

العدد
09

القانون



ديسمبر

2017

مجلة علمية نصف سنوية محكمة تعنى بالبحوث والدراسات القانونية

تصدر عن معهد العلوم القانونية والإدارية بالمركز الجامعي / أحمد زبانة - غليزان



www.cu-relizane.dz
Centre Universitaire de Relizane

Centre Universitaire Ahmed Zabana de Relizane

المركز الجامعي لغيلزان
أحمد زبانة

في هذا العدد:

- ❖ مدى تصاعد الجريمة الاقتصادية في ظل سياسات العوامة
- ❖ الحماية الجنائية للعلامة التجارية كوجه من أوجه الحماية القانونية في القانون الجزائري
- ❖ تلقي الموظف العام الهدايا بين الإباحة والتجريم دراسة في الفقه الإسلامي وقانون مكافحة الفساد الجزائري
- ❖ حماية برامج الحاسوب وقواعد البيانات في القانون الجزائري والقانون المقارن
- ❖ عن دور الحركة الجمعوية في تكريس المقاربة التشاركية في الجزائر: بين عوائق الممارسة ورهانات التفعيل
- ❖ صورية عقد الزواج
- ❖ الإشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط
- ❖ المسؤولية العقدية للمؤسسات الاستشفائية الخاصة في مجال العدوى الاستشفائية - دراسة مقارنة -
- ❖ مفهوم التناصف بين الرجل والمرأة في سوق الشغل والمناصب العامة
- ❖ أهمية المنظمة الدولية للشرطة الجنائية في مكافحة الجريمة
- ❖ الطبيعة القضائية لمقرر الحفظ
- ❖ دور مبدأ شخصية الجزاءات الدولية في حماية حقوق الإنسان
- ❖ رهن الطائرة: تأمين عيني لدعم الائتمان في نطاق تمويل مشاريع النقل الجوي
- ❖ التوازن في عقد التأمين

القانون

مجلة علمية نصف سنوية محكمة تعنى بالبحوث والدراسات القانونية
تصدر عن معهد العلوم القانونية والإدارية بالمركز الجامعي أحمد زبانة - غليزان -

العدد : التاسع

ديسمبر 2017

المدير الشرفي للمجلة :

الدكتور بوعادي عابد

مدير المركز الجامعي بغليزان

مدير المجلة :

الدكتور بن لخضر محمد

مدير معهد العلوم القانونية والإدارية

رئيس التحرير :

الدكتور عليان عدة

المحررين المساعدين :

د. بن جديد فتحي

د. عيساوي عبد النور

د. بوجانة محمد

د. شايب بوزيان

أ. شيباني نظيرة

د. براج يمينة

شروط النشر:

يسر مجلة القانون لمعهد العلوم القانونية والإدارية بالمركز الجامعي أحمد زبانه بغليزان أن تستقبل بحوث السادة الأساتذة من مختلف الجامعات في مجال العلوم القانونية والإدارية باللغة العربية أو الفرنسية أو الإنجليزية وفق الشروط الآتية:

1. أن يتسم البحث بالجدية ويلتزم الباحث بالمنهج العلمي.
2. أن لا يكون البحث قد قدم للنشر أو تم نشره في مجلة أخرى.
3. أن تكتب البحوث المقدمة للمجلة بخط (Arabic Typesetting) مقاس 18 بالنسبة للتمت ومقاس 13 بالنسبة للهوامش. و أما البحوث المقدمة بإحدى اللغتين الفرنسية أو الإنجليزية فتكتب بخط (Times New Roman) مقاس 14 بالنسبة للتمت ومقاس 11 بالنسبة للهوامش. مع إلزامية وضع أرقام الهامش بطريقة آلية وفي نهاية كل صفحة.
4. ضرورة إرفاق ملخص باللغة العربية ولغة أخرى لا يتجاوز الصفحة الواحدة.
5. ضرورة إرفاق سيرة ذاتية مختصرة للباحث.
6. تخضع كل المقالات للتحكيم، ولا ترد البحوث التي لم يتم نشرها.
7. لا يجوز إعادة نشر المقالات التي يتم نشرها في المجلة إلا بموافقة مسبقة من رئيس التحرير.
8. يخضع ترتيب المقالات المنشورة في المجلة لاعتبارات فنية.
9. ترسل المقالات حصريا عبر البوابة الجزائرية للمجلات العلمية على الرابط الإلكتروني:

www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/325

هام: الأبحاث المنشورة لا تعبر بالضرورة عن رأي المجلة، وهي غير مسؤولة عن أي إخلال من طرف الباحثين بقواعد الأمانة العلمية.

الهيئة العلمية للمجلة:

من خارج الوطن

أ.د. فيليب ديلبيك	جامعة باريس 01- فرنسا-	أ.د. عبد الرزاق مختار	جامعة سوسة- تونس-
أ.د. مصطفى مكي	جامعة باريس 13- فرنسا-	د. كريم كريمة	جامعة الشارقة- الإمارات-
د. ماليك بومدين	جامعة تولوز -فرنسا-	د. فوزي غروس	جامعة وجدة- المغرب-
أ.د. أحمد إبراهيم عبد التواب	جامعة القاهرة- مصر-	د.عجيل عبد الكريم كاظم	جامعة سومر- العراق-
أ.د. علي غسان أحمد العبادي	جامعة النهرين - العراق-	د.أسامة عطية عبد العال	جامعة القصيم- السعودية-
أ.د. صدام الفيصل المحمدي	جامعة الفلوجة- العراق-	د. أيمن محمد زين عثمان	جامعة الشارقة- الامارات-
أ.د. علاء محمد مطر	جامعة الإسرائ- فلسطين-		

من جامعات الوطن

أ.د. تشوار جيلالي	جامعة تلمسان	أ.د. قادة بن بن علي	جامعة سيدي بلعباس
أ.د. بموسات عبد الوهاب	جامعة سيدي بلعباس	أ.د. قاسم العيد عبد القادر	جامعة سيدي بلعباس
أ.د. بن صغير عبد العظيم	جامعة بومرداس	أ.د. معوان مصطفى	جامعة سيدي بلعباس
أ.د. باسم محمد شهاب	جامعة مستغانم	أ.د. بودالي محمد	جامعة سيدي بلعباس
أ.د. بوحنية قوي	جامعة ورقلة	أ.د. رباحي أحمد	جامعة شلف
أ.د. سرير عبد الله راجح	جامعة الجزائر 03	أ.د. لريد محمد أحمد	جامعة سعيدة
أ.د. عزاوي عبد الرحمن	جامعة تلمسان	أ.د. مقتي بن عمار	جامعة تيارت
أ.د. عليان بوزيان	جامعة تيارت	د. حبشي لزرقي	جامعة تيارت
أ.د. بوساحة الشيخ	جامعة تيارت	د. بوعبد الله بن عطية	جامعة تيارت
د. بلغول عباس	جامعة وهران 02	د. محمودي فاطمة الزهراء	جامعة معسكر
د. زعنون فتيحة	جامعة وهران 02	د. سبتي هديل	جامعة الجزائر
د. سعداوي محمد	جامعة بشار	د. علاق عبد القادر	المركز الجامعي تيسمسيلت
د. العرباوي نبيل صالح	جامعة بشار	د. بوراس محمد	المركز الجامعي تيسمسيلت
د.بن جيلالي فاة	جامعة خميس مليانة	د. طيب جميلة	جامعة خميس مليانة
د. رواب جمال	جامعة خميس مليانة	د.باخويا دريس	جامعة أدرار
د.طبيبي سعاد	جامعة خميس مليانة	د.حاج سودي محمد	جامعة أدرار
د. زروق يوسف	جامعة الجلفة	د. مرزوق محمد	جامعة سعيدة

من المركز الجامعي غليزان

المركز الجامعي غليزان	د. زقاي بغشام	المركز الجامعي غليزان	د. سعادي محمد
المركز الجامعي غليزان	د. منتور قويدر	المركز الجامعي غليزان	د. مهدي بخدة
المركز الجامعي غليزان	د. عيساوي عبد النور	المركز الجامعي غليزان	د. هواري ليلي
المركز الجامعي غليزان	د. خلفاوي خليفة	المركز الجامعي غليزان	د. الموسوس عتو
المركز الجامعي غليزان	د. عليان عدة	المركز الجامعي غليزان	د. بن جديد فتحي
المركز الجامعي غليزان	د.براح يمينة	المركز الجامعي غليزان	د. دوبي بونوة جمال
المركز الجامعي غليزان	د. آزر محمد رضا	المركز الجامعي غليزان	د. يقرو خالدية
المركز الجامعي غليزان	د.شايب بوزيان	المركز الجامعي غليزان	د. مرنيذ فاطمة
المركز الجامعي غليزان	د.بوجانة محمد	المركز الجامعي غليزان	د.مقدم محمد

إفتاحية العدد :

بعد إدراج مجلة القانون ضمن البوابة الجزائرية للمجلات العلمية، هاهي بحمد الله وكرمه تصدر أول عدد ضمن هذه البوابة وهو العدد التاسع ضمن المجلد السادس، وهذا بفضل الجهود الجبارة لهيئة التحكيم الدولية والوطنية، وكذا جهود هيئة التحرير التي تأمل دائماً في رفع مستوى جودة وتصنيف هذه المجلة وطنياً ودولياً.

وقد اختارت لهذا العدد مجموعة من البحوث العلمية المحكمة، في شتى فروع القانون، ففي القانون الجنائي تم تسليط الضوء على الجريمة الاقتصادية وتصاعدها في ظل سياسة العولمة، وكذا الحماية الجنائية للعلامة التجارية، و مدى تجريم تلقي الموظف للهدايا، إضافة إلى حماية برامج الحاسوب وقواعد البيانات، والطبيعة القضائية لمقرر الحفظ.

وعلى صعيد القانون الدولي تم الوقوف على دور مبدأ شخصية الجزاءات الدولية في حماية حقوق الإنسان، وأهمية المنظمة الدولية للشرطة الجنائية في مكافحة الجريمة.

كما تضمن العدد بحوث في قانون الأسرة، عالجت الإشكالات القانونية التي تعترض الحضنة بعد الطلاق في الزواج المختلط، وكذا صورية عقد الزواج.

وفي قانون العقود والمسؤولية تم بحث المسؤولية العقدية للمؤسسات الاستشفائية الخاصة في مجال العدوى، وكذا مشكلة التوازن في عقد التأمين، و رهن الطائفة باعتباره تأمين عيني في نطاق تمويل مشاريع النقل الجوي.

وفي مجال الحماية الاجتماعية وقانون العمل تم بحث التأطير القانوني للجنة المشاركة في تسيير المؤسسة في التشريع الجزائري، وكذا رعاية المسن بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري.

وقد كان للقانون الدستوري والإداري حضوره، من خلال بحث مفهوم التنافس بين الرجل والمرأة في سوق الشغل وتولي المناصب العامة، كما حظيت الجماعات الإقليمية، البلدية والولاية بالدراسة من خلال الوقوف على الإطار التشريعي لتشكيلها، وسبل ترقيةها.

وبهذه الباقية المتنوعة من البحوث القانونية، تأمل مجلة القانون أنها قد شكلت إثراء احترافي و مساهمة نوعية تضاف لمساهمة مثيلاتها من الدوريات والمجلات في الجزائر.

د. عليان عدة

رئيس التحرير

محتويات العدد :

الرقم	مؤلف المقال	عنوان المقال	الصفحة
01	د. أسامه عطية محمد عبد العال	مدى تصاعد الجريمة الاقتصادية في ظل سياسات العولمة	08
02	د. بن جديد فتحي	الحماية الجنائية للعلامة التجارية كوجه من أوجه الحماية القانونية في القانون الجزائري	36
03	د. هنان مليكة د. بواب بن عامر	تلقي الموظف العام الهدايا بين الإباحة والتجريم دراسة في الفقه الإسلامي وقانون مكافحة الفساد الجزائري رقم 01/06	53
04	د. بن لخضر محمد	حماية برامج الحاسوب وقواعد البيانات في القانون الجزائري والقانون المقارن	78
05	د. أوكيل محمد أمين	عن دور الحركة الجمعوية في تكريس المقاربة التشاركية في الجزائر: بين عوائق الممارسة ورهانات التفعيل	95
06	سلامة عبد المجيد	التأطير القانوني للجنة المشاركة في تسيير المؤسسة في التشريع الجزائري	118
07	د. بن قادة خويرة	صورية عقد الزواج	131
08	د. غالي كحلة	الإشكالات القانونية التي تعترض الحضانه بعد الطلاق في الزواج المختلط	146
09	زروقي خديجة	المسؤولية العقدية للمؤسسات الاستشفائية الخاصة في مجال العدوى الاستشفائية دراسة مقارنة	176
10	صالح بن عبد الناصر	الإطار لتشريعي لتشكيل مجالس وحدات اللامركزية الإقليمية في الجزائر - البلدية والولاية-	196
11	قدومة وحيدة	لجماعات الإقليمية في الدساتير الجزائرية بين التكريس ومحدودية الترقية المعيارية لها	218
12	بوحسون عبد الرحمان	مفهوم التناصف بين الرجل والمرأة في سوق الشغل والمناصب العامة	233

252	أهمية المنظمة الدولية للشرطة الجنائية في مكافحة الجريمة.	بوعسة محمد د. فراق معمر	13
276	الطبعة القضائية لمقرر الحفظ	جعفري عبد الرؤوف	14
295	دور مبدأ شخصية الجزاءات الدولية في حماية حقوق الإنسان	بوشريعة فاطمة	15
315	رهن الطائرة: تأمين عيني لدعم الائتمان في نطاق تمويل مشاريع النقل الجوي.	وليد بن علي	16
338	التوازن في عقد التأمين	دحمون حفيظ	17
366	رعاية المسن في ظل الشريعة الإسلامية والتوجهات القانونية المستحدثة في الجزائر (القانون: 12/10، على وجه التحديد)	عامر عامر مصطفى	18
393	البحث العلمي في ظل التكنولوجيا الرقمية، جاذبية الوسيلة وإشكالية المحتوى.	يوسف مرين منى طواهرية	19

مدى تصاعد الجريمة الاقتصادية في ظل سياسات العولمة

د/أسامه عطية محمد عبد العال

رئيس قسم الحقوق بكليات القصيم الأهلية

المملكة العربية السعودية

تاريخ الإرسال: 2018-02-20

تاريخ القبول: 2018-06-09

تاريخ النشر: 2018-08-03

الملخص:

لقد أخذت الجريمة الاقتصادية أبعادًا جديدة في عصر العولمة، فمنها ما هو حديث وظهر لأول مرة نتيجة لظهور بعض التقنيات الحديثة التي اكتشفت أخيرًا، ومنها ما هو قديم ولكن تم الاستعانة بالأساليب الإجرامية الحديثة والمتطورة في تنفيذ السلوك الإجرامي. ولقد كانت العشريون سنة الأخيرة في أواخر القرن العشرين حافلة بالكثير والمثير من الإنجازات العلمية، بل وفي تطوير بعض تلك الإنجازات الإلكترونية التي ظهرت قبل ذلك. ومع ظهور ملامح العولمة تحت النظام العالمي حيث هنالك الدعوة لحرية الحركة، والتنقل، وفتح الحدود على مصراعها لتنقل الأفراد والأموال مع حرية تحريك الأموال والغاء النظم الجمركية والرقابة على العمل. وواكب هذا ظهور العديد من الإنجازات العلمية وظهور الأدوات الإلكترونية الحديثة مع ثورة المعلومات، ما أدى من البعض إلى القول إن العالم أصبح قرية صغيرة. كل ذلك أدى لظهور الجريمة الاقتصادية المستحدثة بشكلها غير المألوف في ظل العولمة، ولمكافحة الجرائم الاقتصادية يجب أولاً ترسيخ فكرة التعاون العربي والدولي، فلا يمكن لأي دولة أن تنجح في مكافحة الجرائم الاقتصادية دون تضامن كافة الجهود العربية والدولية المشتركة، فالوطن العربي عالم واسع ومتصل بعدد كبير من الدول الأجنبية، والجرائم الاقتصادية عابرة للحدود، ومرتكبوها قادرون على التسلسل بسهولة من بلد إلى آخر. كما يجب العمل على تطوير مؤسسات العدالة الجنائية، ويتم ذلك بتدريب كوادر على درجة كافية من الكفاءة في التعامل مع الجرائم الاقتصادية، سواء في مرحلة التحري وجمع الاستدلالات، أو في المرحلة القضائية التي يتولاها قضاة متخصصون بقضايا الأمن الاقتصادي، يتبعون لقضاء اقتصادي جزائي متخصص في الجرائم الاقتصادية. وأخيرًا يجب العمل على تعديل التشريعات الموضوعة في حدود ما يسمح بإعطاء الأهمية المعنية العديد من السلطات التقديرية والمتنوعة لمواجهة ذلك النشاط الاقتصادي الخفي الحديث. وكذلك العمل على استحداث نصوص تغطي نشاطات اقتصادية مضرّة بالاقتصاد لم تكن موجودة أصلاً في التشريعات التقليدية.

الكلمات المفتاحية: الجريمة الاقتصادية - العولمة - القانون الجنائي.

ABSTRACT:

The economic crime has taken on new dimensions in the era of globalization, some of which are modern and first appeared as a result of the emergence of some new techniques that were recently discovered, including old ones, but by means of using of modern and advanced criminal methods in committing the criminal behavior. The last 20 years in the twentieth century have been full of scientific achievements and even developing some of those electronic achievements that have emerged before. With the emergence of globalization under the international system, there is a call for freedom of movement and transfer, letting borders open for individuals and the free transfer of funds, and abolishing customs regulations and control of work. This was accompanied by the emergence of many scientific achievements and the emergence of modern electronic tools with the information revolution, which led some to say that the world has become a small village. All of which led to the emergence of economic crime innovated in an unusual way in the shadow of globalization. In order to combat economic crimes, the idea of Arab and international cooperation must first be established. No country can succeed in combating economic crimes without concerted Arab and international efforts. The Arab world is large and connected with a large number of foreign countries; economic crimes are cross-border and their perpetrators are able to easily infiltrate from one country to another. The development of criminal justice institutions should also be undertaken by training cadres with sufficient competence in dealing with economic crimes, both in the investigation and evidence stages, or in the judicial stage undertaken by judges specialized in economic security issues. They are subject to a penal economic judiciary specialized in economic crimes. Finally, it is necessary to work to amend the legislations set within the limits of what allows to give the concerned bodies a number of discretionary and diverse authorities to counter this modern economic hidden activity; as well as work on the development of provisions covering economic activities harmful to the economy that did not exist in traditional legislation.

مقدمة :

لقد حظى موضوع العولمة باهتمام غالبية المفكرين في كافة دول العالم على اختلاف مستويات تطورها وذلك في ضوء الانعكاسات الكبيرة لهذه الظاهرة على مختلف المتغيرات الاقتصادية والسياسية والثقافية والاجتماعية لهذه الدول.

وتزايد الاهتمام بالعولمة في ضوء الدور المتنامي للعلاقات الدولية التي أعادت ترتيب

الأولويات الإيديولوجية والاقتصادية والثقافية للدول.

وقد تزايد الاهتمام في الوطن العربي وبخاصة في الآونة الأخيرة بظاهرة العولمة بعد أن أمضت مراكز الأبحاث العربية سنوات عديدة في دراسة هذه الظاهرة، فصدرت العديد من الدراسات والأبحاث، يدافع عنها البعض، وينتقدها البعض الآخر فمنهم من يراها تطوراً إيجابياً حيث إنها تركز على تحرير قوى الغفل التي تساعد على توجيه الموارد البشرية والمادية إلى المواقع الأكثر إنتاجية، وإنما تبشر بوعود مشرقة للجميع، وإن العالم قد تحول إلى " قرية كونية " صغيرة تزول فيها جميع الحواجز والحدود، بينما ينظر آخرون إلى العولمة باعتبارها مصدرًا للضغط والتهديد، وتحكم الأقوياء بقراب الضعفاء.

وعلى الرغم من أننا على أعتاب العقد الثالث من القرن الحادي والعشرين إلا أن مصطلح العولمة مازال من أكثر المفاهيم التي طغت على ساحات النقاش، بل وظل ذلك لفترة طويلة. ورغم طول هذه المدة منذ أن ظهر هذا المصطلح فما زال الجدل قائماً بين العديد من المفكرين في الاتفاق على تعريف موحد له. وربما يعزى ذلك في أحد جوانبه إلى أن العولمة لكثرة ما كتب عنها أصبحت موزعة على اتجاهات عدة، ولا تختص بجانب أحادي واحد فقط، بل أخذت تتغلغل في كل مفاصل الحياة سواء أكان سياسية، أم اقتصادية، أم اجتماعية أم غيرها.

وهذا الاختلاف الذي أخذ وقتاً طويلاً في التعبير يظهر جلياً حتى اليوم في المفاهيم المتعددة للمصطلح. وما زال ذلك التباين يراوح مكانه، وكما أن البعض يصر على أن العولمة نظام، وآخرون يقولون إنها أسطورة، وغيرهم قال الكثير المثير للجدل. ومن أهم التغييرات التي يمكن ملاحظتها في ظل العولمة فيما يختص بالنشاط الاقتصادي وانعكاساتها على النشاط الإجرامي :

- 1- التحويل والتحرك السريع للأموال إلكترونياً لأي مكان في العالم وبسرعة مذهلة دون تحديد لهوية المراسل أو التعرف عليه.
- 2- تدفق رؤوس الأموال دون قيود وبلا حجر، وعدم وضع ضوابط لتحرك الأموال في كل الاتجاهات.
- 3- حرية الحركة للمواطنين خارج الحدود دون حدود ولا حواجز جمركية، لذلك تنشط الهجرة الداخلية والخارجية.
- 4- ظهور بعض الأشكال الجديدة للنشاط الإجرامي، إما في طبيعتها أو أسلوب ارتكابها نتيجة لذلك الحراك الاقتصادي، كجرائم التلاعب الإلكتروني في الحسابات والجريمة السيبرانية Cyber

Crime، والاستفادة من تقنية المعلومات في التحريك السريع للأموال والتحويل الإلكتروني لها وغيرها كثير.

والدراسة الحالية محاولة في مجال رصد هذه الظاهرة، من خلال بيان أثر العولمة على الظواهر الإجرامية الاقتصادية التي تنشأ تحت مظلة هذه الظاهرة، ثم بيان سبل مكافحة الجريمة الاقتصادية في ظل سياسات العولمة.

أهمية البحث:

تتمثل أهمية هذا البحث في معرفة العلاقة بين النظام العالمي الجديد في ظل العولمة ونشوء نوع جديد من الإجرام الاقتصادي يحمل كل مظاهر العولمة ومستحدثاتها. وهناك أهمية عملية في الكشف عن طبيعة هذه الظاهرة وارتباطها بنظام العولمة وكذلك اتجاهاتها واساليبها وعلاقتها بالتقنيات الحديثة التي استفاد منها الانسان فائدة عظيمة في الفترة الأخيرة. هذه الاكتشافات التقنية الحديثة للأجهزة الإلكترونية، وكذلك ثورة المعلومات والاتصالات والخدمات الجليلة التي تقدمها للإنسانية كيف أصبحت هي نفسها مصدر قلق للإنسان وللأجهزة الأمنية عندما أصبحت مطية لبعض المهرة في استغلالها لارتكاب أنواع مستحدثة من الجرائم الاقتصادية. كذلك فإنه من المؤمل أن تسهم هذه الدراسة في الوصول إلى سبل مكافحة الجريمة الاقتصادية في ظل سياسات العولمة والتقدم التقني المذهل في الأجهزة الإلكترونية ووسائل الاتصال الحديثة.

أسئلة البحث: يثير البحث عدة تساؤلات من بينها :-

- 1- ما طبيعة العلاقة بين العولمة والجريمة الاقتصادية ؟
 - 2- ما أهم الجرائم الاقتصادية (التقليدية والحديثة) المرتبطة بنظام العولمة ؟
 - 3- ما سبل مكافحة الجريمة الاقتصادية على الصعيدين الدولي والمحلي ؟
- والسؤال الأهم الذي يثيره البحث هو: ما أثر العولمة على الجريمة الاقتصادية ؟

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى معرفة طبيعة ومفهوم الجريمة الاقتصادية في ظل نظام العولمة، ويمكن تحديد أهداف هذا البحث في الآتي:-

- 1- إلقاء الضوء على طبيعة العلاقة بين العولمة والجريمة الاقتصادية.
- 2- تحديد أهم الجرائم الاقتصادية التقليدية والحديثة المرتبطة بنظام العولمة.
- 3- إلقاء الضوء على سبل مكافحة الجريمة الاقتصادية على الصعيدين الدولي والإقليمي.

وعليه سنعالج هذه الاشكالية من خلال المبحثين الاتيين:

المبحث الأول: أثر العولمة على الجريمة الاقتصادية.

المبحث الثاني: آليات وسبل مكافحة الجريمة الاقتصادية.

المبحث الأول

أثر العولمة على الجريمة الاقتصادية

إن من إفرزات عصر العولمة جريمة مستحدثة وبالذات جريمة اقتصادية. وهذه الجريمة الاقتصادية تعد من النوعيات الحديثة التي تشكلت مع معطيات العولمة وبالذات في عصر التقدم التقني في الاتصالات والمعلومات، ومنها ما ليس بمحدث ولكن صارت هنالك وسائل حديثة لارتكابها وكذلك مما جعل مهمة وصول هؤلاء المجرمين إلى ساحات العلة أكثر صعوبة. ومن هذا المنطلق فقد أصبحت هذه الظواهر الإجرامية الاقتصادية تحت ظل نظام العولمة هاجسًا آمنياً ليس فقط للدول الغربية ولكن أيضًا للدول العربية، حيث أصبح الكثير من هذه الظواهر الإجرامية الاقتصادية عابرة للدول بفضل التقنيات الحديثة. إن معظم هذه الظواهر الإجرامية الاقتصادية ليست محلية الطابع مما يجعل أثرها في أكثر من دولة واحدة. لذلك فإنها ظاهرة دولية الملامح والشكل⁽¹⁾.

المطلب الأول

ماهية الجريمة الاقتصادية في عصر العولمة

من المتوقع أن يزداد نشاط الجريمة الاقتصادية في عصر العولمة لأسباب عدة، منها أن من أهم مظاهر العولمة زوال الحواجز الاقتصادية بين الدول، وشيوع النشاط الاقتصادي العابر للحدود الوطنية مما يجعل سوق الجريمة عامة متعولم، وخاصة سوق الجريمة الاقتصادية، والتي تستفيد من التطورات في مجال التقنيات والاتصالات عامة حتى غدت غالبية هذه الجرائم. إلكترونية أو فضائية (Cyber)، والجريمة السيبرانية (Cyber crime) أصبحت تمثل تحديًا لرجال الأمن في المنظومة العربية وذلك أن التحقيق فيها بلغ الصعوبة ويحتاج إلى خبرات فنية، كما أن الأدلة الرقمية (Digital Evidence) مرد هذا النشاط الإلكتروني وغيره من النشاط المستحدث هو تحول البنى الاجتماعية والاقتصادية إلى عالمية، وإلى معلوماتية وإلكترونية. وظهرت تبعًا لذلك مسميات جديدة مثل

(1) محمد لفا المطيري، العولمة وآثارها على الجريمة الاقتصادية، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية - السعودية، 2005م، ص38.

الطريق السريع للمعلومات، والبناء التحتي المعلوماتي العالمي. فالنادي المعلوماتي هو عالمياً وليس وطنياً، ما أفرز جرائم مستحدثة ووضع ضغوطاً نحو عولمة القانون والأمن⁽¹⁾.

الاقتصاد الإلكتروني (E-Economic)

بادئ ذي بدء هناك الكثير من المصطلحات الاقتصادية التي تربط الاقتصاد بالمعلومات. فالنقود قد تحولت من ورقة إلى بطاقة إلكترونية، والتحويلات المالية والعمليات المصرفية المتناقلة داخل المجتمع وبين الدول كلها إلكترونية، لقد جعلت المعلومات مكان النقود في العمليات المالية رقم الحساب ورقم المبلغ والعنوان... الخ. ومن ثم فإن تعطيل، أو تخريب، أو تدمير قنوات الاتصال بين المؤسسات والأفراد من شأنه أن يهدد الأمن الاجتماعي للمجتمع بأسره⁽²⁾.

ويعتمد الاقتصاد الحالي على المعلومات وأدواتها من حاسب آلي، ووسائل اتصال، وبرمجيات. ولقد بلغ رأس مال صناعات الحوسبة والاتصالات والإلكترونيات الاستهلاكية تريليونات الدولارات، ومن المتوقع أن تضخ مليارات الدولارات في تطوير طريق المعلومات الفائق السرعة (The Information Super highway) ويلاحظ أن ملامح هذا الطرق قد بدأت فعلاً في التشكيل، فسباق الشركات الناقلة للاتصالات (Crrri Crs)، تتدافع نحو المكاتب والمنازل والمؤسسات وتتنافس في تقديم أفضل الكوابل المحورية (Coax)، لتمتكن من نقل المعلومات بكافة أشكالها (صوت، صورة، تفاعل... الخ). وعلى مستوى العالم فإن تكلفة تشييد طريق المعلومات فائق السرعة تبلغ أكثر من تريليون دولار، ولقد دخل الرئيس كلينتون البيت الأبيض من خلال طريق المعلومات الفائق السرعة حيث أعلن في حملته الانتخابية عام 1993م أنه سيجعل هذا الطريق الأساسي للبناء التحتي الأمريكي مثله مثل نظام الطرق السريعة بين الولايات الأمريكية (Interstate Highway). فهناك اقتصاد المعلومات (Economics of Information) فمثلاً قضي ميشلوب (Frits Machlub) حياته يقيس حجم النمو في اقتصاد المعلومات وكان عمله الموسوم إنتاج وتوزيع المعرفة في الولايات المتحدة 1962م أساساً في قياس مجتمع المعلومات من الناحية الاقتصادية حيث ميز بين خمس مجموعات ساهما :-

1- التعليم (الجامعات، المدارس ... الخ).

2- وسائل الاتصالات (الراديو - التلفزيون).

(1) عبدالحاميد الشواربي، الجرائم الاقتصادية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف - مصر، 2000م، ص 55.

(2) عباس أبو شامة، عولمة الجريمة الاقتصادية، د.ت، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية - السعودية، 2007م، ص 47.

3- الآلات المعلوماتية (الحاسب).

4- آليات المعلومات (القانون، التأمين، الطب).

5- الأنشطة المعلوماتية الأخرى (البحث، التطوير).

قال نائب الرئيس الأمريكي السابق آل جور (Gore) في شهر (12/1993م) في كلمة نادي الصحافة الوطني: اليوم تنساب التجارة ليس على الطرق الأسفلتية ولكن على الطرق السريعة المعلوماتية ... فكر في البناء التحتي المعلوماتي الوطني كشبكة من الخطوط السريعة مثلها مثل الخطوط السريعة بين الولايات في الخمسينات. هذه الخطوط السريعة تحمل المعلومات بدلاً من الناس والبضائع⁽¹⁾.

المطلب الثاني

صور الجريمة الاقتصادية في ظل سياسات العولمة

مما لا شك فيه أنه على أثر ظهور فكرة العولمة وتطورها وظهور الجريمة الاقتصادية كأثر مباشر لتطور فكرة العولمة، فقد ظهرت العديد من صور الجرائم الاقتصادية بعضها جرائم تقليدية والبعض الآخر جرائم حديثة. وفيما يلي عرض هذه الصور المتنوعة والمختلفة للجريمة الاقتصادية في ظل سياسات العولمة.

الفرع الأول جرائم الحاسب الآلي

الجرائم التي ترتكب بواسطة الحاسب الآلي أو عن طريقه، تعد من الجرائم المستحدثة نسبياً ولكن يهمننا في هذا المجال الجرائم الاقتصادية التي ترتكب بواسطة الحاسب الآلي، وقد تنوعت هذه الجرائم، وتكاثرت بحيث أصبح من الصعب حصرها في عدد محدد من الجرائم. ومن أكثر هذه الجرائم الخاصة بالتعدي على المعلومات الخاصة بالآخرين أو بالمؤسسات المالية أو المصارف بغرض الكسب المادي، أو إرسال معلومات خاطئة ومضللة لنفس الغرض، أو القيام بإجراءات تحويل إلكترونية لغرض التهرب من النظم المقيدة لتحويل النقد أو لغسل الأموال عن طريق الحاسب. كذلك من هذه التلاعب في بطاقات الائتمان المصرفية، وأيضاً الاحتيال عن طريق التجارة الإلكترونية أيضاً من الجرائم الشائعة ابتزاز بعض عصابات أنظمة الحاسب للمؤسسات المالية والمصارف، ورجال الأعمال بتدمير المعلومات إذا لم يكن هنالك مقابل عدم القيام بذلك، كما

(1) ذياب موسى البدانية، الجرائم الاقتصادية المستحدثة في عصر العولمة، وثائق مؤتمر شرطة الشارقة - الإمارات، 2002م،

أن جهاز الحاسب أصبح وسيلة وصيداً ثميناً للجريمة المنظمة ويبدو أن العصابات ومعتادي السطو على المعلومات وجدوا أن من خصائص جرائم الإنترنت أنها قليلة الأخطار، كما أنها وسط سليم وغني لارتكاب الجرائم الاقتصادية، لأن المجتمع المعاصر أخذ يعتمد على الجانب التقني في تسير الحياة الاقتصادية، وأصبح أغلب النشاط الاقتصادي العصري يتم عن طريق جهاز الحاسب الآلي، وكذلك من خصائص هذه الأجهزة الانخفاض الحاد في أسعار تكلفتها، مما يسهل توافرها. وسنرى فيما يلي أهم الجرائم الاقتصادية التي ترتكب بواسطة الحاسب الآلي (1).

الفرع الثاني: الجرائم المرتكبة بواسطة الإنترنت

تشير المعلومات إلى أن كل الدول العربية قد دخلت بطريقة أو بأخرى في الشبكة العالمية للمعلومات، كذلك هنالك زيادة ملحوظة في اشتراك المواطنين في الدول العربية في هذه الشبكة وبدرجات متفاوتة. وقد أشارت المعلومات إلى عدة ملايين يدخلون إلى الشبكة يوميًا في العالم العربي (تقرير الاجتماع الخامس للجنة المتخصصة بالجرائم المستحدثة بمجلس وزراء الداخلية العرب الأمانة العامة تونس).

إن بعض المواد والمعلومات في الشبكة العالمية قد تشير أو تساعد في كيفية وإمكانية الدخول وبطرق فنية دقيقة وخبيرة ببعض البرامج لبعض المصارف، وكذلك محاولة تحويل بعض الأموال إلى حسابات مصرفية أخرى بدون علم أصحابها، وكذلك هنالك إمكانية التسلل من خلال الشبكة لتدمير بعض البرامج واستعمال ذلك لأغراض الابتزاز، ومثال ذلك ابتزاز بعض المؤسسات بعض الإتاوات. لذلك أصبح باستطاعة بعض المجرمين تطويع التقنية الحديثة لصالحهم إلى حد تزوير البريد الإلكتروني. ورغم الفوائد العديدة التي لا تحصى للاستفادة من شبكة المعلومات العالمية (الإنترنت) إلا أنه في الوقت نفسه فقد زادت أساليب إساءة الاستخدام لهذه الشبكة ومنها المكاسب المادية غير المشروعة وأكبر خطورة في الجرائم الاقتصادية المرتكبة بواسطة الإنترنت أن الأغلبية من هذه الجرائم تذهب غير مكتشفة بل وغير معروفة.

وقد قدرت الوكالة الفيدرالية للتحقيقات الأمريكية (F.B.I) بأنه ما بين (85% - 97%) من الاعتداءات على الحاسب لم يتم اكتشافها (2).

(1) نائلة عادل محمد قوره، جرائم الحاسب الآلي الاقتصادية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية - لبنان، 2004م، ص 253.

(2) عباس أبو شامة، عولمة الجريمة الاقتصادية، المرجع السابق، ص 51.

ومن الجدير بالذكر أن خسارة جرائم الحاسب الآلي في عام 1999م تقدر بـ 8 مليارات دولار وهذا يشمل برمجيات الحاسب والمعدات. كما أنه من أبرز خصائص الجرائم الاقتصادية المرتبطة بالحاسب الآلي هي :-

- 1- التنفيذ عن بعد : يمكن للفاعل تنفيذ جريمته عن طريق الحاسب الآلي وهو في دولة بعيدة كل البعد عن مكان وقوع الجريمة وتسبب الخسارة المالية سواء كان ذلك من خلال الدخول للشبكة المعنية أو اعتراض عملية تحويل مالية أو سرقة معلومات مهمة أو تخريب.
- 2- سرعة التنفيذ: إذ لا يتطلب التنفيذ للجريمة عبر الهاتف الوقت الكثير وبضغطة واحدة على لوحة المفاتيح يمكن أن تنتقل ملايين الدولارات من مكان لآخر.
- 3- الجاذبية: نظرًا لما تمثله سوق الحاسب والإنترنت من ثروة كبيرة للمجرمين فقد غدت أكثر جذبًا لاستثمار الأموال وغسلها وتوظيف الكثير منها في تطوير تقنيات وأساليب تمكن الدخول إلى الشبكات وسرقة البنوك أو اعتراض العمليات المالية وتحويل مسارها أو استخدام أرقام البطاقات.
- 4- إخفاء الجريمة : جرائم الحاسب بطبيعتها جرائم خفية - نسبة الاكتشاف فيها قليلة جدًا.
- 5- جرائم ناعمة : بما أن الجريمة التقليدية تتطلب استخدام بعض الوسائل كالغرف مثلاً، إلا أن الجرائم المتصلة بالإنترنت تختص بأنها جرائم ناعمة لا تتطلب عنفاً لذلك يمكن السرقة والاحتيال والتزوير وتحقيق مكاسب مالية عديدة بدون عنف فنقل بيانات من حاسب لآخر أو السطو الإلكتروني على أرصدة مصرف لا يتطلب أي عنف بل يتم من خلال استعمال أصابع اليد مع مفاتيح الجهاز.
- 6- جرائم عابرة للدول : من خصائص الجريمة الاقتصادية بواسطة الحاسب الآلي أنها عابرة للدول. إن ربط العالم بشبكة الاتصالات من خلال الأقمار الصناعية والفضائيات والإنترنت جعل عولمة الجريمة أمراً ممكناً وشائعاً لا يعترف بالحدود الإقليمية للدول ولا بالمكان ولا بالزمان وأصبحت ساحتها العالم أجمع (1).
- 7- صعوبة الإثبات : تختص جرائم الإنترنت عن الجرائم التقليدية بأنها صعبة الإثبات. وهذا راجع لعدم وجود آثار مادية للجريمة في مسرح الجريمة وغياب الأدلة المهمة كال بصمات وكذلك سهولة مسح الدليل أو تدميره في زمن قصير جداً. يضاف إلى ذلك نقص خبرة الشرطة والنظام الجنائي وعدم

(1) ذياب موسى البدينة، جرائم الحاسب الآلي والإنترنت، ندوة علمية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية - السعودية، 1999م،

- كفاية القوانين القائمة⁽¹⁾. وهنا نورد لكم بعض الأمثلة لجرائم الحاسب الآلي الاقتصادية:
- أ- قام مديرو التأمين بتخزين (56000) بوليصة تأمين وهمية على الحاسب وبقيمة مبيعات 30 مليون دولار. وأصبحت هذه الحالة نموذجاً لجرائم الحاسب الآلي حيث تمت إضافة أسماء وهمية من خلال عقود التأمين وأضيفت هذه العقود إلى العقود الأصلية باستخدام الملفات المتوافرة على الحاسب.
- ب- في ألمانيا حول الموظف مبلغ 1,3 مليون مارك إلى صديقه عن طريق الحاسب.
- ت- نجح طالب في الولايات المتحدة الأمريكية ومن حاسبه الشخصي في الدخول من خلال شبكة التليفونات العامة إلى الحاسب المركزي لشركة الهاتف المعروفة باسم (Pacific) ومن ثم تحويل بضائع بقيمة مليون دولار.

الفرع الثالث: الاحتيال الإلكتروني

تتعدد أشكال الاحتيال الإلكتروني، حيث وفر الإنترنت الوسيلة المناسبة لمثل هذا الاحتيال. ويمكن تنفيذ الاحتيال الإلكتروني من خلال شرائه أسهم رخيصة في شركة غير معروفة ثم يعمل دعاية غير صحيحة لهذه الشركة بهدف رفع أسعارها من خلال غرف الحوار ويعطي معلومات غير صحيحة عن هذه الشركة ونشر معلومات غير صحيحة في اللوحات الإخبارية تحت اسم مستعار أو إرسال مئات الرسائل الإلكترونية وبعد أن يرتفع سعر تلك الشركة يقوم بالتخلص من الأسهم التي لديه وبيعها والاستيلاء على الأرباح من خلال تقاضي

مبلغ (200) دولار شهرياً لأجل تقديم استشارات استثمارية غير صحيحة⁽²⁾.

أظهرت نتائج دراسة المسح الأمني وجرائم الحاسب السادس التي يقوم بها معهد أمن الحاسب (CSI) بالتعاون مع (FBI) وبناء على استجابات (538) من المستخدمين والشركات والوكالات الحكومية والمعاهد المالية والطبية والجامعات فقد أظهرت نتائج مسح (200) استمرار التعديات ووجود الثغرات الأمنية في الحاسب وقد تبين أن (85%) من الشركات الكبرى والدوائر الحكومية قد كشفت خروقات لأمن الحاسب خلال آخر (12) شهراً، واعترف (46%) بخسارته الفادحة. (35%) كانوا قادرين على حساب خسارتهم المالية (286) حالة التي قدرت (37728700) دولار مقارنة بـ (265589940) دولار عام 2000م كانت أكثر الخسار المالية مركزة

(1) ذياب موسى البداية، الجرائم المستحدثة، ندوة علمية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية - السعودية، 1998م، ص 79.

(2) ربهام عبد النعم، أثر الجرائم الاقتصادية على النمو الاقتصادي، الطبعة الأولى، المكتب العربي للمعارف - مصر، 2015م، ص 62.

في شركة الملكية المعلوماتية (151230100) دولار والاحتيايل المالي (929355000) دولار بالولايات المتحدة الأمريكية⁽¹⁾.

أولاً: قرصنة التجارة الإلكترونية

إن العمليات المالية والتجارية التي تعقد من خلال الحاسب والإنترنت عرضة للاعتراض والسرقة وسوء الاستعمال والاستغلال من أفراد وجماعات متنوعة (قرصنة الحاسب وغيرهم). عددًا من حالات تهديد التجارة الإلكترونية منها :-

1- في ديسمبر 1994م قامت وزارة العدل الأمريكية بإدانة فردين بتهمة الخداع والاحتيايل باستخدام شبكة الإنترنت، فقد وضعا إعلانات على الشبكة، ووعدا بإرسال السلع التي يتم طلبها إلكترونياً فور دفع قيمة السلع إلكترونياً. ولكن المشترين الذين طلبوا السلعة وقاموا بالدفع لم يستلموا السلعة. وكانت العقوبة هي السجن خمسة أشهر وغرامة (32 ألف) دولار.

2- قام أحد القرصنة في ألمانيا بالتحكم في مزود الإنترنت (ISP) واستولى على معلومات عن كروت الائتمان الخاصة بالمشترين. ثم قام بالتهديد بتدمير النظام وإفشاء أرقام كروت الائتمان إلا إذا قام مزود الخدمة بدفع فدية معينة، وقامت السلطات الألمانية بالقبض على الجاني لحظة تسلمه الفدية. ولم تكن هذه الجريمة لتكتشف إذا لم يطلب الجاني فدية.

3- أيدت الحكومة الفيدرالية في نيويورك طلب هيئة التجارة الفيدرالية بغلق موقع على الشبكة العنكبوتية (WEB) بصورة مؤقتة، فطبعًا لـ (FTC) كان على الأفراد الذين يرغبون في مشاهد المواد والأفلام الخلاعية أن يجلبوا برنامج معين (Down Load) حتى يتمكنوا من رؤية هذه الأفلام. وبدون أن يعلم هؤلاء المستخدمين للشبكة، فإن البرنامج الذي تم جلبه يقوم بتحويل المكالمات الهاتفية من مزود خدمة محلي إلى مزود خدمة في مالديفيا (أحدى ولايات الاتحاد السوفيتي سابقًا)، وكانت التكلفة 2 دولار للدقيقة الواحدة وكانت النتيجة أن أكثر من 80 ألف دقيقة مستخدمة كانت على فواتير تليفونات المشترين مع مزود الخدمة الإلكترونية. واليوم أصبح التسوق الإلكتروني باستخدام شبكة الإنترنت سهلاً ورخيصاً. ولكن عند وقوع خداع للمستهلك، فإن التعرف على شخصية الجاني يكون صعباً، فالأفراد مستخدمو الشبكة أفراد مجهولون ويسهل أن يدعوا بأنهم أشخاص آخرون، ويعطوا معلومات غير صحيحة فلن يعرف أي طرف منهم الهوية

(1) عباس أبو شامة، عولمة الجريمة الاقتصادية، المرجع السابق، ص55.

الحقيقية للطرف الاخر. واستخدمت شبكة الإنترنت في لعب القمار بالرغم من أن لعب القمار بين الولايات في أمريكا غير قانوني باستخدام أي وسيلة اتصال سلكية بما فيها شبكة الإنترنت، إلا إذا كان مسموحًا به في بعض الولايات. وحتى في الولايات المسموح فيها فهو قانوني للكبار فقط. لذا، فقانونية اللعب تعتمد على المكان وعلى عمر اللاعب، وكلاهما يصعب التأكد منه (1).

ثانياً: سرقة الخدمات المعلوماتية

لأن هذا العصر عصر معلومات وهي تعد مالا، فإن أنواع كثيرة من التعديات تقع عليها، فمن سرقة خدمات الهاتف إلى البرامج إلى التحويلات المالية إلى اعتراض بطاقات الائتمان... إلخ، إن غالبية النظم تعمل بالمعلومات فيمكن استخدام الاتصالات الحكومية وسرقتها واستخدام أرقام هواتفها في عمليات تهريب المخدرات وحتى تقنيات التشفير التي تعد وسيلة حماية للمعلومات إلا أنها استغلّت في تأمين النشاطات الإجرامية ومنع الأجهزة الأمنية من تعقب هذه النشاطات من خلال رصد هذه المكالمات وتتبعها (2).

ثالثاً: القرصنة والمعلوماتية (التزوير والتزييف)

تلحق بالصناعة والمعلومات والخدمات خسائر كبيرة جراء خرق نظام الحقوق الفكرية التي قدرت في الولايات المتحدة بين 15-17 بليون دولار. كما قدرت خسارة البرمجيات جراء القرصنة والنسخ غير القانوني بـ (4,7) مليار دولار عام 1993م (3). حيث سهولة التنفيذ وسرعة التنفيذ وصعوبة إيجاد الأدلة من المعلومات في هذا المجال.

إن زيادة الربط بين أجزاء العالم لم يكن ممكناً لولا تراكم مجموعة من التطورات الاقتصادية والاجتماعية والتكنولوجية والثقافية. فخدمة التلغراف عبر المحيطات عام 1866م والاتصال الهاتفي عام 1891م والإذاعة عام 1930م والاتصال عبر الأقمار الصناعية عام 1962م والطائرات النفاثة كبيرة الحجم عام 1969م والبعث الإذاعي المباشر بالأقمار الصناعية إلى الأطباق المنزلية عام 1976م واستخدام الكوابل البصرية عام 1977م (4).

(1) عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي - مصر، 2006م، ص 77.

(2) محمد أمين الشوابكة، جرائم الحاسوب والإنترنت، الطبعة الرابعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع - الأردن، 2010م، ص 114.

(3) نهلا عبدالقادر المومني، الجرائم المعلوماتية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع - الأردن، 2008م، ص 64.

(4) نسرين عبدالحميد، الجرائم الاقتصادية - التقليدية - المستحدثة"، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث - مصر، 2009م، ص 189.

رابعاً: ابتزاز عصابات أنظمة الكمبيوتر

ذكرت مصادر في العاصمة البريطانية لندن أن العديد من مؤسسات حي المال والأعمال تعرضت لابتزاز عصابات دولية متخصصة هددتها بتمديد أنظمة المعلومات ما لم تدفع مبالغ كبيرة من الأموال. وقد بذلت شرطة اسكوتلانديارد جهوداً مع السلطات الأوروبية الماثلة ومع المباحث الفيدرالية عبر الأطلس لمحاصرة أنشطة تلك العصابات التي جمعت نحو (400) مليون إسترليني سراً من مؤسسات من المال في العواصم الغربية خلال السنوات الثلاث الأخيرة⁽¹⁾.

وقالت المصادر في لندن إن مصارف وشركات من المال كانت تدفع تلك الأموال بعد أن تأكدت أن المبتزين قادرين بالفعل على تدمير أنظمتها وتهديد ثقة عملائها في مدى كفاءتها. وقالت إن هناك نحو (40) قضية ابتزاز صارت في الثلاث سنوات الأخيرة، وإن بعض المؤسسات المالية رفضت الإفصاح عن الأخطار التي تعرضت لها وما دفعته سراً من فدية لتلك العصابات⁽²⁾.

خامساً: الجريمة الاقتصادية المنظمة

يقال إن جرائم هذا القرن الحادي والعشرون هي الجرائم الاقتصادية المنظمة، لذلك ليس غريباً أن نجد مؤتمرات الأمم المتحدة لمنع الجريمة ومعاملة المذنبين التي تعقد كل خمس سنوات، قد اهتمت في دوراتها الأخيرة بموضوع الجريمة الاقتصادية المنظمة بل إن آخر مؤتمري عام 1995م وعام 2000م اهتمتا بهذا النشاط الإجرامي وخرجت الكثير من التوصيات لمواجهة الجريمة الاقتصادية بأشكالها المختلفة وبأساليبها الحديثة ويلاحظ أن الطرح يعكس خوفاً متزايداً واهتماماً أكثر بالجريمة الاقتصادية في النظام العالمي الجديد النظام العالمي نفسه ربما يعطى المزيد من الأوكسجين للجريمة الاقتصادية المنظمة وذلك نتيجة لسياسة الاقتصاد الحر وفتح الحدود وحرية الانتقال للأفراد والأموال وذلك بحيث يصعب السيطرة على تدفق وتحويل الأموال ومراقبة النشاطات الاقتصادية لتشعبها ولتداولها.

إن دوران رأس المال حول العالم هو الذي يبقي التجارة حية ويساعد ذلك على نشاط المنظمات الإجرامية في أن تسعى للمزيد من الكسب المالي مستفيدة من هذه الحرية الجديدة. ثم إن التطور التقني السريع، وثورة المعلومات والاتصالات تلعب دوراً في تسهيل مهام هذه المنظمات، مستفيدة من سرعة التحويلات المالية الإلكترونية واستغلال المصارف إلكترونياً، والتزوير،

(1) عباس أبو شامة، التعريف بالظواهر الإجرامية المستحدثة، ندوة علمية عقدت في تونس، 1999م، ص 23.

(2) نائلة عادل محمد قوره، جرائم الحاسب الآلي الاقتصادية، المرجع السابق، ص 114.

والاحتيايل في بطاقات الائتمان (1).

سادسا: جريمة غسل الأموال

من الجرائم الاقتصادية المستحدثة التي أخذت أبعاداً جديدة في ظل العولمة في غسل الأموال الناتجة عن الجرائم ولو أنه في السابق كانت عملية غسل الأموال ترتبط بتجارة المخدرات إلا أنها حديثاً أخذت أشكالاً أخرى وأصبحت منتشرة في غسل الأموال العديد من الجرائم. وغسل الأموال هو تنظيف الأموال القذرة المتأتية عن طريق الجريمة مع عدم كشف عن المصدر غير المشروع لتلك الأموال. ويتم تنظيفها عن طريق إدخالها في القنوات المصرفية العادية ثم استخدامها في عمليات مالية والدخول في مجالات مشروعة للاستثمار ومن ثم تندمج في تلك المشروعات ويتعذر الرجوع إلى أصلها. وقد زاد حجم الأموال القذرة المدفوع بها للسوق لغسلها عن طريق تغلغلها في السوق المشروعة بإنشاء الشركات والفنادق والمصانع.

ولقد ظهر هذا النشاط في عصر العولمة كأخطبوط تعدد أطرافه وذلك ليس فقط لأن المال المغسول يظهر على السطح كمال شرعي بعد أن تم تنظيفه من القذارة، ولكن أيضاً يستخدم بأرباحه الطائلة في رشوة وافساد الجهاز الإداري والأمني والسياسي والمؤسسات المالية. هذا زيادة على استغلال هذا المال في المزيد من النشاطات الإجرامية الأخرى (2).

ومن الجدير بالذكر أن اصطلاح " غسل الأموال " ظهر في الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1920م. ويشار إلى ارتباط هذا التعبير Money Laundering بما تبين من ملكية جماعات المافيا لماكينات الغسيل Launderettes كغطاء شرعي للأموال الناتجة عن أنشطتها الإجرامية.

وتهدف ظاهرة غسل الأموال أساساً إلى قطع الصلة بين الأموال القذرة (الناتجة عن الجريمة) وضمان استخدامها في مأمّن من ضبطها ومصادرتها. وعلى ذلك، فإن الجريمة التي يمكن الحصول من ورائها على أموال تعد مصدرًا لازمًا لما يطرأ بعدها من غسل لهذه الأموال. فكلما توافر المناخ الذي يسمح بارتكاب الجرائم التي يتحصل من ورائها على المال - ظهر التفكير الإجرامي نحو

(1) محمد علي القحطاني، الجريمة المنظمة، الطبعة الثالثة، دين، 2013م، ص45.

(2) محمد محيي الدين عوض، غسل الأموال تاريخه وتطوره وأساليب تجريمه، ندوة علمية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية - السعودية، 1998م، ص12.

مدى تصاعد الجريمة الاقتصادية في ظل سياسات العولمة
غسل هذا المال لقطع الصلة بينه وبين مصدره، ولتمكين صاحبه من الاستمتاع به (1).

وقد تنامي هذا التفكير في ظل المناخ الذي أتاحته العولمة وثورة المعلومات وما صاحبها من سهولة انتقال الأموال وتحرير التبادل التجاري في القرن العشرين، فأدى ذلك إلى زيادة الطلب على رأس المال الأجنبي وتسهيل الاستثمار فيه، وصاحب ذلك زيادة اتجاه رأس المال نحو أسواق الدول النامية والتوسع في خصخصة المشروعات العامة في هذه الدول وتنوع أدواتها المالية.

وقد استغل كثير من الأشخاص والمنظمات الإجرامية هذا المناخ الاقتصادي بما صاحبه من تقدم تكنولوجي مباشرة أنشطة اقتصادية غير مشروعة، تمثلت في إغراق الأسواق بمنتجات محرمة، مثل المخدرات والسلاح والبضائع المقلدة، واما في خدمات غير مشروعة كالديارة والتمار والإتجار في المواد الإباحية. ولم يقتصر الأمر على ذلك، بل مارست المافيا أنشطة إجرامية اتسم بعضها بالعنف، مثل الابتزاز والحطف والإتجار بالبشر، واتسم بعضها الآخر بعدم المشروعية القائم على الاحتيال والفساد، مثل الغش والنصب والرشوة (2).

وقد أدى هذا النوع من النشاط الإجرامي إلى محاولة استخدام المال الناتج عنه في ممارسة أنشطة إجرامية أخطرها تتمثل في الإرهاب. فبعد أحداث 11 سبتمبر سنة 2011م التي أصابت الولايات المتحدة الأمريكية، وما اتضح من أن تلك الهجمات الإرهابية كانت باهظة الثمن - كان من الطبيعي متابعة تأثير المال على ظروف التحضير لهذه الأعمال الإجرامية ومعرفة مصدره، وكان من المنطقي استكمال الجهود المبذولة للحيلولة دون وقوع مثل هذه الاعتداءات مستقبلاً.

وقد لاحت ظاهرة غسل الأموال كمشكلة سياسية اقتصادية إجرامية شدت اهتمام المجتمع الدولي بعد أن تبين مدى الأخطار التي تهدده جراء استخدام الأموال المتحصلة من الإجرام في ارتكاب المزيد من الإجرام بعد تمويه مصادرها الإجرامية لإخفاء الجرائم التي نتجت الأموال عنها. وظهرت أهمية مكافحة غسل الأموال بعد أن تبين مدى ارتباط هذه الجريمة بالفساد والجريمة المنظمة ومدى تأثيرها الضار بالاقتصاد، ولما يترتب عليها من مشكلات اقتصادية، منها زعزعة الاستقرار في الأسواق التي يستثمر فيها المال الناتج عن الجريمة، تتبعها مشكلات اجتماعية

(1) أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات - القسم الخاص، دار النهضة العربية بالقاهرة، طبعة 2013م، رقم 1092 ص 1371.

(2) راجع في ذلك مؤلفنا بعنوان: النظام الجزائي الخاص في المملكة العربية السعودية والأنظمة المقارنة، مكتبة الرشد بالرياض، الطبعة الأولى 2016م، ص 318.

وسياسية خطيرة تهز التماسك الاجتماعي.

ولهذا تعد جريمة غسل الأموال من أشد الجرائم خطراً على الأمن العام والأمن الاقتصادي بوجه خاص. وفي ضوء ما تقدم، فإن معظم دول العالم لديها تشريعات تجرم غسل الأموال. وبجانب قانون العقوبات الذي تولى مهمة التجريم تنامت القواعد التنظيمية التي تهدف إلى الحيلولة دون غسل الأموال، وهي قواعد تلتزم بها كل من الدول والمؤسسات المالية وغيرها من الجهات العاملة في قطاعي الأعمال العام والخاص والقطاعات المهنية المختلفة. وكان لمجموعة العمل المالي التي أُنشئت في عام 1989م فضل كبير في وضع السياسات والقواعد التي تكافح في ضوئها جريمة غسل الأموال. وقد اهتم المشرع المصري بمواجهة هذه الظاهرة، فأصدر القانون رقم 80 لسنة 2002م بإصدار قانون مكافحة غسل الأموال، وأجرى عليه تعديلين: أولهما بالقانون رقم 78 لسنة 2003م، والآخر بالقانون رقم 181 لسنة 2008م. وصدرت اللائحة التنفيذية لهذا القانون بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم 951 لسنة 2003م. كما اهتم الفقه الجنائي المصري بدراسة هذه الظاهرة⁽¹⁾.

ولما كانت هذه الأنشطة والأعمال المشبوهة مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية، ونظراً لقناعة المملكة العربية السعودية بالآثار السيئة الناتجة عن هذه الجرائم على الاقتصاد المشروع وعلى كافة النواحي الأمنية والاجتماعية، فقد حرصت المملكة العربية السعودية، بكونها بلد الحرمين الشريفين، على مواكبة الجهود الدولية المبذولة لمكافحة غسل الأموال، فكتفت جهودها لكبح هذه

(1) أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، رقم 1092 ص 1373؛ سليمان عبد المنعم، التكييف القانوني لظاهرة غسل الأموال، دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية، سنة 1995؛ هدى فشقوش، جريمة غسل الأموال في نطاق التعاون الدولي، دار النهضة العربية بالقاهرة، سنة 1998؛ إبراهيم عيد نايل، المواجهة الجنائية لظاهرة غسل الأموال، دار النهضة العربية بالقاهرة، سنة 1999؛ محمد مصباح القاضي، ظاهرة غسل الأموال ودور القانون الجنائي في الحد منها، دار النهضة العربية بالقاهرة، سنة 2000؛ محمود كبش، السياسة الجنائية في مواجهة غسل الأموال، دار النهضة العربية بالقاهرة، طبعة ثانية سنة 2001؛ أشرف توفيق شمس الدين، تجريم غسل الأموال في التشريعات المقارنة، دار النهضة العربية بالقاهرة، سنة 2001؛ ودراسة نقدية لقانون مكافحة غسل الأموال الجديد في القانون المصري، دار النهضة العربية بالقاهرة، سنة 2003؛ محسن الخضيرى، غسل الأموال، مجموعة النيل العربية، سنة 2003؛ عبد الفتاح سليمان، مكافحة غسل الأموال، دار علاء الدين للطبع والنشر، سنة 2003؛ محمود شريف بسيوني، في غسل الأموال، دار الشروق، سنة 2004؛ عزت محمد السيد العمري، جريمة غسل الأموال، رسالة دكتوراه، حقوق المنصورة، سنة 2005؛ فيصل سعيد أحمد الميل، السياسة الجنائية في مواجهة ظاهرة غسل الأموال، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، سنة 2007؛ علي فاروق علي، التعاون الدولي في مجال مكافحة غسل الأموال المتحصلة من الجريمة المنظمة وجرائم المخدرات في ضوء القانون الدولي العام، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، سنة 2008؛ سري محمود صيام، دراسة حول التشريع المصري لمكافحة غسل الأموال وآليات تفعيله، الإدارة العامة للتشريع بوزارة العدل المصرية.

الجرائم، ومتابعة مصادرها، ومحاربة كافة أنشطتها، كما بذلت جهوداً داخلية موسعة انتشرت في كافة أرجاء المملكة من أجل الحد من عمليات تمويل هذه الأنشطة والأعمال المشبوهة، وأصدرت السلطة التشريعية الأنظمة الصارمة التي تجرمها وتعاقب عليها، ومن ذلك موافقة مجلس الوزراء السعودي على مشروع نظام مكافحة غسل الأموال بالقرار رقم 167 بتاريخ 1424/6/20 هـ الموافق 2003/8/18م الذي تمت المصادقة عليه بموجب المرسوم الملكي رقم م/39 بتاريخ 1424/6/25 هـ الموافق 2003/8/23م، ثم صدر بعد ذلك نظام جديد لمكافحة غسل الأموال بموجب المرسوم الملكي رقم م/31 بتاريخ 1433/5/11 هـ الموافق 2012/4/3م، فأصبحت بموجب هذه التشريعات والأنظمة المملكة العربية السعودية ضمن الدول التي اتخذت خطوات مهمة لمكافحة غسل الأموال.

المبحث الثاني:

آليات وسبل مكافحة الجريمة الاقتصادية

لمواجهة التزايد المستمر لظاهرة الجريمة الاقتصادية، تداعت الدول، والأمم المتحدة، والمنظمات الدولية والإقليمية، منذ بداية النصف الثاني من القرن الماضي للتصدي لظاهرة الإجرام الاقتصادي، ومكافحتها والوقاية منها بمختلف الأساليب والوسائل. فقد سنت القوانين، وعقدت المؤتمرات والندوات ووضعت السياسات والاستراتيجيات والخطة، ومع ذلك فإن المشكلة ظلت قائمة وحدتها ما تزال في تزايد مستمر.

إن التطور الاقتصادي في حركة متسارعة والثغرات التي يحدثها هذا التطور في التنظيم الاقتصادي تتكاثر يوماً بعد يوم، ووسائل انتهاك هذا التنظيم متوافرة في أيدي مالكي الثروة والسلطة الاقتصادية، ومتاحة لهواة العبث بالأمن الاجتماعي والأمن الاقتصادي.

فإن ظاهرة الجريمة الاقتصادية تدعونا في المرحلة الراهنة إلى استنهاض الجهود المحلية والإقليمية والدولية، وتكثيفها من جديد، لدراسة هذه الظاهرة وتحليلها ومناقشتها واقتراح حلول لمكافحتها والوقاية منها تتلاءم مع طبيعة المرحلة القادمة، لعل ذلك يسهم في الحد من مخاطرها وإيقاف سرعة انتشارها والتقليل من آثارها السلبية على الفرد والمجتمع.

ومن هذا المنطلق فيجدر بنا لاستيضاح سبل مكافحة الجريمة الاقتصادية أن نتعرض أولاً لسبل هذه المكافحة على الصعيد الدولي، ثم نعرض بعد ذلك لسبل المكافحة على الصعيد الإقليمي، وذلك على النحو التالي.

المطلب الأول

مكافحة الجريمة الاقتصادية على الصعيد الدولي

لقد لقيت مسألة مكافحة الجرائم الاقتصادية اهتماماً كبيراً في التشريعات الوطنية وفي خطط مكافحة الجريمة والوقاية منها، التي تدخلها الدول عادة في خطط سياستها الجنائية، كذلك فقد لقيت هذه المسألة بالمقابل، اهتماماً دولياً لا يقل أهمية وفعالية عن الاهتمام المحلي، وقد ظلت الجهود الدولية والإقليمية والمحلية خلال النصف الثاني من القرن الماضي متكيفة وتسير في خط واحد تقريباً، وتسعى لتحقيق هدف مشترك في جميع القضايا المتعلقة بمكافحة الجرائم الاقتصادية، والظواهر الانحرافية والإجرامية المتعارضة مع السياسة الاقتصادية للدول (1).

ولعل من أهم جهود المجتمع الدولي في هذا المجال ما يلي :-

الفرع الأول: المؤتمر الدولي السادس لقانون العقوبات - روما 1953م

كانت الجمعية الدولية لقانون العقوبات من أوائل المنظمات الدولية التي أولت اهتماماً خاصاً بالجرائم الاقتصادية والظواهر الانحرافية التي تنشأ عن ممارسة النشاط الاقتصادي المتعلق بالسياسة الاقتصادية للدولة والوقاية منها. فعقدت سادس مؤتمر دولي لها في روما عام 1953م، وهو أول مؤتمر دولي يكرس بكامله لدراسة ومعالجة قضايا الجرائم الاقتصادية، وبعد دراسات طويلة ومكثفة لهذه الظاهرة الخطيرة والتي تنذر بخطر أكبر في المستقبل مع توسع مجالات النشاط الاقتصادي انتهت في الجانب المتعلق بمكافحة الجرائم الاقتصادية والوقاية منها إلى التوصيات التالية :-

- 1- يتكون قانون العقوبات الاقتصادي الاجتماعي من النصوص الجزائية للقانون الاجتماعي الاقتصادي وهو جزء من قانون العقوبات الخاص، كما هو الشأن بالنسبة لقانون العقوبات الضريبي لأنه يشتمل على أحكام خاصة يتوقف نجاحه على مراعاتها.
- 2- لا بد قبل كل شيء من إحكام وسائل الوقاية، فهي وسائل فعالة في كفاءة تنفيذ خطة الدولة التي قد تهدد بعمليات ضارة في أي مرحلة من مراحلها المترابطة.
- 3- إن كثرة التعديلات التي تدخلها الدولة على النصوص التي تتوسل بها لحماية مصالحها الاقتصادية يتطلب الدقة في صياغة هذه النصوص، كما يتطلب إيصالها إلى الجمهور بكل وسائل الإعلام فلا

(1) عبود السراج، مكافحة الجرائم الاقتصادية والظواهر الانحرافية، بحث منشور ضمن فعاليات الندوة العلمية الحادية والأربعون بعنوان: الجرائم الاقتصادية وأساليب مواجهتها، في الفترة من 28 - 30 سبتمبر 1996م، إصدارات مركز الدراسات والبحوث بأكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية بالرياض، طبعة 1418هـ - 1998م، ص 95.

يكتفي بنشرها في الجريدة الرسمية، ويجب استبعاد كل أثر رجعي لها.

4 - تتطلب المعاقبة على الجرائم الاقتصادية توسعاً في فكرة الفاعل وأشكال الإسهام الجنائية وإمكان تطبيق الجزاءات الجنائية على الأشخاص المعنوية.

5- فيما يختص بالجزاءات التي تقرر للجرائم الاقتصادية فضلاً عن الحبس والغرامة وعضواً عنها يحسن تقرير جزاءات أخرى يحكم بها القضاء، مثل : حظر ممارسة المهنة ونشر الحكم والمصادرة الخاصة، ويجب ألا تقتصر المصادرة على الأشياء محل الجريمة أو المملوكة للمتهم ولكن تجب المحافظة على حقوق الغير.

الفرع الثاني: المؤتمر الخامس للأمم المتحدة للوقاية من الجريمة - جنيف 1975م

طرح موضوع الجرائم الاقتصادية (في إطار الجرائم المستحدثة) لأول مرة على صعيد الأمم المتحدة في المؤتمر الخامس للأمم المتحدة للوقاية من الجريمة الذي عقد في جنيف من 1 - 12 سبتمبر 1975م.

وقد تناول المؤتمر بالبحث والدراسة أشكال الجرائم المستحدثة وأبعادها على الأصعدة المحلية والإقليمية والدولية، وأعطى اهتماماً خاصاً للجرائم الاقتصادية وما يتصل بها أو يتفرع عنها من جرائم أخرى، كالجرائم المنظمة، وجرائم أصحاب الياقات البيضاء، والرشوة على مستوى الشركات الكبرى وأصحاب النفوذ، والجرائم المتعلقة بسرقة الآثار الفنية والثقافية والإرهاب والعنف وجرائم المخدرات.

ووجه المؤتمر اهتماماً خاصاً لأساليب ووسائل مواجهة الظواهر الإجرامية والانحرافية المتعلقة بالنظام الاقتصادي للدولة وبسياستها الاقتصادية وأشكال احتواء هذه الظواهر ومعالجتها والوقاية منها، ولاسيما في وقت ظهرت فيه معطيات جديدة ناتجة عن تطور أشكال الإجرام في العالم واتساع رقعته.

الفرع الثالث: المؤتمر السادس للأمم المتحدة للوقاية من الجريمة - كاراكاس 1980م

أولى المؤتمر السادس للأمم المتحدة للوقاية من الجريمة، المنعقد في كاراكاس (فنزويلا) في الفترة من 25 أغسطس إلى 5 سبتمبر 1980م، اهتماماً خاصاً للمخالفات والجرائم الناتجة عن النشاط الاقتصادي، بوجه عام وركز دراساته على موضوعين رئيسيين هما : جرائم الشركات المتعددة الجنسية، وجرائم أصحاب النفوذ الاقتصادي والسياسي.

وقد تم إلقاء الضوء على السلبات الناتجة عن تمرکز الشركات الكبرى في البلدان الأجنبية

والتي من بينها ما يلي :-

1- التدخل في السياسة المحلية بغية الحصول على أكبر قدر من الامتيازات والحماية وجود الشركة المصادرة أو التأميم، وهذا التدخل فتح الباب للرشوة وفساد ضباط المسؤولين والموظفين في الدولة مقر فرع الشركة.

2- دخلت تلك الشركات لعبة التحالف والاندماج مع الشركات المحلية لتحقيق عدة أهداف منها: التخلص من الضرائب، والإسك بزماء عملية العرض والطلب، والتحكم بالأسعار.

3- تهريب الأرباح خارج البلاد، استناداً إلى ثغرات وهمية تدفع إلى مكاتب الدراسات الفنية والتجهيز والصيانة والتأمين، وهذه المكاتب تابعة في الحقيقة للشركة الأم، أو حليفة لها، أو مندوجة معها، وقد ذكرت أحد التقارير التي أعدت في نطاق الأمم المتحدة أن مليارات الدولارات هربت من الدول النامية تحت ستار ثغرات وهمية ذكرت الشركات في بياناتها السنوية.

ونظراً لأهمية موضوع النشاطات الاقتصادية غير المشروعة التي تمارسها بعض الشركات المتعددة الجنسية فقد طلب المشاركون في المؤتمر من الأمانة العامة للأمم المتحدة إعداد الدراسات اللازمة واقترح الحلول المناسبة لعرضها على المؤتمر السابع للأمم المتحدة للوقاية من الجريمة الذي سيعقد في ميلانو عام 1985م.

كما اهتم المؤتمر السادس للأمم المتحدة بجرائم أصحاب النفوذ الاقتصادي والسياسي، ولاحظ المؤتمر أن هؤلاء الأشخاص يرتكبون جرائم الرشوة وتقااضي العمولات والاشتراك في الجرائم المنظمة كالالتجار بالخدرات والأسلحة والرقيق الأبيض، والاعتداء على البيئة، كما يرتكبون جرائم الغش في الحسابات وفي المعاملات المصرفية، والتحالفات المجرمية، والتهرب من الضرائب، وتهريب الأموال وتداول العملات الأجنبية وتهريبها.

ولمواجهة هذه الجرائم قدم إلى المؤتمر العديد من المقترحات من أهمها :-

1- إن النظام القانوني والقضائي في العالم لا يفي بالحاجة الماسة للتصدي لمثل هذه الجرائم الاقتصادية، التي تحدث أضراراً بالغة بالمواطنين، لهذا لا بد من تشكيل لجان أو هيئات متخصصة تحول سلطة مواجهة هذه الجرائم واتخاذ التدابير والقرارات اللازمة دون التقييد بالأصول العادية المعمول بها أمام المحاكم الجزائرية بالنسبة للجرائم التقليدية.

2- ورأى بعض الأعضاء المشاركين في المؤتمر أنه من الأفضل تطوير الأجهزة القضائية الحالية وتخصيص بعض النيابة العامة والقضاة والمحاكم للتحقيق في هذه الجرائم ومحاكمة مرتكبيها.

3-تنظيم حلقات دراسية حول الجرائم الاقتصادية على مختلف المستويات المحلية والإقليمية والدولية.

الفرع الرابع:- المؤتمر السابع للأمم المتحدة للوقاية من الجريمة - ميلانو 1985م

أدرج المؤتمر السابع للأمم المتحدة للوقاية من الجريمة المنعقد في ميلانو بين 26 أغسطس إلى 6 سبتمبر 1985م، موضوع الجرائم الاقتصادية من بين موضوعاتها الرئيسية أيضًا وتناول هذا الموضوع بالدراسة في ضوء التوصية الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في أول مايو 1974م، وتوصيات عديدة أخرى لاحقة نادت بوجوب إقامة نظام اقتصادي دولي عادل.

الفرع الخامس:- المؤتمر الثامن للأمم المتحدة للوقاية من الجريمة - هافانا 1990م

لم يكن موضوع الجرائم الاقتصادية من موضوعات المؤتمر الثامن للأمم المتحدة للوقاية من الجريمة المنعقد في هافانا في الفترة من 27 أغسطس إلى 7 سبتمبر 1990م إلا أن المؤتمر بحث في وسائل مواجهة الجرائم التي ترتكبها الشركات المتعددة الجنسية من خلال نشاطاتها في مختلف الدول، والجرائم التي ترتكبها المافيات المسيطرة على بعض مصادر الإنتاج والتسويق والتوزيع المتحكمة بأسعار المواد ونوعيتها وكميتها.

كما بحث المؤتمر في نشاطات ذوي النفوذ الذين يستغلون مراكزهم في الدولة ونفوذ المؤسسات الاقتصادية الكبرى للقيام بصفقات تجارية غير قانونية تستعمل في تحقيقها مختلف الوسائل غير المشروعة.

المطلب الثاني

مكافحة الجريمة الاقتصادية على الصعيد الإقليمي

ظهر أول موقف عربي موحد لمكافحة الجرائم الاقتصادية بالدعوة إلى عقد الحلقة العربية الأولى للدفاع الاجتماعي في القاهرة في الفترة من 31 يناير إلى فبراير 1966م، لبحث موضوع: وسائل الدفاع الاجتماعي ضد الجرائم الاقتصادية.

وقد أعدت المنظمة العربية للدفاع الاجتماعي لهذه الحلقة دراسات وبحوث وإحصاءات مكثفة قام بها عدد من الباحثين العرب، عن الجرائم الاقتصادية في الوطن العربي، فجاءت أيام انعقادها في القاهرة تظاهرة كبرى ضد الظواهر الانحرافية والإجرامية المتعلقة بالنشاط الاقتصادي، وبعد شروح وتحليلات ومناقشات مطولة أقرت الحلقة عددًا من التوصيات الأساسية التي يمكن أن تكون نقطة بداية ومصدر إيجاء للدول العربية ليضع كل قطر في هديها النصوص التشريعية الملائمة

لأوضاعه وظروفه وحاجاته الاقتصادية والمتفقة مع الشريعة الإسلامية والأفكار القانونية السائدة وقواعد القانون العام والإجراءات المتفقة مع العدالة في التجريم والعقاب⁽¹⁾، ومن هذه التوصيات نذكر ما يلي :-

1- يعد جريمة اقتصادية كل عمل يقع بالمخالفة للتشريع الاقتصادي إذا نص على تجريمه سواء في قانون العقوبات أو في القوانين الخاصة بخطط التنمية الاقتصادية.

2- وبالنظر إلى طبيعة الجرائم الاقتصادية ومقدار جسامتها يجوز أن تكون محلاً لجزاءات أو تدابير مدنية أو إدارية أو تأديبية أو جنائية وذلك في الحدود وبالقيود المنصوص عليها صراحة في القانون.

3- يجب على الأخص أن يحدد النظام القانوني حقوق العاملين وواجباتهم في المنشآت كافة، على نحو لا يدع مجالاً لخطأ أو لتحكم في تفسيرها قد يكون سبباً للمتاعب أو تفاوت التقدير.

4- يجب عند الاختيار بين الوجيهين الإداري والجنائي أن تراعى جسامته الخروج على التشريع الاقتصادي. ومن ثم توصي الحلقة بأنه في الجرائم قليلة الأهمية يلجأ بعد إنذار المخالف إذا اقتضى الأمر إلى جزاءات غير الحبس لما له من نتائج وخيمة سواء بالنسبة للمحكوم عليه أو أسرته أو بالنسبة للإنتاج بوجه عام.

5- تعد الجرائم الاقتصادية ذات جسامته خاصة تقتضي مواجهتها بشدة في الحالات التالية:-

- إذا وقعت من موظف عام، أو من شخص يقوم بخدمة عامة أو يتولى منصباً قيادياً يتضمن سلطات ومسؤوليات خاصة.

- إذا وقعت على أموال مما يدخل في أدوات الإنتاج أو وسائل النقل أو التوزيع أو غيرها من أموال الدولة أو الشعب، أو إذا كانت موجهة ضد المنشآت المؤممة أو المعتبرة ذات نفع عام.

- إذا كانت تكشف عن خطورة خاصة في شخص فاعلها بالنظر إلى نواياه أو أساليب نشاطه أو كان من شأن الجريمة أن تلحق ضرراً بالغاً بالتنمية الاقتصادية.

وبعد انقضاء المؤتمر السادس للأمم المتحدة للوقاية من الجريمة الذي انعقد في كاركاس في الفترة من 25 أغسطس إلى 5 سبتمبر 1980م، بعشرة أيام عقدت المنظمة العربية للدفاع الاجتماعي المؤتمر العاشر للدفاع الاجتماعي في بغداد من 15 - 18 سبتمبر 1980م، الذي انضمت أعماله على موضوع واحد وهو: "الجرائم الناشئة عن النمو الاقتصادي" وقد قام المؤتمر بدراسات جديدة

(1) عبود السراج، مكافحة الجرائم الاقتصادية والظواهر الانحرافية، المرجع السابق، ص 113.

للأوضاع الاقتصادية في الوطن العربي، وناقش هذه الدراسات أثناء انعقاده باستفاضة كبيرة وانتهى إلى اتخاذ عدد من التوصيات نذكر أهمها فيما يلي :-

1-تعريف الجريمة الاقتصادية بمفهومها الواسع، بحيث : " تعتبر جريمة اقتصادية جميع الانتهاكات التي تمس الملكية العامة والتعاونية ووسائل الإنتاج وتنظيم الإنتاج الصناعي والزراعي والحرفي بشكل يؤدي إلى الإضرار بالاقتصاد الوطني أو يحقق منفعة شخصية غير مشروعة " .

2-يتمتع القطاع الخاص بحماية تحول دون المساس بالمشروعات الخاصة تحت طائلة التجريم والعقاب. والجدير بالذكر أن المؤتمر أقر مبدأ المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنويين بالإضافة لمسؤولية الشخص الطبيعي الذي يرتكب جريمة لمصلحة الشخص المعنوي.

3-تشديد العقوبات على مرتكبي الجرائم التي ينجم عنها إفساد خطط التنمية وتخريب الاقتصاد الوطني، وذلك بالإضافة إلى اعتماد مبدأ استرداد الربح غير المشروع، والإلزام بتنفيذ ما لم ينفذ من أعمال.

4-تخصيص موظفين مؤهلين لضبط الجرائم الاقتصادية واكتشافها وذلك بتحويلهم دخول الأماكن ذات النشاط الاقتصادي مع ضرورة إحاطتهم بالضمانات المالية والمعنوية، وتخصيص محاكم أو دوائر في المحاكم القائمة للنظر في الجرائم الاقتصادية التي يتولاها قضاة متخصصون، وهذا يوجب إدخال مواد تدريبية في معاهد القضاة تتناول التخطيط الاقتصادي والاقتصاد العام، وأهم الجرائم الناجمة عن النمو الاقتصادي.

وبعد أقل من شهرين من انعقاد المؤتمر العاشر للدفاع الاجتماعي انعقد مؤتمر القمة العربية في عمان خلال شهر نوفمبر 1980م، فأقر معاهدة للاستثمارات العربية ضمن البلدان العربية مع ما سيتبع ذلك من حرية نقل رؤوس الأموال واستثماراتها بين الدول، والضمانات التي تعطي للمستثمرين ولاسيما حمايتهم التامة ضد التأميم وما شاكله من وضع اليد والاستثمار من قبل القطاع العام، كما أوصى المؤتمر بإنشاء محكمة عدل عربية للنظر في الخلافات الناشئة عن النشاطات الاقتصادية.

خاتمة:

يتضح لنا من خلال الدراسة السابقة أن الجريمة الاقتصادية أخذت أبعادًا جديدة في عصر العولمة، فمنها ما هو حديث وظهر لأول مرة نتيجة لظهور بعض التقنيات الحديثة التي اكتشفت أخيرًا، ومنها ما هو قديم ولكن تم الاستعانة بالأساليب الإجرامية الحديثة والمتطورة في تنفيذ

السلوك الإجرامي. ولقد كانت العشرون سنة الأخيرة في أواخر القرن العشرين حافلة بالكثير والمثير من الإنجازات العلمية، بل وفي تطوير بعض تلك الإنجازات الإلكترونية التي ظهرت قبل ذلك. ومع ظهور ملامح العولمة تحت النظام العالمي حيث هنالك الدعوة لحرية الحركة، والتنقل، وفتح الحدود على مصراعها لتنقل الأفراد والأموال مع حرية تحريك الأموال وإلغاء النظم الجمركية والرقابة على العمل. وواكب هذا ظهور العديد من الإنجازات العلمية وظهور الأدوات الإلكترونية الحديثة مع ثورة المعلومات، ما أدى من البعض إلى القول إن العالم أصبح قرية صغيرة. كل ذلك أدى لظهور الجريمة الاقتصادية المستحدثة بشكلها غير المألوف في ظل العولمة. وفيما يلي عرض النتائج والتوصيات التي قد توصلنا إليها من خلال هذه الدراسة المتواضعة.

نتائج البحث:

- 1- إن نظام العولمة سواء أبنينا أم قبلنا سيفرض نفسه علينا، ولو أن تأثيراتها السلبية قد تكون أكثر وأخطر بالنسبة للدول الهشة اقتصاديًا، لكن يبدو أنها ستفرض إرادتها. وما دام الأمر كذلك فيجب عدم الاستسلام وإنما أخذ زمام المبادرة والتعامل معها والاستفادة من إيجابياتها والتقليل من سلبياتها ومنها الجريمة الاقتصادية.
- 2- إن العولمة أحدثت تأثيرات غاية في الأهمية بل وحتى في التفكير، فقد عملت على تحويل الإنسان من المفاهيم الأيدلوجية إلى مفاهيم اقتصادية، مما أدى إلى أن يكون ميزان القوى الاقتصادية في صالح دولة أو عدة دول مقابل البقية من العالم التي قد تعاني من العولمة ومن جرائمها الاقتصادية.
- 3- أصبح للجريمة الاقتصادية مفهومًا جديدًا في عصر العولمة، حيث أصبحت هاجسًا أمميًا للكثير من الدول، عدة جرائم اقتصادية جديدة من أمثلتها: جرائم الحاسب الآلي والإنترنت، غسل الأموال، تزوير بطاقات الائتمان، القرصنة في البرامج، تخريب الاقتصاد بأنواعه المختلفة. وقد اتضح أن هناك صعوبات في حصر حجم نشاط ظاهرة الجريمة الاقتصادية في عصر العولمة، وهي جريمة لا تصل إلى علم السلطات كثيرًا، أي أنها لا تظهر في الإحصاءات الجنائية مجتمعا الحقيقي، وذلك نتيجة للسرية التي تحيط بظروف ارتكابها.
- 4- إن الجريمة الاقتصادية في عصر العولمة هي في أغلبها جريمة عابرة للدول، لذلك تتفرع أنشطتها على نطاق واسع على المستوى المحلي والإقليمي، كما أن الجريمة قد تبدأ في دولة وتكون عابرة ثم تنتهي نتائجها في دولة أخرى.
- 5- من الجرائم الاقتصادية التي انتشرت في عصر العولمة الجريمة المنظمة الاقتصادية لشكلها الحديث

واستعمال الأساليب التقنية الحديثة في نشاطها، وكيف أن نظام السوق الحرة وحرية الانتقال أعطت الجريمة المنظمة رؤية جديدة لتنفس منها. كما أن ثورة المعلومات أعطت الجريمة المنظمة سلاحًا قويًا وهو سرعة الحركة ونقل المعلومات والتحويلات بسرعة فائقة.

6- من الجرائم القديمة الحديثة الشكل في عصر العولمة هي غسل الأموال التي ظهرت بأشكال جديدة وحديثة. واستغل مرتكبو هذه الجرائم التقنيات الحديثة والأجهزة الإلكترونية في إخفاء مصدر المال ونقله بطريقة إلكترونية بدون مشقة حمل المال في حقائب كما كان ذلك في الزمان الغابر. وكذلك الدخول في مشاريع اقتصادية مشروعة بدون الظهور العلني أو الإعلان عن الشخصية الحقيقية أو مصدر المال.

التوصيات:

1- الاهتمام بالتقنية الحديثة الإلكترونية، وثورة المعلومات في مواجهة هذا النشاط الاقتصادي الإجرامي في عصر العولمة.

2- الاتجاه للعلمية في العمل من أجل التصدي للجريمة الاقتصادية الحديثة وذلك بدراسة هذه الظواهر دراسة علمية وطرح المشكلة على أسس علمية ثم التعرف على كيفية مواجهة ذلك النشاط، وإيجاد الحلول لكل القضايا التي تقف في وجه محاربة ذلك النشاط.

3- تعديل التشريعات الموضوعة في حدود ما يسمح بإعطاء الأجهزة المعنية العديد من السلطات التقديرية والمتنوعة لمواجهة ذلك النشاط الاقتصادي الخفي الحديث. وكذلك العمل على استحداث نصوص تغطي نشاطات اقتصادية مضرّة بالاقتصاد لم تكن موجودة أصلاً في التشريعات التقليدية.

4- تربية المواطن وتنشئته على القيم الدينية والأخلاقية، وهذه مهمة يتعاون على القيام بها الدولة والمجتمع والمدرسة والأسرة وأجهزة وسائل الإعلام، وتقوم على غرس الفضيلة في النفوس منذ الطفولة، وتربية الفرد تربية دينية قويمية، وتعويد ضميره على اليقظة والإيثار وحب الناس، وتطهير نفسه من الطمع والجشع والحقد والكراهية.

5- تطوير مؤسسات العدالة الجنائية، ويتم ذلك بتدريب كوادر على درجة كافية من الكفاءة في التعامل مع الجرائم الاقتصادية، سواء في مرحلة التحري وجمع الاستدلالات، أو في المرحلة القضائية التي يتولاها قضاة متخصصون بقضايا الأمن الاقتصادي، يتبعون لقضاء اقتصادي جزائي متخصص في الجرائم الاقتصادية.

6- ترسيخ فكرة التعاون العربي والدولي من أجل مكافحة الجرائم الاقتصادية، فلا يمكن لأي دولة

أن تنجح في مكافحة الجرائم الاقتصادية دون تضافر كافة الجهود العربية والدولية المشتركة، فالوطن العربي عالم واسع ومتصل بعدد كبير من الدول الأجنبية، والجرائم الاقتصادية عابرة للحدود، ومرتكبوها قادرون على التسلل بسهولة من بلد إلى آخر.

قائمة الكتب والمراجع:

أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات - القسم الخاص، دار النهضة العربية بالقاهرة، طبعة 2013م.

أسامه عطية عبد العال، النظام الجزائي الخاص في المملكة العربية السعودية والأنظمة المقارنة، مكتبة الرشد بالرياض، الطبعة الأولى 2016م.

شمير الزغبي، أمين خليفان، ورقة عمل مقدمة في ندوة: العولمة والخصوصية الثقافية العربية عام 1999م.

حسني عبدالسميع، الجرائم الاقتصادية " دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية "، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي - مصر، 2015م.

ذياب موسى البداينة، الجرائم الاقتصادية المستحدثة في عصر العولمة، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر الجريمة الاقتصادية في عصر العولمة، شرطة الشارقة عام 2002م.

ذياب موسى البداينة، جرائم الحاسب الآلي والانترنت، ندوة علمية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية - السعودية، 1999م.

رضا عبد السلام، اقتصاديات الجريمة، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي - مصر.

تهام عبد النعيم، أثر الجرائم الاقتصادية على النمو الاقتصادي، الطبعة الأولى، المكتب العربي للمعارف - مصر، 2015م.

عادل بدر، جرائم الأمن الاقتصادي، الطبعة الأولى، جامعة دمشق - سوريا، 1988م.

عباس أبو شامة، عولمة الجريمة الاقتصادية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية - السعودية، 2007م.

عباس أبو شامة، العولمة وأثارها الأمنية، مجلة الحرس الوطني السعودي - السعودية، العدد 71، 1999م.

عبد الحميد الشواربي، الجرائم الاقتصادية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف - مصر، 2000م.

عبد الرؤوف مهدي، المسؤولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية " دراسة مقارنة " ، الطبعة الأولى، منشأة المعارف - مصر، 1976م.

عبد الفتاح بيومي مجازي، الجريمة في عصر العولمة، الطبعة الأولى، منشأة المعارف - مصر، 2010م.

عبد الفتاح بيومي مجازي، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي - مصر، 2006م.

عبد الله الصعيدي، مفهوم وأماط الجريمة الاقتصادية المستحدثة، مجلة الفكر الشرطي - الإمارات، مجلد 8، العدد 3، 1998م.

عبد الله الصعيدي، نحو مفهوم معاصر للجريمة الاقتصادية، وثائق مؤتمر شرطة الشارقة - الإمارات، المجلد الأول، 2002م.

عبد خرابشة، العولمة الاقتصادية، المعهد الدبلوماسي الأردني بعمان.

عبود السراج، مكافحة الجرائم الاقتصادية والظواهر الانحرافية، بحث منشور ضمن فعاليات الندوة العلمية الحادية والأربعون بعنوان: الجرائم الاقتصادية وأساليب مواجهتها، في الفترة من 28 - 30 سبتمبر 1996م، إشارات مركز الدراسات والبحوث باكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية بالرياض، طبعة - 1998م.

عبود السراج، شرح قانون العقوبات الاقتصادي، جامعة دمشق - سوريا، 1989م.

غالب أحمد عطايا، العولمة وانعكاساتها على الوطن العربي، ورقة عمل مقدمة إلى الملتقى التربوي الأول لمواد الجغرافيا والاقتصاد والدراسات الاجتماعية وعلم النفس، الفجيرة 29 - 30/4/2002م.

فتححي محمد أنور عزت، الجرائم الاقتصادية، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون - مصر، 2010م.

محمد أمين الشوابكة، جرائم الحاسوب والإنترنت، الطبعة الرابعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع - الأردن، 2010م.

محمد لفا المطيري، العولمة وآثارها على الجريمة الاقتصادية، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية - السعودية، 2005م.

محمد محيي الدين عوض، الظواهر الاقتصادية الإجرامية، ندوة علمية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية - السعودية، 1996م.

- محمد محيي الدين عوض، غسل الأموال تاريخه وتطوره وأساليب تجريمه، ندوة علمية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية - السعودية، 1998م.
- نائلة عادل محمد قوره، جرائم الحاسب الآلي الاقتصادية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية - لبنان، 2004م.
- نجلاء عبد الفتاح طه، دور الإعلام في حل القضايا المعاصرة " الإرهاب - جرائم الإنترنت - قضايا العولمة "، الطبعة الأولى، دار التعليم الجامعي - مصر، 2015م.
- نسرین عبد الحمید، الجرائم الاقتصادية " التقليدية - المستحدثة "، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث - مصر، 2009م.
- نهلا عبد القادر المومني، الجرائم المعلوماتية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع - الأردن، 2008م.

الحماية الجنائية للعلامة التجارية كوجه من أوجه الحماية القانونية في القانون الجزائري

تاريخ الإرسال: 2018-01-25

تاريخ القبول: 2018-03-05

تاريخ النشر: 2018-08-03

د/ بن جديد فتحي

أستاذ محاضر صف "أ"

معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي غليزان

ملخص:

يهدف هذا المقال إلى دراسة موضوع الحماية القانونية للعلامة التجارية عن طريق دعوى التقليد التي نظمها قانون 06/03 المتعلق بالعلامات، وكذلك قانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وذلك من حيث القيمة القانونية لهذه الدعوى، ومدى كفايتها في حماية العلامة من أنواع التعدي المختلفة، خاصة وأن المساس بالحقوق الاستثنائية للمالك العلامة له العديد من الأشكال والأنماط المختلفة.

الكلمات المفتاحية: العلامة التجارية، حقوق استثنائية، التقليد، الحماية الجنائية.

Résumé:

Cet article vise à examiner la protection juridique de la marque par la loi 03/06 sur les marques, ainsi que la loi 04/20 pour déterminer les règles applicables aux pratiques commerciales en termes de valeur juridique et l'adéquation de la marque pour protéger la marque contre les types d'infractions. Surtout que la violation des droits exclusifs du titulaire de la marque a de nombreuses formes et modèles différents?

مقدمة:

إن العلامة التجارية موضوع يحتل أهمية كبيرة في مضمون حقوق الملكية الصناعية، نظرا للدور الفعال الذي تلعبه في التقدم الاقتصادي والصناعي لأي بلد. وقد كانت العلامة التجارية موجودة منذ القدم، حيث كانت القبائل العربية تضع الأختام و الوشم على إبلهم لتمييزها، كما استخدم الرومان الكثير من العلامات على المنتجات الفخارية،

_____ الحماية الجنائية للعلامة التجارية كوجه من أوجه الحماية القانونية في القانون الجزائري

أما اليوم فقد شاع استخدام العلامات التجارية حتى غزت عالم الأعمال، فالعلامة لها دور في الحياة الاقتصادية باعتبارها عاملا من عوامل التطور، نظرا لدورها التحفيزي في الإنتاج، وتعتبر اليوم وسيلة قانونية في خدمة إستراتيجية المؤسسات لتوسيع أسواقها، فهي أداة للتعريف بالمنتجات أو الخدمات التي تحملها عبر العالم، كما تعتبر العلامة ذات قيمة مالية تدخل في الذمة المالية للمالكها.

لهذا يعتبر تقليد العلامة ماسا بمصالح صاحب العلامة، ومضرا بحقوقه الاستثنائية، وماسا كذلك بمصالح وصحة المستهلك، باعتبار أن العلامة هي وسيلة للتعرف على المنتجات، فهي رمز للثقة والجودة.

و تقليد العلامة لم يعد مقتصرًا على المنتجات عالية الجودة والمشهورة، وإنما امتد ليشمل كل المنتجات ومهما كانت طبيعتها، والحماية الجزائية المقررة لها ترد عليها في حد ذاتها بغض النظر عن القيمة الاقتصادية للسلعة أو الخدمة المرتبطة بها.

ومع تزايد ظاهرة التقليد وتطور الأساليب الاحتمالية في ذلك، يطرح التساؤل دوما حول الحماية الجنائية للعلامة التجارية كوجه من أوجه الحماية القانونية، وهل تعتبر العقوبة المقررة كافية للردع؟

لهذا سأقسم هذه الدراسة إلى مباحث ثلاث، الأول نخصه لتعريف تقليد العلامة التجارية والثاني نخصه لشروط الحماية الجزائية للعلامة، أما المبحث الثالث فنتناول فيه العقوبات المقررة لها من التقليد.

المبحث الأول: التعريف بتقليد العلامة التجارية

لا بد علينا أولاً أن نعرف العلامة التجارية في المطلب الأول ثم إلى تعرف التقليد في المطلب الثاني.

المطلب الأول تعريف العلامة:

سننظر إلى التعريف الفقهي ثم للتعريف الذي جاءت به الاتفاقيات الدولية والقوانين المقارنة.

أولاً: التعريف الفقهي للعلامة التجارية.

هي كل أثر في الشيء للدلالة عليه ومعرفته وتمييزه عن غيره، وهي مشتقة من العلم بمعنى المعرفة¹، فهي إشارة ظاهرة يستعملها أو يرد استعمالها أي شخص لتمييز بضائعه أو منتجاته أو خدماته عن بضائع أو منتجات أو خدمات غيره²، فالعلامة التجارية تعتبر وسيلة من وسائل المنافسة المشروعة بين المنتجين والتجار شأنها شأن بقية حقوق الملكية الصناعية، بحث يتخذ أحد التجار أو المنتجين علامة تجارية أو صناعية معينة تميزا لبضائعه أو منتجاته، وفي الوقت نفسه يمنع عن غيره من التجار والمنتجين استخدام نفس هذه العلامة لتمييز سلع مماثلة³.

وهناك من عرفها بأنها كل إشارة أو دلالة مميزة يتخذها الصانع أو التاجر أو مقدم الخدمة لتمييز صناعته أو خدماته عن مثيلاتها وقد تكون مملوكة لشخص طبيعي أو معنوي وتكون متميزة حينما تتخذ شعارا خاصا بها وتشمل الأسماء أو الكلمات أو الإمضاء أو الحروف أو الأرقام أو الرسوم أو الألوان أو الرموز أو العناوين أو الأختام أو النقوش أو الإعلانات أو الشكل أو الصور أو أي مزيج من ذلك⁴، وبالرجوع لكل هذه التعريفات نجدتها تتقاطع حول فكرة واحدة اختصرها جاك أزيمّا "Jacques Azéma" بقوله: "كل إشارة توضع على منتجات أو خدمات مؤسسة قصد تمييزها عن تلك المنافسة لها"⁵

ثانيا: تعريف العلامة التجارية في الاتفاقيات الدولية والقوانين المقارنة.

نصت اتفاقية تريبس في مادتها 1/15 منها أن: "العلامة التجارية هي كل إشارة يمكن أن تشكل علامة شرط أن تكون قادرة على تمييز السلع والخدمات التي تنتجها منشأة من تلك

¹ - إيناس مازن فتحي الجبارين، الحماية المدنية للعلامة التجارية غير المسجلة وفقا للقوانين الأردنية، أطروحة دكتوراه في القانون، 2010، جامعة الشرق الأوسط، ص 24، محل بتاريخ 2017/07/01 طريق الانترنت:

https://meu.edu.jo/libraryTheses/58e093e27a511_1.pdf

² - حمدي غالب الجفيري، العلامات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011، ص 42

³ - محمد حسنين، الوجيز في الملكية الفكرية، المؤسسة العمومية للكتاب، الجزائر، 1985، ص 197

⁴ - بوشطولة بسمة، الحماية القانونية للعلامة التجارية، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال، 2015/2014، كلية الحقوق، جامعة سطيف، ص 02.

⁵ - وليد كحول، المسؤولية القانونية عن جرائم التعدي على العلامات، أطروحة دكتوراه في القانون ص 13، نقلا عن نعمة علواش، العلامات في مجال المنافسة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص 14.

_____ الحماية الجنائية للعلامة التجارية كوجه من أوجه الحماية القانونية في القانون الجزائري

التي تنتجها المنشأة الأخرى صالحة بأن تكون علامة تجارية وتكون هذه العلامات لا سيما الكلمات التي تشمل أسماء شخصية وحروفا وأرقاما وأشكالا ومجموعات ألوان وأي مزيج من هذه العلامات مؤهلة للتسجيل كعلامة تجارية¹، أما المشرع الفرنسي فقد عرف العلامة التجارية في المادة 711-1 من قانون الملكية الفكرية بأنها: "علامة قادرة على تمثيل رسومي يستخدم للتمييز بين السلع أو الخدمات لشخص طبيعي أو اعتباري، وعلى وجه الخصوص، قد تشكل هذه العلامة:

(أ) الطوائف بجميع أشكالها مثل: الكلمات، وجمعيات الكلمات، والألقاب والأسماء

الجغرافية، والأسماء المستعارة، والحروف، والأرقام، والمختصرات

(ب) الإشارات الصوتية مثل: الأصوات، العبارات الموسيقية؛

(ج) العلامات التصويرية مثل: الرسومات، والملصقات، والأختام، والسلع، والانتصارات، والصور الهولوجرام، والشعارات، والرسومات الحاسوبية؛ ولا سيما منتجات المنتج أو عبواته أو تلك التي تميز الخدمة؛ والترتيبات، تركيبات أو ظلال من الألوان².

والملاحظ على المشرع الفرنسي أنه اعتمد في تعريفه للعلامة على الأشكال التي تتخذها

مثلا جاء في اتفاقية تريبس الدولية - وإن نصت على عدة صور من باب الأمثلة لا الحصر - فلم ينص على العلامات المجسمة التي تُرى على شكل السلع نفسها أو كيفية تغليفها.

كما أن هذا التعريف لم يبين الدور الهام للعلامة بالنسبة للصانع والتاجر، بل اكتفى بالاعتراف لكل شخص معنوي أو طبيعي أن يتخذ علامة معينة لمنتجه، وتجاوز أهمية العلامة التي تعتبر أحد أساليب تحديد مصدر السلع والخدمات، فيستطيع من خلالها المستهلك تمييز المنتجات، وهي ضمانة من الغش والخداع الناتج عن استعمال بعض التجار للوسائل الاحتمالية³.

¹ - اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية، تريبس، المنبثقة عن منظمة التجارة العالمية، 1994، محملة من الانترنت بتاريخ 2017/07/01 عبر الرابط:

www.wipo.int/wipolex/ar/treaties/details

² - Article L711-1 Créé par Loi 92-597 1992-07-01 annexe JORF 3 juillet 1992, Code de la propriété intellectuelle sur le site : <https://www.legifrance.gouv.fr>.

³ - بوقبجة نجية، المنافسة غير المشروعة في ميدان الملكية الفكرية، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة الجزائر، 2014، ص 19.

_____ الحماية الجنائية للعلامة التجارية كوجه من أوجه الحماية القانونية في القانون الجزائري

في حين نجد أن بعض التعاريف أكدت على الدور المرجو من العلامة في تعريفها، مثلما فعل المشرع الأردني في المادة الثانية من القانون الخاص بالعلامات التجارية الأردني فعرف العلامة بأنها: "أي إشارة ظاهرة يستعملها أو يريد استعمالها أي شخص لتمييز بضاعه أو منتجاته أو خدماته عن بضائع أو منتجات أو خدمات غيره"¹، وقد وافقه في ذلك القضاء الأردني بالقول أن العلامة هي: "مؤلفة من حروف أو رسوم أو علامات أو خليط من هذه الأشياء ذي صفة فارقة وعلى شكل يكفل تمييز بضائع غيره من الناس"².

وقد تجاوز المشرع الجزائري هذه الإشكالية فأخذ بالأمرين معا، حيث عدد بعض الصور التي ترد على العلامة ومن جهة ثانية بين الهدف من إنشاء العلامة في نص المادة الثانية من الأمر 06/03 المتعلق بالعلامات جاء فيه: "العلامة كل الرموز القابلة للتمثيل الخطي لا سيما الكلمات بما فيها أسماء الأشخاص والأحرف والأرقام والرسومات والإشكال المميزة للسلع أو تزيينها والألوان بمفردها أو مركبة التي تستعمل كلها لتمييز سلع أو خدمات شخص طبيعي أو معنوي عن سلع وخدمات غيره"³.

المطلب الثاني تعريف التقليد:

التقليد هو اصطناع علامة مطابقة تماما للعلامة الأصلية، فهو الاختصار على مجرد نقل العناصر الأساسية للعلامة أو نقل بعضها نقلا حرفيا مع إجراء بعض الإضافات والتغييرات، فيصعب التفرقة بين الأصلي والمقلد⁴.

فلتزييف أو التقليد يتمثل في الاستخدام غير المشروع لعنصر الملكية المحمي، وهي تتميز باستنساخ العناصر الأساسية والمميزة للعلامة التجارية، تصميم أو نموذج يهدف إلى خلق الارتباك في ذهن المستهلك⁵.

¹ - قانون العلامات التجارية الأردني، رقم 34 لسنة 1999، المنشور على الجريدة الرسمية 4389، للإطلاع عليه عبر النت:

http://www.wipo.int/wipolex/ar/text.jsp?file_id=221223

² - محكمة العدل العليا الأردنية قرار 88/49 بتاريخ 1988/12/31، أشار إليه إيناس مازن فتحي الجبارين، المرجع السابق، ص 26

³ - المادة الثانية من الأمر 06/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالعلامات التجارية، ج ر رقم 44.

⁴ - وقريبا من هذا المعنى ينظر: فسرين بلهوارى، حماية حقوق الملكية الفكرية في القانون الجزائري، دار بلقيس الجزائر، ص 26

⁵ - Edith Lagarde-Bellec ; Contrefaçon de marque : critère d'appréciation du risque de confusion, sur le site : www.lagardebellec-avocats.fr

_____ الحماية الجنائية للعلامة التجارية كوجه من أوجه الحماية القانونية في القانون الجزائري

وهذا ما أخذ به المشرع الفرنسي حين أكد على تعريف التقليد من خلال بيان حالاته ومظاهره، في المادة..... جاء فيها: " ..استنساخ أو استخدام أو تركيب علامة مستنسخة للسلع أو الخدمات المماثلة لتلك المحددة في التسجيل، تقليد العلامة واستخدام العلامة المقلدة"¹.

أما في التشريع الجزائري فنجد أنه قد أخذ بالمفهوم الواسع للتقليد فنصت المادة 26 منه بأنه: "كل عمل يمس بالحقوق الاستثنائية لعلامة قام الغير خرقا لحقوق صاحب العلامة". فكل فعل أو تصرف يمس بحقوق مالك العلامة التجارية المنصوص عليها في المواد 28 و 29 و 30 من قانون العلامات يعتبر تقليدا، فتقوم جريمة استعمال علامة مطابقة بمجرد القيام بعملية نقل العلامة التجارية نقلا مطابقا للعلامة الأصلية المحمية، فيكفي لقيام الجنحة إثبات أن الفعل يتمثل في اصطناع علامة مطابقة تماما للعلامة الأصلية²، ووضعها على منتج أو خدمة قصد الاستغلال التجاري، كما يشمل كل التصرفات التي من شأنها المساس بحقوق صاحب العلامة، وبالتالي يدخل ضمنها تقليد العلامة وتشبيهها، واستعمال العلامة المقلدة أو المشبهة وبيع منتجات عليها علامة مقلدة أو عرض هذه المنتجات للبيع.

المبحث الثاني: شروط الحماية الجزائية للعلامة التجارية:

يشترط لحماية العلامة التجارية جنائيا من التعدي عليها بالتقليد، توفر الأركان الخاصة بنشوء جريمة التقليد لتحريك دعوى التقليد، طبقا للتشريع الخاص بالعلامات التجارية، لكن المشرع اشترط أيضا قيام صاحب العلامة بتسجيلها، واتباع الإجراءات القانونية اللازمة لذلك لدى المصلحة المختصة المتمثلة في المعهد الوطني للملكية الصناعية، فلا تنشأ الحماية الجنائية حتى

¹ -Article L713-3 : « Sont interdits, sauf autorisation du propriétaire, s'il peut en résulter un risque de confusion dans l'esprit du public :

a) La reproduction, l'usage ou l'apposition d'une marque, ainsi que l'usage d'une marque reproduite, pour des produits ou services similaires à ceux désignés dans l'enregistrement ;

b) L'imitation d'une marque et l'usage d'une marque imitée, pour des produits ou services identiques ou similaires à ceux désignés dans l'enregistrement» Code de la propriété intellectuelle sur le site : <https://www.legifrance.gouv.fr>

² - مصطفى كمال طه، القانون التجاري، الأعمال التجارية والتاجر والشركات التجارية والملكية التجارية والصناعية، دار الجامعة للطباعة والنشر، 1982، ص 754.

_____ الحماية الجنائية للعلامة التجارية كوجه من أوجه الحماية القانونية في القانون الجزائري

تكون العلامة مسجلة بشكل صحيح، مع توفر كل من الركن المعنوي والقانوني والمادي لجريمة التقليد¹.

المطلب الأول: الركن الشرعي والمعنوي.

بالرجوع للمواد 32 و 33 من الأمر 06/03 والمادة 38 من القانون 02/04 نجد

كلها تنص على الركن القانوني لجرائم المساس بالعلامات التجارية.

أما العنصر المعنوي فلا يشترط توفر القصد الجنائي الخاص أو توفر سوء النية في مرتكب الفعل، خاصة وأن جريمة تقليد العلامة التجارية من الجرائم المتعددة الأهداف، فمن جانب يكون الاعتداء على الحق المادي والمعنوي لمالك العلامة، ومن جانب آخر يهدف لغش المستهلك وتضليله، لأن واقعة تسجيل العلامة لدى المعهد تعتبر بمثابة قرينة على علم الغير بها، وعلى الأساس تقدير مدى وجود فعل التقليد من عدمه من الأمور الواقعية التي يترك لقاضي الموضوع سلطة تقديرها، كأن يعتمد على مدى التشابه العام فنظر إلى العناصر الجوهرية والمميزة للعلامة المحمية أكثر من الفروق الجزئية أو الطفيفة التي لا يستطيع المستهلك ملاحظتها، فقد اعتبرت المادة 26 من الأمر 06/03 القيام بأي عمل يمس حقوق صاحب العلامة جنحة يعاقب عليها، ولم يشترط النص لقيام الجنحة ضرورة توفر العمد أو سوء النية، وعلى هذا الأساس توصل القضاء إلى وضع معايير لتقدير التشابه²:

أولاً: العبرة بأوجه الشبه بين العلامتين لا بأوجه الاختلاف.

يجب عند قيام المقارنة بين العلامة الأصلية والعلامة المدعى بتقليدها الاعتداد بأوجه الشبه بينهما لا بأوجه الاختلاف³ فالتقليد يقوم إذا ما وصل التشابه بين العلامتين إلى حد إيقاع الغير في الغلط والالتباس بصرف النظر عما يوجد بينهما من اختلاف على هذا الأساس قدرت المحاكم الجزائرية أن علامة "Banita" الممنوحة للعطر المسمى بذلك تعد تقليداً لتسمية

¹ - خالد محمد سعد الرشيد، الحماية الجنائية للعلامات التجارية في النظام السعودي، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، المملكة السعودية، 2003، ص 125 وما يليها.

² - مبارك ميلود، حياة حقوق الملكية الصناعية من المنافسة غير المشروعة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2017/2016، ص 356

³ - لمزيد من التفصيل ينظر: بوشطولة بسمة، المرجع السابق، ص 42.

_____ الحماية الجنائية للعلامة التجارية كوجه من أوجه الحماية القانونية في القانون الجزائري "Habanita" أما التقليد الكلي للعلامة التجارية فيعاقب عليه بحد ذاته ولو لم يعرض المستهلك للخط بين العلامتين الأصلية والمقلدة.¹

ثانياً: العبرة بالمظهر العام للعلامتين.

العبرة عند المقارنة بين العلامة الأصلية والمقلدة بالتشابه بينهما في مظهرهما العام لا في تفاصيلهما أو جزئيتها أي مدى المحاكاة الإجمالية التي تدل على السمات البارزة للعلامة الأصلية مثل الكلمات والرسوم والأوان وغيرها²، فالعبرة في الصورة العامة التي تطع في الذهن نتيجة تركيب هذه الصورة أو الرموز مع بعضها، وللشكل الذي تبرز به علامة أو أخرى بصرف النظر عن العناصر التي تتركب منها، فالعبرة بتقليد الشكل العام للعلامة في مجموعها والذي تدل عليه السمات البارزة فيها دون تفاصيلها الجزئية، وقد اعتبر القضاء الجزائري في قضية بين شركة (PIVER) ضد شركة الرياض بالنسبة لعلامة (Rêve d'or) وعلامة (Rêve disère) أن العلامتين متشابهتين لأن المظهر العام يوحي أنها متشابهتين رغم اختلافهما في الجزئيات.³

ثالثاً: العبرة بالمستهلك المتوسط الحرص.

يتعين أن تكون العبرة عند النظر للعلامة الأصلية والعلامة المدعى بتقليدها عند تقدير توافر التقليد من عدمه على المستهلك العادي المتوسط الحرص والانتباه، إذ المعيار في هذا الصدد ليس المستهلك الشديد الحرص الذي يكثر من الفحص والتدقيق قبل الشراء⁴، ولا المستهلك الغافل والمتراخي الذي يقتني السلع دون إن يجري الفحص العادي الذي يقضي به العرف، على هذا الأساس اعتبر قضاء محكمة الجزائر انه يمكن للمستهلك أن يقع في غلط بين علامة Singer و Sincer.⁵

¹ - قرار مجلس قضاء الجزائر الصادر في 30 جانفي 1969، قضية (أ س) وشركة (Molinard) ضد (ق.و شركة الرياض) غير منشور، نقلا عن فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، التمهيش، ص 261.

² - بوشطولة بسمه، المرجع السابق، ص 43.

³ - قرار محكمة الجزائر، القسم التجاري، 3 يونيو 1971، قضية شركة PIVER ضد شركة الرياض، غير منشور، نقلا عن فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، التمهيش، ص 262.

⁴ - صلاح سليمان الاسمر، العلامة التجارية في القانون الأردني والمصري، بدون دار نشر، طبعة 1986، ص 97.

⁵ - مباركي ميلود، المرجع السابق، ص 359.

رابعاً: عدم النظر للعلامتين المتجاورتين.

ينبغي عند مقارنة العلامة الأصلية والعلامة المدعى بأنها مقلدة عدم النظر إليهما متجاورتين، بل يجب النظر إليهما الواحدة تلو الأخرى، وذلك أمر طبيعي إذ من المستبعد في الواقع العملي عرض المنتجات التي تحمل علامة مقلدة بشكل مجاور للمنتجات التي تحمل العلامة الأصلية، خاصة وأن المستهلك عند شرائه للمنتج لا يفحص علامته فحفاً دقيقاً أو يقارنه بالعلامة الأصلية¹.

المطلب الثاني: الركن المادي.

من بين الأفعال التي تشكل الركن المادي نجد ما نصت عليه المادة السابعة والعشرين من قانون 02/04 جاء فيها: "تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة في مفهوم أحكام هذا القانون: تقليد العلامات المميزة لعون اقتصادي منافس أو تقليد منتجاته أو خدماته...."² الأكد أن تقليد العلامة أو تشويهاها هو اعتداء على الحق في العلامة ويسمى بالاعتداء المباشر لأنه يمس موضوع الحماية القانونية، فهو أهم صورة للاعتداء على العلامة، لكن الاعتداء يأخذ صور أخرى غير مباشرة، مثل وضع علامة مشهورة على منتج الغير من طرف التاجر، ولعل الجرح الأكثر انتشاراً في الجزائر في وقتنا الراهن هي استعمال علامة مزورة وبيع منتج عليه علامة مقلدة أو شبيهة أو عرضها للبيع.

أولاً: الاعتداء المباشر على العلامة.

هو ذلك السلوك الإجرامي الإيجابي المتمثل في اصطناع علامة مطابقة تماماً للعلامة الأصلية، ونقل الأجزاء الرئيسية فيها بحيث تقترب العلامة المزورة جداً من العلامة الأصلية مع التأكيد على الاختلاف الموجود بين فعل التزوير وفعل التقليد، إذ أن مجرد علامة مطابقة مع العلامة الأصلية يقضي بتوفر العنصر المادي لجريمة التزوير، أما مجرد وجود علامة قريبة من العلامة الأصلية بالتقصان أو الزيادة والتحويل فهنا نكون أمام جريمة التقليد³، ويمتد المفهوم الموسع للتقليد متى تم عرض سلع تحمل علامة مقلدة أو بيعها أو استيرادها أو تصديرها، وقد

¹ - قريب من هذا المعنى ينظر: حمدي غالب الجفيري، المرجع السابق، ص 538

² - قانون 02/04 المحدد للتواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المؤرخ في 23 يونيو 2004، ج ر 41

³ - وليد كحول، المرجع السابق، ص 78.

_____ الحماية الجنائية للعلامة التجارية كوجه من أوجه الحماية القانونية في القانون الجزائري

وسع القضاء الفرنسي في مجال تشبيه العلامة ليحتمل العديد من المفاهيم كالتشبيه بالقياس والتشبيه بجميع الأفكار والتشبيه بالتزادف والتشبيه بخصر المعنى وغيرها من المفاهيم الجديدة¹

ثانياً: الاعتداء غير مباشر على العلامة.

يمثل اعتداء غير مباشر على العلامة في الحالات التالية.

1- استعمال علامة مزورة و بيع منتج عليه علامة مقلدة أو شبيهة أو عرضها للبيع:

جريمة استعمال علامة مزورة، هي كل من يستعمل علامة تحمل بيانات يقصد بها خداع المشتري على نوع المنتج، وكذلك كل من يبيع أو يقدم عرضاً للبيع عن قصد منتجاً موسوماً بعلامة تتضمن بيانات تخدع المشتري عن نوع المنتج، فهذه الجريمة تستهدف المستهلك.

ولقد أكد المشرع أن تسجيل العلامة يخول صاحبها الحق في منع الغير من استعمال علامته استعمالاً تجارياً دون ترخيص مسبق منه على سلع أو خدمات ماثلة لتلك المسجلة، و يجب أن نميز بين جريمة التقليد وجريمة استعمال العلامة المقلدة التي نصت عليها المادة 28، فجريمة التقليد تقوم على مجرد إعادة صنع العلامة الأصلية كما أشرنا²، أما جريمة الاستعمال تقوم على أساس الاستعمال التجاري للعلامة المقلدة، ولا يشترط لوقوع جريمة استعمال العلامة المزورة أن يتم الاستعمال بوضع علامة على السلع والمنتجات وإنما يكفي مجرد استعمالها بأي طريقة تدل على استعمالها كأن توضع على واجهة المحل التجاري أو بجوار الاسم التجاري وكذلك الحال عند الإعلان عن المنتجات والخدمات التي تحمل العلامات المزورة بواسطة نشرات أو دلائل توزع على الجمهور بقصد ترويج السلع التي تحمل العلامة المقلدة³.

2- بيع منتج عليه علامة مقلدة أو شبيهة أو عرضها للبيع:

كل من يبيع منتج عليه علامة مقلدة أو مشبهة حتى ولو لم يشارك في صنعها، يعتبر قد

¹ - لمزيد من التفصيل ينظر: حمادي زبير، الحماية القانونية للعلامات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 192. كذلك فرحة

زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري الحقوق الفكرية، دار ابن خلدون، وهران، ص 262 وما بعدها.

² - راشدي سعيدة، حماية العلامة التجارية، جريمة التقليد في القانون الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، السنة الثالثة،

العدد 2012/01، كلية الحقوق، بجاية، محملة من الانترنت، ص 226.

³ - مزيدا من التفصيل يرجع ل: مباركي ميلود، المرجع السابق، ص 362 وما يليها.

_____ الحماية الجنائية للعلامة التجارية كوجه من أوجه الحماية القانونية في القانون الجزائري

أرتكب مخالفة دون البحث عن توفر القصد الجنائي، فالمشرع الجزائري لا يميز بين عملية البيع وعملية العرض للبيع في الأسواق أو المعارض أو بواسطة الدعاية¹.

فالركن المادي لهذه الجريمة يتمثل في بيع منتجات تحمل علامة مقلدة أو مشبهة من جهة، ومن جهة أخرى عرض هذه المنتجات للبيع² مع تأكيد المشرع في قانون الجمارك على حماية السلع المستوردة الحاملة لعلامة دولية مسجلة قانونا على نفس النوع من المنتج فنص في المادة الثاني والعشرين من قانون الجمارك على أنه: "تخطر عند الاستيراد مهما كان النظام الجمركي الذي وضعت فيه وتخضع إلى المصادرة البضائع الجزائرية والأجنبية المزيفة"³، فممنوع استيراد البضائع التي تحمل بيانات من شأنها أن توحي أنها ذات منشأ جزائري، أو البضائع الأجنبية المزيفة.

المبحث الثالث: العقوبات المقررة لجرائم تقليد العلامات.

كل من استعمل بسوء نية علامة مقلدة أو وضع على منتجاته بسوء قصد علامة تجارية تم تسجيلها طبقا للقانون، أو من باع أو عرض للبيع أو للتداول، أو حاز بقصد البيع منتجات عليها علامة مقلدة أو موسومة بغير حق مع علمه بذلك، فإنه يتعرض لعقوبات نص عليها القانون وهي:

المطلب الأول: العقوبة الأصلية لجريمة تقليد العلامة.

قد تكون العقوبة الأصلية الحبس وقد تكون غرامة مالية وقد تتجاوز إلى الإتلاف والمصادرة وغيرها من العقوبات التكميلية الأخرى، فقد نصت المادة 32 من الأمر 06/03 على أنه: "إن كل شخص ارتكب جنحة تقليد يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من مليونين وخمسمائة ألف دينار إلى عشرة ملايين دينار أو إحدى هاتين العقوبتين فقط مع الغلق المؤقت أو النهائي للمؤسسة، ومصادرة الأشياء والوسائل والأدوات التي استعملت في

¹- راشدي سعيدة، المرجع السابق، ص 227

²- خالد محمد سعد الرشيد، ص 129

³- المادة 22 من قانون 07/79 المؤرخ في 21 يوليو 1979 المعدل بناء على القانون رقم 10/98 المؤرخ في 22 أوت 1998، ج ر

_____ الحماية الجنائية للعلامة التجارية كوجه من أوجه الحماية القانونية في القانون الجزائري

المخالفة، واتلاف الأشياء محل المخالفة".

أما المادة 33 من نفس القانون نصت على أنه: " يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من خمسمائة ألف دينار إلى مليوني دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط الأشخاص:

1-الذين خالفوا أحكام المادة الثالثة من هذا الأمر بعدم وضع علامة على سلعهم أو خدماتهم أو الذين تعمدوا بيع أو عرضوا للبيع سلعة أو أكثر أو قدموا خدمات لا تحمل علامة.

2-الذين وضعوا على سلعهم أو خدماتهم علامة لم تسجل أو لم يطلب تسجيلها وفقا للمادة الرابعة من هذا الأمر).

والملاحظ أن المشرع الجزائري قام بتقليص مدة الحبس مخالفا في ذلك الأمر 57/66

الملغى، على الرغم من أن ظاهرة التقليد في تزايد وتكبد أصحابها خسائر طائلة.

وهذا عكس اتفاقية تريبس التي ألزمت جميع الدول الأعضاء في الاتفاقية بضمان اشتغال قوانينها على عقوبات رادعة لأي تعد على حقوق الملكية الفكرية، ونفس الأمر أخذ به المشرع الفرنسي فقد قرر عقوبة صارمة تصل إلى أربع سنوات حبس لمرتكبي جنحة التقليد المتمثلة في استيراد أو تصدير أو إعادة تصدير أو نقل البضائع الحاملة لعلامة مزيفة، أو إنتاج سلع في إطار علامة تجارية مزيفة¹.

و يعاقب بالحبس لمدة ثلاث سنوات في حالة عرض بيع سلع تحمل علامة تجارية مقلدة، كذلك في حالة استنساخ علامة تجارية مقلدة، بمختلف صورها.

و بمقارنة هذه الأحكام بما جاء به المشرع الجزائري، نجد أن المشرع الفرنسي كان أكثر صرامة وأكثر دقة، فميز بين أنواع الاعتداء الحاصل على العلامة، خاصة في حالة الجرائم المنظمة والمرتبكة على شبكة الانترنت أو عندما تكون الوقائع تتعلق ببضائع خطيرة على صحة الإنسان وسلامته فتصل عقوبة تقليد العلامة إلى سبع سنوات سجن مع مضاعفة الغرامة².

¹ - Article L716-9 ; Modifié par LOI n°2016-731 du 3 juin 2016 - art. 44, Code de la propriété intellectuelle. Op.cit

² - Article L716-10 ; Op. cit

المطلب الثاني: العقوبات المقررة في قانون 02/04 المعدل.

إذا تم التعدي على حقوق الملكية الفكرية في ظل قانون الممارسات التجارية وفق صور المنافسة غير المشروعة المنصوص عليه في قانون 02-04 فإنه قد نص على المتابعة الجزائية في المادة الثامنة والثلاثين جاء فيها: " تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد 26 و 27 و 28 و 29 من هذا القانون ويعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف دينار إلى خمسة ملايين دينار " هذه المادة جاءت تبين الجزاء المترتب على الممارسات التجارية غير النزيهة، وبالخصوص تقليد العلامات المميزة لعون اقتصادي منافس ونلاحظ أنها غير مشددة على مرتكبها عكس جنحة التقليد الواردة في الأمر 06/03 المتعلق بالعلامات.

المطلب الثالث: العقوبات التكميلية.

تتمثل هذه العقوبات في غلق المؤقت أو النهائي للمؤسسة ومصادرة الأشياء والوسائل والأدوات التي استغلَّت في المخالفة واتلاف الأشياء محل المخالفة. لكن ما يؤخذ على هذه العقوبة أنها تنطوي تحتها عقوبة أخرى غير معلنة، هي عقوبة طرد العمال و تسريحهم من عملهم بدون وجه حق، خاصة في حالة الغلق النهائي للمؤسسة المرتكبة لجرمة الاعتداء على العلامة التجارية، وقد استدرك المشرع الفرنسي ذلك حين نص على أنه: " لا يمكن أن يؤدي الإغلاق المؤقت إلى توقف أو تعليق عقد العمل، ولا أي ضرر مالي يلحق بالموظفين المعنيين، وعندما يؤدي الإغلاق النهائي إلى فصل الموظفين، فإنه ينشأ إلى جانب التعويض لصاحب العلامة، التعويض وأجر إنهاء الخدمة، للعمال عن الأضرار المنصوص عليها في هذه المادة"¹

¹ - Article L716-11-1 : « Outre les sanctions prévues aux articles L. 716-9 et L. 716-10, le tribunal peut ordonner la fermeture totale ou partielle, définitive ou temporaire, pour une durée au plus de cinq ans, de l'établissement ayant servi à commettre l'infraction.

La fermeture temporaire ne peut entraîner ni rupture, ni suspension du contrat de travail, ni aucun préjudice pécuniaire à l'encontre des salariés concernés. Lorsque la fermeture définitive entraîne le licenciement du personnel, elle donne lieu, en dehors de l'indemnité de préavis et de l'indemnité de licenciement, aux dommages et intérêts prévus aux articles L. 122-14-4 et L. 122-14-5 du code du travail en cas de rupture de contrat de travail. Le non-paiement de ces indemnités est puni de six mois d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende » Op.cit

_____ الحماية الجنائية للعلامة التجارية كوجه من أوجه الحماية القانونية في القانون الجزائري

هذه العقوبات منصوص عليها في المادة 32 من الأمر 06/03، فقد نص المشرع الجزائري على عقوبة المصادرة كأحد العقوبات التكميلية التي يجوز للمحكمة أن تقررها، حيث يحكم القاضي بمصادرة المنتجات التي تكون موضوع ارتكاب الجنحة، إن الحكم بمصادرة السلع محل المخالفة كان اختياريا في الأمر السابق وذلك لاستعمال عبارة يجوز في النص القانوني، فالأمر مختلف تماما في الأحكام الراهنة إذ جاء فيها أن مرتكب جنحة التقليد يعاقب بالحبس والغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين مع مصادرة الأشياء والوسائل والأدوات التي استعملت في ارتكاب الجنحة و هنالك عقوبات تكميلية نصت عليها المادة 8 من القانون 08/04 المعدل والمتمم بالقانون 06-13.

أما المشرع الفرنسي فقد منح للمحكمة المختصة في حالة الإدانة في جرائم العلامة التجارية أن تقضي بمصادرة المنتجات والأدوات المستعملة في ارتكاب الجريمة والأمر متروك لتقدير المحكمة. زيادة على المصادرة تأمر المحكمة بإتلاف نماذج العلامة المقلدة وإتلاف الأشياء والأدوات التي استعملت لارتكاب الجنحة وبالرغم من إلغاء عبارة في جميع الأحوال فإنه يجب اعتبار أن الحكم بالإتلاف يعد من التشريع الجزائري وجوبيا، على خلاف المشرع الفرنسي الذي لا يميز إتلاف البضائع إلا إذا كانت ملحقة بالعلامة ولا يمكن فصلها عنها.

خاتمة:

مما سبق ذكره نجد أن العلامة التجارية قد وفر لها المشرع الجزائري حماية جنائية من كل أشكال التعدي عليها أو المساس بالحقوق الاستثنائية لمالكها، وإن لم يبين نوع التعدي بل ترك الأمر مفتوحا وغير محصور في فعل التقليد بحد ذاته بل بفعل المساس بالحقوق الاستثنائية للعلامة.

فهو لم يميز بين الأفعال التي تشكل مساس بالعلامة في ذاتها والأفعال المتعلقة بالتقليد بالتشبيه أو استعمال العلامة المقلدة، أو بيع منتجات عليها علامة مقلدة، أو عرض هذه المنتجات للبيع أو استيرادها، فكل هذه الأفعال اعتبرها المشرع تدخل ضمن فعل المساس بالعلامة.

لكنه جانب الصواب حين ساوى في العقوبة البدنية والغرامة المالية بينها جميعا، مع

_____ الحماية الجنائية للعلامة التجارية كوجه من أوجه الحماية القانونية في القانون الجزائري

وجود فوارق كثيرة خاصة من حيث تأثيرها على الاقتصاد الوطني من جهة وسوء النية وحسنها من جهة أخرى، ومدى الإضرار بمالك العلامة من جهة ثالثة، وقد رأينا أن المشرع الفرنسي قد حين قانونه وقسم عقوبة الاعتداء على العلامة التجارية إلى عدة أقسام تتراوح بين السجن من ثلاث سنوات إلى سبع سنوات.

كما حوّل المشرع لصاحب العلامة الحق في اتخاذ إجراءات تحفظية، لتمكينه من إثبات التقليد، وساعد في ذلك قانون الجمارك الذي نص على الحجز التحفظي.

قائمة المراجع:

- باللغة العربية

أولاً: الكتب

- حمدي غالب الجغيري، العلامات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011.
- محمد حسنين، الوجيز في الملكية الفكرية، المؤسسة العمومية للكتاب، الجزائر، 1985.
- نعيمة علوش، العلامات في مجال المنافسة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.
- نسرين بلهوارى، حماية حقوق الملكية الفكرية في القانون الجزائري، دار بلقيس، الجزائر.
- مصطفى كمال طه، القانون التجاري، الأعمال التجارية والتاجر والشركات التجارية والملكية التجارية والصناعية، دار الجامعة للطباعة والنشر، 1982.
- خالد محمد سعد الرشيد، الحماية الجنائية للعلامات التجارية في النظام السعودي، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، المملكة السعودية، 2003.
- صلاح سليمان الأسمر، العلامة التجارية في القانون الأردني والمصري، بدون دار نشر، طبعة 1986.
- حمادي زبير، الحماية القانونية للعلامات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.
- فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري الحقوق الفكرية، دار ابن خلدون، وهران.

ثانياً: الرسائل والمذكرات الجامعية:

- إيناس مازن فتحي الجبارين، الحماية المدنية للعلامة التجارية غير المسجلة وفقاً للقوانين الأردنية، أطروحة دكتوراه في القانون، 2010، جامعة الشرق الأوسط، ص 24، محمل بتاريخ 07/01

_____ الحماية الجنائية للعلامة التجارية كوجه من أوجه الحماية القانونية في القانون الجزائري

2017 طريق الانترنت:

https://meu.edu.jo/libraryTheses/58e093e27a511_1.pdf

- بوقميحة نجية، المنافسة غير المشروعة في ميدان الملكية الفكرية، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة الجزائر، 2014.

- مباركي ميلود، حماية حقوق الملكية الصناعية من المنافسة غير المشروعة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2017/2016.

- بوبشطولة بسمة، الحماية القانونية للعلامة التجارية، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة سطيف، 2015/2014.

ثالثا: المقالات

¹ تراشدي سعيدة، حماية العلامة التجارية من جريمة التقليد في القانون الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق، بجاية، السنة الثالثة، العدد 2012/01، محملة من الانترنت.

رابعا: النصوص القانونية:

- اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية، تريبس، المنبثقة عن منظمة التجارة العالمية، 1994، محملة من الانترنت بتاريخ 2017/07/01 عبر الرابط:

www.wipo.int/wipolex/ar/treaties/details

- قانون 07/79 المؤرخ في 21 يوليو 1979 المعدل بناء على القانون رقم 10/98 المؤرخ في 22 أوت 1998، ج ر 61.

- الأمر 06/03، المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالعلامات التجارية، ج ر، رقم 44.

- قانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المؤرخ في 23 يونيو 2004، ج ر 41.

- قانون العلامات التجارية الأردني، رقم 34 لسنة 1999، المنشور على الجريدة الرسمية 4389، للإطلاع عليه عبر النت:

http://www.wipo.int/wipolex/ar/text.jsp?file_id=221223

باللغة الفرنسية:

- Loi 92-597 1992-07-01 annexe JORF 3 juillet 1992, Code de la propriété intellectuelle sur le site : <https://www.legifrance.gouv.fr>.

_____ الحماية الجنائية للعلامة التجارية كوجه من أوجه الحماية القانونية في القانون الجزائري

- Edith Lagarde-Bellec ; Contrefaçon de marque : critère d'appréciation du risque de confusion, sur le site : www.lagardebellec-avocats.fr

- LOI n°2016-731 du 3 juin 2016 - art. 44, Code de la propriété intellectuelle.

تلقى الموظف العام الهدايا بين الإباحة والتجريم

دراسة في الفقه الإسلامي وقانون مكافحة الفساد الجزائري رقم 01/06

د. مليكة هنان ، أستاذة محاضرة صنف "أ"	تاريخ الإرسال: 2018-01-28
د. بواب بن عامر، أستاذ محاضر صنف "أ"	تاريخ القبول: 2018-07-03
المركز الجامعي نور البشير بالبيض	تاريخ النشر: 2018-08-03

الملخص:

إن جوهر الرشوة هو الاتجار في أعمال الوظيفة العامة، بحيث يكون المقابل الذي يحصل عليه الموظف هو ثمن قيامه بالعمل الوظيفي، وهذا الاتجار ينتهي في جريمة تلقي الهدية، فلا يوجد اتفاق سابق بين الموظف ومقدم الهدية، فلولا النص الصريح في القانون لما أمكن عقاب الموظف العام عن تلقي الهدايا على أداء العمل، إذ قد يؤخذ تقديمها من صاحب المصلحة على أنه من قبيل الاعتراف بفضل الموظف وتقديرا لنشاطه، لكن هذا التلقي يحط من كرامة الوظيفة العامة والقائم عليها، لذا توسع الفقه الإسلامي في تحريم الهدية لكل من يلي أمرا من أمر المسلمين، لأن المهدي إذا لم يكن معتادا للإهداء إلى القاضي قبل ولايته لا يهدي إليه إلا لغرض، هو التقوي به على باطله، أو التوصل لمصلحة له، والكل حرام وأقل الأحوال أن يكون طالبا لقربه من الحاكم وتعظيمه ونفوذ كلامه، ولا غرض له بذلك إلا الاستطالة على خصومه أو الأمن من مطالبتهم له فيخافه من له حق عليه ويخافه من لا يخافه قبل ذلك، وهذه الأغراض كلها تتول إلى ما آلت إليه الرشوة، وقد دخل بذلك من الفساد ما لا يحصيها إلا الله.

الكلمات المفتاحية: الهدية؛ تلقي الهدايا؛ الموظف العام؛ قبول الهدايا؛ التأثير في سير الاجراء.

Résumé:

L'essence de la corruption est le trafic de la fonction publique, de sorte que la rémunération de l'employé est le prix à payer pour l'exécution du travail. Ce trafic est refusé dans le crime de recevoir le cadeau. Il n'y a pas d'accord préalable entre l'employé et le donateur. À la réception de cadeaux sur l'exécution du travail, tel qu'il peut être pris de la part de l'intervenant en reconnaissance des remerciements et de l'appréciation de l'employé pour son activité, mais cette acceptation mine la dignité de

la fonction publique et du tuteur, Par conséquent, la jurisprudence islamique étend la prohibition du don pour les musulmans, parce que le Mahdi s'il n'a pas l'habitude de donner au juge avant son mandat ne le guide que pour un but, le forcer à nier ou à s'intéresser à lui. En raison de sa proximité avec le dirigeant et de la maximisation et de l'influence de ses paroles, et de son désir de craindre celui qui a le droit et peur de ceux qui ne craignent pas, ces buts sont tous dus à la corruption d'innombrables Sauf Allah.

Mots clés: cadeau, réception de cadeaux, employé général, acceptation de cadeaux, procédure d'influence

مقدمة:

أكدت الشريعة الإسلامية على وجوب أداء الأمانة، وحرمت الخيانة، وسدّت كلّ الطرق المفضية إليها، حتى إنها منعت ما هو مندوب إليه في الأصل إذا أفضى إلى محرم تفسد به الذم، وتقتطع به الحقوق.

وأصحاب الولايات كالرؤساء والوزراء والقضاة والمديرين ووكلائهم والموظفين تحت ولاياتهم صغروا أم كبروا، ممن يحتاج الناس إليهم، إنما نُصِبوا في ولاياتهم لخدمة الناس، وإدارة شؤونهم، ورعاية مصالحهم، وإقامة العدل فيهم، ورفع الظلم عنهم، ويأخذون أجورهم على أعمالهم من بيت المال، وهكذا من يعملون في الشركات والمؤسسات وغيرها إنما يخدمون من وظفهم فيها، ويتقاضون أجورهم منهم، فلا بدّ أن يبذلوا النصح في أعمالهم، ويحفظوا الحق، ويؤدوا الأمانة، مراقبين الله تعالى في وظائفهم.

ولما كان الناس محتاجين إلى ذوي الولايات والمناصب والوظائف في قضاء حاجاتهم، فإن كثيرا منهم يتوددون لهم، ويتزلفون إليهم، وربما بذلوا في سبيل ذلك الوسائط والصنائع من الهدايا والأموال والولائم والخدمات وغيرها، لنيل حقوقهم منهم، أو للحصول على ما لا حق لهم فيه، أو لتقديمهم على غيرهم، حتى إن بعض أهل المناصب والوظائف يملكون في زمن قليل ثروات طائلة لو استغرقوا أعمارهم كلها في جمعها من أرزاقهم ما جمعوها، ولكنها هدايا الناس وصلاتهم التي لولا مناصبهم ووظائفهم ما ظفروا بشيء منها.

وقد استحدث المشرع الجزائري جريمة تلقي الهدية بموجب قانون الوقاية من الفساد ومكافحته رقم

تلقى الموظف العام الهدايا بين الإباحة والتجريم

01/06؟ وهي صورة من صور الرشوة التي استدرکہا المشرع بالتجريم لخطورتها على الوظيفة العامة والمجتمع، قسمهم هذه الدراسة في بيان ماهية جريمة قبول الهدية وتحديد أركانها وأحكامها. من هنا جاءت اشكالية هذا البحث، والمتمثلة في: هل تلقي الموظف العام للهدية يعتبر جريمة في الفقه الإسلامي الجنائي، وكيف عالج المشرع الجزائري جريمة تلقي الهدية التي استحدثها بموجب قانون مكافحة الفساد رقم 01/06؟.

