

جامعة يحيى فارس بالمدينة (الجزائر)
مخبر السيادة و العولمة

مجلة

الدراسات القانونية

مجلة علمية دولية أكاديمية سداسية محكمة

صادرة عن مخبر السيادة و العولمة

جامعة يحيى فارس بالمدينة

العدد الخامس / جانفي 2017 م / ربيع الثاني 1438 هـ

ISSN 2437-0304

رقم الإيداع القانوني: 2015-3039



مَجْمَع السيادة و العولمة
حي المصلى - كلية الحقوق و العلوم السياسية
جامعة يحي فارس بالمدينة (الجزائر)
رقم الهاتف / الفاكس : 025.58.55.45
البريد الالكتروني : LSMLAW213@yahoo.fr

الإخراج والطبع : دار التل للطباعة-البلدية (الجزائر)



دار التل للطباعة

جميع حقوق الطبع محفوظة.

هئة التحرير

الرئيس الشرقي

الأستاذ الدكتور : زغار أحمد / رئيس جامعة المدينة

المدير العام مسؤول النشر

أ.د. سليمان ولد خسال / مدير نخر السيادة و العولة

رئيس التحرير

الدكتور : عمروش الحسين

أمانة المجلة

يوسف قسيس

اللجنة العلمية للمجلة

- أ.د. سعيد يوسف محمد يوسف .كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة البليدة 02.
- أ.د. علي أبو هاني. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.
- أ.د. بلقاسم أحمد. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة البليدة 02.
- أ.د. بن شويخ الرشيد. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة البليدة 02.
- أ.د. محمودي مراد. كلية الحقوق ، المركز الجامعي ، تيبازة.
- أ.د. العيد حداد، كلية الحقوق، المركز الجامعي تيبازة.
- أ.د. عمار جفال ، جامعة الجزائر 03.
- أ.د. بوسهوة نور الدين. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة البليدة 02.
- أ.د. عمار مساعدي. كلية العلوم الإسلامية. جامعة الجزائر.
- أ.د. شرف الدين محمد كامل ، كلية الحقوق ، جامعة المنار(تونس).
- أ.د. سليمان ولد خصال، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدينة.
- د. زكريا عايد الحباشنة، كلية المجتمع العربي، (المملكة الأردنية الهاشمية).
- د. محمد حميد مضمحي الزمومي ، كلية الحقوق ، جامعة الملك عبد العزيز بجدة (المملكة العربية السعودية).
- د. حسن زرداني، كلية الحقوق جامعة القاضي عياض بمراكش (المملكة المغربية)
- د. أحمد لكحل. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.
- د. توفيق شندارلي. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.
- د. توفيق قادري، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة يحي فارس، المدينة.
- د. منصور مجاجي . كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدينة.
- د. رشيد شمشيم. كلية الحقوق والعلوم السياسية .جامعة المدينة.
- د. عمرووش الحسين . كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.
- د. عبد الصديق شيخ .كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.
- د. محمد مصطفاوي. كلية الحقوق و العلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.
- بن يوسف القينعي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة يحي فارس بالمدينة.
- د. أسامة غربي.كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.
- د. يحيايوي محمد.كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.
- د. ذبيح زهيرة. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.
- د. جليل كريمه. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.
- د. توفيق بابا علي.كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.
- د. بوشناقفة جمال . كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.
- د. مزعاد إبراهيم .كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.
- د. طبال إحسان .كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.
- د.بن تغري موسى ، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.
- د.علياتي محمد ، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.
- د.هشام فخار، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.
- د.صفاي العيد ، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.
- د.جلالة دليلة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.
- د.جمال عياشي ، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.
- د.بوضياف مصطفى ، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.
- د. أحسن عمرووش، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة خميس مليانة.
- د. خالد بوشمة. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة البليدة 02.
- د. خالد رمول. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة البليدة 02.
- د. القروي بشير سرحان، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة خميس مليانة.
- د. وسيلة بوحية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة خميس مليانة.
- د. مناد سعودي، جامعة الجزائر 01. / د. رايح عمورة، جامعة أحمد بوقرة بومرداس.
- د.مجاهدي إبراهيم ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة البليدة 02.
- أ. بابا علي رضا، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس .المدينة.

شروط النشر في مجلة الدراسات القانونية لمخبر السيادة والعولمة

أولا - يشترط في الدراسات والأبحاث المراد نشرها ما يلي :

- 1- أن تكون متممة بالعمق والجدية، ويلتزم الباحث بالمنهج العلمي .
- 2- أن يكون البحث مكتوبا بالإعلام الآلي، مع الملخص باللغة العربية والإنجليزية أو الفرنسية.
- 3- أن لا يزيد البحث عن 20 صفحة (A4) بخط 18 . نوع الخط Traditional Arabic، إذا كان المقال باللغة العربية ، أما إذا كان المقال باللغة الأجنبية فيكون بخط (14) . نوع الخط Times New ROMAN .
- 4- أن تكون الهوامش وقائمة المراجع في آخر المقال، مع ضرورة إعطاء المعلومات البيبليوغرافية كامل (نوع الخط 12 Traditional Arabic) باللغة العربية، أو (11 باللغة الأجنبية Times New ROMAN)
- 5- أن لا يكون المقال قد نشر أو قد أرسل للنشر في مجلة أخرى وطنية كانت أو دولية.
- 6- أن لا يكون المقال جزءا من مذكرة تخرج أو ماجستير أو ماستر أو أطروحة دكتوراه
- 7- أن لا يكون المقال قد أرسل للمشاركة أو تمت المشاركة به في ندوة وطنية أو دولية، مؤتمر إقليمي أو دولي ، يوم دراسي ، ملتقى وطني أو إقليمي أو دولي .
- ثانيا - تخضع الأبحاث المرسلة إلى المجلة للتحكيم قبل نشرها.
- ثالثا - ترتب الموضوعات وفق اعتبارات موضوعية وفنية.
- رابعا - يحكم عضوان في كل مقال ، وفي حالة الاختلاف يحكم عضو ثالث ، وتقوم إدارة المجلة بإعلام أصحاب الأبحاث المرسلة بقرار المحكمين بخصوص أبحاثهم.
- خامسا - لا يعاد نشر أي موضوع من موضوعات المجلة إلا بإذن كتابي من إدارتها.
- سادسا - لا يجوز للباحث أن يطلب عدم نشر بحثه بعد عرضه على هيئة التحرير إلا لأسباب تقتنع بها هيئة التحرير، وكان ذلك قبل إشعاره بقبول بحثه للنشر .
- سابعا - لا تدفع المجلة مكافآت مقابل البحوث المنشورة، ما لم تكن بتكليف.
- ثامنا - تعبر المقالات المنشورة في المجلة عن آراء كتابها ولا تعبر بالضرورة عن رأي المجلة.
- تاسعا- بالنسبة للمقالات المرسلة عبر البريد الإلكتروني ترسل على العنوان التالي :

LSMLAW213@yahoo.fr

المحتوى

افتتاحية العدد

- 11 د. ذبيح زهيرة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة يحيى فارس بالمدينة
استقلالية السلطة القضائية (دراسة مقارنة بين القانون و الشريعة)
- 32 د. مزعاد إبراهيم، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة يحيى فارس بالمدينة
الوساطة في المادة الجزائية
- 53 د. جبري محمد ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة علي لونيبي البليدة 2
الالتزام بكتمان السر المهني في قانون الوظيفة العمومية الجزائري
- 69 د. بن عائشة نبيلة، كلية الحقوق و العلوم السياسية- جامعة يحيى فارس بالمدينة
الوظيفة الاستشارية لمجلس الدولة
- 83 د. محمد مستوري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة علي لونيبي البليدة 2-
الحسبة و نَظْم الإِدعاء العام المعاصرة
- 107 د. هارون حسان أورووان، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة المدية
الجوانب القانونية للشركات القابضة في التشريع الجزائري
- 126 أ. بن دعاس سهام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين(سطيف 2)
الصلح كحل بديل للمنازعة الإدارية
- 146 أ. سبتي عبد القادر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحيى فارس بالمدينة
السر البنكي بين المصلحة الخاصة ومقتضيات المصلحة العامة في التشريع الجزائري
- 158 أ. بلمهدي ابراهيم، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر- بسكرة
آلية الدفع بعدم الدستورية في أحكام تعديل الدستور الجزائري 2016
- 181 أ. بن عامر محمد، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة المدية
عقد تقديم براءة الاختراع كحصة في الشركة في التشريع الجزائري
- 205 أ. عمري عبد القادر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة يحيى فارس بالمدينة
جريمة السرقة بين الشريعة و التشريع الجزائري

- 221 الانتهاكات الجسيمة لحقوق الطفلة في القانون الدولي
أ/ بوصوار ميسوم، كلية الحقوق و
العلوم السياسية، جامعة المدية
- 236 حرية الرأي والتعبير في الدساتير الجزائرية بين
التكريس والتقييد
أ. رشيد بوبكر، كلية الحقوق
والعلوم السياسية، جامعة خميس
مليانة
- 248 إخطار القاضي الدستوري في الدساتير
المغاربية (الجزائر، تونس، المغرب)
أ. عمر فلاق، طالب باحث بمدرسة
التكوين الدكتوراه، تخصص قانون
عام - جامعة الجزائر 1
- 262 مسؤولية إسرائيل عن الجرائم ضد الإنسانية في
فلسطين
أ. أمينة حليلالي، كلية الحقوق و
العلوم السياسية، جامعة يحي فارس
بالمدينة
- 280 اختلاف العلماء في مالية حق الارتفاق و تملكه
أ. غريب صحراوي، أستاذ متعاقد،
جامعة البويرة
- 297 إجازة الورثة لتصرفات المورث (دراسة مقارنة بين
القانون الجزائري والفقہ الإسلامي)
بن ناصر نذير، طالب دكتوراه
تخصص القانون الخاص، جامعة
الدكتور يحي فارس بالمدينة
- 310 العنف ضد المرأة ظاهرة عالمية
حداد نور الهدى منال، طالبة دكتوراه
جامعة تونس
- 326 الأمر الجزائري كبديل لإنهاء الخصومة الجزائية في قانون
الإجراءات الجزائية (على ضوء الأمر 15-02)
د. بن يوسف القيني، كلية الحقوق
والعلوم السياسية - جامعة يحي
فارس بالمدينة

03 Dr T.KADRI, PhD
International law, University
of Medea, Algeria

African states withdrawal from the
International Criminal Court: what's
wrong?

افتتاحية العدد

بسم الله و الصلاة و السلام على رسول الله و على آله و صحبه و من و الاله.

الحمد لله حمدا كثيرا، و الشكر له سبحانه شكرا جزيلا، يليق بنعمه التي لا تحصى، و في مقدمتها أنه ارتضى لنا الإسلام دينا، و أكرمنا بأن بعث لنا رسولا كريما، محمد بن عبد الله الذي نصلي و نسلم عليه صلاة و سلاما دائمين إلى يوم الدين.

في إطار العمل المستمر للارتقاء بمركز مجلة الدراسات القانونية الصادرة عن مخبر السيادة و العولمة التابع لجامعة يحيى فارس بالمدينة (الجزائر) كمجلة علمية دولية سداسية من خلال عددها الخامس (جانفي 2017)، سيتم عرض مجموعة من البحوث الأكاديمية و المقالات العلمية المقدمة من السادة الأساتذة، و الباحثين، و طلبة الدكتوراه في كل فروع القانون و العلوم السياسية و الدراسات المقارنة، قصد تطوير البحث العلمي و الارتقاء بالعمل الأكاديمي المتخصص.

الدكتور. الحسين عمروش

رئيس تحرير مجلة الدراسات القانونية

Houcine16@gmail.com

استقلالية السلطة القضائية

(دراسة مقارنة بين القانون و الشريعة)

د. ذبيح زهيرة

أستاذ محاضر "أ"

كلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة يحيى فارس بالمدينة (الجزائر)

ملخص:

استقلال القضاء واستقلالية القضاء في الإسلام حقيقة ثابتة لاشك فيها، فلا سلطان على القاضي في إصدار الأحكام إلا سلطان الشرع، ونصوص الشريعة وقواعدها تمنح الحاكم أو غيره من التدخل في القضاء أو التأثير في عمله بأي وجه من الوجوه.

ولقد أكدت نصوص القانون الوصفي هذا المبدأ الذي لا يقتصر مفهومه على الاستقلال الوظيفي للقضاء بل يمتد ليشمل استقلال القاضي بصفته الشخصية، هذا واستقلال القضاة لن يتأتى ولن يكون إلا باطمئنانهم على حاضرهم ومستقبلهم بما يستتبعه ذلك من تقرير ضمانات حقيقية وفعلية تدعمه، تتمثل في تحررهم من أي تدخل أو تأثير سواء حين أدائهم رسالتهم أو حين البث في أمورهم الوظيفية، وعلى ذلك فاستقلال القضاء أداة لتحقيق العدالة في المجتمع وهو ضمان أساليب لاحترام مبدأ الشرعية وسمو مكانته وتحقيق سيادة القانون، وهو أيضا ضمان جوهرى لكفالة حقوق المواطنين وصون حريتهم .

L'Independence du pouvoir judiciaire (étude comparative entre droit positive et la Chariaa)

- L'indépendance du pouvoir judiciaire et l'indépendance de la magistrature dans l'islam est fait sans aucun doute.
- Il n'y a pas d'autorité sur le juge lorsqu'il prononce son verdict sauf celle de la Chariaa.
- Et les dispositions et les règles de cette dernière interdisent le gouverneur ou toute autre personne d'intervenir dans le système judiciaire au l'influencé dans son rôle de quelque façon.
- Les textes du droit positifs ont confirmés ce principe selon

lequel le concept ne se limite pas à l'indépendance fonctionnelle de l'appareil judiciaire, mais il s'étend également à comprendre l'indépendance du juge en sa qualité personnelle.

- Ceci et l'indépendance des juges ne se réalisera pas que sauf s'il sont rassurés au présent et ce que s'ensuit des garanties réelles et fictives dont elles le soutiennent qui consiste ont leurs liberté de toute intervention ou lorsqu'ils tranchent leurs propres affaires
- L'indépendance des juges est donc un outil pour réaliser la justice dans la société et c'est une garantie fondamentale pour respecter le principe de la légitimité et réalisé la souveraineté de la loi.
- Et c'est aussi garantie essentiel pour préserver les droit des citoyens et sauvegardé leurs libertés.

مقدمة

السلطة القضائية لها مكانة ومنزلة مرموقة بين سلطات الدولة، وذلك لأن القضاء هو البناء المؤسسي الصلب الذي يقف في مواجهة السلطة التنفيذية بكل قوتها لحماية حقوق وحرريات المواطنين.

إن نجاح القضاء في أداء الدور المنوط به لا يمكن أن يتحقق على الوجه الأكمل إلا إذا كانت سلطته مستقلة، وأن وجود قضاء مستقل هو الضمان الأساسي لدولة القانون، حيث يقوم القضاء بتطبيق القانون ويسهر على حمايته.

وإذا كان يفهم من استقلال القضاء، استقلاله عن باقي السلطات في الدولة وتدخلاتها، فإن استقلال القاضي يعني سلامة القاضي في صفاته الشخصية وتحرره من كل ما يؤدي إلى الخوف والحاجة.

إذن يمكن القول أن استقلال القضاء يبدأ من استقلال القاضي نفسه ومن هنا تظهر أهمية موضوع استقلال القضاء لاعتباره من أهم المواضيع الدستورية التي كثر الاهتمام بها في العصر الحديث، بحيث أصبح النص في الدساتير على استقلال القضاء، وإدراج قوانين خاصة لاستقلالية القاضي من هنا تأتي أهمية الموضوع الذي نسعى من خلاله توضيح مبدأ استقلال القضاء، دون إغفال عرض وجهة النظر الإسلامية، في هذا الموضوع.

ولهذا قسمت الموضوع إلى مبحثين، الأول: حددت فيه معنى مبدأ استقلال القضاء،

أما الثاني: حددت فيه ضمانات استقلالية القاضي.

المبحث الأول: استقلال القضاء

من أهم اختصاصات وسلطات الدول الحديثة إقامة العدل بين الأفراد والإدارة، وذلك عن طريق إقامة سلطة قضائية، وقبل الحديث عن معنى استقلال القضاء رأيت أنه من الضروري تعريف القضاء، والحديث عن أهميته، ثم أتكلم عن معنى استقلال القضاء، ولذلك قسمت هذا المبحث إلى مطلبين: الأول خصصته لتعريف القضاء وأهميته، والثاني: خصصته لاستقلال القضاء.

المطلب الأول: تعريف القضاء وأهميته

لقد تعددت التعاريف الفقهيّة، واختلفت وجهة نظرهم باختلاف الزوايا التي ينظر منها إلى هذا القضاء الذي يشكل الميزان الذي يحقق العدالة والحق الذي يلود به الأفراد دفاعاً عن حقوقهم.

مما سبق سأتطرق إلى تعريف القضاء (الفرع الأول) ثم أحدد أهميته في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف القضاء

كأول مرحلة أتطرق إلى التعريف اللغوي (أولاً) ثم أبين المدلول الاصطلاحي للقضاء (ثانياً).

أولاً: تعريف القضاء لغة

القضاء في اللغة العربية أصله قضاء¹، والقضاء مفرد، والجمع أفضية وهو يأتي بمعاني متعددة نذكر منها: الحكم أي إحكام الشيء وإنهائه، والفراغ منه²، ومنه قوله تعالى: <<وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ>>³ ويأتي بمعنى الأداء والوفاء فيقال قضى فلان دينه أي أداه ووفاه⁴، ومنه قول الله عز وجل: <<فَإِذَا قَضَيْتُمْ مَنَاسِكَكُمْ فَادْكُرُوا اللَّهَ>>⁵. ووردت بمعنى الأخبار والإعلام في قوله تعالى: <<وَقَضَيْنَا إِلَيْهِ ذَلِكَ الْأَمَرَ أَنَّ دَابِرَ

1 معجم ألفاظ القرآن الكريم، باب قض، منشورات الهيئة العامة للكتاب، مصر، ص 218.

2 الإمام العلامة أبو الفضل جمال الدين مكرم المعروف بابن منظور المصري: لسان العرب، دار صادر، بيروت، 1992، ص 186.

3 الآية 23 من سورة الإسراء.

4 محمد رأفت عثمان: النظام القضائي في الفقه الإسلامي، دار البيان، الطبعة الثالثة، 1994، ص 9-8.

5 الآية 200 من سورة البقرة.

هُؤْلَاءِ مَقْطُوعٌ مُصْبِحِينَ»¹، وقوله تعالى: <<وَقَصَّيْنَا إِلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ فِي الْكِتَابِ لَتُفْسِدُنَّ فِي الْأَرْضِ مَرَّتَيْنِ وَلَتَعْلُنَّ عُلُوًّا كَبِيرًا>>² ويأتي القضاء بمعنى موعداً ومنه قوله تعالى: <<هُوَ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ طِينٍ ثُمَّ قَضَىٰ أَجَلًا>>³.

هذا بالإضافة إلى معاني كثيرة أخرى مثل: الموت والهلاك، أي أن معاني القضاء في اللغة ترجع كلها إلى انقطاع الشيء وتمامه والفراغ منه سواء كان قولاً أم فعلاً، لذلك فإن معنى القضاء في اللغة هي القطع للأمور، والفصل فيها وهو أمر مطلوب في الإسلام لقوله تعالى مخاطباً رسوله: <<وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ>>⁵.

ثانياً: تعريف القضاء اصطلاحاً⁶:

لقد تعددت واختلفت وجهات نظر الفقهاء، باختلاف الزاوية التي نظروا منها إلى القضاء، وهكذا يتحدد التعريف الاصطلاحي للقضاء بحسب ما ذهب إليه الفقه الوضعي والشرعي ليشمل التعريف وفق المعيار العضوي والتعريف الموضوعي على حد سواء.

أ- مدلول القضاء في الفقه الإسلامي: تباينت آراء علماء الفقه الإسلامي في تعريف القضاء، وتتلخص هذه التعريفات وفق المذاهب الأربعة:

1- تعريف المالكية: القضاء هو الإخبار عن الحكم الشرعي على سبيل الإلزام، وهذا التعريف ركز على الشكل المتمثل في القوة الملزمة للعمل القضائي، كما يؤخذ عليه أن الإخبار المحتمل للصدق وللكذب، والقضاء ليس هذه الصورة، فالقاضي لا يجبر وإنما يأمر بأمر عن طريق حكم يصده ويكون ملزماً.

2- تعريف الشافعية: القضاء هو رفع الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى، يؤخذ على هذا التعريف أنه غير مانع لكونه يدخل في القضاء ما ليس منه كالصلح، والذي يرفع الخصومة وهو خارج نطاق القضاء كما يشمل الوصية.

1 الآية 66 من سورة الحجر.

2 الآية 7 من سورة الإسراء.

3 الآية 2 من سورة الأنعام.

4 إسماعيل البدوي، نظام القضاء في الإسلام، مطبوعة جامعة بيروت، الطبعة الأولى، 1989، ص 85-86.

5 الآية 49 من سورة المائدة.

6 حسن محمد بودي: ضمانات الخصوم أمام القضاء في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص 13-15.

3- تعريف الحنفية: القضاء هو فصل الخصومات وقطع المنازعات، هذا التعريف قريب من تعريف الشافعية ومن ثم يؤخذ عليه أنه غير جامع وغير مانع.

4- تعريف الحنابلة: "القضاء هو الإلزام بحكم الشرع وفصل الخصومات"، يتميز هذا بأنه جمع بين فصل العنصر الموضوعي للقضاء، وهو فصل الخصومات والعنصر الشكلي له وهو الإلزام، ومع ذلك فهو لا يخلو من الانتقادات، ذلك أنه قد تنتهي الخصوم بدون حكم قضائي إذا تمت عن طريق الصلح بين الطرفين كما قد يكون الحكم مجرد عن الخصوم كما في حالة تعيين الوصي.

وقد عرفه بعض الفقهاء المسلمون على أنه: <<صفة حكمية في القاضي توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي ولو بتعديل أو تجريح لافي عموم مصالح المسلمين>>¹، ويقول ابن خلدون أن القضاء هو: <<الفصل بين الناس في الخصومة حسماً للتداعي وقطعاً للنزاع إلا أنه بالأحكام المتلقاة من الكتاب والسنة>>²

ب- مدلول القضاء في القانون الوضعي: <<هو القيام بمهمة تفسير القوانين تمهيداً لتطبيقها بشأن الفصل في المنازعات المطروحة أمام الهيئات القضائية، بموجب حكم حاسم ينهي الخصومة على نحو ملزم، لأطرافها>>³.

وعرفه "محمود محمد هاشم" في كتابه قانون القضاء المدني على أنه هو: <<الاتجاه للدعوى كأداة قانونية للحصول على حماية القضاء للمراكز القانونية، أو تحقيق العدل من خلال حماية الحقوق والمراكز القانونية، والحكم الفاصل في موضوع الدعوى، وهو أداة القضاء في أدائه لهذه المهمة.>>

عموماً عرف الفقهاء القانونيون على أن فكرة القضاء تنحصر في حسم المنازعات أو الفصل في الخصومات على أن الوظيفة القضائية تقوم على حماية الحقوق والمراكز القانونية⁴، ويباشر القضاء السلطة القضائية في الدولة عن طريق هيئات معينة.

هذا وإذا كان لا يختلف معنى القضاء عند الفقهاء المسلمين والقانونيين، فإن القضاء هي الجهة التي تختص بفض المنازعات بمقتضى القانون سواء كانت هذه المنازعات

1 فاروق الكيلاني: استقلال القضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1977، ص 15

2 علي عبد الواحد والي: مقدمة ابن خلدون، دار النهضة، القاهرة، الجزء الثاني، ص 567.

3 مصطفى محمود عفيفي: الحقوق المنقولة للإنسان بين النظرية والتطبيق، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، بدون تاريخ، ص 39.

4 د/ وجدي راغب، د/ عزمي عبد الفتاح: القضاء المدني الكويتي، دار الكتاب، الكويت، 1984،

واقعة بين الأفراد أو بين الأفراد والإدارة والقضاء في هذا المفهوم هو سلطة من سلطات الدولة¹.

الفرع الثاني: أهمية القضاء

كان القضاء في الأزمنة القديمة يتولاه الأفراد بأنفسهم، فكان صاحب الحق يتولى بنفسه الدفاع عن نفسه وعن حقه مستخدماً في ذلك قوته ووسائله الخاصة، مما كان يؤدي إلى للفوضى وإثارة العصبية وحب الانتقام إلا أنه مع مرور تطور المجتمع وتطور الحضارة، لم تدع الدولة للفرد يتقضى حقه بنفسه حتى لا يعتصب القوي حق الضعيف، وتسود شريعة الغاب وتعم الفوضى في المجتمع، بل أخذت الدولة على عاتقها مهمة القضاء وإقامة العدل والحكم بين الناس بالعدل، بحيث أصبحت السلطة القضائية هي إحدى وظائف الدولة الأساسية، وبات واجباً على الدولة أن تقوم بمهام هذه الوظيفة². ولذا لم يعد أمام الفرد من سبيل للدفاع عن حقوقه في حالة حدوث اعتداء عليها سوى سلوك طريق القضاء واللجوء إلى محاكم الدولة لإنصافه ورد الاعتداء.

وحتى الشريعة الإسلامية أوجبت إقامة القضاء بين الناس وجعلته فريضة محكمة، يدل على ذلك قوله تعالى: <>إِنَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِثِينَ حَصِيماً<<3، لا وبل والشريعة الإسلامية جعلت القضاء حامياً للحقوق والحريات، وكيف لا وهي شريعة الخالق سبحانه وتعالى.

هكذا لا يتحقق العدل من تلقاء نفسه، وليس للإنسان أن يأخذه لنفسه بنفسه وإنما تطبيق العدل أصبح من أعمال الدولة تقوم عليه وينفرد عليه القضاء.

إن القضاء هي الجهة التي تختص بالنظر في المنازعات على اختلاف أنواعها، بمقتضى القانون، ولهذا منح القانون لهذه الهيئة صلاحيات واختصاصات لإقامة العدل، بإيصال الحقوق إلى أصحابها، ولا يتأتى ذلك إلا باحترام هذه السلطة لمبدأ الشرعية وقواعد القانون في الأحكام التي تصدرها المحاكم المختلفة التي تتكون منها السلطة القضائية.

هذا الأمر مفهوم بالقطع، حيث أن وظيفة القضاء بالدرجة الأولى هي السهر على احترام الأفراد والهيئات في المجتمع للقانون، ومن باب أولى يجب أن يخضع القضاة في أحكامهم لسيادة القانون، ولكن القاضي قد يخطئ ويصدر حكماً يمثل مخالفة للقانون من حيث الموضوع والإجراءات في مثل هذه الحالة تمثل الطعون أمام المحاكم الأعلى درجة

1 نفس المرجع، ص 24.

2 خالد سليمان شبكة: كفاءة حق التقاضي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 02.

3 الآية 02 من سورة النساء.

ضد أحكام المحاكم الأدنى الجزاء على مخالفة أحكام القانون.

المطلب الثاني: استقلال القضاء واستقلالية القاضي:

لا يقتصر استقلال القضاء على تخصيص سلطة قضائية للنظر والفصل في المنازعات، بل يمتد هذا المبدأ ليشمل استقلال القاضي بصفته الشخصية، وفي هذا الإطار نعرض لموقف الشرع والقانون في هذا الخصوص، وذلك في فرعين، الأول: موقف الشريعة الإسلامية، والثاني: موقف القانون الوضعي.

الفرع الأول: موقف الشريعة الإسلامية:

لأهمية هذا المبدأ، وللحصول على قضاء عادل حرصت الشريعة الإسلامية على تأكيده في الكتاب والسنة، على نحو ما سنراه فيما يأتي:

أولاً: من الكتاب:

قال الله تعالى: <<يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ>>¹.

ومن النهي التدخل في القضاء من القرآن الكريم مثل ما قال سبحانه وتعالى: <<يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ ۚ إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا ۖ فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَن تَعْدِلُوا ۗ وَإِن تَلَوُّوا أَوْ نَعَرَضُوا فَلِإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا>>².

هكذا يشرع الشرع أن يتعد القاضي عن الهوى، لأنه إذا كان قد اتبع الهوى واستجاب لهذه الضغوطات خوفاً على زوال منصبه، أو رغبة منه للتقرب من أصحاب النفوذ والقوة، فيكون مخالفاً لأمر الله³.

كما أمر الله عز وجل المؤمنين بأن يكونوا بالقسط قوامين لله تعالى على كل شيء، ويؤدوا الشهادة بالقسط والحق، والعدل، دون الميل والهوى والجور ولو كانت هذه الشهادة من الشخص نفسه على نفسه أي يعترف بالحق ويقر به دون إنكار، أو يدلي بالشهادة على والديه الذين هم سبب وجوده ويتسبب إليهما فلا ينكره محاباة لهما، أو تكون على الأقربين من الأبناء والإخوة والأعمام وغيرهم من ذوي القربى ذلك كله دون تفرقة بين طرفي الخصومة فقيراً كان أم غنياً أو شريفاً أو وضعياً، ولا شك أن الإمام والخليفة ومن خلفه

1 الآية 26 من سورة ص.

2 الآية 135 من سورة النساء.

3 تفسير القرطبي: حول تفسير الآية الكريمة من سورة (ص)، دار الريان.

الولاية والأمرء هم الذين أمنوا فهم معنيين بالخطاب هذا أولاً، وثانياً هم من أفاضل الأمة، لأن الإمامة الكبرى يندرج القضاء ضمنها بل أن أهلية القضاء جزء من الإمامة¹.
عموماً فإن القرآن الكريم وردت في العديد من الآيات تنهى عن التدخل في القضاء لا يتسع المجال لذكرها.

ثانياً: السنة الشريفة

تسير في نفس سياق القرآن الكريم ولدينا على سبيل المثال: قول الرسول صلى الله عليه وسلم: <<من أعان على خصومة بظلم فقد باء بغضب من الله عز وجل>>، وهذا التحذير الوارد في الحديث عام يشمل كل من لديه سلطة، سواء كان الرئيس أو أعوانه، فلا يجوز لأحد منهم أن يعين أحد أطراف الخصومة بتوجيه القاضي أو بإصدار تعليقات إليه، أو بتعديل الحكم... إلخ، فكل ذلك يدخل في باب الظلم الذي نهى عنه الشارع في هذا الحديث، ولا شك في أن إعانة أحد الخصوم بغير وجه حق فيه هدر للحقوق، لهذا هدد الرسول صلى الله عليه وسلم، وتوعد فاعله بأقصى العقوبة، وهو غضب الله عز وجل².

إن المنع من التدخل في القضاء ليس مقصوراً على منع ولاية الأمر فقط وإنما هو عامل يشمل سائر الأفراد، لذا كان النهي عن الشفاعة في الخصومة لصالح أحد أطرافها، لأن هذا التدخل مضاد للشرع، فقد قال النبي صلى الله عليه وسلم: <<من حالت شفاعته دون حد من حدود الله فقد ضاد الله ومن خاصم في باطل وهو يعلمه لم يزل في سخط الله حتى ينزع عنه ومن قال في مؤمن ما ليس فيه أسكنه الله ردغة الخبال حتى يخرج مما قال>>³.

ويؤكد هذا ما جاء في شأن المرأة المخزومية التي شفع لها أسامة بن زيد ولم يقبل النبي صلى الله عليه وسلم شفاعته، واستنكر عليه ذلك ونهاه عنه، وفي هذا قال الرسول صلى الله عليه وسلم في خطبة من الخطب "يا أيها الناس إنما أهلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها"⁴.

1 الإمام علي بن خليل الطرابلسي: معين الأحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، مطبعة المصطفى الحلبي، الطبعة الثانية، 1983، ص 12
2 محمد عبد الرحمان البكر: السلطة القضائية وشخصية القاضي، الزهراء للإعلام العربي، الطبعة الأولى، 1988، ص 573-574.

3 ابن عبد الله أحمد بن حنبل الشيباني: مسند الإمام أحمد، طبعة دار صادر، بدون سنة، ص 70.

4 صحيح البخاري بشرح فتح الباري، للإمام أحمد بن علي حجر العسقلاني، حديث رقم 6788.

فهذه النصوص تبين أنه على القاضي أن يمنع أي تدخل من شأنه أن يؤثر في أحكامه، وسواء أكان هذا المتدخل فرداً أو ولي أمر لما في ذلك من تأثير سلبي على سير العدالة كما أن على القاضي أن يحكم بما يتبين له من الحق وأن ينفذ الأحكام على الجميع، لا فرق بين أمير وشريف وضعيف وقوي فالكل أمام الحق سواء.

الفرع الثاني: موقف القانون الوضعي

إن استقلال السلة القضائية يشكل ضماناً أساسية لأداء الوظيفة القضائية، لذلك سوف أقوم بتحديد أصل مبدأ استقلال القضاء أولاً ثم أحدد معنى مبدأ استقلال القضاء في القانون الوضعي (ثانياً).

أولاً: أصل مبدأ استقلال القضاء

إن مبدأ استقلال القضاء يرتبط ارتباطاً وثيقاً بمبدأ الفصل بين السلطات، ومقتضى هذا المبدأ هو أن يقوم القضاء كسلطة على قدم المساواة مع السلطتين التشريعية والتنفيذية وأن تكون مستقلة عنهما¹.

لم يكن مبدأ الفصل بين السلطات معروفاً، إذ كان الحاكم يستأثر بكل السلطات، إلى غاية القرن السادس عشر والسابع عشر، حيث ظهرت محاولات للحد من السلطة المطلقة وتوزيع السلطات على هيئات متعددة تمارس عملها بالاشتراك.

وكان المفكر "مونتيسكيو" هو الذي شرح مبدأ الفصل بين السلطات وأبرز خصائصه إبرازاً دقيقاً، ومنذ قيام الثورة الفرنسية وظهر مبدأ الفصل بين السلطات نشأ مبدأ استقلال السلطة القضائية، فكان هذا المبدأ خطوة جيدة خطتها البشرية نحو التقدم الذي نسعى من وراءه ضمان الحريات الأساسية للإنسان ومقاومة الظلم والاستبداد.

أخذت فكرة استقلال القضاء تتبلور وتكرس هذا الاستقلال في إعلانات حقوق الإنسان التي نصت على وضع ضمانات للقضاة، فنصت المادة (16) من مبادئ حقوق الإنسان الذي نادى به الجمعية الوطنية في فرنسا غداة قيام الثورة الفرنسية، أن كل مجتمع لا يتوافر فيه مبدأ الفصل بين السلطات يكون خلو من الدستور، ونصت المادة (10) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان (1948) على أن: >> لجميع الأفراد على السواء الحق في محاكمة عادلة علنية أمام محكمة مستقلة محايدة تقرر حقوق الفرد وواجباته وتفصل في أي تهمة جنائية توجه إليه.

1 شيان جميل مصطفى الأتروسي: مبدأ استقلال القضاء، دراسة دستورية مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة الموصل، العراق، 2003، ص 6.

هكذا جاءت هذه النصوص لتعبر عن استقلال القضاء باعتباره الضمانة الآمنة لحياة كريمة، باعتبارها مثالاً للجهود الحثيثة التي بذلتها الشعوب عبر التاريخ لانتزاع حقوقها من أيدي الطغاة وتوطيد احترامها وكفالتها¹.

والواقع أن استقلال القضاء لا يستمد وجوده من إعلانات حقوق الإنسان ولا في نصوص الدساتير فهو أسبق في الوجود من كل نص أو قانون إذ يستمد من مبادئ العدالة ذاتها التي تكره التحيز وتأبى الظلم، فهو حق أصيل للإنسان نشأ منذ الأزل، فإذا نصت عليه أحكام القانون فإننا لتؤكد ونصونه، والجزائر كغيرها من الدول نصت على هذا المبدأ وهذا ما سوف نوضحه في الفقرات التالية:

ومن المستقر والمتفق عليه أن استقلال القضاء يحتم ألا تتدخل في اختصاصه أية سلطة التنفيذية منها أو التشريعية، بحيث يكون القاضي حراً في قضاؤه دون توجيه أو سلطة في عمله لغير القانون وضميره وعليه لا يقتصر استقلال القضاء على سلطة عن سلطة، بل يمتد هذا المبدأ ليشمل استقلال القاضي..

ثانياً: مبدأ استقلال القضاء في القانون الوضعي

البحث في استقلال القضاء واستقلالية القاضي في القانون الوضعي يدعها إلى البحث في استقلال القضاء في الدستور الجزائري وفي القانون الأساسي للقضاء.

أ- استقلال القضاء في الدستور: مبدأ استقلال القضاء مرجعه الأول والأساسي الدستور، ومن مظاهر استقلال القضاء في النصوص الدستورية من فترة 1963 إلى غاية 1996.

إن دستور 1963 وصف القضاء بمصطلح "العدالة" وذلك في الباب الخاص بالقضاء، وفي المقابل وصف الإدارة التنفيذية بالسلطة، ولقد أقرت المادة 62 من دستور 1963 صراحة بأن: <<القاضي لا يخضع في ممارسته وظيفته إلا للقانون، ومصالح الثورة الاشتراكية>>، وهذا ما يعتر تقييدا لحرية القاضي، إذ أن القاضي لا يخضع للقانون فحسب بل أيضاً لمصالح الثورة الاشتراكية، وبالتالي فإن القاضي يخدم مصالح هذه الثورة فيما يصدره من أحكام.

أما دستور 1976 أطلق على القضاء مصطلح 'الوظيفة القضائية'² وطبقاً لنص المادة 172 منه فالجهاز القضائي مستقل حيث جاء في نص هذه المادة: <<لا يخضع القاضي إلا للقانون>>، وحسب المادة 173 / 2: <<إن القاضي محمي من كل أشكال الضغوط

1 فاروق الكيلاني: استقلال القضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1977، ص 30-31

2 نظمت الوظيفة القضائية في دستور 76 في المواد من 164 إلى 184.

والمناورات التي تضر بأداء مهمته أو تمس احترام نزاهته >>.

والقاضي ليس مسؤولاً أمام السلطة التنفيذية أو التشريعية، ولكنه مسؤول أمام المجلس الأعلى للقضاء، والذي يقتصر دوره على الإقرار والمصادقة على القرارات عند صدورها عن رئيس المجلس الأعلى للقضاء.

بعد أحداث أكتوبر مباشرة سنة 1989 صدر دستور 23 فبراير 1989، الذي سلك مسلكاً جديداً في النظام السياسي، وذلك بتبنيه التعددية الحزبية واستبدال النظام الاشتراكي، بالنظام الليبرالي الحر، ومنه أصبح الأمر واضحاً بالنسبة للزائر في تكريس مبدأ الفصل بين السلطات بحيث أصبح القضاء "سلطة"، كما تعمقت الإصلاحات والتعديلات تبني المشرع لنظام الازدواجية القضائية.

تبني المشرع الجزائري مبدأ الفصل بين السلطات بدلاً من مبدأ وحدة السلطة، فوزعت السلطات: التشريعية، القضائية، التنفيذية، وفقاً لذلك المبدأ، والنظام الليبرالي الحر بدلاً من الاشتراكية، والتعددية الحزبية بدلاً من الحزب الواحد.

نظم دستور 1989 السلطة القضائية بنصه على أن "السلطة القضائية مستقلة"¹، كما جسّد هذا الدستور حماية القاضي من كل أشكال الضغوطات التي قد تضر بأداء مهمته²، كما تحرر القاضي من الالتزام بمصالح وأهداف الثورة الاشتراكية وأصبح "لا يخضع إلا للقانون"³.

"ولا يكون القاضي مسؤولاً إلا أمام المجلس الأعلى للقضاء"⁴، كما أن هذا الأخير أصبح يقرر ولا يقر، أي أنه أصبحت له سلطة التعيين والنقل، حيث جاء في قانون المجلس الأعلى ما يلي: >> يقرر المجلس الأعلى للقضاء طبقاً للشروط لايت يحددها القانون تعيين القضاة ونقلهم وسير سلمهم الوظيفي... <<⁵

ولقد أكد على استقلالية القاضي دستور 29 نوفمبر 1996، الذي كرس مبدأ الفصل بين السلطات، كما اعتنق مبدأ ازدواجية القضاء أي الفصل بين القضاء الإداري والقضاء العادي، وبذلك يكون قد حاك مشرعنا المشرع الفرنسي بإخضاع النزاع الإداري لقاضي إداري، وفي هذا حماية لحقوق وحرية الأشخاص الخاصة.

1 أنظر المادة 138 من دستور 1996.

2 أنظر المادة 148 من دستور 1996.

3 أنظر المادة 147 من دستور 1996.

4 أنظر المادة 149 من دستور 1996.

5 أنظر المادة 146 من دستور 1996.

ب- استقلالية القضاء في ظل القانون الأساسي للقضاء: تظهر هذه الاستقلالية في الواجبات الملقاة على القاضي، والمنصوص عليها في القانون الأساسي للقضاء، وتتمثل على الخصوص في التزام التحفظ، واتقاء الشبهات والسلوكات الماسة بحياده واستقلاله، كما يلتزم بعدم ممارسة أية وظيفة نيابية أو الانتماء إلى جمعية سياسية... كما أن هذه الاستقلالية تستخلص من الحماية التي أقرها المشرع للقاضي حيث نصّ على أنه: <<يُمنع على كل قاضي، مهما يكن وضعه القانون، أن يملك في مؤسسة، بنفسه أو بواسطة الغير تحت تسمية مصالح يمكن أن تشكل عائقاً للممارسة الطبيعية لمهامه أو تمس باستقلالية القضاء بصفة عامة>>¹.

وفي الأخير نشير إلى أن الازدواجية التي أقرها دستور 1996 من شأنها أن تدعم وتقيد استقلالية القاضي بما تؤديه من دور في رقابة السلطات الإدارية من التعسفات المحتملة الوقوع، وضمان الحق في الطعن في القرارات الإدارية غير الشرعية، فالمشرع الجزائري جعل جهات القضاء الإداري مستقلة في ممارستها لاختصاصاتها القضائي، ويخضع قضاتها للقانون الأساسي للقضاء، وهذا ما سوف نبينه في الفقرة الموالية.

1- استقلالية القاضي في مواجهة الأطراف:

نعني بالأطراف الإدارة والشخص الخاص ومنه سنحاول البحث في استقلالية القاضي في مواجهة الإدارة (1) واستقلالية القاضي في مواجهة الشخص الخاص (2).

1- استقلالية القاضي في مواجهة الإدارة:

أكد الدستور الفرنسي وقوانين الجمهورية منذ صدور قانون 1872، أن القاضي الإداري مستقل عن الإدارة الممثلة في السلطة التنفيذية، وذلك تبعا لمبدأ الفصل بين السلطات.

ورغم استقلالية السلطة القضائية السلطة التنفيذية فإن أهم عمل يمس بهذه الاستقلالية، هو أن الإدارة الممثلة في السلطة التنفيذية هي التي تشرف على عملية التعيين، بحيث تنص المادة (03) من القانون العضوي 04-11 الصادر بتاريخ 06/09/2004 والمتضمن القانون الأساسي للقضاء على أنه: <<يعين القضاة بموجب مرسوم رئاسي بناء على اقتراح من وزير العدل، وبعد مداولة المجلس الأعلى للقضاء>>.

وغني عن البيان أن هذا المرسوم لا يصدر إلا بعد القيام بعملية التحقيقات الإدارية والاجتماعية بخصوص حياة وعلاقات القاضي، ومنه فإنه يشترط أن تكون هذه

1 أنظر المواد من 7 إلى 15 من القانون الأساسي للقضاء، مرجع سابق.

التحقيقات إيجابية حتى يتم إصدار مرسوم التعيين وتجدر الإشارة هنا أن نص المادة الثالثة جاء موضعًا لكيفية تعيين القضاة وكأن هناك فرق بين الصنفين، مع العلم ان الصنف واحد والتعيين واحد، فالطلبة القضاة هم الذين يعينوا كقضاة¹.

