، ج 11 ، ص 26.

²⁵ - المغنى و الشرح الكبير، ج5، ص 255 ورد فيها: (و الضرر منهى عنه لان الوكيل يطالب بما هو انفع للموكل).

²⁶⁻ المجموع ، تكملة المجموع، ج11، ص 26 ورد فيها: (لان البائع نفسه (الموكل) اذا باع و اطلق حمل على الثمن الحال المثلى، فاذا وكل بالبيع حمل على ذلك ايضا).

- 27- النووي ، تكملة المجموع، الجزء السابق ذكره ، ص 26.
- 28- ابن همام، شرح فتح القدير، ج7، ص 72.
- 29- ابن الهمام، شرح فتح القدير، المرجع السابق، ص73ورد فيها: (سلمنا ان مطلق الامر بتقبيد المتعارف لكن البيع بالغبين الفاحش متعارف ايضا عند شدة الحاجة الى الثمن لتجارة رابحة او لغيرها و فيه لا يبالي بقلة الثمن و كثرته فكان العرف مشتركا فلا يصلح حجة).
- 30- ابن همام، شرح فتح القدير ، المرجع السابق، ص82.
- 31- الكاساني ، بدائع الصنائع، ج6، ص 27 (باعتبار انه مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب فقد وجد المطلق فينصرف الى العرف فهو بيع صحيح لغة).
- 32- الكاساني، بدائع الصنائع، المرجع السابق، ص 24 ورد فيها: (يقول الامام ابو حنيفة اما الوكيل بالشراء فيجوز بما يتغابن الناس في مثله، ولا يجوز بما لا يتغابن الناس بمثله لان التهمة فيه محققة).
- 33- المغنى و الشرح الكبير ، ج5، ص 255 جاء فيها: (و عن احمد رويتان ... ان البيع صحيح دون الشراء ، و يضمن الوكيل النقص لان من صح بيعه بثمن المثل صح بدونه كالمريض فعلى هذه الرواية و يكون البيع صحيحا و على الوكيل ضمان النقص).
- 34- المغنى و الشرح الكبير، ج5، ص 255 ورد فيها: (ان ما قاله ابو حنيفة ينتقص بالشراء) .
- 35- النووي، تكملة المجموع شرح المهذب، ج11، ص 27 ورد فيها: (اذا وكله ببيع شيء و اطلق ،لم يكن له ان يبيعه بغير نقد البلد و بغبين فاحش... و لنا قول ان البيع على هذا الوجه المذكور يصح موقوفا على اجازة الموكل، و هذا القول هو المنقول في بيع الفضولي و الصواب الاول).
- 36- حاشية الدسوقي ، ج3، ص 382 ورد فيها: (و ان خالف نقد البلد التي بها البيع و الشراء، واشترى ما لا يليق او باع او اشترى بغير ثمن المثل ،خير الموكل بين القبول و الرد الا ان يكون ما خالف فيه الوكيل شيء يسير يتغابن الناس بمثله).
- 37- محمد سلام مدكور، المدخل للفقهاء الاسلامي، المرجع السابق، ص637 ؛ عبد الرزاق حسن فرج ، نظرية العقد الموقوف، المرجع السابق، ص 274؛ علي الخفيف، المرجع السابق، ص117/116.
- 38- ابن همام، تكملة فتح القدير ، ج8، ص 57 ؛ الكاساني، بدائع الصنائع ، ج6، ص41؛ ابو عبد الله الخرخشي، شرح الخرخشي على مختصر سيدي خليل للامام ابي عبد الله محمد الخرخشي، ج6، ص 73؛ محمد عوضين المغربي ، نظرية العقد ، المرجع السابق، ص 101.
- 39- السرخسي، المبسوط، لابي بكر محمد بن سهل ابي بكر السرخسي، دار المعرفة ، بيروت ، ج11، ص 56 ورد فيها : (و لو قال بع بالف نسيئة فباع حالا او اكثر من الالف بالنقد فهو جائز لانه حصل مقصود الامر وزاده خير زيادة في قدر المسمى)؛ وقد اورد الكاساني ، بدائع الصنائع، ج6، ص 27 ورد فيها: (وان وكله بان يبيعه بالف درهم نسيئة فباعه حالا نفذ).
- 40- علي مختصر خليل، شرح الخرخشي، دار الفكر، ج6، ص 81 ورد فيها: (و للموكل الخيار عند المخالفة في بيع او شراء، ان يلتزم الوكيل الا اذا زاد في البيع كبيعه بعشرة ما امر ببيعه بخمسة او بعشرة حالة ما امره ببيعه لاجل لانها زيادة او نقص في اشتراء) كاشترى فرسا بعشرين فاشتراها بعشرة فلا خير للموكل فيها لان هذا مما يرغب فيه فكانه له فيه اذن).
- 41- الشرييني، مغنى المحتاج بشرح الفاظ المنهاج ، ج2، ص 229 ورد فيها: (ولو قال اشتر بهذا الدينار شاة بوصفها فاشترى شاتين... فالأظهر الصحة للشراء و حصول الملك فيهما للموكل لان حصل غرضه و زاد خيرا).
- 42- اخرجه البخاري في صحيحه، حديث رقم 3642، ج6، ص 731.
- 43- اخرجه الترمذي في سننه ، حديث رقم 1257.
- 44- الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص 28.
- 45- النووي ، تكملة المجموع ، ج11، ص 51.
- 46- الشرييني، مغنى المحتاج بشرح الفاظ المنهاج، ج2، ص 229 جاء فيها: (ولو قال اشتر بهذا الدينار شاه ووصفها فاشترى به شاتين بالصفة المشروطة فان لم تساوى واحدة ديناراً لم يصح الشراء للموكل و ان ساوته او زادت عليه كل واحدة منهما فالأظهر الصحة).

47- ابن حزم الظاهري، المحلى، ج9، ص 114ورد فيها: (ولا يحل للوكيل تعدي ما امره به موكله ،فان من امره ان يبتاع له شيئاً بئمن مسمى او يبيعه له بئمن مسمى فباعه او ابتاعه- باكثر او باقل ولو بفلس- فما زاد لم يلزم الموكل و لم يكن له البيع اصلا و لم يلزم البيع لانه لم يؤمر بذلك).
48-سورة البقرة الاية رقم 190.

49- ابن حزم، المحلى، ج9، ص 114 ورد فيها: (فوجب من هذا ان ما امره موكله بان يبتاع له شيئاً بئمن مسمى فباعه او ابتاعه باكثر او باقل او بفلس- فما زاد لم يؤمر بذلك).

50- الشريبي، مغنى المحتاج بشرح الفاظ المنهاج، ج2، ص 228 جاء فيها: (لو قال بع هذه بمائة لم يجز ان يبيع باقل منها و لو يسير لانه مخالف للاذن) .

51- ابن قدامة، المغنى و الشرح الكبير، المرجع السابق، ج5، ص 258 ورد فيها: (اذا وكله في شراء شيء فاشترى غيره مثل ان يوكله في شراء عبد فيشتري جارية فان كان الشراء بعين مال الموكل فالشراء باطل في اصح الروايتين).

52- ابن حزم الظاهري، المحلى، ج9، ص 114 ورد فيها: (وكذلك من ابتاع لآخر او باع له بغير ان يامره لم يلزم في البيع اصلا، ولا جاز لالاخر امضاؤه لانه امضاء باطل لايجوز، وكان الشراء لازما للوكيل ما عاد هذا فقول بلا برهان وحكم بالباطل).

53- ابن قدامة، المغنى و الشرح الكبير، ج5، ص 258 جاء فيها: (فان كان اشتراه في ذمته ثم نقد الثمن اذا ثبت ذلك فروى عن احمد روايتان احدهما: الشراء لازم للمشتري لانه اشترى بئمن في ذمته بغير اذنه فكان الشراء له كما لو لم بنو غيره)
54- النووي، تكملة المجموع، ج11، ص 50.

55- الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص 123 جاء فيها: (ان التوكيل بالبيع لا يخلو... فلو وكله بالبيع بالف درهم حاله فباعه بالف نسيئة لم ينفذ بل يتوقف، وان وكله ان يبيع و يشترط الخيار للامر فباعه و لم يشترط الخيار لم ينفذ بل يتوقف).

56- شرح مختصر خليل، ج2، ص 190 جاء فيها: (ولو خالف الوكيل ببيعه بئمن اقر مما سمي له موكله، او اشتراه باكثر مما سمي له فيخير..).

57- ابن قدامة، المغنى و الشرح الكبير، ج5، ص 258 ورد فيها: (...و عن احمد انه يصح و يقف على اجازة المالك فان اجازه صح و الا بطل...).

58- صلاح الدين محمد شوشاري، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني، دار الثقافة سنة 2001، ص59؛ سلامة عبد الفتاح حليبة، أحكام الوضع الظاهر في عقود المعاوضات المالية في الفقه الاسلامي و القانون الوضعي، سنة 2005، دار الجامعة الجديدة للنشر، ص 239 جاء فيها: (حتى اذا تجاوز تلك الحدود أصبح فاقدًا لولايته، و بالتالي فان العمل الذي يجريه الوكيل في هذه الحالة لا يكون ملزما للأصيل).

59- عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الاسلامي، 1969، دار النهضة العربية، ص 262.

60- عيسى محمد عبد القادر المومني، العقد الموقوف في القانون المدني الاردني كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، مصر، ص 212.

61- وهي مطابقة للمادة 105 مدني مصري و للمادة 57 مدني كويتي.

62- سلامة عبد الفتاح حليبة، أحكام الوضع الظاهر في عقود المعاوضات المالية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2005، ص238.

Francois Collart dutilleul, Philipe Delebecque; Contrats civils et commerciaux, 3ed. Dalloz, p513

63- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج7، المرجع السابق، ص451.

64- قرار رقم 59293 بتاريخ 1990/06/27 من محكمة النقض الجزائرية: (من المقرر قانونا أن النائب اذا ابرم في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل، فان ما ينشأ من حقوق و التزامات يضاف إلى الأصيل و من ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون و إما كان ثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا بإبطال عقد البيع بالرغم من كون المدعى عليه في الطعن ارتكب خطأ قانونيا عندما قضى الوكيلين دون الأصيل يكونوا بقضائهم كما فعلوا اخطئوا في سير الإجراءات الجوهرية وفي تطبيق القانون و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون).

- 65- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ج7، ص 454 و ما بعدها؛ عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف، المرجع السابق، ص 277 ؛ محمد سعيد جعفرور و فاطمة اسعد، التصرف الدائر بين النفع و الضرر في القانون المدني الجزائري، دار هومة، 2002، ص78 .
- 66- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج7، المرجع السابق، ص592.
- 67- شوقي محمد صالح ، نظرية الظاهر في القانون المدني ،رسالة دكتوراه، جامعة حلوان، دار الفكر 2002، ص 14؛ سلامة عبد الفتاح حليبة ، أحكام الوضع الظاهر، المرجع السابق، جاء في ص275 : (الوكيل الظاهر هو من يبرم التصرف باسم شخص آخر مع انصراف آثاره لحساب و مصلحة هذا الأخير ليس استنادا إلى وكالة بينه و بين صاحب الشأن و إنما إلى شبهة الوكالة بينهما)؛ عبد المنعم البدر اوي، النظرية العامة للالتزامت ،ج1، مصادر الالتزام، 1978، ص109.
- 68- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط، ج7، المرجع السابق، ص602 francois collart dutilleul,philippe delecque,contrats civils et commerciaux,dalloz,3° ed,p515 :(il reste que l apparence doit etre prouvee par celui qui l invoque et que la notion est sous le contrôle de la cour de cassation).
- 69-عدنان السرحان و نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، الالتزامات-مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، الاردن،2000، ط1، ص83؛ عبد المنعم البدر اوي النظرية العامة للالتزامت، ج1، مصادر الالتزام، ص111
- 70- جمال مرسى بدر، النيابة في التصرفات القانونية، طبيعتها و احكامها و تنازع القوانين فيها، سنة 1970، ص246 .
- 71- احمد شوقي عبد رحمان ، مدى سلطة الموكل في إنهاء عقد الوكالة بارادته المنفردة، دار الفكر العربي ،سنة1981، ص 19؛ و نفس الحكم في القانون المدني المصري و الأردني. و المادة 107ف1من التقنين المدني جزائري تنص على: (يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية).
- 72- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط، ج7، المرجع السابق، ص 454 و ما بعدها.
- 73- عبد الرزاق حسن فرج ، نظرية العقد الموقوف، المرجع السابق ، ص 279 ؛عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق ، ج4 ، ص 175، و قد نصت المادة 780 من قانون الموجبات و العقود اللبناني على هذا الحكم وجاء فيها: (اذا تمكن الوكيل من القيام بالعمل الموكول إليه على شروط اكثر فائدة و جدوى من الشروط المعينة في الوكالة فان الفرق يعود إلى الموكل) و يكون المشرع اللبناني قد ذهب إلى ابعاد من ذلك فاجاز للوكيل التعاقد بشروط اقل اذا كان الفرق قليل أو كان مما ينساح فيه.
- 74- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج7، المرجع السابق، ص 456.
- 75- ما تناولناه في الفرع الاول للمطلب الاول من المبحث الاول، ص8.
- 76- نعمان محمد خليل جمعة ، أركان الظاهر كمصدر للحق، سنة 1977، ص 70 جاء فيها:(فالامر هنا يتعلق بامتداد قانوني للوكالة خارج حدودها لمظنة أن هذا الخروج يرضى عنه الموكل لو علم سلفا بظروف التصرف، لان الغرض أن التصرف يحقق مصلحة مؤكدة للموكل، أو أن ظروفه أفضل من تلك التي تصورها و قبلها عند تحديده لسلطات وكيله).
- 77- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط، ج7، المرجع السابق، ص456.
- 78- عبد الباسط محمد جمعي، الوكالة الظاهرة ، ص 298 جاء فيها: (إذا كان السلطان الذي يزود به الأصيل وكيله محدودا في نطاقه الزمني فانه محدود كذلك من حيث هدفه و موضعه فالوكيل الذي يعمل باسم موكله فيما وراء حدود الوكالة أو على خلاف أغراضها شأنه تماما كشأن من يتعامل بمقتضى وكالة منقضية فكل منهما يكون بهذه المناسبة عاملا في خارج مدار الوكالة أو نطاقها و من هنا فانه يكون متجردا من ولايته و سلطانه).
- 79- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، نظرية الالتزام(1) العقد والإرادة المنفردة ،ط1، سنة1995، ص147؛ جمال مرسي بدر، النيابة في التصرفات القانونية، 1954، مطابع البصير بالإسكندرية، مصر، ص173؛ نعمان خليل جمعة، أركان الظاهر، المرجع السابق، ص 69.
- 80- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج7، المرجع السابق، ص 606.
- 81- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج4، ص 189 .
- 82- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني ، ج2، المجلد الاول ، ص 233؛
- احمد شوقي عبد رحمان ، مدى سلطة الوكيل في إنهاء عقد الوكالة بارادته المنفردة، المرجع السابق ، ص 45.
- 83- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج1، المرجع السابق، ص 198 و أيضا نظرية العقد، ج4، ص 216.
- عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف، المرجع السابق، ص 277.

84- سعيد جعفرور و اسعد فاطمة ،التصرف الدائر بين النفع و الضرر، المرجع السابق، ص 78 هامش (إن التصرف الذي قام به الوكيل خارج الحدود المرسومة لوكالته لا يعد قابلاً للإبطال ،اذ لم يرد نص في هذا الخصوص ،كما ورد في بيع ملك الغير ، اذ لا وجود لما يمنع من القول بالوقف لعدم وجود نص يحسم حكم تصرف الوكيل اذا تجاوز حدود الوكالة و هذا طبقاً لاحكام المادة الاولى من التقنين المدني الجزائري التي تقضي بالرجوع الى مبادئ الشريعة الاسلامية حيث لا يوجد نص تشريعي).

دور القاضي الإداري في إرساء مبدأ العدل في التعويض عن نزع الملكية

بوزاد إدريس

أستاذ مساعد - كلية الحقوق

جامعة عبد الرحمان ميرة - بجاية

مقدمة:

إذا كان معروفا ومسلما به أن المصلحة العامة والمصلحة الخاصة لا تتوازيان في مجال الروابط القانونية التي تنشأ بين الإدارة والأفراد على أساس أن حق الجماعة دائما مقدما على حق الفرد، فإن ذلك كان لا بد أن تعلق المصلحة العامة في مثل هذا الأمر الذي يتعلق أساسا بتحقيق منفعة عامة وتتحول المصلحة الفردية إلى تعويض إن كان له أساس من القانون.

ويعد إجراء نزع الملكية للمنفعة العامة إجراء استثنائيا لما يشكله من خطورة على حق الملكية الفردية، ودرجة هذه الخطورة دفعت بعض الدول كفرنسا إلى إسناد صلاحية تقدير قيمة التعويض وإقرار نزع الملكية إلى قاض مختص تابع للقضاء العادي⁽¹⁾، بينما في الجزائر لا يتدخل القاضي تلقائيا في عملية نزع الملكية، بل يتطلب ذلك تحريك خصومة قضائية من طرف إحدى أطراف عملية نزع الملكية، وهذا إما لعدم قانونية الإجراءات المتبعة لنزع الملكية أو وجود منازعة حول مبلغ التعويض المقترح من طرف الإدارة⁽²⁾.

وإذا كان المنزوعة ملكيته يتخلى عن ملكه جبرا عنه لصالح الإدارة النازعة الممثلة للدولة، فتبقى مسألة تعويضه تعويضا عادلا هو الحل الشافي لهذا الأمر الجسيم، وفي الأنظمة المعاصرة يعتبر نص الدساتير على مبدأ التعويض العادل عن نزع الملكية من أهم الضمانات الجدية الممنوحة للأفراد في مواجهة الصلاحيات الواسعة المخولة للسلطة العامة، ويقوم القاضي الإداري بدور قيادي في تجسيد هذا المبدأ المقرر دستوريا من أجل تحقيق الموازنة بين حق الملكية والمنفعة العامة وبذلك تنقوى أسس دولة القانون.

بشكل عام، فإن أهمية دراسة هذا الموضوع تكمن في إبراز واقعا قائما لا يخفى على أحد وهو أن مبلغ التعويض المحكوم به للمالك مقابل نزع ملكيته غالبا ما يكون مبلغا زهيدا لا يغطي كامل الأضرار اللاحقة بالمنزوع ملكيته، ولعل من بين أهم الأسباب التي حالت دون تقدير عادل ومنصف لمبلغ التعويض هو فكرة العدل في حد ذاتها، باعتباره مفهوما يبقى مجاله واسعا وغامضا ويصعب على القاضي التحكم فيه.

وأمام ما تثيره هذه المسألة من إشكالات ارتأينا لدراستها من خلال البحث من جهة في فكرة العدل كأساس للتعويض عن نزع الملكية ومن جهة أخرى سنحاول إبراز دور القاضي الإداري في تجسيد هذا المبدأ في الواقع العملي.

أولا _ العدل هو أساس التعويض عن نزع الملكية:

إن الحق في التعويض العادل مقابل نزع الملكية ضماناً مقررته وثابتة في جميع قوانين الدول ولا تكاد تخلو منها النصوص الدستورية، ويستمد مبدأ التعويض العادل أساسه وقيمه القانونية من الدستور والقوانين المنظمة لعملية نزع الملكية، تبعاً لذلك فإن المرجعية في حسم هذه المسألة تكون بالرجوع إلى البحث عن موقف الدساتير والقوانين الجزائرية من مبدأ العدل كأساس للتعويض عن نزع الملكية.

1_ موقف الدساتير الجزائرية من مبدأ التعويض العادل:

صدر الدستور الجزائري لسنة 1976 ونص في المادة 17 منه على أنه " لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون، ويترتب عنه أداء تعويض عادل ومنصف "، وبذلك يكون أول دستور في ظل توجه سياسي اشتراكي في الجزائر، حرص على صيانة الملكية الخاصة باعتبارها مصدر من مصادر الثروة القومية التي يجب تنميتها والحفاظ عليها لتؤدي وظيفتها الاجتماعية في خدمة الاقتصاد الوطني، وبالتالي أكد على صفة العدل في التعويض وجعله شرطاً لنزع الملكية لا يجوز أن يتم بدونه، وعلى الرغم من عدم اعترافه الصريح بالملكية الخاصة، إلا أنه أقر بمبدأ العدل حتى يقوم على أساسه التعويض⁽³⁾، وقد ظهر أيضاً هذا الاتجاه في المادة 25 من الأمر رقم 48/76 الملغى والمتعلق بقواعد نزع الملكية للمنفعة العمومية، التي أوجبت أن يكون مبلغ التعويضات الناشئ عن عملية الاستملاك عادلاً ومحددًا بإنصاف استناداً إلى قيمة الأملاك الحقيقية⁽⁴⁾.

وفي ظل التوجه الاقتصادي الجديد للدولة الجزائرية القائم على المبادرة الحرة الذي اعتمده الجزائر وكرسته في دستورها الصادر في سنة 1989، هذا النظام الليبرالي ترافق على الصعيد القانوني الاعتراف صراحة بالملكية الخاصة، إذ أن التوجه العام كان يقتضي حماية الملكية الخاصة من كافة مظاهر النظام الاقتصادي الجديد وأمام هذا الواقع وحرصاً على حماية الملكية الخاصة، أعاد المؤسس الدستوري نفس صياغة المادة 17 من دستور 1976 المذكورة أعلاه وأبقى على صفة العدل شرطاً لازماً للتعويض عند أي نزع للملكية من أجل المنفعة العمومية، مع إضافة شرط ثالث يتمثل في نصه صراحة على قاعدة الدفع المسبق والقبلي لمبلغ التعويض عملاً بالمادة 20 منه، ولا شك أن هذه القاعدة جاءت من جهة أخرى تطبيقاً لتوجه سياسي جديد يكرس الملكية الفردية ويصونها⁽⁵⁾.

في هذا السياق، جاء التعديل الدستوري لسنة 1996 ليكرس من جديد مبدأ العدل كضمانة أساسية في تقدير مبلغ التعويض المستحق للمالك مقابل نزع ملكيته، حيث جاءت صياغة المادة 20 منه نقلاً حرفياً للمادة 20 من دستور سنة 1989، في حين أعاد من تغيير ترتيب ضمان الملكية الخاصة من المادة 49 في دستور 1989 إلى المادة 52 من الدستور الحالي، وتشكل هذه المواد تكريساً لمبدأ أساسي في مجال نزع الملكية ألا وهو مبدأ العدل في التعويض، وكل نزع يتم دون مراعاة هذا المبدأ يكون منطوياً على اعتداء على الملكية ومن ثم اعتداء على المادة 52 من الدستور التي تنص على أن "الملكية الخاصة مضمونة".

من هنا فإن الدساتير الجزائرية منذ صدور دستور سنة 1976 إلى غاية دستور 1996 المعدل والمتمم، قد أقرت مبدأ العدل شرطا لنزع الملكية حتى يقوم على أساسه التعويض ولا يوجد مبرر للعدول عنه سوى القول باستقرار المبدأ في الدساتير المتعاقبة وفي نفوس المنزوع منهم ملكيتهم.

2_ موقف القوانين من مبدأ التعويض العادل:

تطبيقا لهذه الضمانات الدستورية وتوافقا مع ما قرره المؤسس الدستوري، يسعى المشرع إلى وضع جملة من الضوابط القانونية التي تؤمن الحماية اللازمة للملكية وتضمن حقوق المالك لاسيما حقه في التعويض العادل، وأفضل تعبير لهذه الضوابط نجده في نصوص القانون المدني باعتباره الشريعة العامة وذلك في مادته 677 التي تنص على أنه " لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته إلا في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون، غير أن للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها، أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف وعادل".

كذلك المادة 72 من القانون رقم 25/90 المتعلق بالتوجيه العقاري التي جاءت تطبيقا لهذا المبدأ الدستوري ونصت على أن " يترتب على نزع الملكية للمنفعة العامة تعويض قبلي عادل ومنصف تطبيقا للمادة 20 من الدستور...".

ونصت المادة الأولى من القانون رقم 11/91 المتعلق بقواعد نزع الملكية للمنفعة العامة على أنه " عملا بالمادة 20 من الدستور ، يحدد هذا القانون نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، وشروط تنفيذه والإجراءات المتعلقة به، وكيفية التعويض القبلي العادل والمنصف⁽⁶⁾.

وقد تم النص أيضا على هذا المبدأ في إطار أحكام المرسوم التنفيذي رقم 186/93 المتعلق بكيفية تطبيق قانون 11/91 المتعلق بقواعد نزع الملكية للمنفعة العامة المذكور أعلاه في مادته 32، التي أوجبت أن يكون مبلغ التعويضات عادلا ومنصفا يغطي كامل الضرر الناشئ عن نزع الملكية⁽⁷⁾.

بالتالي يظهر جليا أن هذه النصوص القانونية وردت متوافقة مع الدستور وما هي إلا تطبيق مباشر للمادة 20 منه والمادة 677 من القانون المدني، وتم إقرار هذا المبدأ بهدف تحقيق الموازنة بين مقتضيات المصلحة العامة وضرورة حماية الملكية الفردية على أن لا يحرم أحد من ملكه إلا مقابل تعويض عادل ومنصف⁽⁸⁾ ، ويعتبر هذا المعيار الذي وضعه القانون معيارا عادلا، لأنه إذا اقتضت المصلحة العامة حرمان المنزوع ملكيته من ملكه، فينبغي أن تكون عملية النزع مقابل تعويض فوري عادل يقرره أهل الخبرة بما لا يقل عن المثل.

ثانيا_ دور القاضي الإداري في تجسيد مبدأ العدل في التعويض عن نزع الملكية:

إذا كان العدل هو أساس التعويض عن نزع الملكية، فما دور القاضي الإداري في تجسيد هذا المبدأ واقعا؟، ليست المسألة في مستوى السهولة للإجابة عن هذا التساؤل، لأن رغم محاولة الفقه توضيح فكرة العدل والإنصاف إلا أن المبدأ يبقى مدلوله غامضا نظرا لطابعه الفلسفي ومن ثم كان

ضروريا أن نتساءل عن مفهوم العدل، باعتباره مفهوما عاما ومدى قدرة القاضي على التحكم في هذا المبدأ؟.

1_ مفهوم العدل والإنصاف في التعويض مفهوم عام:

إن المقصود بمفهوم التعويض الذي نحن بصدد مناقشته هنا هو المقابل المالي نقدا كان أم عينا الذي تلزم جهة الإدارة بدفعه للمالك المنزوعة منه ملكيته، وفقا لقرار نزع الملكية للمنفعة العامة الذي يعد المصدر الأساسي للإلزام به، ويرى جانب من الفقه أن مبلغ التعويض المستحق للمالك يجب أن يغطي كل الأضرار التي أصابت المنزوع ملكيته وذلك على أساس ما سيلحق به من خسارة وما يفوته من ربح.

بينما يرى جانب آخر من الفقه، أن التعويض العادل لا يقصد به أن يكون كاملا وشاملا لجميع الأضرار الناشئة عن نزع الملكية وإنما يراعي فيه ظروف الطرفين ومدى الاستفادة من العقار، ويبدو هذا الرأي منسجما مع موقف المشرع الجزائري، حيث كرس هذه القاعدة في أحكام القانون المتضمن قواعد نزع الملكية تحت رقم 11/91 خاصة المادة 21 منه وتبعه المرسوم التطبيقي رقم 186/93 في هذا التكريس ضمن أحكام المادة 32 منه وأوردها مقرونة بها دستوره، فيما تكاد تجمع دساتير العالم على إيراد كلمة التعويض مقترنة بوصف "عادل" أو "منصف"، "وفقا للقانون" أو "طبقا للقانون".

إن العدل في التعويض برأينا لا يمكن أن يتم إلا إذا كان كاملا، بأن يشمل الأضرار التي أصابت المالك بسبب نزع ملكيته ودفع القيمة الحقيقية للعقار وقت تقرير هذا النزع مضافا إليها القيمة التقديرية لمقدار الضرر الذي قد تسببه الإدارة من جراء أي تصرف غير مشروع، كما تقتضي فكرة العدل والإنصاف أن يتم دفع قيمة التعويض نقدية أو عينية لمالك العقار على وجه السرعة في الوقت وأثناء السير في الإجراءات وبدون ذلك فإن نزع الملكية لن يكون جائزا.

ويعتبر مبدأ التعويض العادل مبدأ نسبي يأخذ مفهوما مغايرا لما هو عليه في مختلف بلاد العالم، لأن مدى الالتزام بذلك وتطبيقه على الواقع محكوم بعدة عوامل منها درجة النمو الاقتصادي في الدولة وإمكاناتها المالية، فالتعويض في الكويت مثلا لا يراعى فيه قيمة العقار أو مقدار ما لحق صاحبه من ضرر بسبب نزع ملكيته فحسب، وإنما يتعدى التعويض ليشمل مساعدة المنزوع ملكيته على تمكينه من الحصول على عقار مماثل يتناسب وتقدم البلاد العمراني⁽⁹⁾.

في حين نجد دولا أخرى تتصف بضعف إمكاناتها المالية كاليمن مثلا، التي تلجأ إلى أساليب أخرى لتعويض ملاك العقارات المنزوعة ملكيتها، منها منح قطع أراضي بديلة عن الأرض التي تم نزع ملكيتها، كما قرر القانون الأردني اقتطاع ربيع من الأرض المراد نزعها مجانا في حالة محددة هي الاستملاك لفتح أو توسيع طريق أو لإنشاء مشروع إسكاني حكومي⁽¹⁰⁾، أما القانون المصري فيقرر مبدأ الاقتطاع المجاني للأرض ولكن ليس في حالة نزع الملكية وإنما في حالة التنظيم أو التخطيط⁽¹¹⁾، يؤخذ على هذا التنظيم أنه فيه تحايل على الضمانات المقررة لحق الملكية، فما لا يمكن تحقيقه بنزع الملكية أي (الربيع المجاني) تستطيع الإدارة الحصول عليه بسهولة من خلال قانون التخطيط الحضري.

2_ مدى قدرة القاضي الإداري على التحكم في مفهوم التعويض العادل:

لعل السؤال الذي يثير اهتمامنا بصدده هذه المسألة هو هل فعلا للقاضي الإداري دور في تجسيد ما كرسه الدساتير والقوانين المتعلقة بنزع الملكية على حد سواء كما سبق بيانه آنفا وذلك من أجل حماية مبدأ العدل والإنصاف في التعويض، أم أن هذه النصوص لم توضع إلا لمجرد أن تكون قيم مثالية ولا تعدو أكثر من كونها نصوصا قانونية نقشت بحبر على ورق وليس لها أي تطبيق على الواقع العملي؟.

رغم محاولة الفقه توضيح مفهوم العدل والإنصاف إلا أنه يبقى مفهوما عاما، لأن في غياب مقياس يستدل به القاضي لتحديد هذا المفهوم، فإنه يتطلب منه الاستناد إلى مبادئ العدل العامة وبالتالي إدخال اعتبارات ذاتية لتعويض المالك المنزوع منه ملكيته، مما يجعل دوره في تقدير التعويض وتسوية النزاعات الدائرة حوله يختلف من قضية لأخرى ومن قاض لآخر، فما يراه مثلا قضاة الدرجة الأولى عادلا ومنصفا لا يراه كذلك قضاة مجلس الدولة، بحيث قام مثلا قضاة مجلس الدولة وفي عدة مرات بتعديل التعويض المحكوم به من طرف قضاة الدرجة الأولى سواء برفع مبلغ التعويض أو خفضه، ويجدون سندهم لاتجاههم هذا في المادة 21 من القانون رقم 11/91 السالف الذكر⁽¹²⁾.

من هذا المنطلق يملك القاضي الإداري سلطة تقديرية واسعة في تقدير التعويض عن نزع الملكية متى طلب منه التدخل ولا يتقيد بالتعويض المقترح من جهة الإدارة⁽¹³⁾، كما له أن يلجأ إلى أي إجراء تحقيق يراه مناسباً للإجابة على المسائل الفنية المتصلة بالنزاع.

لكن هذه الحالة الخاصة القائمة أساسا على غياب مفهوم واضح لمبدأ العدل والإنصاف وعدم تخصص القضاة في المادة العقارية وكذا عدم إلمامهم بالمسائل التقنية لتقييم الأملاك العقارية، أدى ذلك إلى عدم تحكم القضاة في مبدأ العدل والإنصاف وهو ما يستدعي بالتالي من القاضي الاستعانة بأهل الخبرة قصد تقييم عادل ومنصف لمبلغ التعويض.

وإذا كان بإمكان القاضي الاستعانة بأهل الخبرة لتحديد التعويض عن نزع الملكية، إلا أنه برأينا لا يحقق في كل الحالات العدل والإنصاف، لأن الخبير يفتقر هو الآخر إلى التكوين في المجال القانوني، من ثم وحتى يتحقق مبدأ العدل في التعويض ينبغي برأينا على المشرع أن يعيد النظر في تكوين القاضي الإداري بجعله يتلقى تكوينا متخصصا في المادة العقارية لاسيما المسائل التقنية المتعلقة بكفيات تقييم العقارات.

خاتمة:

نخلص مما تقدم إلى أن رغم ما يتمتع به القاضي الإداري من سلطات واسعة في مجال تقدير التعويض عن نزع الملكية، إلا أن دوره يبقى محدودا وغير فعال في هذا المجال، نتيجة لشعور القاضي الإداري في الجزائر بالتبعية الشديدة لجهاز الإدارة، وهو ما يلاحظ من خلال غياب الإرادة لدى القضاة في تجسيد مبدأ التعويض العادل والمنصف، إلا أن هذا الدور سيكون أفضل بكثير فيما لو تجرأ القاضي ومارس صلاحياته المخولة له دستوريا بصفته ضامنا للحقوق الأساسية للمواطن لاسيما عندما يتعلق الأمر

بحق الملكية المقرر دستوريا، وذلك بأن يراعي الموازنة بين حق الملكية من جهة ومقتضيات المنفعة العامة من جهة أخرى، ولا يتأتى له ذلك حسب رأينا إلا إذا كان متخصصا ودارسا لعلم الإدارة وخصوصيتها، ولم إماما واسعا بالمادة العقارية وبالمسائل التقنية التي على أساسها يتم تقدير التعويض عن نزع الملكية تقديرا عادلا ومنصفا.

الهوامش:

- 1- يسمى في فرنسا بقاضي النزاع وهو تابع لجهة القضاء العادي، تلقى تكوين في المادة العقارية وخوله القانون صلاحيات واسعة منها، تحديد مبلغ التعويض وإصدار قرار نزع الملكية.
- 2 - Kadi- Hanifi Mokhtaria, le Contrôle du Juge en matière d'Expropriation, Revue conseil d'Etat n°5_2004,page 38.
- 3- أما دستور 1963 قد جاء خاليا من أية أحكام خاصة بالملكية الخاصة ولا بنزع الملكية للمنفعة العامة.
- 4 - أمر رقم 48/76 الصادر بتاريخ 25 مايو 1976، يتعلق بقواعد نزع الملكية للمنفعة العمومية الصادر تطبيقا لنص المادة 17 من دستور سنة 1976 المذكورة أعلاه، وملغى بقانون رقم 11/91 الصادر بتاريخ 27 أبريل 1991 الساري المفعول إلى يومنا هذا.
- 5 - المادة 49 من دستور 1989 التي نصت على أن "الملكية الخاصة مضمونة"
- 6 - خلافا للأمر رقم 48/76 الملغى الذي لم يتضمن أية إشارة إلى مبدأ التعويض العادل والمنصف عن نزع الملكية
- 7 - أنظر المادة 32 من المرسوم التنفيذي رقم 186/93 الصادر بتاريخ 27 يوليو 1993 يحدد كيفية تطبيق القانون رقم 11/91 الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية.
- 8 - الملاحظ أن النص يتفق مع دستور سنة 1976 رغم أنه لم يصدر مترامنا معه، باعتبار أن القانون المدني هو أسبق في الصدور من دستور سنة 1976.
- 9 - ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1994، ص 632 و 633.
- 10 - المواد 11 و 12 فقرة أ و ب من قانون الاستملاك الأردني.
- 11 - المادة 13 من قانون التخطيط العمراني المصري رقم 3 لسنة 1982.
- 12 - قام مثلا قضاة مجلس الدولة برفع التعويض المحكوم به في القرار رقم 184072 الصادر بتاريخ 2000/07/17، الغرفة الثالثة، وفي مناسبة أخرى قام بتخفيضه في القرار رقم 006652 الصادر بتاريخ 2003/04/15، الغرفة الثانية، كما قضى وفي مرات عديدة بأن التعويض المقترح من طرف الإدارة عادلا ومنصفا وذلك في القرار رقم 23953 الصادر بتاريخ 2006/4/19، الغرفة الثانية (قرارات غير منشورة).
- 13- أوكل المشرع الجزائري مسألة تقدير التعويض عن نزع الملكية لهيئة إدارية تتمثل في إدارة أملاك الدولة، وذلك بعد أن يرسل لها الوالي ملفا إداريا يشتمل على قرار التصريح بالمنفعة العمومية والتصميم الجزئي وكذا قائمة المنزوعة ملكيتهم وأصحاب الحقوق العينية، وتعتبر مصلحة الأملاك الوطنية في الجزائر هيئة إدارية محضة ويمنح اختصاص تشكيل لجنة تقدير التعويض إلى جهات إدارية تنفيذية (وزارة المالية) تتكون من موظفين إداريين ليس لها صبغة قضائية.

رقابة البرلمان على الحكومة بألية التحقيق البرلماني

الأستاذ: ذبيح ميلود

أستاذ بكلية الحقوق - جامعة المسيلة

إذا كانت الأسئلة محدودة الأطراف وتثار طلبا للمعلومات أو للحث على اتخاذ إجراء معين، وتتسم بتنوعها وكثرة توظيفها، ومحدودية أثرها، فإن التحقيق البرلماني يختلف عن السؤال في تعدد أطرافه، وطول مدة إجرائية، وفي نطاقه، وفي الآثار التي يربتها، فقد لا يحقق السؤال رغبة أعضاء البرلمان في الاستنارة والوقوف على الحقيقة، مما يضطرهم إلى اللجوء إلى التحقيق البرلماني وهو الموضوع الذي سأتناوله ضمن هذه المطالب:

المطلب الأول: تعريف التحقيق البرلماني وغاياته وتمييزه:

يقصد بالتحقيق اللجوء إلى مجموعة من الوسائل والإجراءات المقررة قانونا للوصول إلى كشف حقيقة الموضوع محل التحقيق وإظهارها، ويكون التحقيق برلمانيا إذا جسد رغبة السلطة التشريعية في التحري والتقصي والاطلاع على معلومات تتعلق بالسلطة التنفيذية، وهو من الحقوق الأصلية للبرلمان بإجماع الفقهاء، حتى ولو لم تنص عليه القوانين والدساتير⁽¹⁾، ولا يقتصر على النظم البرلمانية والمختلطة بل يمتد حتى إلى النظم الرئاسية.

وهذا الحق قديم عرفته إنجلترا في عهد الملك إدوارد الثاني، إذ تشكلت هناك أول لجنة تحقيق سنة 1689 للتحقيق في مسألة سوء إدارة الحرب مع أيرلندا⁽²⁾، ولم يظهر في فرنسا إلا عام 1828 للتحري في المخالفات الاقتصادية للحكومة⁽³⁾، ولمعرفة الجوانب المتعلقة بالتحقيق سأعرض ضمن هذه الفروع تعريفا للتحقيق وأبرز غاياته وما يميزه عن غيره كالتالي:

الفرع الأول: تعريف التحقيق البرلماني

عرف الفقهاء التحقيق بأنه وسيلة لرقابة البرلمان على الحكومة، تمارسها لجنة منه تستظهر بنفسها ما قد يهم البرلمان من حقائق في موضوع يدخل في اختصاصه بتوظيف كامل صلاحياتها وتنتهي العملية بتقرير ترفعه إلى البرلمان لاتخاذ قراره النهائي⁽⁴⁾.

ويترتب على هذا التعريف ما يلي:

1- أن البرلمان لا يستطيع أن يكشف بالوسائل الأخرى العيوب والاختلالات في جهاز الحكومة، كما لا يمكنه معرفة عيوبه ومساوئه إلا باللجوء إلى التحقيق البرلماني الذي يكشفها ويقرر الإجراء المناسب لوضع حد لها أو لمعالجتها.

2- أن اللجان تتشكل من أعضاء البرلمان، ولا يجوز أن ينتسب إلى تشكيلتها أحد من خارجه .

3- أن البرلمان لا يمكنه أن يسند التحقيق إلى لجان من الحكومة لئلا تكون خصما وحكما في نفس

الوقت⁽⁵⁾.

4-أن اللجان لا تحقق إلا في مواضيع من اختصاصها، ولا تمتد إلى اختصاص هيئات أو سلطات أخرى كالسلطة القضائية.

5-أن الباحث على التحقيق هو استجلاء الحقائق وفحص الوقائع واقتراح القرارات أو الحلول ضمن تقرير تعده لذلك، على أن توظف لأجل ذلك كل السلطات والصلاحيات المخولة لها.

الفرع الثاني: غايات التحقيق

لا يتقرر إجراء التحقيق إلا لأهداف وغايات تتفق عليها أغلبية النظم ومن هذه الغايات:

- 1- يتحرك التحقيق البرلماني للكشف عن المخالفات السياسية للجهاز التنفيذي، والذي قد ينتهي بإثارة المسؤولية السياسية أو لمعالجة الضرر وإصلاحه، أو بالعمل على تقادي هذا الضرر.
- 2- إذا شكك أعضاء البرلمان بصحة البيانات والمعلومات المقدمة بمناسبة الإجابة عن الأسئلة، أو لدى مناقشتهم موضوعا عاما.
- 3- يستهدف التحقيق التحري والتقصي في خلل في أداء الجهاز الحكومي، أو لدى حدوث فضائح سياسية أو مالية.
- 4- الاستتارة والاسترشاد قبل سن تشريع معين، فيتم الاستقصاء في جوانب الموضوع محل التشريع باستبيان الحقيقة واستخلاص نقاط الضعف⁽⁶⁾ فيكون سن القوانين مبنى على بحث ودراسة موضوعية.
- 5- البحث العملي في الوقائع التي تكون أساسا لتحريك المسؤولية السياسية.
- 6- لتكون قرارات المجلس مبررة يبحث التحقيق في المسائل التي تمس المصلحة العامة بكشف عناصرها المادية والمعنوية.

الفرع الثالث: تمييز التحقيق البرلماني عن غيره:

يتميز التحقيق البرلماني عن التحقيق القضائي والإداري في كون الأول يستهدف الأعمال التنفيذية للحكومة ذات الطابع السياسي والإداري، فموضوعاته سياسية يقف عندها ولا يتجاوزها، وينتهي بتقرير المسؤولية السياسية أو انتقائها، ويتم إجراؤه للتحقق من وجود تجاوز ما أو عدم وجوده، وعلى أساسه يثير مسؤولية الوزير أو الحكومة، فهو لا يحقق في جرائم القطاع العام المعاقب عليها في قانون العقوبات، لأن هذا يعد تدخلا في أعمال السلطة القضائية وخرقا لمبدأ الفصل بين السلطات .

أما التحقيق القضائي فهذه التتبع والتقيب عن الأدلة المؤكدة للجريمة المرتكبة، وجمع الأدلة وتقدير فيما إذا كانت كافية لإحالة المتهم إلى المحاكمة، وينتهي بالاستمرار في نظر الدعوى أو انقضائها أو انتقائها .

بينما يلجأ إلى التحقيق الإداري باستجواب الموظف الإداري بشأن اتهام معين بعبارات صريحة، وبإتاحة الفرصة لهذا الأخير لإبداء دفوعه⁽⁷⁾، وينتهي بتحميله المسؤولية الإدارية أو انتقائها، ولا يتم التحقيق إلا استنادا إلى وجود مخالفة محققة مقترنة بأدلة دامغة .

وهناك من الفقهاء من فرق بين أنواع من التحقيق البرلماني الذي ينقسم إلى التحقيق السياسي ، والتشريعي، والانتخاب⁽⁸⁾ ، رغم أن الجهة التي تجريه هي واحدة ، والفصل بين هذه الأنواع صعب في كثير من الأحيان عندما تتشابه المواضيع، وافتقاد المعيار المناسب لتمييز هذه الأنواع عن بعضها .

المطلب الثاني : لجان التحقيق وسلطاتها ونطاق عملها :

يقوم بإجراء التحقيق لجان من البرلمان يشكلها بنفسه ، وتحدد اختصاصاتها وسلطاتها طبقا للقانون ، فماذا يقصد بلجان التحقيق ، وكيف تتشكل ؟ وما هي سلطاتها ؟ وما هو نطاق عملها ؟

الفرع الأول : تشكيل لجان التحقيق .

تميز جل النظم بين اللجان الدائمة وبين لجان التحقيق، فاختصاص الأولى محدد⁽⁹⁾، وتنتخب لفترة محددة ويتم تجديدها دوريا ، أما لجان التحقيق فهي لجان تنتهي مهمتها بإيداع تقريرها لدى المجلس النيابي⁽¹⁰⁾ ، وهذه الأخيرة تتشكل من طرف المجلس النيابي بناء على اقتراح يوقع من عدد من النواب⁽¹¹⁾ ، ويتم التصويت على الاقتراح من المجلس برفض الاقتراح أو قبوله ، وفي حالة قبول الاقتراح يصدر قرار إنشاء اللجنة وتعيين أعضائها .

وتحدد المجالس النيابية الحد الأقصى لعدد الأعضاء كما هو الحال في فرنسا حاليا بثلاثين عضوا في الجمعية الوطنية ، أو واحدا وعشرين عضوا في مجلس الشيوخ⁽¹²⁾ ، أما في الجزائر فقد حدد النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني لسنة 1989 العدد بخمسة وعشرين عضوا ، في حين لم يحدد النظام الداخلي لسنة 1997 أي عدد⁽¹³⁾ .

وتشرع اللجنة في تحديد إطار عملها بعد أن يتم الاتفاق على تشكيلتها ، ومن ثم البدء في إجراءات التحقيق، وقبل تناول ذلك ينبغي التطرق إلى حدود سلطات هذه اللجان ونطاق عملها .

الفرع الثاني : سلطات لجان التحقيق :

يكتسي عمل اللجان أهمية كبرى في الحقل الرقابي ، لأنها الأداة التي تنير الطريق أمام البرلمان فيما يدخل في اختصاصه ، ويكون على بينة من أمره إذا اتخذ قراره في مسألة معينة⁽¹⁴⁾ ، ولا يتأتى للجان تأدية هذه المهمة إلا إذا تمتعت باختصاصات وسلطات تتيح لها أداء دورها ، وتتبع هذه السلطات من نصوص قانونية تعد لذلك ، وإلا تعذر عليها الوصول إلى الحقيقة ، وبقدر ما تتسع سلطاتها بقدر ما تحقق الغرض منها ، وبالفعالية اللازمة، وخير نموذج لذلك لجان الكونغرس الأمريكي التي تتمتع بسلطات واسعة ، وباستقلالية تامة لا عن سلطة التنفيذ فحسب بل عن الكونغرس نفسه ، فلها سلطة استدعاء الشهود ، وتكليفهم بالمثل أمامها ، وتخليفهم اليمين ، والإجابة عن أسئلتها ، وإلا اعتبروا مذنبين ويلحقون جنائيا⁽¹⁵⁾ ، ويمنح رئيس لجنة التحقيق في بلجيكا نفس الاختصاصات الممنوحة للقاضي الجزائي⁽¹⁶⁾ ، ويترتب على عدم الاستجابة للتكليف بالحضور نفس الآثار التي يترتبها عدم الاستجابة للتكليف في القضاء⁽¹⁷⁾ ، أما في فرنسا فقد كانت سلطاتها غير محدودة ، فبإمكانها اتخاذ الإجراءات القانونية بحق الممتنع من الشهود عن الحضور أو إذا أدلى بشهادة غير صحيحة ، أو شهادة زور ، أو كل

محاولة لتغيير الحقيقة ، كما لها إمكانية اقتراح تحريك مسألة الثقة بالحكومة ، إذا لم تتعاون معها لدى فحصها لوثائق أو مستندات ، ولدى طلب مساعدة الإداريين أو سماع الشهود⁽¹⁸⁾ .

كما تعد اللجان في إيطاليا نموذجا أمثل لسعة السلطات⁽¹⁹⁾ ، وكذلك في ألماني⁽²⁰⁾ ، أما في الجزائر فإن اختصاصات اللجان تحددها النصوص القانونية ، منها القانون العضوي رقم 99-02 الذي وضع حدود السلطات للجان إذا تعلق الأمر بالاطلاع على الوثائق والمستندات ، فقد نصت المادة 84 منه على أنه "تخول لجان التحقيق الاطلاع على أية وثيقة وأخذ نسخة منها" ، واستثنى من هذه الوثائق "الوثائق التي تكتسي طابعا سريريا واستراتيجيا .." ولها أن تستدعي أعضاء الحكومة للاستماع إليهم ، أو إلى أي شخص يمكنها أن تسترشد بهم في التحقيق ، وإذا تخلف هؤلاء الأشخاص أو امتنعوا عن تصرفهم تقصيرا يسجل في التقرير ، أو قد يمتد الإجراء إلى تطبيق أحكام قانون العقوبات بشأن الامتناع أو التخلف أو الإدلاء بشهادة غير صحيحة ، على أن يخول كل هذا إلى رئيس المجلس لا رئيس اللجنة ، فقد خولت المادة 83 من القانون العضوي 99-02 لجان التحقيق الاستماع إلى أي شخص ، وأن تعين أي مكان ، وتطلع على أية معلومة أو وثيقة ترى أن لها علاقة بموضوع التحقيق ، إلا ما كان يكتسي طابعا سريريا واستراتيجيا يخص الدفاع والأمن الوطني ، والمصالح الحيوية للاقتصاد الوطني ، ويعد عدم الامتثال أمام اللجنة تقصيرا جسيما يدون في التقرير ، ويحمل السلطة السلمية كامل مسؤوليتها عن ذلك.

الفرع الثالث : نطاق عمل لجان التحقيق:

لأن الرقابة البرلمانية بطبيعتها سياسية فإنها لا تنصب إلا على أعمال من يسأل سياسيا أمام البرلمان ، ولأن لجان التحقيق البرلماني هي إحدى آليات هذه الرقابة فإنها تستمد طبيعتها من طبيعة رقابة البرلمان نفسها ، كما تستمد وجودها من الاختصاص الأصيل للبرلمان ، ولذا فإن من حق البرلمان إجراء تحقيق في أي موضوع يدخل في نطاق هذا الاختصاص⁽²¹⁾ ، وضمن هذا الإطار فإن التحقيق البرلماني لا تحده قيود طالما أنه يراقب أعمال الحكومة⁽²²⁾ ، فيمكنه التحقيق في أي قصور مالي أو إداري أو سياسي⁽²³⁾ ، كما لا يشترط أن يتحرك التحقيق لدى حدوث المخالفة أو التجاوز أو القصور فحسب، بل إنه يتحرك للاسترشاد والاستتارة ليتمكن من تزويد المجلس بالمعلومات والبيانات اللازمة عن وضع معين لجهاز من أجهزة الحكومة ، على خلاف التحقيق القضائي الذي لا يتحرك إلا في حدود مخالفة محققة ، ويقصد التعرف على مرتكبها وتحميله جزاءها .