والمنهج المتبع للإجابة على هذه الإشكالية هو المنهج التحليلي، وذلك من خلال عرض أحكام هذه الجريمة في الشريعة والقانون وتحليلها لاستنباط أنسب معالجة لها.

وقد قسمت خطة البحث إلى ثلاثة مباحث بالإضافة إلى المقدمة والخاتمة، خصص المبحث الأول لتعريف بالمصطلحات الأساسية للدراسة، وتناول المبحث الثاني أركان جريمة تلقي وقبول الموظف العام الهدايا في الفقه الإسلامي وقانون الوقاية من الفساد ومكافحته رقم 01/06، وتم في المبحث الثالث بيان عقوبة مرتكب هذه الجريمة وحالات التشديد والتخفيف والإعفاء من العقوبة وتقادما، وختم البحث بأهم النتائج المتوصل إليها.

المبحث الأول: التعريف بمصطلحات الدراسة

تتركز الدراسة على عدة مصطلحات منها مصطلح الهدية ومصطلح الموظف العام، والتي ترتبط بها أساسا الأحكام موضوع البحث، لذا يجب التعريف بها أولا ثم بيان ما يتعلق بها من أحكام.

المطلب الأول: تعريف الهدية

الفرع الأول: الهدية في اللغة والاصطلاح:

أولا/ الهدية في اللغة: هي ما أتحفت به غيرك، والجمع هدايا وهداوى - وهي لغة أهل المدينة - يقال أهديت له واليه، وأهديت للرجل كذا بالألف بعثت به إليه إكراما فهو هدية.¹
ثانيا/ الهدية في الاصطلاح: ذهب فقهاء الشريعة إلى أن الهبة والصدقة والهدية والعطية معانيها متقاربة، وكلها تملك في الحياة بغير عوض، واسم العطية شامل لجمعها، وكذلك الهبة.²

¹ - ابن منظور، أبي الفضل محمد بن مكرم الأفرقي، لسان العرب، ط1، دار صادر، بيروت، (1956م)، ج357/15.

² - ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد، (1405هـ)، المغني، ط1، دار الفكر، بيروت، ج380/5.

ولم يعرف المشرع الجزائري الهدية في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، في حين عرفت الهدية في القانون الذي أصدره مكتب أخلاقيات الحكومة بالولايات المتحدة بتعداد ما يعتبر من الهدايا التي يجوز للموظف قبولها والتي لا يجوز؛ فجاء في مدونة معايير السلوك الأخلاقي لموظفي السلطة التنفيذية في الولايات المتحدة الأمريكية أن الهدية، تشمل أية مكافأة أو خدمة أو خصم أو تسلية أو ضيافة أو قرض أو تساهل أو مادة أخرى لها قيمة مادية.

وهي تشمل الخدمات والهدايا على شكل تدريب أو خدمة نقل أو رحلة داخلية أو إقامة ووجبات، سواء كان ذلك بشكل عيني أو بشراء تذكرة أو دفعة مقدمة أو استرجاع النفقات بعد دفعها. الهدية لا تشمل الآتي: المواد المتواضعة من الطعام والمربطات، مثل المشروبات غير الكحولية والقهوة والكعك، التي لا تُقدّم كجزء من وجبة، وبطاقات المعايدة والمواد ذات القيمة الجوهرية الضئيلة، مثل اللوحات والشهادات والجوائز، التي يقصد بها العرض فقط، وقروض من البنوك والمؤسسات المالية الأخرى بشروط متاحة للجمهور بشكل عام، والفرص والمنافع، وتشمل الأسعار المناسبة والحسومات التجارية المتاحة للجمهور أو لفئة تتكون من جميع موظفي الحكومة أو كل العاملين بالقوات النظامية، سواء كانت مقيدة بناءً على اعتبارات جغرافية أم لا، والمكافآت والجوائز التي تُعطى لمنافسين في منافسات أو أنشطة، وتشمل السحب العشوائي، وتكون متاحة للجمهور ما لم يكن دخول الموظف في المنافسة أو النشاط مطلوباً كجزء من واجباته الرسمية، ومكافآت التقاعد وغيرها من الفوائد التي تنتج عن الاشتراك المستمر في خطة لرعاية الموظفين وفوائدهم يشرف عليها رب عمل سابق، وأي شيء تقوم الحكومة بدفع تكلفته أو ضمان تقديمه بموجب عقد مع الحكومة، وأية هدية قبلتها الحكومة بموجب سلطة قانونية محددة، وأي شيء يقوم الموظف بدفع قيمته السوقية، والقيمة السوقية، تعني سعر التجزئة التي يدفعه الموظف لشراء الهدية. فيجوز للموظف الذي ليس بإمكانه التحقق من سعر الهدية أن يقدر قيمتها السوقية من خلال الرجوع إلى سعر التجزئة للمواد المشابهة ذات الجودة المماثلة.¹

¹ _ معايير السلوك الأخلاقي لموظفي السلطة التنفيذية، القانون الختامي الذي أصدره مكتب أخلاقيات الحكومة بالولايات المتحدة، تم تدوينه في قانون اللوائح الفدرالية رقم 5، الجزء (5 C.F.R. Part 2635 2635) بحسب التعديل 76 FR 38547 (1 يوليو/توز 2011)، ص 12. منشور على:

<https://www.oge.gov/.../8942fc04dacb4760a6fa0db3c6a26cff1.do> قرأ يوم 2017/09/10 على الساعة 10:30.

الفرع الثاني: الفرق بين الهدية والرشوة

الرشوة في القانون تعني اتجار الموظف العام بأعمال الوظيفة، التي يعهد إليه بالقيام بها للمصالح العام، وذلك لتحقيق مصلحة خاصة له، وعلى ذلك تتمثل الرشوة في انحراف الموظف في أدائه لأعمال وظيفته عن الغرض المستهدف من هذا الأداء، وهو المصلحة العامة، من أجل تحقيق مصلحة شخصية له، هي الكسب غير المشروع من الوظيفة.¹ والرشوة في التشريع الجزائري تشمل جريمتين متميزتين: الأولى، سلبية، من جانب الموظف العمومي، وقد اصطلح على تسميتها بـ: "الرشوة السلبية"، ونص على تجريم هذا الفعل في المادة (25 الفقرة الثانية) من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته بعدما كان هذا الفعل مدرجا في قانون العقوبات في المادتين (126 و 127) الملغأتين. والثانية، جريمة الراشي صاحب المصلحة، وقد اصطلح على تسميتها بـ: "الرشوة الايجابية" وهو الفعل المنصوص والمعاقب عليه في المادة (25 الفقرة الأولى)، والكثير من الفقه يعتبر جريمة تلقي الهدايا صورة من صور جريمة الرشوة.

والفرق الجوهرى بين الجريمتين هو أن المشرع لم يربط بين تلقي الهدايا وقضاء المصلحة، خلاف لما في جريمة الرشوة السلبية حيث ربط بين المزية وأداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل من اختصاص الموظف، بل يكفي لقيام جريمة تلقي الهدايا أن يتلقى الجاني الهدية في ظروف يكون فيها ملف أو اجراء أو معاملة خاصة بمقدم الهدية موضوع للدراسة لدى الموظف، وأن يتسلم الموظف الهدية مع علمه بذلك.

ومن الفروق أيضا أنه يفهم من سياق المادة 38 من قانون الوقاية من الفساد أن المقصود في جريمة تلقي الهدايا هو التلقي أي استلام الهدية، وليس مجرد قبولها كما في الرشوة السلبية التي يتحقق فيها القبول سواء تسلمها الجاني أو وعد بالحصول عليها قصد قضاء المصلحة المتفق عليها.

المطلب الثاني: تعريف الموظف العام

مصطلح الموظف العام هو مصطلح حديث، إلا أنه عرف بمصطلحات أخرى في الفقه الإسلامي، لذا سنعرف الموظف العام في الفقه الجنائي الإسلامي أولا، ثم نبين تعريفه في القانون الجنائي ثانيا.

الفرع الأول: تعريف الموظف العام في الفقه الإسلامي

عرف الإسلام الوظيفة العامة وشاغها أي كان اسمه إماماً أو والياً أو عاملاً أو محتسباً... الخ،

¹ _ الشاذلي، فتوح عبد الله، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة في القانون المصري، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 1991م، ص 17.

فكل هؤلاء موظفون عموميون دون استخدام هذا المصطلح، والمعول عليه في تعريف الموظف العام هو ما ورد في تعريف الفقه الجنائي الإسلامي له؛ وهو أن كل من يقبله الخليفة أو ولي الأمر، أو يستعمله في عمل معين، يعتبر موظفا عاما، بغض النظر عن العلاقة التي تربط الموظف العام بالدولة، فالنشاط الذي يباشره هو الذي يضيف على صاحبه صفة الموظف العام. وعليه فقد توسع الفقه الجنائي في مفهوم الموظف العام، بخلاف الفقه الإداري¹؛ لأنه يهدف إلى تنظيم العلاقة ما بين الدولة والموظف وما يترتب عليها من حقوق والتزامات، لذا حرص على تحديد قيود تضبط مفهوم الموظف، ليتمتع بحقوق خاصة به، ويقوم بالتزامات دون غيره، أما الفقه الجنائي فإنه يهدف إلى حماية المصلحة العامة، من خلال المحافظة على نزاهة الوظيفة العامة؛ تبعا لذلك اعتبر كل من يقوم بعمل يمثل من خلاله الدولة موظفا عاما، بحيث إذا أقدم على فعل من الأفعال التي حرمتها الشريعة الإسلامية، أو ترك ما هو مأمور به، أو أحل بالمهمة الموكولة إليه، يعاقب بالعقوبة المقررة شرعا لمثل فعله حداً² أو تعزيراً³ أو قصاصاً⁴.

الفرع الثاني: تعريف الموظف العام في القانون الجنائي

سلك قانون الوقاية من الفساد ومكافحته⁵ في تحديد مفهومه للموظف العام مسلكا وسطا بين

¹ من خلال الأسس والمبادئ التي وضعها النظام الإسلامي لتنظيم الوظيفة العامة. يمكن تعريف الوظيفة العامة في الفقه الإداري الإسلامي بأنها: "عمل دائم يؤديه شخص طبيعي برضاه وعلى سبيل الدوام، بتقليد من الإمام أو من ينوبه لخدمة مرفق عام تديره الدولة بشكل مباشر". ينظر: مصطفى، الوظيفة العامة في الفقه الإسلامي، ص 13؛ جعفر، المبادئ الأساسية، ص 10. على ضوء هذا التعريف يمكن تعريف الموظف العام في الشرع بأنه: "هو كل شخص طبيعي يعهد إليه بعمل دائم في خدمة مرفق عام تديره الدولة بشكل مباشر". لمزيد من التفصيل ينظر: مليكة، محمد هنان، مسؤولية الموظف العام في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون، رسالة دكتوراه غير منشورة، الجامعة الأردنية، 2006، عمان، الأردن، ص 25.

² الحد: عرفه الكاساني بأنه: "عقوبة مقدرة واجبة حقا لله تعالى". بدائع الصنائع، ج 34/7؛ وهي معينة محددة لا تقبل التعديل والتغيير، ولكل جريمة حدية عقوبة معلومة، لكنها تختلف حسب اختلاف موجبا من جرائم الحدود، وهذه الجرائم هي: الزنا والقذف، وشرب الخمر والسرفقة، وقطع الطريق، باتفاق الفقهاء، وكذلك الردة والبغي مع اختلاف فيها.

³ عرف ابن قدامة التعزير بأنه: "العقوبة المشروعة على جنائية لا حد فيها". ابن قدامة، المغني، ج 149/9. بمعنى أنها عقوبة غير مقدرة تجب حقا لله أو لآدمي في كل معصية ليس فيها حد ولا كفارة، وهو كالحودود في أنه تأديب استصلاح وزجر.

⁴ - القصاص: وهو العقوبة المحددة بالخص، ولا يملك الحاكم أو القاضي أية سلطة تقديرية فيها. والقصاص وإن كان عقوبة مقدرة كالحودود إلا أنه لا يجب حقا للعد، حتى يجري فيه العفو والصلح. الكاساني، بدائع الصنائع، ج 34/7. وجرائم القصاص هي: القتل العمد وأتلاف الأطراف عمدا والجرح العمد.

⁵ القانون رقم 01-06 مؤرخ في 20 فبراير 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته (الجريدة الرسمية 14 مؤرخة

التشريعات التي أخذت بمبدأ الذاتية وتلك التي نبذته، فسكت عن إيراد تعريفًا للموظف العام يتصف بالعمومية والشمول في نصوصه، ولم يستصوب الرجوع في تعريفه إلى المفهوم الإداري له، بل أثر إتباع أسلوب التعداد الحصري في تحديده لمفهوم الموظف العام، بأن أورد فئات وطوائف معينة واعتبرها بناء على نظرة موضوعية للمهام التي يقومون بها، موظفين عموميين تسري عليهم سائر أحكامه، مدرجا ضمنهم أشخاصا ليسوا من الموظفين العموميين طبقا لقواعد القانون الإداري، مما يظهر اتجاهه إلى التوسع في تحديد مفهوم الموظف العام بعدم الوقوف عند مفهومه الإداري.¹

وبالتالي، فلا يقتصر الأمر هنا على الموظف العام بمعناه الفني الدقيق في القانون الإداري، وإنما ينطبق كذلك على طائفة من المكلفين أو القائمين بأعمال محددة أو الشاغلين لمناصب معينة، أشار إليها قانون الوقاية من الفساد ومكافحته في الفقرة ب) من المادة الثانية التي نصت على أن: " الموظف العمومي هو".²

1- كل شخص يشغل منصبا تشريعيا أو تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا أو في أحد المجالس الشعبية المحلية المنتخبة، وسواء أكان معينا أو منتخبا، دائما أو مؤقتا، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر، بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته،

2- كل شخص آخر يتولى ولو مؤقتا، وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر، ويساهم بهذه الصفة في خدمة هيئة عمومية أو مؤسسة عمومية أو أية مؤسسة أخرى تملك الدولة كل أو بعض رأسمالها، أو أية مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية،

3- كل شخص آخر معرف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما. وتأسيسا على ما سبق، يشمل مصطلح " الموظف العمومي "، كما جاء في القانون المتعلق بالفساد، أربع فئات:

أولا- ذوو المناصب التنفيذية والإدارية والقضائية: ويقصد بذوي المناصب التنفيذية رئيس

في 2006/3/8 مرقم بالأمر رقم 05-10، ومعدل ومتمم بالقانون رقم 11-15.

¹ _ عثمان، آمال عبد الرحيم، 2001م، شرح قانون العقوبات -القسم الخاص-(الجرائم المحلة بالإدارة العامة، الجرائم المحلة بالثقة العامة، جرائم الاعتداء على الأموال)، دار النهضة العربية، القاهرة، ص33.

² _ وهو تعريف مسجدم(من المادة2 الفقرة ا) من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المؤرخة في 31 أكتوبر 2003، ويختلف تماما عن تعريف الموظف العمومي كما جاء به الأمر رقم06- المؤرخ في 15 يوليو 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية .

تلقي الموظف العام الهدايا بين الإباحة والتجريم

الجمهورية¹ ورئيس الحكومة وأعضاء الحكومة (الوزراء و الوزراء المنتدبون)؛ وذوي المناصب الإدارية أي كل من يعمل في إدارة عمومية، سواء كان دائما في وظيفته أو مؤقتا، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر، بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته.

أما الشخص الذي يشغل منصبا قضائيا: فهم القضاة كما عرفهم القانون الأساسي للقضاء، وهم فئتان: الأولى: القضاة التابعون لنظام القضاء العادي، ويشمل هذا السلك قضاة الحكم والنيابة للمحكمة العليا والمجلس القضائي والمحكم، وكذا القضاة العاملين في الإدارة المركزية لوزارة العدل، الثانية: القضاة التابعون لنظام القضاء الإداري، ويتعلق الأمر بقضاة مجلس الدولة والمحاكم الإدارية.² كما يشغل منصبا قضائيا المحفون المساعدون في محكمة الجنايات والمساعدون في قسم الأحداث وفي القسم الاجتماعي، بحكم مشاركتهم في الأحكام التي تصدر عن الجهات القضائية المذكورة، ولا يعد من الموظفين العموميين قضاة مجلس المحاسبة ولا أعضاء المجلس الدستوري ولا أعضاء مجلس المنافسة.³

ثانياً_ الشخص الذي يشغل منصبا تشريعا أو المنتخب في المجالس الشعبية المحلية وهم أعضاء البرلمان بغرفتيه، وكافة أعضاء المجالس الشعبية البلدية والمجالس الشعبية الولائية.

ثالثاً_ من يتولى وظيفة أو وكالة في مرفق عام أو في مؤسسة عمومية أو مؤسسة أخرى ذات رأس مال مختلط:

ويتعلق الأمر بالعاملين في الهيئات العمومية أو المؤسسات العمومية أو في المؤسسات ذات رأس المال المختلط أو في المؤسسات الخاصة التي تقدم خدمة عمومية، والذين يتمتعون بقسط من المسؤولية، ويشترط في ذي الصفة أن يتولى وظيفة أو وكالة، و تحمل عبارة "تولى" معاني التكفل والإشراف وتحمل المسؤولية، ويقتضي تولي وظيفة أن تسند للجاني مهمة معينة أو مسؤولية،

¹ - الأصل أن لا يسأل رئيس الجمهورية عن الجرائم التي قد يرتكبها بمناسبة تأديته مهامه، ما لم تشكل خيانة عظمى، ويحال في هذه الحالة إلى المحكمة العليا للدولة، المختصة دون سواها، بمحاكمة رئيس الجمهورية، وهو ما يستخلص من المادة (158) من الدستور التي أحالت إلى قانون عضوي يحدد تشكيلة هذه المحكمة وتنظيمها وسيورها والإجراءات المطبقة، وهو النص الذي لم يرد النور بعد رغم مرور عشرة سنوات على صدور دستور 1996 الذي أسس المحكمة العليا للدولة.

2 - يستخلص هذا بالرجوع إلى المادة (2) من القانون العضوي رقم 11-04 المؤرخ في 06-09-2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء.

3 - ينظر: أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج2/ص13.

تلقى الموظف العام الهدايا بين الإباحة والتجريم
ويقتضي تولى وكالة أن يكون الجاني منتخبا أو مكلفا بنبابة.¹

رابعا- كل شخص آخر معرف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقا للتشريع والتنظيم المعمول
بهما، وينطبق هذا المفهوم على الضباط العموميين والمستخدمين العسكريين والمدنيين للدفاع
الوطني.²

وتجب الإشارة في هذا الصدد أن الفقرة الثالثة من المادة الثانية من الأمر 03/06 القانون
الأساسي العام للوظيفة العمومية نصت على عدم سريان أحكام هذا القانون على القضاة
والمستخدمين العسكريين والمدنيين للدفاع الوطني، ويحكمهم الأمر رقم 02-06 المؤرخ في 28 فبراير
2006 المتضمن القانون الأساسي للمستخدمين العسكريين.

أما الضباط العموميون، فإنهم يتولون وظيفتهم بتفويض من قبل السلطة العمومية يحصلون
الحقوق والرسوم المختلفة لحساب الخزينة العامة، الأمر الذي يؤهلهم لكي يدرجوا ضمن من في حكم
الموظف العام. ويتعلق الأمر أساسا بالموثقين (المادة 03 من القانون رقم 02-06 المؤرخ في 20-02-
2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق) والمحضرين القضائيين (المادة 4 من القانون رقم 03-066-
المؤرخ في 20-02-2006 المتضمن مهنة المحضر) ومحافظي البيع بالمزايدة (المادة 5 من الأمر
رقم 02-96 المؤرخ في 10-1-1996 المتضمن تنظيم مهنة محافظ البيع بالمزايدة) والمترجمين الرسميين
(المادة 4 من الأمر رقم 13-95 المؤرخ في 11-3-1995 المتضمن تنظيم مهنة المترجم- الترجمان
الرسمي).

إن المشرع في مجال القانون الجنائي (قانون الوقاية من الفساد) أضيف على مدلول الموظف
معنى أوسع من معناه في القانون الإداري، بحيث يشمل كل موظف أو مستخدم و كل شخص
مكلف بخدمة عمومية من قبل الحكومة أو إحدى المصالح العامة التي تستمد سلطتها من الحكومة
سواء كان ذلك بأجر أو بغير أجر.

والسبب في اختلاف مفهوم الموظف العام بين القانونين اختلافهما من حيث الهدف و
الغاية، فالغاية التي يتوخاها المشرع من قانون العقوبات (قانون الوقاية من الفساد) هي حماية
المجتمع ومصالحه من المفسدين، وتتمثل هذه الحماية في سرعة معاقبة الجاني الذي أخل بأمنه ونظامه؛

¹ _ _ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج 2/ص 12.

² _ أحسن بوسقيعة، المرجع نفسه، ج 2/ص 14.

فقواعده إذن موجّهة ضد الجاني، فالوظيفة العامة في قانون الوقاية من الفساد هي التي تخول صاحبها اشتراكاً أياً كان في أداء السلطة العامة؛ أما الغاية التي يسعى لتحقيقها المشرع من قانون الوظيفة العامة و هي التوفيق بين المصالح الخاصة للموظفين ومقتضيات سير المرافق العامة بانتظام و استمرار.¹

المبحث الثاني: أركان جريمة تلقي الموظف العام الهدية

جريمة تلقي الهدايا تقوم على ثلاثة أركان مثلها مثل باقي جرائم الفساد الإداري وهي صفة الجاني والركن المادي والمعنوي بالإضافة إلى الركن الشرعي، فجريمة تلقي الهدايا هي من جرائم ذوي الصفة والتي تتطلب صفة خاصة في الجاني وهو أن يكون موظفاً عاماً، وهو الركن المفترض والمشارك في كل جرائم الفساد الإداري، وقد سبق تعريفه في المبحث الأول، وسنتناول في المطالب التالية الركن الشرعي والركن المادي والركن المعنوي للجريمة.

المطلب الأول: الركن الشرعي للجريمة

إعطاء الهدية وقبولها في الشرع الإسلامي مندوب إليه، فقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل الهدية ويتيب عليها². وقال صلى الله عليه وسلم { الهدية تذهب وحر الصدر }³. وقال صلى الله عليه وسلم { تهادوا تحابوا }، وعن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {من أهدى إليكم فكافئوه، فإن لم تجدوا ما تكافئونه، فادعوا له حتى تروا أن قد كافأتموه }⁴. إلا أن هذا الحكم قد يتحول إلى التحريم والتجريم شرعاً وقانوناً على التفصيل الآتي:

الفرع الأول: حكم تقديم الهدية لنزوي المناصب في الفقه الإسلامي

الأصل تحريم قبول الهدية لنزوي المناصب العامة، حيث أن حكم قبول الهدية مندوب في حق من لم يتعين لعمل من أعمال المسلمين؛ فأما من تعين لذلك كالقضاة والولاة والعمال، فعليه

¹ - صالح عبد الناصر، مقال بعنوان الموظف العمومي و علاقته بالدولة، مجلة دراسات في الوظيفة العامة، العدد 3، تصدر عن مخبر تشريعات حماية الوظيفة العامة، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي نور البشير بالبيض، ص 37.

² - صحيح البخاري، باب المكافأة على الهبة، رقم الحديث 2445، ج 913/2.

³ - الوحر - بفتح الحاء المهملة - الحقد والغبط. أي الهدية تذهب الحقد، رواه الترمذي في سننه، باب حث النبي صلى الله عليه وسلم على التهادي، رقم الحديث 2130، ج 441/4.

⁴ - الحاكم 412/1 وقال: (هذا حديث صحيح على شرط الشيخين).

التحرز عن قبول الهدية خصوصا ممن كان لا يهدي إليه قبل ذلك؛ لأنها نوع من الرشوة والسحت، فهذه في ظاهرها قد تكون هدية، لكنها في باطنها رشوة ألبست ثوب الهدية، فيحرم على المهدي بذلها، ويحرم على الموظف قبولها، ويشتد تحريمها عليه إن علم بقصد المهدي، وهي حرام في حق جميع الموظفين، لكنها في حق الحاكم والقاضي أعظم جرماً من غيرهما؛ لأنها للحاكم والقاضي؛ لأجل ولايتهم، وهي من مناصب النبوة، فلا تقابل بعوض. والهدية لهم تحدث تهمته تبيين مناصبهم، وتخل ببيئاتهم، فتختل المصالح.¹

والأدلة على تحريم قبول القضاة والولاة والموظفين الهدية كثيرة نذكر منها:

■ ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم استعمل ابن اللثبية على الصدقات فجاء بال فقال هذا لكم، وهذا مما أهدى إلي. فقال صلى الله عليه وسلم: {ما بال الرجل نستعمله على العمل مما ولانا الله، فيقول هذا لكم، وهذا أهدى إلي، فهلا جلس في بيت أبيه، أو بيت أمه فينظر أيهدى إليه أم لا؟}.²

وجه الدلالة: تعليل النبي صلى الله عليه وسلم تحريم قبول الهدية بقوله " فهلا جلس في بيت أبيه " دليل على أن العلة في التحريم هي الولاية، وهذا يدل على تحريم هدايا العمال والولاة والقضاة ونحوهم. وأيضاً فإن حدوث الهدية عند حدوث الولاية يدل على أنها من أجلها، ليتوسل بها إلى ميل الحاكم معه على خصمه، فلم يجز قبولها كالرشوة.³

■ وعن بريدة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال { من استعملناه على عمل فرزقناه رزقا فما أخذ بعد ذلك فهو غلول }.⁴

وجه الدلالة: أن أخذ الموظف الهدية، وقد فرض له مرتبا من بيت المال يعتبر غلولا، والغلول محرم، فيحرم عليه أخذ الهدية.⁵

1 - ابن قدامة، المغني، ج 118/10.

2 - صحيح البخاري، باب من لم يقبل الهدية لعله وقال عمر بن عبد العزيز كانت الهدية في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم هدية واليوم رشوة، رقم الحديث 2457، ج 2/917.

3 - ابن قدامة، المغني، ج 118/10.

4 - أخرجه الحاكم في المستدرک، رقم الحديث 1472، ج 563/1، وقال: هذا حديث صحيح على شرط البخاري ولم يخرجاه.

5 - الغلول هو الخيانة في المغنم قال الله تعالى { وما كان لني أن يغل } وقد أغللت فلانا أي وجدته خائنا وأغللته أي نسبته إلى الخيانة. وقالوا الغلول والإغلال الخيانة إلا أن الغلول في المغنم خاصة والإغلال عام. ينظر: المطرزي، المغرب، ص 345.

■ وعن النبي صلى الله عليه وسلم قال: {هدايا العمال غلول}.¹
وجه الدلالة: أخذ العامل الهدية يشبه الأخذ من الغنيمة والأخذ من الغنيمة حرام بالإجماع، وعده ابن القيم من الكبائر.²

■ ما ذكره البيهقي في السنن الكبرى {أن رجلاً كان يهدي إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه، كل سنة فخذ جزور، فجاء يخاصم إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال: يا أمير المؤمنين اقض بيننا فصلاً كما تفصل الفخذ من الجزور، فكتب عمر إلى عماله لا تقبلوا الهدى فإنها رشوة}.³

الفرع الثاني: تجريم تلقي الموظف العام الهدايا في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته

هو الفعل المنصوص والمعاقب عليه بموجب المادة 38 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته⁴ والتي تنص: "يعاقب بالحبس من ستة (6) أشهر إلى سنتين (2) وبغرامة من 50.000 دج إلى 20.000 دج، كل موظف عمومي يقبل من شخص هدية أو أية مزية غير مستحقة من شأنها أن تؤثر في سير إجراء ما أو معاملة لها صلة بمهامه؛ يعاقب الشخص مقدم الهدية بنفس العقوبة المذكورة في الفقرة السابقة".

يفهم من النص أعلاه أن المشرع قد أخذ بنظام ثنائية التجريم، إذ جرم في الفقرة الأولى فعل تلقي الموظف للهدايا وهو الذي يعيننا في هذا المجال، وفي الفقرة الثانية جرم وعاقب الشخص مقدم الهدايا أي اعتبرها جريمة مستقلة، لأنه يستقل فيها عمل الشخص صاحب المصلحة المقدم للهدايا عن عمل الموظف العمومي، ولا يعد اشتراكاً في جريمة تلقي الهدية.

والحكمة من تجريم هذا الفعل هي المحافظة على سمعة الوظيفة العامة، وتحسينها من كل ما يؤثر فيها، وضمان نزاهة القائمين عليها ومحاربة كل وسائل الإغراء التي قد تؤثر في سلوك الموظف فتنحرف به عن مقتضيات وظيفته، وترسيخ مبدأ أن الوظيفة تمارس طبقاً للقانون وليس طبقاً للهدايا والرشاوي، رغم أنه لا يقل خطورة عن الرشوة إلا أنه لا يقع تحت طائلة العقاب، فالموظف

¹ - أخرجه البيهقي في سننه، باب لا يقبل منه، ج 138/10.

² - ينظر: ابن القيم، إعلام الموقعين، ج 309/4.

³ - البيهقي: السنن الكبرى، باب لا يقبل منه الهدية، حديث رقم 20263 ج 138/10.

⁴ - القانون رقم 01-06 مؤرخ في 20 فبراير 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته (الجريدة الرسمية 14 مؤرخة في 2006/3/8 ممتهم بالأمر رقم 05-10، ومعدل ومتمم بالقانون رقم 15-11).

تلقى الموظف العام الهدايا بين الإباحة والتجريم

العمومي الذي يتلقى الهدايا أو المزايا غير المستحقة بمناسبة السير في إجراء أو معاملة لها صلة بمهامه، لا يعد مرتشياً كما أن الشخص صاحب المصلحة الذي يقدم الهدية للموظف العام لا يعد راشياً.

المطلب الثاني: الركن المادي

لا يعاقب القانون على مجرد النوايا والأفكار الإجرامية ما لم يأخذ مظهرها خارجياً يدل عليها ويطابق النص التجريمي، لذلك فإن الواقعة الإجرامية تستلزم سلوكاً إجرامياً يحققها، ليأتي بعد ذلك بحث مسؤولية مرتكبها وتحديد الجزاء الذي يطبق عليه، وفي ما يلي نتعرض للركن المادي لجريمة تلقي الهدايا.

الفرع الأول: الركن المادي لجريمة قبول الهدية في الفقه الإسلامي:

من تعين لعمل من أعمال المسلمين كالقضاة والولاة والعمال (الموظف العام)، فعليه التحرز عن قبول الهدية خصوصاً ممن كان لا يهدي إليه قبل ذلك؛ لأنها نوع من الرشوة، ولا فرق بين القبول والتلقي، على التفصيل التالي:

أ - إذا كان المهدي رجلاً لم يكن يهدي إليه قبل تقليد القضاء: فإن كان قريباً له ينظر إن كان له خصومة في الحال، فإنه لا يقبل؛ لأنه يلحقه التهمة، وإن كان لا خصومة له في الحال يقبل؛ لأنه لا تهمة فيه، ولأنه من جوارب القرابة وهو مندوب إلى صلة الرحم؛ وإن كان أجنبياً لا يقبل، سواء كان له خصومة في الحال، أو لا؛ لأنه إن كان له خصومة في الحال، كان بمعنى الرشوة، وإن لم يكن؛ فرمما يكون له خصومة فيأتي بعد ذلك، فلا يقبل.¹

ب - إذا كان المهدي رجلاً كان يهدي إليه قبل تقليد القضاء: فإن كان له في الحال خصومة لا تقبل؛ لأنه يتهم فيه؛ وإن كان لا خصومة له في الحال؛ ينظر إن كان أهدى مثل ما كان يهدي أو أقل يقبل؛ لأنه لا تهمة فيه، وإن كان أكثر من ذلك يرد الزيادة عليه²، وإن قبل كان لبيت المال، وإن لم

¹ - ينظر: السرخسي، المبسوط، ج 83/16؛ الكاساني، بدائع الصنائع، ج 11-10/7؛ ابن قدامة، المغني، 118/10.

² - فإذا زادت الهدية فوق المعتادة ومال المهدي لم يزد، فاختلف الفقهاء في قبول الموظف لهذه الهدية، على ثلاثة أقوال: القول الأول: يكره للموظف قبول الزيادة فقط، واليه ذهب الحنفية، واستدلوا: إنما كرهت الزيادة عليها؛ خشية كونها بسبب الوظيفة. القول الثاني: تحرم الهدية كلها، واستظهره الدسوقي، واستدلوا: بقياس هذه الهدية على صفقة جمعت حلالاً وحراماً فإنه يجرم جميعها. القول الثالث: إن كانت الزيادة في صفة الهدية، حرم الجميع. وإن كانت في قدرها، حرمت الزيادة فقط، واليه مال ابن عابدين وهو مذهب الشافعية. واستدلوا: إن الزيادة إذا كانت في الصفة، لم تتميز فلم يمكن فصلها. أما إذا كانت في القدر، فإنه يمكن تميزها فحرمت هي فقط؛

يقبل للحال حتى انقضت الخصومة ثم قبلها، لا بأس به.¹ وقال بعض المالكية: لا ينبغي للقاضي أن يقبل الهدية من أحد ولا ممن كانت عادته بذلك قبل الولاية ولا من قريب ولا من صديق ولا من غيرهم، وإن كفاً عليها بأضعافها إلا مثل الوالد والولد وأشباههم من خاصة القرابة التي تجمع من حرمة الخاصة ما هو أكثر من حرمة الهدية.²

ويوجد في الفقه الإسلامي مسألة وهي أن ملك العدو إذا بعث إلى أمير الجند هدية، فلا بأس أن يقبلها ويصير فيئا للمسلمين لأنه ما أهدي إليه لعينه بل لمنعته ومنعته بالمسلمين، فكان هذا بمنزلة المال المصاب بقوة المسلمين.³ وكذا يجوز للواعظ والمدرس قبول الهدية إذا كانت توددا إليهما بقصد الصلاح والعلم، مع قيامهما بالواجب عليهما، لما في ذلك من التكريم والتقدير لهما، وإن كانت الهدية لحثها على القيام بواجب عليها فعلة لتكاسلها عن أدائه إلا بالهدايا، فهي لا تجوز، وكذا إذا كانت الهدية ثمينة بحيث لا يتصور تقديمها إلا لمن له حاجة أو مصلحة.⁴ ووجه قبولها في هذه الصور، أن التهمة في إعطاء الهدية منتفية، لأن المنع إنما يكون من أجل الاستمالة، أو من أجل الخصومة، وكلاهما منتف.⁵

وهذه المسألة يمكن أن نضعها أصلاً بيني عليه الفرع التالي: وهو تحديد حد مالي للهدية التي يحرم على الموظف قبولها إذا زادت عليها، فإذا فاقت هذه القيمة فالهدية تكون للمؤسسة التي يعمل فيها وللموظف شراؤها من المؤسسة إن رغب فيها، وهذا ما تفعله الكثير من الشركات البريطانية، لتضمن نزاهة عاملها، مثلاً في الولايات المتحدة الأمريكية لا يحرم قبول الموظف العام الهدية إذا اشتراها بقيمتها السوقية ثم حدد القيمة السوقية للهدية التي يمكن للموظف قبولها وهي الهدايا بقيمة

لأنها هي التي فيها التهمة بالرشوة؛ لأن الظاهر أنها بسبب الوظيفة، وهي حق للمسلمين وليس للموظف، فلا يحل له قبول ما أهدي إليه بسببها. ينظر: عبد الرحيم بن إبراهيم بن عبد الرحمان السيد الهاشم، الهدايا للموظفين أحكامها وكيفية التصرف فيها، بحث منشور على شبكة الأترنات ضمن الموقع www.kibat.com.

¹ - ينظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ج 11-10/7؛ ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج 34/1؛ المغني، 118/10.

² - ينظر: المواق، التاج والإكليل، ج 114/8.

³ - ينظر: السرخسي، شرح السير الكبير، ج 99/4.

⁴ - ينظر: الفتاوى الهندية، ج 313/3؛ ابن عابدين، الحاشية، ج 374/5.

⁵ - وقال ابن حزم: "وأما من نصر آخر في حق، أو دفع عنه ظلم، ولم يشترط عليه في ذلك عطاء، فأهدى إليه مكافأة، فهذا حسن لا نكرهه؛ لأنه من جملة شكر المنعم، وهدية بطيب نفس، وما نعلم قرآناً ولا سنة في المنع من ذلك - وقد روينا عن علي، وابن مسعود المنع من هذا، ولا نعلم برهانا يمنع من ذلك. ابن حزم، المحلى، ج 120/8.

تلقى الموظف العام الهدايا بين الإباحة والتجريم

20 دولارا أو أقل، فيجوز للموظف أن يقبل هدايا غير مُلتَمسة بقيمة سوقية إجمالية تبلغ 20 دولارا أو أقل لكل مصدر ولكل مناسبة، على أن لا تتجاوز القيمة السوقية الإجمالية للهدايا الفردية التي تُستلم من أي شخص بعينه، بموجب الأحكام الواردة بهذه الفقرة، 50 دولارا في السنة التقويمية. هذا الاستثناء لا ينطبق على الهدايا النقدية أو التي تنطوي على مصلحة استثمارية مثل الأسهم والسندات وشهادات الإيداع. حين تتجاوز القيمة السوقية لإحدى الهدايا، أو القيمة السوقية الإجمالية لهدايا قُدمت في مناسبة واحدة، 20 دولارا، لا يجوز للموظف أن يدفع فارق القيمة التي تزيد عن 20 دولارا من أجل أن يقبل ذلك الجزء من الهدية أو الهدايا الذي يبلغ 20 دولارا. حينما تتجاوز القيمة الإجمالية لمواد ملموسة، عُرضت في مناسبة واحدة، 20 دولارا، يجوز للموظف أن يرفض أية مادة مميّزة ومنفصلة لكي يقبل المواد التي تبلغ قيمتها الإجمالية 20 دولارا أو أقل.¹

وكل من عمل للمسلمين عملا حكمه في الهدية حكم القاضي؛ لأنه إذا جاز للقاضي أخذها مع ما في القضاء من الأهمية التي لا تكون في الوظائف الأخرى، جاز للموظف العام أخذها من باب أولى. هذا وكثير من العلماء يرى أن عدم أخذ الهدية مطلقا هو الأولى.² ويعتبر قبولها جريمة معاقب عليها.

ثانيا/ الركن المادي في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته رقم 01/06:

باستقراء نص المادة 38 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته؛ فإنه يمكن تحليل الركن المادي لهذه الجريمة الى عنصرين هما: النشاط الاجرامي و محل الجريمة، ولا يشترط في الجريمة تحقق النتيجة. أولا: النشاط الإجرامي (قبول الهدية أو المزية)

لقد قصر المشرع صور السلوك الاجرامي في جريمة تلقي الهدايا في صورة وحيدة، وهي قبول الهدية أو المزية غير المستحقة، في حين أن المادة 38 جاءت تحت عنوان: "تلقى الهدايا" وهي عبارة

¹ _ معايير السلوك الأخلاقي لموظفي السلطة التنفيذية، القانون الختامي الذي أصدره مكتب أخلاقيات الحكومة بالولايات المتحدة، تم تدوينه في قانون اللوائح الفدرالية رقم 5، الجزء (5 C.F.R. Part 2635 2635) بحسب التعديل 76 FR 38547 (1 يوليو/تموز 2011)، ص 12-13. ومثل لذلك ب: تمت دعوة موظف بوكالة رسم الخرائط الدفاعية بواسطة جمعية رسامي الخرائط للتحدث عن الدور الذي تلعبه الوكالة التي يعمل بها في تطور تقنية الصواريخ. في نهاية خطابه، تقوم الجمعية بتقديم خريطة موضوعة ضمن إطار تبلغ قيمته السوقية 18 دولارا، وكتاب عن تاريخ رسم الخرائط تبلغ قيمته السوقية 15 دولارا. يجوز للموظف قبول الخريطة أو الكتاب، ولكن ليس كليهما، إذ أن القيمة الإجمالية لهاتين المادتين الملموستين تتجاوز 20 دولارا.

² - الشافعي، الأم، ج 65/2.

توحي وتفيد باستلام الهدية أو تسلمها بمعنى وضع الجاني يده على الهدية ، وليس بمجرد قبولها كما في جريمة الرشوة السلبية¹ و التي يتحقق فيها القبول سواء تسلمها الجاني بالفعل أو وعد بالحصول عليها بعد قضاء المصلحة؛ أما عبارة قبول "Acceptor" و التي استعملها المشرع الجزائري فهي لا تفيد معنى استلام الهدية فعلا، لأنه قد يحدث طارئ يحول دون استلام الجاني للهدية، وعليه فإن قصد المشرع ونيته متجهة نحو تلقي الهدايا و استلامها؛ وهذا ما يفهم من سياق المادة 2/38². ويجب أن يجرم القبول والاستلام، لأن اشتراط تلقي الهدية لا يجعل من التجريم فائدة.

و يقصد بالاستلام هو التسليم الفعلي للهدية من طرف مقدمها للموظف العام و قد يكون الاستلام فعليا بإدخال الهدية في حيازة متلقيها كتسليم سيارة، أو حكما بتسليمه وثائق ملكية العقار، والاستلام قد يكون من طرف الموظف العمومي أو من طرف شخص آخر أو قد يكون من طرف وسيط³. وسواء سبق الاستلام اتفاق بين صاحب المصلحة والموظف العام أو لم يسبقه.

و تلقي الهدايا (الاستلام) إذا توافرت معه باقي الأركان يعتبر جريمة تامة، حيث يستحيل تصور الشروع فيها، ولا يشترط في الجريمة تحقق النتيجة، بل يكفي تحقق صورة تلقي أو استلام الهدية.

ثانيا: محل الجريمة (الهدية أو المزية غير المستحقة)

وفقا للمادة 38 أعلاه فإن محل الجريمة هو الهدية أو المزية غير المستحقة⁴. ولم يشترط المشرع شكلا معيناً للهدية فقد تكون مادية أو معنوية، أما بالنسبة لشرط القيمة فلا يتطلب المشرع حدا معيناً من المال أو الهدية لقيام الجريمة، إلا أن الهدية التافهة أو القليلة لا تقوم بها الجريمة، كتقديم قلم على سبيل

¹ - الرشوة في التشريع الجزائري تشمل جريمتين مقيمتين الأولى، سلبية، من جانب الموظف العمومي، وقد اصطلح على تسميتها بـ "الرشوة السلبية"، ونص على تجريم هذا الفعل في المادة (25 الفقرة الثانية) من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته بعدما كان هذا الفعل مدرجا في قانون العقوبات في المادتين (126 و 127) الملتغتين. والثانية، جريمة الراشي صاحب المصلحة، وقد اصطلح على تسميتها بـ "الرشوة الايجابية" وهو الفعل المنصوص والمعاقب عليه في المادة (25 الفقرة الأولى).

² - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 2/ص 71.

³ - حاجة عبد العالي، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، أطروحة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة محمد خيضر بسكرة، إشراف الدكتور الزين عزري، غير منشورة، 2012_2013، ص 203.

⁴ - لم يوفق المشرع عندما استعمل عبارة الهدية و المزية معا لأن الثانية تستغرق الأولى، فمصطلح المزية يشمل عدة معاني منها العطية و الهبة و الهدية و أية منفعة أخرى، وعليه كان باستطاعة المشرع استعمال مصطلح المزية فقط، مثلما فعل في الرشوة.

تلقى الموظف العام الهدايا بين الإباحة والتجريم

المجاملة للموظف العام بمناسبة قيامه بعمل معين لمصلحة مقدم الهدية¹.

واشترط المشرع في الهدية المقدمة للموظف عدة شروط لقيام الجريمة وهي:

أ_ أن تكون الهدية غير مستحقة، وتكون كذلك إذا كان ليس للموظف الحق في أخذها، ومن ثم فإن الهدية أو المزية المشروعة هي التي يجيزها القانون وتتفق مع أحكامه لا تقيم الجريمة حتى ولو أثمرت في سير الإجراءات أو المعاملات، وبهذا لا يمكن اعتبار المكافأة المقدمة من السلطات الرئاسية أو الترقيات بمثابة مزايا غير مستحقة لأنها قانونية حتى ولو أثمرت على سير الاجراءات وهذا ما تؤكدته المادة 38 بنصها "..هدية أو مزية غير مستحقة..."

ب_ أن يكون من شأن الهدية التأثير في سير اجراء أو معاملة ما:

يشترط المشرع في المادة 38 أعلاه لقيام الجريمة أن يكون للهدية أو المزية غير المستحقة شأن في التأثير في معاملة ملف أو سير إجراء أو معاملة لها صلة بمهام الجاني، سواء كان التأثير سلبيا أو ايجابيا.

والملاحظ أنه من الصعب إثبات أن الهدية كان لها شأن في التأثير في سير الإجراءات والمعاملات الإدارية، كما يلاحظ أن المشرع لم يحدد الكيفية التي تؤثر به الهدية على الإجراءات والمعاملات والمقدار الذي على أساسه تقوم الجريمة، أي هل يشترط أن يكون لمقدم الهدية حاجة أو مظلمة أو مطلباً لدى الجاني الذي قبل واستلم الهدية أم لا؟ ويبقى لقضاة الموضوع تقدير طبيعة الهدية وهل من شأنها التأثير في سير الإجراءات والمعاملات التي لها صلة بمهام الموظف.²

ب_ أن تكون المعاملة أو الاجراء لها صلة بمهام الموظف العام :

بالإضافة الى الشرط المذكور أعلاه ، يشترط المشرع أن تكون الهدية من شأنها التأثير في سير إجراء أو معاملة لها صلة بمهام الموظف العمومي .

والملاحظ أن المشرع استعمل عبارة "لها صلة بمهامه" وهي عبارة واسعة ومرنة، تشمل الأعمال الداخلة في اختصاصات الموظف أو تلك الأعمال التي من شأن وظيفته أن تسهل له أدائها، وقد

¹ _ الشاذلي، مرجع سابق، ص 62.

² _ حاجة عبد العالي، مرجع سابق، ص 205.

كانت المادة 127 من قانون العقوبات الملغاة¹ المجرمة للرشوة تنص على عبارة " ما من شأن وظيفته أن تسهل أداءه أو كان من الممكن أن تسهله له " ، وحذفت من المادة 25 من قانون الوفاية من الفساد، مع أهميتها في الوقت الحالي، في جرمي الرشوة والهدية.

وعليه، فالهدية التي يتلقاها الموظف العمومي وهي ليس من شأنها التأثير في عمله أو واجباته الوظيفية، إما لعدم وجود معاملة خاصة بمقدم الهدية، أو وجودها ولكن ليس بمقدور الهدية تغيير مجريات الأمور والأعمال وتوجيهها نحو وجهة أخرى غير تلك التي أرادها الموظف العمومي، لا تقوم بها الجريمة لانتفاء شرط التأثير، كما أن الهدية التي من شأنها التأثير في اجراءات ومعاملات ليس لها صلة وعلاقة بعمل ومهام الموظف العمومي المتلقي للهدية لا تؤدي الى قيام الجريمة لانتفاء شرط الصلة.²

الفرع الثاني: الركن المعنوي

الركن المعنوي للجريمة هو النشاط الإجرامي الذهني والنفسي للجاني، يتمثل في صورتين: صورة القصد الجنائي: التي تعبر عن اتجاه إرادة الفاعل إلى إحداث السلوك الإجرامي وتحقيق النتيجة، وصورة الخطأ الجنائي: والتي تعبر عن اتجاه إرادة الفاعل إحداث السلوك الإجرامي دون رضائه بإحداث.³

وجريمة تلقي الهدايا هي جريمة عمدية تتطلب وجود القصد الجنائي العام والذي يقوم أساسا على عنصري العلم والإرادة، فيجب أن يكون الجاني عالما بأنه موظفا عاما، وبأن مقدم الهدية له معاملة أو اجراء لديه وانصرافه مع ذلك الى تلقيها، كما يجب أن يكون عالما أن الهدية أو المزية غير مستحقة أي غير مشروعة.

والعلم لوحده غير كافي لقيام هذه الجريمة في ركنها المعنوي ولهذا يشترط توافر الإرادة، أي اتجاه إرادته إلى ارتكاب السلوك الاجرامي وذلك بتلقي الهدية أو المزية التي قدمها صاحب الحاجة. كما يشترط كذلك توافر القصد الجنائي العام لحظة تلقي الهدية، لأن القصد اللاحق لا يؤخذ به، بل يعتد بالقصد لحظة ارتكاب النشاط الإجرامي. ويقع عبء اثبات القصد الجنائي على

¹ _ عوضت بالمادة 25 من قانون الوفاية من الفساد ومكافحته رقم 01/06.

² _ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، ج2/ص72.

³ _ الحديشي، فخري عبد الرزاق وخالد حميدي الزعيمي ، شرح قانون العقوبات: القسم العام، ط 2 ، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010، ص174.

المبحث الثالث: عقوبة جريمة تلقي الموظف العام الهدايا

بعد بيان عقوبة جريمة تلقي الموظف العامل لهدايا في الفقه الإسلامي، تتولى بيان عقوبتها في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

المطلب الأول: عقوبة جريمة تلقي الموظف العام الهدايا في الفقه الإسلامي:

إن الغرض الحقيقي من العقوبة في جرائم الوظيفة العامة التي تقع من الموظف هو حماية المصلحة العامة التي قدر الشارع أحقيتها بالحماية الجنائية، وقد سبق ذكر النصوص الشرعية التي تنص على تحريم قبول الموظف العام الهدية، وقد اعتبرتها الشريعة الإسلامية من المحظورات الشرعية المعاقب عليها بالتعزير¹، إذ أنها من المعاصي التي لم ترد فيها عقوبات محددة في الشريعة، لا حد ولا كفارة، وجاءت في مصادر الشريعة النص والإشارة الواضحة على النهي عنها.

وان لم تحدد العقوبات التعزيرية التي تفرض على مرتكبي جريمة قبول الموظف العام الهدية، لأنها كسائر الجرائم التعزيرية اكتفى القدامى ببيان أنواع العقوبة التعزيرية التي يمكن للإمام أو للقاضي الاختيار في قضائه بينها، حسب ما يناسب كل جريمة، وهو مفوض إلى رأيه.

ومن هذه العقوبات التعزيرية العقوبات التي تصيب البدن، وأهمها الجلد أو الضرب²، ومنها العقوبات المقيدة للحرية، أهمها الحبس بأنواعه والنفي، ومنها العقوبات المالية، ومنها عقوبات أخرى، كعقوبة الوعظ، وعقوبة التهديد، وعقوبة العزل... الخ، وقد وردت بعض هذه العقوبات في القرآن الكريم، وبعضها في السنة الشريفة، ويجوز لولي الأمر أن يضيف عقوبات تعزيرية على النحو

¹ - عرفه ابن قدامة بأنه: "العقوبة المشروعة على جناية لا حد فيها". ابن قدامة، المغني، ج149/9.

² - ذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار القتل عقوبة تعزيرية، والراجح عند الكثير من فقهاء عدم جواز القتل تعزيراً، ذلك أن الشارع الحكيم اختط لنا سنناً تشريعية في العقوبات، منسقا ينبغي أن لا نجاوزوه. مفاد ذلك أن الله عز وجل فصل أمر العقوبات الحديثة - السرقة والزنا والحاربة... الخ - وليس ذلك إلا لخطورتها وثباتها، فَصَدَّ الشارع الحكيم أن يحددها ولا يترك الأمر للولاة يتصرفون في دماء المسلمين وأنفسهم كما يشاؤون، ثم جعل مساحةً تنتظم الجرائم التعزيرية فيها، يكون للقضاة والولاة فيها صلاحية تحديد العقوبة المناسبة بما يتساوى ومقاصد التشريع في العقوبات. شريطة أن لا تصل تلك السلطة التقديرية للعقوبات التعزيرية إلى العقوبات الحديثة لا جرم القتل، فليس من عقل أن يحدد الشارع جرائم وعقوبات معينة ثابتة جزاؤها القتل أو الحد ثم يترك المجال للولاة والقضاة أن يصلوا في تقديراتهم للتعزيرات إلى ذلك الحد!!! إذن فما فائدة التحديد والتعيين!!! ليس إلا ليجعل حجازاً وحداً فاصلاً ليس للقضاة أن يجاوزوه ساعة تقديرهم للعقوبة التعزيرية، حتى تنتظم شؤون الخلق وتُصمِّم دماؤهم ومُهَجُّهم إلاً بوجه حق.

الذي تتحقق به المصلحة العامة.¹

أما مصادرة المال المقدم كهدية للموظف العام: فقد اختلف فقهاء الشريعة فيها، فقيل تكون لبيت المال، لأنها بسبب عمله. وقيل أن يردها على أربابها إن عرفهم، وإن لم يعرفهم أو كانوا بعيدا حتى تعذر الرد، ففي بيت المال ويكون حكمها حكم اللقطة، فإن كان المهدي يتأذى بالرد يقبل ويعطيه مثل قيمة هديته.²

المطلب الثاني: عقوبة الموظف المتلقي الهدية في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته

يعاقب على جريمة تلقي الموظف العام الهدايا بالعقوبات الأصلية والتكميلية الاتي بيانها:

الفرع الأول: العقوبات الأصلية وحالات التشديد والتخفيف

أ_ العقوبات الأصلية: تعاقب المادة (38) على تلقي الموظف العمومي الهدايا بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 50000 إلى 200.000 دج.

ب_ التشديد من العقوبة: تشدد عقوبة الحبس لتصبح من عشر سنوات إلى عشرين سنة إذا كان الجاني من إحدى الفئات المنصوص عليها في المادة (48) من قانون مكافحة الفساد، وهم القاضي، بالمفهوم الواسع، موظف يمارس وظيفة عليا في الدولة، ضابط عمومي (الموثق والمحضر القضائي ومحافظ البيع بالمزايدة والمتزجم الرسمي؛ عضو في الهيئة الوطنية للوقاية من الفساد ومكافحته³؛ ضابط أو عون شرطة قضائية؛ من يمارس بعض صلاحيات الشرطة القضائية؛ موظف أمانة الضبط.⁴

¹ _ عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، ج 333/1.

² - ينظر: الفتاوى الهندية، ج 313/3. وهذه الطريقة التي ابتكرتها الشريعة الإسلامية منذ أربعة عشر قرنا لمعالجة جرائم التعزير، هي الطريقة التي اتجهت إليها القوانين الوضعية أخيرا، فهي تنحو نحو توسيع سلطة القاضي في اختيار العقوبة الملائمة للمجرم والجريمة، فتجعل للقاضي أن يختار في الغالب بين عقوبتين أو يوقعها معا، وما زالت سلطته مضيقة جدا بالنسبة لما هي عليه في الشريعة الإسلامية. عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، ج 149/1.

³ _ وهي هي الهيئة التي تم إحدائها بموجب المادة (17) من قانون 20-02-2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، وقد تم دسترتها بموجب القانون رقم 01/16 المتضمن التعديل الدستوري للمادة 202 منه، وعلى المشرع أن يشدد العقاب كذلك بالنسبة لأعضاء الديوان المركزي لقمع الفساد والذي استحدثه بموجب الأمر رقم 05/10 المعدل والمتمم لقانون مكافحة الفساد.

⁴ _ ويقصد به الموظف التابع لإحدى الجهات القضائية والمصنف في الرتب الاتية: عون أمين ضبط، معاون أمين ضبط، أمين ضبط رئيسي، أمين قسم ضبط رئيسي، أمين قسم ضبط رئيسي أول، والخاصين للمرسوم التنفيذي رقم 409-08 المؤرخ في 2008/12/24 المتضمن القانون الأساسي الخاص بمستخدمي أمانات الضبط للجهات القضائية.

تلقى الموظف العام الهدايا بين الإباحة والتجريم

ج- تخفيض العقوبة: يستفيد من تخفيضها إلى النصف الفاعل أو الشريك الذي ساعد، بعد مباشرة إجراءات المتابعة في القبض على شخص أو أكثر من الأشخاص الضالعين في ارتكاب الجريمة المادة 49 من قانون الوقاية من الفساد.

الفرع الثالث: العقوبات التكميلية وحالات الاعفاء والتقدم

أ- العقوبات التكميلية: تنص المادة (50) من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته بجواز الحكم على الجاني بعقوبة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات؛ كما تأمر الجهة القضائية عند إدانة الجاني بمصادرة العائدات والأموال غير المشروعة الناتجة عن ارتكاب جريمة تلقي الهدايا، مع مراعاة حالات استرجاع الأرصدة أو حقوق الغير حسن النية (المادة 51-2 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته)؛ وتحكم الجهة القضائية عند إدانة الجاني برد ما حصل عليه المحكوم عليه من منفعة أو ربح جراء هذه الجريمة ولو انتقلت إلى أصول الشخص المحكوم عليه أو فروعه أو إخوته أو زوجه أو أصهاره سواء بقيت تلك الأموال حالها أو وقع تحويلها إلى مكاسب أخرى (المادة 51-3 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته).

وتمثل العقوبات التكميلية المنصوص عليها في قانون العقوبات والمنصوص عليها في المادة (9) من قانون العقوبات، في:

- تحديد الإقامة: وهو إلزام المحكوم عليه بأن يقيم في منطقة يعينها الحكم، لمدة لا تتجاوز 5 سنوات يبدأ سريانها من يوم انقضاء العقوبة أو الإفراج عن المحكوم عليه (المادة 11 من قانون العقوبات).

- المنع من الإقامة: وهو الحظر مؤقتاً على المحكوم عليه أن يوجد في أماكن محددة، وذلك لمدة سنة على الأقل و5 سنوات على الأكثر، يبدأ سريانها من يوم الإفراج عن المحكوم عليه وبعد تبليغه قرار المنع من الإقامة (المادة 12 من قانون العقوبات).

- الحرمان من مباشرة بعض الحقوق: ويتعلق الأمر بالحكم المنصوص عليها في المادة (14) من قانون العقوبات، وهي الحقوق الوطنية والمدنية والعائلية التي حصرتها المادة 9 مكرر 1 المحال إليها كالآتي:

• عزل المحكوم عليه أو إقصائه من جميع الوظائف والمناصب العمومية التي لها علاقة بالجريمة،

- الحرمان من حق الانتخاب أو الترشح ومن حمل الأوسمة،
 - عدم الأهلية لأن يكون مساعداً محلفاً أو خبيراً أو شاهداً على أي عقد أو شاهداً أمام القضاء إلا على سبيل الاستدلال،
 - عدم الأهلية لأن يكون وصياً، أو قياً،
 - الحرمان من الحق في حمل الأسلحة وفي تولي مهام في سلك التعليم،
 - سقوط حقوق الولاية كلها أو بعضها.
- ويكون الحرمان لمدة لا تتجاوز خمس سنوات، وتسري هذه المدة من يوم انقضاء العقوبة السالبة للحرية أو الإفراج عن المحكوم عليه.

- المصادرة الجزئية للأموال: وتشمل هذه المصادرة الأموال محل الجريمة أو التي تحصلت منها باستثناء محل السكن اللازم لإيواء الزوج والأصول والفروع من الدرجة الأولى للمحكوم عليه، شريطة أن لا يكون متكسباً عن طريق غير مشروع، والمداخيل الضرورية لمعيشة الزوج وأولاد المحكوم عليه وكذلك الأصول الذين يعيشون تحت كفالته. (المادة 15 من قانون العقوبات)

- نشر الحكم يتم ذلك إما بنشر الحكم بأكمله أو مستخرج منه في جريدة أو بتعليقه في أماكن معينة، وذلك على نفقة المحكوم عليه (المادة 18 من قانون العقوبات).

ب- الإعفاء من العقوبة: حسب نص المادة (49) من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، فإنه يستفيد من العذر المفي من العقوبة الفاعل أو الشريك الذي بلغ السلطات الإدارية أو القضائية أو الجهات المعنية (كمصالح الشرطة القضائية) عن الجريمة وساعد على الكشف عن مرتكبيها ومعرفتهم. ويشترط أن يتم التبليغ قبل مباشرة إجراءات المتابعة.

ج- تقادم العقوبة: تطبق على جريمة تلقي الهدايا ما نصت عليه المادة 54 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته في فقرتها الأولى والثانية.

تنص الفقرة الأولى على عدم تقادم العقوبة في جرائم الفساد بوجه عام في حالة ما إذا تم تحويل عائدات الجريمة إلى الخارج. وتنص الفقرة الثانية على تطبيق أحكام قانون الإجراءات الجزائية في غير ذلك من الحالات، وبالرجوع إلى قانون الإجراءات الجزائية وتحديداً المادة (614) الفقرة الأولى منها، نجد أنها تنص على أنه تتقادم العقوبات الصادرة بقرار أو حكم يتعلق بموضوع الجرح بعد

مضي خمس سنوات كاملة ابتداءً من التاريخ الذي يصبح فيه الحكم أو القرار نهائياً. وهذا ينطبق على جنحة تلقي الهدايا المعاقب عليها بموجب المادة 38 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

خاتمة:

نخلص من هذا البحث أن الفقه الإسلامي قد وسع من نطاق التجريم فيما يتعلق بالهدية للموظف العام عكس المشرع الجزائري، حيث لا يجوز للحكام أو القضاة أو من يلي أمراً من أمور المسلمين، أن يقبلوا الهدايا؛ لأن غالبيتها تأتي على سبيل التقرب إليهم، وذلك لمواقعهم ومناصبهم في الدولة. وهذا باب لمفسدة عظيمة وهذا من النظر في المآلات، لما فيه من استمالة القلوب، مما يؤدي بالحكام والقضاة والعمال إلى الحيف والجور والظلم، فمجرد القبول يعتبر جريمة ولا يشترط التلقي مثل المشرع الجزائري.

وان كان هناك بعض الهدايا التي يجوز للموظف العام أخذها، فإن المعيار في معرفة الهدية المحرمة أو المباحة هو ما قاله الإمام الغزالي، اقتباساً من حديث ابن التنبية ما نصه: "القاضي والوالي ومن في حكمهما ينبغي أن يقدر نفسه في بيت أمه وأبيه فما كان يعطى له بعد العزل وهو في بيت أمه يجوز له أن يأخذه وهو في ولايته، وما يعلم أنه يعطى لولايته فحرام أخذه، وما أشكل عليه من هدايا أصدقائه أنهم كانوا يعطونه لو كان معزولاً فهو شبهة فليتجنبه."

و ليس لجريمة تلقي الموظف العام الهدايا عقوبة محددة في الفقه الإسلامي، غير أن عقوبتها تشمل العقوبة التعزيرية بكاملها، فيختلف التعزير فيها باختلاف درجات الجرم، ونوعيته، وباختلاف شخص الفاعل، فالمعيار الذي يضبطها موضوعي وشخصي.

وجرم المشرع الجزائري تلقي الموظف العام الهدايا، إلا أنه ربطها بشروط يصعب اثباتها، منها أن يكون من شأن الهدية التأثير في سير اجراء أو معاملة ما لها صلة بمهام الجاني، فمن الصعب إثبات أن الهدية كان لها شأن في التأثير في سير الإجراءات و المعاملات الإدارية، وما الحكم إذا لم يستلم الموظف الهدية إلا بعد أن انتهى من الإجراء أو المعاملة التي تتعلق بمقدم الهدية ، ففي هذه الحال لا مجال لتجريم، فعلى المشرع أن لا يترك هذه الثغرات لكل من تسول له نفسه التلاعب بنزاهة الوظيفة العامة، وماذا عن تسلم الموظف العام هدية من شخص يرغب فقط التقرب إليه لمكآته أو التناول على خصومه، كالقاضي مثلاً دون أن تكون له مصلحة عنده. فينبغي أن يكون الموظف في منأى عن كل شبهة المساس بوظيفته.

وملاحظ أيضاً أن الكثير من فقهاء القانون يعتبرون تلقي الهدية من الجرائم الملحقه بالرشوة، رغم

أنها لا تدخل ضمن تبويب الرشوة في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته.

قائمة المصادر والمراجع:

- بارتّي، محمد بن محمد بن محمود، (ت786هـ)، العناية شرح الهداية، دار الفكر العربي، بيروت، (1977م).
- البخاري، محمد بن إسماعيل، (ت256هـ)، الجامع الصحيح، ط3، (تحقيق: مصطفى ديب البغا)، دار ابن كثير، اليمامة، بيروت، (1407هـ-1987م).
- بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجزائي الخاص (جرائم الفساد، جرائم المال والأعمال، جرائم التزوير)، ط13، دار هومة، الجزائر، 2013/2012.
- الحاكم، محمد بن عبد الله، (ت405هـ)، المستدرک على الصحيحين، ط1، (تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا)، دار الكتب العلمية، بيروت، (1411هـ-1990م).
- ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي، (ت852هـ)، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ط13، دار المعرفة، بيروت، (1379هـ).
- ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد، (ت456هـ)، المحلى، ط11، (تحقيق: لجنة إحياء التراث العربي في دار الأفاق الجديدة)، دار الأفاق الجديدة، بيروت.
- السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل، (ت490هـ)، المبسوط في الفقه الحنفي، دار المعرفة، (1406هـ-1986م).
- سلامة، مأمون، (1981-1980)، قانون العقوبات - القسم الخاص - الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، القاهرة، دار الفكر العربي.
- الشافعي، محمد بن إدريس، (ت204هـ)، الأم، ط2، دار المعرفة، بيروت، (1393هـ).
- الشاذلي، فتوح عبد الله، (1991م)، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة، الإسكندرية، المكتب الجامعي الحديث.
- الطريقي، عبد الله بن عبد المحسن، (1403هـ-1982م)، جريمة الرشوة في الشريعة الإسلامية، ط3، الرياض، السعودية.
- عثمان، آمال عبد الرحيم، (2001م)، شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - (الجرائم المخلة بالإدارة العامة، الجرائم المخلة بالثقة العامة، جرائم الاعتداء على الأموال)، القاهرة، دار النهضة العربية.

- ابن عابدين، محمد أمين بن عمر، رد المحتار على الدر المختار في شرح تنوير الأبصار المعروف بـ (حاشية ابن عابدين)، ط1، (تحقيق: عادل عبد الموجود وعلي معوض)، دار الكتب العلمية، بيروت، (1994م).
- ابن العربي، محمد بن عبد الأندلسي، أحكام القرآن، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت.
- عبد الرحيم بن إبراهيم بن عبد الرحمان السيد الهاشم، الهدايا للموظفين أحكامها وكيفية التصرف فيها، بحث منشور على شبكة الأنترنت ضمن الموقع www.ktibat.com
- عودة، عبد القادر، (1419هـ-1998م)، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ط14، عمان، مؤسسة الرسالة.
- حيدر، علي، شرح مجلة الأحكام العدلية، دار الجيل، بيروت، لبنان.
- حاجة عبد العالي، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، أطروحة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة محمد خيضر ببسكرة، إشراف الدكتور الزين عزري، غير منشورة، 2012_2013
- الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد، إحياء علوم الدين، دار المعرفة، بيروت، لبنان.
- ابن فرحون، برهان الدين إبراهيم بن علي، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- الفيومي، حمد بن محمد بن علي المقرئ، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، (اعتنى به: الشيخ حمزة فتح الله)، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، مصر، (1324هـ-1906م).
- ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد، (1405هـ)، المغني، ط1، دار الفكر، بيروت.
- الكلساني، علاء الدين بن أي بكر بن مسعود بن أحمد، (ت587هـ)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، دار الكتاب العربي، بيروت، (1402هـ-1982م).
- ابن منظور، أبي الفضل محمد بن مكرم الأفريقي، لسان العرب، ط1، دار صادر، بيروت، (1956م).
- ميارة، محمد بن أحمد الفاسي، الإلتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام (شرح ميارة)، دار المعرفة، بيروت، لبنان.
- مليكة، محمد هنان، مسؤولية الموظف العام في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون، رسالة دكتوراه غير منشورة، الجامعة الأردنية، 2006، عمان، الأردن.

حماية برامج الحاسوب وقواعد البيانات في القانون الجزائري والقانون المقارن

د. بن لخضر محمد

تاريخ الإرسال: 2018-03-14

أستاذ محاضر صنف "ب"

تاريخ القبول: 2018-07-18

معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي غليزان

تاريخ النشر: 2018-08-03

ملخص:

إن قيمة الفكر ليس في وجوده بل في الاستفادة منه، وتشكل حقوق الملكية الفكرية أسمى صور حقوق الملكية على الإطلاق، ويسبغ حق الملكية لصاحبه الأبوّة على نتاجه الذهني و ثمرة نشاطه، فيحق له أن يحتكر استغلال هذه الثمرة، فهل الحماية القانونية كافية للمصنّفات الرقمية وعلى الخصوص منها برامج الحاسوب وقواعد البيانات؟
الكلمات المفتاحية:

برامج الحاسوب، قواعد البيانات، مصنّفات رقمية، حماية قانونية، منظمات دولية

Sommaire :

Protection of computer programs and databases in Algerian law and comparative law

Abstract: The value of thought is not in its existence but in its benefit, Intellectual property rights are the highest forms of property rights at all, the right of ownership gives the owner the right to his mental product and the fruit of his activity. Is legal protection sufficient for digital works, in particular, software and databases?

Keywords:

Software, databases, digital works, legal protection, international organizations

مقدمة:

بعد ما شهد العالم منذ القرن العشرين تغيرات وتحولات متسارعة، أثرت على جميع الأصعدة، استدعى ذلك تغيير أطر الحماية القانونية للملكية الفكرية لتستوعب هذه التغيرات، و تتلاءم معها خاصة مع ظهور الملكية الرقمية، وعلى الخصوص منها برامج الحاسوب الآلي وقواعد البيانات ومواقع الويب وأسماء النطاق وغيرها مما يدخل ضمن الملكية الرقمية.

ومن المعلوم أن الحماية القانونية للمصنفات تكون على المصنفات الموثقة ماديا، التي لها مظاهر مادية مثل الكتب والأوراق والخرائط وغيرها، إلا أن ثورة المعلوماتية التي يعيشها العالم بعد اختراع الحاسوب وصناعة البرامج المعلوماتية العديدة جعل من حماية المصنفات المادية غير كاف، هذه الثورة غيرت من المفاهيم القانونية ومن بينها مفهوم المصنف، فظهر إلى الوجود مصنفات تستقل في الطبيعة والتكوين عن المصنفات الأخرى.

والإشكال المطروح هو مدى كفاية قانون الملكية الأدبية والفنية في حماية المصنفات الرقمية، الا أكد أن قانون حقوق المؤلف يحمي جميع المصنفات المسجلة سواء كانت علمية أو أدبية أو فنية وغير ذلك، مما هو مبتكر غير أن هذا العنصر قد لا يتحقق في نطاق المصنفات الرقمية، فهل تخضع هذه المصنفات للحماية بقانون حقوق المؤلف؟

المبحث الأول: دور المنظمات الدولية في حماية المصنفات الرقمية

أصبح من اليقين أن الفكر البشري ليس له حدود، ولا يمكن أن نخضعه لضوابط، توقف إبداعاته العلمية والفنية والأدبية، ولعل أبرز نتاج العقل البشري تمثل في الحاسوب وبرامجه المعلوماتية، لهذا سأوضح في هذا المبحث بعض المسائل المتعلقة بتعريف البرامج الحاسوبية وقواعد البيانات، ودور كل من المنظمة العالمية للملكية الفكرية ومنظمة التجارة العالمية في حمايتها.

المطلب الأول: تعريف كلا المصنفات الرقمية وبرامج الحاسوب وقواعد البيانات

أكد قبل التطرق إلى الحماية القانونية للمصنفات المتداولة عبر العالم الافتراضي، ضرورة بيان تعريف المصنفات الرقمية وبرامج الحاسوب الآلي وقواعد البيانات.

الفرع الأول تعريف المصنفات الرقمية:

إن انعكاس ثورة تقنية المعلومات على المصنفات، غير من مفهومها وطبيعتها وتكوينها، خاصة بعد انتشار صناعة البرامج التي أنتجت مؤسسات عملاقة وشركات متخصصة في ابتكار البرامج¹.

¹ - محمد حامد مرهج الهيتي، نطاق الحماية الجنائية للمصنفات الرقمية، دراسة مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، العدد 48

إن مصطلح المصنفات الرقمية ليس واضحاً بعد باعتباره مصطلحاً غير شائع فهناك من عرفها بأنها: "مصنفات إبداعية تنتمي إلى تقنية المعلومات التي يتم التعامل معها بشكل رقمي، والتي تتمثل في برامج الحاسوب الآلي وقواعد البيانات والطوبوغرافيا والدوائر المتكاملة"¹.

فتعريف المصنفات الرقمية يأخذ الجانب الواسع نظراً لعدم تحديد المصنفات الرقمية بشكل دقيق، فتدخل ضمنها برامج الحاسوب وقواعد البيانات والكتب والمقالات الرقمية وصفحات الويب والبريد الإلكتروني وغيرها، هناك تعريف آخر بأنها المصنفات المبتكرة التي تنتمي إلى بيئة تقنية المعلومات سواء التي تتولى تشغيله أو التي يقوم على أساسها بإنجاز المهام الموكلة له.

الفرع الثاني تعريف برامج الحاسوب الآلي²:

هي عبارة عن مجموعة التعليمات الموجهة من المستخدم إلى الجهاز لتنفيذ مهمة معينة³، فهي مجموع التعليمات بأية لغة أو شيفرة يكون القصد منها جعل جهاز الحاسب ذا مقدرة على حفظ وترتيب المعلومات بصورة تؤدي إلى تحقيق نتيجة أو وظيفة أو مهمة معينة⁴، فكل التعليمات المكتوبة المبتكرة من طرف المبرمج والموجهة إلى الآلة لتحقيق أهداف معينة. أما المنظمة العالمية للملكية الفكرية نجد أنها لم تختلف كثير في تعريفها للبرامج بأنها مجموعة من التعليمات التي تسمح بعد نقلها على دعامة تستطيع الآلة قراءتها ببيان أو إنجاز أو

1 أكتوبر 2011، ص 367

1- محمد حامد مرهج الهيتي، المرجع نفسه، ص 368

2- مصطلح الحاسوب أو الحاسب الآلي فالأول بحسب لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي التجاري والمنظمة العربية للمواصفات والمقاييس، و المصطلح الثاني من معجم الحاسبات عن مجمع اللغة العربية لعام 1987، هو جهاز إلكتروني، كان أول ظهور له عام 1944 في الولايات المتحدة الأمريكية، ويمثل دوره في أداء العمليات الحسابية والمنطقية طبقاً للتعليمات المعطاة بسرعة كبيرة تصل إلى عشرات الملايين من العمليات الحسابية و بدرجة عالية الدقة، وله القدرة على التعامل مع كم هائل من البيانات. د/ عادل أبو هشيمة محمود حوته، (عقود خدمات المعلومات في القانون الدولي الخاص)، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، فرع بني سويف، مصر، 2003، ص 5.

3- عامر محمود الكسواني، القانون الواجب التطبيق على مسائل الملكية الفكرية، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، الاردن 2011، ص 377.

4- هناك العديد من المقالات الشارحة لهذا الأمر يمكن الرجوع إليها منها:

- Murielle cahen ; «LA PROTECTION DU LOGICIEL PAR LE DROIT D'AUTEUR », Un article sur le web : <http://www.murielle-cahen.com/publications/logiciel-auteur.asp>

أداء وظيفة أو مهمة أو نتيجة معينة بواسطة آلة معالجة المعلومات، ويدخل ضمن برامج الحاسوب المحمية البرامج التشغيلية أو القاعدية التي تسمح باستغلال الكمبيوتر والبرامج التطبيقية الخاصة بالحساب أو معالجة النصوص أو الجداول وغيرها¹.

الفرع الثالث تعريف قاعدة البيانات:

هي أسلوب تنظيم البيانات في شكل ملف أساسي ضخم يتيح التعامل مع البيانات بطريقة شمولية تلبي الاحتياجات المختلفة لمتخذ القرارات²، وقد نصت معاهدة الويبو (Wipo) على تعريف قواعد البيانات في ناداتها الخامسة كما يلي: "تتمتع مجموعات البيانات أو المواد الأخرى بالحماية بصفتها هذه، أي كان شكلها إذا كانت تعتبر ابتكارات فكرية بسبب اختيار محتوياتها أو ترتيبها، ولا تشمل هذه الحماية البيانات أو المواد في حد ذاتها"³.

أما التوجيه الأوربي الخاص بحماية قواعد البيانات و قانون الملكية الفرنسي فكلاهما قد عرفا قاعدة البيانات بتعريف واحد نصه ما يلي: "هو مجموعة من المصنفات أو البيانات أو العناصر الأخرى المستقلة، مرتبة بطريقة منهجية أو بشكل منهجي ويمكن الوصول إليها بشكل فردي عن طريق الوسائل الإلكترونية أو بطريقة أخرى"⁴، وقد اقترب من هذا التعريف المشرع الجزائري قبل أن يتراجع عن ذلك في الأمر 10/97 الملغى، حيث عرفها في المادة الخامسة منه

¹ - عبد الرحمان جميل محمود حسين، الحماية القانونية لبرامج الحاسوب الآلي، دراسة مقارنة، أطروحة ماجستير قانون خاص، جامعة النجاح فلسطين، 2008، ص 12، محملة عبر الانترنت.

² - فاروق علي الحفناوي، قانون البرمجيات دراسة معمقة في الأحكام القانونية لبرمجيات الكمبيوتر، دار الكتاب الحديث، 2001، ص 267.

³ - معاهد الويبو بشأن حقوق المؤلف، المعتمدة في 1996 وهي مكملة لاتفاقية برن، يمكن تحميلها عبر الانترنت من الموقع:

<http://www.wipo.int/treaties/ar/ip/wct/>

⁴ - L'article L. 112-3 du code de la propriété intellectuelle est ainsi rédigé :

« Art. L. 112-3. - Les auteurs de traductions, d'adaptations, transformations ou arrangements des œuvres de l'esprit jouissent de la protection instituée par le présent code sans préjudice des droits de l'auteur de l'oeuvre originale. Il en est de même des auteurs d'anthologies ou de recueils d'oeuvres ou de données diverses, tels que les bases de données, qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles.

« On entend par base de données un recueil d'oeuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique, et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou par tout autre moyen. »

Article premier ; DIRECTIVE 96/9/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données.

بأنها: "المجموعات والمختارات من مصنفات سواء كانت مستنسخة على دعامة قابلة للاستغلال بواسطة آلة أو بأي شكل من الأشكال الأخرى"¹.

فقاعدة البيانات هي عبارة عن خوارزم ورموز رياضية يضعها المبرمج، وتكون على شكل أوامر حين تكون مقسمة على شكل ملفات وسجلات وحقوق وتنفذ بشكل متسلسل أو غير متسلسل بما يؤدي الغرض منها².

المطلب الثاني المنظمة العالمية للملكية الفكرية ومنظمة التجارة العالمية الفرع الأول المنظمة العالمية للملكية الفكرية:

أنشأت المنظمة العالمية للملكية الفكرية بموجب اتفاقية تم التوقيع عليها باستوكهلم في 14 جوان 1967 تحت عنوان اتفاقية إنشاء المنظمة العالمية للملكية الفكرية، بدأت هذه المنظمة نشاطها سنة 1970 وهي من بين الوكالات العشر المتخصصة للأمم المتحدة³.

وقد اهتمت المنظمة بحماية الملكية الفكرية في العالم الافتراضي، حيث خصصت في إحدى موادها حماية حقوق المؤلف، أما الثانية فتناولت الحقوق المجاورة لعملية التأليف، وأوجبت هذه المادة ضرورة اتخاذ الدول المنظمة تدابير تشريعية تحرم كل مظاهر الإخلال أو الاعتداء على حق المؤلف الفكرية والحقوق الأخرى المرتبطة بها.

وتدخل برامج الحاسوب الآلي ضمن حماية الإبداعات الفكرية، كيفما كان نوعها وطبعتها، وضد كل أشكال القرصنة والتعدي عبر مختلف أقطار العالم، وقد كانت أولى خطوات هذه المنظمة في مجال حماية برامج التعليمات النموذجية لسنة 1978 حول حماية برامج الحاسوب، كما أمدت المنظمة الكثير من الدول بخبراء متخصصين وبالوثائق والتقارير القانونية اللازمة، عندما يتعلق الأمر بأي تعديل لقانون الملكية الأدبية والفنية الداخلي، كما نددت في العديد من التوصيات الصادرة عنها بكل أشكال القرصنة الواقعة على البرامج، وبوجود صدها

¹ - الأمر الملغى رقم 10/97 المؤرخ في 06 مارس 1997، المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة الجزائري

² - لمزيد من التفصيل حول تعدد تعريف قاعدة البيانات في الفقه الفرنسي يرجع إلى: بوعمره آسيا، النظام القانوني لقواعد البيانات، مذكرة ماجستير في الملكية الفكرية، جامعة الجزائر، 2005/2004، ص 17 وما يليها، مذكرة محملة عبر الانترنت.

³ - لمزيد من الشرح يرجع إلى زولني نادية، حماية الملكية الفكرية من التقليد والقرصنة، أطروحة دكتوراه في القانون، 2013/2012، جامعة الجزائر، ص 497 وما يليها، الأطروحة محملة عبر الانترنت.

من خلال قيام الدول الأعضاء بتغيير قوانينها كلما دعت الحاجة إلى ذلك ومسايرة التطور التكنولوجي¹.

الفرع الثاني منظمة التجارة العالمية:

ساهمت هذه المنظمة في محاربة كافة أشكال النسخ والتقليد التي تتعرض لها البرامج الحاسوبية وقواعد البيانات، فنجدها توصي مرارا بمجموعة من الأحكام للدول الأعضاء من أجل تفعيل حماية برامج الحاسوب²، فالمواد التي تتضمنها اتفاقية منظمة التجارة العالمية، والمسماة اختصارا بـ: (Trips) قد أجازت لمنتجي ومبدعي البرامج وأصحاب الحقوق الأصلية تأجير برامج حقوق الطبع أو النسخ³.

وان كانت هذه الحماية ناقصة على اعتبار أن الاتفاقية لم تعالج بشكل مباشر مسألة الفيروسات، وهذا أمر بغاية الخطورة خاصة أن أكثر الاعتداءات التي تتعرض لها البرامج والمصنفات الفكرية تأتي عن طريق الفيروسات.

وتعتبر هذه الاتفاقية أداة تشريعية هامة في سبيل توفير ودعم الحماية اللازمة لعناصر الملكية الفكرية في العالم الافتراضي حيث شكلت منطلقا لتعزيز التكافل الدولي من أجل التصدي لكل الأشكال الماسية بسلامة وتوفير المعلومات وأنظمة الكمبيوتر وقواعد البيانات.

¹ - لمزيد من الشرح المفصل حول هذه المنظمة وما تقوم به من جهود جبارة لحماية الملكية الفكرية عبر أقطار العالم يرجع لكتاب التنظيم الدولي لحماية الملكية الفكرية للمؤلف رياض عبد الهادي منصور عبد الرحيم، دار الجامعة الجديدة مصر، 2012
² لتعريف أكثر لهذه المنظمة يرجع إلى: زولني نادية، المرجع السابق، ص 511 وما يليها.

³ - Article 11 Droits de location : « En ce qui concerne au moins les programmes d'ordinateur et les oeuvres cinématographiques, un Membre accordera aux auteurs et à leurs ayants droit le droit d'autoriser ou d'interdire la location commerciale au public d'originaux ou de copies de leurs oeuvres protégées par le droit d'auteur. Un Membre sera exempté de cette obligation pour ce qui est des oeuvres cinématographiques à moins que cette location n'ait conduit à la réalisation largement répandue de copies de ces oeuvres qui compromettent de façon importante le droit exclusif de reproduction conféré dans ce Membre aux auteurs et à leurs ayants droit. Pour ce qui est des programmes d'ordinateur, cette obligation ne s'applique pas aux locations dans les cas où le programme lui-même n'est pas l'objet essentiel de la location. » Organisation mondiale du commerce (OMC) - Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC). Sur le site : <http://www.wipo.int/wipolex/fr/treaties/text>.

المبحث الثاني: حماية برامج الحاسوب وقواعد البيانات في التشريع الجزائري و التشريعات المقارنة:

من المعلوم والمتفق عليه بين الجميع ضرورة حماية برامج الحاسوب وقواعد البيانات نظرا لأهميتها الاقتصادية، وهذا سواء على المستوى الصعيد المحلي أو الدولي، خصوصا وأن برامج الحاسوب ظهرت وتطورت بسرعة هائلة لم تستوعبها اغلب التشريعات.

المطلب الأول: حماية المصنفات الرقمية في التشريعات المقارنة:

الفرع الأول: في التشريعات الغربية:

تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية أول الدول التي سنت تشريعا مستقلا لمواجهة ظاهرة الإجرام المعلوماتي، فطبقت القواعد الخاصة بالمعلومات في التشريعات الخاصة التي تعاقب على الجرائم المعلوماتية بعيدا عن قانون العقوبات، من خلال إصدار عدة قوانين تتصدى لبعض الجرائم المعلوماتية، كقانون الكمبيوتر وإساءة استخدامه لسنة 1984 وقانون أمن الكمبيوتر سنة 1987.

أما في القانون الفرنسي فنجد أنه لم ينص في قانون حقوق المؤلف، على برامج الحاسب الآلي كأحد المصنفات المشمولة بحمايته، مما أوجد خلافا فقهيما في فرنسا حول مدى حمايتها على ضوء القواعد العامة، حيث ذهب البعض إلى حماية هذه البرامج استنادا إلى توافر عنصر الابتكار فيها، ولأن هذه المصنفات المشمولة بحماية هذا القانون لم ترد على سبيل الحصر، وإنما وردت على سبيل المثال، مما يعني إمكانية إضافة مصنفات أخرى إليها.

كما وجد خلاف قضائي، حيث ذهبت بعض المحاكم إلى بسط الحماية التشريعية على برامج الحاسب باعتبارها مصنفات فكرية مبتكرة في تكوينها والتعبير عنها، ولا تقل عن المصنفات الفكرية والأدبية الأخرى، في حين ذهبت محاكم أخرى إلى رفض هذه الحماية على برامج الحاسب حيث رأت فيها عمليات حسابية محضة أو أنها ليست من المصنفات الفكرية، فقد قدرت محكمة باريس في السابع من مارس 1986 بأن مؤلف برنامج الحاسوب الآلي يجب أن يقيم الدليل على أنه قد بذل مجهودا ذاتيا وذلك خارج إطار ما يفترضه الحاسوب الآلي من وجود يتم دون إسهام ذاتي خلاق، وأن وضع هذا الجهد الذاتي موضوع التطبيق يجب أن يمكن

حماية برامج الحاسوب وقواعد البيانات في القانون الجزائري والقانون المقارن

في تدخل شخصي من المؤلف¹، وبالتالي يعتبر الجهد الفردي الفكري للمؤلف هو المعيار الأساسي لتحديد مدى وجود الأصالة من عدمها.

وبقي الوضع على هذا الحال حتى صدر قانون سنة 1985 معدلا لبعض أحكام قانون 11 مارس 1957 ومتضمنا سبع مواد تتعلق بحماية برامج الحاسب الآلي، وبقي العمل بهذا القانون إلى حين صدور القانون رقم 631 لسنة 1994، حيث راعى هذا القانون الطبيعة الخاصة لهذه البرامج فأعطى لكل من المؤلف والحائز الشرعي للنسخة الأصلية للبرنامج حقه²، وبعد صدور التوجيه الأوروبي رقم 96/481 الخاص بحماية قواعد البيانات، الذي أكد على ضرورة حمايتها بمقتضى قانون الملكية الفكرية للدول الأعضاء³، تم إدراج برامج الحاسوب وقواعد البيانات ضمن قانون الملكية الفكرية الفرنسي ابتداء من المادة (L-112.3) إلى غاية المادة (L-332.4)⁴.

الفرع الثاني في التشريعات العربية:

كمثال على مواكبة التشريعات العربية للمصنفات الرقمية، نجد أن كلا من المشرع المصري والإماراتي قد حرصا على الإسراع بتكييف قانونها مع الاتفاقيات والمعاهدات المتعلقة بحماية برامج الحاسوب وقواعد البيانات، ومسايرة التطورات التكنولوجية والمعلوماتية التي يشهدها العالم.

¹ - محكمة استئناف باريس في 07 مارس 1986 المشار إليه من طرف: أشرف وفا محمد، تنازع القوانين في مجال الحقوق الذهنية للمؤلف، دار النهضة العربية القاهرة، 1999، ص 18.

² - Murielle cahen , Op. cit

³ نص المادة في التوجيه الأوروبي الذي أكد على اعتبارها من حقوق المؤلف هو على النحو التالي:

Article 3 Objet de la protection : « 1. Conformément à la présente directive, les bases de données qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent une création intellectuelle propre à leur auteur sont protégées comme telle par le droit d'auteur. Aucun autre critère ne s'applique pour déterminer si elles peuvent bénéficier de cette protection.

2. La protection des bases de données par le droit d'auteur prévue par la présente directive ne couvre pas leur contenu et elle est sans préjudice des droits subsistant sur ledit contenu ». op. cit

⁴ - LOI n° 98-536 du 1er juillet 1998 portant transposition dans le code de la propriété intellectuelle de la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données ; sur le site <https://www.legifrance.gouv.fr>.

أولاً: في التشريع المصري:

نجد أنه لم يكن غائباً عن الساحة أو عن متابعة الاهتمام بهذا الموضوع فسن قانون حماية حق المؤلف الصادر بالقانون رقم 354 لسنة 1954 الذي قالت محكمة النقض في شأنه: "أنه لم يخلق حماية حق المؤلف بل هو في الحقيقة قد أكدها ونظمها" وبعد ذلك توالى التعديلات لتواكب المستجدات على صعيد الاتفاقيات الدولية فصدرت القوانين استهدفت التعديل الثالث الصادر في سنة 1992 ، حيث أكد على طائفتين من المصنفات هما المصنفات السمعية والبصرية ومصنفات الحاسوب مثل البرامج وقواعد البيانات، وهذا في قانون رقم 29 لسنة 1994 الذي كان متماشياً مع انتشار الثورة المعلوماتية واستخدام الحاسوب والبرامج المتنوعة الخاصة بتشغيله.

وبعد جولة أوروبية المتعلقة باتفاقية جوانب التجارة المتصلة بحقوق الملكية الفكرية، صدر قانون 82 لسنة 2002، الذي نص على حماية الحق الإستثنائي المالي للمؤلف والحق في إتاحة المصنف للجماهير بأية طريقة من الطرق بما في ذلك إتاحتها عبر أجهزة الحاسب، أو من خلال شبكة الانترنت أو شبكات المعلومات أو شبكة الاتصالات وغيرها من الوسائل التكنولوجية.

ثانياً أما بالنسبة للمشرع الإماراتي

فقد صدر القانون الاتحادي رقم 40 لسنة 1992 في شأن المصنفات الفكرية وحقوق المؤلف، الذي اشتمل على حماية برامج الحاسوب الآلي، كما أعتبر مخالفة نصوص الحماية الفكرية لبرامج الحاسب الآلي جرائم يعاقب عليها القانون بعقوبة جنائية.

كما صدر في سنة 2002 قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية، الذي قضى بمنع مزودي خدمات الانترنت من كشف أية معلومات يحصلون عليها في أثناء تزويد الخدمة¹. وتعتبر دولة الإمارات هي أول دولة عربية تصدر قانوناً خاصاً بمكافحة جرائم المعلومات

¹ - المادة الثانية والعشرين من القانون الاتحادي للمعاملات والتجارة الإلكترونية رقم 01 لسنة 2006 المؤرخ في 30 يناير 2006، عبر الموقع الإلكتروني:

حيث أصدر رئيس الدولة القانون الاتحادي رقم 2 لسنة 2006 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات، وقد حدد المشرع الإماراتي الأفعال التي يعد ارتكابها جريمة من جرائم المعلومات كما حدد العقوبات الملائمة لها تبعا لخطورتها وضررها المتوقع، وقد احتوى القانون على أغلب الجرائم المعلوماتية ومنها: التوصل بغير وجه حق إلى موقع أو نظام معلوماتي بدخول الموقع أو النظام أو يتجاوز مدخل مصرح به، والتعدي على البيانات الشخصية والغاء بيانات أو معلومات أو حذفها أو تدميرها أو إفشائها أو إعادة نشرها.

المطلب الثاني الحماية القانونية لبرامج الحاسوب الآلي وقاعدة البيانات في الجزائر

باعتبار أن المصنفات الرقمية يدخل ضمنها برامج الحاسوب الآلي وقواعد البيانات، هي مصنفات يحميها قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، حتى وإن اعتبرت ذات طبيعة غير تقليدية سواء من حيث أسلوب التعامل معها أو من حيث نسخها.

الفرع الأول حماية برامج الحاسوب الآلي في قانون الملكية الفكرية:

لا بد من توفر شروط الحماية لبرامج الحاسوب فقد نصت المادة الثالثة من قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة على شرط الأصالة فجاء فيها: "يمنح كل صاحب إبداع أصلي لمصنف أدبي أو فني الحقوق المنصوص عليها في هذا الأمر وتمنح الحماية مهما يكن نوع المصنف ونمط تعبيره ودرجة استحقاقه ووجهته بمجرد إيداع المصنف سواء كان المصنف مثبتا أم لا بأية دعامة تسمح بإبلاغه إلى الجمهور"¹، فالأصالة شرط رئيسي من أجل حماية كل المصنفات بما فيها برامج الحاسوب.

والأصالة هي الطابع المميز لشخصية المؤلف التي تظهر على المصنف² وليس المقصود بالأصالة الجودة أو الحدائة في جميع الحالات، وإنما يمكن حماية المصنفات التي تحتوي أفكارا قديمة متناولة سابقا لكن تكون مقدمة بتعبير أو نمط خاص بالمؤلف³، والمشرع الجزائري لم يعرف الأصالة ولم يبين الأساس الذي تقوم عليه بل ترك تقديرها للقاضي حسب كل حالة وبناء على

¹ - قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة الجزائري، رقم 05/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003، ج ر رقم 44

² - محمد علي فارس الزعبي، الحماية القانونية لقواعد البيانات وفقا لقانون حقوق المؤلف، منشأة المعارف الإسكندرية، 2003،

ص128

³ - عامر محمود الكسواني، المرجع السابق، ص395 وما يليها

شخصية المؤلف.

الفرع الثاني: حماية قواعد البيانات وفقا لقانون حقوق المؤلف:

كذلك قواعد البيانات تحتاج إلى حماية ضمن قانون حقوق المؤلف باعتبارها مصنوعات إبداعية، لكن هذه الحماية تستلزم شرط الأصالة من خلال التوصل إلى خوارزم ورموز رياضية جديدة أو من خلال تنظيمها وإخراجها وتجميعها¹، وهذا هو الجهد المبذول، وقد قضت محكمة استئناف باريس بتاريخ 1999/06/18 بأن قواعد البيانات المكونة بواسطة مجموعة الإعلانات لا تتوفر لها أية أصالة سواء في اتفاقية الويبو في مادتها الرابعة التي نصت على أنه: "فيما يتمتع برامج الحاسوب بالحماية باعتبارها مصنوعات أدبية بمعنى المادة الثانية من اتفاقية وتطبق تلك الحماية على برامج الحاسوب أي كانت طريقة التعبير عنها أو شكلها"².

أما في التوجيه الأوروبي الخاص بحماية برامج الكمبيوتر جاء في مادته الأولى "يكون البرنامج موضوع الحماية إذا كان عملا مبتكرا ويكون البرنامج كذلك إذا كان إبداعا شخصيا للمؤلف ولن تطبق أية معايير أخرى فيما يتعلق بتحديد الأهلية للحماية".

وفي القانون الجزائري يستطيع مالك قواعد البيانات أن يرفع دعوى مدنية بناء على قانون حقوق المؤلف من أجل طلب التعويض عن الضرر الناتج عن الاستغلال غير المرخص به لمصنعه المتمثل في قاعدة بيانات، والمطالبة باتخاذ تدابير تحول دون المساس الوشيك الوقوع على حقوقه أو تضع حدا لهذا المساس، والتعويض عن الأضرار التي لحقت به.

هذا إضافة إلى الحماية الجزائية التي يكفلها قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة في العديد من أنواع التعدي وأبرزها التقليد والاستنساخ غير المشروعين.

المطلب الثالث مظاهر التعدي على برامج الحاسوب وقواعد البيانات:

لقد ظهرت صناعة نشيطة متخصصة في استنساخ برامج الحاسوب وتسويقها محليا، مكنت أصحابها من الحصول على حصص مهمة من الأرباح مما يحدث أضرار كبيرة بمالكي الحقوق

¹- كوتر مازوني، الشبكة الرقمية وعلاقتها بالملكية الفكرية، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2005/2004، ص 86، محملة من الانترنت.

²- اتفاقية الويبو عبر الموقع الإلكتروني: <http://www.wipo.int/treaties/ar/ip/wct>

_____ حماية برامج الحاسوب وقواعد البيانات في القانون الجزائري والقانون المقارن

على البرامج وذلك بتكبدهم خسائر باهظة، ونظرا لتنوع أشكال الاعتداءات على برامج الحاسوب وقواعد البيانات، فقد تناولت اعتداءين من الاعتداءات الشائعة، هي إفشاء أسرار البرامج، والاستنساخ والتقليد أو ما يصطلح عليه بالقرصنة

الفرع الأول إفشاء أسرار البرامج:

يعتبر الحصول على برامج للحاسوب بطريقة غير قانونية أو استنساخها عملا مجرما قانونا، حيث تكون جريمة السرقة قائمة في جميع الأحوال طبقا للمادة 350 من قانون العقوبات الجزائري، فتعتبر جريمة السرقة أحد صور جرائم الاعتداء على الأموال، جاء في نص المادة: "يعتبر سارقا كل من اختلس شيئا غير مملوك له"¹، وتأسيسا لهذا التوجه تقوم جريمة السرقة على فعل الاختلاس الذي يتحقق بتوفر عنصرين هما: الأول عنصر مادي يتمثل في أخذ شيء بدون علم صاحبه، والثاني عنصر معنوي يتمثل في نية الجاني حيازة الشيء المختلس.

والسؤال المطروح هل يمكن الاعتماد على هذه المادة في قانون العقوبات الجزائري في

حالة سرقة برامج الحاسوب وقواعد البيانات وبالتالي تطبق عليه قواعد جريمة السرقة؟

يمكن أن نجيب دون الدخول في تفاصيل جريمة السرقة، بأن الجدل الفقهي حول مدى اعتبار برامج الحاسوب شيئا ماديا أو خدمة، قد توصل إلى أن ما هو مادي في برامج الحاسوب هو دعامتها المادية أما البرامج في ذاتها فأعمالها فكرية صرفة، ولا يمكن بذلك تصور وقوع السرقة على شيء معنوي.

فالمعلومية قد غيرت بشكل كبير مفهوم التجريم ، فظهرت العديد من الجرائم الجديدة، كسرقة دعائم البرامج وسرقة المعلومات الخاصة بتصميمها، وتحطيم البرامج الحاسوبية أو إتلافها بنشر الفيروسات فيها.

لكن ماذا عن البرنامج المدمج في الدعامة، هل يسري في حقه ما يسري على دعامته أم يجب إفراده بقواعد تجريبية خاصة تحكمه؟ بعبارة أخرى ما هي شروط تكييف الاعتداء على برامج الحاسوب أو ما هي العقوبات والتدابير التي افردتها المشرع لمواجهة القرصنة؟

¹ - تقابلها 1-311 من قانون العقوبات الفرنسي

V. Art311-1 « le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui »

فالقول بإعمال قواعد التجريم المنصوص عليها في قانون العقوبات لمتابعة المعتدي والمتهك لسر البرنامج، يستلزم البحث في أركان الجرائم من أجل التوصل إلى موقف منها، على أن هذا يخرج عن نطاق هذه الدراسة، ويمكن الإشارة في محالة إلى أن انتهاك سرية البرامج وقرصنتها وإن كانت أعمال تعدّ فهي واقعة على شيء معنوي، من هنا تظهر خصوصيات برامج الحاسوب بحيث تفرض نفسها على المشرع من أجل تفريدها بقواعد خاصة.

وإن توفر النية الإجرامية في التعدي على البرنامج، والمتجسدة في التطبيق الفعلي لفعل الاعتداء، يدعو لاعتبار التعدي على أسرار برنامج الحاسوب ومستنداته التقنية المدججة جريمة سرقة، من هنا تظهر الأهمية الخاصة لقواعد القانون الجنائي كوسيلة حماية للمصالح العامة والخاصة على السواء ليس فقط لبرامج الحاسوب.

الفرع الثاني الاستنساخ والتزييف والتقليد:

تعتبر القرصنة على الأغاني والموسيقى والأفلام السينمائية والكتب الإلكترونية أحد أهم مظاهر الاستنساخ والتقليد للمصنفات الأدبية والفنية، كما نجد أيضا أن السطو على برامج تشغيل الكمبيوتر والبرامج المضادة لفيروسات واستنساخها أصبح ظاهرة عالمية، بعد تطور وسائل النسخ والإنتاج الإلكتروني، وتجاوز الرقابة التقليدية.

فالعديد من البرامج الحاسوبية وقواعد البيانات وجدت طريقها إلى آلات النسخ الرقمية، ويتم المتاجرة فيها في السوق الموازية، وما يعاب أيضا على قرصنة الانترنت أن حسن نواياهم في توفير البرامج الحاسوبية للمستخدمين بشكل سريع على المستوى المحلي، أدى هذا إلى خسارة مادية ومعنوية فادحة لصناعة البرامج الحاسوبية في العالم.

والتقليد هو النقل والنسخ الكامل والحرفي دون تغيير أو إدخال بعض التغييرات الطفيفة من حيث الشكل، والتي لا تغير في جوهر البرنامج الحاسوبي المقلد شيئا، وتسمح بخداع المستهلك العادي الذي لا ينتبه إليها، فيكفي لتحقيق هذه الجنحة أن يوجد تشابه إجلي بين البرنامجين الحاسوبين من شأنه خداع المشتري وحمله على عدم التمييز بينهما¹.

¹ - قريب من هذا المعنى ينظر كلا من: نديم المحصي، الملكية التجارية والصناعية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، طبعة أولى 2010، ص 276 و زولني نادية، المرجع السابق، ص 130

و يشترط لرفع الدعوى أن يكون قد تم إيداع المصنف الرقمي المطلوب حمايته، فالإيداع هو الركن الأساسي في مجال الضمانات الخاصة بالمصنف الرقمي، فلا يستفيد المبتكر من هذا الحق إلا بعد تمام إجراءات الإيداع، باعتبار أن حق رفع الدعوى مكفول فقط للمصنف المودع.

كذلك يشترط لرفع دعوى التقليد ضرورة وجود التقليد أصلا، وأن يقع على المصنف الرقمي المودع والمنشور بصفة منتظمة¹، وأن يكون الفاعل قد قام بتقليده بعد ذلك، كما قد يكون التقليد إما كلياً وإما جزئياً ما يتحتم على القاضي مقارنة البرنامج الحاسوبي أو قاعدة البيانات الأصلية والمحمية قانوناً مع المصنف الرقمي المقلد، فالتقليد يقدر بمراعاة أوجه الشبه الموجودة بينهما، والذي من شأنه خداع المستهلك وحمله على عدم التمييز بينهما، وعدم لفت انتباهه على الفوارق الجزئية الموجودة بينهما، وينتهي التقليد عند ثبوت توفر اختلافات جوهرية بين المصنف المدعى بتقليده وبين برامج الحاسوب وقواعد البيانات المسجلة، فينظر إلى التقليد أو التزوير بأوجه الشبه لا بأوجه الاختلاف ويعود تقدير ذلك لمحكمة الموضوع، مع الأخذ بعين الاعتبار خبرة الشخص المعتاد². ويمكن الاستعانة بخبير مختص نظراً لخصوصية الحق مراد إثباته، فيعلق رئيس المحكمة أمر الفصل في الدعوى على مساعدة خبير مؤهل لتفادي ما قد ينشأ من منازعات مستقبلاً حول دقة الحجز الوصفي الذي يحتاج الوقوف على المسائل الفنية والتقنية.

خاتمة:

نستخلص مما تقدم أن الدراسات القانونية في مجال البرامج الحاسوبية لا تزال في مرحلة التطور، وأي نظام قانوني قد يوضع اليوم يصبح متخلفاً غداً، إلا أن هذا لم يمنع فقهاء القانون من تلمس الوقائع والآثار الناشئة عن التطور التقني الحاسوبي، بالاستعانة بجهود

¹ - جاء في نص المادة 151 ما يلي: (بعد مرتكبا لجنة التقليد كل من يقوم بالأعمال التالية: الكشف غير المشروع للمصنف أو المساس بسلامة المصنف.... استنساخ مصنف.....استيراد أو تصدير نسخ مقلدة.....بيع نسخ مقلدة...)، قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، المرجع السابق.

² - فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ص 337.

المنظمات الدولية المتخصصة في هذا المجال.

إن قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة يعتبر وعاء قانونيا مقبولا لحماية برامج الحاسوب وقواعد البيانات باعتبارهما مصنفاً فكرياً إبداعية فتحت أفاق الإبداع أمام المؤلفين والفنانين، وبما أن المؤلف له حق الإبلاغ للجمهور بشتى طرق الإبلاغ بما فيها المنظومة المعلوماتية والاتصالات الدولية والانترنت، ولا ننسى أنه يبقى حقه المادي والمعنوي قائماً فلا يوجد مانع من اعتبار هذه المصنفات الرقمية مصنفاً خاضعة لقانون حقوق المؤلف. هذا إضافة لبعض المواد في قانون العقوبات التي تجرم أفعالاً تمس بهذه الحقوق خاصة الاستنساخ والتزييف والتقليد لهذه البرامج والمصنفات الرقمية دون ترخيص، وأيضاً إفشاء أسرارها التقنية والفنية.

قائمة المراجع:

باللغة العربية

أولاً: الكتب

- أشرف وفا محمد، تنازع القوانين في مجال الحقوق الذهنية للمؤلف، دار النهضة العربية القاهرة، 1999.

- رياض عبد الهادي منصور عبد الرحيم ، التنظيم الدولي لحماية الملكية الفكرية للمؤلف ، دار الجامعة الجديدة مصر ، 2012

- عامر محمود الكسواني، القانون الواجب التطبيق على مسائل الملكية الفكرية، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، الاردن 2011.

- فاروق علي الحفناوي، قانون البرمجيات دراسة معمقة في الأحكام القانونية لبرمجيات الكمبيوتر، دار الكتاب الحديث، 2001،

- محمد علي فارس الزعبي، الحماية القانونية لقواعد البيانات وفقاً لقانون حقوق المؤلف، منشأة المعارف الإسكندرية، 2003.

- نديم الحمصي، الملكية التجارية والصناعية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، طبعة أولى 2010.

ثانياً: الرسائل والمذكرات الجامعية

- عادل أبو هشيمة محمود حوته، (عقود خدمات المعلومات في القانون الدولي الخاص)، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، فرع بني سويف، مصر، 2003.
- عبد الرحمان جميل محمود حسين، الحماية القانونية لبرامج الحاسوب الآلي، دراسة مقارنة، أطروحة ماجستير قانون خاص، جامعة النجاح فلسطين، 2008، مجلة عبر الانترنت.
- بوعمره آسيا، النظام القانوني لقواعد البيانات، مذكرة ماجستير في الملكية الفكرية، جامعة الجزائر، 2005/2004.
- زولني نادية، حماية الملكية الفكرية من التقليد والقرصنة، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة الجزائر، 2013/2012.
- كوثر مازوني، الشبكة الرقمية وعلاقتها بالملكية الفكرية، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2005/2004، مجلة من الانترنت.

ثالثاً: المقالات

- محمد حامد مرهج الهيتي، نطاق الحماية الجنائية للمصنفات الرقمية، دراسة مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، العدد 48، أكتوبر 2011.

رابعاً: النصوص القانونية:

- معاهدة الويبو بشأن حقوق المؤلف، المعمدة في 1996 وهي مكملة لاتفاقية برن، يمكن تحميلها عبر الانترنت من الموقع: <http://www.wipo.int/treaties/ar/ip/wct/>
- قانون رقم 05/03 المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة الجزائري، ج ر رقم 44
- القانون الاتحادي للمعاملات والتجارة الإلكترونية رقم 01 لسنة 2006 المؤرخ في 30 يناير 2006، عبر الموقع الإلكتروني:

<http://www.dubaied.ae/Arabic/DataCenter/BusinessRegulations/Pages/>

باللغة الفرنسية:

- Murielle cahen ; «LA PROTECTION DU LOGICIEL PAR LE DROIT D'AUTEUR », Un article sur le web : <http://www.murielle-cahen.com/publications/logiciel-auteur.asp>

- DIRECTIVE 96/9/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données.

- Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC). Sur le site : <http://www.wipo.int/wipolex/fr/treaties/text>.

¹ - LOI n° 98-536 du 1er juillet 1998 portant transposition dans le code de la propriété intellectuelle de la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données ; sur le site <https://www.legifrance.gouv.fr>.

عن دور الحركة الجمعوية في تكريس المقاربة التشاركية في الجزائر:

بين عوائق الممارسة ورهانات التفعيل

د/أوكيل محمد أمين

تاريخ الإرسال: 2018-04-20

أستاذ محاضر صنف "أ"، عضو مخبر فعالية القاعدة القانونية،

تاريخ القبول: 2018-06-13

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية

تاريخ النشر: 2018-08-03

ملخص:

لا يزال نشاط الجمعيات محدودا في الممارسة بالعديد من العراقيل التي تعيق فاعليته في الاضطلاع بدورها المحوري في ممارسة الديمقراطية التشاركية في الجزائر، وذلك راجع لأسباب تنظيمية مرتبطة بطبيعة نشاط الجمعيات وأخرى وظيفية متعلقة بحداثة التجربة التشاركية في الجزائر. وقصد تجاوز عتبة هذه القيود والرفع من فعالية نشاط الحركة الجمعوية، بادرت الدولة باتخاذ العديد من الإصلاحات لتحفيز الجمعيات وتنظيم مجال تدخلها في إطار تطبيق المقاربة التشاركية في الجزائر. وعلى هذا الأساس، تهدف هذه الدراسة لتسليط الضوء على نطاق العراقيل التي تعيق نشاط الحركة الجمعوية في ممارسة الديمقراطية التشاركية، وكذا تحديد الجهود والمساعدات المبدولة من طرف الدولة لمعالجة هذا القصور وتأهيل الجمعيات للاضطلاع بدورها المحوري في تجسيد المقاربة التشاركية في الجزائر.

الكلمات المفتاحية:

الحركة الجمعوية، آليات المشاركة، مشروع قانون الديمقراطية التشاركية، قنوات المشاركة.

Abstract:

The activity of associations is still limited in practice by many obstacles that hinder its effectiveness in carrying out its pivotal role in participatory democracy in Algeria, due to organizational reasons related to the nature of the association's activities and functional aspects related to the modernization of the participatory experience in Algeria. In order to overcome the threshold of these restrictions and to increase the effectiveness of the activity of the Collective Movement, the State initiated several reforms to stimulate associations and organize their intervention within the framework of the participatory approach in Algeria. On this basis, this study aims to shed light on the scope of

obstacles that restrict the activity of the Collective Movement in the practice of participatory democracy, as well as identifying the current efforts and efforts exerted by the State to remedy this deficiency and to rehabilitate associations to play its pivotal role in shaping the participatory approach in Algeria.

.Key words: *Collective Movement, Participation Mechanisms, Participatory Democracy Bill, Participation Channels.*

مقدمة:

يعكس مسار تكريس الديمقراطية التشاركية في الجزائر اهتمام الدولة بمنح عناية تشريعية لمبدأ المشاركة في القانون الوطني، وذلك بشكل متدرج عبر العديد من القوانين سواء التي تُعنى مباشرة بمسألة تسيير الشؤون العمومية للمواطنين كقانون الجماعات الإقليمية، أو بقية القوانين الأخرى التي يرتبط نشاطها بمجالات ذات أهمية أولية وحيوية بالنسبة للجمهور كالبينة والتعمير والمدينة وغيرها. ولعلّ التكريس القانوني الأعمق لمبدأ المشاركة تنبري معاملة بوضوح من خلال اعتراف المؤسس الدستوري، عقب التعديل المؤرخ في 6 مارس 2016، بالديمقراطية التشاركية كإحدى الدعائم الأساسية للبناء الديمقراطي في الدولة، وآلية من آليات التسيير على مستوى الجماعات الإقليمية. غير أنّ العناية التشريعية بالديمقراطية التشاركية ومنحها المكانة السامية في المنظومة القانونية للدولة، يطرح فرضية مدى فعالية إشراك مكونات المجتمع المدني في تجسيد المقاربة التشاركية، باعتبارها فواعل أساسية لا غنى عنها في استراتيجية تسيير الشؤون العامة وتحقيق التنمية في الدولة من دون أدنى شك فإنّ أهمّ مكوّن للمجتمع المدني ينبغي أن يشمل مبدأ المشاركة هو الجمعيات باعتبارها القطب البارز ضمن نسيج المجتمع المدني، لما تحمله من مقومات أساسية في استطلاع وتأطير احتياجات المواطنين، وتوجيه الرأي العام نحو قضاياها الهامة، وتنشيط الوعي والحراك الاجتماعي، وهذا ما يؤهلها بالمقابل لأن تكون شريكا وفاعلا أساسيا في طرح انشغالات الجمهور ورسم السياسات العلة والإسهام في مبادرات التنمية والرقابة على حسن تنفيذها في إطار ممارسة الديمقراطية التشاركية.

لكن استقراء واقع الجمعيات ومدى إسهامها في تفعيل الديمقراطية التشاركية في الجزائر، يكشف لنا محدودية دورها في تجسيد الدور المنوط بها بفرض النظر عن القيود التنظيمية والإدارية التي تعرقل نشاط الجمعيات وتحد من فعاليتها بشكل عام، لازالت المقاربة التشاركية في الجزائر تفتقر لسياسة قانونية شاملة ومستقرة تولي بالنظر مكانة الجمعيات الهامة في تجسيد تطلعات الجمهور

عن دور الحركة الجموعية في تكريس المقاربة التشاركية في الجزائر

وتحقيق مطالب الساكنة وتضع قنوات وكيفيات تأطير مشاركتها في تكريس وتعميق الديمقراطية التشاركية، وذلك نظرا لحدائة عهد التجربة التشاركية وعدم تجدر قواعد وأصول ممارستها في الجزائر، الأمر الذي يعرقل مسار الاندماج الفعلي للجمعيات في تكريس سياسة التسيير والتنمية التشاركية.

وعلى هذا الأساس، تهدف هذه الدراسة إلى تبيان حدود والعوارض التي تعيق إسهام الحركة الجموعية في تكريس الديمقراطية التشاركية، باعتبارها الفاعل الأساسي ضمن مكونات المجتمع المدني المنوط بها تفعيل مبدأ المشاركة، معتبين استراتيجية الدولة الراهنة والمسامي والجهود المبذولة من طرفها لتخطي هذه الحدود، وتحفيز الجمعيات المدنية على المشاركة بشكل فعال في إنجاح المقاربة التشاركية وتجدير قواعد ممارستها في الجزائر. وهذا من خلال طرح الإشكالية التالية:

ماهي أبعاد المقاربة الوطنية الراهنة لتفعيل دور الجمعيات وتجاوز مكامن قصورها في تكريس الديمقراطية التشاركية في الجزائر؟ وقصد الإجابة عن الإشكالية المطروحة، ارتأينا تقسيم الدراسة إلى ثلاثة محاور، بحيث عرضنا دور الجمعيات كفاعل محوري في تجسيد الديمقراطية التشاركية (المحور الأول)، ثم عوارض مشاركة الجمعيات في تكريس الديمقراطية التشاركية في الجزائر (المحور الثاني)، وأخيرا مساعي تحفيز مشاركة الجمعيات في تكريس الديمقراطية التشاركية في الجزائر (المحور الثالث).

المحور الأول: الجمعيات كفاعل محوري في تجسيد الديمقراطية التشاركية:

تقوم المقاربة التشاركية على أساس خلق ديناميكية تفاعلية بين الدولة والمجتمع، قصد إيجاد بدائل وحلول ملائمة لانشغالات الجمهور عن طريق الانفتاح على الأطراف الفاعلة فيه، لا سيما الجمعيات نظرا لكونها التشكيل الأهم في المجتمع المدني، وملكانتها الأساسية في دورها المحوري في تفعيل الديمقراطية التشاركية.

1- مفهوم الجمعيات ومكانتها في تركيبة المجتمع المدني:

تعد الجمعيات أهم مكونات المجتمع المدني وأبرز معالمه والفاعل الأساسي المحسد لنشاطاته كونه الفضاء الخاص الذي تنشط خلاله، ولذلك تقوم فيما يلي بتحديد تعريف الجمعيات بعد تبيان مفهوم المجتمع المدني.

1- المجتمع المدني كتنظيم أساسي في الكيان العام للدولة

يُعرف المجتمع المدني على أنه مجموعة من التنظيمات التطوعية الحرة التي تملأ المجال العام

لتحقيق مصالح أعضائها وتقديم خدمات للمواطنين أو ممارسة أنشطة إنسانية متنوعة، وتلتزم في وجودها ونشاطها بقيم ومبادئ التضامن والتراضي والمشاركة⁽¹⁾ ويقصد به ذلك الحيز الموجود في مسار تنظيم المجتمع وتأطيره بالإضافة إلى الدولة والأحزاب السياسية والنقابات، بحيث يشكل النسيج الاجتماعي والفعاليات الجموعية والهيئات المدنية التي تعمل إلى جنب السلطات العمومية والمجالس المنتخبة⁽²⁾. ينطب على المجتمع المدني مجموعة من الخصائص كالأستقلالية وعدم السعي للوصول للسلطة والتنظيم التلقائي وروح المبادرة الفردية والجماعية والعمل التطوعي والتشاركي والتضامني⁽³⁾. ويعمل على التأثير على السياسة العامة من خلال تعبئة الأفراد وحملهم على المشاركة في تدبير الشأن العام ومساعدة السلطات العمومية عن طريق العمل المباشر أو التمويل أو الخبرة على أداء أفضل الخدمات العامة وتحسين المستوى الاجتماعي والصحي والتعليبي والبيئي للسكان⁽⁴⁾. يتألف نسيج المجتمع المدني من الجمعيات والمنظمات غير الحكومية والأشخاص الذين يخرطون بشكل تطوعي في المشاركة في الاعمال ذات النفع العام ويلتزمون بالدفاع عن القيم والمقاصد الدستورية للديمقراطية التشاركية ومبدأ الحكامة، كالمطالبة بحماية الحقوق الأساسية للمواطنين وتتبع سياسات العمومية ومحاربة الفساد والرشوة⁽⁵⁾ وحماية المال العام والسعي لتوفير الخدمات الاجتماعية والصحية فضلا عن المشاركة في تشجيع التنمية وتجب الاشارة إلى أن ثمة من ينكر على الاحزاب السياسية اعتبارها من قوام المجتمع المدني⁽⁶⁾ بل تعد مجتمعا سياسيا هدفها ممارسة السلطة بخلاف باقي تركيبة المجتمع المدني التي لا ترمي لتحقيق هذه الغاية، وهذا رغم إمكانية ممارستها لأدوار سياسية مساعدة أو بطريقة غير مباشرة كتنوير الرأي العام أو تحسيسه بالقضايا ذات الأهمية الوطنية، وكذا ممارسة

¹ أحمد حضرائي، مكانة ودور المجتمع المدني في ضوء دستور 2011، عدد خاص حول الأدوار الدستورية للمجتمع المدني بالمغرب،

مجلة العلوم القانونية، العدد الثالث، 2015، ص 21

² سليمان التجريبي، المجتمع المدني والديمقراطية التشاركية، الأدوار الدستورية للمجتمع المدني بالمغرب، عدد خاص حول الأدوار

الدستورية للمجتمع المدني بالمغرب، مجلة العلوم القانونية، العدد الثالث، 2015، ص 163

³ أحمد حضرائي، المرجع السابق، ص 22

⁴ المرجع نفسه، ص 23

⁵ تلحجي احمد، مساهمة المجتمع المدني في تعزيز البناء الديمقراطي في المغرب، عدد خاص حول الأدوار الدستورية للمجتمع المدني

بالمغرب، مجلة العلوم القانونية، العدد الثالث، 2015، ص 59

⁶ راجع أكثر حول الفروق بين المجتمع المدني والمجتمع السياسي:

سعاد الحاج علي، منظمات المجتمع المدني والديمقراطية المحلية التشاركية، المجلة التونسية للدراسات القانونية والسياسية، العدد 2

السنة 2014، ص 47-49

عن دور الحركة الجموعية في تكريس المقاربة التشاركية في الجزائر

الضغط على أصحاب القرار لحثهم على امتثال قواعد المشروعية والشفافية في التسيير، لكن من دون أن يرقى هدفها لممارسة السلطة.

ب- خصوصية الجمعيات وعلاقتها العضوية بالمجتمع المدني

تعرف الجمعيات على أنها: "منظمات اجتماعية لا تهدف إلى الربح والعمل فيها يقوم على أساس تطوعي، وترمي لتقديم خدمات عديدة يحتاج لها المجتمع ويتاح لأعضائها وللمواطنين المشاركة في جميع أطوار العمل الذي تؤديه" (1)، وتعرف أيضا بأنها: "تشكيلات اجتماعية فاعلة ومنظمة تسعى على أسس تطوعية وغير ربحية لتحقيق أهداف عامة ضمن أطر قانونية وتعتمد الشفافية وحرية التشكيل" (2) وعلى ضوء هذه التعاريف يمكن استنتاج الخصائص الأساسية للجمعيات:

- تقوم على أسس التطوع والتضامن.
 - أداة لتحقيق حاجات الجمهور بواسطة المواطنين أنفسهم.
 - تنشط في إطار القانون الذي يحدد تنظيمها.
 - يتحدد مجال نشاطها حسب طبيعة ونوع الأهداف التي أنشئت من أجلها.
- وتعد الجمعيات أهم مكونات المجتمع المدني سواء على المستوى الكمي أو النوعي كذلك، ويظهر هذا من تعدادها وعدد أعضائها وتنوع مجالات نشاطها التي تغطي جميع الميادين الضرورية ذات النفع العام للمواطنين كالصحة والتعليم والسكن والبيئة وغيرها (3) فضلا عن قدرتها على التعبئة الجماهيرية وتوعية الرأي العام وتوجيه اهتماماته حول القضايا الأساسية التي تُعنى بتحقيقها، إذ تعكس الجمعيات أهم صور التضامن الاجتماعي، وهي تجسيد فعلي عن التعبير عن قضايا المواطن الأساسية وانشغالات الجمهور لقرتها منه واتصالها الدائم مع مختلف شرائحه واستطلاع انشغالاته والدفاع عنها أمام الإدارة والهيئات المعنية، سيما طبيعتها التطوعية والتضامنية وكونها لا تسعى لتحقيق الربح أو ممارسة السلطة، لذلك هي مؤهلة لتكون الشكل الأكثر اتقانا لصور مشاركة المجتمع المدني في تسيير

¹ فاضلي سيد علي، نظام عمل الجمعيات في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص قانون دستوري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2009، ص 9.

² مرجع نفسه ص 9

³ بركات مريم، مساهمة المجتمع المدني في حماية البيئة، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، السنة 2013.

2- تطور المسار القانوني للحركة الجموعية في الجزائر:

لم يكن الحديث عن الحركة الجموعية أو عن وجود فعاليات المجتمع المدني أصلا في الجزائر ممكنا قبل دستور 1989⁽¹⁾ لهيمنة الحزب الواحد على جميع محاور سير الشأن العام في الدولة، فكل الهيئات أو النقابات العالية كانت تسير في مسار تدعيم صورة الحزب وخط نهجه الاشتراكي وتدعيم سياسته وخياراته ذات الصلة وحشد التعبئة الجماهيرية لتكريتها، بحيث كان سعيها يتجه لصالح الدفاع عن سياسة الحزب في تسيير الشأن العام وليس المطالبة بحماية حقوق ومطالب المواطنين⁽²⁾، وهذا كقيل بأن ينفي عن هذه الهيئات صفة المجتمع المدني فضلا عن انعدام إطار قانوني يضي الشرعية على ممارسة نشاطاتها. أما بعد الانتقال الديمقراطي الهام عقب إقرار دستور 1989 وتبني التعددية الحزبية ك نموذج لممارسة الديمقراطية الشعبية وبدل عن نظام الحزب الواحد، فقد صارت الجمعيات أهم مظاهر الانفتاح السياسي التي كفلها هذا الدستور، حيث أجاز إمكانية تكوين جمعيات ومنها الجمعيات ذات الطابع السياسي في إشارة إلى الأحزاب السياسية⁽³⁾، ولتكريس هذا المكسب الدستوري تم إصدار أول قانون لتنظيم الجمعيات في الجزائر الممثل في قانون 90-31 المؤرخ في 4-9-1990 الذي ترجم التوجه المتبع في دستور 1989 بفتح المجال السياسي وتفعيل الحركة الجموعية وحثها على المشاركة في بناء الممارسة الديمقراطية، بحيث تهيأت النواة القانونية لتكوين المجتمع المدني في الجزائر، صار يضم في نسيجه العديد من الجمعيات الناشطة في المجالات الاجتماعية والثقافية والرياضية والبيئية التي فرضت نفسها كفاعل وشريك أساسي في التنمية المحلية وتسيير الشؤون المحلية.

جاء دستور 1996⁽⁴⁾ لتكريس أسس الانفتاح السياسي وتعميق سبل الممارسة الديمقراطية الشعبية، حيث فصل بشكل صريح بين الحق في إنشاء الأحزاب السياسية، والحرية في تكوين الجمعيات المدنية، الذي كان أساس إنشائها واحدا في ظل دستور 1989 مؤكدا بذلك على

¹ مرسوم رئاسي 89-18 مؤرخ في 28 فبراير 1989 يتضمن نشر دستور 23 فبراير 1989، ج/ر عدد 9 مؤرخة في 1 مارس 1989

² حمدي مريم، مرجع سابق، ص 160

³ حسب نص المادة 41 من دستور 1989، مرجع سابق.

⁴ دستور 28 نوفمبر 1996 جريدة رسمية عدد 76 مؤرخة في 8 ديسمبر 1996 معدل ومتمم بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002 والقانون رقم 02-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008 والقانون 01-16 المؤرخ في 6 مارس 2016، جريدة رسمية عدد 14 مؤرخة في 7 مارس 2016.

عن دور الحركة الجمعوية في تكريس المقاربة التشاركية في الجزائر

الطبيعة القانونية المختلفة والخصوصية الوظيفية لكل منها، كما أبرز أهمية الحركة الجمعوية في البناء الاجتماعي والمدني في الجزائر، ويّين واجب الدولة على تشجيع وجودها وتميئة الإطار القانوني لممارسة نشاطاتها، حيث جاء في نص المادة 43 من دستور 1996: "حق إنشاء الجمعيات مضمون، تشجع الدولة ازدهار الحركة الجمعوية في الجزائر، يحدد القانون شروط وكيفيات إنشاء وتكوين الجمعيات". وقد اعتُبر هذا النص استجابة للواقع المعاش آنذاك نظرا للظروف العصيبة التي كانت تشهددها الدولة، مما استدعى التفكير في تعزيز الجهود والمسامحي الرامية لتقوية اللحمة الوطنية عن طريق تضافر كل شرائح المجتمع لتكوين مجتمع مدني متماسك والاستعانة بفعالياته للتعبئة العامة وتحسيس المواطنين بقضاياهم المصيرية المشتركة لمجابهة الازمة السياسية التي كانت تمر بها البلاد⁽¹⁾.

ومن جهتها، فقد ساهمت الارادة السياسية في ترسيخ دور الجمعيات في تكريس المواطنة وتحسين العلاقة بين الادارة المحلية والمواطنين، حيث جاء النص صريحا بمناسبة الخطاب الرئاسي الموجه للأمة في تاريخ 15 أبريل 2011⁽²⁾ على ضرورة إشراك الجمعيات في تسيير الشؤون العامة والمساهمة الفعالة في تعزيز الديمقراطية التشاركية، وهذا ما يتبين من خلال الإصلاحات المعبر عنها في نص الرسالة الرئاسية: "إن المسعى هذا سيشمل أيضا توسيع وتوضيح مجال الحركة الجمعوية وأهدافها ووسائل نشاطها وتنظيمها من أجل إعادة تأهيل مكانة الجمعيات في المجتمع بصفقتها فضاءات للتحكيم والوساطة بين المواطنين والسلطات العمومية. وريثا تم المراجعة المزمعة للقانون الذي يسيّر نشاط الجمعيات، أَدْعُو منظمات الحركة الجمعوية إلى تكثيف المبادرات التي تخولها رسالتها من خلال الانخراط من الآن ضمن هذا المنظور."

وبالفعل تم إرساء إطار قانوني جديد لتسهيل اضطلاع الجمعيات بنشاطها بشكل مشروع وأكثر تنظيما بتحديد مفهومها وشروط إنشائها وطبيعة اختصاصها، ليحل بديلا عن قانون 90-31 المؤرخ في 4-9-1990 المتعلق بالجمعيات، وفي هذا الإطار نص القانون الجديد رقم 12-06 المتعلق بالجمعيات⁽³⁾ في الفقرة الأولى من المادة الثانية منه على: "تعتبر الجمعية في مفهوم هذا القانون تجمع أشخاص طبيعيين أو معنويين على أساس تعاقدية لمدة محددة أو غير محددة. ويشترك هؤلاء

¹ بركات مريم، مرجع سابق، ص 54.

² نص خطاب رئيس الجمهورية الموجه للأمة، مؤرخ في 15 أبريل 2011، متوفر على الرابط التالي:

<http://www.el-mouradia.dz/arabe/president/activites/presidentacti.htm> (تاريخ الاطلاع: 14-3-2018)

³ قانون رقم 12-06 مؤرخ في 12 جانفي 2012، يتعلق بالجمعيات، جريدة رسمية عدد 02 مؤرخة في 15 جانفي 2012.

عن دور الحركة الجمعوية في تكريس المقاربة التشاركية في الجزائر

الأشخاص في تسخير معارفهم ووسائلهم لغرض غير مريح من أجل ترقية الأنشطة وتشجيعها، ولا سيما في المجال الاجتماعي والمهني والتربوي والخيري والديني والثقافي والرياضي والبيئي والانساني".

يبدو واضحاً من نص هذه المادة تأكيد المشرع على الطابع التطوعي للجمعيات وهي السمة الأساسية التي تجعلها قريبة من اهتمام المواطنين وتلقى قبولاً تلقائياً لديهم للتعبير عن شواغلهم وتحسس أوضاعهم ومحاولة تحسينها لدى السلطات المعنية، حرص المشرع على تأطير أهم مجالات لخصائص الجمعيات وهيكلتها وضمان انسجام عملها التام مع القانون، كما حرص المشرع على تأكيد ارتباط نشاط الجمعيات بضرورة تحقيق المنفعة العامة المشتركة فقط باعتبارها الغاية الأساسية التي يتطلع إليها المواطنون مع تبيان واجب خضوعها للقوانين النافذة، حيث جاء في نص الفقرة الثالثة من المادة الثانية من قانون الجمعيات: "يجب أن يندرج موضوع الجمعيات وأهدافها في إطار تحقيق الصالح العام وأن تتم نشاطها في إطار احترام الثوابت والقيم الوطنية والقوانين والنظام العام".

3- حتمية مساهمة الحركة الجمعوية في ممارسة الديمقراطية التشاركية

تظهر رغبة المشرع من خلال تقنينه نظام الجمعيات المدنية في التأكيد على دور الأخيرة في قيادة فعاليات المجتمع المدني، باعتبارها فاعلاً أساسياً في هيكلة مكوناته وتأطير شرائحه المختلفة وتأهيل الجمهور ليكون شريكاً أساسياً في ممارسة الديمقراطية الشعبية، نظراً للقيمة الإيجابية لهذه الجمعيات كونها تشكل دعامة صلبة لتجذير الوعي المدني والاهتمام بالشأن العام لا سيما على الصعيد المحلي، وإذكاء الحس الوطني وتنمية روح الانتماء لدى الساكنة، وذلك في إطار تبني نمط جديد للديمقراطية يتيح مشاركة كافة مكونات المجتمع المدني في تدبير الشؤون المحلية وفق ما يطلق عليه بالديمقراطية التشاركية، التي تعد شكلاً من الأشكال المعاصرة لتدبير الشأن العام، وذلك من خلال آلية عمل تضمن تنسيق نشاط كلا من السلطة العامة من جهة وقوى المجتمع المدني المختلفة وفي مقدمتها الجمعيات من جهة أخرى.

ولتدعيم المقاربة التشاركية المذكورة نجد المشرع قد نص في مضمون المادة 17 من قانون 06-12 المتعلق بالجمعيات، على: "تكتسب الجمعية الشخصية القانونية بمجرد تأسيسها، وهي مؤهلة للتصرف لدى الإدارات العمومية والقيام بكل نشاط شراكة لدى السلطات العمومية متعلق بهدف إنشائها". ومن جهة أخرى، نجده قد أشار إلى واجب السلطات المحلية في تشجيع الجمهور على

عن دور الحركة الجموعية في تكريس المقاربة التشاركية في الجزائر

المشاركة الديمقراطية وذلك من خلال قانون رقم 10-11 المتعلق بالبلدية⁽¹⁾ في الفصل الخاص بمشاركة المواطنين في تسيير شؤونهم المحلية على دور المجلس المنتخبة المحلية في إيجاد أطر قانونية مناسبة لحث المواطنين على الانخراط في المبادرات الرامية لتسوية شؤونهم المحلية، في إشارة إلى الجمعيات أو الاتحادات المدنية باعتبارها الفضاء الأمثل لتأطير الجمهور والتعبير عن انشغالاته كونها ترمي لتحقيق الصالح العام كما ينص عليه القانون.

فالعامل الجموعي يحتل مكانة أكيدة في تدير الشؤون المحلية وتسهيل إشراك المواطنين في عملية التنمية المحلية وتدير شؤونهم العامة والمساهمة في اتخاذ القرارات لكونها أداة الربط بين انشغالاتهم، ذلك ان الانفراد بالقرار وتمهيش الجمعيات لا يعكس المشاركة الجماهيرية كون الأخيرة تقتضي التواطع المستمر بين المجالس التمثيلية ومختلف فعاليات المجتمع المدني لتلافي انفصال أعضاء الهيئة المنتخبة عن المواطنين، لذلك تساهم مشاركة الجمعيات في تحقيق الرقابة الشعبية وفي تصحيح مسار المجالس المنتخبة وتحديد أولويات التنمية وتوجيه عنايتها نحو انشغالات الجمهور الأساسية المشتركة لتحقيق المنفعة العامة.

المحور الثاني: معوقات مشاركة الجمعيات في تكريس المقاربة التشاركية

رغم الاعتراف التدريجي لمبدأ المشاركة في المنظومة القانونية واعتماده كمنهج لتسيير وإدارة الشؤون العامة للمواطنين على المستوى المحلي، فإن الممارسة الفعلية تكشف عن العديد من العوائق التي لازالت تحد من فعالية إسهام الجمعيات في تكريس مبدأ المشاركة، يمكن عزو أسبابها لعدم فعالية وهشاشة البناء الهيكلي والتنظيمي للجمعيات⁽¹⁾ ولحدثة نموذج الديمقراطية التشاركية في الجزائر⁽²⁾.

1- هشاشة البنية التنظيمية للجمعيات: (العوائق الناتجة)

يعتمد إقرار الديمقراطية التشاركية كنظام للتسيير على وجود شريك فاعل قادر على نشر الوعي الاجتماعي، وتحسيس الجمهور بالقضايا الأساسية له ونقل انشغالاتهم وبلورة مضمونها، للانسجام مع استراتيجية التسيير والتنمية التي تقودها الجماعات المحلية والمساهمة الفعلية في سياسة اتخاذ القرار، لذلك ينبغي للجمعيات أن تكون على قدر عال من المسؤولية والتنظيم والاستقلالية في النشاط

¹ قانون رقم 10/11 مؤرخ في 22 يونيو 2011، يتعلق بالبلدية، جريدة رسمية عدد 37، مؤرخة في 3 يوليو 2011.

عن دور الحركة الجمعوية في تكريس المقاربة التشاركية في الجزائر

والحركة لبلوغ الفعالية المطلوبة للدور المناط بها في الشراكة مع الجماعات المحلية في إدارة وتسيير الشأن العام المحلي. ولكن بالنظر للحركة الجمعوية، نجد دورها في ترسيخ الديمقراطية التشاركية لا يزال محدودا بالعديد من القيود التنظيمية التي تعرقل سبل اضطلاعها بدور الشريك الفعلي في تسيير الشؤون العامة للجمهور.

1- سيطرة القيود الوصائية على نشاط الجمعيات

تتسبب الإدارة وصايتها بشكل لافت على الحركة الجمعوية في الجزائر، فمراجعة نصوص قانون 12-06 المتعلق بالجمعيات، نجد الصبغة التدخلية للدولة بآلية على مفاصل عمل هذه الجمعيات بداية بشروط تأسيسها، التي تقتضي صدور ترخيص من السلطات العمومية المختصة، وكذا فيما يتعلق بسير نشاطها وذلك بضرورة إعلام السلطات عند مراجعة القانون الأساسي للجمعيات، وكذا تسليم نسخ عن محاضر الاجتماعات والتقارير السنوية الأدبية والمالية للإدارة عقب انعقاد الجمعية العامة للجمعية. فضلا عن صلاحية السلطة العمومية في تعليق نشاط الجمعيات أو حلها نهائيا (1). ولذلك فإن وصاية الدولة على نشاط الجمعيات ورقابتها الصارمة على سير عملها لن يكون سوى عاملا مثبطا لفعاليتها ومدخلا للتضييق من أفق إسهامها في ممارسة الديمقراطية المحلية.

ب- / عدم استقلالية نشاط الجمعيات

تظهر عدم استقلالية الجمعيات من خلال نشاطها الذي يكشف إمكانية كونها مجرد امتداد لبعض الأحزاب السياسية (2). في هذا الصدد، نشير أنه بالرغم من أن قانون 12-06 المتعلق بالجمعيات يقيم تفرقة واضحة بين الأحزاب السياسية وبين الجمعيات، إذ يمنع صراحة أي تداخل في نشاط أي منها، ويلزم الجمعية بأن تستقل بنشاطها وأهدافها عن الأحزاب والآ ترتبط بأي علاقة تنظيمية أو هيكلية بها، كما يحظر عليها تلقي الهبات أو الإعانات المالية أو المساهمة في تمويل ميزانيتها (3).

لكن هذه القيود في الواقع غير كافية لضمان استقلالية نشاط جمعيات أو الحد من تبعيتها العضوية لسياسة الأحزاب، فلا مانع يحول مثلا دون انتماء العديد من الأطراف الفاعلة في هذه الجمعيات كرئيس الجمعية والأشخاص المؤسسين لها أو أعضاء هيئاتها التنفيذية لأحزاب معينة، سيما وأن

¹ راجع المواد 8، 18، و40 من قانون 12-06 المتعلق بالجمعيات، مرجع نفسه.

² سعاد بلحاج علي، مرجع سابق، ص 47-49.

³ راجع نص المادة 13 من قانون 12-06 المتعلق بالجمعيات، مرجع سابق.