إنّ المساس باستقلالية القاضي الإداري في القانون الجزائري واضحة بحيث بالإضافة إلى منح سلطة تعيين القضاة للسلطة التنفيذية فإنه يعيب على القانون العضوي والخاص بالمجلس الأعلى للقضاء، أنه يقرر تعيين القضاة طبقا للشروط لاتي يحددها القانون².

2- استقلالية القاضي الإداري في مواجهة الشخص الخاص

النزاهة هي أول وأهم ما ينبغي أن يتوافر للقضاء من صفات، فغيرها لا يأتّمه الأشخاص الخاصة على قوقهم ومصالحهم، ولا يجوز ثقتهم واحترامهم. وقد جاء تقرير هذا الاستقلال في الدستور الفرنسي وقوانين الجمهورية، كما أقرّه دستور 1996 في نص المادة 147 سابقة الذكر حيث جاء فيها على أن: <<القاضي لا يخضع إلا للقانون>>.

وتبعا لنظام هذا الاستقلال فإنه يمتنع على أعضاء السلطة التنفيذية التدخل في الخصومات والمسائل المعروضة على القضاء بتوجيهه نحو الفصل فيها على نحو محدد، ويسري هذا الحظر أيا كانت صورة التدخل أو وسيلته، فيستوي في ذلك أن يتخذ صورة مباشرة كأمر أو توجيه طلب أو رجاء، أو صورة غير مباشرة، كأن يتم في شكل توجيهات أو تعليمات عامة³.

والواقع أن مجرد تقرير استقلال القضاة لا يكفي لتحقيق استقلالهم في واقع الأمر، وإنما لابد من تقرير الضمانات اللازمة لحمايتهم من السلطة الإدارية.

المبحث الثاني: ضمانات استقلال القضاء

يقصد باستقلال القضاء إبعاده عن المؤثرات الخارجية أي لا يخضع القضاة في عملهم لأية جهة أو سلطان، وإنما يكون عملهم خالصًا في توخي الحق والعدل خاضعًا لما يمليه القانون والضمير، وهذا لا يتأتى ما لم يقرر القانون ضمانات حماية لشخص القاضي.

1 عبد الحفيظ بن عبيدة: استقلالية القضاء وسيادة القانون في ضوء التشريع الجزائري والممارسات، منشورات بغدادية، الجزائر، بدون سنة، ص 145.

2 بوبشير محمد أمقران: السلطة القضائية في الجزائر، دار الأمل للنشر والطباعة، تيزي وزو، الجزائر، 2002، ص 32.

3 عبد المنعم أحمد الشراوي: الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، بدون سنة، ص 92.

وعلى ذلك نقسم هذا المبحث إلى مطلبين: الأول نخصه بضمانات استقلال القضاء في الشريعة، والثاني ضمانات استقلال القضاء في القانون الجزائري.

المطلب الأول: ضمانات استقلال القضاء في الشريعة الإسلامية

إن تقرير مبدأ استقلال القضاء وإفراد عدد من النصوص لاستقلال القضاء لا تكفي لحراسة حقوق المواطنين وحررياتهم، فهذه النصوص تتهاوى أمام قوى البطش التي يمكن أن تطال بأقدامهم عندما تتعارض مع مصالحها لذلك لا بد من تقرير مجموعة من الضمانات لاستقلال القضاء حتى يستطيع القاضي حماية مسار الحقوق والحريات في المجتمع، وعموماً تتلخص هذه الضمانات في الحصانة الذاتية (الفرع الأول) وتقرير الأرزاق الكافية للقاضي وحصانته ضد العزل (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الحصانة الذاتية للقاضي

إذا كان يفهم من استقلال القضاء عن باقي السلطات في الدولة وتدخلاتها وتأثيراتها، فإن استقلال القاضي يعني: سلامة القاضي في صفاته الشخصية والخلقية.

تشكل هذه الحصانة أساس استقلال القضاء، فمراعاة الجانب الشخصي لدى القاضي تقتضي النظر إلى شخصيته وصفاته، فشخصية القاضي المتمثلة في حالته وصفاته التربوية التي تحدد مدى قابليته للاستقلال في إصداره للقرار القضائي.

هذه الحصانة لا توجد النصوص ولا تقررها القوانين، وإنما القوانين تقرر الضمانات التي تؤكد هذا الحق وتدعمه، وتسد كل ثغرة يمكن النفاذ منها إلى استقلال القضاء، فقبل البحث عن ضمانات القاضي، يجب البحث فيمن يستحق هذه المكانة¹، لذا جعلت الشريعة الإسلامية استقلال القاضي نابعاً من ذاته، حيث راعت فيه الجانب العقائدي والجانب الشخصي، أما الجانب العقائدي فهو يؤمن بأن إقامة العدل فريضة، لقوله تعالى: <<إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ>>².

وقوله تعالى: <<وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ>>³، فقد أمر الله تعالى في هذه الآيات بالعدل، ويعمل بذلك لأنها فريضة دينية أوجبها الله تعالى، فلا يجوز مخالفتها، وإلا اعتبر القاضي ظالماً يستحق عقاب الله .

1 وجدي راغب: النظرية العامة للعمل القضائي، منشأة المعارف، 1974، ص 566.

2 الآية 58 من سورة النساء.

3 جزء من الآية 9 من سورة الحجرات.

وطبقا لذلك فالقاضي في الشريعة الإسلامية لا يقضي إلا بالحق، فلا يتبع هواه استنادًا لقوله تعالى: <<فَأَحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَىٰ فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّ الَّذِينَ يَضِلُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ>>¹، ولا يحكم إلا بالعدل، فلا يجابي أحدا لقرابة أو غيرها لقوله تعالى: <<يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِنَّ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلَوُّوا أَوْ تَعْرِضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا>>² كما لا يخاف في الله لومة لائم، فلا يخاف إلا من الله، لقوله تعالى: <<لَا يَخَافُونَ لَوْمَةَ لَائِمٍ>>³.

وزيادة على ذلك فإن تطبيق أحكام الشريعة من جانب القاضي، يضمن حماية الأحكام من أهواء ونزوات السلطة، لأن الحاكم المسلم حين يتدخل في القضاء فكأنما يمنع تنفيذ حكم الله، وأما الجانب الشخصي في القاضي، فقد اهتمت به الشريعة اهتمامًا بالغًا، مما يجعله أعظم ضمانا لاستقلال القاضي، فقد ألزمت الشريعة ولاة الأمر باختيار أفضل العناصر الموجودة لتولي منصب القضاء، وذلك بالنظر إلى ما يتمتع به من قوة في الدين وشدة في الحق والصدق، وأن يكون على درجة من العلم، وذكيًا فطنًا، حتى يمنع أي تدخل في شؤونه.

الفرع الثاني: تقرير الأرزاق الكافية للقاضي وحصانته

تشكل هذه الضمانات التي يستمدّها القاضي من قرار نفسه من أهم ضمانات استقلاله أولاً، دون أن ننسى عدم قابلية القضاء لعزل التي تشكل بدورها ضمانا فعالة لاستقلاله (ثانيا)

أولاً: تقرير الأرزاق الكافية

لكي يؤدي القاضي عمله على أحسن وجه، يتعين أن تكفل له الحصول على رزق كاف يفي بجميع احتياجاته، لأن تقرير هذه الأرزاق يكفل للقاضي حياة كريمة طيبة تمنعه من أن تتطلع نفسه إلى ما عند الآخرين، وعندئذ لا يحشى عليه من الميل في حكمه تحت تأثير الإغراءات المادية كالرشوة أو الهدية، إن حصول القاضي على رزق يعتبر ضمانا مهمة من ضمانات استقلاله لأنه يكون مستقرًا في نفسه، خالي البال من التفكير في أعباء حياته ومسؤولياته الأسرية⁴.

1 الآية 26 من سورة ص.

2 الآية 135 من سورة النساء.

3 الآية 45 من سورة المائدة.

4 خالد سليمان شبكة: مرجع سابق، ص 149.

ثانيا: حصانة القضاة من العزل

من المبادئ الأساسية في استقلال القاضي عدم تهديده في رزقه، وفي استقراره في عمله وعلى ذلك فيجب أن يتمتع القضاة بحصانة ضد العزل تستهدف تثبيت القضاة في مراكزهم واطمئنانهم في أعمالهم¹، لأنه لكي يصدر القاضي في حكمه قرارا عادلاً وفق ما تمليه عليه أحكام الشرع دون جور أو خوف من أحد، فلا بد أن يكون مطمئناً وهو يصدر حكمه.

يعتبر موضوع عزل القضاة من أكثر الموضوعات المتعلقة بالسلطة القضائية حساسية وخطورة، ولا سيما في الإسلام، حيث أن ضمان عدم قابلية القضاة للعزل يضمن استقلال القضاء وليس معنى ذلك أنه لا يجوز عزل القضاة مهما صدر منهم من أعمال مما ينافي طبيعة عملهم ويستوجب عزلهم، وإنما قد يكون العزل ضرورياً وجائزاً إذا وجد سبب لذلك كأن يتغير حال القاضي بفسق أو مرض يمنعه من القضاء أو تكون هناك مصلحة في عزله².

هذا وأكثر أسباب العزل مساساً بموضوع المساواة أمام القضاء هو فقدان القاضي لشروط العدالة، فقد يخرج القاضي عن الحق فلا يساوي بين الخصوم في مجلس القضاء، وكان من مبررات العزل ابتغاء غير حكم الشرع وعدم إنصاف المظلوم من الظالم، بل أنه من المنطقي أن يعزل القضاة الذين لا يقيمون وزناً للقانون، في تعاملهم مع الخصوم وفي فصلهم للمنازعات³.

المطلب الثاني: ضمانات استقلالية القضاة

بداية يجب ان نشير إلى أن أعظم ضمانة للقاضي هي تلك التي يستمدتها من قرارة نفسه ومن ضميره لكنها لا تكفي لوحدها لضمان استقلالية القضاة، لذلك أوجب أن تقرر القوانين الضمانات التي تعزز أكثر استقلال القضاء. ومن أهم ما قرره القانون من ضمانات للقضاة وللاستقلالهم لدينا عدم قابلية القضاة للعزل (الفرع الأول)، ووضع قواعد خاصة لنقل القضاة وندهم وترقيتهم (الفرع الثاني).

1 فاخر صابر بايز مخموري: استقلال القضاء بين الشريعة والقانون، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، الإمارات، 2012، ص 123.

2 خالد سلمان شبكية، مرجع سابق، ص 153.

3 محمد محمد الغرايبة: نظام القضاء في الإسلام، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، بدون سنة، ص

الفرع الأول: عدم قابلية القضاة للعزل:

من المبادئ المعروفة في مجال الوظيفة الإدارية أنّ من يملك سلطة التعيين، يملك سلطة العزل، وذلك تبعاً لقاعدة توازي الأشكال، بيد أن هذه القاعدة تتعطل تماماً بالنسبة للقضاة، إذ يقوم بالنسبة لهم مبدأ آخر يقضي بعدم قابليتهم للعزل¹، ومؤدى هذا المبدأ أن الدولة المتمثلة في الإدارة المختصة لا تملك إنهاء خدمة رجال القضاء بغير الطريق التأديبي، فلا يجوز لها فصل القاضي أو إحالته إلى المعاش قبل بلوغ السن القانوني إلا في الحالات المبينة قانوناً².

ولا يجب أن يقتصر مقصود العزل على عزل القاضي بمعنى إقالته من الوظيفة القضائية، وإنما يجب التوسع في مفهومه لكي يشمل كل إبعاد القاضي عن مباشرة أعمال وظيفته التي تدخل في دائرة اختصاصه القانوني، ولذلك لا يمتنع فقط على السلطة التنفيذية إقالة القاضي من منصبه، وإنما يمتنع عليها أيضاً القيام بأي عمل يتضمن إبعاده عن عمله دون إرادته، ولو تم ذلك عن طريق تعيينه في مناصب إدارية أو سياسية، وحتى وإن تعلق الأمر بترقيته³.

وعدم قابلية القضاة للعزل هي أهم ضمانات القضاة، بل هي جوهر استقلال القضاء ولبه لأنها تتيح للقاضي أن يكون آمناً على عمله مطمئناً إلى رزقه يحكم بما يملكه عليه ضميره دون خوف أو قلق، وقد قيل -بحق- إن عدم قابلية القضاة للعزل ليست ضماناً للقاضي بقدار ما هي ضماناً للمتقاضين، ذلك أن القاضي لا يستطيع بغير هذه الحصانة أن يعلي كلمة القانون في مواجهة الإدارة فينصف منها مظلوماً أو يحمي منها صاحب رأي حر⁴.

ورغم أهمية هذا المبدأ فإن المشرع الجزائري لم ينص عليه لا في دستور ولا في القانون الأساسي للقضاء. لا وبل فإن هذا الأخير صنف العزل في إطار العقوبات المقررة ضد

1 سليمان الطماوي: النظم السياسية والقانون الدستوري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 1988، ص 276.

2 نبيل عمر: الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، الاختصاص -الدعوى الخصومة- الأحكام وطرق الطعن مع تعديلاتها، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999، ص 22.

3 أحمد ماهر زغلول: الموجز في أصول وقواعد المرافعات، التنظيم القضائي ونظرية الاختصاص، الكتاب الأول، دار أبي المجد للطباعة، 1991، ص 113.

4 وجدي راغب: مبادئ القضاء المدني، قانون المرافعات الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، الإسكندرية، بدون سنة، ص 352.

القاضي بحيث نصّ على أن: >> يعاقب بالعزل كل قاضي تعرض إلى عقوبة جنائية أو عقوبة الحبس من أجل جنحة عمدية<<¹.

الفرع الثاني: وضع قواعد خاصة لنقل القضاة وندبهم وترقيتهم

نبين بالشرح هذه القواعد كما يلي:

أ- نقل القضاة:

إن ضمانه عدم قابلية القضاة للعزل ليست وحدها الكفيلة بضمان امتنان القضاة في عملهم، ذلك أن المحاكم على اختلاف درجاتها تنتشر في أنحاء الدولة في مدن تتفاوت م حيث الطقس، ومن حيث توافر أسباب المعيشة وكافة ما يحتاج إليه القاضي، فلو ترك أمر النقل في يد السلط التنفيذية لاتخذت منه وسيلة النكاية بالبعض بنقلهم إلى أماكن نائية، أو باستمالة البعض الآخر بإبقائه في العاصمة، فيلجأ الفريق الأول إلى الاستقالة، بينما يتفادى الفريق الثاني في الخنوع، وفي الحالتين يتأثر استقلال القضاء².

لذا حرص قانون المجلس الأعلى للقضاء على إيراد القواعد التي تنظم نقل القضاة بطريقة منضبطة تضمن عدالته، كما جعله القانون بذات الأداء التي يتم بها التعيين والترقية.

وتتمثل هذه القواعد فيما يلي:

1- ضرورة موافقة القاضي (م19)، وهذا الشرط يمليه منطوق استقلال القاضي الذي يستهدف حماية القاضي من أي تدخل أو تأثير.

2- مرور فترة زمنية على وجود القاضي في مركزه، وضرورة مراعاة الأقدمية فقد نصت المادة 2/19 (يأخذ بعين الاعتبار طلبات المعنيين بالأمر، وكفاءاتهم المهنية وأقدميتهم...)، كما نصت المادة 2/51 من القانون الأساسي للقضاء على أنه في الترقية يؤخذ بعين الاعتبار بالأقدمية.

ب- ندب القضاة:

إن ندب القضاة لأداء عمل يختلف عن عملهم الأصلي، أو حتى لعملهم الأصلي، ولكن في مكان آخر، أو للقيام بعمل آخر لجانب عمله الأصلي، قد يكون هذا الندب بمثابة إبعاد القاضي عن عمله الأصلي مما يعتبر تنكيلا به، وقد يكون هذا الندب على

1 أنظر المادة 63 من القانون الأساسي للقضاء، مرجع سابق.

2 رمزي سيف: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، الطبعة الثامنة، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 1969، ص 49.

العكس مكافأة أو استمالة، لهذا يجب أن يتم هذا وفقا لقواعد موضوعية تضمن غل يد الإدارة¹.

وقد حرص القانون الأساسي لقضاء على وضع هذه القواعد إمعاناً وصوناً لاستقلال القضاء، وطبقاً لهذه القواعد يجوز أن يكون الندب داخلياً أي من محكمة على أخرى، وهو يكون دائماً مؤقتاً².

يشكل ندب القضاة خطورة، فهو يؤدي إلى إخراج القضاة من حصنهم الحصين الأمر الذي يعرض سكونهم واستقلالهم للخطر، هذا فضلاً عما ينطوي عليه ذلك من شغل القضاة عن رسالتهم التي ينوء كاهلهم أصلاً بعبئها³، كما يجب أن لا يترتب على الندب الإخلال بحسن سير العمل الإداري.

ت- ترقية القضاة:

لحماية القضاة في مواجهة الحكومة يجب كف يد الإدارة عن مسألة ترقية القضاة حتى لا يبقى سيفاً مسلطاً عليهم، فتتخطى من ترى عاقبته من القضاة، وترقي من ترى استمالاته منهم، الأمر الذي يخل باطمئنان القاضي واستقلاله⁴، لهذا أخضع القانون الأساسي للقضاء ترقية القضاة لقواعد محددة تحول دون عبث الإدارة بها، وتضمن استقلال القضاء وعدم التأثير عليهم وإذعانهم للسلطة التنفيذية إذا انفردت بمسألة ترقية أو عدم ترقية القضاة⁵.

ومن بين هذه القواعد لدينا ما نصت عليه المادة 51 / 1 من القانون الأساسي للقضاء بنصها على أن: <<ترقية القضاة مرهونة بالجهود المقدمة كما ونوعاً، بالإضافة إلى درجة مواظبتهم>>.

كما يتم ترقية القضاة عن طريق تنقيط يكون قاعدة لتسجيل في قائمة التأهيل (م/51/3).

1 أحمد خليل: قانون المرافعات، النظام القضائي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1996، ص 38.

2 أنظر المواد 56، 57، 58 من القانون الأساسي للقضاء.

3 أحمد السيد صاوي: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، 1990، ص 98.

4 وجدي راغب: مبادئ القضاء المدني، مرجع سابق، ص 187.

5 عزمي عبد الفتاح: قانون القضاء المدني المصري، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة،

هذا وأن الفكرة الأساسية التي تقوم عليها هذه الترقية هي أن الوقت كفيل بأن يحدد الممتاز من الضعيف، وأن هناك علاقة وثيقة بين خدمة القاضي وبين كفاءته، أي أن القاضي بالأقدمية يكتسب خبرة ودراية يكافأ عليها وانطلاقاً من هذه الفكرة الأساسية، نص المشرع الجزائري المادة 54 من القانون الجزائري المتضمن القانون الأساسي للقضاء على أن يتم >> يتم الرفع من الدرجة بقوة القانون بصفة مستمرة حسب كفاءات يحددها التنظيم <<.

وفي الأخير نقول إن استقلال القضاء عنصر ضروري وشرط أساسي لتحقيق حماية فعلية للمتقاضين، فهو يبعث الثقة والطمأنينة في نفوس المتقاضين تجاه القضاء، كما أن استقلال القضاء لا يتحقق إلا بتوافر الحصانة الذاتية للقاضي.

لذلك حرص القانون على تقرير الضمانات التي تكفل نزاهة القاضي وحيادته، وتحول دون تأثيره في قضائه بمصالحه الشخصية أو عواطفه الخاصة، وذلك حرصاً على مصالح المتقاضين وحماية لحقوقهم من أبعث بها أهواء القضاة، وعملاً على دوام الاحترام للقضاء وعلى توطيد الثقة فيه، وصيانة له من الريب والشبهات¹، وليس تقرير هذه الضمانات هو الطعن في نزاهة القاضي أو الشك في استقامته، لأن القاضي المشكوك في نزاهته، يكون متجرداً من أولى مؤهلات القضاء، وإنما الأساس هو حماية القاضي من الميول إلى أحد الأطراف، إذن الهدف من هذه الضمانات هو حماية مظهر الحيادة الذي يجب أن يتحلى به القاضي ويظهر به أمام الخصوم الجمهور².

إن مبدأ حياد القاضي من أسمى المبادئ التي يركز عليها جهاز القضاء بأكملها لضمان نزاهته وحسن سيره كجهاز فعال في بناء دولة القانون، وحماية حقوق وحرريات الأشخاص الخاص.

لا يتحقق هذا المبدأ إلا إذا أبعدا القاضي عن الصراعات السياسية والحزبية، وعن الأهواء والميولات النفسية، التي تدفعه إلى إصدار أحكام غير عادلة، فعلى القاضي الإداري -على الخصوص- أن يكون محايداً أثناء النظر في النزاعات الإدارية المعروضة عليه خصوصاً إذا ما تعلق بحماية الشخص الخاص من تعسف واستبداد الإدارة.

هذا وإذا كان مبدأ حياد القاضي ينطوي على أهمية كبيرة سواء بالنسبة للقاضي أو العدالة، فبالنسبة للقاضي فإن هذا المبدأ يعزز دوره في بسط العدالة في المجتمع، أمام

1 محمد حامد فهمي: مرجع سابق، ص 587.

2 إبراهيم نجيب سعد: دروس في قانون المرافعات، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1971، ص 36.

بالنسبة للعدالة أو القضاء ككل فإنه يكسب ثقة الأشخاص ويؤكد على اعتباره ركيزة لبناء دولة الحق ودولة القانون.

وكخلاصة نقول:

نظراً لأهمية مبدأ استقلال القضاء فقد اهتمت الشرائع السماوية والوضعية له، وذلك لما له من صلة وطيدة بالحقوق المدنية الثابتة في العهود الدولية.

وفي الجزائر لم يتردد الدستور الجزائري في اعتماد هذا المبدأ وترديده في كل فرصة إذ لا يمكن للقضاء أن يؤدي رسالته المنشودة في إحقاق الحق وإظهار العدل إلا في ظل هذا المبدأ.

كما أنه بغير هذا الاستقلال يفقد القضاء وجوده وذاتيته بحيث لا يكون هناك قضاءً أصلاً مع عدم الاستقلال، إذ القضاء يدور مع استقلاله وجوداً وعدمًا.

هذا وأن تحقيق العدالة يضحى أمراً نظرياً، ما لم يتوج بمجموعة من الضمانات التي سعت دساتير الدول النص عليها، ولقد كانت الشريعة الإسلامية سباقة في هذا المجال.

الوساطة في المادة الجزائية

La médiation en matière pénale

د. مزعاد إبراهيم

كلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة يحيى فارس بالمدينة

ملخص:

تبنى المشرع الجزائري إجراء الوساطة بموجب الأمر رقم 02/15 المؤرخ في 2015/07/23 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية، كبديل عن المتابعة الجزائية يهدف إلى إرساء مفاهيم جديدة لعدالة تصالحية، قوامه التوفيق بين الخصوم وإعطائهم الدور الأكبر في إنهاء النزاع بطريقة رضائية بعيدا عن الثأر والانتقام، يجنب المتهم العقوبة ويمنح الضحية التعويض المناسب.

:Résumé

Le législateur algérien a préconisé la procédure de médiation en vertu de l'ordonnance n° 15-02 du 23 juillet 2015 modifiant et complétant le code de procédure pénale, comme alternative à la poursuite pénale, en vue de poser les jalons d'une justice réconciliatrice basée sur le compromis entre les parties litigieuses qui jouent le rôle principal dans le règlement des litiges à l'amiable loin de toute vengeance, exclure la sanction contre le prévenu et garantir aux victimes l'indemnité appropriée.

الكلمات المفتاحية: الوساطة، العدالة التصالحية، العدالة الجنائية، الأمر الجزائري.

مقدمة:

لا يخلوا مجتمع من المجتمعات - قديما أو حديثا - من ظاهرة الجريمة، فهي آفة تصيب الشخص ومنه تنتقل العدوى إلى باقي أفراد المجتمع، ومادام الإنسان على هذه البسيطة فلا بد من وقوعها، بل حتى ولو عاش الناس في المدينة الفاضلة التي تخيلها فلاسفة اليونان فهي واقعة لا محال⁽¹⁾ وعليه نحاول عبثا لو اجتهدنا في بحث أساليب للقضاء نهائيا على الجريمة، ولكن هذا لا يعني أن نبقى مكتوفي الأيدي راضين بآثارها، فالأجد

بنا - أفراد ومؤسسات - بحث أفضل الوسائل والآليات من أجل مكافحة الظاهرة أو على الأقل الحد منها ومن آثارها.

ولكن المتأمل في السياسات الجنائية المعتمدة من طرف مختلف الدول يجد أن الكثير منها لم يحقق الغاية المرجوة، بل على العكس من ذلك أن الظاهرة الإجرامية في تزايد مستمر وأن العقوبات المقررة لها لم تردع المجرمين، بل أن الأشخاص (المحبوسون) أكثر عرضة من غيرهم لعدوى الجريمة بسبب ما يتلقونه من أساليب إجرامية جراء اختلاطهم بمحترفي الإجرام في السجون، كما أن العقوبات السالبة للحرية تحرم عديد الأسر من عائلتها، الأمر الذي يترتب عليه انحراف الأحداث لعدم وجود الرعاية من جانب الوالدين، كما ينشأ الطفل منذ الصغر ساخطا على المجتمع بصفة عامة ومؤسسات الدولة خاصة إذ تجدهم - على صغرهم وحادثة سنهم - يتساءلون عن الذنب المقترف من طرفهم لحرمانهم من آبائهم أو من يعيلهم، وهنا نفتح بابا بالكاد لا يغلق عن مدى صحة مبدأ شخصية العقوبة باعتباره أحد أهم المبادئ التي يقوم عليها القانون الجنائي .

هذا الوضع خلق ما يسمى بأزمة في العدالة الجنائية القائمة على الأساليب التقليدية، فأضحى تفكيرنا جديدا يهيمن على التشريعات بضرورة بحث أساليب جديدة تمهيدا لإرساء عدالة تصالحية سواء على المستوى الموضوعي أو الإجرائي، فعلى مستوى القواعد الموضوعية هناك اتجاه تشريعي نحو الحد من ظاهرة التجريم والعقاب كآلية للتخفيف من هذه الأزمة، وعلى مستوى القواعد الإجرائية تتجه التشريعات إلى إيجاد بدائل عن المتابعة الجزائية كآلية للتصالح بين أفراد المجتمع خاصة المتخاصمين منهم، من تلك الآليات إجراء الوساطة في المادة الجزائية الذي اعتمده المشرع الجزائري، وقد سبقه إلى ذلك عديد من التشريعات المتطورة إيماننا منها بأهمية هذا الإجراء في مختلف مناحي الحياة، ولفضل السياسة الجنائية التقليدية القائمة على الردع، فقد أدركت أن العولة وما صاحبها من تطور في مختلف مناحي الحياة من جهة، وتطور أساليب الجريمة من جهة أخرى يوجب عليها التأقلم مع المعطيات الجديدة من خلال اجراء تعديلات على نصوصها القانونية تماشيا مع هذا التطور ولمواجهة ظاهرة الاجرام.

غير أن الإشكال المطروح في هذا المجال هل الوساطة كآلية لإرساء عدالة تصالحية بديل حقيقي كفيل بمكافحة ظاهرة الإجرام أو الحد منها؟

هذا الإشكال يثير أسئلة أخرى كثيرة منها :

- ما المقصود بالوساطة كإجراء في المادة الجزائية؟
- ما هي أسباب فشل العدالة الجنائية القائمة على الردع؟

- كيف نظم المشرع الجزائري إجراء الوساطة في المادة الجزائية؟
- ما هي الأهداف المرجوة من هذا الإجراء؟

على ضوء هذه الأسئلة قسمت البحث إلى فرعين اثنين أفردت الأول لإقرار إجراء الوساطة في المادة الجزائية، وبسطت الثاني لتنظيم إجراء الوساطة والأهداف المرجوة منها.

الفرع الأول: اقرار اجراء الوساطة في المادة الجزائية

تتجه التشريعات الحديثة ومنها المشرع الجزائري إلى تبني بدائل جديدة سواء على مستوى الجزاءات المقررة للظاهرة الإجرامية أو على مستوى الإجراءات الجزائية محاولة منها لتجسيد عدالة تصالحية أو تعاونية ومن تلك الإجراءات الصلح، سحب الشكوى والوساطة.

ولبحث هذا الموضوع قسمته إلى نقطتين اثنتين، خصصت الأولى للتعريف بهذا الإجراء وتمييزه عن غيره من الإجراءات الأخرى وبسطت الثانية لتبني اجراء الوساطة.

أولاً: تعريف الوساطة في المادة الجزائية وتمييزها عن غيرها.

الوساطة نمط جديد، يجوز للنيابة العامة اللجوء إليه لإنهاء الدعوى العمومية، ولحدثة النص عليه في قانون الإجراءات الجزائية، رأيت في البداية التعريف به وتمييزه عن غيره من الاجراءات.

أ - تعريف الوساطة في المادة الجزائية.

1- تعريف الوساطة لغة: الوساطة اسم للفعل وسط، ووسط الشيء صار في وسطه فهو واسط ووسط القوم، وفيهم وساطة توسط بينهم بالحق والعدل⁽²⁾.

2- تعريف الوساطة في الاصطلاح: الوساطة بصفة عامة، هي وسيلة اختيارية يتم اللجوء إليها برغبة الأطراف خلال أي مرحلة من مراحل النزاع، يختارون من خلالها إجراءات وأسلوب الوساطة من اجل فهم موضوع النزاع ووضع الحلول المناسبة له⁽³⁾.

الوساطة في المادة الجزائية هي وسيلة لحل المنازعات الجنائية القائمة على فكرة التفاوض بين أطراف الدعوى (الجاني والمجني عليه)، عن طريق تدخل شخص ثالث يسمى الوسيط ويترتب على نجاحها تعويض المجني عليه عن الضرر الذي أصابه وإصلاح الآثار المترتبة على الجريمة⁽⁴⁾.

وقريبا من التعريف السالف الذكر عرفها احد المختصين على أنها وسيلة لحل المنازعات ذات الطبيعة الجنائية تؤسس على فكرة التفاوض بين الجاني والمجني عليه على الآثار المترتبة على وقوع الجريمة عن طريق تدخل عضو النيابة العامة أو من يفوضها في ذلك، سواء أكان شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا، ويترتب على نجاحها تعويض الضرر الواقع على المجني عليه، وإصلاح الآثار المترتبة على الجريمة وإعادة تأهيل الجاني بالشكل الذي لا يكون فيه حاجة للاستمرار في الدعوى الجنائية⁽⁵⁾.

عرفها الفقه الفرنسي على أنها الإجراء الذي بموجبه يحاول شخص من الغير بناء على اتفاق الأطراف وضع حد ونهاية لحالة الفوضى التي أحدثتها الجريمة، عن طريق حصول المجني عليه على تعويض كاف عن الضرر الذي حدث له فضلا عن إعادة تأهيل الجاني⁽⁶⁾.

3- موقف التشريعات من مدلول إجراء الوساطة: لا يلتزم المشرع - من حيث المبدأ - بتعريف الألفاظ أو المصطلحات في صلب النص أو القانون، إلا إذا كان ذلك بغرض إزالة اللبس عن هذا المصطلح أو تحديد المقصود منه في التطبيق العملي، ومن هذا المنطلق تباينت مواقف التشريعات التي نصت على هذا الإجراء في قوانينها، فمنها ما خلى تشريعها من تعريف هذا الإجراء، وأخرى عرفت الإجراء تعريفا واضحا في قانونها منها على سبيل المثال:

القانون البلجيكي: نص القانون الصادر في 22/06/2005 على تعريف الوساطة الجنائية بأنها « عملية يتم السماح فيها لأطراف نزاع ما بالمشاركة بفاعلية، وفي حال موافقتهم على ذلك بحرية، وبشكل سري للتوصل الى حلول للصعوبات الناجمة عن جريمة ما، بمساعدة طرف من الغير محايد على اساس منهجي محدد، وانها تهدف إلى تسهيل الاتصالات ومساعدة الأطراف على التوصل إلى اتفاق بشكل فعال، حيث يتم إصلاح الضرر الناجم عن الفعل المخالف للقانون والمساهمة في إعادة السلم الاجتماعي⁽⁷⁾.

القانون البرتغالي: نصت الفقرة الأولى من المادة الرابعة من القانون رقم (21) لسنة 2007 - والخاص بإقرار الوساطة الجنائية - على تعريفها بأنها عملية غير رسمية ومرنة، تتم عن طريق طرف ثالث محايد وهو الوسيط، الذي يسعى إلى جمع الجاني والمجني عليه سويا، ودعمهم في محاولة للوصول إلى اتفاق بشكل فعال، حيث يتم إصلاح الضرر الناجم عن الفعل المخالف للقانون والمساهمة في إعداد السلم الاجتماعي⁽⁸⁾.

المشروع الجزائري⁽⁹⁾ وعلى غرار بعض التشريعات - كالمشروع الفرنسي⁽¹⁰⁾ مثلا - لم يعرف هذا الإجراء في صلب النص، واكتفى فقط بذكر أطراف الوساطة وإجراءاتها والآثار المترتب عليها.

من خلال التعريفات السابقة وفي سياق النصوص المنظمة لهذا الإجراء يمكن القول أن الوساطة في المادة الجزائية هي إجراء تختص به النيابة العامة لحل منازعات ذات طبيعة جزائية ناجمة عن جرائم محددة على سبيل الحصر، تؤسس على فكرة التفاوض والرضائية بين طرفي الخصومة في اصلاح الضرر الناجم عن الجريمة، يترتب على نجاحها تعويض الضحية أو ارجاع الحال الى ما كان عليه، وتكون سببا في انقضاء الدعوى العمومية في حال تنفيذ اتفاق الوساطة.

ب- تمييز الوساطة عن الأنظمة الأخرى.

للإحاطة أكثر بمفهوم إجراء الوساطة يقتضي الحال تمييزها عن باقي الأنظمة الأخرى منها إجراء الصلح والأمر الجزائي.

1- التمييز بين الوساطة والصلح في المواد الجزائية: المبدأ في القانون، لا يجوز التنازل عن الدعوى العمومية بعد تحريكها لأنها ملك للمجتمع، والنيابة العامة لا تعدوا ان تكون إلا وكلاء عن أصيل، ولا اعتبارات معينة وفي حدود ضيقة نص المشروع على إمكانية انقضاء الدعوى العمومية عن طريق الصلح وهو ما يستفاد من نص المادة 06 /4 من قانون الإجراءات الجزائية، وهو بهذا المعنى يتشابه مع إجراء الوساطة في مواضع معينة ويختلف عنها في مواضع أخرى.

- أوجه التشابه بين إجراء الوساطة والصلح:

- أنهما من الوسائل البديلة في حل بعض المنازعات الناشئة عن جرائم ذات الخطورة المحدودة، وهي وسائل من شأنها تقليل عدد القضايا التي تحال إلى المحاكم وتخفف العبء عن القضاة.
- كلاهما يقوم على فكرة إرضاء أطراف النزاع (الجاني والمجني عليه).
- كلا النظامين يهتمان بشخص المجني عليه، إذ لا تتقرر الوساطة أو المصالحة (الصلح) إلا بتعويض المجني عليه تعويضا كفيلا بجبر الضرر المترتب عن الجريمة.
- كلاهما يجنب المتهم (أو الفاعل) العقوبة المقررة للفعل المرتكب وما قد يترتب عليها من آثار مستقبلية⁽¹¹⁾.

• كلاهما يعتبر طريقا خاصا لانقضاء الدعوى العمومية وهذا بالنظر للجرائم موضوع الإجراءين.

• لا يترتب عليهما انقضاء الدعوى العمومية إلا بعد تنفيذ اتفاق الوساطة (المادة 03/06 من قانون الإجراءات الجزائية) وسداد غرامة الصلح (المادة 383 من قانون الإجراءات الجزائية).

النتيجة، أن كلا النظامين يشتركان في نقطة جوهرية هي الرضائية ومن ثم تجسيد عدالة تصالحية بعيدا عن عدالة الزجر والعقاب، وما قد يترتب عليها من آثار في المستقبل سواء بالنسبة للجاني (آثار العقوبة) أو الضحية (حالة امتناع الفاعل عن تعويضه التعويض المقرر في الحكم).

- أوجه الاختلاف بين الإجراءين:

• الصلح يكون في أي مرحلة تكون عليها الدعوى، حتى وإن كانت محالة على الجهة القضائية النازرة في الدعوى (انظر على سبيل المثال المواد من 381 إلى 393 من قانون الإجراءات الجزائية)، خلاف ذلك فإن إجراء الوساطة يمكن لوكيل الجمهورية اللجوء إليه ولكن قبل تحريك الدعوى العمومية⁽¹²⁾.

• - يتم تنفيذ الصلح - عموما - بتسديد غرامة لإدارة يحددها القانون (كالجمارك مثلا)، بينما الوساطة بإعادة الحال إلى ما كان عليه أو تعويض مالي أو عيني أو كل اتفاق آخر غير مخالف للقانون يتوصل إليه الأطراف لفائدة المجني عليه او المتضرر من الجريمة.

2- التمييز بين الوساطة والأمر الجزائي:

استحدثت المشرع الجزائري في الكتاب الثاني من الباب الثالث قسما جديدا بموجب التعديل رقم 02/15 الذي أدخله على قانون الإجراءات الجزائية ضمنه إجراءات خاصة بالأمر الجزائي.

الأمر الجزائي بحسب نصوص المواد 380 مكرر إلى 380 مكرر7 هو أمر قضائي يفصل في موضوع الدعوى العمومية في جرائم محددة على سبيل الحصر دون مرافعة مسبقة الهدف منه تبسيط وتيسير إجراءات الفصل في جرائم معينة مع سرعة البت فيها، وهذا للتخفيف عن كاهل القضاء والتفرغ لنظر القضايا الهامة⁽¹³⁾.

وهو بهذا المعنى يتفق من نظام الوساطة في جملة من النقاط ويختلف معها في نقاط أخرى.

- أوجه التشابه والاختلاف بين الإجراءين:

- كلا النظامين يشتركان معا كوسيلتين لتبسيط الإجراءات الجزائية وتخفيف العبء عن كاهل القضاء.
- يختلفان في أن الأمر الجزائي هو بمثابة قرار قضائي يصدر عن القاضي بغير تحقيق أو مرافعة في المخالفات والجنح البسيطة، في حين أن الوساطة تتم بمعرفة النيابة العامة ممثلة في وكيل الجمهورية.

ثانيا: تبني اجراء الوساطة في المادة الجزائية.

إن إقرار الوساطة في المادة الجزائية من خلال نصوص قانونية يعبر عن اتجاه جديد لإرساء سياسة تختلف في أهدافها عن السياسة الجنائية القائمة، وهذا إن دل على شيء إنما يدل على فشل السياسة القديمة أو على الأقل عدم كفايتها لمواجهة الظاهرة الإجرامية، وهو ما جعلني أتناول بالدراسة في نقطة أولى أسباب عدم كفاية العدالة الجنائية لمواجهة الظاهرة الإجرامية وأفردت الثانية لمدى الاهتمام بإجراء الوساطة سواء على المستوى الدولي أو على مستوى التشريعات الداخلية للدول.

أ- أسباب عدم كفاية العدالة الجنائية لمواجهة الظاهرة الإجرامية:

المنتبع للسياسات الجنائية للدول في مواجهة الظاهرة الإجرامية، يجد ان جلها قد اخفق في أداء الوظيفة المنوطة بها، وتحدث هنا بصفة خاصة عن السياسة الجنائية للارتباط الوثيق بينها وبين الظاهرة الإجرامية، فالواقع المعاش أثبت ان واضعي تلك السياسات لم ينجحوا في وضع خطط أو إجراءات عملية تحد أو تقلل من حجم الظاهرة بل على العكس من ذلك - وليس لأجل المبالغة - يسود اعتقاد أن الظاهرة الإجرامية في تزايد مستمر، وأن الجزاءات المقررة لها لم تردع المجرمين، بما يفيد أن هذه السياسات تساهم بشكل أو بآخر في تفاقم هذه الظاهرة⁽¹⁴⁾، ولكن السؤال المطروح ما هو سبب فشل هذه السياسات؟.

يرى كثير من الفقه أن فشل هذه السياسات مرده مجموعة من الأسباب أهمها:

1- الخلل في السياسات المنتهجة: يقصد بالسياسة في المسائل الجنائية العلم الذي يهتم بتقويم القواعد الجنائية سواء بنقد ما هو كائن منها أو استشراف ما ينبغي أن يكون وفقا لفلسفة تلائم مجتمعا ما في عصر بعينه، بهدف مكافحة ظاهرة الإجرام، ولعل أهم ما يميز هذه السياسة أنها دراسة استشرافية أي بحث الأفعال التي قد يكون

ملائها تجريمها مستقبلا، والأفعال التي ينبغي أن تخرج من دائرة التجريم، كما أنها تبحث في المجال الجزاء الجنائي عن أفضل صور العقوبات والتدابير الاحترازية في مكافحة الجريمة وهي بذلك أحد أهم أسباب تطور قانون العقوبات⁽¹⁵⁾.

ولكن، وإن وجدت هذه السياسات فقد أثبت الواقع أنها لا تستند إلى أسس علمية ولا حتى إلى مناهج مدروسة، بل تتصف في أغلب الأحيان بالارتجالية ويغلب عليها طابع الفوضى كما أنها تصاغ ليس لأجل الهدف المعدة لأجله، ولكن في الغالب الأعم إنما يكون ذلك لتكريس نظام اقتصادي معين، أو لمواجهة ظروف اجتماعية أو اقتصادية وما يزيد الأمور تعقيدا أنها ليست وليدة البيئة الاجتماعية التي سوف تطبق عليها، وهو ما نتج عنه ما يعرف بأزمة السياسة الجنائية.

2- ظاهرة التضخم التشريعي في المواد الجنائية: تتميز قواعد قانون العقوبات بالخاصية المساعدة، إذ لا يجوز اللجوء إلى القاعدة الجزائية إلا عند عدم كفاية القواعد الأخرى، وهذا بالنظر إلى خطورة الجزاء المترتب على مخالفة هذه القاعدة من جهة ولأهمية المصلحة المراد حمايتها جنائيا من جهة أخرى، إذ يجب أن تحظى هذه المصلحة بالأهمية اللازمة لإمكان إضفاء حماية جنائية عليها، ولكن خلاف ذلك تماما، فإن المتبع لآثار أزمة العدالة الجنائية يجد تزايد رهيبا في الجرائم البسيطة ناجما عن كثرة النصوص المجرمة لأفعال لا ترقى لأن تشكل اعتداء أو خطر باعتداء على مصالح جديرة بالحماية الجزائية، وهكذا فقد تضخمت التشريعات الجزائية إلى حد لم يعد بالإمكان مسايرة الكثير من النصوص القانونية الجزائية، ليس فقط من جانب الرجل العادي بل حتى من جانب المتخصص على حد سواء فقد تغلغل التشريع الجزائي في كافة مجالات النشاط الإنساني وبلغ عدد الافعال المعتبرة جرائم حدا من الصعوبة الإلمام به⁽¹⁶⁾.

3- كثرة الشكليات الاجرائية: إن نجاح التشريع الإجرائي يتوقف على مدى قدرته في التوفيق بين الضمانات التي تكفل صحة الحكم من جهة وعدم الإبطاء في إصداره من جهة أخرى، غير أن الإسراف في استخدام الدعوى العمومية وطول الإجراءات الجزائية قد اخل بهذا التوازن، فالعدالة الجنائية ملزمة بالنظر في جميع الجرائم على قدم المساواة البسيط منها والخطير، ولما كانت الجرائم البسيطة تثقل كاهل العدالة بالقدر الذي حال بينها وبين النظر في الجرائم الخطيرة بالشكل الذي يتناسب مع خطورتها وتعقيدها، ناهيك عن الثغرات التي قد يفلت من خلالها المتهم من العقاب .