فالتحقيق البرلماني يقف عند حدود السلطة التنفيذية ولا يتعداها إلى سلطة أخرى ، كالسلطة القضائية ، فلا يجوز للجان أن تجري تحقيقا في موضوع يحقق فيه القضاء ، أو يكون معروضا أمامه للفصل فيه ، إعمالا لمبدأ الفصل بين السلطات كما يمكن للجان التحقيق أن تنتبج إنجاز المهام الرئيسية في الدولة في مختلف المجالات السياسية والتنظيمية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية⁽²⁴⁾ ، وأن تنقضي حقيقة الأوضاع المالية لها، وتنقضي آثار تطبيق القانون، وبحث مطابقة تنفيذ القوانين مع غايات هذه القانون وأهدافه⁽²⁵⁾ ،

كما يمكن أن ينصب التحقيق حتى على مدى شرعية إجراء انتخاب بعض أعضاء البرلمان نفسه مادام الموضوع يرتبط بنشاط الحكومة .

أما النطاق الزمني للتحقيق فقد تحدده النظم الداخلية ، أو يحدده البرلمان منشئ اللجنة لئلا تطول مدة التحقيق فيفقد نجاعته وأثره ، وقد يصبح بدون معنى بمرور الزمن لدى البرلمان نفسه أو لدى الرأي العام ، ففي الجزائر قيدت أحكام المادة 80 من القانون العضوي 99-02 لجان التحقيق بمهلة زمنية قدرها ستة أشهر على الأكثر ، وهي قابلة للتمديد ، وهي نفس الفترة التي تحددها فرنسا⁽²⁶⁾ ، بينما لا تقيد بعض النظم اللجان بزمن محدد⁽²⁷⁾ ، فلا تلتزم هذه اللجان بتقديم التقرير إلا حين الانتهاء منه .

المطلب الثالث: إجراءات التحقيق وآثاره :

يحكم التحقيق البرلماني جملة من الإجراءات التي تنظم سير عمل اللجان ، تبدأ بطلب التحقيق في موضوع معين ، ثم يتم تشكيل اللجنة وتعيين رئيسها وتحديد مكان انعقادها وزمانه في بعض النظم ، ثم تشرع اللجنة في العمل بعد أن تهيب كل وسائل عملها ليسهل عليها أداء مهامها ، ثم تعد تقريرا عن أعمالها وتضمنه نتائج التحقيق واقتراح الحلول المناسبة ، وتودعه لدى مكتب المجلس ، ليناقشه ويصوت عليه ، فكيف يتم سير عمل اللجنة ؟ وما هي آثار التقرير الذي تعده؟ وما قيمة التحقيق كأداة رقابية ؟

الفرع الأول : سير عمل لجان التحقيق :

لأجل إعداد تقرير واف تعقد اللجنة جلساتها مرات عديدة ، وفي مدة كافية لجمع البيانات والمعلومات وللإستماع إلى المعنيين محل التحقيق ، أو إلى الشهود والخبراء والفنيين أو لدراسة الوثائق والمستندات ، أو للقيام بزيارات ميدانية للمعاينة والتحقيق ، على أن تتم هذه الجلسات في جو من السرية⁽²⁸⁾ التي تنص عليها الكثير من النظم الداخلية للمجالس التشريعية ، غير أنه لا مانع من العلنية⁽²⁹⁾ ، إذا كانت تهدف إلى طمأنة الرأي العام لإثبات حياد أعضاء اللجنة وموضوعيتهم وسعيهم لخدمة المصلحة العامة ، أو لعرض دفوع من استهدفهم التحقيق أمام الملأ ، أو لدفع كل ما ينسب إلى اللجنة من تقصير عبر عرض وقائع التحقيق .

ويتخلل اجتماعات اللجنة تدوين وقائعها ، وهو مطلوب وضروري في فرنسا وفي المجلسين⁽³⁰⁾ ، وذلك لتيسير أعمال اللجنة ولإستغلال ما دون في بناء التقرير النهائي ، ثم تأتي مرحلة مداولات اللجنة والتي تسبق إعداد التقرير ، ولا تعد إلزامية أو رسمية ، ولكن حينما تبدأ في مقابلة الشهود يسود الطابع الرسمي⁽³¹⁾ .

الفرع الثاني : تقرير لجنة التحقيق وآثاره :

لا يكفي تدوين وقائع الجلسات أو محاضرها لإطلاع المجلس على خلاصة مهمة لجنة التحقيق ، إنما ينبغي أن يعد تقرير عن ذلك متضمنا كشفا مفصلا عن جهود وأعمال هذه اللجان ، ويقع على عاتق اللجنة إعداد هذا التقرير المتضمن تلخيصا لمحتويات الوثائق والمستندات ، وترجمة المشاهدات والاستجابات ، ووصف للمعاينات ، واستخلاصا لكل ما اطلع عليه أعضاء اللجنة أو شاهده أو سمعوه أو استشعروه⁽³²⁾ ،

كما يتضمن الخطوات الإجرائية المتخذة لأجل جمع الحقائق والمعلومات ، وتحدد بشكل دقيق حقيقة الأوضاع المستهدفة في التحقيق ومدى مطابقتها كل هذا للقانون ، كما تضمن اللجنة مجموع الحلول المقترحة للمسألة محل التحقيق، ولها أن تقدم اقتراحات بشأن تكييف التشريعات لتتناسب مع الحلول المقترحة.

وإذا ما أنهت اللجنة إعداد التقرير تتداول في شأنه ، وتصوت عليه بالأغلبية وتحيله إلى مكتب المجلس الذي يحدد موعدا لمناقشته بعد إدراجه في جدول الأعمال ، على أن يوافق عضوا من أعضائه بنسخة من التقرير للاطلاع المسبق عليه والتمكن من مناقشة محتواه.

وعند جلسة المناقشة يعرض رئيس اللجنة أو المقرر عرضا عن محتوى التقرير وللمجلس عبر التصويت أن يأخذ بما جاء فيه أولا يأخذ به ، لأن تقرير اللجنة هو من قبيل الأعمال التحضيرية تتوقف إجازتها وسريانها على موقف المجلس منها ، ويمكن أن يتضمن التقرير اقتراحا بتعديل نصوص قانونية أو اقتراح نصوص تكفل معالجة النقائص أو العيوب المكتشفة ، أو تصلح الاختلالات الملحوظة ، أو قد يتمخض التحقيق عن اقتراح للحكومة باتخاذ الإجراءات القانونية كالتأديب، أو العزل، أو الإحالة على التحقيق للقائمين على الهيئات أو الأجهزة أو المؤسسات محل التحقيق .

كما أن التقرير قد يرتب براءة الحكومة أو إدانتها ، وفي حالة الإدانة فإن هذا التقرير قد يؤدي إلى استجواب رئيس الحكومة ، أو قد يرتب تحريك مسؤوليتها السياسية فرديا أو تضامنيا⁽³³⁾ ، وفي بعض النظم لا تكفي المجالس بعرض تقرير اللجنة ومناقشته إنما قد تلجأ إلى نشره ، وهو اتجاه غالبية النظم ، وبعضها بقيد النشر بموافقة المجلس⁽³⁴⁾ ، وبعضها يفتح المجال للنشر إلا ما اعترض عليه المجلس⁽³⁵⁾ .

الفرع الثالث : تقويم التحقيق البرلماني :

يعد التحقيق البرلماني أحد أهم الأدوات الرقابية التي قد ترتب تحريك أداة الاستجواب أو إثارة المسؤولية السياسية أو حتى المسؤولية الجنائية في بعض النظم ، لذا نجد أن هذه الأداة تنفرد بجملة من الخصائص والمميزات تبعا لاختصاصات وسلطات ومركز لجان التحقيق والآثار التي يرتبها عملها والتي تتمثل فيما يلي :

- 1- أن التحقيق البرلماني هو الأداة التي انعقد عليها إجماع النظم الرئاسية والبرلمانية والمختلطة .
- 2- أن التحقيق هو اختصاص أصيل للبرلمان يستمد من اختصاص البرلمان نفسه ، ويمارس من قبله حتى ولو لم ينص عليه الدستور.
- 3- أن سلطات لجان التحقيق أثناء أداء مهامها تتسع في بعض النظم إلى الاستحواذ على اختصاص قضاة التحقيق والنيابة العامة، وهو امتياز تختص به وحدها .
- 4- ينفرد التحقيق بكونه الإجراء الذي يتيح للجان اتخاذ جميع الإجراءات والوسائل التي تمكنها من كشف الحقيقة .
- 5- أن نطاق توظيف آلية التحقيق لا تحده قيود طالما أنه يستهدف أعمال الحكومة .

6- وفيما يرتبه من آثار فإنه الأداة الكفيلة بتفعيل الرقابة البرلمانية على أعمال الحكومة ، فقد رتبت التحقيقات الإطاحة بالحكومات، وبالرؤساء ، كما تفرض إعادة تكييف التشريعات وتعديلها ، وإعادة سننها من جديد ، وتوصي الحكومة بفرض بعض الإجراءات التأديبية لبعض الموظفين وإعادة النظر في بعض سياساتها ، مما يجعله بحق وسيلة فعالة .

7- إن أكثر البرلمانات فعالية هي أكثرها لجوءا إلى التحقيق البرلماني على غرار فرنسا وبريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية .

غير أن لجان التحقيق تفرغ من محتواها وتصبح غير ذات معنى إذا قام بالتحقيق أعضاء غير أكفاء ويفتقرون إلى التخصص أو كانوا مساندين للحكومة⁽³⁶⁾ ، أو إذا قيدت سلطاتها وحجب حقها في استيفاء الحقائق والمعلومات، فيتعذر عندها الوصول إلى الحقيقة وتصبح شكلية عبثية غرضها امتصاص استهجان وغضب الرأي العام.

إضافة إلى العوائق التي تفتعلها الحكومة لتعرق عمل لجان التحقيق⁽³⁷⁾ ، كما أن المبالغة فيها بالإكثار منها ، أو خروج بعض أعضائها عن اختصاصاتهم إلى المساس بأسرار الأشخاص وكرامتهم ، وتوظيف اللجان لتصفية الحسابات الشخصية أو الحزبية هو من أسباب إهمال بعض النظم للتحقيق واللجوء إلى بدائل أخرى⁽³⁸⁾

المطلب الرابع: مسار التحقيق البرلماني في التجربة الجزائرية:

إن رصد مسار التحقيق البرلماني في التجربة الجزائرية يمر عبر تحديد ضوابطه الإجرائية وتطبيقاته في تجربتنا والآثار التي يرتبها ، وهو ما سأعرضه ضمن هذه الفروع:

الفرع الأول: الضوابط الإجرائية للتحقيق:

خول الدستور الجزائري غرفتي البرلمان إمكانية إنشاء لجان تحقيق في قضايا ذات مصلحة عامة ، كما خول لهما هذا الحق النظام الداخلي للمجلسين والقانون العضوي رقم 99-02 وحددت هذه النصوص الضوابط الإجرائية لمسار التحقيق وشروطه ، وهو ما سأتناوله فيما يلي:

أولاً: طلب إنشاء لجنة التحقيق:

طبقاً لأحكام المادة 77 من القانون العضوي فإن تحريك إجراء إنشاء لجنة التحقيق يمر عبر التصويت على اقتراح لائحة تودع لدى مكتب إحدى الغرفتين، ويشترط لتوقيعها من أي من الغرفتين 20 عضواً ، قي حين لم يشترط النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني لسنة 1989 إلا عشرة أعضاء ، فرفع نصاب التصويت إلى هذا الحد فيه تضيق وتقييد على المبادرين بإنشائها ، وفي هذا تقييد للمعارضة ، إذ لا يتصور أن الأغلبية تنشئ لجان تحقيق في أعمال الحكومة التي تساندها، إثرها تعرض اللائحة على التصويت إذا ما حازت موافقة مكتب المجلس ، وأمكن تشكيلها إذا نالت أغلبية الأصوات بالمجلس، وتوافرت في تشكيلتها الشروط التالية :

ثانياً: ضوابط تشكيل لجنة التحقيق:

نصت المادة 81 من القانون على منع الأعضاء الموقعين على اللائحة من الانضمام إلى التشكيلة وكأنه يراد من وراء المنع إسناد التحقيق إلى أعضاء لا قبل لهم بالموضوع المراد التحقيق فيه، فيما أثبتت الممارسة في الجزائر تشكيل اللجان من عدد يتراوح بين عشرين وأربعين عضواً ولعل الغاية من زيادة عدد الأعضاء هو فتح المجال لتمثيل غالبية الأحزاب التي يتشكل منها البرلمان. بينما أثبتت الممارسة في الجزائر على تشكيل اللجان من عدد يتراوح بين عشرين وأربعين نائباً⁽³⁹⁾ ولعل الغاية من زيادة أعضاء اللجان هو فتح المجال لتمثيل غالبية الأحزاب التي يتشكل منها البرلمان، وبنسبة عدد مقاعد كل حزب، وعلى إثر تشكيل اللجنة تستدعي من رئيس المجلس لانتخاب مكتبها الذي يتشكل عادة من رئيس ينسق أعمالها، وينوبه في حالة غيابه نائب رئيس ومقرر يسند إليه تقديم التقرير المعد من طرف اللجنة.

ثالثاً: قواعد سير أعمال اللجنة:

لا يكفي اختيار مكتب اللجنة إنما ينبغي أن تجتمع لإعداد نظامها الداخلي المحدد لضوابط سيرها، وطبيعة المهام المسندة إليها، ورسم جدول لأعمالها، والتحديد المسبق للأشخاص المستجوبين، أو الوثائق والمستندات المراد فحصها، أو المرافق المراد معاينتها، وحصر زمان ومكان نشاط اللجنة، والوسائل المساعدة على إنجاز مهامها، ومع اتساع نطاق التحقيق إلى كافة أعمال السلطة التنفيذية إدارية كانت أو سياسية فإن هذه السعة ترد عليها قيود، إذ تنص المادة 79 من القانون العضوي على أنه "لا يمكن إنشاء لجنة تحقيق عندما تكون الوقائع قد أدت إلى متابعات ما تزال جارية أما الجهات القضائية إذا تعلق الأمر بنفس الأسباب ونفس الموضوع والأطراف". لئلا يقع المجلس في فخ سبق الفصل في الوقائع المستهدفة، أو فخ خرق مبدأ الفصل بين السلطات، وينبغي أن ينصب التحقيق على قضايا ذات مصلحة عامة، غير أن عبارة المصلحة العامة تنسم بالغموض، وتثير إشكالية الجهة التي تحدد ما هو من المصلحة العامة وما هو غير ذلك. وحصرت المادة 80 من نفس القانون النطاق الزماني، وأكدت اعتماد المشرع الجزائري أسلوب اللجان المؤقتة في التحقيق دون الاعتماد على اللجان الدائمة أو لجان المراقبة⁽⁴⁰⁾ فنصت على أنه: نكتسي لجان التحقيق طابعاً مؤقتاً وتنتهي مهمتها بإيداع تقريرها أو على الأكثر بانقضاء أجل ستة أشهر قابلة للتمديد ابتداء من تاريخ المصادقة على لائحة إنشائها، ولا يمكن أن يعاد تشكيلها لنفس الموضوع قبل انقضاء أجل اثني عشر (12) شهراً ابتداء من تاريخ انتهاء مهمتها.

ومن الالتزامات التي أكدت عليها المادة 82 من نفس القانون التحلي بالسرية في التحري والمعاينة والمناقشة⁽⁴¹⁾، وهذا ولا شك ضابط يحول دون كشف أسرار الأشخاص، أو المؤسسات، لكن مبدأ السرية ليس مطلقاً بالضرورة، فقد ترد عليه استثناءات، وهو ما أثبتته الممارسة فقد كانت لجنة التحقيق في قضيتي الغرفة الوطنية للتجارة، وتحويل 26 مليار دولار تسربان أخباراً دورية تنشر في وسائل الإعلام عن الخطوات التي خطاها التحقيق، وسجلنا جانباً من أشغالها عبر الإذاعة والتلفزة، مما يعني أن المشرع لم يأخذ بطابع السرية على إطلاقه.

رابعاً: السلطات المخولة للجان التحقيق:

أقرت النصوص القانونية للجنة التحقيق حملة من السلطات، فقد خولت المادة 83 من القانون العضوي الاستماع إلى أي شخص أو معاينة أي مكان، والاطلاع على أي معلومة أو وثيقة بشرط مراعاة الطابع السري المنصوص عليه في المادة 84 من نفس القانون، وبإمكانهم الاستماع إلى أعضاء الحكومة بالتنسيق مع رئيس المجلس ورئيس الحكومة (الوزير الأول)، وإن أي امتناع عن الامتثال يعد تقصيراً جسيماً يدون في التقرير، ويتحمل مسؤوليته السلطة السلمية المختصة، كما خولت المادة 84 لجنة التحقيق الاطلاع على أي وثيقة أو نسخة منها إلا ما كان ذا طابع سري⁽⁴²⁾.

وباستنطاق الفقرة الأخيرة من نص المادة 84 نجد أن الجزاء المترتب على عدم الامتثال للاستدعاء هو تقصير جسيم تتحمل مسؤوليته السلطة السلمية، في حين تخول الدساتير والقوانين للجان في بعض النظم ومنها أمريكا بسلطة تكليف الشهود بواسطة تكليف بالحضور الذي يترتب له نفس الجزاء الذي يترتب عن عدم الامتناع في قانون العقوبات، كما أن لها سلطة تحليف الشهود اليمين والإجابة عن أسئلتها وإلا عدوا مذنبين ويعاقبون جزائياً⁽⁴³⁾.

خامساً: قواعد إعداد التقرير ونشره:

يلزم نص المادة 80 من القانون العضوي لجنة التحقيق بإعداد تقريرها خلاصة ستة أشهر قابلة للتמיד من تاريخ المصادقة على إنشاء اللجنة، كما أنها ملزمة بتسليم التقرير الذي أعدته إلى رئيس الغرفة المعنية، ويبلغ تقريرها إلى رئيس الجمهورية وإلى الوزير الأول، ويوزع على نواب المجلس الشعبي الوطني، أو أعضاء مجلس الأمة، حسب الحالة، وهذا وفقاً لنص المادة 69 من نفس القانون التي أوجبت توزيع التقرير في أجل أقصاه ثلاثين يوماً من يوم استلامه، كما تلزم اللجنة في فقرتها الأخيرة بتسليم الوثائق والمستندات التي بحوزتها إلى مكتب المجلس عند انقضاء المدة المحددة.

وللمجلس المعني أن يقرر نشر التقرير كلياً أو جزئياً، بناءً على اقتراح مكتبه ورؤساء المجموعات البرلمانية بعد أخذ رأي الحكومة طبقاً لما نصت عليه المادة 86 من القانون العضوي، ويبيت المجلس المعني في هذا القرار ومن دون مناقشة بأغلبية الحاضرين بعد عرض موجز يقدمه مقرر اللجنة الذي يبين فيه الحجج المؤيدة أو المعارضة لنشر التقرير كلياً أو جزئياً، كما أتاحت الفقرة الأخيرة من نفس المادة للمجلس المعني، وإذا اقتضى الأمر ذلك فتح مناقشة في جلسة مغلقة بخصوص نشر التقرير.

ولما أتاحت المادة 86 للمجلسين إمكانية نشر التقرير فإنها قيدته بأسبقية اقتراح المكتب ورؤساء المجموعات البرلمانية، وبقيده آخر يصعب تجاوزه وهو القيد الوارد في عبارة "بعد رأي الحكومة"، وهذا يعني أن المجلس المعني ملزم باستشارة الحكومة والاعتماد على رأيها في اتخاذ قرار النشر، أو تبرير عدم النشر، وإن كان المبرر هو أن الحكومة شريك مهم للبرلمان⁽⁴⁴⁾.

لكن الإشكال يطرح حينما يكون مضمون التقرير ضد الحكومة فإنها ولا شك ترفض نشره، وقد ترفض التحقيق برمته، مما يجعل البرلمان أما هذا الوضع في موقف الضعيف القاصر، مما يقتضي معه كشف

مدى إلزامية رأي الحكومة للبرلمان، أهو استشاري استثناسي؟ أم رأي ملزم يجب التقيد به⁽⁴⁵⁾ ورفع هذا اللبس هو من المهام التي تقع على عاتق المشرع.

بالإضافة إلى أن إلزام المجلس بالأخذ بأعذار و مبررات الحكومة بشأن عدم النشر ما هو إلا تملص مما يمكن أن يحدثه نشر التقرير من آثار، و يضع الحكومة أمام مسؤولياتها أمام الرأي العام⁽⁴⁶⁾ ، ويكشف الاختلالات في أدائها، ويبرز مواطن تقصيرها، وقد تتلف وسائل الإعلام نتائج التقرير وتروج لها فيكون ذلك وبالا معنويا على الحكومة، مما يدفعها إلى مقاومة النشر، وهذا انتقاص من سلطة وسيادة البرلمان، وإخلال بمبدأ الفصل بين السلطات، وانتكاسه للوظيفة الأصلية للبرلمان وهي وظيفة الرقابة.

الفرع الثاني: تطبيقات التحقيق البرلماني في التجربة الجزائرية:

لئن بادر المجلس الشعبي الوطني عبر تجربته إلى توظيف محتشم وبطئ و متثاقل و متردد لآلية التحقيق، فإن مجلس الأمة عزف تماما ومنذ نشأته عن ممارسة هذه الآلية، إذ لم تسجل له تجربته اللجوء إلى التحقيق على الإطلاق رغم انه يتقاسم مع المجلس الشعبي الوطني توظيف آليات الاستعلام على حد سواء، وحتى ولو تذرع بقيام الغرفة السفلى بذلك، أو تذرع بكثرة العقبات والمثبطات، فإن هذا لا يعفيه من التقيد بالتزاماته إزاء المواطنين و تأكيد وجوده، و التعبير عن فعالية أدائه، ودرء الانتقادات القائلة بضعفه، وذلك بالحراك الإيجابي الفعال بدلا من الهجر والعزوف و التردد.

ولبيان تطبيقات الآلية في تجربة المجلس الشعبي الوطني باعتبار أن مجلس الأمة لم يوظف هذه الآلية، سأورد جدولاً توضيحياً يحدد مسار لجان التحقيق في التجربة الجزائرية و ذلك إلى غاية 2004-07-30

موضوع التحقيق	تاريخ إنشاء لجنة التحقيق	الفترة التشريعية	آثار التحقيق
1-العقد المبرم بين شركة الباسو وشركة سوناطراك	25ديسمبر 1980	الأولى	لم يتم نشر التقرير
2-قضية الغرفة الوطنية للتجارة	15ماي 1990	الثانية	تم نشر التقرير
3-قضية 26 مليار	15ماي 1990	الثانية	تم نشر التقرير
4-التجاوزات التي عرفها سير الانتخابات سنة 1997	23 نوفمبر 1997	الرابعة	لم يتم نشر التقرير
5- قضية الاعتداء على النواب	24نوفمبر 1997	الرابعة	وزع التقرير على النواب
6-الأحداث التي عرفتها بعض ولايات الوطن	30 أبريل 2001	الرابعة	لم ينشر التقرير
7- التعدي على الحصانة النيابية	25 جانفي 2004	الخامسة	لم ينته التحقيق
8- الممارسات غير الشرعية لبعض الولاة	25 جانفي 2004	الخامسة	لم ينته التحقيق
9- طرق إنفاق المال العام	25 جانفي 2004	الخامسة	لم ينته التحقيق

فخلال الثمانية و الأربعين عاما عرف البرلمان الجزائري إنشاء 9 لجان تحقيق أي بمعدل إنشاء لجنة كل خمس سنوات وهو قليل حتى ولو قورن بالدول التي تأخذ كالحالة الجزائرية بالبرلمانية المعقنة.

الفرع الثالث: مدى فعالية التحقيق في التجربة الجزائرية :

باستقراء تطبيقات التحقيق البرلماني في التجربة الجزائرية نستنتج أن مجلس الأمة قد أحجم نهائيا عن توظيف آلية التحقيق، وأن المجلس الشعبي الوطني وعبر مساره كان يحجم هو الآخر عن ذلك، وإذا أقدم فإن إقدامه ضئيل مضمحل، فإذا ما بادر بإنشاء لجنة تحقيق، فإن كل الضوابط الإجرائية و الشروط تدفع إلى إعاقته عن أداء مهمتها على أكمل وجه، هذا إذا لم يكن الباعث على إنشائها مساندة الحكومة و تبرئتها، وأفضل مثال على ذلك هو اللجنة التي أنشئت في قضية عقد شركة الباسو الأمريكية مع شركة سوناطراك، فالنتائج التي تمخض عنها هي دعم ومساندة توجه الحكومة الرامي إلى تامين سعر المحروقات و الغاز الطبيعي (47).

كما نستنتج أن ممارسة آلية التحقيق في تجربتنا لا يعد وسيلة رقابية مباشرة على الأداء الحكومي، كما هو الشأن في النظام الأمريكي أو البريطاني أو الفرنسي، إنما هو وسيلة استعلامية يستفيد منها النواب ويوظفونها في رقابة نشاط الحكومة بالآليات المرتبة لمسئوليتها.

ومع ذلك فإن هذه الآلية يمكن أن يكون لها أثر غير مباشر من خلال نشر التقرير الذي يشكل ضغطا على الحكومة ومراجعة تصرفاتها، وتفادي تكرار أخطائها، لئلا تستغل أحزاب المعارضة النقائص والاختلالات التي تكشفها الآلية في اللجوء إلى طرح مسؤوليتها أمام رئيس الجمهورية أو يسائل بعض أعضائها (48).

كما يمكن أن تلعب وسائل الإعلام دورا في هذا الشأن، فالترجيح الإعلامي لنتائج التقارير يفرض على المسؤولين وعلى الهيئات المختصة التدخل لسد الثغرة أو معالجة الاختلال الذي كشفه التحقيق.

كما أن التحقيق قد يلقي مصيرا آخر غير النشر، وهو عرض التقرير وتوزيعه على النواب مع عدم نشره لمعارضة الحكومة ذلك، أو قد تتوقف اللجنة عن مواصلة التحقيق بعد مباشرته، أو قد تمدد آجال إيداع تقرير اللجنة (49).

هوامش

0 - "التحقيق البرلماني اختصاص أصيل للبرلمان يوظفه دون حاجة إلى النص عليه في الدستور لأنه حق طبيعي نابع من حقه في اقتراح القوانين وإقرارها، فضلا عن الاستناد على النصوص الدستورية التي تنص على المسؤولية الوزارية، إذ غالبا ما ينشأ تحريكها عن التحقيق البرلماني، وهنا ما جرى العمل عليه في فرنسا إذ رغم خلو دستور 1875 من النص عليه فقد أجري المجلسان تحقيقات عديدة" د جلال بنداري، الموقع الإلكتروني: (www.parliament.gov.eg)

(2) - انظر التحقيق البرلماني، مجلس الأمة الكويتي، الموقع الإلكتروني (www.Majlislommah.net).

(3) - نفس المرجع.

(4) - التحقيق البرلماني. مجلس الأمة الكويتي. المرجع السابق.

(5) - حسن مصطفى البحري، الرقابة المتبادلة بين السلطة والتشريعية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، سنة 2006، ص 72.

(6) مجلس الأمة الكويتي، التحقيق البرلماني، المرجع السابق.

(7) - مجلس الأمة الكويتي ، التحقيق البرلماني ، المرجع السابق

(8) - د. إيهاب زكي سلام ، الرقابة السياسية على أعمال السلطة التنفيذية، رسالة دكتوراه، عالم الكتب ، القاهرة، سنة 1983 ، ص 121

(9) - "تختص اللجان الدائمة أساساً بدراسة تحضيرية للمشاريع واقتراحات القوانين ، غير أنها بهذه المناسبة تمارس عملاً رقابياً عند

استماعها للوزراء بتقديم ملاحظاتها إزاء الإهمال في تسيير المرافق مثلاً والتأكيد على ضرورة تداركه " ، د. عمار عباس، الرقابة

البرلمانية على عمل الحكومة، دبلر الخلدونية، الجزائر، سنة 2006 ، ص 92

(10) - " كان التحقيق يسند إلى لجنة خاصة لتتفرغ له ، وتطور الأمر إلى إسناده إلى اللجان الدائمة ، أو للجنة متفرعة عن اللجان الدائمة

، غير أن الوضع في فرنسا لا يزال يجري على إسناد التحقيق إلى لجان التحقيق والرقابة المستقلة عن اللجان الدائمة " أنظر د. إيهاب

زكي سلام ، المرجع السابق ص " 127.

"كان النظام الفرنسي يميز بين نوعين من لجان التحقيق حددها قانون 17 نوفمبر 1958 في المادة 06 منه وهما لجان التحقيق ولجان

المراقبة ، فالأولى تنشأ لتلقي عناصر المعلومات حول قضايا معينة وتضع استنتاجاتها وخلصاتها للمجلس الذي أنشأها . أما لجان

المراقبة فهي مكلفة بدراسة التسيير الإداري والمالي والتقني للمصالح العمومية ، والمؤسسات الوطنية ، وتعلم المجلس الذي أنشأها

بنتائج مراقبتها ، غير أن قانون 20 جويلية 1991 دعمها وألغى ازدواجيتها ووحدها في لجان التحقيق وهذا ما أورده لافروف في

مجلة دراسات وثائقية ضمن هذه الفقرة :

« L'ordonnance du 17 novembre 1958 dans son article 6 : "deux séries de commissions. les commissions d'enquête, les commissions de contrôle, les commissions étaient formées pour recueillir des éléments d'information sur les faits déterminés et soumettre leurs conclusions à l'assemblée qui les a créés. Les commissions de contrôle étaient chargées d'étudier "la question administrative, financière, on technique, de service publics ou d'entreprises nationales en vue d'informer l'assemblée qui les a créés du résultat de leur examen". La loi du 20 juillet 1991 a supprimé cette dualité et regroupait les anciennes commissions sous la vocable unique de commissions d'enquête" v. D.G commission d'enquête en France. FR. wikipedia.org

(11) - " في الجزائر يوقع اقتراح التشكيلة 20 نائباً في المجلس الشعبي الوطني أو عشرين عضواً من مجلس الأمة" أنظر: القانون

العضوي 99 - 02 المتعلق بتنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وكذا العلاقة الوظيفية بينهما وبين الحكومة، الجريدة الرسمية

رقم 15 المؤرخة في 9 مارس 1999.

(12) - د. إيهاب زكي سلام ، المرجع السابق. ص 130.

(3) - د. عمار عباس ، المرجع السابق ، ص 111

(14) - د. كامل ليلة ، النظم السياسية، دار النهضة العربية، بيروت، 1969، ص 936

(5) - (16) - مجلس الأمة الكويتي ، التحقيق البرلماني ، المرجع السابق.

(17) - د. كامل ليلة ، نفس المرجع، ص 937

(8) - د. إيهاب زكي سلام ، المرجع السابق ، ص 132

(9) " تستمد لجان التحقيق قوتها ونفوذها وسعة اختصاصاتها وسلطاتها من الدستور الإيطالي نفسه ، إذ نص في المادة 82 منه على

هذه السلطات " د. عمار عباس المرجع السابق ص 126

(20) - "أفضل مثال على سعة صلاحيات لجان التحقيق الألمانية أنها تطلب ممثلين مسؤولين في الحكم ، إذ استمعت إحداهما إلى

المستشار هلموت كول لمدة سبع ساعات للإجابة عن أسئلة المحققين " أنظر د. عمار عباس ، نفس المرجع ص 127.

(2) - د. نبيل طنطاوي ، دور لجان التحقيق في فعالية الرقابة البرلمانية ، مجلة الحقوق ، كلية الحقوق جامعة البحرين ، العدد 2

جويلية 2004 ، ص 201.

(22) - د. جلال بنداري ، التحقيق البرلماني، المرجع السابق

(23) - "Les commissions d'enquêtes sont formées pour recueillir des éléments d'information, soit sur des faits ,soit sur la gestion des services publics, ou des entreprises nationales" Claude Leclercq, droit constitutionnel et institutions politiques. dixième édition . L itec p630.

(24) - د. إيهاب زكي سلام، المرجع السابق، ص 134.

(25) - د. إيهاب زكي سلام . المرجع السابق. ص 134.

(26) - "Les commissions d'enquêtes prend fin par le dépôt du rapport qui doit intervenir, au plus tard à l'expiration d'un délais de six mois à compte de la date d'adoption de résolution créant la commission". V. Dimitri Georges Lavroff. le contrôle parlementaire. Documents d'études.paris.1998. P 9.

(27) - "لم تقدم إحدى لجان التحقيق في ألمانيا تقريرها إلا بعد ست سنوات ، وفي إيطاليا يمكن أن يستمر لفترة تفوق الفترة التشريعية ، وقد استغرقت لجنة التحقيق حول ملف المافيا ثلاثة عشر سنة " أنظر د. عمار عباس ، المرجع السابق ، ص133.

(28) - "تجيز بعض النظم علانية التحقيق كما هو الشأن في بريطانيا والولايات المتحدة وألمانيا ، إلا ما كان يحافظ على السير العادي للتحقيق" أنظر د. عمار عباس ، المرجع السابق ، ص130.

(29) - "تتازم بعض النظم أعضاء اللجنة بالسرية ، وإلا تعرضوا للعقوبات المقررة في قانون العقوبات كما هو الشأن في فرنسا ، وتبنت هذا المنهج الجزائر ...". نفس المرجع.

(30) - د. إيهاب زكي سلام ، المرجع السابق ، ص140

(31) - نفس المرجع.

(32) - د. عمار عباس ، المرجع السابق ، ص132.

(33) - "في بريطانيا قد يرتب التحقيق إثارة المسؤولية الجنائية للوزارة أو لوزراء معينين..". أنظر د. عمار عباس ، المرجع السابق، ص 142.

(34) - "أجاز النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني لسنة 1977 نشر التقرير باقتراح من مكتبه ، بشكل كلي أو جزئي، وإذا عرض أمر النشر للمناقشة فلا يتم ذلك إلا في جلسة سرية ، مع الاستشارة المسبقة للحكومة " أنظر المادة 143 من النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني ، والقانون العضوي 99-02 في المادة 85 منه وما بعدها. المرجع السابق.

(35) - "Les rapports sont publiés, sauf vote de l'Assemblée nationale du sénat constitués en comité secret". V. "www. Assemblée_Nationale.fr "

(36) - " نظرا لحساسية الحكومة إزاء لجان التحقيق لكونها تتدخل في أعمالها وتبحث في عيوبها ، فإنها تسعى دائما إلى عرقلتها بحجب الوسائل اللازمة لأداء عملها ، أو الضغط على أعضائها ، أو على الأشخاص الذين تستجوبهم اللجان" .

(37) - "لجأ الحكومات إلى عرقلة عمل اللجان بحرمانها من وسائل عملها ، كالمقر الذي تجتمع فيه ، أو التضيق عليها ماليا .."

(38) - " اتجهت بريطانيا إلى أسلوب بديل للتحقيق وهو إسناد التحقيق في بعض القضايا إلى المفوض البرلماني المسؤول أمام البرلمان والمستقل عن الحكومة ، ويختص بالبحث في شكاوى المواطنين ومظالمهم من الإدارة " انظر د. إيهاب زكي سلام ، المرجع السابق ، ص147.

(39) - "تشكلت لجنة التحقيق في الاعتداء على النواب من أربعين نائبا، وفي التجاوزات التي حدثت في الانتخابات الملحية لسنة 1997 من نفس العدد، في حين تشكلت لجنة التحقيق في الأحداث التي عرفتها بعض ولايات الوطن من 20 نائبا". انظر: د. عمار عباس. المرجع السابق. ص 112.

(40) - كان النظام الفرنسي يهدف إلى لجان المراقبة التي تصب تحقيقاتها على التسيير الإداري والمالي والتقني لمرافق الدولة ومؤسساتها الوطنية، فيما يعهد إلى لجان التحقيق بمهمة جمع الحقائق التي تتعلق بوضع معين، وذلك بموجب التعديلات التي طرأت على قواعد إنشاء لجان التحقيق، فقد عدل الأمر 58 - 111000 المؤرخ في 17 - 11 - 1958 بموجب القانون الصادر سنة 1977، والذي عدل هو الآخر بموجب قانون 20 - 07 - 1991". انظر: د. عمار عباس . المرجع السابق. ص 98 - 99.

وقد اعتمد المشرع الجزائري أسلوب تشكيل لجان للمراقبة إلى جانب لجان التحقيق، وهو ما تضمنه النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني لسنة 1977، وقد تشكلت لجنة مراقبة من المجلس الشعبي الوطني بشأن مراقبة نشاط الشركة الوطنية للأشغال البحرية. غير أن العمل بهذا الأسلوب ألغي ضمنا بموجب القوانين اللاحقة". انظر: د. سعيد بو الشعير. المرجع السابق. ص 344.

(41) - د. محمد باهي أبو يونس. المرجع السابق. ص 119.

(42) - تنص المادة 83 من القانون العضوي 99 - 02 على ما يلي: "يمكن لجنة التحقيق أن تستمع إلى أي شخص، وأن يعاين أي مكان، وأن تطلع على أية معلومة أو وثيقة ترى أنها لها علاقة بموضوع التحقيق مع مراعاة أحكام المادة 84.

وتنص الفقرة الأخيرة من المادة 84 على ما يلي: "يعد عدم الامتثال أمام لجنة التحقيق تقصيرا جسيما يدون في التقرير، وتحتمل السلطة السلمية الوصية كامل مسؤولياتها". وتنص المادة 84 من نفس القانون على ما يلي: "تخول لجنة التحقيق الاطلاع على أية وثيقة

وأخذ نسخة منها، ماعدا تلك التي تكتسي طابعا سريا واستراتيجيا يهم الدفاع الوطني والمصالح الحيوية للاقتصاد الوطني وأمن الدولة الداخلي والخارجي".

(43) - د. إيهاب زكي إسلام. المرجع السابق. ص 132.

(44) - لقد عبر السيد محمد كشلول وزير العلاقات مع البرلمان بشأن أخذ رأي الحكومة أن هذا الإجراء ضروري لأن الحكومة شريك مهم للبرلمان" أنظر: د. عقيلة خرباشي. مركز مجلس الأمة في النظام السياسي الجزائري. رسالة دكتوراه. جامعة الحاج لخضر باتنة. 2010 ص 349.

(45) - "بشأن حدود إلزامية رأي الحكومة للمجلسين في نشر التقرير أكد مقرر لجنة الشؤون القانونية و الحريات بالمجلس الشعبي الوطني أثناء مناقشته مشروع القانون العضوي رقم 99-02 بأن حذف كلمة "الأخذ برأي الحكومة" والاكتفاء باعتماد عبارة "بعد رأي الحكومة" يؤكد أن المجلسين سيدان في اتخاذ قرار نشر التقرير كليا أو جزئيا، بعد استشارة الحكومة طبعا، دون الالتزام بأخذ رأيها في قراريهما" انظر: الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني رقم 167 المؤرخة في 12 ديسمبر 1995 ص 5. بينما عقب النائب جلول جودي بهذا الخصوص عن ربط قرار النشر برأي الحكومة بقوله: "أين هي مصداقية المجلس أو مصداقية الشعب إذا كنا تحت وصاية الحكومة بحيث يفرض علينا انتظار الإشارة منها لنتحرك؟" انظر الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني رقم 107 المؤرخة في : 12 ديسمبر 1998 ص 7 فالتصريحان يعبران عن بقاء اللبس الذي يكتنف عبارة "بعد رأي الحكومة" وأن زواله ليس قريبا كما يبدو.

(46) - د. عمار عباس. المرجع السابق. ص 138.

(47) - لمزيد من التفصيل، أنظر: د. سعيد بو الشعير، المرجع السابق، ص 344.

(48) - د. الأمين شريط. المرجع السابق، ص 509.

(49) "كان مآل التحقيق المتعلق بقضية عقد شركة الباسو الأمريكية مع شركة سوناطراك عدم النشر، وقد نشر تقرير التحقيقين المتعلقين بالغرفة الوطنية للتجارة، وقضية 26 مليار دولار بعد عرضهما على المجلس، فيما لم ينشر التقرير المتعلق بسير الانتخابات المحلية لسنة 1997، وكذلك التقرير المتعلق بالأحداث التي عرفتها بعض ولايات الوطن، أما لجان التحقيق التي أنشئت في الفترة التشريعية الخامسة فلم تنته تحقيقاتها بعد" أنظر: حصيلة الفترة التشريعية الخامسة (2002-2007).

"جريمة العدوان في ظل النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية"

عبد الوهاب شيبتر

أستاذ مساعد قسم "أ" بكلية الحقوق

- جامعة بجاية

مقدمة:

تعتبر جريمة العدوان من أخطر الجرائم الدولية على التي تهددّ سلم وأمن المجتمع الدولي، وهي تمثل أحد مظاهر سيادة الدول في العصر الحديث لتوطيد سلطانها أو نيل حقوقها، ومن ثمّ تطور هذا الحق إلى حق مقيد خلال القرن التاسع عشر، وليصبح بعد ذلك فعل غير مشروع في القانون الدولي المعاصر. وجاءت هذه جريمة العدوان ضمن الجرائم التي تختص فيها المحكمة الجنائية الدولية، والمنشأة بموجب إتفاق روما لسنة 1998⁽¹⁾، حيث تمّ إدراجها ضمن أحكام نظامها الأساسي بإلحاح من غالبية الدول المشاركة في مؤتمر روما الدبلوماسي⁽²⁾، لأنّ حرمان المحكمة من النظر في هذه الجريمة يعدّ، حسب هذه الدول، بمثابة الرجوع إلى الوراء، بعد التقدّم الذي حققه القضاء الدولي لمحاكم نورمبورغ وطوكيو⁽³⁾.

وأقرّ النظام الأساسي للمحكمة⁽⁴⁾، دون أن تتوصّل الدول المشاركة في مؤتمر روما إلى وضع تعريف لجريمة العدوان.

ومن بين أسباب إخفاء الدول المشاركة في مؤتمر روما، في وضع تعريف لجريمة العدوان، هي كيفية التوفيق بين مسؤولية مجلس الأمن في صون السلم والأمن الدوليين وفي إقرار وقوع جريمة العدوان من جهة، ومسؤولية المحكمة في تقرير المسؤولية الجنائية الفردية عن نفس الجريمة، من جهة أخرى⁽⁵⁾. ويبدو أنّ النظام الأساسي قد أجل اختصاص المحكمة بالنظر في جريمة العدوان حتى يتم الإتفاق على تعريفها، ويتم تعديله وفقاً لما تقضي به المادتين 121، 123 منه⁽⁶⁾.

وبالتالي، لن يحدث إنعقاد إختصاص المحكمة بخصوص هذه الجريمة إلا بعد الوصول إلى تعريف لها، ولن تكون قادرة على محاكمة الأفراد مرتكبي هذه الجريمة إلا بعد أن تتفق الدول الأطراف للمعاهدة على تعريف هذه الجريمة، وهذا ما إستنادا لما تنص عليه المادة 02/5 من نظامها الأساسي⁽⁷⁾.

وهذا ما تمّ فعلاً، حيث أجلت الدول المشاركة في مؤتمر روما الفصل في تعريف العدوان، وإتفقت على متابعة أعمال إعداد مشروع خاص بذلك، وتحديد شروط ممارسة الإختصاص وإجراءات سير الدعوى أمام المحكمة، بالإضافة إلى إعداد أركان الجريمة، مع إلزامها بالأحكام الواردة في ميثاق الأمم المتحدة لهذا الغرض⁽⁸⁾.

وبناء على ذلك، وبموجب الفقرة (و) من الوثيقة الختامية لمؤتمر روما الدبلوماسي، فقد أناطت مهام إعداد تعريف العدوان للجنة التحضيرية⁽⁹⁾، والتي لم تتمكن بدورها من تحديد تعريف جريمة العدوان في جلساتها العشرة⁽¹⁰⁾.

وبعدها تولت جمعية الدول الأطراف مهامها في أول اجتماع لها، وقامت بتكليف مهمة تعريف جريمة العدوان وشروط ممارسة المحكمة لإختصاصها بالنظر فيها لفريق عمل خاص⁽¹¹⁾، والذي إعتدته في سبتمبر 2002، وكانت المشاركة مفتوحة لجميع الدول بما فيها الدول غير المنضمة لمواصلة المناقشات بشأن الجريمة⁽¹²⁾.

وبعد أن تولت جمعية الدول الأطراف بتحديد مهام هذا الفريق، قرر هذا الأخير تقديم المقترحات للدول الأطراف قبل 12 شهراً على الأقل من تاريخ البدء في المؤتمر، وإجتمع في عدة دورات عمل رسمية وغير رسمية خلال الفترة ما بين سنتي 2002 و2009⁽¹³⁾.

وقد عني هذا الفريق بدراسة كافة المقترحات المطروحة حول المسائل المكلف بها⁽¹⁴⁾، وقام بإعداد وثيقة عمل، والمقترحة من رئيس الفريق خلال جوان 2008⁽¹⁵⁾، تتضمن تعريف جريمة العدوان وأركانها، وشروط ممارسة المحكمة لإختصاصها بالنظر فيها وإجراءات سير الدعوى أمامها.

وقدمت هذه الوثيقة رسمياً إلى الأمين العام للأمم المتحدة باعتباره الوديع لنظام روما الأساسي، لكي تنتظر فيها جمعية الدول الأطراف في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية أثناء إنعقاد مؤتمرها الاستعراضي حول تعديل هذا النظام، وهذا إستناداً للمادة 121 منه⁽¹⁶⁾.

وفي دورتها الثامنة، قررت الجمعية أن يعقد المؤتمر الاستعراضي في كمبالا، عاصمة أوغندا، في الفترة الممتدة من 31 ماي إلى 11 جوان 2010⁽¹⁷⁾.

وتمت مناقشة المشروع في هذا المؤتمر، والذي شاركت فيه نحو 4600 ممثلاً عن الدول والمنظمات الحكومية الدولية والمنظمات غير الحكومية، واعتمد قراراً يدخل به تعديلاً في نظام روما الأساسي⁽¹⁸⁾. ويتضمن هذا التعديل تعريفاً لجريمة العدوان وأركانها (المبحث الأول)، والشروط التي بموجبها يمكن للمحكمة أن تمارس اختصاصها بالنظر فيها، بالإضافة لإجراءات السير في الدعوى أمامها (المبحث الثاني).

وكما قرّر أن الممارسة الفعلية لإختصاص المحكمة يخضع للقرار الذي سيتخذ بعد الأول من جانفي 2017 من قبل الأغلبية للدول الأطراف في النظام الأساسي، وهي نفس الأغلبية المطلوبة لإعتماد أي تعديل في النظام الأساسي⁽¹⁹⁾.

المبحث الأول: تعريف جريمة العدوان وأركانها

إنّ تعريف العدوان له فائدة قانونية، حيث سيعدّ تأكيداً لمبدأ الشرعية كقاعدة جوهرية وهامة تعتمدها معظم التشريعات الجنائية المحلية، ويساهم في تدعيم مبدأ المسؤولية الفردية على الصعيد الدولي، وضبط كافة أركانه، لأن غياب ذلك التعريف من شأنه أن يؤدي إلى تهرّب الدول من الإعتراف بإقترافها لذلك الفعل وتنتسّر وراء حجج شتى: كالدفاع الشرعي وسواها، وهذا من جهة.

وفي هذا الإطار، تعددت محاولات وضع تعريف للعدوان، وأهمّها التعريف الوارد في القرار رقم 3314(1974)، والذي إتّخذته الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة⁽²⁰⁾، ومشروع تعديل النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، وهي كلّها محاولات تنصبّ على تجريم عمل العدوان، ومعاقبة الدول أو الأفراد الذين يقترفون هذه الجريمة(المطلب الأول).

ومن خلال تعريف العدوان نستخلص أهم أركان هذا العمل غير المشروع أو هذه الجريمة الدولية، وهي لا تخرج عن أركان الجرائم الدولية الأخرى التي تختص المحكمة بالنظر فيها، لكونها يتوفّر فيها الركن المادي، المعنوي، والشرعي(المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف جريمة العدوان في ظل النظام الأساسي

بقيت مسألة تعريف جريمة العدوان محل نقاش مستفيض بين الدول، وكانت من ضمن أهم النقاط التي عرقلت المحاولات السابقة المتعددة لإنشاء المحكمة، وهذا نظرا لحساسية المسألة وإختلاف الدول حول دور مجلس الأمن في إقرار وقوع الجريمة⁽²¹⁾.

وتقدمت الدول أمام اللجنة التحضيرية الخاصة بجريمة العدوان بعدة مقترحات حول عناصر الجريمة، ودور المجلس في مواجهتها وشروط ممارسة المحكمة لاختصاصها على هذه الجريمة. وإنقسمت آراء هذه الدول إلى ثلاث مواقف، منها المقترح الأمريكي والذي تسانده الدول الأعضاء في مجلس الأمن، وإقتراح ألمانيا الذي تسانده دول الإتحاد الأوروبي⁽²²⁾، وإقتراح الدول العربية، والذي لاقى قبولا من عدّة دول، خاصة منها الدول النامية⁽²³⁾.

جاءت كل محاولات تعريف العدوان متطابقة مع أحكام ميثاق الأمم المتحدة، حيث لم تخرج عن إطاره، وهي تعترف كلّها بأنّ العدوان يتميّز بكونه عمل غير مشروع ويخالف إلتزام دولي مستمد من قاعدة أمره للقانون الدولي العام، والتي تتمثل في: منع إستخدام القوة والتهديد بإستعمالها⁽²⁴⁾.

وتدور، حاليا، كل المناقشات حول هذا الموضوع على أساس أنّ العدوان هو فعل غير مشروع ترتكبه الدولة(الفرع الأول)، وبأنّه جريمة دولية يرتكبها القادة السياسيين أو العسكريين داخل هذه الدولة، وتختص بالنظر فيها المحكمة الجنائية الدولية(الفرع الثاني).

وهذا ما يظهر جليا في التعديل الوارد على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، والذي إعتمده المؤتمر الإستعراضي لجمعية الدول الأطراف، حيث جعل من عمل العدوان جريمة دولية يرتكبها الشخص أو الأشخاص الذين يتحكمون في العمل السياسي أو العسكري داخل الدولة أو من توجيهه، وتختص المحكمة بالنظر فيها⁽²⁵⁾، وعمل غير مشروع ترتكبه الدولة بإستعمالها للقوة المسلحة ضد السلامة الإقليمية أو الإستقلال السياسي لدولة أخرى، وفقا لما يقضيه القرار رقم 3314 والمؤرخ في 14 ديسمبر 1974⁽²⁶⁾.