عن دور الحركة الجموعية في تكريس المقاربة التشاركية في الجزائر

اشتراكهم في الانتماء السياسي لا يحظره القانون⁽¹⁾، وهي جميعا عوامل تجعل هذه الجمعيات عبارة عن أدوات تنظيمية مبطنة لنشر سياسة هذه الأحزاب والدفاع عن أهدافها وبرامجها الحزبية، الأمر الذي يجعلها تبتعد عن الدور المنتظر منها كشريك فاعل في تسيير الشأن العام والدفاع عن مصالح الجمهور واسقاط تطلعاته في سياسة التسيير التهموية والمحلية، مقابل اعتبارها روافد غير مباشرة للأحزاب تسعى لدعم برامجها الاجتماعية وتحقيق التعبئة والحشد الشعبي لها. وعليه فإن عدم تخصيص الجمعيات ووضع أدوات قانونية للترقية بين تنظيم وهيكله هذه الأخيرة وبين ما يتصل بالأحزاب السياسية، سيجعلها دوما عرضة للتسييس والاختراق الحزبي لعدم وجود ضمانات فعلية تحيد بها عن كل أشكال التوظيف الحزبي.

وعلاوة عن خطر عدم الاستقلالية السياسية، يمكن أن تشكل التبعية المالية للهيئات العمومية المحلية نوعا من أشكال الضغط والهيمنة على نشاط الجمعيات، باعتبار أن أحد المصادر الهامة لتمويل الجمعيات تأتي من الإعانات التي تقدمها الدولة أو الولاية أو البلدية حسب طبيعة نشاط الجمعية⁽²⁾، لذلك يصعب على الجمعيات العمل في كل الظروف بالموضوعية ودواعي المهية اللازمة وبكامل الاحترافية المطلوبة، بعيدا عن شتى التأثيرات السياسية أو الضغوط سيما إن تعارضت مصالحها مع أي من سياسات أو قرارات الجماعات المحلية كونها في نفس الوقت، الجهات المسؤولة عن تمويل هذه الجمعيات.

ت- ضعف موارد الجمعيات

تطرح مسألة ضعف موارد الجمعيات إشكالا حقيقيا يمنعها من الاضطلاع بنشاطاتها بالفعالية المطلوبة، نظر لقلّة مصادر التمويل ولشدة القيود المفروضة على الجمعيات للحصول على الدعم والإعانات المالية، فعلاوة عن حظر تلقي الهبات أو الإعانات أو أي مصدر من مصادر التمويل الأجنبية كمنظمات المجتمع المدني أو المنظمات غير الحكومية كأصل عام، وتقييد قبولها بوجود اتفاقية تعاون أو إطار شراكة مؤسسة بين هذه المنظمات الأجنبية وجمعيات المجتمع المدني تخضع وجوبا للموافقة المسبقة⁽³⁾، الأمر الذي يقوّت عليها العديد من مصادر التمويل. إن حرص المشرع على

¹ راجع نص المادة 12 المتعلقة بالشروط الواجب توفرها في الأعضاء المؤسسين للأحزاب السياسية، قانون عضوي رقم 04-12

متعلق بالأحزاب السياسية مؤرخ في 12 يناير، جريدة رسمية عدد 2 مؤرخة في 15 يناير 2012.

² راجع نص الفقرة الخامسة من المادة 29 من قانون 06-12 المتعلق بالجمعيات، مرجع سابق.

³ حسب نص المادة 30 من قانون 06-12 المتعلق بالجمعيات، مرجع نفسه.

عن دور الحركة الجمعية في تكريس المقاربة التشاركية في الجزائر

عدم خضوع الجمعيات لأهداف ومشاريع أجنبية ليس داعيا كافيا لحجب سبل التمويل الخارجي عنها نهائيا، طالما أنه قد أخضع سبل تلقي الجمعيات لأي مصدر تمويل لتوافقها المسبق مع دفتر الشروط وبرامج نشاط الجمعيات التي ينبغي انسجامها في جميع الحالات مع غرض تحقيق الصالح العام. كما أنّ المنح والمساعدات التي تقدمها لها الدولة أو الولاية أو البلدية يتقيّد منحها بتوفر عدة شروط أهمها التزام الجمعية بدفتر شروط يحدد برامج النشاطات التي تؤديها الجمعية، وإبرام عقد برنامج يتلاءم مع نشاط وأهداف الجمعية ويستجيب لدواعي المنفعة العمومية والصالح العام⁽¹⁾، حيث يؤدي استخدام الجمعيات للإعانات المالية خارج نطاق هذه الشروط إلى تعليق نشاط الجمعية أو حلّها نهائيا⁽²⁾.

2- حدائة التجربة التشاركية وقصورها في تسيير شؤون المواطنين: (العوائق الموضوعية)

تعد تجربة الديمقراطية التشاركية في تسيير الشأن العام عموما والمحلي خصوصا في الجزائر معطى جديد جاء لمعالجة حالة العجز والانسداد الذي أفرزه النظام النيابي في تسيير المجلس المحلية. غير أنّ عامل حدائة المقاربة التشاركية يشكل في حد ذاته عائقا ماديا أمام مساهمة الجمعيات في تجسيد الديمقراطية التشاركية، نظرا لعدم استقرار أصول وآليات تكريس منهج المشاركة في القانون والممارسة الوطنية، فالمشروع لا يزال لحد الان يفتقر لرؤية وافية ومتكاملة لتطبيق الديمقراطية التشاركية سيما على المستوى المحلي، الأمر الذي أفرز العديد من العراقيل التي تحد من فعالية إشراك الجمعيات في تطبيق الديمقراطية التشاركية.

1- ضعف ثقافة المشاركة لدى الأطراف المسؤولة عن تطبيق الديمقراطية التشاركية

لعلّ أول نتائج عدم تجدر سياسة الديمقراطية التشاركية وحدائتها في الممارسة الوطنية هو عدم إدراك مؤداها الحقيقي لدى فعاليات المجتمع المدني، باعتبارها المنهج الرديف للديمقراطية التمثيلية ذات السمة الكلاسيكية، والآلية الحديثة الجديدة بالتفعيل للمساهمة في تسيير الشؤون العامة ، فصدى المشاركة لا يزال محدودا جدا في أوساط المجتمع المدني بما فيها الجمعيات، بل لدى الكوادر الإدارية المسؤولة عن التسيير كذلك، لغياب إطار توجيهي يُجسّد المبادئ الأساسية للمشاركة ويؤطر سياسة التكوين المستمر والتحصين مع المرافقة الميدانية، لتكريس مفهوم إشراك الجمعيات في

¹ حسب نص المادتين 34 و35 من قانون 06-12 المتعلق بالجمعيات، مرجع نفسه.

² حسب نص المادة 37 من قانون 06-12 المتعلق بالجمعيات، مرجع نفسه.

عن دور الحركة الجموعية في تكريس المقاربة التشاركية في الجزائر

تدبير الشؤون العامة، وضرورة العودة إليه عند اتخاذ القرار باعتباره شريك فعلي في أعمال مقاربة التسيير والتنمية، وهو ما يستدعي فرض قطيعة تامة مع سياسة التسيير المبنية على الذهنيات المرتبطة بالتسيير الاحادي الذي يجعل السلطات العمومية تتصرف بالمنطق السلطوي التقليدي في التسيير⁽¹⁾، بدل تأسيس علاقة تعاون متبادل قائمة على التشارك والتشاور بين الجمعيات والسلطات العمومية في سبيل تحقيق تنمية وتسيير ناجح سيما على المستوى المحلي.

ب- عدم إلزامية آليات المشاركة

مع التسليم بإقرار المشرع لمبدأ المشاركة في تسيير الشؤون المحلية في القانون الوطني، إلا أن هذه المشاركة تبقى صورية في الكثير من الأحيان ومن دون جدوى كذلك، نظرا لعدم إلزامية القيام بها من طرف المجالس والهيئات المسؤولة عن التسيير كالجماعات والإدارات المحلية، بحيث يبقى هذه الجهات في سعة من أمرها في مدى عرض المشاركة على الجمعيات من عدمها، مستفيدة من عدم إلزام المشرع لها بذلك إلا في حالات نادرة⁽²⁾، الامر الذي يشجع الإدارة المعنية على تجاوز مبدأ إشراك الجمعيات ويقوض فعالية تدخلها في ممارسة الديمقراطية التشاركية. ومن جهة أخرى يسهم الطابع الاستشاري والاختياري العام الذي يسود آليات المشاركة في تعميق الإطار الصوري لمشاركة الجمعيات، بحيث لا يترتب عن استشارة فعاليات المجتمع المدني في مسألة معينة من مسائل الشأن العام إلى التقيّد التلقائي بنتائجها وهو ما يجعل إسهامهم شكليا في اتخاذ القرار المحلي⁽³⁾.

ت- عدم فعالية آليات مشاركة المجتمع المدني

تشهد الممارسة محدودية لافته لأنماط الآليات الموضوعة للمشاركة، فصيّغ المشاركة والتشاور والتعاون والتنسيق والاستشارة التي نص عليها المشرع، قد أتت بصيغة عامة مبتورة من كفاءات تطبيقها وإجراءات تفعيلها، حيث تشترك غالبيتها في الإحالة على النصوص التنظيمية، فباستثناء بعض الآليات المحدودة كدراسة التأثير وآلية التحقيق العمومي التي جاء تفصيل تطبيقها واضحا لصدور

¹ محمد يعقوبي، المبادئ الكبرى للحكامة المحلية، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 56 ماي 2004، ص 11.

² قليلا ما يلزم المشرع المجالس المحلية بمبدأ إشراك جمعيات المجتمع المدني، ونذكر في هذا الصدد نص المادتين 36 و37 من قانون البيئة، والمادة 15 من القانون رقم 90-29، مؤرخ في 1 ديسمبر 1990 المتعلق بالتعمير، جريدة رسمية عدد 52 مؤرخة في 2 ديسمبر 1990، المعدل والمتمم بالقانون 04-05 المؤرخ في 14 أوت 2004، جريدة رسمية عدد 51 مؤرخة في 15 أوت 2004. ونص المادتين 97 و98 من قانون 07-12 المتعلق بالولاية، مرجع سابق.

³ راجع أكثر في هذا الصدد: حمدي مريم، مرجع سابق، ص 163.

عن دور الحركة الجموعية في تكريس المقاربة التشاركية في الجزائر

النصوص التطبيقية الخاصة بها⁽¹⁾، فإنّ جل الآليات الأخرى المرتبطة بمشاركة المواطنين والجمعيات بالأخص لازالت في حاجة إلى صدور النصوص التنفيذية الموضحة لكيفيات تطبيقها وتفعيلها على أرض الواقع⁽²⁾، وفي انتظار صدور هذه النصوص تبقى مشاركة الجمعيات في تسيير الشؤون العامة معطلة إلى أجل مجهول.

ث- انعدام قنوات الإعلام والمشاركة

تفتقر الجمعيات إلى مجال محدّد للتدخل والاسهام الفعلي في مجريات اتخاذ القرار المحلي أو في استراتيجية إعداد السياسات العامة للتسيير المحلي، فعلاوة عن قصور آليات المشاركة، فإنه لا يحق للجمعيات الاطلاع على محاضر المداولات البلدية أو الولائية أو الحصول على المعلومات الإدارية التي تبقى حكرا على المواطنين أصحاب المصلحة فقط⁽³⁾. وبالرغم من كون المشرع قد نص على مبدأ علنية الجلسات وعلى ضرورة إعلام الجمهور بالمداولات وبجدول أعمال المجالس المنتخبة⁽⁴⁾، لكن ذلك لا يكفي الحق تلقائيا للجمعيات في المشاركة الفعلية بتقديم التوصيات أو الاقتراحات التي تنسجم مع مجالات نشاطها وطبيعة المشاريع المعدة للمناقشة والتصويت، أو تقديم العرائض كما هو معمول به في بعض التشريعات المقارنة كالقانون المغربي مثلا⁽⁵⁾.

د- حجب الجمعيات عن المشاركة في سياسة التسيير والتنمية المحلية.

تملك المجالس المحلية المنتخبة كالبلديات صلاحية إعداد برامجها التعموية السنوية، والمصادقة عليها، وتتولى تنفيذها في إطار المخطط الوطني للتهيئة والتنمية المستدامة للإقليم وفي إطار المخططات التوجيهية القطاعية⁽⁶⁾. بيد أنّ صلاحية انتقاء العمليات التعموية القابلة للإنجاز على المستوى المحلي

1 أراجع في هذا الخصوص نص المادة 10 من المرسوم التنفيذي 145-7 المؤرخ في 19 ماي 2007 يحدد مجال تطبيق و محتوى و كيفيات المصادقة على موجز التأثير على البيئة، جريدة رسمية عدد 34 مؤرخة في 22 ماي 2007 الذي جاء تطبيقا لنص المادة 15 من قانون 10-03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، مرجع سابق.

2 كالنصوص المتعلقة بتطبيق عقود الشراكة المتعلقة بتطوير المدينة، التي تحيل إليها نص المادة 21 من قانون 06-06 المتعلق بتطوير المدينة، مرجع سابق.

3 حسب نص المادة 14 من قانون رقم 10-11 المتعلق بالبلدية، مرجع سابق.

4 حسب نص المادة 26 من قانون رقم 10-11، مرجع نفسه.

5 يحدّد القانون التنظيمي للجاعات رقم 14-113 (المغرب) شروط ممارسة هذا الحق، بحيث يحدد مفهوم العريضة وغرض إيداعها وشروط تقديمها والجهة المخولة لتلقيها. أراجع في هذا الخصوص: أحمد حضرائي، مرجع سابق، ص 24.

6 حسب نص المادة 107 من قانون 10-11 المتعلق بالبلدية، مرجع سابق.

عن دور الحركة الجموعية في تكريس المقاربة التشاركية في الجزائر

والمشاركة في إجراءات تنفيذها بما في ذلك عمليات تهيئة الإقليم⁽¹⁾، تبقى لسلطة المجلس الشعبي البلدي وحده من دون إشراك للمواطنين أو للجمعيات في مجريات العملية التثوية. فبالعودة إلى التجربة التشاركية في المغرب نجد دستور 2011 ينص في الفصل 139 منه على إشراك فعاليات المجتمع المدني بما فيها الجمعيات في تحضير السياسة التثوية المحلية، ومنح لها حق تقديم عرائض للمجالس المحلية هدفها إدخال مسائل موضوعية في جدول أعمال تحضير البرامج التثوية. وهكذا تبدو الجمعيات في الجزائر مغمية تماما عن مجريات تحضير السياسة التثوية وتهيئة الإقليم وتنفيذها⁽²⁾، مما يهدر مبدأ المشاركة في هذا المجال الهام نظرا لتهميش تطلعات الساكنة المحليين والجمعيات من المشاركة في إعداده.

المحور الثالث: مساعي تحفيز دور الجمعيات في ممارسة الديمقراطية التشاركية

دفعت العراقيل والعقبات التي تحول دون مشاركة فاعلة للجمعيات في تجسيد الديمقراطية التشاركية إلى المبادرة لإدخال إصلاحات جديدة لتدعيم مبدأ المشاركة وتأطير دور المجتمع المدني وفي طليعته الجمعيات في المساهمة في تسيير الشؤون العمومية⁽¹⁾، وبغية تحسين إطار أعمال مبدأ المشاركة وتمكين المواطنين والجمعيات المدنية من المساهمة الفعلية في سياسة التسيير والتثوية العمومية، تم إعداد مشروع قانون يُعنى بتنظيم الديمقراطية التشاركية، يتضمن أطر جديدة لتكريس أسس وآليات المشاركة وخلق فضاءات أوسع لمساهمة الجمعيات وفعاليات المجتمع المدني في تسيير الشؤون العامة⁽²⁾.

1- تكريس مبدأ الديمقراطية التشاركية ودعائم ممارستها في الدستور

أعلن رئيس الجمهورية في خطابه الموجه للأمة المؤرخ في 15 أبريل 2011 عن فتح ورشة لتكريس إصلاحات واسعة لنظام الحكم وأساليب تسيير مرافق الدولة وارساء دولة القانون وتعزيز البناء الديمقراطي وحقوق المواطنة، تجلّت معالمها بوضوح في تعديل الدستور حيث تمت مراجعة أحكام دستور 1996 للمرة الثالثة بمقتضى تعديل 6 مارس 2016⁽³⁾، الذي اتجهت إليه السلطة السياسية

¹ حسب نص المادة 108 من قانون 10-11، مرجع نفسه.

² باستثناء مجال محدود لمشاركة المجتمع المدني في إعداد سياسة تسيير المدينة، نصت عليه المادة 14 من قانون 06-06 المتعلق بالقانون التوجيهي للمدينة، مرجع سابق.

³ قانون رقم 01-16 مؤرخ في 6 مارس 2016 يتضمن التعديل الدستوري، جريدة رسمية عدد 14 مؤرخة في 7 مارس 2016.

عن دور الحركة الجموعية في تكريس المقاربة التشاركية في الجزائر

بفعل عوامل سياسية واجتماعية مختلفة⁽¹⁾، كان لها واسع الأثر على أحكام الدستور ككل، مقارنة بالتعديلات السابقة، بفعل الإصلاحات العديدة الهادفة لتكريس دولة القانون وترشيد نظام الحكم وتعزيز أسس ممارسة الديمقراطية الشعبية والتسيير العمومي لمرافق الدولة. حيث أقر التعديل الدستوري ركائز أساسية لتفعيل مبدأ المشاركة:

1- ترسيم الديمقراطية التشاركية في القانون الأساسي للدولة (الدستور)

كرس المؤسس الدستوري مبدأ الديمقراطية التشاركية بشكل صريح بموجب التعديل الدستوري ل6 مارس 2016. بعدما أغفلته التعديلات السابقة ليشكل دعامة أساسية لمساهمة الجمعيات فيمقاربة التسيير المحلية، حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة 15 من الدستور: "تشجع الدولة الديمقراطية التشاركية على مستوى الجماعات المحلية". وهكذا يكون المؤسس قد خطى خطوة أساسية نحو ترسيخ أعمق لمشاركة المواطنين وتنظييات المجتمع المدني في تسيير الشؤون المحلية، بحكم أنّ مبدأ المشاركة قد سبق إقراره في العديد من القوانين⁽²⁾ وفي مقدمتها قانون البلدية 10-11 الذي نص في المواد 1 و103 على اعتبار البلدية مكان لممارسة المواطنة والمشاركة في تسيير الشؤون المحلية، فضلا عن تضمين قواعد المشاركة في المواد 11-14 منه. وهذا علاوة على اعتبار الديمقراطية التشاركية آلية جديدة لتدعيم التنظيم الديمقراطي فيما يتعلق بعملية ممارسة السلطة وتسيير المجالس المحلية المنتخبة، حيث وردت الإشارة إليها في سياق المبادئ الأساسية التي تقوم عليها الدولة والمتمثلة في التنظيم الديمقراطي والفصل بين السلطات والعدالة الاجتماعية.⁽³⁾ ويتجسد مبدأ المشاركة

¹ كظروف الاقليمية السائدة آنذاك المتأثرة بظاهرة الثورات الشعبية التي اصطلح "البعض" على تسميتها بموجة "الربيع العربي"، التي شهدتها دول عديدة، وهي تونس وليبيا ومصر وسوريا واليمن، والتي لا تزال آثارها مستمرة إلى اليوم. العديد من القوانين تعتمد مبدأ المشاركة بشكل صريح في صلبها، نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر: قانون رقم 06-06 مؤرخ في 20 فبراير سنة 2006، يتضمن القانون التوجيهي للمدينة، مرجع سابق.

- قانون رقم 06-01 مؤرخ في 20 فبراير 2006 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، جريدة رسمية عدد 14 مؤرخة في 8 مارس 2006 مقيم بالأمر 05-10 مؤرخ في 26 أوت 2010، جريدة رسمية رقم 50 مؤرخة في 1 سبتمبر 2010، مقيم بالقانون 15-11، مؤرخ في 2 أوت 2011، جريدة رسمية عدد 44 مؤرخة في 10 أوت 2011.
- قانون 10-03 مؤرخ في 19 يوليو 2003 يتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، مرجع سابق.

³ بر المجلس الدستوري دسترة الديمقراطية التشاركية على المستوى المحلي من خلال رأيه الملّال بشأن إضافة الفقرة الثالثة من المادة 15 المتعلقة بها إلى الدستور كالتالي: "...اعتبارا أنّ مبدأ الفصل بين السلطات واستقلالية العدالة وتشجيع الديمقراطية التشاركية على

عن دور الحركة الجموعية في تكريس المقاربة التشاركية في الجزائر

من خلال إشراك المواطنين وفعاليات المجتمع المدني في تسيير الشؤون العامة على المستوى المحلي، وبدون أدنى شك يعد هذا الأمر دعامة أساسية لمشاركة الجمعيات في تدبير الشأن العام والاسهام في صناعة الفعل العمومي على المستوى المحلي نظرا لطبيعة نشاطها الجواربي القريب من شؤون المواطنين والكفيل بطرح انشغالهم والدفاع عنها أمام الهيئات العمومية المحلية.

ب- دسترة حق الاطلاع والحصول إلى المعلومة

يعد الحق في النفاذ إلى المعلومة دعامة رئيسية لتحقيق المقاربة التشاركية، فهو يقترن مباشرة بضمان مبدأ شفافية التسيير الإداري قصد تحقيق الانفتاح الإداري والمؤسساتي على جميع فعاليات المجتمع المدني وفي مقدمتها الجمعيات لتسهيل إشراكها الفعلي في مقاربة التسيير والتنمية. لذلك يقتضي الإقرار بمبدأ مشاركة الجمعيات في إستراتيجية تسيير الشؤون العمومية تمكينها من المعلومة، التي تتحولها الإذلاء برأيها ومتابعة مجريات التسيير وأهدافه ومراقبة نشاط الجماعات المحلية وسياساتها التهموية والعمرائية والبيئية ذات العلاقة بشؤون ومصالح الساكنة. كرس المؤسس الجزائري على غرار العديد من الدساتير المقارنة (1) لمبدأ الإعلام وحق المواطنين في النفاذ إلى المعلومة، من خلال التعديل الدستوري الأخير المؤرخ في 6 مارس 2016، حيث نصّت المادة 51 من الدستور، على: " الحصول على المعلومات والوثائق الإدارية والإحصائيات ونقلها مضمونان للمواطن". وهكذا فإن حق الإعلام صار يحظى بحماية دستورية، ورغم أنّ تكريسه جاء لفائدة المواطنين مباشرة إلى أنه يعد مكسبا للجمعيات كذلك نظرا لطبيعة نشاطها القائم أصلا على مساهمة المواطنين، لذلك لا يوجد ما يحول دون استفادة الجمعيات من المعلومة بواسطة المواطنين وتنفيذها في إطار المقاربة التشاركية لتسيير الشؤون العمومية ذات الصلة بمجالات نشاطها كالبيئة أو الصحة أو النظافة وغيرها. وتجدر الإشارة أنّ الفقرة الثالثة من نص المادة ذاتها قد أحتلت على القانون تحديد كيفيات ممارسة هذا الحق وهذا كفيل بتحديد شروط وإجراءات ومجال الاستفادة منه.

المستوى المحلي، تعتبر دعائم أساسية للتنظيم الديمقراطي للدولة وإرساء أسس دولة القانون وضمان حقوق المواطن وحياته الأساسية بما فيه حقه في المشاركة في تسيير الشؤون العمومية...". أنظر: رأي رقم 16/01 مؤرخ في 28 يناير 2016 يتعلق بمشروع القانون المتضمن التعديل الدستوري، جريدة رسمية عدد 6 مؤرخة في 23 فبراير 2016.

¹ تم إقرار حق النفاذ إلى المعلومة في الدستور المغربي لسنة 2011 في نص الفصل 27 منه، ثم في الدستور التونسي لسنة 2014 في نص الفصل 32 منه. أنظر:

عبد القادر مهداوي، الحماية الدستورية للحق في الحصول على المعلومة في الدول المغاربية، مجلة العلوم القانونية والسياسية عدد 14، سنة 2016، ص 104.

ت- ترقية المكانة التشريعية للجمعيات في الدستور

لقد تفضن المؤسس الدستوري خلال التعديل الاخير المؤرخ في 6 مارس 2016 للدور الهام الذي تضطلع به الجمعيات في قيادة مجتمع مدني قوي يعكس رغبته في تكريس المشاركة الشعبية في ممارسة الديمقراطية المحلية باعتبارها أهم معالم الحكم الراشد ، والتي عبر عنها صراحة بموجب المادة 15 من الدستور: "تشجع الدولة الديمقراطية التشاركية على المستوى المحلي" ، فالجمعيات تعد الفاعل الأساسي ضمن مكونات المجتمع المدني المختلفة، ولذلك عزز المؤسس مكاتبها القانونية بأداة تشريعية أسمى، حيث رفع الأداة التشريعية المنظمة لها من قانون عادي إلى قانون عضوي، حسب ما تنص عليه الفقرة الثالثة من المادة 53 من الدستور: "يحدد القانون العضوي شروط وكيفيات إنشاء الجمعيات".

وفي هذا الصدد نأمل أن ينجح القانون العضوي المنتظر صدوره في معالجة الاختلالات الموجودة في القانون الحالي 06-12، قصد تعزيز استقلالية الجمعيات الإدارية والمالية وتخفيف نطاق العراقيل والرقابة الوصائية المفروضة عليها، لمنحها حرية أكبر في ممارسة نشاطاتها فيما يتعلق بتوعية الجمهور ونقل انشغالات المواطنين لضمان مشاركة فاعلة في سياسة التسيير والتنمية المحلية.

2- تعزيز مكانة الجمعيات في إطار مشروع قانون الديمقراطية التشاركية

بادرت الجزائر إلى تحضير مشروع قانون ينظم مجال مشاركة الأطراف الفاعلة في تجسيد الديمقراطية التشاركية⁽¹⁾، بعدما أيقنت ضرورة وجود إطار قانوني جامع يوحد أسس وآليات والفاعلين في ممارسة الديمقراطية التشاركية، على غرار ما هو معمول به في العديد من القوانين المقارنة⁽²⁾، وذلك لتفعيل وتنسيق العمل التشاركي وإصلاح الاختلالات والنقائص التي تصاحب آليات المشاركة⁽³⁾. الجدير بالتنويه أن نص المشروع لا يزال مفتوحاً أمام الجمهور وكامل فعاليات المجتمع المدني من أجل التثمين والانتزاع، مما يسهم بالإيجاب في تأهيل الجمعيات لنقل تطلعاتهم للانخراط بقوة

¹ مشروع قانون الديمقراطية التشاركية، المعد على مستوى وزارة الداخلية والجماعات المحلية، متاح على الرابط التالي:

تاريخ الاطلاع: <http://www.interieur.gov.dz/images/democrative-participative.pdf> (2018_2_1)

² كفرنسا مثلاً التي اعتمدت قانون ديمقراطية الحوار "la démocratie de proximité" في سنة 2002، أنظر:

Loi n2002-276 du 27 Février 2002 relative à la démocratie de proximité, (modifiée) JORF du 28 Février 2002, disponible sur le lien :

تاريخ الاطلاع: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000593100>

عن دور الحركة الجموعية في تكريس المقاربة التشاركية في الجزائر

في العمل التشاركي. يتضمن النص المعروض بصيغته الحالية معايير جديدة لكيفيات إشراك الجمعيات وسبل إسهاها في مقاربة التسيير (ب).

1- قراءة في دوافع وأبعاد مشروع قانون الديمقراطية التشاركية

يعتبر المشروع الحالي المعد على مستوى المديرية العامة للجماعات الإقليمية بوزارة الداخلية والجماعات الإقليمية، عبارة عن مجموعة أحكام وتدابير متخذة لتثمين مشاركة المواطنين وفعاليات المجتمع المدني وفي طليعتها الجمعيات في تسيير الشؤون العامة، يقوم على مبدأ تقاسم السلطة على المستوى المحلي بين الجمهور والجمعيات وسائر فعاليات المجتمع المدني مع الهيئات الإقليمية للدولة كلولاية والبلدية (1)

-أولا: إعداد مشروع قانون الديمقراطية التشاركية

يتصدر أسباب بلورة مشروع قانون الديمقراطية التشاركية قصور نظام الديمقراطية التمثيلية، وذلك ناجم لحالة القطيعة المسجلة بين المنتخبين عن واقع جمهور الناخبين بعد انتهاء عملية الانتخاب، ومحدودية نسبة التمثيل النيابي مقارنة بنسبة الجمهور، وعجز التمثيل النيابي عن تبتي تطاعات وانشغالات المواطنين وتجسيدها في سياسة التسيير، فضلا عن عزوف الناخبين عن التصويت وتزايد التدريجي لنسب المقاطعة مقابل تنامي ظاهرة الاحتجاجات الشعبية (2).

حيث يهدف هذا المشروع إلى استيعاب هذه النقائص وادماج بدائل لمعالجتها في إطار قنوات ممارسة الديمقراطية التشاركية. كما يسمح بتجاوز القصور المسجل في قواعد وأدوات ممارسة الديمقراطية المحلية، وذلك لغياب إطار موحد ناظم لها، وهذا ما يرمي إليه هذا المشروع عن طريق محاولة توحيد أسس وسبل مشاركة المواطنين والجمعيات وفعاليات المجتمع المدني في تدبير الشأن العام المحلي، بالإضافة إلى تعزيز وتحديث آليات المشاركة وتوسيع مجال استعمالها كالتحقيق العمومي والية التشاور والاستشارة العمومية، وإتقاف أساليب وصيغ جديدة للمشاركة كالنقاش العمومي (Le débat public) والمشاركة في إنجاز مشاريع ذات منفعة عمومية (la réalisation de projets d'utilité publique)، والمشاركة في نظام سبر الآراء (Les sondages et enquêtes d'opinion).

¹ أنظر: مشروع قانون الديمقراطية التشاركية، مرجع سابق، ص 3.

² مرجع نفسه، ص 2.

- ثانيا: أبعاد مشروع قانون الديمقراطية التشاركية

يرمي مشروع هذا القانون إلى إصدار نص خاص بتنظيم الديمقراطية التشاركية، يعكس سياسة الدولة في ترسيخ مسار الانتقال الديمقراطي وبناء دولة القانون، عن طريق تعزيز الديمقراطية المحلية وتكريس أسس الحكامة في التسيير المؤسساتي، وتأطير سبل ممارسة حقوق المواطنة وتفعيل حق المواطنين وقوى المجتمع المدني في المشاركة في تسيير الشؤون العمومية⁽¹⁾. ولذلك فإن تكريس الديمقراطية التشاركية على المستوى المحلي في الدستور، يقتضي تجسيده بواسطة نص قانوني موحد لتنظيم سبل وتدابير المشاركة في تسيير الشؤون المحلية، فضلا عن إرساء إطار مشترك لتنسيق عمل الجماعات المحلية مع نشاط الجمعيات وتنظيات المجتمع المدني في مجال الخدمة العمومية وتحضير سياسات التسيير والتنمية المحلية.

- ب- تنظيم دور الجمعيات في ممارسة الديمقراطية التشاركية

- أولا/ الإطار الهيكلي لمشاركة الجمعيات

يقوم مشروع قانون الديمقراطية التشاركية على أساس الانفتاح على فعاليات المجتمع المدني الناشطة على المستوى المحلي وفي مقدمتها الجمعيات، عن طريق تبني سياسة إدماجية لفعالياته المختلفة في استراتيجية تسيير الشؤون المحلية. فعلاوة عن استشارة المواطنين المتمعين بحقوقهم المدنية، والشخصيات والكفاءات المستشارة بحسب مجال تخصصهم في المشاركة في استراتيجية التسيير، حصر مشروع قانون الديمقراطية التشاركية الجهات المؤهلة للمشاركة في كل من الجمعيات المعتمدة قانونا أو مجموع الهيئات المعتادة على العمل الجموعي، بالإضافة إلى لجان الأحياء⁽²⁾، بحيث تعد هذه الهيئات في مجموعها فعاليات أساسية في تكوين المجتمع المدني.

- ثانيا/ هيئات مشاركة الجمعيات

خول مشروع القانون المذكور الجمعيات المدنية ممارسة الديمقراطية التشاركية في إطار قنوات خاصة تسمى ب: "هيئات المشاركة". يتم إنشاء هيئات المشاركة بموجب قرار بلدي أو ولائي، حسب المجال الذي تنشط فيه، ويتم تنصيب هذه الهيئات في غضون 6 أشهر كحد أقصى من بداية كل

¹ أنظر: رأي المجلس الدستوري رقم 16/01 مؤرخ في 28 يناير 2016، مرجع سابق، ص 5.

² أنظر: مشروع قانون الديمقراطية التشاركية، مرجع سابق، ص 3.

عن دور الحركة الجمعوية في تكريس المقاربة التشاركية في الجزائر

عهدة انتخابية (١).

وتتكون تركيبة هيئات المشاركة من المواطنين والجمعيات وباقي ممثلي فعاليات المجتمع المدني، ويتولى الاشراف على هذه الهيئات الممثلين الأعضاء في المجالس المنتخبة المحلية بغية تحقيق الانسجام والتكامل في استراتيجية تسيير الشؤون المحلية بين نخبة التسيير الديمقراطية التمثيلية والديمقراطية التشاركية (٢).

أما تمويل نشاط هيئات المشاركة فيتم بطريقة ذاتية من الميزانية الخاصة بالجماعات الإقليمية، بالإضافة إلى الاعتمادات المالية المخصصة لدعم الجماعات الإقليمية التي يمنحها صندوق تمويل الجماعات الإقليمية فضلا عن مجموع اشتراكات المواطنين (٣). وقام مشروع القانون المذكور بتحديددها كالآتي:

- لجان الأحياء

حسب نص المادة الرابعة من القانون التوجيهي للمدينة، يعتبر الحي جزء من المدينة يحدد على أساس تركيبة من المعطيات تتعلق بحالة النسيج العمراني وبنيته وتشكيلته وعدد السكان المقيمين به، حيث يساهم الحي في تجسيد سياسة المدينة الهادفة إلى ترقية الحكم الراشد وتدعيم التنمية المحلية وتأكيد مساهمة الحركة الجمعوية وفعاليات المجتمع المدني في التسيير الجوّاري (٤).

- لجان المشاركة الخاصة

يمكن للجمعيات أن تنشط خلال لجان المشاركة الخاصة التي تنشأ على مستوى الولايات، أو على مستوى البلديات الموجودة في مقر الولايات أو البلديات التي يفوق تعدادها 100000 نسمة، وهي بمثابة تجمعات حضرية للسكان تعرف بالمدن الكبرى، وقد تكون عبارة عن مدن جديدة أو حظائر سكانية كبرى (٥).

¹ مرجع نفسه، ص 65.

² وهو نفس المبدأ المعمول به في المغرب، حيث تشرف مجال الجهات والجماعات الترابية الأخرى على تسيير مساهمة المواطنين

وجمعيات المجتمع المدني في إعداد السياسات العمومية المحلية وتنفيذها، راجع في هذا الصدد: أحمد حضرائي، مرجع سابق، ص 24.

³ أنظر: مشروع قانون الديمقراطية التشاركية، مرجع سابق، ص 8.

⁴ حسب نص المادة 11 من قانون 06-06 المتضمن القانون التوجيهي للمدينة، مرجع سابق.

⁵ حسب نص الفقرة الأولى من المادة الرابعة من قانون 06-06، مرجع نفسه.

- هيئات الاستشارة العامة

يمكن للجمعيات أن تنشط في إطار هيئات الاستشارة العامة، التي تتأسس في إطار البلدية أو الولاية، وهذا مع ملاحظة أن هيئات الاستشارة البلدية تتعلق بالبلديات التي يساوي أو يقل تعداد سكانها عن 100000 نسمة، أو البلديات التي تقع خارج نطاق مقرات الولايات حسب التحديد السابق ذكره (1).

خاتمة:

تكن الجدوى من تكريس الديمقراطية التشاركية في تمكين جمهور المواطنين ومختلف شرائح المجتمع المدني وفي مقدمتها الجمعيات من المساهمة الفعلية في سياسة التسيير العمومية، بما ينطبق والانتقال من وضع الديمقراطية التمثيلية إلى وضع الديمقراطية التشاركية، ذلك أن عدم إشراك الجمعيات يحجب التجاوب مع انشغالات وتطلعات الساكنة ويقصي المواطنين من تدبير شؤونهم العامة سيما على المستوى المحلي، كون الجمعيات الوسيط الأمثل للمواطنين والناقل لشواغلهم والمجسد لإرادتهم التضامنية قبل الإدارة المحلية، بحكم احتكاكها المستمر وتربطها مع شرائح المواطنين وقدرتها على صياغة انطباعاتهم ورفع انشغالاتهم إلى الهيئات المعنية. غير أن أسس اضطلاع الحركة الجموعية في ممارسة الديمقراطية التشاركية وإدارة وتدبير الشؤون العامة في الجزائر، لازالت في حاجة إلى تطوير وإثراء عميق بفعل حداثة التجربة التشاركية ذات الصلة وقصور آليات المشاركة الراهنة، وهذا من دون إنكار الجهود التي تقوم بها الدولة في هذا الصدد من أجل تدعيم دور الجمعيات سيما بعد تكريس الديمقراطية التشاركية ودعائم ممارستها خلال التعديل الدستوري الأخير، وإذ نتمن هذه المساعي، فإننا نقترح كذلك ما يلي:

- ضرورة إرساء إطار توجيهي يضم مجموعة مبادئ وأسس تبين قواعد وكيفيات المشاركة وآلياتها ثم إسقاط الممارسة في القوانين ذات الصلة، وهو المشروع الذي تعكف وزارة الداخلية على إعداده وإثرائه حاليا.

- مراجعة قانون الجماعات الإقليمية كونه المدخل الطبيعي والقانوني لممارسة الديمقراطية التشاركية، وتحديد دور الجمعيات في تكريس المشاركة، ومجالات أعمال آليات ممارستها.

¹ أنظر: مشروع قانون الديمقراطية التشاركية، مرجع سابق، ص 5.

عن دور الحركة الجموعية في تكريس المقاربة التشاركية في الجزائر

- وضع ضمانات قانونية تُعنى بصيانة وتجسيد مبدأ المشاركة، كاللجان والهيئات التي تضمن الاستشارة والتشاور والمشاركة بين الجمعيات وبين الجماعات الإقليمية في استراتيجية صنع القرار أو في تحضير وتنفيذ السياسة التتموية على المستوى الإقليمي.
- تحرير الجمعيات من القيود الناجمة عن الوصاية الإدارية والمالية المفروضة عليها، قصد السماح لها بالعمل بكامل الفعالية المطلوبة كشريك في استراتيجية التتمية وتسير الشؤون المحلية، وهذا ما نرجو تحقيقه من خلال صدور القانون العضوي الجديد المنظم للجمعيات الذي أقره المؤسس خلال التعديل الدستوري مؤخرًا.

التأطير القانوني للجنة المشاركة في المؤسسة في التشريع الجزائري

سلامة عبد المجيد

تاريخ الإرسال: 2018-01-01

طالب دكتوراه

تاريخ القبول: 2018-07-10

كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1

تاريخ النشر: 2018-08-03

ملخص:

إذا كان تمثيل العمال في المؤسسة حق دستوري فإن الحق في تسييرها تحصيل حاصل للحق السابق ولجنة المشاركة باعتبارها تطبيق لهذا الحق فقد جعل المشرع لها نظامها الانتخابي الخاص الذي يحتاج أحيانا إلى رفع الغموض عن كثير من جوانبه بواسطة نصوص تطبيقية وتنظيمية، وبيّن تشكيلتها التي تحتاج توسيعا وتنوعا، ومنحها القانون اختصاصات رقابية وأخرى إستشارية على هشاشتها التي تحتاج مزيدا من التدعيم والتطعيم وما ترتب على ممارسة تلك الإختصاصات من الأثار التي لها من القوة الإلزامية التي تكفل لها الانفاذ.

الكلمات المفتاحية:

العمال، المؤسسة، لجنة المشاركة، المشاركة العمالية، تسيير المؤسسة

Résumé

Si la représentation des travailleurs dans l'entreprise est un droit constitutionnel, le droit de gestion est une résultat naturel de ce droit et la Comité de participation en tant qu'application de ce droit Le législateur lui a assigné un système électoral spécial, parfois Susciter l'ambiguïté de certains aspects par l'application par des textes règlementaires. sa formedoit élargir et diversifier, et la loi a donné les attributions de contrôle et de conseil malgré de fragilité qui nécessite de renforcement et de l'assistance pour que le résultat de l'exercice de ces attributionsont l' effets de la force obligatoire pour assurer l'exécution.

Les mots clés:

Travailleurs, institution, comité de participation, participation au travail, gestion de l'institution

إن المحافظة على السلم الاجتماعي على مستوى المؤسسات الاقتصادية بات حتمية إدارية لارتباطه بالنمو الاقتصادي للدولة والتجاري للمؤسسات ونظرا لأهمية هذا الأخير فقد تم تبني المشرع الجزائري منذ سنة 1990 الخيار الديمقراطي كوسيلة من وسائل تسيير المؤسسات وذلك بإقراره طريقة التسيير التشاركي للمؤسسة الاقتصادية من خلال إنشاء أجهزة لمشاركة الهيئة المستخدمة في إدارتها وذلك عن طريق تمثيل العمال في هذه الأجهزة واتخاذ طريقة الانتخاب كوسيلة لهذا التمثيل وأحيانا التعيين وحدد لهذه الأجهزة صلاحيات واختصاصات ومنحها وسائل مادية وغير مادية للقيام بهذه الاختصاصات حتى تؤدي الغرض من إنشائها وإذا كان تنظيم هذه الأجهزة بدءا بطريقة إنشائها ومرورا باختصاصاتها وصلاحياتها وانتهاء بإنهاء مهامها وعلى مر ما يقارب ثلاثة عقود قد أبان على كثير من السلبيات التي ظهر عوارها سواء من الناحية القانونية أو من الناحية الواقعية لهذا تبرز إشكالية مدى فعالية هذه الأجهزة بهذا الحال من خلال دراسة تطورها التشريعي لتقييم وتقويم هذا التطور في ظل التطورات العالمية الحديثة وعليه يطرح الإشكال التالي: ماهو النظام القانوني لأجهزة المشاركة في التشريع الجزائري؟ وماهي تجلياته على المؤسسة الاقتصادية الجزائرية؟ ومن ثمة ما الذي يمكن ترشيده في هذه التجربة لاسيما في ظل التحولات الاقتصادية؟

المبحث الأول: إنشاء أجهزة المشاركة في المؤسسة

لمعرفة كيفية إنشاء أجهزة المشاركة في المؤسسة وجب بادئ ذي بدء التطرق إلى التطور التاريخي التشريعي لها في القانون الجزائري بدءا بمرحلة التسيير الذاتي مرورا بمرحلة التسيير الاشتراكي وانتهاء بالمرحلة الليبرالية ومن ثمة يمكن التعرض إلى كيفية إنشائها عن طريق نظامها الانتخابي.

المطلب الأول: نبذة تاريخية لتطور المشاركة العمالية في المؤسسة

يمكن التفرقة بين ثلاثة مراحل في هذا المجال في عهد الجزائر المستقلة وهي مرحلة التسيير الذاتي والاشتراكي وأخير الليبرالي.

الفرع الأول: مرحلة التسيير الذاتي

غداة الاستقلال كانت مشاركة العمال في التسيير عن طريق هيئات منتخبة تتمثل في مجلس العمال المنتخب من طرف جمعية العمال والذي بدوره ينتخب لجنة التسيير حيث يتكون من ثلثي أعضاء الهيئتين من العمال الذين لهم علاقة مباشرة بالإنتاج وهم الذين يشكلون الأغلبية أما الأقلية فكانت تتشكل من عمال الإدارة وكانت من أهم صلاحيات هذه الهيئات أن كانت تصادق على مخطط التنمية في إطار المخطط الوطني وعلى البرامج السنوية للتحضير والإنتاج¹، وفي مرحلة هيجنة الدولة كان المدير العام يتمتع بصلاحيات واسعة لكنها مرتبطة بموافقة السلطة الوصية، وبمساعدة لجنة المداولة والمراقبة ممثلة من الوزارات والحزب، النقابة والعمال المنتخبين، ومن خلال هذه اللجنة نلاحظ أن مشاركة العمال كانت جد ضئيلة موازاة مع الهيمنة التي كانت تسيطر بها الدولة على الإدارة والتسيير².

الفرع الثاني: مرحلة التسيير الاشتراكي

فلقد استحدث القانون المتعلق بالتسيير الاشتراكي³ لجانا دائمة تعتبر أجهزة مساعدة لمجلس العمال والتي لا يجب أن تتعدى خمسة أعضاء تكلف بالشؤون الاقتصادية والمالية والاجتماعية والثقافية، المستخدمين والتكوين، التأديب وحفظ الصحة والأمن، حيث تتشكل ثلاثة لجان بكامل أعضائها من العمال المعينين من طرف مجلس العمال وممثلي الإدارة المعينين من طرف المديرية، أما اللجان العالية فتتمثل في لجان الشؤون الاقتصادية والمالية التي تكلف بدراسة المشاكل المتعلقة بالاقتصاد والمالية للمؤسسة، ولجنة الشؤون الاجتماعية والثقافية التي تسند لها مهمة تسيير الخدمات الاجتماعية والتكفل بكل ما يتعلق بالوضع الاجتماعي والثقافي للعامل وأخيرا لجنة المستخدمين والتكوين التي تختص بإعداد السياسة الخاصة بالمستخدمين وتعيينهم وكذا تكوينهم، تجتمع هذه اللجان مرة واحدة إلزاما في كل شهر بصفة عادية كما يجوز لها إن تجتمع بصفة غير عادية بطلب من رئيسها أو رئيس مجلس العمال التابعة له كما تنتهي اجتماعاتها

¹ - عمر أوشان السياسات الاقتصادية في الجزائر وتطور مفهوم المؤسسة العمومية - المجلة الجزائرية للعمل عدد 24 إصدار المعهد الوطني للعمل الجزائر ص 11

² - مزاري أحلام المشاركة العالية في تسيير الهيئة المستخدمة، مذكرة ماجستير، جامعة وهران، كلية الحقوق، 2012 ص 06

³ - الأمر رقم 74-71 المؤرخ في 1971/11/16 المتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات، ج ر عدد 101 ص 1735

بوضع تقرير تبدي فيه ملاحظاتها وتقدمه إلى كل من مجلسي العمال والمديرية.

الفرع الثالث: مرحلة الليبرالية

كرس المشرع الجزائري في هذه المرحلة مجموعة من الهيئات وجسد طرق مختلفة من أجل تمكين العمال من المشاركة الفعلية في تسيير المؤسسة التي يشتغلون فيها .
إن المشاركة العمالية في تسيير الهيئة المستخدمة في النظام الجزائري الحالي ومن خلال القانون المنظم لعلاقات العمل¹ يتميز بالازدواجية فإلى جانب المشاركة العمالية غير المباشرة المتمثلة في المنظمة النقابية هناك المشاركة العمالية المباشرة التي تتم عن طريق تمثيل المنتخبين وهم مندوبي المستخدمين المنتخبين من طرف العمال ، والذين يشكلون في مجموعهم لجنة المشاركة².

المطلب الثاني: النظام الانتخابي لأجهزة المشاركة

إن أي نظام انتخابي لدراسته يجب المرور على مرحلتين أساسيتين مرحلة الاقتراع والتصويت ومرحلة الفرز وإعلان النتائج وهذا ما سيتم تطبيقه على النظام الانتخابي لأجهزة المشاركة.

الفرع الأول الاقتراع والتصويت

تنتخب لجنة المشاركة من مجموع عمال المؤسسة بواسطة الاقتراع السري الحر والمباشر لمدة ثلاثة سنوات ويكون عددها ما بين عضوا واحدا إلى ستة أعضاء حسب عدد العمال مع إضافة ممثل واحد عن كل شريحة تساوي 500 عامل ، عندما يتجاوز عدد العمال في المؤسسة الألف عامل على أن توزع مقاعد اللجنة بين مختلف الفئات العمالية الموجودة في المؤسسة

¹ - قانون 11-90 مرجع سابق .

² - مزارى أحلام، مرجع سابق ، ص 54.

بشرط أن لا تقل حصة العمال المؤهلين عن الثلث من عدد المقاعد إلا في حالة الإتفاق على خلاف ذلك¹.

ويتم الإقتراع بإشراف هيئة متساوية الأعضاء من ممثلي العمال والمستخدم في حدود ثلاثة أعضاء لكل طرف برئاسة أكبر الأعضاء سنا وتكون مهمة الهيئة المتساوية هذه ضبط القائمة الإنتخابية وتقرير توزيع المناصب على الفئات العمالية المختلفة والتحقق من سلامة الإنتخابات وتلقي شكاوى المترشحين وتنصيب المترشحين المنتخبين، وأخير تستدعي لجنة الإنتخاب فور الإعلان عن نتائج الإقتراع كل المندوبين المنتخبين في أجل أقصاه ثمانية أيام لإنتخاب لجنة المشاركة من بينهم وذلك عن طريق الإقتراع السري².

الفرع الثاني الفرز وإعلان النتائج

يتم فرز الأصوات علانية فور انتهاء عمليات الإقتراع ويجري رئيس مكتب الإقتراع بعد الإتهاء من عملية الفرز محضر الإنتخابات ويوقعه جميع أعضاء المكتب ويدون في هذا المحضر إذا إقتضى الأمر ذلك الإشكالات والإحتجاجات المتعلقة بسير عملية الإقتراع وتسلم للجنة الإنتخابية نسخة منه وتعلن اللجنة الإنتخابية النتائج النهائية لكل مكان عمل متميز على حدة، بعد إعداد المحضر النهائي لنتائج الإقتراع وترسل نسخة من المحضر إلى مفتشية العمل المختصة إقليمياً.

ويصرح بإنتخاب المترشحين الحاصلين على أكثر عدد من الأصوات وإذا تساوى مترشحان أو أكثر في عدد الأصوات تؤخذ الأقدمية في الهيئة المستخدمة بعين الإعتبار للفصل في الأمر³، وفيما يتعلق بالمنازعات في هذا الشأن فيكون كل إعراض عن انتخاب مندوبي المستخدمين إلى المحكمة المختصة إقليمياً التي تبت في المسائل الإجتماعية وتصدر حكمها الأولي

¹ إمارة عبلة، دور المشاركة العمالية في تطوير المؤسسة، مجلة مخبر القانون الاجتماعي، عدد 06، سنة 2015، ص 23.

² قانون رقم 11-90 المؤرخ في 21 أبريل سنة 1990 المتعلق بعلاقات العمل الفردية، ج ر، عدد 17.

³ المواد 25,26,27 من المرسوم التنفيذي رقم 90-289 المؤرخ في 29 سبتمبر سنة 1990، المتعلق بكيفية تنظيم انتخابات مندوبي المستخدمين، ج ر عدد 42.

التأطير القانوني للجنة المشاركة في المؤسسة في التشريع الجزائري

والنهائي في غضون ثلاثين يوما من تلقي القضية وذلك وفقا للمادة 100 من قانون علاقات العمل الفردية¹.

المبحث الثاني: إختصاصات اللجنة والوسائل الممنوحة لها

إنطلاقا من المادة 94 من قانون علاقات العمل الفردية² تتجسد المشاركة العالية في تسيير المؤسسات الاقتصادية من حيث التسيير بمستويين، يتمثل الأول في المشاركة الفعلية في صنع القرار والإشراف الفعلي على التسيير الإقتصادي والمالي والتنظيمي للمؤسسة من خلال الممثلين العالين في مجلسا لإدارة الذي تعينه الجمعية العامة للمساهمين، والذي يباشر ويسير كافة الأعمال اليومية للمؤسسة تحت مسؤولية ورقابة مجلس الإدارة الذي يخوله ويفوضه هذه الصلاحيات وكذلك الأمر بالنسبة لمجلس المراقبة الذي يشرف على تسيير المؤسسة بإسم الشركاء والذي يتولى السلطة العامة للمؤسسة بتفويض من الجمعية في حدود القانون الأساسي للشركة ذات المسؤولية المحدودة بينما يتمثل المستوى الثاني، في المشاركة الاستشارية أو الإعلامية التي يمارسها العمال من خلال لجنة المشاركة على مستوى مقر المؤسسة المستخدمة، أو مندوبي المستخدمين أي العمال على مستوى كل مكان عمل متميز يحتوي على أكثر من عشرين عاملا³.

المطلب الأول: الصلاحيات الرقابية

إذا كان الغرض من إنشاء لجنة المشاركة هو المشاركة في عملية التسيير تمثيلا للعمال فإن أول صلاحية كان على المشرع منحها إياها هي الصلاحية الرقابية التي تتمثل أساسا في تلقي المعلومات والرقابة على عملية التنفيذ.

¹ - قانون 11-90 مرجع سابق.

² - قانون رقم 11-90 مرجع سابق.

³ - مازة عبلة، دور المشاركة العالية في تطوير المؤسسة، مرجع سابق، ص 33.

الفرع الأول: تلقي المعلومات

تنص المادة 94 المذكورة أعلاه¹ في فقرتها الأولى على: "تتلقى المعلومات التي يبلغها إليها المستخدم كل ثلاثة أشهر على الأقل والخاصة بتطوير إنتاج المواد والخدمات والمبيعات وإنتاجية العمل، تطور عدد المستخدمين وهيكل الشغل، نسبة التغيب وحوادث العمل والأمراض المهنية، تطبيق النظام الداخلي"، بالنظر إلى نص هذه الفقرة نجد أن اللجنة لها الحق في الحصول على المعلومات كل ثلاثة أشهر فيما تعلق بالمجالات الثلاث المحددة غير أن المشرع وفي صياغته للمادة لم يضمن عليها صفة الإلزام والوجوب ولم يرتب جزاء على مخالفتها يضمن لها الالتزام بفحواها وإذا كانت هذه المجالات الثلاثة تهم صاحب العمل بصفة مباشرة فإنها لها آثارها على العمال على اعتبار أن ديمومة المؤسسة وإنتاجيتها مرتبط كل الارتباط بالعمال وحقوقهم وأن هذه المجالات هي مؤشرات لهذه الديمومة والإنتاجية.

الفرع الثاني: الرقابة على التنفيذ

لقد نصت الفقرة الثانية من نفس المادة المذكورة على صلاحية اللجنة في مراقبة تنفيذ الأحكام المطبقة في ثلاثة ميادين: الشغل، الوقاية الصحية والأمن، الأحكام المتعلقة بالضمان الاجتماعي غير أنها لم ترتب أي أثر على هذه الرقابة إلا ما نصت عليه الفقرة الموالية، حيث نصت على القيام بكل عمل ملائم لدى المستخدم في حالة عدم احترام الأحكام التشريعية والتنظيمية الخاصة بحفظ الوقاية والصحة والأمن وطب العمل، ومن خلال هذه الفقرة نلاحظ غموضاً وإهتزازاً في صياغتها فالقيام بكل عمل ملائم لدى المستخدم لا يعتبر رقابة على التنفيذ وإنما مشاركة فيه.

المطلب الثاني: الصلاحيات الإستشارية

لقد نصت المادة 94 فقرة 4 المذكورة أعلاه على أنه من صلاحيات اللجنة إبداء الرأي المسبق أي قبل تنفيذ المستخدم قراراته والمتعلقة بالخطط السنوية وحصيلات تنفيذها، تنظيم العمل (مقاييس العمل، طرق التحفيز ومراقبة العمل، توقيت العمل)، مشاريع إعادة

¹ -قانون 11 90 مرجع سابق.

التأطير القانوني للجنة المشاركة في المؤسسة في التشريع الجزائري

هيكلية الشغل (تخفيض مدة العمل، وإعادة توزيع العمال وتقليص عددهم)، مخططات التكوين المهني وتجديد المعارف وتحسين المستوى والتمهين نماذج عقود العمل والتكوين والتمهين، النظام الداخلي للهيئة المستخدمة ويجب الإدلاء بالآراء في أجل أقصاه 15 يوما بعد تقديم المستخدم لعرض الأسباب وفي حالة الخلاف حول النظام الداخلي يتم إخطار مفتش العمل وجوبا ويكون إبداء الرأي المسبق غير مطابق وغير ملزم للمستخدم.

من خلال نص المادة المذكورة نستطيع القول بأن إبداء لجنة المشاركة لرأيها فيما يتعلق بالقرارات التنظيمية ينحصر في صورتين: تنظيم العمل والنظام الداخلي، مخططات التكوين المهني للعمال ونماذج العقود.

الفرع الأول: تنظيم العمل والنظام الداخلي

تشارك اللجنة في عملية تنظيم العمل على إعتبار أنها عملية متصلة بصفة مباشرة بالعمال ناهيك عن أن اللجنة تشارك بصفة إستشارية في إعداد النظام الداخلي وهو أيضا له علاقة وطيدة بالعمال ومحيطهم من جهة وعلاقة هؤلاء بالمستخدم.

أولا: تنظيم العمل

تنحصر قرارات تنظيم العمل التي تستشار فيها لجنة المشاركة في مقاييس العمل وهي عبارة عن معايير عمل وإنتاج يحددها المستخدم للوصول إلى النتائج المرجوة، حيث يوفر المستخدم لتنفيذ هذه المقاييس كافة الوسائل والعوامل التي تتماشى وهذه المعايير وعليه تبدي لجنة المشاركة رأيها في مقاييس العمل، حيث على إعتبار أنه قد يبلغ المستخدمين فيها، كأن تتجاوز مقاييس تحديد مدة زمنية معينة في مكان عمل¹.

ثانيا النظام الداخلي للمؤسسة

إن هذا النظام يعده المستخدم وهي صلاحية مانعة له غير أن هذا النظام له قواعده التي نص عليها القانون والتي يراقب تطبيقها مفتش العمل المختص إقليميا ويأتي دور لجنة

¹ - مزاري أحلام، المشاركة العالية في تسيير الهيئة المستخدمة، مرجع سابق ص 06

التأطير القانوني للجنة المشاركة في المؤسسة في التشريع الجزائري

المشاركة في هذا النظام إستشاريا ومسبقا أي قبل إيداعه لدى مفتشية العمل المختصة إقليميا وعلى الرغم من الطبيعة الإستشارية له إلا أن القانون أوجب هذا الإجراء ألا وهو إستشارة لجنة المشاركة وقد تُطرح إشكالات بشأن صيغة الرأي الإستشاري للجنة المشاركة هل يكون بصيغة مكتوبة ويلحق بالنظام الداخلي أم تتم الإشارة إليه فقط في محضر الإجتماع المتعلق بإعداده؟.

الفرع الثاني مخططات التكوين المهني ونماذج العقود

بالإضافة إلى مشاركة اللجنة في عملية إعداد النظام الداخلي وتنظيم العمل فقد أوكل لها المشرع أيضا صلاحية استشارية أخرى تتعلق بمخططات التكوين المهني وإعداد نماذج العقود على أن لا تخرج هذه الصلاحية عن ما هو مقرر قانونا وكذا ما هو مقرر في الوثائق التفاوضية.

أولا: مخططات التكوين المهني

انطلاقا من أهمية التكوين المهني للعمال فقد نص المشرع الجزائري في المواد من 57 إلى 61 من قانون علاقات العمل الفردية¹، على ضرورة تكوين العمال وأوجب على المستخدم إعداد برنامج لتكوين للمستخدمين وفق الإحتياجات والمناصب مع تطعيم هذا البرنامج بإستشارة لجنة المشاركة بحكم أنها الأقرب إلى الوسط العمالي.²

ثانيا: نماذج العقود

نظرا لاتصال عملية إعداد نماذج عقود العمل بحقوق العمال وواجباتهم من جهة وتكفل هذه اللجنة بحماية هذه الحقوق وتلك الواجبات من خلال تمثيلها للعمال في تسيير المؤسسة فقد راعى المشرع هذه العلاقة ومنح صلاحية استشارية للجنة المشاركة في إعداد نماذج عقود

¹ قانون 11-90 مرجع سابق

² -سعادة محمد وعمور مصطفى، التنظيم القانوني لمشاركة العمال في تسيير المؤسسات الاقتصادية العمومية، مذكرة تربص لنيل شهادة الدراسات التطبيقية في قانون الأعمال، جامعة التكوين المتواصل، مستغافم، السنة الجامعية 2000، ص 54.

التأطير القانوني للجنة المشاركة في المؤسسة في التشريع الجزائري

العمل حيث أوجب المشرع على المستخدم استشارة اللجنة في كل ما يتعلق بإعداد وتحرير عقود العمل على أن تكون هذه الإستشارة أو الرأي غير مطابق.

المطلب الثاني: الوسائل القانونية والمادية الممنوحة لها

تبعاً للصلاحيات وتلك الإختصاصات التي كلفت بها لجنة المشاركة كان على المشرع أن يمنح لها مقابل ذلك وسائل مادية وقانونية للإضطلاع بمهامها.

الفرع الأول: الوسائل القانونية

تتمثل هذه الوسائل في بسط الحماية القانونية على اللجنة كهيئة وعلى أعضائها بصفة فردية هذا من جهة ومن جهة أخرى تقوية المركز القانوني العام لها كهيئة ولأعضائها.

أولاً: الحماية القانونية لأعضائها

لقد قرر المشرع الجزائري حماية قانونية لأعضاء لجنة المشاركة حتى يتمكن من أداء مهامها على أكمل وجه ودون أية عوائق إذ أنه ووفقاً لنص المادة 113 من قانون علاقات العمل الفردية¹ لا يمكن لأي مندوب أن يكون موضوع تسريح أو تحويل أو أية عقوبة تأديبية أيا كان نوعها بسبب النشاطات التي يقوم بها بحكم مهمته التمثيلية فإذا عوقب لهذا السبب يعتبر المستخدم في وضعية مخالفة طبقاً لنص المادة 113 المذكورة لكن قد يطرح الإشكال: هل تمتد هذه الحماية حتى بعد انقضاء عهده؟ ولقد كان المشرع الفرنسي أوسع ضماناً وحماية لمندوبي العمال لما قضى بضرورة مد هذه الحماية حتى بعد إنقضاء عهده ناهيك عن أنه أوقف تسليط أية عقوبة على المندوب دون رخصة تسلم من مفتش العمل المختص².

ثانياً: المركز القانوني للجنة المشاركة

¹ قانون 11-90 مرجع سابق

² المادة L 434-01 من قانون العمل الفرنسي رقم 459 المؤرخ في 1989/08/02 المعدل بموجب قانون التحديث الاجتماعي الصادر في 2002/01/17.

على الرغم من هشاشة المركز القانوني للجنة المشاركة وأعضائها باعتبارها من ناحية جهة رقابية لم يرتب المشرع على هذه الرقابة أي أثر قانوني ومن ناحية ثانية جهة إستشارية برأي غير مطابق أي لا يحمل صفة الإلزام على الرغم من أهميتها باعتبارها تمثل العمال في تسيير المؤسسة إلا أن هذه الصلاحيات تمكنها من مساعدة المستخدم في توجيه أهداف المؤسسة وتزوده بالمشورة التقنية بحكم قربها من محيط العمل والعمال.

الفرع الثاني: الوسائل المادية

من أجل السير الحسن لعمل لجنة المشاركة، منح لها القانون عدة تسهيلات من بينها:
1- وضع مكتب خاص بها حيث تنص المادة 96 من قانون العمل¹ على أن تعد لجنة المشاركة نظامها الداخلي وتنتخب من بين أعضائها مكثبا يتكون من رئيس ونائب الرئيس وتجتمع كل ثلاثة أشهر على الأقل.

2- لوحات النشر أو الإعلانات حيث يتوجب على رئيس المؤسسة منح لجنة المشاركة لوحات إعلانية خاصة بها على شكل لافتات إلى جانب اللافتات الممنوحة للرقابة بالمؤسسة، عمليا نجد لوح إعلامي واحد تنشر فيه كل الإعلانات سواء إعلانات لجنة المشاركة أو النقابة أو حتى إعلانات المؤسسة.

3- الخبراء: تستعين لجنة المشاركة بالخبراء لقراءة وشرح تلك الوثائق المتعلقة بالمحاسبة والمالية المقدمة لها من قبل المؤسسة، وكذلك لفحص الحسابات السنوية ودراسة المشاريع الإقتصادية، لإبداء الرأي فيها ولعل حقا للجنة بالإستعانة بالخبراء يمنح لها الحق في قراءة الوثائق الإقتصادية الهامة بالمؤسسة، مما يسهل عليها الإطلاع على الوضعية الإقتصادية للمؤسسة، فيمكنها ذلك من إعلام النقابة بالوضع الإقتصادي للمؤسسة، لتعقد هذه الأخيرة مفاوضات فعالة وناجعة مع المستخدم وهي مفاوضات مبنية على علم مسبق ومدروس من النقابة لوضعية المؤسسة والخروج بحلول ناجعة للرفع من المستوى الإقتصادي لهذه الأخيرة. وهذا الشكل من الحق

¹قانون 11-90 مرجع سابق

التأطير القانوني للجنة المشاركة في المؤسسة في التشريع الجزائري

المنوح للجنة المشاركة لقراءة الوثائق الإقتصادية للمؤسسة هو شكل من أشكال إعلام اللجنة حول كل الوضعية الإقتصادية التي تمر بها المؤسسة، وهو الشكل الجديد لدور اللجنة مقارنة بالدور التقليدي الذي عهدناه للجنة المشاركة وهو الدور الإجتاعي فقط¹.

خاتمة:

مما سبق نستطيع القول أن لجنة المشاركة لها صلاحيات رقابية وإستشارية على الرغم من هشاشتها إلا أنها كانت محاولة لدمقرطة المحيط العمالي في المؤسسة ليلقي ذلك بضلاله على المحيط الإجتاعي والإقتصادي لكل من العمال والمؤسسة والدولة وعليه نرى أن توسع هذه الصلاحيات بما يضمن المشاركة الحقيقية والفعالة للعمال في المؤسسة وعليه نقتراح التوصيات التالية:

أولاً: تحويل بعض الصلاحيات الإستشارية الغير ملزمة إلى صلاحيات إستشارية ملزمة عن طريق التداول والتصويت.

ثانياً: ترتيب أثار على تلك الصلاحيات الرقابية تضمن لها الإحترام والتنفيذ

ثالثاً: توسيع تمثيل اللجنة على مستوى مجلس الإدارة واللجان الأخرى المنبثقة عن اللجنة.

رابعاً: إشراك مفتشية العمل لتقوية المركز القانوني للجنة ككل وتوفير الحماية القانونية لأعضائها كما هو الحال عليه في التشريع الفرنسي.

خامساً: رفع اللبس والغموض الواقع بين صلاحيات كل من لجنة المشاركة والمنظمة النقابية.

قائمة المراجع:

أولاً: النصوص القانونية

1- النصوص القانونية الوطنية

¹ - مازة عبلة، مقال علمي بعنوان "دور المشاركة العالية في تطوير المؤسسة"، مرجع سابق ص 8

التأطير القانوني للجنة المشاركة في المؤسسة في التشريع الجزائري

-قانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل سنة 1990 المتعلق بعلاقات العمل الفردية، ج ر، عدد 17.

-الأمر رقم 71-74 المؤرخ في 16/11/1971 المتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات، ج ر عدد 101.

- المرسوم التنفيذي رقم 90-289 المؤرخ في 29 سبتمبر سنة 1990 المتعلق بكيفيات تنظيم إنتخابات مندوبي المستخدمين، ج ر، عدد 42.

2- النصوص القانونية الأجنبية

قانون العمل الفرنسي رقم 459 المؤرخ في 02/08/1989 المعدل بموجب قانون التحديث الاجتماعي الصادر في 17/01/2002

ثانيا: المقالات

- مازة عبلة، دور المشاركة العالمية في تطوير المؤسسة"، مجلة مخبر القانون الاجتماعي، عدد 06، سنة 2015.

-عمروأوشان السياسات الاقتصادية في الجزائر وتطور مفهوم المؤسسة العمومية -المجلة الجزائرية للعمل عدد 24 إصدار المعهد الوطني للعمل الجزائر

ثالثا: المذكرات والرسائل

- مزارى أحلام، المشاركة العالمية في تسيير الهيئة المستخدمة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، سنة 2012.

-سعادة محمد وعمور مصطفى، التنظيم القانوني لمشاركة العمال في تسيير المؤسسات الاقتصادية العمومية، مذكرة تربص لنيل شهادة الدراسات التطبيقية في قانون الأعمال، جامعة التكوين المتواصل، مستغانم سنة 2000.

صورية عقد الزواج

تاريخ الإرسال: 2018-02-14

تاريخ القبول: 2018-07-20

تاريخ النشر: 2018-08-03

د. بن قادة خوييرة

أستاذة محاضرة صنف "ب"

معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي غليزان

ملخص:

الزواج الصوري أو ما يسمى بالخيالي أو الأبيض هو الزواج الذي يتم من أجل الحصول على أحد ميزات الزواج فقط، في غياب كل نية حقيقية للمعايشة كزوجين. يرتكز الزواج كليا على رضا الطرفين، الذي لا يقوم بناء على مجرد تصريحات الزوجين أمام ضابط الحالة المدنية، بل يجب الرجوع إلى نية الزواج الحقيقية، التي تقوم على إرادة الزوج في اتخاذ المرأة زوجة له، ونية الزوجة في اتخاذ الرجل زوجها لها، وفي المعايشة الزوجية وفي تحمل الواجبات.

بالتالي فإنه يجب التراضي في عقد الزواج كما هو الحال بالنسبة لبقية العقود، وأن يكون صادرا عن شخص آهل، وأن يكون حقيقيا وجديا، وبمجرد وجود الرضاء والتأكد من أهلية الأطراف في عقد الزواج فإن أي إشكال يطرح بخصوصه يقودنا إلى الحديث عن الزواج الصوري. الكلمات المفتاحية: الزواج - الصورية - الاتفاق - الرضاء - الصورية المطلقة - الصورية النسبية .

Résumé :

Le mariage simulé, communément appelé fictif ou blanc, est un mariage dans lequel au moins un des époux se marie uniquement pour obtenir un avantage lié au statut d'époux. C'est un mariage contracté en l'absence de toute intention matrimoniale.

Le mariage repose entièrement sur le consentement des époux. Ce consentement ne s'entend pas de la simple volonté de s'unir solennellement exprimée par les conjoints devant l'officier d'état civil. Il renvoie encore à l'intention matrimoniale, comprise comme la volonté de se prendre pour mari et femme, de se soumettre au statut d'époux et d'obéir aux devoirs qui en découlent.

Il est donc évident, à propos du mariage, ainsi qu'à l'instar des autres contrats, que le consentement doit exister, c'est-à-dire émaner d'une personne apte, et qu'il doit être réel et sérieux. Une fois la question

de l'aptitude à consentir est mise de côté, l'existence du consentement nous amène à discuter de la notion du mariage simulé.

Les mot clés : le mariage- la simulation-le contrat-le consentement- la simulation absolue-la simulation relative.

مقدمة:

يمكن أن تكون التصرفات القانونية إما جدية تعبر عن إرادة أطرافها سرا وعلانية، وإما صورية يتفق أطرافها على أمر ظاهره الجد وباطنه الهزل، فيضرون في أنفسهم غير ما يظهرون، ليكون هناك موقفان موقف ظاهر وموقف مستتر، وقد وجدت الصورية في العقود المالية مجالا خصبا، على خلاف عقود الحالة المدنية، ولهذا تعتبر الصورية في عقد الزواج حالة خاصة.

وقد عرفت ظاهرة الزواج الصوري أو ما يسمى بالزواج الأبيض انتشارا واسعا خاصة لدى فئة الشباب، فقد يقوم رجل وامرأة بإتباع كل الإجراءات الشكلية اللازمة لعقد الزواج، دون أن تكون لديهم نية المعاشرة كزوجين، وذلك من أجل تحقيق بعض الأهداف أو تجاوز بعض العقوبات القانونية أو الواقعية، كتنهيل الحصول على جنسية دولة ما، والتهرب من تطبيق نظام الأجانب، أو لتمكين الزوج من الإفلات من الخدمة العسكرية عندما ينص القانون على إعفاء المتزوجين منها، أو الطبيب المعالج من قبول هبة المريضة التي يعالجها، أو لإضفاء صفة الابن الشرعي على ابن نتج عن علاقة غير شرعية، وغالبا ما يقوم الطرف الذي يقبل على الزواج الصوري بدفع مقابل الخدمة المؤداة. فهل يعتبر الزواج الصوري عقدا صحيحا نافذا مرتبا لكل الآثار القانونية للزواج، أم أنه مجرد زواج على ورق لا أساس له من الناحية القانونية؟.

أولا: مفهوم الصورية في عقد الزواج

إذا كان من المفروض أن يطابق مضمون العقود الواقع فتكون بذلك عقودا حقيقية، إلا أن الطرفان قد يتفقان على إخفاء حقيقة تصرفها وإظهار تصرف قانوني آخر، فيكون هناك اتفاقين أحدهما خفي والثاني ظاهر، حيث يعدم أو يغير أو ينقل التصرف الظاهر آثار التصرف الخفي¹، وهذا ما اصطلح على تسميته بالصورية التي تجد في العقود مجالا خصبا، كالبيع والشفعة والهبة وغيرها، والتي قد اتسع نطاقها كثيرا مؤخرا ليشمل عقد الزواج.

¹ محمود عبد الرحيم الديب، الحيل في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الحيل الافتراضية، الحيل التدليسية، الحيل الصورية، المشروع منها والمحظور معلقا عليها بأحكام الفقه والقضاء، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2000، ص.60.

1- تعريف الصورية

"الصورية هي اتفاق طرفي التصرف القانوني على إخفاء إرادتهما الحقيقية تحت ستار مظهر كاذب، سواء كانت الصورية مطلقة أو نسبية، وذلك لغرض ما يخفيانه عن الغير، فيكون المتعاقدين في مركزين قانونيين متعارضين، أحدهما خفي ولكنه كاذب يعتقد الغير أنه هو الحقيقة، والآخر حقيقي ولكنه خفي عن الغير، ومن هنا وجد التصرف الظاهر وهو الصوري، والتصرف المستتر وهو الحقيقي¹.

وعرفها البعض بأنها مخالفة الحقيقة، وتتحقق عندما يريد المتعاقدان إخفاء حقيقة ما تعاقدوا عليه لسبب قام عندهما، ومن هنا وجد العقد الظاهر وهو العقد الصوري والعقد المستتر².

وعلى ذلك فإن الصورية تتضمن ممّا كان شكلها اتفاقين أي عقدين، العقد الحقيقي الذي انصرفت إليه إرادة المتعاقدين الحقيقية، وقبلت بالآثار التي تترتب عليه، ولكنها لا يربدان إظهاره لسبب ما، فيظل سرا بينهما ولذلك سمي بالعقد المستتر، ولكونه يوضح حقيقة إرادة المتعاقدين ويؤدي إلى إلغاء أو تعديل العقد الظاهر، فيسمى بالعقد الحقيقي أو ورقة الضد³، والعقد الذي يجهر به المتعاقدان أمام الغير، فيسمى بالعقد الظاهر، ولكونه لا يدل على إرادة المتعاقدين الحقيقية يسمى بالعقد الصوري⁴.

كما تعرف الصورية في ظل المفهوم الواسع بأنها: "اصطناع مظهر كاذب في تكوين

¹ إبراهيم المنجي، دعوى الصورية ودعوى عدم نفاذ التصرفات، التنظيم القانوني والإجرائي لرفع الدعويين، ط.1، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1998، ص.17. عبد الحميد الشواربي، عاطف الشواربي، عمرو الشواربي، البطان المدني الإجرائي والموضوعي، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2010، ص.34. أحمد مرزوق، نظرية الصورية في التشريع المصري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1951، ص.83.

² أحمد إبراهيم عطية، بطان وفسخ وصورية عقد البيع في ضوء الفقه والتضاء، ط.1، دار الراعي للنشر والتوزيع، طنطا، مصر، 2012، ص.402. عبد الرزاق أحمد السنبوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، آثار الالتزام، ج.2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص.1073. سامي عبد الله، نظرية الصورية في القانون المدني، دراسة مقارنة، ط.2، بيروت، لبنان، 2004، ص.73.

³ عقد الضد هو العقد الحقيقي الذي ارتضاه المتعاقدان ليحكم علاقتهما، ومن تم تطبق أحكامه وحدها حتى ولو كان العقد الظاهر الصوري رسمياً، ولم يتطلب القانون بالنسبة له أي شكل خاص. أنور العمروسي، الصورية وورقة الضد في القانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1997، ص.120-121.

⁴ أنور طلبة، الصورية وأوراق الضد، المكتب الجامعي الحديث، مصر، (د.ت.ن.)، ص.05.

تصرف قانوني¹. وهي بهذا عبارة عن عمل إرادي يؤدي إلى خلق مظهر كاذب من أجل خداع الغير حسن النية.

2- تعريف عقد الزواج السوري²

عقد الزواج السوري هو الذي لا يقصد به حقيقة الارتباط، فهو مجرد زواج إسمي لا تترتب عليه أي حقوق أو واجبات³.

وهو العقد الذي لا يقصد أطرافه حقيقة الزواج الذي شرعه الله ورسوله، فلا يتقيدون بأركانه وشروطه، ولا يحرصون على انتفاء موانعه، بل يتفق أطرافه على عدم المعاشرة صراحة أو ضمناً، فهو مجرد إجراء إداري لتحصيل بعض المصالح أو دفع بعض المفساد⁴.

بالتالي فإن عقد الزواج السوري هو الاتفاق الذي يبرم بين رجل وامرأة على أن يظهرها للغير في صورة زوجين، إما عقداً أو قولاً أو حالاً، ولكنها في الحقيقة لا يريدان الارتباط ولا تحقيق أي غاية من غايات الزواج⁵.

وتجب التفرقة بين الزواج السوري والزواج المقتن بشرط، حيث يمكن أن يصحب الزواج بشروط متنوعة ومتعددة تتعلق إما بحفل الزواج ومراسمجه أو بتربية الأولاد أو بثروة وممتلكات أحد الزوجين، وهو بهذا يقترب من الزواج السوري، ولكن الفرق بينها يكمن في أن الرضا في الزواج

¹ معوض عبد التواب، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، آثار الالتزام، ج.2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص.310.

² الزواج لغة هو الاقتران والاختلاط. المعجم الوسيط، ج.1، ص.407. وفي الاصطلاح القانوني هو عقد يفيد حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع، ويجعل لكل منهما حقوقاً وواجبات على الآخر. وقد شاع استعمال لفظ الزواج للتعبير عن اقتران الرجل والمرأة على سبيل الدوام والاستقرار، من أجل تكوين أسرة، كما يسمى هذا العقد بالنكاح بل إن هذا المصطلح هو الأكثر شيوعاً في الشريعة والفقه. بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، ط.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012، ص.72، 73. وقد تطرق المشرع الجزائري لمفهوم الزواج في المادة 04 من الأمر رقم 10-05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري: "الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون واحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب".

³ <http://www.fatwa.islamonline.net>, vu eu lu le : 15/01/2017.

⁴ <http://www.alukah.net>, vu eu lu le : 03/01/2017.

⁵ Dans le mariage simulé, les partis ont feint un consentement, elles n'ont nullement entendu se marier véritablement, et par le fait même créer une communauté de vie durable et entière. En pratique la simulation se manifeste extérieurement, par l'absence de toute vie conjugale, et donc de possession d'état d'époux. M. Dagot, La simulation en droit privé, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1967, p.234.

يكون موجودا وصحيحا، في حين في الزواج الصوري يكون مختلفا لا وجود له إلا في الظاهر. كما يقترب الزواج الصوري من الزواج بالغش، وهنا نرجع إلى التفرقة التقليدية بين الصورية والغش، فالزواج المغشوش هو زواج تم حقيقة ولكن لغرض الغش والخداع، في حين أن الزواج الصوري ليس إلا ظاهرا كاذبا وحيلة لا أساس لها في الواقع. وللزواج الصوري أهداف كثيرة ومتنوعة، فقد لجأ إليه بداية من أجل نقل ألقاب النبلاء أو أي لقب آخر مشهور، ولجأت إليه إمرأة من أجل الحصول على الحرية، كم لجأ شاب أعزب إلى الزواج الصوري للتخلص من عدم أهليته للخلافة نظرا لعدم زواجه وفقا لما كان مقررا بموجب القانون الكاثوليكي، ومؤخرا قامت فتاة بعقد زواج صوري من أجل الحصول على هبة والدتها، فطبقا لقوانين الجمهورية الليغورية فإن الفتاة لا تستفيد إلا من حق الانتفاع من الهبة إلى غاية زواجهما، وأن الملكية المطلقة لا تنتقل إليها إلا بالزواج، ومن أجل إضفاء الشرعية على الابن الناتج قبل الزواج، وعبور الحدود، والتخلص من الخدمة الوطنية في الفترة التي كان يعفى فيها الرجال المتزوجون، كما سمح الزواج الصوري خلال الحرب العالمية الثانية لبعض الأشخاص اليهود بتجنب الترحيل إلى ألمانيا، وفي البرتغال يسمح الزواج الصوري الذي لم تكتشف صورته بتخفيض العقوبة، فبممكن مثلا للأب الطبيعي الذي لا يدفع النفقة الغذائية لابنه من التخلص من عقوبة السجن، كما يسمح بتجنب الطرد من البلد الأجنبي والحصول على المساعدات المالية¹.

ثانياً أنواع عقد الزواج الصوري

قد تكون الصورية في عقد الزواج مطلقة أو نسبية، المطلقة هي التي تتناول وجود العقد ذاته، أما النسبية فهي التي تنصب على أحد جوانبه فقط.

1- عقد الزواج الصورية المطلقة

الصورية المطلقة هي التي تتناول وجود عقد الزواج، أي العملية القانونية بمجملها، فيكون الزواج الظاهر غير موجود أصلا، ويقتصر عقد الضد على تقرير أن العقد الظاهر هو مجرد عقد صوري لا وجود له، دون أن يتضمن عقدا حقيقيا آخر يختلف عنه، بالتالي يكون وضع الطرفين الحقيقي، بعد عقد الزواج الظاهر هو ما كان عليه قبل التعاقد².

¹M. Dagot, O.p.c, p.237 et s.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ج.2، ص.1074. أحمد إبراهيم عطية، المرجع السابق، ص.407.

ومن ثم يمكن القول بأنه ليس هناك أي التزام حقيقي ناشئ عن هذا العقد، فهو يقوم على عقد أو عنصر ظاهر وهي يبقى الوضعية القائمة قبله دون أي تغيير، لأنه ليست هناك أية إرادة حقيقية ترمي إلى حصوله في الواقع¹، ويعتبر زواج التحليل أحسن مثال للصورية المطلقة في عقد الزواج .

فمن طلق امرأته ثلاثا فلا يحل له أن يتزوجها لا في العدة ولا بعدها حتى تتزوج زوجها آخر زواجا صحيحا نافدا، ثم يطلقها أو يموت عنها وتنتهي عدتها، لأن هذا الطلاق بائن بينونة كبرى². فإذا ما تزوج رجل المطلقة ثلاثا ولم يكن غرضه من الزواج دوام العشرة ولا تكوين أسرة، وإنما كان هو تحليلها لزوجها الأول، فإن هذا الزواج فاسد من الناحية القانونية، والعقد الفاسد هو الذي لم يستوفي الشروط المنصوص عليها قانونا، فإذا ما تبين الفساد قبل الدخول، فسخ الزواج دون صداق، أما إذا ما تبين بعد الدخول، فقد فرق قانون الأسرة الجزائري بين حالتين وقرر إما تصحيحه والاستمرار فيه إذا اختل ركن من أركانه، أو اشتمل على شرط ينافي مقصود العقد، وإما إبطاله بطلانه مطلقا إذا اختل أكثر من ركن واحد في العقد³.

والزواج الفاسد قبل الدخول يعتبر كالباطل لا أثر له، وحكمه وجوب التفريق بين الزوجين أما بعد الدخول فتترتب عليه بعض الآثار كاستحقاق الزوجة لصداق المثل، وثبوت النسب وحرمة المصاهرة⁴.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد اختلفوا حوله، فقال الحنفية أنه إذا كان التحليل

¹ سامي عبد الله، المرجع السابق، ص. 129.

² والطلاق البائن بينونة كبرى هو الذي لا يستطيع الرجل بعده أن يعيد المطلقة إلى الزوجية، إلا بعد أن تتزوج بزواج آخر زواجا صحيحا، ويدخل بها دخولا حقيقيا، ثم يفارقها أو يموت وتنقضي عدتها، ويكون بعد الطلاق الثلاث². عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ط. 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص. 237. قال تعالى: "فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره، فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا إن ظنا أن يقيما حدود الله". سورة البقرة، الآية/ 230.

² تنص المادة 33 من الأمر رقم 02-05: "بيطل الزواج إذا اختل ركن الرضا. إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل".

المادة 35 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم: "إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا".

³ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 386.

مقصودا من طرف أحد المتعاقدين أو كلاهما، ولم يشترط في عقد الزواج، فإن الزواج يكون صحيحا وتحل به المرأة لزوجها الأول، إذا ما دخل بها زوجها الثاني دخولا حقيقيا، ثم فارقتها وانقضت عدتها، لأن العقد من الناحية الشكلية جاء خاليا من العيوب، ولا عبرة بما وراء ذلك من قصد أو نية، أما إذا اشترط التحليل في العقد فقد اختلفت الآراء حوله عند أئمة المذهب.

وقال الشافعية أن التحليل إذا نوي ولم يشترط في العقد بل اشترط قبله أو بعده، فإن العقد يكون صحيحا، فإذا دخل الزوج الثاني بالمرأة ثم فارقتها لسبب من الأسباب، حلت لزوجها الأول، لأن العبرة بالشكل الخارجي للعقد الذي جاء غير معيب، أما إذا ما اشترط التحليل في العقد فإنه يكون غير صحيح ولا تحل به المرأة لزوجها الأول، لأن اشتراط التحليل من الشروط التي تفسد العقد، والعقد الفاسد لا تحل به المطلقة ثلاثا لزوجها الأول حتى ولو دخل بها الزوج الثاني .

في حين يرى المالكية والحنابلة أن زواج التحليل فاسد سواء اشترط التحليل في العقد أو قبله أو بعده، أم كان منويا فقط، فلا تجوز معه المعاشرة الزوجية ولا تحل به الزوجة لزوجها الأول¹.

2- عقد الزواج الصوري صورته نسبية

لا تتناول الصورية النسبية وجود عقد الزواج وإنما تنصب على أحد جوانبه، بمعنى وجود علاقة قانونية حقيقية بين الطرفين يقوم التصرف الصوري بإخفاء جانب منها، وهي بذلك تختلف عن الصورية المطلقة من حيث أن المتعاقدان لم يقصدا أن يكون العقد وهما لا وجود له في الحقيقة، بل أرادا إنشاء العقد حقيقة مع تضمينه عنصر أو عدة عناصر وهمية، أي إعطائه صورة أخرى غير الصورة التي انصرفت إرادتهما الحقيقية إليها²، كالزيادة أو الإنقاص من الصداق المسمى في العقد .

ويمكن أن ترد الصورية النسبية على شرط من شروط العقد أو ركن من أركانه، ومن صورها في عقد الزواج صورية مقدار الصداق المسمى فيه، والصداق هو المهر عند المالكية، وهو أحد شروط العقد، و يتمثل فيما يدفع نحلة للزوجة من تقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء³.

¹ عز الدين الناصوري، عبد الحميد الشواربي، الصورية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 1995، ص. 477-478.

² أنور طلبة، المرجع السابق، ص. 13.

³ المادة 14 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم.

ويمكن الطعن بصورية عقد الزواج لصورية الصداق في الحالتين التاليتين:

1-أ: أن يتفق الزوجان على مقدار معين للصداق، ولكنها يثبتان في عقد الزواج مبلغاً أقل أو أكثر من المبلغ المذكور، إما للتهرب من رسوم التوثيق أو تفادياً للحسد أو للتباهي بين الناس، ويتفقان على أن يتم قبضه قبل الدخول، ويثور الخلاف بينهما حول مقدار المهر قبل ذلك، فإن هذا العقد وإن كان رسمياً، إلا أن البيانات التي أثبتتها الموظف الرسمي قد دونها بناءً على تصريحات الزوجين، بالتالي يجوز إثبات ما يخالفها دون الحاجة إلى الطعن في العقد بالتزوير، فإذا ما ادعت الزوجة بأن مهرها أكثر مما ذكر في العقد كان عليها إثبات ذلك، وعلى الزوج نفي ادعاءها.

2-أ: أن يثبت في العقد أن الزوجة قد قبضت مقدار الصداق، وتدعى بعد ذلك أن ما دون في الوثيقة بخصوص الصداق صوري، وأنها لم تقبض شيئاً أو أنها قبضت جزء منه فقط، هنا يجوز للزوجة أن تثبت أنها لم تقبض المهر كله أو بعضه بشهادة الشهود، وللزوج نفي ذلك بنفس الطريقة. كما يجوز هنا توجيه اليمين الحاسمة للزوج أو للزوجة على الواقعتين سالفتي الذكر ثم سماع الشهود بعد ذلك، خلافاً لما تقضي به القواعد العامة من أنه لا يجوز سماع الشهود بعد حلف اليمين¹. ويرجع السبب في عدم التقيد بالقواعد العامة التي تقرر عدم جواز إثبات ما يخالف الثابت بالكتابة إلا بالكتابة، وفي إباحة الإثبات بشهادة الشهود في هذه الحالة، إلى قيام المانع الأدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي في كثير من الأحيان².

ثالثاً: آثار عقد الزواج الصوري

القاعدة العامة في الصورية هي أنه متى ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر، فالعقد النافذ فيما بينهما وبالنسبة إلى خلفهم العام هو العقد الحقيقي، لأنه العقد الذي اتجهت إليه الإرادة الحقيقية للأطراف، وأنه يحق للغير التمسك بالعقد الصوري إذا كان لديه مصلحة في ذلك، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادتين 198 و199 من القانون المدني. ولكن هذه الآثار العامة للصورية لا يمكن إعمالها في عقد الزواج بالنظر إلى طبيعته الخاصة وإلى آثاره القانونية والشرعية المختلفة والتي تختلف قبل الدخول عن بعده، ولذلك نجد أن الآراء الفقهية

¹ عز الدين الناصوري، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص. 380-381. تنص المادة 17 من القانون الأسرة على أنه: " في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتها وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين، وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين".

² إبراهيم المنجي، المرجع السابق، ص. 311.

والاجتهادات القضائية قد تباينت بخصوص الآثار المترتبة على عقد الزواج الصوري.

1- صاحب الحق في التمسك بصورية الزواج

يمكن للزوجين الصوريين التمسك بصورية العقد الذي أبرماه، كما يمكن للغير ذلك .

أ- أطراف العقد

يحق لأطراف عقد الزواج الصوري التمسك بصوريته، فلا يمكن إنكار حق الزوجين في إعمال الحقيقة، خاصة إذا ما تعلق الأمر بحالة الأشخاص، مثلاً في حالة الزواج الصوري الذي يريد طرفاه الزواج مرة أخرى، يمكن لأحد الزوجين طلب إبطال الزواج لصوريته من أجل تفادي آثار الحكم بالطلاق.

ب- الغير

يحق للغير تحريك دعوى إبطال الزواج لصوريته، ولكن ليس لديهم الحق في التمسك بالزواج الصوري بما أن الأمر يتعلق بحالة الأشخاص، خلافاً لما هو مقرر بموجب النظرية العامة للصورية التي تعطي للغير حق الخيار في التمسك بالعقد الصوري أو بالعقد الحقيقي، ولا يبقى لهم في هذه الحالة إلا اللجوء إلى دعوى التعويض بناء على الأحكام العامة للمسؤولية المدنية، ومن الغير الذي يحق له التمسك بصورية الزواج السلطات العامة للدولة¹.

فقد أعطت بعض البلدان التي تعرف انتشاراً واسعاً للزواج الصوري كالمانيا وسويسرا لسلطاتها العامة الحق في التدخل وتجريد الزوج الصوري من مزايا هذا الزواج، كالجنسية وآثارها، بالإضافة إلى الحق في طلب إبطاله، وذلك بالنظر إلى آثاره الوخيمة على النظام العام.

وفي هذا الصدد قررت محكمة الاستئناف الشرعية السنية العليا في لبنان إبطال عقد زواج لصوريته في قضية امرأة يهودية دخلت إلى لبنان في ظروف مشبوهة، حملت السلطات اللبنانية على الاشتباه بأنها عميلة إسرائيلية، فأصدر النائب العام الاستئنافي في لبنان قراراً بوجوب مغادرتها للبنان ضمن مهلة حددها، إلا أن هذه المرأة استفادت من المهلة وعقدت قرانها برجل لبناني، وتمكنت بذلك من الحصول على الجنسية اللبنانية، استناداً على القرار رقم 15 الصادر بتاريخ 1965/01/19 الذي نص قبل تعديله على أنه تصبح المرأة الأجنبية لبنانية حكماً بزواجها من لبناني بقوة القانون.

¹ M. Dagot, O.p.c., p.255.

وبما أنه لا يجوز إخراج اللبنانية من لبنان، فقد طعنت النيابة العامة في صحة هذا الزواج لعدة الصورية والتحليل، توصلنا لحرماتها من الجنسية اللبنانية، فأبطلت المحكمة الشرعية في طرابلس هذا الزواج لما فيه من ضرر للصالح العام، رغم تمسك دفاع المرأة بالحديث الشريف: " ثلاث جدهن جد و هزلهن جد..."، ثم استأنفت المرأة الحكم أمام المحكمة الشرعية، فأيدت الحكم المستأنف لأن الضرر لا يزال قائماً¹.

2- موضوع دعوى إثبات صورية الزواج

موضوع الدعوى في حالة الزواج الصوري هو إسقاط الزواج وإعلان وهميته وليس طلب إبطاله، لأن الإبطال في حالة الصورية يكون بدون فائدة إلا في الحالات التي يكون فيها العقد قد خلق ظاهراً يحق للغير التمسك به، وبما أنه لا يحق للغير التمسك بالزواج الصوري، فلا فائدة من دعوى الإبطال، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنه من التناقض أن نسعى إلى إبطال حيلة خلقت ظاهراً وهمياً، فلا يمكن طلب إبطال إلا الحقائق ذات القيمة، كما أننا لسنا بحاجة إلى إثارة مسألة عيوب الرضاء، الصورية تكفي.

3- إثبات صورية الزواج

يخضع المتعاقدان وخلفهما العام في إثبات صورية الزواج إلى القواعد العامة، حيث يمكن إثباتها بكل الطرق بما فيها شهادة الشهود واليمين، ولا تعتبر الرسمية هنا عائقاً للطعن بالصورية، فموظف الحالة المدنية ليس موكلاً بمراقبة رضاء الأطراف أمامه². لذلك فإنه لا يحول وجود الموظف الرسمي والإجراءات الشكلية دون حصول زواج صوري، فهو ينطوي على خلق ظاهر خادع مغاير

¹ سامي عبد الله، المرجع السابق، ص.51.

² Attendu que l'on doit également considérer que tout consentement proprement dit au mariage, au sens de l'art.146, fait défaut lorsqu'il est établi qu'un homme et une femme, sans avoir aucunement la volonté même momentanée, de se prendre pour époux. Se sont simplement prêtés à un semblant de mariage, en vue uniquement d'un objet et d'un résultat particuliers entièrement étrangers à une union matrimoniale, qu'ils n'entendaient point contracter.

Attendu qu'en pareil cas on se trouve, non en présence d'un véritable mariage, mais bien de la simple simulation d'un véritable mariage, C.à.d d'une pure apparence ne correspondant à aucune réalité juridique

Attendu que si sans doute il ne saurait être que très n'en-est pas moins vrais qu'il y a lieu de l'admettre, dans les rares hypothèses, ou elle se dégage avec certitude des données de la cause, et est seule à s'adapter exactement aux circonstances de fait.

Or attendu que tel est bien le cas dans la présente espèce, qu'il est constant que ni le demandeur ni le défendeur ni la défenderesse n'ont eu à aucun moment l'intention de se prendre pour époux

M. Dagot, O.p.c., p.255.

للحقيقية. ويمكن هنا لوسائل الإثبات المتضاربة أن تقنع المحكمة بوجود الزواج الصوري، توصلا لإبطاله، دون أن يحق للغير وهم دائنو المتعاقدين وخلفهم الخاص الذين خدعوا بالظاهر الكاذب استعمال الخيار المقرر لهم بالتمسك بالعقد الظاهر الذي اطمأنوا إليه، لأن مصلحة الأسرة والمجتمع تعلق على حقوق الغير ومصالحه ذات الطابع المالي، فضلا عن أنه يمكن حماية الغير هنا بالاستناد إلى دعوى المسؤولية¹.

ولا يطبق مبدأ اشتراط الكتابة لإثبات ضد ما هو مكتوب في عقد الزواج الصوري، لأننا لسنا أمام عقد قانوني بمعنى الكلمة، بما أن الرضاء لم يكن حقيقيا، وهذا ما يسهل للغير إثبات صورية الزواج وإبطاله بالتالي.

1 موقف الفقه والقضاء من الزواج الصوري

يري الكثير من الفقهاء الفرنسيين أن الدفع بصورية الزواج غير مجدي، وأنه يمكن إبطال مثل هذا الزواج بإثبات انعدام الرضاء أو بتعيينه، أو بالدفع بالإكراه وبغيرها من العيوب والأسباب التي يمكن أن تؤدي إلى إبطال العقد، وأن فكرة الزواج الصوري ليست صحيحة، باعتبار أن الصورية تقتصر على التصرفات المالية ولا يمكن أن تتعداها إلى مسائل الأحوال الشخصية، ونظرا لعدم وجود عقد ضد، وحتى في حالة وجوده فإنه لا يقوى لوحده على هدم الزواج الصوري².
وباعتبار أن للزواج طبيعته الخاصة، فهو عبارة عن عقد رسمي وشكلي مرتبط بصميم المصلحة العليا للأفراد والمجتمع، كل ذلك يجعل فكرة الصورية في الزواج غير صحيحة، ويخشى أن يكون ادعاءها وسيلة لمخالفة القانون الذي يرفض حل الزواج بإرادة طرفيه، في حين يعترف البعض الآخر بوجود هذا النوع من الزواج، ويرى أن فكرة الزواج الصوري التي تؤدي إلى إبطاله أو إعلان وهميته تغني عن أي فكرة أخرى أو أي سبب آخر للإبطال، وأن مصلحة الأسرة والمجتمع تتضافران معا لإعلان وهمية هذا الزواج³، وأن الإبطال وحده غير كافي، حيث يجب متابعة الزوجين جزائيا⁴.

وقد أقرت محكمة النقض الفرنسية بأن الزواج يعتبر صوريا وأن رضاء الزوجين يكون

¹ M. Dagot, O.p.c., p.233-240.

² Christèle Clement, La nullité du mariage, 2007, P.01. <http://www.france-jus.ru>, vu et lu le 03/02/2018.

³ ساي عبد الله، المرجع السابق، ص.95.

⁴ Christèle Clement, O.P., 2007, P.02.

معينا في الحالة التي يقدم فيها رجل وامرأة على الزواج دون أن تكون لديهما نية حقيقية في الزواج، حتى وإن كانت نية مؤقتة، وجعلت جزاءه هو البطلان للغش نحو القانون في البداية، وبعد سنة 2003 لم يعد القضاء الفرنسي يبني بطلان الزواج السوري على أساس الغش نحو القانون، حيث تخلى عن هذا السبب الخاص، وأصبح البطلان المطلق لغياب الرضاء هو العقوبة الأصلية لكل زواج صوري¹، هذا وقد سبق للقضاء الفرنسي أن حكم بصحة زواج صوري وصحة كل آثاره، مع تجريد الزوجين من المزايا التي أرادوا الحصول عليها بالزواج².

واتفق الفقه المصري على أنه لا تجوز الصورية في الزواج والطلاق والعتاق باعتبارها من الأحكام الشرعية لقوله صلى الله عليه و سلم: "ثلاث جدهن جد وهزلهن جد، النكاح والطلاق والعتاق". وقوله: "أن من لعب بطلاق أو عتاق لزمه"³. وأنه لا يمكن الطعن بالصورية في عقد الزواج، إلا أنه إذا كان الغرض من الزواج السوري هو التحايل على الأحكام الشرعية التي يربتها العقد، وهي أحكام آمرة وتكاليف وجوبية متعلقة بالنظام العام والآداب العامة، ليحكم في هذه الحالة ببطلان ما ترتب على عقد الزواج من آثار أو تصرفات مخالفة لأحكام القانون، وليس ليحكم ببطلانه لصوريته⁴.

بالتالي فإن الزواج السوري عند الفقه المصري لا يمكن إبطاله بطلانا مطلقا بل بطلانا نسبيا، حيث تبطل فقط آثاره المخالفة لأحكام القانون والشريعة الإسلامية.

وسار القضاء المصري على نفس الدرب، حيث قرر أنه لا يمكن إبطال الزواج لصوريته إلا إذا كانت ديانة الزوجين تسمح بذلك، فإذا ما أقام المؤجر دعوى لطرده المستأجرة التي تنازلت عن عقد الإيجار لزوجها، بناء على أن عقد الزواج هو عقد صوري، وأن المستأجرة قصدت به التحايل على القانون بتنازلها عن عقد الإيجار للزوج السوري. في هذه الحالة وبالرغم من أن المؤجر له مصلحة في الطعن بصورية عقد الزواج، إلا أن الصورية في عقد الزواج لا يجوز الدفع بها من قبل الغير في الأحوال التي تطبق فيها قواعد الشريعة الإسلامية، لأنه ينعقد بالإيجاب والقبول حتى ولو قصد أحد المتعاقدين عدم نفاذه، أما في الحالات التي لا تطبق فيها قواعد الشريعة الإسلامية، والتي تكون فيها

¹ Cour de Cassation, 1^{ère} Chambre civile, 8 juin 1999.

² Cour de Cassation, 1^{ère} Chambre civile, 17 novembre 1981.

³ أنور طلبة، المرجع السابق، ص. 06.

⁴ إبراهيم المنجي، المرجع السابق، ص. 310.

ديانة الزوجين تسمح بإثبات صورة العقد، فإنه يجوز للغير إثباتها بكافة الطرق¹. ومن الناحية القانونية فإن انعدام الرضاء في أي عقد يعرضه للبطلان المطلق لاختلال أحد أركانه، و بما أن الرضاء غائب في الزواج السوري، فإنه من المفروض أن يكون جزاءه هو البطلان، ولكن هذا الاعتبار القانوني الذي يؤدي إلى إبطال الزواج السوري يصطدم مع قواعد الشريعة في الدول الإسلامية، لهذا فإن بالاعتداد بالزواج السوري مع إبطال آثاره المخالفة لأحكام القانون ولقواعد الشريعة الإسلامية يعتبر الرأي الصواب عندنا .

2- موقف الشريعة الإسلامية من الزواج السوري

ألقى العلماء المعاصرين الزواج السوري بنكاح الهازل في الشريعة الإسلامية الذي أجازته رأي وأبطله رأي آخر، فقد ذكر البعض أن الشافعي نص على أن نكاح الهازل لا يصح بخلاف طلاقه. وروى علي بن زياد عن الإمام مالك قوله: إن نكاح الهازل لا يجوز. وقال بعض أصحابه: فإن قام دليل الهزل، لا يلزمه عتق ولا نكاح ولا طلاق ولا شيء عليه من الصداق². وهناك من المملكية من سوى بين جميع تصرفات الهازل، وفي جميع العقود على السواء، دون أن يستثنوا منها شيئاً، فزواج الهازل وطلاقه وعتقه وبيعه وهبته وإجارته وكل عقوده لاغية، سواء كان فيها حق الله أم حق العباد، إذا ثبت بالدليل هزله، لأنه يكون مجرد لفظ من غير وجود نية.

وتلتقي هذه الطائفة من فقهاء المذهبين بالمذهب الجعفري، فقد قال الإمام جعفر الصادق: "لا طلاق إلا لمن أراد الطلاق" إلى غير ذلك من أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم وروايات أهل البيت عن جدهم . فإذا علمنا بطريق من الطرق عدم قصد المعنى من اللفظ يكون وجوده وعدمه سواء، كما أنه من المعلوم أن العقود تتبع النية، وقصد الهزل لا يعتد به مادام لم يتجه اتجاهها جدياً لآثار العقد والأخذ بها، ومثله تماماً عقد الزواج السوري الذي يبنى على التواطؤ³. في حين هناك طائفة أخرى من علماء المذاهب أغلبها من الحنفية والشافعية ترى بأنه زواج صحيح يرتب كل آثار العقد الصحيح.

ونحن نضم صوتنا إلى الاتجاه المناهض لصورية عقد الزواج، فهذا الرباط المقدس لا يمكن

¹ محكمة الاسكندرية ، مصر ، قسم الأحوال الشخصية، 1973/02/15.

² محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية أبو عبد الله، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج.2، (د.م.ن)، (د.ت.ن)، ص.161.

³ ساي عبد الله، المرجع السابق، ص.49.

أن يكون محلاً للهزل، ولا يمكن أن يتخذ طريقاً للوصول إلى أغراض أخرى غير التي شرع من أجلها.

خاتمة :

إن للزواج الصوري الذي يقدم عليه الرجل أو المرأة آثار وخيمة على الأسرة والمجتمع ككل، لأنه قد يرتب آثاره حتى ولو كان صورياً أو كان يشوبه تحفظ ذهني أو كان صادراً على سبيل الهزل أو المجاملة أو تحت تأثير الغلط أو الإكراه أو التدليس، فطبيعته الخاصة تجعل من غير الممكن إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، خاصة إذا ما نتج عنه أولاد، وهذا ما يؤدي بنا إلى القول بضرورة الاعتداد به، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى، فإن إلزام أطراف الزواج الصوري بالعقد وتقرير صحته ولزومه يعتبر انتصاراً لهم وتحقيقاً لمآربهم، فنجد اليوم الكثير من الأشخاص الذين يتدافعون وراء هذا الجزاء، نظراً لما ينطوي عليه من مزايا يسعون إليها ويحلمون بها، لذلك يبقى الحل الأمثل هو تخصيص عقد الزواج ضد الصورية، بتجريمها عامة وفي عقد الزواج خاصة، باعتباره عقد مقدس في الشريعة الإسلامية وفي جميع الديانات.

قائمة المراجع

- أحمد مرزوق، نظرية الصورية في التشريع المصري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1951.
- أنور العمروسي، الصورية وورقة الضد في القانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 1997.
- ابراهيم المنجي، دعوى الصورية ودعوى عدم تفاد التصرفات، التنظيم القانوني والإجرائي لرفع الدعويين، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1998.
- أحمد ابراهيم عطية، بطلان وفسخ وصورية عقد البيع في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الأولى، دار الراضي للنشر والتوزيع ، طنطا، مصر، 2012.
- أنور طلبة، الصورية وأوراق الضد، المكتب الجامعي الحديث، مصر، (د.ت.ن).
- معوض عبد التواب، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، آثار الالتزام، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.

- محمود عبد الرحيم الديب، الحيل في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، الحيل الافتراضية، الحيل التدليسية، الحيل الصورية، المشروع منها والمحظور معلقا عليها بأحكام الفقه والقضاء، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2000 .
- محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية أبو عبد الله، إعلام الموقعين عن رب العالمين، الجزء الثاني، (د.م.ن.)، (د.ت.ن.).
- عز الدين الدناصوري، عبد الحميد الشواربي، الصورية في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 1995.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، آثار الالتزام، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.
- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.
- عبد الحميد الشواربي، عاطف الشواربي، عمرو الشواربي، البطلان المدني الإجرائي والموضوعي، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2010.
- سامي عبد الله، نظرية الصورية في القانون المدني، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، بيروت، لبنان، 2004.
- M. Dagot, La simulation en droit privé, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1967.
- Christèle Clement, La nullité du mariage, 2007. [http: www.france-jus.ru](http://www.france-jus.ru), 03/02/2018.
- الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، ج.ر.ج. لسنة 1975، العدد 78.
- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم .
- الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 المعدل والمتمم لقانون الأسرة الجزائري، ج.ر.ج. لسنة 2005، العدد 15.

الإشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط

د. غالي كحلة، أستاذة محاضرة صنف "ب"

تاريخ الإرسال: 2018-05-06

عضو بمخبر حقوق الطفل

تاريخ القبول: 2018-07-20

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2 - محمد بن أحمد

تاريخ النشر: 2018-08-03

ملخص:

تثير مسألة الزواج المختلط عدة إشكالات قانونية معقدة قد يصعب حلها خاصة إذا تعلق الأمر بالنظام العام، ويزداد الأمر تعقيدا في حالة طلاق الزوجين بعد إنجابها للأطفال، ولعل أهم مشكلة يتعرض لها هي مسألة حضانة الأطفال وما ينجر عنها من ممارسة حق الزيارة والرقابة.

لذلك سعت أغلب التشريعات إلى إبرام الاتفاقيات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف من أجل وضع الحلول المناسبة التي تعتري انفصال الزوجين في الزواج المختلط وأوردت أحكاما خاصة لحماية الأطفال بعد انفصال أبويهم، والجزائر على غرار باقي الدول فقد أبرمت اتفاقية الزواج المختلط مع فرنسا. فهل حققت هذه الاتفاقية الأهداف المرجوة منها؟ وما هو الحل في حالة عدم وجود مثل هذه الاتفاقيات؟

الكلمات المفتاحية: الزواج المختلط ; الطلاق ; الحضانة ; الفقه ; القانون ; القضاء.

Résumé:

Le mariage mixte engendre beaucoup de conflits juridiques difficiles à résoudre, notamment d'ordre public ; d'autant plus, que la dissolution du mariage, génère des conséquences complexes, en matière de garde des enfants, de droit de visite et de contrôle.

A fin de remédier à ceci, plusieurs pays, ont choisi de conclure des accords internationaux bilatéraux et multilatéraux, indiquant ainsi des dispositions appropriées, prévoyants la protection des enfants issus des mariages mixtes.

A l'instar des autres pays, l'Algérie a conclu une convention internationale bilatérale, Algéro-Française. Toutefois, cette convention a-t-elle atteint les objectifs souhaités ? ceci d'un coté, d'un autre coté, quelles sont les solutions appliquées en l'absence de tels accords ?

Mots clés: Mariage mixte ; le divorce ; garde des enfants ; la doctrine ; la loi ; la juridiction.

إن فكرة الأحوال الشخصية تتصل في أغلب صورها بالنظام العام، لأن الكثير من روابطها يحقق مصلحة عامة للأفراد والمجتمع على حد سواء و يعتبر من النظام العام، فلا يجوز للأفراد - فيما عدا الحقوق المالية- الاتفاق على ما يخالف أحكام القانون لأنها مستمدة غالبا من قواعد الشريعة الإسلامية، و على هذا الأساس نجد أن الشريعة الإسلامية هي الشريعة العامة في مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين، في حالة اختلاف دياناتهم أو ملتهم أو طوائفهم، و نظرا أيضا لخلو الديانات الأخرى غير الإسلامية من تنظيم خاص للمسائل التي عاجتها التشريعات الموحدة كالميراث و الوصية و الولاية على المال و النفس و النفقة¹.

بالإضافة إلى ما تثيره مسألة اختلاف الدين من مشاكل في مسائل الأحوال الشخصية، نجد مسألة اختلاف الجنسيات التي تطرح عدة إشكالات قانونية و قضائية، فإن كان من مصلحة الأسرة أن يتوحد القانون الذي يحكم أحوالها الشخصية، وإذا تيسر توحيد موطن الأسرة، فإنه من العسير توحيد جنسية أفرادها² وفي بعض الأحيان تتوحد الجنسية بين الزوجين لكن قد يلجأ أحدهما إلى تطبيق قانون جنسيته الأصلية التي تختلف عن جنسية الزوج الآخر.

لذلك نجد أن مسألة الزواج المختلط تثير عدة إشكالات قانونية معقدة قد يصعب حلها خاصة إذا تعلق الأمر بالنظام العام و تعتبر حضانة الأطفال المولودين نتاج زواج مختلط إحدى المسائل التي لا تخلو من التعقيد من الناحية القانونية و العملية، فالقانون الواجب التطبيق يختلف بحسب اختلاف جنسية الأطراف، وهنا قد تشير قواعد الإسناد إلى تطبيق قانون أجنبي على المنازعة بشرط أن لا تكون أحكامه مخالفة للنظام العام³ والاداب، سيما ما يترتب عنها من ضمان تسليم الطفل للطلب عندما يطلب تنفيذ حكم أجنبي و تمكين الطرف الآخر من حق الزيارة و ممارسة الرقابة.

¹ البشري الشوريجي، مشكلات الزواج المختلط و معالجتها تشريعا، ص 3، مقال منشور على الموقع الإلكتروني:

<http://www.eastlaws.com>

² زروني الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، ط 2004، ص 127.

³ إن فكرة النظام العام في القانون الداخلي تختلف في هدفها عن فكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص فبينما تهدف الأولى إلى استبعاد تطبيق اتفاقات الأفراد المخالفة للنصوص الآمرة، فإن الثانية تهدف إلى استبعاد القانون الأجنبي المختص وفقا لقواعد الإسناد الوطنية إذا كان تطبيقه يؤدي إلى المساس بالأسس التي يقوم عليها القانون الوطني للتوضيح أكثر راجع في هذا الشأن: أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، تنازع القوانين، دار هومة، ط 11، 2009، ص ص 174، 175.

الإشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط

وصولاً إلى تحقيق ذلك، قد تتعدد الأمور أكثر فيعمد أحد الوالدين إلى اختطاف الطفل المحضون والانتقال به بطرق غير مشروعة، وهنا تتحول المسألة إلى جريمة دولية تلعب فيها السلطات المركزية المعنية دوراً هاماً في الإرجاع الفوري للطفل.

لذلك سعت أغلب التشريعات إلى إبرام الاتفاقيات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف من أجل وضع الحلول المناسبة لحل بعض المشاكل التي تعترض انفصال الزوجين في الزواج المختلط وأوردت أحكاماً خاصة لحماية الأطفال بعد انفصال أبويهم، والجزائر على غرار باقي الدول ونظراً لكثرة الجالية الجزائرية بفرنسا بحكم العلاقات التاريخية بين البلدين، فقد أبرمت اتفاقية الزواج المختلط مع فرنسا.

إلا أنه من الناحية العملية تثار عدة نزاعات تتعلق بحضانة أطفال مولودين من جزائريين وأجانب من جنسيات مختلفة لا تربط دولهم بالجزائر أية اتفاقية، وهنا يجب الرجوع إلى قواعد الإسناد التي تضمنها القانون الدولي الخاص الجزائري.

من خلال ما تقدمنا به يمكننا طرح الإشكالية الآتية: ما هي المشاكل التي تثيرها مسألة حضانة الأطفال الناتجين عن الزواج المختلط؟ وكيف عالجهما كل من المشرع والقضاء الجزائريين؟ حولنا الإجابة على هذه الأسئلة من خلال المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: حضانة الأطفال المولودين من زواج مختلط في إطار الاتفاقية الجزائرية الفرنسية

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على حضانة الأطفال المولودين من زواج مختلط

المبحث الأول: حضانة الأطفال المولودين من زواج مختلط في إطار الاتفاقية الجزائرية الفرنسية

لقد سادت بعض الظروف التي دفعت بالدولتين إلى إبرام الاتفاقية الثنائية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين في حالة الانفصال¹ محاولتين إيجاد الحلول المناسبة لحماية الطرف الضعيف في العلاقة بين الزوجين المختلطين، ألا وهو الطفل الذي يجد نفسه في وضعية مختلفة حرجة وغير طبيعية بعد طلاق والديه. لذلك حاولنا تسليط الضوء على هذه الاتفاقية من خلال الإلمام بظروف وضعها وأهدافها (المطلب الأول)، ثم مجال تطبيقها و النقص التي تشوبها (المطلب الثاني).

¹ الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين الفرنسيين في حالة الانفصال، التي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 144-88 المؤرخ في 26 جويلية 1988، ج ر العدد 30 المؤرخة في 27 جويلية 1988.

المطلب الأول: أسباب و أهداف الاتفاقية الجزائرية الفرنسية

سنتعرض في هذا المطلب لذكر الأسباب التي دفعت الجزائر وفرنسا لإبرام هذه الاتفاقية (الفرع الأول) ثم إلى أهدافها (الفرع الثاني)، تباعاً.

الفرع الأول: أسباب إبرام الاتفاقية الجزائرية الفرنسية

نظراً للأسباب التاريخية التي ربطت الجزائر بفرنسا، و نظراً لكثرة الجالية الجزائرية بها، و ما نتج عنه من وقوع علاقات زواج بين الجزائريين والفرنسيين، التي آلت في أغلبها إلى انفصال الزوجين لسبب أو آخر، والحكم القضائي الذي غالباً ما يمنح حق الحضانة للأم و التي تكون غالباً فرنسية الجنسية، لا يقرر حق الزيارة خارج الإقليم الفرنسي، لاعتبار أن ضمانات إرجاع الطفل من الخارج غير كافية سواء من طرف أحد الوالدين أو من قبل سلطات البلد الأجنبي الذي يُدْهَب بالطفل إليه.

هذه الاتفاقية التي لم تظهر إلى الوجود إلا نتاج ثمان سنوات من المفاوضات وتبادل الرسائل بين الجزائر وفرنسا منذ 18 سبتمبر 1980 بشأن التعاون والمساعدة القضائية المتعلقة بحضانة الأطفال، بالرغم من أن النص لسنة 1980 جاء عاماً وشاملاً لكل الأطفال، فمن أسباب وضع الاتفاقية وإن تكن فعلاً أسباب عائلية محضة، فإن لكل اتفاقية دولية أيضاً أسباب سياسية أو اقتصادية... كما أن الأحداث التي جرت سنة 1984 إثر تشكيل "سفينة أمهات الجزائر" "bateau des mères d'Alger"¹ اللائي قمن بنشاطات مختلفة منها الإضراب عن الطعام الذي دام أياماً بالسفارة الفرنسية بالجزائر،² وذلك نتيجة لتصرفات بعض الآباء الجزائريين الذين دفعتهم -قرارات

¹ un échange de lettres entre l'Algérie et la France du 18 septembre 1980 relatif à la coopération et à l'entraide judiciaire en matière de garde des enfants (J.O. Fr du 3 octobre 1980, p. 2295). Voir. Françoise MONEGER, "Règles de conflit, Convention Internationale Franco-algérienne et exequatur", Bulletin du Barreau, Numéro Spécial, Septembre 2001. "La part du Droit dans les relations familiales franco-algériennes", Actes du Colloque organisé par L'Ordre des Avocats du Barreau de la Seine-Saint-Denis – France, L'Ordre des Avocats du Barreau d'Oran – Algérie dans le cadre de leur protocole de jumelage, Vendredi 1er juin 2001, Chambre de Commerce et d'Industrie de Seine-Saint-Denis, p 7.

² قرار محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 3 فيفري 1982 منشور في RCDIP لسنة 1982، ص 558. نقلاً عن: بوكري مولود، الإشكالات القانونية الناجمة عن ازدواج الجنسية في ضوء أحكام القانون الدولي من خلال دراسة ازدواج الجنسية بين الجزائر و فرنسا، مذكرة ماجستير، فرع القانون الدولي و العلاقات الدولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، السنة الجامعية: 2008-2009، ص 69. و راجع أيضاً:

الإشكالات القانونية التي تعرّض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط

الحاكم الفرنسية بجرمانهم من حضانة أولادهم- إلى اختطافهم و الإبقاء عليهم في الجزائر، و حرمان الأُمّهات الفرنسيات من لقاء أطفالهن.¹

الفرع الثاني: أهداف الاتفاقية الجزائرية الفرنسية

لقد حظرت اتفاقية حقوق الطفل² في مادتها الثانية كافة أشكال التمييز بين الأطفال، وأكدت في مادتها الثالثة على إبطال الاعتبار لمصلحة الطفل الفضلى في جميع الإجراءات التي تتعلق من كافة الجهات، وتتخذ تحقيقا لهذا الغرض جميع التدابير التشريعية والإدارية الملائمة.³

بناء على ذلك، فإن الهدف الرئيس من إبرام الاتفاقية الجزائرية الفرنسية هو حماية الطفل وتحقيق مصلحته الفضلى التي تقتضي استقرار نفسيته، وهذا لن يتم إلا بوجوده قرب والديه وعدم فصله عنها، أي أن تكون حياته قائمة على علاقة شخصية مستمرة، منتظمة وعلى اتصال مباشر بوالديه، إلا إذا قررت السلطات المختصة فصله عن والديه ويكون هذا الفصل ضروري لصون مصالح الطفل الفضلى، وهذا ما أكدته المادة 9 في فقرتها الثالثة من اتفاقية حقوق الطفل، وكذا الفقرة الثانية من المادة 10 من نفس الاتفاقية.⁴

لتحقيق ذلك، فإن الدولتين الجزائرية والفرنسية سارعتا إلى إيجاد الحلول من أجل الحفاظ على حقوق الأطفال الناتجين عن الزواج المختلط، وحرصا منها على تحقيق أحسن حماية لهم وحرية تنقلهم بين البلدين حتى يحافظ هؤلاء الأطفال على علاقات هادئة ومنتظمة مع والديهم المنفصلين وتمكين الأبوين من ممارسة حق الزيارة مع مراعاة مصلحة الأطفال بالدرجة الأولى، فقد تم إبرام

Françoise MONEGER, "Règles de conflit, Convention Internationale Franco-algérienne et exequatur", Op-Cit, p 7.

¹ بوبكر مولود، نفس المرجع، ص 69.

² اتفاقية حقوق الطفل المعتمدة و المصدق عليها بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 25-44 المؤرخ في 20 نوفمبر 1989، التي صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 461-92 المؤرخ في 19 ديسمبر 1992، ج ر العدد 91 المؤرخة في 23 ديسمبر 1992.

³ كارم محمود نشوان و خليل عبد الكريم مقداد، حضانة الأطفال في قطاع غزة، دراسة تحليلية تطبيقية، مؤسسة الضمير لحقوق الإنسان، غزة، 2010، ص 31.

⁴ تنص المادة 3/9 من اتفاقية حقوق الطفل على أنه: "تحتزم الدول الأطراف حق الطفل المنفصل عن والديه أو أحدهما في الاحتفاظ بصورة منتظمة بعلاقات شخصية واتصالات بكلا والديه، إلا إذا تعارض ذلك مع مصالح الطفل الفضلى". و تنص المادة 2/10 على أن: "للطفل الذي يقيم والباه في دولتين مختلفتين الحق في الاحتفاظ بصورة منتظمة بعلاقات شخصية واتصالات مباشرة بكلا والديه إلا في ظروف استثنائية".

الإشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط

اتفاقية ثنائية بينها هي من أبرز الاتفاقيات الدولية الموقعة في مدينة الجزائر بتاريخ 21 جوان 1988¹.

المطلب الثاني: مجال تطبيق الاتفاقية الجزائرية الفرنسية و النقائص التي تشوبها

سنتناول في هذا المطلب، مجال تطبيق الاتفاقية الجزائرية الفرنسية (الفرع الأول)، والنقائص التي تشوب تطبيق الاتفاقية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مجال تطبيق الاتفاقية الجزائرية الفرنسية

نخص بالذكر هنا تطبيق الاتفاقية الجزائرية الفرنسية من حيث الأشخاص، أي من هم الأطفال والاباء الذين تعنيهم الاتفاقية دون غيرهم من الأشخاص.

أولاً_الأطفال المعنيين بتطبيق الاتفاقية:

إن بعض الاتفاقيات الدولية تسعى لتحقيق حماية أفضل للحياة الأسرية للأزواج بينما علاقات المعاشرة (concubinage) لا يتمتع أفرادها بنفس الحماية، والاتفاقية الجزائرية الفرنسية المبرمة في 21 جوان 1988 هي من بين الاتفاقيات الثنائية التي تتعلق بحماية الأطفال الشرعيين الناتجين عن علاقة زواج مختلط شرعي لا غير²، وبالتالي تستبعد الأطفال الطبيعيين المولودين نتاج علاقة غير شرعية، ونتيجة لذلك لا يمكن للخليلة الفرنسية (la concubine française) الدفع بهذه الاتفاقية من أجل استعادة طفلها الطبيعي الذي يبقى أبوه الطبيعي الجزائري على حضانته بطريقة غير شرعية بالجزائر³. كما أن القاضي الفرنسي من جهته رفض تطبيق أحكام هذه الاتفاقية

¹ كما أن فرنسا كانت قد أبرمت اتفاقية في نفس المجال مع المغرب بتاريخ 10 أوت 1981 المتعلقة بالطلاق والنقل غير المشروع للأطفال، المصادق عليه بموجب المرسوم رقم 83-435 المؤرخ في 27 ماي 1983. واتفاقية مع تونس بتاريخ 18 مارس 1982 و المتعلقة بالمساعدة القضائية في مجال حق حضانة الأطفال وحق الزيارة والالتزام بالنفقة، راجع: يوسف فتيحة، مدى الحماية القانونية للطفل في القانون الدولي الخاص، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، العدد 3، 2005، ص 196.

² « Elle ne concerne que les enfants légitimes. Les enfants naturels sont donc exclus. Dès lors, la jurisprudence française (qui a été à l'origine de cette convention) a continué à poser pour ces enfants naturels certaines exigences de protection en l'absence de convention: elle exige notamment que le père algérien, venant rendre visite à ses enfants sur le territoire français, remette ses documents de voyage pour faire en sorte qu'il ne puisse pas repartir avec eux. La convention ne concerne pas non= plus les enfants adoptés ; vous savez que l'adoption n'est pas permise par le Code de la Famille algérien, et cela a été répété lors des travaux préparatoires. On peut même dire que le titre même de la convention ("les enfants issus de parents franco-algériens") conduit à écarter les enfants adoptés ». Françoise MONEGER, "Règles de conflit...", Op-Cit, p 7.

³ Hélène GAUDEMET-TALLON, "La désunion du couple en droit international privé", Recueil des cours, publié par Académie de droit international de la Haye, 1991-I, p.170. et voir aussi: Ali

الإشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط

على الأطفال الطبيعيين المولودين من أمهات فرنسيات وآباء جزائريين، ولم يحكم لهم بممارسة حق الزيارة والجزائر منذ سنة 1985 سهلت عودة حوالي 50 طفل غير شرعي إلى فرنسا مولود من أمهات فرنسيات.¹

من جهة أخرى، فإن الأطفال المتبنون هم أيضا مقصون من الحماية التي تفرضها هذه الاتفاقية، وهذا تماشيا مع أحكام قانون الأسرة الجزائري² لاسيما المادة 46 منه التي تنص على أنه: "تمنع التبني شرعا وقانونا"، بالرغم من أن التبني معترف به في القانون الفرنسي حيث اعتبر الطرف الفرنسي عدم اعتراف قانون الأسرة لسنة 1984 بالتبني يعتبر خرقا لحقوق هؤلاء الأطفال ومن شأنه خلق عدة مشاكل مستعصية الحل، وهو ما يتنافى مع أسباب وضع الاتفاقية³. إلا أن قانون الأسرة الجزائري قد وضع نظاما بديلا للتبني، بموجب المادة 116 منه⁴ ألا وهو الكفالة التي تعتبر التزاما على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر، لكن هذه الكفالة لا تأثير لها على النسب طبقا لأحكام المادتين 119 و 120 من نفس القانون⁵. كما أن كفالة الطفل سواء كان معروف أو مجهول النسب تتم بموجب عقد رسمي لصالح الكافل الذي يتحمل مسؤولية الطفل المكفول، وطبقا للمادة 125 من قانون الأسرة⁶ فإن التخلي عن الكفالة يتم أمام الجهة التي أقرت الكفالة، وأن يكون بعلم النيابة العامة، وبالتالي فإن الزوج الجزائري المتزوج من زوجة فرنسية والذي كفل طفلا أمام القضاء الجزائري وأراد حضانة هذا الطفل بعد طلاقه بفرنسا، وبالمقابل تحاول زوجته هي الأخرى الاحتفاظ بهذا الطفل وحضنته.

MEBROUKINE, " La convention Algéro-Française du 21 juin 1988 relative aux enfants de couples mixtes séparés. Le point de vue d'un Algérien ", Revue critique de DIP, janv. mars 1991. p. 1.

¹ Nadia AIT-ZAI, "Les droits de l'enfant en Algérie", Rapport Alternatif, (40ème pré-session du Comité des Droits de l'Enfant, 08 juin 2005), Nations-Unies Genève, CIDDEF, Alger, Juin 2005, p 27.

² القانون رقم 11-84 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 02-05 المؤرخ في 27 فيفري 2005، ج ر العدد 15 المؤرخة في 27 فيفري 2005.

³ Alcide DARRAS, Albert GEOUFFRE DE LAPRADELLE, Jean Paulin NIBOYET, Henri BATIFFOL, Revue critique de DIP, 1991. p.p 2 et 4.

⁴ والتي نصت على أن: "الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بانه وتم بعقد شرعي".
⁵ تنص المادة 119 من قانون الأسرة على أنه: "الولد المكفول إما أن يكون مجهول النسب أو معلوم النسب". أما المادة 120 فتتص على أنه: "يجب أن يحتفظ الولد المكفول بنسبه الأصلي إن كان معلوم النسب وإن كان مجهول النسب تطبق عليه المادة 64 من قانون الحالة المدنية".

⁶ والتي تنص على أن: "التخلي عن الكفالة يتم أمام الجهة التي أقرت الكفالة، وأن يكون بعلم النيابة العامة وفي حالة الوفاة تنتقل الكفالة إلى الورثة إن التزموا بذلك، ولا فعلى القاضي أن يسند أمر القاصر إلى الجهة المختصة بالرعاية".

الإشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط

وهنا نجد أن الإجراءات التي اتخذتها الحكومة الجزائرية في ميدان الكفالة تثير عدة تساؤلات حول ما إذا كانت أحكام الاتفاقية تشمل الطفل المكفول.

من جهة أخرى يرى بعض الفقهاء الفرنسيين¹ أن الموقف الجزائري المتبني بخصوص الأطفال الطبيعيين أو المتبنين غير معقول لكونه يقلص من مجال تطبيق الاتفاقية.

أما السيد "علي مبروكين" فيرى بأن هذه المسألة تنازلاً فرنسيا للطرف الجزائري، لكن حالات الأولاد الطبيعيين والمتبنين ضئيلة إذا ما قورنت بالاختلال الذي أحدثته المادة 5 من الاتفاقية التي تنص على أن "الاختصاص منعقد للجهة القضائية الواقع بدائها موطن الزوجية"، وطبقاً لذلك فإن القاضي المختص هو بالطبع وفي جميع الحالات القاضي الفرنسي.²

ثانياً_الاباء المعينين بتطبيق الاتفاقية:

هذه الاتفاقية لا تطبق إلا على الأطفال الناتجين عن زواج شرعي مختلط جزائري فرنسي، أي لا يمكن تطبيقها على الأزواج الجزائريين المقيمين بفرنسا، وهنا يمكن استحضار عدة حالات أين أقبل الآباء الجزائريين على ترحيل أطفالهم إلى الجزائر بعد طلاق أمهاتهم الجزائريات المقيمت بفرنسا اللاتي رفضن العودة إلى أرض الوطن. وعليه فإن هذه الاتفاقية لا تجد لها مجالاً للتطبيق إلا على الأمهات الفرنسيات بأزواج جزائريين أو الزوج الفرنسي لزوجة جزائرية.³

كما أن هذه الاتفاقية تستبعد من التطبيق حالة ما إذا كان أحد الزوجين جزائرياً أو فرنسياً والزوج الآخر من جنسية أخرى أو إذا كانا الزوجين فرنسيين مقيمين بالجزائر أو جزائريين مقيمين بفرنسا، كما سبق وأن أشرنا فهؤلاء يبقون خاضعين للاتفاقية القضائية المبرمة في سنة 1964 التي تنص على إمكانية تنفيذ الأحكام الأجنبية، وهذا ما ينطبق في حالة ما إذا كان الأطفال مزدوجي الجنسية (نسباً ومكان ميلاد).

فالجزائرية التي تتزوج بفرنسي يعتبر زواجا مختلطاً، لكن هذه العلاقة تطرح إشكالات في القانون الوضعي الجزائري. كما أنه طبقاً للمادة 6 من قانون الجنسية الجزائري فالأم الجزائرية لا تمتح

¹ Françoise MONEGER, La convention relative aux couples mixtes séparés. JDI, 1989, p 45.

² بوبكر مولود، المرجع السابق، ص 71. وراجع أيضاً:

Françoise MONEGER, "Règles de conflit, Convention Internationale Franco-algérienne et exequatur", Op-Cit, p 8.

³ la convention de 1988, puisque cette convention ne concerne **que la mère française ou l'époux français**. Il faut que ce soit un couple mixte, les résidents ne sont pas concernés. Voir. Françoise MONEGER, "Règles de conflit, Convention Internationale Franco-algérienne et exequatur", Op-Cit, p 7.

الإشكالات القانونية التي تعترض الحضنة بعد الطلاق في الزواج المختلط

جنسيتها لأطفالها إلا في حالة ما إذا كان الأب عديم الجنسية أو مجهولاً¹ إضافة إلى أن الجزائرية المسلمة زواجها بغير مسلم ممنوع شرعاً و قانوناً طبقاً لنص المادة 30 من قانون الأسرة الجزائري².

نصت المادة 31 من قانون الأسرة على أن: "يخضع زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب من الجنسين إلى أحكام تنظيمية". كما نصت المادة 34 من نفس القانون على أن: "كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده ويترتب عليه ثبوت النسب، ووجوب الاستبراء". فمن خلال استقراء هاتين المادتين نجد عملياً حالات زواج الجزائرية المسلمة بفرنسي غير مسلم وينتج عنه أطفال، وفي حالة الطلاق الذي يقابله الفسخ بعد الدخول، يمكن استفادة هؤلاء الأطفال في الجزائر من تطبيق الاتفاقية.

كما ترى السيدة Françoise MONEGER أنه لا بد من تطبيق الاتفاقية تطبيقاً عادياً وأن يكون مجال تطبيقها واسعاً، وتقتصر على القاضي الفرنسي في حالة ما إذا كان الأب مزدوج الجنسية- جزائري فرنسي- و الأم فرنسية ألا يأخذ في الاعتبار سوى الجنسية الجزائرية حتى يتسنى وصف زواج الطرفين بالمختلط، وحتى لا تحرم الأمهات الفرنسيات من امتيازات الاتفاقية. وهذا خلافاً لما نصت عليه المادة 3/3 من القانون المدني الفرنسي³ التي تجعل القانون الفرنسي هو الواجب التطبيق في مسائل الحالة والأهلية، حتى بالنسبة للفرنسي المقيم في الخارج، وأن الجنسية الفرنسية هي المرجحة في حالة ما إذا كان للشخص عدة جنسيات مختلفة⁴.

هناك حالة أخرى، تثيرها هذه الاتفاقية هو مدى إمكانية تطبيقها على الحالة التي يكون فيها كلا والدي الطفل متمتعاً بجنسيتين جزائرية وفرنسية في نفس الوقت، وهنا نكون أمام حلين اثنين إما أن نطبق الاتفاقية على اعتبار أن الأب يحمل جنسية أصلية جزائرية والأم من جنسية أصلية فرنسية بغض النظر عن الجنسية الأخرى المكتسبة. أو لا نطبق الاتفاقية في هذه الحالة باعتبار الزوجين من جنسية فرنسية.

¹ Nadia AIT-ZAI, Op-Cit, p 12.

² تنص المادة 30 من قانون الأسرة على أنه: "يجرم من النساء مؤقتاً...زواج المسلمة مع غير المسلم". راجع أيضاً: بوكير مولود، المرجع السابق، ص 71.

³ تنص المادة 3 من القانون المدني الفرنسي على أن: "القوانين المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم تحكم الفرنسيين حتى ولو كانوا مقيمين في الخارج".

⁴ بوكير مولود، المرجع السابق، ص 72.

الفرع الثاني: النقائص التي تشوب تطبيق الاتفاقية الجزائرية الفرنسية

تطبيقاً لهذه الاتفاقية فقد نصت المادة الأولى منها على تعيين وزارتي العدل لكلا البلدين سلطتين مركبتين مكلفتين بالوفاء بالالتزامات المحددة في الاتفاقية، تتعامل السلطان المركزيان بصورة مباشرة، وتكون تدخلاتها مجاناً، وتتعهدان بترقية تعاون السلطات المختصة في مجال حماية القصر. كما نصت المادة الثانية من الاتفاقية على أنه: "يجب على السلطة المركزية في إحدى الدولتين، بناء على طلب السلطة المركزية في الدولة الأخرى، أن تتخذ جميع الإجراءات الملائمة من أجل:

- البحث عن مكان وجود الطفل المحضون. وتقديم المعلومات المتعلقة بحالته الاجتماعية أو بأي إجراء قضائي يخصه، والعمل على إرسال نسخة من الأحكام القضائية الصادرة في شأنه.
- تسهيل إيجاد أي حل ودي يضمن تسليم الطفل أو قيامه بزيارة الوالد الذي لم تتقرر الحضانة في حقه أي تمكين الطفل من زيارة الوالد، من جهة، ومن جهة أخرى تمكين هذا الأخير (الأب أو الأم التي لم تتقرر له الحضانة) من الممارسة الفعلية لحق الزيارة والعمل على تنظيمها، كتسهيل طالب الزيارة بإجراء التأشيرة للدخول والخروج من الدولة.
- ضمان تسليم الطفل للطالب الحاضن الذي تقررت الحضانة لصالحه بموجب حكم أجنبي يطلب تنفيذه في الدولة الأخرى.
- اطلاع السلطة المركزية الملامسة أي المقدمة للطلب على التدابير المتخذة والنتائج المتوصل إليها.
- كما يتعهد الطرفان المتعاقدان بضمن ممارسة حق الزيارة فعلاً للأزواج الذين هم في حالة الانفصال داخل حدود البلدين وفيما بين حدودها طبقاً للفقرة الأولى من المادة 06 من الاتفاقية.
- كما ألزمت الاتفاقية في الفقرة الثانية من المادة 16¹، القضاة عند إصدار حكم قضائي ينص على إسناد الحضانة، أن يمنح في الوقت نفسه إلى الوالد الآخر حق الزيارة. وهو الأمر الذي تبناه المشرع

¹ تنص المادة 6 في فقرتها الثانية على أن: "كل حكم قضائي تصدره الجهات القضائية التابعة للطرفين المتعاقدين و ينص على حضانة طفل، يمنح في الوقت نفسه الوالد الآخر حق الزيارة بما في ذلك بين حدود البلدين". فمن خلال هذه المادة نستشف أن المحكمة التي تنظر في النزاع المتعلقة بحضانة الطفل ليست دائماً المحاكم الفرنسية باعتبارها مكان الحياة العائلية المشتركة كما أشارت إلى ذلك المادة 5 من الاتفاقية، و عليه يمكن للأب الجزائري أن يرفع دعواه أمام المحاكم الجزائرية بشأن حضانة أطفاله و تسند إليه الحضانة و يمنح للأم الفرنسية حق الزيارة.

الجزائري بموجب نص المادة 64 من قانون الأسرة.¹

رغم محاولة الدولتين لإيجاد حلول توافقية بينهما تصب في مصلحة الأطفال المولودين من زواج مختلط بعد انفصال والديهم، إلا أنه من الناحية العملية لا تخلوا من صعوبات في التطبيق، فهي تثير عدة إشكالات لا بد من الوقوف عندها، لأنها تبقى مجالاً للحفاظ وخاصة فيما يتعلق بقاعدة الاختصاص القضائي الذي غالباً ما يُمنح للقضاء الفرنسي على أساس مسكن الزوجية المشتركة.² كما قد تتعارض أحكام هذه الاتفاقية مع النظام العام الجزائري، لأن هذه الأحكام القضائية عند صدورهما سواء من المحاكم الجزائرية أو المحاكم الفرنسية تتصادم مع السواقع إذ تؤدي إلى حدوث مشاكل في التنفيذ، خاصة في حالة إسناد الحضانة إلى الأم الفرنسية، لكونها أولى بحضانة الطفل، وتمارس الحضانة في فرنسا نظراً لتمسك القاضي الفرنسي بتطبيق قواعد قانونه الخاص تبعاً لجنسية المدعية.