يضاف إلى ذلك أن مدة طويلة قد تفصل بين وقوع الجريمة وتوقيع العقاب خاصة إذا تم الطعن بالنقض في الحكم النهائي، فالرأي العام لا يهتم بالعقوبة قدر اهتمامه بالجريمة ولا شك أن بطء العدالة يؤثر سلبا على فكرة الردع العام، ما قد يخلق لدى الأفراد شعورا بعجز الجهاز التقليدي عن مكافحة الجريمة على أكمل وجه⁽¹⁷⁾.

4 - أزمة الجزاء الجنائي (العقوبة): لقد مس التجريم جل النشاط الإنساني، وغدا الجزاء على شاكلته مس كثيرا من الأشخاص، وهكذا ساد اعتقاد لدى العامة أن الجزاء قد أفرغ من محتواه ولم يعد يحقق الغرض المعد من أجله، ولأدل على ذلك ان الجريمة في تزايد مستمر والمتهم المحكوم عليه يعود المرة تلوى الأخرى لارتكاب ذات الجريمة او مثيلاتها، لم تردعه العقوبة وقد انتقلت العدوى إلى جل أفراد المجتمع حيث أصبح لديهم نوع من - الاستعداد النفسي - للمتابعة الجزائية ولا يهابون حتى العقوبة، ونحسب ان هذا أسوء ما قد يصيب المجتمع في بنيانه أكثر من أي جريمة يعاقب عليها القانون؟.

ب- مظاهر الاهتمام بإجراء الوساطة:

ان الأسباب السالفة الذكر، وغيرها كثير ألزمت التشريعات الجنائية على مراجعة سياساتها القائمة، وإعادة النظر حتى في الاهداف المرجوة من العدالة الجنائية، حيث أصبحت تمهد طريقا نحو عدالة قائمة على التصالح والرضائية، وهو ما يظهر جليا من خلال إقرارها العديد من الأنظمة والإجراءات من ذلك إجراء الوساطة، الذي لم يحظ فقط بقبول من التشريعات الداخلية، ولكن حثت على إرسائه كذلك كثير من المؤتمرات والمواثيق الدولية رأيت تناولها في نقطتين اثنتين.

1- الاهتمام الدولي بفكرة الوساطة في المادة الجزائية: أدى تجارب الوساطة الجنائية في القانون المقارن إلى إتجاه العديد من المؤتمرات الدولية والندوات العلمية إلى تناول موضوعها بالبحث والدراسة، نذكر منها مؤتمر الأمم المتحدة العاشرة لمنع الجريمة والعدالة الجنائية والمنعقد في فيينا بالنمسا والذي نص الإعلان الصادر عنه على إقرار الأعضاء المشاركين في المؤتمر على استخدام خطط عمل وطنية وإقليمية ودولية لدعم مكافحة الجريمة كآلية الوساطة والعدالة التصالحية، أضف إلى ذلك مؤتمر الأمم المتحدة الحادي عشر لمنع الجريمة والعدالة الجنائية المنعقد في بانكوك بتايلاند والذي كان إحدى حلقات البحث فيه تتناول موضوع تقرير إصلاح العدالة الجنائية بما في ذلك العدالة الإصلاحية والتي تضمنت بحث موضوع الوساطة الجنائية باعتبارها أحد التدابير التصالحية.

كما تبني المجلس الأوروبي آلية الوساطة الجنائية فقد نصت التوصية رقم 19 (99) الصادرة في 15/09/1999، على حث الدول الأوروبية على تطبيق الوساطة الجنائية في تشريعاتها الوطنية من خلال مجموعة من المبادئ التي ينبغي ان تلتزم بها الدول الأعضاء في موضوع الوساطة الجنائية وذلك بالنظر إلى التطورات الواقعة في الدول الأعضاء والتي اتجهت إلى إقرار الوساطة الجنائية باعتبارها إجراء يتسم بالمرونة، بالإضافة إلى اعتبارها أحد البدائل الهامة للإجراءات الجنائية التقليدية⁽¹⁸⁾.

2- موقف التشريعات الإجرائية من الوساطة في المادة الجزائية: جل الأنظمة الإجرائية نصت في قوانينها على نظام الوساطة في المادة الجزائية واعتبرته بديلا عن المتابعة الجزائية نذكر منها الولايات المتحدة الأمريكية حيث بدأت بوادر هذا النظام في الظهور منذ أواخر الستينات في ولاية أوهايو، وأعقبتها تجارب أخرى في السبعينات في ولايات ومدن أخرى مثل أوكلاهوما، بوسطن ومينا بولس، ويرجع انتشار هذا الإجراء في الولايات المتحدة الأمريكية إلى حركة الاهتمام بضحايا الجريمة التي بدأت في السبعينات حيث أصدرت سبع عشرة ولاية قوانين خاصة بالوساطة كإجراء بديل لنظام العدالة التقليدية وهكذا انتقل العمل بهذا النظام إلى عديد من الدول الأوروبية كفرنسا مثلا حيث ظهرت أولى بوادر ممارسة الوساطة الجزائية من خلال مبادرات قام بها بعض أعضاء النيابة العامة في بعض المدن مثل مدينة فالنس في منتصف الثمانينات، كبديل عن المتابعة الجزائية وذلك بهدف الحد من مشكلة تزايد أعداد أوامر حفظ القضايا الجنائية، هذا الواقع ألزم المشرع الفرنسي بالتدخل ل يتم التصويت والموافقة على هذا الإجراء من القانون الصادر بتاريخ 04/01/1993 حيث أضافت المادة (06) منه فقرة أخيرة إلى المادة (41) من قانون الإجراءات الجزائية جاء نصها على أنه « يجوز للنيابة العامة قبل التصرف في الدعوى العمومية وبعد موافقة أطراف النزاع أن تقرر اللجوء إلى الوساطة متى تبين لها أن هذا الإجراء من شأنه تعويض الضرر الذي حدث للمجني عليه، ووضع حد للضرر الناجم عن الجريمة، وإعادة تأهيل الجاني»، هذا وقد أخذت بهذا النظام عديد من التشريعات الأخرى كالقانون البلجيكي والسويسري والبرتغالي⁽¹⁹⁾.

المشرع الجزائري هو الآخر من بين التشريعات التي نصت على هذا الإجراء صراحة من خلال التعديل الذي أدخله المشرع على قانون الإجراءات الجزائية بموجب الأمر رقم 02/15 الصادر في 23/07/2015 والذي أضاف بموجب المادة الثامنة

(08) منه لأحكام الباب الأول من الكتاب الأول فصلا كاملا بعنوان « الوساطة » حاولت تبسيطه من خلال تناولي للفرع الثاني.

الفرع الثاني: التنظيم القانوني للوساطة في المادة الجزائية والأهداف المرجوة منها

نظم المشرع إجراء الوساطة في المادة الجزائية بموجب التعديل رقم 02 / 15 في عشرة مواد من 37 مكرر إلى 37 مكرر 09، حدد الأطراف المعنية بالوساطة والجراءات التي يمكن أن تكون محل لهذا الإجراء والإجراءات المقررة لها وأخيرا الآثار المترتبة عنها، وهو ما نسعى لدراسته في الفقرة الأولى وللوقوف على أهمية هذا الإجراء أفردت له فقرة مستقلة بعنوان الأهداف المرجوة من هذا الإجراء.

أولاً: التنظيم القانوني لإجراء الوساطة.

تعتبر الوساطة في التشريع الإجرائي الجزائي الجزائري بحسب المذكرة الإيضاحية⁽²⁰⁾ الصادرة عن وزارة العدل بخصوص التعديلات التي نصت على هذا الإجراء "آلية بديلة عن المتابعة الجزائية في مادة المخالفات وبعض الجناح البسيطة، يلجأ إليها تلقائيا من طرف وكيل الجمهورية أو بناء على طلب الضحية، ويكون للنيابة العامة إمكانية المبادرة بهذا الإجراء كلما رأت أن من شأنها وضع حد نهائي للإخلال الناتج عن الجريمة وضمان جبر الأضرار الحاصلة للضحية" انطلاقا من هذا العرض واستنادا للنصوص المنظمة لهذا الإجراء قسمت هذا الموضوع إلى نقطتين اثنتين أفردت الأولى للشروط الواجب توافرها للسير في إجراء الوساطة وخصصت الثانية للآثار المترتبة عليها.

أ - شروط الوساطة في المادة الجزائية.

أوضحت الوساطة طبقا لنص المادة 6 / 36 بموجب الأمر رقم 02 / 15، خيارا ثالثا يمكن للنيابة العامة القيام به إلى جانب الإجراءات التقليدية (تحريك الدعوى العمومية أو حفظ أوراق الدعوى) متى توافرت شروط معينة وهي:

1- أن تكون الجريمة موضوع الشكوى من الجرائم التي يجوز فيها الوساطة: الجرائم التي يمكن أن تكون محلا للوساطة في المادة الجزائية حددها المشرع على سبيل الحصر، إذ يمكن أن تطبق الوساطة في مواد الجناح على جرائم السب والقذف والاعتداء على الحياة الخاصة والتهديد والشاوية الكاذبة وترك الأسرة والامتناع

العمدي عن تقديم النفقة وعدم تسليم طفل والاستيلاء بطريق الغش على أموال الإرث قبل قسمتها أو على أشياء مشتركة أو أموال الشركة وإصدار شيك بدون رصيد والتخريب أو الإتلاف العمدي لأموال الغير وجنح الضرب والجروح غير العمدية والعمدية المرتكبة بدون سبق الإصرار والترصد أو استعمال السلاح، وجرائم التعدي على الملكية العقارية والمحاصيل الزراعية والرعي في ملك الغير واستهلاك مأكولات أو مشروبات أو الاستفادة من خدمات أخرى عن طريق التحايل، كما يمكن أن تطبق الوساطة في المخالفات⁽²¹⁾.

بمفهوم المخالفة أنه في غير هذه الجرائم لا يجوز لممثل الحق العام إجراء الوساطة حتى ولو كان ذلك باقتراح من الضحية أو المشتكى منه، ولكن تجدر الإشارة أنه واستنادا للقانون المتعلق بحماية الطفل⁽²²⁾ وخروجا عن القاعدة العامة سالفه الذكر، أجاز المشرع للنيابة العامة إجراء الوساطة في كل الجرائم الموصوفة بالمخالفة أو الجنحة التي يرتكبها الطفل، وعليه ما عدا الجنائيات فإن أي جريمة أخرى يرتكبها الطفل يجوز لوكيل الجمهورية إجراء الوساطة بشأنها.

2- اكتمال أركان الجريمة: لا يجوز تقرير الوساطة في المادة الجزائية إلا إذا تأكد وكيل الجمهورية من توافر كافة أركان الجريمة، وإلا أمكنه حفظ أوراق الدعوى كخيار آخر يجوز له من خلاله التصرف في أوراق الدعوى.

3- مراعاة الموانع الإجرائية والموضوعية التي تحول دون السير في الدعوى: يتعين على وكيل الجمهورية لإمكان السير في إجراء الوساطة، أن يتأكد من خلو النزاع من أي مانع إجرائي أو موضوعي يحول دون السير فيها، كما لو كانت الدعوى مقيدة بناء على شكوى أو طلب أو إذن من الجهات المختصة، أو كما لو كانت الدعوى قد انقضت لأي سبب من الأسباب.

4- ألا تكون الدعوى العمومية قد حركت: يشترط لإمكان إجراء الوساطة، أن يكون ذلك قبل أي متابعة جزائية، وعليه لو أن الدعوى حركت فلا يجوز عندئذ للنيابة العامة أن تراجع في قرارها، لأن الدعوى تكون قد خرجت من سلطتها، ولم يعد بإمكانها التصرف فيها⁽²³⁾.

5- قبول المشتكى منه والضحية إجراء الوساطة: يشترط لإجراء الوساطة قبول الضحية والمشتكى منه إجراء الوساطة، هذا الشرط يعني بالدرجة الأولى اعتراف المشتكى منه بالجرم المنسوب إليه، إذ من غير المعقول أن يقبل المشتكى منه إجراء وساطة بخصوص جرم لم يرتكبه، مع ملاحظة أن إجراء الوساطة قد يكون بمبادرة

من وكيل الجمهورية أو بناء على طلب الضحية أو المشتكى منه، ويظل الإجراء جوازيا بالنسبة للنيابة العامة فإن هي رفضت القيام بهذا الإجراء لا يجوز لأي كان إجبارها على ذلك وهذا ما يقتضيه مبدأ الملاءمة، ومن باب أولى لا يجوز كذلك إجبار أي طرف (الشاكي أو المشتكى منه) على قبول هذا الإجراء، فيظل كذلك الأمر متروك للقبول أو الرفض⁽²⁴⁾.

6- أن تؤدي الوساطة الى تحقيق الغرض الذي شرعت لأجله: تم إقرار الوساطة بوصفها بديلا عن المتابعة الجزائية، وشرعت لتحقيق أهداف متعددة ومتنوعة لعل أهمها تغيير مفهوم العدالة من عدالة تقليدية عقابية أو ثأرية إلى عدالة إصلاحية أو رضائية، وقد وضع المشرع الجزائري ضوابط يمكن للنيابة العامة الاحتكام إليها عندما تقرر اللجوء إلى الوساطة تستفاد من نص المادة 37 مكرر من الأمر رقم 02/15 هي:

- عندما يكون من شأنها وضع حد للإخلال الناتج من الجريمة.
- أو جبر الضرر المترتب عليها.

المشرع الفرنسي بالإضافة إلى الشرطين السابقين أضاف شرطا ثالثا لإمكان إجراء الوساطة وهو أن تؤدي إلى إصلاح الجاني وتأهيله إجتماعيا (المادة 1/41 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي)⁽²⁵⁾ ومهما كان فإن النيابة العامة ممثلة في وكيل الجمهورية هي الجهة الوحيدة المخول لها قانونا استنادا لسلطة الملاءمة تقدير ما إذا كان بالإمكان اللجوء إلى إجراء الوساطة أم لا حتى ولو طلبها الأطراف ووافقوا عليها تظل هي الجهة الوحيدة التي يمكنها قبول هذا الإجراء أو رفضه .

7- شكل الوساطة: اشترط المشرع للاعتداد بإجراء الوساطة أن تتم في شكل اتفاق مكتوب بين مرتكب الأفعال المجرمة والضحية، وأن يدون هذا الاتفاق في محضر يتضمن هوية وعنوان الأطراف وعرضا وجيزا للأفعال وتاريخ ومكان وقوعها ومضمون اتفاق الوساطة وآجال تنفيذه، كما يجب لصحة هذا المحضر أن يوقع من طرف وكيل الجمهورية وأمين الضبط والأطراف وتسلم نسخة منه إلى كل طرف⁽²⁶⁾.

ب- الآثار القانونية للوساطة في المادة الجزائية.

يترتب على الوساطة في المادة الجزائية بحسب النصوص المنظمة لها جملة من الآثار نذكر أهمها:

1- محضر اتفاق الوساطة سند تنفيذي لا يجوز الطعن فيه: يعتبر اتفاق الوساطة بعد استفتاءه الشروط المنوه عنها أعلاه سندا تنفيذيا، يمهر بالصيغة التنفيذية طبقاً لأحكام قانون الإجراءات المدنية، ويصبح غير قابل للطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن⁽²⁷⁾.

2- تنفيذ اتفاق الوساطة إجراء تنقضي به الدعوى العمومية: في حال اتفاق الأطراف على إجراء الوساطة يدون ذلك في محضر رسمي يوقعه وكيل الجمهورية والأطراف المعنية به، ومع ذلك لا تنقضي الدعوى العمومية إلا إذا التزم المشتكى منه بتنفيذ ما تم الاتفاق عليه، والذي تضمن على وجه الخصوص إعادة الحال إلى ما كانت عليه، تعويض مالي أو عيني عن الضرر أو كل اتفاق آخر غير مخالف للقانون يتوصل إليه الأطراف، الأمر الذي يوجب على النيابة العامة لإصدار قرارها بانقضاء الدعوى العمومية التأكد من تنفيذ بنود الاتفاق⁽²⁸⁾ وهو بهذا الأثر يكون (المشرع) قد راع مصلحة الطرفين، المتهم من جهة حيث لا يمكن للنسبة العامة إعادة تحريك الدعوى العمومية بخصوص الواقعة ذاتها، إذ الأمر لا يتعلق بحفظ الأوراق ولكن بانقضاء الدعوى، ومصلحة الضحية من جهة أخرى حيث لا يترتب على هذا الإجراء انقضاء الدعوى إلا إذا تأكدت النيابة العامة التزام المشتكى منه بتنفيذ الاتفاق.

3- اللجوء للوساطة يوقف سريان تقادم الدعوى العمومية: بالنظر لكثرة القضايا ذات الطابع الجزائي يأخذ اتفاق الوساطة وقت لا يستهان به لتنفيذ مضمونه، الأمر الذي قد يترتب عليه تقادم الدعوى العمومية، فالجرائم محل هذا الإجراء تتعلق بمواد المخالفات التي تتقادم الدعوى فيها بمضي سنتين والجنح التي تتقادم الدعوى فيها بمضي ثلاث سنوات، وتفادياً لهذا الإشكال نص المشرع صراحة على وقف سريان الدعوى العمومية خلال الآجال المحددة لتنفيذه، ومع قيمة وأهمية هذا الأثر ولكن حبذا لو أن المشرع قرر ما نص عليه في قانون حماية الطفل⁽²⁹⁾ إذ اللجوء إلى الوساطة بموجب هذا القانون، يوقف تقادم الدعوى العمومية ابتداء من تاريخ إصدار وكيل الجمهورية لمقرر الوساطة.

4- عدم تنفيذ اتفاق الوساطة يعرض المشتكى منه للمتابعة: أضفى المشرع الجزائري حماية خاصة على اتفاق الوساطة، إذ يتخذ وكيل الجمهورية ما يراه مناسباً بشأن إجراءات المتابعة، حالة عدم تنفيذ الاتفاق في الآجال المحددة، ولا شك أن الإجراء المناسب في هذه الحالة هو إحالة المشتكى منه مباشرة على جهة الحكم

أو التحقيق بحسب الجرم محل الشكوى، يضاف إلى ذلك - وبصرف النظر عن إجراءات المتابعة السالفة الذكر- فإن الامتناع العمدي عن تنفيذ اتفاق الوساطة عند انقضاء الأجل المحدد لذلك يعرض الفاعل للعقوبات المقررة في المادة 2/147 من قانون العقوبات، حيث اعتبرها المشرع من قبيل التقليل من شأن الأحكام القضائية⁽³⁰⁾.

ثانيا: الأهداف المرجوة من إجراء الوساطة في المادة الجزائية.

يمكن إيجاز أهمية الوساطة ومبرراتها من خلال أدوارها الفعالة في معالجة الآثار السلبية للجريمة عن طريق وضع حد لحالة الاضطراب التي أحدثتها، مع إيجاد مساحة للنقاش والتحاور بين المتخاصمين والتي تتجلى فيما يلي.

أ- الدور الإصلاحية للوساطة الجنائية.

1- مراعاة الجوانب النفسية للخصوم: تسعى الوساطة في المادة الجزائية إلى إعادة بناء العلاقات بين أطراف الجريمة بالجلوس والحوار سويا بالشكل الذي يؤدي الى ازالة الاحقاد والكرهية الناجمة عن وقوع الجريمة وإعطاء الفرصة للطرفين لمناقشة الأضرار الناجمة عنها، وكيفية إصلاحها، دون البحث في أسباب ارتكابها، وهو الأمر الذي يكون له بالغ الأثر في دعم وإنشاء علاقات اجتماعية جديدة بين الطرفين، كما أنه يعجل من اندماجهما في المجتمع، حيث يؤدي إلى جبر ضرر الضحية، والقضاء على الشعور بالعزلة الاجتماعية التي تتاب المشتكى منه من جراء مباشرة الإجراءات القضائية⁽³¹⁾.

وقد أشار رأي في الفقه⁽³²⁾ أن الضحية لا يسعى من خلال هذا الاجراء الحصول على تعويض مالي فقط، ولكن فهم الأسباب التي دفعت المشتكى منه لارتكاب الجريمة، وجعله يعلم مدى الألم الذي سببه له من خلال التعبير عما يدور في نفسه، وهو ما يؤدي إلى تخفيف الآلام النفسية التي خلفتها الجريمة، وفي الجانب المقابل تتيح الوساطة الفرصة للمشتكى منه من الاعتذار للضحية، والإفصاح عن رغبته في أن يصفح عنه بالشكل الذي لا يتحقق في ظل الإجراءات العادية، مما يؤكد أهمية الوساطة في علاج الآثار النفسية الناجمة عن الجريمة.

2- إعادة الإدماج الاجتماعي: الوساطة في المادة الجزائية تدعم لدى المشتكى منه الشعور بالمسؤولية، الذي يتحقق من خلال إجراء لقاء بين الشاكي والمشتكى منه، فيدرك من خلاله مدى حجم الأضرار والمعاناة التي خلفتها جريمته عليه وعلى عائلته،

كما يدرك أهمية حصوله على تعويض عما لحقه من ضرر مادي ومعنوي، فقيام المشتكى منه بإقرار مسؤوليته عن ارتكاب الجريمة واعترافه ابتداء بالخطأ الصادر منه، ينتقل في ضميره من نقطة أنه عدو إلى نقطة أنه صديق، ومن نقطة أنه مطلوب للعدالة إلى نقطة أنه صاحب هبة أو عطية، ومن هذا المنطلق يستطيع التحاور مع الضحية، باعتباره قادما لإصلاح الضرر الذي سببه، مما ينشئ ما يمكن تسميته بالإصلاح التفاوضي للضرر من خلال تأثيره في عاطفة الضحية⁽³³⁾.

3- الوساطة في المادة الجزائية آلية لتجسيد عدالة تصالحية: الوساطة في المادة الجزائية نموذج راقى لعدالة تؤسس على التفاهم والرضا، قوامها تعويض الضحية وإصلاح الجاني، وهي بذلك تهدف إلى تحقيق السلام الاجتماعي من خلال التوفيق بين طرفيها وصولا إلى إعادة احياء روح الجماعة في فض المنازعات الجنائية⁽³⁴⁾.

أ- الدور الرقابي للوساطة الجنائية:

لا يقتصر دور الوسيط على التوفيق بين الأطراف المتنازعة، ولكن يمتد إلى رقابة مفاوضات التسوية، ثم يلي متابعة تنفيذ هذه الاتفاقات، وهو ما نتناوله على النحو التالي:

1- مراقبة اتفاقات التسوية الودية: لا يقتصر دور الوسيط على التوصل إلى اتفاق بين طرفي الجريمة، وإنما ترجع أهمية تواجد الوسيط في متابعة كيفية التوصل إلى الاتفاق بين الأطراف، وضمان عدم تأثير أي طرف على الآخر، كأن يفرض شروطه عليه خلال التسوية، والوسيط من خلال تواجده في المناقشات بين الطرفين، يؤدي إلى منع حدوث ذلك⁽³⁵⁾.

2- مراقبة تنفيذ التزامات الأطراف: لا يقتصر دور الوسيط على مراقبة التوصل إلى اتفاق بين الأطراف - كما ذكرنا سابقا - وإنما يمتد دوره بالإضافة إلى ذلك إلى مراقبة تنفيذ التزامات الأطراف، حيث يطع الوسيط بمهمة التأكد من قيام المشتكى منه بتنفيذ الالتزامات الواقعة عليه من ذلك مثلا أن يقدم ما يثبت قيامه بتسديد مبلغ التعويض المتفق عليه، ويأشر الوسيط دوره الرقابي من خلال التقرير الذي يعده عن نتائج الوساطة والذي يكون له بالغ الأثر على قرار النيابة العامة في التصرف في الدعوى العمومية، فإذا تبين للنيابة العامة ممثلة في وكيل الجمهورية أن الوساطة الجنائية قد حققت أغراضها في إزالة الاضطراب الناجم عن الجريمة، وكذلك تعويض الضحية، وتأهيل المشتكى منه اجتماعيا فإنه في الغالب يقوم بإصدار قرار بحفظ الأوراق، أما إذا كان التقرير سلبيا بالنسبة للمشتكى منه، فإن الغالب أن تقوم النيابة بتحريك الإجراءات الجنائية ضده وقد أثبتت الدراسات أن تنفيذ

اتفاقات الوساطة يكون بشكل أفضل عنه في الحكم الجنائي، ويرجع البعض ذلك إما لاشتراك الأفراد في المفاوضات أو للخوف من مباشرة إجراءات التقاضي العادية⁽³⁶⁾.

خاتمة:

جاءت هذه الدراسة في محورين اثنين، تناولت في الأول إقرار الوساطة في المادة الجزائية كإجراء بديل عن المتابعة الجزائية، بينت من خلاله تعريف الوساطة وتمييزها عن غيرها من النظم الجزائية المشابهة كالصلح والأمر الجزائي، حاولت إلقاء الضوء على ما تعانیه السياسة الجنائية التقليدية من أزمات ناجمة عن الإفراط في تجريم كثير من النشاط الإنساني، الأمر الذي أدى كذلك إلى الإفراط في استعمال الدعوى العمومية وما تبعه من تكدر في القضايا الجزائية خاصة البسيطة منها، مما أثر سلبا على عمل القضاة وعلى أحكامهم، حيث لم تعد العقوبة كافية لوحدها على أداء الدور المنوط بها، هذه الأسباب وغيرها جعلت التشريعات الجنائية تغير من نظرتها إلى الخصومة الجنائية - في بعض القضايا البسيطة - وطرحت بدائل أخرى لفض النزاعات بطريقة تصالحية بعيدا عن الثأر والانتقام منها إجراء الوساطة الذي حضي باهتمام جل التشريعات الجنائية المقارنة بالإضافة إلى حث المواثيق الدولية المعنية بأمور القانون الجنائي في إرساء عدالة تصالحية من خلال تفعيل إجراء الوساطة في المادة الجزائية.

خصصت المحور الثاني لدراسة التنظيم القانوني لهذا الإجراء والأهداف المرجوة منه، بحثت من خلاله الشروط الواجب توافرها لصحة الوساطة والآثار المترتبة عليها، وفي الأخير بينت مدى أهمية إجراء الوساطة من خلال عرض وجيز للأهداف المرجوة منه.

إن اتجاه المشرع بهذا المنحى يكون قد أحدث تغييرا جذريا في كثير من المفاهيم أهمها:

1- يقوم قانون العقوبات على شقين اثنين، شق التجريم يتمثل في إضفاء صفة الجريمة على فعل يشكل اعتداء أو تهديد باعتداء على مصالح جديرة بالحماية الجنائية، وشق آخر يتمثل في الجزاء أو ما يسمى بالعقوبة وقد بينا أن تطبيق إجراء الوساطة يترتب عليه إلغاء العقوبة رغم اعتراف المتهم بالجرم المنسوب إليه.

2- المبدأ في قانون الإجراءات الجزائية أنه ما لم يتوافر سبب من أسباب حفظ أوراق الدعوى وجب على النيابة تحريك الدعوى العمومية لاتصالها بالحق العام، الأمر الذي يترتب عليه إحالة المتهم على القضاء الجزائي وتوقيع العقاب عليه حال ثبوت التهمة، خلاف ذلك قبول إجراء الوساطة لا يحول فقط دون عقاب المتهم

ولكن دون مثوله أمام القضاء الجزائي.

3- الأخذ بإجراء الوساطة بشكل خروجها واضحاً عن الأهداف المقررة في السياسة الجنائية التقليدية والمتمثلة في تحقيق الردع بشقيه العام والخاص، مادام وأن المتهم لا يمثل أمام القضاء الجزائي ولا توقع عليه العقوبة.

4- المشرع من خلال هذا الإجراء تنازل عن الحق العام (من خلال عدم ممارسة الدعوى العمومية) لأجل غاية أهم ألا وهي التصالح بين أفراد المجتمع خاصة المتنازعين منهم، أملاً في انتشار ثقافة الصلح وبناء مجتمع يسود أفرادها المودة والتفاهم.

ومع هذه الاختلافات، لا يعني أبداً وجود تنافر أو تضاد بين السياستين، فالوساطة كإجراء يمهد لعدالة تصالحية لا يعني إلغاء العدالة الجنائية القائمة على الردع، فتظل الأولى مكانها الجرائم البسيطة للتخفيف على كاهل القضاة من جهة ولتمكينهم من دراسة القضايا المعقدة أو الخطيرة وتقرير الجزاء المناسب لها، وتظل الثانية الوسيلة الفعالة لردع الحالات الخطيرة إذ ذاك يظل - في اعتقادنا - إحدى السبل الفعالة لتحقيق الأمن والنظام في المجتمع.

اقتراحات وتوصيات:

1- حسن ما فعل المشرع عندما أسند مهمة تقرير الوساطة وإجرائها إلى النيابة العامة، ولكن كان يتعين عليه أن يلزم النيابة العامة بتسبب قرارها، إذ لا يكفي مجرد قبول الأطراف لها وأن الجريمة من ضمن الجرائم التي تجوز فيها الوساطة، بل كان يتعين عليه إحاطتها بضمانات أكثر من ذلك مثلاً مدى خطورة مرتكب الجريمة حتى ولو تعلق الأمر بجريمة بسيطة، أو مدى الخطورة في ارتكابها، وعليه فالإشكال في إجراء الوساطة - وعلى خلاف حفظ الأوراق - لم يبين المشرع في معرض النصوص القانونية مدى سلطة الملاءمة المقررة للنيابة العامة.

2- المشرع من خلال تبنيه لهذا الإجراء أهتم كثيراً بشخص الضحية، واشترط لانقضاء الدعوى العمومية تنفيذ اتفاق الوساطة، ولكن لم يحدد من خلال النصوص المنظمة لهذا الإجراء طريقة التعامل مع المتهم، إذ نحسب أن الأمر بهذه الطريقة هو مجرد دعوى مدنية تتم بطريقة جزائية، فالجريمة في اعتقادنا تظل جريمة، والأثر المترتب عليها بالنسبة لمرتكبها يجب أن توضحه القاعدة القانونية، ولا نرى أن تعويض الضحية كافي لانقضاء الدعوى العمومية، فالأولى كان يتعين تعليق انقضاء الدعوى على أمرين أساسيين، الأول هو تنفيذ اتفاق الوساطة والثاني ألا يعود المتهم إلى اقتراح

الجريمة مدة زمنية يحددها القانون تساوي مثلا مدة تقادم المخالفات او الجرح على حسب نوع الجريمة.

3- أن نجاح إجراء الوساطة في المادة الجزائية لا يقتصر على مجرد سن نصوص قانونية بل يتعداه إلى مدى تطبيق تلك النصوص على أرض الواقع ولن يتحقق ذلك إلا بمنح هذا الإجراء الثقة اللازمة كبديل حقيقي للدعوى العمومية وشريك فعال للعدالة الجنائية التقليدية.

4- أن نجاح إجراء الوساطة يوجب كذلك اقتناع العاملين في قطاع العدالة بأهمية هذا الإجراء في إرساء سياسة تصالحية بين أفراد المجتمع خاصة أعضاء النيابة، ولن يتأتى ذلك إلا بعقد ندوات ودورات تكوينية في مختلف القطاعات ذات الصلة.

5- نقتراح كذلك تدريس الإجراءات البديلة ومنها الوساطة وكيفية ممارستها في كليات الحقوق والمعاهد المتخصصة بتكوين القضاة قصد إعداد متخصصين في هذا الميدان توكل لهم مستقبلا مهمة الوسطاء في شتى الميادين.

الهوامش:

1. ياسر بن محمد سعيد بابصيل، الوساطة الجنائية في النظم المعاصرة - دراسة تحليلية - جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية لكلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، الرياض، 2001، ص 23.
2. مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، طبعة وزارة التربية والتعليم، العراق، السنة 2000، ص 168.
3. عمر مشهور حديثه الجازي، ندوة بعنوان «الوساطة كوسيلة بديلة لتسوية منازعات الملكية الفكرية»، 2004 جامعة اليرموك، أربد، المملكة الأردنية الهاشمية، ص 25.
4. أشدى رمضان عبد الحميد، الوساطة الجنائية ودورها في إنهاء الدعوى العمومية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة الطبعة الأولى، 2004، ص 17.
5. رامي متولي القاضي، الوساطة في القانون الجنائي الإجرائي المقارن، كلية الشرطة دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 2010، ص 07.
6. Christine Lazerges, médiation pénale, Justice pénale et politique criminelle, R.S.C. 1997, p 186.
7. هناء جبوري محمد، الوساطة الجنائية كطريقة من طرف انقضاء الدعوى الجزائية «دراسة مقارنة»، جامعة كربلاء - كلية الحقوق - مجلة رسالة الحقوق، السنة الخامسة، العدد الثاني، 2013 م، ص 207.

8. رامي متولي القاضي، مرجع سابق، ص 41.
9. عرف المشرع الجزائري هذا الإجراء في القانون المتعلق بحماية الطفل بأنها « آلية قانونية تهدف إلى إبرام اتفاق بين الطفل الجانح ومثله الشرعي من جهة، وبين الضحية او ذوي حقوقها من جهة أخرى، تهدف إلى إنهاء المتابعات وجبر الضرر الذي تعرضت له الضحية، ووضع حد لأثار الجريمة والمساهمة في إعادة إدماج الطفل»، انظر المادة من القانون رقم 12/15 المؤرخ في 15/07/2015.
10. انظر المادة 37 مكرر من الأمر رقم 02/15 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية.
11. وزير العدل الفرنسي خلال المناقشات التي دارت إثناء إقرار هذا القانون عرف هذا الإجراء بقوله « تتمثل في البحث وبناء على تدخل شخص من الغير (شخص ثالث) عن حل يتم التفاوض بشأنه وبحرية بين أطراف النزاع الذي أحدثته الجريمة ذات الخطورة البسيطة، وبصفة خاصة المنازعات العائلية ومنازعات الجوار، جرائم الضرب أو العنف المتبادل، الإلتاف أو التخريب، السرقة أو الاختلاس»، انظر رامي متولي القاضي، مرجع سابق، ص 40، 41.
12. إبراهيم عبد نايل، الوساطة الجنائية طريقة مستحدثة في إدارة الدعوى الجنائية 2001، دار النهضة العربية القاهرة، ص 18.
13. أحمد فتحي سرور، أصول السياسة الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة 1972، ص 86.
14. ياسر بن محمد سعيد بابصيل، مرجع سابق، ص 24.
15. سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات - دراسة مقارنة - منشورات الحلبي الحقوقية - كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية وبيروت العربية 2003، ص 20، 21، 22.
16. سليمان عبد المنعم، مرجع سابق، ص 312.
17. أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 62.
18. انظر في هذا المعنى، رامي متولي القاضي، مرجع سابق، ص 12.
19. انظر في هذا المعنى هنا جبوري محمد، مرجع سابق، ص 212، 213.
20. مذكرة بخصوص الأمر رقم 02/15 المؤرخ في 23/07/2015 المعدل والمتمم للأمر رقم 66/156 المتضمن قانون الاجراءات الجزائية، صادرة عن وزارة العدل، المديرية العامة للشؤون القضائية والقانونية، مديرية الشؤون الجزائية و اجراءات العفو.
21. 21- انظر المادة 37 مكرر 02 من الامر رقم 02/15 المعدل والمتمم لقانون الاجراءات الجزائية.

22. انظر المادة 110 من القانون رقم 12 /15 المؤرخ في 15 /06 /2015 المتعلق بحماية الطفل.
23. المادة 37 مكرر من الامر رقم 02 /15 المعدل والمتمم لقانون الاجراءات الجزائية..
24. المادة 37 مكرر 1 من الأمر رقم 02 /15 المعدل والمتمم لقانون الاجراءات الجزائية.
25. تم تعديل المادة 41 / 1 من قانون الاجراءات الجزائية الفرنسية بموجب القانون رقم 204 /2004 المؤرخ في 09 /03 /2004، انظر في هذا المعنى علي عدنان الفيل، بدائل اجراءات الدعوى الجزائية دراسة مقارنة، جامعة الموصل، جمهورية العراق، ص 88.
26. انظر المادة 37 مكرر 2، المادة 37 مكرر 3 من الامر رقم 02 /15 المعدل والمتمم لقانون الاجراءات الجزائية.
27. انظر المادتين 37 مكرر 05، 37 مكرر 06 من الأمر رقم 02 /15 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية.
28. انظر المادة 06 /03 من الامر رقم 02 /15 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية.
29. انظر المادة 37 مكرر 7 من الأمر رقم 02 /15، انظر كذلك المادة 110 /3 من القانون رقم 12 /15 المتعلق بحماية الطفل.
30. انظر المادتين 37 مكرر 8، 37 مكرر 9 من الامر رقم 02 /15 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية.
31. أسامة حسنين عبيد، الصلح في قانون الإجراءات ماهيته والنظم المرتبطة به - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الاولى، 2005، ص 375.
32. رامي متولي القاضي، مرجع سابق، ص 103.
33. أسامة حسنين عبيد، مرجع سابق، ص 369.
34. انظر في تفصيل هذه الجزئية بن النصيب عبد الرحمن، العدالة التصالحية البديلة للعدالة الجنائية، مقال منشور في مجلة الفكر العدد الحادي عشر جامعة الحاج لخضر - باتنة - الجزائر ص 368 وما يليها.
35. ياسر بن محمد سعيد بابصيل، مرجع سابق، ص 53.
36. ياسر بن محمد سعيد بابصيل، مرجع سابق، ص 54.

الالتزام بكتمان السر المهني في قانون الوظيفة العمومية الجزائري

د. جبري محمد

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة علي لونيبي البليدة 2

ملخص:

واجب الالتزام بكتمان السر المهني من الالتزامات السلبية المترتبة على الموظف بمقتضى القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية 06-03، والذي من خلاله يمكن قياس مدى ولاء الموظف للدولة وللإدارة العامة بشكل خاص، ولتحديد هذا الإلتزام بشكل دقيق حتى يكون كلا من الموظف والإدارة العامة على بينة على أمرهما ينبغي تحديد أركانه وشروطه والآثار الناجمة جراء الإخلال به.

Résumé :

Gardes d'engagement de service que le secret professionnel des obligations négatives de l'employé en vertu de la Loi fondamentale, la fonction publique 06-03, à travers lequel on peut mesurer par l'ampleur des employés fidélité à la gestion de l'état général et en particulier, et d'identifier cet engagement précisément pour que l'employé et l'administration publique à la preuve a ordonné à son personnel doit être identifié et les conditions et les effets causés par sa violation.

الكلمات المفتاحية: السر الوظيفي، الموظف العام، الإدارة، المسؤولية التأديبية.

مقدمة:

يعد الالتزام بكتمان الأسرار الوظيفية من الالتزامات السلبية للموظف العام وقد تواترت التشريعات المتعلقة بالوظيفة العمومية في الجزائر على التأكيد عليها منذ أول قانون للوظيفة العمومية عام 1966.

وهذا الإلتزام في فحواه يعد مقياسا لمدى تعلق الموظف بالإدارة التي ينتمي إليها وإخلاصه له وهو بعبارة أخرى مقياسا لمدى ولاء الموظف للدولة ومؤسساتها العامة.

إن التوجه الجديد الذي عرفته الجزائر بعد إقرار دستور 1989 من تفتح سياسي واقتصادي وإعلامي وغير ذلك جعل من الدولة بمؤسساتها الهامة طرفا ومتعاملا إلى جانب أطراف أخرى، هذا الأمر يفرض على الدولة بمؤسساتها العامة إيجاد إطار قانوني مناسب يكفل لها الدفاع عن مصالحها باعتبارها طرف في المعادلة.

لهذا فإن واجب كتمان الأسرار المهنية يعد واحد من أهم الإلتزامات الملقاة على عاتق الموظف لحماية المصالح العامة وعدم المساس بها بأي شكل من الأشكال والذي يجب تحديده ومعرفة حدوده من طرف الموظف حتى لا يقع في المحذور.

حتى يتبين ما هو السر المهني الذي ينبغي على الموظف كتمانه وعدم البوح به لهذا تتساءل: متى يمكن إعتبار واقعة ما سرا مهنيا ينبغي كتمانه والحفاظ عليه؟ وماهي أركان كتمان السر المهني؟ وما هي الآثار المترتبة على الموظف جراء إخلاله بواجب الكتمان المهني؟ هذه التساؤلات نحاور الإجابة عليها ضمن مبحثين أساسيين:

المبحث الأول: الأركان الشخصية والموضوعية للسر المهني

المبحث الثاني: شروط إعتبار الفعل إفشاء للسر المهني وآثار ذلك.

المبحث الأول: أركان شخصية و موضوعية لإلزام كتمان السر الوظيفي

إن لواجب الإلتزام بالسر الوظيفي أركان شخصية و أخرى موضوعية سنقوم بتفصيلها بشكل وافى ضمن مطلبين خصصناهما لذلك، لكن قبل الخوض فيهما من المفيد الوقوف عند المعنى اللغوي و الاصطلاحي لمصطلح السر في مطلب خاص.

المطلب الأول: السر لغة و اصطلاحا

أولا: السر لغة:

هو ما أخفيت وسترته، وهو خلاف الإعلان، والجمع أسرار وأسررت الحديث إسرارا أي أخفيته والسر ما يكتمه الإنسان في نفسه¹ والسر هو كل ما يكتمه الإنسان في نفسه والجمع أسرار وسرائر، والسر جوف الشيء ولبه وعكس السر الجهر والعلانية²، فالسر أيضا يقضي الكتمان والكتمان في اللغة يعني التستر والإخفاء، يقال كتم الأمر أي أخفاه وستره، فالكتمان هو السر وهو نقيض الجهر وخلاف الإفشاء

قال تعالى: (وأعلم ما تدون وما كنتم تكتمون)³

وقال تعالى: (إنه يعلم الجهر من القول ويعلم ما تكتمون)⁴

ثانيا: اصطلاحا:

إجتهد الفقه في محاولة إعطاء تعريف للسر حيث عرف بأنه: (واقعة أو صفة ينحصر نطاق العلم بها في عدد محدود من الأشخاص إذا كانت ثمة مصلحة يعترف بها القانون في أن يظل العلم بها محصورا في هذا النطاق

وعرف أنه: (إصباغ الدولة على واقعة أو شيء ما لم تتقرر إباحتهم)⁵

وعرف أيضا بأنه: (صفة ينعت بها شيء متعلق بمقومات الدفاع عن البلاد التي يناط بها قانونا إلى أشخاص عليهم حفظها وكتابتها والحيلولة دون وصولها إلى سواهم)⁶

وقد عرف أنه: (كل ما يتصل بالمعلومات والإجراءات والقرارات التي يطالع عليها الموظف من خلال ممارسته الوظيفة العامة أي بحكم وظيفته، فهو إخفاء المعلومات التي تعد سرا وسترها عن الوصول للغير.⁷

فكتتان السر المهني يعني إلزام الموظف بإخفاء ما يطلع عليه من معلومات تحمل طابع السرية بالإمتناع عن إفشائها إلى الغير وإفشاء الأسرار المهنية يعني إفضاء بوقائع لها صفة السرية من موظف عام أو تمن عليها بحكم وظيفته خلافا للقانون، فإذا كان كتمان السر والإمتناع عن إفشائه يمثل إلزاما يقع على من علم به بحكم وظيفته موظفا كان أو غير موظف فإن ما يختص به الموظف من تصدى به للخدمة العامة يحمله إلزامات صارم في هذا الصدد أكثر من تلك التي تفرض عادة على العاملين خارج الإدارة العامة.⁸

وإجمالا فإن كتمان إصطلاح لغوي نقله الشارع إلى القانون بمعناه اللغوي دون تعديل أو تبديل ضمن النصوص والأنظمة القانونية والتعليمات مقترنا بلفظ الأسرار أو إحدى مشتقاته أو مرادفاته اللغوية التي تفيد معناه ويستلزم أداء الموظف لواجب الكتمان المفروض عليه بحكم الشارع، إلزامه بما يتفرع عن هذا الواجب من واجبات أخرى لا مناص من أدائه لها إذ من دونها يكون مخللا بواجبه في كتمان السر المهني وهي:

- واجب الصمت: ويكون بالسكون عن الخوض في شؤون الوظيفة والكلام في دقائقه وأسراره حتى مع خاصته وأهله فضلا عن الغير سيما وسائل الإعلام بمختلف صورها، إذ لا يكون الكتمان وحفظ الأسرار الوظيفية وصيانته إلا بالصمت المطبق.
- واجب الحفظ: ويكون بتعهد الموظف أسرار وظيفته بالحفظ والصوم من الهتك والإفشاء وذلك بوضعها في حرز آمن لا يسمح للآخرين بمعرفتها ويحافظ عليها من فقدان السرقة.