الفرع الأول: العدوان فعل صادر عن الدولة

يعني "فعل العدوان"، حسب الفقرة الثانية من المادة (8) مكرّر من مشروع التعديل الوارد على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، استعمال القوة المسلحة من جانب دولة ما ضد سيادة دولة أخرى أو سلامتها الإقليمية أو استقلالها السياسي، أو بأي طريقة أخرى تتعارض مع ميثاق الأمم المتحدة⁽²⁷⁾.

وتنطبق صفة فعل العدوان، حسب النص المشار إليه أعلاه، على أي فعل من الأفعال الواردة في قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 3314(XXIX) المؤرخ في 14 ديسمبر 1974، سواء بإعلان حرب أو بدونه⁽²⁸⁾.

وتكمن أهمية هذا القرار في إحالة مشروع تعديل النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية إليه⁽²⁹⁾، وتطبق ضد الدول التي ترتكب الأعمال المشار إليها فيه كل التدابير الواردة في الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، والتي يتخذها مجلس الأمن بناء على السلطات المخولة له في هذا الميثاق⁽³⁰⁾.

ويحتوي القرار رقم 3314(1974) على ديباجة، وثمانية مواد تتضمن تعريف العدوان، وقرينة البدء في العدوان، ثمّ بعض صور العدوان التي جاءت على سبيل المثال لا الحصر، والعلاقة بين العدوان والدفاع الشرعي من جهة، وبين العدوان وحق تقرير المصير من جهة أخرى، وثمّ يبيّن سلطات مجلس الأمن في إقرار وقوع العدوان⁽³¹⁾.

وجاء في تعريف الجمعية العامة ما يلي:

"العدوان هو استعمال القوة المسلحة من قبل دولة ما ضد سيادة دولة أخرى أو سلامتها الإقليمية أو استقلالها السياسي، أو بأية صورة أخرى تتنافى مع ميثاق الأمم المتحدة، وفقا لنص هذا التعريف".

ولا يختلف هذا التعريف عن ما جاء في الفقرة الثانية من المادة (8) مكرّر من مشروع تعديل النظام الأساسي للمحكمة، لأنّ هذه الأخيرة تحيلنا صراحة ومباشرة إلى ما ورد في القرار رقم 3314(1974). وتضيف المادة 2 من القرار أنّ:

"المبادأة باستعمال القوة من قبل دولة ما خرقا للميثاق تشكل بينة كافية مبدئيا على ارتكابها عملا عدوانيا، وإن كان لمجلس الأمن، طبقا للميثاق، أن يخلص إلى أنه ليس هناك عملا عدوانيا قد ارتكب وذلك في ضوء ملابسات أخرى وثيقة الصلة بالحالة، بما في ذلك أن تكون التصرفات محل البحث أو نتائجها ليست ذات خطورة كافية".

ويفهم من ذلك أنّ تقدّم دولة معينة بالبدء في القيام بأعمال تتضمن استعمال القوة ضدّ السلامة الإقليمية أو الاستقلال السياسي لدولة أخرى يكفي لإقرار ارتكابها لعمل العدوان، وهذا لا يمس بالسلطة التقديرية لمجلس الأمن في إثبات عكس ذلك أو عدم وجود العدوان.

ومن جهة أخرى حدّدت المادة 3 من القرار الأعمال التي تنطبق عليها صفة العمل العدواني، والتي تتمثل فيما يأتي:

(أ) قيام القوات المسلحة لدولة ما بغزو إقليم دولة أخرى أو الهجوم عليه، أو أي احتلال عسكري، ولو مؤقتاً، ينجم عن مثل هذا الغزو أو الهجوم، أو أي ضم لإقليم دولة أخرى أو لجزء منه باستعمال القوة؛
(ب) قيام القوات المسلحة لدولة ما بقذف إقليم دولة أخرى بالقنابل، أو استعمال دولة ما أية أسلحة ضد إقليم دولة أخرى؛

(ج) ضرب حصار على موانئ دولة ما أو على سواحلها من قبل القوات المسلحة لدولة أخرى؛
(د) قيام القوات المسلحة لدولة ما بمهاجمة القوات المسلحة البرية أو البحرية أو الجوية أو الأسطولين التجاريين البحري والجوي لدولة أخرى؛

(هـ) قيام دولة ما باستعمال قواتها المسلحة الموجودة داخل إقليم دولة أخرى بموافقة الدولة المضيفة، على وجه يتعارض مع الشروط التي ينص عليها الاتفاق، أو أي تمديد لوجودها في الإقليم المذكور إلى ما بعد نهاية الاتفاق؛

(و) سماح دولة ما وضعت إقليمها تحت تصرف دولة أخرى بأن تستخدمه هذه الدوبة لارتكاب عمل عدوان ضد دولة ثابتة؛

(ز) إرسال عصابات أو جماعات مسلحة أو قوات غير نظامية أو مرتزقة من قبل دولة ما أو باسمها تقوم ضد دولة أخرى بأعمال من أعمال القوة المسلحة تكون من الخطورة بحيث تعادل الأعمال المعددة أعلاه، أو اشتراك الدولة بدور ملموس في ذلك.

ومراعاة لما يقضي به ميثاق الأمم المتحدة يحتفظ القرار بالسلطة التقديرية لمجلس الأمن في إضافة أعمال أخرى غير المشار إليها في المادة الثالثة من القرار رقم 3314(1974)⁽³²⁾، وهذا ما تأكده المادة 6 منه، والتي تنص على أنه:

" ليس في هذا التعريف ما يجوز تأويله على أنه توسيع أو تضيق بأية صورة لنطاق الميثاق، بما في ذلك أحكامه المتعلقة بالحالات التي يكون استعمال القوة فيها قانونياً".

وفي كل الأحوال، لا يمكن للدول أن تتخذ الإعتبارات السياسية أو الإقتصادية أو العسكرية، أيا كانت طبيعتها، كمبررات لارتكاب عدوان، حيث تعتبر الحرب العدوانية جريمة ضد السلم الدولي وترتب المسؤولية الدولية.

رغم أهمية الخطوة التي إتخذتها الجمعية العامة للأمم المتحدة، إلا أن القرار يبقى مجرد توصية لا تتمتع بالقيمة القانونية الملزمة، ولا تضع أي إلتزامات قانونية على عاتق الدول أو أجهزة الأمم المتحدة⁽³³⁾.

وكما يجوز لمجلس الأمن عدم التقيد بها، سواء بإتخاذه لقرار وجود حالة عدوان غير واردة في التوصية أو عدم وجودها، وهذا لو كانت واردة ضمن القائمة التي تضمنتها التوصية، لأنه هو صاحب القرار النهائي في إستخلاص وقوع عمل من أعمال العدوان⁽³⁴⁾، إستناداً للمادة 39 من ميثاق الأمم المتحدة⁽³⁵⁾.

وبالتالي، لا تهدف التوصية إلى تحديد سلطات المجلس، بل هي وثيقة مرشدة لعمل المجلس، وصالحة للاستعمال المستمر في القانون الدولي، وليستقر المجتمع الدولي على إتباعها وتصبح مع مرور الوقت عرف دولي ملزم على الدول والمنظمة⁽³⁶⁾.

وبذلك حافظ القرار رقم 3314، مثلما شدّد عليه مندوبي المملكة المتحدة والإتحاد السوفياتي سابقا⁽³⁷⁾، على جميع سلطات مجلس الأمن المقررة له في ميثاق الأمم المتحدة، وبدون شك سيطغى طابعه السياسي على أعماله، لأن ضمان الشرعية الدولية ليست من أهدافه، بل هدفه هو الحفاظ على السلم والأمن الدوليين، ولو على حساب تلك الشرعية.

وكما يمكن للأعضاء الدائمين في المجلس أن يتستروا خلفه لمعارضة كل مشروع قرار يهدف إلى إحالة مسؤولين في دولهم أو في الدول الحليفة لها أمام الهيئات القضائية، وهذا ما سيؤثر سلبا على موضوعية دور المحكمة الجنائية الدولية وتعاملها مع القضايا الدولية في حالة ما إذا تقيّد إختصاصها بقرارات مجلس الأمن.

ويعاب أيضا على القرار كونه يجرّم أعمال العدوان الصادرة عن الدول، ويهتم بمسؤوليتها الدولية عن ذلك، دون أن تضع أحكام خاصة بالمسؤولية الجنائية الدولية للأفراد عند ارتكابهم لأعمال العدوان. ولكل هذه الأسباب، يمكن القول أنّ القرار رقم 3314 يتخذ في سياق مختلف عن النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، حيث يتميز بطابع سياسي يرمي إلى تحقيق غرض متناقض مع مبادئ القانون الجنائي الدولي، وتراضي سياسي تمّ التوصل إليه بعد مناقشات طويلة وشاقة.

وعليه، يستحيل أعمال أحكام هذا القرار في إطار جهاز قضائي، لأنّ المحكمة تعمل بموجب مبدأ المشروعية، أي لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، والذي يتطلب صرامة ودقة في النصوص القانونية التي يطبقها.

الفرع الثاني: العدوان جريمة يرتكبها الأفراد

تعني "جريمة العدوان"، حسب الفقرة الأولى من المادة (8) مكرّر من مشروع تعديل النظام الأساسي، قيام شخص ما، له وضع يمكنه فعلا من التحكم في العمل السياسي أو العسكري للدولة أو من توجيه هذا العمل، بتخطيط أو إعداد أو بدء أو تنفيذ فعل عدواني يشكل، بحكم طابعه وخطورته ونطاقه، انتهاكا واضحا لميثاق الأمم المتحدة⁽³⁸⁾.

ويبدو من خلال تحليل التعريف المذكور أعلاه أنّ فريق العمل الخاص بتعريف جريمة العدوان ركّز في تعريفه للعدوان على الجاني، كونها جريمة القيادة، أي أنّ الجاني، حسب هذا الفريق، يجب أن يكون في وضع يتيح له أن يتحكم أو يوجه العمل السياسي أو العسكري للدولة عند ارتكاب جريمة العدوان. وبالتالي، تتخذ المسؤولية الدولية عن ارتكاب أعمال العدوان وجهين لعملة واحدة، حيث يمكن أن تطرح مسؤولية الدولة عن إنتهاك القانون الدولي بسبب مساسها بسيادة دولة معينة أو بإستقلالها السياسي.

وكما يمكن أن تطرح مسؤولية الأفراد بسبب تخطيطهم لشن هجوم ضد مصالح دولة معينة⁽³⁹⁾، وهي المسؤولية التي تهم المحكمة الجنائية الدولية في المقام الأول، لأن إختصاصها لا يشمل مسؤولية الدول عن ارتكابها هذه الأعمال⁽⁴⁰⁾.

وهذا ما إتجهت إليه لجنة القانون الدولي سنة 1996 في مشروعها المتعلق بالجرائم التي تمسّ بسلم وأمن البشرية⁽⁴¹⁾، وكذلك النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، والذي أكدّ هو الآخر، على مسؤولية الدولة عن الجرائم الدولية⁽⁴²⁾.

غير أنّ هذا الإتجاه لا يقصد منه إمكانية مسائلة الدولة جنائياً، حيث لا تعدو مسائلها أن تكون مدنية عن طريق دفع التعويضات، كوسيلة لجبر الضرر المترتب على الجريمة الدولية التي ارتكبها الشخص الذي ينتمي إليها، والذي حكم عليه جنائياً عن هذه الجريمة.

وعليه، تكون طبيعة مسؤولية الدولة عن ارتكاب جريمة العدوان مسؤولية مدنية، قائمة على الفعل غير المشروع دولياً، أو على نظريتي الخطأ والمخاطر⁽⁴³⁾، لأنه لا وجود لمفهوم المسؤولية الدولية الجنائية للدولة، وهذا ما يظهر جلياً من حقيقة أنّ النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لا يحتوى على نوعية تلك المسؤولية⁽⁴⁴⁾.

وأما المسؤولية الجنائية الدولية تنطبق على الأشخاص الطبيعيين بأشخاصهم وصفاتهم، مع ضرورة عدم منحهم حصانات تؤدي إلى الإفلات من الجرائم المنسوبة إليهم، وفقاً لما تقضي به الفقرة الأولى من المادة (27) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية⁽⁴⁵⁾.

وهذا ما يفسر الإختصاص الثنائي للنظر في جريمة العدوان، حيث ينظر مجلس الأمن في أعمال العدوان التي ترتكبها الدول، بينما تنظر المحكمة الجنائية الدولية في جرائم العدوان التي يرتكبها الأفراد المتحكمين أو المسيرين للنشاط السياسي والعسكري في الدولة، مثلما أشارت إليه محكمة نورمبرغ⁽⁴⁶⁾.

المطلب الثاني: أركان جريمة العدوان

إعتمد التعديل الوارد على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على الأركان المتفق عليها في القرار رقم 3314(1974)، وأضاف أركان أخرى تتجاوب مع أحكام المسؤولية الجنائية الفردية، وهي تساعد المحكمة في تفسير وتطبيق المواد 6 و7 و8 و8 مكرراً من نظامها الأساسي.

وتتمثل هذه الأركان في الركن المادي(الفرع الأول)، والمعنوي(الفرع الثاني)، والدولي(الفرع الثالث).

ولدى تقرير ما إذا كان فعل العدوان يمثّل انتهاكاً واضحاً لميثاق الأمم المتحدة، يجب أن تكون الأركان الثلاثة، أي الطبيعة والخطورة والنطاق، كافية لتبرير تقرير الانتهاك "الواضح"، ولا يجوز إعتبار أحد الأركان كافياً وحده للوفاء بمعيار التقرير الواضح لإرتكاب جريمة أو عمل العدوان.

وبما أنّ العدوان هو أخطر أشكال الاستخدام غير المشروع للقوة، فإنّ تحديد ما إذا كان قد ارتكب فعل عدواني يتطلب أن تؤخذ في الاعتبار جميع الظروف الخاصة بكل حالة، بما في ذلك خطورة الأفعال المرتكبة وعواقبها، وفقاً لميثاق الأمم المتحدة.

الفرع الأول: الركن المادي

يقصد به السلوك المادي الملموس، سواء كان إيجابياً أو سلبياً، والذي يفضي إلى نهاية يؤتمها القانون.

ويتمثل الركن المادي في جريمة العدوان في ارتكاب الدولة للنشاط الإجرامي المكون لهذه الجريمة، والذي مفاده، وفقاً لأحكام لائحة نورمبرغ (المادة 1/6)، ارتكاب أحد أفعال التنظيم والتحضير، لشن الحرب العدوانية أو إدارتها أو المؤامرة على ارتكاب أيّاً من الأفعال السابقة.

وبالتالي، تعتبر جريمة العدوان جريمة قيادة، حيث يصدر السلوك المادي فيها في صورة أمر صادر من شخص مسئول حاكم أو قيادي يأمر فيه القيام بفعل عدائي ضد دولة أخرى، ويكون الجاني فيها، في وضع يتيح له أن يتحكم أو يوجه العمل السياسي أو العسكري للدولة عند ارتكاب جريمة العدوان.

وفي هذا الإطار تنص الفقرة 3 مكرّر من المادة 25 من النظام الأساسي: "فيما يتعلق بجريمة العدوان، لا تطبق أحكام هذه المادة إلا على الأشخاص الذين يكونون في وضع يمكنهم من التحكم فعلاً في العمل السياسي أو العسكري للدولة أو من توجيهه".

ويفهم من ذلك أنّ الركن المادي يقوم على فعل عدائي وأمر صادر من شخص يتمتع بسلطة إصدار الأمر، فالفعل العدائي أو العدوان لا يكون إلا باستعمال القوة المسلحة على هيئة الهجوم لا الدفاع، لأنّ الدفاع، أي "الدفاع الشرعي"، يعتبر أمر مشروع يعفي الدولة من المسائلة⁽⁴⁷⁾.

ويتكون الركن المادي من العناصر الآتية:

أ- التنظيم والتحضير:

ينطوي هذا الفعل على قيام مرتكب الجريمة بتخطيط فعل عدواني أو بإعداده أو بدئه أو تنفيذه⁽⁴⁸⁾، أي على القيام بالإستعدادات العسكرية التي من شأنها أن تنبئ بوقوع الحرب، كدعوة الجيش إلى حالة الطوارئ وإستدعاء الجنود الإحتياطيين أو شراء الأسلحة، وهي كلها قرائن تثبت إستعداد الدولة لشن الهجوم المسلح، ويجب أن تصدر هذه الأفعال عن مسؤول عسكري أو سياسي له وزن في الدولة.

ب- البدء في حرب عدوانية:

ينطوي هذا الفعل على الإنتهاك الجسيم لأحكام القانون الدولي والأعراف الدولية، ويعدّ الفعل بحدّ ذاته مساساً بالسلم والأمن الدوليين، وبالمبادئ التي تقوم عليها منظمة الأمم المتحدة، كمبدأ منع اللجوء إلى إستخدام القوة، وحل النزاعات الدولية حلاً سلمياً⁽⁴⁹⁾.

ج- إدارة الحرب العدوانية:

يقوم هذا الفعل على أساس إصدار القائد العسكري أو الشخص الذي له سلطة القرار في الدولة لأوامر، لكل من مرؤوسيه في الجيش والقوات المسلحة، للقيام بعمليات عسكرية ضد دولة أخرى، كالقصف بالقنابل وغيرها من الوسائل المستخدمة لهذا الغرض⁽⁵⁰⁾.

ويكون مرتكب الجريمة شخص أو عدة أشخاص يكونوا في وضع يمكنهم من التحكم فعلا في العمل السياسي أو العسكري للدولة التي ارتكبت فعل العدوان أو من توجيه هذا الفعل⁽⁵¹⁾.

د- المساهمة في مخطط مدروس لإرتكاب الحرب العدوانية أو المؤامرة على إرتكابها:

ينطوي هذا الفعل على مشاركة الشخص في إعداد الخطط اللازمة لشن الحرب ضد الدولة المعتدى عليها، كتسليح الجيش وتقديم الدعم له من معدات عسكرية وغيرها.

ونتصور في هذه الحالة أن يكون الشخص المساهم في وضع المخطط العسكري من رجال صنع القرار داخل الدولة، وتلقى كامل المسؤولية الدولية عليهم، ولا يعتد بصفقتهم الرسمية عند محاكمتهم أمام المحكمة⁽⁵²⁾.

أما فيما يتعلق بالتأمر على إرتكاب جريمة العدوان، فيتم بإتفاق شخصين أو أكثر من رجال السلطة في الدولة المعتدية على البدء في الأعمال العسكرية الهجومية ضد دولة ما، وإرتكاب أفعال من شأنها أن تكيف بأنها جرائم دولية موجهة ضد السلام⁽⁵³⁾.

ولكي تنتظر المحكمة الجنائية الدولية في جريمة العدوان يجب أن تتوفر فيها مواصفات معينة، ومنها أن يكون العدوان ذات درجة معتبرة من الخطورة، من حيث الإصابات، والظروف والحدّة والجسامة، وكما يجب أن ترتكب على مجال واسع وتتعدى حدود الجريمة العادية.

ومن المواصفات الأخرى التي يجب أن تتوفر في الفعل المادي ما يلي:

أ- أن ترتكب دولة ما عملا عدوانيا من الأعمال المشار إليها على النحو المحدد في قرار الجمعية العامة 3314، والمشار إليها سابقا⁽⁵⁴⁾.

ب- أن يكون مرتكب الفعل على علم بأن أفعال الدولة تمثل عملا عدوانيا.

ج- أن يشكل العمل العدواني بحكم خصائصه وخطورته ونطاقه انتهاكا صارخا لميثاق الأمم المتحدة⁽⁵⁵⁾.

د - أن يكون الهجوم المسلح على قدر من الجسامة، حتى يبرر تكييف مجلس الأمن لهذا الفعل بأنه عمل عدواني، وذلك بسبب خطورته على العلاقات الدولية والسلم والأمن الدوليين.

ثانيا: الركن المعنوي

يقصد بهذا الركن توافر القصد الجنائي لدى الجاني في إرتكاب جريمة العدوان، ويتطلب هذا القصد توافر عنصرين العلم والإرادة، أي علم الجاني بأن من شأن نشاطه أن يؤدي إلى الإعتداء على سلامة وحرية إقليم دولة ما وانتهاك سيادتها ووحدة أراضيها وإزهاق أرواح مواطنيها وإدارته لهذا النشاط.

وكما يجب أن يكون مرتكب الجريمة مدركا للظروف الواقعية التي تثبت أن استعمال القوة المسلحة على هذا النحو يتعارض مع ميثاق الأمم المتحدة⁽⁵⁶⁾، وبأن ما يرتكبه من نشاط يعدّ محظورا في المجتمع الدولي ويستوجب المساءلة.

أما الركن المعنوي في جريمة التآمر، فينصرف إلى توافر العلم والإرادة لدى الجاني بأن الإتفاق الذي يقصده إنما يستهدف ارتكاب فعلا إجراميا يعدّ من الجرائم الموجهة ضد السلام، وكذا إنصراف إرادته إلى ذلك.

وتعدّ جريمة العدوان كحال باقي الجرائم الدولية عمدية، يجب أن يتوفّر فيها القصد الجنائي مع "العلم والإرادة"، أي علم الفاعل بتجريم الفعل وتوجه إرادته لارتكابه، وعلم الجاني بعدم مشروعية العدوان وقيامه به يكفي لمساءلة القانونية.

ومن المواصفات التي يجب أن تتوفّر في الجاني لإثبات علمه بالجريمة:

- أن يكون مرتكب الفعل في وضع يتيح له أن يتحكم أو يوجه العمل السياسي أو العسكري للدولة التي ترتكب العمل العدواني.
- أن يكون مرتكب الفعل في ذلك الوضع عن علم.
- أن يأمر مرتكب الفعل بتخطيط العمل العدواني أو الإعداد له أو شنّه، أو أن يشارك فيه مشاركة فعلية.
- أن يقترب مرتكب الفعل عن قصد وعلم.

وبالتالي، قيام طيار عسكري بشن غارة جوية ضد دولة مجاورة دون صدور أمر لذلك أي من وليد إرادته لا يشكل جريمة عدوان، لأن الفعل قد تمّ دون أمر صادر من مسئول حاكم أو قيادي، أي بمعنى أدقّ الفعل لم يتم باسم الدولة أو بناء على خطتها، ولا يتوفر فيه القصد اللازم لارتكاب جريمة العدوان.

ثالثا: الركن الدولي

لقيام هذا الركن ينبغي أن يتم العدوان باسم الدولة أو بناء على خطتها أو برضاها على وقوع فعل العدوان ضد دولة أخرى، وأن تصدر الأوامر المتضمنة شن الهجوم عسكري من السلطات العليا فيها.

وقد يتخذ هذا الهجوم في صورة غير مباشرة، كلجوء الدولة المعتدية إلى إرسال عصابات أو جماعات مسلحة أو قوات غير نظامية أو مرتزقة من جانبها أو باسمها تقوم ضد دولة أخرى بأعمال من أعمال القوة المسلحة⁽⁵⁷⁾.

وتطبّق المحكمة الجنائية الدولية أساسا في تجريم العدوان والمعاقبة عليه على نظامها الأساسي، وعلى أركان الجرائم التي صادقت عليها.

وكما تطبق المحكمة أيضا المعاهدات الواجبة التطبيق ومبادئ القانون الدولي وقواعده، بما في ذلك المبادئ المقررة في القانون الدولي للمنازعات المسلحة، وكذا المبادئ العامة للقانون التي تستخلصها من

القوانين الوطنية للنظم القانونية في العالم، حسبما يكون مناسباً، شريطة ألا تتعارض هذه المبادئ مع هذا النظام الأساسي ولا مع القانون الدولي ولا مع القواعد والمعايير المعترف بها دولياً⁽⁵⁸⁾.

وتعمل المحكمة بموجب مبدأ المشروعية، أي لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، ولا يسأل الشخص جنائياً بموجب نظامها الأساسي ما لم يشكل السلوك المعنى، وقت وقوعه، جريمة تدخل في اختصاصها⁽⁵⁹⁾.

ويمكن لها أن تكيّف سلوك معين على أنه سلوك إجرامي بموجب القانون الدولي خارج إطار نظامها الأساسي، وفقاً لما تقضي به الفقرة الثالثة من المادة 22 من نظامها الأساسي⁽⁶⁰⁾، ولا تعاقب الأشخاص إلا وفقاً له، إبتدأ لما تقضي به المادة 23 من النظام الأساسي⁽⁶¹⁾.

المبحث الثاني: شروط ممارسة المحكمة لإختصاصها بالنظر في جريمة العدوان وإجراءات السير في الدعوى

تتقيد المحكمة الجنائية الدولية قبل النظر في جريمة العدوان بشروط محدّدة واردة في مشروع تعديل نظامها الأساسي، وهي شروط تختلف عن الشروط الأخرى اللازمة لممارسة المحكمة لإختصاصاتها بالنظر في الجرائم الأخرى (المطلب الأول).

وإذا توفّرت الشروط اللازمة تتبّع المحكمة، عند النظر في جريمة العدوان، إجراءات محدّدة لسير الدعوى أمامها، وهي إجراءات إستثنائية تختلف عن الإجراءات المعتادة التي تتبّعها عند نظرها في الجرائم الأخرى التي تدخل في إختصاصها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: شروط المسبقة لممارسة المحكمة لإختصاصها بالنظر في جريمة العدوان

تطبق المحكمة، مجموعة من القواعد التي تتحكم في ممارسة إختصاصاتها، وتلتزم بمراعاة الإجراءات اللازمة قبل الشروع بالنظر في جريمة العدوان، وهي الشروط العامة لممارسة لإختصاصها (الفرع الأول).

ويضاف إلى هذه الشروط شرط آخر أكثر أهمية، ويتعلق بإتخاذ مجلس الأمن لقرار بوقوع العدوان من عدمه، وهو قيد أساسي قبل الشروع في التحقيق والمحاكمة في جريمة العدوان (الفرع الثاني).

وفي هذا الإطار، يميّز النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بين الحالات التي يشرع المدعي العام بالتحقيق فيها من تلقاء نفسه وكذا التي تحيلها الدول، وبين الحالات التي يحيلها إليه مجلس الأمن.

ففي الحالات التي تحيلها الدول أو التي يشرع المدعي العام بالتحقيق فيها من تلقاء نفسه تلتزم المحكمة بمراعاة كل الشروط المحدّدة في النظام الأساسي للمحكمة وفي مشروع تعديله. بينما تعفى من هذه الشروط في حالة ما إذا صدرت الإحالة من مجلس الأمن.

الفرع الأول: الشروط العامة لممارسة المحكمة لإختصاصها بالنظر في جريمة العدوان

وردت هذه الشروط في الأحكام المشتركة للنظام الأساسي، والمتعلقة بممارسة المحكمة لإختصاصاتها، وهي تنطبق على كل الجرائم التي تدخل ضمن إختصاصها. وهذه الشروط تتمثل فيما يلي:

أولاً: الإلتزام بمبدأ التكاملية

يقصد به أنه لا يمكن للمحكمة أن تتصدى لدعوى معينة تكون من الإختصاص الأصلي للقضاء الوطني، وهي من بين المبررات التي آلت إلى وضع هذا المبدأ، ولا يمكن لها الإستحواذ على هذا الإختصاص إلا إذا وقعت حالة من الحالات المشار إليها في المادة 17 من النظام الأساسي، والتي تتمثل في عدم رغبة القضاء الوطني في محاكمة المسؤولين عن الجرائم التي تدخل في إختصاص المحكمة الجنائية الدولية أو عدم القدرة على ذلك⁽⁶²⁾.

ويفهم من ذلك أنّ المحكمة تمارس إختصاص تكاملي مع القضاء الوطني، حيث يتمتع هذا الأخير بالأولوية بالنظر في هذه الجريمة، على غرار الجرائم الأخرى، وهذا إستناداً للفقرة 10 من ديباجة النظام الأساسي والمادة (1) منه⁽⁶³⁾، ويترتب عن ذلك، إلتزامها بمبدأ عدم محاكمة الشخص مرتين، وفقاً لما تقضي به المادة 20 من النظام الأساسي للمحكمة⁽⁶⁴⁾.

وعليه، نكتشف أن مبدأ التكاملية يعين الحدود الفاصلة بين ما يدخل في إختصاص القضاء الوطني، وما يدخل في إختصاص المحكمة الجنائية الدولية.

ويثير مبدأ التكاملية غموضاً كبيراً في ممارسة المحكمة لإختصاصها بالنظر في جريمة العدوان، وهذا بسبب تدخل مجلس الأمن في إجراءات سير الدعوى أمامها، حيث يشكل شرط إتخاذ المجلس لقرار وقوع العدوان من عدمه إجراءً ضرورياً من إجراءات سير الدعوى.

وبالتالي، يترتب قراره آثار قانونية تمس بمبدأ التكاملية، حيث يعفي المحكمة من التقيد به وإعماله على القضايا التي تتضمن إرتكاب جريمة العدوان، ويأخذ هذا المبدأ مجالاً ضيقاً ضمن إجراءات سير الدعوى أمام المحكمة والشروط اللازمة لذلك⁽⁶⁵⁾.

وفي هذا الإطار، غالباً ما تمتنع الدول في حالات إرتكاب العدوان عن التحقيق في الجرائم التي ترتكب في ظلّها أو مقاضاة المسؤولين عنها، وكما تعلن صراحة عن عدم رغبتها في مقاضاة الأشخاص الذين يرتكبون هذا النوع من الجرائم، أو تكون الدولة غير قادرة على محاكمة هؤلاء الأشخاص أمام محاكمها الداخلية بسبب نفوذهم في السلطة وتمتعهم بحماية أمنية كبيرة.

وفي كلتا الحالتين المذكورتين أعلاه، توصف الدولة بأنّها غير قادرة أو غير راغبة في التحقيق ومقاضاة الأشخاص الذين إرتكبوا جريمة العدوان، وتفتح المجال أمام المحكمة الجنائية الدولية للتحقيق فيها ومقاضاتهم إستناداً لما هو وارد في المادة 17 من نظامها الأساسي.

ثانياً: الإختصاص الزمني

لقد أخذ النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بالقاعدة العامة المطبقة في جميع الأنظمة القانونية الرئيسية في العالم، والتي تقضي بعدم جواز تطبيق القوانين الجنائية بأثر رجعي.

ويقصد بهذه القاعدة بأن القوانين العقابية لا تنطبق إلا على الجرائم التي ترتكب بعد دخولها حيز النفاذ، أي أنها تنطبق بأثر فوري ومباشر، ولا ترتدّ إلى الماضي لكي تنطبق على الجرائم التي وقعت قبل نفاذها وتطبيقها.

لذلك لا يمكن للمحكمة أن تمارس إختصاصها بالنظر في جريمة العدوان إلا بعد دخول هذا التعديل الوارد على النظام الأساسي حيز التنفيذ القانوني إتجاه الدولة المعنية، أي لن يتسع إختصاصها ليشمل جميع جرائم العدوان التي ترتكب فيما مضى أو التي ترتكب قبل دخول التعديل حيز التنفيذ⁽⁶⁶⁾.

وفي هذا الإطار، تقضي المادة 15 مكرّر من النظام الأساسي بأنه: "لا تمارس المحكمة إختصاصها على جريمة العدوان إلا بعد صدور قرار من قبل جمعية الدول الأطراف، والذي يتخذ بعد الأول من جانفي 2017، ويتخذ هذا القرار بأغلبية الدول الأطراف داخل الجمعية العامة، وهي نفس الأغلبية المطلوبة لاعتماد تعديلات على النظام الأساسي".

وكما لا يجوز للمحكمة، وفقا للمادة المذكورة أعلاه، أن تمارس إختصاصها إتجاه هذه الجريمة إلا بعد مرور سنة واحدة على مصادقة أو قبول التعديلات من ثلاثين دولة طرف.

وفي هذا السياق، قرّرت الدول في المؤتمر الإستعراضي أنّ إعتقاد التعديلات الواردة في المرفق الأول لقرار التعديل، تبقى رهناً بالتصديق عليها أو قبولها، والتي تدخل حيز النفاذ كما هو مقرّر في الفقرة 5 من المادة 121 من النظام الأساسي⁽⁶⁷⁾.

و يأخذ علماً أنّ كل دولة طرف بإمكانها قبل المصادقة أو القبول إدراج إعلان لدى كتابة الضبط، والمشار إليه في المادة 15 مكرر، تعلن بموجبه مسبقاً أنّها لا تقبل إختصاص المحكمة بالنظر في جريمة العدوان التي ترتكب على إقليمها. ويمكن أن يتم سحب هذا الاعلان في أي وقت.

وتذهب العديد من الآراء إلى أنّ تبني النظام الأساسي لمبدأ الإختصاص المستقبلي إنما هو تطبيق للقاعدة العامة النافذة في جميع الأنظمة القانونية الرئيسية في العالم، والتي تقضي بعدم جواز تطبيق القوانين الجنائية بأثر رجعي، حيث أنّ هذه القوانين تسري عادة بأثر فوري ومباشر، ولا ترتدّ على الماضي لتطبق على الجرائم التي وقعت قبل نفاذها⁽⁶⁸⁾.

وهو ما يعدّ أيضا نتيجة طبيعية ولازمة لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، لأنه إذا سلمنا بإمكان سريان نص التجريم على الماضي، فيؤدي ذلك إلى إنكار مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

ولعلّ الإشكال المطروح في هذا السياق يتعلّق بجريمة العدوان المستمرة، مثل قيام دولة معينة بالعدوان على دولة أخرى قبل دخول التعديل حيز التنفيذ ونجم عن ذلك إحتلال وضم لإقليم الدولة المعتدية، فما هو موقف المحكمة من أعمال التخطيط والإعداد والأمر بإحتلال هذا الإقليم؟ وما هو موقفها

من العدوان الذي يرتكب قبل دخول النظام الأساسي المحكمة أو التعديل الذي يطراً عليه والذي يترتب آثار مستمرة حتى بعد دخول التعديل حيز التنفيذ؟

لم يتخذ النظام الأساسي للمحكمة موقف حيال هذه المسألة، لكن يمكن أن نستخلص أنّ المحكمة تنظر إلى الأفعال وقت وقوعها، وليس وقت إنتهائها، لأنه من غير المتصور أن تنظر المحكمة في جرائم العدوان التي ترتكب قبل دخول التعديل حيز التنفيذ، حتى ولو رتبت آثار مستمرة على الدولة المعتدية. وعليه، لا يجوز للمحكمة أن تنظر في العدوان الذي يرتكب قبل دخول التعديل حيز التنفيذ إلا إذا صاحب هذا الإعتداء ارتكاب لجرائم أخرى تدخل في إختصاص المحكمة⁽⁶⁹⁾.

وتجنباً لنوع من الغموض في تحديد قواعد الإختصاص الزمني، يجب على الدول أن تتخذ حكماً في هذه المسألة، وأن تضيف إلى المادة السابقة أنّ لا تنظر في الأفعال التي تقع قبل ذلك، حتى ولو رتبت آثار بعد ذلك.

ثالثاً: الإختصاص الشخصي والمكاني

رتبت الفقرة الثانية من المادة (12) من النظام الأساسي قاعدة هامة من قواعد ممارسة الإختصاص، وهي عدم إنقضاء الإختصاص الشخصي التبعي للمحكمة إلا إذا تحقق القبول المسبق لولايتها من قبل دولة جنسية المتهم أو دولة ترتب الجريمة ذاتها⁽⁷⁰⁾.

ويقصد بهذه القاعدة أنه لا يجوز للمحكمة أن تمارس اختصاصها إلا إذا كانت واحدة أو أكثر من الدول المعنية بتلك الحالة طرفاً في النظام الأساسي أو قبلت باختصاص المحكمة.

ولكي تنظر المحكمة في جريمة تدخل في إختصاصها يجب أن تكون هذه الدولة قد وقع في إقليمها السلوك قيد البحث، أو دولة تسجيل السفينة أو الطائرة، إذا كانت الجريمة قد ارتكبت على متن سفينة أو طائرة، أو تكون هي صاحبة جنسية الشخص المتهم بالجريمة.

أما بالنسبة للدول غير الأطراف في النظام الأساسي، فلا تخضع، أصلاً، إلى أحكام هذا الإتفاق، إلا إذا أعلنت الدولة موافقتها على إختصاص المحكمة للبحث في جريمة معينة⁽⁷¹⁾.

وتسمى هذه القاعدة في القانون الدولي بمبدأ نسبية آثار المعاهدة، ويمكن أن ترد عليها بعض الإستثناءات، خصوصاً، إذا ما وافقت الدولة المعنية صراحة أو ضمناً، أو بالتطبيق لقاعدة عرفية دولية.

أما فيما يتعلّق بجريمة العدوان، فإنّ التعديل الوارد على النظام الأساسي يخرج عن القواعد المعمول بها في ممارسة المحكمة لإختصاصها بالنظر في الجرائم الأخرى، حيث لا يمكن للمحكمة أن تمارس اختصاصها المتعلق بجريمة العدوان عندما يرتكبها مواطنوا دولة ليست طرفاً في النظام الأساسي، وهذا حتى ولو وقعت الجريمة على إقليم دولة طرف في النظام الأساسي وقبلت بالتعديل الوارد عليه بشأن جريمة العدوان⁽⁷²⁾.

وبالتالي، لن يكون للمحكمة إختصاص فيما يتعلّق بجريمة العدوان المرتكبة على إقليم الدول غير الأطراف أو المرتكبة من جانب رعاياها أو فيما يتعلّق بدول أطراف تكون قد أعلنت أنها لا تقبل إختصاص المحكمة بشأن جريمة العدوان، ما لم تكن الحالة محوّلة من مجلس الأمن.

وكما يسمح التعديل الجديد للدول إسبعاد إختصاص المحكمة بشأن جريمة العدوان إذا أعلنت الدولة الطرف مسبقاً بذلك عن طريق إيداع إعلان لدى كتابة الضبط أنها لا تقبل هذا الإختصاص، ويمكن أن يتم سحب هذا الاعلان في أي وقت⁽⁷³⁾.

وهذا الإستثناء الوارد بشأن جريمة العدوان، يخرج عن ما هو معمول به بالنسبة للجرائم الأخرى، حيث لا يسمح للدول إستبعاد إختصاص المحكمة بالنظر في هذه الجرائم الأخرى إلا فيما يتعلّق بجرائم الحرب، والتي يجوز فيها للدول الأطراف، وفقاً للمادة 124 من النظام الأساسي، أن تعلن عدم قبولها إختصاص المحكمة لمدة سبع سنوات من بدء سريان هذا النظام الأساسي عليها⁽⁷⁴⁾.

وتنطبق الشروط المشار إليها أعلاه على جميع الحالات التي تحيلها الدول الأطراف أو التي يتحقق منها المدعي العام من تلقاء نفسه.

أما في حالة ما إذا صدرت الإحالة من مجلس الأمن فتعفى المحكمة من شرطي الإختصاص الإقليمي أو الجنسية عند ممارستها لإختصاصها، وهذا إعمالاً بما جاء في المادة 2/12 من النظام الأساسي، وبالمرفق الثالث من مشروع تعديل النظام الأساسي والخاص بالعناصر التفسيرية⁽⁷⁵⁾.

ومن ثم يترتب عن ذلك إعفاء المحكمة من مقتضيات قاعدة الرضائية، والتي تشترط موافقة مجمل الدول المعنية لتحريك الدعوى أمام المحكمة الجنائية الدولية، وسيكون لها إختصاص إلزامي على جميع الدول بصرف النظر عما إذا كانت أطرافاً في النظام الأساسي من عدمه⁽⁷⁶⁾.

الفرع الثاني: شرط صدور قرار مسبق من مجلس الأمن يؤكد فيه وقوع جريمة العدوان

إنّ الخلاف بشأن هذه الجريمة لا يتعلّق بتعريفها حسب، بل ينصرف إلى مسألة أخرى أكثر أهمية، وهي تحديد الجهة التي تقرر وجود حالة العدوان، وهو شرط أساسي لكي تمارس المحكمة إختصاصها بالنظر هذه الجريمة⁽⁷⁷⁾.

ويتعلّق هذا الشرط بوجود إتخاذ مجلس الأمن لقرار وقوع العدوان من عدمه كقيد أساسي قبل الشروع التحقيق والمحاكمة أمام المحكمة⁽⁷⁸⁾، ويتخذ هذا القرار إستناداً للمادة 39 من ميثاق الأمم المتحدة⁽⁷⁹⁾.

ونتيجة لذلك، سيكون لمجلس الأمن دوراً كبيراً في إقرار وقوع جريمة العدوان، لأنه يعتبر الجهاز المختص بذلك، ولا تمارس المحكمة إختصاصها بالنظر فيها إلا إذا ما صدر قرار منه يقرّ فيه وقوع العدوان.

وفي هذا الموضوع، ترى الدول دائمة العضوية في مجلس الأمن - وخاصة الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانية - بأن الوصول إلى تعريف العدوان وتحديد عناصره وجعله من الجرائم الداخلة في اختصاص المحكمة، يجب أن لا يؤثر مطلقاً على صلاحيات وسلطات مجلس الأمن المقررة بموجب الفصل السابع من الميثاق، والتي بموجبها ينفرد بتقرير وجود حالة العدوان وتحديد الطرف المعتدي⁽⁸⁰⁾.

ومن هذا ما إتجهت إليه أيضا لجنة القانون الدولي في مشروعها المتعلق بإنشاء محكمة جنائية دولية، والذي قدّم بعد ذلك إلى اللجنة التحضيرية.

وجاء في المادة 02/23 من هذا المشروع أنّ المحكمة لن تنظر في أي شكوى تتعلّق بجريمة العدوان ما لم يقرر مجلس الأمن أنّ الدولة محل الدعوى قد إرتكبت هذه الجريمة، وأنّه في حالة ما إذا أرتكبت جرائم تدخل في إختصاص المحكمة وتكون لها علاقة مباشرة بجريمة العدوان تجمّد المحكمة كل التحقيقات والمتابعات في إنتظار إتخاذ المجلس قرارا في شأن جريمة العدوان⁽⁸¹⁾.

وفي هذا الإطار، تنص المادة 15 مكرر من مشروع تعديل النظام الأساسي للمحكمة على أنه: "عندما يخلص المدعي العام إلى وجود أساس معقول للبدء في إجراء تحقيق فيما يتعلق بجريمة عدوان، عليه أن يتأكد أولاً مما إذا كان مجلس الأمن اتخذ قرارا مفاده وقوع فعل عدوان ارتكبه الدولة المعنية. وعلى المدعي العام أن يبلغ الأمين العام للأمم المتحدة بالوضع القائم أمام المحكمة، بما في ذلك أي معلومات أو وثائق ذات صلة.

ويجوز للمدعي العام، في الحالات التي يكون فيها مجلس الأمن قرر ذلك، أن يبدأ التحقيق فيما يتعلق بجريمة عدوان.

وفي حالة عدم حدوث تقرير من هذا القبيل في غضون ستة أشهر بعد الإبلاغ، يجوز للمدعي العام أن يبدأ التحقيق فيما يتعلق بجريمة عدوان، شريطة أن يكون قسم الدائرة التمهيدية قد أدّن ببدء التحقيق فيما يتعلق بجريمة عدوان وفقاً للإجراءات الواردة في المادة 15، وأن لا يكون مجلس الأمن قرر خلاف ذلك إستناداً للمادة 16."

ويتبن من خلال المادة المذكورة أعلاه أنّ نية منسقي الدول المشاركة في المؤتمر الإستعراضي قد إتجهت إلى منح الأولوية لمجلس الأمن في تقرير وقوع جريمة العدوان على حساب المحكمة، بل اشترطت في ممارسة المحكمة لإختصاصها بالنظر في جريمة العدوان إتخاذ مجلس الأمن لقرار مسبق بوقوع الجريمة.

وبالتالي، لا يمكن لهذه المحكمة النظر في تلك الجريمة إلا بعد صدور قرار مجلس الأمن بالإيجاب، يؤكّد فيه وقوع الجريمة إستناداً لأحكام الفصل السابع، وفي حالة ما إذا قرر مجلس الأمن قرار وقوع العدوان، فيمكن للمدعي العام المضي قدماً بالتحقيق فيها، حتى ولو لم يحيل مجلس الأمن هذه الحالة إليه.

وأما في حالة ما إذا قرّر المجلس عدم وقوع العدوان، فلا يجوز للمدعي العام البدء في التحقيق، لأنه يمكن للمجلس أن يستخدم سلطاته المقررة في المادة 16 من النظام الأساسي، ويجمّد كل التحقيقات والمتابعات أمام المحكمة⁽⁸²⁾.

وبالنسبة لحالة عدم إتخاذ المجلس لقرار من هذا القبيل في غضون 06 أشهر من تاريخ تبليغه، يجوز للمدعي العام المضي قدماً في التحقيق بعد الحصول على إذن من الدائرة التمهيدية.

ومثل هذه الأحكام قد تعيق إختصاص المحكمة وتمس باستقلاليتها، حيث تمكّن المتهم من الدفع بعلاقة الجرائم المتهم بها بجريمة العدوان، ومن ثمّ لا يمكن للمحكمة أن تستمر في المحاكمة، طيلة ستة أشهر، في ظل غياب قرار صادر من المجلس بشأن العدوان، أو إستخدام المجلس لسلطاته المقررة في المادة 16 من النظام الأساسي⁽⁸³⁾.

المطلب الثاني: إجراءات سير الدعوى أمام المحكمة

تمرّ إجراءات نظر المحكمة في جريمة العدوان عبر مرحلتين، فالأولى تتعلّق بمرحلة إتصال المحكمة بالدعوى (الفرع الأول)، الثانية تتعلّق بمباشرة المحكمة لإجراءات التحقيق والمتابعة عن الجريمة إلى غاية إتخاذ المحكمة للإجراءات اللازمة لمحاكمة ومعاقبة الأشخاص المسؤولين عن إرتكابها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إتصال المحكمة بالدعوى

تتصل المحكمة بالدعوى التي تحرك إختصاصها بمبادرة من المدعي العام أو من الدول الأطراف أو بإحالة من مجلس الأمن⁽⁸⁴⁾.

أولاً: التحقيق التلقائي من المدعي العام أو تحريك الدعوى من الدول الأطراف

تنص المادة 15 مكرر على أنّه: "يجوز للمحكمة أن تمارس إختصاصها بشأن جريمة العدوان وفقاً للمادة 13 الفقرتين (أ) و(ج)، مع التحفظ بأحكام المواد اللاحقة".

ويفهم من ذلك أنّ مشروع تعديل النظام الأساسي يؤكّد على صلاحية الدول الأطراف والمدعي العام بتحريك الدعوى أمام المحكمة للنظر في جريمة العدوان.

ولكن عندما يستنتج المدعي العام وجود أساس معقول للبدء في إجراء تحقيق من تلقاء نفسه أو بناء على إحالة من قبل دولة طرف، فيما يتعلّق بجريمة عدوان، عليه أن يتأكد أولاً مما إذا كان مجلس الأمن اتخذ قراراً مفاده وقوع فعل عدوان ارتكبته الدولة المعنية، وأن يبلغ الأمين العام للأمم المتحدة بالوضع القائم أمام المحكمة، بما في ذلك أي معلومات أو وثائق ذات صلة.

ففي الحالات التي يكون فيها مجلس الأمن قرر وجود العدوان، يجوز للمدعي العام أن يبدأ التحقيق فيما يتعلّق بجريمة عدوان، من تلقاء نفسه، دون أن يحصل على إذن من الدائرة التمهيدية.

أما في حالة عدم حدوث تقرير من هذا القبيل⁽⁸⁵⁾ في غضون ستة أشهر بعد إبلاغ الأمين العام للأمم المتحدة، يجوز للمدعي العام أن يبدأ التحقيق فيما يتعلق بجريمة عدوان، شريطة أن تكون الدائرة التمهيديّة قد أذنت بالبداية في التحقيق، وهذا وفقاً للإجراءات الواردة في المادة 15، وأن لا يكون مجلس الأمن قد قرر تجميد إجراءات التحقيق والمحاكمات أمامه وأمام المحكمة، إستناداً للمادة 16 من النظام الأساسي للمحكمة⁽⁸⁶⁾.

ثانياً: الإحالة من مجلس الأمن

يجوز للمحكمة أن تمارس إختصاصها بنظر جريمة العدوان إذا ما أحال إليها مجلس الأمن حالة تتضمن ارتكاب هذه الجريمة، وهذا إعمالاً بالسلطة المعترف بها له في المادة 13(ب) من النظام الأساسي⁽⁸⁷⁾.

ويشترط في هذه الحالة أن يكون مجلس الأمن قد إتخذ قرار مسبق يؤكد فيه وقوع عمل العدوان من قبل دولة معيّنة ضد دولة أخرى، وتتوفّر فيه كل الأركان المشار إليها سابقاً، ويتّخذ هذا القرار إستناداً للفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة⁽⁸⁸⁾.

وفي حالة ما إذا قرر مجلس الأمن وجود العدوان، يجوز له، إستناداً للمادة 13(ب) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، إحالة الحالة أمام المحكمة الجنائية الدولية للنظر فيها ومحاكمة الأشخاص الذي دبروا هذه الحرب العدوانية كإجراء ضروري للحفاظ على السلم والأمن الدوليين، وهذا فضلاً عن الإجراءات القمعية التي يتخذها ضد الدولة المعتدية، وفقاً لأحكام المادتين 41 و42 من الميثاق. وبالتالي، فإنّ إتخاذ مجلس الأمن لقرار وقوع العدوان لا يؤدي تلقائياً إلى تحريك إختصاص المحكمة، لأن ذلك يستدعي إتخاذ مجلس الأمن قراراً آخر يحيل بموجبه الحالة للمحكمة.

وهذا ما تبين من خلال العمل الدولي للمجلس في إطار ميثاق الأمم المتحدة، والمواقف التي إتخذتها الدول في مؤتمر سان فرانسيسكو عام 1945، حيث لا يؤدي تكيف أعمال صادرة عن دولة بالعدوانية إلى إعمال الجزاءات القمعية الواردة في المادتين 41 و42 من الميثاق، بل يتمتع بالسلطة التقديرية في إتخاذ الإجراءات اللاحقة لصدور قرار وقوع العدوان⁽⁸⁹⁾.

وفي كل الحالات، لا يكون تقرير حدوث فعل عدوان من جانب مجلس الأمن مجحفاً بالنتائج التي تتوصل إليها المحكمة بموجب هذا النظام الأساسي⁽⁹⁰⁾، لأنّ المحكمة هي التي تتحقق من أن لها إختصاصاً للنظر في الدعوى المعروضة عليها، ولها أن تثبت في مقبولية الدعوى من تلقاء نفسها، وهذا وفقاً للفقرة الأولى من المادة 19 من النظام الأساسي⁽⁹¹⁾.