كما تطرح مسألة الحضانة مشكل آخر يتعلق بممارسة الأب لحقه في الزيارة والرقابة، نظراً لبعدها المسافة بينه وبين الطفل المحضون، وهي مسألة لم تعالجها أيضاً هذه الاتفاقية، هذا ما قد يؤدي إلى تنازع في الاختصاص أو إلى عدم المصادقة على تنفيذ الحكم الأجنبي، لتعارضه مع النظام العام الجزائري. وهكذا يكون القاضي الجزائري قد خالف أحكام الاتفاقية الجزائرية الفرنسية، ويكون بذلك قد خالف القاعدة الدستورية التي نصت عليها المادة 150 من دستور 2016³، والتي جاء فيها أن: "المعاهدات الدولية التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمى على القانون"، وهذا مشكل آخر يدعو لإعادة النظر في أحكام هذه الاتفاقية.

عند حكم القاضي بالحضانة لأحد الأبوين يمنح للطرف الآخر الحق في الزيارة، وطبقاً للمادة 7 من الاتفاقية السالفة الذكر، فقد يتعرض الوالد الحاضن للمتابعات الجزائية الخاصة بعدم تسليم الأطفال المنصوص عليها في قوانين كلتا الدولتين، عندما يرفض ممارسة حق الزيارة فعلاً داخل حدود أحد البلدين أو فيما بين حدودهما، ويباشر وكيل الجمهورية المختص إقليمياً بمجرد تسلمه شكوى طالب

¹ إذ تنص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم...، و على القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

² يوسف فتحة، المرجع السابق، ص 197.

³ القانون رقم 01-16 المؤرخ في 06 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، ج ر العدد 14 المؤرخة في 07 مارس 2016.

الإشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط

الزيارة المتابعات الجزائية ضد مرتكب المخالفة¹ كما أكدت المادة 8 من الاتفاقية على تعهد الطرفين المتعاقدين بضمان عودة الطفل الفعلية إلى البلد الذي غادره بعد انتهاء الزيارة، إذا لم يرد الطفل إلى البلد الممارس فيه حق الحضانة، ونتيجة ذلك يحرم مخالف هذا الحكم بممارسة حقه في الزيارة حتى ولو صدر حكم يمنحه حق ممارسة الحضانة أو قدم دعوى مباشرة فيما يخص حضانة الطفل. كما تطبق نفس الجزاءات في حالة ممارسة حق الزيارة خارج الفترات المحددة من طرف السلطة القضائية المختصة.

إلا أنه في بعض الأحيان قد يحدث عند ممارسة أحد الوالدين لحقه في الزيارة، فلا يرُدُّ الطفل المحضون إلى الوالد الحاضن ورغم ما أشارت إليه الاتفاقية في مادتها 11 من حلول إلا أنها تبقى قاصرة، لأنه حتى وإن قام الوالد الحاضن بعرض المسألة على وكيل الجمهورية الذي يقع في دائرة اختصاصه مكان ممارسة الحضانة، أين يقوم هذا الأخير بدون تأخير باستعمال القوة العمومية لتنفيذ إجباري لإرجاع الطفل إلى البلد الذي غادره، إلا أنه من الناحية العملية لا تستجيب سلطات الدولة الأخرى بسبب عدم قبول تلقي وتنفيذ الأوامر من دولة أخرى، كما أن تدخل القنصلية في مثل هذه الحالات خاصة عندما يكون الطفل أو والده مزدوج الجنسية غير مجد وغير مقبول، لأن الموقف الجزائري - مثلما هو الحال في كثير من الدول - متصلب²، وهو الأمر الذي يؤدي إلى عدم تنفيذ الإنايات القضائية الدولية، وبالنتيجة ضياع مصلحة الطفل المحضون.

كما أن الاتفاقية لم تعالج فكرة النفقة ولا مراجعة حكم الحضانة، أو طلب إسقاطها عن الأم كما لو تزوجت بأجنبي غير محرم... فلا يمكن للأب الجزائري أن يطلب مراجعة حكم الحضانة الصادر بفرنسا الذي أسند الحضانة إلى الأم الفرنسية، أمام القاضي الفرنسي حتى يتمكن من تربية أطفاله على دينه، مستندا في ذلك على أحكام المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري، وكذلك المادة 26 فقرة 3 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10 ديسمبر 1948³. كما لا تتصور أن يحكم القاضي الفرنسي لصالح الأب الجزائري. وهذا ما يدعو لإعادة النظر في بنود هذه الاتفاقية وإيجاد

¹ بن عصمان نسرين إيناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون الأسرة المقارن، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2008-2009، ص 162.

² بويكر مولود، المرجع السابق، ص 46.

³ تنص المادة 26 فقرة 3 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أن: "للاباء الحق الأول في اختيار نوع تربية أولادهم". راجع أيضا: بن عصمان نسرين إيناس، المرجع السابق، ص 163.

الإشكالات القانونية التي تعرّض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط

حلول أكثر جدية و واقعية تحقق مصالح الأطراف دون إهمال المصلحة الفضلى للطفل والأخذ بعين الاعتبار قواعد الشريعة الإسلامية الغراء.

من كل ما سبق يتبين أنه في حالة عدم تطبيق الاتفاقية الجزائرية الفرنسية من كلا الطرفين يؤدي بالضرورة إلى تطبيق أحكام القانون الدولي الخاص، أي في حالة ما إذا لم يكن أحد الزوجين فرنسيا، وذلك ما يتم التطرق إليه في المبحث الثاني.

المبحث الثاني: القانون الواجب التطبيق على حضانة الأطفال المولودين من زواج مختلط

عندما ينشأ النزاع وتقام الدعوى أمام القاضي الجزائري بين زوجين جزائريين حول مسائل الزواج والطلاق وآثارهما، لا يكون هناك أي نزاع بشأن القانون الواجب التطبيق، لأن قانون بلدهما المشترك هو القانون الواجب التطبيق. لكن الأمر يختلف عندما يكون أحد طرفي الدعوى أو كلاهما أجنبيا، ويثار النزاع أمام القاضي الجزائري، فليس من العدل تطبيق القانون الجزائري على الأجنب فيما يتعلق بأحوالهم الشخصية التي ينظمها قانون بلادهم، والتي غالبا ما يحيل عليها القانون المدني الجزائري وفقا لقاعدة الإسناد¹.

تمتد الآثار لتشمل علاقة الوالدين بأبنائهم رغم طلاقها، وعلى الرغم من أهمية هذه الآثار فإن التشريعات -بما فيها المشرع الجزائري- لم تحدد قاعدة إسناد خاصة بآثار انحلال الرابطة الزوجية وخاصة الحضانة، ونظرا لتحيز كل قاضي لتطبيق قانونه الوطني رغم وجود اتفاقية بين البلدين كالاتفاقية الجزائرية الفرنسية. وأمام الجدل الفقهي الصاحب، كان علينا تحديد القانون الواجب التطبيق على حضانة الأطفال باعتبارها أثر هام من الآثار الشخصية لانحلال الرابطة الزوجية.

لذلك سنحاول استعراض بعض المواقف الفقهية والتشريعية من هذه المسألة في المطلب الأول، ثم نتعرض لل صعوبات التي تواجه القاضي في تطبيق قانون جنسية الزوج والحلول البديلة له في المطلب الثاني.

المطلب الأول: التكييف الفقهي والتشريعي للحضانة لتحديد القانون الواجب التطبيق عليها

تعتبر الحضانة المرحلة الأولى من مراحل الولاية على النفس والتي يحتاج فيها الطفل إلى

¹ عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، دار هومة، الجزائر، ط4، 2010، ص 176.

الإشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط

رعاية واهتمام¹، وإن كانت لا تثير مشاكل إذا كان المطلقين من جنسية واحدة ويعيشون في بلادهم الأصلي، فهي تثير العديد من الإشكالات في حالة اختلاف جنسيتهم وإقامتهم في دولتين مختلفتين، مما تبرز مسألة تنازع القوانين و مشكلة التكييف القانوني للحضانة لتحديد القانون الواجب التطبيق عليها.

سنتناول في هذا المطلب، الاختلاف الفقهي والتشريعي لمسألة تكييف حضانة الأطفال المولودين من زواج مختلط (الفرع الأول)، ونبين الصعوبات التي تواجه القاضي في تطبيق قانون جنسية الزوج والحلول البديلة له (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الاختلاف الفقهي والتشريعي لمسألة تكييف الحضانة

الحضانة لغة مأخوذة من الحضن، بمعنى الضم إلى الجنب. وشرعا هي تربية الولد لمن له حق الحضانة. وتعني تربية وحفظ من لا يستقل بأمور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه كالطفل والكبير المجنون، وذلك برعاية شؤونه وتدير طعامه وملبسه ونومه، وتنظيفه وغسله.... وأما صاحب الحق في الحضانة فمختلف فيه بين الفقهاء، كما اختلف أيضا في تحديد طبيعتها القانونية.

أولا- صاحب الحق في الحضانة:

أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن في الحضانة حقوق ثلاثة، فهناك من يعتبرها حق للحاضن أي للأم أو للأب، لأن له أن يسقط حقه ولو بغير عوض. والحضانة نوع ولاية وسلطنة، لكن الإناث أليق بها، لأمن أشفق وأهدى إلى التربية، وأصبر على القيام بها، وأشد ملازمة للأطفال، وإذا بلغ الطفل سنًا معينة كان الأب أحق بها لأنه أقدر على حمايته وصيانتها وتربيته من النساء. وهناك من يعتبرها حق للمحضون، فلو أسقطها هو لسقطت².

يذهب البعض من الفقه³ إلى القول بأن الحضانة حق للصغير على أمه وليس حقًا للأم فيه، ويترتب على ذلك أن الأم تجبر على حضانتها ولا خيار لها في التنازل أو الامتناع عن ذلك بينما ذهب فريق آخر من الفقه⁴ إلى أن الحضانة حق للأم ويترتب على هذا، أنها لا تجبر على حضانة

¹ كمال درع، "مدى الحماية القانونية للطفل في قانون الأسرة"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزء 39، العدد الأول، سنة 2001، ص 44.

² وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته 718/7. وعبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، دار الخلدونية، الجزائر، ط 1، 2007، ص 356.

³ شمس الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الجزء السابع، مطبعة الباي الحلبي، القاهرة، 1938، ص 274.

⁴ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، الجزء الثاني، دار إحياء الكتب العربية، بولاق، مصر، 1974، ص 620.

الصغير ولها أن تمتنع عن ذلك بالتنازل عن حقها، ويرى فريق آخر¹ إلى أنها حقاً للأم والصغير فإن وجد من يقوم بها لا تجبر الأم، وحق الصغير فيها أقوى². وان التوفيق بين هذه الحقوق واجب إذا أمكن، أما إذا تعذر ذلك وتعارضت الحقوق، قدّم حق المحضون. وهو ما يعبر عنه بمصلحة المحضون. **ثانياً- الطبيعة القانونية للحضانة:**

إذا كان هناك اتفاق حول المقصود بالحضانة، فإن الفقه والقضاء اختلف في تحديد الطبيعة القانونية لها، وعليه فقد برزت عدة اتجاهات فقهية، فقد اتجه معظم الفقهاء الفرنسيين "Batiffol"، وبعض الفقهاء المصريين³ إلى اعتبارها أثر من آثار الزواج كون أنها تتعلق ببنوة الولد الناتج عن العلاقة الزوجية⁴، وبالتالي تخضع لقانون الزوج وقت الزواج، إلا أن هذا الاتجاه تعرّض للنقد بحجة أن عقد الزواج تم انتهائه بالطلاق أو التطلق وبالتالي لا مجال للحديث عن آثار الزواج. لذلك أدرجها البعض الآخر ضمن آثار النسب، خاصة أنها تعد التزام يقع على من يثبت نسب المحضون إليه، ورغم ذلك انتقد هذا الرأي كون أن النسب مسألة أولية تتعلق بشرعية الأولاد ولا علاقة له برعايتهم.

أما الفقيه "Bartın" فقد أدرجها ضمن مسائل الولاية على المال، ورغم ذلك انتقد لأن المقصود بالولاية على المال، حفظ مال الصغير وانماؤه، وليس تربية الطفل ورعايته. وقد تبني القضاء المصري في بعض أحكامه هذا الاتجاه، حيث جاء في حيثيات قرار لمحكمة القاهرة رقم 89 المؤرخ في 2 فيفري 1954 ما يلي: "حيث أن واقع الأمر وأنه لم ترد في القوانين المصرية قاعدة إسناد معينه بالنسبة للحضانة ومن أجل ذلك فإن المحكمة ترى أن تأخذ في شأنها بما هو مقرر من جواز تطبيق قانون الصغير الذي يجب حمايته، قياساً في ذلك، على ما هو منصوص فيه في المادة السادسة عشر من القانون المدني المصري من أنه: "يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجورين والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته"،

¹ محمد جواد مغنیه، فقه الإمام الصادق، ج5، دار العلم للملايين، بيروت، ط8، 1978، ص 382.

² فراس كريم شيعان وحسين نعمه نعيمش، "تنازع القوانين في الحضانة (دراسة تشريعية فقهية قضائية مقارنة)"، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة الخامسة، العراق، ص 158.

³ أحمد مسلم، موجز القانون الدولي الخاص والمقارن في مصر ولبنان، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966، ص 228.

⁴ جندولي فاطمة الزهراء، انحلال الرابطة الزوجية في القانون الدولي الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية: 2010-2011، ص 33.

الإشكالات القانونية التي تعرّض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط

وعلى هذا الأساس تكون أحكام القانون الإنكليزي هي الواجبة التطبيق في شأن طلب الحضانة الراهنة باعتبار أن الصغيرين المطلوب إسناد حضانتها إلى المدعية هما إنجليزيان متبعاً لوالدهما المدعي الإنكليزي الجنسية¹.

إلا أن الرأي الغالب وهو الراجح والذي أخذت به أغلب التشريعات فيما بعد، فقد اعتبرها أثراً من آثار الطلاق، لأن التنازع حول الحضانة لا يثور إلا بمناسبة انحلال الرابطة الزوجية. تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية على أنه: "متى ما كان الحكم بالتطبيق لم يصدر لمصلحة الزوجة ولا بناء على خطأ الزوج وحده وإنما صدر لخطأ الزوجين معاً، فإنه طبقاً للقانون المدني الفرنسي- الزوج أحق بحضانة ابنه، وأنه لا مصلحة للزوجة في التمسك بالقاعدة العامة الواردة في صدور المادة 302 من ذلك القانون والتي تقضي- بأن تكون كفالة الأولاد حقاً للزوج الذي حُكم له بالطلاق، بمقولة أنه لا يمكن أن تكون الحضانة للزوج تطبيقاً لهذا النص"².

الفرع الثاني: موقف التشريعات العربية والأجنبية من تنازع القوانين حول الحضانة

تنادي اتفاقية لاهاي المنعقدة بتاريخ 05 أكتوبر 1961 المتعلقة بحماية القصر، بإخضاع مسألة الحضانة لقانون موطن الإقامة المعتاد للطفل، على أساس أن ذلك المكان هو الذي تتركز فيه حياة الطفل وعلاقاته بالغير، لأن فلسفة اتفاقية لاهاي جاءت تعني بشخص الطفل أكثر من الشخص الحاضر. فهناك بعض التشريعات من تبنت هذا الاتجاه بحكم أن موطن إقامة الطفل يتماشى مع تحقيق المصلحة الفضلى للطفل. وهناك تشريعات أخرى طبقت قانون الزوج وقت انعقاد الزواج. إلا أن هذه التشريعات منها من أوجد قاعدة إسناد خاصة بالحضانة. وهناك من سكت عن ذلك، وألقى على عاتق الفقه والقضاء تولى هذه المهمة. أولاً-موقف بعض التشريعات العربية:

1-التشريعات العربية التي سكتت عن إيجاد قاعدة إسناد خاصة بالحضانة:

إن المشرع الجزائري، وبخلاف بعض المشرعين العرب، فقد تطرق في المواد من: 10 إلى

¹ أشار إليه: فراس كريم شيعان وحسين نعمه نغميش، المرجع السابق، ص 163.

² القرار رقم 38 سنة 26 ق، أحوال الشخصية، بتاريخ 27 مارس 1958، منشور في مجلة المحاماة، الصادرة عن نقابة المحامين المصريين، العدد الثاني، السنة التاسعة والثلاثون، أكتوبر 1958، ص 141، 144. نقلاً عن: فراس كريم شيعان وحسين نعمه نغميش، المرجع السابق، ص 163.

16 من القانون المدني، إلى القانون الواجب التطبيق على الأحوال الشخصية¹. ولم يخص حضانة الأطفال والمسائل المتعلقة بها مثل تحديد من هو الحاضن أو أوقات الزيارة ومدتها بقاعدة إسناد صريحة توضح القانون الواجب التطبيق عليها، لأن الحضانة تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية، فقد سائر المشرع الجزائري الرأي الفقهي الأخير حيث اعتبرها أثراً من آثار انحلال الزواج، إذ أدرج المواد من 62 إلى 72 من قانون الأسرة في الفصل الثاني المتعلق بآثار الطلاق، وهي الجزئية التي تساعد القاضي في تحديد القانون الواجب التطبيق، وبالتالي فإن تكييفها يخضع لقانون القاضي طبقاً لنص المادة 9 من القانون المدني الجزائري². وهي بذلك تخضع للقانون الذي يحكم انحلال الزواج طبقاً للمادتين 2/12 و 13 من القانون المدني الجزائري³، وهو حل استقر عليه في القانون المقارن والقضاء الجزائري.

عند الرجوع إلى قواعد الإسناد خاصة المادة 2/12 التي تنص على: "أنه يسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى"، أي أنه في حالة ما إذا كان هناك طلاق بين زوجين من جنسية مختلفة، وأن الزوج الآخر لم تبرم دولته اتفاقية مع الجزائر، ففي هذه الحالة تطبق قواعد الإسناد، بمعنى أنه عند الحكم بإسناد حضانة الأطفال يطبق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى. بالتالي إذا كان الزوج جزائرياً وقت رفع الدعوى فإنه يرجع إلى قانون الأسرة الجزائري لاسيما المادة 69 منه، لتحديد المسائل الموضوعية الخاصة بالحضانة، كتحديد من له الحق في الحضانة، أسباب اقتضاها وسقوطها، وتحديد نفقة الطفل أو الأطفال المحضونين.

لقد أقرت المحكمة العليا في مسألة تتعلق بطلاق جزائرية وإيطالي، بحيث أن المحكمة الابتدائية للمدية أسندت الحضانة للقانون الإيطالي على أساس المادة 12 فقرة 2، أي لقانون جنسية الزوج، وطعنت الزوجة في هذا الحكم لدى المحكمة العليا على أساس أنها كانت تتمتع

¹ زروقي الطيب، القانون الدولي الخاص الجزائري مقارنا بالقوانين العربية، الجزء الأول، تنازع القوانين، مطبعة الكاهنة، ط 2000، ص 126.

² تنص المادة 9 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يكون القانون الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه" وراجع دربة أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج و انحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد الرابع، جاني 2011، ص 247، 248.

³ إسعاد موحد، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني: تنازع القوانين، ترجمة فائز أنحق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1989، ص 533.

الإشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط

بالجنسية الجزائرية وقت انعقاد الزواج، ولم يصدر بشأنها مرسوم نزع جنسيتها الأصلية بعد حصولها على الجنسية الإيطالية. فقررت المحكمة العليا على هذا الأساس نقض هذا الحكم، واعتبرت الحضانة من آثار انحلال الزواج تخضع هي كذلك للقانون الجزائري إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج¹.

أما الفقرة الثانية من نص المادة 12 من القانون المدني الجزائري فقد أخضعت انحلال الزواج إلى قانون جنسية الزوج وهذا وقت رفع الدعوى. إلا أنه بالرجوع إلى نص المادة 13 من القانون المدني التي تنص على أنه: "يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 إذا كان أحد الزوجين جزائرياً وقت انعقاد الزواج..."، من هنا نجد أن القانون الجزائري وحده يطبق على انحلال الزواج متى كان أحد الزوجين جزائرياً وقت إبرام العقد، وبالتالي فالقاضي الجزائري هو وحده المختص لحل هذا النزاع. لكن لو طُرح أمام جهة قضائية أجنبية فإنه - حتماً - لا يطبق القانون الجزائري، خاصة إذا كانت هذه القاعدة موجودة في التشريع الأجنبي. وهذا ما يجعل تطبيق القانون الجزائري مستحيلاً من طرف قاضي أجنبي، خاصة إذا كانت الأم أجنبية وأسندت لها الحضانة مما يؤدي بطبيعة الحال إلى عدم تربية الولد على دين أبيه، كما نصت المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري، كما أشرنا سلفاً.

حول تمسك القاضي الأجنبي بتطبيق قانونه الوطني بخصوص هذه المسألة نضرب مثلاً بالحكم القضائي المؤرخ في 28 نوفمبر 1995 تحت رقم RC III/95 الصادر عن محكمة ليبرك ببولونيا- قسم العائلات والأطفال- الذي أسند حضانة الطفلة المولودة من أب جزائري و أم بولونية إلى الأم ومنحها السلطة الأبوية وألزم الأب بدفع النفقة الغذائية. ثم قامت بمراجعة النفقة بموجب حكم قضائي صادر عن نفس المحكمة بتاريخ 04 أبريل 2002 تحت رقم RC/35-01 III . و في حكم آخر صادر عن محكمة سولنا الابتدائية (السويدية) المؤرخ في 02 ديسمبر 2011 القاضي بفك الرابطة الزوجية بين الزوج الجزائري و الزوجة السويدية و أسند حضانة البنيتين إلى الأم السويدية، وطلبت الزوجة بإحمار هذا الحكم بالصيغة التنفيذية أمام محكمة وهران، فحكمت هذه الأخيرة بذلك بموجب حكم صادر بتاريخ 01 أبريل 2012 تحت رقم 12/1510. وهكذا نجد أن محكمة وهران قد أمهت الحكم الأجنبي بالصيغة التنفيذية وتكون بذلك قد خالفت الاجتهادات

¹ درية أمين، المرجع السابق، ص 248.

القضائية التي استقرت عليها المحكمة العليا.

سكت القانون المدني المصري الساري المفعول، هو الآخر عن وضع قاعدة إسناد خاصة بالحضانة، وترك ذلك على عاتق الفقه والقضاء لتولي هذه المهمة. فذهب البعض من الفقه، إلى أنها أثر من آثار الزواج وبالتالي تخضع لقانون الزوج وقت الزواج، وسائر القضاء المصري هذا الاتجاه في بعض أحكامه¹.

تطبيقاً للمادة 16 من القانون المدني المصري، التي تنص على أنه: "يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعية لحماية المحجورين والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته"، فقد كُفَّ جانب آخر من القضاء المصري الحضانة على أنها ولاية على المال، وكان ينادي بإخضاعها لقانون الشخص الواجب حمايته. غير أنه لا محل لقياس الولاية على النفس على الولاية على المال، بهذا تعتبر الحضانة المرحلة الأولى من مراحل الولاية على النفس، وما دامت كذلك فقد أجمع غالبية الفقه المصري على أنها أثر من آثار انحلال الزواج، ويسري عليها القانون الذي يحكم انحلال الرابطة الزوجية، أي لقانون جنسية الأب²، وهو الاتجاه الفقهي الراجح حالياً في مصر، وهو الرأي الذي تبنته معظم التشريعات العربية بما فيها التشريع الجزائري، كما رأينا سلفاً.

2- التشريعات العربية التي أقرت صراحة قاعدة إسناد خاصة بالحضانة:

نص بعض المشرعين العرب صراحة على قاعدة إسناد في هذا الشأن كالمشرع العراقي، التونسي والكويتي³ وحسباً فعل المشرع الكويتي، الذي أخضع الحضانة إلى قاعدة إسناد صريحة خاصة بها، بموجب المادة 43 من قانون تنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي رقم 5 لسنة 1961 الساري المفعول، والتي تنص على أنه: "يسري قانون جنسية الأب في الولاية على النفس و في الحضانة". كما عالج وبصورة دقيقة وواضحة المسائل المتعلقة بالأبوة والبنوة وتصحيح النسب والتبني

¹ منها حكم محكمة القاهرة الابتدائية (دائرة الأحوال الشخصية للأجانب) الصادر في ماي 1951 في القضية رقم 75 لسنة 1950. وفي 12 جوان 1951 في القضية رقم 121 لسنة 1950، وفي 15 يناير 1952 في القضية رقم 79 لسنة 1951، وفي 4 مارس 1952 في القضية رقم 57 لسنة 1951. وكذلك حكم محكمة الإسكندرية الصادر في 3 نوفمبر 1952 في القضية رقم 43 لسنة 1951، منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي تصدر عن الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد الثامن، السنة 1952، ص 165. نقلاً عن: فراس كريم شيعان وحسين نعمه نغمش، المرجع السابق، ص 164. في الهامش رقم (31).

² درية أمين، المرجع السابق، ص 247.

³ يوسف فتيحة، المرجع السابق، ص 193. فراس كريم شيعان وحسين نعمه نغمش، المرجع السابق، ص 164.

بموجب المواد 41، 42 و 43 من نفس القانون. وبالتالي فإن قانون جنسية الزوج هو الواجب التطبيق على قضايا الحضانة.

تنص المادة 50 من القانون الدولي الخاص التونسي¹ على أنه: "تخضع الحضانة للقانون الذي وقع بمقتضاه حل الرابطة الزوجية أو القانون الشخصي- للطفل أو قانون مقره. و يطبق القاضي القانون الأفضل للطفل". أي أن المشرع التونسي وضع قاعدة إسناد أصلية وأخرى احتياطية، تتمثل الأولى في إعمال قانون مكان حل الرابطة الزوجية، وإن لم تتحقق يطبق القاضي قانون جنسية الطفل، وإلا طُبق قانون موطن الطفل أي مكان إقامته المعتاد.

كان موقف القانون العراقي موقفاً متميزاً، حيث أنه لم يورد قاعدة إسناد خاصة بالحضانة إلا أنه جمع كل المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء والأولاد بقاعدة إسناد واحدة وأخضعها لقانون جنسية الزوج (الأب)، بموجب المادة 4/19 من القانون المدني التي تنص على أن: "المسائل الخاصة بالبنوة الشرعية والولاية وسائر الواجبات ما بين الآباء والأولاد يسري عليها قانون الأب". وعلى هذا يمتد نطاق قانون جنسية الأب ليشمل كل ما يتعلق بالحضانة ومدتها وسقوطها وأجرتها ومراتها، إلا أن هذا القانون يتعطل إذا كان أحد الزوجين عراقياً وقت انعقاد الزواج طبقاً للمادة 5/19 من نفس القانون، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز العراقية على أن: "الجدّة لأب أولى بحضانة الصغيرة من الأم الأجنبية غير المقيمة في العراق"².

وحسب نص المادة 32 من القانون المدني العراقي كذلك يتعطل تطبيق القانون الأجنبي إذا كانت أحكامه مخالفة لنظام العام والآداب العامة في دولة القاضي. حيث اعتبر القضاء العراقي أن الإسلام هو أشرف الأديان وكرس هذا المبدأ في العديد من أحكامه. أي إسناد العلاقة الخاصة بالحضانة إلى قانون جنسية الأب، في قضية تتعلق بزوجة مصريين مسيحيين يعملان في العراق، رفعت الزوجة أمام المحكمة الشرعية في الموصل دعوى تفريق ضد زوجها، وأثناء نظر القاضي الدعوى أشهرت الزوجة إسلامها أمامه وصدرت بإسلامها الحجة الشرعية المرقمة 1042 سجل 576 بتاريخ 1978/10/28، أسندت المحكمة الاختصاص التشريعي للقانون المصري، وعرضت المحكمة الإسلام على زوجها فأبى ولم يقبل الدخول في الإسلام وحكمت المحكمة لصالح الزوجة بحضانة الأطفال، فنقض الزوج الحكم أمام محكمة النقض والتي صادقت على قرار المحكمة الشرعية في

¹ القانون رقم 97 لسنة 1998 المؤرخ في 27 نوفمبر 1998 المتعلق بإصدار مجلة القانون الدولي الخاص التونسي.

² القرار رقم 1990 /شرعية/ 1970 الصادر بتاريخ 1970/11/30، النشرة القضائية، العدد الرابع، السنة الأولى، ص 23.

الإشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط

الموصل، وقضت بأن: "الأولاد الصغار بموجب الشريعة الإسلامية، يتبعون من أسلم من الزوجين، لهذا يصح الحكم المميز الذي يقضي بالتفريق بين الزوجين وتسليم الأولاد إلى أمهم"¹.

ثانياً-موقف بعض التشريعات الأجنبية:

نجد معظم القوانين الأوروبية اعتبرت الحضانة أثراً من آثار الطلاق متأثرة بالديانة المسيحية التي تعطي الحق للحضانة للأم إن لم تتسبب في الطلاق، كالقانون الفرنسي- الذي جاء خالياً من أحكام خاصة بالحضانة، حيث كان القضاء الفرنسي-يكيف الحضانة على أنها أثر من آثار انحلال الزواج، حيث اعتد في بعض أحكامه بقانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى. لكن بعد الانتقادات الموجهة إليه من قبل الفقه قرر إتباع قانون جنسية الزوج وقت الزواج، والذي هو نفس القانون المتبع على آثار الطلاق. ولكن الرأي الراجح لدى الفقه الفرنسي-، ينادي بإخضاع الحضانة للقانون الشخصي للطفل، باعتباره القانون الذي يحقق مصلحة المحضون.

وسّع القضاء الفرنسي- بتطبيق القانون الفرنسي- بشأن مشكلات الحضانة بين الأجانب المقيمين بفرنسا. وأخضع التدابير التحفظية لقانون القاضي، أما الإجراءات الموضوعية الخاصة بالحضانة تخضع دائماً للقانون الذي يسري عليها. كما يطبق قانون العقوبات الفرنسي الذي يحمي بنصوصه الحق في الحضانة على الأجانب، ويعاقب على جرائم خطف الطفل المحضون وعدم تسليمه².

أما القانون الإنجليزي لم يورد أحكاماً خاصة للحضانة، بل أخضعها للسلطة التقديرية للقاضي، يعهد بها لمن يراه مناسباً وأقدر على رعاية الطفل، وتسترشد المحكمة فيها بالمصلحة الفضلى للطفل، إلا أن القضاء الإنجليزي فقدت أثر بنفس الاتجاه الذي أخذت به اتفاقية لاهاي المنعقدة بتاريخ 05 أكتوبر 1961 المتعلقة بحماية القصر، وأخضع الحضانة لقانون موطن الإقامة المعتاد للطفل. وفي هذا الصدد يقول بعض الفقه الإنجليزي³: "أن القانون الإنجليزي غير واضح في بعض المسائل التي تعرض على المحاكم وتنشأ في مكان أو آخر ويتزام فيها أو لحكمها أكثر من قانون كقانون موطن الأب وقانون موطن الطفل أي قانون مكان الإقامة المعتاد للطفل".

¹ القرار رقم 20/ هيئة عامة / 1979 بتاريخ 1979/4/7 ، مجله القضاء تصدر عن نقابه المحامين العراقيين، العددان الثالث والرابع ، السنة الرابعة والثلاثون، 1979، ص 207. نقلا عن: فراس كريم شيعان وحسين نعمه نغمش، المرجع السابق، ص 167. في الهامش رقم (46).

² درية أمين، المرجع السابق، ص ص 247، 248.

³ Martin wolf, Private international law, second edition, Oxford, London, 1950, p. 389, 390. Dicey and Morris, The Conflict of Law, 9ed., Butterworth's, London, 1974, p. 348.

إن قانون الطفل لسنة 1989 الذي بين واجبات الوالدين تجاه الأَوْلاد، والذي احتفظ بالصبغة المسيحية التي تعطي حق حضانة الطفل للأم إذا لم تتسبب في الطلاق، وتميل المحاكم الانجليزية بصورة عامة إلى إعطاء حق الرعاية إلى الأم عندما يكون الطفل رضيعاً، أما بعد الفصام تنتقل الحضانة إلى الأب إذا كانت الأم منسببة في الطلاق. وتظهر الصعوبة في المراحل المتأخرة من الطفولة والتي قد يحصل فيها الطفل على موطن مستقل به، فيبدو أن المحكمة تفضل تطبيق قانون موطن الأب باعتبار الأب أصل الطفل¹.

المطلب الثاني: الصعوبات التي تواجه القاضي في تطبيق قانون جنسية الزوج على الحضانة والحلول البديلة له

يثير ضابط الإسناد الخاص بحضانة الطفل المتعلق بتطبيق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى العديد من الإشكالات القانونية والعملية، وهو ما يؤثر سلباً على العلاقات الخاصة ذات البعد الدولي. وهو الضابط المنصوص عليه في المادتين 12 و 13 من القانون المدني الجزائري، فهذه المادة الأخيرة أثارت الكثير من التساؤلات وأسالت الكثير من حبر الفقهاء، الذين وجهوا لها عدة انتقادات. ونحن من خلال هذا المطلب سنحاول تبيان تلك الانتقادات في الفرع الأول، وفي الفرع الثاني سنتناول بعض الاقتراحات لإيجاد الحل الملائم.

الفرع الأول: الانتقادات الموجهة لتطبيق قانون جنسية الزوج على الحضانة

إن أغلبية الدول التي تأخذ بالنظام اللاتيني ومنها فرنسا وألمانيا وإيطاليا، وجميع الدول العربية ومنها الجزائر كما رأينا سابقاً- التي تخضع لعلاقات الأحوال الشخصية ومنها مسائل الحضانة لقانون الجنسية، ويقوم هذا الاتجاه على مبررات منها أن قانون الجنسية قانون الوسط الاجتماعي للشخص الذي يعكس أخلاقه وعاداته وثقافته وقيمه، لأنه القانون الأقرب للشخص من أي قانون آخر، فضلاً عن أن الشخص واحد لا يتعدد ولا يتغير ولا ينعدم. مما يعني أن حالة الشخص لا تتغير بتغير مكان إقامته أو موطنه. إضافة إلى أن الجنسية رابطة تمتاز بالاستقرار نظراً لصعوبة تغييرها، وسهولة إثباتها لأنها تقوم على وثائق مادية².

إلا أن هذه الاعتبارات والمبررات لم تسلم من الانتقادات، لأن قاضي النزاع قد يواجه

¹ فراس كريم شيعان وحسين نعمه نعيمش، المرجع السابق، ص ص 161، 168.

² حسين نواره، "الإشكالات القانونية التي تواجه تطبيق الجنسية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، ص ص 39، 40.

الإشكالات القانونية التي تعرّض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط

عدة صعوبات بخصوص تطبيق قانون الجنسية، وهي تتمثل بتعدد الجنسية، انعدامها وتغيرها. إضافة لكون أن اختيار قانون الزوج وقت رفع الدعوى يمس بمبدأ المساواة بين الزوجين.

أولا- المساس بمبدأ المساواة بين الجنسين (الزوجين):

إذا اعتبر البعض¹ أن المادة 13 من القانون المدني قد ساوت بين الرجل والمرأة الجزائريين في تحديد القانون الواجب التطبيق، بحيث إذا كان أحد الزوجين جزائريا وقت الزواج، عكس ما نجد في المادة 12 التي أحالت إلى تطبيق قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى، فقد اعتبر البعض أن اختيار المشرع الجزائري لهذا الضابط يُعدُّ تعسفاً في حق الطرف الآخر الأجنبي - مادام قانون الزوج ليس قانوناً محايداً خاصة إذا كان الزوجين من جنسيتين مختلفتين²، مما يجعله مخالفاً بمبدأ المساواة بين الجنسين (الزوجة والزوج) - الذي حمته مختلف التشريعات الدولية والوطنية لا سيما الدساتير الجزائرية - نظراً لتفضيل جنسية الزوج على جنسية الزوجة في المادة 2/12 من القانون المدني الجزائري. فإخضاع انحلال الزواج وآثاره لجنسية الزوج وقت رفع الدعوى يعني تطبيق قانون تجهله الزوجة وقت إبرام الزواج، وهذا ما يؤدي إلى مفاجئتها وتأثر مركزها وتضرر مصالحها. هذا من جهة. ومن جهة أخرى، قد ينجر على إعمال ضابط جنسية الزوج وقت رفع الدعوى خضوع انحلال الزواج لقانون قد يكون مجهولاً لكلا الزوجين وقت انعقاد الزواج، فقد يغير الزوجين جنسيتها بعد إبرام عقد الزواج ويسمح له القانون الجديد إجراء الطلاق بينما القانون الجنسية السابق كان لا يسمح بفك الرابطة الزوجية³، أو العكس.

من جهة أخرى نجد أن القاضي الجزائري عند تحيزه في إسناد الحضانة لأحد الأبوين الذي يقيم بالجزائر وغالبا ما يكون الأب يخالف الترتيب الذي جاءت به المادة 64 من قانون الأسرة، و يعمل على تطبيق قواعد النظام العام مراعاة لمصلحة المحضون.

¹ عثمان بلال، "دراسة نص المادة 13 من القانون المدني" المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015، كلية الحقوق

والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، ص 188.

² عليوش قريوع، "القانون الواجب التطبيق على انحلال الرابطة الزوجية والانفصال الجسائي في القانون الدولي الخاص الجزائري" المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، ص 160.

³ موري سفيان، إشكالية الإسناد في الأحوال الشخصية وامكانية تحقيق التوفيق المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، ص 27، 28.

ثانيا- في حالة تعدد الجنسية أو انعدامها:

هنا نكون أمام حالتين، الحالة الأولى التي يطرح فيها النزاع أمام قاضي جزائري ويكون أحد طرفي النزاع يحمل جنسيات متعددة منها الجنسية الجزائرية، فالقاضي يطبق قانونه الوطني على مسائل الأحوال الشخصية بما فيها الحضانة، طبقا للمادة 2/22 من القانون المدني¹. تتحقق الحالة الثانية إذا لم تكن جنسية قاضي النزاع من بين الجنسيات المتعددة بالنسبة لأحد طرفي الدعوى في مسائل الحضانة، فهنا وتطبيقا لمبدأ تكافؤ السيادة، فإن القاضي لا يملك حق ترجيح جنسيته، ولا مجال لتطبيق قانونه الوطني. كما لا يملك ترجيح إحداها على الأخرى، إلا إذا كانت تلك الجنسية يرتبط بها الشخص أكثر من غيرها، وتشير الوقائع والظروف إلى هذا الارتباط، كزواجه في دولتها أو اشتراكه في الانتخابات فيها أو قيامه ببعض أعمال التجارة أو الوظائف وأداء الضرائب...وهي ما تعرف بالجنسية الفعلية أو الواقعية.

يدعو بعض الفقهاء إلى اعتماد "قانون الجنسية الفعلية" حتى في ظل الحالة الأولى، نظرا لما يحققه من فوائد عملية أهمها تحقيق العدالة والكشف عن القانون الأكثر صلة بالعلاقة والملائم لها، كما يحقق حل عالمي، وهو الحل الذي تبنته معظم التشريعات العربية منها التشريع الجزائري بموجب المادة 1/22 من القانون المدني، وكذا المادة 1/33 من القانون العراقي².

نفس المبدأ (الجنسية الفعلية) تبنته أغلب الدول باعتباره مبدأ تملية المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص الأكثر شيوعاً، في حالة انعدام الجنسية، مما يستوجب على المحكمة أعمال سلطتها في تعيين القانون الواجب التطبيق، وهذا يعني أن كل شخص سواء في ظل تعدد الجنسية أو انعدامها تفترض له جنسية واحدة هي إما جنسية قاضي النزاع، أو الجنسية الفعلية، أو الجنسية المفترضة حسب كل حالة سبق ذكرها³.

ثالثا- في حالة تغيير جنسية الشخص:

تبني المشرع الجزائري الاستثناء الوارد في المادة 13 من القانون المدني يشوبه ثغرة قانونية

¹ تنص المادة 2/22 من القانون المدني الجزائري على أنه: "في حالة تعدد الجنسيات، يطبق القاضي الجنسية الحقيقية".

² تنص المادة 1/33 من القانون المدني العراقي على أنه: "تعين المحكمة القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية أو تبنت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد" و أضافت الفقرة الثانية من نفس المادة أنه: "في حالة الأشخاص الذين تبنت لهم بالنسبة للعراق الجنسية العراقية وبالنسبة للدول أجنبية جنسية تلك الدول فالمحكمة تطبق القانون العراقي وحده".

³ حسين نواره، المرجع السابق، ص 45.

وقد يؤدي إلى حلول غير مجدية لأن الزوج قد يغير جنسيته بين وقت إبرام عقد الزواج ووقت رفع الدعوى أمام القضاء، فمثلا لو افترضنا أن التونسية تزوجت بمغربي وتوطنا بالجزائر، وأنجبت طفلا ثم تجنست بالجنسية الجزائرية، وثار نزاع حول الحضانة بعد الطلاق، فلا تطبق القانون الجزائري، لأن القاضي لا يستطيع تطبيق المادة 2/12 التي تدعوه لتطبيق قانون الزوج وقت رفع الدعوى، ولا المادة 13 التي تدعوه لتطبيق الاستثناء لأن الزوجة لم تكن جزائرية وقت انعقاد الزواج.

من جهة أخرى، تثير قاعدة تطبيق قانون الزوج إشكاليات أخرى في حالة تغيير ضابط الإسناد الذي يصطلح عليه بالتنازع المتحرك في الفترة بين إيداع عريضة الدعوى وصدور الحكم، أين يجد القاضي نفسه بين قاعدتي إسناد مختلفتين. ولو عملنا بقانون الأب وقت ميلاد الولد، فإنه قد يؤدي إلى تعدد القوانين الواجبة التطبيق لتعدد الأبناء الذين قد تتغير جنسياتهم بتغيير الأب لجنسيته. إضافة إلى أن الأب قد يتوفى قبل ولادة الولد، فأى القانونين أصلح، قانون وفاة الأب أو قانون جنسيته وقت الزواج، وإذا فضلنا قانون جنسية الأب وقت رفع الدعوى، فإنه قد يحصل تحايل على القانون، وذلك بتغيير الأب جنسيته بهدف الإفادة من قانون دولة معينه لا علاقة له بالنسب¹.

الفرع الثاني: الحلول البديلة لتجاوز الصعوبات العملية وموقف القاضي الجزائري منها

بسبب المشاكل التي تثيرها الحضانة، فقد عمدت الدول إلى تنظيم معاهدات دولية، مثل اتفاقية لاهاي الموقعة في 24 أكتوبر 1956 الخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزام بالنفقة تجاه الطفل. ومعاهدة لاهاي الموقعة في 15 أبريل 1958 الخاصة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام المتعلقة بالالتزام بالنفقة تجاه الطفل. وهما المعاهدتين التوأميتين الخاصة بنفقة الأولاد. ومعاهدة لاهاي المنعقدة بتاريخ 15 أكتوبر 1961 المتعلقة بحماية القصر، التي دخلت حيز التنفيذ ابتداء من تاريخ 04 فيفري 1969. واتفاقية لاهاي للقانون الدولي الخاص المتعلقة بالجوانب المدنية للخطف الدولي للأطفال الموقع عليها في 25 أكتوبر 1980، التي عرفت نجاحا كبيرا، حيث بلغ عدد الدول التي صادقت عليها سنة 1980 حوالي 49 دولة². واتفاقية لاهاي لعام 1996 المتعلقة بالاختصاص والقانون الواجب التطبيق والاعتراف والتنفيذ والتعاون في مادة المسؤولية الأبوية والإجراءات الحمائية للأطفال والتي أجمعت كلها على إخضاع الحضانة لقانون موطن الإقامة المعتاد للطفل كضابط

¹ فراس كريم شيعان وحسين نعمه نغميش، المرجع السابق، ص 165.

² يوسف فتيحة، المرجع السابق، ص 195.

للإسناد لاعتباره المكان الذي تتركز فيه حياة الطفل وعلاقته بغيره.

إن المادة الخامسة (5) من اتفاقية لاهاي لعام 1996 عقدت الاختصاص باتخاذ الإجراءات الرامية إلى حماية الطفل في شخصه وأمواله إلى السلطات القضائية أو الإدارية للدولة المتعاقدة التي يوجد بها مقر الإقامة الاعتيادية للطفل، وحسب نص الفقرة (أ) من المادة 15 منها سمحت لهذه السلطات بتطبيق قانونها عند ممارستها للاختصاص المكون إليها. وحرصاً من هذه الاتفاقية على توفير أكبر قدر من الحماية للطفل، وسعت من نطاق القانون الواجب التطبيق عندما نصت في الفقرة (ب) من المادة 15 على أن: "غير أنه عندما يقتضي الأمر حماية الطفل في شخصه أو أمواله يجوز استثناء لسلطات الدول المتعاقدة أن تطبق أو تأخذ بعين الاعتبار قانون الدولة الأخرى التي لها اتصال متين بالوضعية"، حيث يلاحظ من هذا النص أن الاتفاقية وفي سبيل توفير أكبر قدر من الحماية، يجوز لها وعلى سبيل الاستثناء أن تطبق قانون آخر قد يكون قانون جنسية الطفل إذا كان مقيم في دولة أخرى غير الدولة التي يتمتع بها جنسيته، أو قانون جنسية والده أو جنسية والدته إذا كانت جنسيتها مختلفتين، كذلك يجوز للاتفاقية أن تأخذ بعين الاعتبار هذه القوانين عند تطبيقها قانون إقامة الشخص المطلوب حيايته¹ وهو الطفل المحضون.

وهنا نلاحظ أن هذه المادة أعطت للقاضي تطبيق القانون الأصح والذي يحقق المصلحة الفضلى للطفل، وهو الاتجاه الذي تبنته اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، التي تضمنت العديد من المواد المتعلقة بحضانة الطفل، وأهمها المواد 9 إلى 12، حيث حددت المادة 12 النضج العقلي وسن الطفل اللذان يؤهلانه لتكوين آرائه الخاصة والتعبير عنها في كل ما قد يتخذ من إجراءات قضائية أو إدارية تمسه مباشرة، كما أن المادة 11 في فقرتها الأخيرة، سمحت للدول الأطراف باتخاذ تدابير لمكافحة نقل الأطفال إلى الخارج وعودتهم بصورة غير مشروعة، في حين أن المادة التاسعة (9) قضت بعدم الترخيص للطفل المنفصل عن والديه بالاتصال بها إذ اقتضت مصلحته ذلك².

كما أن الاتجاه الحديث في أوروبا يتجه نحو الأخذ بالمواطن كضابط للإسناد وهو أمر ثابت في اتفاقيات لاهاي السالفة الذكر إذ تمثل الأقلية من الدول التي تأخذ بالنظام الانجلوساكسوني ومنها بريطانيا وأمريكا وإيرلندا والدنمرك وبعض دول أمريكا اللاتينية، التي تقر الاختصاص في مسائل الأحوال الشخصية "لقانون الموطن" أي قانون الدولة التي يتخذها الشخص موطناً له وهو

¹ فراس كريم شيعان وحسين نعمه نعيمش، المرجع السابق، ص 169.

² جندولي فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص 41.

الإشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط

مقر الأعمال ومقر الإقامة، وهذا تقديسا لعلاقة الإنسان بالأرض، والموطن يجعل للإنسان الصلة الأقوى بلدولة من أي صلة أخرى، إضافة إلى أن تطبيق قانون الموطن فيه مصلحة للفرد والغير والدولة¹.

إلا أن الجزائر لم تنضم إلى هذه المعاهدات مما لا يلزمها بتطبيق أحكامها، و هنا يجب الرجوع دائما إلى تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص الجزائري، كما رأينا سابقا. لكنها انضمت إلى الاتفاقية المتعلقة بتحصيل مبالغ النفقة في البلاد الأجنبية والموقع عليها في 20 جوان 1956 بنيويورك، بموجب الأمر رقم 69-29². أما بخصوص مسألة الاختطاف الدولي للأطفال الذي ينجبر غالبا عن تنفيذ الأحكام الأجنبية وممارسة حق الزيارة، فقد صدرت معاهدة لاهاي الموقعة في 25 أكتوبر 1980 الخاصة بالاثار المدنية للاختطاف الدولي للأطفال، إلا أن الجزائر لم تصادق على هذه الاتفاقية أيضا، إلا أنها صادقت على اتفاقية حقوق الطفل التي تنادي بتحقيق المصلحة الفضلى للطفل.

وتحقيقا للمصلحة الفضلى للطفل، فإذا كانت الحضانة كأصل عام تمنح للأم حسب نص المادة 64 ق.أ، إلا أن الأم الأجنبية غالبا ما تسعى إلى العودة لبلدها، وتنشئ الطفل تنشئة غير دينية، وهذا ما يستوجب إسقاط الحضانة عنها لاسيما إذا أكد عدم توفرها على الشروط الشرعية لممارسة الحضانة، وفي ذلك قضت المحكمة العليا برفضها حضانة الجدة المسيحية لأن الطفل مسلم، كما رفض القضاء طلب الزوجة اليهودية ضم ابنها إليها مخافة أن يألف غير دين الإسلام وأن يتغذى بالمحرم ويدرج على عادات اليهود، هذا لأن الطفل مرآة عاكسة لما يتطبع به، وعليه قضى المجلس الأعلى بنقض القرار المطعون فيه، الذي منح للأم المسيحية حضانة الأولاد، بعدما ثبت له من ملف الدعوى حسب سجل الكنيسة وشهادات التمسح أن الأم المسيحية عمدت إلى تمسح الأولاد³.

كما أن المجلس الأعلى في قراره الصادر في 25 ديسمبر 1989⁴، أخذ مبدأ في الحضانة

¹ حسين نواره، المرجع السابق، ص ص 39، 40.

² الأمر 29-69 المؤرخ في 22 ماي 1969، ج ر العدد 53 المؤرخة في 17 جوان 1969.

³ قرار المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 19287 المؤرخ في 16 أبريل 1979، المجلة القضائية، الفصل الثاني، لسنة 1981، ص ص 108، 110.

⁴ قرار المجلس الأعلى، غ أ ش، ملف رقم 56597 المؤرخ في 25 ديسمبر 1989، المجلة القضائية، العدد 3 لسنة 1991، ص ص 61، 64.

الإشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط

مفاده "أن تسند لأحد الأبوين الذي يسكن بالجزائر سواء كان أمًّا أو أبًا"، أما إذا كانا الأبوان مقيمان في بلاد أجنبية معاً، فذلك لا يطرح إشكالاً بالنسبة للرقابة وحق الزيارة وتربية الأولاد على دين أبيهم.

لكن استثناء ومراعاة لمصلحة المحضون، يمكن إسناد حضانة الأولاد للأم المقيمة خارج الإقليم الجزائري، وهذا ما قرره المحكمة العليا في إحدى قراراتها¹ الذي جاء فيه: "لكن حيث أنه يتبين بالرجوع إلى القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس أسسوا قرارهم على أن الأم أولى بحضانة أبنائها وأن مصلحتهم تقتضي بقاءهم عندها بفرنسا لأنهم يدرسون هناك كما هو ثابت من الشهادات المدرسية، وحيث أن فضلاً عن ذلك وبالرجوع إلى أوراق الملف وخاصة الحكم المستأنف فإن الطاعن نفسه لم ينكر أن الأبناء انتقلوا مع أمهم إلى فرنسا على أمل أن يلتحق بهم بعد تسوية وثائقه الإدارية، إلا أنه عند استحالة ذلك طلب من المطعون ضدها الرجوع لمحل الزوجية، إلا أنها رفضت مما يدل على أن وجود الأبناء بفرنسا كان بموافقة الطاعن نفسه، وبالتالي فإن قضاة المجلس لما راعوا مصلحة المحضونين لم يخطئوا في تطبيق القانون".

إن قاعدة استئثار قانون القاضي بحكم العلاقة كلما كان أحد مواطنيه طرفاً فيها مقررّة في جل التشريعات، وعليه برز اتجاه حديث يطالب بتكريس فكرة الحل الوظيفي لتطبيق القانون الذي يحقق مصلحة المحضون، وإن كان هذا المصطلح واسعاً ومرناً، يختلف من مكان لآخر ومن زمان لآخر، كما يختلف حسب وضعية المحضون، فما قد يعتبره القاضي الجزائري يحقق مصلحة المحضون، قد يراه القاضي الأجنبي لا يصب في مصلحته، فالقاضي الفرنسي مثلاً يعتد بالمصلحة المادية، أما القاضي الجزائري يعتد غالباً بالمصلحة الروحية². لذلك منح المشرع الجزائري في المادة 425 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي نصت على أنه: "يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة... ويجوز له بالإضافة للصلاحيات المخولة له في هذا القانون، أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة..." لتحديد مصلحة المحضون.

نظراً للانتقادات الموجهة لتطبيق ضابط جنسية الزوج، فقد رأى جانب من الفقه، أنه كان

¹ قرار المحكمة العليا، غ أ ش، ملف رقم 426431 المؤرخ في 12 مارس 2008، مجلة المحكمة العليا، العدد 1 لسنة 2008، ص 271. راجع جبال سايس، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص 1447، 1449.

² جندولي فاطمة زهراء، المرجع السابق، ص 38.

الإشكالات القانونية التي تعترض الحضانة بعد الطلاق في الزواج المختلط

من الأفضل تطبيق القانون الشخصي للطفل لأنه يكتسب الجنسية الجزائرية طبقا للمادة 17 من قانون الجنسية¹ من الأم التي اكتسبت الجنسية الجزائرية بعد الزواج وقبل طلاقها من زوج أجنبي لا يحمل الجنسية الجزائرية. وبالتالي يمكنه الاستفادة من القانون الجزائري.²

وهناك رأي آخر من الفقه، يرى أنه مادام أن مسألة الحضانة من مسائل الأحوال الشخصية، فإن القانون الدولي الخاص يميل في الآونة الأخيرة إلى ترك مجال أكبر للأطراف لتحديد القانون الواجب التطبيق، ما لم يكن القانون المختار من طرفهم مخالفا للنظام العام والآداب العامة.³

خاتمة:

لقد استخلصنا من دراستنا لموضوع حضانة الأطفال الناتجين عن زواج مختلط أنه بالرغم من وجود اتفاقيات ثنائية بين البلدين (الجزائر وفرنسا)، فإن هذه الاتفاقية وإن كانت حسب الدكتور علي مبروكين قد حلت الكثير من المسائل العالقة، إلا أنها لم تعالج كل المواضيع التي تبقى دون حل يذكر وهي بحاجة إلى إعادة النظر والبحث عن حلول حقيقية وموضوعية.

من جهة أخرى رأينا بأنه سواء في حالة وجود اتفاقية من عدمه، تبقى إشكالات التطبيق قائمة لأن كل قاضي يتمسك بتطبيق قانونه الوطني ويعتبرها مسألة سيادية. وهنا القاضي الجزائري يحاول قدر الإمكان تطبيق قواعد القانون الجزائري في مسألة الحضانة تحت ستار مصلحة المحضون وتطبيق النظام العام الجزائري بخصوص حضانة الأطفال المولودين من زواج مختلط.

بالرغم من أن كل التشريعات الحديثة سواء على الصعيد الدولي أو الوطني وحتى الإقليمي تسعى إلى ضمان حقوق الطفل ومنحت القاضي السلطة التقديرية لحماية الطفل المحضون ورعاية مصالحه الفضلى في موضوع الحضانة، وبالرغم من وجود اتفاقيات دولية ثنائية أو متعددة الأطراف، فإن القاضي الجزائري تمسك وربط مصلحة الطفل بتربيته على دين أبيه واعتبر ذلك من النظام العام الذي لا يجوز الاتفاق على مخالفته.

¹ تنص المادة 17 من قانون الجنسية الجزائري على أنه: "يصبح الأولاد القصر لشخص اكتسب الجنسية الجزائرية بموجب المادة 9 من هذا القانون، جزائريين في نفس الوقت مع والدهم".

² خوادجية سميحة حنان، "تنازع القوانين في مسائل الولاية على القاصر، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، 2015، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، ص 236.

³ عثمان بلال، المرجع السابق، ص 189.

كما لاحظنا أن هناك عدة اختلافات في تحديد ضابط إسناد واحد بين الدول، فبعضها يطبق قانون جنسية الزوج، أو قانون جنسية الطفل، أو قانون الجنسية المشتركة، والبعض الآخر يطبق قانون الموطن، وهناك من وضع ضابطاً أصلياً وأخرى احتياطية يلجأ إليها القاضي عند تعطل ضابط الإسناد الأصلي، خاصة في حالة انعدام الجنسية أو تعددها أو تغييرها، ونحن نرى أن هذا الرأي الأخير قد طبق عين الصواب، وبالتالي ندعو المشرع الجزائري لوضع ضوابط اختيارية تطبق القانون المختار من طرف الزوجين أو قانون جنسية الزوج وقت رفع الدعوى أو قانون جنسية الطفل وقت رفع الدعوى، أو قانون موطنه المعتاد مع مراعاة المصلحة الفضلى للطفل. كما فعل المشرع التونسي بموجب المادة 50 من قانونه الدولي الخاص.

كما ندعو المشرع الجزائري لتعديل المادة 13 من القانون المدني، التي يطبقها القاضي الجزائري في الدعوى المعروضة أمامه متى كان أحد الأطراف جزائرياً دون تحديد فترة انعقاد الزواج.

المسؤولية العقدية للمؤسسات الاستشفائية الخاصة في مجال العدوى الاستشفائية

- دراسة مقارنة -

زروقي خديجة

تاريخ الإرسال: 2018-04-16

طالبة دكتوراه علوم، عضو بمخبر القانون العقاري والبيئة

تاريخ القبول: 2018-07-20

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2 أحمد بن أحمد

تاريخ النشر: 2018-08-03

الملخص:

تعتبر العدوى الاستشفائية من أخطر الحوادث الطبية التي يتعرض لها المريض أثناء تواجده في المؤسسات الاستشفائية من أجل تلقي العلاج نتيجة عدم مراعاة قواعد النظافة وتعقيم المعدات الطبية المستعملة واتخاذ تدابير الوقائية، حيث عرفت هذه الظاهرة انتشارا كبيرا لاسيما في المؤسسات الاستشفائية الخاصة، والتي ترتب مسؤوليتها الموجب للتعويض نتيجة إخلالها بالتزاماتها التعاقدية التي يملها العقد المبرم بينها وبين المريض، وأن التزاماتها في مجال العدوى الاستشفائية هي التزام بضمان السلامة، وأن المشرع الجزائري لم ينظم هذه الظاهرة، والتي يخضع ضحاياها في الحصول على التعويض طبقا للأحكام العامة للمسؤولية المدنية خاصة، وأن المؤسسات الاستشفائية الخاصة أصبحت تتخلص من هذه المسؤولية عن طريق التأمين عليها، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، صعوبة إثبات الإصابة بالعدوى، وكذا في تحديد المسئول عنها.

الكلمات المفتاحية: المسؤولية العقدية، المؤسسات الاستشفائية الخاصة، التعويض، الالتزام بضمان السلامة، العدوى الاستشفائية، الضرر، الخطأ.

Abstract

L'infection nosocomiale est le plus dangereux accident médical que peut affronter un malade pendant sa présence aux établissements de santé en voulant avoir des soins et ce à cause de l'absence des règles de propreté et de stérilisation des matériels médicaux utilisés et aussi la non prise en considération les mesures hygiénique. Ce phénomène s'est propagé spécialement dans les établissements de santé privés ceux qui

posent leurs responsabilités d'indemnisation suite au non respect des clauses contractuelles avec ses patients et que ses engagements dans le domaine de l'infection nosocomiale est de garantir la sécurité des résultats. Face à la négligence du législateur algérien concernant l'organisation de ce phénomène à qui ses victimes méritent de décrocher leurs droits selon les règles générales des responsabilités civiles surtout que ces établissements de santé privés fuient de leurs responsabilités par les assurances d'un côté, et d'un autre par, la difficulté de prouver l'infection et préciser le responsable de ce Transfer.

مقدمة:

أثبتت المؤسسات الاستشفائية الخاصة وجودها وجدارتها في القطاع الصحي، حيث أصبحت تحض بمكانة هامة ضمن هذا الأخير، وأصبحت تنافس القطاع العام وتستقطب قدراته وكفاءاته فقد عرفت هذه المؤسسات إقبالا كبيرا من قبل المرضى بناء على العقد المبرم بينها. لكن، وعلى الرغم من ذلك، فهي لا تخلو من الحوادث الطبية التي قد تصيب المريض خلال تواجده فيها بمناسبة تلقيه للعلاج، نتيجة عدم الالتزام بقواعد النظافة، وتطهير المعدات الطبية، ونقل الدم الملوث¹ وما ينتج عنه من أمراض خطيرة لاسيما العدوى الاستشفائية « infection nosocomial » التي عرفت انتشارا كبيرا خاصة في الآونة الأخيرة، وما ينتج عنها من أضرار ومضاعفات يصعب جبرها نتيجة غياب النصوص التشريعية التي تضبطها هذا من جهة، ومن جهة أخرى صعوبة إثبات هذا النوع من الحوادث الطبية، فالإصابة بهذه العدوى ترتب المسؤولية العقدية لهذا المرفق الصحي على أساس إخلاله بالتزاماته التعاقدية التي يملها العقد المبرم، مما يدعونا إلى التساؤل حول طبيعة التزام المؤسسات الاستشفائية الخاصة في مجال عدوى المستشفيات؟ وعلى أي أساس تقوم مسؤوليتها؟ وما نظام التعويض الأنجع لجبر الضرر الناتج عنها؟.

¹ - Abdelkader Khadir, La responsabilité Médicale À l'usage des praticiens de la médecine et du droit, éditions Houma, Alger, 2014, p. 55.

المبحث الأول: الإطار القانوني والمفاهيمي للعدوى الاستشفائية.

قبل دراسة أحكام المسؤولية العقدية للمؤسسات الاستشفائية الخاصة يجب في

البداية التعريف بهذه العدوى على أساس أنها من المفاهيم الحديثة

المطلب الأول: مفهوم العدوى الاستشفائية.

نتطرق في هذا المطلب إلى مفهوم العدوى الاستشفائية بتعريفها من الناحية اللغوية وكذا

الاصطلاحية وكذا العريف الفقهي والقانوني لها.

الفرع الأول: التعريف اللغوي للعدوى الاستشفائية.

العدوى الاستشفائية هي كلمة لاتينية من أصل إغريقي، يطلق عليها الفقه مصطلح

« Infection Nosocomial » وهي تنقسم إلى قسمين: « Infection » وتعني "العدوى"

« nosocomial » وتعني "مستشفوي" أو المرض في المستشفى¹، ويقصد بها انتقال المرض

من شخص لآخر عن طريق انتقال الجرثوم، أو الكائن المسبب للمرض.

ويعرفها فقهاء الشريعة الإسلامية عدة تعاريف منها تعريف الإمام النووي بقوله: "هي مجاوزة

العلة من صاحبها إلى غيره" هذا التعريف يتوافق والتعريف اللغوي للعدوى الاستشفائية².

إن التعريف اللغوي للعدوى الاستشفائية جاء ناقصا وغير كاف للدلالة عن المعنى الدقيق

لها، ذلك على اعتبار أن العدوى لا تنتقل فقط من شخص لآخر داخل المؤسسة

الاستشفائية، بل تصيب المريض خلال تواجده في المؤسسة الاستشفائية من أجل تلقي

العلاج نتيجة عدم مراعاة قواعد النظافة .

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للعدوى الاستشفائية.

تجب الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يورد أي تعريف للعدوى الاستشفائية إنما أُلزم

بموجب المادة 26 من قانون حماية الصحة وترقيتها المؤسسات الاستشفائية إلى ضرورة اتخاذ

¹ -Bruker (G), Infections Nosocomiales et environnements hospitalier, Médecine-Science, Flammarion, Paris, 1998, p 06.

² - يوسف صلاح الدين يوسف، الآثار المترتبة على الإصابة بالأمراض المعدية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008، ص 63.

الإجراءات اللازمة والتدابير الوقائية من أجل مكافحتها، كما أدرجها ضمن مفهوم مكافحة الأوبئة¹ التي تهدف إلى معرفة عوامل البيئة ذات التأثير السلبي على جسم الإنسان.

يتبين أن هذا النص جاء بصفة العموم يشمل العدوى الاستشفائية ويلزم المؤسسات الصحية بضرورة احترام قواعد النظافة والتدابير الوقائية اللازمة لمكافحة هذه العدوى .

عرف المنشور الوزاري الفرنسي رقم 263-88 المؤرخ في 13 أكتوبر 1988 العدوى الاستشفائية على أنها " كل إصابة تتسبب فيها الجسيمات الجزئية يصاب بها المريض في مؤسسة علاجية بعد قبوله بها، سواء من أجل الاستشفاء أو من أجل تلقي فحوصات خارجية، حيث أن الأعراض تظهر خلال إقامة المريض بالمستشفى أو بعد ذلك، وأن هذه العدوى يجب أن تعرف على المستوى الإكلينيكي أو الميكروبيولوجي أو المعطيات الدموية أو كليهما"².

كما عرفها المنشور الوزاري رقم 645-90 الصادر بتاريخ 29 ديسمبر 2000³ على أنها تعضات يتم الإصابة بها بمؤسسات الصحة⁴.

ومن أجل حماية ضحايا العدوى الاستشفائية، قام المشرع الجزائري⁵ على غرار نظيره

¹ - نصت المادة 26 من القانون رقم 05-85 المؤرخ 16 فبراير 1985 ، المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، جريدة رسمية عدد 08 ، الصادرة بتاريخ 17 فبراير 1985 " يعني مكافحة الأوبئة مجموع الأعمال التي تستهدف معرفة عوامل البيئة ذات التأثير السلبي في الإنسان، قصد التقليل من هذه العوامل أو القضاء عليها، وكذلك تحديد المقاييس الصحية التي تستهدف ظروف سليمة في الحياة والعمل".

² - « toute maladie provoquée par les micro-organismes : contractée dans un établissement de soins par tout patient après son admission, soit pour hospitalisation, soit pour y recevoir des soins ambulatoires ; que les symptômes apparaissent lors du séjour à l'hôpital ou après ; que l'infection soit reconnaissable aux plans clinique ou micro biologique, données sérologiques comprises, ou encore les deux a la fois ».

<http://www.légifrance.gouv.fr>.

³ - المنشور الوزاري رقم 645-90 الصادر بتاريخ 29 ديسمبر 2000 صادر عن وزارة الشغل والتضامن الفرنسية، عوض المنشور رقم 263-88 المؤرخ 13 أكتوبر 1988 الصادر عن وزارة الصحة والتضامن الاجتماعية.

⁴ - « Infection contractée dans un établissement de santé ». <http://www.légifrance.gouv.fr>.

⁵ - أنشئت هذه اللجنة بموجب القرار الوزاري رقم 64 الصادر بتاريخ 17 نوفمبر 1998 المتعلق بإنشاء لجنة مكافحة عدوى المستشفيات على مستوى المؤسسات الصحية، تجب الإشارة بالنسبة لهذه اللجنة أن المشرع الجزائري من خلال هذا القرار حصر إنشاء هذه اللجنة فقط على مستوى المؤسسات العمومية وهو الأمر الذي نصت عليه المادة الأولى منه، مما يدعونا إلى القول أن هذا يعتبر فراغ قانوني أو نقص، على اعتبار أن المؤسسات الاستشفائية الخاصة هي الأخرى معرضة للإصابة بالعدوى

الفرنسي بالنص على إنشاء لجنة على مستوى كل مؤسسة إستشفائية تسمى " لجنة المكافحة ضد عدوى المستشفيات (CLIN)"، حيث وضعت هذه اللجنة معايير لتعريف هذه العدوى هي كالتالي:

1 - إذا كانت العدوى التي أصابت المريض تتناقض مع الأمراض التي كان مصابا بها، أو في فترة حضانتها لحظة دخوله المستشفى.

2- أن هذه العدوى مصدرها الممرضات المجهرية المتمثلة في: البكتيريا، الفيروسات، الطفيليات، الفطريات المكتسبة داخل المؤسسة الصحية.

3- أن هذه العدوى تصيب المريض بعد 48 ساعة من دخوله المستشفى وتشمل أيضا العدوى التي يكتسبها المريض خلال 48 ساعة التالية لخروجه من المستشفى، ويمكن أن تصل هذه المدة إلى 30 يوم بالنسبة للعمليات الجراحية، وسنة بالنسبة للجراحة الترميمية أو الترفيعية (Prothétique) وزرع المزدرع الحي (Implant) ¹.

الملاحظ أن المنشور الوزاري عرف العدوى الاستشفائية على أساس الأعراض التي تظهر على المريض أثناء تواجده على مستوى المؤسسة الاستشفائية أو بعد ذلك، لكن ما يمكن ملاحظته أن هذا التعريف يتعارض مع المعايير التي أقرتها لجنة مكافحة عدوى المستشفيات، خاصة ما يتعلق بالعدوى التي تصيب المريض والتي تتنافى والأمراض التي كان مصاب بها خلال تواجده في المؤسسة الاستشفائية، أو لحظة دخوله، هذه الأمراض التي تظهر على المريض بعد فترة من مثوله في المؤسسة الصحية فقد يكون المريض دخل المستشفى وهو مصاب بها، فلا يمكن اعتبار هذه الأعراض من قبيل العدوى الاستشفائية .

بالنتيجة فالعدوى الاستشفائية هي العدوى التي تنتقل للمريض أثناء أو بمناسبة تلقيه العلاج، أو العناية، أو الرعاية في المؤسسة الاستشفائية الخاصة، بمعزل عن الأمراض التي كان

الاستشفائية، وإعمالا للمادة 215 من قانون حماية الصحة وترقيتها، فإنه إلى جانب الشروط القانونية التي تخضع لها هذه المؤسسات لاسيا مقاييس ومواصفات البناء والنظافة والأمن والتجهيز من أجل الحصول على ترخيص من وزارة الصحة من أجل فتحها اطرأ كذلك تأسيس هذه الهيئة من أجل تحقيق أكبر قدر من الحماية من خطر العدوى تحت طائلة الترخيص بفتح المؤسسات الاستشفائية الخاصة .

¹ - المزدرع الحي هو هرمون مضغوط أو جزء من نسيج أو مادة مشعة تدخل تحت الجلد أو نسيج لغايات علاجية .

مصابا بها خلال تواجده في هذه الأخيرة، أو لحظة دخوله إليها، أي أن هذه العدوى تظهر عليه أثناء الإقامة أو بعد خروجه من المؤسسة بحوالي 48 ساعة، وعادة تنتج عن الممارسات الطبية الغير صحيحة التي تجرى داخل المؤسسة الاستشفائية كاستعمال الأدوات الغير معقمة، وكذا خلال التدخلات الجراحية عن طريق الممرضات المهجرية كالبكتيريا والفطريات والفيروسات.

كما تجب الإشارة إلى أن العدوى الاستشفائية تختلف عن الأمراض المعدية، على اعتبار أن هذه الأخيرة يصاب بها بعيدا عن الممرضات المهجرية المكتسبة على مستوى المؤسسات الاستشفائية، فهو يسبب العدوى التي تنتج مباشرة عن انتقال الجراثيم المسببة للمرض من المريض المصاب إلى شخص سليم بغض النظر عن مكان الإصابة بها سواء داخل المستشفى أو خارجها، في حين أن عدوى المستشفيات تصيب المريض خلال تواجده في المؤسسة الاستشفائية مصدرها الممرضات المهجرية.

إن الإصابة بالعدوى الاستشفائية على مستوى المؤسسات الصحية تصنف إلى صنفين: إما أن تكون ذات مصدر داخلي (**Infection endogène**) تتحقق هذه الحالة إذا أصيب المريض بالعدوى نتيجة جراثيم أو ميكروبات متأتية من جسمه نظرا لتدهور وضعف حالته الصحية، وإما أن تكون ذات مصدر خارجي (**Infection exogène**) في هذه الحالة يكون سبب العدوى جراثيم خارجية عن جسم المريض يعود مصدرها إلى تلوث المحيط البيئي للمؤسسة الاستشفائية كالماء والهواء والتغذية، إما عن طريق الأيدي، أو الأجهزة والمعدات الطبية المستعملة¹.

المطلب الثاني: طبيعة التزام المؤسسات الاستشفائية الخاصة في مجال العدوى الاستشفائية.
الأصل العام أن التزام المؤسسات الاستشفائية الخاصة وكذا الطبيب هو التزام يبذل عناية إلا أنه، ومن أجل مواكبة التطورات العلمية الحديثة التي عرفتها الآونة الأخيرة خاصة في المجال الطبي، أوجب استثناء أن يكون طبيعة الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة تتمثل في "

¹ - بلخوان غزلان، نظام التعويض عن الحوادث الطبية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2009، ص 149.

الالتزام بضمان سلامة المريض " خاصة في مجال عدوى المستشفيات، وذلك تماشياً مع هذه التطورات، هذا من جهة، ومن جهة أخرى الالتزام بضمان سلامة المريض يخفف عبء الإثبات على المريض المتضرر إذ يكفي إثبات عدم بذل العناية اللازمة من قبل المؤسسة الاستشفائية الخاصة¹.

الفرع الأول: مفهوم الالتزام بضمان السلامة في مجال العدوى الاستشفائية

إن التزام المؤسسات الاستشفائية الخاصة ممثلة في أطبائها بضمان سلامة المريض لا يعني التزام الطبيب بشفاء المريض²، بل يكون ملزم بعدم تعريض المريض لأي ضرر ناتج عن استعمال المعدات والأجهزة الطبية، وأن يلتزم بعدم إصابته بأي مرض انتقل إليه عن طريق العدوى نتيجة بيئة المؤسسة الاستشفائية الملوثة، أو الأدوات المستعملة الغير معقمة، أو عن طريق ما ينقل إليه من دم³.

بموجب الالتزام بضمان السلامة في مجال الإصابة بالعدوى الاستشفائية، يقتصر دور المريض المتضرر في إثبات مصدر الالتزام، وبالمقابل تلتزم المؤسسة الاستشفائية بإثبات وفائها بالالتزام بضمان السلامة، أو إثبات السبب الأجنبي الذي حال دون تنفيذ هذا الالتزام⁴، فطبيعة هذا الالتزام تفرض على المؤسسة الاستشفائية أن تتوقع احتمال حدوث ضرر للمريض مستقبلاً، مما يحتم عليها اتخاذ كل الاحتياطات والتدابير اللازمة لمنع وقوعه، أو على الأقل التقليل من آثاره.

بالنتيجة الأضرار التي تصيب المريض أثناء تواجده بالمؤسسة الاستشفائية الخاصة، والمستقلة عن العمل الطبي بمفهومه الفني أي ما تعلق بتقديم العلاج، فإن محل الالتزام فيها يكون التزام بتحقيق نتيجة تتمثل في الالتزام بضمان السلامة⁵، وتكون المؤسسة الاستشفائية

¹ - محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2000، ص 65.

² - محمد رشيد دواغرة، المسؤولية المدنية للمؤسسات الاستشفائية الخاصة عن أخطاء الطبيب ومساعديه، دراسة مقارنة، البار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، 2017، الأردن، ص 51.

³ - محمد حسن منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 1999، ص 212.

⁴ - أزوا عبد القادر، نظام التعويض عن الأخطاء الطبية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون الخاص، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2015، ص 157.

⁵ - طلال عجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة فقهية قضائية مقارنة، عالم الكتب الحديث للنشر والتوزيع، مصر، 2011، ص 137.

مسئولة عن تخلف النتيجة المطلوب تحقيقها، ولا يمكنها نفي هذه المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي.

الفرع الثاني: تأصيل التزام المؤسسات الاستشفائية الخاصة بضمان السلامة في مجال العدوى الاستشفائية .

إن الالتزام بضمان السلامة يعتبر أحد المفاهيم القانونية الحديثة أنشأها القضاء المدني الفرنسي بموجب القرار الصادر بتاريخ 1997-05-05¹، ثم بموجب القرارات الصادرة بتاريخ 1999، والمعروفة بـ "staphylocoques dorés".

حيث جاء في هذه الأحكام: أن عقد الاستشفاء المبرم بين المريض والمنشأة الطبية يضع على عاتق هذه الأخيرة فيما يتعلق بالعدوى المرضية داخل المستشفى، التزام بضمان السلامة، محله تحقيق نتيجة، وليس لها أن تتحلل منه إلا بإثبات السبب الأجنبي، وأن الطبيب يتحمل في مواجهة المريض، وفيما يتعلق بالعدوى المرضية التزام بالسلامة محله تحقيق نتيجة ولا يستطيع أن يتحلل منه إلا بإثبات السبب الأجنبي².

من خلال هذه الأحكام التي أسست طبية الالتزام في العدوى الاستشفائية أصبح التزام كلا من الطبيب والمؤسسة الاستشفائية الخاصة التزام بتحقيق نتيجة في مجال العدوى الاستشفائية يهدف إلى ضمان سلامة المريض³، خاصة العدوى المتعلقة بنقل فيروس الايدز⁴،

¹ - T.G.I. Paris, 05-05-1997; 10-10-1997.D.1997 ; T.G.I Paris, 30-06-1997, les petites affiches, 24 juin, p.26.

² - « Si la nature du contrat qui se forme entre le chirurgien et son client met en principe a la charge du praticien une simple obligation de moyen, il est néanmoins tenue, sur le fondement d'une obligation de sécurité – résultat, de réparer le dommage causé a son patient a l'occasion d'un acte chirurgical n'nécessaire a son traitement chaque fois que le dommage dont la cause réelle n'as pu être déterminé et on relation directe avec l'intervention pratiquer et son rapport établi avec l'état antérieure de celui-ci, il convient de dire et juger que la responsabilité du chirurgien se trouve bien engagé sur le fondement de son obligation **sécurité de résultat** qui posé lui en sa qualité de chirurgien sans l'intervention du quel le dommage ne serait pas produit ». <http://www.légifrance.gouv.fr>.

³ - عبد الحميد ثروت، تعويض الحوادث الطبية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص 137.

⁴ - Cass. Civ. 1^{er}, 09 juillet 1996, Bull. civ. I. N0 303, D. 1996, juris. 610, note Y.

LAMBERT. FAIVRE.RTD. CIV. 1997.p 146, obs. P. JOURDAIN.

أو الإصابة بفيروس التهاب الكبد الوبائي (س)¹، بالإضافة إلى التزام مراكز نقل الدم بضمان سلامة الأشخاص محل عملية نقل الدم.

كما أقرت الأحكام الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 29 يوليو 1999² أن القائم بالعمل الطبي يلتزم بضمان السلامة محله تحقيق نتيجة، بالنسبة للعدوى الاستشفائية التي تصيب المريض داخل المؤسسة الاستشفائية الخاصة وذلك إعمالاً لعقد الاستشفاء المبرم بين المريض والمؤسسة الاستشفائية، وهو الحكم نفسه يسري على العقد الطبي الأمر الذي فتدته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 28-10-2005³.

إن إقرار الالتزام بضمان السلامة بمقتضى الأحكام السابقة يقر باتجاه بعض الفقه إلى ضرورة اعتراف القضاء بالتمييز بين الالتزام ببذل عناية، والالتزام بالسلامة، فقد أصبح هذا الأخير يخضع للسلطة التقديرية للقاضي الذي بإمكانه التوسيع أو التضيق من نطاق هذا الالتزام في مجال العدوى الاستشفائية.

المبحث الثاني: أحكام قيام المسؤولية العقدية للمؤسسات الاستشفائية الخاصة عن العدوى الاستشفائية.

في البداية يجب التنويه إلى أن التشريع والقضاء الجزائري لم يتبنى بعد نظام خاص بالمسؤولية الطبية لاسيما في مجال العدوى الاستشفائية، مما يدعو إلى تطبيق القواعد العامة للمسؤولية المدنية، وإعمال المادة 124 من القانون المدني⁴ على عكس المشرع الفرنسي الذي أعطاه اهتماماً كبيراً، الأمر الذي نستشفه من خلال تعدد القوانين التي تنظم هذا المجال لاسيما القانون 04 مارس 2002⁵، المتعلق بحقوق المرضى ونوعية النظام الصحي، بالإضافة إلى

¹ - Cass. Civ. 1^{er}. 27 mai 1997, inédit, (pourvoi n° 94-21.805). Cité par DEFFERRARD, n°

8, p 365, note 21.

² - Cass. 1^{er} 29 civ. cass partielle juin 1999 (juris-data n° 002690). Cass. 1^{er} civ. cass. Partielle 29 juin 1999 (juris-data n° 002691). Cass. 1^{er} civ. Cass. R 29 juin 1999 (juris-data n° 002694) la semaine juridique 14 juillet 1999. n°28 (actualité). p 1330.

³ - Cass. 1^{er} CIV, 18 octobre 2005. D. 2006. N°10. p 705.

⁴ - المادة 124 من القانون رقم 05-07 المؤرخ في 13-05-2007 يعدل ويقم 58-75 المؤرخ في 26-09-1975 المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 31 الصادرة بتاريخ 13 ماي 2007.

⁵ - P. Pierre, « la responsabilité médicale à la l'ue de la loi Kouchner, esquisse d'un bilan

القانون الصادر 2002-12-30 المتعلق بالمسؤولية المدنية الطبية.

أقر قرار Mercier الشهير¹ أن العلاقة بين الطبيب المعالج والمريض، من جهة، وبين هذا الأخير والمؤسسة الاستشفائية الخاصة من جهة أخرى هي علاقة تعاقدية مصدرها العقد الطبي، حيث أقرت محكمة النقض الفرنسية بأنه يتكون بين المريض وطيبه عقد حقيقي لا يلتزم فيه هذا الأخير بشفاء المريض، وإنما يلتزم ببذل جهود مؤداها اليقظة والانتباه، وهذه الجهود يقتضي أن تكون متطابقة والأصول العلمية². كما أقر هذا الحكم أن أي إخلال حتى الغير مقصود بهذا الالتزام التعاقدية يترتب عليه مسؤولية تعاقدية³.

المطلب الأول: أساس المسؤولية العقدية للمؤسسات الاستشفائية الخاصة في مجال العدوى الاستشفائية وشروط قيامها.

إن المسؤولية العقدية تترتب نتيجة الإخلال بالالتزامات العقدية التي يربتها العقد المبرم أو بالواجب القانوني العام والمتمثل في عدم الإضرار بالغير الذي يوجب جبره وإصلاحه عن طريق التعويض⁴.

الفرع الأول: أساس المسؤولية العقدية للمؤسسات الاستشفائية الخاصة في مجال العدوى الاستشفائية.

إن إخلال كلا من الطبيب والمؤسسة الاستشفائية الخاصة بالتزاماتها التعاقدية في مجال العدوى الاستشفائية والمتمثلة خاصة في عدم مراعاة كافة الوسائل والتدابير الاحتياطية التي من شأنها توفير النظافة الاستشفائية لمنع انتقال العدوى، ترتب مسؤوليتها العقدية التي عرف أساسها تطوراً كبيراً خاصة في القضاء الفرنسي، والتي مرت بعدة مراحل حيث كانت تقوم على أساس الخطأ الواجب الإثبات⁵، ثم انتقلت إلى المسؤولية المفترضة أي على أساس (الخطأ

d'étape », Lamy Droit civil févr, 2007, supplément au n^o 35, p. 22.

¹ - Violla (F) : les grands décisions du droit médical, L.G.D.J, 2010, p 310.

² - محمد حسن منصور، المرجع السابق، ص 142.

³ - Cass.civ. 20 mai 1936, Mercier : « ...et la violation même involontaire de cette obligation contractuelle est sanctionnée par une responsabilité de même nature également contractuelle » .

⁴ - Geneviève Viney, Patrice Jourdain, Les effets de la responsabilité, Traité de droit civil – J. Ghestin, L.G.D.J, édition Delta, 2002, p 112.

⁵ - Cass.civ. le 28-06-1989.D.1990.

المفترض¹، وصولاً إلى تبني المسؤولية بقوة القانون أو كما تسمى بنظرية التبعة أو نظرية المخاطر، وهو الاتجاه الحديث الذي أصبحت عليه المسؤولية الطبية بالإضافة إلى الخطأ.

1 - المسؤولية على أساس الخطأ الواجب الإثبات: أقرت محكمة النقض الفرنسية أن المسؤولية العقدية للمؤسسة الاستشفائية الخاصة تقوم على أساس الخطأ الواجب الإثبات، بمعنى أن المريض المتضرر يقع عليه إثبات الخطأ العقدي² من جانب الطبيب أو المؤسسة الاستشفائية الخاصة لإمكانية الحصول على التعويض³ لجبر الضرر الذي لحق به.

ولما كان التزام المؤسسات الاستشفائية الخاصة هو التزام بتحقيق نتيجة في شكل الالتزام بضمان السلامة، فلا مجال للحديث عن عنصر الاحتمال، على اعتبار إن المؤسسة الصحية والطبيب ملزمان باتخاذ كل التدابير الوقائية لمنع انتشار الممرضات المجهريّة المسببة للعدوى، فلا تكون التزاماتها محتملة بل تكون محققة الحدوث مما يؤدي إلى تحقيق سلامة المريض على أساس أن الالتزام في هذه الحالة هو التزام بتحقيق نتيجة يغيب فيه عنصر الاحتمال⁴.

أسست محكمة النقض الفرنسية المسؤولية العقدية للمؤسسات الاستشفائية الخاصة عن العدوى الاستشفائية على أساس الخطأ الواجب الإثبات، إعمالاً للقرارين الصادرين عنها، يتعلق الأول بقضية السيدة **Videgrain** التي تعرضت للإصابة بالغرغرينة الغازية نتيجة الخطأ في التعقيم مما ساعد على نمو الجراثيم اللاهوائية المسببة للغرغرينة حتى ولو أن الممرضة لم

¹ - Cass.civ. le 21-05-1996.RTD. CIV 1996, p 9130.

² - والخطأ العقدي في مجال العدوى الاستشفائية يعرف على أنه كل إخلال سواء من قبل الطبيب أو المؤسسة الاستشفائية الخاصة بقواعد النظافة، والوقاية من الأمراض وقواعد التعقيم المعاد الطبية المستخدمة في العلاج.

³ - Patrice Jourdain, les principes de la responsabilité civile, Dalloz, 8^{ème} édition, paris, 2010, p. 51.

⁴ - نجد محكمة النقض الفرنسية استندت إلى عنصر الاحتمال في تكييفها لطبيعة التزام طبيب إشعاعي **radiologue** في قرارها الصادر بتاريخ 28 جوان 1989 في قضية السيدة **Delpech** التي تم معالجتها باستعمال التصوير الإشعاعي بعد حقنها على مستوى تجويف الركبة بمادة ملونة **arthrographie** تعرضت لعدوى مفصلية سببت لها بكتيريا **Staphylocoques doré**، حيث أقرت المحكمة أن على الرغم من أن تدخل الطبيب كان نسبياً ويعتبر اعتيادياً، إلا إن هذا التدخل لا يتضمن عنصر الاحتمال وبالتالي فالترامه هو التزام بتحقيق نتيجة، وإن وجود بكتيريا **S. Doré** في الدم السابق على استعمال التصوير الإشعاعي لا يكفي لإقامة الدليل على عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه التعاقدية، راجع

Cass.civ, 1^{er} 28 juin 1989, cité par Avril (J-L) et Carlet (J), op.cit, p 675.

تخطأ وأن الحقن العلاجي تم بطريقة صحيحة¹، أما الحكم الثاني صدر بتاريخ 19 فيفري 1991 في قضية مريض تعرض لعدوى بكتيرية نتيجة تدخل جراحي، حيث أكدت محكمة النقض الفرنسية أنه ليس هناك إلا دليل واحد هو أن العيادة لم تقم بتنفيذ التزاماتها المتمثلة باتخاذ التدابير الوقائية لمنع مضاعفات المرض.²

تم الانتقال من مرحلة الخطأ الواجب الإثبات إلى نظام المسؤولية المفترضة³ في حالة انتقال العدوى، وذلك عن طريق استنتاج الخطأ من وقوع الضرر، خلافا للقواعد العامة التي تقضي بأن يكون إثبات الخطأ الذي يقع على المدعي (المريض)⁴.

فكرة المسؤولية المفترضة أو الخطأ المفترض هي استعمال للقرائن القضائية⁵، حيث نقل عبء الإثبات إلى المؤسسات الاستشفائية الخاصة، وهي قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها، أي أن المؤسسة الاستشفائية يمكنها التخلص من هذه المسؤولية إذا أثبتت انعدام الخطأ من جانبها، حيث أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا النظام، وذلك من خلال حكمها الصادر في 1986 في قضية عيادة (Bouchard) حيث أن مريض تعرض لعدوى بسبب تدخل جراحي، أقرت المحكمة أثناءها أن العيادة مسؤولة مسؤولية مفترضة عن العدوى التي انتقلت إلى المريض وقت التدخل الجراحي داخل قسم العمليات الجراحية، إلا إذا ثبت انعدام الخطأ

¹ - Cass.civ, 1^{er} 09-déc. 1986, cité par Avril (J-L) et Carlet (J), op.cit, p 675 : « même s'il est probable mais nullement certain, qu'une faute d'asepsie soit à l'origine de la gangrène, il est possible, en l'absence de toute faute à la charge des infirmières, qu'une injection médicamenteuse même correctement pratiquée et favorise le développement de germes anaérobies saprophytes préexistants dans l'organisme de la patiente, de tels germes étant souvent d'origine intestinale » ..

² - Cass.Civ.1^{er} 21 mai 1991 : cité par Avril (J-L) et Carlet (J), op.cit, p 675 : « Ne démontre pas à elle seule la clinique ait manqué à son obligation de mettre en œuvre les mesures qui lui incombaient en vue de prévenir la survenance d'une telle complication » ..

³ - بعض الفقهاء ينتقد استعمال تسمية " المسؤولية المفترضة " على اعتبار أن المسؤولية لا تفترض، وقالوا بإمكانية افتراض الخطأ مبررين ذلك بعدم افتراض نتائج قانونية كالمسؤولية، فالنتائج القانونية لا تفترض ولكنها تستنتج من الوقائع التي يحددها القانون سواء كانت حقيقية أو مفترضة، إلا أن محكمة النقض الفرنسية تبنت مصطلح " افتراض المسؤولية " منذ صدور حكمها في قضية jand'heur الصادر بتاريخ 13-02-1930 .

⁴ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 95.

⁵ - طاهري حسين، الخطأ الطبي والخطأ العلاجي في المستشفيات العامة، دار هومة للنشر، الجزائر، 2002، ص 20.

في جانبها¹.

نلاحظ أن تبني فكرة المسؤولية المفترضة من قبل محكمة النقض الفرنسية، الهدف منها حماية الطرف الضعيف والممثل في المريض، من أجل تمكينه من الحصول على التعويض المناسب، وذلك عن طريق إعفاءه من عبء إثبات الخطأ على أساس صعوبة الإثبات في مجال عدوى المستشفيات لانعدام وسائله في هذا المجال، هذا من جهة، ومن جهة أخرى لجهل المريض للتقنيات الفنية في المجال الطبي خاصة في مجال العدوى.

2- المسؤولية على أساس المخاطر (تحميل التبعة)²: إن قيام المسؤولية العقدية في مجال العدوى الاستشفائية على أساس الخطأ الواجب الإثبات أو الخطأ المفترض لم ينجح في حماية حقوق المريض، ونظرا لصعوبة إثبات ذلك الخطأ، وكذا لصعوبة تحديد المتسبب في العدوى هل المؤسسة الاستشفائية أم الطبيب، مما دعا إلى إيجاد أساس جديد تقوم عليه هذه المسؤولية، والذي أقرته محكمة النقض الفرنسية في قراراتها الصادرة 1999، والتي وسعت من نطاق المسؤولية العقدية عندما أدخلت مفهوم الالتزام بالسلامة في هذا المجال واعتبرته التزام بتحقيق نتيجة وذلك إعمالا للعقد المبرم، مما ترتب عنه وجود مسؤولية عقدية بدون خطأ، والتي تتحقق استنادا إلى الضرر اللاحق بالمريض استقلالا عن وجود خطأ ثابت أو مفترض، أي أن هذا الأخير يتخلص من عبء إثبات الخطأ الذي يقع على عاتقه إعمالا للقواعد العامة، زيادة على إعفاء القاضي من اللجوء إلى قرينة الخطأ لتحديد التعويض، فقط يبقى العمل الذي نتج عنه الضرر محل الاعتبار³، الأمر الذي أكدته محكمة النقض الفرنسية أن الأطباء الذين يمارسون مهنتهم بصفة حرة يلتزمون في مواجهة المرضى بضمان السلامة داخل المؤسسات الاستشفائية الخاصة⁴، والالتزام بتعويض ضحايا الإصابة بالعدوى الاستشفائية حتى في غياب الخطأ.

¹ - Cass.1er 21 mai 1996 : cité par Avril (J-L) et cartel (J), op.cit, p 675 : « Qu'une clinique est présumée responsable d'une infection contractée par un patient l'ors d'une intervention pratiquée dans une salle d'opération, à moins de prouver l'absence de faut de sa part ».

² - قوادري مختار، تراجع فكرة الخطأ الطبي في القانون المدني المقارن، مجلة السياسة والقانون، مجلة جامعة سعيدة، الجزائر، العدد 13، 2015، ص 345.

³ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 117.

⁴ -Cass.1^{er}. Civ.12-02-2001.Bull.civ. n° 32.

تبنى المشرع الفرنسي هذا النظام وقام بتنظيمه من خلال القانون رقم 303-2002 المؤرخ في 04 مارس 2002¹ المتعلق بتعويض الأضرار الناشئة عن العدوى في المستشفيات دون خطأ، إلا أنه استبعد حالات القوة القاهرة²، أي أن المؤسسة الاستشفائية لا تلتزم بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن العدوى الاستشفائية إذا ثبت السبب الأجنبي.

أما المشرع الجزائري لم يتبنى هذه النظرية، بل أقر حق المرضى في الحصول على تعويض عادل يتناسب وحجم الضرر اللاحق حتى في غياب الخطأ وذلك في حال تحقق الضرر، وغياب المتسبب في الضرر، حيث تتكفل الدولة بتعويض المريض المضرور (ضرر جسائي) شريطة أن لا تكون للمضرور يد فيه إعمالا لنص المادة 140 مكرر 1 م ج .

وبالنسبة للأشخاص ضحايا العدوى الاستشفائية يمكنهم الحصول على التعويض عن الضرر عن طريق إثبات أن العدوى أصابته أثناء تواجده على مستوى المؤسسة الاستشفائية الخاصة، أو بمناسبة تلقيه للعلاج من قبل الطبيب، ولا يمكن لهذا الأخير وللمؤسسة الاستشفائية التنصل من هذه المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي.

الفرع الثاني: شروط المسؤولية العقدية للمؤسسات الاستشفائية الخاصة في مجال العدوى الاستشفائية.

يلزم لقيام المسؤولية العقدية للمؤسسات الاستشفائية الخاصة في مجال العدوى الاستشفائية توفر مجموعة من الشروط وإذا ما تخلف أحد هذه الشروط تحولت المسؤولية العقدية إلى مسؤولية تقصيرية.

1 - وجود عقد: لا يمكن تصور الحديث عن المسؤولية العقدية في غياب العقد، فقيام المسؤولية لا بد أن يبرم عقد بين المريض والمؤسسة الاستشفائية الخاصة (عقد استشفاء) محله تقديم خدمات طبية علاجية، من جهة، ومن جهة أخرى تقديم خدمات فندقية كالإيواء والغذاء وحفظ الأمتعة وغيرها من الخدمات، أو عقد بين المريض والطبيب المعالج (العقد الطبي)، كما يشترط أن يكون العقد صحيح وواجب التنفيذ، على اعتبار أنه إذا كان العقد غير صحيح، أو

¹ - Loi n° 2002-303 du 04 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, journal officiel n° 54 du 05mars 2002.

² - Art. L. 1142-1 al 1. C san.FR.

كان باطلا فلا يرتب أثاره القانونية.

2 - يجب أن يكون هناك شخص مضرور (المريض): لا تقوم المسؤولية الطبية إذا كان الشخص المصاب بالعدوى الاستشفائية من الغير، كأن تنتقل هذه الأخيرة إلى الممرضة أو إلى الطبيب المساعد مثلا.

3- أن يكون الخطأ نتيجة الإخلال بالتزام تعاقدي: أن يكون الخطأ المسبب للعدوى ناتج عن إخلال المؤسسة الاستشفائية الخاصة أو الطبيب عن التزاماتهم التعاقدية التي يربتها العقد الطبي أو عقد الاستشفاء.

4 - أن يكون المدعي صاحب الحق في الاستناد إلى العقد: هنا ينبغي التمييز بين حالتين: الحالة الأولى: الحالة التي يختار فيها المريض أو من ينوب عنه قانونا أو اتفاقا هو الذي اختار الطبيب المعالج، وهو من تقدم بدعوى التعويض ضد الطبيب، في هذه الحالة تعتبر مسؤولية الطبيب مسؤولية عقدية، أما إذا توفي المريض نتيجة خطأ الطبيب، فلذويه الرجوع على الطبيب على أساس المسؤولية التصيرية للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق بهم ما يسمى بالضرر المرتد¹.

الحالة الثانية: إذا كان الشخص الذي أبرم العقد هو غير المريض ولا يمثله قانونا أو اتفاقا، كالعقد الذي يبرمه زوج لزوجته أو رب العمل لعماله، في هذه الحالة يجب التمييز بين عدة فرضيات:

أ - إذا أبرم العقد الطبي أو عقد الاستشفاء من قبل شخص تعاقد باسمه مشروطا حقا مباشرة على للمريض، نطلق أحكام الاشتراط لمصلحة الغير²، فتكون العلاقة في هذه الحالة بين المريض والمؤسسة الاستشفائية، أو بين المريض والطبيب ذات طابع تعاقدي.

ب - إذا أبرم العقد الطبي أو عقد الاستشفاء باسم المريض على أساس أحكام الفضالة³، تعتبر العلاقة تعاقدية هي الأخرى.

ج- إذا أبرم العقد الطبي أو عقد الاستشفاء من قبل شخص تعاقد باسمه لتحقيق مصلحته

¹ - أسعد عبيد الجليلي، الخطأ في المسؤولية الطبية المدنية، الطبعة الأولى دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، مصر، 2003، ص 96.

² - المادة 116 ق.م.ج .

³ - المادة 150 ق.م.ج .

الشخصية دون قصد ترتيب حق للمريض، في هذه الحالة لا يمكن إعمال قواعد وأحكام الاشتراط لمصلحة المريض كما لا يعتبر فضولياً، في هذه الحالة يتم إعمال القواعد العامة، فالشخص المتعاقد مع الطبيب أو المؤسسة الاستشفائية الخاصة مباشرة المسؤولية العقدية على أساس الأثر النسبي للعقد، حيث أن آثار العقد تنصرف إلى الأطراف المتعاقدة فقط والمريض في هذه الحالة يعتبر من الغير، ولا يكون أمامه إلا مباشرة الدعوى على أساس المسؤولية التقصيرية¹.

المطلب الثاني: التعويض عن المسؤولية العقدية.

لقيام المسؤولية العقدية الموجبة للتعويض يشترط توافر أركانها الخطأ الضرر والعلاقة السببية بينهما، متى توفرت هذه الأركان يجوز لكل متضرر من عدوى استشفائية المطالبة للتعويض من أجل جبر الضرر الذي لحقه، لكن ظهرت مفاهيم جديدة كالأضرار الجسمانية وظهرت معها هيئات تتكفل بالتعويض، والتي أثرت على نظام التعويض التقليدي الذي تقره المسؤولية المدنية، ما يدعونا إلى دراسة نظام التعويض في إطار المسؤولية المدنية، وكذا نظام التعويض الذي تقره لجنة مكافحة العدوى الاستشفائية.

الفرع الأول: التعويض عن العدوى الاستشفائية وفقاً أحكام المسؤولية المدنية.

لما كانت المسؤولية الناشئة عن العدوى الاستشفائية هي مسؤولية عقدية يرتبها الالتزام بالسلامة، فالمريض لا يستفيد من التعويض إلا بوجود الضرر الناتج عن الخطأ المرتكب من جانب الطبيب والمؤسسة الاستشفائية الخاصة والمريض هو الذي يتحمل عبء إثبات الضرر، فلا يمكن الجزم بوجود ضرر لمجرد أن الطبيب أو المؤسسة الصحية لم تنفذ التزاماتها التعاقدية، فقد لا ينفذ المدين التزاماته ومع هذا لا يصيب الدائن أي ضرر. فيجب على المريض أن يثبت أن إصابته بالعدوى نتجت عن عدم قيام المؤسسة الاستشفائية الخاصة بتنفيذ التزاماتها العقدية في مجال العدوى الاستشفائية والتي يملها العقد المبرم.

ويقوم القاضي بتقدير التعويض على أساس الخسارة التي لحقت بالمريض المصاب بالعدوى، والكسب الذي فاته أي تفويت الفرصة في الشفاء، كما أنه لا يمكن تعويض الضحية إلا إذا كان

¹ - أسعد عبيد الجميلي، المرجع السابق، ص 97.

الضرر متوقعا¹، ذلك أنه في نطاق المسؤولية العقدية لا يعوز إلا على الضرر المتوقع في غير حالتي الغش والخطأ الجسيم، لكن وعلى الرغم من أن القاضي يتمتع بسلطة واسعة في تقدير التعويض، إلا أن ذلك لا يمنعه من الاستعانة بالخبرة الطبية، ودون أن يتقيد بها²، والعبارة في ذلك بوقت تقدير التعويض هو يوم النطق بالحكم، على اعتبار أنه في كثير من الأحيان تتطور تلك العدوى وتصبح أشد خطورة، فالعبارة في تقدير التعويض يوم صدور الحكم، كما قد يرى القاضي أن المريض بحاجة إلى نفقة تعينه خلال فترة سير الدعوى فالمستول عن الضرر أن يقوم يدفعها من حساب مقدار التعويض.

يجب على المؤسسات الاستشفائية الخاصة التأمين³ على مسؤوليتها المدنية عن الأضرار التي تلحق المرضى خلال تلقيهم العلاج، يعتبر هذا إجراء إلزامي، وذاك من أجل المحافظة على حقوق المرضى، وضمانا لحرية الأطباء خلال مباشرة أعمالهم الطبية إعمالا لمبدأ الاستقلالية الأمر الذي أكدته المادة 06 من م ت 321-07⁴ جاء فيها " يتعين على المؤسسة الاستشفائية الخاصة أكتتاب تأمين لتغطية المسؤولية المدنية للمؤسسة ومستخدميها ومرضاها". وكذا المادة 167 من الأمر رقم 07-95⁵ المتضمن قانون التأمينات.

ذلك أن شركة التأمين (المؤمن) تكون ضامنة لكل التكاليف، فإذا رفعت دعوى ضد المؤسسة الاستشفائية من أجل المطالبة بالتعويض عن إصابة بعدوى استشفائية على مستواها في هذه الحالة يكون التعويض في إطار عقد التأمين المتفق عليه، وتلتزم شركة التأمين

¹ - المادة 182 ف 2 ق. م.ج.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1952، ص 821.

³ - اعتبر المشرع الجزائري التأمين على المسؤولية الطبية المدنية من النظام العام فهو إلزامي يترتب على مخالفته خاصة في مجال الأضرار الناتجة عن الأدوية والمنتجات الصيدلانية، غير أنه في فرنسا كان التأمين الطبي أمر جوازي وليس إلزامي باستثناء حالة البحوث العلمية الطبية ومؤسسات نقل الدم وذلك إلى غاية صدور قانون 04 مارس 2002 .

⁴ - المادة 06 م ت 321-07، سبق التعريف به.

⁵ - المادة 167 من الأمر رقم 07-95 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتضمن قانون التأمينات، ج ر عدد 13 الصادرة بتاريخ 08 مارس 1995. جاء فيها " يجب على المؤسسات الصحية الطبية وكل أعضاء السلك الطبي والشبه الطبي والصيدلاني الممارسين لحسابهم الخاص أن يكتتبوا تأميناً لتغطية مسؤوليتهم المدنية المهنية تجاه مرضاهم وتجاه الغير".

بالضمان بمقدار ما تحقق من مسؤولية على المؤمن له بشرط أن لا يزيد عن المبلغ المتفق عليه في عقد التأمين، فتمت تحققت العدوى الاستشفائية يحل المؤمن (شركة التأمين) محل المؤمن له (المؤسسة الاستشفائية الخاصة) في تعويض عن الأضرار الجسدية والمادية للمريض المتضرر.

إذا تخلفت المؤسسات الاستشفائية الخاصة عن التأمين عن مسؤوليتها المدنية في مواجهة الغير المتضرر توقع عليهم عقوبات جزائية نصت عليها المادة 184 من قانون التأمين والمتمثلة في الغرامة المالية التي تتراوح قيمتها ما بين 5000 و 100.000 دينار جزائري.

الفرع الثاني: التعويض عن العدوى الاستشفائية على أساس التضامن الوطني.

إن التعويض عن طريق التضامن الوطني يقصد به أن يحل المجتمع محل المدين في الالتزام بالتعويض، ويتخذ عدة صور فإما أن يكون المؤمن من المسؤولية، أو هيئات الضمان الاجتماعي، أو التأمين الإلزامي، أو الدولة كمسئول عن تعويض الأضرار التي لا تجد ملتزما بالتعويض¹.

إن تعويض ضحايا عدوى المستشفيات في القانون لا يزال خاضعا للأحكام العامة لقواعد المسؤولية المدنية على عكس المشرع الفرنسي الذي يبنى أحكام جديدة عن التعويض في هذا المجال الممثل في المكتب الوطني لتعويض ضحايا الأخطاء الطبية (ONIAM) واللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض (CRCI)²، إلا أنه من استقراء أحكام المادة 140 من القانون المدني الجزائري نستنتج أن المشرع تبني ولو بصفة ضمنية نظام التعويض على أساس التضامن الوطني عندما اقر أنه في حالة انعدام المسئول عن الضرر الجسائي تتكفل الدولة بتعويض المتضرر في انتظار تبني هذا النظام بشكل رسمي وإنشاء صناديق مخصصة لذلك.

من خلال القانون الفرنسي رقم 1577-2002³ المتعلق بالمسؤولية المدنية الطبية أصبحت الأضرار الناجمة عن عدوى المستشفيات التي تصيب المريض خلال تواجده في المؤسسة الاستشفائية، ونسبة العجز فيها تفوق 25٪ أو أن العدوى أدت إلى وفاة المريض، في هذه

¹ - المادة 140 مكررة 1 ق.م.ج.

² - Marie- Laure Moquet- Anger, Droit Hospitalier, L.G.D.J, édition Alpha, paris, 2010, p.474

³ - loi n° 2002-1577, JO du 21-12-2002, art 1^{er} codifié l'art L.1142-1 al 1 Csan.fr.

الحالة يتكفل المكتب الوطني لتعويض الحوادث الطبية¹ (ONIAM) بالتعويض على أساس التضامن الوطني، بموجب هذا القانون هناك نظامين للتعويض في مجال العدوى الاستشفائية هما: التعويض التي يتحملها المكتب الوطني لتعويض ضحايا الحوادث الطبية إذا كانت الأضرار خطيرة، أما إذا كان الضرر يسيراً فيتم جبره عن طريق شركات التأمين².

ومن أجل التسهيل على ضحايا العدوى الاستشفائية للحصول على التعويض بطريقة ودية وتجنب اللجوء إلى القضاء وما يعرفه هذا الأخير من طول إجراءاته وعبء تكاليفه، قام القانون رقم 303-2002 باستحداث نظام التسوية الودية، والذي تمارسه اللجنة الجهوية للمصالحة والتعويض (CRCI) وهو نظام يستفيد منه ضحايا الحوادث الطبية لاسيما ضحايا العدوى الاستشفائية على أساس التضامن الوطني.

يتم الحصول على التعويض من قبل هذه اللجنة عن طريق تقديم ملف، والذي من خلاله تحدد اللجنة الإصابة بالعدوى الاستشفائية من عدمها عن طريق الاستعانة بالخبرة، ويتم فحص الملف خلال أجل (06) أشهر³، وبعد الموافقة على الطلب تبدي اللجنة رأياً إذا كان الضحية يستفيد من التعويض من عدمه، في حالة ما إذا قدرت اللجنة أن الضرر يعوض عليه على أساس التضامن فإن المكتب الوطني لتعويض ضحايا الحوادث الطبية يبلغ الضحية أو خلفه خلال مدة (04) أشهر من تاريخ تسلمها رأي (CRCI) وتقوم بعرض تعويض عن الأضرار التي لحقت بالضحية⁴ وذلك خلال أجل شهر⁵.

خاتمة:

تعتبر العدوى الاستشفائية من المخاطر التي أصبحت تهدد حياة المرضى خلال تواجدهم على مستوى المؤسسات الاستشفائية الخاصة من أجل العلاج، وأن مضاعفاتها قد تؤدي

¹ - المكتب الوطني لتعويض ضحايا الحوادث الطبية هو مؤسسة عمومية ذات طابع إداري خاضعة لوزارة الصحة، مهمتها التعويض على أساس التضامن الوطني للمخاطر في حالة غياب الخطأ، لها ذمة مالية مصدرها الهبات المدفوعة من قبل منظمات تأمين المرضى ونفقات الخبرة والهبات المدفوعة من قبل الدولة.

Art 1142-23, 1142-22 C.san.fr

² - Moquet- Anger(M-L) : op.Cit, n^o 625, p 474

³ - Art L. 1142-8 C.San.fr

⁴ - Moquet- Anger (M-L) : op.cit, n^o 628, p 475.

⁵ - Art 2044 C.civ.fr

بحياة المريض إلى الموت، كما أن النظام القانوني الجزائري لم يوفر الحماية الكافية لضحايا العدوى الاستشفائية التي أصبحت متفشية بشكل كبير لعدم تبنيه نظام خاص بتعويض ضحاياها، ومن ناحية أخرى أصبحت المؤسسات الاستشفائية الخاصة تؤمن على مسؤوليتها المدنية لتتملص من جبر الضرر التي تلحقه بالمريض، حيث اكتفى المشرع بتطبيق القواعد العامة للمسؤولية المدنية التي في غالب الأحيان يكون التعويض الذي تحكم به ضئيل مقارنة مع الضرر المحقق، وذلك نظرا لصعوبة إثبات انتقال العدوى من جهة، ومن جهة أخرى صعوبة تحديد المسئول عن العدوى.

الأمر الذي يدفعنا للقول بأن المشرع الجزائري ترك فراغا كبيرا في مجال العدوى الاستشفائية، وينبغي إنشاء صناديق خاصة بتعويض ضحايا العدوى في المستشفيات، وأن يتم استحداث أحكام صارمة ضمن قانون الصحة في مجال الوقاية من هذه العدوى خاصة الالتزام بقواعد النظافة، وتطهير المعدات الطبية، وتشديد رقابة الدولة على هذه المؤسسات من خلال فرض قواعد ومكانزمات صارمة تعمل على مكافحة العدوى الاستشفائية .

الإطار التشريعي لتشكيل مجالس وحدات اللامركزية الإقليمية في الجزائر- البلدية والولاية-

د. عبد الناصر صالح

تاريخ الإرسال: 2018-04-22

أستاذ محاضر صنف "ب"

تاريخ القبول: 2018-06-06

معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي تندوف

تاريخ النشر: 2018-08-03

ملخص:

إذا كانت اللامركزية الإقليمية باعتبارها أحد أساليب التنظيم الإداري تقوم على فكرة مفادها توزيع الاختصاصات بين الحكومة في العاصمة والوحدات الإقليمية. وبمقتضى هذا الأسلوب يقسم إقليم الدولة إلى وحدات إقليمية تتمتع بشخصية معنوية ، ويقوم على إدارة كل وحدة مجلس محلي منتخب على أن تخضع هذه المجالس لرقابة السلطة المركزية فإن المشرع الجزائري أخذ بالمبدأ الديمقراطي في تكوين المجالس المحلية - البلدية والولاية - لضمان استقلالها. فإذا كان استقلال المجالس الشعبية المحلية الذي هو أحد النتائج المترتبة على اعتراف المشرع للبلديات والولايات بالشخصية المعنوية ، فنجد أن كل أعضاء المجلس الشعبي البلدي وكل أعضاء المجلس الشعبي الولائي بمن فيهم رئيسي المجلسين ، يتم انتخابهم بواسطة سكان البلدية والولاية المسجلين في قائمة الناخبين .

وعليه فإن موقف المشرع الجزائري من خلال إشراك المواطنين في إدارة شؤونهم المحلية أمر ضروري تتطلبه مبادئ الديمقراطية من جهة، ومن جهة ثانية فإنه يساعد على نشر الوعي وأهمية العمل الجماعي وتدريب المواطنين على شؤون الإدارة المحلية وتحمل المسؤولية .

Résumé

La décentralisation territoriale en tant que technique de organisation administrative repose sur l'idée de la répartition des compétences entre le gouvernement de la capitale et les unités territoriale. Selon cette méthode, le territoire de l'État est divisé en unités territoriales dotées d'une personnalité morale et l'administration de chaque unité d'un conseil local élu est soumise au contrôle de l'autorité centrale.

Les législateurs algériens ont pris le principe démocratique de former des conseils locaux - municipaux et étatiques - pour assurer leur indépendance. Si l'indépendance des conseils locaux est une des conséquences de la reconnaissance de la personnalité et de la morale par le législateur, tous les membres de l'Assemblée populaire de la

الإطار التشريعي لتشكيل مجالس وحدات اللامركزية الإقليمية في الجزائر- البلدية والولاية-

commune et tous les membres de l'Assemblée populaire de la wilaya sont élus par les habitants de la municipalité et inscrits sur la liste électorale.

Par conséquent, l'implication des citoyens dans la gestion de leurs affaires locales est essentielle d'une part aux principes de la démocratie et d'autre part à la sensibilisation et à l'importance de l'action collective et à la formation des citoyens aux affaires de l'administration locale.

مقدمة:

تحتل اللامركزية الإقليمية أي نظام الإدارة المحلية مركزا هاما في نظام الحكم ، كما تقوم بدور فعال في التنمية القومية - الوطنية - وتتميز بأنها إدارة قريبة من المواطنين نابعة من صميم الشعب ¹ . وتقوم اللامركزية الإقليمية باعتبارها أحد أساليب التنظيم الإداري على فكرة مفادها توزيع السلطات والاختصاصات بين الحكومة في العاصمة والوحدات الإقليمية ذات الشخصية المعنوية والتي تسمى في نظامنا القانوني بالجماعات الإقليمية ² . وبمقتضى هذا الأسلوب يقسم إقليم الدولة إلى وحدات إقليمية تتمتع بشخصية معنوية . ويقوم على إدارة كل وحدة مجلس محلي منتخب على أن تخضع هذه المجالس لرقابة السلطة المركزية .

وسنركز في هذه الدراسة على نظام البلديات والولايات باعتبارهما التطبيق العملي لنظام اللامركزية الإقليمية في الجزائر . وقبل أن نتناول بالدراسة إنشاء وتشكيل المجالس الشعبية المحلية نشير أولا إلى التطور التشريعي لكل من البلدية والولاية وعلى هذا الأساس سنقسم هذا البحث إلى أربع مطالب متتالية على النحو التالي:

المطلب الأول: التطور التشريعي لنظام الجماعات الإقليمية في الجزائر

نتناول في هذا المطلب التطور التشريعي لكل من البلدية والولاية في فرعين مستقلين على النحو التالي :

الفرع الأول: التطور التشريعي لنظام البلدية

لقد عرف النظام القانوني للبلديات في الجزائر تطورا وتغيرا كبيرا منذ الاستقلال إلى يومنا هذا . فبعد الاستقلال كان الاهتمام بإصلاح البلدية والولاية قضية أساسية بحيث اعتبرت

¹ د . خالد سارة الزعي : تشكيل المجالس المحلية و أثره على كفايتها في نظم الإدارة المحلية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الأردن ، الطبعة الثالثة ، 1992 ، ص 08 .

² / المادة 16 من القانون رقم 01 / 16 المتعلق بالتعديل الدستوري ، التي تنص على أن : " الجماعات الإقليمية للدولة هي البلدية والولاية " .

البلدية جماعات محلية قاعدية ومؤسسة ذات أهمية كبيرة .

ولقد كرس دستور تلك الفترة¹ في مادته التاسعة المكانة الهامة للبلدية في تنظيم الدولة .

هذا ولقد كان الأمر رقم 24/67² أول قانون نظم البلديات بعد الاستقلال، هذا القانون عرف بعض التعديلات في السنوات اللاحقة ، بحيث في سنة 1976 تم تعديله بموجب الأمر 85/76³ ، وكذلك عدل في سنة 1979 بموجب القانون 05/79⁴ . وهذا القانون جعل مدة

العضوية في المجلس البلدي خمس سنوات بعد ما كانت أربع سنوات في الأمر رقم 24/67.

في سنة 1981 تم تعديله مرة أخرى بموجب القانون رقم 09/81⁵ . هذا القانون منح للبلديات سلطة الرقابة على الأجهزة الإدارية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والتجارية . وكذلك ألغى المواد المتعلقة بنظام الانتخابات المدرجة في الأمر 24/67 والمتعلقة بانتخاب أعضاء المجلس البلدي . بعدما أصبح قانون واحد ينظم كل الانتخابات سواء كانت رئاسية أو تشريعية أو محلية هو قانون رقم 08/80⁶.

وفي سنة 1990 صدر القانون رقم 08/90 المتضمن قانون البلدية⁷ ، نتيجة لصدور دستور 1989 . هذا الدستور الذي عرفت الجزائر في ظله الكثير من الحريات الأساسية أهمها الحرية السياسية (التخلي عن نظام الحزب الواحد وتكريس مبدأ التعددية الحزبية) . أخيرا وفي سنة 2011 تم إلغاء القانون رقم 08/90 بموجب القانون رقم 10 /11⁸ ، القانون الحالي الذي يحكم وينظم البلديات والذي سنركز الدراسة عليه في هذا المقياس .

الفرع الثاني : التطور التشريعي لنظام الولاية

عرف نظام الولاية عدة مراحل وصدرت بشأنها عدة نصوص قانونية، فكان الأمر رقم

¹ / نقصد دستور 1963 الصادر في 1963/09/10 ، الجريدة الرسمية عدد 64 .

² الأمر رقم 24 /67 المؤرخ في 18 /01 /1967 المتضمن قانون البلدية ج ر عدد 09 .

³ / الأمر رقم 85/76 المؤرخ في 23 / 10 / 1976 ، ج ر عدد 86 .

⁴ / القانون 05 /79 المؤرخ في 23 جوان 1979 ، ج ر عدد 26 .

⁵ / القانون رقم 09/ 81 المؤرخ في 04/07/1981 ، ج ر عدد 27 .

⁶ / القانون رقم 08/80 المؤرخ في 25/10/1980 ، المتضمن قانون الانتخابات ، ج ر عدد 44 . هذا القانون عرف تعديل في

سنة 1989 بموجب القانون رقم 13/89 ثم بعد ذلك ألغى بموجب الأمر رقم 07/97 الصادر في سنة 1997 و المتضمن القانون

العضوي المتعلق بنظام الانتخابات . وهذا الأخير هو الآخر تم إلغائه في سنة 2012 بموجب القانون العضوي رقم 01/12 .

⁷ / قانون رقم 08/90 المؤرخ في 07/04/1990 ، المتضمن قانون البلدية ج ر عدد 15 .

⁸ / القانون رقم 10 /11 المؤرخ في 20 رجب 1432 الموافق /22 يوليو / 2011 ، المتعلق بالبلدية ، ج ر عدد 37 .

الإطار التشريعي لتشكيل مجالس وحدات اللامركزية الإقليمية في الجزائر- البلدية والولاية-

69 / 38¹ أول قانون نظم الولاية بعد الاستقلال . فكان هذا الأمر الإطار القانوني المنظم للولاية حيث جاء في مادته الأولى أن الولاية هي جماعة عمومية إقليمية ذات الشخصية المعنوية والاستقلال المالي ولها اختصاصات متنوعة سياسية واقتصادية واجتماعية... ولقد عرف الأمر 69 / 38 عدة تعديلات من بينها :

- الأمر رقم 86 / 76² يتعلق بالنظام التأديبي لأعضاء المجلس الشعبي الولائي .
- القانون رقم 02 / 81³ الذي منح للمجالس الشعبية الولائية صلاحيات جديدة تتمثل في الرقابة على كافة الأجهزة الإدارية والاقتصادية والاجتماعية والتجارية التي تشتغل في حدود الولاية باستثناء الرقابة على الهياكل الحزبية ومصالح العدل ومصالح الجيش والأمن .
- القانون رقم 08 / 80 المتضمن قانون الانتخابات الذي يعتبر أول قانون يوحد نظام الانتخابات بحيث ألغى كل مواد الأمر رقم 69 / 38 المتعلقة بكيفية تنظيم الانتخابات على مستوى المجلس الشعبي الولائي .

وتطبيقا للمبادئ التي أقرها دستور 23 / 02 / 1989⁴ صدر قانون جديد ينظم الولاية هو قانون رقم 09 / 90 . وحسب المادة الأولى من هذا القانون فإن الولاية هي جماعة عمومية إقليمية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي .. وتنشأ الولاية⁵ بقانون ، كما أن للولاية هيئتان هما المجلس الشعبي الولائي يمثل جهاز المداولة للولاية ومظهر للتعبير عن اللامركزية الإقليمية ينتخب لمدة 05 سنوات والوالي باعتباره الهيئة التنفيذية للولاية .

أخيرا في 2012 صدر قانون رقم 07 / 12⁶ الذي ألغى قانون 09 / 90 المتعلق بالولاية والذي أصبح يمثل الإطار القانوني لنظام الولاية في الوقت الحالي والذي ستركز دراستنا عليه.

¹ / الأمر رقم 69 / 38 المؤرخ في 23 / 05 / 1969 المتضمن قانون الولاية ج ر عدد 44 .

² / الأمر رقم 76 / 86 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 المتعلق بالنظام التأديبي لأعضاء المجلس الشعبي الولائي، ج ر عدد 86 .

³ / القانون رقم 81 / 02 المؤرخ في 14 فيفري 1981 ج ر عدد 07 .

⁴ / مرسوم رئاسي رقم 89 / 18 مؤرخ في 22 رجب 1409 الموافق 28 / فبراير 1989 يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فبراير 1989 في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية .

⁵ / إن عدد ولايات التراب الوطني عرف العديد من التغييرات حيث ارتفع من 15 ولاية إلى 31 ولاية سنة 1974 بموجب الأمر رقم 74 / 69 المؤرخ في 02 يوليو 1974 المتعلق بإصلاح التنظيم الإقليمي للولايات وارتفع تبعاً لذلك عدد الدوائر من 91 إلى 181 دائرة . ثم ارتفع عدد الولايات من 31 إلى 48 ولاية بموجب القانون رقم 84 / 09 المؤرخ في 04 / 02 / 1984 المتضمن إعادة التنظيم الإقليمي للبلاد ج ر عدد 06 .

⁶ / القانون رقم 12 / 07 المؤرخ في 28 ربيع الأول 1433 هـ الموافق 21 فبراير 2012 ، المتعلق بالولاية ، ج ر عدد 12 .

المطلب الثاني: أسلوب تشكيل المجالس الشعبية المحلية - البلدية والولاية -

ليس من شك أن تحديد الحجم الأمثل للوحدات المحلية وكذلك مستوياتها، تعد من بين أعقد المشاكل التي تواجهها الدول المتقدمة والنامية على حد سواء. كما أن أهداف الدولة من نظام اللامركزية الإقليمية - الإدارة المحلية - يتغير، وبالتالي تحتاج الوحدات الإدارية المحلية إلى إعادة النظر فيها من حين إلى آخر¹.

ولما كان المجلس يتشكل من أعضاء يمثلون أهل الوحدة المحلية، فإنه لكي يكون هذا التمثيل صحيحا يجب أن يعكس تشكيل المجلس الاتجاهات السياسية والاجتماعية المحلية المختلفة، ويسمح للأعضاء بالاتصال الدائم والفعال بناخبهم. وهذا يتطلب تناسب حجم المجلس المحلي مع حجم الوحدة المحلية التي يمثلها. فما من شك أن هناك ارتباطا قويا بين حجم المجلس وحجم سكان الوحدة المحلية، وبالتالي فعالية مداولاته وقراراته².

إن أهمية إشراك المواطنين في إدارة شؤونهم المحلية لا تستدعيه مبادئ الديمقراطية فحسب، بل تستلزمه الإدارة الناجحة لأنه سبيل الحيوية والمسؤولية والاستمرار، فضلا عن أنه نشر الوعي الديمقراطي وتدريب المواطنين على شؤون الإدارة المحلية وتحمل المسؤولية³. والملاحظ أن المشرع في قانون البلدية رقم 10/11⁴ وقانون الولاية رقم 07/12⁵ قد اعترف للبلديات والولايات بالشخصية المعنوية في المادة الأولى من كل قانون. واعتبر البلدية قاعدة اللامركزية الإقليمية ومكان مشاركة المواطنين في تسير الشؤون العمومية فهي وحدة إقليمية لامركزية مستقلة عن السلطة المركزية في إدارة شؤونها المحلية⁶.

واعتبر الولاية وحدة إدارية غير ممرضة للدولة تمثل بهذه الصفة المكان والإطار لتنفيذ السياسات العمومية التضامنية بين الوحدات المحلية، ونقطة الاتصال بين الدولة والجماعات الإقليمية من أجل التشاور والتنسيق بينهما⁷.

¹ / د محمد العربي: كفاءة تشكيل المجالس المحلية، مجلة العلوم الإدارية، العدد 51، لسنة 1967، ص 62 وما بعدها.

² / د خالد سارة الزعي: تشكيل المجالس المحلية وأثره على كفاءتها في نظم الإدارة المحلية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الثالثة، 1992، ص 126.

³ / رمزي طه الشاعر: نظم الإدارة المحلية، حقوق، عين شمس، 1982، ص 10.

⁴ / القانون رقم 10 / 11 المتعلق بالبلدية.

⁵ / القانون رقم 07 / 12 المتعلق بالولاية.

⁶ / المادة الثانية من القانون رقم 10 / 11 المتعلق بالبلدية.

⁷ / الفقرة الثالثة من المادة الأولى من القانون رقم 07 / 12 المتعلق بالولاية.

الإطار التشريعي لتشكيل مجالس وحدات اللامركزية الإقليمية في الجزائر- البلدية والولاية-

واستقلال الجماعات اللامركزية الإقليمية لن يتحقق في نظر جانب من الفقه¹ إلا إذا تم اختيار أعضاء مجالسها المحلية التي تدير البلديات والولايات عن طريق الانتخاب .

وباللقاء نظرة فاحصة على القانون العضوي رقم 01/ 12 المتعلق بنظام الانتخابات وقانون البلدية رقم 10/11 وقانون الولاية رقم 07 / 12 نجد أن المشرع الجزائري قد اعتمد أسلوب التمثيل عن طريق الانتخاب بصفة مطلقة لعضوية هيئات المداولة ، أي المجالس الشعبية المحلية ، وبالنسبة الهيئات التنفيذية فيتم انتخابها هي الأخرى من الناخبين على مستوى البلدية ، أما الهيئة التنفيذية للولاية والتي تتمثل بصفة أساسية في الولي ، يتم تعيينه من قبل رئيس الجمهورية طبقا للمادة 92 من الدستور الجزائري² .

وفيما يتعلق بكيفية انتخاب الأعضاء فقد نص المشرع على أحكام خاصة بتكوين المجالس الشعبية البلدية والولاية وفيما يلي نعرض لبيان ذلك :

تنص المادة 80 من القانون العضوي رقم 16 / 10³ المتعلق بنظام الانتخابات على :
" يتغير عدد أعضاء المجالس الشعبية البلدية حسب تغير عدد سكان البلدية الناتج عن عملية الإحصاء العام للسكان والإسكان الأخير وضمن الشروط الآتية :

- 13- عضوا في البلديات التي يقل عدد سكانها عن 10000 نسمة .
 - 15- عضوا في البلديات التي يتراوح عدد سكانها بين 10000 و 20000 نسمة .
 - 19- عضوا في البلديات التي يتراوح عدد سكانها بين 20000 و 50000 نسمة .
 - 23- عضوا في البلديات التي يتراوح عدد سكانها بين 50000 و 100000 نسمة .
 - 33- عضوا في البلديات التي يتراوح عدد سكانها بين 100000 و 200000 نسمة .
 - 43- عضوا في البلديات التي يساوي عدد سكانها 200000 نسمة أو يفوقه " .
- وتنص المادة 82⁴ من القانون العضوي رقم 16 / 10 على :

" يتغير عدد أعضاء المجالس الشعبية الولائية حسب تغير عدد سكان الولاية الناتج عن عملية الإحصاء العام للسكان والإسكان الأخير وضمن الشروط الآتية :

¹ / سليمان الطاوي : الوجيز في القانون الإداري ، مطبعة جامعة عين شمس ، القاهرة ، 1984 ، ص 70 - 72 .

² / القانون رقم 01 / 16 المتضمن التعديل الدستوري .

³ / القانون العضوي رقم 16 / 10 المؤرخ في 22 ذي القعدة 1437 الموافق 25 غشت 2016 ، المتعلق بنظام الانتخابات ، ج عدد 50 .

⁴ / القانون العضوي رقم 16 / 10 ، المتعلق بنظام الانتخابات .

- 35- عضوا في الولايات التي يقل عدد سكانها عن 250000 نسمة .
39- عضوا في الولايات التي يتراوح عدد سكانها بين 250000 و 650000 نسمة .
43- عضوا في الولايات التي يتراوح عدد سكانها بين 650000 و 950000 نسمة .
47- عضوا في الولايات التي يتراوح عدد سكانها بين 950000 و 1150000 نسمة .
51- عضوا في الولايات التي يتراوح عدد سكانها بين 1150000 و 1250000 نسمة .
55- عضوا في الولايات التي يساوي عدد سكانها 1250000 نسمة أو يفوقه " .

ولقد نصت المادة الرابعة من القانون العضوي رقم 16 / 10 على : " لا يصوت إلا من كان مسجلا في القائمة الانتخابية للبلدية التي بها موطنه بمفهوم المادة 36 من القانون المدني . أما المادة الخامسة من القانون العضوي رقم 16 / 10 فقد أشارت للذين لا يحق لهم التصويت ، وهم الذين لم تسمح بتسجيلهم في القائمة الانتخابية ¹ .

أما المادة الثانية من القانون العضوي رقم 16 / 10 فقد نصت على أن الاقتراع عام ومباشر وسري وعليه يتبين من هذه النصوص النتائج التالية :

- إن أعضاء المجالس الشعبية المحلية - البلدية والولاية - يتم انتخابهم من قبل مواطني البلدية المسجلين في قائمة الناخبين بالبلدية التي بها إقامتهم .

- إن المعيار الذي اعتمده المشرع الجزائري لتحديد عدد أعضاء المجالس الشعبية المحلية ، هو عدد نسبة السكان . فجل هذا العدد لا يقل عن ثلاثة عشر عضوا ولا يزيد عن ثلاثة وأربعون عضوا بالنسبة للبلديات ولا يقل هذا العدد عن خمسة وثلاثين عضوا ولا يزيد عن خمسة وخمسين عضوا في الولايات .

- إن القاعدة المعمول بها في عضوية المجالس الشعبية البلدية والمجالس الشعبية الولائية هي الأخذ بأسلوب الانتخاب ، فكل أعضاء المجالس المحلية سواء البلدية أو الولائية يتم انتخابهم .

- وأن المشرع استبعد أسلوب التعيين الكلي والجزئي لأعضاء المجالس الشعبية المحلية . وهذا يتماشى مع المبدأ الديمقراطي على المستوى المحلي ، الذي يقتضي بأن يتم اختيار أعضاء المجالس المحلية عن

¹ / تنص المادة الخامسة من القانون العضوي رقم 16 / 10 قانون الانتخابات على : " لا يسجل في القائمة الانتخابية كل من :
- سلك سلوكا أثناء الثورة معاديا لمصالح الوطن . - حكم عليه في جنابة ولم يرد له اعتباره . - حكم عليه من أجل جنحة بعقوبة الحبس والحرمات من ممارسة حق الانتخاب والترشح للمدة المحددة تطبيقا للمادتين 9 مكرر 1 و 14 من قانون العقوبات . - أشهر إفلاسه ولم يرد اعتباره . - تم الحجز القضائي أو الحجر عليه ... " .

طريق الانتخاب ولبس عن طريق التعيين.

- أن المشرع اشترط لممارسة حق انتخاب المجالس الشعبية البلدية والولاية شرط إقامة الناخب والمنتخب في الدائرة الانتخابية - البلدية - . وأهمية هذا الشرط واضحة ففيه ضمانة حتى يكون أعضاء المجالس البلدية والولاية من أبناء الوحدة المحلية والمنتخب كذلك من أبناءها ، وهذا تماشيا مع القاعدة العامة في نظام اللامركزية الإقليمية - المحلية - التي تقضي بأن يعطى هذا الحق (سلطة الاختيار) لأبناء وسكان الوحدة المحلية¹ .

- أن المشرع الجزائري أخذ بمبدأ الاقتراع العام ولم يأخذ بمبدأ الاقتراع المقيد وهو ما يعني أن الانتخاب في القانون الجزائري يعتبر حق من الحقوق السياسية² ولا يعتبر وظيفة عامة أو خدمة عامة يمكن تقييدها ببعض الشروط على غرار الوظائف الأخرى .

المطلب الثالث : النظام القانوني لعضوية المجالس الشعبية البلدية والولاية

من الأصول المقررة في علم الإدارة العامة أن أي مرفق تتولاه سلطة حكومية يجب لنجاحه أن يلتقى تجاوبا من الشعب الذي يخدمه المرفق . وأن تعاون الجهود الحكومية مع الجهود الشعبية شرط أساسي لازدهار المرفق وتعميم خيره وتيسير أدائه . فإشراك أهل الوحدة المحلية في إدارة هذه المرافق والخدمات يحقق التعاون على الوجه الاكمل³ .

هذا ويتضمن النظام القانوني للعضوية في المجالس الشعبية البلدية والولاية على شروط اكتساب العضوية ومدتها وحالات فقدانها. وسنعرض لدراسة هذه الموضوعات تباعا .

الفرع الأول : شروط اكتساب العضوية

حددت المادة 79 من القانون العضوي رقم 10 / 16 المتعلق بنظام الانتخابات شروطا

¹ د / هاني علي الطهراوي : قانون الإدارة المحلية - الحكم المحلي في الأردن و بريطانيا ، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2004 ، ص 45 .

² / إن دليلا على أن الانتخاب حق من الحقوق السياسية في القانون الجزائري ما يلي :

1 - المادة 11 من الدستور الجزائري أن : " الشعب حر في اختيار ممثليه ، لا حدود لتمثيل الشعب إلا ما نص عليه الدستور وقانون الانتخابات " . لا حدود يعني لا قيود فالانتخاب إذن حسب الدستور وقانون الانتخابات حق وليس وظيفة .

2 - المادة الثانية من القانون العضوي رقم 10 / 16 أن : " الاقتراع عام ومباشر وسري ... الانتخاب عام غير مقيد لا بشرط مالي ولا بقيد الشهادات والمؤهلات العلمية .

3 - الفقرة الثانية من المادة 32 من القانون العضوي رقم 10 / 16 أن : " ...قصد تسهيل ممارسة الناخبين لحقهم في التصويت ... " . فهذه الفقرة تؤكد بشكل صريح أن التصويت - أي الانتخاب - حق من الحقوق السياسية .

³ د . محمد عبد الله العربي : مذكرات في الإدارة المحلية ، محاضرات لطلبة الدراسات العليا ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة 1969 ، ص 02 .

معينة يجب توافرها في العضو الذي يرغب بترشيح نفسه لعضوية المجلس البلدية. وفيما يلي بيان ذلك :

المادة 79 تنص على : " يشترط في المترشح إلى المجلس البلدي أو الولائي ما يأتي:

- أن يستوفي الشروط المنصوص عليها في المادة الثالثة¹ من هذا القانون العضوي ويكون مسجلا في الدائرة الانتخابية التي بترشح فيها. - أن يكون بالغا 23 سنة على الأقل يوم الاقتراع. - أن يكون ذا جنسية جزائرية. - أن يثبت أداءه الخدمة الوطنية أو الإعفاء منها. - ألا يكون محكوما عليه بحكم نهائي لارتكاب جنائية أو جنحة سالبة للحرية ولم يرد اعتباره باستثناء الجرح غير العمدية " .

ويمكن إبداء الملاحظات التالية على هذه الشروط :

- فمن خلال استقراء نص المادتين 79 والثالثة من القانون العضوي رقم 16 / 10 نجد أن المشرع قد اشترط في المرشح بعض الشروط التنظيمية الهامة كالسن والجنسية وأداء أو الإعفاء من الخدمة الوطنية . وهي شروط منطقية.

- ألزم المشرع في المرشح لعضوية المجالس المحلية شرط حسن السيرة والسلوك . وذلك من خلال اشتراطه ألا يكون محكوم عليه بحكم نهائي لارتكاب جنائية أو جنحة سالبة للحرية ولم يرد اعتباره .

- لقد سبق وأن أشرنا إلى أن إشراك المواطنين في إدارة شؤونهم يؤدي إلى نشر الوعي الديمقراطي وتدريب المواطنين على شؤون الإدارة المحلية وتحمل المسؤولية . وهو ما يبرر إقدام المشرع على تحديد سن العضو المرشح للمجلس البلدي والولائي حوالي 23 سنة على الأقل يوم الاقتراع . فيما حددها لعضوية المجلس الشعبي الوطني حوالي 25 سنة على الأقل² . وحددها حوالي 35 سنة في عضوية مجلس الأمة³ .

وهذا ما يؤكد أن العضوية في المجالس البلدية والولائية ما هي إلا مرحلة تمهيدية ، أو أنها مدرسة لتكوين الأعضاء والمنتخبين على المهام الأجل والأكثر التي تهم الأمة في المستقبل . فبعد أن يكون العضو قد اكتسب خبرات ومهارات وكفاءة لإدارة الشؤون على المستوى المحلي تؤهله في

¹ / تنص المادة 03 من القانون العضوي رقم 16 / 10 المتعلق بالانتخابات على : " يعد ناخبا كل جزائري وجزائرية بلغ من العمر ثماني عشر سنة كاملة يوم الاقتراع ، وكان متمتعا بحقوقه المدنية والسياسية ولم يوجد في إحدى حالات فقدان الأهلية المحددة في التشريع المعمول به " .

² / تنص المادة 90 من القانون العضوي رقم 01/12 على : يشترط في المترشح إلى المجلس الشعبي الوطني شرط أن يكون بالغا خمسا وعشرين سنة على الأقل يوم الاقتراع " .

³ / تنص المادة 108 من القانون العضوي رقم 01/12 على : لا يترشح للعضوية إلا من بلغ خمسا وثلاثين سنة كاملة يوم الاقتراع " .

الإطار التشريعي لتشكيل مجالس وحدات الامركزية الإقليمية في الجزائر- البلدية والولاية-

المستقبل للقيام بالمهام الأجل شأنًا والاكثر أهمية لإدارة الشؤون على المستوى الوطني .
-لقد أغفل المشرع ذكر بعض الشروط المألوفة ، كشرط القراءة والكتابة . وعدم وجود هذا الشرط ، قد يسمح لعدد من الأعضاء المترشحين رغم عدم كفاءتهم وعدم حصولهم على مستوى تعليمي من الوصول إلى عضوية مجالس البلدية والولاية ويمكنهم حتى من رئاسة هذه المجالس .
وليس المطلوب أن يكون عضو المجلس البلدي والولايتي على شهادة علمية معينة . وإنما على الأقل يتقن القراءة والكتابة إتقانًا جيدًا - خاصة ونحن في عصر الإعلام الالي والإدارة الإلكترونية - حتى يستطيع أن يتعامل مع أبناء الوحدة المحلية . لأن من يريد أن يتحمل مسؤولية خدمة أفراد مجتمعه لا بد أن يتقن قراءة مراسلاتهم والإجابة على استفساراتهم الخطية¹ .