- واجب المنع: يتجسد بمنع الغير من الوصول إلى تلك الأسرار والإطلاع عليها منعاً باتاً ولو بالقوة عند الإقتضاء.⁹

وهكذا فإن إفشاء السر المهني في جوهره هو نقل المعلومات أو أي نوع من الأخبار يحمل عنصرين أساسيين (موضوعية أي السر ذاته وشخصي وهو الذي يتعلق به، ومع هذا فإن مجرد الكشف عن هذه الواقعة لا يعتبر إفشاء لسر مهني وإنما يجب أن يحدد الشخص الذي تتصل به إذا أن بيان هذا الشخص شرط أساسي في حماية مصلحة مشروعة لشخص ما.¹⁰

وعليه فإن إفشاء سر المهنة يمثل عدواناً على مصلحة الفرد لكن هذا الأمر قد تطور حيث أصبح إفشاء سر المهنة جريمة إجتماعية عامة تشكل عدواناً على المصلحة العامة المتمثلة في كرامة وشرف المهنة والثقة فيها.

فالمصلحة التي يقع عليها العدوان نتيجة الإفشاء ليست لفرد معين أو لأفراد بذاتهم وإنما الحق المعتدى عليه هو للمجتمع كله، ومن ثم لا يمكن القول بوجود فرد بذاته قد طاله الضرر جراء إفشاء سر مهني معين بل حق المجتمع يغلب على حق الفرد ويكون الضرر الذي أصاب المجتمع على نحو مباشر يتمثل في الأذى الذي لحق بالمصلحة العامة العليا المتمثلة في إحترام شرف وكرامة المهنة أو في المصلحة العليا للدولة والمجتمع.¹¹

وهكذا فإن الإلتزام بالسر المهني وكتمانه أضحي ضرورة لا مناص منها من أجل حماية المصلحة العامة وحماية الحقوق الفردية والجماعية في المجتمع نظراً لتداخلها وتضاربها في أحيان كثيرة.

المطلب الثاني: الأركان الشخصية للإلتزام بكتمان الأسرار الوظيفية:

الركن الأول: الملتزم بواجب كتمان الأسرار الوظيفية:

وهو الشخص المكلف بهذا الواجب وهو شخص الموظف العام والموجه بنص قانوني على محمل الوجوب والإلتزام والذي يجب أن تتوفر فيه الشروط التالية:

1- الصفة: أي يجوز الشخص صفة الموظف العام على النحو الذي جاءت به 04 من الأمر 06-03 (يعتبر موظفاً كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة ورسوم في رتبة في السلم الإداري)

وينصرف معنى الموظف بمفهوم هذه المادة على كل من حددتهم وذكرتهم المادة الأولى من نفس الأمر أي 06-03 وهم: (يطبق هذا القانون الأساسي على الموظفين الذين يمارسون نشاطهم في المؤسسات والإدارات العمومية

يقصد بالمؤسسات والإدارات العمومية، المؤسسات العمومية، الإدارات المركزية في الدولة والمصالح غير المركزية التابعة لها والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي وكل مؤسسة عمومية يمكن أن يخضع مستخدموها لأحكام هذا القانون الأساسي)

وكما هو ظاهر في النص أن التعداد الذي جاءت به هذه المادة ليس حصريا بل هو مفتوح يمكن أن يدخل ضمن هذه الطائفة فئات أخرى تخضع لأحكام هذا القانون الأساسي فهو تعداد ذكري لا تعداد حصري.

وعليه فإن تمتع الشخص بصفة الموظف شرط لازم لوجوب الإلتزام بكتمان السر المهني ومطالبته بغض النظر عن رتبته والسلك الذي ينتمي إليه طالما أن وظيفته مصدر معرفة الأسرار الوظيفية والتي لولاها ما كان له سبيل من معرفتها.

وقد أُلزم المشرع بكتمان الأسرار المهنية حتى على الأعوان المتعاقدين مع الإدارة العمومية وهذا ما جاءت به المادة 14 من المرسوم الرئاسي رقم 07-308 في فقرتها 7 (عدم إفشاء أي حدث علموا به أو أي وثيقة أو معلومة يجوزونها أو يطلعون عليها بمناسبة ممارسة نشاطهم أو يمكننا من الإطلاع عليها بإستثناء ضرورات الخدمة).¹²

وعليه فإن الإلتزام بواجب كتنا الأسرار المهنية يقع على عاتق الموظف على سبيل الدوام أو على سبيل التوقيت طالما أنه يمكن له أن يطلع على أسرار وظيفية يسري عليها واجب الكتمان وعلّة ذلك الحفاظ على المصالح العامة في أي شكل من أشكالها وضمن أي إطار من أطرها.

2- العلم: في قانون الوظيفة العمومية الإلتزامات والحقوق محددة مسبقا بنص القانون وهذا فيه ضمان أساسي للموظف وللإدارة على حد سواء، فالموظف يعلم مسبقا الحقوق التي يتمتع بها إتجاه الغدارة وفي نفس الوقت فغن إطار نشاطه محدد بما عليه من إلتزامات وواجبات عليه القيام بها وبذلك ضمن عدم تعسف الإدارة في حقه وذلك كله في إطار إحترام مبدأ الشرعية فكل الطرفين موظف وإدارة يكتتمان إلى النص القانوني الموضوع مسبقا لحكم العلاقة فيما بين الطرفين.

وعليه فإن علم الموظف بإلتزاماته وواجباته أمر لا شك فيه فهو يعلم مسبقا بالواجب المناط به وحكم القانون عند إنتهاكه أو عدم القيام بواجبه وإلتزامه.

وبالتالي فإن شرط العلم بوجود الإلتزام شرط لازم لصحة التكليف إذ من دون العلم والمعرفة لن يكون بمقدور الموظف الإمتثال لما كلف به من عمل فلا يمكن الإعتذار

بجهله بالتزاماته وواجباته المحددة بنص القانون أو التنظيم.

وثبوت هذا الشرط واضح في نص القانون حيث أن المشرع إستعمل اللفظ الدال على ذلك بشكل صريح حيث جاء في نص المادة 48 من الأمر 06-03 ما يلي: (يجب على الموظف الإلتزام بالسرم المهني ويمنع عليه أن يكشف محتوى أي وثيقة بحوزته أو أي حدث أو خبر علم به)

والأمر نفسه بالنسبة للموظفين المتعاقدين حيث جاء في نص المادة 14 من المرسوم الرئاسي 07-308 (..عدم إفشاء أي حدث علموا به أو أي وثيقة أو معلومة يجوزونها أو يطلعون عليها بمناسبة ممارسة نشاطهم...)

وعليه فإن ثبوت علم الموظف شرط لازم لصحة تكليفه بالواجب أو الإلتزام المرتب عليه.

3- العقل: إن من الشروط العامة للتوظيف تمتع المرشح للوظيفة بشرط القدرة البدنية والذهنية وهذا ما جاءت به المادة 75 من الأمر 06-03 حيث حددت الشروط اللازمة للتوظيف ومنها القدرة الذهنية.

والقدرة الذهنية تعني تمتع المترشح بسلامة العقل وخلوه من كل ما قد يشوبه من جنون أو سفه أو عته أو غير ذلك، ويمكن أن يثبت ذلك بواسطة شهادات طبية كما يمكن للإدارة أن تقوم عند الإقتضاء بتنظيم فحوصات طبية للتوظيف في بعض أسلاك الموظفين.¹³

فثبوت سلامة العقل هو مناط التكليف فلا يمكن مواجهة الموظف بالإخلال بواجبه أو إلتزامه إذا ما ثبت أن هذا الموظف قد أصيب في عقله.

هذه هي بصفة عامة الشروط الواجب توافرها في الركن الأول من أركان الإلتزام بكتمان الأسرار المهنية.

الركن الثاني: الملتزم له

الموظف العام وهو كل من يعمل بالوظيفة العمومية أي كل من يحكمهم قانون الوظيفة العمومية طبق لنص المادة 02 من الأمر 06-03 (يطبق هذا القانون الأساسي على الموظفين الذين يمارسون نشاطهم في المؤسسات والإدارات العمومية...)

والموظف العام يعمل لصالح المؤسسات والإدارات العمومية وتحكمه في ذلك علاقة واضحة وهي علاقة قانونية أساسية وتنظيمية.

كما نصت على ذلك المادة 07 من الأمر 06-03 (يكون الموظف إتجاه الإدارة في وضعية قانونية أساسية وتنظيمية)، وهذه العلاقة محكومة بعاملين أساسيين هما:

- المصلحة العامة
- واجب الموظف

فالعلاقة الموظف بالإدارة علاقة إلزام وتكليف فهو أي الموظف ملزم بمقتضى هذه العلاقة بالقيام بواجباته والتزاماته إتجاه الإدارة التي يعمل لصالحها.

وعليه فإن الموظف ملزم بكتمان السر المهني بمقتضى العلاقة التي تحكمه بالإدارة العامة وهي الملتزم له ويدخل ضمن هذا الإطار كل من ذكرتهم المادة 02 من الأمر 06-

03

- الإدارات المركزية في الدولة؛

• المصالح غير المركزية التابعة للدولة؛

• الجماعات الإقليمية؛

• المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري؛

• المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني؛

• المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي؛

• كل مؤسسة عمومية يمكن أن يخضع مستخدموها لأحكام القانون الأساسي للوظيفة العمومية.

فالموظف ملزم بكتمان أسرار الوظيفة في أي مؤسسة عمومية أو إدارة عمومية يعمل لصالحها مهما كانت رتبته وصفته داخل الهرم الإداري.

الركن الثالث: الأجنبي

يأخذ صفة الأجنبي في عرف القانون كل من هو خارج العلاقة القانونية.

وما دام أن العلاقة هنا تحكم طرفين محددتين بصفتها موظف وإدارة عامة فإن كل ما سواهما يعد أجنبيا، وبالتالي كل إفشاء لمعلومات وظيفية خارج هاذين الطرفين يعد إخلال بالالتزام التكتم والحفاظ على الأسرار المهنية مهما كانت قرابة الطرف المفشي إليه كقاعدة عامة.

وعليه يأخذ حكم الأجنبي:

- زوج الموظف وأصوله وفروعه وحواشيه وسائر أقربائه مهما بعدو.

- أصدقاء الموظف وسائر من يرتبط به بعلاقة غير النسب.
- نظراء الموظف في العمل من الموظفين الذين لا يعملون ماهية الأسرار التي إكتسب الموظف معرفتها.
- الغير الذي لا تربطه بالموظف صلة قرابة أو صحبة أو زمالة سواءا كان شخصا طبيعيا أو معنويا خصوصا أو عاما.

المطلب الثالث: الأركان الموضوعية للالتزام بكتمان السر الوظيفي

الركن الأول: الأساس القانوني للالتزام الموظف بكتمان السر الوظيفي

يعتبر الموظف في مركز قانوني موضوعي تنظم علاقته بالإدارة العامة قوانين وأنظمة تحدد حقوقه وواجباته بشكل مسبق.

وعليه فإن إلتزام الموظف بكتمان الأسرار المهنية واجب ملقى على عاتقه محدد بشكل مسبق ضمن الإلتزامات والواجبات المكلف بها في أداء وظيفته، فالوظيفة العامة عبارة عن جملة من الإلتزامات والواجبات التي يجب على الموظف القيام بها لصون المصلحة العامة وديمومة المرافق العامة بكل أنواعها.

ولهذا فإن قانون الوظيفة العمومية جاء ليحدد حقوق وإلتزامات الموظف ضمن معادلة موظف إدارة، أو قاعدة صون الحقوق وإقرار الواجبات.

وقد جاءت نص المادة الأولى من الأمر 06-03 صريحة حيث أقرت ما يلي: (...)
يحدد هذا الأمر القواعد القانونية الأساسية المطبقة على الموظفين والضمانات الأساسية الممنوحة لهم في إطار تأدية مهامهم في خدمة الدولة).

في حين جاءت المادة 48 من الأمر 06-03 بصيغة الوجوب لنص على الإلتزام بكتمان السر المهني حيث نصت: (يجب على الموظف الإلتزام بالسر المهني....)

وقد أحالت النصوص القانونية الخاصة لمختلف الأسلاك التي تتضمن بمقتضى قوانين أساسية خاصة إلى نفس المواد المحددة لواجبات الموظفين في القانون الأساسي للوظيفة العمومية 06-03.

وبالتالي فإن الإلتزام بكتمان الأسرار المهنية يجد أساسه القانوني في نص المادة 48 من الأمر 06-03 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية.

الركن الثاني: محل الالتزام بكتمان السر الوظيفي

يتمثل في فعل الكتمان المقتضى أدائه من طرف الموظف بكل ما يحمله هذا اللفظ من معاني التستر والإخفاء للأسرار الواجبة الحفظ والصيانة والكتمان.

وهذا المعنى واضح في نص المادة 48 من الأمر 06 - 03.

حيث ألزم المشرع الموظف ضرورة الإلتزام بسر المعنى وهنا الإلتزام لفظ واسع يقتضي أفعال مختلفة، أي على الموظف أن يبادر بكل فعل من شأنه أن يضمن إلتزامه بكتمان الأسرار المهنية.

فصورة الفعل هنا تأخذ أشكال مختلفة لها قصد واحد وغاية واحدة هي كتمان السر المهني.

كأن يبادر إلى وضع الملفات في خزانة محكمة الإغلاق، أو تخزين المعلومات في جهاز كمبيوتر مع وضع كلمة سر، وما إلى ذلك من أفعال وتصرفات وسلوكات تهدف إلى المحافظة على أسرار الوظيفة.

الركن الثالث: موضوع الإلتزام بكتمان السر المهني

وهي محتوى الإلتزام بكتمان السر المهني أي مضمون المعلومات والوثائق الواجب كتمانها والتي إكتسبها الموظف بحكم ممارسة وظيفته وأثناء أو بمناسبة أدائه لمهامه.

وقد جاءت المادة 48 من الأمر 06 - 03 بصيغة العموم حيث نصت: (يجب على الموظف الإلتزام بالسر المهني ويمنع عليه أن يكشف محتوى أية وثيقة بحوزته أو أي حدث أو خبر علم به أو إطلع عليه بمناسبة ممارسة مهامه..)

فهذه المادة أقرت القاعدة العامة وهو الإلتزام بكتمان السر المهني بشكل عام وبدون تحديد وهذا من شأنه أن يعطي للإدارة سلطة تقديرية واسعة في تكييف الواقعة فيما إذا كانت تعتبر إخلال بالإلتزام بكتمان السر المهني أم لا خاصة إذا علمنا أن النظام التأديبي في قانون الوظيفة العمومية في الجزائر من مبادئه العامة إعطاء السلطة التقديرية للإدارة في تقدير الخطأ وجسامته وإقرار العقوبة على الموظف وهذا واضح من خلال نصوص المواد 160، 161 و 162 من الأمر 06 - 03.

يبدو أن الإدارة العامة لها سلطة تقديرية كبيرة فيما يتعلق بتحديد ما هو إخلال بالإلتزام بشكل عام وإخلال بالإلتزام بالسر المهني بشكل خاص خاصة وان المادة 48 أعطت بعض الصور التي يمكن أن تكييف على أنها إخلال بالإلتزام بالسر المهني.

هذا وإن تقدير الخطأ في حد ذاته يعود للإدارة بشكل خاص دون غيرها وهذا واضح من خلال تصنيف الأخطاء المهنية التي وردت في فحوى نصوص المواد من 177 إلى 181 أنواع الأخطاء المهنية والتي ذكرت على سبيل المثال حيث يفهم ذلك من خلال إستعمال مصطلح (تعتبر على وجه الخصوص..) في المواد 178، 179، 180 و 181 أي إعطاء صور محددة لنوع الخطأ الذي يعتبر من الدرجة الأولى أو الثانية أو الثالثة أو الرابعة، وللإدارة أن تكييف نوع الخطأ حسب مقتضيات كل حالة بالنظر إلى الظروف التي أرتكب فيها الخطأ ومسؤولية الموظف والنتائج المترتبة على سير المصلحة وكذا الضرر الذي لحق بالمصلحة.

المبحث الثاني: شروط اعتبار الفعل إفشاء لسر وظيفي وأثار ذلك

حتى نكون أمام فعل يعد إفشاء لسر وظيفي ينبغي توفر شروط معينة و التي من خلالها يمكن تكييف ذلك الفعل على انه إخلالا بسر وظيفي (المطلب الأول) ثم نقف بعد ذلك على الآثار التي تنجم عن الإخلال بالالتزام بالسر الوظيفي (المطلب الثاني)

المطلب الأول: شروط إعتبار الفعل إفشاء لسر وظيفي

لا نجد نص قانوني محدد يعطي قائمة للأفعال التي تعد إفشاء لسر مهني، وهذا بطبيعة الحال منطقي جدا لأنه لا يمكن بأي حال من الأحوال تحديد ما هو سري في وقت محدد ومكان محدد لإعتبارات عديدة موضوعية وزمانية بحسب الحال، فالظروف المحيطة بالعمل ومقتضياته ومبتغياته هي التي تحدد سري العمل من غيره، فالأمر إذن متروك للإدارة في تحديد ما هو سري من غيره بإعتبارها هي **الملتزم** له بحكم العلاقة بينها وبين الموظف وبإعتبارها هي صاحبة العمل أي هي التي تملك مشروع العمل، وبالتالي فهي التي تقرر ما هو سري مما هو عادي.

إذا نظرنا إلى المادة 180 من الأمر 06-03 نجد أن المشرع إعتبر أن إفشاء أو محاولة إفشاء الأسرار المهنية خطأ من الدرجة الثالثة لكنه لم يعطي أي تفسيرات أو تحديدات لما هو سر مهني بل ترك الموضوع للسلطة التقديرية للإدارة.

في المقابل نجد أن الفقه قد حاول إعطاء معايير لتحديد ما هو سري.

1- أن يكون سرا بطبيعته أو بسبب الظروف المحيطة به:

هناك من يأخذ بشأن تحديد السر بالمعيار الشخصي حيث يتم تحديد صفة السرية عن طريق صاحب السر طواعية، فالموظف لا يلتزم بالسر إلا إذا عهد إليه من صاحب السر. وهناك من يأخذ بالمعيار الموضوعي والذي يعتمد في تحديد صفة السرية على الظروف

والأحوال الموضوعية المحيطة بالواقعة.¹⁴

فلا يشترط أن يعهد به صراحة للموظف بل يكفي أن يتم الإطلاع عليه حسب الوظيفة ما دامت هذه الوقائع مرتبطة بالموضوع الذي عهد به إليه.¹⁵ مثلا سرية المناقصات والمزايدات العامة فهي أعمال سرية بذاتها، وكذلك المعلومات التي تتصل بالحياة الخاصة بالأفراد وأسرارهم المالية والتجارية.

2- أن لا يكون معلوما للكافة:

من الطبيعي أن الأمر إذا علم من طرف كافة الناس فقد طابعه السري اللهم إلا إذا لم يكن مؤكداً، فالموظف الذي يؤكد شائعات يكون قد أفشى سرا مهنياً ويتحمل عنها المسؤولية.¹⁶

فالسر يمكن أن يكون معلوماً من قبل طائفة من محيط واحد ومع ذلك يبقى سرا بينما تنتفي صفة السرية عن واقعة حتى لو لم يعلم بها كثير من الناس، إذا علم بها من لا تربطهم بصاحب السر علاقة خاصة.

3- أن يعلم الموظف بالسر في أثناء الوظيفة أو بسببها:

هنا الموظف بطبيعة عمله تصل إليه الأسرار أو يطلع عليها كالقرارات الإدارية والدراسات والمشاريع وغيرها فقد يكون علمه بها مباشراً أو غير مباشر وقد يطلع الموظف على السر إذا ما أفضى إليه صاحب السر ذاته إما بموجب القانون وإما بشكل طوعي، كما هو الحال بالنسبة للقاضي أو عضو النيابة العامة.¹⁷

وهناك من حدد شروط أو معايير لتحديد ما هو سري كما يلي:

- وجوب أن تكون تلك الوثائق والمعلومات سرية بطبيعتها
- أن يؤدي إفشاء المعلومات أو الوثائق إلى إلحاق الضرر بالدولة أو الأشخاص المعنيين بهذه الأسرار
- أن تصبغ الإدارة صفة السرية على الوثائق أو المعلومات بأمر إداري يصدر عنها.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على إفشاء الأسرار الوظيفية:

يترتب على الإخلال بالالتزام كتمان الأسرار الوظيفية مسؤولية الموظف المختلفة و التي تؤثر على الموظف والإدارة العامة على حد سواء.

1- المسؤولية التأديبية:

يعد إفشاء الأسرار المهنية إخلالاً بالالتزامات الوظيفية وهو يعد خطأً تأديبياً يعاقب

عليه القانون، وقد إعتبره المشرع الجزائري في قانون الوظيفة العمومية 06-03 خطأ من الدرجة الثالثة حيث نصت المادة 180 منه على ما يلي: (يعتبر على وجه الخصوص أخطاء من الدرجة الثالثة الأعمال التي يقوم من خلالها الموظف بما يأتي:....إفشاء أو محاولة إفشاء الأسرار المهنية)

من ثم فإن كل موظف يقوم بإفشاء أو محاولة إفشاء الأسرار المهنية يكون قد إرتكب خطأ مهنيا من الدرجة الثالثة والمرتبة للمسؤولية التأديبية والتي قد أدرج لها المشرع عقوبة تأديبية خاصة ضمن التصنيفات الخاصة بالعقوبات التأديبية.

وقد جعل المشرع عقوبة الخطأ من الدرجة الثالثة في:

- التوقيف عن العمل من أربعة (04) إلى ثمانية أيام (08 أيام)
- التنزيل من درجة إلى درجتين
- النقل الإجباري.¹⁸

وكما هو معلوم فإن إتخاذ الإجراءات التأديبية يكون من صلاحيات السلطة الإدارية التي لها صلاحية التعيين.¹⁹

وعليه فإن السلطة الإدارية المختصة لها السلطة التقديرية الكاملة في فرض الجزاءات التأديبية على الموظف وفق ما يقتضيه القانون ضمن إحترام مبدأ المشروعة على أن توفر له كل الضمانات القانونية للدفاع عن نفسه.

وعند صدور القرار التأديبي ضد الموظف له الحق في اللجوء إلى القضاء الإداري الذي له سلطة الرقابة على تقدير مدى كون الموظف قد أفضى بمعلومات أو وثائق سرية أم لا، وما إذا كان ذلك قد يرتب ضررا للإدارة العامة أم لا أو قد فوت عليها مصلحة أو أضر بمصلحة الأفراد لإعتبار ذلك الفعل يعد ركنا السبب في القرار الإداري.²⁰

فرقابة القضاء الإداري إذن تكون في نظره مدى مشروعية قرار الإدارة المتضمن توقيع جزاء تأديبي على الموظف العام.

لقد إعتبر مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Faucheux) قرار الإدارة بتوقيع جزاءات تأديبية ضد سكرتيرة وزارة البحرية التجارية مشروعا لقيامها بنشر بيان كشفت فيه عن مشروع تعديل ساعات العمل بالنسبة للعاملين في تلك الوزارة كان قد وقع في يدها خلال تداوله بين الإدارات في مرحلة إعدادة، وقد دعت زملائها إلى الإعتراض على هذا المشروع، حيث إعتبر مجلس الدولة الفرنسي تصرف هذه السكرتيرة إخلالا بإلتزام التكتم المهني المفروض عليها بحكم وظيفتها.²¹

2- المسؤولية الجنائية:

لاشك أن إفشاء الأسرار المهنية من طرف الموظف العام قد يضر أو يلحق إضرار بالمصلحة العامة بأي شكل من الأشكال وقد يضر كذلك بمصالح الأفراد كذلك من أجل ذلك فإن المساس بهذه المصالح يعرض الموظف العام إلى متابعات جزائية تفضي إلى جزاءات جنائية لإعتبار أن فعله يعد جريمة جنائية يعاقب عليها القانون.

ولقد ذهبت التشريعات المختلفة الفرنسية والمصرية وغيرها إلى تجريم فعل الإفشاء بالأسرار المهنية أو الوظيفية وإعتبرتها جريمة يعاقب عليها القانون.

وعلى غرار هذه التشريعات فإن المشرع الجزائري إتبّر هو بدوره الإخلال بواجب كتمان الأسرار المهنية جريمة يعاقب عليه القانون.

حيث نص في المادة 202 من قانون العقوبات على ما يلي:

(كل من يعمل بأية صفة كانت في مؤسسة وأدى أو شرع في الإدلاء إلى أجنب أو إل جزائريين يقيمون في بلاد أجنبية بأسرار المؤسسة التي يعمل فيها دون أن يكون مخلولا له ذلك يعاقب بالحبس من سنتين إلى 5 سنوات وبغرامة مالية من 500 دج إلى 10000 دج.

وإذا أدى هذه الأسرار إلى جزائريين يقيمون في الجزائر فتكون العقوبة الحبس من ثلاث (03) أشهر إلى (02) سنتين وبغرامة مالية من 500 دج إلى 1500 دج).²²

نلاحظ من خلال نص هذه المادة أن المشرع كان أكثر شمولية وتوسع في النظر إلى الفاعل المخل بالإلتزام والجهة المخل لها بالإلتزام، فيكفي لوقوع جريمة الإخلال بإلتزام السر المهني أن يكون الفاعل منتمي إلى المؤسسة التي أخل بالإلتزام في إتجاهها وقت إرتكاب الفعل وهو الركن الخاص، ويكون قد أدى أو شرع في الإدلاء بالأسرار الوظيفية، وعليه فإن قيام جريمة الإخلال بالإلتزام بالسر المهني ضد الموظف تستوجب قيام الركن الخاص ووجود القصد الجنائي.

3- المسؤولية المدنية:

إن إفشاء الأسرار الوظيفية من طرف الموظف يمثل لإخلال بإلتزاماته الوظيفية وهذا الإخلال يعد خطأ شخصيا من جانبه، فإذا ترتب على فعله أو خطئه أضرار مادية أو أدبية لحقت بالغير فإنه يكون مسؤولا عن تعويض الأضرار التي لحقت بالغير سواء كان هذا الغير الإدارة العامة ذاتها أم الأفراد.

والمسؤولية هنا تعد مسؤولية تقصيرية طبقا لنص المادة 124 من القانون المدني الجزائري (كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض)

ولا يهم بعد ذلك صورة هذا الخطأ، فالموظف يلزم بالتعويض إذا كان ما قام به من إفشاء الأسرار الوظيفية عن عمد أو إهمال أو تقصير وهذه المسؤولية يمكن أن تقوم أثناء وجود الموظف في الخدمة أو بعد إنتهائها.

إن آثار إفشاء أسرار الوظيفة العامة قد تتعدى الموظف العام لتطال الإدارة العامة، إذ يمكن مساءلة الإدارة مدنيا عن تعويض الأضرار المترتبة على فعل الموظف إذا كان ما قام به الموظف يمثل خطأ مرفقيا وليس خطأ شخصيا. وللقاضي سلطة تقديرية في تكييف طبيعة هذا الخطأ.²³

الخاتمة:

إن واجب كتمان الأسرار المهنية من الإلتزامات القانونية التي تواترت التشريعات المتعلقة بالوظيفة العمومية في التأكيد عليها نظرا لما لها من آثار مباشرة وغير مباشرة على الموظف والوظيفة العمومية بشكل عام وهي تأكيد على مدى ولاء الموظف للدولة أي مؤسسات الدولة وللإدارة التي ينتمي إليها بشكل خاص وهذا الولاء يعتبر جوهر الوظيفة العمومية ومحورها الأساسي بل ومحركها نحو تحقيق النجاعة و الاستمرارية في المرافق العامة بشكل فعال وناجع.

فواجب كتمان السر المهني يعكس بشكل واضح مدى وفاء الموظف لواجباته وإلتزاماته المهنية وبالتالي فهو مقياس دال على نوعية التركيبة البشرية للغدارة العامة ولأعوان الدولة بشكل عام.

وفي درجة متقدمة فإن كتمان الأسرار المهنية يعتبر إلتزام أخلاقي على الموظف التحلي به أثناء أداء وظيفته ولهذا ينبغي ترسيخ هذه القيمة الأخلاقية في ذاتية الموظفين بشكل عام شريطة أن يعرف الموظف حدود هذا الإلتزام حتى لا يؤدي بالإلتزام بهذا الواجب إخلال بواجبات أخرى.

هوامش:

1. لسان العرب لابن منظور 1988، ص 328.

2. المعجم الفيصل، باب الرء، فصل السين، ص 223.

3. الآية 33 من سورة البقرة.

4. الآية 110 من سورة الأنبياء.

5. حسني محمود نجيب، سنة 1978، ص 144.

6. أحمد فتحي سرور، سنة 1985، ص 187.

7. محمود شيت خطاب، سنة 1993، ص 11.
8. J.M. anbey et Ader ducos 1967. P 253
9. وليد مرزة المخزوني، دون سنة، ص 6 و 7.
10. أنظر حسني محمود نجيب، المرجع السابق، ص 759 - 760.
11. عبد الرحمن عبيد الله عطا الله الوليدات، سنة 2010، ص 67.
12. فاروق عبد البر، المصري في حماية سنة 1998، ص 212.
13. عبد الفتاح حسن، سنة 1979، ص 388.
14. علي خليل إبراهيم، سنة 1985، ص 19.
15. خالد خليل الظاهر، سنة 2005، ص 80.
16. نفس المرجع السالف الذكر.
17. نفس المرجع السالف الذكر.
18. نفس المرجع السالف الذكر.
19. خالد الزبيدي، سنة 2012، ص 566.
20. نقلا عن خالد الزبيدي، مرجع سابق، ص 567.
21. الجريدة رسمية رقم 34 الصادرة في 27 جوان 2001.
22. أحمد محيو، سنة 1994، ص 213 وما بعدها.
23. نفس المرجع السالف الذكر.

قائمة المصادر والمراجع:

1/ المصادر:

- 1- القرآن الكريم
- 2- لسان العرب لابن منظور 4/ 356، المنجد في اللغة والأدب والعلوم، ط3، دار الشرق بيروت 1988.

2/ المراجع:

الكتب:

- 1- أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة فائز أنجف وبيوض خالد، دم ج، طبعة 1994، الجزائر.
- 2- أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات، القسم الخاص، دار النهضة العربية، ط3، القاهرة 1985

- 3- حسني محمود نجيب، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الإعتداء على الأشخاص، دار النهضة العربية، القاهرة 1978 .
- 4- عبد الفتاح حسن، مبادئ القانون الإداري، مكتبة الجلاء الجديد، المنصورة 1979 .
- 5- علي خليل إبراهيم، جريمة الموظف العام الخاضعة للتأديب في القانون العراقي، الدار العربية، بغداد 1985 .
- 6- فاروق عبد البر، دور مجلس الدولة المصري في حماية حريات الموظف العام، دون دار النشر 1998 .
- 7- محمود شيت خطاب، دروس في الكتمان من الرسول القائد، دار الإرشاد، بيروت 1993 .
- 8-J.M. anbey et Ader ducos. Droit administrative. Paris. Dalloz 1967

المقالات:

- 1- خالد الزبيدي، إلتزام الموظف العام بكتمان أسرار الوظيفة العامة في القانون الأردني دراسة مقارنة، مجلة الحقوق، العدد 3، سنة 2012 .
 - 2- خالد خليل الظاهر، أحكام تأديب الموظفين في المملكة العربية السعودية، معهد الإدارة العامة، الرياض 2005 .
 - 3- عبد الرحمن عبيد الله عطا الله الوليدات، الحماية الجزائية لأسرار المهنة في القانون الأردني دراسة مقارنة، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، عمان 2010 ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام).
 - 4- وليد مرزة المخزوني، كتمان الأسرار الوظيفية وحرمة إفشائها في القانون العراقي، قراءة تحليلية، جامعة بغداد، كلية القانون، ص 6 و 7 .
- النصوص القانونية:

- 1- القانون 01- 09 المؤرخ في 26 يونيو 2001 المعدل والمتمم لقانون العقوبات، جريدة رسمية رقم 34 .
- 2- الأمر 06- 03 المؤرخ في 15 يوليو 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية ج 46 .
- 3- المرسوم الرئاسي رقم 07- 308 المؤرخ في 29 سبتمبر 2007 يحدد كفاءات توظيف الأعدان المتعاقدين وحقوقهم وواجباتهم والعناصر المشكلة لرواتبهم والقواعد المتعلقة بتسييرهم وكذا النظام التأديبي المطبق عليهم، جريدة رسمية رقم 61 .

الوظيفة الاستشارية لمجلس الدولة

د. بن عائشة نبيلة

كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة المدية -

الملخص :

يمنح تنظيم القضاء الإداري بفضل دستور 1996 ميلاد درجتين من التقاضي هما المحاكم الإدارية و مجلس الدولة، و أوكلت لهذا الأخير الوظيفة الإستشارية سواء في مشاريع القوانين أو الأوامر إلى جانب وظيفته القضائية و هذا حسب التعديل الدستوري الأخير لسنة 2016 في مادتيه 136/2 و 142، و هو نفس الشأن في الدستور الفرنسي لسنة 1958 من خلال مادتيه 38/2 و 39/2، و عليه أصبح مجلس الدولة الجزائري يبدي رأيه الإستشاري سواء للوزارة الأولى في حالة مشاريع القوانين و ذلك في الحالة العادية أو في الحالة الاستثنائية، أو يبدي رأيه الإستشاري لرئاسة الجمهورية في حالة مشاريع الأوامر في الحالة العاجلة، لكن يبقى الإلزام فقط في طلب الرأي دون الإلزام بالأخذ به.

Résumé :

Cette nouvelle organisation de la justice administrative avec la constitution 1996 donne une naissance à deux structures graduées, les tribunaux administratifs et le conseil d'Etat.

le conseil d'Etat donne son avis pour les ordonnances et pour les projets de loi de la constitution 2016 (les articles 136/2 et 142), comme les deux articles 38/2 et 39/2 de la constitution française de l'année 1958 :

L'article 38/2 : « les ordonnances sont prises en conseil de ministres après avis du conseil d'Etat ».

L'article 39/2 : « les projets de loi sont délibérés en conseil des ministres après avis du conseil d'Etat et déposés sur le bureau de l'une des deux assemblées ».

الكلمات المفتاحية: القضاء الإداري، الرأي الاستشاري لمجلس الدولة.

مقدمة :

لجأت الدولة من أجل تنظيم شؤونها و مشاكلها المختلفة منها السياسية و الاقتصادية والاجتماعية... إلخ، إلى الاستعانة بالاستشارة كإجراء مهم يساهم بشكل كبير في التخفيف من هذه الأعباء والعمل على إيجاد الحلول اللازمة لمختلف هذه المشاكل، ولأن الوظيفة الاستشارية هي عملية تتم بموجبها تقديم رأي أو خدمة لسلطة إدارية أو جهة حكومية بناء على طلبها تهدف من وراءه إلى حل مشكلة معينة أو توضيح نقاط معينة، كما تأخذ الاستشارة أشكالاً مختلفة سواء استشارة اختيارية أو إستشارة إجبارية أو حتى استشارة الملزمة برأي واجب إتباعه.

وقد تضمن دستور 16 / 11 / 1996 في الفصل الثالث الباب الثاني للسلطة القضائية مجلس الدولة، والذي يعدّ هرم التنظيم القضائي الإداري، و يعتبر مجلس الدولة تابعا للسلطة القضائية وله وظيفتان تمثلت الوظيفة الأولى تقويم أعمال الجهات القضائية الإدارية وتوحيد الإجهاد القضائي الإداري، أما الوظيفة الثانية تمثلت في إبداء رأيه حول مشاريع القوانين أو مشاريع الأوامر.

وعليه فأصدر المشرع القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30 / 05 / 1998 الذي يتعلق باختصاص مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، وهو المجلس الذي تم تنصيبه يوم 17 / 07 / 1998 و شرع في نشاطه عمليا منذ صدور المرسوم التنفيذي رقم 98-262 المؤرخ في 29 / 08 / 1998 الذي يحدد كفاءات في إحالة جميع القضايا المسجلة و / أو المعروضة على الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا إلى مجلس الدولة، والذي نصت فيه المادة 02 من القانون العضوي على ما يلي : « مجلس الدولة هيئة مقومة لاجتهاد الجهات القضائية الإدارية، وهو تابع للسلطة القضائية، يضمن توحيد الاجتهاد القضائي الإداري في البلاد ويسهر على احترام القانون »، و بشأن الاختصاصات الاستشارية أي الإختصاصات غير القضائية للمجلس ذكرت المادة الرابعة منه « يبدي مجلس الدولة رأيه في مشاريع القوانين حسب الشروط التي يحددها القانون.»

وقد أصدر المجلس الدستوري الرأي رقم 98-06 المؤرخ في 19 / 05 / 1998 المتعلق بمطابقة القانون العضوي لمجلس الدولة للدستور، حيث حذف من جهة النص التشريعي الذي كان يقول بإبداء مجلس الدولة رأيا إستشاريا للحكومة بشأن المراسيم التي تصدر عن الحكومة .

ونجد مصادر نظامه القانوني لمجلس الدولة كهيئة إستشارية وذلك كالتالي :

1- الإطار الدستوري :

إذ نصت المادة 171/2 من دستور 96¹ على ما يلي : « يمثل مجلس الدولة الهيئة المقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية » .

و نصت المادة 172 من دستور 96 و المعدّل على ما يلي : « يحدد قانون عضوي تنظيم المحكمة العليا و مجلس الدولة و مكمة التنازع و عملهم و اختصاصاتهم الاخرى » .

و كذلك نصت المادة 119/3 من الدستور 96 قبل تعديله على ما يلي : « تعرض مشاريع القوانين على مجلس الوزراء بعد الأخذ برأي مجلس الدولة، ثم يودعها الوزير الاول لدى مكتب المجلس الشعبي الوطني » .

غير أن هذه المادة الأخيرة كانت محل تعديل بموجب المادة 136 فقرة 3 من قانون التعديل الدستوري 2016 التي نصت : « تعرض مشاريع القوانين على مجلس الوزراء، بعد الأخذ برأي مجلس الدولة ثم يودعها الوزير الاول حسب الحالة، مكتب المجلس الشعبي الوطني أو مكتب مجلس الأمة » .

بالإضافة الى نص المادة 142 من التعديل الدستوري 2016 : « لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في مسائل عاجلة في حالة شعور المجلس الشعبي الوطني، أو من خلال العطل البرلمانية، بعد رأي مجلس الدولة »، و بهذا المفهوم وسع التعديل الدستوري لسنة 2016 من مجالات التي يؤخذ فيها الرأي الاستشاري لمجلس الدولة .

2- الإطار التشريعي :

صدر أول قانون عضوي ينظم مجلس الدولة هو القانون العضوي 98-01² و تضمن 44 مادة قانونية موزعة على (05) أبواب، ففي الباب الأول تضمن أحكام عامة بشأن مجلس الدولة في 8 مواد، أما الباب الثاني تضمن مجال اختصاص مجلس الدولة في أربعة مواد، بينما الباب الثالث فتضمن تنظيم و سير مجلس الدولة عبر 27 مادة، وأما الباب الرابع تضمن الاجراءات القضائية و الاستشارية المتبعة أمام مجلس الدولة في مادتين، و تضمن الباب الخامس أحكام انتقالية ونهائية في ثلاث مواد.

إذا فيما يخص الجانب الاستشاري لمجلس الدولة تناولته المادة 12 و المواد من 35 الى 39 تضمنت الجانب الإجرائي، بالإضافة إلى إحالة المادة 41 من هذا القانون العضوي إلى التنظيم ثم صدر القانون العضوي 11-13 الذي يعدل و يتمم القانون العضوي

3- الإطار التنظيمي :

صدرت مجموعة من المراسيم الرئاسية و التنفيذية المطبقة للقانون العضوي 98-01 نذكر منها:

- المرسوم الرئاسي رقم 98-187 المؤرخ في 30/05/98 يتضمن تعيين أعضاء مجلس الدولة 4.

- المرسوم التنفيذي 98-261 المؤرخ في 29/08/1998 الذي يحدد اشكال اجراءات وكيفياتها في المجال الاستشاري لمجلس الدولة⁵.

- المرسوم التنفيذي رقم 03-165 المؤرخ في 9/11/2003، يتعلق بشروط و كفيات تعيين مستشاري الدولة في مهمة غير عادية 6.

و عليه تطرح الإشكالية التالية : ماهو الدور الذي تؤديه الوظيفة الإستشارية لمجلس الدولة في صنع القرار؟

المبحث الأول : تنظيم مجلس الدولة كهيئة استشارية

يارس مجلس الدولة اختصاصاته الاستشارية بواسطة تشكيلتين :هما الجمعية العامة و اللجنة الدائمة.

المطلب الأول : الجمعية العامة

تظهر لنا الجمعية العامة لمجلس الدولة كهيئة إستشارية من خلال تشكيلتها و صلاحياتها.

الفرع الأول : تشكيلة الجمعية العامة

نصت المادة 37 من القانون العضوي 98/01 على تشكيلة الجمعية العامة لمجلس الدولة وهي :

- رئيس مجلس الدولة
- نائب رئيس مجلس الدولة
- محافظ الدولة
- رؤساء الغرف الخمسة
- خمسة من مستشاري الدولة
- الوزراء او الوزير المعني بالمشروع المقدم أو ممثلهم

أولا : رئيس مجلس الدولة

نصت المادة 78 من دستور 96 على تعيين رئيس مجلس الدولة بمرسوم رئاسي، و قد خولت المادة 22 من القانون العضوي 01/98 عدة مهام و صلاحيات لرئيس مجلس الدولة، لكن تم تعديل هذه الصلاحيات من قبل المشرع بالمادة 06 من القانون العضوي 13/11 و أصبحت كالتالي :

- تمثيل مجلس الدولة رسميا.
- رئاسة أي غرفة من غرف المجلس عند الاقتضاء.
- رئاسة الغرف المجتمعة.
- تنشيط و تنسيق الغرف و أمانة الضبط و الأقسام و المصالح الإدارية.
- إنشاء إجراءات لضمان السير الحسن لمجلس الدولة.

ثانيا : نائب رئيس مجلس الدولة

تعيين نائب رئيس مجلس الدولة أيضا يكون بموجب مرسوم رئاسي، و تطرقت المادة 23 من القانون العضوي 01/98 على مهام نائب رئيس مجلس الدولة، و كانت محل تعديل بالمادة 06 من القانون العضوي 13/11 و التي نصت على : "يساعد رئيس مجلس الدولة نائب الرئيس و يستخلفه حال غيابه او حدوث مانع له، و في حال وقوع مانع لرئيس و نائبه معا يقوم مقام رئيس مجلس الدولة عميد رؤساء الغرف لمجلس الدولة".

ثالثا : محافظ مجلس الدولة

لم تنص القوانين على شروط و إجراءات خاصة لتعيين محافظ مجلس الدولة و تتم تعيينه من سلك القضاة، فيمارس محافظ الدولة و مساعديه مهمة النيابة و يقدمون مذكراتهم كتابيا و يبرزون ملاحظاتهم شفويا و هذا ما أشارت اليه المادتين 15 و 25 من القانون العضوي .