الفرع الثاني: الشروع في التحقيق والإجراءات الأولية قبل المحاكمة

يشروع المدعي العام بالتحقيق في الجريمة تبعاً لإجراءات محدّدة يتبّعها قبل شروع المحكمة في السير بالدعوى ومحاكمة الأشخاص المسؤولين عن ارتكابها.

أولاً: الشروع في التحقيق

قد يشرع المدعي العام بالتحقيق في الدعوى، من تلقاء نفسه، بناء على المعلومات التي يتلقاها من جهات مختلفة⁽⁹²⁾، حيث يتأكد أولاً مما إذا كان مجلس الأمن اتخذ قراراً مفاده وقوع فعل عدوان ارتكبه الدولة المعنية، وثم يقوم بتحليل جدية المعلومات التي تلقاها.

وإذا رأى أن هناك سبباً معقولاً للشروع في التحقيق فيتخذ قراره بذلك، ويقوم بإخطار منظمة الأمم المتحدة عن طريق الأمين العام، ويرفق به كل المعلومات والوثائق اللازمة، ويقدم، في حالة عدم إتخاذ المجلس لقرار وقوع العدوان، طلباً إلى الدائرة التمهيدية للإذن بإجراء تحقيق، مشفوعاً بأي مواد مؤيدة يجمعها⁽⁹³⁾.

إذا رأت الدائرة التمهيدية، بعد دراستها للطلب وللمواد المؤيدة، أن هناك أساساً معقولاً للشروع في إجراء تحقيق وأن الدعوى تقع علي ما يبدو في إطار اختصاص المحكمة، كان عليها أن تأذن بالبداية في إجراء التحقيق، وذلك دون المساس بما تقرره المحكمة فيما بعد بشأن الاختصاص ومقبولية الدعوى⁽⁹⁴⁾. وفي حالة رفض الدائرة التمهيدية الإذن له بإجراء التحقيق لا يحول دون قيام المدعي العام بتقديم طلب لاحق يستند إلي وقائع أو أدلة جديدة تتعلق بالحالة ذاتها⁽⁹⁵⁾.

وفي كل الحالات، إذا استنتج المدعي العام، بعد الدراسة الأولية المشار إليها أعلاه، أن المعلومات المقدمة لا تشكل أساساً معقولاً لإجراء تحقيق، كان عليه أن يبلغ مقدمي المعلومات بذلك. وهذا لا يمنعه من النظر في معلومات أخرى تقدم إليه عن الحالة ذاتها في ضوء وقائع أو أدلة جديدة.

أما في حالة ما إذا صدرت الإحالة من أحد الدول الأطراف أو من مجلس الأمن بذاته، فيتبع المدعي العام الإجراءات الواردة في المادة 53 من النظام الأساسي⁽⁹⁶⁾، ويقرر بذلك إن كان هناك أساساً معقولاً للشروع بالتحقيق في جريمة العدوان، وينظر في المسائل التالية:

- ما إذا كانت المعلومات المتاحة للمدعي العام توفر أساساً معقولاً للاعتقاد بأن جريمة تدخل في اختصاص المحكمة قد ارتكبت أو يجري ارتكابها.
- ما إذا كانت القضية مقبولة أو يمكن أن تكون مقبولة بموجب المادة 17 من النظام الأساسي.
- ما إذا كان يرى، أخذاً في اعتباره خطورة الجريمة ومصالح المجني عليهم، أن هناك مع ذلك أسباباً جوهرية تدعو للاعتقاد بأن إجراء تحقيق لن يخدم مصالح العدالة.

وإذا قرر المدعي العام عدم وجود أساس معقول لمباشرة التحقيق أو المقاضاة، كان عليه أن يبلغ الدائرة التمهيدية والطرف المقدم للإحالة بذلك، ويجوز في هذه الحالة للدائرة التمهيدية، من تلقاء نفسها أو بطلب من الطرف المقدم للإحالة، مراجعة قرار المدعي العام وتطلب منه إعادة النظر فيه، ولهذا الأخير سلطة النظر من جديد في القضية إذا كانت هناك معلومات أو وقائع جديدة.

وفي كل الحالات، يلتزم المدعي العام بإشعار الدول التي لها ولاية قضائية على الجريمة، ولهذه الأخيرة أن تبليغ المحكمة بأنها أجرت أو تجري تحقيقاً فيها، وبناء على ذلك يتنازل المدعي العام لها عن

التحقيق مع الأشخاص المتورطين في ارتكاب الجريمة، وهذا ما لم تقرّر الغرفة التمهيدية الإذن بالتحقيق للمدعي العام بناء على طلبه.

ثانياً: الإجراءات الأولية قبل المحاكمة

تقوم المحكمة، مباشرة بعد تلقيها الدعوى، بالفصل في قبول الدعوى، ومن أنّ لها إختصاص بالنظر في الحالة المعروضة عليها، وهي الإجراءات الأولية التي تنتظر فيها قبل النظر في جريمة العدوان⁽⁹⁷⁾.
ففيما يتعلّق بقبول الدعوى، تتأكّد المحكمة إذا ما نظرت فيها أو تنتظر فيها الجهات القضائية الوطنية، وفقاً لمبدأ التكاملية المشار إليه سابقاً، وفي هذه الحالة لا يجوز لها أن تفصل فيها إلا إذا كانت الدولة التي لها ولاية قضائية على الجريمة غير قادرة أو غير راغبة في التحقيق أو محاكمة الأشخاص المسؤولين عن ارتكابها.

أما فيما يتعلّق بممارسة الإختصاص على جريمة العدوان، تفصل المحكمة في إختصاصها، وتقرّر ما إذا قبلت النظر في الدعوى، ويجوز للدولة المعنية أو للمتهم أن يقدّم طعن ضدّ هذا القرار قبل الشروع في المحاكمة أو في أول فرصة، بناء على الأسباب المشار إليها في المادة 17 من النظام الأساسي.

وفي حالة ما إذا قررت المحكمة عدم قبول الدعوى، يجوز للمدعي العام أن يقدم طلباً لإعادة النظر في القرار عندما يكون على اقتناع تام بأن وقائع جديدة قد نشأت ومن شأنها أن تلغى الأساس الذي سبق أن اعتبرت الدعوى بناء عليه غير مقبولة عملاً بالمادة 17 المشار إليها أعلاه.

ثالثاً: إجراءات المحاكمة

فيما يتعلّق بإجراءات المحاكمة، تطبق المحكمة الإجراءات الأولية لذلك، والواردة في المادتين 60 و61 من نظامها الأساسي، حيث تنتظر الدائرة التمهيدية، مباشرة بعد تقديم الشخص إلى المحكمة، أو مثوله طوعاً أمامها أو بناء على أمر حضور، إذا ما بلّغ إليه بالجرائم المتهم بها أمام المدعي العام، وبحقوقه بموجب النظام الأساسي للمحكمة، بما في ذلك حقه في التماس إفراج مؤقت انتظارا للمحاكمة⁽⁹⁸⁾.

وتعقد الدائرة التمهيدية، في غضون فترة معقولة من تقديم الشخص إلى المحكمة أو حضوره طواعية أمامها، جلسة لاعتماد التهم التي يعترزم المدعي العام طلب المحاكمة على أساسها وتعقد الجلسة بحضور المدعي العام والشخص المنسوب إليه التهم، هو ومحاميه.

ويجوز للدائرة التمهيدية، بناء على طلب المدعي العام أو بمبادرة منها، عقد جلسة في غياب الشخص المنسوب إليه التهم، من أجل اعتماد التهم التي يعترزم المدعي العام طلب المحاكمة على أساسها.

ويجب القيام بما يلي في غضون فترة معقولة قبل موعد الجلسة تزويد الشخص بصورة من المستند المتضمن للتهم التي يعترزم المدعي العام على أساسها تقديمه إلى المحاكمة، وتقوم بإبلاغه بالأدلة التي يعترزم المدعي العام الاعتماد عليها في الجلسة. ويجوز للدائرة التمهيدية أن تصدر أوامر بخصوص الكشف عن معلومات لأغراض الجلسة.

وللمدعي العام، قبل الجلسة، مواصلة التحقيق وله أن يعدل أو يسحب أيًا من التهم، ويبلغ الشخص قبل فترة معقولة من موعد الجلسة بأي تعديل لأية تهم أو بسحب تهم. وفي حالة سحب التهم، يبلغ المدعي العام الدائرة التمهيدية بأسباب السحب.

وعليه، أيضا، أثناء الجلسة، أن يدعم بالدليل الكافي كل تهمة من التهم لإثبات وجود أسباب جوهرية تدعو للاعتقاد بأن الشخص قد ارتكب الجريمة المنسوبة إليه.

ويجوز أن يعتمد المدعي العام على أدلة مستنديه أو عرض موجز للأدلة، ولا يكون بحاجة إلى استدعاء الشهود المتوقع إدلائهم بالشهادة في المحاكمة، ومن جهته، يجوز للشخص أثناء الجلسة أن يعترض على التهم، وأن يطعن في الأدلة المقدمة من المدعي العام، وأن يقدم أدلة من جانبه.

وتقرر الدائرة التمهيدية، على أساس الجلسة، ما إذا كانت توجد أدلة كافية لإثبات وجود أسباب جوهرية تدعو للاعتقاد بأن الشخص قد ارتكب كل جريمة من الجرائم المنسوبة إليه.

ويجوز للدائرة التمهيدية، على أساس قرارها هذا، أن تعتمد التهم التي قررت بشأنها وجود أدلة كافية، وأن تحيل الشخص إلى دائرة ابتدائية لمحاكمته على التهم التي اعتمدها، أو أن ترفض اعتماد التهم التي قررت الدائرة بشأنها عدم كفاية الأدلة، أو أن توجه الجلسة وأن تطلب إلى المدعي العام تقديم مزيد من الأدلة أو إجراء مزيد من التحقيقات فيما يتعلق بتهمة معينة، أو تعديل تهمة ما لأن الأدلة المقدمة تبدو وكأنها تؤسس لجريمة مختلفة تدخل في اختصاص المحكمة.

في الحالات التي ترفض فيها الدائرة التمهيدية اعتماد تهمة ما، لا يحال دون قيام المدعي العام في وقت لاحق بطلب اعتمادها إذا كان هذا الطلب مدعوما بأدلة إضافية.

وللمدعي العام، بعد اعتماد التهم وقبل بدء المحاكمة، أن يعدل التهم وذلك بإذن من الدائرة التمهيدية وبعد إخطار المتهم. وإذا سعى المدعي العام إلى إضافة تهم أخرى أو إلى الاستعاضة عن تهمة بأخرى أشد، وجب عقد جلسة في إطار هذه المادة لاعتماد تلك التهم. وبعد بدء المحاكمة، يجوز للمدعي العام سحب التهم بإذن من الدائرة الابتدائية.

ومتى اعتمدت التهم وفقا، تشكل هيئة الرئاسة دائرة ابتدائية تكون، رهنا بالفقرة 8 وبالفقرة 4 من المادة 64، مسؤولة عن سير الإجراءات اللاحقة، ويجوز لها أن تمارس أي وظيفة من وظائف الدائرة التمهيدية تكون متصلة بعملها ويمكن أن يكون لها دور في تلك الإجراءات⁽⁹⁹⁾.

وفي بداية المحاكمة، يجب على الدائرة الابتدائية أن تتلو على المتهم التهم التي سبق أن اعتمدها الدائرة التمهيدية، ويجب أن تتأكد من أن المتهم يفهم طبيعة التهم، وعليها أن تعطيه الفرصة للاعتراف بالذنب وفقا للمادة 65 أو للدفع بأنه غير مذنب⁽¹⁰⁰⁾.

ويجوز للقاضي الذي يرأس الجلسة، وفقا للفقرتين الثامنة والتاسعة من النظام الأساسي، أن يصدر، أثناء المحاكمة، توجيهات تتعلق بسير الإجراءات، بما في ذلك ضمان سير هذه الإجراءات سيرا عادلا ونزيها.

ويجوز للأطراف، مع مراعاة توجيهات القاضي الذي يرأس الجلسة، أن يقدموا الأدلة وفقا لأحكام هذا النظام الأساسي.

ويكون للدائرة الابتدائية، ضمن أمور أخرى، سلطة القيام، بناء على طلب أحد الأطراف، أو من تلقاء ذاتها⁽¹⁰¹⁾، بما يلي:

(أ) الفصل في قبوله الأدلة أو صلتها.

(ب) اتخاذ جميع الخطوات اللازمة للمحافظة على النظام أثناء الجلسة.

وفي الأخير يصدر القرار النهائي الذي تتخذه المحكمة، إستنادا للمادة 74 من نظامها الأساسي، القرار كتابة، ويتضمن بيانا كاملا ومعللا بالحيثيات التي تقررها الدائرة الابتدائية بناء على الأدلة والنتائج، وحيثما لا يكون هناك إجماع، يتضمن القرار آراء الأغلبية وآراء الأقلية، ويكون النطق به في جلسة علنية.

وقبل صدور القرار يحاول القضاة التوصل إلى إتخاذه بالإجماع، فإن لم يتمكنوا، يصدر بأغلبية القضاة، وتبقى مداوات الدائرة الابتدائية سرية⁽¹⁰²⁾.

وعن الأحكام التي يمكن أن تصدرها المحكمة، ففي حالة الإدانة، تنتظر الدائرة الابتدائية في توقيع الحكم المناسب، وتضع في الحسبان الأدلة والدفع المقدمة في أثناء المحاكمة وذات الصلة بالحكم، ويصدر الحكم علنا وفي حضور المتهم، ما أمكن ذلك⁽¹⁰³⁾، وتتخذ فيه العقوبات الواردة في الفصل السابع من نظامها الأساسي⁽¹⁰⁴⁾.

خاتمة:

في سياق بحثنا وتحليلنا للأحكام التي تنظم جريمة العدوان في ظل النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية تبيننا لنا بأن هذا الموضوع لا يزال يثير حساسية الدول في معالجته، وهذا رغم كل الجهود التي بذلتها بعض الهيئات القانونية والسياسية الدولية لإيجاد تعريف لهذه الجريمة.

والدليل على ذلك هو تأجيل الدول الأطراف في المحكمة الجنائية الدولية لإختصاص هذه الأخيرة بالنظر فيها لأجل بعيد، وهو الأول من جانفي 2017، حيث سيخضع المشروع الذي إعتدته جمعية الدول الأطراف للموافقة من قبل الدول، إستنادا لما تقرره أحكام النظام الأساسي.

وهذا التأجيل لا تبرره أسباب قانونية معيّنة، بل تدخل فيه إعتبارات سياسية مرتبطة بمواقف الدول الأعضاء في مجلس الأمن، والتي لا زالت متمسكة بآرائها المعبر عنها منذ وضع ميثاق الأمم المتحدة والقرار رقم 3314(1974).

ورغم الإنتقادات التي يمكن توجيهها لما توصلت إليه الدول خلال المؤتمر الإستعراضي الخاص بتعديل النظام الأساسي للمحكمة الجنائية والخاص بتعريف العدوان، يمكن القول بأنّ مشروع التعديل المتوصل إليه جاء بنتائج هامة للقانون الدولي.

ومن بين النتائج التي يمكن أن نتمنّا إنطلاقاً من هذا المشروع، نذكر منها تسليط المسؤولية الجنائية الدولية على القادة السياسيين والعسكريين في الدولة عند ارتكابهم لجريمة العدوان، حيث وضع، من خلال تعريف العدوان، هذه الفئة الرسمية للدول في المقام الأول من المسؤولية أمام المحكمة، وهذا نظراً لتحكّمهم في سلطة القرار داخل الدولة وخطورة إنتهاك أحكام ميثاق الأمم المتحدة من الدول.

وكما وضع المشروع أحكام هامة للمسائلة الجنائية عن ارتكاب جرائم العدوان، حيث تمكّنت الدول المشاركة في المؤتمر من تكييف العمل العدواني الدولي الذي ترتكبه الدول مع أحكام القانون الجنائي الدولي، وببّين بذلك أهم أركان جريمة العدوان، وسيساعد ذلك المحكمة مستقبلاً من تطبيق وتفسير أحكام هذه الجريمة.

ومن الإنتقادات التي يمكن توجيهها لهذا المشروع، هو ربط إختصاص المحكمة بقرارات مجلس الأمن، حيث لا يمكن لها ممارسة إختصاصها إلا إذا صدر قرار منه يقرّ فيه وقوع العدوان.

ومما شك أنّ ذلك سيؤثر سلباً على مهام المحكمة، وهذا نظراً لطغيان الطابع السياسي على أعمال مجلس الأمن، خاصة أنّه غالباً ما يصطدم هذا الأخير بصعوبات في إتخاذ هذا النوع من القرارات، ومما سيجعل ممارسة المحكمة لإختصاصها في نظر هذه الجريمة أمراً محتملاً.

وحتى في حالة إفتراض عدم توصل المجلس إلى إتخاذ قرار وقوع العدوان، إلا أنّه يحتفظ بحق تجميد كل التحقيقات والمحاكمات أمام المحكمة، في حالة ما إذا تقدّم المدعي العام بالتحقيق في هذه الجريمة في غضون ستّة أشهر من تاريخ تبليغ الأمين العام للأمم المتحدة.

وهذه الإنتقادات تثبت إستيلاء السلطة السياسية على السلطة القضائية في المجتمع الدولي، وتحدّ من تطور القضاء الدولي، وتكشف نوايا الدول الأعضاء الدائمين في مجلس الأمن، والذين ثلاث منهم لم يصادقوا بعد على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

وفي الأخير، يمكن القول أنّ تسييس العدالة الجنائية الدولية من شأنه أن يفسد الغرض الذي أنشأت من أجله المحكمة الجنائية الدولية، ويسهّل إفلات القادة العسكريين والسياسيين داخل الدول من العقاب، ويوفّر الحماية والحصانة لهم من المتابعة القضائية، خاصة إذا تعلّق الأمر بأحد رعايا الدول الأعضاء في مجلس الأمن.

هوامش

- دخل "النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية" حيز التنفيذ في الأول من جويلية عام 2002، وذلك بعد مرور سنتين يوماً من إيداع الدول السنتين لوثائق التصديق عليه. وبلغ عدد الدول الأطراف فيه، ومنذ الـ15 من جوان 2010، 114 دولة، ومنها 30 دولة إفريقية، وإلى حدّ الآن لم تصادق عليه الجزائر. المعلومات مأخوذة من الموقع الإلكتروني للمحكمة الجنائية الدولية ICC اعتباراً من 21 فيفري 2011:

<http://www.icc-cpi.int/Menus/ASP/states+parties/>

² - لقد تمّ إدراج جريمة العدوان بطلب عدد من الدول، من بينها ألمانيا، وإيطاليا ومصر، وأيدتها دول أخرى، حيث رأت هذه الدول أنّ الجريمة تستوفي جميع المعايير الواردة في ديباجة النظام الأساسي، وفي مادته الأولى. بينما عارضت دول أخرى إدراجها ضمن الإختصاص الموضوعي للمحكمة، ومنها: الولايات المتحدة الأمريكية، وباكستان، والمغرب، والبرازيل وتركيا، والمكسيك وإسرائيل. راجع موقف الدول من إدراج جريمة العدوان في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية:

A/CONF. 183/ C.1/ SR. 6, Arabic.

راجع أيضاً:

FERNANDEZ Julian, La politique juridique extérieure des Etats Unis à l'égard de la Cour pénale internationale, Thèse pour obtention du grade de Doctorat en Droit, Université Paris Panthéon – Assas, Mai 2009, pp. 85- 94.

³ - أنظر المادة (6) من ميثاق لندن المتعلق بالجرائم التي تختص بها محكمة نورمبورغ، وكذلك المادة (5) من لائحة طوكيو.

⁴ - راجع النص الكامل للنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، الوثيقة رقم:

A/CONF.183/9, 17 Juillet 1998 PCN.ICC/1999/ INF/3

وثيقة متوفرة على الموقع الإلكتروني:

<http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Legal+Texts+and+Tools/Official+Journal/Rome+Statute.htm>

⁵ - أنظر: أحمد قاسم محمد الحميدي، المحكمة الجنائية الدولية، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط، 2001، ص 148.

⁶ - جاءت المادتين (121) و(123) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بأحكام خاصة بجريمة العدوان وتقضي بأنه لا يمكن للمحكمة أن تتطرق إلى جريمة العدوان إلا بعد وضع تعريف لها في المؤتمر الاستعراضي الخاص بذلك، والذي سينعقد بعد سبعة سنوات من دخول النظام الأساسي حيز التنفيذ، وستشارك فيه الدول الأطراف وغير الأطراف مثلما هو مقرر في أعمال جمعية الدول الأطراف.

⁷ - تنص الفقرة الثانية من المادة (5) من النظام الأساسي على أنه: "تمارس المحكمة الاختصاص على جريمة العدوان متى اعتمد حكم بهذا الشأن وفقاً للمادتين 121، 123 يعرف جريمة العدوان ويضع الشروط التي بموجبها تمارس المحكمة اختصاصها فيما يتعلق بهذه الجريمة. ويجب أن يكون هذا الحكم متسقاً مع الأحكام ذات الصلة من ميثاق الأمم المتحدة".

⁸ - ICC-ASP/1/Res.1 relative à la poursuite des travaux concernant le crime d'agression.

⁹ - Voir : l'Acte final de la conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une Cour pénale internationale, A/CONF. 183/10, 17 Juillet 1998, Annexe I, Résolution F.

¹⁰ - د.براء منذر كمال عبد اللطيف، "علاقات المحكمة الجنائية الدولية"، بحث مقدّم إلى مؤتمر التنمية البشرية والأمن في عالم متغيّر، جامعة الطفيلة التقنيّة-نكريت-العراق، في الفترة الممتدة من 10 إلى 12 جويلية 2007، ص 26.

¹¹ - أنشئ فريق العمل الخاص بالتوصل إلى تعريف جريمة العدوان وشروط ممارسة المحكمة لإختصاصها بالنظر فيها خلال الدورة الأولى لجمعية الدول الأطراف، والمنعقدة بنيويورك من 3-10 سبتمبر 2002، وذلك بموجب القرار رقم:

ICC-ASP/1/Res.1

¹² - وهذا ما يشير إليه القرار رقم: ICC-ASP/1/Res.1. أنظر: الوثائق الرسمية لجمعية الدول الأطراف في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، الدورة الأولى، نيويورك، من 3-10 سبتمبر 2002.

¹³ - أنظر أهم التقارير التي أعدها فريق العمل الخاص خلال مختلف هذه الدورات التي عقدها منذ إنشائه في:

<http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Legal+Texts+and+Tools/Official+Journal/Rome+Statute.htm>

¹⁴ - أنظر مشروع التعديلات على نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بشأن جريمة العدوان، المرفق الثاني الوارد في قرار جمعية الدول الأطراف رقم (6) بشأن المؤتمر الاستعراضي الذي أعتد في الجلسة العامة السابعة بتوافق الآراء، والمعقودة في 25

نوفمبر 2009، الوثائق الرسمية لجمعية الدول الأطراف في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، قرار رقم : ICC-ASP/8/Res.6.

15 - الوثيقة رقم:

ICC- ASP/ 6/ 20/ Add. 1.

16 - أنظر المادة (121) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

17 - الوثائق الرسمية لجمعية الدول الأطراف في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، الدورة الثامنة، لاهاي، 18-26 نوفمبر 2009، (منشور المحكمة الجنائية الدولية ICC-ASP/8/20)، المجلد الأول، الجزء الثاني، الفقرة الثانية من القرار رقم: ICC-ASP/8/Res.6.

18 - أنظر النص الكامل للقرار على الموقع الإلكتروني:

<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/42A01438-261E-431F-BF00-8F50CDE6373B/0/RCRes6ARA.pdf>

19 - أنظر الفقرتين الأولى والثانية (البند الثالث) من المادة (15) مكرّر من مشروع تعديل النظام الأساسي للمحكمة.

20 - صدر القرار رقم 3314 (1974) بتاريخ 12/14 /1974، في دورة التاسعة والعشرون للجمعية العامة للأمم المتحدة.

21 - أنظر: أحمد قاسم محمد الحميدي، المرجع السابق، ص 147.

22 - أنظر الوثيقة رقم:

PCNICCL/499/INF/2.

23- أنظر الوثيقة رقم :

PCNICCL. 2000 LL.3/REV.I (6Juillet 2000).

ولمزيد من التفاصيل حول مواقف الدول، راجع: د. ضاري خليل محمود ود. باسيل يوسف، المحكمة الجنائية هيمنة القانون أم قانون الهيمنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص 133-144.

KAMTO Maurice, L'agression en Droit international, Editions A. Pedone, paris, 2010, pp. 281-295.

24 - أنظر الفقرة الرابعة من المادة (2) من ميثاق الأمم المتحدة.

25 - أنظر الفقرة الأولى من المادة (8) مكرّر (المرفق الأول) من مشروع تعديل النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

26 - أنظر المادة (1) من القرار رقم 3314(1974).

27 - أنظر الفقرة الثانية من المادة (8) مكرّر (المرفق الأول) من مشروع تعديل النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

28 - أنظر الفقرة الثانية من المادة (08) مكرّر (المرفق الأول) من مشروع التعديل الوارد على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

29-Fannie Lafontaine et Alain-Guy Tachou Sipowo, "Le crime d'agression et la Cour pénale internationale : Regard sur la relation entre la sécurité internationale et la justice pénale internationale", Revue Sécurité mondiale , No 38, février-mars 2009, p.01.

30 - أنظر أحكام الفصل السابع (المواد من 39 إلى 50) من ميثاق الأمم المتحدة.

31 - أنظر النص الكامل للقرار على الموقع الإلكتروني: <http://www.un.org/law/>.

ولمزيد من التفاصيل حول هذا القرار راجع:

KAMTO Maurice, op.cit, pp. 17-55.

32 - تنص المادة (4) من القرار رقم 3314 (1974) على أنه: "الأعمال المعددة أعلاه (في المادة الثالثة) ليست جامعة مانعة، ولمجلس الأمن أن يحكم بأن أعمالاً أخرى تشكل عدواناً بمقتضى الميثاق".

33 - ياسين سيف عبد الله الشيباني، التضامن الدولي في مواجهة العدوان (دراسة في مدى فاعلية نظام الأمن الجماعي الدولي)، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1997، ص 58-59.

34 - أنظر المادة (4) من القرار رقم 3314(1974).

35 - تنص المادة (39) من ميثاق الأمم المتحدة على أنه: "يقرر مجلس الأمن ما إذا كان قد وقع تهديد للسلم أو إخلال به أو كان ما وقع عملاً من أعمال العدوان، ويقدم في ذلك توصياته أو يقرر ما يجب اتخاذه من التدابير طبقاً لأحكام المادتين 41 و 42 لحفظ السلم والأمن الدولي أو إعادته إلى نصابه".

- 36- وفي هذا الموضوع، يقول القاضي شوييل، في رأي مخالف لحكم المحكمة، في قضية العمليات العسكرية والشبه العسكرية الأمريكية في نيكاراغوا، أنه: "إذا استخلص المجلس وجود عمل العدوان، فتصرفه هذا لا يعبر عن كونه هيئة قضائية، حيث يستطيع أن يقرّر وقوع العدوان من عدمه لأسباب سياسية أكثر منها قضائية".
- ويضيف بأن: "المجلس هو جهاز سياسي يتصرّف وفقاً لأسباب سياسية، حيث يمكن له، خلافاً للجهاز القضائي، أن يأخذ بالإعتبارات القانونية دون أن يكون ملزم بتطبيقها". أنظر الوثيقة رقم: CIJ, Rec. 1986, p.290.
- متوفرة على الموقع الإلكتروني: <http://www.icj-cij.org>.
- 37- أنظر وجهات نظر الدول الكبرى في الوثيقة التالية:
AGNU, 39 Session, Supp. N° 19, (A/9614), Rapport du comité spécial, 11 Mars – 12 Avril 1974, pp. 14-41.
- أنظر أيضاً: ياسين سيف عبد الله الشيباني، المرجع السابق، 56 - 57.
- 38 - أنظر الفقرة الأولى من المادة (8) مكرّر (المرفق الأول) من مشروع تعديل النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
- 39 - د. عبد الفتاح بيومي حجازي، المحكمة الجنائية الدولية - دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 105.
- 40- Fannie Lafontaine et Alain-Guy Tachou Sipowo, op.cit, pp.2-3.
- 41 - أنظر المادة (4) من مشروع لجنة القانون الدولي لسنة 1996.
- 42 - تنص الفقرة الرابعة من المادة (25) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على أنه: "لا يؤثر أي حكم في النظام الأساسي يتعلق بالمسؤولية الجنائية الفردية في مسؤولية الدولة بموجب القانون الدولي".
- 43 - ولمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع، راجع: د. نايف حامد العليمات، جريمة العدوان في ظل نظام المحكمة الجنائية الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2007، ص 160-166.
- 44 - KAMTO Maurice, op.cit, pp. 60-61.
- 45 - أنظر الفقرة الأولى من المادة (27) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية
- 46-Fannie Lafontaine et Alain-Guy Tachou Sipowo, op.cit, p.02.
- 47 - وفي هذا الموضوع تنص المادة (51) من ميثاق الأمم المتحدة على أنّ الدفاع الشرعي هو حق طبيعي للدول. أنظر المادة (51) من ميثاق الأمم المتحدة.
- 48 - أنظر المرفق الثاني من المادة (8) مكرر من مشروع تعديل النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
- 49 - كفاح مشعان الغنزي، مفهوم الجريمة الدولية في إطار نظام المحكمة الجنائية الدولية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة الكويت، 2003، ص 146.
- 50 - كفاح مشعان الغنزي، المرجع السابق، ص 146.
- 51 - أنظر المرفق الثاني من المادة (8) مكرر من مشروع تعديل النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
- 52 - أنظر المادة (27) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
- 53 - كفاح مشعان الغنزي، المرجع السابق، ص 147.
- 54 - يتكون عمل العدوان من الأفعال التي أشارت إليها المادة (3) من القرار رقم 3314، والتي جاء فيه على سبيل الحصر، مثلما أشرنا إليها سابقاً. أنظر المطلب الأول من المبحث الثاني، ص 04.
- 56 - أنظر المرفق الثاني من المادة (8) مكرر من مشروع تعديل النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
- 57 - كفاح مشعان الغنزي، المرجع السابق، ص 148.
- 58 - أنظر الفقرة الأولى من المادة (21) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
- 59 - أنظر الفقرة الأولى من المادة (22) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
- 60 - أنظر الفقرة الثالثة من المادة (22) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
- 61 - أنظر المادة (23) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
- 62 - أنظر المادة (17) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
- ولمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع، راجع: د. عادل ماجد، "المشكلات المتعلقة بمبدأ الإختصاص التكاملي للمحكمة الجنائية الدولية"، ورقة عمل مقدمة أمام الندوة القانونية لجامعة الدول العربية، تحت عنوان: آثار التصديق والإنضمام إلى النظام الأساسي

للمحكمة الجنائية الدولية على الإلتزامات القانونية والتشريعية الوطنية في الدول العربية، المنعقدة يومي 3-4 فيفري 2002 بالقاهرة، ص 11-26.

د. عبد الفتاح محمد سراج، مبدأ التكامل في القضاء الجنائي الدولي (دراسة تحليلية تأصيلية)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص. 66-02.

⁶³ - أنظر الفقرة العاشرة من ديباجة النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية والمادة الأولى منه.

⁶⁴ - وفي هذا الإطار، تنص الفقرة الثالثة مكرّر من المادة (25) من مشروع تعديل النظام الأساسي على أنه: "الشخص الذي يكون قد حكم أمام محكمة أخرى عن سلوك يكون محظوراً أيضاً بموجب المواد 6 أو 7 أو 8 أو 8 مكرراً لا يجوز محاكمته أمام المحكمة فيما يتعلق بنفس السلوك إلا إذا كانت الإجراءات في المحكمة الأخرى".

⁶⁵ - MEGRET Frédéric, L'articulation entre tribunaux pénaux internationaux et juridictions nationales : Centralité et ambiguïté dans l'ordre juridique internationale, Thèse pour l'obtention du grade de Doctorat en Droit, Université Paris I et Université de Genève, 2005, p.266.

⁶⁶ - أنظر الفقرة الأولى من المادة (15) مكرّر من مشروع تعديل النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

⁶⁷ - تنص الفقرة الخامسة من المادة (121) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على أنه: "يصح أي تعديل على المادة 5 من هذا النظام الأساسي نافذا بالنسبة إلى الدول الأطراف التي تقبل التعديل، وذلك بعد سنة واحدة من إيداع صكوك التصديق أو القبول الخاصة بها. وفي حالة الدولة الطرف التي لا تقبل التعديل، يكون على المحكمة ألا تمارس اختصاصها فيما يتعلق بجريمة مشمولة بالتعديل عندما يرتكب هذه الجريمة مواطنون من تلك الدولة أو ترتكب الجريمة في إقليمها".

⁶⁸ - د. أبو الخير أحمد عطية، المحكمة الجنائية الدولية الدائمة (دراسة للنظام الأساسي للمحكمة وللجرائم التي تختص بالنظر فيها)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 39.

⁶⁹ - يقصد بالجرائم الأخرى الجرائم الواردة في المادة (5) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

⁷⁰ - أنظر الفقرة الثانية من المادة (12) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

⁷¹ - تنص الفقرة الثالثة من المادة (12) من النظام الأساسي على أنه: "إذا كان قبول دولة غير طرف في هذا النظام الأساسي لازماً بموجب الفقرة 2، جاز لتلك الدولة، بموجب إعلان يودع لدى مسجل المحكمة، أن تقبل ممارسة المحكمة اختصاصها فيما يتعلق بالجريمة قيد البحث. وتتعاون الدولة القابلة مع المحكمة دون أي تأخير أو استثناء وفقاً للباب 9".

⁷² - تنص الفقرة الثانية من المادة (15) مكرّر من مشروع تعديل النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على أنه: "فيما يتعلق بدولة ليست طرفاً في هذا النظام، لا يمكن للمحكمة أن تمارس اختصاصها المتعلقة بجريمة العدوان عندما يرتكبها مواطنوا تلك الدولة أو ترتكب على إقليمها".

⁷³ - أنظر الفقرة الثانية من المادة (15) مكرّر من مشروع تعديل النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

⁷⁴ - تنص المادة (124) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على أنه: "يعاد النظر في أحكام هذه المادة في المؤتمر الاستعراضي الذي يعقد وفقاً للفقرة 1 من المادة 123".

وهو ما لم يتم فعلاً بسبب تباين آراء الدول إزاء المسألة، حيث وافقت على مراجعة أحكام هذه المادة أثناء الدورة الرابعة عشر لجمعية الدول الأطراف والتي ستعقد سنة 2015. أنظر الوثيقة رقم: RC/Res.4.

⁷⁵ - ينص المرفق الثالث من مشروع تعديل النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على أنه: "من المفهوم أن تمارس المحكمة اختصاصها بشأن جريمة العدوان بناءً على إحالة من مجلس الأمن وفقاً للمادة 13(ب) من النظام الأساسي بغض النظر عما إذا كانت الدولة المعنية قبلت اختصاص المحكمة في هذا الصدد".

⁷⁶ - أنظر: د. عادل ماجد، المرجع السابق، ص 27.

وكذلك: د. محمود شريف بسيوني، المحكمة الجنائية الدولية (نشأتها ونظامها الأساسي مع دراسة لتاريخ اللجان التحقيقية الدولية والمحاكم الجنائية السابقة)، ص 165.

⁷⁷ - د. نايف حامد العليمات، المرجع السابق، ص 224-227.

⁷⁸ - تم وضع هذا الشرط بإقتراح من الولايات المتحدة الأمريكية، حيث رأت أن ممارسة المحكمة لإختصاصها بنظر جريمة العدوان يجب أن يتقيد بتدخل مجلس الأمن، علماً أن هذه الدولة هي التي رفضت إدراج تكييف حالة العدوان ضمن أحكام ميثاق الأمم المتحدة. أنظر:

- 79 - أنظر المادة (39) من ميثاق الأمم المتحدة.
- 80 - د. براء منذر كمال عبداللطيف، المرجع السابق، ص 27.
- 81 - Rapport de travail de la commission de Droit international, 46^{ème} Session, du 02 Mai au 22 Juillet 1994, No. 10. UN Doc. A/49/10, para. 72.
- 82 - تنص المادة (16) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على أنه: "لا يجوز البدء أو المضي في تحقيق أو مقاضاة بموجب هذا النظام الأساسي لمدة اثني عشر شهرا بناء على طلب من مجلس الأمن إلى المحكمة بهذا المعنى يتضمنه قرار يصدر عن المجلس بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، ويجوز للمجلس تجديد هذا الطلب بالشروط ذاتها".
- 83 - أنظر كذلك: CONGRAS Isabelle, La question d'un tribunal pénal international permanent, Thèse de Doctorat, Faculté de Droit, Université de Lyon, 2000, p. 205.
- 84 - أنظر المادة (13) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
- 85 - يتبين من خلال الممارسة العملية أن عدم إتخاذ مجلس الأمن لقرارات وقوع العدوان هي حالة عادية بالنسبة له، حيث لم تكن له الجراءة في إستعماله هذا المصطلح في قراراته لكونه أشد خطورة من الصور الأخرى للإستعمال غير للمشروع للقوة. ولمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع، راجع:
- ZAMBELLI Mirko, La constatation des situations de l'article 39 de la Charte des Nations Unies par le Conseil de Sécurité (le champ d'application des pouvoirs au chapitre VII de la Charte des actions Unies, Thèse de Doctorat, Faculté de Droit, Université de Lausanne, 2002, p. 189-191.
- 86 - أنظر المادة (16) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
- 87 - أنظر الفقرة الثانية من المادة (15) مكرر من مشروع تعديل النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
- 88 - يتدخل مجلس الأمن في حالة إفتراض وقوع العدوان من تلقاء نفسه أو بمبادرة من جهات الأخرى يعترف لها ميثاق الأمم المتحدة بحق عرض أي مسألة أمام مجلس الأمن، مثل الأمين العام إستنادا للمادة 99 منه، أو الجمعية العامة إستنادا لنص المادة 03/11، أو أي عضو من أعضاء الأمم المتحدة أو دولة غير عضو فيها إستنادا للمادة 35 منه.
- 89 - لمزيد من التفاصيل عن هذا الموضوع، راجع:
- ZAMBELLI Mirko, op.cit, pp. 86-88.
- 90 - أنظر الفقرة الأولى (البند التاسع) والفقرة الثانية (البند الرابع) من المادة (15) مكرر من مشروع تعديل النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
- 91 - تنص الفقرة الأولى من المادة (19) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على أنه: "تتحقق المحكمة من أن لها اختصاصا للنظر في الدعوى المعروضة عليها. وللمحكمة، من تلقاء نفسها أن تبت في مقبولية الدعوى وفقا للمادة 17".
- 92 - أنظر الفقرة الثانية من المادة (15) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
- 93 - يقم المدعي العام طلب الإنز بالشروع في التحقيق إستنادا للفقرة الثالثة من المادة (15) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، والفقرة الأولى (البند الثامن) من المادة (15) مكرر من مشروع تعديل هذا النظام.
- 94 - أنظر الفقرة الرابعة من المادة (15) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
- 95 - أنظر الفقرة الخامسة من المادة (15) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
- 96 - أنظر المادة (53) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
- 97 - أنظر المادتين (17) و(19) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
- 98 - أنظر المادة (60) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
- 99 - أنظر المادة (61) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
- 100 - أنظر المادة (65) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
- 101 - أنظر الفقرتين الثامنة والتاسعة من المادة (64) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
- 102 - أنظر المادة (74) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
- 103 - أنظر المادة (76) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
- 104 - أنظر المادة (77) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

بداية الحياة الإنسانية وآثارها القانونية بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري

بن زيطة عبد الهادي
باحث دكتوراه القانون الخاص
جامعة الجزائر 1

مقدمة

نال الكائن البشري اهتماما وافرا في مختلف الشرائع والنظم، وشكل احترام الكرامة الإنسانية محورا لسجلات فقهية وفلسفية كثيرة، لا تزال آثارها تمتد إلى يومنا هذا.

ولقد كان الحق في الحياة ولا يزال من أشهر الحقوق للصيقة بالإنسان، التي ما فتئ يدافع عنها على جميع الأصعدة، حتى لو أن شخصا واجه أسدا لحاول التخلص منه بأية طريقة، وما يدفعه لذلك هو رغبته المشروعة في العيش، والتي تترجم في لغة القانون إلى حق كل إنسان في البقاء على قيد الحياة.

ومن أجل تحديد مجالات هذا الحق، ثار الجدل واسعا حول ميعاد بداية الحياة الإنسانية، ومتى نقول أن الكائن البشري يتمتع بالحياة؟ هل منذ تكوينه الجنيني بالنقاء مائي أبويه؟ أم بنفخ الروح فيه من الله I؟ أم نتريث قليلا حتى نشهد آلام المخاض؟

كل هذه الأسئلة تثار بمناسبة الحديث عن استحقاق الإنسان للحماية القانونية الجنائية وحقه في الحياة ومنع الاعتداء عليه، وعلى سلامته الجسدية، أو عند الحديث عن استفادته من بعض الحقوق والمزايا. بل إن الإشكال يمتد في حالة الجنين، وقد تتعرض أمه للمساءلة الأخلاقية والقانونية بإسقاطها المبرر أو غير المبرر له، بينما يحتار الورثة في تقسيم تركة تنتظر انضمام وريث جديد إليها، لا يزال في طوره الجنيني! انطلاقا من هذه الرؤى، أعالج الإشكالية الرئيسية في هذا البحث حول الميعاد المعتمد لبداية الحياة الإنسانية، وطبيعة الآثار القانونية المترتبة عن وجود الإنسان، مع دراسة الحالات الخاصة بالجنين، وبحث ما إذا كان عدم الاعتراف بالحياة البشرية للجنين يمنعه من الاستفادة من الحماية والمزايا القانونية. ومعالجتي لهذه الإشكالية بالدراسة والتحليل وفق المباحث التالية:

أولاً: تحديد المقصود بالحياة،

ثانياً: دراسة معايير بداية الحياة،

ثالثاً: عرض الآثار القانونية المترتبة على بداية الحياة.

المبحث الأول: مفهوم الحياة

لم تكن دورة الحياة البشرية تثير إشكالا نظريا لميكانيكيته ومماثلتها في جميع الكائنات والمخلوقات. غير أن التطور العلمي وتشعب مناحي الحياة وازدياد التدخل والنشاط البشري، وتعمق الإنسان في أبحاثه الحيوية مكنه من إدراك التغييرات والتطورات الحاصلة في الخلايا البشرية وأعضاء جسمه، من خلال

تواتر الحياة والموت بداخله، دون أن تؤثر على كامل الجسم أو وظائفه، مما أثار إشكالية مفهوم الحياة، وأنه لا يتعلق فقط بممارسة الجسم لوظائفه الأساسية فحسب، بل هو يتضمن وصفا شاملا للجسم بمظاهره المختلفة الملموسة وغير الملموسة. وأعرض لمفهوم الحياة في المطالب الموالية في اللغة والطب والشرع والقانون، وحتى يكتمل بناء المفهوم لا بد من بيان أطوار تخلق وتكون الجنين باعتباره أول مظاهر الحياة البشرية.

المطلب الأول: تعريف الحياة في اللغة وفي الفقه الإسلامي

حَيٌّ، يَحْيَا، حَيَاةً فَهُوَ حَيٌّ، والحياة نقيض الموت، والحيُّ ضد المَيِّتِ⁽¹⁾. ويقال أرض حَيَّةٌ أي مخصبة، وأُحْيِيَتِ الأَرْضُ إِذَا اسْتُخْرِجَتِ، وإحْيَاؤُهَا مَبْشَرَتُهَا بِتَأْثِيرِ شَيْءٍ فِيهَا مِنْ إِحْاطَةٍ أَوْ زَرْعٍ أَوْ عِمَارَةٍ. والحي من النبات ما كان طريا يهتز⁽²⁾. ويستنتج مما سبق أن معنى الحياة ينصرف في اللغة إلى كل وصف يناقض الموت، كالحركة والإحساس والنماء.

وعلى الصعيد الطبي، فإن الحياة هي مجموعة الوظائف الموجودة بشكل آني، عند كائن ما، والتي تسمح له بالنمو والتناسل والتغذية والتفاعل مع المؤثرات القادمة من بيئته⁽³⁾.

غير أن الأطباء يرون بأن للحياة أنواعا أخرى حسب أوصاف معينة. فهناك الحياة الخلوية، الحياة النسيجية، الحياة العضوية والحياة الجسدية⁽⁴⁾.

ولم تبين النصوص الشرعية أي تعريف للحياة، بالرغم من كثرة مضامينها واستعمالاتها في القرآن الكريم أو في السنة النبوية.

فقد تعدد استعمال لفظة «الحياة» في القرآن الكريم، وجاءت تابعة للموت في الاستعمال ومناقضة له في المعنى.

أما في السنة النبوية، فالأحاديث التي تشير للحياة كحالة للكائن الموجود متعددة، وأذكر منها حديث نفخ الروح في الجنين، الذي جاء فيه عن النبي ع: { إِنَّ أَحَدَكُمْ يُجْمَعُ خَلْقُهُ فِي بَطْنِ أُمِّهِ أَرْبَعِينَ يَوْمًا ثُمَّ يَكُونُ عَلَقَةً مِثْلَ ذَلِكَ ثُمَّ يَكُونُ مُضْغَةً مِثْلَ ذَلِكَ ثُمَّ يَبْعَثُ اللَّهُ مَلَكًا فَيُؤَمِّرُ بِأَرْبَعِ كَلِمَاتٍ وَيُقَالُ لَهُ اكْتُبْ عَمَلَهُ وَرِزْقَهُ وَأَجَلَهُ وَشَقِيٌّ أَوْ سَعِيدٌ ثُمَّ يُنْفَخُ فِيهِ الرُّوحُ }⁽⁵⁾. وكذا أحاديث الاستهلال، كقوله ع: { إِذَا اسْتَهَلَّ الْمَوْلُودُ وَرُتَّ }⁽⁶⁾.

وقد ربطت هذه النصوص الشرعية حالة الحياة بنفخ الروح في الإنسان، قال الله ﷻ: (فَإِذَا سَوَّيْتُهُ وَنَفَخْتُ فِيهِ مِنْ رُوحِي فَقَعُوا لَهُ سَاجِدِينَ)⁽⁷⁾. فيبين القرآن بأن الموت هي مفارقة الروح للجسد؛ قال القرطبي في تفسير قوله Y: (اللَّهُ يَتَوَفَّى الْأَنْفُسَ حِينَ مَوْتِهَا)⁽⁸⁾ بأن الأنفس هي الأرواح⁽⁹⁾.

ولما كانت الموت نقيض الحياة، فإن مفارقة الروح للجسد تعني نهاية حياة هذا الجسد، وهو ما يعني بأن الروح دليل الحياة.

والروح من الألفاظ التي اختلف في تعريفها. فقد جاء في المصباح المنير بأن الروح والنفس واحد، وقال بعضهم بأن انقطاعها عن الحيوان يعني مفارقتها للحياة، وقال الحكماء بأن الروح هي الدم، ولهذا تنقطع الحياة بنزقها. ومذهب أهل السنة أن الروح هو النفس الناطقة المستعدة للبيان وفهم الخطاب، ولا تفن بفناء الجسد، وأنه جوهر لا عرض⁽¹⁰⁾.

المطلب الثاني: تعريف الحياة في القانون

استعصى على فقهاء القانون إيجاد تعريف مضبوط دقيق للحياة في المفهوم القانوني، نظرا لارتباطها بمفهوم الموت، والذي يعرف بدوره جدلا فقهيًا كبيرًا في تحديده، خصوصًا بعد ظهور مفهوم "موت الدماغ" الذي حل محل موت القلب الشائع في تحديد حالة الوفاة.

ولم تتجه النصوص القانونية -على كثرتها- إلى تعريف الحياة، وإن كانت بعض الصكوك الدولية لحقوق الإنسان قد ألحّت على حق الإنسان في الحياة، واستحقاقه للحماية القانونية⁽¹¹⁾.

وقد استطردت دساتير الدول هذه الحماية في نصوصها، فقد نص الدستور الجزائري على أن: «الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن مضمونة»⁽¹²⁾.

وتنص المادة (25) من القانون المدني الجزائري⁽¹³⁾ على أنه: «تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته. على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا».

ونصت المادة (134) من قانون الأسرة الجزائري⁽¹⁴⁾ على أنه: «لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا، ويعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة».

ويظهر من هذه النصوص أن القانون الجزائري يربط الحياة بعملية الولادة وتوابعها، فالاستهلال بالصراخ يعد أول عمل خارجي يقوم به الجنين بعد ولادته، ويعد من مظاهر الحياة كذلك التنفس وانتظام ضربات القلب.

وهذا الاتجاه في معنى الحياة في القانون الجزائري يوافق إلى حد بعيد ما ذهب إليه المواد (318)⁽¹⁵⁾ و(906)⁽¹⁶⁾ من القانون المدني الفرنسي⁽¹⁷⁾ التي يستنتج منها عبارة «*vivant et viable*» (حي وقابل للحياة)، بخصوص استحقاق الطفل للحقوق الموضوعية.

وبناء على ما سبق يمكن القول بأن مظاهر الحياة حسب القانون الجزائري هي الاستهلال بالصراخ مع توفر علامات الحياة بالنسبة للمولود الجديد.

وقبل أن أبين مظاهر وعلامات بداية الحياة الإنسانية، لا بد أن أتعرض لأطوار خلق الإنسان، ويتعلق الأمر بالجنين ومراحل تخلقه وتكوينه إلى غاية ولادته.

المطلب الثالث: أطوار الجنين

مكّن التقدم العلمي الهائل الذي شهده مجال الطب من كشف النقاب عن كل مراحل الحمل، ووصفها وصفاً دقيقاً باستخدام المناظير والمرددات الموجية، مما ساعد في تطور علم الأجنة.

ويقصد بالجنين الولد في بطن أمه، وبتعريف أدق هو «المادة التي تتكون في الرحم من عنصري الحيوان المنوي والبويضة»⁽¹⁸⁾.

وقد أسهب علماء الأحياء في وصف مراحل تخلق الجنين وتكوينه، غير أن الوصف الأكثر دقة كان ذلك الوارد في القرآن الكريم، بشهادة الأطباء الغربيين. حيث يقول الله ﷻ: (يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِن كُنْتُمْ فِي رَيْبٍ مِّنَ الْبُعْثِ فَإِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِّن تَرَابٍ ثُمَّ مِّن نُّطْفَةٍ ثُمَّ مِّن عِلْقَةٍ ثُمَّ مِّن مُّضْغَةٍ مُّخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مُخَلَّقَةٍ لِّنُبَيِّنَ لَكُمْ وَنُقِرُّ فِي الْأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلًا)⁽¹⁹⁾ ، ويقول كذلك I: (وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ مِن سُلَالَةٍ مِّن طِينٍ ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَامًا فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْمًا ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقًا آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ)⁽²⁰⁾.