- والشرط الهام والجدير بالتنويه هو شرط الإقامة ، التي لا بد من توافره في المرشح والناخب على حد سواء . هذا الشرط ورد في المادة الرابعة من القانون العضوي رقم 10 / 16 حيث نصت على : " لا يصوت إلا من كان مسجلا في قائمة الناخبين بالبلدية التي بها إقامته² ... " .
ولقد سبق أن أشرنا إلى أهميته في المطلب السابق فلا داعي للتكرار . والمسلم به أن العضو المرشح إذا كان فاقدًا لأي من هذه الشروط ، يعد فوزه بعضوية المجلس المحلي غير شرعي .

الفرع الثاني : مدة العضوية في المجالس الشعبية المحلية - البلدية والولاية :-

تنص المادة 65 من القانون العضوي رقم 10 / 16³ على : " ينتخب المجلس الشعبي البلدي والمجلس الشعبي الولائي لعهدة مدتها خمس (05) سنوات بطريقة الاقتراع النسبي على القائمة...غير أن العهدة النيابية الجارية تمدد تلقائيا في حالة تطبيق التدابير المنصوص عليها في المواد 104 و 107 و 110 من الدستور " .

¹ د / هاني علي الطهراوي : قانون الإدارة المحلية - الحكم المحلي في الأردن و بريطانيا ، المرجع السابق ، ص 48 .

² تنص المادة 36 من الأمر رقم 58 / 75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05 / 10 المؤرخ في 20 / 06 / 2005 أن : " موطن كل جزائري هو المحل (المكان) الذي يوجد فيه سكنه الرئيسي ، وعند عدم وجود سكنى يقوم محل الإقامة العادي مقام الوطن ولا يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد في نفس الوقت "

يقصد بمحلا لإقامة المكان الذي فيه مسكنه الرئيسي فإذا كان للشخص أكثر من سكن فالسكن الذي يؤخذ على سبيل الاعتبار السكن الذي يتواجد فيه بصفة مستمرة ودائمة ، وعليه فإذا كان الشخص يتردد على منزل أولاده المقيمين في البلدية مع أنه يقيم في مكان آخر فإن ذلك لا يجعله مقيما في تلك البلدية ، وبالمقابل فإن كان مقيما في إحدى البلديات فإن سفره إلى الخارج للدراسة أو العمل بصفة مؤقتة أو عرضية ولو لعدة سنوات لا يفقده هذه الصفة مادام أنه كان يتردد إلى بلديته خلال عطلة و يقيم في منزله الكائن بها .
³ / القانون العضوي رقم 10/ 16 المتعلق بنظام الانتخابات .

وعلى هذا الأساس فإن مدة العضوية في المجالس الشعبية البلدية والولاية هي خمس سنوات كتقاعدة عامة . ولكن في حالة تطبيق الحالات الواردة في المواد 104 ، 107 ، 110 من الدستور¹ تمدد مدة العضوية - العهدة النيابية - تلقائياً. وتمثل هذه الحالات في الآتي :

- حالة حصول المانع الدائم لرئيس الجمهورية أو وفاته أو استقالته ، هذه الحالة نصت عليها المادة 104 من الدستور² . ففي هذه الحالة تستمر المجالس الشعبية المحلية -البلدية والولاية - في أداء مهامها إلى غاية انتخاب رئيس الجمهورية الجديد وشروعه في ممارسة مهامه .

- حالة إعلان الحالة الاستثنائية. وهي الحالة المنصوص عليها في المادة 107 من الدستور³ . ففي هذه الحالة تستمر المجالس المحلية -البلدية والولاية - حتى إعلان نهاية الحالة الاستثنائية .

- حالة الحرب وهي الحالة الواردة في المادة 110 من الدستور⁴ ، في هذه الحالة كذلك يواصل المجلس الشعبي البلدي والمجلس الولائي القيام بكل اختصاصاته إلى انتهاء الحرب .

الفرع الثالث : فقدان العضوية في المجالس الشعبية المحلية - البلدية والولاية -

تنتهي عضوية أي منتخب بالمجلس الشعبي البلدي أو لمجلس الشعبي الولائي قبل انتهاء المدة النيابية للمجلس ، في إحدى الحالات التالية:

- بالوفاة أو الاستقالة أو الإقصاء أو حصول مانع قانوني . يقر المجلس الشعبي البلدي ذلك بموجب مداولة ، ويخطر الوالي بذلك وجوباً⁵ . و يقر المجلس الشعبي الولائي ذلك بموجب مداولة ويخطر الوالي بذلك . يثبت فقدان صفة المنتخب بموجب قرار من وزير الداخلية⁶ . ويمكن أن يكون قرار الوزير المثبت لفقدان صفة المنتخب محل طعن أمام مجلس الدولة .

- إذا فقد العضو أحد الشروط المطلوبة لعضوية المجلس المحلي كفقدان الجنسية الجزائرية أو حرمانه من حقوقه المدنية والسياسية .

- إذا كان العضو بالمجلس البلدي محل إدانة جزائية نهائية يقضى بقوة القانون ويثبت - أي يكشف

¹ / القانون رقم 01 / 16 المتضمن التعديل الدستوري .

² / القانون رقم 01 / 16 المتضمن التعديل الدستوري .

³ / القانون رقم 01 / 16 المتضمن التعديل الدستوري .

⁴ / القانون رقم 01 / 16 المتضمن التعديل الدستوري .

⁵ / المادة 40 من القانون رقم 10 / 11 المتعلق بالبلدية .

⁶ / المادة 40 من القانون رقم 07 / 12 المتعلق بالولاية .

الإطار التشريعي لتشكيل مجالس وحدات الـلامركية الإقليمية في الجزائر- البلدية والولاية-

هذا الإقصاء بقرار صادر من الوالي¹.

- إذا كان المنتخب بالمجلس الشعبي الولائي تحت طائلة عدم القابلية للانتخاب أو في حالة تناف منصوص عليها قانونا يقضى بقوة القانون . يقر المجلس الشعبي الولائي ذلك بموجب مداولة ويثبت وزير الداخلية هذا الإقصاء بموجب قرار².

إذا تغيب عضو منتخب بالمجلس الشعبي البلدي بدون عذر مقبول لأكثر من ثلاث دورات عادية خلال نفس السنة يعتبر مستقيل تلقائيا . يعلن الغياب من طرف المجلس البلدي بعد سماع المنتخب المعني ويخطر الوالي بذلك³.

في هذه الحالة فإن العضو المنتخب المتغيب قبل اعتباره مستقيلا تلقائيا تعقد له جلسة سماع لتمكينه من الدفاع عن نفسه ، فإذا تخلف عن حضور جلسة السماع ، وبعد أن يتم تبليغه بطريقة صحيحة وسليمة في هذه الحالة يعتبر قرار المجلس حضوريا⁴.

إذا تغيب عضو منتخب بالمجلس الشعبي الولائي بدون عذر مقبول لأكثر من ثلاث دورات عادية خلال نفس السنة يعلن في حالة تخلي عن العهدة . يثبت التخلي عن العهدة من طرف المجلس الشعبي الولائي⁵.

- بعد حل المجالس الشعبية المحلية - البلدية والولاية - إذا توافرت حالة من حالات الحل المنصوص عليها في قانون البلدية⁶ والولاية⁷.

ولقد بين المشرع الجزائري في المادة 41 من القانون رقم 10/11 المتعلق بالبلدية ، الحكم في حالة شغور مقعد أحد أعضاء المجلس الشعبي البلدي . وذلك بسبب وفاته أو استقالته أو إقصائه ، أو حدوث مانع قانوني له أو بسبب قبوله وظيفة عضو في الحكومة أو عضو في المجلس الدستوري ، وذلك بأن يستخلف بالمرشح المرتب مباشرة بعد المترشح الأخير المنتخب في نفس القائمة ، وأن يخلفه طيلة الفترة المتبقية للعهدة النيابية للمجلس البلدي . ويتم استخلافه في أجل لا يتجاوز شهرا واحدا بقرار صادر من الوالي .

¹ / المادة 44 من القانون رقم 10/11 المتعلق بالبلدية .

² / المادة 44 من القانون رقم 07 / 12 المتعلق بالولاية .

³ / المادة 45 من القانون رقم 10/11 المتعلق بالبلدية .

⁴ / المادة 45 من القانون رقم 10/11 المتعلق بالبلدية .

⁵ / المادة 43 من القانون رقم 07 / 12 المتعلق بالولاية .

⁶ / المادة 46 من القانون رقم 10/11 المتعلق بالبلدية .

⁷ / المادة 48 من القانون رقم 07 / 12 المتعلق بالولاية .

الإطار التشريعي لتشكيل مجالس وحدات اللامركزية الإقليمية في الجزائر- البلدية والولاية-

نفس الحكم نص عليه في المادة 41 من القانون رقم 07 / 12 المتعلق بالولاية . ففي حالة وفاة العضو في المجلس الولائي أو استقالته أو إقصائه أو حصول مانع قانوني له يتم استخلافه في أجل لا يتجاوز الشهر بالمرشح الذي يلي مباشرة آخر منتخب من نفس القائمة .

ولعل الفرق بين النصين ¹ ، أن المشرع في قانون البلدية حدد الوسيلة القانونية التي يتم بها استخلاف العضو وهي قرار إداري صادر من الوالي الذي يمثل الجهة الوصائية بالنسبة للمجلس الشعبي البلدي .

المطلب الرابع : انتخاب أعضاء المجالس الشعبية المحلية - البلدية والولاية -

ينتخب المجلس الشعبي البلدي والمجلس الشعبي الولائي لعهدتها خمس سنوات بطريقة الاقتراع النسبي على القائمة ² .

يعتبر انتخاب كل أعضاء المجالس المحلية -البلدية والولاية - ترسيخاً للمبدأ الديمقراطي على المستوى المحلي . وهو ما نلمسه بشكل واضح وصرح في القانون الجزائري . كما أن العملية الانتخابية في الجزائر تمر بعدة مراحل تبدأ بإعداد جداول الناخبين ' القائمة الانتخابية ' ، وتنتهي بانتهاء عملية الاقتراع وفرز الأصوات .

الفرع الأول : جداول الناخبين " القوائم الانتخابية "

اعتبر القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات أن التسجيل في القائمة الانتخابية واجب على كل مواطن ومواطنة . فما هي شروط إعداد هذه القائمة ؟ وكيف يمارس المواطنون حق الرقابة والاعتراض عليها إذا لم يطمئنوا إلى صحة معلوماتها ؟ هذا ما سنجيب عليه في هذا الفرع .

أولاً : إعداد القوائم الانتخابية

تنص المادة السادسة من القانون العضوي رقم 10 / 16 على : " التسجيل في القوائم الانتخابية واجب على كل مواطن ومواطنة تتوفر فيها الشروط المطلوبة قانوناً " ³ .

وتنص المادة السابعة من القانون العضوي رقم 10 / 16 على : " يجب على كل الجزائريين والجزائريات الممتنعين بحقوقهم المدنية والسياسية والذين لم يسبق لهم التسجيل في قائمة انتخابية أن يطلبوا

¹ / النصين هما المادة 41 من قانون البلدية والمادة 41 من قانون الولاية .

² / المادة 65 من القانون العضوي رقم 10 / 16 المتعلق بنظام الانتخابات .

³ / القانون العضوي رقم 10 / 16 المتعلق بنظام الانتخابات .

تسجيلهم¹ .

وتنص المادة الثامنة من القانون العضوي رقم 10 / 16 على : " لا يمكن التسجيل في أكثر من قائمة انتخابية واحدة " ² . وتنص المادة 14 من قانون الانتخابات على : " إن القوائم الانتخابية دائمة ويتم مراجعتها خلال الثلاثي الأخير من كل سنة .. " ³ .
من خلال هذه المواد يتبين :

- أن المشرع الجزائري ألزم كل - جزائري أو جزائرية - تتوفر فيه الشروط طلب تسجيلهم في القائمة الانتخابية ، ويؤخذ علم هذا النصان المشرع لم يحدد الوسيلة التي يضمن من خلالها تنفيذ مضمونه . المشرع لم ينص على الجزاء في حالة مخالفة حكم المادة عمدا .

كما أن تسجيل الشخص لاسمه بشكل متعمد في أكثر من دائرة انتخابية يعتبر مخالفة قانونية تستوجب العقاب حسب المادة 197 من القانون العضوي لنظام الانتخابات ⁴ . فقد نهى المشرع عن التسجيل في أكثر من قائمة انتخابية واحدة ⁵ .

ولعلاج مسألة التسجيل المتكرر ألزم المشرع مراجعة القوائم الانتخابية وتنقيحها خاصة بعد أن أصبح يتم إدخالها على الحاسوب ليتسنى شطب الأسماء المكررة ، وهو ما نص عليه المشرع في المادة 14 من القانون العضوي لنظام الانتخابات التي سبق الإشارة إليها .

يجب أن تتضمن القائمة الانتخابية الاسم الكامل لكل ناخب وسنه ومكان إقامته في .

- بعد الانتهاء من تسجيل الأشخاص الذين يحق لهم الانتخاب ، تعرض القائمة الانتخابية للجمهور بحيث يحق لكل ناخب الاطلاع عليها .

ثانيا : الاعتراض على القائمة الانتخابية - جدول الناخبين -

إن الإعلان عن القائمة الانتخابية الهدف منه هو التأكد من صحة ودقة المعلومات الواردة فيه . ولقد وضع المشرع تحت تصرف الناخبين الوسائل القانونية الكفيلة بإجبار الإدارة على احترام أحكام القانون .

¹ / القانون العضوي رقم 10 / 16 المتعلق بنظام الانتخابات .

² / القانون العضوي رقم 10 / 16 المتعلق بنظام الانتخابات .

³ / القانون العضوي رقم 10 / 16 المتعلق بنظام الانتخابات .

⁴ / تنص المادة 197 من القانون العضوي رقم 10 / 16 المتعلق بنظام الانتخابات على : " يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 4000 إلى 40000 ج كل من سجل نفسه في أكثر من قائمة انتخابية تحت أسماء أو صفات مزيفة... " ⁵ أنظر المادة 08 من القانون العضوي رقم 10 / 16 التي سبق الإشارة إليها في المتن .

الوسيلة الأولى: تقديم التظلم إلى رئيس اللجنة الإدارية للانتخابات

أشارت المادة 18 من القانون العضوي رقم 10 / 16 المتعلق بنظام الانتخابات إلى حق كل مواطن أعقل تسجيله في القائمة الانتخابية أن يقدم تظلمًا إلى رئيس اللجنة الإدارية الانتخابية¹. وذلك ضمن الأشكال والاجال المنصوص عليها في هذا القانون العضوي.

كما نصت المادة 19 من القانون العضوي رقم 10 / 16 على حق كل مواطن مسجل في إحدى القوائم الانتخابية تقديم اعتراض معلل لشطب شخص مسجل بغير حق. أو تسجيل شخص مغفلي نفس الدائرة - أعقل عن ذكر اسمه - على أن يكون هذا الاعتراض مكتوب ومعلل. ويجب تقديم هذه الاعتراضات - التظلم أو طلب الشطب أو طلب تسجيل شخص مغفل - خلال العشرة أيام الموالية لتعليق إعلان اختتام مراجعة القوائم الانتخابية أو قفلها². كما أن هذا الأجل ينخفض إلى 05 أيام في حالة المراجعة الاستثنائية³.

الوسيلة الثانية: الطعن القضائي

بعد تقديم الاعتراضات (التظلم أو طلب الشطب أو طلب تسجيل شخص مغفل) إلى اللجنة الإدارية للانتخابات، التي تبث فيها بقرار في أجل أقصاه ثلاثة أيام⁴ توضح فيه موقفها من تلك الاعتراضات.

ويجب على رئيس البلدية تبليغ قرار اللجنة الإدارية للانتخابية إلى الأشخاص المعنيين في ظرف ثلاثة أيام (أي خلال ثلاثة أيام) كاملة بكل وسيلة قانونية⁵. يمكن للأطراف المعنية القيام بالطعن أمام الجهة القضائية المختصة، خلال خمسة أيام ابتداء من تاريخ

¹ / لقد نصت المادة 15 من القانون العضوي رقم 10 / 16 لنظام الانتخابات على اللجنة الإدارية الانتخابية وبيئت تشكيلتها وأهم مهامها: "...يتم اعداد القوائم الانتخابية ومراجعتها في كل بلدية تحت مراقبة لجنة إدارية انتخابية تتكون من: - قاض يعينه رئيس المجلس القضائي المختص إقليميا رئيسا . - رئيس المجلس الشعبي البلدي عضوا . - الأمين العام للبلدية عضوا . - ناخبين اثنين من البلدية يعينها رئيس اللجنة عضوين ..".

² / تنص المادة 20 من القانون لعضوي رقم 10 / 16 المتعلق بنظام الانتخابات على: " يجب تقديم الاعتراضات على التسجيل أو الشطب... خلال العشرة أيام الموالية لتعليق إعلان اختتام العمليات ..."

³ / الفقرة الثانية من المادة 20 من القانون العضوي رقم 10 / 16 المتعلق بنظام الانتخابات.

⁴ / تنص الفقرة 03 من المادة 20 من القانون العضوي رقم 10 / 16 المتعلق بنظام الانتخابات على: "...تحال هذه الاعتراضات على اللجنة الإدارية الانتخابية المنصوص عليها في المادتين 15 و 16 من هذا القانون العضوي التي تبث فيها بقرار في أجل أقصاه ثلاثة أيام".

⁵ / تنص الفقرة الرابعة من المادة 20 من القانون العضوي رقم 10 / 16 على: " يجب على رئيس المجلس الشعبي البلدي.. أن يبلغ قرار اللجنة الإدارية الانتخابية في ظرف ثلاثة أيام إلى الأطراف المعنية بكل وسيلة قانونية".

الإطار التشريعي لتشكيل مجالس وحدات اللامركزية الإقليمية في الجزائر- البلدية والولاية-

التبليغ¹. في حالة عدم التبليغ يمكن القيام بالطعن أمام القضاء في أجل ثمانية أيام كاملة ابتداء من تاريخ الاعتراض².

يسجل الطعن القضائي لدى أمانة الضبط. ويقدم أمام المحكمة المختصة إقليميا، التي تبث في الطعن بحكم خلال مدة أقصاها خمسة أيام، وبناء على اشعار عاد يرسل إلى الأطراف المعنية قبل ثلاث أيام³. ويكون حكم المحكمة الإدارية المختصة غير قابل لأي شكل من أشكال الطعن⁴.

الفرع الثاني: إجراءات الترشيح والاعتراض

أولا: عملية الترشيح

يستدعى الناخبون - الهيئة الانتخابية - بموجب مرسوم رئاسي خلال الثلاث أشهر التي تسبق تاريخ إجراء الانتخابات⁵.

يجري الترشيح لعضوية المجالس الشعبية المحلية - البلدية والولاية - بتسليم أوراق الترشيح . يقوم المرشح بالحصول على ورقة الترشيح - التصريح بالترشيح - ، ثم يتم إعداد قائمة المرشحين لعضوية المجالس الشعبية البلدية والولاية ، والتي يجب أن تتضمن عددا من المرشحين يساوي عدد المقاعد المطلوب شغلها وعددا من المستخلفين لا يقل عن ثلاثين 30% في المائة من عدد المقاعد المطلوب شغلها⁶.

كما أن إيداع هذه القائمة لدى الولاية يعتبر طلب صريح بالترشيح أو تصريحاً بالترشيح⁷. ويجب أن يتضمن التصريح بالترشيح لكل مرشح أو مستخلف على⁸ :
- اسم ولقب وكنية - إن وجدت للمرشح - وجنسه .

¹ / تنص المادة 21 من القانون العضوي رقم 10 / 16 على : " يمكن للأطراف المعنية تسجيل الطعن في ظرف خمسة أيام كاملة ابتداء من تاريخ تبليغ القرار... " .

² / حسب الفقرة 02 من المادة 21 من القانون العضوي رقم 10 / 16 المتعلق بنظام الانتخابات .

³ / حسب الفقرة 03 من المادة 21 من القانون العضوي رقم 10 / 16 المتعلق بنظام الانتخابات .

⁴ / تنص الفقرة الأخيرة من المادة 21 من القانون العضوي رقم 10 / 16 على : "... يكون حكم المحكمة غير قابل لأي شكل من أشكال الطعن " .

⁵ / تنص المادة 25 من القانون العضوي رقم 16 / 10 على : "... تستدعى الهيئة الانتخابية بمرسوم رئاسي في غضون الأشهر الثلاث التي تسبق تاريخ إجراء الانتخابات " .

⁶ / تنص المادة 71 من القانون العضوي رقم 10 / 16 على : " يجب أن تتضمن قائمة المرشحين للمجالس الشعبية البلدية والولاية عددا من المرشحين يساوي عدد المقاعد المطلوب شغلها وعددا من المستخلفين لا يقل عن ثلاثين في المائة 30% من عدد المقاعد المطلوب شغلها " .

⁷ / حسب المادة 72 من القانون العضوي رقم 10 / 16 المتعلق بنظام الانتخابات .

⁸ / حسب المادة 72 من القانون العضوي رقم 10 / 16 المتعلق بنظام الانتخابات .

- تاريخ ومكان الميلاد .

- المهنة والعنوان الشخصي .

- المستوى التعليمي لكل مترشح ومستخلف . ويجب كذلك توقيع كل مرشح ومستخلف في هذا التصريح بالترشيح وأن يتم ترتيب المرشحين والمستخلفين في القائمة .

أما بالنسبة للقوائم المقدمة تحت رعاية حزب سياسي فيجب ذكر اسم الحزب أو الأحزاب . وبالنسبة للمرشحين المستقلين الأحرار فيجب ذكر عنوان القائمة المدرج فيها هؤلاء المرشحين، وكذلك ذكر الدائرة الانتخابية المعنية بالمنافسة. ويلحق بقائمة المترشحين الأحرار البرنامج الانتخابي الذي سيتم شرحه في الحملة الانتخابية . ويسلم للمصرح وصل يبين تاريخ وساعة (توقيت) الإيداع¹ .

وحسب المادة 73 من القانون العضوي للانتخابات فإنه فضلا عن الشروط الأخرى التي أوجبه القانون ، فيجب أن تزكى صراحة قائمة الترشح (المذكورة في المادة 72 من هذا القانون العضوي) بالنسبة للانتخابات المحلية مقدمة من طرف حزب أو أحزاب سياسية أو مقدمة بعنوان قائمة حرة حسب إحدى الصيغ الآتية :

- إما من طرف الأحزاب السياسية (أو حزب سياسي) التي تحصلت خلال الانتخابات المحلية الأخيرة على أكثر من 04 % من الأصوات المعبر عنها في الدائرة الانتخابية المترشح فيها .

- وإما من طرف الأحزاب السياسية التي تتوفر على عشرة منتخبين على الأقل في المجالس الشعبية المحلية للولاية المعنية .

وفي حالة تقديم قائمة مترشحين تحت رعاية حزب سياسي لا يتوفر على أحد الشرطين المذكورين أعلاه ، أو تحت رعاية حزب سياسي يشارك لأول مرة في الانتخابات ، أو في حالة تقديم قائمة بعنوان قائمة حرة فإنه يجب أن يدعمها على الأقل بتوقيع خمسون (50) ناخبا من ناخبي الدائرة الانتخابية المعنية بالمنافسة فيما يخص كل مقعد مطلوب شغله² .

يتم التصديق على توقيعات الناخبين مع وضع بصمة السبابة اليسرى على استمارات تقدمها الإدارة ، ويتم التصديق لدى ضابط عمومي . وتقدم هذه التوقيعات من أجل اعتمادها إلى رئيس اللجنة الإدارية الانتخابية .

¹ / الفقرات الأخيرة من المادة 72 من القانون العضوي رقم 16 / 10 المتعلق بنظام الانتخابات .

² / المادة 73 من القانون العضوي رقم المتعلق بنظام الانتخابات .

الإطار التشريعي لتشكيل مجالس وحدات اللامركزية الإقليمية في الجزائر- البلدية والولاية-

تقدم التصريحات بالترشيح قبل (60) ستين يوما كاملة عن تاريخ الاقتراع¹.

لا يجوز التعديل في ترتيب قوائم الترشيح -سواء إضافة أو إلغاء أو تغييرا - بعد إيداع قوائم الترشيحات إلا في حالة الوفاة أو حصول مانع شرعي أي قانوني².

وفي حالة حدوث وفاة أو حصول مانع قانوني لأحد المرشحين ، يمنح أجل آخر لتقديم

مرشح جديد ، على ألا يتجاوز هذا الأجل الأربعين (40) يوما السابقة لتاريخ الاقتراع³.

كما أن المادة 76 من القانون العضوي لنظام الانتخابات منعت المرشحين من الترشيح في

أكثر من قائمة أو في أكثر من دائرة انتخابية ، ورتب المشرع على ذلك عقوبات جزائية⁴. وكذلك

اعتبر الترشيحات المودعة مرفوضة بقوة القانون⁵.

ويجب أن نشير إلى أن المقاعد المطلوب شغلها ، توزع بين القوائم بالتناسب حسب عدد

الأصوات التي تحصلت عليها كل قائمة⁶. وأن قوائم المرشحين التي لم تحصل على نسبة سبعة

في المائة (7%) على الأقل من أصوات الناخبين لا تؤخذ في الحسبان⁷.

ثانيا : عمليات التصويت - الاقتراع - وفرز الأصوات

بعد انقضاء المرحلة التحضيرية لعملية الاقتراع (مرحلة استدعاء الناخبين والتصريح

بالترشيح) ، تأتي مرحلة التصويت. بحيث يتم تحديد موعد تاريخ الاقتراع بموجب المرسوم الرئاسي

نفسه ، كما أن مدة الاقتراع تدوم يوما كاملا حسب القانون العضوي للانتخابات⁸.

بالنسبة للبلديات التي ظروفها لا تسمح بإجراء عملية الاقتراع في اليوم نفسه ، فقد

خولت الفقرة الثانية من المادة رقم 33 لوزير الداخلية أن يرخص تقديم افتتاح الاقتراع باثنين

وسبعين ساعة (72 ساعة) على الأكثر (أي ثلاثة أيام قبل تاريخ الاقتراع) بموجب قرار إداري ،

وهذا بناء على طلب الولاية .

¹ / المادة 74 من القانون العضوي رقم 16 / 10 المتعلق بنظام الانتخابات .

² / الفقرة الأولى من المادة 75 من القانون العضوي رقم 16 / 10 المتعلق بنظام الانتخابات .

³ / الفقرة الثانية من المادة 75 من القانون العضوي رقم 16 / 10 المتعلق بنظام الانتخابات .

⁴ / المادة 202 من القانون العضوي رقم 16 / 10 المتعلق بنظام الانتخابات .

⁵ / الفقرة الثانية من المادة 76 من القانون العضوي رقم 16 / 10 المتعلق بنظام الانتخابات .

⁶ / الفقرة الأولى من المادة 66 من القانون العضوي رقم 16 / 10 المتعلق بنظام الانتخابات .

⁷ / الفقرة الثانية من المادة 66 من القانون العضوي رقم 16 / 10 المتعلق بنظام الانتخابات .

⁸ / الفقرة الأولى من المادة 33 من القانون العضوي رقم 16 / 10 المتعلق بنظام الانتخابات .

الإطار التشريعي لتشكيل مجالس وحدات الامركزية الإقليمية في الجزائر- البلدية والولاية-

وهذا الاستثناء (تقديم تاريخ الاقتراع) قيده المشرع بقيد زمني (72 ساعة) ، وكذلك بقيد موضوعي بأن تكون الأسباب مادية حددها المشرع بعيد من مكاتب التصويت وتشتت السكان ولأي سبب استثنائي في بلدية ما¹ .

ثالثا : الإجراءات المصاحبة واللاحقة لعملية الانتخاب

الأصل في التصويت أن يقوم به الناخب بنفسه فالتصويت شخصي وسري² ، ولكن استثناء من ذلك يمكن أن يمارس بالوكالة بالنسبة لبعض الأشخاص ذكرتهم المادة 53 من القانون العضوي لنظام الانتخابات وهم :

- المرضالموجودون في المستشفيات أو الذين يعالجون في منازلهم .
 - ذوو العطب الكبيرة أو العجزة .
 - العمال والمستخدمون الذين يعملون خارج ولاية إقامتهم أو الذين هم في تنقل والذين يلازمون أماكن عملهم يوم الاقتراع .
 - الطلبة الجامعيون والطلبة في طور التكوين الذين يدرسون خارج ولاية إقامتهم .
 - المواطنون الموجودون في الخارج مؤقتا .
 - أعضاء الجيش الوطني الشعبي والأمن الوطني والحماية المدنية وموظفو الجمارك الوطنية ومصالح السجن الذين يلازمون أماكن عملهم يوم الاقتراع " 3 .
- ولقد نظم المشرع ممارسة التصويت (الانتخاب) عن طريق الوكالة بمجموعة من المواد ووضع لها عدد من الضوابط نذكر منها :
- إذا كان الناخب واحدا من الأشخاص الذين حددتهم المادة 53 من القانون العضوي للانتخابات السالفة الذكر ، فإنه لا يوكل لتصويت إلا شخصا واحدا بشرط أن يكون هذا الوكيل متمتعا بحقوقه المدنية والسياسية⁴ .

- يجب أن تحرر هذه الوكالة بعقد أمام رئيس اللجنة الإدارية الانتخابية المنصوص عليها في المادة 15 من القانون العضوي للانتخابات بالنسبة للأشخاص المقيمين في التراب الوطني⁵ . أما الناخبون

¹ / الفقرة الثانية من المادة 33 من القانون العضوي رقم 16 / 10 المتعلق بنظام الانتخابات .

² / تنص المادة 34 من القانون العضوي رقم 16 / 10 على : " التصويت شخصي وسري " .

³ / القانون العضوي رقم 16 / 10 المتعلق بنظام الانتخابات .

⁴ / المادة 55 من القانون العضوي رقم 16 / 10 المتعلق بنظام الانتخابات .

⁵ / المادة 56 من القانون العضوي رقم 16 / 10 المتعلق بنظام الانتخابات .

الإطار التشريعي لتشكيل مجالس وحدات اللامركزية الإقليمية في الجزائر- البلدية والولاية-

المرضى المتواجدون في المستشفيات فتحترر الوكالة بعقد أمام مدير المستشفى أما أفراد الجيش والأمن الوطني والحماية المدنية وموظفو الجمارك وأعوان السجون فيتم تحرير الوكالة أمام قائد الوحدة أو مدير المؤسسة¹.

- ولقد حدد المشرع فترة زمنية لإعداد هذه الوكالات ، فتبدأ خلال الخمسة عشر (15) يوما الموالية لتاريخ استدعاء هيئة الناخبين وتنتهي ثلاثة أيام قبل تاريخ الاقتراع².

- كما أن التصويت عن طريق الوكالة لا يسمح به إلا لوكالة واحدة فقط³.

وتتلخص الإجراءات المصاحبة واللاحقة لعملية الانتخاب فيما يلي :

1 مكتب التصويت :

يتكون مكتب التصويت من رئيس ونائب الرئيس و كاتب ومساعدين اثنين⁴. يعين أعضاء مكتب التصويت بقرار من الوالي ويسخرون كذلك بنفس القرار . يجب أن يكون أعضاء المكتب من بين الناخبين المقيمين في البلدية⁵.

يجب أن لا يكون من بين أعضاء المكتب المرشحون للمجالس الشعبية البلدية والمجالس الولائية أو أقاربهم (مثل آباءهم وأبنائهم) وأصهارهم إلى غاية الدرجة الرابعة والأفراد المنتمين إلى أحزابهم بالإضافة إلى الأعضاء المنتخبين⁶.

تنشر قائمة أعضاء مكاتب التصويت والأعضاء الإضافيين بمقر كل من الولاية والمقاطعة الإدارية والدائرة والبلديات المعنية خلال خمسة عشر يوما على الأكثر بعد قفل قائمة المرشحين. وتسلم هذه القائمة إلى الممثلين - المؤهلين قانونا - للأحزاب السياسية المشاركة في الانتخابات ، وكذا المرشحين الأحرار بطلب منهم وتعلق هذه الأخيرة في مكاتب التصويت يوم الاقتراع⁷.

2- الاعتراض على قائمة أعضاء مكتب التصويت

يمكن أن تكون قائمة أعضاء مكتب التصويت محل تعديل في حالة الاعتراض عليها . وهو

¹ / الفقرة الثالثة من المادة 56 من القانون العضوي رقم 16 / 10 المتعلق بنظام الانتخابات .

² / المادة 57 من القانون العضوي رقم 16 / 10 المتعلق بنظام الانتخابات .

³ / المادة 58 من القانون العضوي رقم 16 / 10 المتعلق بنظام الانتخابات .

⁴ / المادة 29 من القانون العضوي رقم 16 / 10 المتعلق بنظام الانتخابات .

⁵ / المادة 30 من القانون العضوي رقم 16 / 10 المتعلق بنظام الانتخابات .

⁶ / المادة 30 من القانون العضوي رقم 16 / 10 المتعلق بنظام الانتخابات .

⁷ / الفقرة الثانية من المادة 30 من القانون العضوي رقم 16 / 10 المتعلق بنظام الانتخابات .

الإطار التشريعي لتشكيل مجالس وحدات اللامركزية الإقليمية في الجزائر- البلدية والولاية-

ما يعني منح هؤلاء الناخبين حق الرقابة - الشعبية - على القائمة. ولا يقبل هذا الاعتراض إلا إذا توافرت عدد من الشروط الشكلية، قيد بها المشرع ممارسة هذا الحق والتي تتمثل في¹ :
- أن يكون الاعتراض كتابيا.

- أن يكون معللا .

- أن يقدم خلال خمسة أيام الموالية لتاريخ التعليق - النشر - والتسليم الأولي لهذه القائمة . ويبلغ قرار الرفض² إلى الأطراف المعنية في أجل ثلاثة أيام كاملة ، ابتداء من تاريخ إيداع الاعتراض³ .

قرار رفض الاعتراض على قائمة مكتب التصويت يمكن أن يكون قابلا للطعن أمام المحكمة الإدارية المختصة إقليميا في أجل أو خلال ثلاثة أيام ابتداء من تاريخ تبليغ القرار⁴ .

تفصل المحكمة الإدارية المختصة إقليميا في الطعن في أجل خمسة (05) أيام ابتداء من تاريخ تسجيل الطعن⁵ ، ويكون القرار القضائي نهائيا غير قابل لأي شكل من أشكال الطعن⁶ .

يبلغ القرار - حكم - المحكمة الإدارية المختصة إقليميا فور صدوره إلى الأطراف المعنية ، وإلى الوالي قصد تنفيذه⁷ .

ويسلم الوالي نسخة من القائمة النهائية لأعضاء مكاتب التصويت والأعضاء الإضافيين إلى الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات⁸ .

أخيرا نشير إلى أن المشرع من خلال هذه المادة لم يشر صراحة إلى الجهة الإدارية التي يقدم لها الاعتراض على القائمة التي تحتوي على أعضاء مكتب التصويت. و لم يحدد كذلك الأشخاص الذين لهم الحق في الاعتراض على هذه القائمة أمام الجهات الإدارية وحق الطعن أمام القضاء .

¹ / الفقرة 03 من المادة 30 من القانون العضوي رقم 16 / 10 المتعلق بنظام الانتخابات .

² / ذكر المشرع في هذه المادة بأن يبلغ قرار الرفض إلى الأطراف المعنية ولم يحدد بشكل صريح ما هم الشيء المرفوض فكان من الأحسن أن يذكر المشرع بشكل صريح قرار رفض الاعتراض على قائمة أعضاء مكتب التصويت فهذا القرار هو الذي يتم تبليغه للأطراف المعنية .

³ / الفقرة الرابعة من المادة 30 من القانون العضوي رقم 16 / 10 المتعلق بنظام الانتخابات .

⁴ / الفقرة الخامسة من المادة 30 من القانون العضوي رقم 16 / 10 المتعلق بنظام الانتخابات .

⁵ / الفقرة السادسة من المادة 30 من القانون العضوي رقم 16 / 10 المتعلق بنظام الانتخابات .

⁶ / الفقرة السادسة من المادة 30 من القانون العضوي رقم 16 / 10 المتعلق بنظام الانتخابات .

⁷ / الفقرة السابعة من المادة 30 من القانون العضوي رقم 16 / 10 المتعلق بنظام الانتخابات .

⁸ / الفقرة الأخيرة من المادة 30 من القانون العضوي رقم 16 / 10 المتعلق بنظام الانتخابات .

الإطار التشريعي لتشكيل مجالس وحدات اللامركزية الإقليمية في الجزائر- البلدية والولاية-

وعليه فإننا نعتقد أن حق الاعتراض أمام الجهات الإدارية وحق الطعن القضائي أمام القضاء الإداري المختص يكون لجميع المرشحين، ولأحزابهم السياسية التي يذتمون إليها ، وبصفة عامة لجميع ناخبي البلدية .

خاتمة :

وبعد أن انبينا البحث حول موضوع انشاء وتشكيل المجالس الشعبية المحلية - البلدية والولاية نذكر بأهم النتائج التي سجلناها والتي تتمثل في الآتي :

- إن إشراك المواطنين في إدارة شؤونهم المحلية أمر ضروري تتطلبه مبادئ الديمقراطية من جهة، ومن جهة ثانية فإنه يساعد على نشر الوعي وأهمية العمل الجماعي وتدريب المواطنين على شؤون الإدارة المحلية وتحمل المسؤولية .

- أن المشرع الجزائري قد أخذ بالمبدأ الديمقراطي في تكوين المجالس الشعبية البلدية والمجالس الولائية لضمان استقلالها. فإذا كان استقلال المجالس الشعبية المحلية الذي هو أحد النتائج المترتبة على اعتراف المشرع للبلديات والولايات بالشخصية المعنوية ، فنجد أن كل أعضاء المجلس الشعبي البلدي وكل أعضاء المجلس الشعبي الولائي بمن فيهم رئيسي المجلسين ، يتم انتخابهم بواسطة سكان البلدية والولاية المسجلين في قائمة الناخبين .

- أن المعيار المعتمد لتحديد عدد أعضاء المجالس البلدية والمجالس الولائية هو عدد نسبة السكان بحيث جعل المشرع هذا العدد لا يقل عن ثلاثة عشر عضوا ولا يزيد عن ثلاثة وأربعين عضوا بالنسبة للبلديات ولا يقل عن خمسة وثلاثين عضوا ولا يزيد عن خمسة وخمسين عضوا بالنسبة للولايات.

- أن المشرع اشترط لممارسة حق انتخاب المجلس الشعبي البلدي والمجلس الولائي شرط إقامة الناخب والمنتخب في البلدية .

الجماعات الإقليمية في الدساتير الجزائرية بين التكريس ومحدودية الترقية المعيارية لها

قدمة وحيدة

تاريخ الإرسال: 2018-01-27

طالبة دكتوراه علوم

تاريخ القبول: 2018-07-24

كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1

تاريخ النشر: 2018-08-03

الملخص :

يعتبر مبدأ اللامركزية الإقليمية أحد أساليب وتقنيات التنظيم الإداري وأحد المبادئ الدستورية الجوهرية التي كرست من خلال جميع الدساتير الجزائرية المتعاقبة ، ضامنا لاستقلال الجماعات الإقليمية عن السلطة الوصية ، غير أن هذا التكريس يبقى محدودا بفعل تغييب مقومات استقلالها على مستوى النصوص الدستورية .

الكلمات المفتاحية: الجماعات الإقليمية ، اللامركزية الإقليمية ، الدستور ، سلطة الوصاية

Résumé

Le principe de la décentralisation territoriale est l'une des méthodes et des techniques d'organisation administrative, et l'un des principes constitutionnels fondamentaux qui ont été consacrés par les constitutions algériennes successives , pour assurer l'indépendance des collectivités locales de l'autorité centrale , cependant, ce dévouement est limité par l'absence d'éléments de son indépendance au niveau des règles constitutionnelles.

Mot clé : Les collectivités territoriales, la décentralisation territoriale la constitution , pouvoir du tutelle

مقدمة :

تعتبر الجماعات الإقليمية؛ الولاية والبلدية في النظام القانوني الجزائري الشكل الثاني للأشخاص المعنوية العمومية إلى جانب كل من الدولة والمؤسسات العمومية، وبذلك فقد ضمن لها القانون وجودا قانونيا متميزا عن الدولة ، خصوصا على مستوى النصوص الدستورية؛ فالاعتراف الدستوري بالجماعات الإقليمية هو الأساس الرئيسي والجوهري الذي يفعل استقلال هذه الهيئات عن السلطة المركزية ، هذه الأخيرة التي لا يمكنها بأي حال من الأحوال أن تتجاوز أو تمس هذا الوجود القانوني، حيث أن الدستور قد عمد إلى تنظيم علاقاتها مع جماعاتها الإقليمية من خلال الاعتراف الصريح بهذه

_____ الجماعات الإقليمية في الدساتير الجزائرية بين التكريس ومحدودية الترقية المعيارية لها

الأخيرة على مستوى نصوصه منذ أول دستور عرفته الدولة الجزائرية الفتية سنة 1963¹ إلى اليوم، حتى وإن كان هذا الوجود مرتبط في أساسه بالدولة، ذلك أن اللامركزية الإقليمية في حد ذاتها تقضي الخضوع لرقابة السلطة الوصية في إطار وحدة الدولة ووحدة تطبيق القانون. ورغم الاعتراف الدستوري بالجماعات الإقليمية كهيئات قائمة بذاتها، إلا أن معالم اللامركزية الإقليمية في الجزائر اتسمت بشكل أساسي بتضييق الخناق على استقلالها عن السلطة الوصية من خلال محدودية تكريس وجودها على أكثر صعيد وفي أولها الصعيد الدستوري، ذلك أن المشرع الدستوري لم يسعى إلى تفعيل الترقية المعيارية لها، لذا تميز هذا الاعتراف بقصوره عن بناء وجود متكامل للجماعات الإقليمية؛ الأمر الذي يستدعي معه تسليط الضوء حول المكانة الدستورية للجماعات الإقليمية في الجزائر وذلك من خلال دراسة نقطتين رئيسيتين:

تتعلق الأولى بدراسة وتحليل التكريس الدستوري للجماعات الإقليمية، أما الثانية فتتعلق بمحاولة التقصي عن أثار ونتائج الاعتراف الدستوري بها.

المبحث الأول: التكريس الدستوري للجماعات الإقليمية: تكريس مبع

يعتبر الدستور الوثيقة الأساسية في البلاد، وهو مرجعية كل القوانين فيها، فمهمته أساسا سن القواعد الأساسية تبعا لأوضاع الدولة السياسية، الاقتصادية، الاجتماعية لذلك فإن المبادئ المكرسة من خلاله هي مبادئ أساسية تلزم كل السلطات والأفراد باحترامها وعدم الخروج عنها، وبالرغم من أن الجزائر قد عرفت عدم استقرار واضح لدساتيرها فتأرجحت بين الشرعية والمشروعية، وزامن ذلك أزمات سياسية أثرت بشكل أو بآخر على أسمى وثيقة في الدولة، إلا أن المتتبع لمسار الدساتير الجزائرية المتعاقبة منذ الاستقلال إلى اليوم، وبالرغم من التمايز بينها بسبب التباين الإيديولوجي للمؤسس الدستوري جزائري من تبنى النزعة الاشتراكية و نظام الحزب الواحد في ظل دستوري البرامج لسنة 1963¹ و 1976²، والتحول إلى النهج الذي فتح آفاق الديمقراطية من خلال

¹ أنظر ج ر رقم 64 المؤرخة في 1963/09/10.

¹ Sur ce point Voir François BORELLA : la constitution algérienne un régime constitutionnelle de gouvernement par le partie, R.A.S.J.E. n°01, faculté de droit et sciences économiques, université d'Alger, janvier 1964, pp.51-80.

² أنظر الأمر رقم 76-97 المؤرخ في 1976/11/22 المتضمن إصدار الدستور، ج ر رقم 94 المؤرخة في 1976/11/24.

الجماعات الإقليمية في الدساتير الجزائرية بين التكريس ومحدودية الترقية المعيارية لها
دستوري القوانين لسنة 1989³ و1996⁴ القائمين على أساس التعددية الحزبية وتبني الحريات
السياسية، إلا أنها كلها اتجهت نحو السير الدائم والمتواصل لتجسيد مبدأ اللامركزية الإقليمية، هذا
الأخير الذي يتسم بطابع المحدودية (المطلب الأول)، والغياب التام للترقية المعيارية لها (المطلب
الثاني).

المطلب الأول: محدودية ترسيخ معالم اللامركزية الإقليمية في الدساتير الجزائرية

إن الترخيص الدستوري للجماعات الإقليمية، يعكس المكانة متميزة لها في دول القانون التي
استهدفت تكريس هذا النمط في تنظيمها الإداري على وجه يمنح لهذه الوحدات أكبر قدر من
الاستقلال، باعتبارها مناط وأساس تكريس الديمقراطية المحلية وترسيخ أفضل لمعاملها، وفي هذا
الإطار يقول الأستاذ شعبان بن أقروح:

« L'ancrage constitutionnel des collectivités bien établie et aujourd'hui de nombreux états de droit ... »¹.

كل الدساتير المتعاقبة في الجزائر أولت اهتماما وعناية فائقة بمبدأ اللامركزية الإقليمية، رغم
الظروف التي عاش فيها كل دستور، حيث أن دستور 1963 والذي لم يكتب له البقاء لمدة طويلة
فلم يدم إلا لمدة 23 يوما قد اعترف بالجماعات الإقليمية من خلال المادة 09 منه والتي نصت على
أن: "الجمهورية تتكون من مجموعات إدارية يتولى القانون تحديد مداها و اختصاصاتها"، حيث
يلاحظ إشارته للجماعات الإقليمية بصورة يمكن وصفها بالمتشعبة فلم يحدد بدقة المقصود بالمجموعات
الإدارية، ليرتد المكانة الهامة التي تحوزها البلدية في التنظيم الإداري؛ إذ اعتبر أن البلدية المجموعة
الإقليمية الإدارية الاقتصادية والاجتماعية القاعدية، كما قد أكد ميثاق الجزائر العاصمة لسنة 1964
حقيقة الاختيار الاشتراكي وسير العمل المنسجم للتسيير الذاتي وضرورة إعطاء الجماعات المحلية

³ أنظر المادة 15 من المرسوم الرئاسي رقم 89-18 المؤرخ في 1989/02/23 المتعلق بنشر نص تعديل الدستور، ج ر رقم 09
المؤرخة في 1989/03/01.

⁴ أنظر المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 1996/12/07 المتضمن إصدار نص تعديل الدستور، (ج ر رقم 76 المؤرخة في
08/12/1996)، المعدل بموجب القانون رقم 02-03 المؤرخ في 2002/04/10، (ج ر رقم 25 المؤرخة في 2002/04/14)،
والمعدل بموجب القانون رقم 08-19 والمؤرخ في 2008/11/15، (ج ر رقم 63 المؤرخة في 2008/11/16)، والمعدل أيضا
بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ في 2016/03/06 (ج ر رقم 14 المؤرخة في 2016/03/07).

¹ Chabane BENAKEZOUH: Autour des bases constitutionnelles des collectivités territoriales, R.A..S.J.E.P, Alger, n° 4, 2003p.44.

سلطات حقيقية باعتبار أن البلدية قاعدة التنظيم السياسي ، الاقتصادي والاجتماعي للدولة¹.
وقد أعقب هذا الدستور دخول الجزائر في دوامة غياب الشرعية الدستورية لما يفوق عقدا من الزمن إلى غاية 1976/11/22 تاريخ صدور دستور 1976، والذي بدوره قد كرس مبدأ اللامركزية الإقليمية ضمن الفصل الثالث منه المعنون ب "الدولة" وهو ما يعكس تبني الدولة لاستقلال الجماعات الإقليمية في ظل وحدة الدولة، من خلال المواد 34، 35، 36، فقد نصت المادة 34 منه على أن تنظيم الدولة يستند إلى مبدأ اللامركزية القائم على ديمقراطية المؤسسات والمشاركة الفعلية للجماهير الشعبية في تسيير الشؤون العمومية، أما المادة 35 منه، فتكفلت بتبيان الأساس الذي تقوم عليه اللامركزية وهو توزيع الصلاحيات والمهام، مؤكدة على أن هذا التوزيع يكون في إطار وحدة الدولة ، لتحديد في فقرتها الثانية الهدف من سياسة اللامركزية في منح الجماعات الإقليمية الوسائل البشرية والمادية من اجل تحقيق التنمية كمهام تكميلية لما تقوم به الأمة.

كما أن هذا الدستور و بخلاف دستور سنة 1963 قد تولى تحديد الجماعات الإقليمية للدولة بنصه في المادة 36 فقرة أولى على مايلي : "المجموعات الإقليمية هي الولاية و البلدية" لتؤكد من خلال فقرتها الثانية على أهمية مكانة البلدية في التنظيم الإداري حيث نصت: " البلدية هي المجموعة الإقليمية السياسية والإدارية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية في القاعدة".

مما يلفت الانتباه هو العشوائية في ترتيب نصوص هذه المواد ، فكان الأجدر أن تسبق المادة 36 المادة 35 في الترتيب ، إذ لا بد من تحديد الجماعات الإقليمية أولا، ومن ثمة تحديد مهامها ، كما يجب الإشارة إلى أن المؤسس الدستوري في ظل هذا الدستور، قد ذكر أهم عناصر اللامركزية وهي المجالس الشعبية ضمن المادتين 07 و 08 من الفصل الأول المعنون بالجمهورية، ضمن الباب الأول المعنون بالمبادئ الأساسية التي تحكم المجتمع الجزائري حيث اعتبرت المادة 07 المجلس الشعبي المؤسسة القاعدية للدولة وهو إطار للتعبير عن الإرادة الشعبية ، وانه قاعدة للامركزية ولمساهمة الجماهير في تسيير الشؤون العمومية ، مما يعني أن المجلس المنتخب هو احد المبادئ التي يقوم عليها المجتمع الجزائري، أما المادة 08 فتطرقت لتشكيلة المجالس الشعبية المنتخبة بالأغلبية فيها تمثل العمال

¹ Abdelhamid SI AFIFI : Le principe de décentralisation –moyens de mise en œuvre et poids des traditions locales-mémoire de magister , institut de des sciences politique et de l'information, université d'Alger, mai 1982 , p.46 ; Missoum SBIH :L'administration publique Algérienne ,HACHETTE LITTÉRATURE, 1973, p.213.

والفلاحين ولذلك فهي تمثل القوى الاجتماعية للثورة، وبالتالي قد تم تغييب الديمقراطية في تشكيلها وحصرها في فئتي العمال والفلاحين تماشيا مع النهج الاشتراكي المكرس آنذاك.

كما سبق يلاحظ أن المعالجة الدستورية للجماعات الإقليمية في هذا الدستور لم تعرف أي تغيير على غرار دستور 1963 ، كل ما في الأمر أنه تم تحديد تلك الجماعات بدقة في كل من " البلدية والولاية " من دون أي سعي لتكريس مقومات وجودها، كمنظومة التنظيم الإداري اللامركزي . وصولا إلى دستور 1989 هذا الأخير قد أكد أيضا على مبدأ اللامركزية الإقليمية من خلال نصوص المواد 14، 15، 16 ضمن الفصل الثاني المعنون بالدولة في إطار الباب الأول المعنون بالأحكام العامة التي تحكم المجتمع الجزائري، حيث تكفلت المادة 14 بتبيين المبادئ التي تقوم عليها الدولة واعتبرت أن المجلس المنتخب هو الإطار الذي يعبر من خلاله الشعب عن إرادته ويمارس من خلاله عملية الرقابة على أعمال السلطات العمومية، أما نصت المادة 15 فقرة أولى منه فقد حددت الجماعات الإقليمية حيث نصت : " الجماعات الإقليمية للدولة هي البلدية والولاية " ، أما فقرتها الثانية فنصت على أن البلدية هي الجماعة القاعدية ، لتؤكد المادة 16 منه على أهمية المجلس المنتخب معتبرة إياه قاعدة اللامركزية ومكان مشاركة المواطنين في تسيير الشؤون العمومية.

إن دستور 1989 رغم التغييرات الجذرية التي جاء بها جعلت منه أول دستور قانون للبلاد كرس الحرية السياسية وولادة نظام سياسي جديد مغاير تماما لما كان عليه في السابق، من خلال ضمان الحقوق والحريات واحداً للقطيعة مع نظام الحزب الواحد، إلا أنه لم يحدث أي تغيير بالنسبة لنظام اللامركزية الإقليمية وعلى الخصوص البلدية فكان بمثابة تعديل شكلي في ما يتعلق بها مفرغ من محتواه¹.

أما الدستور الحالي لسنة 1996 فقد تطرق للجماعات الإقليمية من خلال نصوص المواد 14، 15، 16 حملت تطابقا حرفيا لما نصا عليه المواد 14، 15، 16 من دستور 1989، و بالرجوع إلى نص المادة 15 الفقرة الأولى منه نجد أنها تنص على ما يلي : " الجماعات الإقليمية للدولة هي البلدية والولاية " ، لتتولى الفقرة الثانية من ذات المادة تحديد الجماعة القاعدية وهي البلدية، أما المادة 16 منه فقد تطرقت إلى المجلس المنتخب كإطار للامركزية ومكان لمشاركة المواطنين في تسيير الشؤون العمومية؛ حيث يلاحظ أن هاتان المادتان مقتضبتان لم تحددا أبعاد هذه الجماعات وبذلك أحالت

¹ Nasser LEBED :L'exercice de la tutelle sur les communes de la Daïra d'Oued-Zenati , Mémoire de Magistère, Institut des Sciences Juridiques et Administratives, Université D'Alger , p.11.

الجماعات الإقليمية في الدساتير الجزائرية بين التكريس ومحدودية الترقية المعيارية لها

على القوانين المحلية تفصيلات الموضوع، وكان من الأجدر على المشرع الدستوري الجزائري أن يوضح مكانة هذه الجماعات في الدستور التي لا يتم إيجادها إلا بقراءة أحكام الدستور مادة مادة وضمن الفصل الثالث من الباب الأول الموسوم بالدولة، كما أن طريقة التنظيم كانت مجرد حكمين عابرين خاليان من ذكر أهم المبادئ التي يتركز عليها التنظيم الإقليمي باستثناء ما ورد في المادة 16 منه²، غير أن أهم ما ميز دستور 1996 أنه قد ساهم في ترقية مشاركة الجماعات الإقليمية في بناء مؤسسات سياسية بالغة الأهمية، حيث تم إشراكها لأول مرة في تشكيل مجلس الأمة حيث نصت المادة 101 فقرة منه: "ينتخب ثلثا (2/3) أعضاء مجلس الأمة عن طريق الاقتراع غير المباشر والسري من بين أعضاء المجالس الشعبية البلدية والمجلس الشعبي الولائي (...)"، لذلك فقد تدعمت مكاتبتها بترقية مركزها القانوني بعنصر المشاركة وطنيا والانتخابات المحلية إضافة إلى طابعها المحلي حيث أصبحت مدرسة سياسية توصل للمشاركة في المستويات العليا من التنظيم السياسي للدولة¹.

وبالرغم من سلسلة التعديلات التي تعرض لها دستور 1996 سنتي 2002 و2008، إلا أنه لم يحمل في طياته أي تغيير يسهم في ترقية المعالجة الدستورية للجماعات الإقليمية في الجزائر، أما التعديل الدستوري لسنة 2016² رغم أنه جاء كنتيجة لسلسلة الإصلاحات السياسية التي بادر بها رئيس الجمهورية سنة 2011 إلا أنه لم يسعى إلى تعزيز المعالجة الدستورية للامركزية الإقليمية؛ فقد حافظ على ذات الموقف، حيث تطرق إليها في نصوص المواد 17، 16، 15 بنفس الوتيرة ونفس ترتيب الأفكار، فقط الاختلاف في ترقيم نصوص المواد المتطرفة لها، فقد تطرقت المادة 15 لمبادئ التنظيم الديمقراطي التي تقوم عليها الدولة في الفقرة الأولى، وإلى المجلس المنتخب باعتباره الإطار الذي يعبر فيه الشعب عن إرادته في الفقرة الثانية، الجديد هو الفقرة الثالثة من هذه المادة التي نصت على ما يلي: "تشجع الدولة الديمقراطية التشاركية على مستوى الجماعات المحلية"، وعليه فإن

² محمد ناصر بوغزالة: الجماعات المحلية في الدساتير، ورقة بحث مقدمة في الملتقى الدولي الثالث حول الجماعات المحلية في الدول المغاربية في ظل التشريعات الجديدة و المنتظرة، المنظم من قبل كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الوادي، أيام 01 و02 ديسمبر 2015، ص 13.

¹ فاتح بوطيق: اللامركزية الإدارية و التعددية الحزبية في الجزائر من خلال دراسة حالة ثلاث بلديات من ولاية المسيلة، المسيلة، المطارفة، المعاضيد، للعهدين الانتخابيتين 95/90، 2002/97، رسالة ماجستير، كلية الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر العاصمة، السنة الجامعية 2005-2006، ص 13.

² للتفصيل أكثر حول أهم ما جاء به التعديل الدستوري لسنة 2016، أنظر مقال بعنوان البرلمان في قلب التعديل الدستوري الجديد 2016، مجلة الفكر البرلماني، مجلس الأمة، العدد 38، الجزائر العاصمة، فيفري 2016، ص 06 وما بعدها.

التعديل الدستوري لسنة 2016 قد شكل طفرة نوعية في ترقيته لدور المواطن على المستوى المحلي؛ حيث عمل على تفعيل الديمقراطية التشاركية على المستوى المحلي من خلال ضمان مشاركة المواطنين في تسيير الشأن المحلي من أجل الوصول إلى علاقة أكثر متانة بين المنتخبين والمواطنين، وتجعل بذلك المواطن المحلي فاعل أساسي في تسيير الشؤون المحلية³، أما المادة 16 فقد حددت الجماعات الإقليمية في البلدية والولاية، وحافظت على مكانة البلدية باعتبارها الجماعة القاعدية في التنظيم الإداري اللامركزي، للتتطرق المادة 17 إلى المجلس المنتخب كقاعدة للمشاركة في تسيير الشؤون العمومية، وعليه رغم الظروف التي صدر فيها هذا التعديل وسعيه تكريس الإصلاحات إلا أنه لم يدعم اللامركزية الإقليمية في الجزائر بما يفعل استقلالها عن السلطة المركزية.

المطلب الثاني: محدودية الترقية المعيارية للجماعات الإقليمية في الدساتير الجزائرية

مما لا يمكن إنكاره أن الجماعات الإقليمية في القوانين الأساسية الجزائرية قد استحوذت على مكانة هامة، جعلت منها مؤسسات دستورية تتمتع بقدر من الضمانات التي تكفل وجودها المتميز عن السلطة الوصية، وفي مقدمة تلك الضمانات تكريس مبدأ انتخاب أعضائها من خلال تعزيز مكانة المجلس المنتخب في بناء الجماعات الإقليمية البلدية والولاية⁴، رغم تبني التعيين من جهة أخرى والذي يشكل بترًا للاستقلال العضوي لتلك الجماعات عن السلطة الوصية، ويتعلق الأمر هنا بالولاية الذين يتم تعيينهم بموجب مرسوم رئاسي¹، كما أن تحديد الدستور للوسيلة القانونية التي يتم من خلالها إنشاء البلدية والولاية كهيئة في حد ذاتها بضمان استقلال تلك الجماعات عن السلطة الوصية، ذلك أن الأداة الوحيدة التي تنشأ بها هي القانون تطبيقًا لأحكام المادة 140 من الدستور الحالي والتي تنص: "شرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور، وكذلك في المجالات الآتية..التقسيم الإقليمي للبلاد"، وهو ما يشكل ضمانًا كافية لاستقلالها عن السلطة الوصية حتى لا تبقى عرضة لتدخلات الحكومات المتعاقبة سواء بزيادة عددها أو إنقاصها خدمة لأغراض سياسية

³ للتفصيل أكثر حول الديمقراطية التشاركية أنظر عيساوي عز الدين: من الديمقراطية التمثيلية إلى الديمقراطية التشاركية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2015، ص ص 219-226.

⁴ أنظر المواد: 7 و 08 من دستور 1976؛ المادة 14 من دستور 1989؛ المادة 15 من دستور 1996 المعدل والمتمم السابق الذكر.

¹ أنظر المادة 92 نقطة 10 من التعديل الدستوري لسنة 2016 السالف الذكر.

لكن رغم هذا الاعتراف الصريح بالجماعات الإقليمية في الدساتير الجزائرية المتتابعة، وما لذلك من دور في ضمان استقلالها عن المركز، إلا أن أهم ما يمكن تسجيله هو التناهي المستمر للمؤسس الدستوري الجزائري في معالجته لموضوع اللامركزية الإقليمية عن تأصيل و ترسيخ معالمها؛ بالرغم من أهميتها البالغة في التنظيم الإداري اللامركزي للدولة، فكل ما فعله هو اقتصره على تحديدها فقط دون تجاوز ذلك إلى ما يؤكد استقلالها من النص على تمتعها بالشخصية المعنوية أو التعبير الصريح على أنها شخص معنوي عمومي مستقل.

وعطفا على ما سبق، يمكن القول أن المعالجة الدستورية لمبدأ اللامركزية الإقليمية لم ترقى إلى مستوى تفعيل استقلال الجماعات الإقليمية وقد برز ذلك على مستوى النصوص الدستورية، فلم يسع المؤسس الدستوري إلى تكريس الترقية المعيارية للامركزية الإقليمية، لذلك فهذه الأخيرة لم تحظى من خلالها بأي اهتمام رغم أنها أحد المؤسسات الإدارية البالغة الأهمية في الدولة، ويمكن أن نسجل محدودية التكريس الدستوري للجماعات الإقليمية في الدساتير الجزائرية عن طريق المقارنة مع دساتير دول الجوار التي حظيت فيها الجماعات الإقليمية بمكانة عمقت فيها أسس اللامركزية الإقليمية ونخص بالذكر:

***الدستور المغربي³:** هذا الأخير الذي أولى عناية فائقة بموضوع الجماعات الترابية⁴ حيث خصصت لها بابا كاملا وهو الباب التاسع المعنون بـ "الجهات و الجماعات الترابية الأخرى"، مكون من 12 فصلا (مادة)، من الفصل 135 إلى الفصل 146 مركزا على كل مقتضيات تفعيل وجود الجماعات الترابية كمؤسسات دستورية قائمة بذاتها ولعل أهم يمكن رصده ما نص عليه الفصل 135 ف 01 منه: "الجماعات الترابية للمملكة هي الجهات والعمالات والأقاليم والجماعات"، أما الفقرة الثانية من ذات الفصل فقد نصت: "الجماعات الترابية أشخاص اعتبارية خاضعة للقانون العام تسير شؤونها

² نصر الدين بن طيفور: أي استقلالية للجماعات المحلية الجزائرية في ظل مشروع جوان 1999 لقانوني البلدية والولاية، مجلة إدارة، المدرسة الوطنية للإدارة، العدد 02، الجزائر العاصمة، 2001، ص 08.

³ أنظر دستور المملكة المغربية، إصدارات مركز الدراسات وأبحاث السياسة الجنائية بمديرية الشؤون الجنائية و العفو، سلسلة نصوص قانونية، العدد 19، سبتمبر 2011، بواسطة الموقع الإلكتروني:

www.ism.ma/basic/web/ARABE/Textesdeloiarabe/DocConst.pdf

⁴ أنظر في هذا الإطار محمد عالي أديبا: المكانة الدستورية للجماعات المحلية، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، عدد 34، دار النشر المغربية، الدار البيضاء (المغرب)، أكتوبر 2000، ص 103-97.

بكيفية ديمقراطية".

إن المؤسس الدستوري المغربي بعد تحديده لصور وأنواع الجماعات الإقليمية في الفقرة الأولى من الفصل 135 راح يفصل في تعريفه لتلك الجماعات في الفقرة الثانية؛ حيث ركز على الشخصية الاعتبارية كونها أحد العناصر الجوهرية في تكريس استقلال الجماعات الترابية عن السلطة المركزية، مؤكداً ذلك من خلال النص على تمتع الجماعات الترابية المغربية باختصاصات ذاتية أو أخرى مشتركة مع السلطة المركزية حسب الفصل 140 فقرة 01، وكذا النص على تمتعها بمواد مالية ذاتية خاصة بها وأخرى مرصودة من قبل الدولة حسب الفصل 141، ليتطرق أيضاً إلى تسييرها لشؤونها بطريقة ديمقراطية وهو ما يرسخ معالم مستقلة للامركزية الإقليمية في المغرب، وهو ما يعكس أهمية هذه الجماعات في البناء المؤسساتي للدولة، باعتبارها أشخاص فاعلة على المستويين المحلي والوطني، ولعل أهم ما يثير الاهتمام ما نصت عليه الفصل 139 في تفعيل دور المواطن المحلي في المساهمة في إعداد برامج التنمية المحلية، بالإضافة إلى منحه حق تقديم عرائض لمطالبة المجالس المنتخبة بإدراج نقطة تدخل في اختصاصه ضمن جدول أعماله، وهو ما يعكس الاهتمام الدستوري المنقطع النظير بالمواطن المحلي وتعزيز مساهمته في تسيير شؤونه المحلية عن طريق ترسيخ وتعميق الآليات التشاركية للحوار والتشاور¹.

*الدستور التونسي² هو الآخر قد منح الجماعات الإقليمية مكانة متميزة فيه، حيث قد تطرق إليها ضمن الباب السابع المعنون بـ: "السلطة المحلية" من خلال 12 فصل (مادة)؛ من الفصل 131 إلى الفصل 142، حيث نص الفصل 131 فقرة 01 و02: "تقوم السلطة المحلية على أساس اللامركزية. تتجسد اللامركزية في جماعات محلية، تتكون من بلديات وجهات وأقاليم، يغطي كل صنف منها كامل تراب الجمهورية وفق تقسيم يضبطه القانون"، أما الفصل 132 فقد نصت على ما يلي: "تتمتع

¹ تجدر الإشارة إلى أن المؤسس الدستوري الفرنسي قد سبق له وأن كرس حق المواطن الفرنسي في تقديم عريضة إلى المجالس المنتخبة، بهدف تسجيل مسألة ما من اختصاصها في جدول أعمال المجلس المحلي لهذه الجماعة، حيث تنص المادة 72-1 في فقرتها الأولى من الدستور الفرنسي ما يلي:

« La loi fixe les conditions dans lesquelles les électeurs de chaque collectivité territoriale peuvent, par l'exercice du droit de pétition, demander l'inscription à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante de cette collectivité d'une question relevant de sa compétence » voir la constitution française par le site web: www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/.../constitution/constitution.pdf

² دستور الجمهورية التونسية بواسطة الموقع الإلكتروني:

_____ الجماعات الإقليمية في الدساتير الجزائرية بين التكريس ومحدودية الترقية المعيارية لها

الجماعات المحلية بالشخصية القانونية والاستقلالية الإدارية والمالية وتدير المصالح المحلية وفقا لمبدأ التدبير الحر".

مما سبق يلاحظ أن المؤسس الدستوري التونسي، قد عمل على تكريس المبادئ التي تحكم اللامركزية الإقليمية من تكريس عناصرها الجوهرية التي تضمن استقلالها على السلطة الوصية، من تمتعها بالشخصية القانونية وكذا استقلالها الإداري والمالي وإدارة مصالحها بجرية، التمتع باختصاصات ذاتية حسب الفصل 134، ناهيك عن تكريس مبدأ الانتخاب على المستوى المحلي، قد وذهب المؤسس الدستوري التونسي إلى أبعد من ذلك، من خلال نصه أن القانون الانتخابي يضمن تمثيل الشباب في المجالس المحلية حسب الفصل 133 من الدستور التونسي، وكان ذلك استجابة للمطالب التي تنادي بضرورة تفعيل المنطق الديمقراطي للنظام الجمهوري كنظام يقوم على سيادة الشعب، بتوفير كل الضمانات التي تكفل مشاركته الفعلية في تسييره، بناء على تصور شامل للمواطنة في العديد من الأبعاد، ومنها البعد الإداري الذي تطلب إعادة النظر في تصور اللامركزية في اتجاه تكريس فعلي للديمقراطية المحلية وتعميمها على كل إقليم الدولة¹.

المبحث الثاني: نتائج محدودية التكريس الدستوري للجماعات الإقليمية

إن الدساتير الجزائرية المتعاقبة كما سبق بيانه قد اکتفت بتناولها لموضوع اللامركزية الإقليمية بتحديد أصنافها في البلدية والولاية، مع التركيز على أهم عناصرها المجلس المنتخب، من دون تحديد للمركز الدستوري لها، إن هذا التغييب ينتج آثار خطيرة تعتبر بمثابة قيد على نظام اللامركزية الإقليمية في الجزائر، من خلال عدم وضوح علاقة الدولة بجماعاتها الإقليمية من جهة (المطلب الأول)، وكذا تغييب الضمانات الدستورية المكرسة لاستقلالها عن السلطة الوصية من جهة أخرى (المطلب الثاني).

المطلب الأول: غموض في علاقة الدولة بجماعاتها الإقليمية

إن عدم تحديد المؤسس الدستوري للمركز الدستوري للجماعات الإقليمية، نتج عنه غموض في تنظيم العلاقة العمودية بين الدولة والجماعات الإقليمية، وحتى العلاقة الأفقية بين الجماعات الإقليمية،

¹ سعاد موسى السلاحي: ثورة مواطنة والحق في المواطنة، الطبعة الأولى، دار محمد علي للنشر، تونس، 2011، ص ص 28-29.

لهذا احتفظ المؤسس الدستوري بمظاهر عدم التركيز الإداري تطبيقا للامركزية²، بخلاف غيره من الدساتير التي تكفلت بتحديد العلاقة بين الدولة والجماعات الإقليمية من جهة وبين الجماعات الإقليمية في بينها من جهة أخرى³، وفي هذا الإطار ينص الفصل 143 فقرة 01 من الدستور المغربي: " لا يجوز لأي جماعة ترابية أن تمارس وصايتها على جماعة ترابية أخرى" أما الفصل 145 فقرة 01 و02 فتكفل بتحديد سمات الوصاية على الجماعات الترابية، وتحديد مهامها العام حيث نص على ما يلي: " يمثل ولاة الجهات وعمال الأقاليم و العمالات ، السلطة المركزية في الجماعات الترابية. يعمل الولاية والعمال باسم الحكومة على تأمين تطبيق القانون وتنفيذ النصوص التنظيمية للحكومة ومقرراتها كما يمارسون المراقبة الإداري"، مما يعني أن الدستور المغربي قد عمل على ضبط علاقة السلطة المركزية بالجماعات الترابية، بما يفسح المجال لتكريس حرية الجماعات الترابية كأصل عام إلى جانب تحديد العلاقة بينها في إطار محدد هو الرقابة الإدارية عليها كاستثناء عن الأصل .

وفي خضم هذا التغييب لتنظيم العلاقة بين الدولة وجماعاتها الإقليمية في الدساتير الجزائرية، تولى كل من قانوني البلدية والولاية تنظيم هذه العلاقة لاسيما في مجال الرقابة الوصائية على أشخاص وهيئات وأعمال هذه الهيئات⁴، مع أن هذين القانونين تميزا بكثرة الإحالة على التنظيم¹، هذه الأخيرة التي تعبر عن تنازل السلطة التشريعية عن صلاحية التشريع لصالح للسلطة التنفيذية²، مما يجعلها هي من تتولى تحديد علاقتها مع الجماعات الإقليمية بما يخدم توجهاتها بعيد عن أي ضوابط دستورية تحكم هذه العلاقة، وهو الأمر الذي يستهدف بشكل أساسي استقلالية الجماعات الإقليمية، هذه الأخيرة التي لا يمكن تفعيلها بأي حال من الأحوال في ظل الغياب التام لنصوص دستورية تكرسها، وهو ما يسهم بشكل كبير في بسط هيمنة السلطة المركزية على الجماعات الإقليمية.

² يوسف فايزة: عن تفعيل أداء المنتخب المحلي على ضوء الإصلاحات السياسية الجزائرية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2013، ص 222.

³ sur ce point voir l'article 72 alinéa 05 et 06 de la constitution française.

⁴ أنظر المواد: 40، 43، 44، 45، 46، 56، 57، 59، 60، 101، 100 من القانون رقم 10-11 المؤرخ في 2011/06/22 المتعلق بالبلدية، (ج ر رقم 37 المؤرخة في 2011/07/03)؛ المواد 45، 44، 43، 40، 48، 54، 53، 55، 56، 169، 168 من القانون رقم 07-12 المؤرخ في 2012/02/21 المتعلق بالولاية، (ج ر رقم 12 المؤرخة في 2012/02/29).

¹ يوسف فايزة، المرجع السابق، ص 222.

² Rachid KHALLOUFI: réflexions sur la décentralisation à travers l'avant projet du code de la wilaya, revue IDARA, E.N.A, n°02, Alger, 2005, pp.244-245 .

_____ الجماعات الإقليمية في الدساتير الجزائرية بين التكريس ومحدودية الترقية المعيارية لها

مما سبق يمكن القول أن ضمان استقلالية الجماعات الإقليمية مرهون بمدى التكريس الدستوري لاستقلاليتها ، وهو الغائب الأول في الدساتير الجزائرية، لذا كان على المؤسس الدستوري في التعديل الأخير لسنة 2016 أن يحدو حدو دساتير دول الجوار التي خطت خطوات إيجابية في تدعيم وتعزيز اللامركزية الإقليمية.

المطلب الثاني: تغييب الضمانات الدستورية لاستقلالية الجماعات الإقليمية، تدعيم لهيمنة السلطة المركزية عليها

يعتبر المجلس المنتخب المعبر عن إرادة المواطن المحلي ، من أهم عناصر استقلالية الجماعات الإقليمية التي طالما كرستها الدساتير الجزائرية ، وهي في حقيقة الأمر ضمانة دستورية تركز الاستقلال العضوي للجماعات الإقليمية عن السلطة المركزية ، غير أن هذا القصور في تكريس استقلال الجماعات الإقليمية جعل أهم ما يميز الدستور الجزائري في معالجته للجماعات الإقليمية هو الغياب التام لمقومات هذه الجماعات باستثناء مساهمة المواطنين في تسيير الشؤون العمومية وهو فراغ قانوني كبير رغم التعديلات الكثيرة التي عرفها³، حيث اقتصر المشرع الدستوري في معالجته للامركزية الإقليمية في تحديد أصنافها فقط، من دون تحديد أي معالم تركز استقلالها عن السلطة المركزية وهذا الأمر في حد ذاته تجسيد لهيمنة هذه الأخيرة عليها، لأن عدم دسترتها يترجم عدم الرغبة في ترقية وتدعيم استقلال الجماعات الإقليمية في الجزائر.

لتبقى قوانين الإدارة المحلية في الجزائر هي وحدها من تتكفل بإبراز عناصر واستقلالية الجماعات الإقليمية، وشتانا بين الضمانات الدستورية والضمانات التشريعية في تكريس استقلاليتها عن السلطة الوصية حيث تبقى الضمانات الدستورية الأقوى والأرقى في تفعيل هذه الاستقلالية ؛ فدسترة مقومات الجماعات الإقليمية تعتبر في حد ذاتها ضمانات دستورية أساسية لاستقلالها سواء في ما يتعلق بالتمتع بالشخصية الاعتبارية⁴ أو استقلالها المالي⁵، وكذا تتمتع المجالس الشعبية المحلية باختصاصات ذاتية، على غرار ما كرسته دساتير العديد من الدول مثل الدستور المغربي والتونسي كما سبق بيانه، وهو ما يعكس أهمية الجماعات الإقليمية كمؤسسات دستورية إلى جانب المؤسسات الدستورية الأخرى .

³ محمد الناصر بوغزالة ، المرجع السابق، ص 32 .

⁴ أنظر المادة 129 من الدستور التونسي؛ المادة 135 من الدستور المغربي السالفي الذكر

⁵ Voir l'article 72-2 de la constitution française ,op cit, p.26.

خاتمة :

نخلص في الأخير إلى أنه وبالرغم من التكريس الدائم والمتواصل للجماعات الإقليمية ، كمؤسسات دستورية قائمة بذاتها ومتميزة عن السلطة المركزية في كل الدساتير الجزائرية من منذ ستينيات القرن الماضي وصولا إلى التعديل الدستوري الجديد لسنة 2016 ، الذي جاء في ظل الإصلاحات السياسية التي تبنتها الدولة الجزائرية، إلا أنه ومع ذلك يمكن القول أن هذه الجماعات لم تحظ بالاهتمام الكافي ولا بالرغبة الجدية في ضمان استقلالها عن السلطات الوصية، ونبرر ذلك من خلال التغييب المفعل للترقية المعيارية لها، بفعل عدم النص على ما يعزز وجودها؛ من الشخصية الاعتبارية المستقلة، وما ينجم عن ذلك من إستقلال إداري و مالي لها ، وكذا عدم الإشارة إلى الإختصاصات الذاتية التي تتمتع بها .

قائمة المراجع :

أ/ باللغة العربية :

- 1- دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 1963 ، ج ر رقم 64 المؤرخة في 10/09/1963.
- 2- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1976 بموجب الأمر رقم 76- 97 المؤرخ في 22/11/1976 المتضمن إصدار الدستور ، ج ر رقم 94 المؤرخة في 24/11/1976.
- 3- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1989 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 89-18 المؤرخ في 23/02/1989 المتعلق بنشر نص تعديل الدستور، ج ر رقم 09 المؤرخة في 01/03/1989 .
- 4- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07/12/1996 المتضمن إصدار نص تعديل الدستور، (ج ر رقم 76 المؤرخة في 08/12/1996)، المعدل بموجب القانون رقم 02-03 المؤرخ في 10/04/2002، (ج ر رقم 25 المؤرخة في 14/04/2002)، والمعدل بموجب القانون رقم 08-19 و المؤرخ في 15/11/2008، ج ر رقم 63 المؤرخة في 16/11/2008)، و المعدل أيضا بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06/03/2016 (ج ر رقم 14 المؤرخة في 07/03/2016) .
- 5- القانون رقم 11-10 المؤرخ في 22/06/2011 المتعلق بالبلدية، ج ر رقم 37 المؤرخة في 03/07/2011 .

- 6- القانون رقم 07-12 المؤرخ في 21/02/2012 المتعلق بالولاية ، ج ر رقم 12 المؤرخة في 29/02/2012 .
- 7- سعاد موسى السلامي: ثورة مواطنة والحق في المواطنة، الطبعة الأولى، دار محمد علي للنشر، تونس، 2011.
- 8- عز الدين عيساوي من الديمقراطية التمثيلية إلى الديمقراطية التشاركية ، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2015 .
- 9- فاتح بوطيق : اللامركزية الإدارية و التعددية الحزبية في الجزائر من خلال دراسة حالة ثلاث بلديات من ولاية المسيلة، المسيلة، المطارقة، المعاضيد، للعهدتين الانتخابيتين 95/90 ، 2002/97 ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر العاصمة، السنة الجامعية 2005-2006.
- 10- فايزة يوسف: عن تفعيل أداء المنتخب المحلي على ضوء الإصلاحات السياسية الجزائرية، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة بجاية ، 2013 .
- 11- محمد علي أدبيا :المكانة الدستورية للجماعات المحلية، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، عدد 34، دار النشر المغربية، الدار البيضاء (المغرب)، أكتوبر 2000.
- 12- محمد ناصر بوغزالة: الجماعات المحلية في الدساتير، ورقة بحث مقدمة في الملتقى الدولي الثالث حول الجماعات المحلية في الدول المغاربية في ظل التشريعات الجديدة والمنظرة، المنظم من قبل كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، أيام 01 و 02 ديسمبر 2015.
- 13- نصر الدين بن طيفورأي استقلالية للجماعات المحلية الجزائرية في ظل مشروع جوان 1999 لقانوني البلدية والولاية، مجلة إدارة، المدرسة الوطنية للإدارة، العدد 02، الجزائر العاصمة، 2001.
- 14- مجلس الأمة: البرلمان في قلب التعديل الدستوري الجديد 2016 ، مجلة الفكر البرلماني، مجلس الأمة، العدد 38 ،الجزائر العاصمة ، فيفري 2016.
- 15- دستور الجمهورية التونسية بواسطة الموقع الإلكتروني:
www.legislation.tn/sites/default/files/constitution/constitution.pdf
- 16- دستور المملكة المغربية، إصدارات مركز الدراسات و أبحاث السياسة الجنائية بمديرية الشؤون الجنائية و العفو ، سلسلة نصوص قانونية، العدد 19 ، سبتمبر 2011 ، بواسطة الموقع

- 1- Abdelhamid SI AFIFI : Le principe de décentralisation –moyens de mise en œuvre et poids des traditions locales-mémoire de magister , institut de des sciences politique et de l'information, université d'Alger,mai 1982.
- 2- Chabane BENAKEZOUH : Autour des bases constitutionnelles des collectivités territoriales,R.A..S.J.E.P , Alger, n° 4 ,2003.
- 3-François BORELLA : la constitution algérienne un régime constitutionnelle de gouvernement par le partie, R.A.S.J.E. n°01, faculté de droit et sciences économiques ,université d'Alger ,janvier 1964.
- 4-Missoum SBIH :L'administration publique Algérienne ,HACHETTE LITTÉRATURE, 1973.
- 5-Nasser LEBED :L'exercice de la tutelle sur les communes de la Daïra d'Oued-Zenati , Mémoire de Magistère, Institut des Sciences Juridiques et Administratives,Université D'Alger .
- 6-Rachid KHALLOUFI : réflexions sur la décentralisation à travers l'avant projet du code de la wilaya ,revue IDARA,E.N.A, n°02,Alger,2005.
- 7- la constitution française par le site web: www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/.../constitution/constitution.pdf

مفهوم التنافس بين الرجال والنساء في سوق الشغل و المناصب العامة

بوحسون عبد الرحمن

تاريخ الإرسال: 2018-04-19

طالب دكتوراه علوم

تاريخ القبول: 2018-06-09

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2 أحمد بن محمد

تاريخ النشر: 2018-08-03

ملخص :

وفقا لدراسة (الرأي) لتمثيل النساء في برلمانات العالم، وتبعاً لإحصاءات الاتحاد العالمي للبرلمانات لعام 2012، أتت الجزائريات في صدارة ترتيب مشاركة المرأة في البرلمان على مستوى الدول العربية، إذ حازت حصة النساء لوحدها في البرلمان الجزائري: 31.6% في الانتخابات التشريعية لعام 2012، في حين جاءت التونسيات في المرتبة الثانية بنحو 26.7% في المجلس التأسيسي التونسي في الانتخابات النيابية لعام 2011.

إن الإشكال المطروح في هذا المقام هو كالتالي: هل المؤسس الدستوري بمجيئه مبدأ التنافس في سوق الشغل في ظل دستور 2016، ودون الإشارة إلى صدور قانون عضوي ينظم هذه العملية؛ يكون قد ألغى ضمناً نظام الكوتا (نظام النسبة) المشار إليه بقانون رقم: 03/12 المتعلق بكيفيات توسيع حظوظ تمثيل المرأة المجالس المنتخبة، كونه لا يمس بمبدأ المساواة التي تهدف الى تحقيق العدالة بين الجنسين، وأنه يجد من تطور الكفاءات السياسية للنساء و يقضي على روح التنافس السياسي مادام أن مقاعدها معروفة ومضمونة مسبقاً..؟ أم أن مبدأ التنافس في منظور المؤسس الدستوري هو الإبقاء على نظام الحصة كمرحلة مسبقة ومؤقتة والتفكير في تفعيل المساواة الفعلية والواقية بين الرجال والنساء مستقبلاً؟.

Résumé

- Selon les statistiques de l'Union parlementaires mondiales en 2012, les femmes algériennes arrivent en première place au niveau des pays arabes avec 31,6% aux élections législatives de 2012, par contre la femme tunisienne a occupée la deuxième position en 2011.

La problématique pendante dans cette étude est la suivante :

-Est-ce que le fondateur constitutionnel de l'année 2016, de son avènement concernant la parité entre les femmes et les hommes sur le marché du travail, et sans référence à une loi organique régissant cette opération ; il a abrogé le système de quota visé par la loi n 12/03, ou le

principe de parité y maintient comme une étape précoce eu provisoire pour atteindre a une reflation spécifique de une égalité concrète entre les femmes et les hommes dans le futur. ؟؟

مقدمة:

ان الاصلاحات السياسية والقانونية التي باشرها رئيس الجمهورية منذ عام 2011؛ لا زالت تؤتي اكلها وتعبّر عن ارادة الدولة الصريحة والجادة في توفير المزيد من الضمانات لحماية الحقوق والحريات الأساسية للمرأة ،خصوصا في مجال التمثيل السياسي ؛ اذ جاء دستور: 2016 المصادق عليه من قبل البرلمان في 2016/2/7 مبدأ التنافس بين الرجال والنساء في سوء الشغل ، يستهدف تكريس المساواة الفعلية و الواقية في الحقوق والواجبات ، فبعدهما جاء دستور 2012 بمادة 31 مكرر1: (تعمل الدولة على ترقية الحقوق السياسية للمرأة بتوسيع حظوظ تمثيلها في المجالس المنتخبة. ..) والذي تجسد بالفعل بصدور قانون 03/12 المؤرخ في 2012/01/12 لمنظم لكيفيات توسيع التمثيل السياسي للمرأة داخل المجالس المنتخبة. فها هي المادة 31 مكرر2 جاءت بنصها على: (تعمل الدولة على ترقية التنافس بين الرجال والنساء في سوء الشغل. وتشجع الدولة ترقية المرأة في مناصب المسؤولية في الهيئات والادارات العمومية وعلى مستوى المؤسسات).

أن المادة: 31 مكرر2 من التعديل الدستوري لعام 2016 جاءت مع الإبقاء على عدة أحكام سابقة تؤكد على عمل الدولة على تحقيق المساواة الفعلية بين الرجال والنساء في الهيئات العامة وعلى التمثيل داخل المجالس المنتخبة خاصة المادة 29 من دستور 1996 (كل المواطنين سواسية أمام القانون ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد أو العرق أو الجنس أو الرأي أو أي شرط أو ظرف آخر شخصي أو اجتماعي)، والمادة 51 " يتساوى جميع المواطنين في تقلد المهام والوظائف في الدولة دون أية شروط أخرى غير الشروط التي يحددها القانون . " وكذا المادة 31 مكرر من التعديل الدستوري لعام 2008. (تستهدف المؤسسات ضمان مساواة كل المواطنين والمواطنات في الحقوق والواجبات بإزالة العقبات التي تعوق تفتح شخصية الإنسان وتحول دون مشاركة الجميع الفعلية في الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية).

المبحث الأول: الديمقراطية المناصفة. la parité

تتأسس الديمقراطية الجديدة على توجه عام يرمي الى اقرار نوع من التمثيلية المتوازنة بين النساء والرجال في مواقع القرار وداخل المؤسسات المنتخبة ، اذ أن تطور الفكر السياسي يقتضي

_____ مفهوم التناصف بين الرجال والنساء في سوق الشغل و المناصب العامة
مراجعة كثير من المفاهيم الرأجة بدلالات محددة ومتباينة ؛ ظهر مبدأ المناصفة أو التناصف بين
الرجل والمرأة في ميدان الشغل وفي ولوج الهيئات المنتخبة أو في تحمل المسؤوليات الهامة في
الدولة.

ولقد أثارت دسترة المناصفة بين المرأة والرجل في مختلف مناحي الحياة العامة في بلدان المغرب
العربي خاص الجزائر وتونس والمغرب جدلا وسط المثقفين والطبقة السياسية، فبعدما كانت
المجتمعات العربية تؤمن بمبدأ الكافة أمام القانون في ولوج الوظائف العمومية والخاصة والحصول على
مقاعد داخل الهيئات المنتخبة والمشاركة في اتخاذ القرار داخل الدولة أو الحكومة ؛ إلا أن فرض
المناصفة بين الرجل والمرأة غيرت المفاهيم لدى الكثير من المواطنين والمواطنات على اختلاف
أيديولوجياتهم ومشاربهم، إذ نجد الأحزاب المحسوبة على التيار الاسلامي في بلاد المغرب العربي
تصر على أن المناصفة بين الجنسين يجب أن تكون وفق ما تنص عليه الشريعة الإسلامية، في
المقابل اصرار الأحزاب العلمانية على ضرورة إطلاق العنان أمام مبدأ المساواة بين المرأة والرجل
دون شروط مسبقة.

وللوقوف عند حقيقة هذا الجدل أو النقاش حول موضوع المناصفة في ميدان العمل أو الشغل
ارتأينا تقسيم هذا المبحث الى مطلبين تاليين وهما:

المطلب الأول: موقف الفقه من مبدأ التناصف

لا زال موضوع التناصف بين الرجل والمرأة في سوق الشغل أو في المجالس المنتخبة
سواء قبل الصداقة عليه¹ أو بعده من قبل البرلمان يثير الكثير من الالتباس بين الحقوقيين ورجال
السياسة والمثقفين الذين خلصوا الى ضرورة الاخذ به ومن ثم البحث عن ليات جديدة تضبط
تكريس هذا المبدأ في بنود قانون الانتخابات والاستفتاء ؛ بحجة أن الإرادة السياسية هي الضمانة
الوحيدة لنجاح مبدأ التناصف.. غير أن الفقهاء والمنظرين اختلفوا حول تحديد مدلول التناصف أو
المنصفة الديمقراطية، وظهر تياران متناقضان: تيار يعارض هذا المبدأ وتيار يناصره ولكل فريق
مبرراته وحججه تقوم بإيجازها في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: مناهضو مبدأ المناصفة:

يعتمد معارضو هذا المبدأ في تبرير موقفهم من مبدأ المناصفة على اعتبارين:

¹ - خلال المنتدى الاجتماعي العالمي الذي احتضنته تونس أواخر شهر مارس 2015، حول إقرار مبدأ التناصف ضمن فصول
القانون الانتخابي التونسي وتجسيه في الانتخابات البرلمانية الأخيرة.

الاعتبار الاول:

وهو تبني المفهوم التقليدي للمساواة اذ يتم التركيز على البعد الكوني للديمقراطية التي تتعاطى والانسان بوصفه كائنا مجرد بغض النظر عن جنسه أو لغته أو دينه.. ومن ثم فان اتخاذ إجراءات ايجابية لصالح المرأة جاء بهدف دعم تمثيلتهن السياسية بناء على أمرين سلبيين وهما .

1- ان هذه الاجراءات الايجابية تشكل مساسا بالديمقراطية وبالتالي فهي اجراءات غير ديمقراطية.

2- ان هذه الاجراءات تمس بكرامة المرأة ما دام أنها تعتبر وضعية هذه الأخيرة أدنى من الرجل.

الاعتبار الثاني:

ويرتبط الاعتبار الثاني في اقامة تشابه بين النساء والمجموعات الاثنية والدينية ومن ثم فان تبني مبدأ المناصفة الذي يقضي بتكريس تمثيلية سياسية للنساء متساوية مع التمثيلية السياسية للرجال من شأنه أن يدفع المجموعات الاثنية واللغوية والدينية الى المطالبة بتمثيلية مشابهة لتمثيلية النساء زد على ذلك أن اعتماد مبدأ المناصفة سيضيف انقساماً جديداً بين مكونات المجتمع: مجتمع رجال ومجتمع نساء.

ومن معارضي لمبدأ المناصفة عبد المجيد مناصرة اذ يقول¹: "لا يمكن إدراج المناصفة بين الرجل والمرأة في الدستور، في حين أن المبدأ هو المساواة دون تمييز"، ويشدد مناصرة على أنه لن يكون هناك "تنازل في قضايا الدين، التي لا خلاف فيها فقهما، كما أنه يجب عدم استغلال هذه المراحل الحرجة لتمرير هذه الأفكار." أما عبد الله جاب الله،² قال: "مبدأ المناصفة في الوظائف بين النساء والرجال لذي جاء الدستور المعدل، سيؤدي إلى شيوع الفساد في المجتمع، على اعتبار أن المناصب والوظائف يجب أن توزع وفقاً لمعيار علمي يراعي القدرة والكفاءة وليس مناصفة بين الجنسين."

وتقول سناء بن عاشور:³ "أن التناصف هو مبدأ يسمح بإرساء منهج ديمقراطي سليم باعتبار أن الديمقراطية تكرس مبدأ المشاركة للجميع". وتؤكد أنه "يتمكن التناصف صلب هذا المجلس أن يساهم في إرساء رؤية جديدة للعلاقات بين الرجل والمرأة،⁴ وأضافت السيدة لطيفة لخضر⁵، أن

¹ عبد المجيد مناصرة رئيس حزب جبهة التغيير الإسلامي، ل"العربي الجديد

² رئيس جبهة العدالة والتنمية،

³ رئيسة الجمعية التونسية للنساء الديمقراطيات في تصريح لوكالة تونس إفريقيا للأخبار

⁴ -على غرار ما حصل سنة 1956 عند المصادقة على مجلة الأحوال الشخصية لا سيما في ما يتصل بإلغاء تعدد الزوجات".

⁵ -نايبة رئيس الهيئة العليا لتحقيق أهداف الثورة.

_____ مفهوم التناصف بين الرجال والنساء في سوق الشغل و المناصب العامة

"التناصف بين الرجل والمرأة في المجلس التأسيسي جاء ليعزز وضعية المرأة التونسية كمواطن كامل الحقوق والواجبات ويمكنها من المشاركة في الحياة السياسية"،¹.

وتعترف لبنى الجريبي²، بأن تطبيق هذه الإجراءات ليس بالأمر الهين في مجتمع ذكوري كالمجتمع التونسي، حيث يطغى الطابع الرجولي على السياسة وتضيف أميرة اليحيوي،³ (..فني بلد يضمن مبدأ المساواة في الحظوظ بين الجنسين، ليست هناك أي حاجة لذلك..)، في حين تقول سلمى بكار،⁴: (عندما سألني أعضاء حزبي -في انتخابات 2011- ما إذا كنت أريد أن أتصدر القائمة الانتخابية، أصبت بحالة من الخوف، وكنت أخشى ألا أكون على قدر الآمال والتطلعات التي علّقت على شخصي).⁵

وقادت فوزية العسولي⁶ مسيرة المناصفة بالرباط (المغرب) التي سجلت غياب الجناح النسائي لحزب العدالة والتنمية، مما يعكس وجود تباين واختلاف حول المكانة المرجعية الدينية في مقاربة المساواة بين الجنسين بوجه خاص. وأكدت عزيزة البقالي،⁷ أن المنتدى⁸ يشاطر هيئات المجتمع المدني مطالبة بالمساواة وتفعيل مضامين الدستور، لكن الخلاف -بحسب المتحدثة- يعود الى طرق تفعيل هذه المساواة التي ظلت قائمة، الى أن تخلص الى أن المنتدى لا يقبل بعض الأمور التي تتنافى مع المرجعيات الإسلامية.⁹

¹ -تصف هذا القرار بـ"المكسب الهام" الذي يليق بمكانة المرأة التونسية المثلة في كل الأنشطة المهنية وفي الحياة العامة.

² من حزب التكتل ذي التوجه الاجتماعي الليبرالي إذ تقول: "في البداية كنت متحفظة تجاه هذا الأمر، فأنا أحاول أن أفرض وجودي من خلال عملي ومن خلال كفاءتي".

³ رئيسة منظمة "بوصلة"، وهي منظمة غير حكومية تُعنى بمراقبة عمل البرلمانين في تونس وتكافح من أجل الشفافية في العمل السياسي والبرلماني،

⁴ مخرجة سينائية ونائبة بيسارية في المجلس الوطني التأسيسي. في تونس

⁵ - لكن أن سلمى بكار نجحت في الدخول إلى البرلمان، وهي اليوم رئيسة الجناح البرلماني للتحالف الديمقراطي اليساري.

⁶ - رئيسة الرابطة الديمقراطية لحقوق المرأة، وناشطة حقوقية. قدمت نموذجاً لما وصفته بـ"اللامساواة"، قائلة إن النساء يشكلن 32% من العاملين بالوظيفة العمومية، في حين أن 12% فقط، مشيرة إلى أن هذا الوضع يهدر ما يعادل 1.25% من الناتج الداخلي الخام.

⁷ -الناشطة الإسلامية ورئيسة المنتدى، في تصريح لـCNN بالعربية،

⁸ والممثل في "منتدى الزهراء للمرأة المغربية"،

⁹ - أوضحت أيضاً أن هناك من ينظر إلى المساواة على ضوء المطابقة المطلقة مع المواثيق الدولية، بينما هناك من يفهمها على ضوء انخراط المغرب في هذه المواثيق، لكن مع احترام ثوابت المملكة ومرجعيتها الإسلامية.

الفرع الثاني: مناصرو مبدأ المناصفة

برر مناصرو مبدأ المناصفة بين الرجال والنساء في سوق العمل أو التشغيل موقفهم الداعي الى تكريس هذا المبدأ سواء في الدستور وفي القوانين العادية الى اعتبارين أساسيين وهما:
الاعتبار الاول:

وهو يرتبط بنقد المفهوم التقليدي للمساواة الذي ترتكز عليه الديمقراطية؛ فهذه المساواة هي مساواة وهمية ما دام أنها تهمش نصف أعضاء المجتمع من دخول مراكز القرار والمؤسسات المنتخبة. ويضيف أنصار هذا المبدأ أن هذه المساواة الوهمية تخفي واقع احتكار السلطة السياسية ومواقع المسؤولية من بل الرجال..ومن ثم فإن هذه الديمقراطية التي تختفي وراء مبدأ المساواة المجردة تضي في النهاية المشروعية على ديمقراطية ناقصة أي ديمقراطية ذكورية. وهي بذلك تخالف الغاية الحقيقية من المساواة؛ وهي تحقيق العدالة التي تقتضي عدم تهميش النساء واقصائهن عن مواقع القرار.
الاعتبار الثاني:

وهو نقد فكرة اقامة تماثل بين النساء والمجموعات الاثنية واللغوية والدينية اد ان تبني هذا التماثل يهدف الى احداث خلط بين النساء والاقليات في حين لا تستقيم هذه المماثلة لكون النساء لا يشككن أقلية وانما يشككن نصف المجتمع.

ومن مناصري مبدأ التنافس بين الرجل والمرأة في سوق الشغل نورية حفصي اذ تقول:¹
(إن توسيع المناصفة بين الجنسين في التعديل الدستوري لعام 2016 لتشمل مجال الشغل هي من المكتسبات التي حققتها المرأة الجزائرية، وفتحت لها آفاقا في مختلف المجالات، وفي تقلد مختلف المسؤوليات..). وتضيف حفصي أيضا: (المناصفة مبدأ دستوري يجب تكريسه في كافة القوانين، إما أن نعيش في ظل دولة مدنية وطنية ديمقراطية تحترم الحقوق المدنية والسياسية مثل كل ديمقراطيات العالم أو الازدواجية في الأخذ بهذا وترك ذلك مثل ما يحلو لنا).²
من جانبها نفيسة الأحرش³ تقول عن مبدأ المناصفة بين المرأة والرجل: أنه جاء استجابة لمطالب النساء الديمقراطيات، وتصف الاعتراض على الفقرة الثانية من المادة 32 من الدستور

¹ -الأمينة العامة للاتحاد الوطني للنساء الجزائريات في حديثها ل"العربي الجديد".

² -الرجوع الى نفس المصدر المذكور: العربي الجديد

³ تؤيد رئيسة جمعية المرأة في حديثها ل"العربي الجديد"،

مفهوم التناصف بين الرجال والنساء في سوق الشغل و المناصب العامة
الجزائري¹ على أنه:

(فراغ فكري وسياسي)، وتستبعد أن يؤثر هذا المبدأ على الثوابت الجزائرية لأن الإسلام
يبقى دين الدولة.²

ومن تونس ، تعلن سعيدة العكري³ عن تأييدها لمبدأ التناصف بالقول: (إن المرأة ساهمت مثل
الرجل في مقاومة الدكتاتورية والاضطهاد، ومن البديهي أن تكون المرأة ممثلة بعد الثورة في صلب
المجلس التأسيسي وفق مبدأ التناصف).⁴ في حين تخوفت بعض الأطراف من تكريس مبدأ
التناصف بين الرجل والمرأة في المجلس التأسيسي خاصة عند إعداد القوائم في نظام الاقتراع على
القوائم على أساس التمثيل النسبي ، وذلك بالاعتماد على أكبر البقايا ، والذي يناسب الأحزاب
الصغرى. ويقابل هذا الرأي رفض البعض الآخر لهذا المبدأ معتبرين مبدأ التناصف بين الرجال
والنساء "مسقطاً" وأنه لم يكن محل استفتاء شعبي..

ان موضوع "المناصفة بين الجنسين" لا يبدو -في نظر النخبة السياسية وبين بعض
الحقوقيين و المثقفين ذا أولوية لدى المجتمع العربي خاصة ؛ اذ تقول فاطمة ظريف،⁵ (عن أي مناصفة
يتحدثون؟ المرأة لا تزال عرضة للتحرش والضرب المبرح، وفي مناطق أخرى يرون المرأة كمخلوق
قاصر لا يحق لها حتى أن تترث، فكيف نترك الأصل ونذهب للحديث عن أمور بعيدة عنا).⁶

وأنا أشاطر الرأي مع السيدة ظريف حين تقول أن مطالب النساء في العالم العربي ترتكز
حول الاعتراف بحقهن في المساواة الفعلية، القانونية والسياسية، وهذه المساواة معترف بها

¹ -طالع المادة 32 ف 2 من التعديل الدستوري الجزائري لعام 2016

² -وتعود معارضة التيار الإسلامي لإقرار المناصفة بين الجنسين في الجزائر، إلى سنة 2005، عند إدخال الرئيس الجزائري، عبد
العزيز بوتفليقة، آنذاك تعديلات على قانون الأسرة الجزائري حملت مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، ما جعل الإسلاميين ينظمون
تجمعات شعبية رفضاً للقانون، وفي السياق، يقول عبد المجيد مناصرة، رئيس حزب جبهة التغيير الإسلامي، لـ"العربي الجديد":
"المناصفة في قانون الأسرة مخالفة للإسلام، والتوافق لا يمكن أن يكون حول مخالفة الشرع".

³ ممثلة عمادة المحامين التونسيين صلب الهيئة العليا لتحقيق أهداف الثورة،

⁴ - وأشارت الأستاذة العكري أيضاً إلى أن مثل هذا المبدأ قد يصدم بعض العقليات، ومع ذلك فإن القوانين يجب أن تعد
للمستقبل حتى تساعد المجتمع على تقبل مثل هذه الأفكار. ولقد سبق لها وأن دعت إلى إقرار هذا المبدأ في الدستور الصادر في
2014، حتى يرتقي -حسبها- إلى مرتبة القاعدة التي تطبق في كل المؤسسات المنتخبة و الدستورية.

⁵ -متقاعدة في قطاع التعليم، لـ"العربي الجديد".

⁶ - وبنبرة تهكمية، تعلق السيدة ظريف على المناصفة بين الجنسين قائلة لـ"العربي الجديد": "60" إلى % 65 من العاملين في قطاع
التربية من النساء، ونفس الشيء في قطاع الصحة، يحق للرجال الان المطالبة بالمناصفة".

مفهوم التنافس بين الرجال والنساء في سوق الشغل و المناصب العامة
وموجودة في البنود الاولى من دساتير أغلب البلدان العربية والعالم... فلم هذه الصياغة الجديدة
؛ وأقصد المناصفة التي هي بدورها تفتقر الى اليات قانونية وتنظيمية تحتاج الى ضبط مدلولها على
واقع المشاركة السياسية للمرأة.؟؟

المطلب الثاني: مبدأ التنافس بين الرجال والنساء في دساتير وقوانين دول المغرب العربي

لقد اكدت دول المغرب العربي وأخص بالذكر الجزائر والمغرب وتونس؛ على مبدأ التنافس بين
الرجال والنساء في أحكام دساتيرها وتشريعاتها الوطنية سواء في مجال العمل والتشغيل أو في دوائر
صنع القرار داخل الهيئات المنتخبة.

ولدراسة موضوع التنافس أو المنصفة الديمقراطية على ضوء أحكام الدستور أو في القوانين
العادية؛ ارتأينا تقسيم هذا المبحث الى مطلبين أساسيين بالقدر الذي يوضح المقام المراد دراسته
وتحليله.

الفرع الأول: الاطار الدستوري والقانوني لمبدأ التنافس في سوق الشغل

بالرجوع الى أحكام دساتير دول المغرب العربي يتبين لنا بوضوح أن المرجعية الأساسية
للالتحاق بسلك الوظيف العمومي أو العمالة بصفة عامة هو مساواة المواطنين والمواطنات في الحقوق
والواجبات من غير تمييز.. ولتوضيح الاطار الدستوري والتشريعي لمبدأ التنافس في ميدان
العمل ارتأينا تقسيم هذا المطلب الى الفرعين التاليين:

الفرع الثاني: الاطار الدستوري لمبدأ التنافس في سوق الشغل

فبالرجوع الى دستور تونس لعام 2014 في الفصل:40 التي تقر بأن العمل حق لكل مواطن
ومواطنة؛ وتتخذ الدولة التدابير الضرورية لضمانه على أساس الكفاءة والانصاف. وفي تحمل مختلف
المسؤوليات في جميع القطاعات.¹ وأن الادارة العمومية في خدمة المواطن والصالح العام، وأنها تعمل
وفق مبادئ الحياد والمساواة واستمرارية المرفق العام ووفق قواعد الشفافية والنزاهة والنجاعة
والمساءلة.² وعلى سعى الدولة الى تحقيق العدالة الاجتماعية والتنمية المستدامة والتوازن بين
الجهات اعتمادا اعتمادا على مبدأ التمييز الايجابي. بمعنى حصول المرأة التونسية على مقاعد معينة
ومحددة خالصة لها بنسب متفاوتة.³

¹ -الفصل 40 و46 من دستور تونس 2014

² -طالع المادة15 من دستور تونس لعام 2014.

³ - المادة:12 من دستور تونس 2014.

مفهوم التنافس بين الرجال والنساء في سوق الشغل و المناصب العامة

كما حرص دستور المغرب في فصله 31 على سعى الدولة والمؤسسات على تعبئة كل الوسائل المناسبة لتيسير أسباب استفادة المواطنين والمواطنات على قدم المساواة من الحق في الشغل.¹ ولقد نص التعديل الدستوري الجزائري لعام 2016 على أن الدولة تعمل على تجسيد المناصفة بين الجنسين، ولا تقتصر هذه المناصفة على الهيئات المنتخبة أو ضمان وصول المرأة المناصب المسؤولة بل تتعداها إلى سوق التشغيل..

الفرع الثالث: الاطار القانوني لمبدأ التنافس في سوق الشغل

تكرس دول المغرب العربي مبدأ التنافس في سوق الشغل من خلال اصدارها لعدة قوانين أساسية خاصة بالالتحاق بالوظيفة العمومي أو الخاص على أساس المساواة والكفاءة والشفافية دون اقصاء أو تهميش أو تمييز يعود سببه الى الجنس أو اللغة أو النسي أو أي اعتبار اجتماعي أو سياسي قد يحول دون حصول الرجل أو المرأة على منصب معترف به في القانون ولا تأخذ في الحسبان الا القيود التي يعترف بها أو يحددها هذا الأخير.

فبالعودة إلى النظام الأساسي للوظيفة العمومي المؤرخ في 2013/6/1 بالمغرب²؛ نجد أحكامه كلها تتبنى مبدأ المساواة والاستحقاق بين جميع المتبارين وفتح امكانية التشغيل من طرف الادارة العمومية لاستقطاب الكفاءات في كافة التخصصات.³

ولقد كرس المشرع الجزائري هو بدوره مبدأ المساواة بين المواطنين والمواطنات للالتحاق بأسلاك الوظيفة العمومي بموجب الأمر الصادر في 2006⁴ حيث حظر التمييز في التوظيف من خلال إلزام الإدارة أو للمؤسسات العمومية - مهما كانت طبيعتها بضرورة التأكد على أن الالتحاق بمناصب العمل يتم على أساس المسابقة؛ إما عن طريق إجراء الاختبار أو باعتماد الشهادات..

المبحث الثاني: الإطار الدستوري والقانوني لمبدأ التنافس في ولوج الهيئات المنتخبة

لقد اعترفت معظم دساتير العالم ومنها دول المغرب العربي بالحق في الاقتراع والترشح لدى جميع الهيئات المنتخبة سواء كانت مجالس محلية أو جهوية أو وطنية ، ومنه تمتع الفرد بأحقته في

¹ - طالع الفصل 31 من دستور المغرب: 2011.

² - النظام الاساسي للوظيفة العمومي المؤرخ في 2013/6/1 بالمغرب.

³ -قانون رقم 50/05 المتعلق بالوظيفة العمومي 2011. المعدل لقانون عدد 112 لعام 873 المتعلق بالنظام الاساسي العام لأعوان الدولة والجماعات المحلية بالمغرب.

⁴ -الرجوع الى أمر رقم 03/06 المؤرخ في 2006/7/15: القانون الاساسي للوظيفة العمومي؛ المادة: 27 و74 و80 منه.

مفهوم التنافس بين الرجال والنساء في سوق الشغل و المناصب العامة
أن يكون ناخبا أو منتخبا أو ممثلا لجميع أفراد الشعب كل ذلك على أساس مبدأ مساواة الكافة
أمام القانون ولتوضيح هذا القيام ارتأينا التعرض الى الاطار الدستوري لمبدأ التنافس في ولوج
المجلس المنتخبة في (الفرع الأول)، ودراسة الإطار القانوني لمبدأ التنافس في (الفرع الثاني).

المطلب الأول: الإطار الدستوري لمبدأ التنافس في ولوج المجالس المنتخبة

تعرضت أحكام دساتير دول المغرب العربي الى مبدأ مساواة الرجل والمرأة في ولوج مجالس
الهيئات المنتخبة ودون أي تمييز يقوم على الجنس أو اللون أو اللغة.. فبالعودة الى دستور تونس
الصادر في 2014 وخاصة في مادته 34 والتي تؤكد على أن حقوق الفرد في الاقتراع والترشح
مضمونة.¹

وأن حق الترشح لعضوية مجلس النواب مكفولة لكل تونسي وتونسية بلغ عمره 23 سنة كاملة
وحقه في الانتخاب بتمام بلوغه سن 18 سنة كاملة.² غير أن أحكام المادة: 34 و المادة 46 من
نفس الدستور المذكور يظهر عليه نوع من الالتباس وعدم الوضوح ، اذ نجد الفقرة 2 من المادة 34
منه والتي تنص على الزامية الأخذ بنظام النسبة أو الحصة داخل الهيئات المنتخبة: (تعمل الدولة
على ضمان تمثيلية المرأة في المجالس المنتخبة) ولكن باطلاعنا على أحكام المادة: 46 في الفقرة الأخيرة
منها تؤكد على عمل الدولة على تقرير مبدأ التنافس في الحصول على مقاعد داخل المجالس المنتخبة
(تسعى الدولة الى تحقيق التنافس بين الرجل والمرأة في المجالس المنتخبة). فالمادة 34 و المادة 46
غير متطابقت لا من حيث الهدف أو من حيث الالية القانونية الواجبة التطبيق.. مما يفتح المجال
للتأويل والنقاش.؟.

كما كرس دستور المغرب لعام 2011 على مبدأ المناصفة بين الجنسين في ولوج مجالس الهيئات
المنتخبة ، وهذا ظاهر من الفصل 19 منه التي تقضي بتمتع الرجل والمرأة على قدم المساواة بالحقوق
والحرريات المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية³؛ اذ تنص الفقرة ما قبل
الأخيرة نفس الفصل على: (تسعى الدولة الى تحقيق مبدأ المناصفة بين الرجال والنساء..)
ولقد جاء في الفقرة الأخيرة من صلب المادة 19 على انشاء هيئة للمناصفة ومكافحة كل أشكال

¹ - دستور تونس الصادر في 2014 في مادته 34.

² - طاع دستور تونس 2014 المادة 53 و 54 منه.

³ - طالع الفصل: 19 من دستور المغرب: 2011.

مفهوم التنافس بين الرجال والنساء في سوق الشغل و المناصب العامة
التمييز في مجال العمل¹ والتي جاءت كالتالي: (وتحدث بهذه هيئة للمنافسة ومكافحة كل أشكال
التمييز).²

ولقد انتقدت فوزية العسولي³ تجاهل الحكومة المغربية لمطالب الحركة الحقوقية والنسائية،
ومراسلتها لرئيس الحكومة، بخصوص التسريع في إنشاء هيئة المناصفة ومكافحة التمييز. وان انشاء
هذه الهيئة جاء بخلاف أحكام دستور الجزائر أو تونس اذ لم يرد أي بند يوجي بنشأتها مستقبلاً.؟.
أما التعديل الدستوري الجزائري لعام 2016⁴ والذي جاء في اطار مواصلة مسار الاصلاحات
السياسية والقانونية التي أقرها رئيس الجمهورية بغرض ملائمة الدستور ومتطلبات المجتمع ومواكبة
التحولات العميقة الجارية في العالم ومنها خاصة حقو الانسان والمواطنة فبعدما أكد دستور 1996
في المادة 31 على عمل مؤسسات الدولة على ضمان مساواة المواطنين والمواطنات في الحقوق
والواجبات من خلال ازالة العقبات التي تعوق مشاركة الجميع الفعلية في الحياة السياسية..فهاهي
المادة 31 مكرر من التعديل الدستوري لعام 2008 تتخلى عن مسار المساواة وتتبنى مسار التمييز
الاجباي لصالح المرأة بنصها على (تعمل الدولة على ترقية الحقوق السياسية للمرأة بتوسيع حظوظ
تمثيلها في المجالس المنتخبة).⁵ ولقد صدر بالفعل قانون عضوي يبين كيفيات تطبيق هذه المادة.⁶
غير أن المؤسس الدستوري تخلى ضمناً عن نظام الكوتا وتبنى -على غرار دستور تونس
والغرب- مبدأ التنافس بين الرجال والنساء؛ وذلك بأدراج مادة جديدة وهي 31 مكرر 2 والتي
جاءت كالتالي: (تعمل الدولة على ترقية التنافس بين الرجال والنساء في سوق الشغل.. تشجع
الدولة ترقية المرأة في مناصب المسؤولية في الهيئات والادارات العمومية وعلى مستوى
المؤسسات..).

¹ - وهي البنود التي تشكل صلب تحرك الجمعيات الحقوقية، التي تنتقد تلكو الحكومة في المبادرة الى تفعيلها.

² - طالع الفقرة الأخيرة من الفصل 19 من دستور المغرب لعام 2011

³ - رئيسة الرابطة الديمقراطية لحقوق المرأة، وناشطة حقوقية. قدمت نموذجاً لما وصفته بـ"اللا مساواة"، قائلة إن النساء يشكلن
32 % من العاملين بالوظيفة العمومية، في حين أن 12 % فقط، مشيرة إلى أن هذا الوضع يهدر ما يعادل 1.25 % من الناتج
الداخلي الخام.

⁴ - والذي صادق عليه البرلمان بغرفته في 2016/2/7. طالع المادة 31 من دستور 96

⁵ - طالع المادة 31 مكرر من التعديل الدستوري لعام 2008.

⁶ - وهو قانون عضوي رقم 03/12 المؤرخ في 2012/1/12 والمحدد لكيفيات توسيع حظوظ تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة.

المطلب الثاني: الإطار القانوني لمبدأ التنافس في ولوج المجالس المنتخبة

لقد صدرت عدة قوانين عادية وعضوية في دول المغرب العربي تكرس مبدأ التنافس بين الرجل والمرأة في ولوج الهيئات المنتخبة؛ وهذا ظاهر من خلال الاطلاع على نظام الانتخابات والاستفتاء في هذا الدول، فبالرجوع الى قانون الانتخابات والاستفتاء في تونس لعام 2014¹ بالتحديد الى الفصل 24 منه، نجدها تؤكد على أن الترشيحات يجب تقديمها وفق التنافس بين النساء والرجال وعلى قاعدة التناوب بينهم داخل القائمة تحت طائلة عدم القبول.²

ولكن وبالرجوع الى مدونة الانتخابات في المغرب لعام 97³ وخاصة في الفصل الخاص بالترشيحات، نجد أنه يؤكد على أن تتضمن لوائح الترشيح عدد من الأسماء يساوي عدد المقاعد المراد شغلها، وعلى أن يكون أسلوب الاقتراع نسبي على أساس قاعدة أكبر بقية، ولكن دون الإشارة الى التمثيلية السياسية للمرأة أو التنافس بين الرجال والنساء في المجالس المنتخبة كما جاء في قانون الانتخابات في تونس.

وبالاطلاع على قانون عضوي المنظم للانتخابات في الجزائر لعام 2016⁴ نجد المشرع الجزائري لا زال متمسكا بقانون رقم 03/12 المحدد لكيفيات توسيع حظوظ تمثيل المرأة بالمجالس المنتخبة، وهذا واضح من نص المادة: 69 من نفس القانون التي تحصر على أن توزيع المقاعد على مرشحي القائمة وترتيبهم يكون وفق أحكام قانون 3/12 خاصة في قوائم المترشحين للانتخابات بالمجالس البلدية والولائية وكذلك الأمر بالنسبة لقوائم المترشحين للانتخابات بالمجالس الشعبية الوطنية.⁵

المطلب الثالث: الآليات القانونية والسياسية لولوج المرأة في المجالس المنتخبة

للتكريس الفعلي لمبدأ المناصفة؛ صدرت عدة تشريعات في أوروبا تسير نحو تحقيق حضور متوازن للجنسين في الحياة العامة، وخاصة في دولة فلندا؛ إذ تصل تمثيلية النساء السياسية بالمجالس المحلية 30% رغم أن قانون الانتخابي في هذا البلد لا يأخذ بألية الكوتا، بفضل إصدارها لتشريعات مساعدة كقانون 1987⁶ يشجع حضور المرأة في اللجان والمجالس الاستشارية بأن يكونوا ممثلين

¹ - قانون أساسي 16 لسنة 2014 المؤرخ في 2014/5/26 المتعلق بالانتخابات والاستفتاء الرائد الرسمي بتونس. 214/5/27.

² - طالع الفصل: 24 من قانون الانتخابات والاستفتاء في تونس لعام 2014

³ - رقم 97/9 المؤرخ في 97/4/2 المتعلق بمدونة الانتخابات في المغرب.

⁴ - قانون عضوي رقم 10/16 مؤرخ في 216/8/25 المنظم للانتخابات.

⁵ - طالع المادة: 69، 71 و 84 من قانون رقم 03/12 المتعلق بنظام الانتخابات.

⁶ - طالع تشريعات مساعدة كقانون 1987 في فلندا.

مفهوم التناصف بين الرجال والنساء في سوق الشغل و المناصب العامة

بصفة عادلة رجالا ونساء بسببة لا تقل عن 40%، وعملت فرنسا نفس الشيء بقانون 2000/6/6 المتعلق بالمساواة في ولوج النساء والرجال للولايات والوظائف الانتخابية.¹ وعملت دولة دانمارك على اصدار قانون 85ص على أن كل اللجان العمومية يجب أن يكون تركيبها متوازنة من حيث التمثيلية بين النساء والرجال.²

ولتتمكن المرأة من ولوج المؤسسات المنتخبة؛ سواء على المستوى المحلي (بلديات والولاية) أو على المستوى الوطني (البرلمان أو مجلس الامة)، وجدت اليات قانونية وسياسية يتم اعتمادها من قبل الديمقراطيات الحديثة.

الفرع الأول: الآليات القانونية

تتمثل الآليات القانونية في اعتماد أسلوب الاقتراع الأثمي بالتمثيل النسبي على المستوى المحلي، في كثير من دول الديمقراطيات الغربية الحديثة تذهب نتائج الانتخابات المحلية فيها الى ربط ارتفاع نسبة تمثيلية السياسية للنساء بأسلوب الاقتراع الأثمي بالتمثيل النسبي.. فدول السويد مثلا من حيث مستوى تمثيلية النساء وصلت الى 41.3% وفنلندا 30% وفرنسا 21%³ باستثناء ألمانيا الفدرالية التي تعمد أسلوب اقتراع مختلط؛ اذ وصلت نسبة تمثيلية النساء في المجالس الجهوية عام 95 الى 28.9%.⁴

الفرع الثاني: الآليات السياسية

ان التمثيلية السياسية للنساء داخل المؤسسات المنتخبة على الصعيد المحلي لم تدعم باليات قانونية فقط بل تم الاعتماد أيضا على اليات سياسية كانت ذات تأثير واضح؛ وتتكون هذه

¹ - طالع قانون المساواة في ولوج النساء والرجال للولايات والوظائف الانتخابية المؤرخ في: 2000/6/6.

² - طالع قانون المساواة الصادر في 1985 بالدانمارك.

³ - يختلف أسلوب الاقتراع المتبع في الانتخابات البلدية في فرنسا حسب عدد السكان كل جماعة:

في الجماعات التي تضم أقل من 250 نسمة، تنتخب المستشارون المحليون حسب الاقتراع الاحادي الاسمي في دورتين وبسمح في هذه الجماعات للمستقلين تقديم ترشيحاتهم.

في الجماعات التي تضم ما بين 250 و350 نسمة يتبع نفس أسلوب الاقتراع الاحادي الاسمي في دورتين غير أنه لا يسمح للمستقلين بتقديم ترشيحاتهم في الجماعات التي تفوق 35 نسمة باستثناء باريس وليون وما رسيليا التي تتبع الاقتراع الأثمي التمثيل النسبي بلوائح مغلقة. فالنموذج الفرنسي يبرز التمثيلية السياسية للنساء في المجالس البلدية التي تجري فيها الانتخابات طبقا لأسلوب الاقتراع الأثمي بالتمثيل النسبي تكون أقوى منها في المجالس البلدية التي تجري فيها الانتخابات حسب الاقتراع الاحادي في دورتين.

⁴ - احصاءات الاتحاد البرلماني الدولي لعام 95.

الآليات من آليات ذات تأثير مباشر والآليات ذات تأثير غير مباشر.

أولاً: الآليات المباشرة:

لقد لعبت الخيارات التي اعتمدها كثير من الأحزاب السياسية في الديمقراطيات الغربية الحديثة على مستوى ترشيح النساء دوراً كبيراً في الرفع من التمثيل السياسي للمرأة في المجالس المحلية، ومن هذه الخيارات ما يلي:

1- خيار التناوب في ترتيب الترشيحات بين الجنسين:

هناك بعض الأحزاب السياسية تعمد خياراً ثانياً يتمثل في خيار التناوب في ترقي الترشيحات بين الجنسين في اللوائح حيث يكون الترتيب بالتناوب والتالي في لوائح الترشيح: (رجل-مرأة-رجل امرأة..) وهكذا إلى غاية نهاية اللائحة. أو (مرأة - رجل -مرأة -رجل..)، وهذا ما تعتمده الأحزاب في السويد وألمانيا.

ولا يقتصر خيار التناوب في ترتيب الترشيحات بين الجنسين على الانتخابات البلدية بل كذلك في الانتخابات الجهوية، وهذا ما يفسر ارتفاع تمثيلية النساء السياسية في المؤسسات التمثيلية في السويد والداينمارك والتي تكاد تصل إلى درجة المناصفة.

2- خيار الترتيب المؤهل للفوز:

توجد أحزاب سياسية في الغرب تبنت خيار الترتيب المؤهل للفوز إذ تعمد إلى وضع مرشحاتها في ترقي متمييز ضمن لوائحها يضمن لهن فوزاً أكيداً وولوجاً للمؤسسات المنتخبة على الصعيد المحلي. هذا الخيار يتبع من قبل بعض الأحزاب خاصة في كل من ألمانيا والنمسا.

ثانياً: الآليات غير المباشرة:

إضافة إلى الآليات المباشرة توجد آليات ذات تأثير غير مباشر يتمثل في الخيارات التي تتبناها بعض لدعم تمثيلية النساء في المجالس المحلية وخاصة آليات التحسيس السياسي والتي يمكن اختزالها في دور المنظمات غير الحكومية والتربية على المساواة.

ثالثاً: دور المنظمات غير الحكومية:

تلعب المنظمات الحكومية وغير الحكومية والجمعيات السياسية النسائية دوراً مهماً في تحسين أوضاع المرأة وإشراكها في الحياة العامة ومن ثم وجدت ثلاث خيارات لتحسين وضع النساء ودفعهن إلى التصويت وإلى الترشح في الانتخابات.

_____ مفهوم التناصف بين الرجال والنساء في سوق الشغل و المناصب العامة

الخيار الأول: تكثيف انتماء النساء الى الجمعيات النسائية.

اذ توجد في دولة فلندا منظمات غير حكومية تسمى * ائتلاف جمعيات النساء الفنلنديات من أجل عمل مشترك، وتضم هذه الجمعية اكثر من 60 ألف امرأة¹ كما تم اعتماد هذا الخيار من قبل أمريكا من قبل المنظمات تدعى ب: رابطة النساء المصوتات .

الخيار الثاني: تقديم الدعم المالي لمساعدة النساء المرشحات.

ولقد انتهجت إنجلترا هذا المنهج من خلال ما يعرف بلائحة: Emily، وذلك مما كان اتمائهن السياسي.

الخيار الثالث: الرفع من عدد المواضيع النسائية على الصعيد الانتخابي، وعرف هذا المنهج في إنجلترا

باسم Fawcett society

رابعا: التربية على المساواة:

تعد التربية على المساواة آلية سياسية هامة و ضرورية لتحقيق نوع من التوازن في التمثيلية السياسية للنساء داخل المجالس الجماعية، وبدأت تحتل هذه التربية حيزا هاما ضمن الفعاليات المدنية والسياسية اذ انعقدت عدة ندوات لغرض تحقيق هذا المسعى بصورة ذلك لقاء ليكسمبورغ الذي نظم يوم دراسي يوم 99/2/6 في شأن دعم التوازن بين النساء والرجال في المجالس المنتخبة ، وتميز هذا اليوم بالمشروع الذي قدمته وزيرة الشؤون النسائية Marie-Josée Jacobs بعنوان: (لنقتسم المساواة)، ويتكون من محورين: الاول ويتعلق ب: التربية على المساواة والمحور الثاني ويتضمن التكوين على المساواة .

ويقترح هذا المشروع بعد التركيز على ضرورة تغيير العقليات والبدء بكيفية تكريس تربية قائمة على مبادئ احترام المساواة بين الرجال والنساء، وخاصة في اقتسام كل أنواع العمل بشكل متساو . وخلص اللقاء الى توجيه نداء للنساء ودعوتهم ليرشحن بكثرة ونداء خاص للرجال ليتحملوا مسؤولياتهم بشكل متساو مع زوجاتهم واعتبار إسهامهن في اتخاذ القرار عنصرا فاعلا لكل ديمقراطية.

كما توجه اللقاء بنداء خاص الى الناخبين والناخبات والى الأحزاب السياسية والمنظمات لتقديم لوائح الترشيح للانتخابات تحتوى على أكبر قدر ممكن من المرشحات؛ تعمل على تطوير برامج

¹ -حسب الاحصائيات أن 20% من الفنلنديات منخرطات في احدى هذه الجمعيات تعمل ايان كل مناسبة انتخابية بجملات تحسيسية لحث النساء على التصويت والترشح.

مفهوم التنافس بين الرجال والنساء في سوق الشغل و المناصب العامة

واستراتيجيات تمكن من تكريس التوازن بين الجنسين داخل المجالس المنتخبة. كما دعا اللقاء السلطات المركزية والمحلية لاتباع منهج سياسي يضمن دعم التوازن بين الرجال والنساء ..
خاتمة:

بعد مناقشات طويلة وصعبة أحياناً بين النواب ، صادق البرلمان المغربي (تونس ، الجزائر، تونس) على اقرار مبدأ التنافس بين الجنسين في سوق الشغل وفي الهيئات المنتخبة ،¹ من خلال الصياغة الجديدة التالية: (تسعى الدولة إلى تحقيق التنافس بين المرأة والرجل ..) وعلى (ضمان تكافؤ الفرص بين الرجل والمرأة في تحمل مختلف المسؤوليات وفي جميع المجالات .)
ان كلمة تسعى أو تعمل أو تضمن الدولة يثير التباس كبير حول هذه العبارات التي تحمل عدة دلالات مختلفة ولو أن الهدف واحد وهو تكريس مبدأ التنافس بين المرأة والرجل .. لكن عملياً يطرح التساؤل التالي: كيف تضمن الدولة المناصفة على واقع المشاركة السياسية . ؟ هذا ما سنحاول الاجابة عنه من خلال التعرض الى مبدأ المناصفة أو التنافس بين الرجال والنساء في سوق الشغل وفي الهيئات المنتخبة من منظور دساتير وقوانين دول المغرب العربي وأخذنا بالدراسة؛ الجزائر وتونس والمغرب .

ان ديمقراطية المناصفة لا تتحقق الا بإحداث قطيعة مع الديمقراطية الذكورية وتكريس تمثيلية متوازنة بين الجنسين ورفض اعتماد الية الكوتا أو الحصص على اعتبار أن اللجوء اليها هو اخلال بمبدأ المساواة بين الجنسين.. وصوره ذلك ان المجلس الدستوري الفرنسي عام 1982 ، بعدما أقر قانونا بقضي بالعمل بالية الكوتا في الانتخابات البلدية فقد هذا الاخير ألغى الية الكوتا استنادا الى كونه غير مطابق لمبدأ المساواة كما أن محكمة دستورية في ايطاليا عام 1992 أقرت قانونين ينصان على إجراءات ايجابية لفائدة النساء وعلى الية التناوب في ترتيب المرشحين بين الجنسين ضمن لوائح الترشيح المقدمة من الأحزاب غير أنها وفي 1995 ألغتها كون أنها يشكلان خرق للتشريع الايطالي حول المساواة في التعامل..

ورغم ما آلت إليه نتائج الانتخابات (في الجزائر أو في تونس أو في المغرب) من تقدم وتحسن سواء في نسب مشاركة المرأة السياسية أو في نسب الحصول على مقاعد لها في الهيئات المنتخبة أو

¹ وكان أكثر من 80 نائبا تقدموا بعريضة مضاة بالتنصيص في الدستور على أن مبدأ التنافس صلب الفصل 45 من باب الحقوق والحريات وتم احواله التعديل المقترح الى لجنة التوافقات داخل المجلس الذي توصل إلى صياغة توافقية قبل احواله إلى التصويت في جلسة عامة وحظي التعديل بموافقة 116 نائبا واعتراض 20 في حين احتفظ اربعون نائبا بأصواتهم.

_____ مفهوم التناصف بين الرجال والنساء في سوق الشغل و المناصب العامة

في مراكز اتخاذ القرار السياسي في الدولة. إلا أن المرأة بشكل عام لم تقدر على تغيير الصورة النمطية المتعلقة بمصر أدوارها في الشأن الخاص ، بالإضافة الى التخلص من التمييز المسلط عليها على أساس النوع الاجتماعي وتحسين وضعيتها الاجتماعية والمهنية. فهو عمل كبير ينتظر المرأة ولن تستطيع تجاوز هذه المعوقات الا اذا أخذت هي بيد الرجل كمرحلة أولى ومعية الأحزاب والمجتمع المدني في مرحلة ثانية حتى نصل بها الى ترسيخ الديمقراطية الحقبة ، وإرساء مجتمع ديمقراطي يكون فيه حضور المرأة كمرشحة وناخبة حضورا فعليا ومنصفا. ووقتها فقط يمكن أن نقاخر بما أنجزناه أمام غيرنا من الشعوب الوافدة.

قائمة المراجع:

أمراجع متخصصة:

- 1- المحامي وسام حسام الدين الأحمـد- حماية حقوق المرأة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية والاتفاقات الدولية-ماجستير في القانون-منشورات الحلبي الحقوقية-الطبعة 1، 2009.
 - 2-المحامية هالة سعيد تبسي ،حقوق المرأة في ظل اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو)، منشورات الحلبي الحقوقية ط 1- 2011.
 - 3-أمين خالد حرطاني ،تمثيل النساء في المؤسسات السياسية في المغرب العربي (الجزائر المغرب تونس) -دراسة مقارنة مركز الإعلام والتوثيق لحقوق الطفل والمرأة ،أفريل 2006 .
- بلقيس أبو أصبع ،تخصيص مقاعد للمرأة في المجالس المنتخبة :التجارب الدولية والعربية في تطبيق نظام الحصص (الكوتا) ،منشورات المجلس الأعلى للمرأة ، الربن، 2003

ب بمقالات وأبحاث:

- 1-حفيفة شقير وآخرون ،المشاركة السياسية للمرأة العربية تحديات أمام التكريس الفعلي للمواطنة :دراسات ميدانية في احد عشر بلدا عربيا ، منشورات المعهد العربي لحقوق الإنسان ،تونس: 2004.
- 2-حفيفة شقير - المشاركة السياسية للنساء العربيات - سلسلة إصدارات المعهد العربي لحقوق الإنسان «الإنسان أدلة تدريبية» تونس . 2004.
- 3-رقية المصدق ، المرأة والسياسة لتمثيل السياسي في المغرب: دار توبقال للنشر ، الدار البيضاء ، 1990.
- 4-اتحاد البرلماني الدولي ،اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وبروتوكولها الاختياري :دليل البرلمانيين ،سويسرا ،منشورات الأمم المتحدة ، 2004.

مفهوم التناصف بين الرجال والنساء في سوق الشغل و المناصب العامة

5- اليونسكو - الكتاب الإحصائي السنوي 1998 وبرنامج الأمم المتحدة الإنمائي - تقرير التنمية الإنسانية العربية لعام 2002.

ج- النصوص القانونية الداخلية:

1- الدساتير:

- الدستور الجزائري: 1963 و 1976 و 1989 و 1996 التعديل الدستوري: 2008/11. التعديل الدستوري لعام 2012 و 2016.

- الدستور المغربي: 1996/07/10. والتعديل الدستوري لعام 2011

- الدستور التونسي: المعدل 1959. والمعدل في 2002. والتعديل الدستوري لعام 2014

د/ مجلات ودوريات:

- فتيحة السعيدى، المرأة التونسية في الحياة العامة والسياسية من خلال معطيات إحصائية ومؤشرات، تقرير بحث ميداني (تونس: منشورات مركز البحوث والدراسات والتوثيق والإعلام حول المرأة، 2001).

اليونيفم المكتب الإقليمي للدول العربية - (منشورات صندوق الأمم المتحدة الإنمائي للمرأة مصر، 2004).

- رافع بن عاشور، تقرير حول انتخاب المجلس القومي التأسيسي وتركيبته، (تونس: منشورات مركز الدراسات والبحوث والنشر للجمعية التونسية للقانون الدستوري 1986).

Ouvrages généraux

.-Documents en Français

1- Azza Karam (Dir) Les Femmes Au Parlement Au-Dela Du Nombre .Traduction De Julie Ballington Et Marie Jose Protais (Suede. International Institute For Democracy And International Assistance. 2002.

2- Ilham Marzouki, Mouvement Des Femmes En Tunisie Au Xxeme Siecle : Feminisme Et Politique (Tunis: Ceres Productions; 1993).

3- Alami M'chichi, Houria. « Femmes Et Processus De Democratization. Etat Des

Chakir Hafidha. « La Participation Politique Des Femmes Arabes » Serie « Guides De Formation » Editions De L'institut Arabe Des Droits De L'homme. Tunis : 2004. (D)

- 4- Kerrou, Mohamed Et Sihem Najar. «La Decision Sur Scene». Cawtar, 2007. -Lilha Labidi, Les Origines Du Mouvement Feministe En Tunisie,(Tunis: Tunis Carthage
- 5-Credif, « Femmes Et Hommes En Tunisie En Chiffre ». Tunis, 2002.
- 6-Conférence nationale « Participation politique des femmes en milieu rural : Levier du développement local. Tome 2 ». Rabat, 16 Juillet 2008.
- 7- « La participation politique de la femme arabe » éditions de l'institut arabe des droits de l'Homme. Tunis 2004.
- 8-Le Centre de la Femme Arabe pour la Formation et la Recherche (CAWTAR) 7, impasse n°1 Rue 8840 -Centre Urbain Nord P.O. Box nr 105 – 1003.Union générale tunisienne du travail. « Le guide de vos droits fondamentaux » Editions du centre syndical pour la formation. Tunis : Août 2004.
- 9- UNION INTERPARLEMENTAIRE. « Politique : Les femmes témoignent », Série «», N° 36. Genève 2000. (D) Etat de la situation de la participation de la femme à la vie politique.

المنظمة الدولية للشرطة الجنائية ودورها في مكافحة الجرائم

بوعبسة محمد، طالب دكتوراه،

تاريخ الإرسال: 2018-01-23

د/ فرحان معمر، أستاذ محاضر صنف "أ"

تاريخ القبول: 2018-07-17

مخبر حقوق الإنسان والحريات العامة، جامعة مستغانم.

تاريخ النشر: 2018-08-03

ملخص:

بعدما أصبح العالم مندمجا في قرية صغيرة واحدة بفضل سهولة التواصل والتنقل بين دوله ظهرت فيه أنواع جديدة وخطيرة من الإجرام المنظم كالجريمة المعلوماتية، وجريمة تبييض الأموال وتمويل الإرهاب، والإتجار بالبشر، وغيرها الكثير من الجرائم التي تؤثر على الأمن والسلم العالميين إذ يعتبر التصدي لهذه الجرائم في عصرنا الحالي من المهام الصعبة والخطيرة والمعقدة، وتتطلب إيجاد واستحداث أساليب وآليات حديثة لمكافحتها والحد منها على الصعيدين الداخلي والدولي، وهذا الأمر لا يتم إلا من خلال إنشاء أو خلق جهاز أو منظمة دولية تأخذ على عاتقها مكافحة الجريمة والمجرمين وأن تعمل هذه المنظمة وفقا لقواعد وأصول قانونية توافق عليها جميع الدول التي تنضم إلى الاتفاقية المنشئة لها، من أجل تحقيق الأهداف المتوخاة، وهو الأمر الذي عملت الدول على إيجاده والذي تجسد في المنظمة الدولية للشرطة الجنائية.

الكلمات المفتاحية: الإنترنت - الجريمة - مكافحة - الشرطة - النشرات - المنظومة

Résumé:

Après l'intégration du monde dans un petit village grâce à la facilité de communication et de circulation entre ses pays, de nouveaux types de criminalité organisée sont apparus, comme le crime d'information, le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, la traite des êtres humains et la paix. Notre ère actuelle de tâches difficiles, dangereuses et complexes, et nécessite la création et le développement de méthodes et de mécanismes modernes pour les combattre et les réduire aux niveaux interne et international, Cela ne peut se faire que par la création ou la création d'un organe ou d'une organisation internationale qui se charge de la lutte contre le crime et les criminels, conformément aux règles et aux principes juridiques convenus par tous les États adhérant à la Convention instituant ces objectifs. Ce qui est incarné par

مقدمة:

يصعب على أي دولة مهما كانت قوتها، القضاء منفردة على الجريمة دون مساعدة غيرها، لاسيما إذا كانت عابرة للحدود ترتكب في مناطق مختلفة من العالم، لأن تعقب مرتكبي هاته الجرائم والقضاء عليهم يقل كلما خرجوا من فضاء الدولة محل الجريمة، كما أن علمنا الحديث ظهرت فيه جرائم كثيرة ومعقدة كالتفجير القسري، وغسيل الأموال، والتفريب، والجرائم الإرهابية... إلخ، الأمر الذي يتطلب وجود إلزاماً قانونياً يتعقب ويلاحق المجرمين المرتكبين لهذه الجرائم، والقاء القبض عليهم والعمل على تسليمهم إلى الجهات المعنية، بغض النظر على جنسياتهم ومناصبهم الوظيفية.