رابعا : مستشارو الدولة

يتم التمييز بين مستشاري الدولة في المهمة العادية و مستشاري الدولة في المهمة غير العادية .

1 - مستشارو مجلس الدولة في المهمة العادية :

يمثل مجلس الدولة في المهمة العادية المستشارون الدائمون، حيث يشاركون في

التشكيلات القضائية خاصة، ويتداولون و يقررون فيها في النزاعات و القضايا المطروحة

و يتم تعيينهم بموجب مرسوم رئاسي طبقا للمادة 87 من الدستور، و قد جرى تعيينهم من بين قضاة المحكمة العليا الى جانب آخرين من خارج سلك القضاة⁷.

و تتمثل المهمة الأساسية لمستشاري مجلس الدولة في المهمة العادية في القيام بإصدار التقارير و إبداء الاستشارة في ظل التشكيلة الاستشارية، كما أجاز القانون بإمكانيتهم ممارسة وظيفة و مهمة محافظ الدولة المساعد و هذا وفقا للمادة 29 من القانون 01/98⁸.

2 - مستشارو مجلس الدولة في المهمة غير العادية :

لا يتمتع مستشارو الدولة في مهمة غير عادية بصفة قضاة، و يتم تعيينهم من ذوي الخبرة و الاختصاص في المجال المهني القانوني لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد.

و قد نصت المادة 29 الفقرة الثالثة من القانون العضوي 98-01 بما يلي :

” يعتبر مستشارو الدولة في مهمة غير عادية مقررين في التشكيلة القضائية و التشكيلات ذات الطابع الاستشاري، يشاركون فغي المداولات، و يمكن لمستشاري الدولة ممارسة وظائف محافظ الدولة مساعد، و تحدد شروط و كفيات تعيينهم عن طريق التنظيم ”.

و قد أشارت أيضا المادة 3 من المرسوم التنفيذي 03/165 إلى أن يبلغ عدد مستشاري الدولة في مهمة غير عادية إلى 12 مستشار على الاكثر، و يعينون من بين ذوي الكفاءات الأكيدة في مختلف النشاطات، و يجب أن تتوفر فيهم إحدى الشروط الخاصة الآتية :

- أن يكون حائزا على شهادة الدكتوراه في القانون او العلوم الاقتصادية و المالية او التجارية، و يثبت الخدمة الفعلية مدة سبع سنوات على الاقل في الوظائف العليا للدولة .

- أن يكون حائزا على شهادة جامعية تعادل على الأقل ليسانس او مساطر مدة 15 سنة خبرة منها سبعة سنوات على الاقل في الوظائف العليا للدولة .

- أن يكون حائزا على شهادة جامعية تعادل على الاقل ليسانس كشهادة معادلة، و إثبات خبرة مهنية لمدة 16 سنة من بعد الحصول على هذه الشهادة الجامعية⁹.

و عليه يلاحظ أن المشرع حاول توسيع نطاق المشاركة قدر الإمكان في ترقية مجلس الدولة كجمعية عامة، و يتمتعون كلهم بالخبرة و الكفاءة المهنية العالية، كما يمكن للوزير

المعني أو الوزراء أو ممثلهم من حضور جلسة المناقشة لتتولى توضيح الأسباب التي دفعتها لتقديم مشاريع القوانين، وهذا من شأنه المساهمة في تنوير أعضاء مجلس الدولة، فقبل دخولهم إلى مرحلة المناقشة وقبل تصويتهم على النص محل الاستشارة، يستمعون وجهة نظر القطاع المعني .

كما تجدر الملاحظة على أن ممثل الوزير الحاضر في تشكيلة الجمعية العامة يشترط أن لا تقل رتبته عن مدير إدارة مركزية، و يعين من الوزير الأول بعد اقتراح من الوزير المعني بالمشروع القانوني وهذا ما أشارت إليه المادة 39 من القانون العضوي 01/98 أي أن المشرع حرص على احترام المستوى داخل التشكيلة مما ينعكس إيجاباً على إبداء الرأي لمجلس الدولة كجهة استشارية في مشاريع القوانين¹⁰.

الفرع الثاني : صلاحيات الجمعية العامة

أشارت المادة 36 من القانون العضوي 01/98 على ما يلي : “ تبدي الجمعية العامة لمجلس الدولة رأياً في مشاريع القوانين ”. أي أن دور الجمعية العامة يقتصر على إبداء رأياً في مشاريع القوانين.

و يتخذ المجلس رأيه بأغلبية أصوات الأعضاء الحاضرين، و في حالة التعادل يرجع صوت الرئيس و هذا ما نصت عليه المادة 08 من المرسوم التنفيذي 261/98 .

المطلب الثاني : اللجنة الدائمة

تظهر لنا اللجنة الدائمة لمجلس الدولة كهيئة إستشارية من خلال تشكيلتها و صلاحياتها.

الفرع الأول : تشكيلة اللجنة الدائمة

نصت المادة 38 من القانون العضوي 01-98 على تشكيلة اللجنة الدائمة و هي :

- رئيس لجنة برتبة رئيس غرفة.
 - أربعة مستشاري دولة .
 - محافظ الدولة أو أحد مساعديه.
 - الوزير المعني أو الوزراء أو من يمثلهم .
- و قد أشارت المادة 8 من المرسوم التنفيذي 261/98 لاعتبار المداولة صحيحة هو حضور أغلبية أصوات الحاضرين .

الفرع الثاني : صلاحيات اللجنة الدائمة

اقتصر دور اللجنة الدائمة لمجلس الدولة في إبداء رأيها حول مشاريع القوانين ذات الطابع الإستعجالي، و عليه يقع على عاتق الوزير الأول الذي يشير إلى الطابع الاستثنائي للمشروع، وفي حالة عدم الإشارة إليه يكون المشروع أمام الجمعية العامة .

المبحث الثاني : الإجراءات المتبعة أمام مجلس الدولة كهيئة استشارية

تظهر لنا الإجراءات المتبعة أمام مجلس الدولة كهيئة إستشارية من خلال تهيئة المشروع أمام مجلس الدولة وصولا إلى إصدار الرأي الاستشاري .

المطلب الأول : تهيئة المشروع أمام مجلس الدولة كهيئة إستشارية

ذكر المشرع المادة 41 من القانون العضوي 98-01 على إحالة مسألة الكيفيات والإجراءات في المجال الإستشاري إلى التنظيم و صدر المرسوم التنفيذي 261 /98 يحدد الأشكال و الإجراءات في المجال الإستشاري أمام مجلس الدولة و كذا النظام الداخلي لمجلس الدولة، هذا بالنسبة لمشاريع القوانين¹¹ .

أما بالنسبة للإجراءات في الأوامر في الحالات العاجلة فنتتظر تعديل القانون العضوي لمجلس الدولة وفقا للتعديل الذي أتى به التعديل الدستوري لسنة 2016 .

و يمكن تقسيم هذه الإجراءات إلى مرحلتين أساسيتين : المرحلة الأولى إجراءات تحضير ملف مشروع القانون و المرحلة الثانية إجراءات دراسة ملف مشروع القانون .

الفرع الأول : إجراءات تحضير ملف المشروع القانون

يمرّ تحضير ملف المشروع القانون بعدة إجراءات مهمة تبتدئ بمرحلة إخطار مجلس الدولة وإيداعه لدى مجلس الدولة ثم تعيين المقرر و إعداد تقريره¹² .

أولا : إخطار مجلس الدولة و إيداعه

يتم إخطار مجلس الدولة من طرف الوزارة الأولى و هو إجراء إلزامي، إذ لا يمكن لمجلس الدولة من تلقاء نفسه إعطاء رأيه حول مشروع قانون دون أن يتم إخطاره من قبل الأمين العام للحكومة و هذا ما جاءت به المادتين 02 و 03 من المرسوم التنفيذي 261-98، و كما أنه لا بد من ارفاق المشروع الذي أخطر به رئيس مجلس الدولة بعناصر الملف المحتملة (وثائق، تقارير، بيانات... الخ).¹³

و يسجل الاخطار في سجل رسمي يسمى سجل زمني خاص بالاطار وفق ما جاء في المادة 4 من المرسوم التنفيذي 261 /98، و لا بد من التمييز بين حالتين للإخطار :

1/ الحالة العادية للإخطار: و ذلك في حالة قيام الأمانة العامة للحكومة بإبلاغ أمانة مجلس الدولة على أن مشروع القانون لا يحتاج إلى إستعجال، حيثنذ يصدر أمر من رئيس مجلس الدولة بعد إطلاعها على الملف بتعيين أحد مستشاري الدولة كمقرر ليقوم بدراسة هذا الملف .

2/ الحالة الاستثنائية أو غير العادية للإخطار: إذا كان تنبيه رئيس مجلس الدولة من طرف الوزير الأول بالطابع الاستعجالي لملف مشروع القانون، يقوم بإرسال الملف إلى رئيس اللجنة الدائمة و الذي يكون برتبة رئيس غرفة ليقوم هو بدوره بتعيين مستشار الدولة كمقرر حالاً بوجه السرعة¹⁴ وهذا ما أشارت إليه المادة 101 من النظام الداخلي لمجلس الدولة و المادة 5 الفقرة 2 من المرسوم التنفيذي 261/98

¹⁵

ثانيا : دور المقرر

يقوم رئيس مجلس الدولة بعد إبلاغه بملف مشروع القانون في الحالة العادية للإخطار بتعيين مقرر من بين مستشاري الدولة و هذا ما جاءت به المادة 41 مكرر من المرسوم التنفيذي 261-98، أما في الحالة غير العادية للإخطار فيقوم رئيس اللجنة الدائمة بتعيين مقرر على وجه السرعة أي الإستعجال وفقا لما جاءت به المادة 38 من المرسوم 261-98 .

و عليه ففي كلتا الحالتين تقع على المقرر مهمة دراسة ملف مشروع القانون و إعداد تقارير على حسب كل حالة¹⁶، فذلك يمثل عملا تحضيريا تعقد بموجبه جلسات و مداولات مجلس الدولة الاستشارية، و للمقرر الحرية الكاملة في كيفية دراسة الملف و التزود بالمعلومات و يمكن حتى إستدعاء ممثل الوزير أو ممثلي الوزراء المبادرين بمشروع القانون و كل من له علاقة بالموضوع.¹⁷

و يقوم المقرر بتقسيم عمله الى 4 مراحل :

1- يقوم بالتحري حول ملف الإخطار وعلى كامل شروطه فيفحص نص المشروع خصوصا من الناحية التأسيسية للإخطار و شرعية المسائل و المشاكل التي أدت إلى وجود هذا المشروع، كما يمكن الاستعانة بالآراء السابقة للمجلس حول مشاريع القوانين التي هي في نفس المجال .

2- يقوم المقرر بالاجتماع مع ممثلي الوزارات المبادرين بالمشروع لإزالة أي غموض أو إستفهام.

3- يقوم المقرر بتحرير التقرير الذي يقدمه للمناقشة أمام الجمعية العامة أو اللجنة الدائمة

4- يقوم المقرر بإعلام الأمين العام بمناقشة المشروع بقائمة ممثلي الوزارات المعنية لاستدعائهم للإجتماع، ثم يقوم بتوزيع نص المشروع و نص التقرير على جميع أعضاء الهيئة المنعقدة، كما يقوم بتبليغ رئيس مجلس الدولة بالتقرير النهائي الذي تم التوصل إليه و شرح كل الصعوبات و توضيح كل العراقيل التي ستواجهه النص القانوني.¹⁸

الفرع الثاني : إجراءات دراسة ملف مشروع القانون

تعقد جلسة الجمعية العامة لدراسة المشروع في الحالة العادية، و تعقد جلسة اللجنة الدائمة لدراسة المشروع في الحالة الإستعجالية فيحدد رئيس مجلس الدولة تاريخ دراسة هذا المشروع بحضور الوزير المعني أو من يمثله و لحضور أشغال المجلس وفقا لما جاءت به المادة 41 مكرر من المرسوم التنفيذي 98-261، و تهدف الجمعية العامة واللجنة الدائمة لدراسة المشروع من حيث عدم تناقض مواد القانون الواحد بالإضافة إلى عدم تعارض قانون مع قانون آخر، وكذلك مدى ملاءمة النص التشريعي.

و لم يبين المشرع كفييات و شروط المناقشة داخل الاجتماعات سواء أمام الجمعية العامة أو أمام اللجنة الدائمة ابتداء بفتح الجلسة و تداول الكلمة بين رئيس المجلس و المقرر و الأعضاء وصولا الى الإعلان عن الرأي، ما عدا كيفية التصويت التي نصت عليها المادتين 8 و 41 مكرر من المرسوم 98-261، وتتخذ مداولات الهيئتين بأغلبية الأصوات الحاضرين و في حالة التعادل يرجع صوت الرئيس¹⁹، و بعد عقد جلسة مجلس الدولة في المجال الإستشاري، سواء كان على شكل اللجنة الدائمة أو الجمعية العامة، فبعد المداولة يصادق الأعضاء و محافظ الدولة بالأغلبية على التقرير النهائي الذي يعده و يقدمه المستشار المقرر، ثم يوقع التقرير النهائي و يرسل إلى رئيس المجلس، الذي يرسله هذا الأخير بعد إمضاءه أيضا إلى الأمين العام للوزارة الأولى²⁰.

المطلب الثاني : إصدار الرأي الإستشاري لمجلس الدولة

نصت المادة 142 من التعديل الدستوري لسنة 2016 و المعدلة للمادة 124 من دستور 1996 على ما يلي : « لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في مسائل عاجلة في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطل البرلمانية بعد أخذ رأي مجلس الدولة . » و عليه أصبح مجلس الدولة كهيئة استشارية يستشار من قبل الوزير الأول في مشاريع القوانين، و يستشار من قبل رئيس الجمهورية في التشريع بأوامر في المسائل العاجلة فقط

في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو في حالة العطل البرلمانية، وهذا التعديل يكرس القيمة الدستورية و المكانة الدستورية المهمة لمجلس الدولة، و عليه لابد من توافر شروط لإصدار هذا الرأي الاستشاري و منتجا لآثاره.

الفرع الأول : شروط الرأي الاستشاري

يخضع الرأي الاستشاري لمجموعة من الشروط منها ما يتعلق بالمظهر الخارجي و منها ما يتعلق بالموضوع .

أولاً: شروط المظهر الخارجي للرأي

يظهر المظهر الخارجي للرأي الاستشاري الصادر عن مجلس الدولة حسب نوع الرأي، فإن كان المشروع المقدم في الحالة العادية غير مقبول لإبداء الرأي عليه يصدر مجلس الدولة رأياً بالرفض الكلي، و قد يكون المشروع غير مقبول في بعض من أجزاءه فيصدر بشأنه رأياً بالرفض الجزئي .

أما في حالة الموافقة على المشروع، فيصدر الرأي مشمولاً بالموافقة العامة التي تعالج كل موضوع المشروع المقدم من الحكومة .

ثانياً : شروط موضوعية للرأي

إلى جانب شروط المظهر يعتمد الرأي الاستشاري على جوانب أخرى للعمل الموضوعي، تصدر من قبل المجلس في شكل خلاصة عامة للمشروع بعد القيام بالأعمال التي تكون قد انصبت على الجوانب الموضوعية التالية :

1- حالة كون المشروع غير صالح : إذا رأى مجلس الدولة أن المشروع المقدم إليه غير صالح، فيطلب المجلس من الحكومة في شكل رأي استشاري بضرورة إعادة النظر فيه و إصداره في صياغة جديدة .

2- حالة كون المشروع يحمل في موضوعه أخطاء بسيطة: فيصدر رأياً يتناول فيه الأخطاء التي يجب مراجعتها، و تصحيحها قبل عرضها على المجلس الشعبي الوطني .

3- حالة كون المشروع مقبولاً عموماً: في هذه الحالة يقوم مجلس الدولة بإصدار رأي يتناول موضوع إثراء مشروع القانون²¹.

الفرع الثاني : آثار الرأي الاستشاري

إبداء الرأي الاستشاري من طرف مجلس الدولة كهيئة إستشارية سواء على شكل الجمعية العامة أو اللجنة الدائمة فهو رأي غير إجباري التطبيق على الهيئة طالبة الاستشارة

من جانبها الموضوعي، الذي صدر فيه الرأي بالحذف، أو السحب، أو التعديل، أو الإثراء .

و تبقى حرية التصرف مطلقة للحكومة في الأخذ بالرأي المقترح من مجلس الدولة أو عدم الأخذ به و لا تعاقب الإدارة الحكومية لما تلقي بالرأي جانبا و لا تعتمد عليه .
و بذلك يكون الرأي الاستشاري لمجلس الدولة في جانبه الموضوعي ذا آثار اختيارية عكس آثاره الشكلية التي يجب إحترامها و الالتزام بها²².

الخاتمة :

يمكن القول في الأخير أن مجلس الدولة كجهة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية هو أيضا جهة إستشارية و تظهر على شكلين إما على شكل الجمعية العامة أو على شكل اللجنة الدائمة، إذ يستشار من قبل الوزير الأول في مشاريع القوانين، و يستشار من قبل رئيس الجمهورية في التشريع بأوامر في المسائل العاجلة فقط في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو في حالة العطل البرلمانية، وهذا التعديل يكرس حقيقة القيمة الدستورية و المكانة الدستورية المهمة لمجلس الدولة .

لكن يؤخذ على الطبيعة القانونية للإستشارة التي يقدمها مجلس الدولة كهيئة إستشارية، حيث يمكن الأخذ بالرأي الإستشاري أو عدم الأخذ به و هذا يضعف من الوظيفة الإستشارية لمجلس الدولة، لذا كان من الأجدر إلى جانب الإلزام بطلب الاستشارة أن يكون هنالك إزام بتطبيق الرأي الاستشاري لمجلس الدولة.

قائمة الهوامش :

- 1- القانون 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية العدد 14، لسنة 2016 .
- 2- القانون العضوي 98-01 المؤرخ في 30 ماي 1998 يتعلق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه و عمله، الجريدة الرسمية العدد 37 لسنة 1998 .
- 3- القانون العضوي 11-13 المؤرخ في 25 جويلية 2011 يعدل و يتمم القانون العضوي 98-01 و المتعلق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه و عمله، الجريدة الرسمية رقم 43 لسنة 1998 .
- 4- المرسوم الرئاسي 98-187 المؤرخ في 30 ماي 1998 يتضمن تعيين أعضاء مجلس الدولة، الجريدة الرسمية عدد 44 لسنة 1998 .

- 5- المرسوم التنفيذي 98-261 المؤرخ في 29 أوت 1998 الذي يحدد أشكال والإجراءات وكيفياتها في المجال الاستشاري أمام مجلس الدولة، الجريدة الرسمية، العدد 64.
- 6- المرسوم التنفيذي 03-165 المؤرخ في 9 ماي 2003، المتعلق بشروط وكيفيات تعيين مستشاري الدولة في مهمة غير عادية، الجريدة الرسمية العدد 51.
- 7- محمد الصغير بعلي: القضاء الإداري - مجلس الدولة -، دار العلوم للنشر، الجزائر، سنة 2004، ص 56.
- 8- فاطمة الزهراء واعر: الاختصاص الاستشاري لمجلس الدولة، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق، جامعة بسكرة لسنة 2013، ص 24.
- 9- المرسوم التنفيذي رقم 03/165 المؤرخ في 09 ماي 2003، يتعلق بشروط و كيفيات تعيين مستشاري الدولة في مهمة غير عادية، الجريدة الرسمية، العدد 51، لسنة 2003.
- 10- عمار بوضيف: القضاء الإداري في الجزائر بين نظام الوحدة و الازدواجية، دار الريجان للنشر، الجزائر، سنة 2000، ص 73.
- 11- لم يوضح المرسوم التنفيذي 98-261 بصفة جلية القواعد الضرورية لإتمام العملية الاستشارية بل جاءت نصوص مواد بالصفة العمومية، و لا تعبر عن الإجراءات الدالة و الضرورية للعملية الاستشارية، ليحيل العملية إلى إجراءات معينة للقيام بالعملية الاستشارة، أي أمام بعض المؤسسات الوطنية مثل المجلس الدستوري، عن عبد الرزاق زوينة: الرأي الإستشاري لمجلس الدولة، مجلة مجلس الدولة، العدد 01، سنة 2002، ص 27.
- 12- مصطفى بن جلول: الوظيفة الاستشارية لمجلس الدولة في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص ادارة و مالية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2000/2001، ص 82.
- 13- عمار بوضيف: المرجع السابق، ص 71.
- 14- عمر بوجادي: اختصاص القضاء الإداري في الجزائر، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، الجزائر، سنة 2010/2011، ص 382.
- 15- نصت المادة 101 من النظام الداخلي لمجلس الدولة على أنه: « يمكن لرئيس الحكومة (الوزير الأول) تطبيقاً لأحكام المادة 38 من القانون العضوي أن ينبه في الحالات الاستثنائية على الطابع الاستعجالي للمشروع موضوع المناقشة، و في هذه الحالة تتم دراسة هذا الأخير من طرف اللجنة الدائمة لمجلس الدولة » وكذلك نصت المادة 5/2 من المرسوم التنفيذي 98/261 على أنه: « في الحالات الاستثنائية التي ينبه رئيس الحكومة (الوزير الأول) على إستعجالها، يجيل رئيس مجلس الدولة مشروع القانون الى رئيس اللجنة الدائمة الذي يعين في الحال مستشار الدولة المقرر».

16- Jean HASSOT : le rôle de conseil d'Etat dans l'élaboration du droit ,
revue de droit administratives , numéro spécial , l'année 1999 , page 115.

- 17- فاطمة الزهراء واعر : المرجع السابق، ص 57.
- 18- مصطفى بن جلول : المرجع السابق، ص 86.
- 19- فاطمة الزهراء واعر : المرجع السابق، ص 58.
- 20- عمار بوضياف : المرجع السابق، ص 153.
- 21- عمر بوجادي : المرجع السابق، ص 388.
- 22- عمر بوجادي : المرجع السابق، ص 391.

الحسبة ونظم الإدعاء العام المعاصرة

د. محمد مستوري

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة علي لونيبي البلدية - 2 -

ملخص

تُعدُّ الحسبة من الولايات الدينية قوامها الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، شرعت لحفظ أوامر الشارع الحكيم والزجر عن اقتراف نواهيته. بيد أن هناك أنظمة تمارس نفس الوظيفة وهي رقابة الشعب على أعمال السلطة التنفيذية والقضائية ألا وهو نظام المدعي العام في الاتحاد السوفيتي، وكذا المدعي العام المصري باعتبارهما الأداة التي تكفل التوازن بين السلطات الثلاث.

Résumé :

Considéré comme le calcul de l'Etat parmi les Etats les plus religieux dans l'Islam la promotion de la vertu et la prévention du vice, a commencé à enregistrer les rues des ordres sages et réprimande de la commission des interdictions, ils sont un moyen de mettre en œuvre les dispositions et le pouvoir des autorités de censure et de calendrier et n'a rien des propriétés musulmanes judiciaires, considéré par les savants parmi les branches les plus importantes, ainsi que l'état des griefs. Cependant, il existe des systèmes qui exercent la même fonction que la supervision du peuple sur les actions de l'exécutif et du pouvoir judiciaire, à savoir le système Procureur dans l'Union soviétique, ainsi que le solde de son homologue égyptien, qui garantit un équilibre entre les trois branches du gouvernement dans l'état et un moyen de préserver les gains des individus.

الكلمات المفتاحية: الحسبة، الأمر بالمعروف و النهي عن المنكر، الولاية الدينية، المدعي العام.

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، أما بعد:

تعتبر ولاية الحسبة من بين أهم الولايات الدينية في الإسلام فقوامها الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، شرعت لحفظ أوامر الشارع الحكيم والزجر عن اقتراف نواهيه، فهي وسيلة من وسائل تنفيذ الأحكام، وسلطة من سلطات الرقابة والتقويم ولها شيء من خصائص القضاء الإسلامي، اعتبرها الفقهاء من بين أهم فروعها إلى جانب ولاية المظالم.

لكن الإشكال الذي يطرح نفسه هل هناك تطابق بين دور نظم الادعاء العام المعاصرة مع نظام الحسبة وهل تتلاقى اختصاصاتها في مجال الحقوق والحريات، محاولين الإجابة على هذه الإشكالية من خلال الوقوف على أوجه الاتفاق والافتراق بين هذه الأنظمة. متبعين الخطة التالية التي تشتمل على مبحثين، أما المبحث الأول فندرس فيه تعريف الحسبة وحكمها في الفقه الإسلامي، وبيان الشروط التي يجب توفرها في المحتسب، وأركانها، وكذا تحديد اختصاصات ونطاق عمله فيها، ومراتب أنكار المنكر، وذلك في أما المبحث الثاني فنكرسه لدراسة نظام الادعاء العام السوفيتي والمصري، وعقد مقارنة بينهما وبين ولاية الحسبة في الفقه الإسلامي.

المبحث الأول: تعريف الحسبة وبيان حكمها وأركانها ومراتبها

أعرض في هذا المبحث لتعريف الحسبة وحكمها في الفقه الإسلامي وتحديد أركانها ومراتب الإنكار فيها، وذلك من خلال المطالب الأربعة الآتية.

المطلب الأول: تعريف الحسبة لغة واصطلاحاً

أبين في هذا المطلب تعريف الحسبة في لغة العرب وفي اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية، وذلك في الفرعين التاليين.

الفرع الأول: التعريف اللغوي

الحسبة بكسر الحاء، مصدر احتسابك الأجر عند الله تعالى، تقول: فعلت حسبة، وأحتسب فيه احتساباً والاحتساب طلب الأجر، والاسم الحسبة، وهو الأجر إحدى معاني الحسبة في اللغة العربية كما جاء في الحديث الذي أخرجه البخاري مرفوعاً: « من صام رمضان إيماناً واحتساباً غفر له ما تقدم من ذنبه. » وتطلق على الإنكار تقول: احتسب على فلان أي: أنكر عليه قبيح عمله، وقد تطلق أيضاً على التدبير فيقال: فلان حسن الحسبة بالأمر أو في الأمر، أي إذا كان حسن التدبير والنظر فيه.¹

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي

للحسبة تعاريف عدة منها للمتقدمين وأخرى للمتأخرين، ونذكر بعضها تقريبا وبيانا لمفهومها فنقول وبالله التوفيق:

تعريف الماوردي وأبي يعلى الفراء:

قال الماوردي: «الحسبة هي أمر بالمعروف إذا ظهر تركه، ونهي عن المنكر إذا ظهر فعله، ثم ساق قول الله عز وجل:» ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون» سورة آل عمران، الآية 104. وهو نفس تعريف الإمام أبي يعلى الفراء.²

تعريف ابن تيمية وابن خلدون:

عرفها ابن تيمية من خلال تعريفه لوظيفة المحتسب ومميزا لاختصاصاته عن اختصاصات الولاية والقضاة فقال: «أما المحتسب فله الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر مما ليس من اختصاص الولاية والقضاة وأهل الديوان ونحوهم.³ أما عبد الرحمان بن خلدون فعرفها في مقدمته بأنها: «وظيفة دينية من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الذي هو فرض على القائم بأمر المسلمين يعين لذلك من يراه أهلا له، فيتعين فرضه عليه، ويتخذ الأعوان على ذلك.»⁴

تعريفات المعاصرين:

عرفها نمر بن محمد الحميداني من خلال جمعه بين تعريف الماوردي وأبي يعلى وابن خلدون وبعد توجيهه الانتقادات وبيان وجهة نظره حولها قال: «ولاية الحسبة وظيفه دينية قوامها الأمر بالمعروف إذا ظهر تركه، والنهي عن المنكر إذا ظهر فعله.»⁵ وعرفها الأستاذ محمد المبارك بأنها: «رقابة إدارية تقوم بها الدولة عن طريق موظفين خاصين على نشاط الأفراد في مجال الأخلاق والأعراف المألوفة في كل بيئة وزمن.»⁶

التعريف المختار:

بعد سرد التعاريف التي قيلت في مفهوم الحسبة يمكن تقديم تعريف شامل يجمع شتات ما سبق ذكره فنقول هي: «جهاز رقابة إدارية يقوم على مبدأ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر يشمل ما تعلق بالعبادات والمعاملات.»

المطلب الثاني: حكم الحسبة في الشريعة الإسلامية

دلت على مشروعية الحسبة مجموعة من الأدلة والنصوص الشرعية من القرآن الكريم

ومن السنة النبوية الشريفة وإجماع علماء الأمة، وأعرض لهذه النصوص من خلال الفروع الثلاثة الآتية.

الفرع الأول: دليل مشروعية الحسبة

الحسبة فرض كفاية وقد تصير فرض عين إذا لم يقدر عليها إلا شخص بعينه كما بينه الغزالي، وقد ثبتت مشروعيتها بالكتاب والسنة والإجماع .

أولاً: من القرآن الكريم

- قال تعالى: « يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ وَلَا تَموتنَّ إِلَّا وَأَنتُمْ مُسْلِمُونَ »⁷ قال ابن كثير: « قوله تعالى: (ولتكن منكم أمة) أي: منتصبه للقيام بأمر الله في الدعوة إلى الخير والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.»⁸

- وقوله تعالى: « الَّذِينَ إِنْ مَكَانَهُمْ فِي الْأَرْضِ أُقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ وَأَمْرُو بِالْمَعْرُوفِ وَنَهَوْا عَنِ الْمُنْكَرِ وَ اللَّهُ عَاقِبَةُ الْأُمُورِ » [سورة الحج 41] أي أن من أسباب التمكين لهذه الأمة في الأرض بعد إقامة الصلاة وإيتاء الزكاة ضرورة إقامة الحسبة بين المسلمين ووجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.⁹

ثانياً: من السنة النبوية

ثبتت مشروعية الحسبة في السنة النبوية في عدة أحاديث تدل على الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر و نذكر ما تيسر منها بإذن الله تعالى:

(1) ما أخرجه الإمام مسلم في صحيحه عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه مرفوعاً: « من رأى منكم منكراً فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه، وذلك أضعف الإيمان »¹⁰. قال الإمام النووي في شرحه لهذا الحديث: « فليغيره بيده، الحديث أصل في صفة تغيير المنكر، فمن حق المغير أولاً أن يكون عالماً بما يغيره، عارفاً بالمنكر من غيره، فقيهاً بصفة التغيير ودرجاته، يغيره بكل وجه أمكنه زواله به، وغلبت على ظنه منفعة، يغيره كمنزعه ذلك من فعل أو قول، ثم ختم بقوله: هذا هو فقه المسألة و صواب العمل فيها عند العلماء المحققين، خلافاً لمن رأى الإنكار بالتصريح بكل حال وإن قتل وإن قيل فيه كل أذى.»¹¹

(2) ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه مرفوعاً: « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر على صبرة طعام فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بللاً، فقال: ما هذا يا صاحب الطعام، قال: أصابته السماء يا رسول الله، قال: أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس من غش فليس مني.»¹²

3) قال أبو بكر الصديق رضي الله عنه: « يا أيها الناس إنكم تقرؤون هذه الآية وتضعونها في غير مواضعها » يا أيها الذين ءامنوا عليكم أنفسكم لا يضركم من ضل إذا اهتديتم الى الله مرجعكم جميعا فينبئكم بما كنتم تعلمون » [المائدة: 105] ثم قال : سمعنا رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: « إن الناس إذا رأوا الظالم فلم يأخذوا على يديه، أوشك الله أن يعمهم بعذاب.»¹³

أكد الإمام النووي رحمه الله تعالى أنه ليس مخالفا لوجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لأن المذهب الصحيح عند المحققين في معنى الآية أنكم إذا فعلتم ما كلفتم به فلا يضركم تقصير غيركم، مثل قول الله تعالى: « إن تكفروا فإن الله غني عنكم » [الزمر: 7] وإذا كان كذلك كما كلف به الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فإذا فعله ولم يمتثل المخاطب فلا عتب بعد ذلك على الفاعل لكونه أدى ما عليه، وقوله: (فلم يأخذوا على يديه) أي لم يمنعه عن ظلمه مع القدرة على منعه وقوله: (أن يعمهم الله بعذاب) أي بنوع من العذاب.¹⁴

ثالثا: الإجماع

قال ابن حزم: « اتفقت الأمة كلها على وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر بلا خلاف من أحد منهم لقوله تعالى: ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ... وساق الآية. » وقد نقل الإجماع الإمام النووي فقال: « هو أمر إيجاب بإجماع الأمة، وقد تطابق على وجوب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر الكتاب والسنة وإجماع الأمة. »¹⁵

المطلب الثالث: أركان الحسبة

للحسبة أربعة أركان لا بد من توفرها في المحتسب، ونطاق ومحل تجري فيه وهو المحتسب فيه، وتستلزم أيضا ما يقوم به المحتسب من تصرفات وأفعال وهي عملية الاحتساب، وهذه هي أركان الحسبة الأربعة وسنفرد لكل ركن فرعاً خاصاً به.

الفرع الأول: المحتسب

أولاً: تعريف المحتسب

المحتسب هو الذي يقوم بعملية الاحتساب، أي هو الذي يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر وقد فرق الفقهاء بين المحتسب الذي يعينه الخليفة للقيام بالحسبة ويعرف بوالي الحسبة وبين من يقوم بالحسبة دون تعيين ولا تكليف من ولي الأمر ويعرف بالمتطوع¹⁶ ومن أبرز الفروق بينهما ما يلي:

الفرق الأول: أن والي الحسبة مطالب شرعا بالاحتساب على الغير بإنكار المنكر والأمر بالمعروف باعتبار أنه معين من قبل ولي الأمر لمزاولة الحسبة، أما المتطوع فليس مطالباً به عينا فهو فرض كفاية في حقه، إذا قام به غيره سقط عنه كما هو مقرر في علم أصول الفقه .

الفرق الثاني: للمحتسب الاستعانة بغيره من الأعوان للقيام بواجب الاحتساب وتسهيلا لأداء مهامه حسب ما تقتضيه الأحوال والظروف، وليس للمتطوع ذلك.

الفرق الثالث: للمحتسب أخذ الأجر على احتسابه وعمله من بيت مال المسلمين، وليس للمتطوع ذلك.

الفرق الرابع : للمحتسب البحث عن المنكرات الظاهرة حتى يتمكن من إزالتها وإنكارها، والبحث عما ترك من أعمال البر والمعروف فيأمر بالإتيان بها وإقامتها، وليس للمتطوع ذلك.¹⁷

ثانيا: شروط المحتسب:

للمحتسب شروط لا بد أن تتوفر فيه نذكر خمسة منها وهي كالتالي :

أولاً: التكليف: أن يكون المحتسب مكلفا وهو كل بالغ عاقل، لأن العقل مناط التكليف كما يقول الفقهاء فلا يكون محتسبا من كان فاقد لعقله، فخرج بهذا القيد المجنون والصبي غير المميز .

ثانيا: الإسلام: فلا تصح حسبة من كان كافرا لا يدين بدين الإسلام، وهو أمر واضح متفق على ثبوته ومجمع على انعقاده غير مختلف فيه، لأن فيه نصرة للدين، ولا يستحق الكافر أن ينال من التحكم على المسلم.

ثالثا: القدرة: ونعني بها أن يكون المحتسب قادرا على إنكار المنكر وإقرار المعروف والأمر به غير عاجز على ذلك، فالعاجز لا سلطة له على الاحتساب على غيره سوى الحسبة القلبية وهي أضعف الإيذان وآخر مراتب الحسبة كما جاء في حديث أبي سعيد المتقدم.

رابعا: العدالة: وهو شرط اختلف فيه الفقهاء وهو أمر حسن ومطلوب فكلما كان على قدر من الورع والتقوى والتدين والالتزام ومترفع عن أغلب الصغائر فضلا عن الكبائر كان أزيد في توقيره وأتقى للطعن في دينه كما قاله الشيرزي.

خامسا: العلم: ويشترط في المحتسب أن يكون عالما بما يأمر به وعما ينهى عنه، وذلك بمعرفة أحكام الكتاب

والسنة من عبادات ومعاملات، وكذا المواطن التي تكون فيها الحسبة على الغير كما بينه الشارع الحكيم كي لا يتعد حدود الشرع الإسلامي وتعاليم الدين الحنيف.¹⁸

الفرع الثاني: المحتسب فيه

ويسميه بعض الفقهاء ما تجرّي فيه الحسبة، أي نطاق عمل المحتسب، وبابه إنكار المنكر إذا وقع وحصل في الحال، واشترط الفقهاء فيه أربعة شروط وهي:

الشرط الأول: كونه منكرا: ويقصد به كل محظور يقع مخالفا للشرع، وتدخل فيه المعاصي وغيرها فهو لفظ عام يشمل كل ما سبق بيانه، كشرب الخمر، والزنا، والخلوة بالأجنبية.

الشرط الثاني: أن يكون موجودا في الحال: أي أن يكون الاحتساب وقت وقوع المنكر وليس بعده، كمن يعلم بقرينة حاله أنه عازم على فعل منكر كالشرب فليعظه ولينصحه في ليلته فالعبرة بحال التلبس.

الشرط الثالث: أن يكون المنكر ظاهرا بينا للمحتسب بغير تجسس: لأن التجسس منهي عنه كما قال تعالى: «... ولا تجسسوا ولا يغتب بعضكم بعضا» سورة الحجرات الآية 12، ولقول النبي صلى الله عليه وسلم: «إياكم والظن فإن الظن أكذب الحديث ولا تجسسوا ولا تجسسوا...»¹⁹ أي أن يكون المنكر في علانية وجها لا سرا وخفية، فهذا يجوز التجسس عليه، والضابط في ذلك هو ما صدر خارج الدار كأصوات المزامير والأوتار إذا ارتفعت وعلت، فمن سمع فله دخول الدار وكسر الملاهي.

الشرط الرابع: أن يكون المنكر معلوما بغير اجتهاد: بمعنى أن يكون المنكر فيه دليل ثابت من الشرع لا مجال فيه للاجتهاد من أدلة الشريعة الإسلامية سواء كان كتابا أو سنة صحيحة أو إجماعا منعقدا مستندا على أدلة صحيحة صريحة، فكل ما هو محل للاجتهاد فلا حسبة فيه.²⁰

الفرع الثالث: المحتسب عليه

هو كل شخص يترك المعروف أو يفعل المنكر ويشترط فيه أن يكون على وجه يصير الفعل الممنوع منه في حقه منكرا ولا يشترط فيه التكليف، وله وجهان: فعل المنكر، وترك فعل المعروف، سواء صدر ذلك من المكلفين أو غيرهم كالصبيان أو المجانين ممن لا عقل ولا تمييز لديهم، ومسألة ترك الصلاة والصوم في حق المجنون، فتركه لا يعد صاحبه فاعلا لمعصية أو لمنكر يحاسب عليه ديانة. وقد عدد الأستاذ عبد الكريم زيدان في هذا الباب أصناف المحتسب عليهم ونذكرهم باختصار وهم: الأقارب والقضاة وأعوانهم

والأمراء ورجال السلطة التنفيذية وأصحاب المهن المختلفة كالحرفيين، والاحتساب على غير المسلمين المقيمين في دار الإسلام من الذميين والمستأمنين.²¹

الفرع الرابع: الاحتساب

هو مزاولة الحسبة بالفعل كأن يأمر المحتسب بمعروف معين كالأمر بإقامة الصلوات الخمس في جماعة المسلمين في المسجد والآذان، أو أن يزيل منكرا ارتكبه الناس كالقمار وشرب الخمر وغيرها من المنكرات والمعاصي.

المطلب الرابع: مراتب الحسبة

يبين النبي صلى الله عليه وسلم مراتب الحسبة في الحديث الذي رواه مسلم عن أبي سعيد الخدري مرفوعا: «من رأى منكم منكرا فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه، وذلك أضعف الإيمان.» فيستفاد من الحديث أن مراتب الحسبة على درجات وهو ما سأبينه في الفروع الثلاثة التالية:

الفرع الأول: الاحتساب باليد

اعتبره الغزالي درجة خامسة من درجات الاحتساب، ومثاله: كسر الملاهي، وإراقة الخمر، وبيده حبس أو ضرب الفاعل المعتدي إذا اقتضت الأحوال والظروف منه ذلك ويشترط فيه أدبان هما:

الأدب الأول: أن لا يباشر بيده التغيير إلا إذا فرضت عليه الأحوال ذلك، فيجوز له ذلك أي أن يراعي استعمال وسائل تغيير المنكر بحسب الظروف كالشدة واللين في التغيير.

الأدب الثاني: أن يغير المنكر أو يكفه بحسب القدر المحتاج إليه، دون تجاوزه، كأن لا يأخذ بلحيته في الإخراج ولا برجله إذا قدر على جره بيده ويشهد لذلك حديث الفضل بن عباس مع الخثعمية فجعل النبي صلى الله عليه وسلم يحول وجهه إلى الشق الآخر، قال النووي: «ومن فوائد هذا الحديث إزالة المنكر باليد لمن أمكنه.»

الفرع الثاني: الاحتساب باللسان

وتدخل فيه الآداب والمراحل التالية:

1. التعريف بالحكم الشرعي: معناه تعريف وإعلام مرتكب المنكر بأنه ارتكب ما أنكره الله تعالى، فقد يكون المحتسب عليه جاهلا لحكم ما أنكر عليه من المحتسب، كبيان كيفية الصلاة لمن يجهل كيفيةها.

2. **مرحلة الوعظ والنصح:** وهو خاص بمن يقترف المنكر وهو عالم بحكمه في الشريعة الإسلامية، أو فيمن يصر على فعل المنكرات، وينصح ويوعظ ويذكر بالله تعالى بذكر الآيات والأحاديث التي ترهب من اقتراف المعصية التي وقع فيها، كالمدمن على شرب الخمر أو الظلم أو على منكر ما فليتلطف في وعظه ونصحه ونحوه.
3. **مرحلة التعنيف بالقول الغليظ:** وهي مرحلة تلي التي سبقتها بعد ظهور العناد والإصرار من المحتسب عليه ولها ألفاظ مخصوصة تجتنب في الألفاظ المحرمة كلعن الوالدين وغيرهما، فحتى التعنيف بالقول الغليظ يكون بأدب وحكمة، إذ هي مرحلة لا يلجأ إليها المحتسب إلا ضرورة بعد فشل ما سبق بيانه من المراحل كقوله له: يا فاسق، يا جاهل، يا أحمق، ألا تخاف الله تعالى.
4. **التهديد والتخويف:** وهي مخاطبة المحتسب عليه بإنزال وتوقيع العقوبة وإلحاقها به، كي ينزجر ويرتدع عما هو واقع فيه من المنكر المخالف للشرع، إذ الهدف من ذلك هو إصلاح المنصوح لا إلحاق الضرر به، كقوله: لأكسرن رأسك، أو لأضربن عنقك، أو رقبتك، فيهدده بوعيد يجوز له تحقيقه ولا يجوز بما ليس له تحقيقه.

الفرع الثالث: الاحتساب بالقلب

وهي آخر مراتب الاحتساب إذا عجز المحتسب عن تغيير المنكر بيده ثم بلسانه فيتعين عليه الإنكار بقلبه وبعواطف الإيثار، كما جاء صريحا في حديث أبي سعيد المتقدم وهذه المرحلة لا بد أن لا يخلو منها قلب مسلم، وعلق الإمام النووي رحمه الله تعالى في شرحه لمعنى الاحتساب بالقلب المذكور في الحديث قائلا: «فليكرهه بقلبه وليس ذلك بإزالة وتغيير منه للمنكر ولكنه هو الذي في وسعه». وفسره غيره بأنه: «أن يكره ذلك الفعل بقلبه ويعزم على أن لو قدر على التغيير لغيره، وهذا آخر خصلة من الخصال المتعينة على المؤمن في تغيير المنكر، وهي المعبر عنها في الحديث بأنها أضعف الإيمان أي: خصال الإيمان».