كما وردت نصوص حديثية كثيرة في هذا الصدد اقتصر منها على حديث نفخ الروح الذي رواه عبد الله بن مسعود رضي عنه، حيث أن النبي صلى الله عليه وآله قال: { إِنَّ أَحَدَكُمْ يُجْمَعُ خَلْقُهُ فِي بَطْنِ أُمِّهِ أَرْبَعِينَ يَوْمًا ثُمَّ يَكُونُ عَلَقَةً مِّثْلَ ذَلِكَ ثُمَّ يَكُونُ مُضْغَةً مِّثْلَ ذَلِكَ ثُمَّ يَبْعَثُ اللَّهُ مَلَكًا فَيُؤَمِّرُ بِأَرْبَعِ كَلِمَاتٍ وَيَقَالُ لَهُ اكْتُبْ عَمَلَهُ وَرِزْقَهُ وَأَجَلَهُ وَشَقِيًّا أَوْ سَعِيدًا ثُمَّ يُنْفَخُ فِيهِ الرُّوحُ }⁽²¹⁾.

وتنقسم المراحل التي يمر بها الجنين إلى مرحلتين كما يلي:

الفرع الأول: مرحلة الحميل embryo

هي المرحلة الممتدة من بداية تعلق الجنين ببطانة الرحم إلى غاية الأسبوع الثامن⁽²²⁾ . وتنقسم بدورها إلى ثلاثة مراحل كالتالي:

أولاً: مرحلة العلق

تبدأ في نهاية الأسبوع الأول وتنتهي خلال الأسبوع الثالث، وهي المرحلة التي تعلق النطفة الأمشاج (الزيجوت) ببطانة الرحم، وتكون محاطة بالصفائح الدموية من جميع الجهات، تتميز بظهور أغشية الجنين والدورة الدموية⁽²³⁾.

ثانياً: مرحلة الكتل البدنية

تبدأ من اليوم العشرين، وتعرف بطور المضغة، ويتجلى في بروز كتل بدنية تظهر تدريجياً في أوقات متفاوتة تصل من 42 إلى 45 كتلة على كل محاور الجنين.

هذه الكتل تعتبر الأساس الذي يتكون منه الجهاز الهيكلي والعضلي، ويمكن تقدير عمر الجنين بوساطتها، وتعتبر محرضاً حقيقياً لتخلق الجنين لاحقاً⁽²⁴⁾.

ثالثاً: مرحلة تكون الأعضاء

تبدأ هذه المرحلة من الأسبوع الرابع للحمل وتنتهي بنهاية الأسبوع الثامن، تتحول فيها الكتل البدنية إلى عظام وعضلات وتتخذ كل الأعضاء مواضعها.

وتعتبر هذه الفترة حساسة وحرجة بالنسبة للجنين، لتأثره بسهولة بالمؤثرات الخارجية، كتعرض الأم للأمراض أو الأشعة أو تناول العقاقير.

ففي هذا الطور ينمو الرأس ويتقوس الجسم، وتتمايز الأطراف العلوية، وتتكون الأعضاء التناسلية الذكورية والأنثوية، والجهاز العصبي والحواس⁽²⁵⁾.

الفرع الثاني: مرحلة الجنين *le fœtus*

تبدأ هذه المرحلة من بداية الشهر الثالث وتمتد إلى غاية الوضع، وتتميز بالنمو السريع المتصل لأعضاء الجنين حتى يأخذ شكله البشري الذي يولد عليه.

وهذه المرحلة تتفق مع الوصف الذي جاء به القرآن الكريم، والمعروفة بمرحلة التسوية والتصوير والتعديل ونفخ الروح⁽²⁶⁾.

المبحث الثاني: تحديد بداية الحياة الإنسانية

حتى يستحق الكائن البشري الحماية القانونية اللازمة يشترط فيه أن يكون موجودا، والوجود يعبر عنه بالحياة البشرية.

وقد شكل تحديد ميعاد بداية الحياة اختلافات وتشعبات فقهية كبيرة، بالنظر لرأي الطب في المسألة، واختلاف المعايير التي يعتمد حدوثها كتاريخ لبداية حياة الإنسان، بين الطب والشرع والقانون، والتي أبينها فيما يلي:

الفرع الأول: معيار التلقيح

يعتمد فريق من الأطباء على أن تخصيب الحيوان المنوي للبيضة يعتبر بداية للحياة. ويستند هذا الفريق على أن البويضة المخصبة تتوفر على بعض الخصائص الحياتية، من حيث الوضوح والقدرة الذاتية على النمو والتطور، وتكوينها البيولوجي، الذي سيجعل منها كائنا بشريا قائما بذاته⁽²⁷⁾.

وتبدأ البويضة مباشرة بعد الإخصاب في عمليات الانقسام، ويستعد الرحم لاستقبالها تمهيدا لمرحلة العلقة. ويذهب إلى هذا الرأي أكثر المالكية من الفقهاء المسلمين. فقد ذكر ابن جزري أنه: «إذا قبض الرحم المنى لم يجز التعرض له»⁽²⁸⁾، وأضاف الدسوقي بأنه: «لا يجوز إخراج المنى المتكون في الرحم ولو قبل أربعين يوما»⁽²⁹⁾.

أما من الحنفية فيقول السرخسي بأن: «تلك النطفة في الرحم مالم تفسد، فهي معدة للحياة، ولأن منها شخص حي، فيعطى لها حكم الحياة باعتبار المأل»⁽³⁰⁾.

أما الغزالي فيرى بأن أول الوجود بأن تقع النطفة في الرحم وتختلط بماء المرأة، وتستعد لقبول الحياة⁽³¹⁾.

إن هؤلاء الفقهاء المسلمين الذين يمنعون التعرض للنطفة في الرحم، يقيمونها منزلة الكائن المعد للحياة، ويحرمون الاعتداء عليها، وهذا ما يمكن أن يستنتج منه أن بداية الحياة عندهم تكون بالإخصاب. وهذا الاستنتاج يوافق ما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي في دورته المنعقدة سنة 1985 بالكويت، والتي جاء في توصياتها ما يلي: «بداية الحياة تكون منذ التحام حيوان منوي ببويضة، ليكونا البويضة الملقحة التي تحتوي على الحقيبة الوراثية الكاملة للجنس البشري عامة، وللكائن الفرد بذاته، المتميز عن كل كائن آخر على مدى الأزمنة»⁽³²⁾.

وفي نطاق الحماية القانونية لحمل المرأة، يذهب بعض فقهاء القانون الجنائي إلى اعتبار حدوث الإخصاب كميعاد لبداية الحياة الإنسانية، مما يترتب عليه إسباغ الحماية الجنائية لهذا الحمل⁽³³⁾، ككائن بشري يستحق حماية حقه في الحياة، وعدم التعرض له بأية حال.

الفرع الثاني: معيار تكون المخ

يبدأ تكون المخ بعد تكون الجهاز العصبي للجنين، في بداية الأسبوع الخامس إلى نهاية الشهر الثاني، حيث يشهد الدماغ تطورا سريعا، وتبدأ الخلايا العصبية في تغطيته ويصبح واضحا⁽³⁴⁾.

ويرى أنصار هذا الاتجاه أن تكون المخ يعد دليلا على بدء الحياة، باعتبار أنه مسؤول عن أداء مختلف الأعضاء لوظائفها، ويبدأ الجنين في ممارسة بعض علامات الحياة العضوية كالتنفس والتقلب جانبا، هذه الحركات تتلقى أوامرها من المخ، وبذلك يكون تكوينه معيارا لبدء حياة الإنسان⁽³⁵⁾.

ونظرا لكون هذا المعيار ذو طبيعة محدودة جدا، فإن الفقهاء المسلمين وحتى القانونيين لم يتطرقوا له، مكتفين بالجدل حول المعايير التقليدية المعروفة.

الفرع الثالث: معيار نفخ الروح

يعتمد أنصار هذا المعيار على مسألة غيبية، قد لا يستطيع العلم مهما تطور أن يجد لها حلا، مصداقا لقوله I: (وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الرُّوحِ قُلِ الرُّوحُ مِنْ أَمْرِ رَبِّي وَمَا أُوتِيتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا)⁽³⁶⁾. فهم يعتمدون على حدوث ظاهرة "نفخ الروح" كمعيار لتحديد بداية الحياة⁽³⁷⁾.

وقد ذهب إلى هذا الرأي مجموعة من الفقهاء المسلمين: فقد ذكر ابن القيم مستندا للنصوص الشرعية الواردة في تكون الجنين، بأن التخليق والتصوير ينشأ بعد الأربعين بالتدرج، وتكون الحياة الإنسانية بعد نفخ الروح من آثارها الإدراك والحس⁽³⁸⁾.

ووافق ابن حجر قائلًا في نفخ الروح: «النفخ في الأصل إخراج ريح من جوف النافخ ليدخل في المنفوخ فيه، ولكن المراد بإسناده إلى الله I أن يقال له كن فيكون، أي كن إنسانا فيكون»⁽³⁹⁾.

وذهبت مجموعة من الفقهاء المعاصرين إلى أن ما سبق نفخ الروح من حياة، فهي ليست حياة إنسانية، وإن كان بها بعض خصائص الحياة كالنمو والتطور⁽⁴⁰⁾.

الفرع الرابع: معيار الولادة

يتمثل هذا المعيار في اشتراط ولادة الجنين لاعتبار بداية حياته الإنسانية. وولادته تعني انفصاله كلية عن رحم أمه بقطع حبله السري، إضافة لضرورة أن يكون حيا بعد الولادة.

وهذا المعيار هو مذهب جل التشريعات الوضعية المعاصرة، وهو لا يقلل من أهمية الجنين، أو من مقدار اهتمام القانون به، فالحماية القانونية لمحتوى الحمل مكفولة في جميع مراحلها.

فقد ورد في الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية أن الحق في الحياة هو من الحقوق اللصيقة بالإنسان⁽⁴¹⁾، ودأبت التشريعات الدولية المعاصرة على تأكيد هذا الحق واحترامه.

وجاء في التقنين المدني الفرنسي بأن القانون يضمن احترام وكرامة الكائن البشري منذ بداية حياته⁽⁴²⁾. ويشترط لاعتبار بداية الحياة الإنسانية أن تكون صفة الحياة متممة للولادة⁽⁴³⁾، بل أن القانون المدني الفرنسي أضاف الشرطين التاليين:

أ- ولادة كائن حي: ويكون ذلك إذا تمكن الجنين من الانفصال كلية عن بطن أمه مع التنفس بشكل طبيعي.
ب- قابلية الوليد للحياة: وهي القدرة على إتمام المسار الطبيعي للحياة⁽⁴⁴⁾.

وهذا الشرط الأخير يستدل عليه من مظهرين: وهما الاستهلال بالبكاء والصراخ، والنمو وعدم وجود تشوهات تمنعه من البقاء حيا.

بعد عرض المعايير التي اتخذها الأطباء والفقهاء والقانونيين كعالم لتحديد بداية الحياة البشرية، يتبين لنا الاختلاف الكبير الحاصل في هذا الشأن، وعدم الانضباط على معيار محدد. فالأطباء يعتبرون الإخصاب بداية للحياة في سبيل متابعة الجنين طبييا، وتمكينه من الاهتمام اللازم له. بينما تؤيد النصوص الشرعية وجهة نظر الفقهاء المسلمون، الذين يربطون نفخ الروح ببداية الحياة، هذه النصوص غير قطعية الدلالة بالرغم من قطعيتها في الثبوت، مما يفتح باب الاجتهاد واسعا لتحديد بداية الحياة.

إن تحديد ميعاد بداية الحياة البشرية يترتب عنه التعامل مع كائن بشري له حقوق وعليه التزامات، ويحجز له وجود قانوني، مما يجعل الجنين - وهو حمل في بطن أمه - في منأى عن هذا الوضع، وإن كان يتمتع ببعض المظاهر البيولوجية مثل الإنسان الكامل، كالروح والتنفس والتغذية بوساطة أمه. وبالتالي فإن المعيار الذي اقتضته التشريعات والقوانين لبداية الحياة - وهو الولادة - يعد في رأيي هو المعيار الراجح لبداية الحياة البشرية، لأنه يجعل الكائن المولود في مركز قانوني سليم وملاءم لترتيب مختلف الآثار القانونية الممكنة، وهو الوضع الذي يكون ناقص التصور بالنسبة لحالة الجنين، خاصة وأن هذا الأخير يتمتع بحماية قانونية ملاءمة في جميع الأوضاع التي يمر بها. فالقانون يكفل له الحق في الحياة والسلامة والحماية من الاعتداء، بحماية الأم الحامل من كل ما قد تتعرض له من تجاوز، في إطار مختلف النصوص القانونية الأمرة، بل وحتى حماية الجنين من الإسقاط أو الإجهاض الذي قد يتعرض له من طرف أمه نفسها قبل غيرها.

وهذا الطرح يتفق مع مذهب القضاء الفرنسي، الذي اختلف في تصنيف الاعتداء على الجنين والأم والحامل، فقد اعتبر أن أحكام قانون العقوبات المتعلقة بالقتل الخطأ لا تطبق على حمل المرأة "الجنين"، لأن هذا الوصف التجريمي ينطبق على الأشخاص القانونية فقط. وجاء هذا الحكم نقضا لحكم آخر أدينت فيه ممرضة توليد بجريمة القتل الخطأ، نتيجة تسبب خطأها في إجهاض امرأة حامل⁽⁴⁵⁾.

فالوضع القانوني الحالي، ومستوى الحماية المكفولة يجعل من غير المهم البحث عن تحديد ميعاد آخر لبداية الحياة البشرية، غير ذلك الذي حددته القوانين الوضعية، خاصة مع اختلاف الفقه في هذه المسألة.

المبحث الثالث: الآثار القانونية لبداية الحياة الإنسانية

إذا ولد الكائن البشري حيا وتوفرت فيه مظاهر القابلية للحياة، انتقل من وصف الجنين إلى وصف الإنسان الكامل، ويترتب على هذا الوضع الجديد اكتساب الشخصية القانونية الطبيعية لهذا الإنسان (مطلب أول)، إلى جانب استمرارية استحقاقه وتمتعه بالحماية الجنائية التي يكفلها له القانون (مطلب ثاني)، ولكن بوصف مغاير عما كان يخضع له في وضعه الجنيني السابق.

المطلب الأول: اكتساب الشخصية القانونية الطبيعية

ويكتسب الإنسان الشخصية الطبيعية القانونية بمجرد خروجه للحياة حيا، وهذا ما نصت عليه المادة (25) من القانون المدني الجزائري: «تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا، وتنتهي بموته، على أن الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا».

وهذا الاتجاه يوافق القانون الفرنسي الذي فصل شروط الاكتساب بضرورة ولادة كائن حي يثبت قابليته للحياة، حسب الشروط الواردة في المنشور الصادر عن وزير الصحة الفرنسي بتاريخ 1993/07/22، والذي اعتمدت فيه نفس المعايير الصادرة عن المنظمة العالمية للصحة⁽⁴⁶⁾.

واكتساب الشخصية القانونية حسب القانون المدني الفرنسي ليس صريحا، وإنما يستنتج من مضمون المواد رقم (318)⁽⁴⁷⁾، (725)⁽⁴⁸⁾ و(906 ف3)⁽⁴⁹⁾.

وقبل بيان مميزات الشخصية القانونية نتعرض للمركز القانوني للجنين.

الفرع الأول: المركز القانوني للجنين

لا يزال المركز القانوني للجنين غير دقيق، حيث ترشح الفقهاء القانونيون في اعتباره بين الأشياء والأشخاص، وبالنظر لاستحقاقه الحماية القانونية بالرغم من عدم اكتسابه الشخصية القانونية⁽⁵⁰⁾.

غير أن البعض يعتبر أن هذا الجدل غير مجد، طالما أن الجنين يتمتع بالاحترام والحماية القانونية اللازمة لاستمراريته، فهو إنسان مستقبلي⁽⁵¹⁾.

إلا أن الفقه والتشريع اتفقا على أن وجود الجنين مرتبط بأمه، وليس له كيان قانوني مستقل عن تحمله. حيث أن القانون الفرنسي لا يعترف في مجال الأبحاث والتجارب الطبية إلا بالمرأة الحامل⁽⁵²⁾، وكذا في

قانون أخلاقيات الطب الفرنسي الذي يقتضي وجود رضا المرأة في حالة اقتطاع الأعضاء أو الأنسجة الجنينية⁽⁵³⁾.

أما في القانون الجزائري فالشخصية القانونية للجنين معلقة على شرط ولادته حيا، وهذا ما يتجلى في تقرير القانون المدني لأهلية الوجوب الناقصة للجنين، وكذا في أحكام قانون الأسرة فيما يتعلق بالنسب، حق الميراث، الوصية له والهبة⁽⁵⁴⁾.

وبهذا يتبين أن الجنين يتمتع بنظام قانوني خاص، قوامه وجود اعتبار قانوني قائم، يمكنه من الاستفادة من الحماية الجنائية المقررة لحق المرأة في سلامة جنينها، وحماية حق الجنين ذاته في الحياة، باعتباره نواة لكائن بشري حي، إضافة إلى تمتعه بشخصية قانونية ناقصة، بالقدر اللازم لتمكّنه من تلقي الحقوق أو ممارسة أهلية الوجوب.

الفرع الثاني: مميزات الشخصية القانونية

إذا ولد الإنسان حيا، فإنه يكتسب الشخصية القانونية بمميزاتا وهي الحالة، الاسم والموطن إضافة إلى تمتعه بالأهلية كما يلي⁽⁵⁵⁾ :

1- الحالة: وتتمثل في تحديد وضعية الإنسان السياسية من خلال انتمائه لدولة معينة وحمله لجنسيتها، مما يخوله من التمتع بالحقوق السياسية.

أما الحالة العائلية فهي تبين مركز الشخص من حيث انتمائه لأسرة معينة، يترتب عنها تحديد الأقرباء في النسب من المصاهرة أو من الحواشي⁽⁵⁶⁾.

وما ينطبق على الإنسان بالنسبة للحالة، ينطبق على الجنين، فهو يستحق الحماية بمقتضى قوانين الدولة التي تنتمي إليها أمه.

2- الاسم: هو الذي يميز به الشخص عن غيره، ويعتبر من الحقوق اللصيقة بالإنسان، وقد جاء في المادة (28) ق.م.ج: «يجب أن يكون لكل شخص لقب واسم فأكثر ولقب الشخص يلحق أو ولاده» ولا يمكن تسمية الجنين قبل ميلاده وحتى وإن اتفق والداه على ذلك، كما قد تجري به العادة، إلا أن هذا الاتفاق لا يترتب أي أثر ما دام الجنين لم يظهر لحيز الوجود.

3- الموطن: الموطن القانوني هو محل السكن الرئيسي للشخص⁽⁵⁷⁾ ، وله أهمية ترتيب مختلف الآثار القانوني في مجال التقاضي وممارسة بعض الحقوق. ولا يثير الموطن أية إشكالية بالنسبة للجنين كونه لم يولد بعد.

4- الأهلية: باكتمال الشخصية القانونية يتمتع الشخص بالأهلية بنوعها: أهلية الوجوب وأهلية الأداء.

-أهلية الوجوب: وهي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، وهي تثبت لكل إنسان، لأن مناطها الحياة.

-أهلية الأداء: وهي صلاحية الشخص لإبرام التصرفات القانونية، وهي لا تثبت إلا إذا أثبت الشخص أنه قادر على التمييز بين النفع والضرر.

ويتبين مما سبق أنه ليس للجنين أهلية أداء، بينما يكتسب أهلية وجوب ناقصة:

§ باقتصارها على صلاحية اكتساب الحقوق فقط.

§ باقتصارها على بعض الحقوق.

بتوقفها على تمام ولادته حيا⁽⁵⁸⁾.

وقد قرر القانون الجزائري أهلية الوجوب للجنين أو الحمل المستكن:

٧ فله الحق في ثبوت نسبه من أبويه متى ولد من زواج شرعي، ولم ينف نسبه بالطرق المشروعة، وولد

لستة أشهر إلى عشرة أشهر⁽⁵⁹⁾.

٧ وله الحق في الميراث⁽⁶⁰⁾.

٧ وله الحق في الإيصال له⁽⁶¹⁾.

٧ وله الحق في أن يوهب له⁽⁶²⁾.

غير أن هذه الحقوق تظل مرهونة بتمام ولادته حيا، طبقا لما نص عليه القانون⁽⁶³⁾.

المطلب الثاني: استحقاق الحماية القانونية

إن الحماية القانونية للكائن البشري تبتدئ منذ تكوينه، أي منذ لحظة الإخصاب، ولا يشترط فيها وجود شخصية قانونية، إذ أن الإنسان عهد التكريم منذ خلقه على وجه الأرض، عبر الشرائع والنظم الدينية والمدنية التي عرفتها البشرية. وعلى هذه الوتيرة سارت التشريعات المعاصرة بتقريرها للحماية القانونية للحمل، طيلة فترة حياته الجنينية، وأكدت هذه الحماية بولادته حيا، غير أن مستوى هذه الحماية يختلف حسب وضع الإنسان كما أوضحه في الفروع الموالية.

الفرع الأول: حماية الجنين

صنفت القوانين المعاصرة الاعتداء على المرأة الحامل الذي يستهدف جنينها بمثابة الإجهاض أو محاولة الإجهاض.

ويعتبر هذا الوصف دليل على عدم اكتمال الشخصية القانونية للجنين، بالرغم من احترام حق الجنين في الحياة.

وفي هذا الشأن، أبطلت محكمة النقض الفرنسية قرارا قضى بإدانة ممرضة مولدة (*gynécologue*) تسببت بخطئها في إسقاط جنين امرأة حامل، نظرا لأن القرار المبطل يصنف الفعل بأنه "قتل لا إرادي"، وقررت محكمة النقض بأن المساس بالحياة لا يعني سوى الأشخاص القانونية⁽⁶⁴⁾.

ويوافق التشريع الفرنسي طرح قضاءه، حيث تكفل الحماية الجسدية للجنين، ولكن بشكل مغاير كما يلي:

٧ من بداية الحمل إلى غاية الأسبوع العاشر: يمكن للمرأة -لأسباب تتعلق بالضيق أو الشدة (*détresse*)- طلب إجراء القطع الإرادي للحمل (*interruption volontaire de grossesse*).

٧ من الأسبوع العاشر إلى غاية الشهر السادس: يتيح القانون إمكانية الإجهاض العلاجي فقط، ويعاقب على الإجهاض في جميع الحالات⁽⁶⁵⁾.

أما بالنسبة للقانون الجزائري، فلا محل للتصور بأنه قد حذا حذو القانون الفرنسي⁽⁶⁶⁾، بل هو واضح كل الوضوح في مسألة الاعتداء على الحمل⁽⁶⁷⁾، ولم يفرق حتى بين أوضاع الجنين، فالإجهاض وإن كان قطعاً إرادياً للحمل كما يسمى في بعض الحالات في فرنسا، يعد جريمة يعاقب عليها القانون.

فقد نص قانون أخلاقيات الطب الجزائري على أنه لا يجوز للطبيب أن يجري عملية قطع الحمل إلا حسب الشروط المنصوص عليها في القانون⁽⁶⁸⁾.

وقانون العقوبات الجزائري⁽⁶⁹⁾ صاحب الاختصاص الأصيل في التجريم والعقاب، يصنف جريمة الإجهاض ضمن فصل الجنايات والجنح ضد الأسرة والآداب العامة.

حيث جاء فيه: «كل من أجهض امرأة حاملاً أو مفترض حملها بإعطائها مأكولات أو مشروبات أو أدوية أو باستعمال طرق أو أعمال عنف أو بأية وسيلة أخرى سواء وافقت على ذلك أو لم توافق أو شرع في ذلك يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 500 إلى 10.000 دينار»⁽⁷⁰⁾.

ويلاحظ من نص المادة أن الفعل يعني المرأة الحامل المتأكد من حملها، أو المرأة المفترض حملها، أو المرأة المفترض حملها. وغني عن البيان أن افتراض حمل المرأة هو مرحلة قصيرة جداً، لا تتجاوز عشرة أيام أو 15 يوماً من تاريخ تأخر الدورة الشهرية لها عن ميعادها المعتاد. وهذا يبين لنا مدى الاهتمام الذي أولاه المشرع الجزائري للحمل في جميع مراحلها، حتى مرحلة الإخصاب التي يكون فيها الحمل هيناً، وهو في الحقيقة أعظم من ذلك، لأنها مرحلة حساسة، إذا اجتازها المرأة بنجاح يترتب عنه ثبات حملها.

كما حمل نفس القانون فئة واسعة من الأشخاص والمهنيين مسؤولية الإجهاض، وهم: الأطباء، القابلات، جراحو الأسنان، الصيادلة، طلبة الطب، طلبة طب الأسنان، طلبة الصيدلة، مستخدمو الصيدليات، محضرو العقاقير، صانعو الأربطة الطبية، تجار الأدوات الجراحية، الممرضون والمدلكون⁽⁷¹⁾.

ولم تستثن المرأة الحامل نفسها من العقاب، فقد جرمت المادة (309) كل امرأة تقدم على محاولة إجهاض نفسها، أو قامت بذلك فعلاً، أو وافقت على القيام به عليها⁽⁷²⁾.

إلا أن القانون أباح الإجهاض العلاجي، وهو الذي تستوجبه ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر، متى أجراه الطبيب بغير خفاء وبعد إبلاغه السلطة الإدارية.

ومما سبق يتبين لنا أن القانون كفل حماية واسعة للجنين في كل مراحلها، ضد أي اعتداء يطله، ولو كان من أقرب المقربين له وهي أمه التي تحمله.

الفرع الثاني: حماية الشخص الطبيعي

الشخص الطبيعي هو الكائن البشري الذي يتمتع بالحياة بعد الولادة، وقد كفل له القانون حماية جنائية مستقلة عن تلك التي كان يتمتع بها وهو جنين في بطن أمه.

فباستقراء أحكام قانون العقوبات نجد أنه صنفه الجرائم المعنية في باب الجنايات والجنح ضد الأشخاص، وأشهر جريمة تذكر في هذا الشأن هي جريمة القتل العمد، وعرقه بأنه إزهاق روح إنسان عمداً، وتضمن كذلك قتل الأصول والأطفال، والقتل بالتسميم، واستعمال التعذيب في القتل⁽⁷³⁾.

وجاءت عقوبة القتل موحدة وهي الإعدام في جميع الحالات المذكورة، كما تضمن نفس الفصل الإشارة إلى أعمال العنف العمدية، والقتل الخطأ والجرح الخطأ⁽⁷⁴⁾.

كما تتضمن الحماية الجنائية المقررة في قانون العقوبات الحفاظ على حق الإنسان في سلامته الجسدية بتجريم الاتجار بالأعضاء البشرية، سواء انتزعت هذه الأعضاء من جسم شخص حي أو ميت⁽⁷⁵⁾.

ومما سبق يظهر أن مجال حماية الكائن البشري واسع، يشمل حقه في الحياة، وحقه في سلامة بدنه وسلامة أعضائه وانتفاعه منه، وكذا حقه في احترام كرامته الإنسانية، بمنع التعرض للجثمان البشري حتى بعد الوفاة.

خاتمة

على ضوء التحليلات السابقة تستنتج ما يلي:

-ارتباط معنى الحياة بالحركة والإحساس من الجانب المادي وبالروح من الجانب المعنوي، حتى أن نفخ الروح يعد دليلاً للحياة.

-اهتمام القوانين الوضعية بحياة الإنسان، من خلال التأكيد على الحق في الحياة والصحة. كما أن القانون الجزائري يربط الحياة بعملية ولادة الإنسان، ويتوافق مع القانون الفرنسي في ذلك.

- مظاهر الحياة حسب القانون الجزائري هي الاستهلال بالصراخ مع توفر علامات البقاء حياً بالنسبة للمولود الجديد.

-يشكل تحديد بداية الحياة محلاً لجدل فقهي كبير، بسبب اختلاف المعايير المعتمدة في ذلك.

-ينقسم الفقه الإسلامي في تحديد بداية الحياة الإنسانية بين معياري حدوث الإخصاب، وميعاد نفخ الروح، ويترتب على هذا الانقسام الاتفاق في تحريم الإجهاض في مرحلة ما بعد نفخ الروح في الجنين، والاختلاف في إباحة الإجهاض -لدواعيه- في الفترة ما بين حدوث الإخصاب ونفخ الروح.

-اعتمدت الولادة كمعيار لاعتبار بداية حياة الإنسان في بعض التشريعات المعاصرة، كالقانون الفرنسي والجزائري، وهو معيار راجح لأنه يمكن من التعامل مع كائن موجود، والقانون يترتب آثاره ويسبغ حمايته لما هو كائن حقاً.

-إن من هم الآثار القانونية لولادة الإنسان هو اكتسابه للشخصية القانونية الطبيعية.
-يتمتع الجنين بوضع قانوني خاص، يمكنه من الاستفادة من الحماية القانونية، والأهلية الناقصة، بالرغم من عدم اكتسابه للشخصية القانونية.
-للجنين أهلية وجوب ناقصة تكتمل بولادته حيا.
-يكتسب الشخص الطبيعي الحماية القانونية الكاملة، بولادته حيا، ضد كل ما من شأنه أن يمس بحقه في الحياة والصحة وسلامته الجسدية.
-ويكتسب الجنين نفس المستوى من الحماية، بالرغم من استتاره، وعدم اكتسابه للشخصية القانونية. ومع الخلاف الواقع بين الفقهاء المسلمين في إباحة الإجهاض في فترات معينة من الحمل، إضافة إلى التدرج في منع الإجهاض حسب تقدم الحمل في القانون الفرنسي، فإن القانون الجزائري يحرم الإجهاض في أية مرحلة من مراحل الحمل، بل وحتى في حالة الحمل المفترض، مع السماح به في حالة وحيدة تتعلق بإنقاذ الأم الموجودة في وضع خطير بسبب الحمل.

حواشي البحث

- (1) - مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الحلبي للنشر والتوزيع، القاهرة، ج4، ص 320؛ محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، دار الفجر الجديدة، عمان، 1996، ص 89.
- (2) - جمال الدين بن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، 1990، ج14، ص 211.
- (3) - Nouveau Larousse Médical, Edition Larousse, Paris, 1989, p. 1093.
- (4) - أحمد القاسمي الحسني، علامات الحياة والممات بين الفقه والطب، دار الخلدونية، الجزائر، 2001، ص 26.
- (5) - أخرجه البخاري في كتاب بدء الخلق، باب ذكر الملائكة، رقم (3036)؛ ومسلم في كتاب القدر، باب كيفية خلق الآدمي، رقم (2643).
- (6) - أخرجه أبو داود في كتاب الفرائض، باب في المولود يستهل ثم يموت، رقم (2920).
- (7) - سورة الحجر، الآية 29.
- (8) - سورة الزمر، الآية 42.
- (9) - أبو عبد الله الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، دار الفكر، القاهرة، ج14، ص 232.
- (10) - أحمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، دار الفكر العربي، القاهرة، ج1، ص 245.
- (11) - نص المادة (03) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان: «لكل فرد حق في الحياة والحرية وفي الأمان على شخصه»، المعتمد والمنشور بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 217 ألف (د-3) المؤرخ في 10 ديسمبر 1948، والمادة (02) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان: «حق كل إنسان في الحياة يحميه القانون» وهي الاتفاقية الموقعة بروما في 04 نوفمبر 1950، ودخلت حيز التطبيق في 03 سبتمبر 1953.
- (12) - الدستور الجزائري الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم 96-438، المتضمن إصدار نص الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، المعدل بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002، والقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008.
- (13) - الصادر بالأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.
- (14) - الصادر بالقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المعدل والمتمم.
- (15) - نص المادة 318:

«Aucune action n'est reçue quant à la filiation d'un enfant qui n'est pas né viable»

(16) - نص المادة 906:

«Pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation. Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur. Néanmoins, la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable».

(17) - القانون المدني الفرنسي المعروف بقانون نابليون، صدر بتاريخ 1984/03/21، وعدل آخر مرة بتاريخ 2006/03/23.

(18) - محمد سلام مذكور، الجنين والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1969، ص 31.

(19) - سورة الحج، الآية 05.

(20) - سورة المؤمنون، الآيات 12-14.

(21) - سبق تخريجه.

(22) - Nouveau Larousse médical, op.cit, P.367.

(23) - محمد علي البار، خلق الإنسان بين الطب والقرآن، الدار السعودية للنشر والتوزيع، جدة، ط3، 1981، ص 353؛ طالو محيي الدين، علم الجنين الطبي، منشورات جامعة دمشق، دمشق، 1995، ص 44.

(24) - د.تاج الدين الجاعوني، الإنسان هذا الكائن العجيب، دار عمار، عمان، 1993، ص 164؛

د.محمد المرسي زهرة، الإنجاب الصناعي أحكامه القانونية وحدوده الشرعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 73؛ د.محمد علي البار، مرجع سابق، ص 377.

(25) - د.محمد علي البار، المرجع السابق، ص 378؛ طالو، مرجع سابق، ص 72؛ د.الجاعوني، المرجع السابق، ص 172.

(26) - د.حسيني هيكل، النظام القانوني للإنجاب الصناعي، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2007، ص 545؛

د.محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص 22؛ لاروس الطبي، ص 427.

(27) - د.طارق عبد الله محمد، الانعكاسات القانونية للإنجاب الصناعي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2005، ص 364؛ د.شفيق عبد الملك، تكون الجنين، القاهرة، 1979، ص 124؛

د.حسان حنوت، ندوة بداية الحياة الإنسانية ونهايتها، الكويت، 1985، ص 55.

(28) - ابن جزى المالكي، القوانين الفقهية، دار الهدى، الجزائر، 2000، ص 141.

(29) - محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، 1985، ج2، ص 267.

(30) - السرخسي، المبسوط، دار الكتب العلمية، بيروت، 1993، ج 30، ص 51.

(31) - أبو حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، دار الكتب العلمية، بيروت، 1983، ج2 ص 58.

(32) - منظمة المؤتمر الإسلامي، مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثالثة، بداية الحياة ونهايتها، العدد الثالث، 730/2.

(33) - د.محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات (القسم الخاص)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص 503؛

د.حسن المرصفاوي، الإجهاض في نظر المشرع الجنائي، المجلة الجنائية القومية، العدد 03، نوفمبر 1958، ص 415.

(34) - طالو محيي الدين، مرجع سابق، ص 347.

(35) - مختار مهدي، ندوة الحياة الإنسانية، الكويت، ص 62.

(36) - سورة الإسراء، الآية 85.

(37) - د.حسيني هيكل، مرجع سابق، ص 57.

(38) - ابن قيم الجوزية، تحفة الودود بأحكام المولود، دار الفكر العربي، القاهرة، ص 224، 225.

(39) - ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، دار الفكر العربي، القاهرة، ج11 ص 411.

- (40) - محمد سليمان الأثقر، بداية الحياة الإنسانية، ندوة بداية الحياة ونهايتها، ص 123؛ محمد نعيم ياسين، بداية الحياة الإنسانية ونهايتها في ضوء النصوص الشرعية واجتهادات علماء المسلمين، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، السنة الثانية، العدد الرابع، 1985، ص 150.
- (41) - اعتمدت وعرضت للتصديق بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2200 ألف (د-21) بتاريخ 16 ديسمبر 1966، ودخلت حيز النفاذ بتاريخ 23 مارس 1976. وقد صادقت الجزائر على هذه الاتفاقية سنة 1989.
- (42) - المادة 16-1 من القانون المدني الفرنسي:
- «*Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort*»
- (43) - المادة (25) من القانون المدني الجزائري.
- (44) - يستنتج من نصوص المواد (318) و(906) من القانون المدني الفرنسي.
- (45) - محكمة النقض الفرنسية، الغرفة الجنائية، نقض جنائي بتاريخ 30 جوان 1999.
- (46) - والشروط هي: أن تكون فترة الحمل لدى المرأة مميزة بانقطاع دورتها الشهرية لمدة 22 أسبوعاً، وأن يتجاوز وزن الجنين 500 غرام.
- Aude Bertrand-Mirkovic, Droit civil(personnes, famille), StudyRama,Paris, 2004, p.27.*
- (47) - المادة (318):
- «*Aucune action n'est reçue quant à la filiation d'un enfant qui n'est pas né viable*»
- (48) - نص المادة (725):
- «*Pour succéder, il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession ou, ayant déjà été conçu, naître viable.*»
- (49) - نص المادة:
- Néanmoins, la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable*
- (50) - صرح برنارد كوشنير وزير الصحة الفرنسي السابق (1992)، أثناء مناقشة القانون المتعلق بالمساعدة على الإنجاب، أمام مجلس الشيوخ الفرنسي، بأن النظام القانوني للجنين لا يمكن ضبطه بالنظر للاختلافات الفلسفية العريضة حول بداية الحياة الإنسانية.
- Irma Arnoux, les droits de l'être humain sur son corps, presses universitaire de Bordeaux, Bordeaux,1994, p.63.*
- (51) - رأي المجلس الفرنسي الاستشاري لأخلاقيات علم الأحياء والصحة بتاريخ 1984/05/22. المصدر:
- http://fr.wikipedia.org/wiki/Comit%C3%A9_consultatif_national_d%27%C3%A9thique
- (52) - المادة 1121-4 من قانون الصحة العمومية الفرنسي، ونصها:
- Les recherches sans bénéfice individuel direct sur les femmes enceintes, les parturientes et les mères qui allaitent ne sont admises que si elles ne présentent aucun risque sérieux prévisible pour leur santé ou celle de leur enfant, si elles sont utiles à la connaissance des phénomènes de la grossesse, de l'accouchement ou de l'allaitement et si elles ne peuvent être réalisées autrement.*
- (53) - المادة 1241-5 من قانون الصحة العمومية الفرنسي. ونصها:
- Des tissus ou cellules embryonnaires ou foetaux ne peuvent être prélevés, conservés et utilisés à l'issue d'une interruption de grossesse qu'à des fins diagnostiques, thérapeutiques ou scientifiques. La femme ayant subi une interruption de grossesse donne son consentement écrit après avoir reçu une information appropriée sur les finalités d'un tel prélèvement. Cette information doit être postérieure à la décision prise par la femme d'interrompre sa grossesse.*
- (54) - المادة 2/25 من القانون المدني الجزائري، والمواد 40، 128، 173، 127 و 209 من قانون الأسرة الجزائري.
- (55) - د.بعللي محمد الصغير، المدخل للعلوم القانونية، دار العلوم، عنابة، 2006، ص 139 وما بعدها.
- (56) - المادة (32) من القانون المدني الجزائري.
- (57) - المادة (36) من القانون المدني الجزائري.
- (58) - محمد مومن، أهلية الوجوب لدى الجنين في القانون المغربي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، المجلد 28، العدد الثالث، السنة 2004، ص 512.
- (59) - المواد 40، 41، 42، و 43 من قانون الأسرة.
- (60) - المادتين (128) و(173) من قانون الأسرة.
- (61) - المادة (127) من قانون الأسرة.

(62) - المادة (209) من قانون الأسرة. علي علي سليمان، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص 53.

(63) - المادة (25) من القانون المدني الجزائري.

(64) - Frédérique Dreiff-Netter, *statut de l'embryon et de fœtus*, article publié dans le site de centre de documentation de droit médical. <http://www.droit.univ-paris5.fr>

(65) - المادة (12-162) من قانون الصحة العمومية الفرنسي، ونصها:

L'interruption volontaire d'une grossesse peut, à toute époque, être pratiquée si deux médecins attestent, après examen et discussion, que la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme ou qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue comme incurable au moment du diagnostic.

Irma Arnoux, les droits de l'être humaine, op. cit., P.63.

(66) - د.تشار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 161.

(67) - *Hannouz et Hakem, précis de droit médical, O.P.U,Alger, 2000, P.94.*

(68) - المادة (33) من المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 06 يوليو 1992، المتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

(69) - الصادر بالأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المعدل والمتمم.

(70) - المادة 304 من قانون العقوبات

(71) - المادة 306 من قانون العقوبات.

(72) - ونص المادة (309): « تعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 250 إلى 1000 دينار المرأة التي

أجهضت نفسها عمدا أو حاولت ذلك أو وافقت على استعمال الطرق التي أرشدت إليها أو أعطيت لها لهذا الغرض».

(73) - المواد (254)، (252)، (259)، (260)، و (262) من قانون العقوبات.

(74) - المواد (261)، (264)، (288) و (289) من قانون العقوبات.

(75) - المواد من (303 مكرر 16) إلى (303 مكرر 29) من قانون العقوبات.

مدى تجسيد الانتخاب لاستقلالية الجماعات المحلية في الجزائر

برازة وهيبة زوجة بويحيى
أستاذة مساعدة_كلية الحقوق
جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية

مقدمة

يكاد يجمع فقهاء القانون الإداري والدستوري على السواء، بحتمية تكريس نظام الانتخاب (خصوصا على المستوى المحلي) باعتباره الوسيلة المثالية لتمكين المواطنين من تسيير شؤونهم بأكبر قدر ممكن من الحرية من جهة، ومن جهة أخرى أعتبر هذا الأسلوب (الانتخاب) كأحد أهم مظاهر قيام دولة القانون، التي تسعى نحو تحقيق حرية المبادرة على مستوى الوحدات المحلية. والانتخاب بالمفهوم السابق يعتبر ضرورة قصوى تفرضها الديمقراطية، ذلك أن الشعوب المعاصرة تجاوزت في ممارساتها الديمقراطية السياسية، بل أصبحت تتطلع إلى التمسك بالديمقراطية الإدارية، بعد أن قضت على أنظمة الحكم المطلق⁽¹⁾. إذا كان الانتخاب من الناحية النظرية، يحقق قدر معين من الاستقلالية (محور أول)، فإن التساؤل المطروح هو؛ هل كفلت المنظومة القانونية الجزائرية للمجالس المنتخبة الضمانات اللازمة لتجسيد هذه الاستقلالية فعلا؟ (محور ثان)

* المحور الأول: الانتخاب كمظهر من مظاهر استقلالية الجماعات المحلية

يقتضي أسلوب اللامركزية الإدارية وجود مصالح محلية خاصة متميزة تديرها هيئات، هي الأخرى تتمتع بمجال واسع من الاستقلالية، وتعتبر هذه الأخيرة (الاستقلالية) مسلمة، تنتج عن ثبوت الشخصية القانونية للهيئات المحلية. ولما كان الانتخاب هو الطريقة الفعالة لتحقيق الديمقراطية السياسية في صورتها النيابية، ولما كان أيضا تطبيق الديمقراطية يمر حتما عن طريق الانتخاب، استوجب ذلك بالفعل للدولة الحديثة كفاءة مجالس منتخبة للوحدات المحلية. و بناء على ما تقدم ذكره، قمنا بتقسيم هذا المحور، تقسيما ثنائيا، على النحو الذي نستقرأ من خلاله النظام الانتخابي الجزائري الذي يعنى بالموضوع (أولا)، ثم نتطرق بعدها إلى دور الانتخاب في تجسيد استقلالية الافراد باتخاذ القرارات على المستوى المحلي (ثانيا).

أولاً: النظام الانتخابي لنواب المجالس الشعبية المحلية:

يتم انتخاب أعضاء المجالس الشعبية المحلية لمدة خمس سنوات (5 سنوات)⁽²⁾، تمدد وجوبا لدى تطبيق المواد 90 (حصول المانع لرئيس الجمهورية أو وفاته أو استقالته) والمادة 93 (الحالة الاستثنائية) والمادة 96 (حالة الحرب) من الدستور الجزائري ساري المفعول حاليا⁽³⁾

هذا، ويجري الانتخاب بطريقة الأغلبية النسبية، حيث توزع المقاعد حسب عدد الأصوات التي تحصلت عليها كل قائمة، مع تطبيق قاعدة الباقي الأقوى⁽⁴⁾، كما يرجع لأعضاء القائمة التي نالت أغلبية المقاعد بتعيين عضو منهم، يكون رئيساً للمدة الانتخابية⁽⁵⁾، هذا بالنسبة للبلدية، أما في الولاية فإن أعضاء المجلس جميعهم يشاركون في اختيار عضو يرأس المجلس الشعبي الولائي⁽⁶⁾.

وللترشح للعضوية في المجالس المحلية لا بد من توفر جملة من الشروط، منها الشكلية والموضوعية؛ فأما الشروط الشكلية، فتتمثل في:

- ضرورة اعتماد الترشح⁽⁷⁾ عن طريق حزب أو عدة أحزاب، بالنسبة لقوائم الأحزاب

- أو بموجب تدعيم شعبي بالنسبة لقوائم المستقلين (الأحرار)

- الامتناع عن الترشح في أكثر من قائمة واحدة عبر التراب الوطني⁽⁸⁾

- عدم الترشح في قائمة واحدة لأكثر من مترشحين ينتميان إلى أسرة واحدة، سواء بالقرابة أو المصاهرة من الدرجة الثانية⁽⁹⁾، تفادياً لتحوّل المجالس الشعبية إلى مجالس عائلية.

- إثبات أداء الخدمة الوطنية أو الإعفاء منها⁽¹⁰⁾

أما الشروط الموضوعية، فلم يتعرض لها قانون الانتخابات صراحة، ولم يضبطها بالشكل الذي يقطع معه أي تأويل، إذ لم ينص على الشروط الواجب توافرها في المترشح لعضوية المجالس الشعبية المحلية - ماعدا شرط السن الذي هو 25 سنة⁽¹¹⁾، إلا أنه نصّ على ضرورة مراعاة شروط المنتخب المحلي والتي هي نفسها شروط الناخب وتتمثل في:

- التمتع بالجنسية الجزائرية.

- التمتع بالحقوق المدنية والسياسية

- عدم التواجد في إحدى حالات فقدان الأهلية للانتخاب

بالإضافة إلى هذه الشروط المذكورة أعلاه، نصّ المشرع الجزائري على بعض الأوضاع التي تشكل حالات عدم القابلية للانتخاب أو حالات تعارض وتنافي، هذه الأخيرة إنما تمثل في حقيقتها شروط سلبية، بمعنى إن لحقت بأحد المترشحين أستبعد من قوائم الترشح⁽¹²⁾

ثانياً: دور الانتخاب في تحقيق استقلالية المجالس المحلية

إن المضمون الحقيقي لفكرة اللامركزية الإدارية، هو أن يعهد إشباع الحاجيات الخاصة بكل منطقة إلى هيئة مختارة من مواطنيها، مستقلة في عملها عن الدولة، وإن كانت خاضعة لإشرافها ورقابتها، وبذلك يتحقق مضمون الديمقراطية المحلية، ولا يتم ذلك إلا عن طريق الانتخاب الذي يعتبر من وجهة النظر القانونية عنصراً أساسياً من عناصر قيام الإدارة المحلية وشرطاً لازماً لقيام اللامركزية الإقليمية، ذلك أنه يحقق الاستقلالية، وبدونه تكون الهيئات المحلية في حالة تبعية للسلطة المركزية⁽¹³⁾

وبالتالي، يقتضي مبدأ الديمقراطية المحلية، أن تكون الهيئات الإقليمية مسيرة من طرف مجالس منتخبة، وقد ركزت على هذا المبدأ مختلف القوانين الأساسية المؤطرة للجماعات المحلية في الجزائر، كما أشرنا إليه سابقاً⁽¹⁴⁾ وعلى رأسها الدستور الحالي بنصه الصريح في المادة 14:

> تقوم الدولة على مبادئ التنظيم الديمقراطي والعدالة الاجتماعية، المجلس المنتخب هو الإطار الذي يعبر فيه الشعب عن إرادته، ويراقب عمل السلطات العمومية < يتضح لنا في هذا المجال، أن أعضاء الهيئات المحلية يجب أن تكون منتخبة وليست معيّنة، ذلك أن التعيين سيجعلهم مجرد موظفين عموميين خاضعين للإدارة التي قامت بتعيينهم، وتأسيسا عليه ستطالهم سلطة الإدارة وعلى رأسها سلطة التأديب، كما أن الانتخاب كأسلوب في تنصيب الممثلين المحليين يمنحهم قدرا معينا من الحرية والمبادرة، بل والممارسة الفعلية لمهامهم الانتخابية والتعبير عن إرادتهم وعن مصالح منتخبهم، وهذا كله يترجم على مستوى القرارات التي تتخذ لممارسة الاختصاصات المحلية، وهذا ليس متوفر بالقدر الكافي لدى الموظف العمومي⁽¹⁵⁾.
نشير في الأخير إذا، أن الانتخاب يعتبر أكثر من ضرورة فبالإضافة إلى أنه يمثل امتدادا للفكر الديمقراطي الإداري⁽¹⁶⁾، فإنه، يسمح بتوفير أكبر استقلالية ممكنة لهؤلاء الممثلين نتيجة شعورهم بالولاء لمنتخبهم ومنطقتهم فيستمدون هذه الاستقلالية كذلك من خلال عهدتهم التي يكون أمر تجديدها بيد هؤلاء الناخبين، على العكس من ذلك تماما يكون سعي الأجهزة المعيّنة نحو إرضاء الجهة صاحبة التعيين، فيسعون إلى إظهار ولائهم لها بدل التفرغ للمصالح المحلية، ومنه يبقى الانتخاب العنصر الأساسي وفيصل استقلالية الجماعات المحلية⁽¹⁷⁾

فإذا كانت مقومات استقلالية القرار على مستوى الهيئات المحلية في الجزائر على مستوى التنصيص القانوني موجودة إلى حد ما، فما هي العوائق التي حالت دون استئثار المنتخب المحلي بسلطة اتخاذ القرارات بالاستقلالية اللازمة؟ من جهة وعدم استشعار المواطن المحلي بالإطار العام الذي يكفل حرية ممثليه من جهة أخرى؟

* _ بعد أن بيّنا في المحور الأول من هذه الدراسة، كيف أن الانتخاب، يعتبر الدعامة الأساسية لضمان استقلالية الجماعات المحلية، وكيف يمكنها من اتخاذ قرارات تخص الشؤون المحلية، بكل حرية وفقا لمبدأ المبادرة⁽¹⁸⁾، ننقل لنحاول إعطاء مقاربة قانونية تحت هذا المحور، قصد تبيان أن هناك عديد العراقيل التي تحول دون ذلك منها ضعف التأطير البشري للمنتخب المحلي (أولا)، وكذا هيمنة الهياكل المعينة محليا (ثانيا) بالإضافة إلى الرقابة الموسعة التي يخضع لها المنتخب المحلي (ثالثا)

أولا - ضعف التأطير البشري على المستوى المحلي

رأينا في المحور الأول، حين قمنا بدراسة النظام الانتخابي لنواب المجالس المحلية، كيف أن القانون لم يشترط مؤهل علمي للترشح على المستوى المحلي؛ الأمر الذي يؤدي إلى فسح المجال واسعا لوصول منتخبي محدود المستويات إلى سدة المجالس المحلية، الأمر الذي يؤثر سلبا على تامين وحسن استغلال الموارد المالية للجماعات المحلية من جهة وعدم اتخاذ قرارات راشدة، من جهة أخرى.