ويعتبر تكيف المجرمين مع الوسائل والتقنيات الحديثة المستخدمة في العمليات الإجرامية مثل الأنترنت وتزوير الجوازات وتخزين الهروين في أماكن يصعب كشفها وغيرها من الأساليب المتطورة، من التحولات الكبيرة التي دفعت العالم بشكل جدي في التفكير بضرورة وجود كيان دولي يأخذ على عاتقه القيام بمهمة تعقب هذا النوع المعقد من الإجرام الذي لم يعد يعترف بالحدود الوطنية، فالتصدي لهذه الجرائم في عصرنا الحديث من المهام الصعبة والخطيرة التي تتطلب إبداع واستحداث أساليب حديثة لمكافحتها والحد منها على الصعيدين الداخلي (الوطني) والدولي، وهذا الأمر لا يتم إلا من خلال إنشاء أو خلق جهاز أو منظمة دولية تأخذ على عاتقها مكافحة الجريمة والمجرمين وأن تعمل هذه المنظمة وفقا لقواعد وأصول قانونية توافق عليها جميع الدول التي تنضم إلى الاتفاقية المنشئة لها، من أجل تحقيق الأهداف التي وجدت من أجلها .

وبعد جهود كثيرة، ولقاءات دولية متواصلة اهتدى العالم إلى ضرورة إنشاء هذا الجهاز، فكان ما يسمى بالأنتربول الذي يعمل على تمكين أجهزة الشرطة الدولية لجعل العالم أكثر أمنا، من خلال الدعم الفني والميداني الذي تقدمه المنظمة للمساعدة في مواجهة تحديات الإجرام الحديث، ومن خلال الدور الفاعل الذي يقوم به الأنتربول على الصعيدين الوطني والدولي، باعتباره أهم مؤسسة أمنية دولية تعمل على مكافحة الجرائم التي لها آثارا وخيمة على المجتمع الدولي.

وعليه يثور التساؤل التالي: ما أهمية الدور الذي تلعبه المنظمة الدولية للشرطة الجنائية في مكافحة الجريمة بمختلف أنواعها؟

وللإجابة على هذا الإشكال الرئيس تم تقسيم البحث إلى مبحثين: نعرض في المبحث الأول ماهية المنظمة الدولية للشرطة الجنائية، وفي الثاني نتطرق إلى أهم الجرائم التي تكافحها.

المبحث الأول: ماهية المنظمة الدولية للشرطة الجنائية

سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في الأول منه التعريف بالمنظمة الدولية للشرطة الجنائية، وفي الثاني نتناول تنظيمها الهيكلي.

المطلب الأول: مفهوم المنظمة الدولية للشرطة الجنائية (الأتربول).

للتعريف بهذه المنظمة سوف نتطرق إلى نشأة المنظمة في المطلب الأول ومبادئها وأهدافها، ثم في المطلب الثاني نتحدث عن تنظيمها الهيكلي وطبيعتها القانونية.

الفرع الأول: نشأة المنظمة الدولية للشرطة الجنائية .

يرجع البعض بداية التعاون الدولي في المجال الأمني إلى سنة 1904، وذلك بمناسبة الاتفاقية الدولية الخاصة بمكافحة الإتجار بالرقيق والمبرمة في 18 ماي 1904، بغرض مكافحة الدعارة واستغلال الفتيات¹. ثم أخذ هذا التعاون الأمني أشكالاً أخرى مثل المؤتمرات ذات الصلة بالتعاون الدولي الأمني.

وفي سنة 1914، وبناء على طلب أمير موناكو ألبرت الأول Albert 1 انعقد المؤتمر الدولي الأول للشرطة القضائية من أجل إستحداث مجموعة بطاقات دولية للشرطة، وتنسيق إجراءات التسليح، وذلك بحضور رجال الشرطة والقضاء من أربعة عشر دولة، ولم يسفر هذا المؤتمر عن أية نتائج عملية نتيجة قيام الحرب العالمية الأولى، وفي سنة 1923 انعقد المؤتمر الدولي الثاني للشرطة القضائية في فيينا بفضل جهود مدير شرطة فيينا الدكتور جوهانز شوبر Johns choper. وأسفر هذا المؤتمر عن إنشاء اللجنة الدولية للشرطة الجنائية² واختيار فيينا

¹ _ عكروم عادل، المنظمة الدولية للشرطة الجنائية والجريمة المنظمة كآلية لمكافحة الجريمة المنظمة، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر، 2013، ص13.

² _ وهو الاسم الذي كان يطلق على المنظمة قبل عام 1956 .

_____ المنظمة الدولية للشرطة الجنائية ودورها في مكافحة الجرائم

مقرها، وكان نشاط هذه اللجنة يقتصر فقط على الدول الأوروبية غير أن نشاطها وعملها تأثر بالأحداث السياسية، ما أدى ذلك إلى اختفاء نشاطها تماماً بسبب اندلاع الحرب العالمية الثانية¹، وعندما ضم هتلر النمسا إلى ألمانيا عام 1938 وقعت اللجنة تحت السيطرة النازية، وترأسها أربعة مسؤولين نازيين².

وبعد الحرب العالمية الثانية عقد مؤتمر دولي في بلجيكا ضم 17 دولة، بناء على دعوة من "لوناغ" أحد رؤساء الشرطة في بلجيكا، وانتهى المؤتمر إلى إحياء اللجنة الدولية للشرطة الجنائية، ونقل مقرها إلى باريس³.

وقد شهدت سنة 1956 إعادة هيكلة المنظمة الدولية للشرطة الجنائية من الناحية التنظيمية، وكذلك وضع ميثاق لها، والذي يحتوي على 50 مادة موزعة على أربعة أبواب، وفي سنة 1989 تم تحويل مقر المنظمة إلى ليون الفرنسية. وبلغ سنة 1993 عدد الدول المنضمة إلى المنظمة حوالي 154 دولة مقابل 55 دولة سنة 1955.

وبعد سبتمبر 2001، أعيد النظر في المادة الثالثة لميثاق المنظمة، والذي يقر بعدم التدخل في المسائل ذات الطابع السياسي أو العسكري أو الديني أو العنصري ليعطي نظرة جديدة في مكافحة الإرهاب، وهذا باستعمال الدين كوسيلة للعنف، حيث أصبحت المنظمة تتابع نشاطات المنظمات التي تستغل الدين للقيام بأعمالها الإرهابية ضد الدول والمجتمعات⁴.
ويبلغ حالياً عدد الدول الأعضاء 195 دولة⁵، ويعمل الأنتربول على مدار الساعة بأربع لغات الأكثر استعمالاً وهي (العربية والإنجليزية والفرنسية والإسبانية)⁶.

الفرع الثاني: مبادئ المنظمة الدولية للشرطة الجنائية وأهدافها

تقوم منظمة الأنتربول على جملة من المبادئ والأهداف التي تعمل على تحقيقها:

¹ - من عودة حورية، الجريمة المنظمة وآليات مكافحتها دولياً، مذكرة ماجستير 2009 / 2010، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعيدة، ص 19.

² - موقع www.youtube.com، الأنتربول، الوثائقية، www.aflamw.com، 2016/6 / 22.

³ - من عودة حورية، مرجع سابق، ص 119.

⁴ - عكروم عادل، مرجع سابق، ص 138.

⁵ - انظر الموقع الرسمي للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية الأنتربول www.intrpol.intr/ar، بتاريخ 2016/6/22، الساعة 4:57.

⁶ - نسرين عبد الحميد نبيه، الجرائم الدولية والأنتربول، بدون طبعة، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2011، ص 255.

أولاً: مبادئ المنظمة الدولية للشرطة الجنائية: تلزم الدول الأعضاء للمنظمة بما يلي:

- احترام السيادة الوطنية للدول الأعضاء في المنظمة: ويكون ذلك في إطار احترام القوانين والنظم الوطنية للدول الأعضاء، وهذا ما نصت عليه المادة الثانية من القانون الأساسي للمنظمة.¹

- تنفيذ قرارات الجمعية العامة للأنتربول.

- الإسهام في مالية المنظمة: فقد نصت المادة 38 من قانونها الأساسي على أن موارد المنظمة تتكون من: «الاشتراكات المالية للدول الأعضاء، الهبات والوصايا، والإعانات، وأية موارد أخرى بشرط قبولها والموافقة عليها بمعرفة اللجنة التنفيذية».

كما توقع اللجنة التنفيذية للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية، الجزاء على الدولة المخلة بالتزاماتها المالية، وفقاً للمادة 52 من النظام العام للمنظمة²، أما بالنسبة للموارد المالية الأخرى المنصوص عليها في المادة 38 الفقرة ب، كالهدايا والوصايا والإعانات، وكذا بعض الموارد الأخرى كالمطبوعات الصادرة عن المنظمة، أو الاستثمارات المالية الخاصة بها فإنها تشكل 5% من مجموع مالية المنظمة.³

ثانياً: أهداف المنظمة الدولية للشرطة الجنائية

تطرق المادتين 2 و3 من القانون الأساسي للمنظمة إلى أهدافها، حيث تكمن في:

تأكيد وتشجيع المعونة المتبادلة في أوسع نطاق ممكن بين سلطات الشرطة الجنائية في حدود القوانين القائمة في البلاد المختلفة، وبروح الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

- مرونة التعاون الدولي من خلال التعاون بين المكاتب المركزية الوطنية للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية، والتي تلتزم الدول الأعضاء بإنشائها فوق إقليمها طبقاً للمادة 32 من قانون المنظمة.⁴

- تطوير وتنمية التعاون الدولي عن طريق مساهمة ناجحة، وفعالة داخل المنظومة الأمنية

¹ - غربي أسامة، دراسة نظرية لمنظمة الإنتربول، منشور على موقع www.droit-dz.com بتاريخ 2016/6/22.

² - عكروم عادل، مرجع سابق، ص 142 و143.

³ - فنور حاسين، المنظمة الدولية للشرطة الجنائية والجريمة المنظمة، مذكرة ماجستير، 2012/ 2013، جامعة الجزائر، ص 39.

⁴ - عكروم عادل، مرجع سابق، ص 143-144.

الدولية¹.

-إقامة وتنمية النظم التي من شأنها وضع، ومكافحة جرائم القانون العام².

المطلب الثاني: الهيكل التنظيمي للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية وطبيعتها القانونية

كان هيكل المنظمة في البداية يقوم على جهاز واحد تشترك في عضويته كافة الدول الأعضاء، ثم أخذ هذا الهيكل الداخلي للمنظمة في التطور إستجابة للتغيير، وبعد أن عرفت أهمية التخصيص وتقسيم العمل أخذت المنظمة الدولية للشرطة الجنائية مبدأ تعدد الأجهزة، وتخصصها³.

الفرع الأول: هيكل التنظيمي للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية

حسب المادة الخامسة من القانون الأساسي للمنظمة "تتكون المنظمة الدولية للشرطة الجنائية (الإنتربول) من:

أولاً: الجمعية العامة

تتمثل الجمعية العامة السلطة العليا في المنظمة، وهي بمثابة جهاز عام تمثل فيه سائر الدول على قدم المساواة وهذا حسب المادة السادسة من القانون الأساسي للمنظمة، وتختص الجمعية العامة أساساً بتحديد السياسة العامة للمنظمة، وإصدار التوصيات والقرارات لأعضائها في المسائل التي تخص الهيئة لمعالجتها، وإقرار الاتفاقيات التي تعقدها المنظمة مع الهيئات الأخرى، كما تقوم الجمعية العامة بتحديد ميزانية المنظمة الدولية للشرطة الجنائية.

ثانياً: اللجنة التنفيذية

وفقاً لما بينته المادتين الخامسة عشر، والسادسة عشر من النظام الأساسي للمنظمة، فإنها تتكون من ثلاثة عشر عضواً، وهم رئيس المنظمة ونوابه الثلاثة، وتسعة أعضاء تختارهم الجمعية العام للمنظمة من بين مندوبي الدول لأعضائها⁴، وينتخب رئيس المنظمة لمدة أربعة سنوات ويشترط في انتخابه الحصول على نسبة ثلثي الأعضاء المصوتين وإذا لم يتم ذلك يعاد الانتخاب

¹ مجلة الشرطة الجزائرية - منظمة الإنتربول - عدد خاص، جويلية 2008، ص 29.

² حيمر عبد الكريم، منظمة الأنتربول، مذكرة ماستر، 2013/ 2014، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، ص 14.

³ محمد منصور الصاوي، مرجع سابق، ص 699.

⁴ محمد منصور الصاوي، مرجع سابق، ص 709.

وتكفي في هذه الحالة الأغلبية العادية، أما نوابه الثلاثة فينتخبون لمدة ثلاثة سنوات غير قابلة للتجديد، وهذا ما يطبق على ثلثي الأعضاء التسعة الباقون فينتخبون لمدة ثلاث سنوات غير قابلة للتجديد، وفي حالة وفاة عضو من أعضاء اللجنة التنفيذية أو استقالته، تنتخب الجمعية العامة عضواً آخرًا من الجمعية العامة ليحل محله، وتنتهي عهدة هذا الأخير بانتهاء عهدة العضو المستقيل أو المتوفي حسب المادة (23).

هذا وتجتمع اللجنة التنفيذية بصفة عامة ثلاثة مرات في السنة، وذلك بناءً على دعوة رئيس المنظمة¹.

ثالثاً: الأمانة العامة

تتكون الأمانة العامة للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية، وفقاً لصريح نص المادة (25) من القانون الأساسي للمنظمة من الأمين العام للمنظمة والإدارات الدائمة التابعة للمنظمة .

1: الأمين العام للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية: هو الذي يرأس الأمانة العامة للأنتربول، ويتم تعيينه بناءً على اقتراح مقدم من اللجنة التنفيذية تصادق عليه الجمعية العامة، ويتم تعيينه لمدة خمس سنوات، ويمكن إعادة انتخابه لمدة أخرى على أن يتخلى عن هذا المنصب متى بلغ 65 سنة.

2: الإدارات الدائمة التابعة للأمانة العامة للأنتربول: تقوم الأمانة العامة للأنتربول على أربعة أقسام (إدارات) .

رابعاً: المكاتب المركزية الوطنية:

يكون المكتب المركزي الوطني مسؤولاً عن تطبيق جميع القرارات والتوصيات التي تتخذها الهيئة العامة للمنظمة، وعن وضعها موضع التنفيذ².

خامساً: المستشارون:

يقدم المستشارون التقارير أو البحوث العلمية إلى الجمعية العامة بناءً على دعوتها، أو من

¹ _ عكروم عادل، مرجع سابق، ص 151 .

² _ علي حسن الطوبالة، التعاون الإجرائي في مجال تسليم المجرمين، مركز الإعلام الأمني جامعة العلوم التطبيقية، منشور على قوقل، ص 11 .

اللجنة التنفيذية، أو من الأمين العام حسب المادة 47 من النظام العام للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية.

سادسا: لجنة الرقابة على المحفوظات

تضطلع اللجنة بمعاملة طلبات الاطلاع على محفوظات الأنتربول.

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية.

يحصر البعض العناصر الأساسية لتسمية المنظمة إلى أربعة عناصر:

1- عنصر الإرادة الذاتية.

2- عنصر الكيان .

3- الاستناد إلى اتفاقية دولية.

4- عدم انتقاص المنظمة من سيادة الدول المشتركة في عضويتها باعتبارها في الواقع مجرد وسيلة للتعاون الاختياري بين مجموعة معينة في مجال، أو مجالات محددة يتفق عليها سلفاً¹.

وبالتأمل في وضع المنظمة الدولية للشرطة الجنائية يتضح أنها استوفت هذه العناصر، ومن ثم فهي منظمة دولية حكومية، وأدل على ذلك هو أن الأمم المتحدة عندما أبرمت اتفاقية تعاون مع الأنتربول سنة 1971، أعلن المجلس الاجتماعي والاقتصادي - بقراره رقم 4961 الصادر عنه 8 مارس- أن الأنتربول منظمة دولية حكومية، وبالتالي تتمتعها بالشخصية القانونية.

المبحث الثاني: دور المنظمة الدولية للشرطة الجنائية في مكافحة بعض الجرائم.

إن للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية دور أساسي في مكافحة الجرائم العابرة للحدود التي تقع من شخص مسؤول جنائياً، وتسبب ضرراً بمصلحة ضرورية أو هامة للمجتمع الدولي، وقبل التحدث عن أهم الجرائم التي يكافحها الأنتربول لابد من التطرق إلى الأساليب التي يعتمدها في مكافحة الجرائم.

المطلب الأول: آليات المنظمة الدولية للشرطة الجنائية في مكافحة الجريمة.

لا يختص الأنتربول بمكافحة الجرائم السياسية، أو العسكرية، أو الدينية، لأن هذه الجرائم

¹ _عبد العزيز العشراوي، أبحاث في القانون الدولي الجنائي، بدون طبعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزء الثاني،

2008، ص 18.19 .

_____ المنظمة الدولية للشرطة الجنائية ودورها في مكافحة الجرائم

من شأنها أن تنشئ توتر دولي بين الدول الأعضاء نتيجة التدخل في الشؤون الداخلية لهذه الدول¹، وعليه وجه كل قوته إلى مكافحة كل أنواع الإجرام، وذلك بإستعمال وسائل متطورة.

الفرع الأول: منظومة إتصال المنظمة الدولية للشرطة الجنائية

تأميناً للتوازن وسباق التسلح التكنولوجي بين المنظمة والإجرام، إبتكرت المنظمة الدولية للشرطة الجنائية منظومة إتصالات علمية، وهذه المنظومة هي 124/7، وتعني :

1: الحرف الأول لكلمة المنظمة الدولية للشرطة الجنائية Interpol.

24: ساعة في اليوم .

7: العمل سبعة أيام.

إن هذه المنظومة تتيح للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية إتصال فوري، وسهل بالمعلومات الشرطة الحيوية نظراً لإمكانية تكليف هذه المنظمة وفقاً لإحتياجات كل مركز وطني، وهي تحتوي على جملة معينة من المعطيات:

1: منظومة البحث الآلي الاسمية.

هذه المنظومة تهتم بالبحث الخاص بالمجرمين الدوليين المبحوث عنهم والمعلومات الخاصة بهم والمتمثلة في:

أ- السوابق العدلية.

ب- نشرات البحث والتسليم الصادرة ضدهم.

ج- الصور والبصمات.

د- الأشخاص المفقودين والمبحوث عنهم.

2: منظومة وثائق السفر:

هذه المنظومة تهتم بوثائق السفر المسروقة والمستعملة في النشاطات الإجرامية التي تشكل نوعاً من الحماية للعصابات الإجرامية وخاصة الجماعات التي تمارس الإجرام مثل: الهجرة غير الشرعية، المتاجرة بالمخدرات، الإرهاب الدولي والجرائم الإقتصادية.

¹ منتصر سعيد حمودة، المنظمة الدولية للشرطة الجنائية (الانتربول)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2008، ص 119.

كما تمكن هذه المنظومة من التعرف على الوثائق من خلال تفحص الرقم التسلسلي للوثيقة المشكوك فيها ومقارنتها مع جميع المعطيات المخزنة لديها في بنك المعلومات. هذا البنك الذي يتم تحيينه باستمرار من طرف المكاتب المركزية الوطنية.

3: منظومة السيارات المسروقة:

منظومة المعطيات للسيارات المسروقة لا تحتوي على أسماء وإنما تحتوي على عناصر خاصة بالسيارة كالصنف، النوع والرقم التسلسلي والتي هي محل بحث عبر العالم. حالياً تضم قاعدة المعلومات لهذه المنظومة حوالي أربعة ملايين سيارة مسروقة ومبحوث عنها وهي تزود مباشرة من طرف المكاتب المركزية الوطنية .

4: منظومة اللوحات الفنية:

تضم قاعدة المعلومات لهذه المنظومة جميع المعلومات الخاصة بالتحف الفنية المسروقة عبر العالم. الفرع الثاني: منظومة النشرات للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية

هي تنبيهات دولية تستخدمها أجهزة الشرطة في كل العالم لتبادل المعلومات عن الجرائم والمجرمين وللتهديدات الأمنية، وتصدر باللغات الرسمية الأربع (العربية، الفرنسية، الإنجليزية، الإسبانية).

أولاً: عملية إصدار النشرات:

تصدر الأمانة العامة للنشرات إما مباشرة منها أو بناءً على طلبات تردها من المكاتب المركزية الوطنية أو الكيانات الدولية المحوطة، ولا يمكنها إصدار نشرة إلا إذا استوفت جميع الشروط القانونية.

ثانياً: أنواع النشرات:

تعتبر منظومة النشرات للأنتربول إحدى أهم وظائف الأنتربول في مساعدة أجهزة الشرطة في البلدان الأعضاء على تبادل المعلومات الجنائية.

1- النشرة الحمراء: وتصدر في حالتين هما:

- حالات صدور حكم قضائي ضد الشخص الملاحق في هذه النشرة في جنابة أو جنحة.
- حالة إتهام الشخص الملاحق بإرتكاب جريمة، وصدور قرار بالقبض عليه من السلطات

2- النشرة الدولية الخضراء: تصدر للتنبيه إلى أنشطة إجرامية التي يضطلع بها شخص يعتبر مصدر خطر محتمل على السلامة العامة².

3_ النشرة الدولية الزرقاء: تصدر لتحديد مكان شخص يتسم بأهمية خاصة بالنسبة لتحقيق جنائي، أو تحديد هويته أو الحصول على معلومات عنه³.

4_ النشرة الدولية الصفراء: تصدر في حالة قيام أحد المكاتب المركزية الوطنية بإخطار الأنتربول بتغيب أحد مواطنيها، أو في حالة العثور على شخص أجنبي فاقد التمييز.

5_ النشرة الدولية السوداء: تصدر لتحديد هوية الأشخاص المتوفين.

6_ النشرة الدولية البرتقالية: تستخدم من أجل تحذير الشرطة، والمؤسسات العامة وغيرهم من المنظمات الدولية من المخاطر التي يمكن أن تحدثها الأسلحة المموهة والقنابل، والإرهاب.

وتعتبر النشرة البرتقالية بمثابة رسالة إنذار أمني تحذيرية عن تهديدات إرهابية محتملة، وتعمم في هذه النشرات معلومات عن أشخاص خطيرين يتوقع ارتكابهم لأعمال إرهابية، أو عن مظاريف أو رسائل مشبوهة تتضمن عبوات متفجرة أو حارقة وأسلحة مموهة. وتوجه هذه النشرات تحذيرات إلى المسؤولين عن الأمن في المنظمات الدولية ومجموعة إنقاذ القانون في الدول الأعضاء.

وعن طريقة إصدار النشرات البرتقالية، فيمكن للمكاتب المركزية الوطنية تقديم الطلبات بالإنترنت أو أي وسيلة إلى الأمانة العامة للإنتربول لإصدارها، وعلى المكاتب المركزية الوطنية إرسال المعلومات مع مرفقاتها (صور ...) إلى الأمانة العامة للإنتربول، ويتولى مركز العمليات والتنسيق (CCC) إصدار النشرة البرتقالية بالتعاون مع الإدارة الفرعية للأمن العام والإرهاب.

وإذا كان من الضروري لمركز العمليات والتنسيق الحصول على معلومات إضافية، فإنه يقوم بالاتصال بالمكتب المركزي الوطني الذي زوده أصلا بالمعلومات وعن المحتويات الضرورية

¹ _ منتصر سعيد حمودة، مرجع سابق، ص 121 .

² _ الموقع الرسمي للإنتربول. www.interpol.org

³ _ الموقع الرسمي للإنتربول. www.interpol.org

ملف الاسترداد، فتتمثل في:

أ- تقديم أصل الوثائق اللازمة من سلطة التحقيق أو صورة مععدة منها من قبل سلطة التحقيق القضائية.

و أهم هذه الوثائق مايلي:

٢- أمر القبض على الشخص المطلوب تسليمه، أو أية وثيقة أخرى لها نفس القوة صادرة من الجهة القضائية المختصة في الدولة طالبة مصحوبا بخطاب رسمي موجه إلى مدير عام العلاقات الخارجية و الشرطة الجنائية الدولية بطلب ملاحقة المتهم وتحديد محل إقامته الفعلي أو المحتمل تواجد فيه

- بيانا شاملا للوصف الجرمي متضمنا تاريخ ومكان ارتكاب الأفعال المطلوب من أجلها التسليم وتكييفها القانوني وتحديد النصوص القانونية المطبقة عليها

- بيانا شاملا وموجزا من سلطة التحقيق بالأدلة التي تثبت التهمة الموجهة للشخص المطلوب تسليمه للدولة طالبة أو محاكمته أمام القضاء المختص في الدولة المطلوب منها التسليم.

ب - تقديم أصل حكم الإدانة الصادر طبقا للأوضاع المقررة في قانون الدولة طالبة التسليم أو صورة رسمية له مصدقا عليها من الجهة المختصة لدى الدولة طالبة التسليم مصحوبا بخطاب رسمي موجه إلى مدير عام العلاقات الخارجية و الشرطة الجنائية الدولية بطلب ملاحقة المتهم لاسترداده إلى الدولة طالبة أو تنفيذ الحكم الصادر بحقه في الدولة المطلوب منها التسليم.¹

7_النشرة الدولية البنفسجية: تستخدم هذه النشرة للتزويد بالمعلومات عن طريق العمل والإجراءات والمواضيع والوسائل والمحائ التي يستخدمها المجرمون.

8_النشرات الخاصة للإنتربول_مجلس الأمن التابع للأمم المتحدة: تستخدم لتوفير معلومات عن أشخاص خاضعين للجزاءات التي تفرضها الأمم المتحدة .

المطلب الثاني: بعض الجرائم التي تعالجها المنظمة الدولية للشرطة الجنائية.

تعالج المنظمة العديد من الجرائم التي يصعب حصرها كالأسلحة النارية، سرقة الاتار،

¹- انظر <https://pulpit.alwatanvoice.com/content/print/298202.html>، تاريخ الاطلاع: 2018/06/20.

الإجرام البيئي، الإجرام السيبراني، الإجرام المالي، الإجرام المنظم، وغيرها الكثير. وستقتصر في دراستنا على ذكر أهم الجرائم التي تشغل المجتمع الدولي، وهي الإرهاب، الفساد، والجرائم الإلكترونية، ثم نعرض في الأخير بعض نشاطات المنظمة.

الفرع الأول: جريمة الإرهاب.

غالبًا ما يكون هدف الإرهاب سياسيًا أو إيديولوجيًا¹، ويقوم الأنتربول بالتعاون والتنسيق مع الدول الأعضاء بملاحقة وتعقب الإرهابيين الهاربين وتسليمهم، وتبدأ إجراءات الملاحقة والضبط بطلب يقدم إلى الأمانة العامة للأنتربول بواسطة المكتب المركزي الكائن مقره بالدولة طالبة التسليم، ويشترط أن يحوي هذا الطلب على كل المعلومات اللازمة، منها المعلومات المتعلقة بالإرهابي الهارب، والمعلومات التي تثبت تورطه في إحدى جرائم الإرهاب الدولي حيث تقوم الأمانة العامة بإصدار نشرة دولية إلى كافة المكاتب المركزية الوطنية الموجودة في الدول الأعضاء في المنظمة، وفي حالة ضبط الإرهابي في أي من هذه الدول، فإن المكتب المركزي في الدولة يبلغ المكتب المركزي للدولة طالبة التسليم، والأخيرة عليها أن تسلك الطرق الدبلوماسية اللازمة لإستلام الإرهابي .

وحتى يتمكن الأنتربول التحقق من فاعلية دوره في هذا المجال فإنه عمل على امتلاك كافة وسائل الاتصال السريع بينه وبين كافة المكاتب المركزية الوطنية بواسطة شبكة لاسلكية، وصور برقية تربط الأمانة العامة له بكافة المكاتب المركزية لضمان سرعة نقل المعلومة، والصورة وبصمات الإرهابيين، ولا شك أن سرعة وصول المعلومات والبيانات بين الدول يساعد في الوقاية من العديد من صور الإرهاب الدولي².

وحث الإتفاقيات³ الدولية ذات الصلة بالإرهاب وقرارات مجلس الأمن الدولي على

¹ — عباس شافعة، ظاهرة الإرهاب بين القانون الدولي والمنظور الديني، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2011، ص 48.

² — منتصر سعيد حمودة، الإرهاب الدولي جوانبه القانونية ووسائل مكافحته في القانون الدولي والفقهاء الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2008، ص 328 _ 330.

³ - مثل الإتفاقية الدولية لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية (المادة 166)، وإتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد (144)، والقانون النموذجي بشأن غسل الأموال والتعاون الدولي فيما يتعلق بعائدات الجريمة (المادة 05).

التعاون بين الدول في المجال القضائي قبل المحاكمة الجنائية وبعدها، وعلى تسليم المجرمين اعتمادا على آلية الأتربول، ومن هذه الاتفاقيات الاتفاقية الدولية لقمع تمويل الإرهاب لسنة 1999، التي نصت مادتها (18)، الفقرة الرابعة على أنه "يجوز للدول الأطراف أن تتبادل المعلومات عن طريق المنظمة الدولية للشرطة الجنائية (الأتربول)".

وما يمكن أن يثار في قضية تسليم المجرمين لا سيما الخطيرين منهم كالإرهابيين هو اصطدامها بعدم وجود معاهدات ثنائية بين الدول في حين تعتبر الجرائم الإرهابية من الجرائم الموجبة للتسليم في كل التشريعات الوطنية بخلاف الجرائم السياسية والعسكرية، وذكرت الاتفاقية العربية لمكافحة الإرهاب الصادرة في 1998/04/22، مجموعة من الشروط يجب توفرها لتسليم المجرمين، وهو ما يفهم من المادة الخامسة إلى السابعة، وهي :

1. أن تكون الجريمة إرهابية (المادة 05).
2. أن تكون أضرت بمصالح الدول المتعاقدة وخطيرة ولا تقل عقوبتها عن سنة (المادة 08).
3. أن تكون الجريمة مجرمة في كلتا قوانين الدولتين أي المسلمة والمستلمة (المادة 06 الفقرة ج).
4. ألا تكون الجريمة أو العقوبة سقطت بالتقادم (المادة 6 الفقرة ز).
5. ألا تكون الجريمة قد صدر بشأنها حكم قضائي حائز على قوة الشيء المقضي فيه (المادة 6 الفقرة د).
6. أن تكون الدولة طالبة التسليم مختصة بمحاكمة الشخص ومعاقبته عن الجريمة (المادة 6 الفقرة ج (و)).
7. ألا تكون الجريمة أو العقوبة قد صدر بشأنها عفو شامل (المادة 6 الفقرة هـ).
8. ألا يكون الشخص المطلوب تسليمه قيد التحقيق أو المحاكمة أو محكوما عليه عن جريمة أخرى في الدولة المطلوب إليها التسليم، فإن تسليمه يؤجل إلى حين التصرف في التحقيق أو إنتهاء المحاكمة أو تنفيذ العقوبة، ومع ذلك يجوز للدولة تسليمه مؤقتا للتحقيق معه أو محاكمته بشرط إعادته إليها (المادة السابعة).

وعند توافر هذه الشروط تلتزم الدولة بتسليم المتهم طبقا لقواعد القانون الدولي المتعلقة بتسليم المجرمين من حيث النقل ونفقات التسليم .

وتناولت المواد من (22) إلى (28) من الإتفاقية إجراءات التسليم، من حيث كيفية تقديم الطلب والجهة المختصة، وحالة تعدد طلبات التسليم.

ومما سبق يتضح أن تسليم المجرمين هو إجراء من إجراءات التعاون القضائي الدولي، تقوم بموجبه إحدى الدول (الدولة المطلوب إليها) بتسليم شخص متواجد على إقليمها إلى دولة أخرى، أو إلى جهة قضائية دولية (الدولة أو الجهة الطالبة)، إما بهدف محاكمته عن جريمة ارتكبها، وإما لأجل تنفيذ حكم الإدانة الصادر ضده من محاكم هذه الدولة أو المحكمة الدولية¹.

وعمليا فإن منظمة الشرطة الجنائية الدولية ليست جهة إصدار أوامر قبض، وليست جهاز قضائي وإنما هي جهة للإبلاغ والتعميم أي تقوم بتعميم ونشر أوامر القبض التي تأتيها من الدول الأعضاء، وليس للأنتربول أية مفازر شرطية ولا مُجندين ولا قوات خاصة بالعالم، بل إنها مجرد جهة تنسيقية بين الدول الأعضاء تعمم أوامر القبض وتبقى مسؤولية القبض والتسليم شأنًا وطنيا يجتا يخص الدولة التي يقيم فيها المطلوب، كما أن الدول جميعا غير ملزمة بتسليم أي شخص أجنبي موجود على أراضيها وإنما القرار يكون لقضائها الوطني بعد دراسة الملف الذي يجب ان يعده البلد الطالب ويتضمن التهم والأدلة ليقرر في ضوءها التسليم من عدمه ولا يمكن لأي بلد أن يسلم مطلوبا ما لم تكن هناك إتفاقية تسليم مجرمين نافذة وموقعة بين البلد الطالب والبلد المطلوب منه، كما أن الأنتربول يختص بالقضايا الجنائية والمجرمين الجنائيين ولا صلة له بالمطلوبين السياسيين، خاصة وأن دساتير معظم دول العالم تنص على عدم جواز تسليم اللاجئ السياسي إلى بلده مهما كانت التهم الموجهة إليه²

وتجدر الإشارة أنه من النقد الذي وجه للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية هو عدم تعديل دستور الأنتربول ونظامه الأساسي لينص على إعتبار دستوره أو نظامه الأساسي أساسا

¹ - سليمان عبد المنعم، الجوانب الإشكالية في النظام القانوني لتسليم المجرمين، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، د.ط، 2007، ص 07.

² - انظر موقع، <http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=284721>. تاريخ الاطلاع: 2018/06/20. الساعة 18:25.

_____ المنظمة الدولية للشرطة الجنائية ودورها في مكافحة الجرائم

لتبادل تسليم المجرمين بين الدول الأعضاء في حالة عدم وجود إتفاقيات ثنائية أو حالات المعاملة بالمثل، وذلك لتفادي سلبات نظام تسليم المجرمين التي تنشأ بسبب عدم وجود معاهدة تسليم أو معاملة بالمثل بين الدولتين المعنيتين حيث أن بعض المجرمين الهاربين يختارون الدول التي لا تربطها بدولتهم إتفاقيات لتسليم المجرمين¹.

الفرع الثاني: جريمة الفساد

الفساد في موسوعة العلوم الإجتماعية يعني " سوء إستخدام النفوذ العام لتحقيق أرباح خاصة"²، وحددت منظمة الشرطة الجنائية الدولية تعريف الفساد بأنه: "أي فعل أو إغفال في أداء الواجبات من قبل أحد ضباط الشرطة أو غيرها من الموظفين من قوة الشرطة، لغرض الحصول على أي أموال، هدية، وعد، مكافأة أو ميزة لنفسه أو لأي دولة أخرى، شخص أو مجموعة أو كيان".

وهناك آليات تنفيذية، وآليات قانونية لمكافحة الفساد في نطاق الأنتربول.

أولاً: الآليات القانونية في مكافحة الفساد في نطاق الأنتربول:

1- إعلان النوايا لإيقاد القانون (برتوكول سيؤول) 1999 .

وتتضمن إستراتيجية الإعلان الأخذ بأسلوب مكافحة الفساد على ثلاث مستويات:

أ - التوعية والوقاية.

ب- العمل الميداني التحقيقي.

ج- العلاقات العامة من خلال:

1- سن تشريعات فعالة لتتبع عائدات الفساد، والجرائم المتصلة بها ومصادرتها.

2- تطوير التدابير التشريعية والإدارية، والقضاء على الفساد في قوات الشرطة.

3- توسيع صلاحيات الشرطة في إجراء التحقيقات وتقديم المتورطين إلى العدالة .

4- إنشاء آلية للرقابة كالهيئات لرصد النظم والتدابير التي تم إقرارها، لمنع وكشف، ومعاينة والقضاء على الفساد داخل قوات الشرطة.

¹ - منتصر سعيد حمودة، نفس المرجع، ص ص 188- 189 .

² _ بلال خلف السكرانة، الفساد الإداري، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع الأردن، 2011، ص ص 18- 19 .

5- الإبلاغ مرة واحدة على الأقل كل سنتين، الجمعية العامة على التدابير المتخذة والآليات والنظم المعمول بها لتنفيذ المعايير المنصوص عليها في هذا البروتوكول وفعالية هذه الآليات¹.

ثانياً: الآليات التنفيذية.

1- فريق الخبراء المعني بالفساد (IACA)².

ويضم الفريق مجموعة كبيرة من أصحاب مصالح الدول الأخرى في حملة مكافحة الفساد، أما بالنسبة لمبادئ وأهداف الجهاز فهي تكوين مجتمع حر وعادل، واشتتاله على معايير عالية من النزاهة، والعدالة ومقاومة الفساد علناً. أما اختصاصات الجهاز فهو يساهم في:

- أ- توفير معلومات أساسية للإنتربول بشأن المسائل المتصلة بجميع جوانب الفساد، وأوكلت إليه ولاية إسداء المشورة للأمين العام بشأن أفضل السبل لمكافحة هذه الظاهرة.
 - ب- الحضور في الاجتماعات الوطنية والإقليمية والعالمية لمكافحة الفساد.
 - ج- إجراء العديد من حلقات العمل والدراسة، وإعداد المؤتمرات الخاصة بمكافحة الفساد.
 - د- القيام بالعديد من عمليات المكافحة منها:
- مشروع مجموعة "معايير عالمية لمكافحة الفساد في قوات الشرطة" لإنفاذ القانون مع توفير إطاراً لتحسين مقوماتها للفساد، وكذلك منع الفساد والتحقيق في قضاياها³.

2_ مكتب مكافحة الفساد

يعتبر هذا المكتب همزة وصل بين المنظمة الدولية للشرطة الجنائية، ومنظمة الأمم المتحدة من خلال المكتب الأممي لمكافحة المخدرات والجريمة الذي يعمل على مراقبة مدى التطبيق الفعلي لبنود اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، وتتضمن الاتفاقية توافقاً عالمياً حول أهم التدابير الوقائية والعقابية التي تلزم الدول الأطراف في هذه الاتفاقية من خلال منظمة الأنتربول، مع

¹ _الحسن عمروش، آليات مكافحة جريمة الفساد في نطاق المنظمة الدولية للشرطة الجنائية، منشور على محرك البحث

www.google.com

² _هو الاختصار لجملة (the intrpol expert group on corruption)

³ _الحسن عمروش، ملتقى وطني حول مكافحة الفساد وتبييض الأموال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمور بتبزي وزو. يومي

10 و 11 مارس 2009

ضرورة التعاون الدولي لإنفاذ، واتخاذ التدابير اللازمة لمكافحة الفساد بما يتفق مع النظام القانوني لتعزيز النزاهة ومنع الفساد.

3-1 كاديمية المنظمة الدولية للشرطة الجنائية لمكافحة الفساد.

قررت الجمعية العامة لمنظمة الشرطة الجنائية الدولية في دورتها (75) في ريو دي جانيرو بالبرازيل من 19 إلى 22 سبتمبر 2006 بأن الفساد في المؤسسات العامة بما في ذلك أجهزة الشرطة يضعف كفاءتها، ومشروعية أداؤها لمهامها ويقوض ثقة الجمهور بها، لذا أستوجب إنشاء كاديمية للأتربول في النمسا.

1- أهدافها:

- تطوير المناهج الدراسية الخاصة بمكافحة الفساد، مع التركيز على التكوين المسمر لكوادر المهنيين، واستخدام التعليم الإلكتروني، وإنشاء برامج بحوث مبتكرة للتنسيق مع الهيئات الدولية والجامعات لتوفير المعلومات الحيوية إلى البلدان، والمنظمات الدولية عن فاعلية إستراتيجيات مكافحة الفساد.

الفرع الثالث: مكافحة جرائم الأترنت

تعرف الجرائم الإلكترونية على أنها "مجموعة من الأفعال والأعمال غير القانونية التي تتم عبر معدات أو أجهزة إلكترونية أو شبكة الأترنت، أو تثبت عبرها محتوياتها، فهي ذلك النوع من الجرائم التي تتطلب الإلمام الخاص بتقنيات الحاسب الآلي، ونظم المعلومات لارتكابها أو التحقيق فيها ومقاضاة فاعليها"¹.

إن ملاحقة مرتكبي الجرائم وتقديمهم للعدالة يستلزم القيام بإجراءات خارج حدود الدولة حيث ارتكبت الجريمة، ومن هذه الإجراءات معاينة مواقع الأترنت في الخارج وضبط الأقراص الصلبة، وتفتيش نظم الحاسب الآلي وهذا كله يصطدم بمشاكل الحدود، والجرائم المتصلة بالحاسب الآلي وملاحقتها قضائياً تؤكد على أهمية المساعدة القانونية المتبادلة بين الدول، حيث يستحيل على الدولة بمفردها القضاء على هذه الجرائم الدولية العابرة للحدود، لأن جهاز الشرطة في هذه الدولة أو تلك لا يمكنه تعقب المجرمين وملاحقتهم إلا في حدود الدولة التابع لها، إذ أنه

¹ _ عبد الفتاح مراد، شرح جرائم الكمبيوتر والأترنت، الطبعة الأولى، دار الكتب والوثائق المصرية، مصر، ص 38 .

متى فر المجرم خارج حدود الدولة يقف الجهاز الشرطي عاجزاً، وقد مرت جهود منظمة الأتربول في هذا المجال بمراحل عديدة، إلى أن تم إنشاء عدة مراكز اتصالات إقليمية في كل من طوكيو، نيوزلندا، نيروبي، أذربيجان، بيونس آيرس لتسهيل مرور الرسائل، ويضاف إلى ذلك مكتب إقليمي فرعي في بانكوك.

ونظراً لتنوع أنظمة الدول المختلفة فقد كان هناك خيارين لأنظمة الاتصال داخل هذه الشبكة، أولهما هو نموذج يخصص للدول المركزية وتجري الاتصالات العالمية للشرطة فيها من خلال الجمعية العامة واللجنة التنفيذية بواسطة السكرتارية العامة، والثاني للدول اللامركزية وتجري الاتصالات فيه مباشرة بين أجهزة الشرطة في الدول المختلفة.

ولقد نفذت الأتربول عملية دولية سنة 2012 أطلق عليها اسم "عملية إيماسك" استهدفت قرصنة للحواسيب لهم صلة بمجموعة "أنونيمس" وأفضت إلى اعتقال قرابة 25 شخص في أمريكا اللاتينية وأوروبا، وشاركت في هذه العملية الأرجنتين، إسبانيا، تشيلي وكولومبيا عقب سلسلة من الاعتداءات المنسقة التي انطلقت من هذه البلدان ضد مواقع الكترونية تابعة للحكومة الكولومبية، فضلاً عن اعتقال هؤلاء الأشخاص صودر زهاء 250 جهاز معلوماتي، وهواتف خلوية، وبطاقات دفع مالية ومبالغ مالية¹.

الفرع الرابع: نشاطات المنظمة الدولية للشرطة الجنائية

كما أشرنا سابقاً، فقد نصت الفقرة الرابعة من المادة 18، من اتفاقية قمع تمويل الإرهاب لعام 1999 أنه: "يجوز للدول تبادل المعلومات عن طريق المنظمة الدولية للشرطة الجنائية (الأتربول)، وهو ما أشارت إليه التوصية رقم 31 لفاتف لعام 2003.

وفي هذا السياق قامت الأتربول بتقديم توصيات مفصلة استناداً لخبرتها في مجال التعاون الدولي لإنفاذ القانون، خلال المؤتمر الدولي لمكافحة الإرهاب المنعقد بالرياض السعودية في فبراير 2005 أشارت فيه أنها:

1- تؤمن المنظمة بأهمية وجود نظام اتصالات آمن وسهل الاستعمال مثل نظامها الدولي لاتصالات رجال الشرطة (1-24/7) الذي يوفر اتصالات بكافة وكالات إنفاذ

¹ -حجر عبد الكريم، مرجع سابق، ص 42. 44.

القانون في العالم دون إقطاع لتقديم الدعم الفني للدولة التي تتعرض لحادث إرهابي.
2- توفر الأنتربول قاعدة بيانات عديدة تغطي مجالات كثيرة لتسهيل مهمة إنفاذ القانون في العالم مثل البيانات العالمية للأسماء وبصمات الأصابع، والصور الفوتوغرافية، ودي أن إي، ووثائق الهوية، وغيرها، التي تمكن من معرفة المشتبه بهم، وعدد الإرهابيين، حيث كان في قاعدة بيانات الأنتربول:

أ- عام 2001: 2202 شخص

ب- عام 2002: 2935 شخص

ج- عام 2003: 4523 شخص

د- عام 2004: 8127 شخص

وأما الوثائق فكان بها خلال شهر أكتوبر 2002 حوالي 3150 وثيقة، وفي جانفي 2005 تم تسجيل 05 ملايين وثيقة سفر مسروقة¹.

3- توفر الأنتربول النشرة الحمراء أو "الانتشار العالمي النطاق" لتحديد هوية الهاربين بمن فيهم ممالي الإرهاب لتسهيل القبض عليهم.

وللإشارة يعتبر المكتب المركزي الوطني ممثلا رسميا للجزائر لدى المنظمة الدولية للشرطة الجنائية ويضم مجموعة من المصالح الأمنية (الأمن الوطني_الدرك الوطني)، وهو يتبع المديرية العامة للأمن الوطني، التابعة لوزارة الداخلية والجماعات المحلية، وهذا المكتب مهمكل كما يلي:

- رئيس المكتب.

- مكتب الأمانة.

- محطة الاتصالات.

- مكاتب متخصصة في دراسة القضايا الإجرامية لمختلف أنواعها.

ويعمل المكتب المركزي للحد من هذه الظواهر الاجرامية بالتعاون مع جميع المكاتب المركزية الوطنية الأخرى الطالبة للمساعدة سواء بمدىها بالمعلومات القضائية أو بالتعرف على

¹ - سامي علي حامد عباد، تمويل الارهاب، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الاسكندرية، 2007، ص ص 200-204.

المجرمين الفارين والمطلوبين لدى الدول عن طريق نشرية الأنتربول.

هنا يجدر الذكر أنه خلال سنة 2003 قام المكتب المركزي الوطني - إنتربول الجزائر - بنشر 31 أمراً بالقبض الدولي ضد جزائريين متهمين بأعمال إرهابية والمتواجدين بالخارج بالإضافة إلى مباشرته 82 تحقيق يخص شبكات إرهابية وهذا بالتنسيق مع المكاتب المركزية الأخرى والأمانة العامة للمنظمة الدولية للشرطة الجنائية، ويتواجد عدد كبير من الخبراء الجزائريين ضمن اللجنة المكلفة بمكافحة الإرهاب على مستوى المنظمة الدولية للشرطة الجنائية، إضافة إلى هذا إحتضت الجزائر لقاء دولي وأجمع فيه الخبراء والمنظمة الدولية للشرطة الجنائية 16 و 17 سبتمبر 2003، الذي تناول موضوع العلاقة بين الإرهاب والجريمة المنظمة، تمويله وتوجيهاته وهذا برعاية المنظمة الدولية للشرطة الجنائية، والذي أبرز فيه التعاون الوطيد بين الجزائر والمنظمة الدولية للشرطة الجنائية والذي على أساسه صنف الجزائر من بين الدول الأولى التي تتعاون بصفة فعالة مع المنظمة الدولية للشرطة الجنائية في مجال مكافحة الإرهاب وكذا إستعدادها لتقديم كل الدعم لمجموعات العمل التي تهتم بإيجاد سبل وميكانيزمات مشتركة لوضع حد للإرهاب الدولي⁽¹⁾.

بالإضافة إلى مكافحة الإرهاب فإن المكتب المركزي الوطني - إنتربول الجزائر - يقوم بمتابعة مختلف الجرائم المنظمة الأخرى كالإتجار غير المشروع بالمخدرات، الجرائم ضد الأشخاص، تزوير الوثائق وتزييف العملات... إلخ، سواء إرتكبت من طرف جزائريين أم أجانب، وسواء ارتكبت داخل الوطن أو كان لها إمتداد خارج الوطن، بحيث عرفت سنة 2003 إحتلال تجارة المخدرات المرتبة الأولى 501 قضية، تليها في المرتبة الثانية السرقة 248 قضية مسجلة ثم التزوير واستعمال المزور 165 قضية، كما أنه خلال نفس السنة تم إعداد 38 أمر قبض دولي ضد جزائريين مقيمين في الخارج لتورطهم في أعمال إجرامية، و درس مكتب (إنتربول الجزائر)، 95 ألف ملف سنة 2005، منها 30% من القضايا المتعلقة بالإرهاب، و 60% من القضايا الخاصة بالإجرام المنظم.

¹ - عميد الشرطة، ك. تزوتي، التعاون الدولي في مكافحة المخدرات، مجلة الشرطة الجزائرية، العدد 78 أكتوبر 2005، ص 21.

خاتمة:

إن إنشاء المنظمة الدولية للشرطة الجنائية يمثل إحدى وسائل التعاون الدولي في المجال الجنائي (الشرطي)، من أجل مكافحة الجريمة بمختلف صورها وأساليبها ولاسيما الدولية منها، والعبارة للحدود، وعلى الرغم من النتائج الكبيرة التي حققتها المنظمة في الحد من الجرائم وتعقب المجرمين أينما كانوا، وتسليمهم إلى السلطات المختصة الأمر الذي يساهم في القضاء على الجريمة إلا أن الكثير ينتظر هذا الجهاز الأمني من أجل بلوغ الأهداف التي أنشئ لأجلها، وعليه نقترح:

1- إسباغ قيمة قانونية للنشرات الحمراء المتعلقة بنظام تسليم المجرمين من خلال التدخل في إجراء تعديلات على قوانينها الداخلية التي تحول دون وصول نظام تسليم المجرمين على الصعيد الدولي إلى أهدافه، حتى لا يبقى مجرد فكرة نظرية.

2- ضرورة حدوث تعديل على القانون الأساسي للمنظمة لاسيما في المادة الثالثة، ليضعوا معيارا يوضح ما هي المسائل ذات الطابع السياسي أو العسكري أو الديني.

3- تفعيل آليات المنظمة، وتكثيف التعاون من أجل تحقيق الأهداف التي يصبو إليها الأنتربول. وبالرغم من بعض النقائص التي تعترى هذا الجهاز الأمني إلا أنه يبقى الوسيلة الناجعة والفعالة في جمع كل دول العالم تحت هدف واحد وهو عالم بدون إجرام.

قائمة المراجع:

أولا: الكتب

1. بلال خلف السكارنة، الفساد الإداري، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع الأردن، 2001.
- 2- سامي علي حامد عياد، تمويل الارهاب، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الاسكندرية، 2007، ص ص 200-204.
- 3- سليمان عبد المنعم، الجوانب الإشكالية في النظام القانوني لتسليم المجرمين، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، د.ط، 2007، ص 07.
4. محمد منصور الصاوي، أحكام القانون الدولي في مكافحة الجرائم، بدون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر.

5. عبد العزيز العشراوي، أبحاث في القانون الدولي الجنائي، بدون طبعة، جزء الثاني، دار هومة للنشر والتوزيع، 2008.

6. عكروم عادل، المنظمة الدولية للشرطة الجنائية والجريمة المنظمة كالية لمكافحة الجريمة المنظمة، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2013.

7. منتصر سعيد حمودة، الإرهاب الدولي جوانبه القانونية ووسائل مكافحته في القانون الدولي والفقهاء الإسلامي، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008.

8. منتصر سعيد حمودة، المنظمة الدولية للشرطة الجنائية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008.

9. عبد الفتاح مراد، شرح جرائم الكمبيوتر والإنترنت، الطبعة الأولى، دار الكتب والوثائق المصرية، مصر، بدون سنة طبع.

10. نسرین عبد الحمید نبیه، الجرائم الدولية والأنتربول، بدون طبعة، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2011.

ثانياً: الأطروحات والمذكرات.

1. جيمر عبد الكريم، منظمة الأنتربول، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة بسكرة، 2013 - 2014.

2. فنور حاسين، المنظمة الدولية للشرطة الجنائية والجريمة المنظمة، مذكرة ماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر، 2012-2013.

3. بن عودة حورية، الجريمة المنظمة وآليات مكافحتها دولياً، مذكرة ماجستير في الحقوق، جامعة سعيدة، 2009 - 2010.

4. عباس شافعة، ظاهرة الإرهاب بين القانون الدولي والمنظور الديني، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011.

ثالثاً: المجلات.

1. مجلة الشرطة الجزائرية، منظمة الأنتربول، عدد خاص، جويلية 2008.

رابعاً: المقالات.

1. علي حسن الطوالبة، التعاون الإجرائي في مجال تسليم المجرمين، مركز الإعلام الأمني جامعة العلوم التطبيقية، منشور على قوقل.

المنظمة الدولية للشرطة الجنائية ودورها في مكافحة الجرائم

2. غربي أسامة، دراسة نظرية لمنظمة الأنتربول، مقال منشور في الإنترنت: [dz.com-www.droit](http://www.droit-dz.com)
3. الحسن عمروش، آليات مكافحة الفساد في نطاق المنظمة الدولية للشرطة الجنائية، منشور على موقع قوقل.

خامسا: المواقع الإلكترونية

1. <http://www.intrpol.org>
2. <http://www.google.com>
3. <http://www.youtube.com>
4. <http://www.droit-dz.com>
5. <https://pulpit.alwatanvoice.com>
6. <http://www.ahewar.org>

الطبيعة القضائية لمقرر الحفظ

جعفري عبد الرؤوف، طالب دكتوراه

تاريخ الإرسال: 2018-02-01

عضو بمخبر الدراسات القانونية المقارنة

تاريخ القبول: 2018-07-14

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الطاهر مولاي سعيدة

تاريخ النشر: 2018-08-03

الملخص:

يتمتع وكيل الجمهورية بسلطة تقديرية تسمح له باتخاذ ما يراه ملائماً بشأن ما يرد إليه من محاضر وشكاوى وبلاغات، فله أن يخطر الجهات القضائية المختصة بالتحقيق أو المحاكمة للنظر فيها أو يأمر بحفظها بمقرر يكون قابلاً دائماً للمراجعة. إن السلطة التقديرية التي يتمتع بها وكيل الجمهورية وقابلية مقرر الحفظ للمراجعة أضفت عليه طبيعة إدارية، غير أننا نحاول من خلال هذه الدراسة الكشف عن النواحي الأخرى التي تحيط بمقرر الحفظ فيبدو بها أقرب إلى الطبيعة القضائية، كصدوره عن قاض وفصله في منازعة... الخ. إن المعايير التي وضعها الفقه لتمييز الأعمال ذات الطبيعة الإدارية عن غيرها من الأعمال ذات الطبيعة القضائية كثيرة ومتنوعة، والكشف عن حقيقة طبيعة مقرر الحفظ يستلزم الوقوف على خصائصه ومميزاته وتصنيفها باعتبارها الرابح من تلك المعايير وملاحظة النتائج. إن الطبيعة القضائية لمقرر الحفظ الصادر عن وكيل الجمهورية لا تجافي حقيقته وإنما تسايها شكلاً لصدوره عن قاض وموضوعاً لفصله في منازعة، أما إضفاء الطبيعة الإدارية عليه من شأنه أن يؤدي إلى نتائج غير مقبولة ومتناقضة بما يؤثر على تناسق مواد قانون الإجراءات الجزائية .

الكلمات المفتاحية: مقرر الحفظ؛ الطبيعة؛ القضائية؛ الإدارية

Résumé:

procureur de la république a le pouvoir discrétionnaire qui lui permet de procéder à tous les actes nécessaires à ce qu'il reçoit comme procès-verbaux, plaintes, dénonciations; en saisir les juridictions d'instructions ou de jugement compétentes pour en connaitre ou ordonne leur classement par une décision toujours révoicable. Le pouvoir discrétionnaire du procureur de la république et la révocabilité de la décision du classement lui donné une nature administrative, mais on essaye par cette étude de découvrir les autres aspects de la décision du classement il semble plus proche de la nature judiciaire ; en raison de

son adoption par un magistrat et son destitution des litiges. Les critères que la jurisprudence a élaboré pour distinguer les actes de nature administratives des actes de nature judiciaire sont nombreux, la révélation de la nature de la décision du classement nécessite la connaissance de ses caractéristiques et leur classement selon le critère le plus prépondérant et l'observation des résultats. La nature judiciaire de la décision du classement délivrée par le procureur de la république n'est pas contraire à sa vérité mais y'est conforme en forme en raison de sa délivrance par un magistrat et en font en raison de destitution des litiges, y conférer la nature administrative peut aboutir à des résultats inacceptables et contradictoires ce qui répercute sur l'harmonie des articles du code de procédure pénale.

مقدمة:

الأصل في تحريك الدعوى العمومية الرامية إلى تطبيق العقوبات أو تدابير الأمن معهود لقضاة النيابة العامة¹، لذلك كان أول إجراء من إجراءات الدعوى العمومية تحريكها، وقد تسبق هذا الإجراء مرحلة بأكملها ساهمها المشرع مرحلة البحث والتحري عن الجرائم². ومرحلة البحث والتحري قد يتمخض عنها نتائج معتبرة قانونا فتصير إلى تحريك الدعوى العمومية من طرف النيابة العامة، وقد تفضي إلى نتائج عقيمة فتصير إلى حفظها، لذلك كان تصرف النيابة ذاته تارة إيجابيا بالتحريك وتارة سلبيا بالحفظ، وضابط النيابة العامة في الاختيار ملائمة المتابعة.

وتنص المادة 5/36 من قانون الإجراءات الجزائية: (يقوم وكيل الجمهورية بما يأتي: - تلقي المحاضر والشكاوى والبلاغات ويقرر ما يتخذه بشأنها ويخطر الجهات القضائية المختصة بالتحقيق أو المحاكمة للنظر فيها أو يأمر بحفظها بمقرر يكون قابلا دائما للمراجعة ويعلم به الشاكي و/أو الضحية إذا كان معروفا في أقرب الاجال....).

كما تنص المادة 42 فقرة أ من قانون تحقيق الجنايات المصري: (إذا رؤي للنيابة العمومية بعد التحقيق أنه لا وجه لإقامة الدعوى تصدر أمرا بحفظ الأوراق).

1 - الفقرة الأولى من المادة الأولى من الأمر رقم 155-66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 48 المؤرخة في 10 يونيو 1966، ص 622.

2- الباب الأول من الكتاب الأول المعنون بالبحث والتحري عن الجرائم من نفس القانون.

لذلك فالمشرع المصري يعرف نوعين من الحفظ: الحفظ الإداري والحفظ القضائي فالأول تلجأ إليه النيابة إذا لم تقيد القضية في جداول المخالفات أو الجرح أو الجنايات وأكفنى بقيدها في دفاتر الشكاوى الإدارية أما الثاني فيكون نتيجة لتحقيق تجريه النيابة.¹

والسبب في ذلك أن للنيابة العمومية صفتان في قانون تحقيق الجنايات المصري: صفة إدارية وصفة قضائية، فإذا ورد لها استعلامات أو تحريات من الشرطة القضائية ورأت أنها لا تستحق أن تكون أساساً لرفع الدعوى ضد المتهم فلها أن تؤشر على الأوراق بحفظها، وعلى ذلك فهذا الأمر في هاته الحالة ليس له صفة قضائية ولها أن تعدل عنه في أي وقت شاءت، بخلاف ما إذا كانت أجرت بنفسها عملاً من أعمال التحقيق أو اتخذت ضد المتهم إجراءات جديدة كالقبض أو الحبس فعملها هذا يكون قضائياً يحتاج إلى أمر قضائي آخر بالسير في الدعوى أو حفظ الأوراق.²

ويكاد يتفق الفقه الجنائي الجزائري والمصري على الطبيعة الإدارية لمقرر الحفظ الصادر عن النيابة العامة لتقابلته للمراجعة وعدم جواز الطعن فيه ولحجته المؤقتة.

- فهل حقاً لمقرر الحفظ الصادر عن النيابة العامة طبيعة إدارية؟ وهل لمبدأ ملائمة المتابعة دور في إضفاء تلك الطبيعة؟ ثم ما هي المعايير التي تساعد على تصنيف مقرر الحفظ كعمل قانوني يدخل ضمن طائفة الأعمال الإدارية أو الأعمال القضائية؟

وسنحاول من خلال هذا المقال إثبات أن لمقرر الحفظ طبيعة قضائية، بالرد على الحجج القائلة بخلاف ذلك، من خلال الخطة الآتي بيانها:

المبحث الأول: مفهوم مقرر الحفظ.

المطلب الأول: تعريف مقرر الحفظ.

المطلب الثاني: مبدأ الملائمة وعلاقته بالأسباب الموضوعية لمقرر الحفظ.

المبحث الثاني: إضفاء الطبيعة القضائية على مقرر الحفظ.

المطلب الأول: معايير التمييز بين العمل الإداري والعمل القضائي.

المطلب الثاني: مقرر الحفظ والأمر بانتفاء وجه الدعوى.

1- جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية (الجزء الثاني) إضراب- تهديد، الطبعة الأولى، مكتبة العلم للجميع، لبنان، 2004، ص 308.

2- جندي عبد الملك، المرجع السابق، ص 314.

المبحث الأول: مفهوم مقرر الحفظ.

سنتناول من خلال هذا المبحث تحديد المقصود بمقرر الحفظ من خلال تعريفه (المطلب الأول) ثم الأسباب التي من أجلها تصدره النيابة العامة خاصة الموضوعية منها لما لها من علاقة بالموضوع (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف مقرر الحفظ.

لم يعرف المشرع الجزائري مقرر الحفظ وإنما أشار إليه من باب الحديث عن الإجراءات التي يتخذها وكيل الجمهورية بصدد المحاضر والشكاوى والبلاغات التي ترده، وإعطاء التعريفات ليس من دور المشرع، وإنما يختص عادة الفقه بذكر التعريفات وتحديد المفاهيم. ويكاد يتفق الفقه على الطبيعة الإدارية لمقرر الحفظ وعلى مضمونه وإن اختلفت أساليب تلك التعريفات.

يعرف الفقه الفرنسي مقرر الحفظ بأنه: (قرار بعدم المتابعة الجنائية للاعتبارات التي تقدرها النيابة العامة، يصدر منها بصفقتها سلطة اتهام، وهو لا يكسب حقا ولا يجوز حجية ويجوز العدول عنه من ذات وكيل الجمهورية الذي أصدره، أو بناء على أوامر الرؤساء)¹ ويعرف الدكتور عبد الله اوهابيه الأمر بالحفظ على أنه: (أمر ذو طبيعة إدارية يصدر عن وكيل الجمهورية بصفته جهة متابعة واتهام وليس جهة تحقيق)².

كما يعرف الدكتور رؤوف عبيد أمر الحفظ على أنه: (أمر إداري تصدره النيابة العامة لتصرف به النظر مؤقتا عن إقامة الدعوى أمام محكمة الموضوع بغير أن يجوز حجية ضدها)³. كما يعرفه الأستاذ علي عدنان الفيل: (أمر حفظ الدعوى هو إجراء إداري صادر من قبل النائب العام بناء على محضر جمع الاستدلالات مفاده عدول النيابة العامة عن توجيه التهمة ورفع الدعوى العامة نظرا لعدم صلاحيتها للسير فيها)⁴.

1- Rassat Michelle Laure, Le Ministère Publique entre sont passé et son avenir, thèse, Paris, 1967, p 233.

2- عبد الله اوهابيه، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري - التحري والتحقيق، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 321.

3- رؤوف عبيد، مبادئ الإجراءات الجنائية، ص 318، نقلا عن جيلالي بغدادي، التحقيق (دراسة مقارنة نظرية وتطبيقية)، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للاشغال التربوية، الجزائر، 1999، ص 54.

4- علي عدنان الفيل، وقف الإجراءات الجنائية في القانون العسكري - دراسة مقارنة - دار هومة، الجزائر، 2003، ص 36.

من خلال استقراء هاته التعريفات يتضح أن الفقه يضمن الطبيعة الإدارية على مقرر الحفظ الصادر عن النيابة العامة لاحتوائه على عناصر تجعله شبيها بالخصائص التي تميز العمل الإداري - في نظر القائلين بهذا الرأي - أهمها حجته المؤقتة بجواز العدول عنه وعدم جواز الطعن فيه.

بينما نرى خلاف ذلك بتعريفنا مقرر الحفظ على أنه: (مقرر قضائي صادر عن وكيل الجمهورية ييدي من خلاله تصرفا سلبيا بخصوص محضر أو بلاغ أو شكوى قدر عدم المتابعة الجزائية بشأنها مستندا على أسباب قانونية أو موضوعية).

المطلب الثاني: مبدأ الملائمة وعلاقته بالأسباب الموضوعية لمقرر الحفظ:

تصدر النيابة العامة مقرر الحفظ، وهو بغض النظر إن كان ذو طبيعة إدارية أو قضائية فهو ينطوي على أسباب تحمله، ذلك أن الأسباب ليست حكرا على الأعمال القضائية دون الإدارية، بل هي مطلوبة في كل عمل قانوني بغض النظر عن طبيعته حتى يصدر منزها عن شبهة التحكم.

ويجمع فقهاء القانون الجنائي في الجزائر وغيرها من يتبعون مذهب ملائمة المتابعة على أن مقرر الحفظ يصدر مبنيا على أسباب، وقد ردها إلى نوعين: أسباب قانونية، وأسباب موضوعية.¹

1- الأسباب القانونية:

وهي تبنى على اعتبارات قانونية من شأنها أن تحول بين النيابة وتحريكها للدعوى العمومية، ومن بينها إذا كان الفعل لا يشكل أية جريمة في قانون العقوبات بأن كان غير معاقب عليه فلا يعدو أن يكون ذا طبيعة مدنية، أو كان مع طبيعته الجزائية مباحا لقيام حالة من حالات الأفعال المبررة كالدفاع الشرعي، أو لصدور عفو شامل، أو لوجود مانع للمسؤولية أو العقاب، أو لتقادم الجريمة، أو وفاة المتهم، أو صدور حكم حائز لقوة الشيء المقضي فيه، أو كانت الأدلة منعدمة.

والمفتحص لتلكم الأسباب يرى مدى نطاق مقرر الحفظ وأهميته وخطورته في نفس الوقت، وإن غض منها جواز لجوء الشاكي إذا ما حفظت شكواه لطريق بديل، وهو ما يسمى

1- أحسن بوسقيعة، التحقيق القضائي، الطبعة الثامنة، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 21، عبد الله اوهابية، المرجع السابق، ص 322، 323، جيلالي بغداددي، المرجع السابق، ص 54، 55، علي عدنان الفيل، المرجع السابق، ص 35، جندي عبد الملك، المرجع السابق، ص 321، 322، 323.

بالشكوى المصحوبة بادعاء مدني أمام قاضي التحقيق.¹

2- الأسباب الموضوعية:

وهي أسباب مردها الملابسات المصاحبة للواقعة فتختلف باختلافها، وتجدر الملاحظة أنها أسباب غير متفق عليها؛ ومن بينها بقاء الفاعل مجهولا، ويرد على هذا السبب أن طلبات النيابة العامة لقاضي التحقيق في الشكوى المصحوبة بادعاء مدني تجوز أن تكون ضد شخص مسمى أو غير مسمى، ومن باب أولى لا يمنع النيابة من تحريك الدعوى العمومية ضد شخص غير مسمى.²

ومن بين الأسباب الموضوعية كذلك سبب عدم كفاية الأدلة ويرد على هذا السبب أن مقرر الحفظ لا يصدر مبنيا على سبب عدم الكفاية ولا تجاوز قاضي النيابة سلطته، فالقول بكفاية أو عدم كفاية الأسباب هو من صميم عمل قاضي الموضوع، كما أن قاضي النيابة يحرك الدعوى العمومية لمجرد الشك وليس اليقين، فالدعوى العمومية في بدايتها تحرك شكاً وتنقلب في نهايتها يقينا بالإدانة أو تبقى على حالها شكاً بالبراءة، ولولا ذلك لكان قاضي النيابة خصماً وحكماً في ذات الوقت و لاستغني عن عمل قاضي الموضوع.³

وكذلك من بين الأسباب الموضوعية سبب عدم الأهمية⁴ ومقتضاه أنه سبب يفترض اكتمال صحة الواقعة وامكان تحريك الدعوى بشأنها غير أن ضالة الضرر الناجم عن الجريمة وتفاهته يجولان دون تحريك الدعوى العمومية والسند في ذلك هو مبدأ ملائمة المتابعة.

والحديث عن هذا السبب هو حديث عن مدى سلطة النيابة العامة في عدم تحريكها الدعوى العمومية ولو وصل إلى علمها خبر وقوع جريمة بناء على ادعاء جدي في ظاهره، وهو ما يرجعنا إلى المذهبين اللذين يتنازعان فكرة مدى سلطة النيابة العامة في العالم، وهما: مذهب الشرعية ومذهب الملائمة.

ومضمون المذهب الأول أن النيابة العامة ليس لها أدنى سلطة في تقدير ملائمة السير في إجراءات الدعوى، ذلك أن تحريك هاته الأخيرة يتعدى فكرة الحق إلى الواجب، فالنيابة العامة يقع على كاهلها عبء ثقيل كمثالة للمجتمع و حامية ومدافعة عن مصالحه، وذلك الواجب يجسد القدر

1- راجع المادة 72 من قانون الإجراءات الجزائية.

2- راجع الفقرة الثانية من المادة 72 من قانون الإجراءات الجزائية.

3- جيلالي بغدادي، المرجع السابق، ص 55.

4- عبد الله اوهايبية، المرجع السابق، ص 322.

الأدنى للتمثيل والحماية.

كما أن في مذهب الشرعية نحو إلى المساواة بين أفراد المجتمع أمام القانون وتطبيق لفكرة الردع العام وتجسيد للنظرة الديمقراطية للوظيفة القضائية.¹

وتبنى هذا المذهب عدد من دول العالم كإيطاليا وألمانيا واليونان والنمسا... الخ.²

بينما المذهب الثاني وهو مذهب الملائمة يطلق يد النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية، ولا يوجب عليها ذلك ولو كانت أركان الجريمة قائمة ومكتملة، فسلطتها في الحفظ كاملة غير منقوصة، والسبب في ذلك أن دواعي العدالة تحتم ترك هامش حرية للنيابة العامة وتقديرها تحريك الدعوى العمومية أو حفظها، وكذلك تقليلا من ضغط كم القضايا على جهات الحكم، وأخيرا حفظ الدعوى العمومية في بعض الأحيان تحتمه اعتبارات السياسة الجنائية.

ونحن نؤيد الرأي القائل بأن المشرع الجزائري تبنى مذهب الملائمة وليس مذهب الشرعية تماما كتنظيره الفرنسي³، ولا تؤيد أن يبنى مقرر الحفظ على مجرد عدم أهمية الجريمة لوجود شائبة التحكم، كما أن المشرع الجنائي لا يصنع وصف التجريم على واقعة معينة إلا لأنه قدر أهميتها فأحاطها بجزاء ذي طبيعة جنائية.

ومن ثمة فلا نقر من جملة الأسباب الموضوعية التي يبنى عليها مقرر الحفظ سوى سبب الحفظ لاعتبارات سياسية أو متعلقة بالنظام أو الأمن العام.

غير أنه قد يقول قائل بالطبيعة الإدارية لمقرر الحفظ كنتيجة لاستناده على أسباب غير قانونية، بينما العمل القضائي خلاف ذلك فهو يبنى دائما على حيثيات قانونية أما مقرر الحفظ فقد يستند في صدوره على أسباب سياسية أو أمنية لحفظ النظام العام الاجتماعي.⁴

ونرد على ذلك بأن هذا القول غير صحيح فكثير من الأفكار تبناها المشرع وأضفى عليها الصفة القانونية بأن قننها مجرد أنها تكفل استقرار المعاملات كالتقادم مثلا، فمرور الزمن على الوقائع المجرمة لا يقلبها مباحة وإنما سن ذلك من باب استقرار النظام العام في المجتمع، والإحالة من محكمة إلى

1- أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص 22.

2- أشرف رمضان عبد المجيد، النيابة العامة ودورها في المرحلة السابقة على المحاكمة، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 179.

3- أحسن بوسقيعة، المرجع والموضع نفسه.

4- عبد الله اوهابيه، المرجع السابق، ص 322.

أخرى لدواعي النظام العام معمول به في التشريع الجزائري لضمان حسن سير القضاء.¹
ليثبت وجود أفكار قانونية وإجراءات قضائية يقبها المشرع الجزائري لمجرد أنها تكفل النظام العام الاجتماعي والتي نرى أن من بينها مقرر الحفظ.

ضف أن النيابة العامة كجهاز ما أنشأت إلا لغرض حماية المجتمع بعد وقوع الجريمة بمكافحتها والبحث عن المجرمين والقبض عليهم ومحاكمتهم وفقا للقانون، غير أنه إذا تعارضت حالة شخصية مع المصلحة من إنشاء هذا الجهاز بأن هددت متابعة النيابة للجريمة الواقعة النظام العام والسلم الاجتماعي، كان لزاما ترجيح كفة حماية النظام العام على حساب المتابعة الجزائية بإصدار النيابة العامة موقرا بحفظ الدعوى العمومية، وهو بحق تطبيق للقاعدة الشرعية القائلة بأن: (جلب المصالح مقدم على درء المفاسد).

ومقرر الحفظ في هاته الحالة يكون أنجع عمل قضائي يؤدي مهمة المحافظة على النظام العام والأمن القومي، لأن طبيعته المؤقتة تجعل منه قابلا للمراجعة إذا ما زالت الظروف التي لا بست الجريمة وقت وقوعها والتي كان من شأنها تهديد النظام العام والأمن الاجتماعي إذا ما تمت المتابعة.

المبحث الثاني: إضفاء الطبيعة القضائية على مقرر الحفظ.

سنحاول من خلال هذا المبحث إصباح مقرر الحفظ بطابع قضائي من خلال وضعه تحت التجربة لمعرفة ما إذا كانت خصائصه تمكنه من أن يصنف ضمن الأعمال القضائية أو الأعمال الإدارية (المطلب الأول)، ومن خلال مقارنته بإجراء يتفق الفقه على أنه قضائي وهو الأمر بالأوجه للمتابعة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ضابط التمييز بين العمل الإداري والعمل القضائي.

يشترك العمل الإداري مع نظيره القضائي في خصيصتين مهمتين، مفاد الأولى أن كليهما يهدفان إلى تحقيق المصلحة العامة، والثانية أن كليهما يعملان على نقل نصوص القانون من حالة السكون والتجريد إلى حالة الحركة والتجسيد.²

واجتهد الفقه الإداري خاصة في البحث عن ضوابط أو معايير تساعد على التمييز والتفرقة

1- راجع المادة 548 وما يليها من قانون الإجراءات الجزائية.

2- محمود محمد حافظ، القرار الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص 08. أنور أحمد أرسلان، الوسيط في القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 403.

بين ما يعتبر عملا إداريا وما يعد عملا قضائيا فخلصوا إلى جملة معايير يمكن ردها من حيث طبيعتها إلى نوعين: شكلية وموضوعية:

أولاً: معايير الشكل.

يمكن ردها إلى نوعين: معيار الجهة المصدرة للعمل، ومعيار الأثر القانوني للعمل.

1- معيار الجهة التي تقوم بالعمل القانوني.

حسب هذا المعيار يكون العمل إداريا إذا صدر عن جهة إدارية، ويكون قضائيا إذا صدر عن جهة قضائية بغض النظر عن مضمونه سواء حمل موضوعا ذو طبيعة إدارية أو قضائية. وتطبيق ما سبق على مقرر الحفظ نجده صادرا عن قاضي النيابة، والنيابة العامة هي جهاز يتكون من مجموعة من القضاة، يعتبر كل عضو فيه عضوا في سلك القضاء، ذلك أنه طبقا لنص المادة الثانية من القانون العضوي المتضمن القانون الاساسي للقضاء فإن سلك القضاء يشمل قضاة الحكم والنيابة للمحكمة العليا والمجالس القضائية والمحاكم التابعة للنظام القضائي العادي، ويعينون بمرسوم رئاسي صادر عن رئيس الجمهورية، ويؤدون اليمين القانونية أمام الجهة القضائية التي يتبعونها.¹ وبالتالي، ونتيجة لصدور مقرر الحفظ عن جهة قضائية ممثلة في شخص قاضي النيابة العامة، يمكن القول أن مقرر الحفظ يعد بمنظور هذا المعيار عملا قضائيا وليس إداريا.

2- معيار الأثر القانوني للعمل:

ووفقا لهذا المعيار يكون العمل قضائيا متى كان صحيحا وعادلا فأكتسب قوة الحقيقة القانونية المستمدة من القرينة القاطعة والتي مؤداها أن الحكم متى صدر عد عنوانا للحقيقة، بينما العمل الإداري لا تتوافر له هاته القرينة، لذا فهو لا يجوز على الحجية النهائية ويتمتع بمحض حجية مؤقتة قابلة لإثبات العكس.

ذلك أن هدف أو غرض الإدارة من وراء إصدار القرار الإداري هو إشباع حاجة عامة، بينما هدف القضاء من وراء إصدار القرار القضائي هو المحافظة على النظام القانوني للدولة، ومن ثمة فالقرار الإداري لا يكتسب الحجية لأنه يستهدف إشباع حاجات متغيرة من وقت لآخر، بخلاف الحكم القضائي الذي يكتسبها نتيجة استهدافه حسم النزاعات بصفة قطعية ضامنا لاستقرار النظام

1- القانون العضوي رقم 04-11 المؤرخ في 06 سبتمبر 2004 المتضمن القانون الاساسي للقضاء، الجريدة الرسمية عدد 57 المؤرخة في 08 سبتمبر 2004، ص 13.

والتأمل في آراء الفقه القائلين بالطبيعة الإدارية لمقرر الحفظ نجدهم يركزون كثيرا على هاته النقطة، فيرجعون السبب في اعتبار مقرر الحفظ إداريا لا قضائيا حيازته لمحض الحجية المؤقتة بدليل قابلية إلغائه أو مراجعته ممن أصدره.

فيذكر الدكتور عبد الله اوهابيه: (أنه نظرا للطبيعة الإدارية لهذا الأمر - أي الأمر بحفظ الأوراق - فهو لا يكسب المتهم حقا لأنه قرار لا حجية له في مواجهة مصدره، فيحتفظ عضو النيابة بسلطته في إلغائه في أي وقت تستجد فيه ظروف تستدعي فتح الموضوع من جديد).²

كما يقول الدكتور جيلالي بغدادي: (ولما كان الأمر بالحفظ هو إجراء إداري لا قضائي فإنه لا يكتسب قوة الشيء المقضي به ولا يمنع النيابة العامة من العدول عنه والمتضرر من الجريمة من تحريك الدعوى العمومية بتقديم شكوى مع ادعاء مدني أمام قاضي التحقيق المختص، فضلا عن أنه لا يجوز الطعن فيه بأي طريق كان).³

كما يقول الاستاذ علي عدنان الفيل: (أمر حفظ الدعوى هو إجراء إداري ليس بقضائي ويترب على ذلك أنه يجوز العدول عنه في أي لحظة قبل تقادم الدعوى كما أن صدور له لا يحول دون لجوء المجنى عليه إلى إقامة دعوى جنائية أخرى...)⁴

أما المستشار جندي عبد الملك فيميز بين مقرر الحفظ ذو الطبيعة الإدارية ومقرر الحفظ ذو الطبيعة القضائية، فالأول ليس له صفة قضائية وللنيابة العمومية أن تعدل عنه في أي وقت شاءت، بينما الثاني ذو الطبيعة القضائية تكون له قوة أوامر قاضي التحقيق وتترتب عليه النتائج التي كانت مترتبة على الأوامر التي كانت تصدر بأن لا وجه لإقامة الدعوى، وحينئذ لا يجوز أن تعدل عنه النيابة إلا بظهور أدلة جديدة.⁵

1- محمود محمد حافظ، المرجع السابق، ص 21.

2- عبد الله اوهابيه، المرجع السابق، ص 321.

3- جيلالي بغدادي، المرجع السابق، ص 55.

4- علي عدنان الفيل، المرجع السابق، ص 36.

5- جندي عبد الملك، المرجع السابق، ص 314. ومع ذلك يوجد رأي قضائي مصري صادر عن محكمة استئناف مصر يعتبر مقرر الحفظ ذو الطبيعة الإدارية والصادر عن النيابة العمومية حجة للمتهم في مواجهة هاته الأخيرة بقولها: (أمر الحفظ الصادر من النيابة حجة للمتهم عليها، فلا يصح لهذه أن تقيم الدعوى على المتهم بعد إصداره حتى ولو كانت لم تجر تحقيا بنفسها بل اقتصرت على تحقيقات البوليس، لأن القانون لا يمنع النيابة العمومية من أن تأخذ بتحقيقات البوليس وتكتفي بها، خصوصا إذا كانت النيابة

ورجوعا لمناقشة معيار الأثر القانوني للعمل وما تبعه من آراء فقهية، تقول بأن منح الحجية لعمل قانوني دون آخر موقوف على إرادة المشرع، وهاته الإرادة - كما يذكر أصحاب المعيار - موقوفة على شرطين: الأول أن يكون تقرير هذه القوة لبت أمر متنازع فيه، والثاني ألا يكون تقريرها لحالة واقعية قابلة للتغيير من وقت لآخر - كما هو الحال عليه بالنسبة للمرافق العمومية - وبالتالي شرط اعتبار العمل قضائيا وفقا لمعيار الأثر القانوني للعمل أن تكون له حجية غير مؤقتة، والسبب في ذلك وفقا للمنادين بهذا المعيار أن القرارات الإدارية طالما كانت مستهدفة المصلحة العامة فطبيعتها وهدفها يحتمان عليها أن تكون قلقة متغيرة تبعا لتغير المصلحة. غير أن ما أغفله القائلون بهذا الرأي أنه توجد أعمال قضائية تستهدف هي الأخرى المحافظة على الحالة المؤقتة أو الظاهرة كما هو حال الأوامر الاستعجالية، أو تنطوي على تدبير احترازي¹، أو أمر قاضي التحقيق بأن لا وجه للمتابعة فله حجية مؤقتة ما لم تطرأ أدلة جديدة².

ثانياً: معايير الموضوع.

ويمكن ردها هي الأخرى إلى معيارين: معيار المنازعة أو الخصومة، ومعيار التصرف التلقائي.

1- معيار المنازعة (الخصومة):

ومضمون هذا المعيار أن العمل القانوني يكون قضائيا إذا كان موضوعه هو الفصل في خصومة، فالعمل القضائي يحسم خصومة قضائية بين خصمين حول مركز قانوني عام أو خاص على أساس قاعدة قانونية موضوعة سلفا، بخلاف العمل الإداري فهو لا يحسم منازعة بل قد يكون السبب في نشوء منازعة نتيجة مساسه بمركز قانوني قائم إحدانا أو تعديلا أو إلغاء³.

يشكل مقرر الحفظ الصادر عن النيابة عملا قضائيا لا مجرد تصرف إداري، والضابط في اعتبار العمل قضائيا موضوعي محض، وحتى يعد كذلك يكفي أن يتعلق بنزاع حاصل أو محتمل

العمومية حفظت الدعوى لا لأن الأدلة غير كافية بل لأن الفعل لا يعاقب عليه القانون فلا حاجة لإجراء تحقيق بنفسها). محكمة استئناف مصر، 29 يناير 1905، المجموعة 7، ص 124، نقلا عن المرجع نفسه، ص 316.

1- راجع المادة 96 من القانون رقم 12-15 المؤرخ في 15 يوليو 2015 يتعلق بحماية الطفل، الجريدة الرسمية عدد 39، المؤرخة في 19 يوليو 2015.

2- راجع المادة 175 من الأمر رقم 66-155 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم.

3- علي خاطر شطناوي، دراسات في القرارات الإدارية، منشورات الجامعة الأردنية، عمان، 1998، ص 49.

litige eventual، فإذا صدر التصرف دون منازعة أو دون أن يحتمل أن يثير أية منازعة عد عملا إداريا أو ولائيا.¹

وطالما أن شكوى الضحية أو محضر ضابط الشرطة القضائية أو بلاغ الشخص يشكل نزاعا أو على الأقل يحتمل أن ينجر عنه نزاع يولد أطرافا متنازعة فإن تصرف وكيل الجمهورية في تلك الشكوى أو ذلك المحضر أو البلاغ بتحريك الدعوى العمومية يعد عملا قضائيا. والأمر نفسه ينطبق على مقرر الحفظ باعتباره عملا قضائيا مولدا لنزاعات محتملة في المستقبل، إذ يعطي الحق للمشكو منه أن يسير في إجراءات الوشاية الكاذبة فتتقلب المراكز القانونية للخصوم فيتحول معها الضحية متها والمتهم ضحية.

2- معيار التصرف التلقائي:

يستمد هذا المعيار أساس تمييزه للأعمال القانونية على القاعدة القائلة أن (القضاء مثار وليس تلقائيا) فالعمل يكون إداريا إذا صدر بتصرف تلقائي من الإدارة بخلاف الأعمال القضائية التي لا تصدر إلا بطلب من الأفراد ولا بد بالتالي لتحريك الاختصاص القضائي أن يوجد ادعاء من إرادة ما بأن عملا أو موقفا أو حالة معينة تكون متعارضة والقانون.

وبتطبيق ما سبق على مقرر الحفظ نجده عملا قضائيا باعتباره نتيجة لتصرف وكيل الجمهورية بالسلب فيما ورد إليه من محاضر أو بلاغات أو شكاوى قدر - نتيجة إعماله مبدأ الملائمة - عدم المتابعة بشأنها لسبب من الأسباب.

المطلب الثاني: مقرر الحفظ والأمر بانتفاء وجه الدعوى:

كثيرا ما يدق التمييز بين مقرر الحفظ والأمر بانتفاء وجه الدعوى خاصة إذا كانا صادرين من جهة واحد كالنيابة العامة ويتعلق الأمر بالقضاء الجنائي المصري والذي يجمع فيه عضو النيابة سلطتي الاتهام والتحقيق معا، فيصدر مقررًا بالحفظ بناء على سلطته الأولى أو أمرا بانتفاء وجه الدعوى بناء على سلطته الثانية.

فحاول الفقه المصري وضع معيار طبيعة العمل القانوني للتمييز بين العاملين فأضفى على العمل الأول الطابع الإداري وعلى الثاني الطابع القضائي من غير سند من القانون، وللأسف تبعه في ذلك الفقه الجزائري رغم أن الأمر لا يطرح بالنسبة للقضاء الجزائري والذي يقيم تفرقة تامة

1- أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، 2012، ص 31.

بين حجة الاتهام وحجة التحقيق فيصدر وكيل الجمهورية مقررًا بالحفظ بينما يصدر قاضي التحقيق أمرًا بالأوجه للمتابعة.

ومما يكن من أمر، فإن أوجه الشبه كثيرة بين مقرر الحفظ والأمر بانتفاء وجه الدعوى، ولا يفرق بينهما في التشريع الجنائي الجزائري غير أن الأول يصدر عن وكيل الجمهورية والثاني يصدر عن قاضي التحقيق وأن الأول لا يقبل التظلم أو الطعن فيه والثاني يقبل الطعن فيه بالاستئناف كسائر الأوامر الصادرة عن قاضي التحقيق.¹

فمقرر الحفظ يكون دائماً قابلاً للمراجعة، والأمر بانتفاء وجه الدعوى هو أمر مؤقت لقبالية إعادة فتح التحقيق بعد صدوره إذا ما ظهرت أدلة جديدة، والجامع بينهما أن النيابة العامة هي وحدها المختصة لتقرير ما إذا كان ثمة محل لطلب إعادة فتح التحقيق بالنسبة للثاني، أو ما إذا كان ثمة محل للمراجعة بالنسبة للأول.²

أما فكرة التظلم الإداري من مقرر الحفظ فلا أساس لها في التشريع الجزائري ولا حتى في التشريع الفرنسي فلا يوجد نص صريح في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري أو حتى قانون الإجراءات الجنائية أو قانون التحقيق الجنائي الفرنسي يعترف للشاكي بحقه في أن يتظلم إدارياً من مقرر الحفظ الصادر عن وكيل الجمهورية أمام الرئيس التدرجي لعضو النيابة العامة ولو كان ذلك كذلك لأصبح مقرر الحفظ بحق عمل إداري محض.³

بل حتى التشريع الجنائي المصري لا يتضمن نصاً صريحاً يمكن الشاكي من التظلم إدارياً من مقرر الحفظ الصادر عن عضو النيابة، غير أن الفقه المصري - والذي يحاول دائماً قراءة النصوص بتفسير يتوافق مع الرأي القائل بالطبيعة الإدارية لمقرر الحفظ - حاول تفسير نص المادة 62 من قانون الإجراءات الجنائية المصري على نحو يفهم منه إمكانية التظلم الإداري من مقرر الحفظ، وأوجبت هاته المادة على النيابة العامة بأن تعلن قرار الحفظ إلى المجنى عليه، وإلى المدعي بالحقوق المدنية، فإذا توفي أحدهما كان الإعلان لورثته في محل إقامة المتوفى.⁴

1- راجع المادة 170 المعدلة بموجب الأمر رقم 02-15 المؤرخ في 23 يوليو 2015 المتضمن تعديل قانون الإجراءات الجزائية، الجريدة الرسمية عدد 40، مؤرخة في 23 يوليو 2015، ص 28.

2- راجع المادة 175 الفقرة الثالثة من قانون الإجراءات الجزائية.

3- سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجزائية في التشريع والقضاء والفقه، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، بيروت، 1999، ص 230.

4- راجع المادة 62 من القانون 95 لسنة 2003 المتضمن قانون الإجراءات الجنائية المصري المعدل والمتمم.

لذلك يرى بعض الفقه المصري¹ أن العلة من إلزام المشرع النيابة العامة بإعلان قرار الحفظ للمدعي المدني هي تمكين هذا الأخير باتخاذ ما يشاء، سواء بالتظلم الإداري من قرار الحفظ، أو بتحريك الدعوى العمومية بطريق التكليف المباشر في الجرح والمخالفات، أو بالادعاء المدني أمام قاضي التحقيق في جميع الجرائم.

غير أن ما يراه بعض الفقه المصري في تفسير تلك المادة فنده قضاؤه، بقضاء محكمة النقض المصرية في معرض تفسيرها لنص المادة 62 من ذات القانون: (أن ما أوجبه تلکم المادة من إعلان المجني عليه أو المدعي بالحقوق المدنية بأمر الحفظ هو إجراء قصد به إخطاره بما تم في شكواه ليكون على بينة بالتصرف الحاصل فيها، ولم يرتب القانون عليه أي أثر، ولم يقيد به بأجل معين)². والمشرع الجزائري صاغ نصا يشابه نص المادة 62 من قانون الإجراءات الجنائية المصري غير أنه كان أكثر دقة منه في استعمال المصطلحات بنصه في المادة 36 من قانون الإجراءات الجزائية: (...أو يأمر بحفظها بمقرر يكون قابلا دائما للمراجعة ويعلم به الشاكي و/أو الضحية إذا كان معروفا في أقرب الآجال....).

وفرق بين أن يبلغ الشخص بإجراء أو يعلن به وبين أن يحاط به علما، فالتبليغ والإعلان مصطلحات ترتب آثارا قانونية من أهمها فتح باب الطعن أو التظلم في الإجراء محل التبليغ، أما أن يحاط الشخص علما بإجراء معين فلا يرتب ذات الأثر، وإنما العلم يكون لمجرد إخطاره بمال الإجراء حتى يكون على بينة بالتصرف الحاصل فيه.

ومن ثمة لا يبق أمام الشاكي بعد أن تحفظ شكواه ويحاط علما بها سوى سلوك طريق الإدعاء المدني أمام قاضي التحقيق في الجنايات والجرح طبقا للمادة 72 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، أو طريق التكليف المباشر بالحضور في بعض الجرح طبقا للمادة 337 مكرر. ويتفق مقرر الحفظ والأمر بالأمر بالوجه للمتابعة في أن كليهما يصدران مبنيين على أسباب بغض النظر عن طبيعتها سواء كانت قانونية أو موضوعية، ويعزز هاته الأسباب وهذا الشبه بين مقرر الحفظ والأمر بالأمر بالوجه للمتابعة نص المادة 300 من قانون العقوبات.

فيشترط المشرع لقيام جريمة الوشاية الكاذبة حينما يكون موضوع البلاغ جزائيا أن يتبني

1- محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية المصري، دار النهضة العربية، مصر، بدون سنة نشر، ص 414.

2- نقلا عن أشرف رمضان عبد المجيد، النيابة العامة ودورها في المرحلة السابقة على المحاكمة، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 179.

بإصدار جهة قضائية حكما بالبراءة أو الإفراج أو أمرا أو قرارا بالأوجه لإقامة الدعوى أو مقررًا بالحفظ طبقا لنص المادة 2/300 من قانون العقوبات.¹

يستشف من هاته المادة أن المشرع العقابي قد جمع على صعيد واحد مجموعة من الإجراءات يجمعها أنها قضائية — أي صادرة عن جهة قضائية — وأنها في الغالب تكون منبهة للدعوى العمومية، رغم أنها متميزة فيما بينها من حيث الهيئة التي أصدرتها ومن حيث درجة حجيتها. والمشرع ما جمع مقرر الحفظ مع سائر تلك المقررات القضائية إلا لتقته في ذلك المقرر نتيجة صدوره عن قاضٍ، فسأوى بينه وبين تلك المقررات كدليل لقيام جريمة الوشاية الكاذبة رغم اختلافه عنها من حيث الحجية لا من حيث الطبيعة.

خاتمة:

حاولنا من خلال هذا المقال الرد على الأسانيد والحجج القائلة بالطبيعة الإدارية لمقرر الحفظ واصباح الطابع القضائي عليه، ومع الفوائد العملية القليلة لهذا البحث إلا أن نتأجه عظيمة في باب التأصيل، ذلك أنه من الضروري أن يرد للإجراء الطبيعة الحقيقية له مع كل النتائج المترتبة على ذلك، وبقي أن نذكر ثلاث حجج أخيرة لم نوردتها في مضمون البحث متعمدين وضعها في الخاتمة، فخواتم الكلام رسخ في الذهن:

ومضمون الحجة الأولى والتي هي عبارة عن تساؤل أن تصرف وكيل الجمهورية في مصير الشكوى هو إجراء قانوني، فإذا كان هذا التصرف إيجابيا حركت الدعوى العمومية، وإذا كان سلبيا حفظت، فهل يصح أن يكون ذات الإجراء في وجهه الإيجابي قضائيا وفي وجهه السلبى إداريا؟

1- تنص المادة 300 من قانون العقوبات: (كل من ابلغ بأي طريقة كانت رجال الضبط القضائي أو الشرطة الإدارية أو القضائية بوشاية كاذبة ضد فرد أو أكثر أو أبلغها إلى سلطات مخول لها أن تتابعها أو أن تقدمها إلى السلطة المختصة أو إلى رؤساء الموشى به أو إلى مخدوميه طبقا للتدرج الوظيفي أو إلى مستخدميه يعاقب بالحبس من ستة (06) أشهر إلى خمس (05) سنوات وبغرامة من 500 إلى 15.000 دج ويجوز للقضاء علاوة على ذلك أن يأمر بنشر الحكم أو ملخص منه في جريدة أو أكثر على نفقة المحكوم عليه.

إذا كانت الواقعة المبلغ عنها معاقبا عليها بعقوبة جزائية أو تأديبية فيجوز اتخاذ إجراءات المتابعة الجزائية بمقتضى هذه المادة عن جريمة الوشاية الكاذبة سواء بعد صدور الحكم بالبراءة أو بالإفراج أو بعد الأمر أو القرار بالأوجه للمتابعة أو بعد حفظ البلاغ من القاضي أو الموظف أو السلطة الأعلى أو الخدم المختص بالتصرف في الإجراءات التي كان يحتمل أن تتخذ بشأن هذا البلاغ)، الأمر رقم 156-66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 49 المؤرخة في 11 يونيو 1966، ص 702.

والحجة الثانية هي أن المقرر الإداري يجوز أن يكون ضمنيا فيفهم سكوت الإدارة ضمنا على أنه رفض، ولو كان ذلك صحيحا لجاز أن يسكت وكيل الجمهورية عن التصرف في الشكوى ليؤول هذا السكوت على أنه قرار ضمني بحفظها، غير أن مقرر الحفظ لا يكون إلا مكتوبا، وهو ما أكدته محكمة النقض المصرية في قرار لها: (... ولا يمكن القول بصدر حفظ ضمني يفهم بطريق اللزوم العقلي إذا كان المستخلص من سيرة الإجراءات التي اتخذت في الدعوى أن النائب العام اتفق مع وزارة الداخلية التابع لها المتهمون على أن يصدر أمرا بالحفظ بشروط اشتراطها ولم تتم ثم بدا له أن يتخذ بين ذلك سبيلا فسكت طويلا عن التصرف في الدعوى واهتدى أخيرا إلى رفعها).¹

ومع ذلك يمكن تصور الحفظ الضمني في حالة واحدة، وهي أن ترفع أمام النيابة العامة واقعة مركبة كالسرقة بالإكراه فتخلص النيابة العامة أن الواقعة هي مجرد ضرب وتحرك الدعوى العمومية على هذا الأساس فيمكن أن يفهم بطريق اللزوم العقلي أن قرارها هذا هو في الحقيقة قرار حفظ بالنسبة لواقعة السرقة.

وتأتي الحالة الأخيرة لتدعم القول الراي إلى عدم إمكانية تصور صدور مقرر حفظ ضمني، ذلك أن الضمنية في الحفظ لواقعة السرقة فسرت بمفهوم المخالفة لقرار صريح من النيابة بالمتابعة لواقعة الضرب، لذا فلولا تلك الصراحة لما بانت الضمنية لتكون الأخيرة تابعة للأولى، ولا يمكن تصور وجودها مستقلة عنها.

والحجة الثالثة أن النعي على مقرر الحفظ بالطبيعة الإدارية لعدم جواز الطعن فيه مردود عليه بأن وكيل الجمهورية يصدر أوامر كثيرة لا تقبل أي طريق من طرق الطعن كأمر الإيداع² والإحضار رغم أن نفس الأمر - أي الإيداع - يقبل الطعن فيه بالاستئناف إذا كان صادرا عن قاضي التحقيق، ولا يناع أحد في الطبيعة القضائية لأمر الإيداع.

وقد يرد على جميع هاته الحجج بأن النيابة العامة تعد طرفا وخصما في الدعوى العمومية، فكيف يستساغ عقلا أن يحسم الخصم نزاعا هو طرف فيه بموجب مقرر نعتبه قضائيا، ويكون غير

1- محكمة النقض المصرية، تاريخ القرار 07 مايو 1931، القضية رقم 1472 لسنة 47 قضائية، نقلا عن جندي عبد الملك، المرجع السابق، ص 310.

2- بموجب تعديل قانون الإجراءات الجزائية بالأمر رقم 02-15 تم استبدال إجراءات التلبس بإجراء التناول الفوري ومن ثم فقد وكيل الجمهورية سلطته في إصدار أمر الإيداع وفقا لإجراءات التلبس. الأمر رقم 02-15 المؤرخ في 23 يوليو 2015 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-155 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، الجريدة الرسمية عدد 40، المؤرخة في 23 يوليو 2015.

قابل لأي طعن؟

والرد على ذلك بسيط فالمشرع قد خول للنيابة سلطات لا يتمتع بها غيرها من الخصوم والسبب في ذلك أنها هي وحدها المكلفة بإثبات الجريمة ونسبتها إلى المتهم فتشرف على التحقيق الابتدائي، ومن ثمة تملك سلطة التصرف في النتائج التي يؤول إليها ذلك التحقيق، فالمشكلة إذا لا تتعلق بطبيعة الحسم - إداريا كان أو قضائيا - بقدر ما تتعلق بسلطة الحسم ذاته.

ولنأخذ مثلا على ذلك سلطة الإدارة في مواجهة الفرد، فرغم كل ما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة لا تملك سلطة حسم نزاع إداري لأنها هي سبب النزاع، فهي من أنشأ بقرارها الإداري الذي مس مركز الخصم، أما النيابة العامة فلا دخل لها في نشوء النزاع الجزائي، فالجريمة باعتبارها سببه واقعة خارجة عن نطاق النيابة العامة.

لذلك نعث مقرر الحفظ الصادر عن النيابة العامة بالقضائية يكون متسقا مع ما سبق قوله، ومبعدا لشبهة اتحاد صفتي الخصم والحكم في شخص النيابة العامة.

وعليه، إذا كان القائلون بالطبيعة الإدارية لمقرر الحفظ يقرون بإمكانية حسم خصم لنزاع هو طرف فيه، وتكون طبيعة هذا الحسم إدارية - مع كل العيوب المترتبة على هذا الرأي - فلا غضاضة في القول بإمكانية هذا الحسم ولكن بالطبيعة القضائية - وهو الرأي الذي نراه متسقا مع القانون والمنطق ليبين في الأخير أن نعث مقرر الحفظ الصادر عن النيابة العامة بالإدارية مردده الفقه المصري، فالنيابة العامة في مصر تجمع بين وظيفتي الاتهام والتحقيق، فإذا ارتأت وضع حد لإجراءات المتابعة أصدرت مقرر حفظ كجبهة اتهام أو أمرا بالآ وجه لإقامة الدعوى كجبهة تحقيق، فتوجس الفقه المصري خيفة الخلط بين الإجراءات نتيجة صدورهما عن جهة واحدة، فأصبع على الأول الطبيعة الإدارية وعلى الثاني الطبيعة القضائية دون سند من القانون، وتبعه الفقه القانوني الجزائري رغم أن المشرع يقيم تفرقة تامة بين جهة الاتهام وجهة التحقيق.

قائمة المراجع:

أولا: باللغة العربية.

1- الكتب:

- أحسن بوسقيعة، التحقيق القضائي، الطبعة الثامنة، دار هومة، الجزائر، 2009.
- أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، 2012.

- أشرف رمضان عبد المجيد، النيابة العامة ودورها في المرحلة السابقة على المحاكمة، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- أنور أحمد أرسلان، الوسيط في القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
- جندي عبد الملك، الموسوعة الجنائية (الجزء الثاني) إضراب- تهديد، الطبعة الأولى، مكتبة العلم للجميع، لبنان، 2004.
- جيلالي بغداددي، التحقيق (دراسة مقارنة نظرية وتطبيقية)، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للاشغال التربوية، الجزائر، 1999.
- عبد الله اوهابيه، شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري - التحري والتحقيق، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2012.
- علي خاطر شطناوي، دراسات في القرارات الإدارية، منشورات الجامعة الأردنية، عمان، 1998.
- علي عدنان الفيل، وقف الإجراءات الجنائية في القانون العسكري - دراسة مقارنة - دار هومة، الجزائر، 2003.
- سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجزائية في التشريع والقضاء والفقهاء، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، بيروت، 1999.
- محمود محمد حافظ، القرار الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.
- محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية المصري، دار النهضة العربية، مصر، بدون سنة نشر.

2- القوانين:

- القانون العضوي رقم 04-11 المؤرخ في 06 سبتمبر 2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء، الجريدة الرسمية عدد 57، المؤرخة في 08 سبتمبر 2004.
- الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08 يونيو 1966 يتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 48 المؤرخة في 10 يونيو 1966.
- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 49 المؤرخة في 11 يونيو 1966.
- الأمر رقم 15-02 المؤرخ في 23 يوليو 2015 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-155 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، الجريدة الرسمية عدد 40، المؤرخة في 23 يوليو 2015.

- القانون رقم 12-15 المؤرخ في 15 يوليو 2015 يتعلق بحماية الطفل، الجريدة الرسمية عدد 39،
المؤرخة في 19 يوليو 2015.
ثانياً باللغة الأجنبية.

-Rassat Michelle Laure, Le Ministère Publique entre sont passé et son avenir, thèse, Paris, 1967.

دور مبدأ شخصية الجزاءات الدولية في حماية حقوق الإنسان

بوشريعة فاطمة

تاريخ الإرسال: 2018-04-22

طالبة دكتوراه علوم

تاريخ القبول: 2018-07-15

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سيدي بلعباس

تاريخ النشر: 2018-08-03

الملخص:

من أبرز المواضيع الدولية المطروحة للنقاش موضوع الجزاءات الدولية و مدى احترامها لمبدأ الشخصية، و ما الى ذلك من آثار على فكرة حماية حقوق الإنسان و ذلك نتيجة ما يعيشه المجتمع الدولي في عصر الجزاءات.

و ما يزيد من أهمية الموضوع أنه حين تطبيق الجزاءات الدولية الشاملة التقليدية و في كثير من الأحيان للدفاع عن حقوق الانسان، يجد المطبق لهذه الجزاءات نفسه هو المنتهك لحقوق الانسان أكثر من الدولة المستهدفة بحد ذاتها، و هو ما أدى الى ظهور نوع جديد من الجزاءات الدولية التي أطلق عليها مصطلح الجزاءات الدولية الحديثة الذكية " المستهدفة "، هنا يظهر أن احترام مبدأ الشخصية في توقيع الجزاءات الدولية بالضرورة يؤدي الى احترام أكثر لحقوق الانسان.

الكلمات المفتاحية: مبدأ شخصية الجراء- الجزاءات الدولية - انتهاك حقوق الإنسان

Résumé :

Parmi les sujets internationaux qui sont en vogue actuellement c'est le sujet des peines internationales et leurs respect au principe de la personnalité des sanctions, ainsi que l'effet de ce principe sur la protection des droits de l'homme ou la multiplication de ces peines dans la communauté internationale.

L'importance de ce sujet consiste dans l'application des sanctions internationales complètes et traditionnelles, car souvent la partie qui prend la défense des droits de l'homme est telle qui contribue à leurs violations vis-à-vis de l'état ciblé par les sanctions. Ce qui a mené à l'application d'un nouveau type de sanction internationale (sanctions internationales intelligentes ciblées). Ce qui favorise au respect du

مقدمة:

بعد مسيرة تراكمية في البيئات الدولية المختلفة استطاع المجتمع الدولي أن ينشئ نظاما قانونيا دوليا جزائيا، حيث أسس لمنظومة الجزاء الدولي، و تظافرت الجهود و الظروف الدولية و الفقهية كلهما و على مدى ما يقارب قرنا من الزمن من أجل الخروج باللبنات المدونة الممهدة لتأسيس الجزاء الدولي و ضبطه، و ذلك في محاولة لإخراجه من قوالب الفوضى و التعسف الغرائزي التي كانت سائدة في المجتمع الدولي قبله.

وقد كان لمنظمة الأمم المتحدة و قبلها منظمة عصبة الأمم الدور الهام و الفعال لتأسيس مثل هذه المنظومة الجزائية، حيث قد حصر ميثاق الأمم المتحدة آلية تشغيل جزاءاتها بيد جهاز أممي وحيد و هو مجلس الأمن الدولي، و بدلا من اعطائه تكوينا قانونيا فعالا اتسم هذا الجهاز بالطبع السياسي، نظرا لجعله أداة للإرادة السياسية للدول الأعضاء الخمس الدائمة فيه، حيث يشترط لفرض أي جزاء دولي من خلال مجلس الأمن تصويت غالبية تسعة من أعضائه¹، شرط أن يكون من بينها أصوات الدول الخمس الدائمة الحاصلة على حق الفيتو، و بذلك لا يمكن التصور بأي شكل من الأشكال معاقبة أية دولة من تلك الدول الخمس.

و بذلك ظهرت فكرة الجزاء الدولي كأداة لمعاقبة منتهكي أحكام القانون الدولي، و نظرا لاختلاف وجهات النظر الدولية فقد اختلفت التعاريف الفقهية لفكرة الجزاء الدولي فالوكالات المتخصصة حافلة بصور الجزاء المنظم المتمثل عادة في صورة الحرمان من المساهمة في النشاط.² يمكن أن نعرف الجزاء الدولي على أنه مجموعة من الإجراءات و التدابير التي تطبق في مواجهة المنتهك لأحكام و قواعد القانون الدولي بهدف إرغامه عن العدول عن سلوكه و تقويمه، إذ يفتقر إلى الفاعلية إذا كان مطبقا من قبل الدول فرادى و يكتسب فاعلية هامة إذا كان

¹ - حيث جاء في نص المادة 27 من ميثاق الأمم المتحدة ما يلي: " 1- يكون لكل عضو من أعضاء مجلس الأمن صوت واحد. 2- تصدر قرارات مجلس الأمن في المسائل الإجرائية بموافقة تسعة من أعضائه. 3- تصدر قرارات مجلس الأمن في المسائل الأخرى كافة بموافقة أصوات تسعة من أعضائه يكون من بينها أصوات الأعضاء الدائمين متفقة"

² محمد ناصر بوغزالة، الجزاءات الدولية بين نصوص الميثاق و الممارسة الفعلية، مذكرة دكتوراه في القانون، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 بخدة بن يوسف، الجزائر، 2014-2015، ص 19.

محددا ضمن شروط و ضوابط تضعها المنظمة الدولية حيث أن الهدف منه هو إعادة الامور الى نصابها و انتظامها بالردع أو معاقبة مرتكب الفعل غير المشروع دوليا.¹ غير أنه ما يأخذ على جملة التعاريف للجزاء الدولي أنها ساهمت في ترسيخ الاتجاه السياسي لفكرة الجزاء الدولي، و ذلك بدلا من ترسيخها للجانب القانوني منه. حيث لم يأخذ مختلف الفقهاء بعين الاعتبار أن الجزاء الدولي يجب أن يتسم بالصفة القانونية، و المقصود بذلك هو أن يخضع لجملة من الضوابط أو القيم أو الحدود القانونية التي تضبط أو تحكم فكرة الجزاء الدولي، و من جملة هذه الضوابط القانونية التي من المفروض أن تحكم الجزاء الدولي مبدأ الشخصية، و الذي يعتبر ضابطا قانونيا قديما. و بالرجوع الى الفكرة السالفة الذكر و جعل الجزاء الدولي أداة خاضعة لإرادة الدول الكبرى السياسية فقد تم التغاضي عن ضابط شخصية الجزاء الدولي، مما أدى الى التصادم مع فكرة مهمة و هي حماية حقوق الانسان، حيث اتسمت الجزاءات الدولية التقليدية بصفة الشمولية، مما أثر على حقوق الانسان، و هو ما أدى بالجماعة الدولية الى المطالبة بإيجاد أنواع حديثة من الجزاءات الدولية أطلق عليها تسمية الجزاءات الدولية الحديثة (الذكية).

و تأتي هذه المقالة للإجابة عن اشكالية رئيسية تتمثل في البحث عن كيفية تمكن المجتمع الدولي من إعادة ادماج فكرة حماية حقوق الانسان حين فرض الجزاءات الدولية، و الى أي مدى استطاع التوفيق في ذلك. و للإجابة عن هذه الاشكالية الرئيسية سوف نقسم بحثنا هذا الى مبحثين تتناول من خلال الأول مفهوم مبدأ شخصية الجزاء الدولي، و في المبحث الثاني نتطرق الى التحركات الدولية لحماية حقوق الانسان من خلال مبدأ شخصية الجزاء الدولي.

المبحث الأول: مفهوم مبدأ شخصية الجزاء الدولي و علاقته بفكرة حقوق الانسان

يحكم الجزاء الدولي مجموعة من الضوابط القانونية التي تجعلها أكثر الزامية خاصة في المجال الدولي نظرا لاختلاف طبيعة المجتمع الدولي عن نظيره الداخلي الوطني من بينها ضابط الشخصية، و الذي يعتبر من أهم تلك الضوابط نظرا لارتباطه الوثيق بإحدى مبادئ القانون

¹علي جميل حرب، نظام الجزاء الدولي، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص36.

الدولي و هي حماية حقوق الانسان. و من خلال هذا المبحث سوف نتطرق الى مفهوم هذا الضابط أو المبدأ من خلال المطلب الأول، كما نتطرق في المطلب الثاني الى تبيان علاقته بفكرة حقوق الانسان .

المطلب الأول: مفهوم مبدأ شخصية الجزاء الدولي

يعتبر مبدأ شخصية الجزاء الدولي من بين الضوابط القانونية الموضوعية لفكرة الجزاء الدولي، و نقصد بالضوابط القانونية الموضوعية مجموعة القيم القانونية العليا التي تتعلق بمبادئ فكرة الجزاء الدولي أو موضوعيته، و التي لا يجوز الخروج عليها من قبل المشرع أو القاضي أو المنفذ الدوليين. حيث يطلق عليها تسمية الضوابط لأنها من ناحية تحكم و تضبط و تحدد فكرة الجزاء الدولي، و من ناحية أخرى تمثل قيودا للسلطات الثلاث الدولية (السلطة التشريعية و التنفيذية و القضائية) بما يتماشى و طبيعة المجتمع الدولي، و هي قانونية لأنها مستمدة من القانون و مرتبطة بالكيان المادي لفكرة الجزاء في القانون الدولي ، و احدى هذه الضوابط هو مبدأ شخصية الجزاء الدولي.

و تجدر الاشارة هنا أن مفهومنا لشخصية الجزاء الدولي مرتبطة أساسا بمفهومنا للجزاء الدولي بحد ذاته، و المقصود بذلك أننا اعتمدنا مفهوم الجزاء الدولي بصفة عامة و بذلك فهو لا يقتصر على العقوبة الجنائية الدولية فقط، و انما الى كل أشكال و أنواع الجزاءات الدولية الجنائية منها و غير الجنائية، و بذلك فنحن نقصد شخصية الجزاء الدولي و ليس شخصية العقوبة الدولية فقط .

و المقصود بمبدأ شخصية الجزاء الدولي هو "عدم انصراف الجزاء الدولي الى غير شخص المنتهك للقاعدة القانونية الدولية من الوجهة التشريعية و القضائية و التنفيذية الدولية."¹ و معنى ذلك أن المشرع الدولي حين سنه للتشريعات الدولية عليه الأخذ بعين الاعتبار ضرورة أن يطال الجزاء الدولة أو المنظمة أو الشخص المنتهك للفعل غير المشروع دوليا دون امتداد آثار هذا الجزاء الى غير المذنبين، و نفس الأمر بالنسبة للقاضي و المنفذ الدوليين.

¹ - السيد ابو عيطة ، الجزاءات الدولية بين النظرية و التطبيق ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الاسكندرية ، 2000، ص 200.

و رغم أن تطبيق و احترام هذا الضابط أو المبدأ يعتبر من المسلمات في المنظومة الجزائية الوطنية الداخلية، الا أنه قد استقر العرف الدولي في العصر الحديث على ضرورة أن يطبق الجزاء الدولي بصفة شخصية و لا ينصرف الى غير شخص منتهك القاعدة الدولية¹، كما يجد هذا المبدأ مصدره من خلال المبادئ العامة باعتباره مبدأ أخلاقيا معترفا به لدى كل النظم القانونية العالمية.² كما يجد هذا المبدأ مصدره من خلال أحكام القضاء الدولي الجنائي و نظمه القانونية.

و لعل أكثر أنواع الجزاءات الدولية احتراماً لهذا المبدأ هي الجزاءات الدولية الجنائية، فغالبا ما تكون موجهة ضد الأفراد على شاكلة الاعدام أو الحبس أو الغرامات المالية، و حتى في حالة اثبات المسؤولية الجنائية الدولية فتكتفي الدولة بدفع التعويضات المالية للأشخاص الذين تضرروا نتيجة العمل غير المشروع جنائيا، و ذلك عند ارتكاب جريمة دولية كجرائم الحرب أو جرائم ضد الانسانية أو جرائم العدوان الدولية أو جريمة الابادة الجماعية.

و من أمثلة الجزاءات الدولية الجنائية أحكام الاعدام و السجن التي حكم بها و نفذ البعض منها خلال المحاكمات الجنائية الدولية الخاصة المختلفة كحاكمة " نورمبرج " عام 1945م³ و التي تراوحت الجزاءات فيها بين الاعدام ضد 12 متبها و السجن المؤبد ضد 9 متهمين و أحكام أخرى بالسجن ما بين 10 و 15 سنة⁴، أيضا جزاءات محاكمة طوكيو عام 1945م، و يوغسلافيا عام 1993م⁵، و رواندا عام 1994م⁶. مثل هذه الجزاءات و المحاكمات رسخت ضابط شخصية الجزاء الدولي، لتساهم أحكام المحكمة الجنائية الدولية التي تأسست عام 1998م في ذلك من خلال احترامها لهذا الضابط و جعله من أهم مبادئها.

الا أننا نجد تطبيق هذا المبدأ في الجزاءات التي توجه ضد الدول المنتهكة لأحكام

¹ السيد أبو عيطة، المرجع السابق، ص 200.

² المرجع نفسه، ص 203.

³ عبد العزيز العشراوي، أبحاث في القانون الدولي الجنائي، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار هومه، الجزائر، 2010، ص 270.

⁴ سكاكتي باية، العدالة الجنائية الدولية، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2004، ص 49.

⁵ المرجع نفسه، ص 51.

⁶ المرجع نفسه، ص 55.

القانون الدولي صعب التنفيذ في أرض الواقع. خاصة عند توقيع بعض الجزاءات الدولية ذات الطبيعة العمومية، و مثل ذلك الجزاءات الاقتصادية مثل الحظر الاقتصادي الدولي أو الحصار الدولي بكل أنواعه سواء البحري أو الجوي أو البري بنوعيه السلمي و العسكري الحربي، أيضا المقاطعة الاقتصادية الدولية، أو حتى العقوبات الدولية العسكرية كعمليات الطيران أو القصف الحربي، أو التدخلات العسكرية، كل هذه الأنواع من الجزاءات الدولية و غيرها و رغم نجاعتها في الكثير من الأحيان الا أنها أصبحت تتصف بغير القانونية أو الوحشية، و ذلك لأنها أصبحت آثارها تمتد الى الأفراد العاديين الذين لا دخل لهم في الانتهاك الدولي غير المشروع، و سبب ذلك عدم احترام مبدأ شخصية الجزاء الدولي.

المطلب الثاني: علاقة مبدأ شخصية الجزاء الدولي بفكرة حقوق الانسان

من أهم أهداف الجزاءات الدولية هو حمل الدول على احترام حقوق الانسان، حيث أصبحت هذه الأخيرة تمثل وسيلة لمعاقبة الدول التي لا تحترم حقوق الانسان، و تستخدم كسلاح للضغط على الدول المستهدفة و تفويض انتهاكاتها لها، و يعتبر موضوع حقوق الانسان و حمايتها من بدييات القانون الدولي و أقره ميثاق الأمم المتحدة.

الا أن الواقع الدولي أوضح أن في الكثير من الحالات التي يهدف فيها المجتمع الدولي الى معاقبة الدول بسبب انتهاكها لحقوق الانسان، تكون هذه الجزاءات هي الأخرى من جانب آخر منتهكة لحقوق الانسان، و هو ما تجسد في المخاوف التي أدلى بها الأمين العام السابق للأمم المتحدة في البيان الذي قدمه الى مجلس الأمن الدولي بمناسبة العقوبات الدولية على العراق حيث جاء فيه: "الوضع الانساني في العراق يشكل معضلة أخلاقية خطيرة، و نحن نتم بالتسبب في معاناة لشعب بأكمله، نحن في خطر خسارة الحجة حول من هو المسؤول عن هذا الوضع في العراق، الرئيس العراقي صدام حسين أو الأمم المتحدة."¹

في المقابل فان الأمم المتحدة ملزمة بأن تسعى لحل المشاكل الانسانية و ليس أن تكون هي مصدر هذه الأخيرة، و ذلك حسب ما جاء في نص العديد من المواد التي كرسها ميثاق الأمم المتحدة مثل المادة الأولى في فقرتها الثالثة و المادة 55، و المادة 56، و المادة 24

¹ -قرودوح رضا، العقوبات الذكية على محك حقوق الانسان، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2014، ص 81.

ورغم ذلك فان المعاناة الانسانية أصبحت على نطاق واسع خاصة في الآونة الأخيرة منذ النصف الثاني من القرن التاسع عشر، و الناجمة عن تطبيق الجزاءات الدولية منها الحظر الشامل بصورة خاصة، فلا تعفى السلطات المرسله للجزاءات أو المقررة لها من مسؤولية عدم انتهاك حقوق السكان في البلد المستهدف.²

ان الاستخدام المكثف و المتزايد للجزاءات الدولية و عدم احترام مبدأ الشخصية عند التطبيق قد أثار دائماً اعترافاً متزايداً بآثارها السلبية، سواء من داخل منظومة الأمم المتحدة أو خارجها من طرف المنظمات الدولية المختلفة. حيث هناك طائفة واسعة من مختلف هيئات الأمم المتحدة التي رفعت أصواتها نتيجة الآثار السلبية للجزاءات الدولية، فبرنامج الأغذية العالمي اعتبر الجزاءات الدولية و خاصة الاقتصادية منها أداة وحشية. في حين أن منظمة الصحة العالمية قد دعت لحظر كل الجزاءات برمتها، أما منظمة اليونسيف فقد دعت الى مراجعة عاجلة لموضوع تطبيق و توقيع الجزاءات الدولية لضمان أن يكون أمر الفئات الضعيفة محمياً.³

كما أكدت اللجنة الفرعية لحقوق الانسان التابعة لمنظمة الأمم المتحدة في قرارها رقم 2000/25 المؤرخ في 2000/08/18م على ضرورة إعادة النظر في الجزاءات الدولية حتى و

¹ - حيث جاء في نص الفقرة الثالثة من المادة الأولى: " تحقيق التعاون الدولي على حل المسائل الدولية ذات الصبغة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والإنسانية، وعلى تعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس جميعاً، والتشجيع على ذلك إطلاقاً بلا تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين ولا تفريق بين الرجال والنساء"
- الفقرة الثالثة من المادة 55 من ميثاق الأمم المتحدة ما يلي: " أن يشجع في العالم احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للجميع بلا تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين، ولا تفريق بين الرجال وكالكالنساء، ومراعاة تلك الحقوق والحريات فعلاً."
- المادة 56 من الميثاق: " يتعهد جميع الأعضاء بأن يقوموا، منفردين أو مشتركين، بما يجب عليهم من عمل بالتعاون مع الهيئة لإدراك المقاصد المنصوص عليها في المادة".

المادة 24 الفقرة الثانية يعمل مجلس الأمن، في أداء هذه الواجبات وفقاً لمقاصد " الأمم المتحدة "ومبادئها والسلطات الخاصة المخولة لمجلس الأمن لتمكينه من القيام بهذه الواجبات مبينة في الفصول السادس والسابع والثامن والثاني عشر.
² -قرودوح رضا ، المرجع السابق ، ص 81.

³ -DJACOBA Liva Tehindrazanarivelo , Les sanctions des Nations Unies et leurs effets secondaires , Assistance aux victimes et voies juridiques de prévention ,Presses universitaires de France , paris , 1^{er} Edition ,2005,p229 .

لو كانت أهدافها مشروعة، اذا كانت هذه التدابير لم تؤدي الى التغييرات السياسية المطلوبة بعد فترة زمنية معقولة.¹

وبذلك فانه لا يمكن الاستمرار في تطبيق الجزاءات الدولية الشاملة التي لا يمكن من خلالها احترام مبدأ شخصية الجزاء لفترة زمنية أطول خاصة في حالة عدم تحقق الهدف منها، و انما يعتبر الاستمرار في تطبيقها في حد ذاته اختراقاً لأحكام القانون الدولي و كذا لحقوق الانسان. وبذلك ظهرت هذه المسألة شكوكاً جدية حول فعالية الجزاءات الدولية و عن نطاقها و شدتها عندما يصبح الضحايا من المدنيين الأبرياء.²

وقد أكد الأمين العام السابق للأمم المتحدة " بطرس بطرس غالي " في ملحق لخطة السلام عام 1995م أن قبول فكرة التحديد من تطبيق الجزاءات الدولية يتزايد بشأن كون التصميم عليها و تنفيذها يتسبب في معاناة الفئات الضعيفة، و تعقد عمل الوكالات الانسانية، و تسبب أضرار طويلة الأجل على القدرة الانتاجية للبلد المستهدف و تولد آثاراً وخيمة على البلدان المجاورة، و في السياق نفسه عبر الأمين العام السابق " كوفي عنان عبر تقريره لعام 1997م عن أعمال الأمم المتحدة عن قلقه من تأثير العقوبات الشاملة على حقوق الانسان.³

لقد أثرت الجزاءات الدولية الشاملة على حقوق الانسان و حمايتها خاصة الاقتصادية منها مثل الحظر و المقاطعة و الحصار الاقتصادي و العسكرية من خلال العمليات الحربية التي في غالب الأحيان لا تفرق بين العسكري و المدني بالرغم من أن أهم قواعد و مبادئ القانون الدولي الانساني الذي يحكم النزاعات الدولية هو مبدأ التمييز بين المدنيين و العسكريين و بذلك أصبحت الجزاءات الدولية الشاملة تخترق مبدأ شخصية العقاب الذي يعتبر من ضوابط الجزاء في المجتمع الوطني الداخلي و الدولي على حد سواء.

مما لا شك فيه أن الجزاءات الدولية المفروضة على دولة أو دول انتهكت نظاماً قانونياً

¹ - DJACOBA Liva Tehindrazanarivelo , idem, p230.

² -إيليا أبي خليل رودريك، العقوبات الاقتصادية الدولية في القانون الدولي بين الفعالية و حقوق الانسان، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 89.

³-Gagne KRISHNA, Une analyse de la sanction économique en droit international ,Université de MONTREAL , Avril , 2005 , p 76.

متفق عليه فيما بين الدول يؤثر بشكل خطير على حياة الانسان و حقه في أن يعيش حياة كريمة يسودها الأمن و السلام. و في مثال واضح لانتهاك حق الحياة للإنسان و أثر الجزاءات الدولية عليها نذكر بعض الأمثلة عن حال الحياة في دولة العراق، فقد أثرت الجزاءات الدولية المفروضة ضدها خاصة الحصار الشامل عليها بشكل مباشر على حياة الأسرة العراقية التي أصبحت تعولها النساء فقط بعد أن هرب الرجال بحثاً عن العمل أو بسبب الشعور باليأس، كما دفعت تلك الجزاءات بالأطفال العراقيين الى التشرد و عالم الجريمة، و انهارت القيم التقليدية للعائلة التي سادت بغداد و المدن الأخرى لمدة طويلة. و على صعيد آخر انهار المستوى الأخلاقي و عدم احترام القانون و ارتفعت نسبة الدعارة بين النساء بسبب تدهور الوضع الاقتصادي، و على المستوى العلمي فقد ترك عشرة آلاف مدرس وظائفهم في أنحاء مختلفة من البلاد، فكثيراً من المفكرين و الأساتذة الجامعيين و العلماء و المهندسين من جميع فروع الهندسة غادروا العراق و كل ذلك كان نتيجة الأضرار التي ألحقتها قوات التحالف في عام 1991م و الآثار المدمرة للجزاءات الدولية المفروضة على دولة العراق.¹

أما فيما يخص حقوق الانسان السياسية و المدنية فلم يعد المناخ الفكري و السياسي مهيأ لممارسة حرية الفكر و التعبير، فكثرة الجزاءات الدولية و طول أمدها و عدم احترامها لمبدأ الشخصية حين توقيعها أثر على ممارسة حرية الفكر و الابداع الفكري. و من جهة أخرى أدى القذف المتواصل من قبل قوات العسكرية الدولية في العراق الى دمار العديد من المساجد و الكنائس مما جعل ممارسة الشعائر الدينية أمراً بالغ الصعوبة ان لم يكن مستحيلًا.²

لقد حكم على أطفال العراق بالموت و هم أحياء بسبب الجزاءات الدولية الشاملة و التي حولتهم الى أطفال مرضى بسوء التغذية، السل، الكوليرا، حمى التيفوئيد، الى جيل السكر و هم الرضع الذين يتغذون على ماء مضاف اليه السكر.³ و توصلت دراسات من

¹ عبد الغني محمود، القانون الدولي الانساني، دراسة مقارنة بالسرعة الاسلامية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية ، القاهرة، مصر، 1995، ص 57.

² فاتن صبري سيد الليثي، العقوبات الدولية و أثرها على حقوق الانسان المدنية و السياسية، مجلة الفكر، العدد 12، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2013، ص 56.

³ هويدا عبد المنعم، العقوبات الدولية و أثرها على حقوق الانسان، مجيب للطباعة، القاهرة، 2006، ص 201.

جامعة كولومبيا الى أن العدد الحقيقي لوفيات الأطفال دون سن الخامسة من العمر بين عامي 1991-2002م يتجاوز 4000000 طفل.¹

أما في الحالة الليبية فقد نتج عن الحظر الجوي المفروض على الجماهيرية الليبية منذ عام 1992م تأثير مباشر على الامدادات الطبية، مما أدى الى ارتفاع نسبة الوفيات خاصة الأمهات و المواليد الجدد حيث ارتفعت نسبة الوفيات الى 41 في المئة بعد عقوبة الحظر، اضافة الى عرقلة عمليات التنقل خاصة بالنسبة للأساتذة و الجامعيين خارج البلاد.²

و قد تصل آثار الجزاءات الدولية الشاملة الى حد افلاس الدولة مما يؤدي الى سقوط بناها التحتية و بذلك انهيار الحقوق الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية و حتى الحقوق المدنية و السياسية، و قد نرى العديد من الدول التي عوقبت دوليا و لكنها الى يومنا هذا لم تستطع اعادة بناء بناها التحتية و لم يتمكن بعد من الخروج من ويلات و آثار تلك الجزاءات.

كما أثرت الجزاءات الدولية في حالة عدم احترام مبدأ الشخصية على حقوق الجيل الثاني للإنسان، حيث أثرت هذه الأخيرة على الحق في الغذاء بحيث تقلصت قدرة العراق من الحصول على الغذاء الى نسبة 70 بالمئة من احتياجاتها الغذائية خلال فترة الجزاءات ضدها، كما تدهور القطاع الزراعي الى أقصى درجاته مما أدى الى انتشار سوء التغذية و انتشار الأمراض خاصة في أوساط الأطفال الذين حرموا أيضا من حقهم في التعليم مما أدى الى ارتفاع نسبة الأمية الى أعلى مستوياتها.³

و يجب التذكير أن كل هذه الآثار السلبية تتضاعف الى أضعاف مضاعفة في حالة الجزاءات العسكرية، و هو ما يمكن ملاحظته من خلال الجزاءات العسكرية ضد سوريا حاليا أو في العراق منذ عام 2003م، أو في ليبيا بعد اسقاط رئيسها السابق معمر القذافي، حيث تم انتهاك حقوق الانسان بكل أنواعها و ذلك بسبب المساس بمبدأ شخصية الجزاءات الدولية، لذلك كان لزاما على المجتمع الدولي أن يتحرك لتفادي تلك الآثار الوخيمة على حقوق الانسان.

¹العقوبات الاقتصادية على العراق: المترتبات الانسانية و احتمالات المستقبل، تقرير لحسة خبراء دوليين ، اصدارات اللجنة العربية لحقوق الانسان، باريس اكتوبر 2002، ص 34.

²عبد القادر الخادمي، قضية لوكربي بين المنطق القانون و التعنت الغربي، الطبعة الأولى، دار الفكر، الجزائر، 1999، ص 15.

³قرودوح رضا ، المرجع السابق، ص 185.

المبحث الثاني: التحركات الدولية لاحترام مبدأ شخصية الجزاء الدولي ومدى نجاعتها:

يبدو اللجوء الى الجزاءات الدولية الان جزءا مقروا من رد فعل المجتمع الدولي على الأوضاع التي تنطوي على عنف أو خطر العنف. و مثل هذه الجزاءات قانونية من وجهة نظر القانون الدولي، بشرط أن تلتزم بالقواعد القابلة للتطبيق من حقوق الانسان و القانون الدولي الانساني.¹ ولذلك يعتبر مبدأ شخصية الجزاء الدولي من بين أهم الضوابط القانونية في هذا المجال، التي يجب أن تحترم من أجل حماية حقوق الانسان.

و نظرا للنتائج الوخيمة للجزاءات الدولية الشاملة على حقوق الانسان، بدأ المجتمع الدولي في البحث عن طريقة جديدة يتمكن من خلالها من معاقبة المسؤولين عن الأعمال غير المشروعة دوليا، و توقيع الجزاءات الدولية دون المساس بحقوق الانسان و احترام مبدأ الشخصية، فظهرت فكرة الجزاءات الدولية الذكية و التي أظهرت استجابة لتلك الاهتمامات و الانشغالات الدولية بخصوص حقوق الانسان، و قد بدأ ظهور هذا النوع من الجزاءات أو العقوبات المستهدفة في أواخر عام 1990م، وسط قلق متزايد ازاء الآثار الانسانية السلبية للجزاءات الدولية الشاملة من الأمم المتحدة في حالات عدة، على رأسها الحالة العراقية، على اعتبار أن الجزاءات الدولية الذكية وسيلة لتركيز الضغط على زعماء الدول و الأطراف الفاعلة المسؤولة مباشرة عن انتهاك المعايير الدولية.²

المطلب الأول: العقوبات الدولية الذكية

ان أهم الأسباب التي أدت الى بروز هذا النوع من الجزاءات الدولية هي تلك المعاناة الانسانية التي نتجت عن الجزاءات الدولية الشاملة خاصة الاقتصادية منها، و ما نتج عن تلك المعاناة هي الاخرى من اختراق لحقوق الانسان و انتشار المعضلات الأخلاقية، مما تطلب عمل المجتمع الدولي لإيجاد الجزاءات الدولية الذكية التي تعتبر مثل القنابل الذكية تهدف الى تركيز أثرها على القادة و النخب السياسية و شرائح المجتمع التي يعتقد أنها مسؤولة عن الأفعال غير

¹ فتا سيغال، العقوبات الاقتصادية القيود القانونية و السياسية، المجلة الدولية للصليب الأحمر، العدد 836، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، 1999/12/31، www.icrc.org، تاريخ التصفح 2017/10/22، ساعة التصفح: 16:35.

² قردوح رضا، المرجع السابق، ص 78.

المشروعة دولياً، مع الحد من الأضرار الجانبية على السكان بصفة عامة.¹
و تعرف الجزاءات الدولية الذكية بأنها: "تركيز الضغوط القسرية على المسؤولين عن المخالفات الدولية، مع التقليل من الآثار السلبية غير المقصودة، و تستهدف وسائل الضغط عملية صنع القرار و النخب في الشركات أو الكيانات التي تسيطر عليها، و ان الاستهداف يمكن أن يعني أيضاً فرض عقوبات على منتجات محددة بشكل انتقائي أو الأنشطة التي تعتبر حيوية لتسيير سياسة مرفوضة و التي لها قيمة لمتخذي القرارات."²
و بذلك فان الجزاءات الدولية تسمى بالذكية عندما تولي اهتماماً للعواقب الانسانية، و تستهدف النخب و ليس السكان، و تكون متناسبة فيما يتعلق بميزان الألم و الكسب الانساني و السياس.³

و من أهم التدابير التي تتضمنها الجزاءات الدولية الذكية :

تجميد أصول الأموال الخاصة بالحكومة و بأعضاء النظام الحاكم خارج الدولة المعنية، و قد اتخذ مثل هذا الاجراء بشأن انغولا من طرف مجلس الأمن الدولي و الذي استهدف طرفاً فاعلاً واحداً "يونيتا" من خلال جملة من القرارات في 1998، 1997، 1993، أيضاً في قضية هايتي تم تجميد الحسابات المصرفية، و في أفغانستان حين استهداف تنظيم القاعدة، و في السودان خلال أزمة دارفور⁴، و في كوريا الشمالية نتيجة برنامجها النووي، و قد تم استخدام التجميد أيضاً ضد ايران منذ 2006م.⁵

تطبيق حظر تجاري على الأسلحة و السلع الكيالية عالية الثمن أو ما شابهها، و هو ما تم بشكل واسع ضد كوريا الشمالية و ليبيا و العراق و السودان و ايران، و الحظر على الأسلحة

¹ -قرود رضا، ص 94.

² -MANGIN M René, Les sanctions internationales, rapport information N3203, Assemblée National, 27 juin 2001, www.Assemblée-national.fr

³ -كورترايت ديفيد، العقوبات الذكية: إعادة هيكلة سياسة الأمم المتحدة في العراق، مجلة المستقبل العربي، العدد 268، 2001، ص 37-76.

⁴ -مصطفى أحمد أبو الخير، أزمات السودان الداخلية و القانون الدولي المعاصر، الطبعة الأولى، ايتراك للنشر و التوزيع، القاهرة 2006، ص 265.

⁵ -Azadeh kian THIEBAUT, LIRAN entre sanctions destructions et négociations, Revue internationale et stratégique, Edition DALLOZ – IRIS, Paris, 2008, p81.

قد يتخذ شكل فرض حظر شامل بفرض قيود على الاتجاج و العرض، و /أو اعتراض أو حجز الأسلحة و /أو المواد أو أنشطة المتصلة بالأسلحة، مثل المعدات العسكرية، و التدريب.¹

منع السفر و الطيران، و هو ما حدث في قضية نظام موجابي في زيمبابوي عند فرض الاتحاد الأوروبي جملة من الجزاءات ضده من بينها منع السفر.² حيث يعتبر السفر ضروريا للقادة السياسيين و دوائرهم النخبوية لإجراء الأعمال التجارية و متابعتها و الحصول على الدعم الأجنبي و شراء الأسلحة، و بناء على ذلك تهدف الجزاءات ضد السفر الى فرض تكاليف على الهدف من خلال نوعين من العقوبات :- القيود المفروضة على جميع الرحلات الجوية من و الى البلد المستهدف، و يمكن أن تكون من خلال فرض حظر على الطيران العام أو من خلال فرض حظر على النقل العام، فرض قيود على سفر الأفراد أو الجماعات أو الكيانات المستهدفة الذين هم اما جزء من النظام المستهدف أو داعمة له.³

فرض عقوبات أو حظر سياسي يهدف و صم الدولة المستهدفة بالعار، و فرض عزلة دبلوماسية و تقليص الدور التمثيلي للدولة،

الحرمان من السفر الى الخارج و تأشيرات الدخول و الفرص التعليمية لأعضاء النظام و أسرهم و فرض حراسة عليهم، مثلما حدث ضد ايران من خلال قرار مجلس الأمن رقم 1929 في عام 2010م

تعليق الائتمانات الحكومية و تعليق ائتمانات الدولة الخاصة بالهيئات أو المنظمات الدولية كالأمم المتحدة، البنك الدولي، صندوق النقد الدولي.

-الحد من الوصول الى الأسواق التجارية و المالية العالمية في الخارج أو الحظر التجاري على السلع الأساسية، و ذلك يتم من خلال حظر التجارة في السلع المختارة اما من خلال حظر صادراتها من المناطق التي يسيطر عليها الكيان المستهدف أو استيراد سلع أساسية محددة من هذه المنطقة، حيث يمكن استخدامها بطريقة ذكية من خلال استهداف موارد المتمردين التي

¹ - فردوح رضا ، المرجع السابق ، ص 116.

² -أين السيد شبانة، الحصار الدولي لنظام موجابي في زيمبابوي، مجلة السياسة الدولية، السنة 40، العدد 156، أبريل 2004، ص 159.

³ - مصطفى أحمد أبو الخير ، المرجع السابق، ص 194.