المطلب الخامس: اختصاصات المحتسب

أدرس في هذا المطلب اختصاصات المحتسب المؤكدة إليه حسب ما بينه الفقهاء المتقدمون ثم أعرض لهذه الاختصاصات كما بينها الفقهاء المعاصرون، وذلك في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: اختصاصات المحتسب عند القدامى

قسم الإمام الماوردي والإمام أبو يعلى اختصاصات المحتسب إلى قسمين، الأول:

الأمر بالمعروف والثاني: النهي عن المنكر، ثم يفرعان منها تقسيات ونجملها في الفقرتين التاليين:

أولاً: الاختصاصات المتعلقة بالأمر بالمعروف:

أولاً: ما يتعلق بحقوق الله تعالى كمرقبة ترك صلاة الجمعة، والجماعة في المساجد، وإقامة الأذان، ومعنى حق الله تعالى هو ما لا يسقط بإسقاط العبد كالصلاة والصوم والجهاد.

ثانياً: ما يتعلق بحقوق العباد ما تعلق بالمرافق العامة أو بحقوق الغير إذا أهدرت كقضاء الديون ومعنى حقوق العباد هو ما يسقط بإسقاط العبد، كالقصاص.

ثالثاً: ما هو مشترك بينهما بين حقوق الله تعالى وحقوق العباد، كالزام النساء بالعمل بأحكام العدد، وتأديب من تخالف ذلك.

ثانياً: الاختصاصات المتعلقة بالنهي عن المنكر:

أولاً: ما كان من حقوق الله تعالى، كمرقبة العبادات الظاهرة و الزيادة فيها أو التنقيص منها، كالزيادة في الصلاة والأذان وغيرها.

ثانياً: ما كان من حقوق العباد، كمن تعدى على جاره وذلك بإلحاق الضرر به ومراقبة المعلمين في حسن تربيتهم ومعاملتهم مع الصغار.

ثالثاً: ما كان مشتركاً بين حقوق الله والعباد معاً، كالمنع من الإشراف على منازل الناس بعضهم لبعض.

أما الإمام أبو حامد الغزالي فقد قسم اختصاصات المحتسب بحسب العادات فذكر في الإحياء ما تعلق بمنكرات الأسواق، والشوارع، والحمامات، ومنكرات الخيانة، وختمها بمنكرات عامة.

أما الإمام عمر بن محمد السنامي فأوصلها في كتابه «نصاب الاحتساب» إلى ثلاث وأربعين اختصاصاً ويرجع في تحديده غالباً إلى العرف.

أما الإمام الشيرزي فأوصلها في كتابه «نهاية الرتبة في طلب الحسبة» إلى أربعين اختصاصاً، جعل كل اختصاص في باب خاص به، ثم ختمها بأن للمحتسب أن يقيس على ما ذكر في هذه الأبواب إذا كانت هناك مماثلة أو مجانسة، فهي أمثلة على سبيل المثال لا الحصر.

أما شيخ الإسلام ابن تيمية فأرجعها إلى اختلاف العرف والأحوال والبلاد، فللمحتسب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إلا أنه يتقيد فيها ليس من اختصاص الولاية والقضاة وأهل الدواوين.

أما الإمام ابن الأخوة فأوصلها في كتابه «معالم القرية في أحكام الحسبة» إلى سبعين اختصاصا ثم قال رحمه الله تعالى: « ويتصل بهذه المنكرات أشياء أخرى تجري مجراها في والتقديم تنزل منزلتها في التحريم، فاحكم فيها بحكمك وأمضي في مشتبهاتها بدليل علمك بأن السكوت عن البدعة رضاء بمكانها وترك النهي عنها كالأمر بإتيانها». ²³ .

الفرع الثاني: اختصاصات المحتسب عند الفقهاء المعاصرين

بعد عرض نظرة المصنفين القدامى لاختصاصات المحتسب يمكن التمييز بين نظرة الأوائل مقارنة بنظرة المعاصرين، فالقدامى يحددون الاختصاصات بحسب الأعراف السائدة في كل بلد وزمن، أما المعاصرون فجعلوها حسب موضوعاتها ونسوق مثلا لذلك وهو تقسيم الأستاذ عبد الكريم زيدان إلى ستة مواضيع وهي كالتالي:

- (1) ما تعلق بالعقيدة: كإظهار العقائد الباطلة والمنحرفة.
- (2) ما تعلق بالعبادات: كترك الجمعة والآذان.
- (3) ما تعلق بالمعاملات كالعقود المحرمة من قمار وغش في المبيعات وتدليس الأثان، والبيوع الفاسدة والمحرمة.
- (4) ما تعلق بمنكرات الطرق: كبناء الدكان في طريق المسلمين، ووضع الأخشاب فيها أو وضع السلع في قارعة الطريق فتؤذي المارين.
- (5) ما تعلق بالحرف والصناعات: كسلامة موقع الدكان من إيذاء السكان المجاورين له، وصلاحية الأدوات المستعملة في الحرف والصناعات المختلفة، وسلامة المبيع من الغش والتدليس.
- (6) ما يتعلق بالآداب والأخلاق: مثل الخلوة بالأجنبية وغيرها. ²⁴

المبحث الثاني: نظام المدعي العام السوفيتي والمصري

نخرج في هذا المبحث لبيان نوع آخر من الأنظمة التي تمارس نفس الوظيفة وهي رقابة الشعب على أعمال السلطة التنفيذية والقضائية ألا وهو نظام المدعي العام في الاتحاد السوفيتي، وكذا نظيره المصري باعتباره الميزان الذي يكفل التوازن بين السلطات الثلاث في الدولة ووسيلة للحفاظ على مكاسب الأفراد الاشتراكية.

المطلب الأول: تعريف الادعاء العام ونشأته في روسيا وتطوره

نبين في هذا المطلب مفهوم الادعاء العام من وجهته الشرعية والقانونية وبيان نشأته والمرحل التي مر بها خلال تكوينه وتطوره، وعليه نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نبين في المطلب الأول منه تعريف الادعاء العام في الشريعة الإسلامية وفي القانون الوضعي، أما المطلب الثاني فليبيان نشأة المدعي العام في روسيا وكيفية تعيينه وتكوينه.

الفرع الأول: تعريف الادعاء العام شرعا وقانونا

أولاً: تعريف الادعاء العام شرعا

يرتبط تعريف الادعاء العام في الشريعة الإسلامية وبالتحديد الفقه الإسلامي بفكرة الحق العام، حيث لا ادعاء مع غياب الحق في الدعوى كما هو معلوم، فهما شيان متلازمان مترابطان، فوظيفة الادعاء العام هو حماية الحق العام أو النظام الذي يشكل مجموعة الأسس والقواعد السياسية والاقتصادية والاجتماعية والخلقية التي يقوم عليها كيان المجتمع، فيحفظ استقرار أحوال الدولة من جميع جوانبها المتعددة واطمئنان الرعية، وبذلك تحمى حقوق الله تعالى في أرضه وكذا حقوق أفراد المجتمع أيضاً.²⁵

ثانياً: تعريف الادعاء العام في القانون

يعتبر الادعاء العام من أبرز النظم والأجهزة القانونية في جانب الرقابة والمتابعة لتصرفات السلطة التنفيذية والقضائية وأعمال مختلف أجهزة الدولة، ويقصد به من: « هو طلب ملاحقة العابثين بأمن واستقرار المجتمع والمعتدين على حقوق وحرريات الأفراد، بما يخالف القوانين والأنظمة القانونية المعمول بها في البلد، فتقوم سلطة الادعاء العام الممثلة في شخص النائب العام بإقامة الدعوى وملاحقة المعتدين والمتجاوزين للقانون، والمطالبة بتطبيق العقوبة عليهم لردعهم وزجرهم من أجل الحفاظ على الاستقرار والأمن في المجتمع وسلامة حقوق وممتلكات المواطنين.²⁶

ويمكن اعتبار الادعاء العام في روسيا بأنه: «وسيلة من وسائل رقابة الشعب على أعمال السلطة التنفيذية ومختلف أجهزة الدولة لتحقيق التوازن بين حماية المواطن وأمنه السياسي والاجتماعي والاقتصادي ومكاسب المجتمع الثورية والاشتراكية وبين حرية المواطن وأمنه وحماية مكاسبه الاشتراكية. ولقد جاء في مشروع إنشائه أنه: « أنشأ بقصد بسط الرقابة القانونية على نشاط كافة الهيئات السوفيتية ولأجل تنظيم المكافحة الحازمة ضد الجريمة، كما اعتبره الأستاذ عبد الحكيم العلي وسيلة من وسائل الرقابة الإدارية على أعمال السلطة التنفيذية.»²⁷

الفرع الثاني: نشأة المدعي العام السوفيتي وكيفية تعيينه

كان نظام المدعي العام الاشتراكي معروفا في روسيا القيصرية قبل الثورة البلشفية سنة 1917 م ثم ألغي بعدها إلى جانب غيره من النظم القديمة في الدولة، وأعيد تنظيمه 16 يوليو 1922 م، حيث وجدت السلطة الروسية آنذاك أنه من الضروري إعادة إدماجه وتطبيقه في المجتمع باعتباره جهاز رقابة قانونية هدفه مراقبة كافة تصرفات أعمال

الحكومة والسلطات الأخرى في البلاد، كما سبق بيانه في مشروع إنشاء وظيفة المدعي العام السوفيتي.

يتم تعيينه عن طريق انتخابه بمعرفة مجلس السوفييت الأعلى ومدة بقائه في منصبه سبع سنوات ويقوم المدعي العام بتعيين مدعي الجمهوريات والأقاليم والأقسام، كما يعتمد التعيينات التي يجريها مدعوا الجمهوريات في الأقاليم والمناطق والمدن، وهذا التسلسل مستقل تماما عن السلطات المحلية وعن وزارة العدل ولا يتبع سوى المدعي العام للاتحاد.²⁸

المطلب الثاني: نطاق رقابة المدعي العام السوفيتي واختصاصاته

إن الحديث عن مفهوم المدعي العام في روسيا ونشأته وكيفية تطوره يسوقنا للحديث عن نطاق رقابته ومدى ولايته وكذا بيان اختصاصاته، وعليه نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نخصص الأول لبيان نطاق رقابته، أما المطلب الثاني فنبين فيه اختصاصاته.

الفرع الأول: نطاق رقابة المدعي العام السوفيتي

نص مشروع إنشاء جهاز المدعي العام السوفيتي على أنه ييسر رقابته القانونية على نشاط كافة الهيئات السوفييتية العامة ولأجل تنظيم المكافحة الحازمة ضد الجريمة. كما نصت المادة 112 من الدستور على: «تزويد المدعي العام بالسلطة العليا في مراقبة تنفيذ الإدارات والهيئات التابعة لها للقوانين بدقة وكذلك مراقبة الموظفين والمواطنين في ذلك.»

أصبحت روسيا في ظل النظام الدكتاتوري الاشتراكي باسطة رقابته على شتى مناحي الحياة في الدولة، بدليل أن الجهاز يمكنه وبمقتضى نص المشروع السابق أن يشرف على نشاط الحكومة بتعقب الجرائم ومكافحتها والقضاء عليها بشتى الوسائل والطرق، ويطلق عليه «الإشراف العام».

يدخل في مسمى الهيئات السوفييتية العامة رجال السلطة التنفيذية من هيئات حكومية من رجال الإدارة، وكذا مختلف أجهزة وهيكل الدولة في روسيا، وذلك بمراقبة احترام تطبيق القوانين وحسن سيرها حفاظا على مبدأ المشروعية وسيادة القانون، وللمدعي العام الحق في الاعتراض على شرعية ودستورية ما تصدره هذه الجهات والهيئات.

ويدخل أيضا في نطاق رقابته رجال السلطة القضائية والمثلة في المحاكم بمختلف أنواعها من ابتدائية ومحاكم استئناف ونقض، ويكون ذلك بإشرافهم على القضايا المرفوعة أمام السلطة القضائية، وإعانة المحققين في إجراء التحقيق، كما لهم الحق في إبداء

رأيهم في أي مرحلة من مراحلها ولمحاكم الاستئناف الاستماع لرأيهم والاستئناس به قبل صدور الحكم النهائي في القضايا.²⁹

الفرع الثاني: اختصاصات المدعي العام السوفيتي

من خلال قراءة النصوص والمواد القانونية المتعلقة باختصاصات المدعي العام في روسيا وهي المواد من 113 إلى 117 ووصولاً إلى اللائحة الخاصة التي صدرت في روسيا عام 1955 م والتي كانت في الواقع تقنياً للنصوص التي وردت في الدستور السوفيتي يتبين أن مرجعها يعود إجمالاً إلى ثلاثة اختصاصات رئيسية نجملها في الفروع الثلاثة التالية:

أولاً: سلطة الاتهام والتدخل

سبقت الإشارة في بداية هذا الفصل إلى ارتباط فكرة المدعي العام بفكرة الحق العام، فله سلطة الاتهام متى وجد سبب محولاً يفرض عليه التدخل وتوجيه اتهامه إلى الجهة المخالفة للقانون، ويشمل الادعاء العام القضايا والدعاوى الجنائية بشتى صورها وكذا القضايا المدنية العادية، ويتدخل بواسطة أخبار وانتقادات الصحف على أعمال وتصرفات السلطة الإدارية لما فيها من إخلال بالقانون أو من خلال شكاوى وتظلمات الأفراد ضد الإدارة.

ثانياً: سلطة الاعتراض

للمدعي العام سلطة الاعتراض على ما تصدره السلطة الإدارية ومختلف اللجان والهيئات التنفيذية من قرارات وتصرفات إدارية، باعتبارها حارسة المشروعية وسيادة القانون، ونشير إلى أن هذا الاعتراض لا يكون ملزماً للجهة المعترض عليها فليست مجبرة على الأخذ به أو الحكم وفقه إذ لا سلطة للمدعي العام حينئذ عليها، فمهمته في هذه الحالة مهمة استشارية فقط.

ثالثاً: سلطة التحقيق

يقوم المدعي العام ونوابه ومساعدوه بمهمة التحقيق إذ هو من صميم وظيفته الرقابية والقانونية فقد خوله الدستور هذا الحق بنص المادة 122 وهي أسمى وظائفه، وتتمثل في التحقيقات التي تجرى مع الموظفين المقصرين والمخلين بأعمالهم وتصرفاتهم الإدارية والوظيفية، وعلى الجهات المعنية بالتحقيق تقديم يد المساعدة وذلك بتقديم الوثائق والمعلومات المفيدة لسير ونجاح إجراءات التحقيق.

رابعاً: سلطة الرقابة والإشراف

تتمثل وظيفة المدعي العام في رقابة مشروعية مختلف نشاطات وتصرفات أجهزة التحري والتحقيق الجنائي، وكذا الرقابة على تنفيذ الأحكام القانونية، والإشراف على المؤسسات النقابية وعلى سلامة الأحكام الجنائية والمدنية وقرارات مختلف أجهزة السلطة القضائية، كما نصت عليه المادة 20 من القانون الصادر بتاريخ 25 / 12 / 1958 م، من تأكيد سلطة المدعي العام في مباشرة الإجراءات الجنائية ومزاولته لذلك مستقلاً عن كافة الهيئات الإدارية الأخرى ولا يخضع إلا لسلطة القانون، وتكون قراراته ملزمة لجميع المؤسسات والأفراد.³⁰

ونشير أن المدعي العام السوفيتي ونظام المفوض البرلماني السويدي قد اشتركا في جل الاختصاصات المخولة لكل منهما في افتقارهما لسلطة إصدار القرارات، فمن اختصاصاتها الإدلاء بتفسير النصوص القانونية وإبداء الرأي حول القضايا المعروضة لديها لكنها ليست ملزمة وغير قابلة للتنفيذ في غالب الأحيان فانحصرت سلطاتها في دور المهمة الاستشارية، عكس مجلس الدولة الفرنسي فله سلطة إصدار القرارات والزامية وحتمية تطبيقها.³¹

المطلب الثالث : نظام المدعي العام المصري

إن الحديث عن نظام المدعي العام السوفيتي يسوقنا للحديث عن المدعي العام الاشتراكي في مصر باعتبار التقارب بين النظامين خصوصا في الأساس الذي أنشأ لأجله نظام الادعاء العام في البلدين وهو الفكر الاشتراكي الذي ينادي بتحقيق الشرعية الاشتراكية وضمان كفالة حقوق وحرريات أفراد الشعب، وعليه نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، نتناول في الفرع الأول تعريفه وطريقة تعيينه، أما الفرع الثاني فنخصصه للحديث عن نطاق رقابته، أما الفرع الثالث فليبين صلاحياته واختصاصاته.

الفرع الأول: تعريف المدعي العام الاشتراكي المصري وطريقة تعيينه

أولاً: تعريف المدعي العام الاشتراكي المصري

هو وسيلة من وسائل الرقابة الشعبية على أعمال السلطة التنفيذية وكذا مختلف أجهزة وهاكل الدولة، هدفه تحقيق المبادئ الاشتراكية والقومية والحفاظ على حقوق وحرريات أفراد الشعب المصري، ويعتبر المدعي العام المصري حامي الشرعية والمبادئ الاشتراكية وأميناً على تطبيق صحيح وسليم لأحكام القانون وراعياً لسيادته، بحيث تلتزم الدولة وكذا المواطن بحدوده، فهو أفضل الضمانات لصيانة المجتمع، ونصت المادة 179 من

الدستور الصادر عام 1971 م على: «إنشاء وظيفة المدعي العام الاشتراكي ليقوم على تحقيق الشرعية وتأمين حقوق الشعب.»

وقد أشار الأستاذ محمد كمال إمام في كتابه أصول الحسبة إلى درجة مصداقية هذا النظام لدى رجال القضاء والقانون والفقهاء نظرا للظروف التي تأسس فيها، خاصة الوضعية القانونية الدستورية.³²

ثانيا: طريقة تعيين المدعي العام الاشتراكي المصري:

استحدث القانون رقم 34 لسنة 1971 م نظام المدعي العام الاشتراكي في مصر لأول مرة باعتباره حاميا وحارسا لمبدأ المشروعية وسلامة تطبيق القانون، وعليه يعين المدعي العام الاشتراكي في مصر بقرار من رئيس الجمهورية ويقوم باختيار معاونيه ويقوم باختيارهم عادة من بين أعضاء النيابة العامة ورجال سلك القضاء بنوعيه العادي والإداري ونشير إلى أن القرار الأمر بتعيين المدعي العام من قبل رئيس الجمهورية برقم 98 سنة 1971 م كان بدرجة وزير ثم صدرت بعده قرارات جعلته بدرجة نائب رئيس الوزراء.³³

الفرع الثاني: نطاق رقابة المدعي العام المصري الاشتراكي

تشمل رقابة المدعي العام الاشتراكي مجالات عدة نص عليها الدستور، وأخرى وردت في قوانين خاصة كقانون حماية الوحدة الوطنية وقانون فرض الحراسة على الأموال وغيرها، ونجملها في النقاط التالية:

أولاً: اتخاذ الإجراءات التي تكفل تأمين حقوق الشعب وسلامة المجتمع ونظامه السياسي، بمعنى شمول رقابته لجميع أفراد الشعب والسهر لحماية حقوقهم وحررياتهم الشخصية، كما سيأتي بيانه مفصلاً أثناء الحديث عن قانون فرض الحراسات بعد قليل إن شاء الله تعالى.

ثانياً: الحفاظ على المكاسب الاشتراكية و التزام السلوك الاشتراكي .

هذا من جهة ما حدده الدستور المصري بصفة مجملة وعامة، أما ما حدده قانون رقم 34 لسنة 1971 م بتنظيم فرض الحراسة على الأموال وتأمين سلامة الشعب فنجملها في النقطتين التاليتين:

أولاً: مراقبة السلوك الاشتراكي والقومي للموظفين وأعضاء الهيئات النيابة وذوي الصفة الشعبية والأفراد ضمانا لعدم استغلالهم النفوذ أو إضرارهم بأمن البلاد أو مصالحها الاقتصادية أو استخدامهم الغش أو التواطؤ أو الرشوة في ارتباطهم مع

الدولة أو الاتجار في المخدرات أو الممنوعات أو السوق السوداء أو التلاعب بقوت الشعب أو بالأدوية.

وبذلك يشمل اختصاص ونطاق رقابة المدعي العام الاشتراكي كل فئات الشعب موظفين ومدنيين وعسكريين سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو اعتباريين.

ثانيا: إجراء تحقيق سياسي في المسائل الهامة ومع من يراهم من المسؤولين الحاليين أو السابقين وغيرهم من الشخصيات العامة، بمعنى أن سلطة رقابة المدعي العام الاشتراكي تمتد إلى رجال السلطة العليا ولأصحاب المناصب العليا والحساسة في البلاد، وهذا مما يضفي صبغة سياسية ونفوذا وسلطة دستورية كبيرة وعالية في آن واحد، خصوصا إذا تعلق التحقيق بحفظ أمن وسلامة كيان الدولة.³⁴

الفرع الثالث: صلاحيات المدعي العام الاشتراكي المصري

من أهم اختصاصات ووسائل المدعي العام الاشتراكي ما تعرضت له المادة 6 من القانون رقم 34 لسنة 1971 م والمتعلقة بتنظيم فرض الحراسة على الأموال، وله بصفة خاصة في سبيل تنفيذ هذا القانون أن يتخذ الإجراءات التالية:

أولا: تكليف مأمور الضبط القضائي أو أي جهة أخرى بجمع الاستدلالات، تبعا لما نصت عليه المادة السادسة من القانون رقم 374 لسنة 1971 م.

ثانيا: الأمر بالتحفظ على أية أوراق أو مستندات يرى أهميتها في الادعاء العام وذلك بقصد تدعيم الادعاء بالوثائق والمستندات عند النظر في الدعوى أمام المحكمة المختصة.

ثالثا: طلب البيانات والمعلومات من هيئات الرقابة الإدارية والمباحث العامة وكذلك له طلب هذه البيانات من هيئات التفتيش في الدولة كالجهاز المركزي للمحاسبات أو الجهاز المركزي للإحصاء.

رابعا: الحصول على الوثائق والملفات من الحكومة أو الهيئات أو المؤسسات العامة أو الوحدات التابعة لها أو من أي شخص من الأشخاص الاعتبارية العامة أو أية جهة أخرى، حتى يتمكن من إقامة دعوى فرض الحراسة على الأموال.

خامسا: له صلاحيات تتعلق بالنيابة العامة تتمثل في طلبه من أية جهة مختصة في النيابة العامة إجراء التحقيق في واقعة معينة أو تتصل بالادعاء وموافاته بنتائج التحقيق، وكذا إجراء التحقيق في الجرائم التي يتبين له وقوعها خلال اطلاعه على الأوراق والملفات. وقد اعتبر الأستاذ عبد الحكيم العيلي نظام المدعي العام الاشتراكي نظاما

تكميليا يساعد ويعمل إلى جانب نظام الاتهام والادعاء الجنائي - النيابة العامة المختصة في الدعاوى العمومية والجنائية - وذلك بمقتضى نص المادة السادسة من القانون رقم 34 لسنة 1971 م.

سادسا: يملك سلطة الاتهام على الأشخاص بخصوص قضايا وشؤون الحراسة، وذلك برفع الدعوى أمام القضاء، ونشير إلى أن القانون رقم 34 لسنة 1971 م قد أوجب إحالة قضايا ودعاوى فرض الحراسة إلى المحكمة المختصة بفرض الحراسة التي ورد تشكيلها في المادة العاشرة من القانون.

سابعا: للمدعي العام الحق في تقديم تقارير سنوية لرئيس الجمهورية يبين من خلالها ما توصل إليه من خلال متابعته للقضايا المتعلقة بحفظ أمن وسلامة المصالح العليا للبلاد، وحماية المكاسب الاشتراكية.

ثامنا: مراجعة القرارات واللوائح التي تصدرها كافة المؤسسات والأجهزة الإدارية للتأكد من مشروعيتها ومدى مطابقتها للدستور وأحكام القانون (رقابة مشروعية وملائمة معا).

تاسعا: تلقي شكاوى المواطنين وفحصها ودراستها، كما له الحق في الرقابة على أعمال مختلف أجهزة الحكومة فما صادفه من مخالفات أو إهمال فمن حقه الاعتراض والمطالبة بتوقيف تنفيذه، فإذا لقي إصرارا من الجهة المصدرة للخطأ والضرر فيأمر بإحالة الأمر إلى المحكمة المختصة.³⁵

ونشير في ختام هذا المبحث إلى أن شمول نطاق اختصاص المدعي العام الاشتراكي في مصر لجميع فئات الشعب ورجال الدولة بمختلف أجهزتها وهيكلها وهيئاتها يؤدي إلى تداخل الاختصاص فيما بين السلطات وما ينتج عنه من إخلال بحقوق وحرريات الأفراد، كما نبه على ذلك رجال الفقه والقانون الإداري والدستوري.

المطلب الرابع: مقارنة نظم الادعاء العام³⁶ بولاية الحسبة

بعد عرض موجز لمفهوم الادعاء العام في النظام الروسي والمصري وبيان اختصاصات كل منهما ونطاق رقابتهما حري بنا أن نقارن بينهما وبين ولاية الحسبة، حتى يتضح جليا طبيعة العلاقة فيما بينها، وعليه نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نخصص الفرع الأول لبيان أوجه الاتفاق، أما الفرع الثاني فليبين أوجه الاختلاف.

الفرع الأول: أوجه الاتفاق بين نظم الادعاء العام وولاية الحسبة

أولا: تتفق نظم الادعاء العام في الأنظمة الاشتراكية مع ولاية الحسبة في شمولية نطاق

اختصاصات كل منهما لجميع فئات وشرائح المجتمع، حيث يشمل نطاق اختصاص الادعاء العام السوفيتي ونظيره المصري الموظفين الإداريين والأفراد المدنيين ورجال السلك العسكري، وكذا رجال السلطة القضائية من قضاة ومحامين وموظفي المحاكم والمجالس القضائية ومحاكم الاستئناف، كما قررت الشريعة الإسلامية للمحتسب مثل هذه الشمولية في مزاوله اختصاصاته حيث تمتد رقابته لجميع فئات وأفراد المجتمع دون استثناء اللهم إلا ما كان داخلا في تخصص يقرره القضاء الإسلامي لجهة معينة هي صاحبة نظم الادعاء العام الاشتراكي فقد يتدخل في قضايا لها صلة بالسلطة الجنائية أو النيابة العامة كما حدث في جمهورية مصر العربية، حيث أصبح القضاء المصري أمام مشكلة الإخلال بمبدأ التوازن بين السلطات الثلاث، فتدخلت بذلك اختصاصات سلطة الادعاء العام مع اختصاصات سلطة الاتهام مما أدى إلى اضطراب في العمل وتضارب الآراء فتج عنه خلل في سلك العدالة، وهذا ما لاندجه في النظام القضائي الإسلامي فلكل ولايته الخاصة به ونطاق عمله محدد ومبين كي لا تتداخل أعمال ولاية في أخرى.

ثانيا: تتفق أنظمة الادعاء العام الاشتراكي مع ولاية الحسبة في وحدة الهدف الذي أنشئت من أجله، فهدف نظم الادعاء العام هو حماية المكاسب والممتلكات الثورية والاشتراكية، والحفاظ على الروح الشعبية والقومية لأفراد المجتمع، وتكريس هذه المبادئ بتطبيق أحكام القانون واحترام تنفيذ أوامره، وتكفل الحسبة تطبيق مبادئ وتعاليم الشريعة الإسلامية المنصوص عليها في الكتاب والسنة، وكفالة ممارسة المسلمين لحقوقهم وحررياتهم في ظل أحكام الدين الإسلامي الحنيف.

ثالثا: تمارس نظم الادعاء العام وظيفتها في استقلاليتها تامة بعيدة عن تأثير السلطة التنفيذية والقضائية، وكذلك المحتسب فلا يخضع في مزاولته لعمله لأي تأثير من أية جهة أو سلطة، بل يعمل في استقلاله كاملة إقرارا لمبدأ الفصل بين السلطات وضمانا لسلامة التوازن فيما بينها.

الفرع الثاني: أوجه الاختلاف بين نظم الادعاء العام وولاية الحسبة

أولا: فيما يتعلق بتعيين أعضاء جهاز الادعاء العام السوفيتي فيتولى تعيينهم المجلس السوفيتي الأعلى، بينما يتم تعيين أعضاء نظام المدعي العام الاشتراكي في مصر من قبل رئيس الجمهورية بناءً على قرار رئاسي ويكون بدرجة وزير ويقوم باختيار معاونيه، بينما سبق بيان الوضع في الشريعة الإسلامية حيث نميز بين والي الحسبة

الذي يعينه الخليفة أو الحاكم وبين المحتسب المتطوع الذي ينصب نفسه لوظيفة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر امتثالا للوجوب الشرعي للحسبة.

ثانيا: سبق البيان في أوجه الاتفاق أن هدف أنظمة الادعاء العام وولاية الحسبة هو هدف واحد ومشترك، لكن إذا نظرنا إلى جوهره وجدناه مختلفا خصوصا إذا رجعنا إلى مصدر إنشاء هذه الأنظمة، فهدف أنظمة الادعاء هو حماية السلطة السياسية والمبادئ والمكاسب القومية والاشتراكية للبلاد، بينما تهدف الحسبة لحماية مبادئ الشريعة الإسلامية وكفالة تطبيقها على وفق الكتاب والسنة.

ثالثا: للمدعي العام الحق في توجيه الاتهام أو التدخل فيما يصادفه من تصرفات مخالفة للقانون وليس للمحتسب ذلك، وإنما ينحصر دوره في إعلام الجهة المختصة باعتبارها صاحبة الولاية العامة للفصل في ذلك.

فيما يتعلق بإمكانية إنهاء مهمة المدعي العام، فيملك مجلس السوفيت الأعلى سلطة إنهاء مهمته إما بعد مضي سبع سنوات وهي المدة القانونية التي خولها الدستور السوفيتي في المادة 112، أو تغيير أعضائه في حالة ما إذا لم يارس وظائفه على النحو المطلوب منه، بينما في مصر تنتهي وظيفة المدعي العام الاشتراكي بقرار من رئيس الجمهورية، أما في الشريعة الإسلامية فالخليفة أو الحاكم هو الذي ينهي مهام المحتسب (والي الحسبة) باعتباره صاحب الحق في تعيينه وترسيمه، ولا يشمل هذا الإجراء المحتسب المتطوع الذي عين نفسه لذلك.³⁷

رابعا: إن مقارنة نظم الادعاء العام في الدول الاشتراكية بولاية الحسبة في الشريعة الإسلامية تبين تقاربا بين اختصاصات المدعي العام والمحتسب، لكن بالنظر إلى نتائج تطبيق كل منهما على أرض الواقع نجد أن وظيفة المحتسب فعالة وآنية في نفس الوقت إذ لا تتطلب الوقت للفصل في المخالفات أو تستدعي المرور بعدة إجراءات أو تدابير قانونية معينة بخلاف ما هو عليه الأمر في نظم الادعاء العام المعاصرة، فنظام الحسبة نظام فريد في بابه وموضوعه حيث تظهر نتائج رقابته في سرعة وسهولة ويسر تأكيدا وتحقيقا لكفالاته في حماية الحقوق وضمان الحريات العامة.

هوامش البحث :

- (1) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: محمد عبد السلام هارون، دار الجليل بيروت ط(2)(1411هـ/1991م) (2/60)، وابن منظور، لسان العرب دار صادر بيروت (1) (1374هـ/1953م)(1/314).
- (2) الماوردي، الأحكام السلطانية، دار الكتب العلمية بيروت (1398هـ/1978م)، ص 240.
- (3) ابن تيمية، رسالة الحسبة، دار الطريق الجزائر العاصمة (1990م)، ص 20.
- (4) ابن خلدون، المقدمة، دار الكتب العلمية بيروت ط(1)(1413هـ/1993م)، ص 176.
- (5) د.نمر بن محمد الحميداني، ولاية الشرطة في الإسلام، دار عالم الكتب، الرياض ط(2)(1994م)، ص 206.
- (6) محمد المبارك، الدولة ونظام الحسبة عند ابن تيمية، دار الفكر القاهرة، ص 73.
- (7) الآية 102 من سورة آل عمران.
- (8) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، تحقيق: عبد القادر الأرناؤوط، دار الفيحاء دمشق، ومكتبة دار السلام الرياض ط(1)(1414هـ/1994م)(1/517).
- (9) الآية 41 من سورة الحج.
- (10) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب كون النهي عن المنكر من الإيمان (1/ برقم 78-49 ص 380).
- (11) النووي، شرح صحيح مسلم (2/ برقم 79 ص 385)، والقاضي عياض، إكمال المعلم، دار الوفاء المنصورة ط(1)(1419هـ/1999م)(1/ برقم 78-49 ص 288).
- (12) أخرجه مسلم، كتاب الإيمان، باب من غشنا فليس منا، شرح النووي (2/ برقم 164-102/ ص 468).
- (13) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الملاحم، باب الأمر و النهي، دار ابن حزم بيروت (4/ برقم 4338).
- (14) العظيم آبادي، عون المعبود، دار الكتب العلمية بيروت (11/ برقم 4328/ ص 328).
- (15) شرح النووي على صحيح مسلم (2/ ص 382)، وأبو بكر الجصاص، أحكام القرآن، دار الفكر (2/ ص 29)، والشوكاني في فتح القدير، دار المعرفة بيروت ط(2)(1416هـ/1996م) (1/ ص 469).
- (16) عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة بيروت ط(3) (1418هـ/1997م) ص 269.
- (17) الماوردي، مرجع سابق، ص 240، وأبو يعلى، الأحكام السلطانية، تح: محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية بيروت ص 284، وعبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص 270.

(18) الغزالي، إحياء علوم الدين، دار الكتاب العربي بيروت (3/ 14)، وعبد الله محمد عبد الله، ولاية الحسبة في الاسلام، مكتبة الزهراء القاهرة، ط(1)(1996م)، ص 138، والشيرزي، نهاية الرتبة في طلب الحسبة، ص 08.

(19) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأدب، باب (يا أيها الذين آمنوا اجتنبوا كثيرا من الظن) الفتح (10/ برقم 6066 ص 593)، ومسلم صحيحه، كتاب البر والصلة والآداب، باب تحريم الظن والتجسس، شرح النووي (16-28/ برقم 2563، ص 354).

(20) الغزالي، الإحياء (7/ ص 35)، صبحي عبده سعيد، شرعية السلطة والنظام، دار النهضة العربية، ص 289، وعبد الكريم زيدان ص 283.

(21) عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ص 279.

(22) الغزالي، الإحياء (7/ ص 45)، وصبحي عبده سعيد، مرجع سابق، ص 295، وعبد الكريم زيدان، ص 289.

(23) الماوردي، الأحكام السلطانية، ص 243، وأبو يعلى، الأحكام السلطانية، ص 287، والغزالي (7/ ص 56)، والسناي نصاب الاحتساب، ص 84، والشيرزي، نهاية الرتبة، ص 118، وابن تيمية، في رسالة الحسبة، ص 13.

(24) عبد الله محمد عبد الله، مرجع سابق، ص 346، والحميداني، نظام الشرطة، ص 211، وعبد الكريم زيدان، ص 283.

(25) عدنان أحمد بدر، النيابة العامة لدى القضاء الشرعي، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ط(1)(2005م) ص 22.

(26) عدنان أحمد بدر، مرجع سابق، ص 23 وما بعدها.

(27) عبد الحكيم العيلي، الحريات العامة دار الفكر العربي مصر، (1364ه/1974م)، ص 609، ومحمد كمال الدين إمام، أصول الحسبة في الاسلام، دراسة مقارنة، دار الهداية ط(1) (1406ه/1986م) ص 163، وعبد الحميد متولي الحريات العامة، منشأة المعارف الاسكندرية (1975م)، ص 169.

(28) عبد الحميد متولي، مرجع سابق، ص 609، ومحمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص 164.

(29) عبد الحكيم العيلي، مرجع سابق، ص 609، ومحمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص 64، ومصطفى رضوان، الادعاء العام والرقابة الادارية فقها وقضاء، منشأة المعارف الاسكندرية مصر، ص 29.

(30) مصطفى رضوان، مرجع سابق، ص 29، ومحمد كمال الدين إمام، مرجع سابق، ص 165.

(31) عبد الحكيم العيلي، ص 610، ومحمد كمال إمام، ص 165.

(32) لمزيد تفصيل حول الجدل الذي دار بين رجال الفقه والقانون انظر ما كتبه عبد الحميد متولي، في

الخریات العامة، وهو في معرض كلامه عن الاتحاد الاشتراكي المصري ومبررات إنشائه ووجوده السياسية والدستورية باعتبار أن فكرة إنشاءهما واحدة، صفحة 186 وما بعدها، ومحمد كمال إمام، مرجع سابق، ص 165 وما بعدها، ومصطفى رضوان، ص 26.

33) عبد الحكيم العلي، مرجع سابق، ص 611، وكمال إمام، مرجع سابق، ص 166، ومما يلاحظ من خلال صبغة المدعي العام باعتبار تعيينه من قبل رئيس الجمهورية وكذا ما تعلق بإنهاء مهامه، فهو يكتسي صبغة تشريعية ذات طابع سياسي بالنظر للصلاحيات المخولة له هذا وأيضا بالنظر إلى امتداد وشمول نطاق عمله لجميع أجهزة الدولة، هذا من جهة، وإذا نظرنا من جهة عمله وحمایته لمبدأ سلامة تطبيق القانون والسهرة على حماية حقوق الأفراد فلمس تلك الصبغة التنفيذية في أحكامه وقراراته.

34) عبد الحكيم العلي، ص 611، وكمال الدين إمام، ص 166.

35) مصطفى رضوان، ص 30، وكمال الدين إمام، ص 167، وعبد الحكيم العلي، ص 612.

36) يشمل مصطلح المدعي العام نظامي الادعاء العام السوفيتي والاشتراكي المصري معا.

37) عبد الحكيم العلي، مرجع سابق، ص 614، ومحمد كمال الدين إمام، ص 169.

قائمة المصادر والمراجع :

- 1) ابن منظور الإفريقي، لسان العرب، دار صادر بيروت، ط(1)(1953م/1992م).
- 2) ابن فارس، أحمد بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: محمد عبد السلام هارون، دار الجليل، بيروت ط(2)(1411ه/1991م).
- 3) الماوردی، محمد بن حبيب، الأحكام السلطانية، دار الكتب العلمية، بيروت (1398ه/1978م).
- 4) محمد المبارك، الدولة ونظام الحسبة عند ابن تيمية، نشر دار الفكر.
- 5) أبو يعلى، الفراء الحنبلي، الأحكام السلطانية، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار الكتب العلمية، بيروت.
- 6) ابن تيمية، رسالة الحسبة، دار الطريق، الجزائر العاصمة (1990م)، والكتاب مطبوع ضمن مجموع الفتاوى.
- 7) ابن خلدون، المقدمة، دار الكتب العلمية، بيروت ط(1)(1413ه/1993م).
- 8) الحميداني، نمر بن محمد، ولاية الشرطة في الإسلام، دراسة تطبيقية فقهية (أصلها رسالة دكتوراه) دار عالم الكتب، الرياض، ط(2)(1414ه/1994م).
- 9) محمد المبارك، الدولة ونظام الحسبة عند ابن تيمية، نشر دار الفكر.
- 10) ابن كثير، عماد الدين أبو الفداء الدمشقي، الفصول في سيرة الرسول، تحقيق: سليم الهلالي، دار غراس الكويت، ط(1)(1424ه/2003م).
- 11) ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، تحقيق: ابن باز، ترقيم: محمد فؤاد عبد

- الباقى، دار الكتب العلمية، بيروت، ط(1)(1410هـ / 1981م).
- (12) النوي، المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج، مراجعة: خليل الميس، دار العلم، بيروت، ط(1)(1407هـ / 1987م).
- (13) أبو داود السجستاني، السنن، دار ابن حزم، بيروت، ط(1)(1419هـ / 1998م).
- (14) شمس الحق العظيم آبادي، عون المعبود شرح سنن أبي داود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط(2) (1415هـ / 1995م).
- (15) أبو بكر الجصاص الحنفي، أحكام القرآن، دار الفكر، بيروت، دون تاريخ الطبع.
- (16) الشوكاني، محمد بن علي، فتح القدير، بعناية: يوسف العش، دار المعرفة، بيروت، ط (2) (1416هـ / 1996م).
- (17) زيدان، عبد الكريم، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة لبنان ط(3)(1418هـ / 1997م).
- (18) الغزالي، أبو حامد حجة الإسلام، إحياء علوم الدين، طبعة دار الكتاب العربي بيروت.
- (19) عبد الله محمد عبد الله، ولاية الحسبة في الشريعة الإسلامية (أصلها رسالة دكتوراه) مكتبة الزهراء القاهرة، ذو الحجة 1416هـ / مايو 1996م.
- (20) صبحي عبده سعيد، شرعية السلطة والنظام في حكم الإسلام (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية (1420هـ / 1999م).
- (21) عبد الحميد متولي، الحريات العامة، منشأة المعارف الإسكندرية (1975م).
- (22) محمد كمال الدين إمام، أصول الحسبة في الإسلام، دراسة مقارنة، دار الهداية، مصر ط(1) (1406هـ / 1986م).
- (23) العيلي، عبد الحكيم، الحريات العامة، دار الفكر العربي، مصر (1394هـ / 1974م).
- (24) عدنان أحمد بدر، النيابة العامة لدى القضاء الشرعي، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ط(1)(2005م).
- (25) مصطفى رضوان، الادعاء العام والرقابة الإدارية فقها وقضاء، منشأة المعارف الإسكندرية مصر.

الجوانب القانونية للشركات القابضة في التشريع الجزائري

د. هارون حسان أروان

أستاذ محاضر بكلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة المدية (الجزائر)

مقدمة:

مجمع الشركات هو عبارة عن صورة من صور التركيز الاقتصادي أفرزتها الظروف الاقتصادية والاجتماعية التي عرفها العالم خاصة بعد نهاية الحرب العالمية الثانية، أين أصبحت فكرة تكتل المشاريع وتوحيدها من خلال تركيز إمكانياتها المادية والبشرية مسألة ضرورية وحيوية، بل أضحت شرطا جوهريا للوحدات الاقتصادية حتى تضمن بقاءها واستمرارية نشاطها وتجعلها تتكيف بصورة مستمرة مع التطورات والتغيرات الاقتصادية والاجتماعية.

وتعبير مجمع الشركات يطلق على تلك الوحدة الاقتصادية التي تتكون من شركتين أو أكثر، تدعى إحدى هذه الشركات بالشركة القابضة بينما يطلق على باقي هذه الشركات تسمية الشركة التابعة، بحيث تكون كل شركة من هذه الشركات مستقلة قانونا عن الأخرى، غير أنها تشكل فيما بينها وحدة اقتصادية واحدة وذلك عن طريق علاقة التبعية التي تفرضها الشركة القابضة على الشركات التابعة باستعمال أساليب مستمدة من قانون الشركات والتي يكون مصدرها الأساسي هو مساهمة الشركة القابضة في رأسمال الشركات التابعة سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، إذ يمكنها ذلك من فرض رقابتها على هذه الشركات بحكم القانون أو الواقع أو الاتفاق.

فالوحدة الاقتصادية التي يشكلها مجمع الشركات من خلال توحيد إستراتيجية وأهداف كل الشركات المكونة له في إطار سياسة تكاملية ما هي إلا ترجمة لوجود هيمنة داخلية تستأثر بها الشركة القابضة تمكنها من السيطرة على باقي الشركات المنضوية تحت لواء المجمع، بحيث تجعل منها مجرد وحدات تهدف إلى تحقيق الخطة الاقتصادية التي ترسمها الشركة القابضة.