وفي الممارسة العملية لعدد البلديات الجزائرية على الخصوص، يفتقر رؤساء البلديات لتكوين قانوني كاف، يجعله يتعامل مع موضوع الصفقات التي تبرمها البلدية بطريقة راشدة، علاوة على ذلك،

نلاحظ "خوف" وتردد مسؤولي الإدارة المحلية (المنتخبين) من المبادرة في صرف الميزانية الموكلة له كإحتياط من الرقابة الممارسة عليه، دون الحديث عن أزمة تحديد الأولويات على المستوى المحلي.

وما يمكن قوله في هذا المجال، أنه رغم أهمية الانتخاب في تدعيم استقلالية الجماعات المحلية من الناحية النظرية، إلا أنه من الناحية العملية، يرتب نتائج سلبية أبرزها تلك المتعلقة بضعف أغلبية المنتخبين من حيث المستوى العلمي والكفاءة، وعدم قدرتهم على ممارسة الاختصاصات الموكلة لهم⁽¹⁹⁾، فعدم تحديد مستوى علمي معين في قانون الانتخاب كشرط من شروط الترشح على المستوى المحلي، غالبا ما يؤدي إلى انتخاب مجالس محلية تفتقر إلى الكفاءات والخبرات الضرورية، الأمر الذي يفتح المجال واسعا أمام تدخل السلطة المركزية وبالتالي الحد من الاستقلالية في تسيير الشؤون المحلية.

لذلك يطرح موضوع رسكلة وإعادة تكوين الإطار المحلي نفسه بشدة، إضافة إلى اشتراط مستوى تعليمي جامعي للمرشحين للانتخابات المحلية، الذي من شأنه أن يحسن من تسيير الشؤون المحلية، وفي هذا الإطار يقول الأستاذ (م/ رايمون) " إن الإدارة الحسنة للأعوان لم تصبح كافية وتحتاج الجماعات المحلية إلى مهارة عالية وأصبح تأهيل المستخدمين أمرا حتميا"⁽²⁰⁾

ثانيا - هيمنة الأجهزة المعنية على المستوى المحلي

إذا كان الانتخاب هو الركن الأساسي الذي يقوم عليه نظام اللامركزية الإدارية، وهو أحد أهم أسس استقلالية الجماعات المحلية، فإن أسلوب التعيين يرتبط أساسا بالنظام المركزي، أين يتخذ صورة عدم التركيز الإداري، هذا الأخير يجد مبرره في مد الإدارة بكفاءات مؤهلة صاحبة خبرة⁽²¹⁾، إلا أن هذا الأسلوب يؤدي إلى الحرمان من حق ممارسة الحياة الديمقراطية، بحيث تصبح الأجهزة المحلية محكومة بفئة موالية للسلطة المركزية، عندما تستهدف عملية التعيين تحقيق الولاء السياسي أو الإيديولوجي⁽²²⁾

فيبقى العضو المعين، يسعى لخدمة السلطة صاحبة التعيين وإرضائها بدل خدمة الجماعة المحلية المتواجدة بها، خاصة وأنها تملك حق عزله متى شأعت نظرا لعدم تحديد العهدة، إضافة إلى خضوعه للسلطة الرئاسية، مما جعل الاستقلالية تتعارض مع التعيين، وبالنسبة للجزائر، ورغم الاعتماد الكلي على وسيلة الانتخاب لعضوية المجالس الشعبية المحلية، إلا أن المشرع الجزائري اعتمد على أسلوب التعيين في اختيار أجهزة وهيئات أخرى خاصة على مستوى الولاية، ومنح لها سلطة تولى وتسيير مصالح محلية، هي في الأصل من صميم الاختصاصات المحلية، التي من المفروض أن تتولاها من جهة المبدأ الهيئات المنتخبة⁽²³⁾، الأمر الذي يؤدي من جهة المنطلق، إلى الوجود الدائم لسلطات عدم التركيز على المستوى المحلي، و" تقزيم " دور المجالس المنتخبة، وهو ما يمثل قيادا على استقلاليتها، هذا، ويشمل التعيين مجموعة من الأجهزة المتمركزة على المستوى المحلي نذكر أهمها على الخصوص:

* / رئيس الدائرة (الوالي المصغر):

يمثل رؤساء الدوائر في التجربة الإدارية الجزائرية امتدادا للسلطة المركزية، هذا، وتشكل عملية تعيينهم انتقاصا مباشرا للاستقلالية للمجالس المحلية، بالنظر إلى جملة الاختصاصات التي يتمتعون بها، والمنعقدة لهم، والتي مافتتت تتزايد وتتعاظم، على حساب سلطات وصلاحيات الهيئات المحلية

المنتخبة. فمن خلال اختصاصات السلطة المركزية بتعيين رؤساء الدوائر⁽²⁴⁾، من جهة وتكليفهم بممارسة اختصاصات محلية من جهة أخرى، فإن ذلك يعتبر تعدّد عن مهام البلدية بصفتها مجموعة قاعدية. وإلا، ماهي الدلائل التي يحملها وجود جهاز غريب يمارس الرقابة على أعمال البلدية، لماذا لا نوجد بدائل أخرى، عن طريق ترقية رقابة المواطن المحلي، الذي يعاقب منتخبيه بعدم تجديد انتقائهم على المستوى المحلي؟، هذا على المستوى الشكلي، أما إذا نظرنا إلى جهة الموضوع لا نكاد نجد صلاحيات تذكر يضطلع بها رؤساء البلديات، بعدما انتزَع منهم صلاحيات التوظيف و الإسكان المحليين، الأمر الذي يمس المواطن المحلي مباشرة، ويجعله أمام أمر واقع مفاده منتخبه المحلي فاقد لأي من المطالب الأساسية التي تمسه، فيدرك مركز منتخبيه أمام ممثلي الجهات المركزية.

* ب/ الولاية (هيمنة بارزة على المجالس المنتخبة)

إذا كانت من أسس استقلالية الجماعات المحلية، من جهة الوجود المادي لها، هو انتخاب الأعضاء الذين يمثلون إدارة المصالح المحلية فإن المشرّع الجزائري مزج بين أسلوبَي التعيين والانتخاب بالنسبة للولاية، بحيث ينتخب أعضاء مجلسها الشعبي كهيئة تداولية، ويعيّن أعضاء الهيئة التنفيذية بما فيهم الوالي، هذا الأخير يحدّ بصفة ظاهرة للعيان من اختصاصات المجلس الشعبي الولائي.

فإذا كانت البلدية تخضع لرقابة واسعة أدت إلى الحدّ من استقلاليتها إلى حدّ ما، فإن الأمر يطرح بأكثر حدّة على مستوى الولاية، التي ترضخ تحت خضوع تام وشامل لممثل السلطة المركزية (الوالي) بسبب الازدواج الوظيفي الذي يضطلع به، في الوقت الذي كان يعتقد أن يتم تدعيم اللامركزية على مستوى الولاية، وذلك بسحب سلطة التنفيذ من يد الوالي، وتحويلها إلى رئيس المجلس الشعبي الولائي على غرار رئيس المجلس الشعبي البلدي الذي يعتبر الهيئة التنفيذية للبلدية⁽²⁵⁾

فإذا كان المجلس الولائي يتداول في المسائل التي ارتضاها الوالي مسبقا، علاوة على ذلك، نلاحظ تدخل هذا الأخير في مختلف أشغال المجلس المنتخب، من بدأ العملية إلى نهايتها، وصورة ذلك أنه هو الذي يستدعي المجلس للانعقاد، وكذا طلب إلغاء المداولات، من وزير الداخلية أو اقتراح رفض التصديق عليها⁽²⁶⁾، وعليه بإمكاننا القول أن الوالي كجهاز غريب على المجلس المنتخب المحلي، يكون قد بسط هيمنة واضحة على ممثلو الشأن المحلي، فحتى من جهة الممارسة لا يتطلب الأمر اختصاصا قانونيا ليعلم المواطن المحلي أن رئيس المجلس الشعبي الولائي لا نكاد نجد له أثر يذكر، نتيجة لوقوعه تحت ظل الوالي، لذلك يعترضنا التساؤل عن المركز القانوني لرئيس المجلس الشعبي الولائي في التجربة الإدارية الجزائرية؟.

ثالثا- الرقابة المشدّدة " الوصاية " التي يخضع لها المجالس المنتخبة:

تختلف الدول على اختلاف نظمها السياسية والاقتصادية، في إخضاع المجالس لقدر معيّن من الرقابة فكلما كان النظام اللامركزي مترسقا في الدولة، كان مجال استقلالية المجالس المحلية واسعا، وكلما كانت الدولة تميل إلى الطابع المركزي في التعامل الإداري، كانت "الوصاية الإدارية"، بما يؤثر على استقلالية المجالس المنتخبة.

لا نجد في الجزائر - للأسف - هذه الاستقلالية المنشودة، ويظهر ذلك، من خلال الصلاحيات التي يتمتع بها رئيس الدائرة، بموجب نصوص المرسوم التنفيذي، 54-215⁽²⁷⁾، وتتمثل أساسا في مراقبة أعمال البلديات الملحقة به⁽²⁸⁾، كما يتولى أيضا تنشيط وتنسيق عمليات المخططات البلدية للتنمية وتنفيذها، كما يصادق على مداورات مجالس الشعبية البلدية⁽²⁹⁾، رغم أن قانون 90-08، قد قلص حجم "الوصاية" على أعمال هذه المجالس مقارنة بالقانون القديم، إلا أن المرسوم قيد الدراسة، جاء ليوسع منها لبيّن لنا من جديد عدم وجود إرادة سياسية لإعطاء استقلالية للمجالس الشعبية.

إضافة إلى ذلك، ومن أجل تعزيز تواجد السلطات المركزية أكثر على المستوى المحلي، فقد تم توسيع صلاحيات الأمين العام للبلدية والذي يعتبر كجهاز تسيير إداري معين، منحت له اختصاصات واسعة، تصل إلى حد إدارة شؤون البلدية في حالة حل المجالس الشعبية البلدية⁽³⁰⁾، وهو ما تؤكد بالفعل أثناء حل المجالس الشعبية البلدية⁽³¹⁾، فكل هذا يأتي ليؤكد رغبة السلطات المركزية في التواجد على المستوى المحلي، الأمر الذي يشكل انتقاصا لاستقلالية الجماعات المحلية، حتى لا نقول الإفراغ الكلي لمحتواه.

أدت الرغبة في السير المركزي نحو الزيادة في تقليص من استقلالية المجالس المنتخبة كذلك، إلى تعديل قانون البلدية بموجب أمر رقم 05-03⁽³²⁾، بالنسبة للمجالس الشعبية البلدية، وبموجب أمر رقم 05-04⁽³³⁾، بالنسبة للمجالس الشعبية الولائية، بحيث أضاف على حالات الحل - التي تعتبر إحدى أخطر مظاهر الرقابة المشددة - حالة جديدة؛ تتمثل في "...عندما يكون الإبقاء على المجالس من شأنه أن يشكل مصدرا للإخلال في التسيير وفي الإدارة المحلية يمس بمصالح المواطن وسكينته"

يلاحظ من خلال إعمال قراءة قانونية للفقرة الفرعية - أعلاه - أنها جاءت مجردة ذلك أن المشرع لم يوضح بدقة ما هي الأسباب التي تؤدي إلى الإخلال في التسيير أو تلك التي تشكل مساسا بمصالح المواطن وسكينته⁽³⁴⁾، وهو ما يفسر على حالة التردد التي يعرفها المشرع الجزائري في الإتيان ببعض النصوص القانونية حتى تتسجم مع حادثة قبلية معاشة، وليس وضع صياغة واضحة تحاول أن تستجيب - على الأقل - للمتغيرات الواقعية للمدى القصير، حتى توفر سندا قانونيا لهذه الوقائع.

يضاف إلى كل هذا - في الأخير - محدودية صلاحية رئيس المجلس الشعبي الولائي، وهيمنة الوالي على المجلس المنتخب، مثلما أشرنا إليه سابقا.

خاتمة

توصلنا من خلال هذه الدراسة للمنظومة القانونية الجزائرية التي تعنى بالمجموعات المحلية، (الولاية والبلدية) وجود مقدار معين من النصوص القانونية التي حاولت تأسيس إطارا للاستقلالية؛ خصوصا المواد 14، 15 و 16 من الدستور الجزائري الحالي، فالمادة الأخيرة كرّست بما لا يدع مجالا للشك هذا التوجه، بنصها:

"يمثل المجلس المنتخب قاعدة اللامركزية، ومكان مشاركة المواطنين في تسيير الشؤون العمومية "

كما نلمس ذلك، من خلال قانوني البلدية والولاية؛ لكن، الملاحظة الأساسية على المشرع الجزائري تكمن في التردد المسجل عليه، فتارة نلمس توجهها نحو تجسيد اللامركزية، لكن سرعان ما يركن إلى التراجع الكلي و/أو الجزئي عن مسعاه؟

صحيح أن التكريس الدستوري بمثابة الضمانة الأساسية لعدم العودة عن المكتسبات المحققة (القدر اليسير من الاستقلالية المسجل لصالح الإدارة اللامركزية)، غير أن ذلك يبقى مرهونا ما لم تتوافر إرادة سياسية للدولة في تفعيل حقيقي لهذه الاستقلالية، ولجوهر الانتخاب كأساس مشاركة المواطن في تسيير الشأن المحلي، لأن كل هذا ينعكس إيجابا على حرية اتخاذ الجماعات الإقليمية - بمفهوم المادة 15 من الدستور - قراراتها وفقا لتطلعات مواطنيها لذلك نقترح:

- الإسراع في إصدار قانوني البلدية والولاية، مع الأخذ بعين الاعتبار إثراء الأساندة المختصين في المجال.

- تفعيل المجالس المنتخبة المحلية بـ:

أ/ إعطاء صلاحيات أساسية لرئيس البلدية، مع تحجيم صلاحيات رئيس الدائرة، والأمين العام للبلدية.

ب/ جعل رئيس المجلس الشعبي الولائي، الرئيس التنفيذي للمجلس المنتخب، وليس الوالي، باعتباره جهازا ممثلا للسلطة المركزية وليس لإرادة المواطنين، والاستفادة من التجربة الفرنسية في المجال.

ج/ الرفع من مستوى وكفاءات المنتخب المحلي، عن طريق اشتراط مستوى جامعي للترشح لهذه الهيئات، و/أو اتخاذ دورات تكوينية فعالة على المستويين الداخلي والدولي، والتحسيس بضرورة عقد اتفاقيات توأمة بين البلديات لتبادل الخبرات.

هذه بعض الاقتراحات التي نراها - من وجهة نظرنا - بإمكانها المساهمة في الرفع من مستوى مردودية التعاطي مع الشأن المحلي، ضمان استقلالية أكبر في أعمال وقرارات هذه الوحدات، بما يعود على المواطن المحلي بالرضا، وتعطيه أكبر ثقة في منتخبيه، وكذلك على السلطة المركزية، لأنه في نهاية المطاف تترجم صورة الدولة محليا.

كشف الهوامش:

- تيسمبال رمضان، استقلالية الجماعات المحلية في الجزائر: وهم أم حقيقة؟ مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع "تحويلات الدولة" كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، 2009، ص.22.

²- راجع المادة 75 من أمر رقم 07-97 مؤرخ في 6 مارس 1997، يتضمن القانون العضوي المتعلق بالانتخابات ج.ر.ج.د.ش، عدد 10 لسنة 1997، معدل ومتمم.

³- مرسوم رئاسي رقم 96-438، مؤرخ في 7 ديسمبر 1996، يتضمن إصدار نص الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996 ج.ر.ج.د.ش، عدد 76، صادرة في 8 ديسمبر 1996 معدل ومتمم

⁴- تفصيلا في ذلك، راجع المواد؛ 76 إلى 79 من أمر رقم 07-97، المرجع السابق

⁵- راجع في ذلك المادة 48 من قانون رقم 90-08 مؤرخ في 7 أبريل 1990، يتعلق بالبلدية، ج.ر.ج.د.ش، عدد 15، صادرة في 11، أبريل 1990.

⁶- راجع في ذلك المادة 25 من قانون رقم 90-09 مؤرخ في 7 أبريل 1990، يتعلق بالولاية، ج.ر.ج.د.ش، عدد 15، صادرة في 11 أبريل 1990.

⁷- راجع المادة 82 من أمر 07-97، المرجع السابق.

- 8- راجع المادة 85 من أمر 07-97، المرجع السابق.
- 9- راجع المادة 94 من أمر 07-97، المرجع السابق.
- 10 - راجع المادة 93 من أمر 07-97، المرجع السابق،
- 11- راجع المادة 93 من أمر 07-97، المرجع السابق
- 12 - لتفصيل في هذه الحالات، راجع بالتفصيل المواد 98 و 100 من الأمر 07-97، المرجع السابق ذكره.
- 13 - شيهوب مسعود، المجموعات المحلية بين الاستقلال والرقابة، مجلة الفكر البرلماني، عدد 01، 2002، ص.116.
- 14- راجع العنصر الأول من المحور الأول من هذا البحث (ص 1 و 2)
- 15 - تياب نادية، مدى وجود لامركزية إدارية في الجزائر، فعاليات أيام الملتقى الوطني حول المجموعات الإقليمية وحتميات الحكم الراشد - الحقائق والأفاق - قاعة المحاضرات أبوداؤ، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، أيام 3، 2 و 4 ديسمبر 2008، ص.34.
- 16 - وهو ما ذهب إليه محمد جعفر أنس قاسم بقوله: "إننا نرى ضرورة تحقيق الديمقراطية كأساس للامركزية الإدارية خاصة وأن هذا الأمر يترتب عليه تحقيق الديمقراطية الإدارية المحلية لأن اللامركزية هي الديمقراطية المطلقة في الإدارة"، أنظر مؤلفه محاضرات في قسم الماجستير، معهد الحقوق، جامعة قسنطينة، 1978، ص.15.
- 17- تيسمبال رمضان، استقلالية الجماعات المحلية في الجزائر: وهم أم حقيقة؟، المرجع السابق، ص.24.
- 18 - نقصد بذلك اتخاذ القرار بصفة مستقلة من دون الرجوع في كل مرة إلى الجهات المركزية.
- 19 - طياب نادية، مدى وجود لامركزية إدارية في الجزائر، ص.34.
- 20- MUZELLEC Raymond, finances locales, Dalloz, 1996, P, 172.
- 21- خالد سمارة الزغبى، تشكيل المجالس المحلية، وأثره على كفاءتها في نظم الإدارة المحلية، دراسة مقارنة، ط3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998، ص.64.
- 22- تيسمبال رمضان، استقلالية الجماعات المحلية في الجزائر: وهم أم حقيقة؟، المرجع السابق، ص.66
- 23 - هذا ما يفسر عدم وجود إرادة حقيقية لدى المشرع الجزائري في صياغة قوانين تجعل الجماعات المحلية تمارس فعليا اختصاصاتها وترفع "وصاية" السلطات المركزية عليها، وكأن المجالس المنتخبة تبقى "قاصرة" عن الاضطلاع باختصاصاتها؟
- 24- راجع، مرسوم رئاسي رقم 99-240، يتعلق بالتعيين في الوظائف المدنية والعسكرية، ج.ر.ج.د.ش عدد 76 ، صادرة في 10-31-1999.
- 25- تقريرا في ذلك، ترجى العودة إلى:
- طياب نادية، المرجع السابق ، ص.37.
- 26- مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص.133.
- 27- مرسوم تنفيذي رقم 94-215، مؤرخ في 23-07-1994، يحدد أجهزة الإدارة العامة في الولاية وهيكلها
- ج.ر.ج.د.ش، رقم 48، صادرة في 27-07-1994.
- 28- المادة 09 من المرسوم -أعلاه-
- 29- المادة 10 من المرسوم - أعلاه-
- 30- بن طيفور نصر الدين، "أي استقلالية للجماعات المحلية في ظل مشروع جوان 1999 لقانوني البلدية والولاية، إدارة، عدد 02، 2002، ص.08. مجلة
- 31- راجع المادة 02 من مرسوم رئاسي رقم 05-254، مؤرخ في 20-07-2005، يتضمن حل المجالس الشعبية البلدية
- ج.ر.ج.د.ش، عدد 51، صادرة في 20-07-2005.
- 32- أمر رقم 05-03، مؤرخ في 18-07-2005، يتم قانون رقم 90-08 مؤرخ في 07-04-1990، والمتعلق بالبلدية،
- ج.ر.ج.د.ش، عدد 50، صادرة في 19-07-2005.
- 33- أمر رقم 05-04، مؤرخ في 18-07-2005، يتم قانون رقم 90-09 مؤرخ في 07-04-1990، والمتعلق بالبلدية،
- ج.ر.ج.د.ش، عدد 50، صادرة في 19-07-2005
- 34- تياب نادية، المرجع السابق، ص.37.

الفترة الأمنية
La période de sûreté
(دراسة مقارنة)

الأستاذ: جمال الدين عنان

أستاذ مساعد قسم (أ)

كلية الحقوق جامعة المسيلة

مقدمة

من المبادئ المتعارف عليها لدى مدرسي ودارسي قانون العقوبات أن قواعده تنقسم إلى قواعد عامة وأخرى خاصة ، فالأولى تعنى بتعريف الجريمة من حيث أركانها وظروفها وأسباب الإباحة وموانع المسؤولية وأحكام الشروع والاشتراك والعود وغيرها، أما الثانية (أي الأحكام الخاصة) فتهتم ببيان وشرح كل جريمة على حدة وذلك بتعريفها وبيان أركانها والعقوبات المقررة لها وظروفها مشددة كانت أو مخففة أو معفية من العقاب.

ومن المعلوم كذلك أن أحكام قانون العقوبات الخاصة أكثر عرضة للتعديل من أحكامه العامة ، فهذه الأخيرة أكثر ثباتا واستقرارا من الأولى، على اعتبار أن المشرع طالما يتدخل لتعديل الأحكام الخاصة إما بتشديد العقوبة الواردة بإحدى الجرائم إذا وجدها غير رادعة، أو باستحداث نصوص تجرime جديدة إذا وجد نفسه في مواجهة أنماط جديدة من السلوك الإجرامي لم يتم تجريمها بعد. وللتدليل على ذلك فمن أصل ثمانية عشر تعديل بين قانون وأمر طالت قواعد قانون العقوبات عدلت المبادئ العامة ثماني مرات فقط.⁽¹⁾

وتعتبر التعديلات الثلاثة الأخيرة لقانون العقوبات الجزائي من أهم التعديلات التي مست مبادئه العامة، ففي التعديل الذي تم بموجب القانون 15/04 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004⁽²⁾ تبنى المشرع لأول مرة مبدأ المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي باستحداث المادتين 18 مكررو 18 مكررا محددات مختلف العقوبات المطبقة عليه و المتلائمة مع طبيعته.

أما التعديل الثاني الوارد بالقانون 23/06 المؤرخ في 8 يونيو 2006⁽³⁾ فقد نص على إمكانية تطبيق عقوبة الغرامة في الجنايات بموجب المادة 5 مكرر، كما ألغى العقوبات التبعية وأدمجها ضمن العقوبات التكميلية⁽⁴⁾ المنصوص عليها في المادة التاسعة، و استحدثت عقوبات تكميلية جديدة كالإقصاء من

¹ - و جميع هذه التعديلات مست الأحكام الخاصة.

² - الوارد بالجريدة الرسمية لسنة 2004 العدد 71.

³ - الوارد بالجريدة الرسمية لسنة 2006 العدد 84.

⁴ - وهما عقوبتي الحجر القانوني والحرمان من الحقوق الوطنية المنصوص عليهما بموجب المادة 6 الملغاة.

الصفقات العمومية وحظر إصدار الشيكات و/أو استعمال بطاقات الدفع، و تعليق أو سحب رخصة السياقة أو إلغاؤها مع المنع من استصدار رخصة جديدة.

وتم أيضا بموجب هذا القانون تعديل أحكام التدابير الأمنية وأحكام التخفيف والتشديد والعود واستحداث إجراء جديد يطبق على المحكوم عليه خلال سريان عقوبته اصطلح على تسميته ب: (الفترة الأمنية) بنص المادتين الجديدتين 60 مكرر و60 مكرر 1.

وفي آخر تعديل لقانون العقوبات أقر المشرع الجزائري بمقتضى القانون 01/09 المؤرخ في 8 يونيو 2009⁽⁵⁾ عقوبة (العمل للنفع العام)⁽⁶⁾ بموجب المواد من 5 مكرر 1 إلى 5 مكرر 6 ، ونص على إمكانية تطبيقها كعقوبة بديلة لعقوبة الحبس وذلك تماشيا مع أحدث ما توصلت إليه أفكار فقهاء القانون الجنائي والتشريعات العقابية الأجنبية من حيث ثبوت الانعكاسات والأضرار الجسيمة الناجمة عن تطبيق العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدى .

لقد تزامن تقريبا إصدار قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين⁽⁷⁾ مع تعديل قانون العقوبات لسنة 2006 ، لكن إذا كان الأول قد تضمن عدة أفكار وتدابير جديدة لفائدة المحبوسين استحدثها المشرع الجزائري أسوة بغيره كإجازات الخروج والتوقيف المؤقت لتطبيق العقوبة فإن التعديل المشار إليه قد جاء ليعلق تطبيق هذه التدابير لفترات قد تصل إلى ثلثي العقوبة المحكوم بها لاستحدثاته فكرة الفترة الأمنية التي يحرم وجوبا بمقتضاها المحكوم عليه من الاستفادة من بعض التدابير الواردة في قانون تنظيم السجون كالإفراج المشروط والحرية النصفية وإجازات الخروج وغيرها .

الأمر الذي يجعلنا نتساءل إن كانت أحكام قانون تنظيم السجون قد شرعت مع وقف التنفيذ جراء إقرار الفترة الأمنية خصوصا وأن الحكم بها وجوبي في الغالب و يشمل معظم الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات إضافة إلى امتداد تطبيقها على الجرائم المعاقب عليها في القوانين الخاصة .

بناء على ما سبق تحددت إشكالية مداخلتنا كما يلي: ما هو المقصود بالفترة الأمنية، وما هي

حدود تطبيقاتها في التشريع الجزائري والمقارن؟

إجابة عن تساؤلنا السابق ارتأينا تقسيم بحثنا هذا إلى مبحثين أساسيين هما :

⁵ - الوارد بالجريدة الرسمية لسنة 2009 العدد 15.

⁶ - نظم المشرع الفرنسي أحكام عقوبة العمل للنفع العام بالمواد من 54-132 إلى 57-132 من قانون العقوبات وكذا المواد من 1-733 إلى 2-733 من قانون الإجراءات الجزائية.

⁷ - صدر قانون تنظيم السجون وإعادة التأهيل الاجتماعي للمحبوسين بالقانون 04/05 المؤرخ في 6 فبراير 2005 (الجريدة الرسمية لسنة 2005 العدد 12) ملغيا بذلك أحكام الأمر 02/72 المؤرخ في 10 فبراير 1972 المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة تربية المساجين (الجريدة الرسمية لسنة 1972 العدد 15) ، ويبدو واضحا مدى تأثير المشرع بالأفكار الحديثة من خلال إلغائه لمصطلح (إعادة التربية) من عنوان القانون وتعويضه بمصطلح (إعادة التأهيل). وقد اعتبر أحد الباحثين أن هذا القانون يكرس بصدق مبادئ الدفاع الاجتماعي الهادفة إلى حماية المجتمع من الإجرام وصيانة حقوق المحبوسين وكرامتهم والرفع من مستواهم الفكري من أجل إعادة إدماجهم في المجتمع. (أنظر: بودور رضوان، الجزء الجنائي، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2000-2001، ص112).

المبحث الأول: مفهوم الفترة الأمنية.
المبحث الثاني: نطاق الحكم بالفترة الأمنية.

المبحث الأول

مفهوم الفترة الأمنية ومشتقاته

نتناول في هذا المبحث المقصود بالفترة الأمنية وكذا مختلف التدابير الواردة بقانون تنظيم السجون التي يحرم منها المحكوم عليه بمجرد بدء تنفيذ عقوبته.

المطلب الأول: المقصود بالفترة الأمنية

عرف الفقيه الفرنسي **Jean-Claude Soyer** الفترة الأمنية على أنها: "المدة التي يحرم طيلتها المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية من الاستفادة من تدابير النظام المفتوح".⁽⁸⁾ وعرفها معجم المصطلحات القانونية بأنها: "الفترة الأمنية هي المدة التي لا يستفيد خلالها المدان من أي تكيف لعقوبته".⁽⁹⁾

وإذا كان من النادر إقدام المشرع على تقديم تعاريف إلا لضرورة تشريعية فإن المشرع الجزائري قد عرف الفترة الأمنية من خلال المادة 60 مكرر/1 بنصها على: "يقصد بالفترة الأمنية حرمان المحكوم عليه من تدابير التوقيف المؤقت للعقوبة، والوضع في الورشات الخارجية أو البيئة المفتوحة، وإجازات الخروج، والحرية النصفية والإفراج المشروط".⁽¹⁰⁾

و باعتبار قانون العقوبات الفرنسي مصدرا ماديا وتاريخيا لقانون العقوبات الجزائري فقد استوحى هذا الأخير فكرة إقرار الفترة الأمنية من نظيره الفرنسي الذي أورد حكمها بالمادة 132-23⁽¹¹⁾ التي تنص فقرتها الأولى على:

"En cas de condamnation à une peine privative de liberté, non assortie de sursis, dont la durée est égale ou supérieure à dix ans, prononcée pour les infractions spécialement prévues par la loi, le condamné ne peut bénéficier, pendant une période de sûreté, des dispositions concernant la suspension ou le fractionnement de la peine, le placement à l'extérieur, les permissions de sortir, la semi-liberté et la liberté conditionnelle".

وقد ظهرت فكرة الفترة الأمنية في التشريع الفرنسي لأول مرة سنة 1978 بموجب القانون 78-1097 المؤرخ في 22 نوفمبر 1978 المعدل لبعض أحكام قانون الإجراءات الجزائية في مواد تنفيذ

⁸ Jean-Claude soyer, droit pénal et procédure pénale, 12ème édition, LGDJ, 1995, p:233.

⁹ "La période de sûreté est une durée pendant la quelle le condamné ne peut bénéficier d'aucun aménagement de sa peine". voir: Claire-annie Schmandt, La suspension de peine pour des raisons médicales, mémoire de master en droit pénal, université lille2, année: 2005-2006; p:63.

¹⁰ - لم يقدم المشرع الفرنسي تعريفا للفترة الأمنية مكتفيا بالنص عليها في المادة 132-23 من قانون العقوبات وبعض نصوص قانون الإجراءات الجزائية.

¹¹ - وهو تقريبا نفس حكم المادة 720-1/2 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي التي تنص على::

"Les dispositions concernant la suspension ou le fractionnement de la peine, le placement à l'extérieur, les permissions de sortir, la semi-liberté et la libération conditionnelle ne sont pas applicables pendant la durée de la période de sûreté prévue à l'article 132-23 du code pénal".

العقوبات السالبة للحرية،⁽¹²⁾ حيث أضيفت له المواد من 2-720 إلى 4-720 وقد قرر بشأنه المجلس الدستوري الفرنسي مطابقته التامة لأحكام الدستور في قراره رقم 78-98 المؤرخ في 1978/11/22.⁽¹³⁾ بالنسبة للجزائر فنود أولاً أن نبين بأن تعديل سنة 2006 الذي تضمن فكرة الفترة الأمنية⁽¹⁴⁾ قد جاء على شكل مشروع قانون وليس اقتراح قانون⁽¹⁵⁾ و من أهدافه العامة:

-تكييف التشريع العقابي بما يتلاءم والتحويلات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي يعرفها المجتمع والدولة.

-وضع أحكام جديدة تتماشى والأشكال الجديدة للجريمة،التي ما فتئت تتغير بتغير حركية المجتمع.

-ضمان انسجام التشريع العقابي مع المعايير العالمية والاتفاقيات الدولية.

ولمعرفة خلفيات هذا التعديل يتعين العودة للأعمال التحضيرية السابقة على إصداره ، حيث عدد السيد وزير العدل مجموعة من المبررات عند عرض مشروع التعديل أمام البرلمان و مما جاء في كلمته:" ولذلك انصبت أحكام مشروع القانون المتعلق بتعديل وتنظيم قانون العقوبات على المسائل التي لها علاقة بالتطبيقات القضائية وذات الأثر المباشر عليها،من حيث مدى تحقيقها للردع العام والخاص والوقاية من الجريمة ومحاربتها،ومن بينها العقوبات التكميلية وأحكام العود والفترة الأمنية والغرامات الجزائية التي تمت مراجعتها... "⁽¹⁶⁾

وعن الفترة الأمنية قال: "فيما يخص الفترة الأمنية،والتي يقصد بها فترة الحبس الإجباري التي يكون المحكوم عليه محروما خلالها من الاستفادة من أي تدبير يترتب عليه تخفيف في فترة العقوبة أو قطعها، مثل التوقيف المؤقت لتطبيق العقوبة أو الوضع في الورشات الخارجية أو في نظام البيئة المفتوحة أو الحرية النصفية أو الإفراج المشروط".

ويميز مشروع القانون بين الفترة الأمنية المقررة بقوة القانون في الجرائم الخطيرة ،كجرائم المساس بأمن الدولة والقتل العمدى مع سبق الإصرار والترصد ، والتعذيب وتزوير النقود وانتهاك الآداب وتبييض الأموال و الاتجار بالمخدرات ، والفترة الأمنية الاختيارية التي تحكم بها الجهة القضائية، والتي ترك مشروع القانون للقاضي في جميع الأحوال إمكانية رفع هذه الفترة أو تخفيفها".⁽¹⁷⁾

¹² - الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية الصادرة بتاريخ 23 نوفمبر 1978 ،ص:3926.يراجع الموقع: www.legifrance.gouv.fr

¹³ - للإطلاع على تفاصيل وحيثيات قرار المجلس الدستوري الفرنسي يراجع الموقع الإلكتروني :

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/1978/78-98-dc/decision-n-78-98-dc-du-22-novembre-1978.7695.html>

¹⁴ - أودع مشروع تعديل قانون العقوبات مكتب المجلس الشعبي الوطني بتاريخ 2006/03/03 وأحيل على لجنة الشؤون القانونية بتاريخ 2006/04/01 وتمت مناقشته يوم 2006/05/31 و صوت عليه في 2006/10/15

¹⁵ - حسب المادة 119 من الدستور نكون بصدد مشروع قانون إذا قدم من قبل الحكومة، ونسميه اقتراح قانون إذا قدمه عشرون⁽²⁰⁾ نائبا.

¹⁶ - الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني، الصادرة بتاريخ 26 يونيو 2006،السنة الرابعة رقم 194 ،ص:9.

¹⁷ - الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني، الصادرة بتاريخ 26 يونيو 2006،السنة الرابعة رقم 194 ،ص:10.

هذا ونشير إلى أن أغلب نصوص هذا المشروع قد نوقشت وعدلت وأثريت ما عدا المادتين 60 مكرر و60 مكرر1 اللتان صودق عليها دونما أدنى مناقشة أو تعديل وبصياغتهما الأصلية الواردة في المشروع المقدم من قبل الحكومة.

ومن حيث السياسة الجنائية فإن الغاية من الفترة الأمنية سواء كان الحكم بها وجوبيا أو جوازيا هو تجميد عقوبة الشخص المعني بحكمها وهذا يعني قضاءه عقوبة سالبة للحرية مساوية على الأقل لمدة الفترة الأمنية المقررة عليه.⁽¹⁸⁾

المطلب الثاني: التدابير المشمولة بالفترة الأمنية

إن الحكم بالفترة الأمنية وبحسب نص المادة 60 مكرر عقوبات يقتضي حرمان المحكوم عليه من مختلف التدابير المنصوص عليها في قانون تنظيم السجون، الأمر الذي يتطلب منا بيان هذه الأخيرة وشروط الاستفادة منها.

أولا: التوقيف المؤقت لتطبيق العقوبة (La suspension de la peine)⁽¹⁹⁾ وهو تدبير لم يتضمنه قانون تنظيم السجون 02/72 الملغى واستحدث في قانون تنظيم السجون الحالي، نظمت أحكامه المواد من 130 إلى 133 منه.⁽²⁰⁾ وبموجب المادة 130 منه يمكن لقاضي تطبيق العقوبات وبعد أخذ رأي لجنة تطبيق العقوبات⁽²¹⁾ إصدار مقرر مسبب بتوقيف تطبيق العقوبة السالبة للحرية لمدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر إذا كانت العقوبة المتبقية تقل أو تساوي سنة واحدة للأسباب الآتية:

- إذا توفي أحد أفراد عائلة المحبوس.
 - إذا أصيب أحد أفراد عائلة المحبوس بمرض خطير، وأثبت بأنه المتكفل الوحيد بالعائلة.
 - التحضير للمشاركة في امتحان.
 - إذا كان زوجه محبوسا أيضا، وكان من شأن بقائه في الحبس إلحاق ضرر بالأولاد القصر، أو بأفراد العائلة الآخرين المرضى منهم أو العجزة.
 - إذا كان المحبوس خاضعا لعلاج طبي خاص.
- أما باقي المواد فقد حددت إجراءات وآجال الاستفادة من هذا التدبير وكيفيات الطعن في مقرر رفضه.

¹⁸ - Yvan Laurens, Pierre Pédrion; Les très longues peines de prison; édition L'harmattan 2007;p:115

¹⁹ - في هذا المقام يتعين التمييز بين التوقيف المؤقت لتطبيق العقوبة والتأجيل المؤقت لتنفيذ الأحكام الجزائية الذي نظمت أحكامه بمقتضى المواد من 15 إلى 20 من قانون تنظيم السجون، فالثانية تعني أن المحكوم عليه لم يبدأ بعد في استنفاد عقوبته، وتأجيلها يتم لأسباب محددة على سبيل الحصر، على خلاف الأولى التي تستلزم أن المحكوم عليه قد قضى جزءا من عقوبته واستفادته من هذا التدبير يتحقق بتوافر شروطه المذكورة في المتن.

²⁰ - وتقابلها المواد 1-720 و1-720-1 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي.

²¹ - وهي اللجنة التي نظم تشكيلتها وكيفيات سيرها المرسوم التنفيذي 180/05 الصادر بتاريخ 17 مايو 2005، (الجريدة الرسمية لسنة 2005، العدد35).

ثانيا: الورشات الخارجية (Le placement en chantier extérieur) تم تنظيم حكمها بالمواد من 100 إلى 103،⁽²²⁾ وعرفت المادة 1/100 من قانون تنظيم السجون: "يقصد بنظام الورشات الخارجية قيام المحبوس المحكوم عليه نهائيا بعمل ضمن فرق خارج المؤسسة العقابية، تحت مراقبة إدارة السجون لحساب الهيئات والمؤسسات العمومية".

و حددت باقي المواد المشار إليها أعلاه شروط وكيفيات وآجال الاستفادة أو الحرمان من هذا التدبير.

ثالثا: البيئة المفتوحة (Milieu ouvert) نظمت أحكامها بالمواد من 109 إلى 111 من نفس القانون،⁽²³⁾ وعرفت المادة 109 مؤسسات البيئة المفتوحة على أنها: "تتخذ مؤسسات البيئة المفتوحة شكل مراكز ذات طابع فلاحي أو صناعي أو حرفي أو خدماتي، أو ذات منفعة عامة، وتتميز بتشغيل وإيواء المحبوسين بعين المكان".

وعن شروط الاستفادة من نظام البيئة المفتوحة فهي نفس شروط الوضع في نظام الورشات الخارجية حسب نص المادة 110 من نفس القانون، ويستفيد المحبوس بالوضع في البيئة المفتوحة بموجب مقرر يتخذه قاضي تطبيق العقوبات بعد استشارة لجنة تطبيق العقوبات وإشعار المصالح المختصة بوزارة العدل.

رابعا: إجازات الخروج: (Les permissions de sortie) وهو تدبير استحدثه كذلك المشرع الجزائري بموجب قانون تنظيم السجون الجديد حيث نصت المادة 1/129 منه على: "يمكن لقاضي تطبيق العقوبات، بعد أخذ رأي لجنة تطبيق العقوبات، مكافأة المحبوس حسن السيرة والسلوك المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية تساوي ثلاث سنوات أو تقل عنها، بمنحه إجازة خروج من دون حراسة لمدة أقصاها عشرة أيام".⁽²⁴⁾

وهنا يتعين تمييز إجازات الخروج (permission) عن رخص الخروج (autorisation)⁽²⁵⁾ المنصوص عليها بالمادة 56 من ذات القانون، فالأولى تمنح للمحكوم عليه نظير حسن سلوكه وسيرته شريطة أن تكون عقوبته تساوي أو تقل عن ثلاث سنوات، بدون حراسة ولمدة عشرة أيام كحد أقصى. أما الثانية فلم تحدد أسبابها ولا مدتها إذ اكتفت المادة سالفة الذكر بالإشارة إلى إمكانية منح المحكوم عليه رخصة خروج تحت الحراسة ولأسباب مشروعة واستثنائية بعد إخطار النائب العام بذلك.

²² - وتقابلها المواد 143 و150 إلى 158 من قانون تنظيم السجون الملغى، أما في التشريع الفرنسي فتقابلها المواد 132-133 و25/2 عقوبات والمادة 723 إجراءات .

²³ - وتقابلها المادة 145 والمواد من 170 إلى 178 من قانون تنظيم السجون الملغى.

²⁴ - وتقابلها المادة 3-723 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي.

²⁵ - نشير هنا إلى خلو قانون تنظيم السجون الملغى من النص على فكرة رخصة الخروج، بخلاف المشرع الفرنسي الذي نظم حكمها بالمادة 723-6 من قانون الإجراءات الجزائية.

خامسا: الحرية النصفية: (La semi-liberté) ⁽²⁶⁾ نظمت أحكام هذا التدبير بالمواد من 104 إلى 108 من قانون تنظيم السجون، والمقصود منه حسب المادة 1/104 وضع المحبوس المحكوم عليه نهائيا خارج المؤسسة العقابية خلال النهار منفردا ودون حراسة أو رقابة الإدارة ليعود إليها مساء كل يوم. وحسب الفقرة الثانية من هذه المادة فإن الغرض من إفادة المحكوم عليه بنظام الحرية النصفية هو تمكينه من تأدية عمل، أو مزاولة دروس في التعليم العالي أو التقني، أو متابعة دراسات عليا أو تكوين مهني. وفيما يخص شروط الاستفادة من هذا التدبير والالتزامات الواقعة على المحبوس وبعض المزايا الممنوحة له فقد حددتها المواد 106، 107، 108 من ذات القانون.

سادسا: الإفراج المشروط: (La liberté conditionnelle) نظمت أحكامه المواد من 134 إلى 150 من قانون تنظيم السجون، ⁽²⁷⁾ ويقصد به إمكانية إخلاء سبيل المحبوس قبل انقضاء مدة عقوبته إذا ما توافرت فيه شروط معينة أهمها تحليه بحسن السيرة والسلوك و إظهاره ضمانات جدية لاستقامته خلال فترة الاختبار، ⁽²⁸⁾ وبينت المواد من 136 إلى 141 شروط وأشكال الاستفادة من الإفراج المشروط ⁽²⁹⁾ والأشخاص المخول لهم الطعن في مقرر قاضي تطبيق العقوبات القاضي به وآجال ذلك ⁽³⁰⁾ والجهات المختصة بدراسة الطعون. ⁽³¹⁾

المبحث الثاني

نطاق الحكم بالفترة الأمنية

في هذا المبحث سنحاول بيان مختلف الجرائم المشمولة بتطبيق حكم المادة 60 مكرر المتعلقة بالفترة الأمنية ومدتها والاستثناءات الواردة عليها سواء من حيث المدة أو التطبيق .

²⁶⁻ وتقابلها المادة 144 والمواد من 159 إلى 169 من قانون تنظيم السجون الملغى، وكذا المادتين 132-25 و132-26 من قانون العقوبات الفرنسي.

²⁷⁻ وتقابلها المواد من 179 إلى 194 من قانون تنظيم السجون السابق، والمواد من 729 إلى 733 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي.

²⁸⁻ طبقا لقانون تنظيم السجون الحالي حددت المادة 134 في فقراتها 2 و3 و4 مدة الاختبار بنصف العقوبة بالنسبة للمحبوس المبتدئ وثلاثي العقوبة بالنسبة للمحبوس المعتاد و15 سنة بالنسبة للمحبوس المحكوم عليه بالسجن المؤبد.

وطبقا للمادة 135 يعفى من مدة الاختبار المحبوس الذي يبلغ السلطات المختصة عن حادث خطير قبل وقوعه من شأنه المساس بأمن المؤسسة العقابية، أو يقدم معلومات للتعرف على مديره، أو بصفة عامة يكشف عن مجرمين وإيقافهم.

²⁹⁻ يختص قاضي تطبيق العقوبات وبعد أخذ رأي لجنة تطبيق العقوبات بإصدار مقرر الإفراج المشروط إذا باقى العقوبة يساوي أو يقل عن 24 شهرا، ويتم تبليغه للنائب العام فور صدوره، أما إذا كان باقى العقوبة يفوق أربعين شهرا فيعود الاختصاص بإصدار مقررات الإفراج المشروط لوزير العدل (المواد 1/141 و142).

³⁰⁻ يختص النائب العام بالطعن (المادة 3/141) في مقرر الإفراج المشروط في أجل ثمانية أيام تسري ابتداء من تاريخ تبليغه، في حين يمكن لوزير العدل عرض المقرر الصادر عن قاضي تطبيق العقوبات طبقا للمادة 141 لإلغائه في أجل 30 يوما تسري من تاريخ علمه إذا رأى بأنه من شأنه التأثير سلبا على الأمن أو النظام العام (المادة 161).

³¹⁻ تختص بدراسة الطعون المرفوعة سواء من طرف النائب العام أو وزير العدل ضد مقررات قاضي تطبيق العقوبات لجنة تكليف العقوبات والتي تختلف اختصاصاتها عن اختصاصات لجنة تطبيق العقوبات، وقد نظم المرسوم التنفيذي 181/05 المؤرخ في 17 مايو 2005 تشكيلتها وتنظيمها وسيرها (الجريدة الرسمية لسنة 2005 العدد 35).

المطلب الأول: الحكم بالفترة الأمنية

بتعديل المشرع الجزائري لقانون العقوبات سنة 2006 بموجب القانون 23/06 وإقراره فكرة الفترة الأمنية والحكم بها على مختلف الجرائم المتضمنة في هذا القانون، يتعين علينا في هذا الصدد التمييز بين فرضين وهما تطبيق حكم المادة 60 مكرر من قبل القاضي على سبيل الوجوب أو على سبيل الجواز، وكذا الجرائم المشمولة بهذا التدبير، ومن خلال العناصر الآتية سنحاول بيان كيفية تطبيقها.

أولاً: الحكم وجوباً بالفترة الأمنية (Automatique)

من خلال الفقرة الثانية من المادة 60 مكرر يحكم القاضي وجوباً بالفترة الأمنية إذا توافرت الشروط الآتية:

- 1- أن ينص القانون صراحة على تطبيقها على الجريمة المرتكبة.
- 2- من حيث نوعية العقوبة يجب أن تكون إدانة المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية.
- 3- من حيث مقدارها يجب أن تكون مدتها تساوي أو تزيد عن عشر (10) سنوات.
- 4- مراعاة القواعد المقررة في أحكام المادة 309 إجراءات إذا كان الحكم المتعلق بالفترة الأمنية صادراً عن محكمة الجنايات.⁽³²⁾

والملاحظ أنها نفس الشروط التي أوجبها للمشرع الفرنسي بالمادة 132-23 عقوبات، ووجه الاختلاف يتركز في نقطتين أساسيتين هما:

- **النقطة الأولى:** وتتمثل في عدم بيان المشرع الجزائري إن كانت العقوبة السالبة للحرية نافذة أو مع وقف التنفيذ، عكس المشرع الفرنسي الذي اشترط أن تكون العقوبة نافذة (Non assortie de sursis).
- **النقطة الثانية:** عدم تطبيق مقتضيات المادة 132-23 المتعلقة بالفترة الأمنية على الجرائم المرتكبة من قبل الأحداث وهذا وفقاً للمادة 20-2 الفقرة السادسة⁽³³⁾ من الأمر 174/45 الصادر في 2 فيفري 1945 المتعلق بالطفولة الجانحة التي تنص على:

"Les dispositions de l'article 132-23 du code pénal relatives à la période de sûreté ne sont pas applicables aux mineurs".

³²- تنص المادة 309 ق إ ج على: "يتداول أعضاء محكمة الجنايات، وبعد ذلك يأخذون الأصوات في أوراق تصويت سرية وبواسطة اقتراع على حدة عن كل سؤال من الأسئلة الموضوعة عن الظروف المخففة التي يلتزم الرئيس بطرحها عندما تكون قد ثبتت إدانة المتهم وتعد في صالح المتهم أوراق التصويت البيضاء أو التي تقرر أغلبية الأعضاء بطلانها .
وتصدر جميع الحكام بالأغلبية.

في حالة الإجابة بالإيجاب على سؤال إدانة المتهم، تتداول محكمة الجنايات في تطبيق العقوبة، وبعد ذلك تؤخذ الأصوات بواسطة أوراق تصويت سرية بالأغلبية المطلقة."

في حين تنص الفقرة الرابعة على: "وتقضي المحكمة بالأوضاع نفسها في العقوبات التبعية أو التكميلية وفي تدابير الأمن."

³³- إن عدم تطبيق مقتضيات الفترة الأمنية على الأحداث نصت عليه المادة 720-3 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي المستحدثة بالقانون 78-1097 المؤرخ في 22 نوفمبر 1978 السابق الإشارة إليه، ثم ألغيت بالمادة 84 من القانون 1336/92 المؤرخ في 16 ديسمبر 1992 المتعلق بدخول قانون العقوبات الجديد حيز التطبيق وتعديل بعض أحكام قانون العقوبات والإجراءات الجزائية الضرورية لذلك، ليتم دمج حكمها بالمادة 254 كفقرة رابعة المادة 20-2 في الأمر 45-174 المشار له في المتن.