دور مبدأ شخصية الجزاءات الدولية في حماية حقوق الانسان
تستخدم للحفاظ على حملاتها العسكرية.¹

المطلب الثاني: مدى نجاعة الجزاءات الدولية الذكية و احترامها لمبدأ الشخصية

ان من أهم ميزات و إيجابيات الجزاءات الدولية الذكية هي محدودية نطاقها و تركيزها على جهات معينة، أي الحكومات المستهدفة و النخب الحاكمة و الجهات الفاعلة من غير الدول (الكيانات و الأفراد)، و حسب القرار الأممي رقم 242)51 الصادر عن الجمعية العامة التابعة لمنظمة الأمم المتحدة فان الجزاءات الدولية يجب أن تحدد المستهدف أي المتسبب المباشر في المخالفة التي أدت بمجلس الأمن الى توقيع الجزاء. و الغرض من ذلك هو التخفيف من الاثار السلبية على الدولة و السكان المدنيين. فالجزاءات الدولية الذكية تسعى اذن الى لاستهداف المسؤولين عن احداث الفوضى و القلق و تفادي السكان المدنيين.²

و بداية من منتصف عام 1990م تم فرض الجزاءات الدولية على أطراف و أشخاص محددين في النزاع الدولي بدل من التركيز على جميع مواطني الدولة، و على أجزاء من أراضي الدولة و ليس على كامل أراضيها.³

و لذلك قد تكون الجزاءات الدولية الذكية أكثر فاعلية من الشاملة منها وذلك لأنها تعتبر وسيلة ناجحة في الضغط على الحكومات و الرؤساء من أجل تحسين سلوكياتهم.

على الرغم مما حققته الجزاءات الدولية الذكية خاصة اثر تطبيقها في العديد من الدول مثل العراق و سوريا و ايران و كوريا الشمالية، كونها تستهدف الطبقة الحاكمة بالدرجة الأولى، و بالتالي التأثير على قراراتها و ردعها لانتهاكها أحكام القانون الدولي و خاصة أحكام القانون الدولي الانساني، فبالنظر للاثار المترتبة عنها نجد أنها لم تنجح في وقف هذه الانتهاكات.⁴

و من أهم السلبيات التي نتجت عن الجزاءات الدولية الذكية أنه حتى و ان كانت

¹-أيمن السيد شبانة، المرجع السابق، ص 152.

²-نورة بجاوي، الجزاءات الدولية غير العسكرية في منظمة الأمم المتحدة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر " بن يوسف بحدّ" بن عكنون، 2012-2013، ص 319.

³-نورة بجاوي، المرجع السابق، ص 320.

⁴-ليندة لعامرة، دور مجلس الأمن في تنفيذ قواعد القانون الدولي الانساني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع تحولات الدولة، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 84.

موجهة للحكومات أو للأفراد و الجماعات الدولية المعنية بالفعل غير المشروع دوليا، إلا أنه لا يمكن أن نجذب السكان الاثار الجانبية لهذه الأخيرة، ففي حالة الجزاءات الانتقائية كحظر السفر أو التدابير المالية ضد الدولة أو الجماعات أو اثار بعيدة المدى اذا فرضت على مدى فترة زمنية طويلة، كما أنه في حالات فرض الجزاءات الدولية المستهدفة ضد كوريا الشمالية نظرا لسياستها و برنامجها النوويين، فان مجملها قد مست مبيعات الأسلحة و تجارتها، و رغم أن هذه العقوبات تعتبر مشروعة تماما حتى من حيث محلها لأن أصلا التجارة في الأسلحة من المفروض أن يعتبر تهديدا للأمن و السلم الدوليين لكل الدول، إلا أن السكان الكوريين الشماليين قد عانو لدرجة كبيرة من تأثر المعاملات الاقتصادية الكورية مع غيرها الدولية لأنها أساسا تقوم على تجارة الأسلحة.

اضافة الى ذلك فان اقتصار الجزاءات الدولية الذكية على حكومات الدول المنتهكة لأحكام القانون الدولي أو أفراد أو جماعات منها لا يعفي السكان الأبرياء من المسائلة حتى و ان كانت مسائلة دولية معنوية، حيث في غالب الأحيان تحرم الشركات الخاصة و الأيادي العاملة و المهاجرة من فرص العمل باعتبارهم يتقنون الى دولة مستهدفة بالجزاءات الدولية الذكية.

ان الاستراتيجيات التي يبني عليها الاستهداف تكون في غالب الأحيان غير مدروسة و عشوائية، مما ينجم عنه آثار سلبية على عموم السكان، فمثلا نجد أن الجزاءات الدولية المفروضة على بورما أثرت سلبا على صناعة الملابس و أدت الى فقدان أكثر من 80000 ألف عامل لمناصب عملهم، و بالتالي تأثرت العديد من الشركات الصغيرة و المتوسطة الحجم و القوى العاملة من النساء في المقام الأول.¹

اضافة الى ذلك فلا يزال البعض ينادون بضرورة الأخذ بالجزاءات الدولية الشاملة، حيث في نظرهم فان الجزاءات الدولية الذكية المستهدفة كافية اذا كان الهدف الأسلمي للمجتمع

¹ -Helene FLAUTRE , Rapport sur l'évaluation des sanctions communautaires prévues dans le cadre des actions et politique de l'UE dans le domaine des droits de l'homme (2008/2031 -INI-), Parlement Européen ,Commission des affaires étrangères ,A6-0309/2008 , 15 .7.2008 , 2008,p 15 .

الدولي خفض مستوى العنف في نزاع مسلح، و لكن عندما تستخدم الجزاءات للضغط لتغيير سلوك الدولة قد يكون من الضروري أن تكون الجزاءات أكثر شمولاً. و الآثار السياسية كانت أهم كما أكد فريق رابطة الدراسات الدولية عام 2010م.¹

من جانب آخر فيشهد الواقع الدولي عدة أمثلة ثبت من خلالها وجود آثار انسانية سلبية على السكان عموماً في الدول المستهدفة أكثر منها للنظام المستهدف، و هذا ما بينته الحالة الزيمبابوية حين استهداف أفراد محددين في الحكومة و الحزب الحاكم " الاتحاد الوطني الافريقي الزيمبابوي- الجبهة الوطنية" نتيجة العنف السياسي و انتهاكات حقوق الانسان و انتهاك حقوق الملكية و عدم احترام سيادة القانون، و التي اشتملت على تدابير حظر للسفر و تجميد الأموال، الا أن هذه الجزاءات قد تسببت في تكاليف اقتصادية سلبية على كل من الاقتصاد و السكان.²

خاتمة:

نظراً لرغبة المجتمع الدولي بحل النزاعات الدولية و محاولة اجبار أفراده على عدم انتهاك أحكام القانون الدولي، فقد أقر نظام الجزاءات الدولية بدل حل اللجوء الى الحلول العسكرية الدائمة، حيث أثبت الواقع الدولي أن آثار استخدام الجزاءات الدولية الشاملة السلبية و الضارة و اللاإنسانية أكثر بكثير من لآثارها الايجابية، و أن منطلق العقاب من أجل الحد من الانتهاكات الدولية لم يحسب حسباً القيمة الانسانية التي في مواجهته، و نظراً لسلبات الجزاءات الدولية الشاملة و التي لم تعمل على احترام مبدأ شخصية العقاب حين توقيعها، فقد ظهرت جزاءات دولية حديثة سميت بالجزاءات الدولية المستهدفة أو الذكية، حيث حاول من خلالها المجتمع الدولي تقليص الآثار السلبية التي يمكن أن تنجم عن سابقتها التقليدية الشاملة. و رغم تقلص الآثار السلبية الماسة بالسكان المدنيين حين تطبيق الجزاءات الدولية الذكية، الا أن ذلك لم يقضي نهائياً عليها، و قد أثبت الواقع أنها لم تحقق الهدف الذي طبقت من أجله ألا و هو احترام حقوق الانسان، و قد كانت الشعوب الضحية الأولى لهذه الجزاءات

¹- قردوح رضا، المرجع السابق، ص 275.

²- المرجع نفسه، ص 277.

سواء على مستوى الحقوق الفردية أو الجماعية.

إضافة الى ذلك فان توقيع و استخدام الجزاءات الدولية الذكية لم يمنع من استخدام الجزاءات الشاملة التقليدية في آن واحد و الأمثلة كثيرة كالعراق و سرويا و كوريا الشمالية، الا أنه من المؤكد أن الجزاءات الدولية بنوعها الشاملة و الذكية تخضع لمنطق الكيل بمكيالين، خاصة لكونها خاضعة الى التصويت من طرف مجلس الأمن هذا الأخير الذي تخضع فيه القرارات الى حق الفيتو. و بالتالي لا يمكن تصور بأي شكل من الأشكال اصدار قرار بمعاقبة أحد أعضاء مجلس الأمن أو حلفاءه.

و رغم هذه الحقيقة المؤكدة فعليا الا أن ذلك لا يؤدي بالقول بالتخلي عن استخدام الجزاءات الدولية عموما و الذكية منها خصوصا، حيث يجب ان تظل هذه الأخيرة كأداة قسرية لردع الدول و اشخاص المجتمع الدولي عن ارتكاب الانتهاكات الجسيمة لأحكام القانون الدولي. لكن حتى تحقق هذه الجزاءات الدولية الذكية الغرض المرجو منها نوصي بما يلي:

1 يجب على المجتمع الدولي ككل أن يؤكد على أن منظمة الأمم المتحدة هي الجهاز الدولي الوحيد القادر على فرض الجزاءات الدولية دون غيرها.

2 ضرورة احترام مبدأ شخصية الجزاءات الدولية سواء كانت تقليدية شاملة أو مستهدفة ذكية، و احترام حقوق الانسان و حرياته الأساسية.

3 أن تكون الجزاءات الدولية وسيلة لتحقيق غاية و ليس أن تكون هي الغاية بحد ذاتها.

4- دراسة واقعية و حقيقية للآثار الناجمة في حالة توقيع الجزاءات الدولية الذكية، وذلك من أجل العمل و التعاون الدولي على اقتصار هذه الآثار على المسؤولين عن الانتهاك الدولي دون وصولها الى السكان المدنيين الأبرياء .

5- العمل على عدم المساس بالقطاعات الاقتصادية الممولة للقدرة الشرائية للمواطنين العاديين ، و عدم المساس بحقوق الانسان مهما كلف الأمر.

6- التوقف عن تنفيذ الجزاءات الدولية الموقعة بمجرد تراجع الدولة و مسؤوليها عن فعلهم المخالف لأحكام القانون الدولي.

7- إعادة النظر في حق الفيتو الأممي لأنه أصبح أداة تستعملها الدول الخمس الحائزة عليه لمعاقبة الدول التي لا تتماشى مع استراتيجياتها.

قائمة المراجع:

المراجع باللغة العربية:

الكتب:

- 1- السيد ابو عيطة، الجزاءات الدولية بين النظرية و التطبيق، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، 2000.
- 2- يليا أي خليل رودريك، العقوبات الاقتصادية الدولية في القانون الدولي بين الفعالية و حقوق الانسان، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
- 3- سكاكي باية، العدالة الجنائية الدولية، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2004.
- 4- عبد العزيز العشاوي، أبحاث في القانون الدولي الجنائي، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار هومه، الجزائر، 2010.
- 5- عبد الغني محمود، القانون الدولي الانساني، دراسة مقارنة بالشرعية الاسلامية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995.
- 6- علي جميل حرب، نظام الجزاء الدولي، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.
- 7- مصطفى أحمد أبو الخير، أزمت السودان الداخلية و القانون الدولي المعاصر، الطبعة الأولى، ايتراك للنشر و التوزيع، القاهرة، 2006.
- 8- قردوح رضا، العقوبات الذكية على محك حقوق الانسان، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2014.
- 8- هويدا عبد المنعم، العقوبات الدولية و أثرها على حقوق الانسان، مهيّب للطباعة، القاهرة، 2006.

المقالات:

1- آنا سيغال، العقوبات الاقتصادية القيود القانونية و السياسية، المجلة الدولية للصليب

دور مبدأ شخصية الجزاءات الدولية في حماية حقوق الانسان

الأمر، العدد 836، اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، 1999/12/31 ، www.icrc.org ، تاريخ التصفح 2017/10/22 ، ساعة التصفح : 16:35.

² أيمن السيد شبانة ، الحصار الدولي لنظام موجابي في زيمبابوي، مجلة السياسة الدولية ، السنة 40، العدد 156، أبريل 2004.

³ سخانن صبري سيد الليثي ، العقوبات الدولية و أثرها على حقوق الانسان المدنية و السياسية ، مجلة الفكر ، العدد 12، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2013.

4- كورترايت ديفيد، العقوبات الذكية : اعادة هيكلة سياسة الأمم المتحدة في العراق، مجلة المستقبل العربي، العدد 268، 2001.

المذكرات و رسائل التخرج:

1- سولاف سليم، الجزاءات الدولية غير العسكرية، مذكرة ماجستير ، تخصص القانون الدولي

الجنائي، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب ، البليدة، الجزائر، 2006.

² - غزيل عائشة ، فعالية نظام العقوبات الدولية في مجال اقرار السلم و الامن الدوليين ، مذكرة

لنيل شهادة ماجستير في الحقوق ، تخصص قانون دولي ، قسم الحقوق ، كلية الحقوق و العلوم

السياسية ، جامعة ابن خلدون ، تيارت ، 2011-2012.

³ - ليندة لعامرة، دور مجلس الأمن في تنفيذ قواعد القانون الدولي الانساني، مذكرة لنيل

شهادة الماجستير في القانون ، فرع تحولات الدولة، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري، تيزي

وزو، 2012.

⁴ - محمد ناصر بوغزالة، الجزاءات الدولية بين نصوص الميثاق و الممارسة الفعلية، مذكرة دكتوراه

في القانون، قسم القانون العام ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 بجدة بن يوسف، الجزائر،

2014-2015.

التقارير:

1- العقوبات الاقتصادية على العراق: المترتبات الانسانية و احتمالات المستقبل، تقرير الخمسة

خبراء دوليين ، اصدارات اللجنة العربية لحقوق الانسان، باريس ، أكتوبر 2002.

المراجع باللغة الأجنبية:

¹-Azadeh kian THIEBAUT, LIRAN entre sanctions destructions et négociations ,Revue internationale et stratégique, Edition DALLOZ – IRIS , Paris , 2008.

2 - Liva Tehindrazanarivelo DJACOBA , Les sanctions des Nations Unies et leurs effets secondaires , Assistance aux victimes et voies juridiques de prévention ,Presses universitaires de France , paris , 1^{er} Edition ,2005.

3-Gagne KRISHNA , Une analyse de la sanction économique en droit international ,Université de MONTREAL , Avril , 2005 .

4-Helene FLAUTRE , Rapport sur l'évaluation des sanctions communautaires prévues dans le cadre des actions et politique de l'UE dans le domaine des droits de l'homme (2008/2031 -INI-), Parlement Européen ,Commission des affaires étrangères ,A6-0309/2008 , 15 .7.2008 , 2008,p 15

5-MANGIN M René , Les sanctions internationales ,rapport d'information N3203 ,Assemblée National ,27 juin 2001 ,
www .Assemblée –national.fr

رهن الطائرة، تأمين عيني لدعم الائتمان في نطاق تمويل مشاريع النقل الجوي

وليد بن علي
طالب دكتوراه علوم
كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01

تاريخ الإرسال: 2018-02-20
تاريخ القبول: 2018-06-13
تاريخ النشر: 2018-08-03

ملخص:

لقد ساهم التطور التقني الحاصل في صناعة الطائرات إلى ارتفاع قيمتها الاقتصادية تفوق في أغلب الأحوال قيمة العقارات من جهة، و تعزيز التبادل التجاري بين الدول من جهة أخرى. فكان أمام هذا النشاط الحيوي أن لجأت تشريعات الدول ومن قبلها الاتفاقيات الدولية إلى التفكير في استحداث صيغ قانونية ائتمانية لتسهيل تمويل شركات النقل الجوي التي ترغب في توسيع أسطولها الجوي عبر اقتناء مزيد من الطائرات، إما لغرض الاستبدال أو لغرض الزيادة من أجل فتح خطوط نقل جديدة.

وقد انتهى الأمر إلى إقرار رهن غير حيازي على الطائرة باعتبارها أكثر المنقولات موافقة وملائمة لهذا النوع الجديد من الرهن.

الكلمات المفتاحية: رهن غير حيازي - المنقولات - الطائرة - الاستغلال التجاري - الائتمان .

Résumé.

Le développement technique se déroulant dans l'industrie aéronautique a contribué à la forte valeur économique dépassé dans la plupart des cas, la valeur des biens immobiliers d'une part, et la promotion des échanges commerciaux entre les pays de l'autre.

Il était en face de cette activité vitale qui ont eu recours à la législation des Etats et accepté par les conventions internationales à envisager l'introduction de formules juridiques de crédit pour faciliter le financement des entreprises de transport aérien qui souhaitent étendre sa flotte par l'acquisition de plusieurs appareils, que ce soit dans le but de remplacer ou dans le but de l'augmentation afin d'ouvrir de nouvelles lignes de transmission.

رهن الطائرة، تأمين عيني لدعم الائتمان في نطاق تمويل مشاريع النقل الجوي

Il a fini par un engagement sans dépossession sur l'avion comme transfert le plus approuvé et approprié de ce nouveau type de forclusion.

Mots clés : Gage sans dépossession – Meubles – Aéronef – Exploitation commerciales - Crédit

مقدمة:

لا يختلف اثنان على أن الطائرة منقول بطبيعته مثلها مثل السفينة، بل إنها أكثر المنقولات قدرة على الحركة و الانتقال من مكان إلى الأخر، وهي في انتقالها هذا قد تتجاوز حدود إقليم واحد إذا كانت مخصصة للنقل الدولي وإذا كان الأمر كذلك فإنها سوف تمر على أكثر من نظام قانوني¹.

وقد عرف المشرع الطائرة بموجب المادة 02 من القانون رقم 06-98 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني على أنها "كل آلة تستطيع الارتفاع والتاسك والانتقال في الجو بفضل تفاعلات هوائية من غير التفاعلات الهوائية على سطح الأرض". ومع ذلك فقد أجمع غالبية الفقه على إعطاء تعريف أنسب للطائرة على أنها "الآلة التي تستطيع نقل الأشخاص والأموال عبر الجو"².

ودافع الدراسة هو معرفة طبيعة رهن الطائرة المشار إليه في المادة 32 من قانون 06-98 وكذا الغاية من تنظيمه، وسوف نتطرق إلى تبيان الطبيعة الخاصة لمنقول الطائرة كعامل أساسي لاستبعاد تطبيق أحكام الرهن الحيازي عليها (المبحث الأول) من أجل تأكيد إمكانية تنظيم أحكام خاصة برهن الطائرة الذي لا تتعارض والغرض الذي أعدت من أجله (المبحث الثاني).

المبحث الأول : خروج الطائرة عن نطاق تطبيق أحكام الرهن الحيازي.

سوف تقتصر دراستنا في هذا المبحث على محاولة الكشف عن الطبيعة القانونية للطائرة (المطلب الأول) من خلال تحديد العناصر المكونة لها وإبراز خصوصيات هذا المنقول

¹ سمير عبد السيد تناغو، التأمينات العينية على الطائرات حسب اتفاقية جنيف (1948) مقال بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، يوليو 1965 ص2.

² لم ينص المشرع على هذا المصطلح (المركبة الجوية) في القانون رقم 06-98 المؤرخ في 27 يونيو 1998 و المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني في جميع مواده إلا أنه أشار إليه في القانون التجاري وقاصدا بها لآلة منقول الطائرة، حيث نصت المادة 168 ق ت على ما يلي "لا تخضع لأحكام هذا الفصل: السيارات والبواخر و المركبات الجوية".

رهن الطائرة، تأمين عيني لدعم الائتمان في نطاق تمويل مشاريع النقل الجوي وفقاً لآراء الفقهاء، ليتيسر لنا معالجة الأسباب التي أدت إلى استبعاد نقل الحيازة في حالة ورود الرهن عليها (المطلب الثاني). ولم يعنى التشريع والفقهاء وحتى الاتفاقيات الدولية المنظمة للحقوق الواردة على الطائرة بهذا التحديد إلا من أجل غاية أوسع تضاهي النطاق الواسع للمجال الجوي الذي تنتقل فيه الطائرة وهو الغرض الأساسي الذي أعدت من أجله ألا وهو تنشيط الملاحة الجوية وتوسيعها عن طريق الاستغلال التجاري لهذه المنقولات، فكان أن برزت للوجود القانوني فكرة رهن الطائرة كتأمين عيني وكأداة لتحقيق ذات الغرض¹.

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للطائرة.

لا يمكن إنكار المحاولات التي قامت بها بعض التشريعات والفقهاء على حد سواء في تحديد الطبيعة القانونية لمنقول الطائرة، ولبين ذلك لا بد من تحديد العناصر المكونة لها (الفرع الأول) حتى يمكن تمييزها عن غيرها والكشف عن طبيعتها الخاصة (الفرع الثاني) من خلال النصوص القانونية المنظمة لذلك على مستوى التشريع الوطني أو على مستوى الاتفاقيات الدولية مدعمين ذلك بآراء الفقهاء في هذا المجال.

الفرع الأول: تحديد العناصر المكونة للطائرة.

وتحدد هذه العناصر بالوثائق التي تحصل عليها الطائرة منذ نشأتها وهي كالتالي:
أولاً/ شهادة الصلاحية: وتسمى أيضاً "قابلية للملاحة الجوية" وهي عبارة عن مستند يصدر من دولة التسجيل في سجل ترقيم الطيران من قبل خبراء مختصين يؤكدون فيه قابلية الطائرة للإقلاع والتحليق والاستخدام فيها مخصصة لأجله، فقد نصت المادة 67 من القانون 98-06 بداية على هذا الشرط بقولها "لا يمكن لأية طائرة أن تحلق أو تقلع أو تحط في محطة جوية وطنية إذا لم تكن تستوفي الشروط العامة لقابلية الملاحة والاستغلال المحدد عن طريق التنظيم".

ثم تلتها المادة 68 من نفس القانون لتتشرط بعدها هذه الشهادة حيث نصت على أنه "لا يمكن استخدام طائرة مقيمة في السجل الجزائري لترقيم الطيران في الطيران الجوي، إلا إذا كانت تتوفر على شهادة قابلية الملاحة أو رخصة مرور وطنية في حالة صلاحية، تحدد

¹ سمير عبد السيد تناغو، المقال السابق، ص 1.

رهن الطائرة، تأمين عيني لدعم الائتمان في نطاق تمويل مشاريع النقل الجوي

خصائص وشروط تسلم هذه الوثائق وتجديدها عن طريق التنظيم".

ثانيا/شهادة التسجيل: بعد حصول الطائرة على شهادة الصلاحية للملاحة الجوية تسجل في سجل الترخيم الخاص بها في كل دولة وقد نص المشرع على هذا السجل بموجب المادة 17 من قانون 06-98 السالف الذكر بقولها: "يؤسس لدى السلطة المكلفة بالطيران المدني سجل الترخيم يسمى (سجل ترقيم الطيران) وكذا المادة 18 من نفس القانون بقولها "ترقم كل طائرة على سجل الترخيم الطيران قبل شروعها في الملاحة الجوية، ويسلم مستخرج منه له قيمة وثيقة الملكية".

ثالثا/منح الجنسية للدولة المقيمة في سجلها: تكتسب الطائرة جنسية الدولة التي سجلت فيها وقد أقرت التشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية مبدأ منح الجنسية للطائرة.

فمن جانب التشريع الوطني نص المشرع على هذا المبدأ بموجب المادة 20 من قانون 06/98 الذي يتعلق بالقواعد العامة المطبقة على الطيران المدني بقولها "تمنح الجنسية الجزائرية لكل طائرة مقيمة في سجل ترقيم الطيران، وتلزم الطائرة المرقمة في هذه الحالة بحمل الإشارات البارزة لهذه الجنسية وفقا لما هو محدد عن طريق التنظيم"¹.

وقد اهتمت اتفاقية شيكاغو لسنة 1944 بتنظيم جنسية الطائرات وذلك بالنص على أن هذه الأخيرة تكسب جنسية الدولة التي تسجل فيها حسب القانون الداخلي لهذه الدولة²، وتلزم كل طائرة بان تحمل علامة جنسيتها³.

ولقد ثار خلاف بين الفقهاء حول طبيعة هذا المنقول القانونية، وهو ما سوف يتطرق إليه المطلب الموالي.

¹ تقابلها نص المادة 19 من قانون الطيران المدني الأردني بقولها "تتمتع كل طائرة يتم تسجيلها في السجل المنصوص عليها في المادة 18 من هذا القانون بالجنسية الأردنية وعليها أن تحمل علامات جنسيتها وتسجيلها"؛ وقد حدد المشرع الإشارات البارزة لجنسية الطائرة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 260-03 المؤرخ في 23 جادى الأول عام 1424 الموافق ل 23 يوليو سنة 2003 الذي يحدد شروط كفاءات قيد الطائرات في سجل ترقيم الطيران و الإشارات البارزة لجنسيتها من المواد 10 إلى غاية المادة 20 في الفصل الرابع منه.

² نصت على ذلك المادة 17 من اتفاقية شيكاغو لسنة 1944 بقولها: « Les aéronefs ont la nationalité de l'Etat dans lequel ils sont immatriculés »

³ نصت المادة 20 من نفس الاتفاقية على أن « Tout aéronef employé à la navigation aérienne internationale porte les marques de nationalité et d'immatriculation qui lui sont propres ».

رهن الطائرة، تأمين عيني لدعم الائتمان في نطاق تمويل مشاريع النقل الجوي

الفرع الثاني: الطائرة منقول ذو طبيعة خاصة.

تعددت الآراء حول تحديد طبيعة الطائرة من الناحية القانونية، فمنهم من اعتبرها:
أولا/وحدة قانونية واقتصادية: ويعزى هذا التوجه كون أنها منقول مركب من مجموعة عناصر أو أجزاء اتحدت فيما بينها ميكانيكيا لتكون شيئا واحدا أو جهاز مستقل عن عناصره المكونة له يستغل في نقل الأشخاص و البضائع من مكان إلى آخر عن طريق الجو ومن ناحية أخرى فهي تتمتع بالشخصية القانونية لخضوعها للتسجيل ومنحها جنسية الدولة المقيدة فيها مثلها مثل الأشخاص القانونيين الآخرين¹

ثانيا/منقول معين تعيينا ذاتيا: ومبرر ذلك أن كل طائرة لها من خصائصها الذاتية ما يسمح بتمييزها عن غيرها وعلى هذا فالطائرة من المنقولات القابلة للتعيين والتفريد، هذا الأخير أدى إلى إمكانية تسجيلها في سجل خاص² بل إن تسجيل الطائرات على هذا النحو ومنحها الجنسية يؤدي إلى إمكان شهر الحقوق العينية عليها من بيع أو رهن مثلها مثل السفن والعقارات ذلك أن هناك مكان واحد لكل منهم تسجل فيه التصرفات المرتبة عليها³.

ثالثا/ منقول ذو طبيعة خاصة (الرأي الراجح): تجدر بنا بعد جميع آراء الفقهاء مع نص المادة 29 من القانون 06-98 أن الطائرة منقول ذات طبيعة خاصة ذلك أنه من ناحية لا يصدق عليها وصف هذه الخصوصية إلا إذا خضعت للتسجيل الإداري لا للتعيين الذاتي وحده، فهذا الأخير هو الذي يسمح بإمكانية تسجيلها ومن ثم إمكانية إفرادها بتنظيم خاص في ملكيتها وترتيب الحقوق العينية الأخرى عليها على سجلاتها.

ومن ناحية ثانية فقد فصل المشرع بموجب المادة 29 السالفة الذكر في خصوصية أو

¹ مثلها مثل السفينة التي لها اسم وموطن وجنسية وشهادات تسجيل وبيانات الحمولات و الدرجة والطراز وبهذه الصفات فهي تشارك معها ومع الأشخاص الطبيعية.

² سمير عبد السيد تناغو، نفس المقال، نفس الصفحة.

³ علي محمد البارودي ، حول المنقولات ذات الطبيعة الخاصة ، مقال بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، العددان الثالث والرابع السنة العاشرة 1960-1961 ، مطبعة جامعة الإسكندرية 1962، ص112؛ وقد أشار الباحث فرج سيد سليمان احمد في رسالته للدكتوراه بعنوان رهن الطائرة (دراسة مقارنة ودولية) إلى هذا الخلاف بين الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية للطائرة ، ص130 إلى غاية 139؛ كما سار على هذا النحو الباحث راتب جبريل الجنيدي في رسالته للدكتوراه بعنوان، الاتجاهات الحديثة لرهن المنقول في القوانين التجارية 1980، ص460 و463.

_____ رهن الطائرة، تأمين عيني لدعم الائتمان في نطاق تمويل مشاريع النقل الجوي الوصف الخاص لهذا المنقول في إنشاء الحقوق العينية عليها أو نقلها عن طريق القيد والشهر كبدل عن الحياة التي تعد سند الملكية في المنقولات العادية¹ وقبلها المادة 25 من نفس القانون والتي نصت على قيد جميع التصرفات التي تغير في المركز القانوني للطائرة بقولها "تقيد في سجل ترقيم الطيران وتذكر في شهادة التقييم العمليات الآتية: تحويل الملكية، عقد تأسيسي للرهن، محضر الحجز، تأجير طائرة لمدة تفوق سنة، تغيير خصائص الطائرة، شطب الرهن، أو محضر الحجز أو عقد التأجير، شطب طائرة من سجل التقييم".

المطلب الثاني: أسباب استبعاد نقل الحياة في الرهن.

ويتركز هذا المطلب في إبراز مشاكل التمويل في نطاق الملاحة الجوية واعتراف الاتفاقيات الدولية العاملة في هذا المجال بفعالية تقديم الطائرة كضمان مع بقاء استغلالها تجاريا (الفرع الأول)، مع الإشارة إلى أن انتقال الطائرة من دولة إلى أخرى أثر في صياغة تشريعات التأمينات العينية الواردة عليها وإعادة تكييفها بما يتلاءم والغرض الذي أعدت له (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الاستغلال التجاري وعلاقته بالائتمان.

لقد كان ارتباط حركة النقل الجوي وتطوره وعدد الطائرات سواء لنقل الأشخاص أو لنقل البضائع، وقد ظهرت مشكلة التمويل بشكل ملح إثر التطورات المتسارعة في صناعة الطائرات وخاصة الطائرات ذات التكاليف الباهظة²، وكانت مشاكل مشروعات شركات الطيران تكمن في عدم القدرة على زيادة خطوط الملاحة الجوية بزيادة شراء طائرات جدد³ عن طريق الاعتماد بمفردها على رؤوس أموالها، فكان لا بد لها من اللجوء إلى المصارف المالية وبنوك الائتمان بغرض الحصول على التمويل اللازم للشراء أو على جزء منه، في مقابل ذلك كانت البنوك المالية لا تمنح قروضا دون اقتضاء ضمانات حقيقية من شركات النقل الجوي، وهذه الضمانات كانت ترد لا محالة على الطائرات ذاتها، فقد أجمع الفقه على أن أهم سبيل في تيسير

¹ فرج سيد سليمان أحمد، الرسالة السابقة، ص 139.

² إن إدخال التقنية والتكنولوجيا على الطائرات الحديثة أدى إلى ارتفاع أثمانها بشكل باهض.

³ حيث ذكر جانب من الفقه أن شركات الملاحة الأمريكية تحتاج فيما بين 1961 و 1970 إلى تمويل قيمته 6,4 بليون دولار، منه 4,3 بليون لدفع ثمن الطائرات الفائتة مع الإشارة إلى أن ثمن الطائرة الواحدة من نوع هو 20 مليون دولار تقريبا، سمير عبد السيد تناغو، المقال السابق، ص 1 نقلا عن:

رهن الطائرة، تأمين عيني لدعم الائتمان في نطاق تمويل مشاريع النقل الجوي

حصول شركات الطيران على هذا الائتمان هو رهن الطائرات للمقرضين (البنوك و مؤسسات القرض) ضمانا لما يمنحونه من قروض لتلك الشركات والمؤسسات¹.

إن اتفاقية جنيف لسنة 1948 كانت اللبنة والأساس القانوني الأول في الاعتراف بالحقوق الواردة على الطائرة في كل دولة تنتقل إليها، فكان كل صاحب حق عيني على الطائرة يمكنه الاحتجاج به في كل دولة وقعت على الاتفاقية إذا اصطدم حقه بقواعد موضوعية أو قواعد إسناد في قانون الدولة المتواجدة فيها الطائرة، وخلص البعض بحق أن الحقوق على الطائرات لا فائدة من الاعتراف بها إلا إذا تم هذا في المجال الدولي وليس فقط حسب قانون الدولة التي نشأ فيها الحق، ذلك أن الطائرة أنشأت خصيصا للانتقال من دولة إلى دولة أخرى².

إن هذه الاتفاقية المبرمة في جنيف 1948 قد اكتفت بتعداد الحقوق المعترف بها دوليا وسمحت في مقابل ذلك للدول بالاعتراف بحقوق أخرى على طائراتها تأتي في المرتبة بعد الحقوق المنصوص عليها في الاتفاقية، أما تنظيم هذه الحقوق العينية من الناحية الموضوعية الإجرائية فقد أحالت بشأنها الاتفاقية إلى قانونية جنسية الطائرة³.

¹ عبد الفضيل محمد احمد، القانون الجوي الخاص، دار الفكر و القانون، المنصورة، طبعة 2012، ص 112.

² سمير عبد السيد تناغو، المقال السابق، ص 03.

³ تنص المادة الأولى من الاتفاقية على ما يلي "الدول المتعاقدة تلتزم بالاعتراف بحق الملكية على الطائرة، حق حائز الطائرة في أن يكتسب ملكيتها بطريق الشراء، حق استعمال الطائرة تنفيذًا لعقد إيجار مدته 6 أشهر على الأقل، الرهن وكل حق آخر مشابه على طائرة ينشأ اتفاقًا ضمانًا للوفاء بدين بشرط أن تكون هذه الحقوق:

أ- قد نشأت طبقا لقانون الدولة المتعاقدة التي كانت الطائرة مسجلة فيها وقت نشأتها.

ب- أن تكون قد قيدت في السجل العام للدولة التي سجلت فيها الطائرة، وصحة القيود المتتابعة التي تتم في أكثر من دولة متعاقدة تتحدد حسب قانون الدولة المتعاقدة التي تكون الطائرة مسجلة فيها وقت اتخاذ كل قيد.

ج- ولا يمنع أي نص من هذه الاتفاقية الدول المتعاقدة من الاعتراف طبقا لقانونهم الوطني بحقوق أخرى تنقل الطائرة، ومع ذلك لا يجوز اعتراف الدول المتعاقدة بأي حق مفضل على الحقوق المذكورة في الفقرة الأولى من هذه المادة.

وذكر بعض الفقه أن الهدف من إبرام هذه الاتفاقية كان بالدرجة الأولى والأخيرة حماية حقوق الدائنين المرتبين حيثما توجد الطائرة المرهونة في بلد أجنبي، أما في داخل إقليم الدولة التابعة لها الطائرة فإن القانون الوطني يتكامل لحمايتهم، وذلك أن هذه المعاهدة المبرمة سنة 1948 لم تنص على وسيلة لشهر الحقوق العينية المترتبة على الطائرات بل أحالت ذلك إلى قانون دولة التسجيل الذي يجب أن ينص في قوانينه على إلزامية شهر هذه الحقوق كي يمكن لها الدفاع عن هذه الحقوق وحمايتها.

_____ رهن الطائرة، تأمين عيني لدعم الائتمان في نطاق تمويل مشاريع النقل الجوي إن نقل شركات الطيران حيازة طائرتها إلى دائئتها من اجل الحصول على التمويل هو في حد ذاته معرفة لهذا التمويل، ذلك أن هذا الانتقال يحرم المدين الراهن من استغلالها فيما أعدت له وبالتالي عدم إمكانية أو عدم القدرة على تسديد الدين المضمون بها، وفي مقابل ذلك فان حيازة الدائن المرتهن لها وهو عادة احد البنوك لا يملك الأجهزة والأدوات الفنية والإدارية التي تمكنه من تشغيل الطائرة أو استغلالها و الحصول على دينه، فكانت النتيجة أن تعطل الطائرة تجاريا وهو ما يؤدي إلى الإضرار بكلي الطرفين.

فإيرادات هذه الطائرة هي التي تتولى عن المدين الراهن سداد الدين وهو الغرض الذي أسسه من اجله هذا الرهن¹.

الفرع الثاني: الطابع الدولي للطائرات وأثره على تشريعات الرهن المقارنة.

لما كانت الطائرات معدة أساسا للانتقال لمسافات طويلة تتجاوز الحدود الجغرافية للدولة المسجلة فيها، فانه ليس من الغريب حسب الفقه² أن تسبق الاتفاقيات الجوية الدولية التشريعات الداخلية لكثير من الدول بل إن الأولى فرضت نفسها على الثانية وباتت مصدرا لها في كثير من النصوص المنظمة لها، ذلك انه يستحيل أن تنفرد دولة معينة بإصدار قانون جوي خاص بها دون أن يكون ذلك مرتبطا بالاتفاقيات الدولية المنظمة للطيران المدني الدولي، وهو ما فسح المجال للاهتمام بتوحيد قواعد القانون الجوي في مختلف دول العالم، إن هناك تأكيد متزايد على أن يشمل هذا التوحيد الهيئات و المنظمات التي تتولى تفسير هذه القواعد و النصوص³.

سهام عبد الرزاق مجلي السعدي، فكرة رهن المنقول دون حيازة والحماية القانونية له رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة بغداد 2000، ص 100 و 101، نقلا عن محمد فريد العريفي، القانون الجوي (1987/1986)، دار المطبوعات الجامعية، ص 26 إلى غاية 33.

¹ وقد قيل بحق أن فكرة رهن المنقول دون نقل الحيازة ظهرت نزولا عن طلبات التجار والصناع والزراع والحرفيين في بقاء حيازة منقولاتهم لأنها من مستلزمات نشاطهم وهذا ما أدى إلى أن يشترط بعض الفقه انه لا يكفي أن تكون هذه المنقولات معينة تعيينا ذاتيا بحجة إمكانية تسجيلها ومن ثم شهرها بدلا من فرض انتقال الحيازة، بإضافة على ذلك استلزام أن يكون هذا المنقول منتجا، وارتباط المنقول بالإنتاج يكفل علانية استعماله وهو ما يسير للدائن المرتهن مراقبته؛ فرج سيد سليمان أحمد، نفس الرسالة، ص 87 و 89.

² فرج سيد سليمان أحمد، نفس الرسالة، ص 129.

³ بداية من غير المنصور أن يوجد قانون تلتزم الدولة بتطبيقه بموجب اتفاقية دولية على طائرات الدولة الأجنبية وأخر تطبقه على طائراتها الوطنية، وهذا ما أدى إلى اقتراح تشكيل منظمات عليا فيدرالية تفسر مثل هذه الاتفاقيات.

رهن الطائرة، تأمين عيني لدعم الائتمان في نطاق تمويل مشاريع النقل الجوي

ولما كانت هذه الصفة تخص الطائرة عن غيرها من المنقولات الأخرى فإن ذلك أدى في البداية إلى عدم استقرار في القواعد القانونية التي تحكمها نتيجة انتقالها في أزمته متقاربة من نظام قانوني لدولة معينة إلى نظام قانوني لدولة أخرى، وعلى هذا الأساس تمكنت التشريعات بما فيها الاتفاقيات الدولية المبرمة في هذا المجال على العمل للاعتراف بالمكان الذي تم تسجيل الطائرة فيه وبالجنسية التي اكتسبتها هذه الطائرات في دولتها بما يفيد احترام سيادة القانون الوطني الذي تم تسجيلها بمقتضاه، فكل تصرف قانوني يرد على الطائرة يجب أن يخضع في جميع مراحلها لقانون جنسية الدولة الذي ابرم فيها التصرف أو قانون دولة تسجيلها وقد كان المشرع ج أن نص على حضر تعدد تسجيل الطائرة بموجب المادة 23 من قانون 98-06 بقولها "لا يمكن قيد طائرة مرقمة في الخارج في السجل الجزائري إلا بعد شطبها من سجل الترخيم في الدولة الأجنبية" وهو نفس الحكم في المادة 24 التي تليها حيث نصت على انه "لا يكون قيد طائرة في سجل ترقيم أجنبي مرقمة سابقا في الجزائر ذا مفعول في التراب الوطني إلا بعد شطبها مسبقا من سجل الترخيم الجزائري" كما أن اتفاقية شيكاغو للطيران المدني الدولي الموقعة سنة 1944¹ واتفاقية جنيف الخاصة بالاعتراف بالحقوق العينية على الطائرات الموقعة بجنيف 1948 قد ألزمتنا في بنودها أن تحمل كل طائرة وثائق تتضمن مستندات تسجيلها وشهادة صلاحيتها بما في ذلك التأمينات العينية المقررة عليها، وهو ما يعني إعلام الغير الذي يريد أن يتعامل في ملكية هذه الطائرة أنها مثقلة بحقوق عينية لأصحابها .

المبحث الثاني: نحو تنظيم أحكام خاصة برهن الطائرة.

يبدو أن المشرع من خلال نص المادة 32 من القانون 98-06 الذي أشار فقط إلى جواز رهن الطائرة دون الخوض في تفاصيل ذلك، كان ملمحا إلى ترتيب أحكام الرهن الرسمي عليها المنظم في نصوص القانون المدني، فقد جاء قانون 98-06 المتعلق بالقواعد المطبقة على الطيران المدني خاليا من كل أحكام خاصة برهن الطائرة.²

¹ نصت المادة 18 من اتفاقية شيكاغو سنة 1944 على ما يلي "لا يجوز تسجيل الطائرة تسجيلا صحيحا في أكثر من دولة واحدة".
² أشار المشرع إلى جواز هذا الرهن الواقع على الطائرات في القسم الثاني تحت عنوان حجز الطائرات ورهنها وامتيازاتها من القانون 98-06 ج.ر العدد 48 لسنة 35 الصادرة يوم الاحد 4 ربيع الأول عام 1419 الموافق ل 28 يونيو سنة 1998، وهو نفس الشيء بالنسبة لقوانين بعض التشريعات العربية ومنها قانون الطيران المدني العراقي رقم 148 لسنة 1974 فقد خلا هو الآخر من النص

رهن الطائرة، تأمين عيني لدعم الائتمان في نطاق تمويل مشاريع النقل الجوي وبالتالي يترتب على ذلك أن يكون موضوع رهن الطائرة خاضعا للرهن الرسمي في القانون المدني مادام محل الرهن تشبه أحكامه التصرفات الواردة عليه أحكام العقار، فيعتبر من القواعد العامة كلما خلا قانون 98-06 من حكم خاص ولبيان تفصيل ذلك نتناول في دراستنا لرهن الطائرة كيفية إبرام هذا العقد (المطلب الأول) ثم الآثار المترتبة عن انعقاده صحيحا و انقضاء (المطلب الثاني) وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: الأحكام الخاصة بإنشاء الرهن.

لما لم ينظم المشرع الرهن الوارد على الطائرة في تنظيم قانون خاص إلا استثناء ما أشار إليه جوازها بموجب المادة 32 من القانون 98-06 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني المشار إليها سابقا مبنيًا على إلزامية قيد هذا الرهن، فهذا يعني ما لا يدع مجالاً للشك أن يتم انعقاد هذا الرهن في الشكل الرسمي مثله مثل العقار أو السفينة.

ورهن الطائرة يعقد مثله مثل رهن السفينة أو الرهن الرسمي الوارد على العقار يستلزم عند إنشاء صحيحا توافر شروط موضوعية وأخرى شكلية وسنعالج هذه الشروط كالتالي:

الفرع الأول: الشروط الموضوعية

سنكتفي هنا بعرض الأحكام الخاصة التي يتميز بها رهن الطائرة سواء تعلق الأمر بالمدين الراهن أو الدين المضمون بالرهن أو محل الرهن:

أولا: طرفا العقد.

لما كانا طرفا عقد الرهن هما المدين الراهن والدائن المرتهن كأصل عام، وقد يكون شخص آخر غير المدين يكفل دينه وهو الكفيل العيني في أحوال خاصة، فإنه طبقا للقواعد العامة يجب أن يكون المدين الراهن أو مالكا للطائرة المرهونة وأهلا للتصرف فيها طبقا لنص المادة

على تنظيم التأمينات العينية على الطائرات وأشار فقط في المادة 40 من هذا القانون على أن " الطائرة مال منقول فيما يتعلق بتطبيق القوانين والقواعد والأظمة النافذة في الدولة ومع ذلك فإن نقل ملكية الطائرة يجب أن يتم بموجب سند رسمي ولا يكون له أي آخر اتجاه الغير إلا بعد قيده في السجل الخاص بذلك؛ " ولذلك فقد اقترحت الباحثة سهام عبد الرزاق مجلي السعيد في رسالتها للدكتوراه تعديل نص هذه المادة لأنها لا تتسجم مع الهدف والغاية من رهن الطائرة ويكون النص على النحو التالي "مع عدم الإخلاء بالأحكام الواردة في هذا القانون تعتبر الطائرة مالا منقولا ومع ذلك فإن التصرفات والوقائع التي تترتب على إنشاء أو نقل أو انقضاء حق الملكية أو الحقوق العينية الأخرى على الطائرة لا تكون حجة على الغير، إلا إذا أشرت بطريق التسجيل أو القيد بحسب الأحوال في السجلات المشار إليها في هذا القانون "، ص 102 من الرسالة.

_____ رهن الطائرة، تأمين عيني لدعم الائتمان في نطاق تمويل مشاريع النقل الجوي

884 ق م ج بقولها: "يجوز أن يكون الرهن هو المدين نفسه أو شخصا آخر يقدم رهنا لمصلحة المدين وفي كلتا الحالتين يجب أن يكون الرهن مالكا للعقار المرهون وأهلا للتصرف فيه".

وإذا كانت الطائرة في طور الإنشاء فيجب أن يصدر الرهن عن المالك سواء كان هو الصانع أو طالب البناء أو التصنيع.¹

إن نشاط النقل الجوي في غالبية الدول تقوم عليه شركات طيران متخصصة، شخص المدين هنا هو غالبا شركة تقوم بالنقل الجوي تملك أسطولا من الطائرات ومساحات شاسعة من العقارات ومخازن هائلة من قطع الغيار والمعدات.²

ثانيا: الدين المضمون.

لم ينص المشرع في قانون الطيران المدني 98-06 على طبيعة الدين المضمون بالرهن أو على أوصافه وعليه سيستلزم علينا الرجوع إلى القواعد العامة المطبقة في هذا الشأن حيث نصت المادة 891 ق م على ما يلي "يجوز أن يترتب الرهن ضمنا لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتملي كما يجوز أن يترتب ضمنا لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين".

ثالثا: محل الرهن.

لما كان محل الرهن الجوي هو الطائرة وما يدخل في نطاقها، فإن ذلك يشمل أيضا سائر أجزاءها من محركات ومراوح وغيرها كما يمكن أن يشمل الرهن قطع الغيار الموجودة في مخازن المدين المعدة لإلحاقها بطائرة مرهونة أو غير مرهونة وفي بعض القوانين الأجنبية يمكن رهن الأسطول الجوي بأكمله كما يمكن رهن الحصة الشائعة قياسيا على المنقولات الماثلة لها كالسفن البحرية وقبل كل ذلك يجوز رهن الطائرة وهي قيد الإنشاء أو في دور التصنيع.

الفرع الثاني: الشروط الشكلية.

إذا كان المشرع في القانون البحري قد نص صراحة على وجوب افراغ عقد الرهن البحري أو عقد رهن السفينة في شكل رسمي بموجب المادة 57/1 من ق ب ج السالف

¹ عبد الفضيل محمد احمد، القانون الجوي الخاص، دار الفكر والقانون، المنصورة، طبعة 2012، ص 114.

² فرج سيد سليمان أحمد، الرسالة السابقة، ص 203.

رهن الطائرة، تأمين عيني لدعم الائتمان في نطاق تمويل مشاريع النقل الجوي

الإشارة إليها فإنه اغفل هذا الوجوب صراحة في القانون 98-06 المنظم للقواعد المتعلقة بالطيران المدني، واكتفى بالإشارة فقط إلى وجوب قيد رهن الطائرة كشكلية غير مباشرة دون الشكلية الرسمية وهي الكتابة في سند رسمي¹ حيث جاءت المادة 32/ف2 من هذا القانون على النص التالي "يقيد الرهن في سجل ترقيم الطيران ولا يكون ذا مفعول إزاء الغير إلا بعد قيده..."، والتساؤل الذي يثار في هذه النقطة هو رهن الطائرة وفقا للتشريع الساري المفعول هو عقد شكلي أم هو عقد رضائي بمعنى إغفال المشرع لإلزام الشكلية الرسمية في هذا العقد، هل يؤدي بنا الأمر أحكام رهن المنقول أو أحكام رهن العقار باعتبار أن العقار و الطائرة يخضعان لنفس إجراءات التسجيل؟ وتحمل الشكلية شرطين أساسيين:

أولا/ الكتابة: لقد ذهب جانب من الفقه² إلى أن رهن الطائرة يخضع لأحكام رهن المنقول متحججا في ذلك على غياب نص صريح يلزم إفراغ العقد في الرسمية المطلوبة مضيفا إلى انه تكفي الكتابة العرفية فقط ذلك أن الرهن الرسمي ما هو إلا استثناء بالنسبة لبعض المنقولات. ولذلك وجب الإشارة إلى هذا الاستثناء في نصوص قانونية صريحة ولعل ما يثبت خضوع الطائرة لأحكام رهن المنقولات حسب ذات الفقه هو ما قضت به الفقرة الثالثة من المادة 32 من القانون 98-06 السالف الذكر بقولها "ويخضع شطب الرهن لتقديم عقد يثبت رفع الرهن بموجب اتفاق بين الطرفين أو قرار قضائي" إذا كانت الرسمية لازمة لتكوين رهن الطائرة التي لزمتم في شطبها وهو ما لم يأت به نص الفقرة الثالثة.

إننا وان كان المشرع لم ينص صراحة على إفراغ عقد رهن الطائرة في شكل رسمي لا يعني البتة أنه ترك الأمر لاتفاق الطرفين و فقط دون سند رسمي يثبت ذلك لعدة أسباب منها:

¹ وهو نفس التوجه الذي سارت عليه المادة 122/ف5 من القانون الجوي الفرنسي على أن يكون العقد المشئى لرهن الطائرة مكتوبا ولا كان باطلا، ما يوحي أن هذه الكتابة هي شرط انعقاد وليست شرط إثبات، ولم يشترط المشرع الفرنسي أن يكون العقد رسميا أو مصدق على التوقيع فيه، بل يكفي أن يكون السند عرفيا. في مقابل ذلك اشترط المشرع المصري ضرورة إفراغ هذا العقد في الشكل الرسمي واعتبر الرهن الوارد على الطائرة عقد شكلي حيث نصت المادة 28/ف2 من القانون رقم 26 لسنة 1976 على أنه "يعقد الرهن الرسمي على الطائرة بورقة رسمية تحرر أمام الجهة الإدارية المختصة بتسجيل الطائرات" وهي الهيئة العامة للطيران المدني طبقا لقرار رئيس الجمهورية رقم 192 لسنة 1977؛ راجع عبد الفضيل محمد أحمد، نفس المرجع، ص 119.

² شمائل كمال، التأمينات الممنوحة للمصارف و المؤسسات المالية (العينية و الخاصة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2009، ص 94.

رهن الطائرة، تأمين عيني لدعم الائتمان في نطاق تمويل مشاريع النقل الجوي

أ- لما كانت السفينة مثل الطائرة تخضع للتسجيل في الدفاتر المسوكة لدى الإدارات المختصة فإن المشرع في صريح نص المادة 69 من القانون البحري نص على أن يتم شطب وتخفيض قيود الرهون البحرية بمجرد رضا الأطراف المؤهلين لهذا الغرض عن طريق التراضي وإما عن طريق القضاء وعليه فإن هذا التراضي في الشطب دون أي إجراء شكلي يدحض فرضية أن يتم إبرام عقد الرهن البحري هو الآخر بمجرد التراضي، ذلك أن المشرع بموجب المادة 57/1 ق م قد ألزم إفراغ عقد الرهن البحري في الشكلية الرسمية حيث نصت على أنه يجب أن يكون الرهن البحري منشأ بموجب سند رسمي.

وبالتالي فإن إغفال المشرع في قانون 06-98 ذكر إلزامية الشكلية الرسمية في عقد رهن الطائرة لا يمكن استناده إلى فرضية أنه أجاز أن يتم شطب هذا الرهن بموجب اتفاق بين الطرفين بما يوحي أن هذا العقد هو عقد رضائي لا غير وبالتالي فإن هذا الإغفال في نظرنا هو عدم وجود تقنين جوي يحيط كل ما له علاقة بالطيران المدني مثله مثل القانون البحري ولعل ذلك مرة إلى ضعف الاستثمارات في المجال الجوي وكذا ضالة الإقدام على الائتمان التجاري لضخامة رؤوس أمواله¹.

ب- ولما كانت الطائرة من المنقولات الخاضعة للتسجيل بصريح نص المادة 18 من قانون 06-98 التي نصت على أنه "ترقم كل طائرة على سجل ترقيم الطيران قبل شروعها في الملاحة الجوية" فإن لك يستدعي بالضرورة أن تكون جميع التصرفات القانونية التي ترد عليها مفرغة في شكل رسمي استناداً أولاً إلى السفينة وثانياً إلى أحكام العقار في القواعد العامة (م 883/1 ق م) وأخيراً إلى القانون 06-98 في حد ذاته حيث نصت المادة 29/1 ق م على ما يلي "تشكل الطائرات

¹ ولعل التشريعات الجوية المتوالية بين فترة وأخرى دليل على إرادة المشرع والدولة معا في النهوض بهذا القطاع لخدمة التجارة والاقتصاد الوطنية على حد سواء، فبعد صدور قانون 06-98 المؤرخ في 3 ربيع الأول عام 1419 الموافق ل 27 يونيو سنة 1998 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني تلاه مرسوم تنفيذي رقم 260-03 مؤرخ في 23 جادى الأول عام 1424 الموافق ل 23 يوليو سنة 2003 الذي يحدد شروط وكيفيات قيد الطائرات في سجل ترقيم الطيران والإشارات البارزة بجنسيتها وفئات الطائرات المعفاة من هذا الترخيم وكذا شروط الشطب التلقائي إلى أن جاء قانون رقم 14-15 مؤرخ في 28 رمضان عام 1436 الموافق ل 15 يوليو 2015 يصل ويتم القانون رقم 06-98، إن هذه القوانين و المراسيم في مجال الطيران المدني له تجسيد لإرادة جادة في محاولة للتطرق بين الحين و الآخر لكل ما له علاقة بالقانون الجوي و الاستمرار في إرساء تشريعات جوية يهد الطريق لا محالة للوصول تقنين جوي جامع ويكون مصدرا لكافة الأشكال والتصرفات التي تبرم في نطاقه.

_____ رهن الطائرة، تأمين عيني لدعم الائتمان في نطاق تمويل مشاريع النقل الجوي
أملاك منقولة يثبت بيعها بعقد رسمي ولا يكون له مفعول إزاء الغير إلا يقيد في سجل الترقيم...".
فاستراط المشرع ضرورة إفراغ عقد بيع الطائرات في الشكل الرسمي دليل قاطع على اعتبار
هذه الأخيرة نوع خاص من المنقولات ليست كغيرها من المنقولات العادية التي تنتقل فيها
الملكية بالحيازة حسب القواعد العامة

ج- إن القروض البنكية المضمونة برهن الطائرة تكون عادة ضخمة لا يمكن تصورها ومقارنتها مع
القروض التي تمنح للأشخاص الطبيعية أو أصحاب الأنشطة التجارية المحدودة، ذلك أن المدين
الراهن في عقد رهن الطائرة هو غالبا إن لم نقل في جميع الأحوال، شركات الطيران الكبرى تسعى
من خلال تقديم هذا النوع من الضمانات إلى الزيادة في أسطولها الجوي خدمة وتطوير للملاحة
الجوية على الصعيد التجاري وترقية الخدمات، إما عن طريق الشراء أو عن طريق البناء.

ثانيا/ شهر الرهن: نص المشرع صراحة في الفقرة الثانية من المادة 32 من قانون 06-98
السابق الإشارة إليه على وجوب قيد رهن الطائرة حيث جاء النص كالتالي "يقيد الرهن في
سجل ترقيم الطيران ولا يكون ذا مفعول إزاء الغير إلا بعد قيده" والقيد حسب غالبية الفقه هو
بمثابة شهر لهذا الرهن يستطيع الغير الذي يريد التعامل في موضوع الرهن معرفة كل ما يثقله
هذا الموضوع من ضمانات وهو، أي القيد، من ناحية أخرى يكون نافذا اتجاه الغير كالمشتري أو
الدائنين المرتبهين الآخرين التاليين له في المرتبة أو الدائنين العاديين في استبعاد جميع الدفع التي
يتمسك بها ومن بينها الدفع بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية وبعبارة أخرى فان وظيفة
القيد هي الاحتجاج به على الغير فهو لا ينشئ الرهن بخلاف العقد المادي الذي هو مصدر
الحق ولذلك اعتبر بعض الفقه أن للقيد أثر نسبي **effet relatif**¹.

ولم يحدد القانون رقم 06-98 مدة معينة يتعين قيد الرهن فيها² كما لم ينص المشرع في
ذات القانون على مدة لحفظ الرهن من جراء القيد عكس ما نص عليه صراحة في م 66 ق
ب حيث حدد مدة الحفظ التي يجريها القيد 10 سنوات يبدأ سريانه من تاريخ القيد قابلة

¹ فرج سيد سليمان أحمد، الرسالة السابقة، ص 352، نقلا عن Planiol etkupert, hypothèque, no 632.

² ذلك انه من مصلحة الدائن المرتهن المبادرة بقيد الرهن في أسرع وقت ممكن عقد إبرام العقد وذلك باعتبار أن مرتنته أو مرتبة
حقه تتحدد وفقا لتاريخ القيد، فضلا عن أن سريان الرهن اتجاه الغير مشروط بإتمام هذا القيد، راجع عبد الفضيل محمد أحمد ،
المرجع السابق، ص 120.

رهن الطائرة، تأمين عيني لدعم الائتمان في نطاق تمويل مشاريع النقل الجوي

للتجديد وهذه المدة هي نفسها المقررة في الرهن الوارد على العقار حيث أحالت المادة 905 ق م فيما يخص إجراءات القيد وتجديده وشطبه إلى الأحكام الواردة في قانون تنظيم الإشهار العقاري¹ ولاحظ بعض الفقه² أن تطبيق الـ 10 سنوات لحفظ قيد رهن الطائرة طويلة للغاية مقارنة بالرهن الوارد على العقار معتبرا أن الطائرة بخلاف العقارات تتعرض قيمتها للنقص السريع متسائلا عن جدوى فعالية هذا الرهن إذا ما تم تجديده لمدة أخرى مماثلة وفي نظرنا هذا مدعاة مرة أخرى إلى الإسراع في إصدار تقنين جوي مستقل ينفرد أكثر بإعطاء خصوصية لهذا الرهن ولجميع التصرفات الواردة على الطائرة وما يدخل في تشكيلتها أو تصنيفاتها.

المطلب الثاني: آثار الرهن وانقضاءه.

إن أي عقد من العقود لا يكون له مفعول إلا في خلال تنفيذه وهو الغرض من إبرامه ورهن الطائرة كغيره من عقود الضمان ينتج آثارا فيما بين الطرفين و الغير وهذه الآثار تترتب وفقا للقواعد العامة، فكان لزاما علينا تقسيم هذا الفرع إلى قسمين أو فئتين تنطبق في الفقرة الأولى إلى الآثار المترتبة بالنسبة للغير ولما كانت القواعد العامة هي الطاغية في تفاصيل هذا الموضوع، وتجنبنا للتكرار الذي خضناه في موضوع رهن السفينة وكذا المحل التجاري على حد السواء.

الفرع الأول: نفاذ الرهن بالنسبة لغيره.

إن رهن الطائرة مثل رهن السفينة لا يؤدي إلى انتقال حيازة المال المرهون إلى الدائن المرتهن ولا انتفت الغاية من إنشائه.

فالمدين الراهن وهو غالبا شركات الطيران يقدم بعض طائراته كضمان من أجل الاقتراض لتوظيف هذه القروض في الاستغلال التجاري الجوي أو الزيادة و التوسعة في أسطوله الجوي عبر شراء طائرات جديدة، ولا يطمئن الدائن المرتهن على حقه المضمون إلا إذا بقي المدين الراهن مستغلا للمال المرهون تجاريا حتى يضمن سداد الدين عند حلول أجل الاستحقاق.

¹ البحث عن قانون تنظيم الإشهار القانوني والمواد الناصة على مدة القيد .

² عبد الفضيل محمد احمد ، نفس المرجع ، نفس الصفحة.

رهن الطائرة، تأمين عيني لدعم الائتمان في نطاق تمويل مشاريع النقل الجوي
ولما كان للمدين الراهن (المالك) في رهن الطائرة الحق في إدارة و التصرف في المال
المرهون فان هذه الصلاحيات ليست على إطلاقها فهي مقيدة بحق عيني تبقي من جانب
الدائن المرتهن وهذا الحق العيني التبقي يشترط وجوبا ألا تؤدي هذه الأعمال و التصرفات إلى
الإقصاء من قيمة المال المرهون أو ما يسمى بإضعاف الضمان وذلك أن المعول الأساسي لحق
الدائن المرتهن هو إيجاد تلك القيمة وقت التنفيذ¹.

الفرع الثاني: الاحتجاج بالرهن في مواجهة الغير.

لقد سبق أن اشرنا في معرض التطرق إلى شكلية الرهن الجوي، أن المشرع في قانون
06-98 ألزم قيد رهن الطائرة لكي يكون نافذا في حق الغير كما نصت على ذلك الفقرة 2 من
المادة 32 ومن نفس القانون ومتى تم القيد يتمتع الدائن المرتهن بميزتين الأولى هي حق التقدم أو
الأولوية بدينه على بقية الدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة والدائنين العاديين، و الثانية هي
حق التبعية وهو إمكانية التنفيذ على المال المرهون في أي يد انتقلت إليه.

أولا/ حق التقدم: يمنح الحق العيني التبقي للدائن المرتهن حق التقدم و الأولوية في استثناء
حقه عند حلول اجل الاستحقاق على الدائنين المرتهنين التاليين له في المرتبة وكذا الدائنين
العاديين ويقتضي الأمر الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني بمناسبة تنظيمه لرهن
السفينة (المواد 65ق ب) لتشابه أحكامها، غير أن المشرع في قانون 06-98 المنظم للقواعد
المطبقة على الطيران المدني قد أخر تقدم مرتبة رهن الطائرة على حقوق الامتياز لبعض
الديون حيث جاء نص المادة 33 منه كالتالي "تعتبر الديون التالية المستحقة على الطائرات
ذات أولوية:

- المصارف القضائية المنفقة للتوصل إلى بيع الطائرة- المكافآت المستحقة لإنقاذ الطائرة -
المصاريف اللازمة المنفقة من اجل الحفاظ على الطائرة. تخص هذه الديون الطائرة أو تعويضات
التأمين". وعلى هذا الأساس يستوفي أصحاب هذه الديون الممتازة حقوقهم بالأولوية على سائر
الحقوق الأخرى المقيدة أو الديون العادية.

¹ فرج سيد سليمان أحمد، الرسالة السابقة، ص 356.

رهن الطائرة، تأمين عيني لدعم الائتمان في نطاق تمويل مشاريع النقل الجوي

ولما كان حق التقدم الذي يمارسه الدائن المرتهن في رهن الطائرة يقع بالضرورة على ثمن الطائرة وملحقاتها¹، فإنه يمكن أن يقع على مقابل الطائرة في حالة فقدانها أو عطبها وهذا المقابل هو مبلغ التأمين و التنفيذ عليه يكون في حدود مبلغ الدين.

وقد نص المشرع في المادة 34 من قانون 06-98 على هذا الحل العيني حيث نصت على انه " في حالة فقدان الطائرة أو عطبها يحل الدائن المرتهن في حدود مبلغ دينه محل المؤمن له في حق التعويض المستحق على المؤمن إلا إذا وجدت اتفاقية مخالفة لذلك، وعلى المؤمن قبل أي دفع أن يطلب بيان التسجيلات الرهنية الواردة في سجل ترقيم الطيران، لا يبرا أي دفع إذا لم يأخذ في الحسبان حقوق الدائنين المدونة في البيان المذكور".

ثانيا/ حق التتبع: لم ينص المشرع في قانون 06-68 الخاص بالقواعد المطبقة على الطيران المدني على هذا الحق، بخلاف ما جرى على إقراره في القانون البحري²، ولما كان الأمر كذلك فإنه يرجع للقواعد العامة بشأن التتبع الواقع على العقار المرهون رهنا رسميا باعتبار أن الطائرة ترهن دون نقل حيازتها للدائن المرتهن، وتسوي عليها أحكام العقار وكذا السفينة فيما يخص إجراءات هذا الحق، ذلك أن كل هذه الأموال التي ترهن تخضع لنفس إجراءات التسجيل والقيود للحقوق الواردة عليها، وعليه فإنه يمكن للدائن المرتهن في حالة انتقال ملكية الطائرة إلى الغير أو حيث تغيير في تسجيلها أن يمارس حق التتبع عليها و التنفيذ عليها في أي يد كانت ولا يمكن لغير الحائز³ الذي انتقلت إليه ملكيتها أو كسب عليها حقا عينيا آخر أن يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، ذلك انه كان ملزما بالإطلاع على ما يتقل الطائرة من رهون أو تأمينات في السجل الممسوك لدى السلطة المكلفة بالطيران المدني ألا وهو سجل

¹ فرج سيد سليمان أحمد، الرسالة السابقة، ص 362.

² راجع نص المادة 67 من القانون البحري المشار إليها سابقا، وقد أقرت بعض التشريعات العربية هذا الحق في قانونها الجوي حيث نصت المادة 41 من القانون رقم 26 سنة 1976 الخاص بالقانون الجوي المصري على انه " للدائن المرتهن للطائرة أو حصة فيها أن يتتبعها في أي يد كانت...".

³ ذلك أن التتبع لا يباشر إلا في مواجهة الحائز باتفاق الفقهاء وكل شخص تنتقل إليه ملكية الطائرة المرهونة أو أي حق عيني آخر عليها بعد شهر قيد الرهن وقبل تسجيل محضر الحجز في سجل الطائرات دون أن يكون مسؤولا مسؤولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن بوصفه كفيلا أو مدنيا متضامنا، عبد الفضيل محمد احمد، القانون الجوي الخاص، المرجع السابق ص 124.

_____ رهن الطائرة، تأمين عيني لدعم الائتمان في نطاق تمويل مشاريع النقل الجوي

الترقيم¹، وبالتالي فإن سوء النية مفترض في حقه ولإمكانية علمه بذلك.

أن إجراءات التمتع على الطائرة المرهونة هي نفسها إجراءات التمتع التي نص عليها
المشروع في معرض تنظيحه لأحكام رهن العقار، ذلك أن القواعد العامة في القانون المدني هي
التي تطبق كلما افتقر منقول الطائرة لتنظيم خاص.

الفرع الثالث: انقضاء حق الرهن على الطائرة.

وكغيره من رهون الأخرى ينقضي هذا الرهن الوارد على الطائرة بإحدى طريقتين فهو
ينقضي بقوة القانون إذا انقضى الالتزام الأصلي باعتبار حق عيني تبعي له وهو ما يطلق عليه
بالانقضاء التبعي، وقد يزول هذا الرهن وحده استقلا عن الالتزام الأصلي، وسنعالج هذين
الأمرين دون الولوج في تفاصيل ذلك لأننا سنكون أمام تكرار لما اشرنا إليه سابقا في القواعد
العامة .

أولا/ الانقضاء التبعي: ينقضي رهن الطائرة تبعا لانقضاء الالتزام الأصلي الوارد عليها سواء كان
مصدر هذا الالتزام عقد قرض أو عقد بيع مؤجل الثمن، وهذا الانقضاء أساسه أن الرهن دائما
تابع للدين الأصلي، فيدور معه وجودا أو عدما، فإذا انقضى هذا الأخير حسب القواعد العامة
بالوفاء أو ما يعادل الوفاء (الوفاء بمقابل، اتحاد الذمة، المقاصة، التجديد، الإنابة) أو دون
الوفاء (التقادم الإبراء، استحالة الوفاء) انقضى تبعا لذلك الرهن، ويعود الرهن متى عاد الدين
بزوال السبب الذي انقضى به كما لو ثبت بطلان الوفاء أو الإبراء، وذلك دون الإخلاء
بالحقوق التي قد يكون الغير حسن النية قد كسبها في الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته طبقا
لنص المادة 933 ق م² .

ثانيا/ الانقضاء الأصلي: قد ينقضي الرهن كحق عيني تبعي استقلا عن الدين أو الالتزام
الأصلي وقد أشارت نصوص القانون المدني على هذه الأسباب التي ينقضي بها الرهن بصفة
مستقلة إلا أن القانون 06-98 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني لم يغفل على

¹ تنص المادة 17 من القانون 06-98 على أنه " يؤسس لدى السلطة المكلفة بالطيران المدني، سجل ترقيم يسمى سجل ترقيم
الطيران".

² نصت المادة 933 ق م على ما يلي " ينقضي حق الرهن الرسمي بانقضاء الدين المضمون، ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضى
به الدين دون الإخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية كسبها في الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته".

_____ رهن الطائرة، تأمين عيني لدعم الائتمان في نطاق تمويل مشاريع النقل الجوي

بيان إحدى أسباب هذا الانقضاء موافقا بذلك أسباب الانقضاء الأصلي المشار إليها في القواعد العامة ومن بينها:

1.التنازل والبطلان: ما يفهم من تفسير نص المادة 32/3 من قانون الطيران المدني بقولها " ويخضع شطب الرهن لتقديم عقد يثبت رفع الرهن بموجب اتفاق بين الطرفين أو قرار قضائي " عملا بمضمون هذا النص فانه يجوز لأحد طرفي العقد، وهو غالبا الدائن المرتهن أن يتنازل عن حقه في الرهن شريطة إفراغ ذلك التنازل في عقد يثبت ذلك¹ كما يمكن أن ينقضي الرهن بموجب قرار قضائي يصدر بناء على رفع دعوى قضائية من له مصلحة في ذلك كان يكون الرهن بطلا لتخلف احد أركانه أو قابلا للإبطال أو بطلان القيد لعيب في الشكل² أو عدم تجديده . أما ما عدا ذلك فإننا نحيل ما جرى على إقرار القواعد العامة فيما يتعلق بالانقضاء الأصلي لهذا الرهن سواء في نصوص القانون المدني أو قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ومنها على الخصوص:

2.التطهير بقوة القانون: إذا بيعت الطائرة جبرا بالمزاد العلني حيث يترتب على تسجيل حكم إيقاع البيع جبرا تطهير الطائرة المبلدة من كافة الحقوق العينية التبعية وتنتقل هذه الحقوق إلى الثمن الذي رسا عليه المواد، وقد يكون التطهير اختياريا، فيقوم حائز الطائرة بدفع ثمن شرائها إلى الدائنين المقيدة حقوقهم حسب ترتيب كل واحد منهم.

3.هلاك الطائرة أو مصادرتها: يؤدي هلاك الطائرة المرهونة ماديا إلى انقضاء الرهن، وهو أمر بديهي ذلك أن الرهن ينتهي إلى هلاك محله، وقد نص القانون على أن هناك مقابلا يستحق بسبب هذا الهلاك، فيحل الدائن المرتهن فيه وهو ما نصت عليه المادة 34/1 بقولها " في حالة فقدان الطائرة أو عطبها يحل الدائن المرتهن في حدود مبلغ دينه محل المؤمن له في حق التعويض المستحق على المؤمن إلا إذا وجدت اتفاقية مخالفة لذلك "

ويترتب على هلاك الطائرة أو فقدانها إلغاء تسجيلها في سجل الترقيم المخصص لها وهذا ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 27 من القانون 98-06 بقولها " يشطب التسجيل في سجل

¹ شميل كمال، الرسالة السابقة، ص 97: مع ملاحظة انه يمكن أن يقتصر التنازل على مرتبة الرهن وعندئذ يقتصر الأمر على مجرد تأخير مرتبة دين الدائن المتنازل عن مرتبته الأصلية.

² عبد الفضيل محمد احمد، المرجع السابق، ص 126 و 127.

_____ رهن الطائرة، تأمين عيني لدعم الائتمان في نطاق تمويل مشاريع النقل الجوي
ترقيم الطيران تلقائياً في الحالات الآتية: ...عندما تنعدم الأخبار عن الطائرة منذ ثلاثة أشهر
ابتداء من يوم رحيل الطائرة أو من اليوم الذي سجلت فيه آخر أخبار عنها".
كما يمكن أن يكون الهلاك قانونياً ويتحقق ذلك عند انقضاء الحق دون أن يهلك وعاءه
ومثال ذلك نزع ملكية الطائرة المرهونة للمنفعة العامة، ففي هذه الحالة ينقضي الرهن استقلالاً
وينتقل حق الدائن المرتهن إلى التعويض.¹

4 حالة نقل تسجيلها أو تغيير جنسيتها: لما كانت جنسية الطائرة مرتبطة بقيدتها في سجل ترقيم
الدولة التابعة لها²، فإن أي نقل في تسجيلها يؤدي بالضرورة إلى تغيير في جنسيتها وهو ما يترتب
عنه في غالب الأحيان إهدار كل حقوق مثقلة على هذه الطائرة والتي سبق قيدها في سجلات
ترقيم الطيران.³

وقد نصت بعض التشريعات الأجنبية⁴ على أنه فيما عدا البيع البحري للطائرة المرهونة
المنصوص عليه قانوناً فإن نقل تسجيل الطائرة الوطنية إلى دولة أخرى لا يمكن أن يتم إلا بتوافر
أحد الشرطين، إما شطب جميع التأمينات العينية المثقلة على الطائرة، وإما موافقة جميع أصحاب
هذه الحقوق المقيدة على نقل تسجيلها في سجل ترقيم دولة أخرى بحيث يكون لهؤلاء الحق في
نقل قيودهم في دولة السجل الجديد وهو ما نصت عليه المادة التاسعة من اتفاقية جنيف سنة
1948.

³ وقد أضاف جانب من الفقه أن الهلاك القانوني الذي يؤدي إلى انقضاء الرهن قد يكون في صورة انقضاء الحق دون أن يهلك
وعاءه، ومثاله الرهن الرسمي المقرر على حق الانتفاع، فسقوط الانتفاع بسقوط أجله أو لموت المنتفع يؤدي إلى سقوط الرهن الذي
يقتله، كما أن زوال ملكية المدين الراهن بأثر مستند يعد أيضاً من قبيل الهلاك القانوني، فالرهن الرسمي الذي يشتمل عقاراً مسجلاً
دون حق على اسم المدين الراهن، يمكنه إبطاله فيما إذا كان سبيئ النية وعالماً بالعيوب التي تشوب ملكية المدين؛ راجع محمد وحيد
الدين سوار، شرح القانون المدني (الحقوق العينية التبعية- الرهن المجرد - الرهن الحيازي- حقوق الامتياز) الكتاب الثالث، دار
الثقافة للنشر والتوزيع الأردن 2006، ص 162 و163.

² نصت المادة 20 من قانون 06-98 على أنه: "تمنح الجنسية الجزائرية لكل طائرة مقيدة في سجل ترقيم الطيران، تلزم الطائرة المرقمة
في هذه الحالة بمجمل الإشارات البارزة لهذه الجنسية وفقاً لما هو محدد عن طريق التنظيم".

³ وهو ما ينتج عنه سقوط الأجل الذي أقره القانون وفقاً للقواعد العامة، دون ثمة حاجة للنص على ذلك صراحة في قانون الطيران
المدني.

المادتين 12/12 و 22/18 من القانون الجوي الفرنسي، وكذا المادة 58 من قانون الطيران المدني المصري.⁴

خاتمة:

إن رهن الطائرات الذي يعتبر بمثابة وسيلة اقتراض بضمان عيني أصبح من أبرز الوسائل الخارجية لتمويل شركات النقل الجوي وفرض فعاليته إلى جانب الوسائل الأخرى التي عُرفت منذ القدم ولازالت إلى يومنا هذا، مثل الزيادة في رأسمال الشركات بإصدار أسهم جديدة، أو الاستدانة بإصدار سندات، ورغم إعمال هذه الطرق التمويلية بشكل كبير في الدول المتقدمة، إلا أن الزيادة في رأسمال كان مرتبط دائماً بفتح الأسواق المالية أمام الشركات العاملة في مجال الملاحة الجوية وهو ما ينبأ عادة عن مخاوف اتجاه هذه الشركات من مغبة غلق سوق الأوراق المالية، والحال مثله في مجال الاقتراض بإصدار سندات، فهذه الأخيرة تستدعي تحقيق أرباح طائلة سنويا وهو شيء يصعب تحصيله.

وأمام هذه المساوئ التي تطرأ من حين لآخر إلى جانب الحاجة المتكررة إلى التمويل بسبب فتح المجال الجوي بين الدول لتوسيع النشاط التجاري الجوي، اقترح واضعو التشريع في الولايات المتحدة الأمريكية صيغة الرهن دون التخلي عن الحيازي على منقول الطائرات، فكان القانون الأمريكي السابق إلى إقرار هذا النوع الجديد من الرهون الذي فرضته الظروف الاقتصادية لاسيا والولايات المتحدة الأمريكية كانت تباع لوحدها للعالم أغلب الطائرات التي تعمل في النقل عن طريق الجو، وصحبا بعد ذلك روسيا والبرازيل وأستراليا وفرنسا.

لقد تبين من خلال البحث أن الفكرة تدور حول فعالية الضمان العيني الذي يمكن أن تقدمه شركات الطيران لبائع الطائرة أو للبنك الذي يقوم بعبء تمويل هذا الشراء، والنتيجة أن مثل هذا الرهن لا يمكن ترتيب أحكام الرهن الحيازي التقليدي عليه، هذا الأخير كشف عن قصوره بظهور المنقولات التي سماه غالبية الفقه ذات الطبيعة الخاصة بالنظر من ناحية إلى ثباتها أو قابليتها للتخصيص والتي تشبه إلى حد بعيد طبيعة العقارات، أو بالنظر إلى ارتفاع قيمتها الاقتصادية واستغلالها عن طريق الاقتراض بضمانها من ناحية أخرى، ذلك أن الاستغلال التجاري للطائرة من طرف شركات النقل الجوي (المدين الراهن) هو السبيل الوحيد لتسديد الدين المضمون عند حلول أجل الاستحقاق، ولا يمكن بغير حال من الأحوال أن تبقى الطائرة في حيازة البنك أو مصارف التمويل المتخصصة (الدائن المرتهن)، لاسيما وأن هذه الأخيرة لا

_____ رهن الطائرة، تأمين عيني لدعم الائتمان في نطاق تمويل مشاريع النقل الجوي

تملك من الأجهزة الفنية والإدارية التي تمكنها من تشغيل الطائرة وتحصيل ديونها.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب

- محمد فريد العريفي، القانون الجوي، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة 1987.
- محمد وحيد سوار الدين، شرح القانون المدني (الحقوق العينية التبعية- الرهن المجرد- الرهن الحيازي- حقوق الامتياز) الكتاب الثالث، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2006.
- عبد الفضيل محمد أحمد، القانون الجوي الخاص، دار الفكر والقانون، المنصورة، طبعة 2012.

ثانياً: الرسائل العلمية

- فرج سيد سليمان، رهن الطائرة (دراسة مقارنة ودولية)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، 1978.
- راتب جبريل الجنيدى، الاتجاهات الحديثة لرهن المنقول في القوانين التجارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1980.
- سهام عبد الرزاق مجلي السعيدى، فكرة رهن المنقول دون حيازة والحماية القانونية له، رسالة دكتوراه، كلية القانون جامعة بغداد، 2000.
- شميل كمال، التأمينات الممنوحة للمصارف والمؤسسات المالية (العينية والخاصة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2009.

ثالثاً: المقالات

- علي محمد البارودي، حول المنقولات ذات الطبيعة الخاصة، مقال بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العددان الثالث والرابع، السنة العاشرة 1960-1961، مطبعة جامعة الإسكندرية 1962.
 - سمير عبد السيد تناغو، التأمينات العينية على الطائرات حسب اتفاقية جنيف 1948، مقال بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، يوليو 1965.
- رابعاً: النصوص القانونية والاتفاقيات:

- القانون المدني.

- القانون التجاري.
- القانون رقم 06-98 المؤرخ في 3 ربيع الأول عام 1419 الموافق لـ 27 يونيو 1998 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني.
- المرسوم التنفيذي رقم 03-260 المؤرخ في 23 جمادى الأول عام 1424 الموافق لـ 23 يوليو سنة 2003 الذي يحدد شروط وكيفيات قيد الطائرات في سجل ترقيم الطيران.
- إتفاقية شيكاغو للطيران المدني الدولي الموقعة سنة 1944.
- إتفاقية جنيف الموقعة سنة 1948 الخاصة بالاعتراف بالحقوق العينية على الطائرات.

التوازن في عقد التأمين

دحمون حفيظ

تاريخ الإرسال: 2018-04-08

طالب دكتوراه علوم

تاريخ القبول: 2018-06-21

كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01

تاريخ النشر: 2018-08-03

الملخص:

الأصل أن العقد يبرم بين طرفين متساويين في المراكز، بحيث يكونان على قدم المساواة في وضع شروط العقد وبنوده، ولهم كامل الحرية في ذلك طالما راعى المتعاقدان حدود النظام العام والآداب العامة، فيفترض القانون أن ينتج عن تراضيها عقد توازنت فيه الأداءات و توزعت الفوائد المالية بنسب عادلة بين المتعاقدين بتبادل الالتزامات و أخذ كل طرف في العقد العوض الذي يبتغيه من العملية التعاقدية.

غير أن انفراد أحد المتعاقدين بصياغة العقد وفق نمط معين كثيرا ما يخل بالقاعدة العامة في العقود الداعية إلى الحرية التعاقدية المحققة للتوازن في مضمون العقد، إذا صاحب هذه العقود النموذجية شروطا مجحفة بحق المسلم بقبولها، و هوشأن عقد التأمين الذي يُتوقع عدم توازن العلاقة التعاقدية بين طرفيه، مما يستوجب تدخل المشرع بآليات صون التوازن و معالجة الاختلال. الكلمات المفتاحية: التوازن - عقد التأمين - التكافل - التوازن المقترض - الاختلال المتوقع.

Abstract:

Originally the contract concluded between the two parties equal in the centers, so that they would be on an equal footing in terms of the contract and its sub-items, and they have full freedom to do so as long as the contracting sponsor the limits of public order and morals, it is assumed that the result of the compromise law held balanced performances and distributed the financial benefits of equitable proportion between contractors and the exchange of obligations and take every party in the decade Awad, who wants from the contractual process.

Privately, however, one of the contractors and the formulation of the decade, according to a specific pattern, often without prejudice to the general rule in the contracts for contractual freedom achieved balance in the content of the contract, if the owner of these standard contracts unfair conditions right is recognized by accepting, and is an insurance

contract expects that the balance of the contractual relationship between the two ends, which requires the intervention of the mechanisms for the maintenance of balance and the legislature to address the imbalance.

Keywords : Balance - the insurance contract - solidarity- Balance supposed. The imbalance is expected.

مقدمة:

إن العقد باعتباره وسيلة لترتيب الالتزامات، يستمد قوته من عناصر وجوده و انعقاده صحيحا مرتبا للاثار، مرتكزا على تراضي الطرفين كفاية لتوازنه، و لا شأن لغير المتعاقدين في تقرير المساواة من عدمها، لأن العدل ما ارتضاه الأطراف، و العقد باعتباره مصدرا من شأنه أن ينشئ حقوقا لطرفيه مع قدرته على تنظيم العلاقة بينهما، هاته الحقوق هي حقوق ذاتية ترتبت على إطلاق حرية الأفراد انطلاقا من أن الإرادة الحرة تخلق الحق و الإرادة السليمة الواعية قادرة على حمايته.

غير أن عقد التأمين من الخصوصية ما يجب إيلاؤه اهتماما بالغا، وهو ما سعى إليه المشرع بتنظيم أحكامه بقواعد آمرة لا يمكن مخالفتها، مع تقرير معالجة الاختلال المتوقع بأحكام وقائية و أخرى علاجية. وعليه فالإشكالية في هذا الموضوع تتمثل في:

مدى كفاية الأحكام القانونية في تحقيق التوازن في عقد التأمين؟ و ارتأينا أن نعالج الإشكالية من خلال التأكيد على أن التوازن مفترض في العقود (المبحث الأول) و أن المشرع توقع عدم التوازن في عقد التأمين (المبحث الثاني).

المبحث الأول: التوازن مفترض في العقود

يعتبر للمذهب الفردي انعكاس على بعض المفاهيم و المبادئ القانونية، فالعقد هو أساس القانون بوصفه الوسيلة المثلى لكافة العلاقات القانونية، و الإرادة هي أساس الالتزام العقدي، ومن ثم تعتبر الإرادة مصدرا للقانون. و العقد وهو تعبير عن هذه الإرادة كفيل بإحداث التوازن بين مصالح المتعاقدين لأن الإنسان لا يسعى برضاه واختياره إلا إلى تحقيق مصالحه. و إذا كانت فكرة التوازن تنطلق من التراضي السليم، فيصبح هذا التراضي هدفا نتوخاه ونتتبع تحقيقه، فهو الغاية المرحلية التي يجب أن ندركها، و بما أن التراضي يتطلب التقاء رضائين و توافق إرادتين، فحري بنا أن نبحث عن هذه الإرادة و نعد مميزات التي تؤهلها لأن تكون كافية بمفردها لإحداث التوازن المنشود في العقد.

المطلب الأول: كفاية الإرادة لتحقيق التوازن في العقد

نشد كفاية الإرادة في تحقيق التوازن في عقد التأمين، من خلال مرتكزات الفكرة (الفرع الأول) ثم إمكانية تجسيد التوازن من خلال الإرادة لكفائتها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مرتكزات فكرة التوازن الذاتي العقد

إن فكرة توازن العقد من خلال كفاية الإرادة السليمة الواعية، نجد لها أساسا في النظرية التقليدية التي تحكم العقد من الإنشاء إلى التنفيذ وفق تصورات الفلسفة الفردية و التصور الشخصي للالتزام الذي يجعل للإرادة مطلق الحرية في إبرام العقد و تحديد مضمونه، و ترتيب آثاره.

فالإرادة الفعالة باستقلاليتها وحريتها قادرة على تحقيق الفائدة من العقد بما يتناسب مع التزاماتها العقدية دون وصاية من إرادة أخرى و لو كانت إرادة القانون، لأنها أدري من غيرها بهذه المصالح و كفاً من الجميع في تحقيق التوازن، و التوازن الذي يقصده في هذا المجال هو التوازن الذي تحققه الإرادة الحرة السليمة، الإرادة القادرة و المستقلة بتعاقدتها بروح المساواة مع إرادة تعادلها. و ينظر إلى هذه المساواة من كونها مساواة مجردة، و يقصد بالعدل ما رآه المتعاقدان عدلا.

أولاً: أصول الفكرة، دعائمها و مراميها

لا يخلو كتاب تناول النظرية العامة للالتزام في شقها الرئيس وهو نظرية العقد من الإشارة إلى مبدأ سلطان الإرادة، و يكاد الفقهاء يجمعون على الإشادة به مهيمنة على العلاقات التعاقدية وبخاصة منها المعاملات المالية، تأثراً بفكر و إتباع لمنهج و ترتيب لآثار.

و نشير إلى أن هذا التصور لفكرة التوازن في العقد، الذي ينطلق من أن الإرادة الحرة قادرة على تحقيق التوازن، نشأ بعد اعتناق مختلف التشريعات المدنية الحديثة لمبدأ سلطان الإرادة مع تفاوت في نسبة الأخذ به، وصلت بالبعض منهم إلى حد التطرف الأقصى بإطلاق العنان للإرادة و حريتها في أن تتعاقد كيفما تشاء و مع من تشاء بالقدر الذي تشاء. والحرية التي تقصد في هذا المجال هي حرية الشخص في أن يلتزم أولاً يلتزم، فهو لا يلتزم إلا طوعا باختياره، بالقدر الذي أراد وفي الحدود التي رسمها، طالما لا تتعارض مع ما حضره القانون الذي ينظر إليه وفق هذا الفكر كحام للحرية الفردية.

و يرد أصحاب المذهب الشخصي فكرة الاعتداد بكفاية التراضي لتحقيق التوازن في العقد، إلى كون اعتناق مبدأ سلطان الإرادة يعتبر الوسيلة الأمثل لتحقيق ذلك، نظرا للغايات السامية التي يرمي إلى تحقيقها، ولعل أهمها على الإطلاق: واجب الوفاء بالوعد، والأمن القانوني

المؤدي إلى استقرار المعاملات، و العدالة التعاقدية.

فمن غايات المبدأ النبيلة واجب الوفاء بالعقود والعهود التي يقطعها المرء على نفسه، فالأشخاص الذين يلتزمون بإرادتهم الحرة، إنما يلتزمون لكي يوفون، من فلسفة أنهم أسياد لأنفسهم أثناء انصراف إرادتهم السلمية لإبرام العقد، والدخول كطرف في العملية التعاقدية وهم مسؤولون عن هذه التصرفات والآثار التي تترتب عليها.

و يتسع المجال كلما حاولنا تقريب المبدأ من الغاية، لأن مبدأ سلطان الإرادة له من التفرعات ما يمكن أن تتقاطع إحداها بأهداف العدل، و إذا كان العدل هو القانون الطبيعي فإن أنصار المبدأ يزعمون أن مبدأ سلطان الإرادة هو قانون طبيعي، فهي علاقة الجزء بالكل، و إذ لا يجوز بتأمل الجزئيات مع كليات تنقي إليها كقاعدة عامة، فلا أحد يمكنه نفي العلاقات المتشابكة بين العناصر المختلفة المكونة لكل منها.

و يدق الأمر إذا أردنا أن نبحث عن فكرة توازن الأداءات في العقد في هذا الحضم، فإذا كان هذا التوازن ترعاه إرادة في منتهى الحرية و الاستقلالية، فإن هذه الإرادة السلمية قد ارتضت الدخول في العملية التعاقدية و فق المصالح المستهدفة باعتبار ذاتية، ودوافع شخصية، تفوق الاعتبارات الموضوعية.

فالحرية ترعى التوازن و تحفقه، و العدالة تفترض الحرية، و مبدأ سلطان الإرادة بني على الحرية لاستهداف العدل الذي يسمو على كل توازن مادي مجرد.

و تبقى هذه الغاية من أهم مرتكزات فكرة التوازن في العقد، عليها يعتمد و إليها يصبو انطلاقاً من الأفكار العديدة التي صاحبت هذا التصور، و التي تم إجمالها في فكرة توازن العقد من خلال صحة التراضي التي تحتاج إلى المزيد من البسط و التحليل، و ذلك بالتعرض إلى سمات الإرادة الكفيلة بتحقيق هذا التوازن، و الأفكار و المبادئ المصاحبة لها.

ثانياً: تجسيد التوازن العقدي من خلال الإرادة الفردية

إن أنصار مبدأ سلطان الإرادة يرون كفاية الإرادة وحدها لإنشاء التصرفات القانونية وفي تحديد آثارها، لكونها قادرة على إحداث أثر قانوني دون حاجة إلى إجراء شكلي، كما أنها قادرة على تحديد مضمون الالتزامات، دون الحاجة لأن يتدخل الغير في العملية التعاقدية من الإنشاء إلى التنفيذ، ولا يجوز النقض ولا التعديل إلا في حدود ما ارتضاه المتعاقدين واتفقوا عليه.

الفرع الأول: الإرادة الحرة تحقق التوازن

إن الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة في صورته المطلقة، قد رتب عدة نتائج على كل المستويات خاصة في مجالي السياسة والاقتصاد، فلقد كان له الأثر البالغ في إطلاق الحريات الفردية والمناداة بالمساواة في الحقوق، وأتبعها حرية المنافسة و حرية الصناعة و التجارة.¹

فلا يجوز أن تتم العلاقات العقدية بين هؤلاء الأفراد إلا من خلال الاتفاقات الإرادية. وهذا المبدأ للإرادة يقابل المبدأ الاقتصادي الشهير دعه يعمل دعه يمر، أي يكون التعاقد بلا عائق، عبر عنه البعض بـ: " دعه يتعاقد بل قيود".²

و تبلورت هذه الفلسفة حقوقيا بالدور الرئيسي الذي أعطي للإرادة الفردية التي تتولى تنظيم العلاقات الاجتماعية، محل القانون من خلالها محل إرادة الأطراف لاستكمال ما أقره بكامل الحرية، كضمن طريقة لتأمين الغائية الفردية.³

و الإرادة الحرة السليمة في تحقيق التوازن المنشود وكفايتها لتحقيق ذلك، بالنظر إلى لما تحويه من خصائص تؤهلها للقيام بهذا الدور، و من هذه الخصائص حريتها الضامنة للتوازن، و حريتها في الاشتراطات التعاقدية، فالعدالة التعاقدية في نطاق التصور الشخصي لا يمكن بلوغها كغاية سامية، إلا عبر ممر رئيس، ألا وهو حرية التعاقد، الذي يتيح للمتعاقدين دائرة واسعة من البدائل والاختيارات تسمح لهم بأن يوازنوا بين مصالحهم دون ضغط الحاجة، أو إجبار سلطان إلا سلطان إرادتهم المندمجة في إرادة واحدة محققة للتراضي على جوهر العقد.

غير أنه يجب التسليم بحقيقة مفادها أن الحرية تقف عند حرية و حقوق الآخرين، و لا بد لعقد متوازن أن يأخذ هذا الواقع في الاعتبار فينبثق عنه التوافق الحر.⁴

و الأصل أن الشخص حر في أن يتعاقد أو لا يتعاقد وهو إلى جانب ذلك حر في اختيار المتعاقد الآخر. و العقد يفترض في الأصل إرادتين حرتين تتجهان إلى إحداث أثر قانوني معين و بمقتضى ذلك يكون للمتعاقدين الحرية في الدخول في العلاقة التعاقدية فالشخص لا يلزم في الأصل سوى بالعقود التي عقدها برضائه الحر السليم.

¹ أنظر، المادة 37 من دستور 1996.

² طالع، سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية، مصر، 1998، ص 31.

³ طالع، هنزي باتيفول، فلسفة القانون، ترجمة سمحي فوق العادة، منشورات عويدات، لبنان، 1972، ص 84.

⁴ طالع، مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 118.

كما أنه للشخص أن يرفض التعاقد و ذلك لأنه يوازن بين مصالحه المختلفة فقد يرى أن من مصلحته عدم التعاقد فيحجم على ذلك. كما أن للشخص أن يختار بجرية من يتعاقد معه وهذا ما يعزز دور الإرادة في الموازنة بين المصالح، انطلاقاً من الحرية الفردية التي تنطلق لصاحبها العنان في التعاقد من عدمه، وفي نوعية وشكل وحدود التعاقد، وكذا الأطراف الأخرى في العملية التعاقدية وانتقاء أفضلها تحقيقاً للفائدة المرجوة من العقد و النفع الشخصي الذي يعود على الداخل في عملية التعاقد.

و مبدأ حرية التعاقد، وما يترتب عليه من حرية التفاوض وحرية اختيار المتعاقد الآخر، مبدأ مطلق، ينبع إطلاقه من ذاتية المذهب المتأثر بروح الفردية القائمة على حرية المنافسة، التي تعني احتفاظ كل طرف بجريته في اختيار من يتعاقد معه حتى لحظة إبرام العقد، دون أن يجد من هذه الحرية المطلقة سبق السعي إلى التعاقد مع طرف آخر بعينه.

فالحرية هي الطريق إلى تحقيق المنافسة المشروعة الكاملة وضمان أكبر نفع من ورائها ولا تقييد هذه الحرية من خلال الاعتراف بالقوة الملزمة لاتفاق سابق على العقد المنشود أو من خلال الاعتراف بالمسؤولية عن قطع المفاوضات أو الانسحاب منها.

الفرع الثاني: الإرادة القادرة على إنشاء العقد، قادرة على تحقيق التوازن

إن الإرادة القادرة على تجسيد العدالة العقدية فضلاً على تحقيق التوازن في العقد هي الإرادة المدركة لما تقر والمميزة بين النافع والضار من المعاملات المالية، والقاصدة بعد ذلك لإنشاء العقود وترتيب الآثار، ولا يكون لها هذا المقام إلا بالحرية والسلامة و الإدراك.

و يكون لهذه الإرادة السلطان الأعظم بتمتعها بالقدرة على الالتقاء بمشيلتها مكانة، لتقرير التعاقد بعد أن يوازن كل طرف بين الأداءات المقدمة والمصالح المرجو تحقيقها.

لأن أخذ الإرادة في الاعتبار يكون قائماً على معيار شخصي وليس موضوعي، والإرادة بتلك المواصفات التي تؤدي إلى التزام صاحبها بالعقد لا يمكن أن تخطئ في تحقيق التوازن العقدي، ومن ثم تجسيد العدالة العقدية، لنقر بعد ذلك بكفايتها في تحقيق التوازن.

إن مبدأ سلطان الإرادة يقتضي أن يكون للأطراف مطلق الحرية في تحديد مضمون العقد بمعنى أنهم أحرار في تحديد حقوقهم والتزاماتهم الناشئة عن العقد.

فلا ينشأ العقد إلا إذا التقت إرادة بإرادة أخرى تشاركها في اتجاهها إلى ترتيب أثر من الآثار القانونية، ولهذا نقول إن العقد اتجاه إرادي مشترك إذ أنه يلزم لوجوده أن تشترك إرادة طرفين أو

أكثر في نفس الاتجاه. وعند اتحادهما تنشأ الإرادة التعاقدية فالذي ينشئ العقد إنما هو التراضي على ترتيب نفس الآثار القانونية التي اتجهت إليها كل من الإرادتين.¹

ويتفرع عن مبدأ الحرية التعاقدية مبدأ الرضائية وما يترتب عنه من اعتبار الإرادة أساساً للقوة الملزمة للعقد، ويعني هذا المبدأ أن العقد يتكون بمجرد تبادل الإرادات دون حاجة إلى أي نوع من أنواع الشكلية.

فالإرادة لن تكون حرة ولن تحتفظ بقوتها وفعاليتها في إنشاء الالتزام إذا تعطلت آثارها بسبب الاحتياج إلى إفراغها في قالب أو في شكل معين، وهذا هو الجاري العمل به في القانون المدني، إذ الأصل هو رضائية العقود وما الشكلية إلا استثناء تقتضيه ضرورة المعاملة وخصوصية العقد في حد ذاته، وإذ تفرق بين العقد الرضائي بمختلف الطرق المعبر بها عنه، وبين العقد الشكلي بالاتفاق أو بنص القانون في حالات استثنائية، نشير إلى أن هناك من العقود ما يتطلب الكتابة التي يكون الغرض منها الإثبات وليست ركناً من أركان الانعقاد، وبالتالي فإن تحلفها لا يؤثر في إنشاء هذه العقود التي يكفيا التراضي الذي يعبر عن حرية الإرادة.

والتقول بكفاية التراضي لإبرام العقد، يؤكد قدرة الإرادة على إنشاء العقد، أما قدرة الإرادة على تحديد مضمون العقد فتتمثل في حرية المتعاقدين فيما ينشئونه من عقود وعدد العقود و أنواعها التي ترم في الحياة العملية التي لا تخضع لتحديد ولا لتعدد.

وما دامت الإرادة في ظل هذا المذهب المقررة للشروط والمطلقة للبنود، فلا يضرها أو ينقص من شأن سلطانها ما يرد في القانون المدني من القواعد الاحتياطية المنظمة و المكملة لهذه الإرادة، تهتدي بها و تسترشد وترجع إليها حال الاختلاف حول بنود العقد، كما أن دور الإرادة في تحديد مضمون العقد يتجلى أيضاً في استبعاد أي عنصر أجنبي عن الإرادة عندما يقوم القاضي بتقدير صحة عقد ما فما أراده المتعاقدان هو وحده الذي يلزمهم.

المطلب الثاني: توازن العقد تعكسه المساواة المجردة

بعد التعرض لماهية الإرادة الكفيلة بإحداث التوازن في العقد بمجرد تراضيه مع إرادة تكافئها قوة وإدراك، وتمثالها وعي وتبصر، وتطابقها قدرة على ترتيب الآثار، سيتم تبيان أصل آخر من أصول

¹ طالع، أنور سلطان، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1998، ص 56، و حمدي محمد إساعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007، ص 32، و عبد المحي حمادي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، 1953، ص 39

التصور الشخصي التي أخذ بها المشرع عند اعتداده بفكرة توازن العقد من خلال صحة التراضي، وهذا الأصل هو توازن العقد من خلال المساواة المجردة.

الفرع الأول: فكرة التوازن الناتج بين مراعاة المساواة المجردة ومقتضيات العدل

أولاً: العبرة بالمساواة المجردة

و وفق نفس التصور للمساواة تكون العبرة بالمساواة المجردة دون الحقيقية للأطراف و يكون الاعتداد بالقيمة الشخصية للمعقود عليه، و يستبعد التفاوت المادي كميّار للتوازن في العقد، ففي ظل التصور الناتج يعتد أيما اعتداد بالإرادة الحرة السليمة في تحقيق المساواة. و يكفي في هذا الصدد بالتعادل الذي ارتضاه الطرفان المتعاقدان. وهي مساواة مجردة من كل قياس مادي.

يرى فقهاء القانون و من قبلهم من فلاسفة أن المساواة هي الترجمة الحقيقية و التعبير الواقعي للعدالة، فهي ترجمة محددة لفكرة مجردة. فوجود المساواة بين الأفراد يمكننا الحديث عن العدالة كغاية مثلى للقانون، وفي غياب المساواة تنمحي جميع صور العدالة. ولذلك تعتبر المساواة روح العدالة، لأنها تسند قوتها من القانون و تبحث عن مكانتها وتمركزها بتطلعها للعدالة.

و ما دامت العدالة هي هدف القانون يسعى إلى إدراكها، فلا ريب أن المشرع قصد بأحكامه بلوغها وذلك بربط مختلف نصوصه بالقيم الأخلاقية السامية و المبادئ الخالدة، تطلبا للعدالة عن طريق المساواة و هو ما تعكسه نظرتة إلى التزامات المتعاقدين.

فالمشرع وفق نظرتة الذاتية وتصوره الشخصي لأداءات المتعاقدين قد اهتم بالمساواة ولكن هذه المساواة — و إن كانت من صور العدالة — إلا أنها مساواة مجردة كنعكاس لعدالة مجردة.

لأن القانون يضمن الإطار العام الذي في ظله تتزايد الحريات بالحد من حرية الاعتداء على مصالح الأفراد، وهو بذلك يوجههم إلى الانتفاع من التعاقدات المتنوعة بالحرية التي يضبطها تقابل الإرادات المتساوية.

فإطلاق العنان للإرادة في أن تتعاقد كيف ما تشاء و مع من تشاء، وحريتها في الاتفاق والاشتراط، لا بد أن تصطدم بإرادة لها نفس المقومات النابعة من نفس الحقوق التي كفلها القانون. و في لحظة التقاء المشيئين لا بد أن يحدث شيء من التنازل عن بعض الغايات التعاقدية المزمع تحقيقها قبل تعبير كلا المتعاقدين عن إرادتهما، إيجاباً أو قبولاً. و هذا التنازل المتبادل عن تراض واختيار بحرية و استقلالية الطرفين من شأنه أن يحقق التوازن الذي قصده طرفاه، توازن ينطلق من المساواة المجردة. " و يقصد بالتعادل المجرد المساواة أو التعادل المجسد في هيكل علاقة التبادل

القانونية ذاتها والتي تبرز من خلال ثلاثة أمور: مساواة المتعاقدين، ومحل التبادل، وكيفية التبادل"¹.

فمن العدل استعمار أنصار التصور الشخصي فكرة المساواة المجردة التي تنطلق من أن الشخص صاحب الإرادة التي عددنا مناقبها سابقا لا يعجزه تحقيق المصالح بالقدر الذي يشاء وبالمنظور الذي يريد. فهي حرة في تقرير المساواة من الزاوية التي يرى الشخص ذاته العدل الذي أساسه التراضي. فالإرادة بتلك الميزات الفذة بمقدورها تحقيق المساواة، و المساواة في هذا الإطار لا تتمثل في العدل التبادلي أو ما يعرف بالعدل الخاص لتعلقه بمعاملات الأشخاص بعضهم ببعض و تتميز عن العدل التوزيعي وهو توزيع نسبي، حسب مراكز الأشخاص ومستوياتهم. وإنما هو عدل التعاقد الإرادي الذي ينطلق من مساواة المشيئتين القانونية.

ثانياً: المساواة المجردة لا تتنافى مع مقتضيات العدل و التوازن في العقد

القول بالمساواة المجردة يوحي باستبعاد المساواة الفعلية الحقيقية، التي يمكن تحقيقها في إطار توازن العقد من خلال صحة التراضي، لكن ما يجب التركيز عليه هو أن القانون لا يشترط المساواة الحقيقية، مساواة في مقدار الالتزامات المتقابلة و قيمتها المالية للإقرار بوجود التوازن.

كما لا يستبعد بالنتيجة العدل القائم على المساواة الفعلية التي يستهدفها طرفا العقد، و لا مانع — في ظل هذا التصور — من أن يشترطه في اتفاقها بأن يضمنها بندا من بنود العقد. فما دام للإرادة السلطان الأعظم في إنشاء العقد وتعديله و إنهائه، فللمتعاقدين أن يتفقا على وجوب تحقيقه بأن يجعلاه من جملة الاشتراطات العقدية، أو أن يجعلها جزءا معيناً نتيجة لتخلفه.

إن المرادين لعبارة: "العدل ما ارتضاه الأطراف"، أو العبارة المشهورة: "من قال عقدا قال عدلا"، أو غيرها من العبارات الدالة على نفس المعنى؛ كثيرا ما يخطئون في مقاصدها، إذ القول بأن العقد شأن المتعاقدين لا يعني استبعاد العدل، أو عدم ابتغاء المساواة، كما لا يتم بأي حال من الأحوال عن النية في استهداف استبعاد تحقيق التوازن.

غاية ما في الأمر أن العقد هو الوسيلة المثلى لتحقيق العدل، وذلك لأن الشخص السوي المرید لا يقدم على عقد يضر بمصلحة من مصالحه، و لا يتعاقد حرا ومختارا إلا عادلا في حق نفسه أولا. و بتعادل العدلين تتحقق العدالة العقدية في ظل هذا التصور.

و العدل ما ارتضاه الأطراف لا يعني أن الشخص قد تصرف إرادته إلى قصد عدم التوازن

¹ طالع، فيلالي علي، العقد، مرجع سابق، ص 146، هامش 2.

المادي في العقد، بل على النقيض تماما، فللمتعاقدين أن يتفاوضا و يتناقشا و يتساوما و يتشارطا بملء ما تحتويه معاني الحرية التعاقدية، لبتراضيا في الأخير بعد تطابق إرادتهما على ما يحقق التوازن بين التزاماتها المتقابلة و المترابطة. و هو الأمر الذي يعتد به المشرع لكنه في المقابل لا يشترط لقيام العقد صحيفا و متوازنا أن تكون هناك مساواة حسابية، وإن حدث باتفاق الأطراف فالقانون أولى بإقرارها.

كما أن الخلل في التوازن الذي يدعيه الغير، لا يشكل بمفرده ذريعة للتدخل في العقد و القول بعدم توازنه، تحت أي مسمى و إن كان إدعاء انتفاء العدالة العقدية. لأن المتعاقدين أحرار في ترتيب أوضاعهم التعاقدية و تحديد مراكزهم بما يحفظ مصالحهم و يراعها، طالما تم الاتفاق بحض الإرادة السلمية. لأن فكرة التوازن لا تستهدف المساواة المادية.

فالمشرع لا يشترط التوازن المادي في العقود كأصل عام، لأنه يهتم بالإرادة التي تنشئها لأن المشرع يضمن المساواة في الحقوق و الواجبات و هي مساواة مجردة، يضمن من خلالها وجود إرادة قانونية، تضمن بدورها الفعال التوازن في العقد و هو توازن نسبي.

فإذا كان كل متعاقد يتمتع بسلطان الإرادة يفرضه على رقعة صغيرة هي العقد، فلا يمكن لسلطتين حكم هذه الرقعة إلا بتنازلات متبادلة و حرة و متوازنة و عادلة، فلا أعدل من الإنسان مع نفسه إن عدل.¹

الفرع الثاني: القيمة الشخصية للمعقود عليه أساس فكرة التوازن

سبق الذكر، أن للإرادة التأثير الأوحد في اكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات، فكما أن إنشاء العقود يرجع للإرادة الحرة، كذلك الآثار التي تترتب على العقد تنشئها هذه الإرادة. فكل ما ارتضاه المتعاقدان يكون صحيفا، واجب الوفاء، و لو كان فيه غبن، ولا عبء بالتعادل بين المتعاقدين فيما يغنانه و يغرمانه بسبب العقد، و إنما العبء بسلامة و حرية الإرادة التي أنشأت الالتزامات. وعلى هذا الأساس تكون العبء بالقيمة الشخصية للمعقود عليه، بغض النظر عن التفاوت الذي ينظر إليه الغير عن العقد، طالما تراضى الطرفان على القيمة المادية لحل العقد، و قدم كل منهما أداء يراه معادلا لما حصل عليه بموجب نفس العقد.

وانطلاقا من مقولة الأستاذ فوي " إن كل ما هو تعاقدى يكون عادلا " ² فالشخص لا

¹ طالع، مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص 117.

² A. FOUILLEE: La science sociale contemporaine, Paris, 1880, P. 410.

يرتضي إلا ما يكون في صالحه، أي ما يكون عادلا، وكما يقول كانط: "عندما يقرر أحد شيئا في مواجهة آخر، فمن الممكن أن ينطوي على بعض عدم العدالة، ولكن عدم العدالة يكون مستحيلا حينما يقرر الشخص لنفسه"¹. كما هو الحال في العقد، فإذا كان العقد يخلق قواعد سلوكية قانونية، فإن تلك القواعد هي الأكثر عدالة، لأنها القواعد الناجمة عن محض الإرادة والمقبولة من منشئها.²

والقواعد المنظمة للعلاقة العقدية لا تتأتى من مصدر خارجي، بل المتعاقدون هم صناعتها، ليست غريبة عنهم، وتتوافق مع تطلعاتهم، وتطبيقها، أو الدعوة إلى الالتزام بها لا يشكل إخلالا بتوقعات من تحاطبه. فكما أن القاعدة القانونية العادية هي نتاج إرادة المجتمع المجسدة في السلطة التشريعية، فهي تتأتى من داخل المجتمع.³

وعند تسليمنا بأن التوازن المادي يُعنى بأداءات الأطراف التي يجب أن تكون متكافئة إلى درجة التعادل انطلاقا من فكرة الثمن العدل، وهو الأمر الصعب تحققه لأنه لا توجد معايير يمكننا من تحديده، وهو ما يدعونا لنسلم في المقابل بتوازن العقد من خلال صحة التراضي النابع من إرادة الأطراف ومشيئتهم، لأنه من الممكن ترك أطراف العقد، يقررون وجود هذا التوازن لكفاية المساواة المجردة في تحقيق ذلك، فمادام المتعاقدان على هذا القدر من المساواة فلا يحتاجان لحماية القانون، الذي لا يتدخل إلا ليكمل مشيئتهما في إتمام عقد أراداه الأسوياء أحرارا ومختارين، يستوي في ذلك ا كان المقابل عادلا أو مجحفا في نظر الغير، لأن كل مقابل في ظل هذا المذهب مقابل عادل باعتباره أثر للمساواة المجردة.

الفرع الثالث: التفاوت المادي ليس معيارا لتوازن الأداءات في العقد

وفق تصور المشرع لفكرة توازن العقد من خلال صحة التراضي، يكون من الطبيعي والمنطقي ألا

¹E.KANT: Doctrine du Droit, Traduction Barni, Paris, 1889, P. 169.

²PROUBIER: Theorie generale du droit, Paris, Sirey, 1951, P. 263.

³J.DARBELLAY: La regle juridique, son fondement moral et social, ed. De l'oeuvre st-Augustin, st-Maurice, Fribourg, 1945, p.76.

أشار إلى المراجع أعلاه الأستاذ ساي بديع منصور، عنصر الثبات وعامل التغير في العقد المدني، دار الفكر اللبناني 1، 1987، ص125 وما بعدها.

يعتد بالتفاوت المادي معيارا للتوازن¹، و على هذا النهج سارت كل التشريعات التي تبنت النظرة الشخصية للالتزامات.

فالالتزامات التعاقدية، لن تكون محل تعديل أو تغيير بعد انعقاد العقد صحيحا حتى لو طرأ بعده ما يجعل الالتزامات بين المتعاقدين متفاوتة، لأن الذي يبرم عقدا بإرادته الحرة السليمة و المدركة؛ فإنه يرى مصلحة له في ذلك، ويرى من منظوره الخاص وجود توازن في العقد الذي أبرمه، و ليس لأي من المتعاقدين أن يطلب إنقاص التزاماته أو زيادة التزامات الطرف الآخر بحجة تفاوت الأداءات أو الغبن.

و لتبيان ذلك، نوضح أولا أن العبرة بالتوازن الذاتي الابتدائي وأن الغبن اليسير شائع الحصول في كل تعاقد وأن هذا الغبن لا يؤثر في صحة العقد كقاعدة عامة، إلا إذا كان ناتج عن استغلال ضعف نفسي للمتعاقد المغبون.

إن عدم التعادل بين الالتزامات المتقابلة لا تأثير له وفق مذهب الإرادة على صحة العقد. لأن التعاقد، كما قد يكون مصدرا للربح، قد يكون كذلك مصدرا للخسارة، واختلال التوازن في العقد هو واقع المعاملات المالية، تبعا للفوارق بين المتعاقدين والظروف المحيطة بالعملية التعاقدية. فضلا عن كون العقد شأن المتعاقدين وتراضيهما على المعقود عليه يكفي للدلالة على قبول هذا التباين بين الأداءات التي يريانها متوازنة.

إن عدم تأثير الغبن على العقود مرده فكرة التوازن في حد ذاتها، لأنها تشترط المساواة في الالتزامات المتقابلة و المترتبة عن التصرفات القانونية. ولكن هذه المساواة لا ينظر إليها من جانبها المادي الموضوعي الذي يقاس بمعيار خارج عن إرادة المتعاقدين، وإنما العبرة بالمساواة الذاتية النابعة من إرادة الشخص نفسه، بحيث يكون في مركز قانوني يخوله أن يلتزم مدركا لنتائج تعاقد، و الذي يفترض أن يكون مميذا لاثار تصرفه والتي لا يعقل إلا أن تعود عليه بالنفع المجرد من القياس المادي البحث. لأن فكرة توازن العقد من خلال صحة التراضي، لا يمكن لها أن تلتقي مع نظرية الغبن المجرد، فضلا عن تبنيها.

¹ "الغبن هو زكاة الحرية، ومن أراد أن يكون حرا وجب أن يحترم تعهده الذي رضي به باختياره، ولو وقع عليه غبن في ذلك، و إن تقييد المعاملات بعدم وقوع الغبن فيها هو قتل لروح المضاربة، وهذه الروح ضرورية لتقديم التجارة والمعاملات" طالع، السنهوري، المرجع السابق، ص 447، هامش 3.

إن مصطلحي التوازن والمساواة يلتقيان مع غاية الغايات وهي العدالة. حيث تطبق قاعدة العدالة على العقد الذي يفترض أن العلاقات بين طرفيه تكون متوازنة، فالعدالة كقيمة سامية تبرر المساواة والتوازن بين المتعاقدين في علاقة التبادل، لأن التصور المجرد للعدالة مبني على تقييم مجرد للحقوق والواجبات وهو مستقل عن الرجوع إلى الوضعية الحقيقية للأطراف.

و بما أن العدالة المجردة تحفل باختلافات وضعية الأطراف خلال تكوين العقد فقط فإنه بعد تكوينه صحيحا تستبعد كل إمكانية التدخل لتحقيق التوازن الذي قد حسم فيه أطراف العقد أنفسهم. بمعنى آخر تهتم العدالة التعاقدية و تعنى بالتوازن الانطلاقي أي أن فقدان اختلال توازن الانطلاق يبرر تدخل القانون، أما فقدان توازن النتيجة فيتحمله المتعاقدان. وهذه العدالة توازنية لأنها تمنع أي تدخل في محتوى العقد في الوقت الذي يبدأ فيه مسار التنفيذ مهما كانت النتائج. و يجب أن يحترم العقد بعد نشأته و تكوينه كاحترامنا للقانون. و في إطار الفكرة الأساسية لهذه النظرية لا يستطيع القاضي أن يغير مضمون العقد، ولا يسمح للمتعاقد ألا يفي بوعوده، لاعتباره عقدا متوازنا و عادلا.

المبحث الثاني: توقع عدم التوازن في عقد التأمين

باعتبار عقد التأمين من عقود الإذعان، التي يسلم المتعاقد فيها بشروط العقد دون مناقشتها، أو المساومة بشأنها؛ فإن عدم التوازن متوقع في عقد التأمين. وتماشيا و مقصد المشرع في إضفاء العدل على طرفي العلاقة العقدية؛ فإنه كلما تجاوز التفاوت ومن ثم الاختلال الحد المألوف وجب التدخل لتصحيح مسار إرادة طرفي العقد، وتحقيق التراضي المأمول، و بالنظر إلى ما تشهده عقود الاستهلاك و منها عقد التأمين من استغلال الطرف القوي للطرف الضعيف استغلالا يعدم الإرادة و يعدم من خلال ذلك حريتها وقدرتها على تحقيق التوازن في العقد، سعى المشرع إلى مسايرة هذه الأوضاع الجديدة مراعيًا توازن الأداءات في عقد التأمين، ومحاولا التصدي لمختلف حالات اختلال التوازن في العقد.

المطلب الأول: مراعاة التوازن في عقد التأمين هو نتيجة لحماية الرضاء

استند المشرع لتبرير نظريته الذاتية لالتزامات المتعاقدين، إلى قدرة الشخص على حياية مصالحه بنفسه، طالما كان مع نظيره في التعاقد على نفس القدر من المساواة و الحرية انطلاقا من أن الشخص السوي المرید أقدر على تحقيق العدل بمفرده دون الحاجة إلى مساعدة من الغير حتى و لو

تمثل هذا الغير في إرادة المشرع، أو حماية القاضي.

الفرع الأول: التوازن عقد التأمين يتطلب أهلية كاملة، و رضاء سليما

أولا: المؤمن له مؤهلا لإبرام عقد التأمين

إن العقد المتوازن يتطلب أهلية المتعاقدين الكاملة، حتى تكون الإرادة كافية بمفردها لتحقيق لتوازن في عقد التأمين وفق التصور الشخصي يجب أن تكون هذه الإرادة الحرة سليمة، ولن تكون كذلك إلا إذا صدرت من ذي أهلية، و المقصود بالأهلية في نطاق دراسة و كفايته في تحقيق التوازن في العقد؛ هي أهلية الأداء¹، وهي صلاحية الشخص للتعبير عن إرادته تعبيرا تترتب عليه آثار قانونية. و هي قدرة الشخص على الإدراك والتمييز بين النافع من العقود التي يبرمها وبين الضار بمصلحة من مصالحه، بمعنى أن يكون أهلا للتعاقد. و يميز في هذا المجال بين حالات ثلاث للأهلية: الأهلية الكاملة، الناقصة، والأهلية المنعدمة.

فالأصل إذا هو أن يتعقد الشخص وقد أكتملت أهليته ببلوغه سن الرشد الذي يؤهله لمباشرة كافة التصرفات القانونية مع تحمل نتائجها و آثارها، سواء كانت هذه التصرفات نافعة نفعاً محضاً أو ضارة، أو تلك التصرفات التي تحمل الاغتناء أو الافتقار، وبما أن عقد التأمين هو من عقود الافتقار، فضلا عن كونه من عقود الغرر، فإن حماية المشرع للمؤمن له، تتطلب اشتراط أهليته الكاملة.

ثانياً: وجوب خلو إرادة المؤمن له من العيوب

اشترط المشرع سلامة الرضاء من العيوب للقول بصحة العقد و من ثم الاعتداد به كافيًا لتحقيق التوازن، بمعنى أن المشرع استهدف تحقيق التوازن في العقد بحمايته لإرادة طرفيه. فإلى جانب المساواة المجردة و الحرية الفردية عنصرا التوازن الظاهرين، استوجب التحقق مما خفي من سلامة التراضي وصحته، حتى تكتمل للإرادة كل مقومات القدرة على إحداث التوازن في العقد. و من خلال هذا الطرح، سعى المشرع وفق نظريته الذاتية إلى الاعتداد بنظرية عيوب

¹ وطبقاً لنصي المادتين 40 و 78 ق.م. فإن كل شخص أهل للتعاقد وفق الشروط المنصوص عليها، ونورد النصين لكفاية دلالتها على المقصود، فيما تعتبر تابعاتها من قبيل التفصيل والشرح لما أجمل في هاتين المادتين، وهو تبين لا بد منه بعد عرض النصين تنص المادة 40 من القانون المدني على أن: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يجبر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. و سن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة".

فيما تنص المادة 78 ق.م. "كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون".

الرضاء، منطلقاً من أن التوازن في عقد التأمين لا بد أن يمر عبر بوابة الرضاء الصحيح، فاعتمد على النظرية كالية وقائية في مواجهه الخلل المحتمل الوقوع، ومجاهبة الراغبين في إحداثه، فاشتراط وجوب سلامة الإرادة ليسلم بكفائتها لإحداث التوازن في العقد انطلاقاً من الإرادة المعيبة لا يمكنها تحقيق مبتغاه من التعاقد من كونها تصرف إلى غير العقد الذي كانت تريده لو كانت سليمة. فالخلل في التوازن بين أداءات المتعاقدين نتيجة طبيعية للإرادة المعيبة التي أنشأت العقد؛ و على هذا الأساس فإن الإرادة الحرة المميزة القادرة على إحداث التوازن يجب أن تكون سليمة من عيوب التي تفسد الرضاء وتحول دون وقوع التراضي اللازم و الكافي لإبرام العقد. فلا يعتد إلا بالرضاء الصحيح السليم الخالي من العيوب.

ومما تقدم نستشف الأهمية البالغة التي أولاهها المشرع لسلامة الرضا من خلال تعرضه لحالات أهلية الأشخاص المتعاقدين وترتيب الأثر القانوني على كل حالة منها حسب تقدير سلامة الإرادة ومن ثم قدرتها على تحقيق الفائدة والنفع مدركة مميزة وقاصدة و جعل المشرع كجزاء على تخلف سلطانها البطلان أو القابلية للإبطال حسب درجة الإدراك و أهلية المتعاقدين وهو ما يتماشى والتصور الشخصي المعتمد، وتحقيق التوازن في العقد الذي لا يكون إلا ضمن هذه الشروط وعي وتبصر وإدراك وتنور.

الفرع الثاني: مراعاة التوازن في عقد التأمين بإعمال حق الرجوع

يعتبر خيار المؤمن له في العدول من الركائز الأساسية التي يقوم عليها النظام القانوني لحماية المؤمن له، والعللة من تقرير هذا الالتزام تتمثل في محاولة إعادة التوازن إلى العلاقة العقدية نظراً لظروف إبرام هذه العقود والمتمثلة بانعدام القدرة على رؤية محل العقد حقيقة أو مناقشة شروط العقد صراحة. و المؤمن له يمارس هذه المكنة بإرادته المنفردة دون اللجوء إلى القضاء ودون اشتراط موافقة المؤمن، كما أنّ هذا الخيار يدخل ضمن الخيارات المؤقتة التي تنقضي إما باستعماله أو بسريان المدة المحددة لممارسته¹.

أولاً: ماهية حق الرجوع في عقد التأمين

أشار المشرع إلى حق رجوع المؤمن له عن العقد الذي أبرمه مع شركة التأمين، في المادة 70

¹ أنظر، عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004 ص، 769 و أحمد السعيد الزقرد، حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون، بحث منشور في مجلة الحقوق، السنة التاسعة عشر، العدد الثالث، 1995، ص 214

مكرر، و المادة 90 مكرر من 07/95 المتضمن قانون التأمينات¹ المعدل و المتمم بالقانون رقم 04/06.

ويمكن تعريف حق الرجوع بأنه: " تعبير عن إرادة معاكسة بمقتضاها يقصد صاحب تصرف أو تعبير بإرادة منفردة الرجوع عن إرادته و سحبها، و كأنها لم تكن من أجل إفراغها، من كل أثر في الماضي أو المستقبل"².

فحق الرجوع في عقد التأمين جاء استجابة من المشرع لمتطلبات واقع التعاقد في مجالات عديدة ومنها عقد التأمين، وذلك لإضفاء حماية للطرف الضعيف في عقد التأمين والممثل في المؤمن له وإعادة التوازن المطلوب بين المراكز القانونية والاقتصادية لكل من المؤمن و المؤمن له، فظرا لعدم خبرة هذا الأخير وتعاقد خارج مجال اختصاصه والضغط الاقتصادي وحاجته للتعاقد في مجال التأمين قد تدفعه إلى دون تفكير وبصورة متسرعة و دون روية لإبرام عقد التأمين، الشيء الذي قد يضر بمصالحه ويوقعه في عسر من أمره، خاصة في الجانب المالي، و من أجل ذلك تقرر إعطاء المؤمن له فرصة لتفكير والتراجع صونا لمصلحه.

ثانياً: حق الرجوع ممكنة للمؤمن له لاستدراك عدم تبصره

استحدث المشرع ممكنة الحق في التراجع في عقد التأمين، بعد معجز نظرية عيوب الإرادة عن حماية الرضاء و من خلاله تحقيق التوازن بالصورة المرجوة، فجاء الحق في تراجع المؤمن له عن العقد الذي أبرمه، لتمكينه من استدراك عدم تبصره.

ورغم أن الحق في التراجع يمس بمبدأ هام في نظرية العقد، و هو مبدأ القوة الملزمة للعقد، إلى أن المشرع استهدف في عقد التأمين الذي وإن روعي بنظرة ذاتية، لا يجب وأن نضيق على المتلخدين بالحسم النهائي في عدم إمكانية الرجوع في العقد، ولا أصبح الأمر أكثر مشقة، وبالتالي

¹ القانون 95-07 المؤرخ في 25 جاشي 1995 المتضمن قانون التأمينات، الجريدة الرسمية رقم 13 المؤرخة في 08 مارس 1995، المعدل و المتمم بالقانون رقم 06-04 المؤرخ في 20 فيفري 2006، الجريدة الرسمية رقم 15 مؤرخة في 12 مارس 2006.

² أنظر، كورنو، ص 729. نقلا عن، بناسي شوقي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، دكتوراه، جامعة الجزائر، 2016، ص 322، و باعتبار الرجوع من الخيارات العقدية فقد عرف بأنه: " خيار الرجوع يفترض عقدا سبق إبرامه باتفاق وتلاقي إرادتي طرفيه، ثم تأتي إرادة أحدهما فقط تهدم ذلك العقد الذي هو ترابط واتحاد إرادتين وليس إرادة واحدة. و الاختيار الذي يتضمنه " الخيار " لا يتكون من مجرد إمكانية التصرف أو عدم التصرف، فالخيار هنا يقصد به حرية الاختيار بمعناه العام. فهو إباحة مقيدة ومقصورة على الاختيار بين عدة خيارات وبدائل محددة ". أنظر، إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 159 و 201.

يصبح المتعاقد عبدا لعقده، بسبب مناداته بحرية إرادته.

و قد كرس هذا الحق بموجب نص المادة 90 مكرر 1 من قانون 07/95 من قانون التأمينات التي جاء فيها: " باستثناء عقود تأمين المساعدة، يجوز لمكتب عقد التأمين على الأشخاص لمدة شهرين (2) كحد أدنى، أن يتراجع عن العقد برسالة مضمونة مع وصل استلام خلال أجل ثلاثين (30) يوما ابتداء من الدفع الأول للقسط..

يجب على هذا الأخير إعادة القسط الذي تقاضاه، بعد خصم تكلفة عقد التأمين، خلال الثلاثين (30) يوما الموالية لاستلام الرسالة الموجهة من المكتب إلى مؤمنه، و التي موضوعها التراجع عن العقد".

الفرع الثالث: الشفافية و النزاهة و اقيان من الاختلال المحتمل في توازن عقد التأمين

الالتزام بالإعلام في عقد التأمين هو التزام مزدوج، بمعنى أنه يقع على عاتق كل من المؤمن و المؤمن له على حد سواء،¹ و هو ما يبرر وصف عقد التأمين بأنه عقد التكافل الصّرف بين المتعاقدين.

يلزم القانون المؤمن له بالقيام بإعلام المؤمن ببعض المعلومات التي يمتلكها و المرتبطة بالعقد، فيلتزم بالإدلاء بها الى الطرف الآخر، متى كانت تلك المعلومات لازمة لتنوير إرادته حتى ينعقد العقد صحیحًا.

يعرف هذا الالتزام بأنه عبارة عن واجب يقع على عاتق المتعاقد الذي يحوز معلومات متصلة بعقد التأمين، أن يُعلم بها المتعاقد الآخر الذي لا يجهلها، وعادة ما يتعلق هذا الأمر بمضمون العقد في ذاته، أو بمدى مناسبة أو ملائمة الدخول في العقد بالنسبة للطرف الآخر.²

وقد ألزم المشرع بموجب نص المادة 15 من قانون 07/95 من قانون التأمينات على أن يلتزم المؤمن له بالتصريح عند اكتتاب العقد بجميع البيانات و الظروف المعروفة لديه قصد السماح للمؤمن بتقدير الأخطار التي يتكفل بها، كما وضع على عاتق المؤمن له الالتزام بالتصريح حول تغير الخطر

¹Muriel FABRE- MAGNAN : De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie, LGDJ, Paris, 1992, p 235.

² انظر، خالد جبال احمد- الالتزام بالإعلام قبل التعاقد- دار النهضة العربية- القاهرة- 2003- ص 82. محمد إبراهيم دسوقي- الالتزام بالإعلام قبل التعاقد- دار إيهاب للنشر- أسبوط- 1985- ص 56، عبد الرزاق احمد السهوري- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- الجزء السابع- المجلد الثامن- عقود الغرر ((عقود المقامرة والرهن المرتب مدى الحياة وعقد التأمين))- منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت- فقرة 611- ص 1247.

و تفاقمه، و تبليغ المؤمن بكل حادث ينجر عنه الضمان.

وعلى سبيل المثال، يترتب على المؤمن له في التأمين على حياته، التزام بإعلام شركة التأمين بالمعلومات الضرورية كافة عن موضوع التأمين، حول السن والحالة الصحية، لأنه بناء عليها سيتم تحديد قسط التأمين ومبلغ التأمين، ففي هذا العقد يلتزم المكتتب بإعلام شركة التأمين في المرحلة السابقة على التعاقد أو في مرحلة تنفيذ العقد بالبيانات المتعلقة بالعقد و من أهمها أيضا البيانات المتعلقة بالخطر المؤمن منه و هو محل التأمين حتى يتمكن المؤمن من اتخاذ قرار إبرام العقد وهو على بينة من أمره وإرادة متنورة، وهذا يعني أن المؤمن له يلتزم بأن يفضي للمؤمن بالبيانات كاملة وصحيحة عن الخطر المزمع التأمين منه وقت إبرام عقد التأمين حتى يتمكن شركة التأمين من تقدير جسامة الخطر والظروف المحيطة به والبت في أمر التعاقد من عدمه، إذ لا تؤمن هذه الأخيرة إلا الأخطار التي ترى بمقدورها تغطيتها، إما بالنظر لملاءتها المالية، أو بالنظر للتوازنات التي تستهدفها من خلال التعاقد.

وعليه فإن هناك التزاماً تبادلياً بالإعلام مُلقى على عاتق طرفي عقد التأمين حيث يجوز كل منهما بيانات هامة يجهلها الطرف الآخر، ففي عقود التأمين يجب على المؤمن إعلام المؤمن له بحقوقه وواجباته وما يترتب عليه بموجب وثيقة التأمين

والمشروع يهدف من وراء إلزام المؤمن بهذا الواجب إلى تحقيق الفلسفة التي تم وضع قانون حماية المستهلك من أجلها، والتي تتمثل في حماية هذا الطرف الضعيف لاعوزاه للمعلومات من جهة، والمركز الاقتصادي القوي للمؤمن من جهة ثانية، فحاول المشروع عبر وضع هذا الالتزام أن يعيد بعض التوازن إلى العلاقة العقدية بين طرفي عقد التأمين عبر تبصير وإعلام مكتتب التأمين، وذلك بتزويده بالبيانات الضرورية الكفيلة بأن يُقدم على التعاقد مع المؤمن وهو يعلم كافة التفاصيل التي تجعل من رضائه متنورا¹.

و باعتبار المؤمن له عديم الخبرة، بل قد يكون من الجهل ألا يعرف حتى أبسط حقوقه، فضلا عن الواجبات الملقاة على عاتقه، فلا يحسن أن نحمله ما لا يعلم من بيانات متصلة بعقد التأمين والمؤثرة في تقدير الخطر من طرف المؤمن، فليس من العدل أن نطالب المكتتب بتقديم معلومات لا

¹ انظر محمد قاسم، الوسيط في عقد البيع، المرجع السابق، ص 94.

يعلم عنها شيئاً¹.

المطلب الثاني: تصدي المشرع للشروط التعسفية

لقد تصدت كافة التشريعات لهذه الشروط المجحفة ونذت العقود التي تتضمنها منعاً للآثار السلبية الوخيمة التي تلحق الطرف المدعى من هذه البنود التعسفية التي تجعل التزامات الطرفين غير متكافئة، تعكس انعدام التوازن في العقد.

الفرع الأول: الشرط التعسفي المحل بالتوازن العقدي

فقد عرف على أنه: الشرط الجائر الذي يتضمن أحكاماً تتنافى مع العدالة، أو هو الشرط الذي يورده المحترف في تعاقد مع المستهلك، والذي يؤدي إعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين، وهو يقدر وقت إبرام العقد، بالرجوع إلى ظروف التعاقد وموضوعه وحالة طرفيه وفقاً لما تقضي به العدالة².

ويعتبر تعسفياً الشرط المحرر مسبقاً من جانب الطرف الأكثر قوة، ويمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة على الطرف الآخر، ويمكن أن يعتبر تعسفياً تطبيقاً لذلك شروط الإعفاء من المسؤولية أو المحددة لها، الشروط الجزائية، وشروط إسناد الاختصاص³. كما يعرف على أنه: " كل شرط يترتب عليه إخلال بالتوازن العقدي لصالح من يفرضه على شخص عديم الخبرة أو موجود في مركز عدم المساواة الفنية أو القانونية أو الاقتصادية بالمقارنة مع الطرف الآخر في العقد " ⁴

و قد تناول الفقه القانوني الشرط التعسفي من خلال العديد من الزوايا فمن حيث المصدر، فإن الشرط التعسفي هو ذلك الشرط الذي ينشأ بسبب التعسف و يسمح بوقوع هذا التعسف. ومن حيث الطبيعة، فهو الشرط الذي يتنافى مع ما يجب أن يسود التعامل من شرف ونزاهة وحسن نية والذي يتنافى أيضاً مع روح الحق و العدالة. ومن حيث الآثار، فهو التصرف الذي يترتب عليه تحويل العقد عن وظيفته لما يؤدي إليه من وجود اختلال في توازنه⁵.

¹ CH.DUBREUIL ,le contrat d'assurance, in la bonne foi, journée louisianaises, tome XI III, jitec paris, 1992, p 71

² طالع، بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود، دار هومة، 2007، ص 60.

³ طالع، أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك، إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994 ص 212.

⁴ طالع، حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دار الفكر العربي، القاهرة، 1997، ص 52.

⁵ طالع، عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 402.

و بالرجوع إلى القانون المدني نرى أن المشرع أشار إلى الشرط التعسفي في المادتين 110 و 112. والتعسف قد يتم تحديده بمعايير يعتبر بموجبها الشرط تعسفياً و هي : معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية، معيار الميزة الفاحشة أو المفرطة، معيار الإخلال الظاهر بتوازن الالتزامات¹. كما يحدد التعسف بالرجوع إلى المادة 124 مكرر من القانون المدني التي تنص على: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

الفرع الثاني: إعادة التوازن لعقد التأمين باعتباره من عقود الإذعان

إن توافر الخلل في التوازن نتيجة الشرط التعسفي المدرج في العقد، يبرر تدخل القاضي لإعمال رقابته فينظر إلى أداءات المتعاقدين و تكافئها و إلى الشرط الجائر وعلاقته بالخلل في التوازن التعاقدية، ونية المتعسف ومدى انصرافها للغاية الاجتماعية لحقه الشخصي.

فإذا تم العقد بطريق الإذعان بأن تكون مراكز المتعاقدين غير متساوية بحيث يمكن لأحدهما أن يفرض ما أراد من شروط في حين قبل الطرف الآخر جميع هذه الشروط دون أن يناقشها وهذا ما يجعل القوي يستغل مركزه بوضع شروط تعسفية، وهنا يكون للقاضي سلطة واسعة لتكييف الشروط التي تعتبر تعسفية.

و القاضي عند استعمال سلطته في إعفاء الطرف المدعن من الشرط التعسفي، إنما يفعل ذلك انطلاقاً من رغبة المشرع التي يحل القاضي محلها ويفترض عليه تجسيدها، هذه الرغبة تتمثل في إحقاق الحق وإرساء قواعد العدل، ومن ذلك وجوب مراعاة تكافؤ الأداءات وتحقيق التوازن في العقد الذي قد يختل نتيجة وجود هذا الشرط الجائر والبند المجحف الدال على نية التعسف وقصد الإصرار بمركز الطرف المدعن الضعيف.

والعبارات التي تتضمنها عقود الإذعان قد تكون غامضة بالنظر إلى الإبهام الذي يعتريها أو عدم التوافق و الانسجام بين شروط تعاقدية عديدة أو التناقض بين شرط مكتوب باليد وشرط مطبوع مما يثير اللبس، كما أن للمصطلحات المستعملة بالغ الأثر في ضبابية العبارات وغموضها بالنظر

¹ " و الواقع أن المشرع قد أحسن عملاً عند أخذه بمعيار الإخلال الظاهر بين حقوق و التزامات الأطراف، على أساس أنه معيار قانوني و موضوعي "، أظن، بناسي شوقي، المرجع السابق، ص 416.

إلى اللغة المستعمل بها المصطلح، أو بالنظر إلى اعتباره مصطلح فني خاص و لا يفك شفرته إلا المتخصص من أهل ذلك العلم أو الفن، لأنه قد يحتمل المعنى الذي لا يقصده المتعاقد المذعن عند قبوله التعاقد، و ذلك لعدم الإحاطة بمدلول العبارة وقصد المصطلح، الشيء الذي يستوجب تدخل المشرع لتأويل هذه العبارات لفائدة الطرف المذعن.

أما في القواعد الخاصة فقد اعتمد المشرع في تعيين و تحديد الشروط التعسفية ومن ثم مجابتهها بأساليب أربعة هي: الأسلوب التشريعي بموجب نص المادة 29 من القانون 04-102¹، و الأسلوب التنظيمي بموجب نص المادة 30 من نفس القانون² و الأسلوب القضائي وهو ما اقتضته المادة الخامسة في فقرتها الثالثة من القانون السالف الذكر، لتكرس المادة السادسة من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الأسلوب الإداري، بإقرارها لجنة الشروط التعسفية³، إضافة إلى أساليب الرقابة الأخرى لحماية المستهلك.