تباينت مواقف التشريعات المقارنة في معالجتها للمفهوم القانوني للشركة القابضة،

فبينما حاولت بعض التشريعات تقديم تعريف دقيق لها يشمل كل عناصرها ومقوماتها، اكتفت تشريعات أخرى بتبيان معالمها من خلال تحديد وسائل قيامها أو عن طريق حصر موضوعات نشاطها.

في الجزائر كان أول ظهور لفكرة الشركة القابضة بمناسبة صدور القانون التجاري لسنة 1975، إلا أن مفهومها شهد العديد من التطور لاسيما خلال سنوات التسعينات التي شهدت موجة تعديلات كبيرة لمسيرة التحولات الاقتصادية التي عرفتها الجزائر أثناء هذه الفترة، حيث لم تعد فكرة الشركة القابضة تقتصر فقط على القانون التجاري بل تعدته إلى فروع قانونية أخرى،

هذا ما يدفعنا للبحث في مفهومها القانوني في التشريع الجزائري وذلك من خلال التصدي في البداية إلیالتدقيق في مختلف النصوص القانونية باختلاف فروعها قصد استخراج واستنباط موقف التشريع الجزائري من تعريف الشركة القابضة ومن ثم الوقوف عند أهم خصائصها وذلك خلال المحور الأول من هذه الدراسة، أما المحور الثاني فسنعرضه إلى البحث في مختلف الأساليب القانونية التي تتمكن الشركة القابضة من خلالها السيطرة على الشركات التابعة قصد توجيه السياسة المالية والاقتصادية لها بطريقة تتوافق وتتماشى مع إستراتيجية المجمع ككل.

المبحث الأول: مفهوم الشركة القابضة في التشريع الجزائري

بالرجوع إلى مختلف النصوص القانونية في الجزائر نجد أن المشرع الجزائري قد حاول تعريف الشركة القابضة في ثلاث فروع قانونية مختلفة، بحيث تم تعريفها في القانون التجاري، وهناك تنظيم خاص بها ضمن النصوص المنظمة للمؤسسة العمومية الاقتصادية بالإضافة إلى القانون الجبائي الذي تناولها بالتنظيم كذلك، وهذا ما سوف نتناوله خلال المطلب الأول.

وبعد التطرق إلى مختلف تعاريف الشركة القابضة التي تبناها التشريع الجزائري ضمن مختلف الفروع القانونية، نرى أنه من الضروري التوقف عند أهم الأشكال القانونية التي يمكن للشركة القابضة أن تتخذها وذلك ضمن المطلب الثاني

المطلب الأول: تعريف الشركة القابضة في التشريع الجزائري

الفرع الأول: تعريف الشركة القابضة في التشريع التجاري

لقد حاول التشريع التجاري الجزائري عند صدوره سنة 1975⁽¹⁾ إعطاء مفهوم للشركة القابضة بطريقة ضمنية دون أن يعطيها تسمية معينة، وذلك بمناسبة تطرقه لتعريف الشركة التابعة والشركة المساهمة، إذ اعتبر أن الشركة تكون تابعة لشركة أخرى عندما تمتلك الثانية أكثر من نصف رأسمال الأولى،⁽²⁾ أما إذا لم تتجاوز ملكيتها هذا النصاب فإنها تعتبر مساهمة في هذه الشركة⁽³⁾.

كما أُلزم المشرع التجاري الشركة التي تمتلك أكثر من نصف رأسمال شركة أخرى بإعلام الشركاء ومدوبي الحسابات بذلك، كما يلتزم مجلس إدارتها بتبيان مختلف نشاطات الشركات التابعة وأرباحها⁽⁴⁾، وقد منع المشرع التجاري المساهمة المتبادلة بين الشركات التي ترتبط فيما بينها بروابط مالية مهما كانت نسبة هذه المساهمة⁽⁵⁾.

وأول ما نلاحظه من خلال هذه المحاولة التشريعية هو السطحية وعدم الدقة التي تناول بها المشرع الشركة القابضة، بحيث أنه لم يقدم تعريفا شاملا لها ولم يبين وسائل قيام علاقة التبعية بينها وبين شركاتها التابعة، بالرغم من أنه تطرق لمفهوم المساهمة المالية التي تتجاوز نصف رأسمال الشركات التابعة باعتبارها الوسيلة الوحيدة التي تحقق عنصر التبعية والسيطرة.

ونرى أن سبب ذلك يرجع إلى طبيعة النظام الاقتصادي الذي كانت تبناه الجزائر خلال تلك الفترة والمتمثل في النظام الاشتراكي الذي يقوم على احتكار الدولة للتجارة الخارجية وتقييد التجارة الداخلية، بالإضافة إلى التضييق على كل استثمار أجنبي محتمل.

غير أننا وبالمقابل يمكن أن نستنتج من هذه المحاولة التشريعية جواز إنشاء الشركات القابضة دون عوائق قانونية، إذ أن المشرع قد أجاز وبصورة واضحة وصرحة إمكانية تملك الشركة أسهما في شركات أخرى دون أي تحديد لنسبتها، باستثناء القيد الذي وضعه والخاص بمنع المساهمة المالية المتبادلة بين الشركات، بحيث لا يجوز أن تمتلك الشركة أسهما في شركة أخرى تكون حائزة على أسهم فيها ولو بنسب ضئيلة.

1 الأمر رقم: 59/75، المؤرخ في: 26/09/1975، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 101، بتاريخ 19/12/1975، المتضمن القانون التجاري.

2- أنظر: المادة 729 من القانون التجاري الجزائري قبل التعديل.

3- أنظر: المادة 730 من القانون التجاري الجزائري قبل التعديل.

4- أنظر: المادة 731 من القانون التجاري الجزائري قبل التعديل.

5 أنظر: المادة 732 من القانون التجاري الجزائري قبل التعديل.

وبعد التحولات الاقتصادية التي عرفتها الجزائر مع نهاية ثمانينات القرن الماضي، وموجة الإصلاحات العميقة التي مست مختلف القطاعات وعلى رأسها القطاع الاقتصادي، نجد ان المشرع الجزائري قد غير موقفه بشأن الشركة القابضة، وتجسد ذلك خلال التعديل الذي أدخله على القانون التجاري سنة 1996⁽¹⁾.

وقد عرفها بأنها الشركة التي تمتلك أكثر من 50% من رأسمال شركة أخرى⁽²⁾، أو عندما تملك بصفة مباشرة أو غير مباشرة جزءا من رأسمالها ويحولها ذلك الحصول على أغلبية الأصوات في الجمعيات العامة لهذه الشركة، أو عندما تملك وحدها لأغلبية الأصوات في هذه الشركة بموجب اتفاق مع باقي الشركاء الآخرين أو المساهمين، كما اعتبر الشركة بأنها قابضة عندما تملك في الواقع وبموجب حقوق التصويت التي تملكها التحكم في قرارات الجمعيات العامة لهذه الشركة.⁽³⁾

وقد أعطى المشرع التجاري حالة أخرى تكون فيها الشركة قابضة وذلك عندما تمتلك بصفة مباشرة أو غير مباشرة جزء يتعدى 40% من حقوق التصويت، ولا يجوز أي شريك أو مساهم آخر بصفة مباشرة أو غير مباشرة جزء أكبر من جزئها.⁽⁴⁾

من خلال ما عرضناه يظهر لنا جليا التغير الجذري في موقف المشرع التجاري الجزائري من تعريف الشركة القابضة، وأول ما يمكن تقديمه من تعليقات حول هذا التعريف هو التسمية التي خص بها هذه الشركة، إذ أطلق عليها مصطلح «الشركة القابضة»⁽⁵⁾ الذي قابله في النص الفرنسي بمصطلح (Société Holding) وهي العبارة التي أطلقتها غالبية التشريعات العربية على هذه الشركة.

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد اتجه اتجاها مخالفا لما جاء به التشريع الفرنسي الذي لم يتبنى هذه التسمية خلال النصوص التي نظم بها هذا النوع من الشركات، بالرغم أن المشرع الجزائري قد ساير المشرع الفرنسي في طريقة تعريفه للشركة القابضة، إذ أننا نجد

1 الأمر رقم 27/96 المؤرخ في 09/12/1996، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 77 بتاريخ 11/12/1996 المتضمن تعديل وإتمام القانون التجاري.

2- أنظر: المادة 729 من القانون التجاري الجزائري المعدل والمتمم.

3- أنظر: المادة 731 من القانون التجاري الجزائري المعدل والمتمم.

4- أنظر: المادة 731 من القانون التجاري الجزائري المعدل والمتمم.

5- تنص الفقرة الأخير من المادة 731 من القانون التجاري الجزائري المعدل والمتمم على: «... تسمى الشركة التي ترأب شركة أو عدة شركات وفقا للفقرات السابقة، قصد تطبيق هذا القسم، « الشركة القابضة»».

أن المادة 731 من القانون التجاري متطابقة تطابق تام مع المادة 03/233 من القانون التجاري الفرنسي، بل هي عبارة عن ترجمة حرفية لها.

والسؤال المطروح في هذا الصدد يدور حول الدوافع التي جعلت المشرع الجزائري يتبنى مصطلحا لم يتبناه المشرع الفرنسي بالرغم من أنه قد استمد تعريفه لهذه الشركة بشكل حرفي من التشريع الفرنسي.

ونحن نرى أن السبب الذي جعل المشرع الجزائري يتبنى هذا المصطلح هو محاولة مساندة المصطلح الذي اعتمده في النصوص القانونية الخاصة التي جاء بها لإعادة إنعاش وإصلاح المؤسسات العمومية الاقتصادية سنة 1995، والذي استعمل فيه لأول مرة مصطلح الشركة القابضة.

الفرع الثاني: تعريف الشركة القابضة في التشريع المنظم للمؤسسات العمومية الاقتصادية

كما أشرنا سابقا فإن مصطلح الشركة القابضة ظل غريبا عن أدبيات التشريع الجزائري إلى غاية سنة 1995، سنة صدور القانون المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة، بحيث تضمن لأول مرة مصطلح «الشركة القابضة»، الذي يعتبر مخالفا للمرجعية النظرية للنظام القانوني الجزائري، إذ أن هذا مصطلح مستورد من النظام القانوني الانجلوسكسوني⁽¹⁾.

ولعل السبب الرئيسي في ذلك يرجع إلى الظروف السياسية والاقتصادية التي كانت تعيشها الجزائر خلال تلك الفترة، التي كانت تسمى بالمرحلة الانتقالية على الصعيدين السياسي وحتى الاقتصادي، بالإضافة إلى الصعوبات التي كانت تعاني منها الجزائر جراء الانخفاض الكبير الذي عرفته أسعار المحروقات بداية من النصف الثاني من سنوات الثمانينات، واضطرار الجزائر لإعادة جدولة ديونها مع صندوق النقد الدولي، والذي ترتب عنه خضوعها للخطة الاقتصادية الإصلاحية التي فرضها هذا الأخير.

ويرى الدكتور عجة الجليلي في هذا الشأن أن استعمال مصطلح «الشركة القابضة» ورد خلال تلك الفترة كتجسيد «...لهوس السلطة بكل ما هو أنجلوسكسوني بعد فشل تجاربها مع النظام اللاتيني...ومناقشة هذا التأثير لا يكون له ارتباط مباشر بحقل العلوم القانونية بل يمكن تفسيره من زاوية بسيكولوجية بحثت حيث تعودت السلطة لمواجهة أزماتها المتعددة على استيراد مصطلحات لها وقع نفسي على نفسية المواطن الجزائري

1- أنظر: عجة الجليلي، المظاهر القانونية للإصلاحات الاقتصادية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة الجزائر، سنة 2006، ص 37.

المغروم بنموذج الحياة الأنجلوسكسونية أو الحلم الأمريكي كما يعبر عنها عادة، وضمن هذا التصور استوردت في نهاية الثمانينات مصطلح المانجمنت أو عقد التسيير بمقتضى القانون 89/07 وعقد الفاكنتورينغ بمقتضى المرسوم التشريعي رقم 93/08 وعقد الفرنيشيز بالنسبة إلى التبادل التجاري الخارجي... وجاء مصطلح الهولدينغ ليستخدم أيضا وبانتهازية مقصودة كفتح إضافي لقاطرة الإصلاحات تحاول من خلالها السلطة البرهنة على جديتها في المضي قدما نحو تحقيق إصلاح حقيقي للاقتصاد الوطني...»⁽¹⁾

وقد حاول التشريع الجزائري إعطاء مفهوم متميز للشركة القابضة العمومية في مجال الشركات الاقتصادية العمومية مقارنة بمفهومها في ظل قواعد القانون التجاري على غرار الاتجاه الذي سار فيه المشرع المصري⁽²⁾، بحيث أوكل إليها تسيير وتنظيم ومراقبة الأموال العمومية التجارية التي تحوزها الدولة والأشخاص المعنوية العامة التي تشكل رأسمال الشركات القابضة وتوزع في شكل أسهم أو مساهمات أو شهادات استثمار أو أي قيم منقولة أخرى⁽³⁾.

في حين جعل أموال المؤسسات العمومية التي لم يحول رأسمالها إلى الشركات القابضة العمومية أو التي اكتسب نشاطها القانوني طابعا استراتيجيا في نظر برنامج الحكومة الاقتصادية، تخضع للقوانين الأساسية لهذه المؤسسات أو لقانون خاص يحدده التنظيم⁽⁴⁾.

ونجد أن المشرع الجزائري قد أبرز أغراض الشركة القابضة من خلال القانون المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة والمتمثلة في المشاركة في تنفيذ

1- أنظر: عجة الجليلي، المرجع نفسه، ص ص 37 38.

2- اعطيا التشريع المصري مفهوما للشركة القابضة في إطار القطاع العام بموجب القانون رقم 203 لسنة 1991 والخاص بشركات قطاع الأعمال العام المؤرخ في 19/06/1991 والصادر بالجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية رقم 24 مكرر بتاريخ 19/06/1991. أما الشركة القابضة في إطار القطاع الخاص فقد نظمها بموجب القانون رقم 159 لسنة 1981 والخاص بشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة المؤرخ في 17/09/1981 والصادر بالجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية رقم 40 بتاريخ 01/10/1981، ولوائحه التنفيذية الصادرة بالقرار رقم 96 لسنة 1982 الصادر بالوقائع المصرية ع 145 تابع بتاريخ 23/06/1982، والقرار رقم 204 لسنة 1991 الصادر بالوقائع المصرية ع 107 تابع بتاريخ 13/05/1991.

3- أنظر: المادة 01 و02 من الأمر 25/95 المؤرخ في: 25/09/1995، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 55، بتاريخ: 27/09/1995، المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة.

4- أنظر: المادة 03 من الأمر 25/95.

السياسة الاقتصادية للحكومة، كما أنه حصر مجال نشاطها في استثمار حافطة الأسهم والمساهمات والقيم المتقولة المحولة إليها بهدف زيادة مردوديتها وتنمية المجموعات الصناعية والتجارية والمالية التابعة لها وذلك من خلال الموازنة بين تدخلها في تنظيم وترشيد سياسات واستراتيجيات الاستثمار والتمويل لشركاتها التابعة⁽¹⁾، والمحافظة على استقلال الذمم المالية لهذه الشركات⁽²⁾

من خلال استعراضنا لهذه التعاريف يظهر لنا جليا أن مفهوم الشركة القابضة العمومية يختلف عن مفهوم الشركة القابضة في القانون التجاري من عدة جوانب يمكن عرضها فيما يلي:

- رأسال الشركة القابضة العمومية يكون مملوكا للدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة، أما الشركة القابضة في القانون التجاري يكون رأسها مملوكا لأشخاص خاصين للقانون العام أو القانون الخاص.
- ترك المشرع التجاري الحرية للشركة القابضة في ممارسة الأنشطة التجارية والصناعية بمختلف أنواعها وتخصصاتها، بينما حصر القانون المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة مجال نشاط الشركة القابضة في إدارة وتسيير الشركات التابعة فقط.
- لم يبين المشرع الأدوات والأساليب التي يتحقق بها عنصر التبعية للشركة القابضة العمومية، بينما حدد المشرع التجاري ذلك بصورة دقيقة وواضحة بحيث تطرق إلى مختلف مصادر السيطرة التي تمارسها الشركة القابضة على شركاتها التابعة والتي قد تكون قانونية أو بحكم الواقع أو الاتفاق.
- لم يحدد القانون التجاري الشكل القانوني الذي تتخذه الشركة القابضة، بينما نجد أن الشركة القابضة العمومية يجب أن تفرغ في شكل شركة مساهمة.
- غير أننا نشير أن الشركات القابضة العمومية قد تم إلغاؤها بموجب الأمر 04 / 01 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية⁽³⁾، الذي استبدل الشركة القابضة بشركة تسيير مساهمات الدولة (S.G.P).

1- أنظر: المادة 08 و09 من الأمر 95 / 25.

2- أنظر: المادة 10 من الأمر 95 / 25.

3- الأمر رقم 04 / 01 المؤرخ في 20 / 08 / 2001، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 47 بتاريخ 22 / 08 / 2001 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية وتسييرها وخصخصتها.

الفرع الثالث: تعريف الشركة القابضة في التشريع الجبائي

بالنسبة لتعريف التشريع الضريبي الجزائري للشركة القابضة، فإننا نجد مختلف اختلافات ظاهرا عن تعريف القانون التجاري لها، على غرار ما لاحظناه من اختلاف في تعريف مجمع الشركات، فبالرجوع لنص المادة 138 مكرر من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة⁽¹⁾، نجد أنها تطلق تسمية الشركة الأم بدل القابضة على الشركة التي تأتي على رأس المجمع، كما أنها تشترط لإعطائها هذا الوصف أن تكون لها ملكية مباشرة لنسبة لا تقل عن 90% من رأسمال الشركات التابعة، كما أن هذه الأخيرة لا يجوز لها أن تمتلك أي نسبة من رأسمال الشركة الأم، تحت طائلة إقصائها من الاستفادة من النظام الجبائي الخاص بمجمعات الشركات.⁽²⁾

لعل أهم ما دفع بالمرجع الجبائي للسير في هذا الاتجاه هو محاولة تضييق نطاق تطبيق نظام الدمج الجبائي، وحصره فقط على المجمعات التي تربطها روابط اقتصادية متينة وذلك باشرطه لنسبة تملك قصوى لا تقل عن 90% من رأسمال الشركات التابعة، كما أن اشتراطه للتملك المباشر كان هدفة تبسيط نظام الدمج الجبائي وتفاذي ما قد يرافق التملك غير المباشر من تعقيدات بالإضافة إلى الصعوبات التقنية التي قد تنشأ عن المساهمات المتبادلة بين الشركة الأم وشركاتها التابعة.⁽³⁾

المطلب الثاني: الشكل القانوني للشركة القابضة في التشريع الجزائري

الأصل أن الشركة القابضة لا تعتبر شكلا قانونيا جديدا يضاف إلى أشكال الشركات المعروفة في القانون التجاري، بحيث يجوز لها كقاعدة عامة أن تتخذ أي شكل من أشكال

1- المادة 138 مكرر تم استحداثها بموجب المادة 14 من الأمر 96/31 المؤرخ في 30/12/1996 المتضمن قانون المالية لسنة 1997 والصادر في الجريدة الرسمية عدد 85 بتاريخ 31/12/1996. وقد تم تعديلها بموجب المواد: 7 من القانون 07/12 المؤرخ في 30/12/2007 المتضمن قانون المالية لسنة 2008 والصادر في الجريدة الرسمية ع 82 بتاريخ 31/12/2007. والمادة 6 من الأمر 09/01 المؤرخ في 22/07/2009 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009 والصادر في الجريدة الرسمية ع 44 بتاريخ 26/07/2009 والمادة 06 من القانون رقم 11/16 المؤرخ في 28/12/2011 المتضمن قانون المالية لسنة 2012 والصادر في الجريدة الرسمية ع 72 بتاريخ 29/12/2011.

2- تنص المادة 138 مكرر «... تدعى الواحدة منها «الشركة الأم» تحكم الأخرى المسماة «الأعضاء» تحت تبعيتها بامتلاكها المباشر لـ 90% أو أكثر من رأسمال الاجتماعي والذي لا يمكن أن يكون ممتلكا كليا أو جزئيا من طرف شركة أخرى يمكنها أن تأخذ طابع الشركة الأم...».

3- لمزيد من التفصيل راجع: رايح بن زارع، شروط تطبيق النظام الجبائي الخاص بمجمع الشركات في التشريع الجزائري، بحث منشور في مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، عدد 38، الجزائر جوان 2014، ص 25.

الشركات التجارية⁽¹⁾، سواء شركات الأموال أو الأشخاص، أو الشركات محدودة المسؤولية أو غير المحدودة، فتخضع لأحكام الشكل القانوني الذي اتخذته سواء من حيث قواعد الإنشاء أو خلال ممارسة أنشطتها التجارية والصناعية أو تلك القواعد المتعلقة بانقضائها⁽²⁾.

فالشركة القابضة لا تمثل سوى تطبيق من التطبيقات لنوع من أنواع الشركات المعروفة في القانون التجاري، وتسمية «الشركة القابضة» ليست إلا وصف تتصف به هذه الشركة وذلك نظرا للمهام المتميزة التي تضطلع بها وليست لها أي علاقة بالشكل القانوني للشركة⁽³⁾.

ومن الناحية العملية وبالرجوع إلى التشريعات المقارنة نجد مواقفها تختلف وتتباين حول الشكل القانوني الذي يجب أن تفرغ فيه الشركة القابضة، بحيث نجد أن بعض التشريعات قد جعلت من الشركة القابضة شكلا يضاف إلى باقي الشركات المعروفة في القانون التجاري، كما اننا نجد جانبا آخر من التشريع يفرض على الشركة القابضة أن تتخذ شكلا قانونيا محددًا، كما نجد تشريعات أخرى تترك الحرية للشركة القابضة في الشكل القانوني الذي تتخذه.

أما بالنسبة للتشريع الجزائري وبالرجوع إلى مختلف النصوص القانونية المنظمة للشركة القابضة في التشريع التجاري الجزائري⁽⁴⁾ سواء قبل التعديل أو بعده، لا نجد ما يشير إلى أن التشريع التجاري الجزائري قد اشترط شكلا قانونيا معينًا تتخذه الشركة القابضة، وعليه يمكن لها أن تتخذ أي شكل من أشكال الشركات التي حددها المشرع في القانون التجاري⁽⁵⁾.

ونشير في هذا الصدد أن التشريع التجاري بالرغم من أنه قد ترك كامل الحرية في

1-Voir :De Sola Canizares Felipe. Les sociétés financières en droit comparé. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 7 N°3, Juillet-septembre 1955,P606.

2 أنظر: حسب الله منذر عبد و م.م. رسول شاكر محمود، مفهوم وسمات الشركة القابضة، بحث منشور في مجلة الفتح، العدد 41 أب لسنة 2009، ص 76.

3 أحمد محمود المساعدة، العلاقة القانونية للشركة القابضة مع الشركات التابعة لها: دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 12، جوان 2014، ص 110.

4 المواد: 729 وما بعدها من القانون التجاري الجزائري الساري المفعول.

5 الشركات التجارية في القانون التجاري محددة بنص المادة 544 من القانون التجاري الجزائري التي تنص « يحدد الطابع التجاري لشركة إما بشكلها أو بموضوعها.

تعد شركات التضامن وشركة التوصية والشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات المساهمة، تجارية بحكم شكلها ومهما يكن موضوعها».

اختيار الشكل القانوني للشركة القابضة، إلا أن الخصائص القانونية لبعض أنواع الشركات تفرض نفسها على الشكل الذي تتخذه الشركة القابضة، إذ أن المزايا التي يمنحها العمل في إطار مجمع الشركات تجعلنا نستبعد فرضية وجود شركات قابضة تأخذ شكل شركات الأشخاص، وذلك نظرا لخصائصها التي لا تتماشى ومتطلبات وضروريات العمل في إطار مجمع الشركات، إذ لا يمكن لها تحقيق الأغراض التي تقوم من أجلها الشركة القابضة خاصة فكرة الاعتبار الشخصي الذي تقوم عليه شركات الأشخاص بالإضافة إلى طبيعة مسؤولية الشركاء فيها، والتي ينتج عنها محدودية قدرة هذه الشركات في استقطاب رؤوس الأموال.

وعلى عكسها نجد أن شركات الأموال وعلى رأسها شركات المساهمة تعد الوعاء القانوني الأمثل للشركات القابضة⁽¹⁾، ويرجع سبب ذلك للمميزات التي تتصف بها لا سيما ارتكازها على الاعتبار المالي للشركاء دون مراعاة أي اعتبار شخصي، الشيء الذي جعل منها أداة فائقة القدرة في استقطاب رؤوس الأموال الداخلية والخارجية اللازمة للنهوض بالمشروعات الاقتصادية الضخمة، التي تعجز عن تحقيقها شركات الأشخاص نظرا للمحدودية إمكاناتهم المادية والبشرية⁽²⁾.

وبعكس القانون التجاري وبالرجوع إلى نص المادة 138 مكرر من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، يظهر لنا جليا بأن التشريع الجبائي الجزائي قد حدد شكل قانوني وحيد وحصري يجب ان تفرغ فيه الشركة حتى تعتبر تابعة لشركة أخرى وتكون مؤهلة للخضوع للنظام الجبائي الخاص بمجمعات الشركات، ألا وهو شركة المساهمة⁽³⁾، وهذا ما يجعلنا نقول أن هذا النص قد استثنى بشكل صريح كل أشكال الشركات الأخرى المعروفة في القانون التجاري⁽⁴⁾.

1 Voir :de Sola Canizares Felipe. Op.cit,P606.

2- أنظر: محمد فريد العريني، الشركات التجارية: المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال، دار الجامعة الجديدة، سنة 2003، ص 181.

3- تنص المادة 138 مكرر من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة «... تجمع الشركات، يعني كل كيان اقتصادي مكون من شركتين أو أكثر ذات أسهم...»

4- وهذا ما أكدته التعليمية رقم 97/07 الصادرة بتاريخ 13/04/1997 عن المديرية العامة للضرائب، والمتعلقة بالنظام الجبائي الخاص بمجمعات الشركات بنصها: «... وحدها شركات المساهمة مؤهلة للخضوع لنظام مجمع الشركات، وعليه تستثنى الشركات المنظمة تحت شكل آخر مثل الشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركات التضامن وغيرها...» لمزيد من التفصيل راجع: رايح بن زارع، المرجع السابق، ص 252.

وفي هذا الصدد نجد من يعيب على المشرع الجزائري إقصاء باقي أشكال الشركات الأخرى من الخضوع للنظام الجبائي للمجمع وذلك لأنه لا يوجد ما يبرره من الناحية المنطقية، خاصة وأن هناك الكثير من المجمعات تضم شركات لا تتخذ شكل شركة المساهمة. عكس ما ذهب إليه المشرع الفرنسي الذي فتح الباب لكل شخص معنوي ينتمي للمجمع للخضوع للنظام الضريبي المتميز الخاص بمجمعات الشركات، بشرط أن يكون مجموع نتائج نشاطه خاضع لنظام الضريبة على أرباح الشركات (I.B.S).⁽¹⁾

أما الشركة القابضة في ظل القانون المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة فهي تتخذ شكل شركات المساهمة التي يكون رأسها مملوك كليا للدولة أو تشترك فيه مع أشخاص معنوية عامة، وتحويل هذه الشركة حق الملكية وجميع الحقوق المتفرعة عليه على الأسهم والمساهمات والقيم المنقولة التي تحول إليها أو تكتتب فيها باسم الدولة، وتنشأ الشركة القابضة بموجب عقد توثيقي بنفس الشروط والكيفيات التي تطبق على شركات المساهمة الخاضعة للقانون التجاري.⁽²⁾

المبحث الثاني: الآليات القانونية لقيام الشركة القابضة في التشريع الجزائري

إن الوحدة الاقتصادية التي يشكلها مجمع الشركات من خلال توحيد إستراتيجية وأهداف كل الشركات المكونة له في إطار سياسة تكاملية ما هي إلا ترجمة لوجود هيمنة داخلية تستأثر بها الشركة القابضة وتمكنها من السيطرة على باقي الشركات المنضوية تحت لواء المجمع، بحيث تجعل منها مجرد وحدات تهدف إلى تحقيق الخطة الاقتصادية التي ترسمها الشركة القابضة.

هذه الهيمنة تتأتى للشركة القابضة عن طريق ما يسمى بفكرة الرقابة التي اعتبرها الفقه والقضاء المعيار الحقيقي لوجود علاقة التبعية بين الشركة القابضة وباقي شركات المجمع، وهي عبارة عن حالة واقعية تجعل من الشركة القابضة في وضعية هيمنة على شركات المجمع بحيث تحولها سلطات إدارية ومالية واسعة في مواجهة الشركات التابعة⁽³⁾، فالرقابة ليست سوى أحد مظاهر التعبير القانوني عن السيطرة والهيمنة الاقتصادية⁽⁴⁾

1- أنظر: رابح بن زارع، المرجع نفسه، ص ص 252 و 253.

2- أنظر: المادة 05 و 06 من الأمر 25/95 المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة، السابق الإشارة إليه.

3- أنظر: أحمد محمود المساعدة، المرجع السابق، ص 113.

4- Voir: Claude.Champaud, Recherche des Critères d'appartenance à un groupe, Droit des groupes de sociétés, Librairies techniques, Paris 1972, P 29.

وتتحقق الرقابة للشركة القابضة وفق مقتضيات القانون التجاري الجزائري من خلال مساهمتها في رأسمال الشركات التابعة بنسبة تمكنها من السيطرة عليها، وذلك باستعمال مجموعة من التقنيات القانونية تتمثل في امتلاك الشركة القابضة أكثر من نصف رأسمال الشركة التابعة (مطلب أول)، أو عن طريق سيطرتها على تكوين مجلس إدارة الشركة التابعة (مطلب ثان).

المطلب الأول: الرقابة عن طريق ملكية أغلبية رأس المال

تتحقق سيطرة الشركة القابضة على شركاتها التابعة من خلال مساهمتها في رأسمالها بنسبة تحقق لها أغلبية الأصوات في الجمعية العمومية، ويتأتى لها ذلك أساسا من خلال ملكيتها لنسبة أكثر من 50% من أسهم الشركة التابعة حتى تتمكن من الهيمنة على قراراتها⁽¹⁾، باعتبار أن الجمعية العمومية للشركة هي السلطة المهيمنة على أهم القرارات التي تصدر عنها لاسيما تعيين مجلس الإدارة.⁽²⁾

ففي هذه الحالة تكون الشركة القابضة شريكاً رئيسياً في الشركة التابعة، بحيث تستأثر بنسبة كبيرة من أسهم هذه الأخيرة، وتعتبر النسبة الكبيرة من الأسهم التي تملكها مؤشر قوي على توافر نية السيطرة من قبل الشركة القابضة⁽³⁾، كما أن لنسبة ملكية رأس المال دور كبير في تحديد مدى خضوع الشركة التابعة للقابضة، فكلما كانت المساهمة المالية للشركة القابضة في الشركة التابعة كبيرة، كلما كان خضوع هذه الأخيرة للأولى أكبر.⁽⁴⁾

غير أننا نشير إلى أن هذه الملكية يجب أن يكون محلها أسهم رأس المال دون أي نوع آخر من الأسهم التي تعطي فقط الحق في حصول الشريك على نسبة من الأرباح دون أن يكون له الحق في التدخل في قرارات الشركة، وهذه الأسهم تعرف بتسمية أسهم التمتع.

والفرق جوهرى بين هذين النوعين من الأسهم، فأسهم رأس المال هي تلك الأسهم العادية التي يتكون من مجموع قيمتها رأسمال الشركة، ولا يمكن لأصحابها أن يستردوا قيمتها مادامت الشركة قائمة تزاوّل نشاطها، ويجوز لهذا النوع من الأسهم

1- أنظر: المادة 729 من القانون التجاري الجزائري.

2 أنظر: القرشي محمد أحمد مفلح، تبعية الشركة التابعة للشركة القابضة في قانون الشركات الأردني، رسالة ماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، الأردن سنة 2008، ص 10.

3- أنظر: أحمد محمود المساعدة، المرجع السابق، ص 112.

4- أنظر: عماد الشربيني، موقف المشرع المصري من المشروعات متعددة القوميات، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة، مج 71، ع 380، مصر سنة 1980، ص 244.

لصاحبه الحصول على حقه من الأرباح التي تحققها الشركة كما له نصيب في موجودات الشركة بعد تصفيته⁽¹⁾.

أما أسهم التمتع هي تلك الأسهم العادية التي تم استهلاكها من قبل أصحابها عن طريق تسديد قيمتها من طرف الشركة، بحيث تقوم هذه الأخيرة باسترجاع أسهمها وتعطي المساهم أسهم تمتع بدلا عنها⁽²⁾، وتلجأ الشركة لمثل هذه التصرفات في حالة استثمارها في مشاريع تهلك أصولها تدريجيا أو في المشاريع المحددة المدة كما لو كانت تستغل منجما أو محجرا، أو يكون نشاطها يتمثل في استغلال أحد المرافق العامة بموجب عقد امتياز، ففي هذه الحالة يحصل المساهم على القيمة الاسمية لسهمه تدريجيا قبل انقضاء الشركة⁽³⁾.

ولما كانت أسهم التمتع ليست لها قيمة في رأس المال، فإن حيازة الشركة القابضة لأغلبية هذه الأسهم لا يخولها من الناحية العملية سلطة الاستئثار بقرارات الجمعية العامة للشركة التابعة، وبالتالي فإنها تفقد صفتها كشركة قابضة⁽⁴⁾.

كما يشترط في الأسهم التي تحوزها الشركة القابضة في الشركة التابعة أن تكون أسهم مملوكة لها، وليست أسهم حازتها الشركة القابضة على سبيل الوديعة أو الرهن⁽⁵⁾. وكأصل عام فإن هذا النوع من الرقابة لا يثير مشاكل من الناحية القانونية أو الفنية، فملكية أسهم رأس المال من طرف الشركة القابضة يؤهلها للسيطرة على الجمعية العامة للشركة القابضة وبالتالي توجيه مختلف قراراتها، لاسيما في حالة ما إذا كانت غالبية هذه الأسهم هي أسهم ممتازة مما يخولها أصوات متعددة في الجمعية العامة للشركة التابعة⁽⁶⁾.

1- أنظر: فوزي محمد سامي، الشركات التجارية: الأحكام العامة والخاصة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة السابعة، عمان 2014، ص 307.

2- عرف المشرع التجاري الجزائري الجزائري من خلال نص المادة 715 مكرر 45 أسهم التمتع بأنها «الأسهم التي تم تعويض مبلغها الاسمي إلى مساهم عن طريق الاستهلاك المخصوص إما من الفوائد أو الاحتياطات، ويمثل هذا الاستهلاك دفعا مسبقا للمساهم عن حصته ف يتصفية الشركة في المستقبل».

3- أنظر: عزيز العكيلي، الوسيط في الشركات التجارية: دراسة فقهية قضائية مقارنة في الأحكام العامة والخاصة، مطبعة دار الثقافة، عمان، الأردن سنة 2010، ص 232.

4- أنظر: يحيى عبد الرحمن رضا، الجوانب القانونية لمجموعة الشركات عبر الوطنية، دار النهضة العربية، القاهرة 1994، ص 321.

5- أنظر: يحيى عبد الرحمن رضا، المرجع نفسه، ص 321.

6- أنظر: دريد محمود على، الشركة القابضة: المفهوم القانوني وآلية التكوين، بحث منشور في مجلة الجامعة الأسمرية، المجلد 05، العدد 10، سنة 2008، ص 385.

المطلب الثاني: الرقابة عن طريق السيطرة على تعيين مجلس إدارة الشركة التابعة

نظرا لثقل مهمة مجلس إدارة الشركة وصلحاياته الواسعة في تحديد مسار الشركة ورسم سياساتها فإن السيطرة على تعيين أعضائه يؤدي إلى السيطرة على الشركة ككل⁽¹⁾، وعليه نجد أن غالبية التشريعات التي نظمت الشركات القابضة، قد أقرت بوجود عنصر الرقابة في حال تمكن الشركة القابضة على تعيين أو عزل أعضاء مجلس إدارة شركاتها التابعة⁽²⁾، أين يتأتى لها من خلال هؤلاء الأعضاء توجيه سياسة الشركة التابعة على نحو ينسجم ويتمشى مع الخطة الاقتصادية للمجمع ككل⁽³⁾.

والأصل أن أحقية تعيين أعضاء مجلس الإدارة تنقرر للمساهم الذي يملك أغلبية رأس المال في الشركة، لحيازته على أغلبية حقوق التصويت في الجمعية العامة باعتبارها الهيئة المخولة قانونا بتعيين أعضاء مجلس الإدارة، فالسيطرة على الإدارة يكون مصدرها ملكية أغلبية رأس المال الذي يشكل المدخل الرئيسي لممارسة سلطة الرقابة على الشركة⁽⁴⁾. ولكننا ومن خلال التحليل الواقعي لعلاقة الشركة القابضة بشركاتها التابعة، يظهر جليا أن حق تعيين أعضاء مجلس إدارة الشركة التابعة وإن كان ينشأ كأصل عام من خلال ملكية الشركة القابضة لأغلبية أسهم شركاتها التابعة، إلا أنه يمكن التحقق السيطرة للشركة القابضة رغم تملكها نسبة بسيطة في رأسها⁽⁵⁾، وذلك إذا تم توزيع أغلبية أسهم الشركة بين عدد كبير من صغار المساهمين الذين لا يحرصون على حضور اجتماعات الجمعية العامة لعدم اهتمامهم بالمسائل الإدارية للشركة بقدر اهتمامهم بالأرباح التي يحققونها، فتكون السيطرة من الناحية الفعلية للشركة القابضة التي تملك جزءاً يسيراً من رأس المال⁽⁶⁾.

1- أنظر: م. اساور حامد عبد الرحمن، اتفاق الاستحواذ على الشركات، مجلة العلوم القانونية والسياسية بجامعة كركوك، العدد 06 المجلد رقم 02، سنة 2013، ص 40.

2- أنظر: أحمد محمود المساعدة، المرجع السابق، ص 114.

3- أنظر: جعفر إبراهيم حسين بن عيسى، النظام القانوني للشركة القابضة في التشريع الأردني، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، الأردن سنة 2002، ص 30.

4- أنظر: مؤمن طاهر شوقي، الاستحواذ على الشركة، بحث منشور في مجلة مصر المعاصرة، المجلد رقم 100 العدد 497، مصر سنة 2010، ص 244.

5- أنظر: المادة 731 من القانون التجاري الجزائري.

6- أنظر: ماجد بن عبد الله الهديان، الشركة القابضة والذمة المالية الصورية للشركات التابعة لها، مقال منشور في جريدة الاقتصادية، العدد 5844، الصادر بتاريخ 11/10/2009.

كما يمكن أن للشركة القابضة أن تتحكم في تعيين أعضاء مجلس إدارة الشركات التابعة سواء بملكية أغلبية حقوق التصويت في الجمعية العامة بموجب ملكيتها للأسهم الممتازة أو من خلال وجود نص في القانون الأساسي للشركة التابعة أو اتفاق مع باقي الشركاء.⁽¹⁾

الفرع الأول: ملكية أغلبية حقوق التصويت في الجمعية العامة بموجب ملكيتها للأسهم الممتازة

يمكن للشركة القابضة أن تمتلك نسبة من الأسهم لا تشكل أغلبية رأس مال الشركة، إلا أنها يمكن أن تستأثر بأغلبية حقوق التصويت داخل الجمعية العامة للشركة التابعة، وبالتالي يتسنى لها الاستئثار بتعيين أو عزل أعضاء مجلس إدارة هذه الأخيرة، ويكون لها ذلك في حالة حيازتها لمجموعة من الأسهم الممتازة التي تحولها أصواتا متعددة في الجمعية العامة.⁽²⁾

والأسهم الممتازة هي عبارة عن أسهم تعطي لصاحبها حقوقا وامتيازات إضافية عن تلك التي تمنحها الأسهم العادية، وغالبا ما تتخذ صورتين: تتمثل الأولى في أسهم ممتازة تعطي أصحابها الأولوية في الحصول على الأرباح والتقدم على مالكي الأسهم العادية، كما تكون لهم الأولوية في نصيبهم من موجودات الشركة عند التصفية، هذا النوع من الأسهم لا يعطي لصاحبه إلا صوتا واحدا. أما الصورة الثانية للأسهم الممتازة هي التي يطلق عليها تسمية الأسهم ذات الصوت المتعدد، بحيث يخول هذا النوع من الأسهم صاحبه أكثر من صوت واحد في الجمعية العامة للشركة.⁽³⁾

هذه الصورة الأخيرة للأسهم الممتازة اختلفت التشريعات في التعامل معها، فبينما ذهبت بعض التشريعات إلى منع إصدارها بحجة خطورتها، إذ أنها تشكل إخلالا بقاعدة المساواة بين الأسهم وتكرس تفاوتات في حقوق وواجبات المساهمين وتمكن أقليتهم من السيطرة على الأغلبية، ذهبت تشريعات أخرى لإجازة التعامل بها على غرار التشريع الجزائري⁽⁴⁾ وذلك نظرا لما تحققه من امتيازات اقتصادية كاستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية أو المحافظة على سيطرة المساهمين الوطنيين على قرارات الشركة.⁽⁵⁾

1- أنظر: دريد محمود على، المرجع السابق، ص 376.

2- أنظر: دريد محمود على، المرجع نفسه، ص 385.

3- أنظر: فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 310.

4- أنظر: المادة 715 مكرر 44 من القانون التجاري الجزائري.

5- أنظر: محمد فريد العريني، ص 192.

الفرع الثاني: وجود نص في القانون الأساسي للشركة التابعة أو اتفاق مع باقي الشركاء

يمكن للشركة القابضة أن تستأثر بحق تعيين أعضاء مجلس إدارة شركاتها التابعة دون أن تمتلك لأغلبية حقوق التصويت سواء بملكية أغلبية أسهم رأس المال أو الأسهم التي تعطيها أغلبية حقوق التصويت، وذلك في حالة وجود نص في القانون الأساسي للشركة التابعة يخولها حق تعيين أعضاء مجلس الإدارة، أو أن يتم إبرام اتفاق بينها وبين الشركة التابعة يقضي بأحقيتها في الاستئثار بهذا الحق⁽¹⁾.

أولاً: وجود نص في القانون الأساسي للشركة التابعة يخول الشركة القابضة حق تعيين أعضاء مجلس الإدارة:

بحيث ينص القانون الأساسي للشركة التابعة صراحة بتحويل الشركة القابضة حق تعيين أو عزل كل أو أغلبية أعضاء مجلس الإدارة في الشركة التابعة دون الحاجة إلى موافقة أي مساهم آخر حتى ولو كان مالكا لأغلبية الأصوات داخل الجمعية العامة، وبهذا تتحقق للشركة القابضة السيطرة على قرارات الشركة التابعة وتمكنها من تكييف سياستها وأهدافها مع الإستراتيجية العامة للمجمع⁽²⁾.

ومن الناحية العملية نجد مثل هذه النصوص التي تخول الشركة القابضة هذا الحق عندما تكون الشركة القابضة أحد الأعضاء المؤسسين للشركة التابعة، بحيث تفرض على باقي الشركاء المؤسسين إدراج هذا الحق في العقد التأسيسي للشركة التابعة.

ثانياً: وجود اتفاق بين الشركة والقابضة والتابعة يخول الأولى حق تعيين أعضاء مجلس إدارة الثانية:

بحيث تتمكن الشركة القابضة من السيطرة على شركاتها التابعة من خلال رابطة عقدية تربطها مع غالبية الأعضاء المكونين للجمعية العامة للشركة التابعة، تخول الأولى حق الرقابة والتوجيه على الثانية⁽³⁾.