وهو الحكم الذي يخلو التشريع الجزائري منه.⁽³⁴⁾

ثانياً: الجرائم المشمولة وجوباً بالفترة الأمنية

حدد المشرع الجزائري صراحة في تقنين العقوبات مختلف الجرائم التي يحكم فيها على الشخص إلى جانب العقوبات الأصلية والتكميلية بالفترة الأمنية حيث ألحق تطبيقها على:

- جريمة الخيانة المعاقب عليها بالمادة 61 عقوبات.
- جريمة القضاء على نظام الحكم أو تغييره وتحريض المواطنين على حمل السلاح ضد سلطة الدولة أو ضد بعضهم البعض أو المساس بوحدة التراب الوطني المعاقب عليها بالمادة 77 ق.ع.
- أضيف تطبيقها إلى مختلف العقوبات المقررة بالمادة 87 مكرر 1 والمطبقة على مرتكبي الأفعال المحددة بالمادة 87 مكرر والمتعلقة بالأفعال الموصوفة بأفعال إرهابية أو تخريبية.⁽³⁵⁾

- جريمة الاعتداء على الأمن الداخلي للدولة الناتج عن اتخاذ تدابير بين سلطات مدنية وهيئات عسكرية أو رؤساءها المعاقب عليها بالمادة 114.⁽³⁶⁾

- الفصل السابع المتعلق بالتزوير القسم الأول منه الخاص بالنقود المزورة حيث نص على تطبيقها على الجرائم المعاقب عليها بالمادتين 197 و198 وللتان تعاقبان على تقليد أو تزوير أو تزييف النقود المعدنية أو الأوراق النقدية أو السندات (*des titres*) أو الأدونات (*des bons*) أو الأسهم (*obligations*) التي تصدرها الخزينة العمومية وذلك داخل الوطن أو خارجه وكل من يساهم وبأية وسيلة كانت في إصدارها أو بيعها أو إدخالها.

- بعد تعديلها وتتميمها يحكم بالفترة الأمنية وجوباً على الجرائم المعاقب عليها بالمواد 200، 206، 207، 216، 225، 242، 248 و249 عقوبات.⁽³⁷⁾

- الجرائم المعاقب عليها بالمواد من 261 إلى 263/2، 265، 266، 267، 271، 272، 274، 275 و4/5، 276 و3 و4 وذلك من خلال المادة 276 مكرر.⁽³⁸⁾

- الجرائم المعاقب عليها بالمواد 291، 292، 293، 293 مكرر وذلك من خلال المادة 295 مكرر.⁽³⁹⁾

- الجرائم المعاقب عليها بالمواد 314 و3 و4، 315 و3 و4 و5، 316 و4، 317 و4 و5، والمادة 318 من خلال نص المادة 320 مكرر.⁽⁴⁰⁾

- الجرائم المعاقب عليها بالمواد 335، 336، 337، 337 مكرر من خلال نص المادة 341 مكرر 1.⁽⁴¹⁾

³⁴- سواء تعلق الأمر بقانون العقوبات أو قانون الإجراءات الجزائية أو قانون تنظيم السجون.

³⁵- تمت المواد 61، 77، 87 مكرر 1 بالمادة 19 من القانون 23/06.

³⁶- عدلت المادة 114 وتمت بالمادة 21 من القانون 23/06.

³⁷- عدلت وتمت المواد 197، 198، 200، 206، 207، 216، 225، 242، 248 و249 بالمادة 25 من القانون المشار إليه.

³⁸- أضيفت المادة 276 مكرر بالمادة 28 من نفس القانون.

³⁹- أضيفت المادة 295 مكرر بالمادة 30 من نفس القانون.

⁴⁰- أضيفت المادة 320 مكرر بالمادة 35 من نفس القانون.

⁴¹- أضيفت المادة 341 مكرر 1 بالمادة 39 من نفس القانون

- الجرائم المعاقب عليها بالمادتين 342 و 344 من خلال المادة 349 مكرر .
- جريمة تبييض الأموال المعاقب عليها بالمادة 389 مكرر وذلك بنص المادة 389 مكرر 1. (42)
- المادة 389 مكرر 2 نصت على تطبيق أحكام المادة 60 مكرر على كل من يرتكب جريمة تبييض الأموال (المادة 389 مكرر 1) أو يقوم بتبييضها على سبيل الاعتياد أو باستعمال التسهيلات التي يمنحها نشاط مهني أو في إطار جماعة إرهابية. (43)
- تطبيق حكم المادة 60 مكرر على الجرائم المعاقب عليها بالمواد 395، 396، 396 مكرر، 399، من 400 إلى 403، 406، 408، 411، 417 و 417 مكرر 1 بنص المادة 417 مكرر 2. (44)

بالنسبة للمشرع الفرنسي وعلى خلاف المشرع الجزائري فإنه إضافة إلى نصوص قانون العقوبات التجريبية التي نص فيها صراحة على الحكم بالفترة الأمنية الواردة بالمادة 132-23 منه، (45) فقد قضى بتطبيق الفترة الأمنية في بعض القوانين الخاصة ومنها قانون الدفاع وذلك على الجرائم المنصوص عليها بالمواد L2342-57، L2342-58، L2342-59، L2342-60، والمتعلقة بالأسلحة الكيماوية ومنشآتها ووسائلها من حيث صنعها وبيعها وتصديرها واستيرادها وتخزينها وغيرها. (46)

42- أضيفت المادة 349 مكرر بالمادة 39 من نفس القانون.

43- أضيفت المادة 389 مكرر 2 بالمادة 52 من نفس القانون.

44- أضيفت المادة 417 مكرر 2 بالمادة 54 من نفس القانون.

45- -- للاطلاع على مختلف الجرائم الواردة في قانون العقوبات الفرنسي والتي قرر بمقتضاها تطبيق الفترة الأمنية وجوبا تراجع المواد: 211-1، (212-1 إلى 212-3)، (214-3 و 214-4)، (221-2 إلى 221-5)، (222-2 إلى 222-8)، (222-10 إلى 222-15)، (222-25 و 222-26)، (222-34 إلى 222-39)، (224-1 إلى 224-7)، (225-7 إلى 225-10)، (311-6 و 311-7 و 311-10)، (312-3 إلى 312-7)، (322-8 إلى 322-10)، (411-2 و 412-1)، (421-3 إلى 421-6)، (442-1 و 442-2).

46- قبل دمج المواد L2342-57 و L2342-58 و L2342-59 و L2342-60 في قانون الدفاع سبق النص عليها ضمن القانون 467/98 الصادر بتاريخ 17/06/1998 والمتضمن تطبيق اتفاقية 13 جانفي 1993 المتعلقة بمنع صنع وتخزين واستخدام الأسلحة الكيماوية وإزالتها بالمواد 58، 59، 60، 61 والتي نقلت حرفيا إلى قانون الدفاع في المواد السابق الإشارة لها والتي تنص على:

- Art L2342-58: "Est puni de la réclusion criminelle à perpétuité et de 7 500 000 euros d'amende le fait d'employer:
1-Une arme chimique.
2-Un produit chimique inscrit au tableau 1 à des fins autres que médicales pharmaceutiques, de recherche ou de production".
- Art L2342-59: "Sont punies de la réclusion criminelle à perpétuité et de 7 500 000 euros d'amende la conception, la construction ou l'utilisation d'une installation :
1-de fabrication d'armes chimiques.
2-de fabrication de munitions chimiques non remplies et de matériels à destinés à l'emploi d'armes chimiques.
La modification d'installations ou de matériels de toute nature dans le but d'exercer une activité interdite par la sous-section de la première section du présent chapitre est punie des mêmes peines.
- Art L2342-59: " Est puni de la réclusion criminelle à perpétuité et de 7 500 000 euros d'amende le fait de diriger ou d'organiser un groupement ayant pour objet l'emploi, la mise au point, la fabrication, le stockage, la détention, la conservation, l'acquisition, la cession, l'importation, l'exportation, le transit, le commerce ou le courtage:
1-d'une arme chimique.
2-D'un produit chimique inscrit au tableau 1 à des fins autres que médicales, pharmaceutiques, de recherches ou de protections".
- Art L2342-60: "Sont punis de vingt ans de réclusion criminelle et de 3 000 000 euros d'amende la mise au point, la fabrication, le stockage, la détention, la conservation, l'acquisition, la cession, l'importation, l'exportation, le transit, le commerce ou le courtage:
1-D'une arme chimique autre qu'une arme chimique ancienne ou qu'une arme chimique abandonnée.

ثالثا: الحكم الجوازي بالفترة الأمنية (facultative)

إلى جانب الجرائم المحددة على سبيل الحصر والتي يحكم فيها القاضي وجوبا بالفترة الأمنية إذا توافرت الشروط السابق الإشارة لها نص المشرع الجزائري في المادة 60 مكرر/6 عقوبات (132-23 فقرة 3 عقوبات فرنسي) على إمكانية الحكم بفترة أمنية على سبيل الجواز لا يستفيد خلالها المحكوم عليه من أي تدبير من تدابير تطبيق العقوبة المذكورة في الفقرة الأولى على الجرائم التي لم ينص فيها المشرع صراحة على تطبيق حكم المادة 60 مكرر إذا تحققت الشروط الآتية :

-أن يتعلق الأمر بجريمة لم يشملها حكم المادة 60 مكرر.

-أن تكون العقوبة المحكوم بها عقوبة سالبة للحرية.

-أن تكون العقوبة نافذة بحسب تدقيق المشرع الفرنسي.

-أن تكون مدة العقوبة تساوي أو تزيد عن خمس (5) سنوات.

وهي نفس الشروط التي حددها المشرع الفرنسي، ما يقودنا إلى استنتاج الملاحظتين الآتيتين :

1-إمكانية تمديد الحكم بالفترة الأمنية على مختلف الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات أو القوانين الخاصة المكملة له والتي لم يتداركها المشرع بتعديل سنة 2006 وحكم المادة 60 مكرر.
2-بناء على الاستنتاج السابق نتوصل إلى القول بأن أغلب الجرائم الواردة في قانون العقوبات أو القوانين الخاصة معينة بتطبيق حكم المادة 60 مكرر مما يجعل التدابير التي تضمنها قانون تنظيم السجون والتي سيحرم منها المحكوم عليها قد شرعت مع وقف التنفيذ وقلة هم الأشخاص الذين يستفيدون منها.

3- هذا الاستنتاج ينطبق على حالتي التطبيق الوجوبي والجوازي للفترة الأمنية ، فالحكم بها يحرم المحكوم عليه من الاستفادة من أي تدبير لتطبيق عقوبته وغالبا ما يتصادف انتهاء مدتها مع قرب انتهاء مدة عقوبة الشخص، مما يجعل استفادته عمليا من أي تدبير من التدابير التي حرم منها غير ذي فائدة. كما أن انتهاء مدة الفترة الأمنية معناه فقط إمكانية تقدم الشخص بطلب للسلطات المختصة (قاضي تطبيق العقوبات ولجنة تكييف العقوبات) لأجل تكييف عقوبته وهذا لا يعني قبول الطلب بمجرد تقديمه لأن إمكانية رفض الطلب تظل واردة.

المطلب الثاني: مدة بالفترة الأمنية

وهنا يتعين التمييز بين حالتين عند تحديد مدة الفترة الأمنية، حالة تطبيقها وجوبا من قبل القاضي وحالة التطبيق الجوازي لها.

2-D'un produit chimique inscrit au tableau I à des fins autres que des fins médicales, pharmaceutiques, de recherche ou de protection.

Sont punis des mêmes peines l'importation, l'exportation, le commerce ou le courtage de tout matériel de fabrication d'armes chimique ou de tout document ou objet en vue de permettre ou de faciliter la violation des dispositions de la sous-section I de la première section du présent chapitre.

Est punie de la même peine la communication de toute information en vue de permettre ou de faciliter la violation des dispositions de la sous-section I de la première section du présent chapitre

أولاً: حالة التطبيق الوجوبي: وهي حالة تطبيق الفترة الأمنية وجوبا من طرف القاضي وحسب المادة 60 مكرر فقرة 3 و4 (132-2/23) وتتوافر الشروط السابق ذكرها تكون مدتها: - نصف العقوبة المحكوم بها.

-15 سنة في حالة الحكم بالسجن المؤبد (18 سنة بالنسبة للمشرع الفرنسي).
-يجوز لجهة الحكم بقرار خاص تقليص أو الرفع من هذه المدة لتصل إلى ثلثي العقوبة المحكوم بها كحد أقصى أو عشرون 20 سنة في حالة الحكم بالسجن المؤبد (اثان وعشرون 22 سنة بالنسبة للمشرع الفرنسي).

الإستثناء: أورد المشرع الفرنسي استثناء عن القاعدة العامة المنصوص عليها بالمادة 132-23 حيث قرر بموجب المادتين 221-3 و221-4⁽⁴⁷⁾ إمكانية رفع مدة الفترة الأمنية من قبل محكمة الجنايات وبقرار خاص إلى ثلاثين سنة إذا كانت الجريمة المرتكبة جريمة قتل أو قتل مع سبق الإصرار وكانت الضحية قاصر يبلغ من العمر خمسة عشر سنة وسبق أو صاحب القتل اغتصاب أو تعذيب أو ارتكاب أعمال وحشية.

ثانياً: حالة التطبيق الجوازي: وهي حالة التطبيق الجوازي للفترة الأمنية بالنسبة للجرائم التي لم ينص عليها المشرع صراحة وتكون مدتها بحسب المادة 60 مكرر/6 (132-3/23 فرنسي):
-ثلثي العقوبة المحكوم بها كحد أقصى أو أقل من ذلك بالنسبة للعقوبات التي تساوي مدتها أو تزيد عن خمس سنوات.
-عشرون (20) سنة (22 سنة بالنسبة للمشرع الفرنسي) في حالة الحكم بالسجن المؤبد.

ثالثاً: تخفيض أو إنهاء الفترة الأمنية

من حيث المبدأ نص قانون العقوبات الجزائري و قانون العقوبات والإجراءات الفرنسي على إمكانية تخفيض أو إلغاء الفترة الأمنية أو ما تبقى منها، ويتم هذا عن طريق ثلاث آليات تشريعية تتمثل في:
- بموجب عفو رئاسي.

-تقليصها من قبل محكمة تطبيق العقوبات.

-مراجعة العقوبة إذا كانت مدتها السجن المؤبد.⁽⁴⁸⁾

1- **تخفيضها أو إنهاؤها بمرسوم رئاسي**⁽⁴⁹⁾

⁴⁷ - تنص الفقرة الثالثة من المادتين 221-3 و221-4 عقوبات فرنسي على:

Toute fois, lorsque la victime est un mineur de quinze ans et que l'assassinat est procédé ou" accompagne d'un viol ,de torture ou d'actes de barbarie, la cour d'assises peut, par décision spéciale, soit porter la période de sûreté jusqu'a trente ans, soit, si elle prononce la réclusion criminelle a perpétuité ,décider qu'aucune des mesures énumérées a l'article 132-23 ne pourra être accordée au condamne ;en cas de commutation de la peine, et sauf si le décret de grâce en dispose autrement, la période de sûreté est alors égale a la durée de la peine résultant de la mesure de grâce".

⁴⁸ -aurens,Pierre Pédrón;Op cit,p:115

⁴⁹ - وهي الحالة الوحيدة في التشريع الجزائري التي تسمح إما بتخفيض مدة الفترة الأمنية أو إلغاؤها

بالنسبة للتشريع الجزائري منحت المادة 6/77 من الدستور رئيس الجمهورية صلاحية تقليص العقوبات أو استبدالها أو العفو عنها،⁽⁵⁰⁾ وبموجب المادة 156 من الدستور يبدي المجلس الأعلى للقضاء رأيا استشاريا قريبا في ممارسة رئيس الجمهورية حق العفو.

وبموجب المادة 60 مكرر 1 عقوبات يترتب على تخفيض العقوبات خلال الفترة الأمنية تخفيض مدة هذه الأخيرة بقدر مدة تخفيض العقوبة، وهذا يفترض صدور مرسوم العفو قبل انتهاء مدة الفترة الأمنية.

أما الفقرة الثانية فقد نصت على تقليص مدة الفترة الأمنية إذا استبدلت عقوبة السجن المؤبد بعقوبة السجن المؤقت لمدة عشرين سنة فتكون مدتها إلى عشر سنوات.

إلا أن صياغة المادة 60 مكرر 1 "ما لم ينص مرسوم العفو على خلاف ذلك..." تجعلنا أمام فرضيتين هما:

- إمكانية إبقاء مرسوم العفو على مدة الفترة الأمنية كما وردت في الحكم حتى مع تخفيض العقوبة.

- قد ينص مرسوم العفو مع تخفيض مدة العقوبة على إلغائها تماما.

ويفسر سكوت مرسوم العفو حول الفترة الأمنية على أنه تخفيض لها بحسب ما إذا كانت العقوبة مؤقتة أو سجنا مؤبدا، وهذا ما يجعلنا نستنتج من خلال قراءة المادة 60 مكرر بفقرتها أن التخفيض ليس مقصودا لذاته وإنما هو نتيجة مترتبة فقط على تخفيض أو استبدال العقوبة.

بالنسبة للتشريع الفرنسي منحت صلاحية العفو لرئيس الجمهورية بالمادة 17 من الدستور وكذا المادة 720-2/2 إجراءات حيث تنص على:

"Sauf s'il en est décidé autrement par le décret de grâce, la commutation ou la remise d'une peine privative de liberté assortie d'une période de sûreté entraîne de plein droit le maintien de cette période pour une durée globale qui correspond à la moitié de la peine résultant de cette commutation ou remise, sans pouvoir toutefois excéder la durée de la période de sûreté attachée à la peine prononcée".

ويفهم من الاستثناء الوارد بالمادة 720-2/2 "ما لم ينص مرسوم العفو على خلاف ذلك"، وكذا المادتين 221-3 و 221-4 عقوبات "في حالة استبدال العقوبة و ما لم ينص مرسوم العفو على خلاف ذلك" أن لرئيس الجمهورية إمكانية تخفيض مدة الفترة الأمنية أو إنهاؤها تماما.

⁵⁰-وتقابلها المادة 17 من الدستور الفرنسي، ووجه الخلاف بينهما أن صلاحية العفو في فرنسا لا يمارها الرئيس إلا بصفة فردية. إذ

تنص هذه المادة على: "Art 17 le président de la république a le droit de faire grâce à titre individuel".

ومصطلح individuel يشمل الفردية والجماعية، أي مراسيم عفو متعلقة بأشخاص معينين بذواتهم وليس بصفاتهم. خلاف بعض الدول ومنها الجزائر التي تكون فيها مراسيم العفو على شكل قواعد عامة ومجردة تنطبق على كل من تتوافر لديه الشروط المحددة فيه.

2-مراجعتها من قبل محكمة تطبيق العقوبات

منحت المادة 4-720 إجراءات لمحكمة تطبيق العقوبات وبصفة استثنائية صلاحية تخفيض مدة الفترة الأمنية أو إنهاؤها تماما إذا أظهر المحكوم عليه ضمانات جدية لاندماجه اجتماعيا⁽⁵¹⁾ مع توافر الشروط الواردة بالمادة 7-712 الآتي ذكرها.

3-حالة الحكم الصادر عن محكمة الجنايات

إضافة إلى ما اشترطته المادة 7-712 وطبقا للمادة 4-720 فقرة 2 إذا قررت محكمة الجنايات تمديد مدة الفترة الأمنية إلى ثلاثين سنة إعمالا لحكم المادتين 3-221 و4-221 فإنه لا يمكن لمحكمة تطبيق العقوبات تخفيض أو إنهاء الفترة الأمنية إلا إذا قضى المحكوم عليه مدة تساوي عشرين سنة على الأقل من عقوبته. (و بالطبع ما لم يتضمن مرسوم العفو خلاف ذلك).

أما الفقرة الثالثة من المادة 4-720 وعملا بمقتضيات الفقرة الثانية من المادتين 3-221 و4-221 عقوبات فإنه إذا قررت محكمة الجنايات حرمان المحكوم عليه بالسجن المؤبد من الاستفادة من أي تدبير من التدابير الواردة بالمادة 132-23، لا يمكن لمحكمة تطبيق العقوبات إفادة المحكوم عليه بأي من هذه التدابير ما لم يقضي مدة تساوي على الأقل ثلاثين سنة من عقوبته. (ما لم ينص مرسوم العفو خلاف ذلك)، واشترطت الفقرة الرابعة في هذه الحالة تقديم تقرير طبي من طرف ثلاث خبراء مسجلين في قائمة الخبراء المعتمدين لدى محكمة النقض حول مدى خطورة المحكوم عليه الجنائية.

رابعاً:الإجراءات المتبعة أمام محكمة تطبيق العقوبات

أسندت المادة 7-712 إجراءات جزائية لمحكمة تطبيق العقوبات عوض قاضي تطبيق العقوبات صلاحية مراجعة الفترة الأمنية والإفراج المشروط وتوقيف العقوبة،وتكون إجراءات قبول أو رفض إنهاء أو تخفيض مدة الفترة الأمنية والتي تنتهي بصدور حكم مسبب كما يأتي:

-استشارة ممثل الإدارة العقابية قبلها.

-الأطراف المخول لها عرض الأمر على هذه المحكمة هم المحكوم عليه بطلب، وكيل الجمهورية بعريضة أو بمبادرة من قاضي تطبيق العقوبات،بعد مناقشة حضورية تجري بغرفة المشورة يستمع خلالها لطلبات النيابة وملاحظات المحكوم عليه أو محاميه.

-عملا بالمادة 706-71 فقرة 1 تجرى هذه المناقشة بالمؤسسة العقابية إذا كان المحكوم عليه محبوسا، وبموجب الفقرة الثالثة من المادة 7-712 يمكن لمحامي الطرف المدني حضور مجريات المناقشة الحضورية بمحكمة تطبيق العقوبات و إيداء ملاحظاته قبل إيداء النيابة العامة لطلباتها.

⁵¹ - لم يحدد أي نص قانوني مفهوم "الضمانات الجدية للاندماج الاجتماعي"، ولبين المقصود منها يرجع جانب كبير من الفقه والقضاء إلى نص المادة 729 إجراءات الخاصة بمعايير منح المحكوم عليه الإفراج المشروط حيث تشترط وجود جهود جدية للاندماج الاجتماعي.

-حسب المادة 712-11 يمكن لكل من المحكوم عليه ووكيل الجمهورية والنائب العام استئناف أحكام هذه المحكمة أمام غرفة تطبيق العقوبات بمحكمة الاستئناف وذلك في أجل عشرة أيام تسري من تاريخ التبليغ.
-بمقتضى المادة 712-13 تقضي غرفة تطبيق العقوبات بقرار مسبب بعد مناقشة حضورية يستمع فيها إلى طلبات النيابة العامة وملاحظات محامي المحكوم عليه، ولا يتم سماع المحكوم عليه إلا إذا قررت الغرفة خلاف ذلك ويتم بحضور محاميه أو بعد استدعائه قانونا أو وفقا للأوضاع المقررة بالمادة 706-71(داخل المؤسسة العقابية)، كما يمكن لمحامي الطرف المدني حضور المناقشات وإبداء ملاحظاته قبل إبداء النيابة العامة لطلباتها.

-منحت المادة 712-15 إمكانية الطعن بالنقض ضد قرار غرفة تطبيق العقوبات في أجل خمسة أيام من تاريخ تبليغها مع العلم أنه ليس لهذا الطعن أثر موقوف.

الخاتمة

بعد هذا العرض الوجيز وجدنا أن المقصود بالفترة الأمنية هو حرمان المحكوم عليه من بعض التدابير الواردة بقانون السجون ومنها على وجه الخصوص التوقيف المؤقت لتطبيق العقوبة وإجازات الخروج والوضع في الورشات الخارجية والحرية النصفية والإفراج المشروط لمدة محددة يبدأ سريانها لحظة بدء تنفيذ المحكوم عليه لعقوبته.

هذا التحديد لمختلف التدابير التي يحرم منها الشخص يجعلنا نقول بإمكانية إفادته ببعضها و غير المنصوص عليها كرخص الخروج والوضع تحت الرقابة الإلكترونية وتوقيف العقوبة لسبب طبي بالنسبة للتشريع الفرنسي.

أما الغرض من إقرار فكرة الفترة الأمنية فهو محاربة الجرائم الخطيرة على وجه الخصوص والحد من العود إلى الإجرام وتحقيق فكري الردع العام والخاص، وانتهاء مدتها لا يعني سوى إمكانية تقديم طلب للجهات المختصة (قاضي تطبيق العقوبات أو محكمة تطبيق العقوبات) لأجل الاستفادة من تكييف العقوبة ، وفي الحالة العكسية (أي قبل انتهاء مدته) تقديم طلب إنهاؤها أو التخفيض منها، وتبقى إمكانية رفض الطلب واردة جدا.

ومع تبني المشرع الجزائري فكرة العقوبة للنفع العام بالمادة 5 مكرر 1 و 2 و 3 والتي يمكن أن يستفيد منها المحكوم عليه بعقوبة سالبة للحرية مدتها لا تزيد عن ثلاث سنوات نتوصل إلى أن الفترة الأمنية تطبق على أغلب الجرائم سواء بنص القانون الصريح أو بما تداركته الفقرة الرابعة من المادة 60 مكرر حيث يمتد تطبيقها على الجرائم الموجودة في قانون العقوبات وغير المنصوص على تطبيق الفترة الأمنية بشأنها أو الجرائم المعاقب عليها بالقوانين الخاصة.

وهذا يجعلنا نعتقد أن تبني فكرة الفترة الأمنية قد أفرغت التدابير المشمولة بحكمها والمنصوص عليها بقانون تنظيم السجون من محتواها وشرعت مع وقف التنفيذ، فقلة هم المستفيدون منها.

البيان القانوني للجريمة البيضاء جريمة العصر " تبييض الأموال "

لعوارم وهيبة

أستاذة مساعدة، كلية الحقوق

جامعة عبد الرحمان ميرة-بجاية

مقدمة :

انتشر غسل أو تبييض الأموال في كافة دول العالم وأصبح ظاهرة تهدد الاستقرار الاقتصادي في شتى الأسواق العالمية ، كما أن الظاهرة ارتبطت بأنشطة وممارسات غير مشروعة وعمليات مشبوهة يجني أصحابها أموالا طائلة كتهريب الآثار وجرائم الرشوة وغيرها من الجرائم المنظمة وجرائم الفساد . ونظرا لما تثيره هذه الأموال غير المشروعة والتي تكون ضخمة في الغالب من تساؤلات وشكوك لدى سلطات تنفيذ القانون وأجهزة الرقابة المالية ، والتي تمتد إلى الملاحقة القضائية ومصادرة الأموال، يسعى هؤلاء إلى توفير غطاء قانوني وإضفاء صفة المشروعية عليها ، وذلك بمحاولة قطع الصلة بينها وبين المصدر الحقيقي أو الأصلي وتمويه طبيعتها بحيث تبدو وكأنها أموالا مشروعة ، ويطلق على هذه الأفعال تعبير غسل أو تبييض الأموال .

لذا نحاول ضمن موضوعنا هذا مناقشة وتحليل الإطار القانوني لجريمة العصر أو كما تسمى بالجريمة البيضاء وهذا من خلال:

- ظاهرة تبييض الأموال في مبحث تمهيدي .
- دراسة الجريمة الأصلية والتي تعتبر الشرط المسبق لها في مبحث أول،
- أركان الجريمة في مبحث ثان،
- العقوبات الجنائية للجريمة في مبحث ثالث .

المبحث التمهيدي : ظاهرة غسل الأموال :

من خلال هذا المبحث نتطرق إلى تعريف الظاهرة في مطلب أول مع تبيان أهم خصائصها وعلاقتها ببعض الجرائم في مطلب ثان لنقف عن ثم مراحل وأساليب هذه الظاهرة في مطلب ثالث .

المطلب الأول : تعريف تبييض الأموال:

بدأ استخدام مصطلح تبييض أو غسل الأموال في الولايات المتحدة الأمريكية نسبة إلى مؤسسات الغسل التي تمتلكها المافيا⁽¹⁾ وهي مؤسسات نقدية كان يتاح فيها مزج الإيرادات غير المشروعة إلى حد تظهر فيها وكأنها محصلة من مصدر مشروع⁽²⁾ .

و لما كان مصطلح تبييض الأموال blanchiment d'argents من المصطلحات الحديثة، اختلف الرأي بشأن تحديد المقصود به ولم يقتصر هذا الخلاف على صعيد الفقه، بل امتد ليشمل التشريعات سواء أكانت وطنية أم دولية.

1- الوثائق الدولية:

إن التعريفات التي صدرت عن الاتفاقيات الدولية من خلال الأمم المتحدة تركز كلها كأصل عام حول اتفاقية فيينا لعام 1988 لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات التي اعتمدت على ماهية السلوك و حصرت في تحويل الأموال أو نقلها ، إخفاء حقيقتها أو اكتساب وحيازة تلك الأموال مع العلم وقت تسليمها بأنها مستمدة من جريمة من جرائم المخدرات⁽³⁾ ، ثم جاءت اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة (اتفاقية باليرمو لسنة 2000) والتي فصحت عن تعريف موسع للجريمة غير محصور في جرائم المخدرات، أما اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة جرائم الفساد (اتفاقية فيينا لعام 2003) فقد عدت جرائم الفساد من بينها جريمة تبييض الأموال بوصفها من طائفة الجرائم الاقتصادية المنظمة⁽⁴⁾ .

2- التشريعات المقارنة:

لم يتوقف تعريف التبييض عند حد الوثائق الدولية بل امتد إلى التشريعات المقارنة ، إذ أن المادة 1/324 قانون عقوبات فرنسي المعدل والمتمم في 1996/05/13 عرفت التبييض من أنه: " هو تسهيل التبرير الكاذب بأية طريقة كانت لمصدر أموال والدخول لمرتكب جنائية أو جنحة الذي أمده بفائدة مباشرة أو غير مباشرة"⁽⁵⁾ .

بينما التشريع الجزائري نص عليها في القسم السادس مكرر من قانون العقوبات الذي يشمل المواد من 389 مكرر إلى 389 مكرر 7 المضاف بموجب القانون 15/04 المؤرخ في 04/11/10، إذ عرفته المادة 389 مكرر من خلال ذكرها لماهية السلوك المادي المكون للجريمة بقولها: "يعتبر تبييض الأموال :

- 1- تحويل الممتلكات أو نقلها مع علم الفاعل بأنها عائدات إجرامية بغرض إخفاء أو تمويه المصدر غير المشروع لتلك الممتلكات أو مساعدة أي شخص متورط في ارتكاب الجريمة الأصلية التي تأتت منها هذه الممتلكات، على الإفلات من الآثار القانونية لفعلة،
- 2- إخفاء أو تمويه الطبيعة الحقيقية للممتلكات أو مصدرها أو مكانها أو كيفية التصرف فيها أو حركتها أو الحقوق المتعلقة بها مع علم الفاعل بأنها عائدات إجرامية ،
- 3- اكتساب الممتلكات أو حيازتها أو استخدامها مع علم الشخص القائم بذلك وقت تلقبها أنها تشكل عائدات إجرامية ،
- 4- المشاركة في ارتكاب أي من الجرائم المقررة وفقا لهذه المادة أو التواطؤ أو التآمر على ارتكابها أو محاولة ارتكابها والمساعدة والتحريض على ذلك وتسهيله وإبداء المشورة بشأنه".

ونفس التعريف ورد كما هو في القانون 01/05 المؤرخ في 2005/02/06 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال و تمويل الإرهاب و مكافحتهما.

المطلب الثاني : مميزات جريمة تبييض الأموال وعلاقتها ببعض الجرائم

1- مميزات جريمة غسيل الأموال: تتميز جريمة غسيل الأموال بخصائص تميزها عن غيرها من الجرائم الأخرى ويمكن إيجاز هذه الخصائص كالتالي:

أ/ تبييض الأموال من الجرائم الاقتصادية: الجريمة الاقتصادية هي نوع من الجرائم التي تقع بالمخالفات للتشريعات والقوانين الجبائية والاقتصادية⁽⁶⁾ ، وتعتبر جريمة التبييض من الجرائم الاقتصادية كون أن الأموال التي يجري إدماجها في اقتصاد الدولة بغية إضفاء المشروعية عليها لا تقوم بأي دور ايجابي في دعم هذا الاقتصاد بل سرعان ما تعود إلى أصحابها الذين يقومون بسحبها من السوق بمجرد اكتسابها مصدرا مشروعاً يمكن نسبها إليه ، هذا السحب يؤثر على قيمة العملة الشرائية لتكون دافعا من دوافع التضخم.

ب/ تبييض الأموال من الجرائم الدولية: عملية تبييض الأموال معقدة ومتشابكة الإجراءات فهي عملية تتم عادة على مراحل غالبا ما تتم في أقاليم دول مختلفة فقد يتحصل على الأموال المراد تبييضها في الجزائر ثم تهرب هذه الأموال إلى إحدى الدول التي تكون قوانينها لا تهتم بمصدر تلك الأموال كلبنان وهي ما تسمى بدول الملاذات المصرفية وتوضع هذه الأموال في إحدى المؤسسات المالية بها ثم يقوم الشخص الذي يريد تبييض أمواله بالحصول على قرض من احد البنوك المصرفية لإقامة مشروع استثماري بضمان ودائعه في الخارج.⁽⁷⁾

ج/ تبييض الأموال جريمة تابعة: جريمة غسيل الأموال يفترض أن تسبقها جريمة أولية نتجت عنها الأموال غير المشروعة والمراد غسلها أو تحويلها إلى أموال مشروعة ويلاحظ في هذا الصدد أن جريمة غسيل الأموال تشابه إلى حد ما جريمة إخفاء الأشياء المسروقة والمحصلة من جناية أو جنحة.⁽⁸⁾

د/ تبييض الأموال من الجرائم المنظمة: إذ ترتكب عن طريق جماعة منظمة قائمة على أشخاص يوحدهم جهودهم تمارس أنشطة غير مشروعة قصد الحصول على الأموال، مستخدمة في ذلك شتى الطرق في غاية الدقة والتنظيم للوصول إلى هدفها للتحكم في القطاعات الاقتصادية الوطنية عن طريق تبييض عائداتها غير المشروعة ، وقد ساهمت التجارة الحرة ووسائل الاتصال السريعة في تسهيل القيام بأنشطة مالية معقدة وغسيل الأموال عبر الحدود الوطنية، فجماعات الجريمة المنظمة تملك أرصدة مالية لا يمكن الاستهانة بها، ولكي تبيض هذه الأموال و توظيفها في مشروعات اقتصادية وطنية و دولية تجعل من صاحبها شخصية مرموقة في الدولة والمجتمع ويمكن أن يصبح من أصحاب القرار وذلك هو الخطر.⁽⁹⁾

2- علاقة جريمة تبييض الأموال ببعض الجرائم:

إن لجريمة تبييض الأموال علاقة وطيدة ببعض الجرائم التي صنفها المشرع الجزائري من جرائم الفساد و تتمثل في:

أ/ تبييض الأموال وتجارة المخدرات: إذا كان تبييض الأموال من الجرائم المركبة ذات الطبيعة المعقدة القائمة على تعدد المراحل يقوم محورها على غسيل أو تبييض المال القدر لمجرم معين وإكساب ذلك المال صفة الشرعية و الاستمتاع به في إطار رسمي⁽¹⁰⁾ ، فإننا نجد المصدر الكبير لها تجارة المخدرات،

ولعل أشهر عمليات غسل الأموال المتعلقة بالمخدرات العمليات التي قام بها رئيس بنما المخلوع نوريغا حيث سمح لعصابات المخدرات الدولية في مدينة مدلين الكولومبية باستخدام بنما كمحطة ترانزيت لتجارة المخدرات مقابل مبالغ مالية خيالية تم إيداعها في البنوك العالمية وقد تم اعتقال الرئيس وحوكم وعوقب بـ 40 عام سجنًا⁽¹¹⁾.

ب/ تبييض الأموال و الإرهاب: تساهم الأموال المغسولة الناتجة عن تجارة المخدرات في تمويل المنظمات والأعمال الإرهابية في العديد من دول العالم، وفي هذا الإطار أشارت الأمم المتحدة في أحد دوراتها إلى أن الأرباح الناتجة عن تبييض الأموال تمول بعض أعنف النزاعات الدينية والعرقية حيث يقوم غاسلو الأموال ببث الخلافات الداخلية وإشعال الفتن الدينية والعرقية ويعمدون إلى تمويلها بالسلاح والمساعدات بواسطة الأموال القذرة ، ولقد ساهمت الولايات المتحدة الأمريكية مثلا بتسهيل تبييض الأموال الأفيون في أفغانستان من أجل تمويل حركة طالبان والثوار الأفغان الذين كانوا يقاومون جيش الاحتلال السوفيتي خلال حقبة الثمانينات من القرن الماضي.⁽¹²⁾

المطلب الثالث: مراحل و أساليب تبييض الأموال

تتم عملية غسل الأموال بأساليب وأشكال عديدة، واختيار أسلوب دون آخر يتوقف إلى حد بعيد على ذكاء وخبرة غاسلو الأموال ، وقد أصبح للتكنولوجيا دور كبير في تطوير تلك الأساليب سيما مع انتشار ظاهرة العولمة وزيادة حجم الاقتصاد الخفي والموازي رغم أن العملية تتم عبر مراحل عدة.

1- مراحل غسل الأموال:

يمكن أن تستغرق عملية غسل الأموال عدة سنوات ويقوم بها العديد من الأشخاص طبيعية كانت أو معنوية وذلك بتحويلها إلى أموال نظيفة ووفقا لما حدده خبراء لجنة العمل المالي GAFI وعلى ما استقرت الدراسات القانونية على أن عملية غسل الأموال تتم على مراحل ثلاث .

أ/ مرحلة الإيداع: Placement

تسمى مرحلة التوظيف، في هذه المرحلة تكون المنظمات الدولية الإجرامية تحصلت على كميات كبيرة من الأموال ناتجة عن أفعال إجرامية وتبحث عن كل السبل لإيداع هذه الأموال لتصبح أموالا نظيفة، ومن بين هذه السبل خلق نسيج جديد للصفقات النقدية أو شراء أوراق مالية بصورة تجنب التاجر الحد الأدنى من الدخول في مجالات تسجيل العملية في نطاق البلد الذي يوجد فيه ،وهي تعتمد اعتمادا كبيرا على تسهيلات البنك ومشاركته سواء بوجود عاملين متورطين ، أو إذا كانت المؤسسات البنكية تحت سيطرة العناصر الإجرامية،⁽¹³⁾ وتعد المرحلة الأكثر حرجا للمنظمات الإجرامية ،حيث يخشى ضبط هذه الأموال من قبل السلطات القضائية التي تكون لها فرصة اكبر للكشف عنها.

ب/ مرحلة التجميع: Empilage

يطلق عليها مرحلة التعتيم أو التمويه وتتم هذه المرحلة من خلال سلسلة من العمليات تقوم بها المنظمات الإجرامية لإخفاء المصدر غير المشروع للأموال ،وهي المرحلة التي يتم فيها فصل الدخل عن أصله

بخلق طبقات معقدة من صفقات مالية تهدف إلى إخفاء معالم مصدر المال و إبعاده قدر الإمكان عن المراقبة وفيها يصعب كشف المال إذا ما نجح في تخطي المرحلة الأولى.

ج/ مرحلة الدمج: Intégration

من خلالها يعاد ضخ الأموال التي تم غسلها في الاقتصاد مرة أخرى كأموال عادية سليمة تكتسب مظهرا قانونيا وذلك بان تشترك الأموال الناشئة عن الفعل غير المشروع في مشروع تجاري آخر يعرف مشروعيته ومشروعية راس ماله بحيث يصعب الفصل بين المال المحصل من مصدر غير مشروع والمال المحصل من مصدر شرعي، وبالتالي يعاد ظهور الأموال غير المشروعة التي تم غسلها مختلطة ومندمجة في النظام الشرعي تبدوا و كأنها ناتجة عن أموال مشروعة ونظيفة⁽¹⁴⁾.

2- أساليب تبييض الأموال:

تتم عملية تبييض الأموال بأساليب وأشكال عديدة، واختيار أسلوب دون آخر يتوقف إلى حد بعيد على ذكاء وخبرة مبيضي الأموال ، وقد أصبح للتكنولوجيا دور كبير في تطوير تلك الأسباب والأشكال بل أن انتشار ظاهرة العولمة مع غياب الشفافية في معظم التعاملات التجارية الدولية وزيادة حجم الاقتصاد الخفي والموازي أدى إلى تطوير تلك الأشكال، نذكر منها:

• تهريب وتبادل العملة:

فعملية تهريب العملة تتم من خلال إيداع هذه النقود في حساب جاري في أحد المصارف التي تزاوول مثل هذه الأعمال ليتم من بعد نقلها إلى حيث لا تطالها يد العدالة، وبعد إجراء هذه العملية يصبح من الصعب التمييز بينها وبين الأموال التي جرى تحويلها إلى تلك المصارف عبر المنظومات المالية في العالم من خلال التحويلات البنكية، وأما تبادل العملة فهي عملية تتم من خلال استبدال العملة بعملة نقدية أخرى ليعاد استبدال العملة النقدية بالعملة الأولى من جديد كما يلجأ غاسلو الأموال إلى استبدالها بكمبيالات أو شيكات مصرفية مسحوبة على أحد البنوك الخارجية وبالعملة الأجنبية⁽¹⁵⁾.

• الشركات الوهمية:

يطلق عليها شركات الواجهة Front Campanie هذه الشركات لا تكتفي بالأغراض المنصوص عليها في عقود تأسيسها فقط، بل تقوم بالواسطة في عمليات غسل الأموال غير النظيفة بمساعدة بعض المؤسسات المالية.

ويحصل غسل الأموال عن طريق شركات الواجهة من خلال أساليب عديدة، فقد يقوم المتورطون بشراء الشركات على وشك الإفلاس أو في مرحلة التصفية ثم يقومون بدعمها ماليا ليكون ذلك ستارا على أموالهم غير النظيفة⁽¹⁶⁾.

• شراء السلع النفيسة: يقدم أصحاب الدخل غير المشروع على شراء بعض السلع النفيسة كالذهب والسيارات الفاخرة كخطوة أولى، وبعد ذلك يتم بيع ما تم شراؤه مقابل الحصول على شيكات مصرفية بالقيمة، ثم يقومون بفتح حسابات لهم بقيمة هذه الشيكات وذلك بإجراء العديد من التحويلات

المصرفية بواسطة البنوك المسحوب عليها الشيكات وفروعها ومراسليها، بحيث يؤدي ذلك إلى صعوبة التعرف على المصدر الحقيقي لهذه الأموال⁽¹⁷⁾

• **الإقتراض** : وهنا يقوم مرتكب هذا النشاط بإيداع أمواله القذرة لدى أحد البنوك في بلد تتعدم فيه الرقابة على البنوك، ثم بعد ذلك يقوم الجاني بطلب قرض من بنك محلي في بلد آخر، وذلك بضمان الأموال القذرة الموجودة في البنك الأول وبالتالي يحصل على أموال نظيفة فيقوم بشراء ممتلكات بها لتظهر في صورة مشروعة تماما.⁽¹⁸⁾

• **أجهزة الصراف الآلي** : ويجري استعمال هذه الآلات في عمليات غسل الأموال من خلال إجراء العديد من عمليات الإيداع أو السحب للأموال في ذات اليوم ومن عدة أماكن مختلفة بصورة تتضمن عدم انكشاف أمرها ويلجأ الغاسلون إلى هذه الآلات لتجزئة عمليات الإيداع لأموالهم القذرة تحاشيا للالتزامات القانونية المترتبة على عاتق البنوك بالإبلاغ عن عمليات الإيداع التي تتجاوز المبالغ التي تحددها سلطات الرقابة.⁽¹⁹⁾

• **التحويل البرقي للنقود** Electronique transfert : يلجأ غاسلو الأموال لهذا الأسلوب بسبب الثغرات التي تعترى هذا النظام، ذلك أن كثيرا من البنوك ليست أعضاء في نظام Fedwire كما أن عددا قليلا منها عضو في نظام Chips وهو اختصار لـ Clearing house for international payment system وهو عبارة عن عملية غرفة مقاصة تسوية في نهاية اليوم ، ويترتب على ذلك أن يتعين على معظم البنوك استخدام ما يعرف بنظام Swift، وأدرك غاسلو الأموال أن بإمكانهم استخدام نظام التحويل البرقي لإيداع النقود لدى البنوك في الخارج وذلك دون الحاجة إلى الإعلان عن أسمائهم وبعد أن يتم إيداع النقود لدى البنوك يقوم هؤلاء الأشخاص بتحويلها برقيا مرة أخرى إلى حساب شركة من شركات الواجهة.⁽²⁰⁾

• **بطاقات الائتمان** : وهي البطاقات التي يتم إصدارها إما عن طريق البنوك والتي تشارك في عضوية إصدارها كافة البنوك على مستوى العالم تحت رعاية منظمة عالمية مثل (الماستر كارد، الفيزا Visa, Master card) وقد تصدر البطاقة من مؤسسة مالية واحدة بحيث يتم الإشراف على عمليات الإصدار والتسوية مع التجار من قبل المؤسسات المصدرة ومن هذه البطاقات (American Express) ،حيث يتم إصدار هذه البطاقات للتعامل بها بدل النقود⁽²¹⁾ .

• **البطاقة الذكية - الكارت الذكي - Smart card** : هي تكنولوجيا نشأت في إنجلترا وامتد العمل بها الولايات المتحدة الأمريكية وتحمل البطاقة صفحات عديدة من المعلومات الشخصية لمستخدم البطاقة، ومن خطورة استخدام هذا الكارت الذكي أنه له خاصية الاحتفاظ بملايين الدولارات مخزنة في القرص الخاص به، ثم يمكن بسهولة نقل هذه الأموال إلكترونيا على كارت آخر بواسطة تلفون معد لذلك وبدون تدخل أي بنك من البنوك وبالتالي تكون تلك البطاقة قد بينت لغاسلي الأموال الأساليب المحكمة للقيام بعملياتهم المشبوهة، إذ يمكن لحامل البطاقة استهلاك قيمة الكارت الذكي في مشتريات باهظة القيمة ثم

يقوم بإعادة شحنها بأموال مودعة لدى مصرفه الإلكتروني ، وذلك بالمال الذي يرغب في تدويره وغسله. (22)

• الشيكات الإلكترونية: Les chèques électroniques

إن علاقة الشيك الإلكتروني بجريمة غسل الأموال هي علاقة وثيقة مباشرة، فالشيك الإلكتروني يعتمد على وجود حساب عادي للعميل أو لمحرر الشيك لدى أحد البنوك، ثم يقوم العميل بنقل هذا الحساب وتداوله عبر شبكة الانترنت ويبرم صفقات تجارية يكون طرفا فيها، بحيث يكون الشيك الإلكتروني هو وسيلة التداول، وقبل ذلك العميل هو الوسيط بين مصدر الشيك أو محرره وبين المستفيد حتى يتم تدوير المال القذر. (23)

المبحث الأول: الجريمة الأصلية - الشرط المسبق لجريمة تبييض الأموال -

إن النشاط المادي المكون لغسيل الأموال والذي يعرضه النموذج الاقتصادي كإيداع المال ليس من طبيعة إجرامية في حد ذاته ومن ثم لا يمكن تجريمه إلا باعتباره وسيلة لإخفاء المصدر غير المشروع للأموال ، ولهذا فإن جريمة غسل الأموال ترتبط ارتباطا وثيقا بالجريمة التي تتحصل منها الأموال موضوع الغسل. (24)

المطلب الأول: تحديد نطاق الجريمة الأصلية:

لم يلق حصر نطاق الجريمة الأصلية وفقا لاتفاقية فيينا لسنة 1988 على جرائم المخدرات والمؤثرات العقلية فقط قبولا على مستوى التشريعات الوطنية لذا حرصت على توسيع نطاق الجريمة الأصلية وسلكت أحد الأساليب التالية في هذا الخصوص. (25)

أ/ أسلوب التقيد أو الحصر:

ويعني قيام المشرع بتعداد وتحديد الجرائم الأصلية ، مصدر الأموال غير المشروعة كما في قانون مكافحة تبييض الأموال اللبناني لسنة 2001 والإماراتي لسنة 2002 والمصري لسنة 2002 كذلك، إذ أوردت في تلك القوانين جرائم محددة على سبيل الحصر ، وإن كانت ربطت جميعها بين نطاق جريمة غسل الأموال والجرائم الجسيمة - تعتبر جرائم مصدر للأموال غير المشروعة المحصلة منها. (26)

ب/ أسلوب الإطلاق:

عكس الأول، ويعني عدم تحديد المشرع لجرائم معينة ومن ثم يتسع نطاق الجريمة الأصلية ليشمل كل الجرائم التي وردت في قانون العقوبات وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري إذ عرف الجريمة الأصلية في المادة 04 من قانون 01/05 المؤرخ وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري إذ عرف الجريمة الأصلية في المادة 04 من قانون 01/05 السالف الذكر : " يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي : جريمة أصلية : أية جريمة ولو ارتكبت بالخارج ، سمحت لمرتكبها بالحصول على الأموال حسب ما ينص عليه هذا القانون " .

فباستقراء هذا النص يستشف وأن المشرع الجزائري أخذ بالأسلوب المطلق ولكنه و في مقام آخر عند تطرقه لمصادرة الأملاك موضوع الجريمة فنص في المادة 389 مكرر 4 من قانون العقوبات المعدل

والمتمم و أكد أنه وفي حالة ما إذا : " اندمجت عائدات جناية أو جنحة مع الأموال المتحصل عليها بطريقة شرعية فإن مصادرة الأموال لا يمكن أن تكون إلا بمقدار هذه العائدات " فالملاحظ من هذا النص تأكيده أن الجريمة الأصلية هي الجناية أو الجنحة و استثنى المخالفة كونها عادة ينتفي فيها عنصر القصد الجنائي ضف إلى أن جرائم المال مكيفة قانونا جنح أو جنابات . فعدم تحديد نوعية بعينها من الجرائم كمصدر لجريمة غسل الأموال من قبل المشرع الجزائري مسلك محمود من جانبه حتى لا يفلت الجاني من العقاب في الكثير من الجرائم الخطرة سيما منها المستحدثة.

ج/ الأسلوب الثالث: الأسلوب المختلط:

ويعني أن يقوم المشرع بتحديد نوع معين للجرائم الأصلية بصفة مجردة كأن يذكر الجرائم التي تعد جناية أو الجرائم التي تعد جنحة ويذكر إلى جانب ذلك الجرائم معينة على سبيل الحصر ويجرم غسل الأموال المحصلة منها، كما في القانون الفرنسي لعام 1996 إذ وسع نطاق الجريمة الأصلية لتشمل كافة الجنابات والجنح أيا ما كانت طبيعة هذه الجناية أو الجنحة دون أن يحدد جرائم بعينها⁽²⁷⁾، غير أنه حرص في ذات الوقت على إفراد نص خاص للجريمة الأصلية في حالة غسل الأموال المحصلة من إحدى جرائم الاتجار غير المشروع بالمخدرات.