المطلب الثالث: القواعد الخاصة بعقد التأمين تهدف إلى تحقيق التوازن

إن القواعد الخاصة بعقد التأمين، تجابه الاختلال المتوقع بين أدعاءات طرفي العلاقة التعاقدية، من خلال القواعد الامرة لأحكام هذا القانون، الجزاءات الخاصة على الشروط التعسفية، فضلا مبدأ التعويض.

الفرع الأول: القواعد الامرة في عقد التأمين

إن المؤمن له في مركز الطرف الضعيف في عقد التأمين في مقابل شركة التأمين التي تعد العقود النموذجية وما تحتويه من بيانات وشروط تعسفية ترهق كاهله وتعفي في المقابل المؤمن من أهم التزاماته مما أثر على التوازن الاقتصادي للعقد لمصلحة المؤمن الذي استغل مبدأ الحرية التعاقدية لاستغلال الجانب الضعيف في العقد، غير أن هذه الحرية سرعان ما تداركها المشرع في عقد التأمين؛ إذ حد من غلوها بقواعد آمرة.

فقد نصت المادة 625 من القانون المدني على أنه: يكون باطلا، كل اتفاق يخالف

¹ طالع، القانون 04-02 المؤرخ في 23 جوان 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسة التجارية، المعدل و المتمم بالقانون رقم 10 - 06 المؤرخ في 15 أوت 2010.

² تطبيقا لنص المادة 30، صدر المرسوم التنفيذي رقم 06-03 المؤرخ في 10 سبتمبر 2010 محمدا العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المهنيين، و البنود التي تعتبر تعسفية.

³ أنظر، بنامي شوقي، المرجع السابق، ص 420 وما بعدها.

النصوص الواردة في هذا الفصل إلا أن يكون ذلك لمصلحة المؤمن له أو لمصلحة المستفيد .
إن هذا التوجه من المشرع في جعل أحكام قانون التأمين من النظام العام، يؤكد بحق استهداف المشرع التوازن بين أداءات المتعاقدين، من منطلق التوقع لانفراد المؤمن بإدراج شروط تعسفية تخالف مقتضيات إبرام عقد التأمين.

فالنصوص التي تنظم عقد التأمين تهدف في مجملها إلى حماية المؤمن له بنصوص لا يجوز مخالفتها، ولا يجوز الاتفاق على ما من شأنه أن يكون مخالفاً لفحوى نصوصها، إلا أن يكون ذلك لمصلحة المؤمن له، أما إذا اتفق على مخالفتها لمصلحة المؤمن فإن الاتفاق يكون باطلاً، لأن المشرع قصد حماية الطرف الضعيف، و توقع مسبقاً أن يكون في مواجهة المؤمن المحترف الذي قد يلجأ إلى كل أسلوب يجعل من شروط العقد و بنوده تصب في مصلحته، أو على الأقل يخرج بموجب العقد بأكثر الأرباح و أقل التكاليف، لأن المؤمن شركة ذات طابع تجاري، تسعى بدهاءة لتحقيق الربح،، ليأتي دور المشرع في إرجاع الأمور إلى نصابها، و معالجة الاختلال المتوقع بين تقديرات طرفي عقد التأمين.

و تكمن رغبة المشرع في معالجة الاختلال الظاهر بين تقديرات أطراف عقد التأمين، في أن اعتبار بعض القواعد القانونية من النظام العام يقتضي وجوب إثارة خرقها، يجوز للقاضي أن يشير تلقائياً بطلان الاتفاقات المخالفة للقواعد الامرة المرتبطة بالنظام العام، كما يعتبر عدم إثارتها من طرف محكمة الموضوع كسبب يمكن اعتماده للطعن بالنقض على اعتبار أن الأمر يتعلق بمسألة قانون.

ثانياً: التشدد في مجابهة الشروط المجحفة في عقد التأمين

يعتبر عقد التأمين من العقود التي يشدد فيها بجوب تحقيق التوازن بين طرفي العملية التعاقدية كونها من عقود حسن النية الصرفة التي تلزم المستأمن بالإدلاء بكل البيانات عند إبرام العقد والمتعلقة بالخطر المؤمن منه وأوصافه الكافية. ويعتبر عقد التأمين الصورة الواضحة للتدليل على عقود الإذعان، لأن شركات التأمين تضع شروطاً مسبقة عامة، لا يملك القابل إزاءها إلا التسليم ولا يملك أحياناً حتى حق رفض التعاقد تحت طائلة العقوبات كما هو الشأن في التأمين على السيارات مثلاً. ونظراً لهذه الخصوصية، بات من المسلم به أن عقود الإذعان تعتبر المجال الأخصب لانتشار الشروط التعسفية التي تصدى لها المشرع من خلال المادتين 110 و 111 من القانون المدني، زيادة إلى توفير حماية خاصة للطرف المدعن في عقد التأمين من خلال المادة 622 من القانون المدني على بطلان طائفة من الشروط التي ترد فيها، التي تتمثل في: الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في

التأمين بسبب مخالفة القوانين والنظم إلا إذا انطوت هذه المخالفة على جناية أو جنحة عمدية. و الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث إلى السلطات، أو في تقديم المستندات، إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول. وكل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقاً بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط، إضافة إلى شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة، لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة. كما نصت في النهاية على بطلان كل شرط تعسفي آخر، يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث. كما تقرر في عقد التأمين بطلان كل شرط يخالف أحكام النصوص الواردة في الفصل الخاص بعقد التأمين إلا أن يكون ذلك لمصلحة المؤمن له أو مصلحة المستفيد. وقد تضمن نص المادة 622 من القانون المدني جملة من الشروط التعسفية، و قضى ببطلانها لما فيها من التعسف حياً للطرف المدعى في العقد، وإقراراً لوجوب تحقق التوازن في عقد التأمين بإعفاء الطرف المدعى منها.

الفرع الثاني: التوازن في عقد التأمين من خلال مبدأ التعويض

أولاً: توقع عدم التوازن بين الأداءات في التعويض من الأضرار

إن الوضع القانوني للمؤمن له يتغير بتغير نوع عقد التأمين الذي يقدم على إبرامه، فالقول بالصفة التعويضية في التأمين على الأضرار على عكس التأمين على الأشخاص، يجعل المؤمن له في التأمين من الأضرار في وضع مغاير عن المؤمن له في التأمين على الأشخاص، و يمثل هذا الوضع في الاختلال الظاهر بين مركز المؤمن و المؤمن له في التأمين من الأضرار، و هو الأمر الذي لا نلمسه في مجال التأمين على الأشخاص¹.

يستشف من خلال مبدأ التعويض أنه لا يجب أن يتعدى المبلغ الذي يلتزم المؤمن بدفعه الضرر الذي لحق بالمؤمن له فعلاً، إن لمبدأ التعادل بين التعويض والضرر الأثر البالغ في استقرار قاعدة التعويض الكامل التي تمثل استجابة لمطلب مفصلي تقتضيه العدالة للمزايا العديدة التي يمتاز بها هذا النظام، فهو يسمح للمضرور بالحصول على تعويض يحقق رغبته في محو الضرر الذي أصابه وبالتالي فإن تلك القاعدة تفضل كثيراً على نظم التعويض المغايرة، فإذا أمن شخص على منزله من الحريق بمبلغ معين واحترق المنزل لا يستطيع المؤمن أن يحصل على أكثر من القسط الذي دفعه، حتى ولو

¹ مدحت محمد محمود عبد العال، اختلال التوازن العقدي بين التزامات طرفي التأمين، دراسة نقدية لمفهوم الصفة التعويضية في التأمين من الأضرار، م.ق.إ.ق.، القاهرة، 2010، ص 9 و 10.

كانت قيمة المنزل وقت احتراقه تزيد عن هذا المبلغ وهذا هو مبدأ التعويض عن الضرر، فإذا فرض أن قيمة المنزل وقت احتراقه كانت قد انخفضت فإن المؤمن لا يلتزم إلا بدفع ذلك المبلغ. وقد ذهب جانب من الفقه إلى ضرورة تطوير نظم تقدير التعويض إذ ينبغي الأخذ إلى جانب قاعدة التعويض الكامل للضرر بمبدأ التعويض العادل بما يسمح بمعالجة بعض الحالات الواقعية فلا يقدر التعويض عندئذ كاملاً وإنما يقدر تقديراً عادلاً يقيم وزناً للظروف الملازمة لوقوع الضرر والحالة المالية لكل من المضرور والمسؤول وجسامة الخطأ¹.

ثانياً: التوازن في عقد التأمين على الأشخاص

عقد التأمين هو من عقود المعاوضة، فالمؤمن له يستحق مبلغ التأمين، نظير تسديده لأقساط التأمين، وتبدو عدالة التعويض واضحة في مجال التأمين على الأشخاص، باعتبار الأقساط التي يدفعها مكتتب التأمين مالا ادخاريا من حق المؤمن له أو المستفيد.

انطلاقاً من أن حق المؤمن له أو المستفيد لا يسقط في استحقاق الأقساط المدفوعة من قبل مكتتب التأمين، إلا إذا ارتكب خطأ، أو غشاً، أو لم يسدد ما استوجب عليه من أقساط تأمينية. وعلى النقيض من ذلك؛ يتوقف مبلغ التأمين في تأمين الأضرار على الضرر الناشئ عن الحادث المؤمن منه و المبلغ المؤمن به، فلا يستحق مبلغ التأمين في تأمين الأضرار إلا إذا حدث ضرر بالفعل نشأ عن وقوع الخطر المؤمن منه، فيكون مبلغ التأمين تعويضاً عنه، باعتبار أن لتأمين الأضرار صفة تعويضية، ولا يجوز أن يتجاوز مبلغ التأمين قيمة الضرر، وإلا كان إثراء بلا سبب وإذا لم يحدث ضرر فلا تلزم شركة التأمين بصفتها مؤمناً عن الخطر الذي تحمّله و الذي من أجله تعاقد المؤمن له، برد الأقساط كبلغ مستحق، لاعتبار المؤمن له قد تلقى في مقابل الأقساط أماناً و اطمئناناً طيلة فترة سريان عقد التأمين، وهو شأن عقود الغرر المعلقة على حادث غير محقق الوقوع.

و عود على بدء، و إذا أخذنا مثال التأمين على الحياة باعتباره أهم فرع من فروع التأمين على الأشخاص، فلا نجد للصفة التعويضية من حيز تشغله، فالمؤمن له أو المستفيد لا يحتج ضده بوجود تحقق الضرر، لأنه يستفيد من مبلغ التعويض دون البحث عن الضرر جراء تحقق الخطر المؤمن منه، فمعاوضة التأمين على الحياة لا تكون إلا بمبدلة بين القسط و مبلغ التأمين² و بناء

¹ الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 51

² أنظر، مصطفى محمد الجمال، الوسيط في التأمين الخاص، ط 1، 1998، ص 174

على أن حياة الانسان لا يمكن أن تقدر بالمال¹، فإن استبعاد الصفة التعويضية أمر منطقي ينفي ارتباط تحقق الضرر بمبلغ التأمين، و استحقاق مبلغ التأمين يكون تبعاً لدفع الأقساط أو الدفعات المالية.

ويتضح جلياً عند التطرق إلى هذا النوع من التأمين، و استقراء نص المادة 619 من القانون المدني التوازن الظاهر بين التزامات المتعاقدين، فنجد المادة السالفة الذكر قد ربطت استحقاق مبلغ التأمين مقابلاً لدفع المؤمن له لأقساط التأمين، و قد جاء في نص المادة 619 ما يلي: "التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو المستفيد...مبلغاً من المال... مقابل قسط... يؤديها المؤمن له للمؤمن".

خاتمة:

إن التوازن في عقد التأمين، يحققه أطراف العملية التعاقدية من خلال واجب التكافل الذي يجب أن يسود العقود جميعها، و بصفة خاصة عقد التأمين بوصفه عقد التكافل البحت. قد يكون من الصعب الخروج عن القواعد العامة التي تحكم النظرية العامة للعقد، بإقرار نصوص تجبر المتعاقدين على الالتزام بواجب التكافل، إلا أن توجه المشرع في توشي إحداث التوازن في عقد التأمين بطرق مختلفة و بقواعد تجابه عدم التوازن الظاهر بين أداءات المتعاقدين، تشجعنا على الحث على إدراج كل ما من شأنه الحفاظ على مصالح المتعاقدين مجتمعة، و الحرص على حماية مركز الطرف الضعيف، سواء بتعميم مجابهة الشروط التعسفية على كل العقود، و التوسع في مبدأ أحسن النية ليشمل جميع مراحل إنشاء العقد، و من ثم محاكاة القانون المدني الفرنسي الجديد، خاصة ما تعلق بركني المحل و السبب في العقد.

إن الجانب الأخلاقي في علاقات التعاقد، أصبح يلح على المشرعين بإيلاءه الاهتمام الذي يصير من الواجبات الخلقية، التزامات قانونية، توجه سلوك المتعاقد و تجبره على التعاقد بروح الإخاء و التعاون، و ابتغاء المصالح بما يملكه واجب التكافل، لنأمل في الأخير أن يصبح عقد التأمين عقداً تكافلياً، و هو لا يكون كذلك إلا بواجبات التكافل التي يتحملها أطراف عقد التأمين.

¹ أنظر، توفيق حسن فرج، أحكام الضمان، الدار الجامعية، بيروت، 1997، ص 317.

قائمة المراجع:

المراجع باللغة العربية:

1 - القوانين:

- الأمر 75- 58 المؤرخ في في 26 سبتمبر المتضمن القانون المدني الجريدة الرسمية رقم 78 المؤرخة في 1975/09/30.

- القانون 95 - 07 المؤرخ في 25 جانفي 1995 المتضمن قانون التأمينات، الجريدة الرسمية رقم 13 المؤرخة في 08 مارس 1995، المعدل و المتمم بالقانون رقم 06 - 04 المؤرخ في 20 فيفري 2006، الجريدة الرسمية رقم 15 مؤرخة في 12 مارس 2006.

2 - الكتب:

- أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك، إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.

- أنور سلطان، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1998.

- بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود، دار هومة، 2007، ص 60.

- توفيق حسن فرج، أحكام الضمان، الدار الجامعية، بيروت، 1997.

- حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دار الفكر العربي، القاهرة، 1997.

- حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007.

- خالد جمال احمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

- سامي بديع منصور، عنصر الثبات وعامل التغير في العقد المدني، دار الفكر اللبناني، 1998.

- سعيد سعد عبد السلام، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية، مصر، 1998.

- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، 1953.

- عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء السابع، المجلد الثامن، عقود الغرر عقود المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة وعقد التأمين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، فقرة 611، ص 1247.

- علي فيلاي ، النظرية العامة للالتزامات، العقد، موفم، 2008، ص 146.
- عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- محمد إبراهيم دسوقي - الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار إيهاب للنشر، أسيوط 1985.
- محمد قاسم، الوسيط في عقد البيع، الدار الجامعية الجديدة، 2011.
- مدحت محمد محمود عبد العال، اختلال التوازن العقدي بين التزامات طرفي التأمين، دراسة نقدية لمفهوم الصفة التعويضية في التأمين من الأضرار، م.ق.إ.ق.، القاهرة، 2010.
- مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004.
- مصطفى محمد الجمال، الوسيط في التأمين الخاص، ط 1، 1998، ص 174.
- هنري باتيفول، فلسفة القانون، ترجمة سموحي فوق العادة، منشورات عويدات، لبنان، 1972.

2- رسائل الدكتوراه:

- شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، دكتوراه، جامعة الجزائر، 2016.
- هيفاء تكارى رشيدة، النظام القانوني لعقد التأمين، دراسة في التشريع الجزائري، دكتوراه، الجزائر، 2012.

3 - المقالات:

- أحمد السعيد الزقرد، حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون، بحث منشور في مجلة الحقوق، السنة التاسعة عشر، العدد الثالث، 1995.
- سارة بوفلحة، مدى انطباق خاصية الإذعان بين المفهوم التقليدي و اتجاهات الفقه الحديث، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 47، 2017.
- سامي بن حملة، إعادة التوازن العقدي بين المستهلك و المتدخل في عقود الاستهلاك، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الخامس، 2015.

المراجع باللغة الفرنسية:

- A. FOUILLEE: La science sociale contemporaine, Paris, 1880.
- E.KANT: Doctrine du Droit, Traduction Barni, Paris, 1889.
- PROUBIER: Theorie generale du droit, Paris, Sirey, 1951.

J.DARBELLAY: La regle juridique, son fondement moral et social, ed. De l'oeuver st-Augustin, st-Maurice, Fribourg, 1945.

Muriel FABRE- MAGNAN : De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie, LGDJ, Paris, 1992, p 235.

CH.DUBREUIL ,le contrat d'assrance, in la bonne foi, journée louisianaises, tome XI III, jitec paris, 1992.

رعاية المسنين بين الشريعة الاسلامية و القانون الجزائري رقم 12/10 تحديدا

تاريخ الإرسال: 2018-01-10
تاريخ القبول: 2018-05-11
تاريخ النشر: 2018-08-03
عامر عامر مصطفى
طالب دكتوراه، عضو بمخبر البحث القانون والعقار
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 02

الملخص:

إن الإستراتيجية والسياسة الاجتماعية الوطنية لرعاية الأشخاص المسنين، ترمي إلى محاربة كل أشكال إقتلاعهم من وسطهم الأسري والاجتماعي المخالف لقيمتنا الوطنية والاجتماعية الإسلامية بالأخص، فهي تسعى إلى ضمان تكافل وتكافل أسري واجتماعي، إن على مستوى الأسرة أو على مستوى هيكل ومؤسسات إستقبال المسن عند الإقضاء، من خلال إيجاد آليات مناسبة لذلك، وما القانون 12/10 تأكيداً لتوجهات الدولة التي أخذت على عاتقها ذلك كونه جوهر إلتزام الدول والمجتمعات اتجاه مواطنيها.

الكلمات المفتاحية: المسن؛ الرعاية؛ التكافل الأسري؛ الدولة الراعية؛ المجتمع.

Résumé :

La stratégie sociale nationale et la politique de prise en charge des personnes âgées visent à lutter contre toutes les formes de déracinement de leur famille et de leur société qui sont contraire à nos valeurs nationales et islamiques en particulier, ils cherchent à assurer la solidarité et la sécurité familiale et social, que ce soit au niveau de la famille ou au niveau des structures de vieillesse est des institutions le cas échéant, grâce à la mise en place de mécanismes juridiques appropriés pour cela, et la loi 10/12 mais plutôt une confirmation des orientations de l'Etat qui a entrepris cela comme le noyau de l'engagement des états et des sociétés à l'égard des citoyens.

Mots-clés: *Personne âgée, Soins, Solidarité familiale, État parrain, La société.*

مقدمة:

إذا كانت حقوق المسنين عرفت في الغرب منذ أكثر من نصف قرن نتيجة فقدان هذه الفئة للأمن الصحي، الإقتصادي، الاجتماعي والثقافي أمام تنكسر الأسر لمطالبهم، ما فرض على

الجمعية العالمية للمسنين (فيينا- النمسا) سنة 1982م، أن تقر الخطة الدولية لرعاية المسنين التي شملت مجالات متعددة منها: الصحة، التغذية، الإسكان والرعاية الاجتماعية...، ضف إلى ذلكما ذهبت إليه الجمعية العامة للأمم المتحدة في عام 1991م أين أقرت مبادئ رعاية كبار السن، لتضيف هذه الأخيرة في عام 1999م الإقرار العام الدوليين أجل المبادئ الأساسية للمسنين، ووعدت بأن يكون ذلك عام 2001م تكريسا لتطبيق المفاهيم على الواقع في الألفية الثالثة¹.

لقد أصبحت فكرة حماية ورعاية المسنين، الشغل الشاغل لكل مجتمع خاصة وأن الإحصائيات المنشورة عن الأمم المتحدة توحى بكل وضوح أن النمو الديموغرافي للمسنين في تزايد مستمر، ولعل مرد ذلك تقدم مختلف أنواع الرعاية التي يتلقاها المسن من الجانب الصحي²، أو الاجتماعي، إذ أن عدد المسنين في عام 1998، قد بلغ 590 مليون إنسان ممن تجاوز سن الستين (60) عاما من أعمارهم، أي بنسبة 10٪ من مجموع سكان العالم، منها 230 مليون مسن في الدول المتقدمة و 360 مليون في الدول النامية³، ويتوقع علماء الإحصاء السكاني أن يصل عدد المسنين عام 2025 إلى مليار و 200 مليون مسن، وإلى حوالي 2 مليار مسن عام 2050، أي ما يزيد عن 20٪ من مجموع سكان المعمورة، وهذا بلا شك عدد هائل يدعو إلى القيام بجهود جبارة لتوفير متطلبات هذه الفئة الضعيفة.

إلا أنه وعلى المستوى المحلي، يجد الإهتمام بكبار السن أو المسنين أساسه في القيم العربية والمبادئ الإسلامية الراسخة في المجتمع الجزائري، حيث بين الله سبحانه وتعالى في محكم تنزيله المراحل الحرجة التي يحتاج فيها الإنسان إلى الرعاية على غرار مرحلة الطفولة والشيخوخة، فقال:

﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ! كُنْتُمْ فِي رَيْبٍ مِّنَ الْمُجْتَبِئِ فَتَأَخَذْتُمْنَا فَخَلَقْنَاكُمْ مِّن تَرَابٍ ثُمَّ مِّن نُّطْفَةٍ ثُمَّ مِّن عَلَقَةٍ ثُمَّ مِّن مَّضْجَةٍ مُّخَلَّقَةٍ وَعَيْرٍ مُّخَلَّقَةٍ لِّنُمِّنَنَّ لَكُمْ وَنَقُرَّ فِي الْأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ لِي أَجَلٍ مُّسَمًّى ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلًا

1-طلعت حمزة الوزنة، أرقام وحقائق عن المسنين في العالم، مجلة وزارة العمل والشؤون الاجتماعية، المملكة العربية السعودية، عام 2000، ص(19،20).

2- ماجدة خميس علي ابراهيم، العمل التطوعي والأمن لرعاية المسنين، مؤتمر العمل التطوعي والأمن في الوطن العربي " الأمن مسؤولية الجميع"، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض، سنة 2002، ص 01.

3-اليوم الدراسي للمسنين، معلومات أساسية، الموقع الإلكتروني للأمم المتحدة:

تَمَّ لِتَبْلُغُوا أَشَدَّكُمْ وَمِنْكُمْ مَنْ يُتَوَقَّى وَمِنْكُمْ مَنْ يَرُدُّكَ إِلَى أَرْدَلِ الْعُمُرِ لَكَ لَيْلًا يَعْلَمُ مِنْ بَعْدِ عِلْمٍ شَيْئًا وَتَرَى الْأَرْضَ هَامِدَةً فَلَمَّا أَنْزَلْنَا عَلَيْهَا الْمَاءَ اهْتَزَّتْ وَرَبَتْ وَأَثْبَتْنَا مِنْ كُلِّ زَوْجٍ بَهِيجٍ { [الحج:05]

ذكر الله تعالى مرحلة الخلق والتكوين، ثم مرحلة الجنين وبعدها مرحلة الطفولة، ثم مرحلة القوة والشدة إلى أَرْدَلِ العَمر.

فإذا تلك مرحلة الطفولة حظيت باهتمام واضح، إن على المستوى الأكاديمي أو السياسي أو الاجتماعي والثقافي دوليا ومحليا، فإن مرحلة الشيخوخة وفي خضم التحولات الاقتصادية والاجتماعية التي ساهمت في تملص الأسرة عن القيام بواجبها اتجاه هذه الفئة، التي أفنت حياتها في خدمة المجتمع، فواجب الرعاية تمليه القيم الدينية والأخلاقية، وتستحسنه الفطرة الإنسانية، لأن بعد الزرع يأتي الحصاد ويلبي الغرس جني الثمار، كما قال الله تعالى في محكم تنزيله: "فهل جزاء الإحسان إلا الإحسان" [الرحمن:60].

و على غرار باقي البول أخذ الإهتمام بالمسنين في الجزائر منحا تصاعديا من الناحية القانونية بتشريع جملة من القوانين التي تعنى برعاية المسنين، منها على سبيل الذكر لا الحصر القانون رقم:12/10، المؤرخ في:23 محرم عام 1432 الموافق ل:29 ديسمبر سنة 2010، المتعلق بحماية الأشخاص المسنين، والذي أكد مسعى الدولة لإيلاء الرعاية التامة لهذه الفئة داخل المجتمع الجزائري، الأمر الذي دفعنا للتساؤل عن مدى إمكانية ضمان الدولة الجزائرية في ظل توجهاتها القانونية المستحدثة، للرعاية اللازمة للمسنين والتي كرستها أحكام الشريعة الإسلامية؟، لتحليل هذه المسألة سنعرض إلى ماهية ومضمون رعاية المسن في كل من القانون (12/10) و الشريعة الإسلامية في المحور الأول، ثم نرجع في المحور الثاني على مضمون رعاية المسن التي أقرتها الشريعة الإسلامية السمحاء واتهل منها القانون الوضعي مبادئه الأساسية.

المبحث الأول: ماهية رعاية المسن في الشريعة والقانون

يسترعي موضوع رعاية المسنين، اهتمام الدارسين في الآونة الأخيرة، جراء تفاقم ظاهرة الزج بكبير السن في مرافق أوجدتها الدولة والمجتمع معا، من منطلق واجب الحماية المقرر لهذه الفئة، والتي نص عليها الدستور¹ صراحة في التعديل الأخير، لهذا كان لزاما تحديد مفهوم المسن والمقصود من الرعاية.

1 المادة (72) /فقرة7، من الدستور الجزائري تنص على: "...تحمي الأسرة والدولة الأشخاص المسنون...".

رعاية المسن جملة مركبة يكتمل معناها، بعد تحديد معني الرعاية والمسن كل على حدا في مدلولاتها اللغوية، والاصطلاحية.

-المطلب الأول: تحديد مفهوم الرعاية لغة واصطلاحاً:

يجمع اللغويون والدارسون من أهل الإختصاص على أن الرعاية تدل على عدة معاني بحسب الجملة والإختصاص اللذين سيقت فيهما.

الفرع الأول: مفهوم الرعاية لغة:

رعاية إسم، فعله: رعى، مصدره: رعى، ويقال: رعى الماشية الكلاً أي سرحت فيه واكته أي: سرحها في الكلاً، ورعى النجوم: راقبها، رعى الأمير رعيته رعاية: ساسها وتدبر شؤونها رعى عليه حرمة: حفظها.

ويقال: راعت الأرض أي: كثر فيها المرعى، راعيته سمعي: إستمعت مقالته، إسترع الماشية: طلب أن يرهاها، راعي الماشية: حافظها، ج: رعاة، راع، ج: رعايا، رعية الملك: الخاضعون له، الراعي: كل من ولي أمر قوم كالبطريك والأسقف وغيرها.

ويقال: المرعى، مص: الكلاً والجمع: مراعي أي: مكان وجود الكلاً¹.

الفرع الثاني: مفهوم الرعاية اصطلاحاً: سبق وأن ذكرنا ان التعريف الاصطلاحي يرتبط ارتباطاً

وثيقاً بالاختصاص الذي يعنى بدراسته، من مجملها:

- يعرفها فريد لاندر، بأنها ذلك النسق المنظم من الخدمات والأجهزة التي يتم إعدادها لمساعدة الأفراد والجماعة على تحقيق مستويات مناسبة للصحة والمعيشة ولتدعيم العلاقات الشخصية والاجتماعية بما يمكنهم من تنمية قدراتهم وتحسين مستوى حياتهم بما يتماشى مع احتياجاتهم ومجتمعاتهم².

- يصفها أحمد كمال أحمد على أنها الكل من الجهود والخدمات والبرامج المنظمة الحكومية والأهلية والدولية التي تساعد هؤلاء الذين عجزوا عن إشباع حاجاتهم الضرورية للنمو والتفاعل الإيجابي معا في نطاق النظم الاجتماعية القائمة، لتحقيق أقصى تكيف ممكن مع البيئة الاجتماعية³.

1- ابن منظور، لسان العرب، ج 12، دار صادر، بيروت، ص 607.

2- فريد لاندر، الرعاية الاجتماعية، تاريخ النشر: فبراير 2015، تاريخ التصفح: 08 أكتوبر 2017، الساعة: 45:20، على الموقع: <http://annabaa.org/arabie/communtty/1067>

3- نفس المرجع السابق

- المواثيق الدولية، تنص صراحة على أنه لكل فرد الحق في أن يعيش في مستوى يكفل له ولأسرته الصحة والرفاهية وله الحق في الضمان في حالة مرضه وعجزه وشيخوخته وفي الحالات التي يفقد فيها وسائل معيشتة¹، أي أن الرعاية بمفهومها هذا تشمل ضمان مستوى معيشي يصون كرامة الفرد، إحاطته بالعلاج من خلال كفالة الصحة والعلاج له، حين فقده لوسائل عيشه.

- أقر دستور الجزائر: بأن ظروف معيشة المواطنين الذين لم يبلغوا سن العمل، والذين لا يستطيعون القيام به، والذين عجزوا عنه نهائيا، مضمونة²، فالرعاية بمفهومها الدستوري شملت كل مناحي حياة المواطن واختزلت في مصطلح المعيشة.

- أما مبادئ الشريعة الإسلامية، فمفهوم الرعاية فيها مبني على المسؤولية الملقاة على كل فرد من أفرادها التي إن أداها كما يجب، كان المجتمع على أحسن حال من الترابط و الإستقرار الاجتماعي لأن الكل مسؤول ويقع تحت مسؤوليته أفراد آخرين تجب رعايتهم، يتضح ذلك جليا من قوله عليه الصلاة والسلام: "كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته"³، فلفظ "كل" من الألفاظ التي تنفد العموم، فالرعاية بمفهومها الإسلامي لها الجانب القانوني والمؤسساتي مثل الرعاية في العصر الحديث، كل ذلك يضاف إلى المقوم الأساسي للدين الإسلامي، وهو الجانب التعبدية الذي يجعل الرعاية دافعا ذاتيا عند الإنسان لتحمل مسؤوليته تجاه مجتمعه دون أن يدفعه أحد لذلك، وذلك رغبة منه فيما عند الله من جزاء أخروي.

- المطلب الثاني: تحديد مفهوم المسن لغة واصطلاحا:

بخلاف المعنى اللغوي نجد ان تعريف المسن يختلف من تخصص إلى آخر بحسب العمر والوصف والاثار، ناهيك عن تعدد الترادف الذي جاء به القرآن الكريم والسنة النبوية.

- الفرع الأول: مفهوم المسن لغة:

المسن في اللغة: الرجل الكبير، فإذا زاد في الكبر أطلق عليه: "هرم" أو كهل⁴، قال ابن منظور: أسن الرجل: كبر وكبرت سنه، يسن إسنانا فهو مسن وهرم

1- ماهر أبو المعاطي على، الإجهات الحديثة في الرعاية الاجتماعية، المكتب الجامعي الحديث، جامعة حلوان، مصر، ص 15.

2- المادة (73) من الدستور الجزائري تنص على: "ظروف معيشة المواطنين الذين لم يبلغوا سن العمل، و الذين لا يستطيعون القيام به، والدين عجزوا عنه نهائيا، مضمون".

3- رشاد أحمد عبد اللطيف، في بيتنا مسن، مدخل إجتماعي متكامل، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، سنة: 2001/2000، ص 23.

4- وزارة التضامن الوطني والأسرة وقضايا المرأة، مشروع دليل الأشخاص المسنين في الجزائر، ديسمبر 2012.

و"كهل" هو أقصى الكبر¹.

تجدر الإشارة هنا إلى أن المفهوم اللغوي لأي مصطلح غالبا ما يأتي ففضاضا يتسع ليشمل أكثر من وضع معين، فمفهوم الشخص المسن لغة يتسع ليشمل الكهل والشيخ والهرم، ومن بلغ أرذل العمر... إلخ، ومن المؤكد أن من ضمن هذه الطوائف من ليس بالمسن في الاصطلاح القانوني، ومن لم تنطبق عليه الأحكام المقررة في قانون حماية الأشخاص المسنين محل الدراسة، ولا يستفيد من المزايا والحقوق الممنوحة لهم.

- الفرع الثاني: مفهوم المسن اصطلاحا هناك العديد من التعريفات على النحو الآتي:

- عرفه البعض على أنه من دخل طور الكبر والكبر حقيقة بيولوجية تميز التطور الختامي في دورة حياة البشر².

أولا- من المنظور النفسي: المسن هو الذي لا يستطيع عند تقدمه في العمر أن يتوافق بطريقة ناجحة.

ثانيا- من المنظور الاجتماعي: المسن هو من بلغ سن الشيخوخة، وفقد المكانة والفاعلية الاجتماعية ليواجه مرحلة ضعف الارتباط بينه وبين المجتمع الأسري أو المجتمع الخارجي، بسبب تغير المركز والدور الاجتماعي، فإذا يعني تغير المركز والدور الاجتماعي؟

*تغير المركز والدور الاجتماعي: سبق القول أن ممارسة الشخص المسن لمهنة ما يعد مهما جدا لبقائه متصلا بالآخرين، إلا أن بلوغ الشخص سنا معينة (ستون أو خمس وستون سنة حسب ما هو محدد في أغلب تشريعات العمل)، يحال هذا الأخير على التقاعد، مما يترتب عليه تغيير نظرته إلى نفسه وإلى المحيط الذي يعيش فيه، وبذلك يصبح التقاعد من العوامل الضاغطة على الشخص المسن، وفي هذا الصدد يشير كل من إيكردت "Ekerdt"، وبوس "Boss"، إلا أن بعض الدراسات قد أكدت على أن الانسحاب من العمل حدث ضاغط على المسن، وأن للتقاعد آثار سلبية على صحته وسلامته الجسدية والنفسية، ويؤدي بالمسن إلى العزلة والإحباط³.

1 - زيد بن محمد الرماني، حقوق المسنين في الشريعة الإسلامية، مقال منشور على الموقع

الإلكتروني: <http://www.ALUKAH.Net/CUITURE/57220>

2- مروى محمد شحته، أشكال المساندة الاجتماعية للمسنين المتقاعدين عن العمل، الهيئة المصرية العامة للكتاب، سنة 2009، ص 21.

3- محمد عبد اللطيف صالح الفرور، حقوق الشيخوخة والمسنين وواجباتهم في الإسلام، بحث مقدم في مجلة مجمع الفقهاء الإسلامي بجدة، الدورة الثانية عشر، الرياض [من 25 جادى إلى 01 رجب] 1421هـ، العدد 12، ص 1812.

ولذلك يميل بعض كبار السن قبل بلوغهم سن التقاعد كما يحددها القانون، إلى الإنسحاب التدريجي من الحياة الاجتماعية حتى إذا بلغوا السن القانونية للتقاعد أصبحوا أكثر توافقا مع المتغيرات المرتبطة بهم.

وفي هذا السياق يرى بالمور "Palmor"، أن الدافع الرئيسي للتقاعد قد يكون الميل إلى الراحة أو حاجة الأسرة أو عدم الرضا عن

العمل الذي يؤديه... إلخ، وقد يكون الدافع إلى التقاعد عند المرأة تربية الأطفال بعد الإنجاب مثلا¹.

ثالثا من المنظر القانوني:

لا يختلف القانون الدولي والمواثيق الدولية في تعريفها للمسن عن القوانين الداخلي لمعظم الدول بما فيها الجزائر:

1- تعريف المسن في القانون الدولي: تخلو المواثيق والتوصيات الدولية التي تناولت قضايا الأشخاص المسنين على المستوى الدولي من أي تعريف لهذه الفئة، بل أن المجتمع الدولي يجسد إهتمامه ورعايته لها من خلال التوصيات والعديد من الإعلانات والقرارات التي حثت على إحترام حقوق هذه الشريحة وحمايتها قانونا من كل أشكال الخطر، ولعل أهمها ما اعتمده هيئة الأمم المتحدة في توصية العمل الدولية بشأن العمال المسنين التي أقرها مؤتمر العمل الدولي في دورة انعقاده السادسة والستين بتاريخ 04 جوان عام 1980، وخطة عمل فينا الدولية للشيخوخة لعام 1982، وخطة مدريد الدولية للشيخوخة لعام 2002، وعدم ورود نص في هذه المواثيق والإعلانات والتوصيات الدولية يعرف المسن على وجه دقيق، ليس عيبا في هذه المواثيق، فالقاعدة العامة هي أن المشرع الدولي أو الوطني ليس ملزم بوضع تعريف خاص بكل واقعة قانونية، فهو يعالج في مضامينه المبدأ العام ويترك التأويل والتفسير والتعريف للفقهاء.

لهذا لا يبرز اتجاه المواثيق الدولية التي اعتمدها هيئة الأمم المتحدة في تعريفها للشخص المسن نحو التغيرات المصاحبة لهذه المرحلة من حياة الإنسان، بل يتجه نحو التعبير عن فترة ثابتة ومحددة من حياته².

1- نفس المرجع السابق، ص 112.

2- الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد، المعروف بابن الهمام الحنفي (ت: 681هـ)، شرح فتح القدير، ج 2، علق عليه وأخرج آياته وأحاديثه: الشيخ عبد الرزاق غالب المهدي، ط 01، دار الكتب العلمية، لبنان، (1415/1995م)، ص 362.

ينتج عن ذلك إعتاد القانون الدولي على المعيار العمري في تحديده لمفهوم المسن، فيعتبر المسنون تلك الفئة من السكان التي تبلغ ستين سنة فأكثر والتي يرتبط في أغلب الأحيان ببداية التقاعد الرسمي عن العمل.

2- تعريف المسن في التشريع الجزائري:

ذهب إليه المشرع الجزائري الذي لم يعرف المسن كاصطلاح، ولكنه وضع ضابط زمني فيعتبر المسن كل من تعدى سن الخامسة والستين (65) سنة¹، كما تجدر الإشارة إلى أن جامعة الدول العربية ومنظمة الأمم المتحدة عن طريق صندوقها للسكن، حددتا سن الشيخوخة ابتداء من ستين (60) سنة، واتخذه الباحثون في علم الاجتماع مرجعا لهم في دراستهم، والسبب في اتخاذ هذا العمر بالتحديد أنه غالبا ما يقترن بسن التقاعد².

يتضح إختيار المشرع الجزائري للمعيار العضوي في تحديده لمفهوم المسن، والذي نعتبره قد أصاب في اختياره كونه يجنبنا الوقوع في الجدل الذي ينشأ عن اعتماد المعيار الصحي أو المعيار الإجتماعي كونها يتسمان بالفضفة التي تؤدي إلى فتح المجال واسعا أمام ولوج بعض الفئات من غير المسنين ضمن فئة المسنين، نظرا لضعفهم أو عجزهم البدني أو النفسي أو لسوء وضعهم الإجتماعي.

وبالعودة إلى نص المادة(2) من قانون حماية المسنين، نلخص إلى أن الشخص الذي يخضع لأحكام هذا القانون هو الشخص الطبيعي دون سواه، رغم أن اللفظ في النص القانوني جاء عاما، بحيث يفهم منه الشخص الطبيعي والمعنوي على حد سواء، فكان أفضل لو خض اللفظ الشخص الطبيعي، والمعيار العمري يظهر جليا توجه المشرع الجزائري نحو تجنب التركيز على التغيرات الصحية والنفسية والبيولوجية التي تعرفها هذه السن، وبالتالي فهي ليست شرطا لازما حتى يكون الشخص مسنا، فيكفي بلوغه الخامسة والستين من عمره دون مراعاة التغيرات السالفة الذكر.

رابعا- من منظور الفقه الإسلامي:

نظر الفقهاء إلى المسن كاصطلاح من عدة أوجه أهمها:

1- تعريف المسن بأثر الشيخوخة: عرف الفقهاء المسن بأثره فقالوا: هو الذي لا يطبق الصوم في زمن

1- أنظر الجريدة الرسمية رقم: 79، المؤرخة في: 23 محرم عام 1432هـ الموافق ل: 29 ديسمبر 2010، المتضمنة القانون (10-12).

المعلق بحماية الأشخاص المسنين، المادة 02/فقرة أخيرة، تنص على: "تطبق أحكام هذا القانون على كل شخص مسن يبلغ من العمر خمسا وستين (65) سنة فما فوق"

2- مروى محمد شحته، مرجع سابق، ص 21.

من الأزمان وبوجه من الوجوه¹، ما يؤخذ عليه، كون الكثير من المسنين يصومون ويواظبون على السنن منه.

2- تعريف المسن بالعمر الزمني: هو من جاوز الستين عاما إلى آخر عمره،

سواء كان ذكرا أم أنثى، معتمدا في ذلك على حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أعمار أمتي ما بين الستين إلى السبعين وأقلهم من يجوز ذلك"².

3- تعريف المسن بالوصف: المسن هو كل فرد أصبح عاجزا عن رعاية نفسه وخدمتها إثر تقدمه في العمر، وليس بسبب إعاقة أو شبهها، وهذا التعريف لا يخلو من النقد كون كم من طاعن في السن بقي متمتعا بقوته إلى أن وافته المنية.

بسبب هذا الاختلاف في ضبط مصطلح "المسن" ذهب كثير من الفقهاء في كتاباتهم إلى إستعمال مصطلح قريب من التعبير اللغوي وهو: "كبير السن".

- المبحث الثاني: مضمون رعاية المسن في الشريعة الإسلامية والقانون

رغم استفحال ظاهرة لا مبالاة الأسرة النووية بالمسن، واعتباره عبئا يتقل كاهلها، نتج عنه تملصها عن أداء الرعاية المنوطة بما اتجه رموزها، يبقى الشرع والقانون حريصان على إقرار جملة التدابير و الجزاءات في مضامينها، التي تكفل من خلالها رعاية شاملة لفائدة المسن، تكريسا لمبادئ الإنسانية و التي على رأسها:

*- مبدأ الكرامة الإنسانية الذي يعتبر جوهر أية رعاية أو حماية يمكن إقرارها للكائن البشري بصفة عامة والمسنين على وجه الخصوص، هذا العنصر وإن كان قاسما مشتركا بين الشريعة الإسلامية والقانون، يتجلى ذلك من خلال، قوله تعالى في محكم تنزيله: " ولقد كرمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا " (الإسراء 70)، تزامن نزول هذه الآية مع محاولة المشركين طمس الإسلام بادعائهم انه يقر العبودية بما فيها من انتقاص لكرامة الإنسان، فكان الجواب قطعي الدلالة، مما يؤكد أن الأمة لو امتثلت للتعاليم السأوية لاخفت مظاهر العبودية في بضع سنين من بزوع الإسلام، بل أن السنة النبوية باعتبارها ثاني تشريع سأوي أكدت الرقي بالكرامة الإنسانية وأحاطتها بوافر رعايتها وبالغ اهتمامها، حيث روى الشيخان عن المعرور بن

1- محمد بن علي القمي، مسند أبو يعلى الموصلي، تحقيق: حسين أسد، ج 07، دار المأمون للتراث، بيروت، ص 197.

2- محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، تحقيق: مصطفى البغا، ج 05، دار القلم، بيروت، 1401هـ، ص 2302.

رعاية المسنين بين الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري رقم 12/10 تحديدا
سويد، "قال: رأيت أبا ذر الغفاري رضي الله عنه وعليه حلة وعلى غلامه حلة، فسألناه عن ذلك
فقال: إني سأبيت رجلا، فشكاني إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال لي النبي صلى الله عليه
وسلم: أعيرته بأمه ثم قال: إن إخوانكم حولكم، جعلهم الله تحت أيديكم، فمن كان أخوه تحت يده
فليطعمه مما يأكل، وليلبسه مما يلبس، ولا تكلفوهم ما يغلِبهم، فإن كلفتموهم ما يغلِبهم فأعينهم" (رواه
البخاري)¹، ففي هذا الحديث قواعد أساسية في كيفية التعامل مع العبيد، فإن كان هذا شأن
الإسلام بالعبيد فماذا عن الحر منه؟ فالإسلام ينظر إلى آدمية الإنسان وليس إلى مكانته
الاجتماعية، وللكرامة الإنساني حيز مقدس في الكتاب والسنة النبوية، أما في التشريع الجزائري،
فالدستور الحالي في مادته الأربعين (40) ينص صراحة على: "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة
الإنسان، ويحظر أي عنف بدني أو معنوي أو أي مساس بالكرامة"، وتضيف نفس المادة بعد
التعديل الأخير: "المعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة يقيمها القانون"، ليرخي ظلاله على
القوانين الداخلية إنطلاقا من كونه مصدر كل القوانين الداخلية وأعلىها درجة وروحها التي تستمد منها
نصوصها، ويظهر ذلك في القانون (12/10) المتضمن حماية المسنين، إذ تنص المادة الأولى منه على:
" يهدف هذا القانون إلى تحديد القواعد والمبادئ الرامية إلى دعم حماية الأشخاص المسنين وصون
كرامتهم في إطار التضامن الوطني والعائلي والتضامن بين الأجيال"، يتبين لنا من كل ما سبق ذكره
ان مبدأ كرامة الإنسان هو أولى اللبئات التي يجب إقامتها عند اي بناء قانوني يعالج أو يمس في
طياته حياة الأفراد أو ذواتهم. يقودنا هذا إلى الحديث عنمضمون الرعاية المقررة لفائدة المسنين إن
على مستوى الشريعة الإسلامية أو على مستوى القانون (12/10).

المطلب الأول: مضمون رعاية المسن في الشريعة الإسلامية:

أولى الإسلام المسن إهتماما خاصا في سياق أوامره ونواهيها، بحيث أوجب رعايته على المجتمع المسلم،
مرغبا فيها بتعظيم شأن الراغب فيها، مرهبا منها مقررا أسوأ الجزاء للراغب عنها، وألزم الدولة ممثلة
في ولي الأمر بتحري الورع في التكفل بكبار السن، من خلال إحاطتهم بالرعاية على اختلاف
جوانبها: الاقتصادية، والاجتماعية، والمالية، والصحية...

الفرع الأول: واجب رعاية المسنين في المجتمع المسلم:

للمسن مكانته المتميزة في المجتمع المسلم، فهو يتعامل معه بكل توقير واحترام، يحدوه في ذلك قول

1- محمد بن اساعيل البخاري، المرجع السابق، ص 2275

الرسول: "ليس منا من لم يرحم صغيرنا ويوقر كبيرنا"¹، ويظهر ذلك التوقير والاحترام في العديد من الممارسات العملية في حياة المجتمع المسلم، وجميع هذه الممارسات لها أصل شرعي، بل فيها حث وتوجيه نبوي فضلاً عن ممارساته مع المسنين وتوجيه أصحابه نحو العناية بالمسنين، وتوقيرهم واحترامهم وتقديمهم في أمور كثيرة، فهذا هو الأمر خادمه أنساً - رضي الله عنه - صراحة بذلك ففي الحديث: "يا أنس ارحم الصغير ووقر الكبير ..."²، وفي إلقاء السلام أمر أن "يسلم الصغير على الكبير"³، وأن يبدأ الصغير بالتحية ويلقبها على الكبير احتراماً وتقديراً له. وفي الكلام أمر، ألا يتكلم الصغير في أمر دون الكبير وروى رافع بن خديج وسهل بن أبي حنيفة أن عبد الله بن سهل ومحبيصة بن مسعود أتيا خبير فتفرقا في النخل، فقتل عبد الله بن سهل فجاء عبدالرحمن بن سهل وحوبيصة ومحبيصة أبناء مسعود إلى النبي فتكلموا في أمر صاحبها فبدأ عبدالرحمن وكان أصغر القوم فقال النبي: «كبر الكبر». قال يحيى - أحد رواة الحديث يعني ليلي الكلام الأكبر ..."⁴ ففي هذا الحديث إرشاد إلى الأدب في تقديم كبار السن في الحديث.

ولقد أملن يبدأ بتقديم الشرب للأكبر ففي الحديث أن رسول الله إذا سُقي قال: "ابدؤا بالكبراء أو قال بالأكبر"⁵، ولقد مارس ذلك عملياً تقول عائشة - رضي الله عنها -: "كان يستنُّ وعنده رجلان فأوحى إليه أن أعطِ السواك الأكبر"⁶، وقال ابن بطال: فيه تقديم ذي السن في السواك، ويلحق به الطعام والشراب والمشى والكلام"⁷.

وفي فعله عندما أناه عينه بن حصن وعنده أبو بكر وعمر - رضي الله عنهم - وهم جلوس جميعاً على الأرض فيدعوا لعينه بمرقة - وسادة - فأجلسه عليها، وقال: "إذا أتاكم كريم قوم فأكرموه"، وفي رواية أخرى: "إذا أتاكم كبير قوم فأكرموه"⁸ كما أن رسول الله كان يأتي ضعفاء

1- الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة، ج 04، المكتبة الإسلامية، عمان، الأردن، 1403هـ، ص 3811

2- النووي، رياض الصالحين، تحقيق: عبد العزيز رباح، وأحمد الدقاق، دار الوراق، الرياض، 1416هـ، ص 173.

3- عبدالله بن ناصر بن عبد الله السدحان، العقوق [تخلي الأبناء عن الآباء]، دراسة إجتماعية عن المسنين المقيمين بدور الرعاية الاجتماعية في المملكة العربية السعودية، ص 59.

4-- الحاكم، المستدرک على الصحيحين، ج 02، دار الكتاب العربي، بيروت، يون تاريخ، ص 427.

5- الألباني، مرجع سابق، ج 03، ص 202.

6- عبدالله بن ناصر بن عبد الله السدحان، مرجع سابق، ص 269.

7- نفس المرجع السابق، ص 269.

8- نفس المرجع السابق، ص 270.

المسلمين ويزورهم ويعود مرضاهم، ويشهد جنازتهم، ولا شك أن المسنين في المجتمع هم من ضعفاء المسلمين. ولكانة المسن ووفاره حث رسول الله الشباب على التشبه بكبار السن لما لديهم من خصال لا تكون عند الشباب غالباً، فما روي عنه قوله: "خير شبابكم من تشبه به بكهولكم ..."¹، أي: التشبه في سيرتهم فإنه يغلب عليهم الوقار والحلم وهما صفتان محمودتان.

وهكذا فالمسن له مكانته في حياة الرسول، ولقد اتبع ذلك أصحابه - رضي الله عنهم - ومن بعدهم، فهذا عمر الفاروق - رضي الله عنه - يتعاهد امرأة عجوزاً في بيتها فتورد كتب التاريخ أن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - خرج في سواد الليل، فرآه طلحة، فذهب عمر فدخل بيتاً ثم دخل بيتاً آخر، فلما أصبح طلحة ذهب إلى ذلك البيت فإذا عجوز عمياء مقعدة. فقال لها: "ما بال هذا الرجل الذي يأتيك؟ قالت إنه يتمهد نهنذ كذا وكذا، يأتيني بما يصلحني ويخرج عني الأذى ..."². وأخرج الإمام مسلم - رحمه الله - في (الصحيح) أن سمرة بن جندب - رضي الله عنه - كان يقول: لقد كنت على عهد رسول الله غلاماً، فكنت أحفظُ عنه، فما يمنعني من القول إلا أن ههنا رجالاً هم أسنُّ مني .

ولقد تطبّع أفراد المجتمع المسلم بذلك الخلق وتوارثوا توقير الكبير واحترامه وتقديره اقياداً لتعاليم دينهم، واتباعاً لسنة رسولهم، فكانوا أئمة المسلمين أشد الناس توقيراً لإخوانهم ولمن هو أسن منهم، فالأسن مقدم ولو كان الفارق ليلة فكيف بسنة أو سنوات؟!.

وتتوالى الوصايا من الآباء إلى الأبناء بامتنال ذلك الخلق والحث على التحلي به وعدم التفريط فيه. فهذا البخاري يروي أن قيس بن عاصم السعدي أوصى بنيه حين حضرته الوفاة وصية طويلة جاء فيها: "وسودوا اكبركم؛ فإنكم إذا سودتم اكبركم لم يزل لأبيكم فيكم خليفة، وإذا سودتم أصاغركم هان اكبركم على الناس، وزهدوا فيكم ..."³، ولا شك أن مقتضى التوقير والاحترام للمسنين في المجتمع المسلم الاستفادة من خبرتهم وحكمتهم وتجاربهم في الحياة.

ولقد تشرب المجتمع المسلم ذلك الطبع وهذا الاحترام والتوقير لكبار السن، وأصبح سمة من سماته، فلا تكاد تجد كتاب حديث، أو زهد، أو توجيهات، أو نصح إلا ويعقد فيه باب أو أكثر

1- ابن مفلح الحنبلي، الأدب الشرعية والمخج المرعية، ج03، رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء والدعوى والإرشاد، 1977م، ص266.

2- ابن الجوزي، تاريخ عمر بن الخطاب، مكتبة المؤيد، الطائف، 1987، ص86.

3- مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، ج08، دار الباز، مكة المكرمة، بدون تاريخ، ص55.

عن توقير الكبير، أو تسويده، أو احترامه، أو إكرامه، بل وضعوا قواعد لذلك ، فيقرر ابن عقيل أن من مشى مع إنسان أكبر منه فيمشي عن يمينه يقيمه مقام الإمام في الصلاة، وإن كانوا جماعة فيستحب مشي الجماعة خلف الكبير¹.

وامتد ذلك التقدير والتقديم لكبار السن حتى في كتابة الأحاديث وترتيب المسانيد حين تأليف الكتب، فها هو بقي بن مخلد - رحمه الله - (ت 276هـ) يقول : لما وضعت " مسندي " جاءني عبيد الله بن يحيى وأخوه إسحاق ؛ فقالا : بلغنا أنك وضعت مسنداً قدمت فيه أبا مصعب الزهري ويحيى بن بكير وأخرت أبانا ؟ فقال : أما تقديمي أبا مصعب ؛ فلقول رسول الله: "قدموا قريشاً ولا تقدموها" وأما تقديمي ابن بكير ؛ فلقول رسول الله : "كبر كبر" يريد السنة ومع أنه سمع "الموطأ" من مالك سبع عشرة مرة، وأبوكم لم يسمعه إلا مرة واحدة قال : "فخرجنا ولم يعودا".

الفرع الثاني: واجب رعاية المسنّن من قبل الدولة الإسلامية:

ذلك أن المسنّن يدخل ضمن الرعاية التي يُعَدُّ إمام المسلمين راعياً لهم ومسؤولاً عنهم كما في حديث عبدالله بن عمر - رضي الله عنها - أنه سمع رسول الله يقول : "كلكم راع ومسؤول عن رعيته ، فالإمام راع وهو مسؤول عن رعيته ..."² ، وهذه المسؤولية التي تلزم إمام المسلمين تجاه رعيته ومن بينهم المسنّنين ، هي مسؤولية شاملة لجوانب الرعاية كلها وما تحمله من وجوه ومعان فالرعاية اقتصادية ، واجتماعية ، وطبية ونفسية إلخ ، فعن معقل بن يسار - رضي الله عنه - قال : سمعت رسول الله يقول : " ما من عبدٍ يسترعيه الله رعية ، فلم يُحطها بنصحه ، إلا لم يجد رائحة الجنة"³.

وفي صحيح مسلم أن رسول الله قال: " ما من أمير يلي أمر المسلمين لا يجهد لهم وينصح إلا لم يدخل معهم الجنة"⁴. كما أن ولي أمر المسلمين هو المسؤول الأول والأخير عن الضعفاء في المجتمع ، فقد روى جابر - رضي الله عنه - أن رسول الله قال : " من ترك مالا فلورثته ، ومن ترك

1- إين مفلح الحنبلي، الأدب الشرعية والمنح المرعية، ج03، رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، 1977م، ص266.

2- صحيح البخاري، مرجع سابق، ج06، ص2614.

3- صحيح مسلم، مرجع سابق، ج06، ص09.

4- صحيح البخاري، نفس المرجع السابق، ج02، ص848.

دينا¹ أو ضياعا¹ قعلي¹ ولي¹ وأنا أولى بالمؤمنين² ، هذه أبرز الأسس التي تنطلق منها جميع أوجه الرعاية المُقدَّمة للمسيّين في الإسلام وتقوم عليها.

إذاً فالمسنُّ في الدولة الإسلامية يعيش في كنف أفرادهِ، ويجد له معاملة خاصة تتميز عن الآخرين ، ولم تقتصر هذه الرعاية والعناية على المسن المسلم، بل امتدت يد الرعاية لتشمل غير المسلم طالما أنه يعيش بين ظهرائي المسلمين.

فهاهي كتب التاريخ تسطر بأحرف ساطعة موقف عمر - رضي الله عنه- مع ذلك الشيخ اليهودي الكبير، فيذكر أبو يوسف في كتابه الخراج أن عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) مر بباب قوم وعليه سائل يسأل ، شيخ كبير ضير البصر ، فضرب عضده من خلفه فقال : من أيّ أهل الكتب أنت ؟ قال: يهودي، قال : فما الجأك إلى ما أرى ؟ قال: أسأل الجزية والحاجة والسن، قال : فأخذ عمر (رضي الله عنه) بيده فذهب به إلى منزله ، فرضخ له (أي أعطاه) من المنزل بشيء ثم أرسل إلى خازن بيت المال فقال أنظر هذا و ضرباه فوالله ما أنصفناه إذا اكلنا شيبته ثم نخذه عند الهرم، (إنما الصدقات للفقراء والمساكين) فالفقراء هم المسلمون والمساكين من أهل الكتاب، ووضع عنه الجزية وعن ضربائه³.

وهذا خالد بن الوليد من بعد عمر (رضي الله عنها) يمارس دوره في رعاية المسيّين ويعطيهم حقهم من الرعاية والعناية في المجتمع، حتى وإن لم يكونوا مسلمين، فلقد صالح أهل الحيرة ، وجاء في صلحه معهم أنه قال: (وجعلت لهم أيما شيخ ضعف عن العمل ، أوأصابته آفة من الآفات ، أو كان غنياً فافتقر وصار أهل دينه يتصدقون عليه طرحت جزيته وعيل من بيت المسلمين...)⁴.

سار عمر بن عبدالعزيز (رحمه الله) في ذلك الركب المبارك ويؤدي دوره الرعوي نحو رعيته فها هو يكتب لعامله عدي بن أرطاة في رسالة طويلة ما نصه: (... وانظر من قبلك من أهل الدمة من قد كبرت سنه وضعفت قوته، وولت عنه المكاسب فأجر عليه من بيت مال المسلمين ما يصلحه..)⁵، بل وضعت الجزية عن الشيخ الكبير الذي لا يقدر عن العمل.

1- ضياعا: إسم ما هو معرض للضياع إن لم يولى الرعاية اللازمة.

2- صحيح سنن ابن ماجه، ج 02، ص 53.

3- أبو يوسف، الخراج، تحقيق: محمد إبراهيم الينا، دون رقم الطبعة، دار الإصلاح، 1981م، ص 259.

4- أبو عبيد القاسم بن سلام، الأموال، تحقيق: محمد عارة، دار الشروق، بيروت، 1409هـ، ص 121.

5- أبو يوسف، الخراج، مرجع سابق، ص 254.

وإضافة لتلك الرعاية الخاصة يمكننا أن نلمس صوراً من الرعاية العامة للمسيّين ، وذلك حينما تعجز الأُسْر عن تقديم الرعاية اللازمة للمسن، أو حينما لا يكون هناك ثمة راعٍ أو معين لذلك المسن، فلقد برز في الدولة الإسلامية حينذاك ما يسمى (بالأرْبطة) وهي أماكن تُهيَّأ وتُعد لسكنى المحتاجين، وأصبح بعضها ملاجئ مستديمة لكبار السن¹، فالأصل هو رعاية المسن في أسرته فهو قرية لله عز وجل ثمَّ الفرع وهو ظهور هذه المؤسسات الاجتماعية مثل: الأربطة، والأوقاف. والدور الاجتماعية، وهي في نبعها جهود شعبية من أفراد المجتمع المسلم، ثمَّ دخلت الدولة في تنظيمها والإشراف عليها.

بمفهوم المخالفة نجد أن المسن كان يعيش في حالة متردية في بعض الحضارات الأخرى. فهاهو أفلاطون مثلاً يرى أن: (العناية يجب أن توجه إلى أصحاب الأجسام السوية والعقول القوية، وأما ما عداهم فيهملون ليكون نصيبهم الموت)².

ولقد استمد بعض علماء الغرب ومفكرهم في عصرنا الحالي، هذا الرأي من أفلاطون، فزى مستشار الرئيس الفرنسي السابق يقترح في إحدى الدراسات ألا يعطى الشيوخ علاجاً طبيياً مكنفاً إذا تجاوز سنًا معينة من أجل التعجيل بوفاته أو الوفاة فيما اصطلح عليه الموت الرحيم ، وها هي إحدى المستشفيات الدنماركية ترفض استقبال المرضى المسيّين لأن إقامتهم في المستشفى قد تطول ، ويجب أن تعطى أولوية العلاج للعاملين الذين يسهمون في تمويل صناديق الرعاية بما يدفعونه من ضرائب، فقيمة الإنسان لديهم ليست في ذاته وإنما في قدرته على الإنتاج وطاقته الإنتاجية فهو عندهم أشبه ما يكون بـ: (الآلة).

- المطلب الثاني: مضمون رعاية المسن في التشريع الجزائري [القانون (12/10)، تحديداً]:

في خضم التجاذبات القانونية الدولية منها والإقليمية، وأمام تفاقم واستفحال ظاهرة الزج بكبير السن في دور المسنين، أو رميه في الشارع أو التخلي عنه بسبب حالته العقلية أو الصحية أو بسبب العوز ونقص الوازع الديني الذي أصبح السمة الطاغية على جل الأُسْر النووية الجزائرية، وسعيًا لتدارك الفراغ القانوني في مجال حماية الأفراد وخاصة منهم كبار السن إلى جانب النقص الذي شاب التشريعات السابقة، جاء القانون: 12/10 المؤرخ في: 23 محرم عام 1432 هـ الموافق ل: 29 ديسمبر 2010 المتعلق بحماية المسنين، الذي أقر جملة من التدابير الوقائية

1- سعدي أبو حبيب، المعوق والمجتمع في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، دمشق، 1982، ص 62.

2- فادي غندور، الشيخوخة، الدار العربية للعلوم، 1410 هـ، ص (68، 71).

والإجرائية، التي تركز في طبيعتها رعاية كل من المجتمع من خلال أفرادها، والدولة من خلال هيكلها.

- الفرع الأول: رعاية المجتمع للمسن من خلال القانون 12/10:

إن الغاية من وجود هذا القانون¹، هي تحديد القواعد والمبادئ الرامية إلى دعم حماية

الأشخاص المسنين وصون كرامتهم في إطار التضامن المجتمعي، والعائلي والتضامن بين الأجيال.

كما يهدف هذا القانون إلى ضمان التكفل بالأشخاص المسنين المحرومين، أو دون روابط أسرية، الموجودين في وضع صعب أو هشاشة إجتماعية وتوفير ظروف معيشة تليق بحالتهم البدنية والنفسية، كون رعاية المسن التزام يقع على كاهل الأسرة، لا سيما منها الأفراد أي الفروع ويمتد إلى الدولة والحركة الجمعوية ذات الطابع الإجتماعي والإنساني ويستطيع كل شخص خاضع للقانون العام أو الخاص من شأنه المساهمة في مجال حماية الأشخاص المسنين والتكفل بهم مع التقيد بأهم الواجبات الملقاة على عاتقهم والتي تناولها للتذكير وليس للتعداد ومنها:

- يجب على أفراد الأسرة المحافظة على التلاحم الأسري مع ضمان التكفل لمسنيا وحمايتهم وتلبية حاجياتهم، كل هذا يدخل ضمن حق المسن في العيش في كنف أسرته محاطا بأفرادها.

- يجب على الدولة أن تحدد في بادئ الأمر الأهداف والمبادئ التي يجب مراعاتها في رعاية المسنين، ومن الطبيعي أن تتركز هذه الأهداف في مساعدة المسنين على التكيف الاجتماعي وتخفيف الأسر مما قد يترتب على الجهل برعاية المسنين من نتائج وخيمة سواء على المسنين أنفسهم أو على أفراد الأسر التي تضمنهم.

- يجب الإهتمام بدراسة الظروف النفسية والعقلية والاجتماعية والاقتصادية للمسنين.

- يجب على الدولة أن تستفيد من التجارب الدولية في مجال رعاية المسنين.

- يجب على الدولة تشجيع وتدعيم الجمعيات التي تعمل في مجال رعاية المسنين، على أن يتضمن ذلك الدعم الجانب المادي والجانب الفني.

- يجب على الدولة البدء في تنفيذ المشروعات الخاصة برعاية المسنين، ودراسة هذه المشروعات من الناحية الاقتصادية دراسة متأنية وواعية تراعى فيها ظروف الحاضر والمستقبل، حتى نضمن لتلك المشروعات الإستمرارية والكفاءة².

1- الجريدة الرسمية رقم: 79، القانون 12/10، المتعلق بحماية الأشخاص المسنين، مرجع سابق.

2- عبد المحي محمود صالح، الرعاية الاجتماعية، تطورها وقضاياها، مرجع سابق، ص 215 وما بعدها.

أولا لجهة المختصة برعاية الأشخاص المسنين:

تشكل حماية الأشخاص المسنين وصون كرامتهم وإتزاما وطنيا تضطلع به بالدرجة الأولى الأسرة لاسيما منها الفروع، والدولة والجماعات المحلية والحركة الجمعوية ذات الطابع الاجتماعي والإنساني، وكذا كل شخص خاضع للقانون العام أو الخاص من شأنه المساهمة في مجال حماية الأشخاص المسنين والتكفل بهم¹.

ثانيا أهداف رعاية الأشخاص المسنين:²

ترمي حماية الأشخاص المسنين إلى تعزيز الإدماج الأسري والاجتماعي، وتحقيق الدفاء العائلي للمسنين من خلال ما يأتي:

- تصور ووضع إستراتيجية وسياسة وطنية لحماية الأشخاص المسنين وضمان تنفيذ البرامج والنشاطات المرتبطة بها.
- محاربة كل أشكال إقتلاع الأشخاص المسنين من وسطهم الأسري والاجتماعي المخالف لقيمنا الوطنية والاجتماعية والحضارية.
- ضمان ظروف معيشية لائقة للأشخاص المسنين ذوي قصور في قدرات الذهنية والبدنية.
- ضمان تكفل طبي واجتماعي ووضع جهاز للمساعدة ملائم بالمنزل.
- تنظيم التكفل بالمسنين على مستوى مؤسسات وهيكل إستقبال مكيفة، عند الاقتضاء.
- ضمان حد أدنى من الموارد يسمح للأشخاص المسنين بتلبية إحتياجاتهم وتذليل الصعوبات المادية التي يواجهونها.
- القيام بنشاطات الإعلام و الإتصال و التحسيس حول الجوانب المتعلقة بحماية المسنين.
- تشجيع التكوين والدراسات والأبحاث في مجالات حماية المسنين والتكفل بهم.
- تشجيع الحركة الجمعوية ذات الطابع الاجتماعي والإنساني الناشطة في حماية المسنين.

ثالثا- إعانة للأشخاص المسنين في وضعية مزرية:³

يقصد بالشخص المسن في وضعية تبعية، بمفهوم هذا القانون، كل شخص مسن يحتاج لمساعدة

1-المادة (03) من القانون 12/10، مرجع سابق.

2-القانون 12/10، مرجع السابق.

3- المواد من:20 إلى 22، القانون 12/10، مرجع سابق.

الغير، للقيام بأعمال الحياة اليومية الأساسية، أو يحتاج إلى مراقبة منتظمة، إذ يستفيد الأشخاص المسنون في وضعية تبعية، المحرومون من تكفل خاص، لاسيما في مجال العلاج واقتناء التجهيزات الخاصة والأجهزة، وعند الاقتضاء، من مرافقة مناسبة. تعين المصالح المكلفة بالنشاط الاجتماعي المختصة إقليميا وضعية تبعية المسن، كاتسهر الدولة على توفير المؤسسات وهياكل الإستقبال، والمستخدمين والوسائل الضرورية للتكفل بالأشخاص المسنين في وضعية تبعية.

إضافة لما سبق أوجب نفس القانون على الأشخاص المتكفلين بالمسن الذين يتوفرون على إمكانيات كافية للعيش الكريم، أن يولوا أصولهم الرعاية والاحترام اللازمين مع التفاني في ذلك، لاسيما عندما يوجدون في حالة مزرية بسبب سنهم أو حالتهم البدنية والنفسية.

بالمقابل يستفيد الفروع الذين يتكفلون بأشخاص مسنين والذين لا يتوفرون على إمكانيات مالية ومادية كافية للتكفل بأصولهم من إعانة الدولة، وهذا ما جاء به القرار المؤرخ في: 11 جادى الأولى عام 1438 الموافق ل: 8 فبراير سنة 2017 الذي يحدد قائمة الإعانات العينية الاجتماعية المنزلية والصحية لفائدة الأشخاص المسنين والمتكفلين بهم. هذا الأخير وان جاء خاليا من تبيان كيفية وإجراءات الاستفادة من المنحة المالية المقدرة بثلاثي (3/2) الأجر الوطني الأدنى المضمون لفائدة المسنين الذين يعيشون في وضع صعب ، والسبب راجع حسب رأينا إلى الظروف الإقتصادية الصعبة التي تمر بها الجزائر في ظل تقهقر أسعار البترول وتراجعها واكتفى بالإعانات الاجتماعية والعينية التي تشمل على الخصوص:

- إعانات مادية ترمي إلى ضمان حياة لائقة للأشخاص المسنين ورفاهياتهم.
- تجهيزات خاصة بالأشخاص المسنين.

سعيًا من الدولة لتكثيف الحماية للمسن في ظل الرقابة المستمرة لكل الأفعال المستهجنة التي ترتكب في حق كبار السن، أعطت الحق بموجب المادة(11) لكل شخص طبيعي أو معنوي تبليغ السلطات المختصة بكل حالة سوء معاملة أو إهمال في حق الشخص المسن.

تترتب على هذه الالتزامات المدعمة بجملة الإجراءات والتدابير التحفيزية، أحكام جزائية في حق أفراد المجتمع و بالخصوص أقارب المسن (الفروع) والأشخاص المتكفلين بالمسنين المقلصين والمحلين بواجباتهم اتجاههم، عقوبة سالبة للحرية تصل إلى ثمانية عشر-

رعاية المسنين بين الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري رقم 12/10 تحديدا

شهرًا وأخرى مالية تناهز 200 ألف دينار جزائري، حسب المادة (34) التي تنص على: "دون الإخلال بالأحكام المنصوص عليها في قانون العقوبات، يعاقب بالحبس من ستة (06) أشهر إلى ثمانية عشر (18) شهرا و بغرامة من 20000 إلى 200000 دج كل شخص يخالف أحكام المادتين: 6 و 30 (الفقرة الأولى) من هذا القانون"، إذ تنص المادة (6) على وجوب ضمان تكفل الفروع بأصولهم وباقي الأشخاص المنوط بهم ذلك في كنف الأسرة مع التفاني في ضمان الرعاية اللائقة لهم، حتى وإن كان المسنين في حالة عقلية أو بدنية مزرية، كل هذا يعتبر إضافة وتكملة لما جاء به قانون العقوبات يستشف ذلك من نص المادة (33) منه التي جاء فيها: "كل من ترك شخص مسننا أو عرضه للخطر، يعاقب حسب الحالات بنفس العقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات، لاسيما المادتين: 314 و 316 منه.

أما في الحالة التي يثبت فيها استغلال المسنين أو الهياكل الخاصة بهم لأغراض تتنافى مع القيم الحضارية والوطنية، فعقوبة الجاني تتمثل في الحبس من سنة (01) إلى ثلاث (03) سنوات، وبغرامة من 50000 إلى 500000 دج.

- الفرع الثاني: رعاية الدولة للمسن في القانون 12/10:

كرس قانون حماية المسنين السالف الذكر مجموعة من الالتزامات في ذمة الدولة اتجاه مسنيها، تكفل بموجبها رعاية نوعية وشاملة لهم، تتنوع هذه الرعاية بين الخدماتية والمادية دون إهمال الآليات القانونية التي جاء التنصيص عليها ضمن هذا القانون ، وأفرد لها المشرع قوانين خاصة سنتناولها في سياق هذا العرض:

أولا- الرعاية الخدماتية المقررة لصالح الشخص المسن:

إن التدابير الإجرائية المتمثلة في جملة الخدمات المرصدة لفائدة الأشخاص المسنين والتي تسعى من خلالها إلى ضمان رعاية شاملة لفائدتهم، تمثلت في رصد الدولة للأسر الهشة و في وضع صعب عناية خاصة عن طريق هياكلها وكذا الجماعات المحلية وكل فعاليات المجتمع بما فيها المؤسسات المتخصصة التي تعمل في الحقل الإنساني والاجتماعي، الإعانة والدعم لمساعدة هذه الأسر على القيام بواجب التكفل بأشخاصها المسنين وتشجيع إدماجهم في وسطهم الأسري والاجتماعي وفقا للقيم الوطنية والإسلامية والاجتماعية، ونظرا للتغيرات الفسيولوجية والجسمية التي تؤثر سلبا على الحالة الصحية للمسن الذي يحتاج إلى العلاج و المتابعة والمراقبة المستمرة، مما يستدعي إقرار مجانية العلاج

والفحوصات الوقائية الدورية لصالح المعوزين من المسنين إلى جانب مجانية التجهيزات والأجهزة التي يحتاجها المسن كالكراسي المتحركة والنظارات البصرية... مع ضمان المرافقة اليومية للعجزة منهم والذين هم في حالة تبعية بمفهوم هذا القانون لمساعدتهم على القيام بالنشاطات الاعتيادية.

أما فيما يخص تنقل المسنين، وفي إطار تسهيل تحركاتهم عبر وسائل النقل المختلفة البرية منها أو الجوية أو عبر السكك الحديدية، إستفاد المسن بموجب هذا القانون من مجانية النقل أو تخفيض تسعيرة التذاكر حسب الحالة المادية والاجتماعية للمسنين، و استفاد الشخص المرافق له من نفس الإمتيازات.

كما تحرص الدولة على إنشاء فضاءات التبادل الجماعي في إطار التكفل النفسي والروحي لإخراج المسنين الذين يعيشون بمنأى عن الأسرة أو الذين يتعذر عليهم التنقل وذلك بتزويدهم بوسائل التواصل الحديثة مثل المقاهي الإلكترونية... و ما التكفل النهاري بالمسن الذي يدفع مقابله الشخص المسن الموسر تعويضا ماليا إلا دليلا على مسعى الدولة لخلق فضاءات التبادل الجماعي في إطار التكفل النفسي تجنباً لحالات الاكتئاب التي تعتبر السمة المميزة لمرحلة الشيخوخة، إلى جانب منحهم الأولوية في المؤسسات والأماكن التي تضمن خدمة عمومية، و الأولوية في المقاعد المتواجدة في الصفوف الأولى بالأماكن والقاعات التي تجري فيها النشاطات والتظاهرات الثقافية والرياضية والترفيهية. حماية للدور والمكئة التي كانا يتمتع بها المسن، وفي إطار العلاج بالعمل، بادرت الدولة من خلال نص المادة (19) من هذا القانون محل الدراسة الى تبيين الخبرة والكفاءة التي يجوزها بعض الأشخاص المسنين واستغلالها في مختلف النشاطات المفيدة للمجتمع لاسيما منها الإقتصادية والاجتماعية والثقافية.

إن جهد الدولة الحثيث في حماية التكافل الأسري يتجسد من خلال إقرارها لنظام أو آلية الوساطة الاجتماعية والعائلية التي تعمل على إبقاء المسن في وسطه العائلي، من خلال محاولات الصلح المنوطة بمكتب الوساطة السالفة الذكر التابع لمصالح مديريات النشاط الإجتماعي المنتشرة عبر الوطن.

ثانيا- الرعاية المادية المقررة لصالح الأشخاص المسنين:

ترمي الدولة من خلال هذا القانون إلى ضمان رعاية شاملة ونوعية للمسن بصفة عامة والذي يعيش في وضع صعب أو بدون روابط أسرية بصفة خاصة، الذين تحول إمكانياتهم المادية دون ضمان حياة كريمة ويفتقدون لمن يعولهم، إذ رصدت الدولة لهذا الغرض مخصصات مالية عبارة

عن منح شهرية في حدود ثلثي (3/2) الأجر الوطني الأدنى المضمون للأشخاص المسنين الذين يعيشون في وضعيات هشة، مزرية و صعبة تحول دون تحقيق أدنى ظروف العيش الذي يؤمن حياة طبيعية ويحافظ على كرامة هذه الفئة.

إن مساعي الدولة لإبقاء المسن في كنف الجو الأسري، جعلها تقر نظام الأسر البديلة لفائدة شريحة المسنين الذين يفتقدون للروابط الأسرية والذين يعيشون في حالة تبعية وذلك بتحفيظها لهذه الأسر من خلال نظام الدعم الذي جاء به هذا القانون والممثل في جملة من المساعدات المادية، المالية منها والعينية إلى جانبا الخدمائية كما سبق ذكره، وبوضع المسن داخل أسرة بديلة تكون قد حققت تكفل أسري لائق للمسن المحروم بالمقابل رصدت إعانات لصاح هذه الأسر منها ضمان المتابعة الطبية والشبه طبية وكذا المرافقة النفسية والجسدية ورصد إعانات مالية ترك تحديد قيمتها إلى القوانين التنظيمية التي لم تصدر بعد أما الإعانات العينية فبالرجوع إلى القرار المؤرخ في اول فبراير 2017، الذي يحدد قائمة الإعانات العينية الاجتماعية المنزلية والصحية لفائدة الأشخاص المسنين والمتكفلين بهم، إذ يضمن بموجبه إقتناء الأجهزة والتجهيزات الخاصة التي تشمل: *أريكة متنقلة ذات الإستعمال اليدوي المزوج.

*أريكة متنقلة بسيطة للكبار.

*عدسات النظارات وهيكلها.

*أدوات التجبير السمعية (بكل ملحقاتها).

*أدوات المساعدة على المشي.

*قومات العنق من مختلف الأحجام.

*أجهزة قياس نسبة السكري في الدم.

*أجهزة قياس ضغط الدم الشراييني.

*الأفرشة الواقية من التقرحات الجلدية.

*دعائم المراحيض والحمامات.

بالإضافة إلى ما سبق تتكفل الدولة بدفع تكاليف الأدوية واقتنائها لفائدة المسنين الذين هم في وضع صعب، كما تتكفل بدفع تذاكر الرحلات الجوية للأشخاص المسنين المرضى المحرومين، وكذا تذكرة سفر مرافق واحد، من الذين تستدعي حالتهم التنقل للعلاج بالمؤسسات الإستشفائية للصحة العمومية خارج ولاياتهم.

علما أن هناك إجراء مادي سابق لهذا القانون، يمثل في المنحة الجزافية للتضامن الوطني أحد أهم أشكال مساعدات الشبكة الاجتماعية بالنظر إلى عدد الأشخاص المعنيين والذين يعانون من الحد الأقصى للفقر، ومن بين الفئات التي يتكفل بها هذا البرنامج، نجد الأشخاص البالغين (60) عاما فما فوق والذين يستفيدون من منحة التقاعد فحسب معطيات وكالة التنمية الاجتماعية، أنه من بين المستفيدين من منحة الجزافية للتضامن يشكل فيها المسنونون 76,4 بالمئة، والتي تقدر ب 3000 دج¹ بداية من سنة 2008.

زيادة على ما جاء به القانون 12/10 من تدابير يكفل بموجبها رعاية شاملة للمسن استحدث العديد من الآليات القانونية التي يصبوا المشرع من خلالها إلى حماية المسن والأسرة التي تعاني من وضعية إجتماعية صعبة تهدد تماسكها .

ثالثا -حماية المسن من أفعال الإساءة والعنف:

العنف ضد المسنين هو كل تصرف من شأنه أن يؤدي إلى ألم جسدي أو نفسي- لدى المسن، والعنف الجسدي هو كل تصرف يؤدي إلى حدوث ألم جسدي لدى المسن كالاعتداء عليه بضربه أو المساس بسلامة جسمه بأي طريقة أو وسيلة. والعنف النفسي- مجموعة من التصرفات تؤدي إلى ألم نفسي- لدى المسن كالتهديد والتحقير والشتم وعدم الاهتمام بما كلفه ومشربه ورعايته والعزل والإهانة بالألفاظ من قبل الأبناء الذين يوجهون لآبائهم ألفاظ غير لائقة مما يعرضهم لمشاكل صحية ونفسية. والعنف الاقتصادي أو المالي يتمثل في أفعال تصدر عن أقرباء المسن أو أولاده بغرض السيطرة على أمواله أو الاستيلاء على مصادر دخله أو السرقة أو إكراهه على التنازل عن ممتلكاته من أسهم أو منقولات أو عقارات. والمسنون الذين يقع عليهم العنف هم على الغالب نساء أرامل فوق سن الخامسة والسبعون ويعانون من العزلة، وكذلك فإن اشتراك المسن مع أبنائه في سكن واحد يزيد من إمكانية حدوث العنف، كما أن العزلة الاجتماعية تزيد من معدلات الإساءة ضد المسنين وتقلل من فرص اكتشاف هذه الإساءة ووقوعها.

1- بلجيلالي محمد، الواقع التنموي لبرامج النشاط الاجتماعي والتضامن في الجزائر، دراسة حالة مديريةية النشاط الاجتماعي لولاية تلمسان، رسالة ماجستير في العلوم الاقتصادية، تخصص تسيير المالية العامة، جامعة تلمسان 2011/2012، ص 77 وما بعدها.

من هنا فإن كبار السن الذين يتركون تحت رعاية الخدم هم أكثر عرضة للإساءة والعنف من أولئك الذين تتم رعايتهم وخدمتهم من قبل أحد أقربائهم. ومما يساهم في زيادة ظاهرة الإساءة والعنف التي تقع على المسن واستمرار هذه الإساءة هو تردد المسن في الإبلاغ عما يرتكب بحقه خوفاً من تفاقم المشاكل بينه وبين من يرعاه وبالتالي فقد مصدر رعايته.

وبات من الضروري التصدي لتلك الأفعال المشينة التي يتعرض لها المسنون بتجريم سوء معاملة كبار السن وفرض عقوبات على بعض الأفعال التي أغفلها قانون حماية المسنين السالف الذكر وسقطت من قانون العقوبات والتي صاحبت التطور التكنولوجي الذي شهده العالم في الآونة الأخيرة والتي تقترف في حقهم إن على مستوى الأسر، أو/ وفي الشارع، و/أو في الأماكن والساحات العمومية، أو/ وفي المؤسسات الإقامة التابعة للدولة أو للجمعيات الخيرية، وتصنيف تلك الأفعال على أنها جرائم ويتم التعامل معها على هذا الأساس.

ويتعين وضع آليات وقواعد إجرائية سهلة بالاستفادة من التكنولوجيا الحديثة في مجال الإيصال وعلى سبيل الذكر لا الحصر: نشر- الكاميرات في الساحات العمومية وتفعيل الخط الأخضر- في مجال الإبلاغ عن الجرائم السالفة الذكر، للتمكن من ضبط هذه الأفعال وكشفها للوصول إلى الجناة الذين يرتكبون بحق المسنين الإساءة والعنف.

ولما كانت العقوبة هي الجزاء الذي يتبع تجريم سلوك معين، يمنع الأفراد من إتيانه، وهي بذلك جزء هام من نظام قانوني متكامل ينطلق من الرغبة الجماعية في إضفاء الحماية للأفراد بمنع سلوكيات معينة وترتيب جزاءات للأفراد الذين يخالفون هذا المنع، هذه العقوبة تختلف باختلاف نوع الجريمة التي ارتكبت.

وإذا كان الحال كذلك فإنه يتعين تفعيل تطبيق الجزاءات العقابية على كل مكلف برعاية الأشخاص المسنين لامتناعه عن القيام بالتزاماته المفروضة عليه، وبمعاينة كل من ترك شخصاً مسناً أو عرضه للخطر، أو ترك عاجزاً غير قادر على حماية نفسه بسبب حالته البدنية والعقلية أو عرضه للخطر، أو حمل الغير على فعل ذلك، وفرض عقوبات على كل من وقع منه إهمال أو تفريط بحق أو أداء واجب تجاه المسنين، وذلك بالساح لمؤسسات الدولة الناشطة في الحقل الاجتماعي أو/و فعاليات المجتمع المدني، التأسيس أمام

القضاء للدفاع عن المسنين، ذلك أن رعاية المسن تعني كل المجتمع بمختلته حساسياته. الإهتمام بالمسنين ليس مجرد وفاء للآباء والأجداد، بل هو اهتمام بالنفس، فكل فرد منا مد الله بعمره سيكون يوماً من المسنين، وهذا ما يدعونا جميعاً للعمل بقلب رجل واحد من أجل تفعيل وتطبيق قانون حماية المسنين (12/10)، وما يتضمنه من القواعد والمبادئ الهادفة إلى تدعيم حماية الأشخاص المسنين وصون كرامتهم في إطار من التكامل والتراحم الشرعي والدستوري والمجتمعي والعائلي بين وعبر أجيال هذا الوطن.

خاتمة:

في إطار سياسة الإصلاح الاقتصادي ولعادة الهيكلة برزت العديد من الآثار الاجتماعية السلبية التي أدت إلى تفاقم حدة الفقر وتزايد نسب البطالة والتفاوت الاجتماعي، والتي أصابت بشكل أقوى الطبقات المهمشة والتي تعاني أصلا من تدهور في أوضاعها المعيشية وإن اختلفت حدتها من منطقة لأخرى. ومن هذا المنطلق قامت الجزائر باتخاذ مجموعة من التدابير والإجراءات من شأنها تحسين الأوضاع المعيشية لفئة المسنين المعوزين ومن خلال بحثنا هذه توصلنا إلى نتيجة رئيسية مفادها، أنه بالرغم من جهود الدولة المعتبرة والمبدولة لتحسين ظروف هذه الشريحة من المجتمع الجزائري إلا أنه في ظل إرتفاع مستوى المعيشة وتزايد إحتياجات السكان، لم تعد هذه الفئات قادرة على مواكبة ظروف الحياة الصعبة، ذلك لأن مختلف هذه التدابير التي تسعى إلى حماية الحد الأدنى من المستوى المعيشي- لا تضع في اعتبارها تأثيرات التضخم وارتفاع الأسعار، وبالتالي فإنها لا تساهم في تحسين أوضاع المسنين المعوزين بالقدر المنشود. مما يعني ضرورة تدخل الدولة أكثر من وقت مضى- بوضع سياسات وإستراتيجيات فعالة للتكفل بهذه الفئات الهشة مع ضرورة إشراك القطاع الخاص ومنظمات اتمع المدني في تحمل المسؤولية الاجتماعية تجاه هذه الفئات، سواء من خلال المشاركة في تنفيذ بعض البرامج أو تمويلها أو في عملية الرقابة والمتابعة.

إن النصوص القانونية وإن كانت تجسد المثالية الاجتماعية والأخلاقية في مضامينها، تبقى عقيمة أمام غياب المجتمع المثالي الفاضل، وهذا هو حال القانون 12/10، وعليه أصبح لزاما على الدولة:

تحديد الأشخاص الذين يقع عليهم تقديم الرعاية للمسن وفقاً لترتيب معين، بحيث يستفيد هؤلاء أيضاً من الامتيازات التي سوف يحصلون عليها مقابل رعايتهم لأقربائهم المسنين، كما وأنه في حالة ما إذا تم إهمال المسن، فإنه يمكن تحديد المسئول عن ذلك الإهمال.

ونرى أن تقديم الرعاية للمسن يجب أن يتولاها الأشخاص على الترتيب الآتي: * الزوجة أو الزوج، * الأبناء، * الأحفاد، * الإخوة والأخوات.

وفي حالة تعدد المكلفين قانوناً برعاية المسن يتم الاتفاق فيما بينهم على رعاية المسن، إما بشكل دائم أو مؤقت أو دوري. وعند عدم وجود أقارب للمسن للقيام برعايته تتولى الجهة المسؤولية تحديد ذلك الشخص مع أخذ موافقة المسن على ذلك الشخص. وتؤكد هنا على ضرورة ضمان بقاء المسن في منزله ومع عائلته وأقربائه وتواصل المسن معهم، مع فرض جزاءات عقابية على كل مكلف برعاية الأشخاص المسنين بامتناعه عن القيام بالتزاماته المفروضة عليه.

على أن تقوم الدولة من خلال مؤسساتها وكذلك حساسيات المجتمع والأفراد، بالدفاع عن المسنين المتخلى عنهم، وفتح التحقيق عن الحالات المتواجدة في مؤسسات الاستقبال من أولئك الذين لهم إمتداد عائلي في المجتمع، وإحالة المقصرين بواجب الرعاية الملزمين به قانوناً تجاه المسن على القضاء مع إقرار إعانة مالية مراعاة لحالات الإعسار لبعض ذوي القرابة، عملاً بمبدأ الغرم بحسب الغنم.

إن التكفل بالمسن يقتضي - مراجعة المنحة المخصصة لإعانة للأسر المعوزة بما يتماشى ومتطلبات الحياة الكريمة، وأن يُفتح المجال أمام المسنين لممارسة الأعمال الوظيفية وكافة الأعمال والأنشطة التي تتفق مع قدراتهم وميولهم وهواياتهم لضمان استمرار المسن في حيويته الجسمية والعقلية وحضوره الاجتماعي والعائلي والوظيفي لأطول مدة في حياته وجعل التقاعد إختياري لا إجباري. كما بتعين على السلطة التشريعية احترام الخصوصية الإسلامية للأسرة والمجتمع ككل وإسقاط ذلك على التشريع الوطني.

- قائمة المراجع:

- 1- الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد، المعروف بابن الهمام الحنفي (ت: 681هـ)، شرح فتح القدير، ج2، علق عليه وأخرج آياته وأحاديثه: الشيخ عبد الرزاق غالب المهدي، ط 01، دار الكتب العلمية، لبنان، (1415هـ/1995م).
- 2- الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة، ج 04، المكتبة الإسلامية، عمان، الأردن، 1403هـ.

- 3-النووي، رياض الصالحين، تحقيق: عبد العزيز رباح، وأحمد الدقاق، دار الوراق، الرياض، 1416هـ.
- 4-الحاكم، المستدرک على الصحيحين، ج02، دار الكتاب العربي، بيروت، بيون تاريخ.
- 5-أبو يوسف، الخراج، تحقيق: محمد إبراهيم الينا، دون رقم الطبعة، دار الإصلاح، 1981م.
- 6-أحمد بن علي القمبي، مسند أبو يعلى الموصلي، تحقيق: حسين أسد، ج07، دار المأمون للتراث، بيروت، د.ت.ن.
- 7- أبو عبيد القاسم بن سلام، الأموال، تحقيق: محمد عمارة، دار الشروق، بيروت، 1409هـ.
- 8- إين مفلح الحنبلي، الأدب الشرعية والمنح المرعية، ج03، رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء والدعوى والإرشاد، 1977م،
- 9- ابن منظور، لسان العرب، ج12، دار صادر، بيروت - لبنان، 1414هـ.
- 10- إين الجوزي، تاريخ عمر بن الخطاب، مكتبة المؤيد، الطائف، 1987.
- 11- رشاد أحمد عبد اللطيف، في بيتنا مسن، مدخل إجتماعي متكامل، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، سنة: 2001/2000.
- 12- زيد بن محمد الرماني، حقوق المسنين في الشريعة الإسلامية، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: <http://www.ALUKAH.Net/CUITURE/57220>
- 13- سعدي أبو حبيب، المعوق والمجمع في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، دمشق، 1980.
- 14- طلعت حمزة الوزنة، أرقام وحقائق عن المسنين في العالم، مجلة وزارة العمل والشؤون الاجتماعية، المملكة العربية السعودية، عام 2000، ص(19،20)
- 15- فريد لاندر، الرعاية الاجتماعية، تاريخ النشر: فبراير 2015، تاريخ التصفح: 08 أكتوبر 2017، الساعة: 45:20، على الموقع: <http://annabaa.org/arabie/communtiy/1067>
- 16- فادي غندور، الشيخوخة، الدار العربية للعلوم، 1410هـ.
- 17- محمد بن إساعيل البخاري، صحيح البخاري، تحقيق: مصطفى البغا، ج05، دار القلم، بيروت، 1401هـ.
- 18- مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، ج08، دار الباز، مكة المكرمة، بدون تاريخ.
- 19- ماجدة خميس علي ابراهيم، العمل التطوعي والأمن لرعاية المسنين، مؤتمر العمل التطوعي والأمن في الوطن العربي "الأمن مسؤولية الجميع"، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض، سنة 2002.
- 20- ماهر أبو المعاطي على، الإجهات الحديثة في الرعاية الاجتماعية، المكتب الجامعي الحديث، جامعة حلوان، مصر، دت ن
- 21- مروى محمد شخته، أشكال المساندة الاجتماعية للمسنين المتقاعدین عن العمل، الهيئة المصرية العامة للكتاب، سنة 2009، ص21.

22- محمد عبد اللطيف صالح الفرفور، حقوق الشيوخ والمسنين وواجباتهم في الإسلام، بحث مقدم في مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة، الدورة الثانية عشر، الرياض [من 25 جادى إلى 01 رجب] 1421هـ، العدد 12، ص 1812.

23- عبدالله بن ناصر بن عبد الله السدحان، العقوق [تخلي الأبناء عن الآباء]، دراسة إجتماعية عن المسنين المقيمين بدور الرعاية الاجتماعية في المملكة العربية السعودية، د، ت، ن.

24- الدستور الجزائري وفق آخر تعديل ل: (06 مارس سنة 2016).

25- الجريدة الرسمية رقم: 79، المؤرخة في: 23 محرم عام 1432هـ الموافق ل: 29 ديسمبر 2010، المتضمنة القانون (10-12)، المتعلق بحماية الأشخاص المسنين.

26- اليوم الدراسي للمسنين، معلومات أساسية، الموقع الإلكتروني للأمم المتحدة:

<http://www.un.org/events/olderspersonday/background.shtml>

27- بلجيلالي محمد، الواقع التثموي لبرامج النشاط الاجتماعي والتضامن في الجزائر، دراسة حالة مديريةية النشاط الاجتماعي لولاية تلمسان، رسالة ماجستير في العلوم الإقتصادية، تخصص تسيير المالية العامة، جامعة تلمسان 2011/2012.

28- وزارة التضامن الوطني والأسرة وقضايا المرأة، مشروع دليل الأشخاص المسنين في الجزائر، ديسمبر 2012.

البحث العلمي في ظل التكنولوجيا الرقمية، جاذبية الوسيلة و إشكالية المحتوى،

(قراءة في مضمون القرار 933 المتعلق بالسرقات العلمية).

تاريخ الإرسال: 2017-05-27 يوسف مرين، عضو مخبر حقوق الإنسان والحريات العامة.
تاريخ القبول: 2018-07-25 طالب دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مستغانم.
تاريخ النشر: 2018-08-03 منى طواهرية، طالبة دكتوراه المدرسة الوطنية العليا للعلوم السياسية

ملخص:

إن البحث العلمي هو أساس تقدم المجتمع، ولكي يعطي هذا المجال ثماره لابد أن يتسم بالأصالة كأول خطوة نحو إستغلاله وذلك بمكافأة صاحب السبق في إنجازها، وهذا من شأنه تشجيع الكفاءات العلمية المشهود لها بالتميز حتى تسير في نفس السياق لأن الذي يدعم هذه الإنجازات هي أصالتها وصدق مرجعيتها إلى من إختراعها وألفها.

وإذا كانت هذه القاعدة هي الأصل فهناك من يخرج عنها بعدم إحترامه لمبدأ الأمانة العلمية، وإذا كانت هذه الممارسات إستثناء فيمكن معالجتها بسهولة أما إذا أخذت في الإنتشار لتصبح ظاهرة فينبغي التوقف عندها ودق ناقوس الخطر حتى ننتبه لها ولا تآثرها الوخيمة على البحث العلمي وعلى الجامعة الجزائرية وعلى مستقبل كل الإطارات المتخرجة منها.

إن الجامعة الجزائرية كغيرها من الجامعات تعرف ظاهرة السرقة العلمية "البلاجيا" وللتصدي لها وقاية وعلاجا أصدرت وزارة التعليم العالي والبحث العلمي القرار رقم 933 مؤرخ في 28 جويلية 2016 يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية وطرق مكافئتها.
الكلمات المفتاحية: البحث العلمي، التكنولوجيا الرقمية، السرقة العلمية، القرار 933.

Abstract

The scientific research is the basis of the progress of society, and to give this area of fruit must be characterized as the first step towards its exploitation by rewarding the holder of the lead in its completion, and this will encourage the scientific competencies recognized for excellence in order to go in the same context because those who support these achievements are authenticity and honesty Its reference to the inventor and a thousand.

_____ البحث العلمي في ظل التكنولوجيا الرقمية، جاذبية الوسيلة وإشكالية المحتوى

If this rule is the origin, there are those who do not respect it for the principle of scientific honesty, and if these practices an exception can be easily addressed, but if it is spread to become a phenomenon to stop and then the alarm to pay attention to the effects of serious scientific research and the University of Algeria and the future All frames are graduated from them.

The University of Algeria, like other universities, defines the phenomenon of plagiarism as "protection". The Ministry of Higher Education and Scientific Research issued Decree No. 933 dated July 28, 2016, which defines the rules for the prevention of scientific thefts and methods of combating them.

The opening words : Scientific research, digital technology, scientific theft Resolution 933.

مقدمة:

يتميز عالم اليوم بقوة التغير والتحول في مختلف المجالات وعلى جميع المستويات، وتعتبر تكنولوجيا المعلومات العامل الرئيسي في بريق هذا التغير، بل إنها تعد حجر الأساس في معادلة التطور، ولذلك فقد سمحت التقنيات الحديثة ببناء عصر جديد أساسه المعلومات والتكنولوجيا، وقد مرّ بتطورات كبيرة حتى أصبح يصطلح عليه بعصر المعلومات و المعرفة و الذي يقوم على اعتماد المعلومات في شتى مجالات الحياة عبر مختلف الأدوات الحديثة التي تيسر سبل التواصل و الحصول على هذه المعلومات خاصة الشبكة العنكبوتية التي أصبحت الملاذ للكثير من الباحثين في إعداد مختلف بحوثهم العلمية بالنظر لكم المعلوماتي والسرعة الفائقة التي تتسم بها، وقد لعب التطور التكنولوجي الكبير و ثورة التقنية الحديثة دورا كبيرا في الزيادة المضطردة في إنتاج المعلومات على نحو غزير و تنوعت مصادرها و طرق نشرها على نحو جعل منها بنكا معلوماتيا بامتياز بالنسبة للباحث العلمي.

إن الحاجة للمعرفة أو البحث العلمي تزايدت بشكل كبير في مختلف المجتمعات والأمم، وأخذت الدول المختلفة تتسابق فيما بينها في سبيل إحراز مزيد من التقدم في هذا المجال، وذلك لما لهذا التقدم من علاقة وأثر واضحين في التقدم في شتى المجالات الحياتية، مما دفع بهذه الدول إلى تخصيص ميزانيات كبيرة للإتفاق عليه إيمانا منها بأن ما يصرف في هذا الميدان سيكون له مردوداً اقتصادياً واجتماعياً لا يمكن تقديره بثمن.

و يعد البحث العلمي من أهم القطاعات التي تزداد الحاجة فيه للمعلومات باعتبارها المادة

_____ البحث العلمي في ظل التكنولوجيا الرقمية، جاذبية الوسيلة وإشكالية المحتوى

الأساسية لأي باحث و التي وفرتها البيئة الرقمية بصور متعددة و بأشكال كبيرة و تنوعت مصادر الحصول عليها، إلا أنه مع اتساع رقعة الثقافة الرقمية التي قربت البعيد و جعلته في متناول الباحثين تطرقت نزعة انتحال و سرقة الأعمال البحثية دون الإشارة إلى كاتبها حتى أصبحت ثقافة غير مشعور بها سواء من مستخدميها أو غيرهم، فاستفحلت الظاهرة على نحو أدى إلى تأزم الواقع العلمي، حيث أصبحت تمارس من قبل الباحثين على اختلاف مستوياتهم العلمية ممن يعدّون نخبة المجتمع العلمي متتهكين بذلك للحقوق الفكرية للمؤلف و الباحث متجاهلين جمدهم الفكري و العقلي في إنتاج هذه المادة العلمية مما أوحى بضرورة معالجة المشكلة في ضوء الأسلوب العلمي، وتوضيح أبرز التحديات التي تواجه الباحث وذلك كخطوة نحو الخروج بمقترحات تساهم في توفير بيئة معلومياتية آمنة.

تأتي ورقتنا البحثية استجابة لجملة من الحوافز التي أثارَت لدينا نزعة الكتابة في هذا الموضوع انطلاقاً من كوننا باحثين ومعنيين كمحاولة لتحذير شخصية و أمانة الباحث و ذلك بتسليط الضوء على هذه الآفة التي أصبحت تمس ميراثاً علمياً سيكون غذاء عقول النشأ و تزكية لنفوسهم، و على هذا الأساس تنطلق إشكاليتنا البحثية من التساؤل التالي : ما المقصود بالسرقة العلمية؟ وما هي أسبابها؟ وكيف أثرت الإستخدامات السلبية للتكنولوجيا الحديثة على البحث العلمي؟ وماهي طرق مكافحتها؟.

و للإجابة على هذه التساؤلات إرتأينا تقسيم ورقتنا البحثية إلى محورين: نتعرض في المحور الأول: الأنترنـت المجال الخصب للسرقة العلمية، ونخصص المحور الثاني: الضوابط الأخلاقية لمكافحة آفة السرقات العلمية.

المحور الأول: الأنترنـت المجال الخصب للسرقة العلمية

لاشك أن الشبكة العنكبوتية قد حققت أحلاماً لم يكن من المتوقع أن تحدث، إلا أنها في الوقت ذاته جرّت المجتمعات إلى العديد من المشكلات التشريعية و الأخلاقية و الإجتماعية من حيث الخصوصية و الحماية و حقوق الملكية الفكرية، وذلك بالنظر لاتساع هذه الشبكة العملاقة، إذ لا ينكر أحد الفوائد التي توفرها الأنترنـت التي أضحت سلاحاً ذو حدين ، استخدمها البعض لأغراض سلبية كالسرقة، الاحتيال والغش مما أثر سلباً على أخلاقيات مجتمعات المعلومات، حيث أخذ البحث العلمي منعرجاً خطيراً بالنظر إلى هذه التجاوزات التي شوهته و أخلّت بقواعده و أصوله.

أولاً: الأترنت أرضية خصبة للبحث العلمي

مع تزايد انخراط تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في نسيج الحياة اليومية وفي المجتمعات، فقد تشابكت التطورات التقنية مع التغييرات الاجتماعية والسياسية والثقافية، وأصبحت الشبكة العنكبوتية من أكثر التطورات التي عرفتها البشرية بالنظر لما يتميز به من خصائص و ما تقدمه من خدمات؛ حيث أصبحت تعتمد كوسيلة للبحث و تبادل المعارف و المعلومات.

1- تعريف الإنترنت

تعددت التعاريف المقدمة للإنترنت، إذ أن اسم إنترنت في الإنجليزية (Internet) يتكون من البادئة inter التي تعني "بين" وكلمة net التي تعني "شبكة"، أي "الشبكة البينية" و الاسم دلالة على بنية إنترنت باعتبارها "شبكة ما بين الشبكات" و قد عرّفت على أنها: "مجموعة من الحاسبات المرتبطة بعضها ببعض في أنحاء العالم المختلفة التي يمكن بواسطتها تناقل وتبادل المعلومات سواء كانت هذه المعلومات كلاماً منطوقاً أم نصوصاً مكتوبة أم صور مرئية ثابتة أم متحركة أو حتى إشارات رمزية أم بها جميعاً، مع عدد غير نهائي من المرسلين إلى عدد غير نهائي من المستقبلين في شتى أنحاء العالم".¹

2- مميزات شبكة الإنترنت

تتميز الإنترنت بالعديد من الخصائص التي توفر للباحث و البحث العلمي العديد من الخدمات، يمكن إيجاز بعضها في النقاط التالية:

المساعدة على توفير أكثر من طريقة في البحث والتعليم، ذلك أن الإنترنت ما هي إلا مكتبة كبيرة متشعبة المجالات و مترامية الأطراف تتوفر فيها الكتب والدراسات والأبحاث والمقالات في المجالات المختلفة.

الإطلاع على آخر الأبحاث العلمية، والإصدارات من المجالات والنشرات العامة المتخصصة.

الاستفادة من البرامج والدورات والدراسات التعليمية الموجودة على الإنترنت، و التي تفيد الباحثين في مجالاتهم.

¹ محمد راتب محمد سيمان، دور الشبكة العنكبوتية في تفعيل الأساليب الإشرافية التربوية من وجهة نظر المشرفين التربويين والمعلمين بمدارس وكالة الغوث في محافظات غزة، جامعة الأزهر، غزة، كلية التربية، رسالة ماجستير في أصول التربية، 2012، ص 12.

◀ التنوع في وسائل العرض، فهناك الوسائط المتعددة، وهناك الوثائق والبيانات، وهناك الأفلام الوثائقية، إضافة إلى الأشكال التقليدية للمقال، وهذا كله يهيئ فرصة الإطلاع والاستفادة بصورة واسعة وغير ممة.

◀ المساعدة على التعلم التعاوني الجماعي، حيث تقدم الإنترنت إمكانية الوصول إلى الباحثين أو المتابعين في مختلف أنحاء العالم ومن ثمة إتاحة الفرصة للتواصل مع العلماء والمفكرين والباحثين المتخصصين والحصول على آرائهم وتوجيهاتهم، كما تسمح بتداول الحوار العلمي بين المختصين، وهو ما يثري البحث العلمي ويمميه ويطوره.

◀ حرية المعلومات ومنع الإحتكار إذ تساعد الإنترنت على حرية المعلومات متجاوزة مشكلات الرقابة وتتيح التساوي بين الناس في تهيئة الوصول للمعلومات، فلا تحتكر هذه المعلومات لصالح جهة ما أو مكان واحد أو بلد بعينه، وهذا كله يساهم بدوره في حرية التفكير وفي تحقيق الحرية الفكرية، ويمنح الباحث فرصة الإطلاع على كافة الآراء والأقوال فيما يبحث فيه دون أن يقيد بقيد سياسي أو فكري أو معلوماتي¹.

على الرغم مما تقدمه الانترنت من مزايا وخدمات للبحث العلمي إلا أنها في الوقت ذاته أضحت تعتمد من قبل الباحثين لأغراض أخرى كالسرقة العلمية والاختلاس وغيرها من المظاهر التي أصبحت تشوب البحث العلمي، هذه الظاهرة التي استفحلت بشكل كبير في ظل غياب رقابة على مواقع الشبكة العنكبوتية التي تعد فضاءا واسعا يوفر للباحث الكثير من المعلومات و الذي أساء استخدام هذه الوسيلة فتحوّلت بذلك من أداة لدعم البحث العلمي و تطويره إلى وسيلة هدم للعقول و ترسيخ الانكالم على الغير و سرقة جهده في غياب رقابة صارمة.

ثانياً: السرقة العلمية آفة البحث العلمي

إن تقدم الشعوب في مختلف المجالات يحتاج إلى العلم و المعرفة ، كما أن هذه الأخيرة تحتاج للتطوير في ظل المتغيرات والاحتياجات في مختلف الميادين ، ولا ريب أن السبيل إلى ذلك بعد إرادة الله عز وجل تكون عن طريق البحوث العلمية الجيدة التي تساهم في تطوير المعرفة، وبالتالي تحقق رقي وتقدم الشعوب في مختلف المجالات، إلا أن الملاحظ في الآونة الأخيرة لجوء بعض

¹الدردشة" .. في الجماعات الإرهابية لاصطياد شباب الإنترنت، نشر يوم الاثنين 08 / 04 / 2014 (تاريخ الإطلاع 2017/03/16 على الساعة 10:00)، متوفر على: <http://www.al-madina.com/article/322066>

_____ البحث العلمي في ظل التكنولوجيا الرقمية، جاذبية الوسيلة وإشكالية المحتوى

الباحثين إلى الإستيلاء على أعمال غيرهم و سرقتها على نحو أوجد أزمة أخلاقية في البحث العلمي.

1- مفهوم السرقة العلمية و آثارها على البحث العلمي

لا شك أن الباحث الذي سيسهم في التطور المعرفي متتهجاً الأسلوب العلمي لإجراء الدراسات والبحوث يجب أن تكون لديه خصائص وسات، فهو شخص توافرت فيه الاستعدادات الفطرية، والنفسية، بالإضافة إلى الكفاءة العلمية المكتسبة التي تؤهله للقيام بالبحث العلمي، هذا الأخير الذي هو طلب لمجهول، يستدعي إثارة كل ما يمكن أن يمد الباحث بمعلومات مفيدة في مجال البحث والتنقيب عنه ثم فحص ما تجمع من تلك المعلومات لطرح ما ليس ذا صلة بالبحث المطلوب وإبعاده، ثم دراسة وتحليل ما له به صلة مباشرة، أو يساعد على دراسة جانب من جوانبه.¹

و تعتبر السرقة العلمية من أكثر الظواهر انتشاراً في الأوساط الأدبية والعلمية، وأكثرها إساءة إلى الأمانة العلمية التي من المفترض توفرها في الباحث العلمي، قد عرفها سامي عبد العزيز بأنها: "استخدام الكاتب أو المؤلف أو الباحث كلمات أو أفكاراً أو رؤى أو تعبيرات شخص آخر دون نسبتها إلى هذا الشخص، أو الاعتراف له بالفضل فيها." وهي أيضاً: "أن ينسب الشخص إلى نفسه أشياء لا فضل له فيها بغير سند من الواقع بحيث يعبر عن الأفكار بأنها بنات أفكاره وأنها أصلية."²

وعرفها القرار رقم 933 المؤرخ في 28 جويلية 2016 بأنها "كلّ عملية انتحال أو غش أو تزوير في النتائج أو الأعمال العلمية بالاعتباس الجزئي أو الكلي دون الإشارة إلى المصدر، أو السطو على أعمال الآخرين ونسبتها إلى النفس سواء بالنقل من الإنترنت أم من مصادر أخرى."³

2- أسباب و عوامل تشفي ظاهرة السرقة العلمية

هناك كثير من العوامل التي أسهمت في ظهور واستمرار السرقات العلمية خاصة على مستوى الجامعات، من أهمها:

◀ توافر الشبكة العنكبوتية وسهولة الوصول إلى محتوياتها، دون علم لدى الطلبة أو تجاهلاً بمفهوم حقوق الملكية ومبادئ الأمانة العلمية وأسس التوثيق العلمي السليم للأبحاث.

¹ رجم يونس كرو العزاوي، مقدمة في منهج البحث العلمي، دار دجلة، عمان، ط 1427، ص. 29.

² الحسين اوباري، 6 من أفضل أدوات اكتشاف الانتحال العلمي - البلاجياريزم - تاريخ النشر 2015/06/28 (تاريخ الإطلاع

12.05.017 على الساعة 23:00)، متوفر على: <http://www.new-educ.com>

³ أنظر المادة 03 من القرار رقم 933 المؤرخ في 28 جويلية 2016.

الإفلاس الفكري، فالسارق في الغالب إنسان فقير الفكر، ضعيف الفهم، قليل العلم، يرى أن معجزه لن يسعفه لإبداع فكرة أو كتابة فقرة، فيسرقها، إذ أن سرقتها أسهل له بكثير وأخف جهدًا من إبداع مثلها.¹

الإفلاس الأخلاقي، فسارقوا الأبحاث قد أصيبوا بأمراض أخلاقية مثل الكذب والاحتيال والرغبة في كسب المال والحصول على الدرجات العلمية والجوائز على الكفاف الآخرين ممن بذلوا الغالي والتفيس وسهروا الليالي من أجل إنتاج أعمالهم الفكرية.

الإفلاس الإيماني، فأغلب هؤلاء الذين مارسوا السرقات العلمية ضعفاء في الوازع الديني، مات فيهم نداء الضمير.

البيئة المساعدة، فكثير من حالات السطو العلمي وجدت البيئة المساعدة لها، كقيام بعض الأستاذة الكبار بممارسة السطو في جامعة ما فيكون قدوة لغيره من الأستاذة في ظل غياب الردع لأرباب السرقات العلمية.²

3- طرق وآليات السرقة العلمية

عادة ما ينتهج الباحث في سرقة للبحوث و المعلومات العديد من الطرق و الأساليب، منها النقل المباشر من المراجع و الترجمة الحرفية من مصادر أجنبية، كما أن تكليف أناس معينين بإنجاز أبحاث معينة يعتبر سرقة علمية، بما أن الأستاذ يستولي على العمل فيما بعد، إلى جانب هذا يستغل بعض الباحثين مواقع على شبكة الإنترنت ليحصلوا منها بأساليب غير مشروعة على مواد مهمة كالكتب العلمية والأوراق البحثية والبرمجيات الجاهزة والتي تكون بمثابة العون الرئيسي لهم للانهاء من بحوثهم دون مقابل مادي عن طريق التلاعب والتحايل كصورة أخرى للسرقة العلمية التي تعتبر شبكة الإنترنت ترتبها الخصب.³

¹ عامر الشهراني، الانتحالات والسرقات العلمية إلى أين؟ نشر يوم 22 يناير 2016م، (تاريخ الإطلاع 11.05.2017 على الساعة 24:00) متوفر على:

<http://www.alarabiya.net/ar/saudi-today>

أفة السرقة العلمية في الجزائر، (تاريخ الإطلاع 09.05.2017 على الساعة 10:00)، متوفر على:

<https://sites.google.com/site/bouseidafaissal/archives/>

³ عامر الشهراني، الانتحالات والسرقات العلمية إلى أين؟ نشر يوم 22 يناير 2016م، (تاريخ الإطلاع يوم 07.05.2017 على الساعة 20:15)، متوفر على:

<http://www.alarabiya.net/ar/saudi>

4- أثر السرقات العلمية على البحث العلمي

إن ظاهرة السرقة العلمية نذير شؤم وجرس إنذار لانهباء المراكز البحثية والجامعات، وذلك لما يمكن لهذه الظاهرة أن تسببه من أثر في المجتمع الأكاديمي على النحو التالي :

كحصول باحثين على درجات علمية لا يستحقونها، ومن ثم تدخل المجتمع الأكاديمي عناصر فاسدة دخيلة عليه، تفسد أكثر مما تصلح، وتجعل من البحث العلمي أداة في أيدي جماعة من الإتهابزين همهم الوحيد الوصول إلى أرقى المناصب والحصول على أكثر الإمتيازات دون بذل أي جهد.

كإنتقال هذه الآفة من جيل لآخر، إذ يتعلم على أيدي هؤلاء طلاب وباحثين، وفقد الشيء لا يعطيه، فلن يُخرج هؤلاء اللصوص إلا من على شاكلتهم في الأغلب.

كإرتفاع معدلات الفساد المالي والإداري في المجتمع الأكاديمي، ويصبح بذلك هيئة فاسدة داخل المجتمع، تكون بمثابة الداء الذي ينخر جسد البحث العلمي¹.

إن هذه الظاهرة تكشف لنا عن عمق الفساد الذي أصاب العقول وامتدت آثاره إلى أعلى مستويات البحث العلمي محاولة تشويه قيمه وإحباط عزيمة الباحثين النزهاء حاملي لواء العلم ممن سخروا أنفسهم لخدمة البحث العلمي والتي استنفطت على نحو أصبح من الضروري التصدي لها وإيجاد الآليات الكفيلة بوضع حد لهذا السيل العاتم الذي يهدف لإخفاء نور العلم وإفشاء الإنفلات الأخلاقي لإخفاء الإنحطاط الخلقي الذي أصبح سمة أولئك من يعتبرون أنفسهم باحثين .

المحور الثاني : الضوابط الأخلاقية لمكافحة آفة السرقات العلمية

نعيش اليوم عصر العلم والمعرفة والفارق هائل ومذهل بين العلم والجهل، مثلما هو كائن بين النور والظلام، والكفر والإيمان والحياة والموت، ومع ازدياد تغلغل العلم في حياة الإنسان، واتساع رقعته على وجه الأرض تفتتح آفاق جديدة أمامه تجعل الإلتزام بالأمانة العلمية أهم مبادئ بحثه العلمي والأكاديمي، ذلك أنه بذات القدر الذي يضطلع به الأمن في استقرار الدول والمجتمعات على المستوى العام تضطلع الأمانة العلمية في تطور العلم ورفعته وهو ما يفرض على الباحث ضرورة الإلتزام بها

¹ محمد مسعد ياقوت، السرقات العلمية مشكلة متفاقمة! (تاريخ الإطلاع 05.05.2017 على الساعة 11:30) متوفر على:

_____ البحث العلمي في ظل التكنولوجيا الرقمية، جاذبية الوسيلة وإشكالية المحتوى
في كل مراحل البحثية انطلاقاً من كون البحث نشاطاً إنسانياً له ضوابطه الإجتماعية و الأخلاقية
التي تفرض ضرورة الإلتزام بها و ردع كل من سولت له نفسه تجاوزها أو التلاعب بقيمتها.
أولاً: الأمانة العلمية جوهر الإلتزام الأخلاقي

إن الحديث عن الأمانة ليس وليد الحاضر بل تضرب جذوره منذ أن خلق الإنسان على
وجه البسيط مصداقاً لقوله تعالى: **إِنَّا عَرَضْنَا الْأَمَانَةَ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَ الْأَرْضِ وَ الْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَنْ
يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَ حَمَلَهَا الْإِنْسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولًا**¹ فهو خطاب رباني موجه لكل فرد في
المجتمع تبياناً لأهميتها في توازن العلاقات و حفظ الحقوق و إعطاء كل ذي حق حقه. فالأمانة العلمية
قيمة علمية كونها تبحث في جوهرها عن الحق و درء الفساد و الباطل.

1- في معنى الأمانة العلمية

تعد الأمانة العلمية من أهم قواعد البحث العلمي التي يجب أن يلتزم بها الباحث، والتي
تتصوي تحت المعنى العام للأمانة التي تعرف بأنها اسم لما يؤمن عليه الإنسان، و حفظ الشيء وعدم
التصرف فيه، سواء كان مالا أو غيره، وسواء كان ذلك الشيء مملوكاً له أو لغيره، وقد وردت الكثير
من الآيات الكريمة التي تحث عليها كقوله تعالى **"يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَخُونُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ وَتَخُونُوا
أَمَانَاتِكُمْ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ"**² فإداء الأمانة من أهم الآداب التي ينبغي أن يتحلى بها كل مسلم و بالأخص
الباحث في بحثه تجنباً للخيانة و الإعتداء على محمد الآخريين إذ يقول المولى جل جلاله في ذلك **"لِ
اللَّهِ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا..."**³، ومن عقب السنة النبوية نجد حديث الحسن عن
سمره أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: **"أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك"** وهو
بذلك يعم جميع الأمانات الواجبة على الإنسان من حقوق الله عز وجل على عباده من الصلاة و
الزكاة والصيام و الكفارات والنذور وغير ذلك مما يؤتمن عليه لا يطلع عليه العباد، ومن حقوق
العباد بعضهم على بعض، كالودائع وغير ذلك مما يؤتمن به من غير اطلاع بينة على ذلك، ومن هنا
يتضح أن العمل البحثي أمانة في عنق من يقوم به، لاسيما إذا كان معيئاً من قبل ولي الأمر في
المراكز البحثية والمكتبات ودور النشر، فإن الأمانة عندئذ تعظم، فعلى من يعين في هذه المهمة أن
يشعر بعظم الأمانة وأن يؤديها على الوجه الأكمل، فقد روى الصحابي الجليل أبو ذر رضي الله عنه

¹ سورة الأحزاب، الآية 72.

² سورة الأنفال، الآية 27.

³ سورة النساء، الآية 58.

_____ البحث العلمي في ظل التكنولوجيا الرقمية، جاذبية الوسيلة وإشكالية المحتوى

أنه سأل النبي صلى الله عليه وسلم أن يوليه، فقال: يا رسول الله ألا تستعملني؟ قال فضرب يده على منكبي، ثم قال: "يا أبا ذر إنك ضعيف وإنها أمانة، وإنها يوم القيامة خزي وندامة، إلا من أخذها بحقها وأدى الذي عليه فيها".¹

2- الضوابط الأخلاقية للبحث العلمي

يفترض البحث العلمي إلتزام الباحث بجملة من الضوابط، نذكر من بينها:

◀ الإعداد والتأهيل، ويشمل توفر الباحث على التدريب الفكري والفني المستمر بما يرفع من كفاءته العلمية ويوسع خبراته ومهاراته في الاستيعاب والتحليل والتعميم، وبما يفي لديه صفتي الخيال والأصالة الضروريتين في تطور الاكتشافات وتجويدها والانجازات العلمية ويسمح بالتقويم والنقد الذاتي، ومرجع ذلك أن التدريب الجيد للباحث يكون لديه ما يعرف بالفهم الحدسي للممارسة العملية وهو أن يصبح الباحث العلمي على معرفة مضرة بموضوعه تتجاوز نطاق ما يمكن أن يتعلمه في الكتب الدراسية أو المحاضرات.

◀ الموضوعية، وتعني أخلاقيا ذكر الحقائق التي تم التوصل إليها كما هي سواء عززت وجهة نظر الباحث أو تعارضت معها، دون أي تغيير أو تحريف عليها.²

◀ إتقان البحث العلمي وعدم التقاعس في القيام بما يجب من البحث والتدقيق و الرجوع إلى أمهات الكتب.

◀ ستر عورات المؤلفين وزلات العلماء وعدم إفشاءها بين الناس، وفي هذا المعنى قال ابن هبيرة: "و بالجملة فإن من مقتضى آداب طالب العلم البعد عن كل ما ينافي الأمانة من الحياة العلمية والغش وغير ذلك من المعاني المنافية للأمانة".³

◀ الإتصاف بالحس الإيماني الصادق، وزن الأمور بموازين الشرع، تحري أهداف البحث ومقاصده بكل صدق وأمانة باعتباره يمثل نخبة تعمل من أجل معرفة الحق والحقيقة وتمتيع بمستوى عال من الوعي.⁴

¹ أخرجه: مسلم في صحيحه، في كتاب الأمانة، برقم 1825، صحيح مسلم بشرح النووي - 209/12.

² سعيد جاسم الأسدي، أخلاقيات البحث العلمي في العلوم الإنسانية و التربوية و الإجتماعية، ط2، البصرة، مؤسسة وارث الثقافية، 2008، ص5.

³ رحيم بونس، كرو العزاوي، مقدمة في منهج البحث العلمي، ط1، عان، دار دجلة، 1427هـ، ص29.

⁴ المجلة العربية، العدد (487)، ماي 2017 م. (تاريخ الإطلاع 10.05.2017 على الساعة 17:30) متوفر على:

_____ البحث العلمي في ظل التكنولوجيا الرقمية، جاذبية الوسيلة وإشكالية المحتوى

ووفقاً لديفيد رزنيك، فإن هناك خمسة عوامل رئيسية تساهم في الانحرافات الأخلاقية في العلم:

- كون "العلم بالنسبة إلى معظم العلماء مهنة" وما يترتب على تلك الحقيقة من السعي اللاهث نحو نشر المؤلفات والحصول على وظائف، وبالتالي نجد البعض يساوي بين الأمانة العلمية وانتهاك المبادئ الأخلاقية في سبيل التقدم المهني.
- إشكالية التمويل البحثي غير المستقل والمشروط، وبالتالي احتمالية محاباة النتائج وفقاً لمصالح الجهة الممولة.
- المكافآت المالية المرتبطة بالابتكارات البحثية، وبالتالي اعتماد الغاية مبرراً للوسيلة.
- آليات التصحيح الذاتي للعلم بالغة الصرامة والتي تتمثل بعدم فعالية تحكيم النظراء في كشف الخداع أو الخطأ إضافة إلى الإهمال الذي تلقاه الأطروحات والأوراق البحثية لدى المحكمين الذين ليس لديهم الوقت الكافي لفحصها ومراجعتها.
- علاقة علم التربية وإسهامه في تشكيل السلوك اللا أخلاقي لدى الباحثين¹.

ثانياً: طرق مكافحة السرقة العلمية

يضج المجتمع العلمي بالكثير من الفضائح المتعلقة بسرقات المؤلفات و المصنفات و الأعمال وانتحالها أو السطو عليها تحت اسم الاقتباس ومن بين الحلول التي جاء بها القرار 933 لتقويض هذه الظاهرة ما يلي:

الملاحقة القانونية والإعلامية للصوص العلم، أما الملاحقة الإعلامية فمعروفة، وذلك بالتشهير بهم في وسائل الإعلام وفضح ممارساتهم في حدود الأدب العام و القانون، أما الملاحقة القانونية فهي واجبة على الكاتب الأصلي الضحية أو ورثة الضحية وذلك بإيداع شكوى لدى القضاء لردع الجاني وتعويض المجني عليه، وغالباً ما يحكم القضاء بتعويض مالي مناسب للمؤلف حسب مقدار المادة التي تم السطو عليها، إلا أن المشكلة ليست في ساحات القضاء، فقوانين حقوق الملكية الفكرية رادعة بمعنى الكلمة، إنما تكمن في الأوساط الأكاديمية لاسيما الجامعات، حيث تنتشر المحسوبيات والرشوة في الأماكن التي يكثر فيها السرقات العلمية، فنجد الباحث السارق يستخدم علاقاته وعائلته وأمواله

<http://www.arabicmagazine.com/arabic/articleDetails.aspx?Id=5132>

¹ ديفيد رزنيك "أخلاقيات العلم، سلسلة عالم المعرفة عدد 316، الكويت: المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، 2005.

_____ البحث العلمي في ظل التكنولوجيا الرقمية، جاذبية الوسيلة وإشكالية المحتوى

في الإفلات من أحكام المجلس التأديبي الذي عُقد له بعد كشف سرقاته، بل حتى يهدد المجني عليه إذا حاول أن يطالب بحقوقه من الباحث السارق، حيث أن الأخير له من النفوذ والسلطة ما تمكنه من إلحاق الأذى بالباحث صاحب المادة الأصلية.¹

◀ يجب على الجامعات الوقوف بقوة في مواجهة ظاهرة السرقات العلمية بين الباحثين، وتفعيل قرارات المجالس التأديبية في ذلك وضمان حيادية اللجان الخاصة التي تقوم بفحص أعمال الباحث السارق، إضافة إلى حرمان الباحث السارق من أية ترقيات أو درجات أو مناصب قيادية إذا ثبتت سرقاته العلمية.

◀ يعاقب بالسجن من يقوم بالسرقة العلمية - لكونها أخطر على المجتمع من السرقة المادية (التي قد يكون لمرتكبها العذر لضغوط معيشية أو ضائقة مالية) ولا عذر لأستاذ الجامعة في ارتكاب جريمة سرقة العلم.

◀ تبليغ الجهات العلمية ودور النشر بأن هذا الأستاذ غشاش، فلا تنشر له أبحاث بالمجلات العلمية والدوريات المحترمة في الخارج، بل يوضع على قائمة المهنيين بفضح ابتزازهم لأعمال الغير.²

و بالانتقال إلى واقع الجامعات الجزائرية نجد تزايد مد السرقات العلمية التي انتشرت في السنوات الأخيرة مما دفع الوزارة إلى إقرار جملة من الآليات الوقائية والردعية لمحاربة السرقات العلمية بتنصيب مجلس آداب وأخلاقيات المهنة³ على مستوى كل مؤسسة جامعية للفصل في ملفات السرقات العلمية عن طريق التحقيق وتسليط العقوبات على المخالفين من طلبة وأساتذة،⁴ وقد أدرجت "السرقات العلمية" ضمن بنود أخلاقيات الجامعة الذي صنفها في خانة الأخطاء

¹ عامر الشهرانى، الانتحالات والسرقات العلمية إلى أين؟، نشر بتاريخ 22 يناير 2016م، (تاريخ الإطلاع 09.05.2017، الساعة 14:00)، متوفر على:

<http://www.alarabiya.net/ar/saudi-today/2016/01/22/>

² كمال دسوقي، الأمانة العلمية و المؤلفات العربية، شبكة الألوكة، (تاريخ الإطلاع 10.05.2017 على الساعة 14:00)، متوفر

على: <http://www.alukah.net/Culture/>

³ أنظر المادة 08 من القرار رقم 933، المرجع السابق.

⁴ صالح فلاق شبرة، تاريخ الإطلاع يوم 2017-05-09 على الساعة 17:30، متوفر على:

<http://www.echoroukonline.com/ara/articles/494020.html>

_____ البحث العلمي في ظل التكنولوجيا الرقمية، جاذبية الوسيلة وإشكالية المحتوى

الجسيمة التي تؤدي بصاحبها إلى الطرد والمتابعة القضائية، كما شددت الوزارة على ضرورة وضع قاعدة بيانات رقمية محلية ووطنية عن جميع الأعمال المنجزة لا سيما مذكرات التخرج والبيانات الخاصة بالأساتذة وسيرهم الذاتية، وتكليف الأستاذ المشرف بالسهر على عدم وقوع السرقات العلمية من خلال تكليف الأستاذ المتخصص بتأطير 9 أطروحات فقط في العلوم الإنسانية والاجتماعية و6 في العلوم والتكنولوجيا، كما يتم تكوين لجان المناقشة من التخصص للتدقيق في جودة العمل وسلامته من السرقة العلمية، إلى جانب مباشرة دورات تكوينية للتعريف بالسرقات العلمية والتدريب على تفاديها منهجياً.¹

بالرغم من الإجراءات المتخذة من قبل وزارة التعليم العالي للتصدي لهذه الجريمة التي تحولت إلى آفة متجذرة في الجامعة الجزائرية وامتدت إلى تلاميذ المدارس الذين باتوا ينسخون البحوث الجاهزة من مقاهي الانترنت، و الذي ساهم في تجميد عقولهم التي ألفت ظاهرة سرقة البحوث الجاهزة حتى وهم طلبة في الجامعة أو أساتذة، إلا أنها لم تستطع القضاء عليها جذريا مما جعل المستوى العلمي في الجامعات في الحضيض بدليل أننا نجد طلبة جامعيين كثيرين لا يقرقون بين الفاعل والمفعول به ولا يستطيعون ارتجال محاضرة ذات مستوى رفيع أو المشاركة المشرفة في مؤتمر علمي عربي أو دولي.

خاتمة:

في الختام يمكن القول أن الثورة الرقمية بما حققتة من إسهامات و ما قدمته من خدمات للأفراد يعد بمثابة النقلة النوعية للعالم أجمع و التي أسهمت في عديد الابتكارات و الإنجازات العلمية التي شهدها القرن الواحد و العشرين و التي لم يكن لتحصل لولا وجود هذه التقنية المتطورة، غير أن الاستخدام لهذه الأخيرة لم يبق في حدود البحث العلمي التزيه و الساعي لتحقيق الرقي البشري بل انحرف عن مساره ليأخذ صورا جديدة من الفساد العلمي مثلت السرقة العلمية إحداها و التي استفحلت في الأوساط العلمية على نحو لم يعد الباحث يفرق بين البحث الموثوق و البحث المسروق، فاختلط بذلك الحابل بالنابل و أصبح العلم يباع في مراكز أطلقت عليها تسمية "مراكز الخدمات الطلابية" التي تقدم الأبحاث الجاهزة و السريعة للطلاب تشبه في ذلك محلات الطعام

¹ السرقات العلمية في الجزائر: رسائل ماجستير تناقش أكثر من مرة.. والمحسوبة تعطل العقاب، نشر يوم 2017-02-21 على الساعة 22:28 (تاريخ الإطلاع يوم 2017-05-10 على الساعة 12:30) متوفر على:

_____ البحث العلمي في ظل التكنولوجيا الرقمية، جاذبية الوسيلة وإشكالية المحتوى

السريع التي هي في حقيقتها تقدم وجبات فاسدة لا يستسيغ طعمها إلا كل عديم ذوق أو من لم يستطع إعداد أفضل منها في غياب جلي للضمير الخلقى والعلمي وحتى المهني لأولئك النخبة المثقفة التي يعول عليها في بناء الأمم والمجتمعات.

إن المجتمع الذي يفرز مثل هذا النوع من الباحثين إنما هو مجتمع يعيش حالة استلاب أخلاقي، جعلت منه البيئة الخصبه لمثل هذه الجرائم التي سمحت بامتداد أياذ خبيثة إلى مواقع كنا نعدّها آمنة من أن يتسلل إليها مثل هذا الداء و يعبث بقديسيها النابعة من قدسية العلم الصحيح، فكان لزاما البحث عن سبل لقطع هذه الأيدي و اجتثاثها من عروقها وإعادة البحث العلمي إلى الطريق السوي الذي يليق به.

و قد توصلت هذه الدراسة إلى النتائج التالية:

تمثلت البيئة الرقمية الفضاء المعلوماتي الأكثر جاذبية للباحثين لما تتوفر عليه من بنوك للمعرفة و ما تقدمه من خدمات جليلة للبحث العلمي.

- إن سوء إستخدام الشبكة العنكبوتية و تسلل أيادي لصوص العلم تحت ذريعة البحث العلمي أوجد أزمة علمية شكلت السرقة العلمية إحدى صورها المشوهة للبحث العلمي.

- إن السكوت على هذا النوع الفاضح من الجرائم يعد سبيل لتمكين الفوضى في المجتمع، ومحو لحقوق الباحثين النزهاء وقتل لروح الإبداع العلمي.

- إن انتشار مثل هذه الجرائم إنما ينبئ عن تراجع مستوى البحث العلمي و تخرّج جيل معوق غير قادر على الإنتاج والإبداع.

في ضوء نتائج هذه الدراسة يمكن تقديم بعض الإقتراحات التي نراها جديرة بالإهتمام والبحث من قبل الدارسين و المختصين في الموضوع من بينها:

- ضرورة تفعيل قوانين محاربة السرقة العلمية على مستوى عالي للحد من خطورتها و التصدي لها خاصة على مستوى الانترنت الذي أصبح يدهم البحث العلمي مع إرساء قواعد البحث العلمي النزيه و ذلك لمواكبة التطور الحضاري.

- العمل على نشر ثقافة الأمانة العلمية و خلق وعي عام بخطورة الانتحال والسرقات العلمية، و تحفيز كل شخص بالتبليغ عن كل حالة انتهاك تصل إلى علمه مع توظيف البرامج الإلكترونية التي

_____ البحث العلمي في ظل التكنولوجيا الرقمية، جاذبية الوسيلة وإشكالية المحتوى

تساعد على كشف سرقة الأبحاث والدراسات العلمية ومعاقبة من يسطو على إنجازات الغير وينسبها إليه.

- تبني كل جامعة "ميثاق أخلاقيات البحث العلمي" مع إصدار تشريع قانوني يحدد عقوبات توقع على كل من تسول له نفسه ارتكاب جرائم السرقة العلمية.

- مسألة التوثيق العلمي ودقة المعلومة عبر شبكة الإنترنت قضية يجب الالتفات إليها ومحاولة إيجاد السبل لحلها في أسرع وقت ممكن وهو الدور الذي تناط به الجامعات ومراكز الأبحاث والمؤسسات العلمية و ذلك بوضع استراتيجيات الإصلاح والعلاج.

قائمة المصادر والمراجع

أولا : المؤلفات

- 1- صحيح مسلم.
- 2- رحيم يونس كرو العزاوي، مقدمة في منهج البحث العلمي، دار دجلة، عمان، الأردن، ط1، 1427هـ.
- 3- سعيد جاسم الأسدي، أخلاقيات البحث العلمي في العلوم الإنسانية و التربية و الإجتماعية، ط2، البصرة، مؤسسة وارث الثقافية 2008.
- 4- رحيم يونس ،كرو العزاوي، مقدمة في منهج البحث العلمي، ط1، عمان ، الأردن، دار دجلة ،1427هـ.
- 5- ديفيد رزينك " أخلاقيات العلم، سلسلة عالم المعرفة عدد316، الكويت: المجلس الوطني للثقافة والفنون والاداب، 2005.

ثانيا : القرارات الوزارية

- 1- القرار 933 المؤرخ في 28 جويلية 2016 يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها.

ثالثا : الرسائل والأطروحات

- 1- محمد راتب محمد سمعان، دور الشبكة العنكبوتية في تفعيل الأساليب الإشرافية التربوية من وجهة نظر المشرفين التربويين والمعلمين بمدارس وكالة الغوث في محافظات غزة، جامعة الأزهر، غزة، كلية التربية، رسالة ماجستير في أصول التربية 2012.

رابعا: المجلات العلمية

1- المجلة العربية، العدد (487)، ماي 2017 م، (تاريخ الإطلاع 10،05،2017 على الساعة 17:30) متوفر على:

<http://www.arabicmagazine.com/arabic/articleDetails.aspx?Id=5132>

خامسا: المواقع الإلكترونية

1- الدردشة ".. فح الجماعات الإرهابية لاصطياد شباب الإنترنت، نشر يوم الاثنين / 08 / 04 2014 (تاريخ الإطلاع 2017/03/16 على الساعة 10:00)، متوفر على:

<http://www.al-madina.com/article/322066>

2- الحسين اوباري، 6 من أفضل أدوات اكتشاف الانتحال العلمي - البلاجياريزم - تاريخ النشر 2015/06/28 (تاريخ الإطلاع 12،05،017 على الساعة 23:00)، متوفر على:

<http://www.new-educ.com>

3- عامر الشهراني، الانتحالات والسرقات العلمية إلى أين؟ نشر يوم 22 يناير 2016 م، (تاريخ الإطلاع 11،05،2017 على الساعة 24:00) متوفر على:

<http://www.alarabiya.net/ar/saudi-today>

4- آفة السرقة العلمية في الجزائر، (تاريخ الإطلاع 09،05،2017 على الساعة 10:00)، متوفر على:

<https://sites.google.com/site/bouseidafaissal/archives/>

5- محمد مسعد ياقوت، السرقات العلمية مشكلة متفاقمة! (تاريخ الإطلاع 05،05،2017 على الساعة 11:30) متوفر على:

<http://www.startimes.com/f.aspx?t=33282390>

6- كمال دسوقي، الأمانة العلمية و المؤلفات العربية، شبكة الألوكة، (تاريخ الإطلاع 10،05،2017 على الساعة 14:00)، متوفر على:

<http://www.alukah.net/Culture>

7- صالح فلاق شبرة، تاريخ الإطلاع يوم 2017-05-09 على الساعة 17:30، متوفر على:

<http://www.echoroukonline.com/ara/articles/494020.html>

08- السرقات العلمية في الجزائر: رسائل ماجستير تناقش أكثر من مرة.. والمحسوبة تعطل العقاب، نشر يوم 2017-02-21 على الساعة 22:28 (تاريخ الإطلاع يوم 2017-05-10 على الساعة 12:30) متوفر على:

http://www.huffpostarabi.com/2017/02/21/story_n_14909210.html



Al-Qanoun

Numéro
09

Dec
2017

*Revue périodique Semestriel indexée traite les recherches et
les études juridiques*

Publiée par l'institut des sciences juridiques et administratives
Au centre universitaire Ahmed Zabana – Relizane -



www.cu-relizane.dz

Centre Universitaire de Relizane

Centre Universitaire Ahmed Zabana de Relizane

المركز الجامعي لغيليزان
المعهد العالي للدراسات والبحوث
العلمية والاجتماعية
بجامعة أحمد زبانا
بولاية غيليزان