المطلب الثاني : العلاقة بين الجريمة الأصلية وجريمة غسل الأموال :

سنعرض في هذا المطلب لمدى تطلب إثبات الجريمة الأصلية لتطبيق نص تجريم غسل الأموال، ولأثر الحكم بالبراءة في الجريمة الأصلية على جريمة الغسيل، ولموقف وحدة شخص الجاني في الجريمتين وأخيرا لعدم اشتراط وقوع الجريمة في دولة واحدة.

1- إثبات ومدى تأثير الحكم بالبراءة على الجريمة الأصلية

أ/ إثبات الجريمة الأصلية:

لما كانت الجريمة الأصلية التي تتحصل منها الأموال غير المشروعة هي أساس تجريم أفعال غسل الأموال ، فإنه يتعين على سلطات إنفاذ القانون أو جهة الإدعاء أن تقيم الإثبات على توافر هذا الأساس أي وجود الجريمة الأصلية.⁽²⁸⁾

ويلاحظ أن إثبات الجريمة يكون صعبا في حالة تحريك الدعوى العمومية بشأن الجريمة الأصلية أو حفظها لعدم توافر الأدلة أو تم صدور ألا وجه للمتابعة ، وقد ذهب الفقه والقضاء الألمانيين أن ذلك يعد عقبة واقعية تحول دون تطبيق نص تجريم غسل الأموال،⁽²⁹⁾ بينما يتوسع القضاء الأمريكي في إثبات الجريمة السابقة إذ يكفي بمجرد توافر علم المتهم بأن المال محصل عن نشاط إجرامي⁽³⁰⁾ .

أما القضاء الفرنسي فقد ذهب إلى أنه لا يشترط لتوافر الجريمة صدور حكم بالإدانة في الجريمة الأصلية وإنما يكفي بوجود دلائل على أن الأموال التي تم غسلها ناتجة عن جناية أو جنحة حتى ولو لم تتم تحريك الدعوى العمومية عن الجريمة الأصلية .⁽³¹⁾

وهذا ما ذهب إليه التشريع والقضاء الجزائري إذ وبصريح نص المادة 02 من قانون 01/05 المشار إليه آنفا أكدت أنه يكفي أن تكون الممتلكات عائدات إجرامية سواء تمت الإدانة لمرتكبها أم لم تتم ولكن شريطة علم الغاسل بمصدر تلك الممتلكات بأنها عائدات إجرامية وهذا ما جسده القضاء الجزائري في الكثير من قراراته.

ب/ أثر حكم البراءة على الجريمة الأصلية : يتحدد أثر ذلك بناء على أسباب هذه البراءة، فإذا كانت أسباب البراءة موضوعية مثل عدم وجود جريمة أو لعدم ثبوت ارتكاب الفعل المادي المكون لها، أو لعدم خضوعه لنص التجريم وصار الحكم باتا فهذه الأسباب تحول دون توافر جريمة غسيل الأموال المحصلة عن هذه الجريمة.⁽³²⁾

أما إذا صدر الحكم بالبراءة بناء على أسباب شخصية وكان مؤسسا على امتناع المسؤولية كالإكراه أو صغر السن أو تقادم الدعوى أو توافر مانع من موانع العقاب أو لعدم كفاية الأدلة، هذا لا يعني عدم وقوع تلك الجريمة فقد يكون الفاعل شخصا آخر وقام ثالث بغسل الأموال المحصلة منها.⁽³³⁾

2- مدى تأثير وحدة شخص الجاني في الجريمتين:

ليس هناك ما يحول دون اعتبار المساهم في الجريمة الأصلية مساهما في جريمة غسل الأموال المحصلة منها سواء كانت المساهمة أصلية أم تبعية، لأن جريمة غسيل الأموال جريمة مستقلة في ركنيها المادي والمعنوي عن الجريمة الأصلية ومن ثم يتم محاكمته عن كل جريمة على حده ، وذلك لأن المجرم لا يرتكب جريمة غسل الأموال إلا عندما يريد إخفاء حقيقة المال غير المشروع المحصل عليه من الجريمة الأصلية وهو سلوك إجرامي مستقل عن السلوك في الجريمة الأصلية.⁽³⁴⁾

3- عدم اشتراط وقوع الجريمتين في دولة واحدة :

يستوي لدى التشريعات أن تكون الجريمة الأصلية مصدر الأموال التي تم غسلها قد ارتكبت في إقليم الدولة التي تقع جريمة غسيل الأموال بها أم ارتكبت في دولة أخرى ، ذلك أن العبرة في تحديد القانون الواجب التطبيق وكذا الاختصاص القضائي بالمحاكمة عن الجريمة هي بالجريمة التي يحاكم الجاني بها ، وهي في هذه الحالة جريمة غسل الأموال وليست الجريمة الأصلية التي تحصل منها المال.⁽³⁵⁾

المبحث الثالث: ركن جريمة تبييض الأموال: يلزم لقيام جريمة غسيل الأموال ركنان أحدهما مادي والآخر معنوي:

المطلب الأول: الركن المادي لجريمة تبييض الأموال:

تعتبر جريمة غسيل الأموال من الجرائم الشكلية التي يندمج فيها السلوك مع النتيجة ولذلك ينصب فيها التجريم على السلوك الإجرامي المجرد، أما محل الجريمة فهو الأموال غير المشروعة المحصلة من الجريمة، وعلى هذا فإن الركن المادي يشمل عنصرين : السلوك المجرد بالإضافة إلى الأموال غير المشروعة.

1- السلوك الإجرامي:

هو الأفعال المادية التي تهدف إلى إضفاء مظهر مشروع على الأموال المحصلة من مصدر غير مشروع وله عدة صور كما وردت في التشريعات المقارنة، إذ اهتم قانون العقوبات الفرنسي لسنة 1996 بتجريم صورتين هما تمويه مصدر الأموال غير المشروعة، والمساعدة في عمليات إيداع أو إخفاء أو تحويل العائدات غير المشروعة،⁽³⁶⁾ كما أن التشريع الجزائري قد أورد 04 صور للسلوك المادي ونص على ذلك في المادة 02 من قانون 01/05 المشار إليه أعلاه وتتمثل هذه الصور في : 1- تحويل الممتلكات أو نقلها مع علم الفاعل بأنها عائدات إجرامية ، 2- إخفاء أو تمويه طبيعتها الحقيقية مع العلم بأنها عائدات إجرامية، 3- اكتسابها أو حيازتها أو استخدامها ، 4- المشاركة في تلك الصور من السلوك الإجرامي أو التواطؤ أو التآمر أو حتى المحاولة في ذلك أو المساعدة أو التحريض .

1- محل الجريمة:

فيتمثل في عائدات الجريمة الأصلية وقد عني التشريع بوضع تعريف محدد لمحل جريمة غسل الأموال، إذ استخدم المشرع الفرنسي تعبير أموال و مداخل كما استعمل العائد المباشر أو غير المباشر من جناية أو جنحة، ولا شك أن هذه التعبيرات تتسع لتشمل كل شيء له قيمة يمكن أن يكون محلا لغسل الأموال ومن ثم محلا للحكم بالمصادرة، أما المشرع الجزائري فعبر عن ذلك بمصطلح " الأموال " وقد عرفه في المادة 04 من قانون 01/05 المشار إليه سابقا بقوله : " الأموال : أي نوع من الأموال المادية أو غير المادية ، لاسيما المنقولة أو غير المنقولة التي يحصل عليها بأية وسيلة كانت، والوثائق أو الصكوك القانونية أيا كان شكلها، بما في ذلك الشكل الإلكتروني أو الرقمي، والتي تدل على ملكية تلك الأموال أو مصلحة فيها، بما في ذلك الإئتمانات المصرفية ، وشيكات السفر والشيكات المصرفية و الحوالات والأسهم والأوراق المالية والسندات والكمبيالات وخطابات الاعتماد " وقد توسع التشريع الجزائري في مفهوم المال محل الجريمة وهو مسلك حسن لأنه يلتقي مع علة التجريم ويحقق غاياته، فالأموال الناتجة من نشاط إجرامي هي الأصول أيا كان نوعها مادية، معنوية منقولة أو ثابتة .

المطلب الثاني : الركن المعنوي لجريمة غسل الأموال :

تعد جريمة غسل الأموال من الجرائم العمدية أي التي يلزم لقيامها القصد الجنائي العام الذي يتجسد في ضرورة العلم بالمصدر الجرمي للأموال غير المشروعة و إرادة السلوك المكون لركنها المادي ومن ثم فانه لا يتصور وقوع هذه الجريمة بطريق الخطأ غير العمدية أو الإهمال،⁽³⁷⁾ ففي التشريع الجزائري استوجب توفر القصد الجنائي العام لقيام جريمة الغسيل حيث ينص في النقطة "أ" من المادة 02 من قانون 01/05 المشار إليه سلفا على " تحويل الممتلكات أو نقلها مع علم الفاعل بأنها عائدات إجرامية" وفي النقطة "ب" على " إخفاء أو تمويه الطبيعة الحقيقية للممتلكات مع علم الفاعل أنها عائدات إجرامية" وفي النقطة "ج" فقد نص على " اكتساب الممتلكات أو حيازتها أو ... مع علم الشخص القائم بذلك أنها تشكل عائدات إجرامية" .

وتجدر الإشارة إلى أن تحديد الوقت الواجب توافر عنصر العلم فيه بمصدر الأموال غير المشروعة إنما يتوقف على صورة السلوك الإجرامي المكون للركن المادي لهذه الجريمة لتحديد طبيعتها القانونية، فإن كان السلوك الإجرامي هو تحويل أو نقل الأموال غير المشروعة تكون جريمة غسل أو تبييض الأموال جريمة وقتية والتي يشترط لاكتمال بنيانها القانوني تعاصر النشاط المادي مع العلم بمصدر الأموال غير المشروعة.

أما إذا كان السلوك الإجرامي عبارة عن إخفاء أو تمويه حقيقة الأموال أو اكتسابها أو حيازتها فتكون جريمة غسل الأموال من قبيل الجرائم المستمرة التي يتواصل فيها الاعتداء على المصلحة محل الحماية زمتا ممتدا بفعل الموقف الإرادي للجاني وكأثر لسلوكه الإجرامي، وهنا لا يشترط توافر العلم لحظة ارتكاب السلوك المادي المكون للجريمة، وإنما يكفي للقول بتوافر العلم بمصدر المال غير المشروع في أية لحظة تالية على ارتكاب السلوك المادي للجريمة⁽³⁸⁾، وهذا ما عبر المشرع الجزائري في المادة 02 من قانون 01/05 بقوله يعد تبييضاً للأموال : اكتساب الممتلكات أو حيازتها أو استخدامها مع علم الشخص القائم بذلك **وقت تلقيها** أنها عائدات إجرامية".

المبحث الرابع : العقوبات الجنائية لجريمة تبييض الأموال :

تميزت فيما إذا كان مرتكبها شخصا طبيعيا أو معنويا:

المطلب الأول :العقوبات المقررة للشخص الطبيعي :

تتمثل في العقوبات الأصلية و التكميلية :

أ/ العقوبات الأصلية : ففي القانون الفرنسي تتمثل العقوبات الأصلية في الحبس والغرامة،وقد تم التمييز في هذا الشأن بين جريمة غسل الأموال المحصلة من إحدى الجنایات أو الجرح - قرر لها عقوبة السجن لمدة خمس سنوات وغرامة قدرها مليوني ونصف المليون يورو- وجريمة غسل الأموال المحصلة من إحدى جرائم المخدرات، و اعتبر أن هذه الأخيرة هي الصورة المشددة مما أدى به إلى تشديد العقوبة،

أما بالنسبة للتشريع الجزائري فقد ورد تجريم غسل الأموال في القانون 15/04 المعدل والمتمم لقانون العقوبات وأخذ المشرع بعقوبة الحبس في المادتان 389 مكرر 1 و 389 مكرر 2 إذ تنص المادة 389 مكرر 1 : " يعاقب كل من قام بتبييض الأموال بالحبس من 05 سنوات إلى 10 سنوات وبغرامة من 1000.000 دج إلى 3000.000 دج"، وتنص المادة 389 مكرر 2 على أن : " يعاقب كل من يرتكب جريمة تبييض الأموال على سبيل الإعتياد أو بإستعمال التسهيلات التي يمنحها نشاط مهني أو في إطار جماعة إجرامية، بالحبس من 10 سنوات إلى 15 سنة وبغرامة من 4000.000 دج إلى 8000.000 دج "

ب/ العقوبات التكميلية:

إن قانون العقوبات الفرنسي الجديد ألغى العقوبات التبعية وأبقى على العقوبات التكميلية بالنسبة للشخص الطبيعي مضيفا إلى ذلك عقوبات تكميلية على الشخص المعنوي، فالعقوبات في ظل قانون العقوبات الفرنسي الجديد قسمت إلى عقوبات أصلية وتكميلية وبديلة.

وبالنسبة للقانون الجزائري فقد نصت المادة 389 مكرر 5 من قانون 15/04 المعدل والمتمم لقانون العقوبات : " يطبق على الشخص الطبيعي المحكوم عليه ارتكابه الجرائم المنصوص عليها في المادتين 389 مكرر 1 و 389 مكرر 2 عقوبة واحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة 09 من هذا القانون ."

وبالرجوع للمادة 09 منه تنص على أن : العقوبات التكميلية هي : الحجر القانوني، الحرمان من ممارسة الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية، تحديد الإقامة، المنع من الإقامة ، المصادرة الجزئية للأموال، المنع المؤقت من ممارسة المهنة، إغلاق المؤسسة، الإقصاء من الصفقات العمومية، الحظر من إصدار شيكات أو استعمال بطاقات الدفع، تعليق أو سحب رخصة سياقه، سحب جواز السفر ونشر أو تعليق حكم أو قرار الإدانة ."

المطلب الثاني : المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي والعقوبات المقررة له :

إذا كانت المسؤولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية قد أثارت جدلا واسعا لدى فقهاء القانون الجنائي فإن السائد هو الاعتراف بالمسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية عن الجرائم الاقتصادية وذلك استنادا إلى عدة اعتبارات أهمها انه يمكن توقيع عقوبات اقتصادية على الشخص الاعتباري مثل العقوبات المالية والغرامة، المصادرة ، الغلق ، كما أن فلسفة العقوبات هنا تقوم على الوقاية والاحتراف حتى لا تقع الجريمة أكثر منها عقوبة تقوم على فكرة التهذيب والتقويم كما في العقوبات التي توقع على الأشخاص الطبيعيين لذا سوف نتعرض إلى المسؤولية الجنائية للشخص الاعتباري أو المعنوي ثم إلى العقوبات الجنائية له :

أ/ المسؤولية الجنائية للشخص الاعتباري :

كان الاعتراف بالمسؤولية الجنائية للمصارف وغيرها من الأشخاص المعنوية في التشريعات المقارنة من أهم القواعد التي استحدثت في قانون العقوبات الفرنسي وقانون العقوبات الجزائري و الذي استند في تقريرهما لهذه المسؤولية إلى تحقيق الردع بنوعيه العام والخاص في مواجهة الأفراد الذين يقترفون بعض الجرائم المالية تحت ستار الشخص المعنوي ،مع ملاحظة أن قيام مسؤولية المصرف في جريمة غسل الأموال لا ينفي مسؤولية الأشخاص الطبيعيين من العاملين به أو غيرهم من المتواطئين معه والذين ثبت ارتكابهم الجريمة ذاتها سواء بوصفهم فاعلين أصليين أو شركاء فيها .

و الحقيقة أن مسؤولية الشخص المعنوي تتطلب توافر عدة شروط : 1- أن تكون الجريمة التي يسأل عنها الشخص المعنوي جنائيا إحدى جرائم غسل الأموال وبعض الجرائم الأخرى المرتبطة بها ،
2- أن تتم لحساب الشخص المعنوي و 3- أن يتم ارتكابها بواسطة أحد أعضاء أو ممثلي الشخص المعنوي.

ب/ العقوبات الجنائية للشخص المعنوي :

تضمن القانونين الفرنسي و الجزائري على حد سواء عدة عقوبات يمكن توقيها على الأشخاص المعنوية تتمثل في:

- 1- حل الشخص المعنوي وتصفيته، 2- الغرامة وقد قدر الحد الأقصى للغرامة التي يمكن إيقاعها بالشخص المعنوي بخمسة أمثال الحد للغرامة المطبقة على الشخص الطبيعي في الجريمة ذاتها.
- 3- الإغلاق و المنع من ممارسة النشاط ويكون ذلك بصفة نهائية أو لمدة خمس سنوات أو أكثر.
- 4- الوضع تحت الإشراف القضائي : بمعنى تعيين وكيل قضائي للإشراف على الأنشطة التي يزاولها الشخص المعنوي وذلك بصفة دائمة أو مؤقتة ولمدة خمس سنوات أو أكثر .
- 5- المنع من إصدار الشيكات أو استعمال أدوات الوفاء المتعارف عليها لمدة خمس سنوات فاكثر .
- 6- نشر الحكم : وهو ما يمثل تهديدا للشخص المعنوي ويمس بمكانته وثقة الجمهور فيه بما يؤثر سلبا على نشاطه في المستقبل.

المطلب الثالث : الإعفاء من العقاب في جريمة تبييض الأموال :

ونظرا لطبيعة جرائم غسل أو تبييض الأموال و التي تتسم بالسرية التامة و التعقيد و الاعتماد في ارتكابها على عناصر تتمتع بخبرات فنية عالية و الاستعانة بالتقنيات الحديثة ،وهو الأمر الذي يجعل تعقب مرتكبيها ومحاكمتهم و إدانتهم من قبل السلطات المختصة أمرا صعبا، فقد اتجهت تشريعات مكافحة غسل الأموال إلى إعفاء من يبادر من الجناة بإبلاغ السلطات المختصة بالاستدلال أو التحقيق في الجريمة بما في ذلك وحدة مكافحة غسل الأموال والأجهزة الشرطة و الرقابية والنيابة العامة عن الجريمة ومرتكبيها من العقاب وذلك بضوابط معينة وشروط محددة⁽³⁹⁾.

1- نطاق الإعفاء :

يقتصر نطاق الإعفاء بالنسبة للعقوبات على العقوبات الأصلية المقررة وهي السجن و الغرامة أما بالنسبة للعقوبات التكميلية و أهمها عقوبة المصادرة فلا يشملها الإعفاء ، حتى لا يتمكن أي من الجناة من الإبلاغ عن المتورطين معه في غسل الأموال و الإفلات في ذات الوقت من العقاب وبالأموال معا.⁽⁴⁰⁾

كذلك يقتصر نطاق الإعفاء بالنسبة للأشخاص على مرتكبي جريمة غسل الأموال أو الشروع فيها، ومن ثم لا يستفيد منه مرتكبو الجرائم الملحقة بجريمة غسل الأموال ، كالجرائم المتعلقة بعدم الإخطار كما انه لا وجه للإعفاء إذا كان مرتكب جريمة غسل الأموال شخصا واحدا وقام بإبلاغ السلطات المختصة بالجريمة سواء قبل العلم بها أو بعده لان النص يشترط تعدد الجناة ولان الإبلاغ هنا يعد اعترافا لا يشمل نص الإعفاء .

2- حالات الإعفاء: نميز ما إذا كان الإبلاغ قبل أو بعد علم السلطات بالجريمة:

1- التبليغ بالجريمة قبل علم السلطات بها: ويتعين أن يشمل التبليغ الأموال محل جريمة الغسل ، ومصدرها غير المشروع وطريقة غسلها بمعنى أن يكون الإبلاغ مفصلا ومتضمنا كافة عناصر الجريمة وظروفها و الأدلة عليها ، وان يكون صادقا مطابقا للحقيقة حتى يتمكن للمحكمة أن تقضي بإعفاء المبلغ

من العقوبات الأصلية كالسجن و الغرامة و يلاحظ أن تقدير مدى كفاية توافر شروط الإعفاء يخضع لمحكمة الموضوع تحت رقابة المحكمة العليا .

2- التبليغ بالجريمة بعد علم السلطات بها:

إن التشريع الجزائي لم يدرج ضمن الترتيبات الواردة في القانون 15/04 المعدل والمتمم لقانون العقوبات ما يشير إلى إستفادة أو عدم إستفادة الجاني في جرائم غسل الأموال من الإعفاء من العقوبة في حالة التبليغ عن الجريمة للسلطات المختصة قبل علم هذه الأخيرة بها أو المساهمة في توقيف الجناة بعد علم السلطات المختصة بها.

ولكن وبالرجوع لقانون 01/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته سيما المادة 49 منه إعتبر ان جريمة غسل الأموال احد صور جرائم الفساد إذ نص عليها في الباب الرابع المعنون بـ: " التجريم والعقوبات وأساليب التحري" ،وبين عدة أساليب من بينها كما سماها " تبييض العائدات الإجرامية" ونص عليها في المادة 42 منه - بقوله : " يستفيد من الأعذار 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 أو القضائية أو الجهات المعنية عن الجريمة وساعد على معرفة مرتكبيها.

عدا الحالة المنصوص عليها في الفقرة أعلاه تخفض العقوبة إلى النصف لكل شخص ارتكب أو شارك في إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون والذي بعد مباشرة إجراءات المتابعة ساعد في القبض على شخص أو أكثر من الأشخاص الضالعين في ارتكابها " .

يستفاد من نص المادة أن الجناة يستفيدون من الإعفاء من العقوبة إذا تم التبليغ قبل مباشرة إجراءات المتابعة و من تخفيضها إلى النصف إذا كان بعد مباشرتها.

يستفاد من نص المادة أن الجناة يستفيدون في جرائم غسل الأموال باعتبارها صورة من صور جرائم الفساد سواء من الإعفاء من العقوبة إذا تم التبليغ قبل مباشرة إجراءات المتابعة و من تخفيضها إلى النصف إذا كان بعد مباشرة إجراءات المتابعة.

وختاما نقول : رغم أن المشرع الجزائري على غرار المشرعين في العالم قد حدد الإطار القانوني لجريمة غسل الأموال باعتبارها جريمة العصر، إلا أن انعدام الخبرة بطرق كشف عمليات الغسيل لدى العاملين في القطاع المالي بشكل عام والقطاع المصرفي بشكل خاص شكل ولا زال يشكل عقبة كبرى في وجه مكافحة غسل الأموال، وأمام هذه العقبة يجب تدريب وتنمية قدرات الموظفين وجميع العاملين في القطاع المالي على طريقة التعرف على الصفقات المشكوك والإجراءات الخاصة والقانونية لمجابهتها وهذا عن طريق عقد دورات تدريبية على المستوى المحلي والدولي وإعداد برامج تكوين فعالة من طرف خبراء على مستوى من التخصص العلمي والمهني .

هوامش

- (1) حمدي عبد العظيم، غسل الأموال جريمة العصر البيضاء، مجلة وجهات نظر، الشركة المصرية للنشر العربي والدولي، القاهرة، العدد 16 السنة 02، 2000، ص 42.
- (2) لعشب علي، الإطار القانوني لمكافحة غسل الأموال، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 16.
- (3) هدى حامد قشقوش، جريمة غسل الأموال في نطاق التعاون الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 5.
- (4) محمد علي العريان، عمليات غسل الأموال واليات مكافحتها، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 87.
- (5) محمد سامي الشوا، السياسة الجنائية في مواجهة غسل الأموال، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 199.
- (6) امال عبد الحميد، الجرائم الاقتصادية المستحدثة واختلال قيمة الكسب المشروع، بحث مقدم لندوة الجرائم الاقتصادية المستحدثة، المركز القومي للبحوث الاجرائية والجزائية 1994، ص 37.
- (7) عادل علي المانع، البنين القانوني لجريمة غسل الأموال، دراسة تحليلية مقارنة في التشريع الكويتي والمصري والفرنسي، مقالة منشورة في مجلة الحقوق العدد 01 سنة 29، 2005 الكويت، ص 80.
- (8) محمد أمين الرومي، غسل الأموال في التشريع المصري والعربي، شركة الجلاء للطباعة، 2007، ص 14.
- (9) حمدي عبد العظيم، المرجع السابق، ص 10-31.
- (10) نادر عبد العزيز شافي، تبييض الأموال، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2001، ص 58-60.
- (11) محمود شريف بسيوني، غسل الأموال، الطبعة الأولى، دار الشروق، مصر، 2004، ص 13-15.
- (12) نادر عبد العزيز شافي، المرجع السابق، ص 117-118.
- (13) عزيزة الشريف، مجلة الحقوق السنة 23 العدد 3، سنة 1998، ص 302.
- (14) (33) Rapport annuel de GAFI, <http://:fatf-gafi.org>
- (15) نادر عبد العزيز شافي، المرجع السابق، ص 182.
- (16) حمدي عبد العظيم، المرجع السابق، ص 38.
- (17) حمدي عبد العظيم، المرجع السابق، ص 32.
- (18) هدى حامد قشقوش، المرجع السابق، ص 61.
- (19) جلال وفاء محمدين، دور البنوك في مكافحة غسل الاموال، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001، ص 27-28.
- (20) Wilfrid jeandidier, Droit pénal, des affaires, Dalloz, le lieu d'édition néant, 1997, p 63-73.
- (21) محمد توفيق سعودي، بطاقات الإئتمان، دار الأمين للنشر والتوزيع، مصر 2001 ص 11-13.
- (22) رياض فتح الله بصيلة، جرائم بطاقات الإئتمان، دار الشروق، مصر، 1990، ص 45.
- (23) جلال وفاء محمدين، المرجع السابق، ص 35.
- (24) محمد عبد اللطيف عبد العال، جريمة غسل الأموال ووسائل مكافحتها في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 16.
- (25) عزت محمد العمري، جريمة غسل الأموال- نظرة دولية لجوانبها الاجتماعية والنظامية والاقتصادية-، مكتبة العبيكات، ص 139.
- (26) عادل عبد العزيز السن، غسل الأموال من منظور قانوني واقتصادي وإداري المنظمة العربية للتنمية الإدارية، بحوث ودراسات، 2008، ص 81-82.
- (27) حسام الدين محمد أحمد، شرح قانون العقوبات المصري رقم 80 لسنة 2000، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، عام 2003، ص 85.
- (28) غنام محمد غنام، مكافحة ظاهرة غسل الأموال في عصر العولمة، بحث مقدم إلى مؤتمر الوقاية من الجريمة في عصر العولمة، كلية الشريعة والقانون، جامعات الإمارات العربية المتحدة مع التعاون مع أكاديمية نايف للعلوم الأمنية 6-8 ماي 2001، ص 30.
- (29) أشرف توفيق شمس الدين، دراسة نقدية لقانون مكافحة غسل الأموال الجديد، القاهرة، دار النهضة العربية، 2003، ص 32.
- (30) John Madinger & Sydney Zalopany :A guide for criminal investigators, Press LLG, Florida, 99, p 47.
- (31) غنام محمد غنام، المرجع السابق، ص 30.
- (32) عزت محمد العمري، المرجع السابق، ص 152.
- (33) غنام محمد غنام، المرجع السابق، ص 32.

(34) عادل عبد العزيز السن، المرجع السابق، ص 85-86.

(35) أشرف توفيق الدين ، تجريم غسل الأموال في التشريعات المقارنة، بحث مقدم إلى مؤتمر الوقاية من الجريمة في عصر العولمة ، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 6-8 ماي 2001، ص 53.

(36) عادل عبد العزيز السن ، المرجع السابق، ص 93.

(37) هدى حامد قشقوش، المرجع السابق، ص 28-29 .

(38) عبد الفتاح سليمان، مكافحة غسل الأموال، الطبعة الأولى ، القاهرة، 2004 ، ص 69-70 .

(39) عبد الفتاح سليمان ، المرجع السابق ، ص 104 .

(40) محمد عبد اللطيف عبد العال ، المرجع السابق ، ص 178.

UNIVERSITE ABDERRAHMANE MIRA - BEJAIA
FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES



Revue Académique
de la Recherche Juridique

Revue semestrielle spécialisée – N° 01/2011

ISSN : 21770 - 0087

Revue Académique de la Recherche Juridique

Revue Semestrielle éditée par la Faculté de Droit et des Sciences Politiques Université Abderrahmane Mira - Bejaia

Directeur de la Publication

BOUDRIOUA Abdelkrim, Doyen de la Faculté de Droit - Université
Abderrahmane Mira de Bajaia

Rédacteur en Chef

REDDAF Ahmed, Professeur à la Faculté de droit - Université Abderrahmane Mira de
Bajaia

Comité scientifique

- ZOUAIMIA Rachid, Professeur à la Faculté de Droit, UAM Bejaia
- REDDAF Ahmed, Professeur à la Faculté de Droit, UAM Bejaia
- BOUDRIOUA Abdelkrim, Maître de conférences, Faculté de Droit, UAM Bejaia
- TAYEB Essaid, Professeur à la Faculté de Droit, Université d'Alger
- KACHER Abdelkader, Professeur à la Faculté de Droit, Université Tizi-ouzou
- DJAFOUR Med Saïd, Professeur à la Faculté de Droit, Université Tizi-ouzou
- ZERGUINE Ramdane, Professeur à la Faculté de Droit, Université Batna
- KAHLOULA Mohamed, Professeur à la Faculté de Droit, Université Tlemcen
- BENHAMOU Abdallah, Professeur à la Faculté de Droit, Université Tlemcen
- MENTRI Messaoud, Professeur à la Faculté de Droit, Université Annaba.

Université Abderrahmane Mira-Bejaia

FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES

Campus Aboudaou

Tel/Fax : 034229357 – Email : facdroit_bej@yahoo.fr

Protocole de rédaction

Les articles adressés à la rédaction sont soumis à l'appréciation du comité scientifique de la Revue. Les contributions, rédigées soit en arabe, soit en français, doivent respecter les normes suivantes :

Indications relatives à l'auteur

Nom et Prénom de l'auteur suivis du titre universitaire ou professionnel qu'il souhaite utiliser.

Notes de bas de pages

Les notes seront numérotées d'une manière continue du début à la fin de l'article.

Références

Les auteurs indiqueront :

- Ouvrages : Auteur, Titre, Editeur, Lieu d'édition, Année d'édition, pages.
- Articles : Auteur, Titre, Revue, Volume, Numéro, Année, Pages.
- Communication : Auteur, Titre, Nature de la rencontre scientifique, Lieu, Période, Pages.

Présentation

Les articles soumis à la Revue ne doivent pas dépasser une trentaine de pages. Il est recommandé aux auteurs d'utiliser la police Time New Roman taille 12 pour développements et taille 10 pour les notes.

Les articles doivent être remis ou transmis en 1 exemplaire format papier accompagné d'un CD.

Les opinions émises dans les articles publiés par la Revue n'engagent que leurs auteurs.
--

Sommaire

- **LES CREATIONS INDUSTRIELLES ORNEMENTALES AUX FONCTIONS UTILITAIRES QUEL REGIME DE PROTECTION ?**

HAMADI Zoubir.....06

Les créations industrielles ornementales aux fonctions utilitaires :

Quel régime de protection ?

Par : Hamadi zoubir

Enseignant à l'université de Bejaïa

Introduction

Parmi toutes les créations intéressant l'industrie, les unes ont un caractère purement utilitaire ou technique, tel est le cas des inventions ⁽¹⁾ ; les autres se présentent comme des créations de forme, elles concernent la mode ou le goût : tel est le cas des dessins et modèles ⁽²⁾. Alors que les premières permettent dans la pratique la solution d'un problème particulier dans le domaine de la technique ⁽³⁾, les secondes impriment une forme ou un aspect nouveau à des objets déjà connus et n'ont pas une valeur utilitaire ⁽⁴⁾. Les dessins servent à donner une apparence spéciale à un objet industriel ou artisanal quelconque, et les modèles servent de type pour la fabrication d'autres unités qui se distinguent des modèles similaires par leur configurations ⁽⁵⁾.

En droit algérien, les créations industrielles utilitaires et ornementales sont protégées par un droit exclusif d'exploitation. Le droit de brevet d'invention couvre les créations utilitaires, le droit des dessins et modèles couvre les créations ornementales. Ce sont donc deux régimes de protection différents.

Seulement, il arrive parfois que le même objet comporte à la fois une création utilitaire et une forme esthétique, autrement dit, un même objet peut à la fois être considéré comme un dessin et modèle et comme une invention brevetable. Face à cette hypothèse, faut-il privilégier l'aspect ornemental et permettre la protection au titre des dessins et modèles, ou mettre l'accent sur l'aspect utilitaire et autoriser la protection par brevet, ou faut-il encore prendre les deux aspects (ornemental et utilitaire) et autoriser ainsi le cumul de protection ? Il serait donc intéressant dans un premier temps de déterminer la position du droit algérien face à cette hypothèse (I) et, dans un deuxième temps il serait utile d'évaluer cette position (II).

I)- La position du droit algérien :

Pour mettre fin au conflit de régimes de protection résultant de la forme de l'objet destinée à un usage utilitaire, le législateur algérien reprend exactement la solution proposée par le législateur français, il s'agit du principe du non cumul du droit de brevet et du droit de dessin et modèle consacré par l'ancien article L. 511-3 du code de la propriété industrielle ⁽⁶⁾. Ainsi l'ordonnance n°66-86 relative aux dessins et modèles introduit le principe du non cumul dans le droit algérien, le 1^{er} article dans son dernier paragraphe dispose que : « *Si un objet peut être considéré à la fois comme un dessin ou modèle et comme une invention brevetable, et que les éléments constitutifs de la nouveauté sont inséparables de ceux de l'invention, ledit objet sera protégé conformément à l'ordonnance n° 66-54 du 3 mars 1966 relative aux certificats d'inventeur et aux brevets d'inventions* ».

Cet article invite à distinguer deux situations :

*- Maitre assistant classe (A), Chef de département de droit L.M.D, membre de l'équipe de recherche sur : Le droit de la concurrence en Algérie : Quelle effectivité des normes juridiques ?, Faculté de droit, université de Bejaïa.

¹ - Les inventions sont régies par l'ordonnance n° 03-07 du 19 juillet 2003, relative aux brevets d'invention, JO n° 44.

² - SCHMIDT-SZALEWSKI (J) et PIERRE (J-L), Droit de la propriété industrielle, LITEC, Paris, 1996, p 20.

³ - Voir ce sens dans l'article 2 de l'ordonnance n° 03-07 relative aux brevets d'invention,.

⁴ - SCHMIDT-SZALEWSKI (J) et PIERRE (J-L), Droit de la propriété industrielle, op.cit, p 20.

⁵ - Voir l'article 1 de l'ordonnance N° 66-86 du 28 Avril 1966, relative aux dessins et modèles, JO n° 35.

⁶ - Le nouvel article L.511-3 du code de la propriété industrielle français ne contient plus le principe du non cumul. Ce changement est issu de l'ordonnance n° 2001-670 du 25 juillet 2001 qui a transposé la directive (CE) n° 98-71 du 13 octobre 1998 relative à la protection juridique des dessins et modèles.

- la forme est dissociable de la fonction utilitaire (A).
- la forme indissociable de la fonction utilitaire (B).

A)- La forme est dissociable de la fonction utilitaire

Lorsque les caractéristiques esthétiques ou ornementales de l'objet sont dissociables des caractéristiques ou de l'effet technique ou fonctionnel de cet objet, les deux régimes de protection coexistent et s'appliquent de manière distributive ⁽⁷⁾. C'est-à-dire le même objet peut être à la fois protégé par un brevet pour son caractère technique et par le dessin ou modèle pour son caractère ornemental.

Ainsi, lorsqu'un même objet comporte à la fois une invention utilitaire et une forme esthétique qui est dissociable, la première est protégeable par brevet, la seconde par un dessin et modèle. On peut citer, à titre d'exemple, une ceinture, dont le système de fermeture a été breveté et l'ornementation protégée par un dessin ⁽⁸⁾.

B)- La forme est indissociable de la fonction utilitaire

Si la forme de l'objet est indissociable de l'effet technique, seule la protection par brevet est possible. Ainsi il n'est pas permis de cumuler la protection résultant du droit des brevets d'invention et celle résultant du droit relatif aux dessins et modèles.

Le législateur algérien, à l'instar du législateur français, pose une règle très importante : le droit des dessins et modèles cesse de s'appliquer, au profit du droit des brevets, dès lors que l'aspect d'un objet ou sa forme a pour effet de lui donner un résultat technique.

Cette prédominance des brevets s'explique, pour certains auteurs ⁽⁹⁾ par leur importance au regard des progrès techniques et, pour d'autres ⁽¹⁰⁾, par la volonté du législateur d'éviter que des inventions utilitaires ne soient déguisées en dessins et modèles, bénéficiant ainsi d'une protection plus aisée et moins coûteuse que celle des brevets ⁽¹¹⁾.

En droit algérien, on imagine mal comment le législateur cherche à éviter que les créateurs déguisent leurs inventions utilitaires en dessins et modèles, mais on peut plutôt imaginer l'inverse ; c'est-à-dire que ce sont les dessins et modèles qui seront déguisés en invention, bénéficiant ainsi d'une protection par le brevet.

Cet effet inverse s'explique : d'une part par l'importance et la consistance des sanctions pénales relatives aux atteintes aux droits des brevets par rapport à celles sanctionnant les atteintes aux droits des dessins et modèles. À titre d'exemple : la contrefaçon d'une invention brevetée est punie d'un emprisonnement de six (6) mois à deux (2) ans et d'une amende de deux millions cinq cent mille (2.500.000) à dix millions (10.000.000) DA ⁽¹²⁾, par contre la contrefaçon d'un dessin ou modèle enregistré est punie uniquement d'une amende de cinq cent (500) à quinze milles (15.000) DA ⁽¹³⁾.

La seconde s'explique du fait que l'institut national algérien de la propriété industrielle (INAPI) ⁽¹⁴⁾ n'est pas tenu par l'obligation d'examiner préalablement les créations lors de la délivrance des brevets d'invention ⁽¹⁵⁾.

⁷ - GALLOUX (J-C), Droit de la propriété industrielle, 2^e édition, Dalloz, Paris, 2003, p 320.

⁸ - SCHMIDT-SZALEWSKI (J), Droit de la propriété industrielle, 2^e édition, mémentos Dalloz, Paris, 1991, p 86.

⁹ - VIVANT Michel, Le droit des brevets, 2^e édition, Dalloz, Paris, 2005, p 1et2. Voir aussi GAUMONT- PRAT Hélène, Droit de la propriété industrielle, Litec, Paris, 2005, p5.

¹⁰ - SCHMIDT-SZALEWSKI (J) et PIERRE (J-L), op cit, p 140. Voir aussi GALLOUX (J-C), op cit, p321

¹¹ - En droit algérien, il est préférable pour le créateur de protéger sa création par le droit des brevets que par le droit des dessins et modèles.

¹² - Voir l'article 61 de l'ordonnance n° 03-07 relative aux brevets d'invention, op cit.

¹³ - Voir l'article 23 de l'ordonnance n° 66-86 relative aux dessins et modèles, op cit.

¹⁴ - L'INAPI est créé par le décret exécutif n° 98-68 du 21 février 1998, JO n° 11.

¹⁵ - Voir l'article 31 de l'ordonnance n° 03-07 relative aux brevets d'invention, op cit.

II)-Evaluation de la position du droit algérien :

Il est vrai que l'article 1^{er} de l'ordonnance n°66-86 relative aux dessins et modèles dans son dernier paragraphe règle le conflit entre les brevets et les dessins et modèles, en considérant la fonction utilitaire de l'objet. Ainsi lorsque la forme de cet objet est inséparable de la fonction utilitaire, celui-ci ne peut être protégé qu'en tant qu'invention utilitaire, au moyen d'un brevet d'invention.

Si l'exclusion des dessins et modèles en faveur des brevets se conçoit bien et s'énonce aisément, sa mise en œuvre pratique soulève des difficultés de trois ordres :

-La première est liée au renvoi à un texte abrogé (A),

-La deuxième est liée au sens qui devrait être donné à l'expression « invention brevetable », utilisée par l'ordonnance 66-86 relative aux dessins et modèles, c'est-à-dire : devons-nous donner un sens strict ou un sens large à « l'invention brevetable »? (B),

-La troisième est liée à l'appréciation du caractère inséparable de la forme par rapport au résultat utilitaire qu'elle procure. Autrement dit : sur quels critères juge-t-on du caractère dissociable ou indissociable des caractères ornementaux et techniques ? (C).

A)-Le renvoi à un texte abrogé

Le premier problème se pose sur le renvoi à un texte abrogé, le dernier paragraphe du 1^{er} article de l'ordonnance n°66-86 relative aux dessins et modèles dispose : « Si un objet peut être considéré à la fois comme un dessin ou modèle et comme une invention brevetable, et que les éléments constitutifs de la nouveauté sont inséparables de ceux de l'invention, le dit objet sera protégé conformément à l'ordonnance n° 66-54 du 3 mars 1966 relative aux certificats d'inventeur et aux brevets d'inventions »⁽¹⁶⁾. Or, cette ordonnance a été abrogée par le décret législatif n° 93-17 du 7 décembre 1993 relatif à la protection des inventions⁽¹⁷⁾ à son tour abrogé par l'ordonnance n° 03-07 du 19 juillet 2003 relative aux brevets d'invention⁽¹⁸⁾.

Ainsi, on constate aisément l'ineffectivité de la règle précédente. Or cette anomalie pouvait bien être évitée si le législateur lors de la rédaction du texte avait renvoyé directement au régime applicable aux inventions brevetables sans se donner la peine de citer le texte.

B)-Quel sens devrait être donné aux « inventions brevetables » ?

Le deuxième problème se pose à propos de l'interprétation du sens donné à l'expression « invention brevetable », utilisée par le dernier paragraphe du 1^{er} article de l'ordonnance n°66-88 relative aux dessins et modèles. Faut-il donner à cette expression un sens strict, et exiger ainsi la réunion des conditions de brevetabilité, c'est-à-dire que soient remplies les conditions de nouveauté et de l'activité inventive exigées par le droit des brevets ?⁽¹⁹⁾. Ou faut-il lui donner un sens large et ne pas exiger ainsi strictement la réunion des conditions de brevetabilité ?

Pour répondre à cette question, il convient de faire appel à la jurisprudence française.

Au départ, la jurisprudence française exigeait, face à cette situation, la réunion des conditions de brevetabilité⁽²⁰⁾. Mais par la suite, elle finit par adopter l'interprétation large. C'est-à-dire : il suffit que la forme soit liée à un effet technique, sans exiger son caractère brevetable,⁽²¹⁾ et sans exiger la preuve de la réunion des conditions de la brevetabilité⁽²²⁾, dès

¹⁶ - Ordonnance n° 66-54 du 3 mars 1966 relative aux certificats d'inventeur et aux brevets d'inventions, JO n° 19.

¹⁷ - Décret législatif n° 93-17 du 7 décembre 1993 relatif à protection des inventions, JO n° 81.

¹⁸ - Voir l'article 64 de l'ordonnance n° 03-07 du 19 juillet 2003 relative aux brevets d'invention, JO n° 44

¹⁹ - Voir sur les conditions de brevetabilité : les articles de 3 à 8 de l'ordonnance n° 03-07 relative aux brevets d'invention, op cit.

²⁰ - Cour de cassation, chambre commerciale, arrêt du 22 février 1966 :Bull.Civ .III, n° 110. Cité par SCHMIDT SZALEWSKI (J) et PIERRE (J-L), op cit, p 146.

²¹ - Cour de cassation, chambre commerciale, arrêt du 7 décembre 1993 :Bull. Civ .IV, n° 451, p 328. Cité par GALLOUX (J-C), op cit, p 322.

²² - Cour de cassation, chambre commerciale, arrêt du 21 octobre 1980 cité par CHAVANNE (A) et BURST (J-J), Droit de la propriété industrielle, 5^e édition, Dalloz, Paris,1998 ,p409.

lors que la forme vise à obtenir un avantage pratique. A cet effet, elle est considérée non-exclusivement esthétique et ne peut être traitée ainsi comme un modèle mais comme une invention ⁽²³⁾. Quelques exemples relevés dans l'abondante jurisprudence française permettent d'illustrer cette tendance. Ont été considérés comme une invention brevetable : un modèle de spot électrique dont les éléments originaux ne répondent qu'au résultat industriel poursuivi ; meilleure sécurité et diffusion de la lumière ⁽²⁴⁾. Un modèle de rayonnage de bibliothèque qui permet la pose instantanée sans outillage ⁽²⁵⁾ ; un modèle de bouchon pour une boisson gazeuse, dont la forme assure une bonne étanchéité ⁽²⁶⁾. Un modèle de baignoire d'hydrothérapie, dont les formes permettent le massage sous l'eau ⁽²⁷⁾.

Cette solution est généralement approuvée par la doctrine française ⁽²⁸⁾, mais certains auteurs ⁽²⁹⁾ soulignent qu'elle conduit à admettre que certaines créations à caractère utilitaire risquent de rester sans protection. En effet, cette dernière n'est garantie que lorsque le brevet a été déposé en même temps que le modèle, elle ne pourra l'être plus tard, lors de l'annulation du modèle, car l'invention aura généralement été alors divulguée ⁽³⁰⁾.

C) -Comment séparer entre les caractères ornementaux et techniques ?

Le troisième problème porte sur l'appréciation du caractère inséparable de la forme par rapport au résultat utilitaire qu'elle procure. C'est en pareil cas seulement que la loi interdit le cumul de protection par le brevet et par le dessin et modèle. Lorsque, en revanche, un même objet comporte à la fois une invention utilitaire et une forme esthétique qui en est dissociable, c'est-à-dire qu'on peut obtenir l'une sans l'autre, la première est protégeable par brevet, la seconde par le droit des dessins et modèles.

Dans un premier temps, la jurisprudence française a traité ce problème en appliquant le critère de la multiplicité des formes ⁽³¹⁾. Selon cette dernière, le résultat technique est indépendant ou séparable de la forme, lorsqu'il peut être obtenu en adoptant plusieurs formes différentes. En revanche, lorsque le résultat ne peut être obtenu qu'en recourant à une seule et unique forme, celle-ci en est inséparable. La cour de cassation a retenu ce critère dans de nombreuses et importantes décisions. Elle a, par exemple, admis la validité du modèle déposé de boîte d'ensemencement qui était par ailleurs breveté, car la forme de la boîte aurait pu être différente et était, dès lors, séparable de sa fonction ⁽³²⁾.

Cette solution a été l'objet d'une critique de la doctrine française en raison de son caractère trop absolu ⁽³³⁾. Dans la pratique, un résultat utilitaire n'est pas nécessairement lié à une forme unique. Ce qui explique qu'aujourd'hui, ce critère soit toutefois de plus en plus

²³ - Selon l'article 7 de l'ordonnance 03-07 relative aux brevets d'inventions, ne sont pas considérées comme inventions, les créations de caractère exclusivement ornemental.

²⁴ - Paris le 23 octobre 1986. Ann. prop.ind, 1987, p 234. cité par SCHMIDT SZALEWSKI (J) et PIERRE (J-L), op cit, p 147.

²⁵ - Paris le 30 juin 1986. Ann. prop.ind, 1987, p 230. Cité par CHAVANNE (A) et BURST (J-J), op cit, p409.

²⁶ - Cour de cassation, chambre commerciale, arrêt du 1^{er} décembre 1987 :RECUEIL Dalloz. Sommaires commentés .in SCHMIDT SZALEWSKI (J) et PIERRE (J-L), op cit, p 147.

²⁷ - TGI Strasbourg, le 26 juin 1990, PIBD, III, p595.

²⁸ - CHAVANNE (A) et BURST (J-J), op cit, p409.

²⁹ - Voir : SCHMIDT SZALEWSKI (J) et PIERRE (J-L), op cit, p 147 et voir aussi : GALLOUX (J-C), op cit, p 323.

³⁰ - Selon l'article 4 de l'ordonnance n°03-07 relative aux brevets d'inventions, l'invention perd son caractère nouveau dès qu'elle est comprise dans l'état de la technique, celui-ci étant constitué par tout ce qui a été rendu accessible au public par une description écrite ou orale, un usage ou tout autre moyen, en tout lieu du monde, avant le jour du dépôt de la demande de protection.

³¹ - COHEN Denis, Le droit des dessins et modèles, 2^e édition, ECONOMICA, Paris, 2004, p22.

³² - Cour de cassation, chambre commerciale, arrêt du 4 juillet 1978 :Ann.prop.ind, 1979, p 353. Cité par SCHMIDT SZALEWSKI (J) et PIERRE (J-L), op cit, p 148.

³³ - Voir : ROBIER Paul, Le droit de la propriété industrielle, Tome II, Sirey, Paris, 1952 p14 et, voir aussi :GREFFE (P) et GREFFE (F), Traité des dessins et modèles, 5^e édition, Litec, Paris, p81.

délaissé par la jurisprudence, au motif qu'une telle démonstration ne suffit pas, en soi, à établir le caractère exclusivement fonctionnel-ou pas- du produit. C'est d'ailleurs en ce sens que s'est prononcée la CJCE (cour de justice des communautés européennes) dans un arrêt du 18 juin 2002⁽³⁴⁾ où elle estime que : « *la démonstration de l'existence d'autres formes permettant d'obtenir le même résultat technique n'est pas de nature à exclure le motif de refus ou de nullité d'enregistrement contenu à l'article 3.1 e de la directive* ⁽³⁵⁾ ».

Conclusion :

L'évaluation de la position du droit algérien face aux objets comportant à la fois une invention utilitaire et une forme esthétique tout au long de cette étude nous amène à conclure que le droit algérien est caractérisé par la malformation et l'ineffectivité de ses normes juridiques.

Ces caractéristiques s'expliquent, d'une part par le manque de cohésion entre les différents textes qui ont un rapport entre eux et, d'autre part, par la reproduction à l'aveuglette des normes juridiques occidentales, singulièrement celles du droit français et, cela sans prendre en considération la réalité de la sphère socio-économique algérienne.

Au terme de cet article, on peut signaler également qu'en 2003 une nouvelle législation, en matière de propriété industrielle a été mise en œuvre dans le but de renforcer la protection et de remplacer ainsi les anciens textes qu'on a jugés dépassés par les nouvelles exigences de la politique économique nationale et internationale.

Cette nouvelle législation en effet, n'a touché que les brevets d'invention, les marques⁽³⁶⁾ et les schémas de configuration des circuits intégrés⁽³⁷⁾. Cependant les dessins et modèles demeurent toujours marginalisés du fait que leur texte n'a pas été actualisé à ce jour.

³⁴ - CJCE, 18 juin 2002, affaire Koninklijke Philips Electronics / Remington Consumer Product-299/99, Revue propriété intellectuelle, Octobre 2002, n°71. Cité par COHEN Denis, op cit, p 23 et cité aussi par GALLOUX (J-C), op cit, p 324.

³⁵ - Directive (CE) n°89-104 du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des Etats membres sur les marques. Cette directive est transposée dans le droit français, voir : le code de la propriété intellectuelle, 4^e édition, 2004, Dalloz.

³⁶ - L'ordonnance n° 03-06 du 19 juillet 2003, relative aux marques, JO n° 44.

³⁷ - L'ordonnance 03-08 relative à la protection schémas de configuration des circuits intégrés, JO n° 44.