ويتم اللجوء إلى مثل هذه الاتفاقات في حال ملكية الشركة القابضة لجزء بسيط من رأس مال الشركة التابعة لا تخولها حقوقاً كثيرة في التصويت وتعيين أعضاء مجلس الإدارة، فتتجه الشركة القابضة إلى إبرام اتفاقات إدارية أو فنية مع الشركة التابعة بهدف تعزيز

1- أنظر: المادة 731 من القانون التجاري الجزائري.

2- أنظر: أحمد محمود المساعدة، المرجع السابق، ص 114.

3- أنظر: القرشي محمد أحمد مفلح، المرجع السابق، ص 10.

سيطرتها عليها و حصولها على حقوق تتجاوز الحقوق التي تخولها إياها الأسهم التي تملكها⁽¹⁾.

كما أننا نجد هذا النوع من الاتفاقات في بعض الأحيان عندما لا تكتفي الشركة القابضة بالسيطرة التي تتأتى لها من ملكية أغلبية رأسمال الشركة التابعة، بحيث تقوم بعقد اتفاقات مع باقي الشركاء حتى تضمن سيطرتها على هذه الشركة وتعززها.⁽²⁾

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى حالة أخرى تتمكن فيها الشركة القابضة من أن تسيطر على شركة أخرى بصورة غير مباشرة عن طريق سيطرة إحدى شركاتها التابعة على شركة أخرى، فتصبح الشركة الثانية قابضة للثالثة والأولى قابضة لهذه الأخيرة، فلو افترضنا أن الشركة (أ) تملك الرقابة على الشركة (ب) من خلال تملكها لأغلبية رأسمالها، وأن الشركة (ب) تسيطر على الشركة (ج)، فإن الشركة القابضة (أ) تعد مراقبة للشركة (ب) عن طريق المشاركة في رأسمالها بصورة مباشرة، وتصبح أيضا للشركة (أ) سلطة الرقابة على الشركة (ج) بواسطة الشركة (ب) أي بطريق المساهمة غير المباشرة، وفي حالة وجود شركات تابعة للشركة (ج) فإنها تصبح تابعة للشركة (أ) كذلك.⁽³⁾

ويطلق الفقه على الشركة القابضة في هذه الحالة تسمية الشركة القابضة العليا، بحيث تكون لها الرقابة على عدة شركات تابعة بطريق غير مباشر من خلال إحدى الشركات التابعة التي تمتلك فيها مساهمة مباشرة، وتدعى هذه الشركة التابعة بالشركة الوسيطة⁽⁴⁾.

ويحقق هذا النوع من الرقابة للشركة القابضة العليا قدرات فائقة على مضاعفة سيطرتها على رؤوس الأموال التي ساهمت بها في شركتها التابعة الوسيطة، فلو فرضنا أن الشركة القابضة العليا (أ) تملك نسبة (51٪) من رأسمال الشركة التابعة الوسيطة (ب) والمقدر بـ 20.000.000 دج (نفترض أن نسبة 51٪ التي تملكها الشركة أ في رأسمال الشركة ب تقدر بـ 10.010.000 دج) ثم حازت الشركة الوسيطة (ب) 51٪ من رأسمال ثلاث شركات أخرى يقدر رأسمال كل واحدة منها بـ 20.000.000 دج، ففي هذه الحالة تصبح الشركة القابضة العليا تسيطر على رأسمال قدره 80.000.000 دج

1- أنظر: دريد محمود على، المرجع السابق، ص 375.

2- أنظر: عماد الشرييني، المرجع السابق، ص 245.

3- أنظر: جعفر إبراهيم حسين بن عيسى، المرجع السابق، ص 22.

4- أنظر: محمود سمير الشراوي، المشروع متعدد القوميات والشركة القابضة كوسيلة لقيامه، مجلة مصر المعاصرة، مجلد 66، عدد 362، ص 591.

بالرغم من أن مساهمتها الفعلية لم تتجاوز 10.010.000 دج أي ما يعادل نسبة 1/8 من رأس المال الذي تسيطر عليه⁽¹⁾.

ويرى الدكتور محمود سمير الشقاوي أن هناك سببين رئيسيين للجوء إلى هذه الصورة من الرقابة⁽²⁾، يتمثل الأول في أن الدول المصدرة لرأس المال تلجأ إلى استعمال هذه الوسيلة لاستثمار رؤوس أموالها في عدة دول تشكل مجموعة اقتصادية إقليمية واحدة، إذ بدلا من ظهور هذه الاستثمارات في شكل سيطرة شركات قابضة أجنبية في هذه الدول، مما قد لا يرضي الشعور القومي فيها، فإنها تقوم بإنشاء شركة وسيطة في إحدى دول المجموعة الإقليمية لتكون شركة قابضة تسيطر على شركات تابعة في الدول الأخرى الأعضاء في هذه المجموعة.

كما قد تلجأ بعض الشركات الكبرى في الدول المتقدمة إلى اعتماد نظام الرقابة عن طريق الشركة الوسيطة عند محاولتها تفادي إنشاء شركة قابضة واحدة تسيطر على عدد من الشركات التابعة في عدة دول يكون نظامها القانوني صارما، فتتجه لإنشاء شركة وسيطة في دولة تتميز بنظام قانوني و جبائي تتميز قواعده الموضوعية والإجرائية بالمرونة، فتقوم هذه الشركة الوسيطة بالسيطرة على عدد من الشركات في دول أخرى.

الخاتمة:

حاولنا من خلال هذه المساهمة تسليط الضوء على معالجة التشريع الجزائري لأهم وحدة قانونية واقتصادية يتكون منها مجمع الشركات والمتمثلة في الشركة القابضة، وذلك بالغوص في أعماق المفهوم القانوني والإطار التقني لها وقد خلصنا إلى مجموعة من النتائج يمكن إيجازها فيما يلي:

- تناول التشريع الجزائري الشركة القابضة في ثلاث فروع قانونية مختلفة، بحيث تم تعريفها في القانون التجاري، وكذا في النصوص المنظمة للمؤسسة العمومية الاقتصادية بالإضافة إلى القانون الجبائي الذي تناولها بالتنظيم كذلك.
- اختلف موقف التشريع الجزائري من الشكل القانوني للشركة القابضة، فبينما لم يشترط التشريع التجاري الجزائري شكلا قانونيا معيناً تتخذه الشركة القابضة، اتجه التشريع الجبائي الجزائري إلى وضع شكل قانوني وحيد وحصري تفرغ فيه الشركة حتى تعتبر تابعة لشركة أخرى وتكون مؤهلة للخضوع للنظام الجبائي الخاص بمجمعات الشركات، ألا وهو شركة المساهمة، وهو نفس الشكل الذي اشترطه الأمر 25/95

1- أنظر: مجيبى عبد الرحمن رضا، المرجع السابق، ص 325.

2 أنظر: محمود سمير الشقاوي، المرجع السابق، ص 591.

المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة.

- الشكل الأنسب الذي يمكن للشركة القابضة أن تتخذه هو إحدى أنواع شركات الأموال نظرا للخصوصيات التي تتميز بها هذه الشركات لاسيما قدراتها الفائقة على استقطاب وتركيز رؤوس الأموال، بالإضافة إلى المسؤولية المحدودة للشركاء فيها.
- تتحقق الرقابة للشركة القابضة من خلال مساهمتها في رأسمال الشركات التابعة بنسبة تمكنها من السيطرة عليها، وذلك بواسطة أدوات وأساليب مستمدة من قانون الشركات من خلال ثلاث صور: إما أن تمتلك الشركة القابضة أكثر من نصف رأسمال الشركة التابعة أو تسيطر الشركة القابضة على تكوين مجلس إدارة الشركة التابعة من خلال ملكية أغلبية حقوق التصويت في الجمعية العامة لها بموجب ملكيتها للأسهم الممتازة أو وجود نص في القانون الأساسي للشركة التابعة أو اتفاق مع باقي الشركاء، كما يمكن للشركة القابضة أن تسيطر على شركة تابعة تكون تحت سيطرة إحدى شركاتها التابعة.
- المعيار الحقيقي للقول بوجود الرقابة لا يتمثل في مجرد المساهمة المالية في رأسمال الشركات التابعة، وإنما تتحقق الرقابة بقدرة الشركة القابضة على توجيه السياسة المالية والاقتصادية للشركات التابعة، بطريقة تتوافق وتتماشى مع إستراتيجية الشركة القابضة التي تستأثر بأهم القرارات الصادرة عن الشركات التابعة لها.

الصلح كحل بديل للمنازعة الإدارية

بن دعاس سهام

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة محمد لمن دباغين(سطيف 2)

ملخص :

يعتبر الصلح طريقا بديلا لحل المنازعة الإدارية في النظام القضائي الجزائري تم النص عليه بموجب القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، هذا الأخير الذي أجاز إجراء الصلح في مادة القضاء الكامل، وفي أي مرحلة تكون عليها الخصومة القضائية.

بحيث يتم إجراؤه إما بسعي من الخصوم، أو بمبادرة من رئيس تشكيلة الحكم بعد موافقة الخصوم على أن يكلل الصلح الحاصل بين الأطراف المتنازعة بتحرير محضر، يبين فيه ما تم الاتفاق عليه، ويتضمن تسوية النزاع نهائيا، ويكون هذا الأمر غير قابل لأي طعن.

الكلمات المفتاحية : الصلح، القضاء الكامل، تسوية النزاع نهائيا .

Résumé

Les juridictions administratives peuvent procéder à la conciliation, en matière de plein contentieux à tout moment de l'instance.

La conciliation intervient à l'initiative des parties ou à celle du président de la formation de jugement après l'accord des parties. En cas de conciliation le président de la formation de jugement dresse un procès-verbal dans lequel sont mentionnés les termes de l'accord et ordonne le règlement du litige et la clôture du dossier, cette ordonnance n'est susceptible d'aucune voie de recours.

Mots clés : la conciliation, plein contentieux, le règlement du litige.

مقدمة:

فرض التزايد المضطرد لحجم القضايا أمام القضاء وتعقيدها المستمر، وتكاثر الطعون التي رسمها القانون من أجل حماية حقوق الأفراد ومصالحهم، على المشرع إيجاد حلول قانونية ووضع آليات من شأنها فض منازعات الخصوم أمام العدالة بأيسر الإجراءات،

وبأقل التكاليف، وفي وقت قصير ومعلوم، تحقيقا وتدعيا للعدالة المنشودة بين الأفراد والجماعات.

ذلك أن السير العادي لإجراءات التقاضي وتبوع مراحل الدعوى بتفاصيلها ترك الانطباع لدى المواطن بصفة عامة والمتقاضي بصفة خاصة ببطء في سير العدالة لا يوجد له مبرر، وهو ما يتنافى مع إحدى ركائز المحاكمة العادلة التي تتمثل في الآجال المعقولة للفصل.

ومن الوسائل التي ارتأها المشرع لتساهم في تخفيف الضغط على الجهات القضائية، اعتماده لطرق بديلة لتسوية النزاعات، وهي طرق اهدت معظم التشريعات الحديثة إليها.

علما وأن السماح لهذه الحلول البديلة لا يعني البتة تخلي الدولة عن ممارسة سلطاتها الدستورية في إصدار الأحكام، وحماية حقوق الفرد والمجتمع معا، إذ نظم القانون بكيفية دقيقة اللجوء إلى هذه الطرق البديلة كل ذلك تحت رقابة القاضي¹.

وعليه فقد خص قانون الإجراءات المدنية والإدارية الكتاب الخامس منه للطرق البديلة لحل النزاعات، جمعها في ثلاث آليات أساسية هي الصلح والوساطة والتحكيم، وحاول أن يخصص كل آلية بجملة من القواعد الإجرائية والشروط القانونية، كما ضبط لكل طريق الآثار القانونية المترتبة على اعتماده.

غير أنه وبالرجوع إلى الكتاب الرابع من هذا القانون والمتعلق بالإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية، وتحديدًا في الباب الخامس منه نجده تضمن الصلح والتحكيم كطريقتين بديلين لحل المنازعات الإدارية إجمالًا، ولم يشير إلى الوساطة، مما أدى ببعض القانونيين إلى اعتبار أن الوساطة لا تعد طريقًا بديلًا لحل المنازعات الإدارية².

ولعل استنتاج أن الوساطة لا تعد من الطرق البديلة لحل المنازعة الإدارية على قدر كبير من الصواب، ذلك أن خصائص ومقومات هذا الأسلوب لا تتوافق وطبيعة وخصوصية المنازعة الإدارية التي يجب أن يكون أحد أطرافها سلطة إدارية عامة تتمتع بامتيازات السلطة العامة، والتي لا قبل للطرف الآخر بها، وهذا لأن منطها وهدفها تحقيق المصلحة العامة في حين أن هدف الخصم هو تحقيق المصلحة الخاصة، فهي منازعة غير متكافئة الأطراف.

والوساطة كأسلوب من أساليب الحلول البديلة لحل النزاعات تقوم على إيجاد حل ودي للنزاع، عن طريق الحوار وتقريب وجهات النظر بمساعدة شخص محايد³. فهي بذلك لا تصلح لتقريب وجهات نظر متعارضة، كما أنه من باب أولى تغليب المصلحة

العامية على الخاصة، وبذلك تكون الوساطة غير مجدية في هذا النوع من المنازعات ودون فعالية. كما أن غالبية القضايا الإدارية تمس بالنظام العام وكذا بالأموال العمومية ومن ثم فإن الوساطة فيها غير جائزة⁴.

وبناء على ماسبق عرضه يتضح أن اللجوء إلى الطرق البديلة لحل النزاعات هو تعبير عن رغبة الأطراف المتنازعة لتفادي التعقيدات اللصيقة بإجراءات التقاضي واختصار أمد الخصومة⁵، ومن ثم فإنه يجوز للقاضي الإداري وكذا المتقاضين أطراف النزاع إجراء صلح في المنازعة النائرة بينهما قصد إيجاد صيغة توافقية يقبلان بها، تؤدي إلى إنهاء النزاع القائم بينهما أمام القضاء. وهذا طبقا لما أفاد به قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي أجاز للجهات القضائية الإدارية مباشرة الصلح في النزاعات التي تدخل في اختصاصها⁶. ونظرا لأهمية الصلح وجب التعرض له بالدراسة والتحليل للوقوف على مدى فعاليته في فض المنازعة الإدارية وإيجاد حل نهائي رضائي لأطرافها، وهذا على النحو التالي:

أولا / تحديد الإطار القانوني للصلح .

ثانيا / صور الصلح .

ثالثا / آثار الصلح .

أولا / تحديد الإطار القانوني للصلح:

يعد الصلح وسيلة لتسوية المنازعات بين الأفراد والجماعات، ولكنها وسيلة ذاتية يقوم بها الأطراف ذوو الشأن بأنفسهم، أو من يمثلونهم، وبمقتضاها يحسمون خلافاتهم وتسوية نزاع بينهم، عن طريق نزول كل منهم عن بعض أو كل ما يتمسك به قبل الآخر⁷. فالصلح إجراء قانوني ذو طابع قضائي يستلزم تحديده إطاره القانوني التطرق لعناصر الصلح وطابعه القانوني، مع تحديد مجال إعماله في النقاط التالية:

أ/ عناصر الصلح: يستخلص من التعريف أعلاه أن الصلح يقوم على ثلاث عناصر أساسية هي:

- وجود نزاع قائم: فأول مقومات الصلح هو أن يكون هناك نزاع بين المتصالحين قائم، وليس من الضروري أن يكون هناك نزاع قائم مطروح على القضاء، بل يكفي أن يكون وقوع النزاع محتملا بين الطرفين، فيكون الصلح لتوقي هذا النزاع، ويكون في هذه الحالة صلح غير قضائي والمهم أن يكون هناك نزاع جدي⁸ وإذا كان النزاع مطروح على القضاء وحسمه الطرفان بالصلح كان هذا الصلح قضائيا⁹.

- نية حسم النزاع: ويجب أن يقصد الطرفان بالصلح حسم النزاع بينهما، أما بإبانهاته إذا كان قائما، أو بتوقيه إذا كان محتملا 10 .

علما وأنه ليس من الضروري أن يحسم النزاع جميع المسائل المتنازع فيها بين الطرفين، فقد يتناول الصلح بعض المسائل المتنازع فيها فيحسمها ويترك الباقي للمحكمة تتولى هي البث فيه¹¹.

- نزول كل طرف على وجه التقابل عن جزء من ادعاءاته: فإذا لم يتنازل أحدهما عن شيء مما يدعيه وترك الطرف الآخر كل ما يدعيه، فلا نكون بصدد الصلح بل مجرد نزول عن الادعاءات، إذ يجب أن يكون التنازل على وجه التقابل وعن جزء من الادعاءات 12 .

وهذا العنصر هو الذي يميز الصلح عن غيره من التصرفات التي تحسم النزاع دون أن تتضمن نزولا متبادلا كالإبراء والتنازل وترك المرافعة، والإقرار بحق الخصم وحتى التحكيم الذي تتجه فيه إرادة طرفي اتفاق التحكيم إلى الاتفاق على إحالة النزاع للتحكيم، مع اختيارهم للمحكم الذي سيعهدون إليه بحسم النزاع بحكم يلزمهم، دون أن ينطوي ذلك على تنازلات متبادلة بين طرفي النزاع¹³.

كما أنه ليس من الضروري أن يكون تنازل أحد الطرفين عن جزء من ادعاءه متعادلا مع تنازل الطرف الآخر، فالمهم هو مطلق تنازل من الطرفين¹⁴.

ب/ طابع إجراء الصلح : تنص المادة 971 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه :

”يجوز إجراء الصلح في أية مرحلة تكون عليها الخصومة“.

ومن ثم يتضح بجلاء أن الصلح كطريق بديل لحل المنازعات الإدارية يعد إجراء اختياري لا وجوبيا، وتبعاً لذلك لا يكون رئيس تشكيلة الحكم المختص بالنظر في المنازعة مجبرا باللجوء إليه، كما أن الأطراف ليسوا ملزمين بإجراء محاولة الصلح أو طلبها من القاضي الإداري¹⁵.

إضافة لذلك يمكن إعمال إجراء الصلح وعرضه على الخصوم في أية مرحلة تكون عليها الخصومة القضائية. غير أنه وإذا كان القانون يسمح باللجوء إلى محاولة الصلح في المكان والوقت الذي يراهما القاضي مناسبين، فإنه يتعين وحسب رأي بعض القانونيين اللجوء إلى هذه المحاولة في أول جلسة، وقبل أن يتفاقم النزاع بتبادل المزاعم والتهم¹⁶.

وهذا الرأي له من الأهمية بمكان حتى يحقق الصلح النتائج الموجودة من اعتماده كطريق بديل لحل المنازعة.

وبذلك يتميز الصلح عن الوساطة التي نصت عليها المادة 994 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بصيغة الوجوب بحيث تلزم القاضي بعرض إجراء الوساطة على الخصوم في جميع المواد باستثناء قضايا شؤون الأسرة، والقضايا العمالية، وكل ما في شأنه أن يمس بالنظام العام.

ولأن عرض إجراء الوساطة لا يخضع للسلطة التقديرية للقاضي الذي عليه أن يشير في الحكم الصادر في النزاع إلى أنه قام بها هو واجب عليه لكن الخصوم رفضوا ذلك، دون أن يترتب على الإغفال أي بطلان، لأن المشرع لم يتبع الإلزام بأي جزاء على مخالفته. أما إذا قبل الخصوم بإجراء الوساطة، يعين القاضي وسيطا لتلقي وجهة نظر كل واحد منهم ومحاولة التوفيق بينهم لتمكينهم من إيجاد حل للنزاع¹⁷.

ج / مجال إجراء الصلح: لم تعد محاولة الصلح تكنسي طابعا إجباريا، وإنما جعل منها المشرع إجراء جوازيا متروكا لتقدير الجهة القضائية الإدارية بحيث يجوز لها إجراء الصلح في مادة القضاء الكامل في أية مرحلة تكون عليها الخصومة¹⁸.

وهذا ما نصت عليه المادة 970 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بوضوح، والتي أشارت إلى نوع واحد من الدعاوى الإدارية الأربعة التي يجوز فيها الصلح، وهي دعوى القضاء الكامل، أي إبعاد إجراء عملية الصلح حول مشروعية القرار الإداري، سواء تعلق الأمر بتفسيره الرسمي أو تقدير مطابقته للقانون، لأن المشروعية مبدأ أساسي يعود إلى اختصاص السلطة القضائية دون سواها¹⁹، فالصلح ينحصر في المنازعات المتعلقة بالتعويضات²⁰.

فجواز الصلح في دعوى القضاء الكامل وإجرائه فيها أمر مقبول ومستساغ من الناحية القانونية، نظرا لطبيعة هذا النوع من الدعاوى، والتي تهدف أساسا إلى التعويض وجبر الأضرار الحاصلة لأطراف المنازعة.

ومن ثم لا يمكن للمتنازعين إجراء الصلح وقبوله في دعاوى الإلغاء لأن طبيعتها والغرض منها لا تتماشى وأحكام الصلح، فغايتها مهاجمة القرار الإداري المخالف للقانون وبالتالي لا يمكن التصالح بشأن سند غير مشروع، إذ لا يتصور صلح على حساب مبدأ المشروعية.

ذلك أنه ومن الناحية القانونية إذا كان الصلح مقبولا في دعوى القضاء الكامل فإنه لا يمكن أن يكون كذلك في دعاوى الإلغاء، لأنه لا يمكن أن يكون القاضي شاهدا على

إبرام صلح مخالف للمشروعية، فوظيفة قاضي الإلغاء هو ملاحظة ما إذا كان القرار محل الطعن قد كبح المشروعية، وإذا تأكد من ذلك تعين عليه إلغاء القرار وليس عقد صلح²¹. فالمدعي في دعوى الإلغاء يقوم بدور الكاشف لوجود لا مشروعية القرار من خلال الدعوى التي يرفعها لدى قضاء الإلغاء، وبمجرد ذلك تصبح القضية قضية قاضي الإلغاء بوصفه مؤسسة للرقابة على المشروعية و ليس للصلح. وأن تخويله أي دور للصلح في هذه المسائل يكون تحريفا لدوره كقاضي مشروعية، مهمته الرقابة على الإدارة والزامها باحترام القانون. هذا من جهة.

حيث أنه ومن جهة ثانية مخالفا للمبادئ الدستورية التي تمنح قاضي الإلغاء سلطة الفصل في دعوى الإلغاء وليس الصلح حسب المادة 143 من الدستور، وأن فكرة الصلح لا تكون مقبولة سوى أمام القضاء الكامل²². وبذلك فقد أصاب المشرع حين حصر إجراء الصلح في المادة الإدارية على دعاوى القضاء الكامل دون دعاوى المشروعية. وحرى بالإشارة في هذا الصدد أن الصلح كطريق بديل لحل المنازعة الإدارية بهذه المقومات والخصائص القانونية، يتميز ويختلف عن إجراء الصلح في المادة الإدارية الذي كان منصوصا عليه في قانون الإجراءات المدنية السابق، بموجب القانون رقم 23-90 المؤرخ في 18 أوت 1990 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 جوان 1966 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية، الذي ألغى التظلم الإداري أمام الغرفة الإدارية بالمجلس القضائي آنذاك، وذلك لتخفيف العبء على المتقاضين وتبسيط إجراءات الدعوى الإدارية، والتي كان التظلم يشكل أحد مظاهر تعقيدها، وأعلن في نفس الوقت عن إحلال نظام للصلح محل التظلم²³.

فقد كان الصلح في المادة الإدارية وجوبيا دون أن يستثنى صراحة أية مادة، إذ يطبق في قضاء المشروعية والقضاء الكامل على حد سواء²⁴. وعلى ذلك استقر الاجتهاد القضائي على موقف واحد يقضي بأن عدم إجراء محاولة الصلح، يؤسس بمفرده وجها لإلغاء القرار المشوب بهذا العيب، لأن محاولة الصلح تكتسي طابعا إجباريا لا يمكن لقضاة الدرجة الأولى مخالفتها²⁵.

إذا اعتبر الصلح كإجراء قضائي تمر به المنازعة الإدارية ويقوم القاضي بنفسه بالإشراف عليه، يكاد يعتبر مفتاح المنازعة ذاتها وسواء استبقت العملية الصلحية بعملية قانونية أخرى أم لا تستبق فإن شيئا لا يتغير من ذلك الآن التظلم الذي كان بادئ الأمور أصبح مستثنى إلا في مسائل محددة قانونا²⁶.

وبناء عليه كان قانون الإجراءات المدنية القديم يلزم المستشار المقرر بالقيام بمحاولة

صلح كإجراء أولي قبل الشروع في التحقيق في الدعوى، وهذا في مدة أقصاها ثلاثة أشهر، فإذا تم الصلح يثبت اتفاق الأطراف في قرار، ويخضع هذا القرار عند التنفيذ إلى الإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية، وفي حالة عدم الوصول إلى اتفاق يصور محضر عدم الصلح، وتخضع القضية إلى باقي إجراءات التحقيق ويستمر السير في الخصومة القضائية²⁷.

فالصلح لا يعني بتاتا تسوية لكل الخلافات وجميع الادعاءات ولكن الهدف منه إمكانية التوفيق بينها. ولما كان القاضي الإداري قاضي مشروعية فإن التوفيق بين هذه الادعاءات لا يتم إلا وفقا للقانون، ومن ثمة فإن الآثار التي يحدثها الصلح إنما هي آثار قانونية بحتة²⁸.

وللعلم فإن نظام الصلح لم يكن مفيدا في الواقع العملي، فقليلة جدا هي القضايا التي تقبل فيها الإدارة الصلح على المدعي، والسبب واضح وهو أن سلوك الإدارة الذي يتضرر منه المدعي يمر عادة بمراحل تحضير وتفكير قبل أن يأخذ شكله النهائي مما يعني أن الإدارة تكون قد أخذت وقتا كافيا للتراجع والتصالح مع الفرد - لو أرادت - وقلما تتأخر إلى مرحلة الدعوى²⁹.

وانطلاقا من هذه التجربة العملية، عمد المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد إلى وضع إجراءات وتدابير تتسم بالمرونة والبساطة، ومن بينها الصلح كإجراء غير ملزم للأطراف لا يعتبر ضمن الإجراءات الشكلية لقبول الدعوى، بل طريق للتوصل إلى حل الخلاف بين المتنازعين والوصول إلى نقاط توافق ربحا للوقت واختصارا للإجراءات.

ثانيا / صور الصلح:

تنص المادة 972 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:

«يتم إجراء الصلح يسعى من الخصوم، أو بمبادرة من رئيس تشكيلة الحكم بعد موافقة الخصوم».

وعليه فإن الصلح كإجراء بديل لحل المنازعات الإدارية له صورتان أساسيتان، إما أن يكون يسعى من أطراف المنازعة أو بعرض واقتراح من رئيس التشكيلة القضائية الناطرة في المنازعة شريطة موافقة الخصوم، وهما محل الدراسة على النحو التالي:

أ / الصلح بمسعى من الخصوم:

أجاز قانون الإجراءات المدنية والإدارية لطرفي الخصومة الإدارية إجراء صلح دون

تدخل من القاضي الإداري الناظر في القضية، وهي إجازة حسنة ذلك أن الصلح ينهض بعبئة أطراف الخصومة ذو الشأن بالنزاع بشكل مباشر، وما يتم الاتفاق عليه بموجبه «يكون ثمرة تفاوض صريح ووجاهي بينهم».

لكن يؤخذ على المشرع في هذه المسألة عدم توضيحه لإجراءات قيام هذا الصلح وكيف يتم؟ وما نوع وطبيعة هذا الاتفاق أو العقد الناتج عنه؟ علاوة على ذلك إذا كانت نية الأطراف تتجه للصلح فلماذا توجهوا للقضاء؟

الأمر الذي دفع ببعض القانونيين إلى اعتبار هذا الشكل من الصلح على أنه تراضي والذي يعد نوعا من الصلح المنصوص عليه في القانون المدني³⁰. إذ تنص المادة 459 منه على أنه: «الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما، أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل من حقه».

ومن ثم كان الاعتقاد بأن التراضي كطريقة لحل النزاعات الإدارية هو عقد إداري بحكم وجود سلطة إدارية كطرف فيه، وبالتالي ففي حالة خلاف ناتج عن تراضي يعود لاختصاص القاضي الإداري حسب قواعد توزيع الاختصاص النوعي والإقليمي³¹.

فقد كان التصالح يعتبر من عقود القانون الخاص إلى أن حدث وظهر في مجال الأشغال العامة فيتم تكييفه على أنه من العقود الإدارية، غير أن عقد التصالح يمكن أن يكون عقد إداريا حتى خارج نطاق الأشغال العامة، إذا تضمن شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، أو طبقا لنظرية التتابع l'accessoire إذا كان تابعا أو مكملا لأحد العقود الإدارية³².

غير أن الملاحظ على هذا التوجه وإن كان فيه جانب كبير من الصواب فيما يخص الصلح ومضمونه واتفاق الأطراف وتراضيهم عما ورد في هذا العقد، إلا أن تكييف هذا العقد على أنه عقد إداري ومن ثم تخضع منازعاته للقضاء الإداري، لدليل على أن هذا العقد يمكن أن يكون محل تنازع لاحقا. وهذا يتنافى والهدف الحقيقي من الصلح وهو إنهاء النزاع بصفة كلية مما لا يدع أي مجال للشك والمنازعة فيه لاحقا.

كما أنه يفترض في عقد الصلح التراضي عن جميع المسائل محل الخلاف طبقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وهذه الأخيرة لا تجدها تطبقا في العقد الإداري نظرا لخصائصه المتميزة عن العقد المدني.

وتجدر الإشارة في مجال عرض الصلح كطريق بديل لحل النزاعات بمسعى من الخصوم إلى أن هذا الإجراء قد يجد له مجالا وتطبيقا في مختلف أنواع المنازعات الإدارية

أين يمكن للأطراف التفاوض والاتفاق على نقاط الخلاف وعرض تصالحها هذا على القاضي.

ولكن في بعض المنازعات الإدارية وبخاصة تلك التي تتضمن آليات للتسوية الودية، والتي يسمح التشريع والتنظيم الخاص بها اللجوء إليها قبل كل مقاضاة أمام القضاء، قد لا يكون هذا الصلح من الأهمية بمكان.

فعلى سبيل المثال في منازعات الصفقات العمومية هو أمر صعب التحقق، ذلك أن النظام القانوني لمنازعات الصفقات العمومية إجمالاً كان يحفز ويشجع على التسوية الودية والمصالحة بين الأطراف المتنازعة، مهما كان نوع المنازعة سواء تعلقت بإجراءات إبرام الصفقة أو بتنفيذها، وفي أي مرحلة كان عليها النزاع³³. ومن ثم لا يتصور اتفاق الأطراف على نقاط الخلاف في المنازعة الثائرة بينهما وعرض تصالحهما على القاضي، لأن القانون سبق وأن مكنهم منه قبل عرض النزاع على القضاء أصلاً ولم يستغلا هذه الآلية لتسوية النزاع، خاصة وأن المشرع حرص على تجسيدها، نظراً لما ينتج عنها من اختصار للجهد والوقت في تجاوز النزاع، كما أنها غير مكلفة لكلا الطرفين مقارنة بالطريق القضائي الذي يستلزم غالباً مصاريف وإجراءات قد تطول.

كما ألزم قانون الصفقات العمومية المصلحة المتعاقدة على وجوب البحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي:

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين.
- التوصل إلى أسرع انجاز لموضوع الصفقة.
- الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة³⁴.

وعليه وأمام هذا الواجب والالتزام المفروض على المصلحة المتعاقدة للتصالح وتسوية نزاعها مع المتعامل المتعاقد ودياً ولا توافق على ذلك، فكيف لها أن تضبط معه نقاط الخلاف أمام القضاء وتعرضه لإجراء الصلح، فهذا من الصعوبة بمكان تطبيقه.

ب / الصلح بمبادرة من القاضي الإداري :

يعتبر الصلح القضائي عمل قضائي تصالحي أو توفيق، فهو عمل قضائي لأنه يدخل في وظيفة القاضي، ويكون جزءاً من نشاطه القضائي، ولا يجوز أن يصدر هذا العمل إلا من قاضي مختص بالنزاع موضوع الصلح، كما يجب أن يصدر هذا العمل في الشكل وطبقاً للإجراءات التي نص عليها المشرع. وأنه عمل تصالحي أو توفيق لأنه يعتمد على اتفاق الأطراف وتصالحهم على إنهاء النزاع القائم بينهم صلحاً³⁵.

وعلى ذلك رخص قانون الإجراءات المدنية والإدارية للقاضي الإداري بعرض الصلح من تلقاء نفسه على أطراف المنازعة التي تدخل في اختصاصه³⁶، فهو مكلف بمهمة إضافية وهي السعي لإصلاح المتنازعين أثناء الخصومة وفي أي مرحلة من مراحلها³⁷. فالقاضي له مطلق الحرية في التعامل مع إجراء الصلح، فله أن يبادر به شرط موافقة الخصوم، وله واسع الصلاحيات في محاولة التوفيق بين الأطراف المتنازعة، خاصة وأن القانون لم يضبطه بأي تفاصيل أو إجراءات وجب عليه التقيد بها.

ولاريب من أن المشرع عندما نص على هذه الجوازية كان ينتظر من القضاة ديناميكية أكثر في تعاملهم مع المنازعة، وبالدرجة الأولى تحريرهم من كل قيد أو شرط، وكان يرجو من تعاملهم مع عملية الصلح وفي أي مادة كانت، كثيرا من الحيوية بل والمبادرة خاصة وأن هذا لا يؤثر على القانون بل له مفعوله الحسن على المنازعة قضائيا واجتماعيا³⁸.

وللتوضيح فإن القانون أجاز للقاضي عرض الصلح على طرفي النزاع في أية مرحلة تكون عليها الخصومة، وهذا نظرا لما يتميز به الصلح من مزايا ولعل أهمها تسوية النزاع بصفة نهائية وعلق الملف.

لكن السؤال المطروح في هذا الصدد لو أن هذا النزاع لم يقبل طرفاه الصلح وانتهى بصدور حكم قضائي هل يجوز لقاضي الاستئناف عرض إجراء الصلح في هذه المنازعة قبل نظره فيها؟

إجابة على هذا التساؤل نجد أن جانبا من الفقه ذهب إلى أنه إذا كان هناك نزاع قائم مطروح على القضاء، وحسمه الطرفان بالصلح كان هذا الصلح قضائيا ولكن يشترط ألا يكون قد صدر حكم نهائي في النزاع، وإلا حسم النزاع بالحكم القضائي لا بالصلح. على أن النزاع المطروح على القضاء يعتبر باقيا، ومن ثم يكون هناك محل للصلح حتى لو صدر حكم في النزاع إذا كان هذا الحكم قابلا للطعن فيه، بالطرق العادية كالمعارضة والاستئناف، أو بالطرق غير العادية كالنقض والتماس إعادة النظر³⁹.

أما قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقد أجاب على هذه التساؤل من خلال المادة 971 منه والتي نوهت بجواز إجراء الصلح في أي مرحلة تكون عليها الخصومة، وهذه الأخيرة لا تنتهي بصدور حكم في النزاع خاصة إذا كان هذا الحكم غير نهائي أي قابل لأوجه الطعن فيه سواء العادية أو غير العادية.

ذلك أنه من المقرر قانونا وقضاء أن الخصومة تبقى قائمة بين أطراف النزاع من رفع الدعوى إلى غاية صدور حكم نهائي في الدعوى، ونشرع في مرحلة التنفيذ بموجب حكم نهائي حائز لقوة الشيء المقضي به مهوور بالصيغة التنفيذية. وعليه ما دائم أن النزاع لم يصل

إلى هذه المرحلة يمكن لقاضي الاستئناف عرض الصلح على أطرافه، لأن الخصومة لا زالت مستمرة وصدور حكم ابتدائي غير نهائي لا يضع حدا لها.

ثالثا / آثار الصلح :

يتطلب الصلح كإجراء بديل لحل المنازعة الإدارية إجمالا، تقريب وجهات نظر الطرفين والتوفيق بينهما إلى جانب تنازل كلاهما عن جزء من ادعاءاته ليكون هناك صلح حقيقي، علما وأنه لا يشترط في الصلح أن تكون التضحية من الجانبين متعادلة أو متساوية في الأهمية، وهو في المنازعات الإدارية لا يجوز إلا في الحقوق المتنازع عليها بين الأطراف والطرف الآخر، أما إذا كانت حقوق الإدارة محسوبة بصفة نهائية وليست محلا للنزاع فعندئذ لا يجوز التنازل عنها⁴⁰.

وعليه إذا حصل صلح بين الأطراف المتنازعة تترتب الآثار التالية:

أ / إفراغ محتوى الصلح في محضر و صدور أمر بتسوية النزاع : يذهب بعض الفقه الحديث إلى أن الصلح القضائي يعتبر عمل قضائي تصالحي، إذ يرى أن دور القاضي لا يقف عند حد الإيحاء للخصوم بالتصالح وحثهم عليه، فهو مطالب بأن يفحص ويراقب صحة وقانونية اتفاقهم وأن يثبتها رسميا⁴¹.

وعليه يقوم رئيس تشكيلة الحكم بتحرير محضر يبين فيه ما تم الاتفاق عليه، ويحدد فيه بدقة ما تم التراضي عنه من نقاط، ويأمر بتسوية النزاع و غلق الملف ويصدر في هذا الشأن أمرا ينفذ ككل الأوامر القضائية، ويكون هذا الأمر غير قابل لأي طعن طبقا لما أفادت به المادة 973 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁴².

وطبقا للقواعد العامة المقررة للصلح باعتباره طريقا بديلا لحل النزاعات، فإنه يثبت في محضر يوقع عليه الخصوم والقاضي وأمين الضبط، ويودع بأمانة ضبط الجهة القضائية⁴³.

فالخصومة التي تنتهي بالصلح لا يصدر في شأنها حكم قضائي إنما يحل المحضر المثبت للصلح محل الحكم، فدور القاضي في عملية الصلح يتمثل في مشاركته للخصوم في إعداد محضر الصلح، ويشهد على صحة الاتفاق، ثم يمضى معهم على السند.

وهذا على خلاف بعض التشريعات المقارنة التي تأخذ بالصلح كطريق بديل لحل النزاعات كالتشريع المصري مثلا، إذ يفيد قانون المرافعات المصري على ضرورة التصديق على محضر الصلح بموجب حكم قضائي له قوة السند التنفيذي، فدور القاضي وفقا للقانون المصري يقتصر على التصديق على محضر الصلح وكأنه موثق طبقا لنص المادة

103 من قانون المرافعات المصري التي تقضي بأنه للخصوم أن يطلبوا من المحكمة في أية حالة تكون عليها الدعوى إثبات ما اتفقوا عليه في محضر الجلسة ويوقع منهم أو من وكلائهم، ويلحق الاتفاق المكتوب بمحضر الجلسة ويثبت محتواه فيه، وتعطى صورته وفقا للقواعد المقررة لإعطاء صور الأحكام⁴⁴.

كما يجوز للقاضي رفض التصديق على هذا الصلح إذا كانت النية المشتركة للخصوم غير واضحة ومشكوك فيها في حسم النزاع⁴⁵.

ب / تسوية النزاع ونهايته: حسب المادة 973 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن أهم أثر يترتب على إجراء الصلح بين أطراف المنازعة الإدارية، أن رئيس التشكيلة القضائية يأمر بتسوية النزاع وغلق الملف، وهذا بعد تحرير محضر الصلح والتوقيع عليه من قبل كل الأطراف المنصوص عليها قانونا.

إذ يفهم من عبارة غلق الملف نهاية النزاع وعدم إثارته مرة أخرى من طرف نفس الخصوم، وبخصوص نفس الخلاف أمام القاضي الإداري، ويكتسب هذا الأمر قوة الشيء المقضي فيه⁴⁶.

وعلى ذلك يترتب على الصلح انقضاء الحقوق والادعاءات التي تنازل عنها كلا الطرفين، فإذا أبرم الصلح نهائيا واستوفى شرائطه، فمن شأنه منع اللجوء إلى القضاء لعرض نفس النزاع وإلا قضي بعدم قبول الدعوى⁴⁷. ذلك أن مضمون وفحوى الصلح يفترض اتفاق طرفي النزاع على كل النقاط محل المنازعة، ووصولهما إلى اتفاق لا رجعة فيه بحسن بنية وبكل جدية، ومن ثم فإن غلق باب المنازعة أمر ضروري ومنطقي ضمنا لجدية وفعالية إجراء الصلح كحل بديل للمنازعة.

ج / عدم جواز الطعن في محضر الصلح: بعد تحرير محضر الصلح والتوقيع عليه من قبل الأطراف المعنية، يأمر رئيس التشكيلة القضائية بتسوية النزاع وغلق الملف بموجب أمر غير قابل لأي طعن أي أن الأمر الذي يصدره القاضي الإداري في الصلح ينفذ مباشرة وغير خاضع لأي وجه من أوجه الطعن أو المراجعة.

وعدم جواز الطعن في محضر الصلح يجد أساسه في أن هذا المحضر يعد سندا تنفيذيا بمجرد إيداعه بأمانة الضبط، طبقا لما أفادت به المادة 993 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. كما أن القاضي وهو يوقع على محضر الصلح لا يكون قائما بوظيفة الفصل في الخصومة بمقتضى سلطته القضائية. فالمحضر هنا يغلب عليه طابع الاتفاق بإرادة الخصمين السلمية، لأن الصلح ينطلق اختياريا وقت اللجوء إليه، لكنه ينتهي في صورة جبرية تلزم تنفيذ ما تم الاتفاق عليه بين الأطراف المتصالحة⁴⁸.

حيث أن مضمون الصلح وخصائصه كحل بديل للمنازعة الإدارية تحديدا، يستلزم أن يكون المحضر والأمر الناتجين عنه غير قابل لأي طعن من أي نوع كان.

ويظهر أن المشرع قد أصاب في جعل المحضر والأمر المنحدر من إجراء الصلح غير قابل لأي طعن بشكل صريح، ذلك أن مضمون الصلح ومميزاته كحل بديل للمنازعة الإدارية يتطلبان ذلك.

فالمفروض أن طرفي المنازعة عند قبولهما إجراء الصلح وما نتج عنه، قد سبق لهما الاتفاق والتراضي على جميع نقاط الخلاف محل المنازعة، وأن كل ما ورد بالمحضر قد ارتضيا به وما توقعهما عليه إلا دليل على قبولهما بما ورد فيه من اتفاق، ومن ثم كان لا بد من قفل باب النزاع بصفة نهائية، ولا جدوى من فتح باب الطعن أو المراجعة لأنه بلا جدوى في هذا الإجراء، وهذا ما تم حتى من قبل القضاء الإداري الفرنسي⁴⁹.

علاوة على أن إجازة الطعن في الأمر الناتج عن الصلح، يعد مساسا خطيرا بجدية وفعالية هذه الآلية المهمة في حل المنازعات، ومن شأن ذلك فتح باب التلاعب والتنصل من الالتزامات كما لا يستقيم ذلك والهدف المنشود من إجراء الصلح كحل بديل ونهائي لهذه النزاعات.

وللعلم أن هذا الأثر يتأكد انطلاقا من أن الدور الرئيسي في أعمال الصلح القضائي ينسب للأطراف، فهم الذين يرمون الصلح ويحددون مضمونه، ولا دخل للقاضي في ذلك حتى ولو كان قد بذل مساعيه، وحث الأطراف على إبرام مثل هذا الصلح، فدور القاضي هو دور ثانوي حيث يقتصر على إثبات اتفاق الأطراف بمراعاة القواعد والإجراءات التي نص عليها المشرع⁵⁰.

خاتمة:

تم التطرق في هذه الدراسة للصلح باعتباره أحد الطرق البديلة التي نص عليها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لفض المنازعات الإدارية إجمالا، وهذا باعتباره من الآليات القانونية التي تعتمد عليها معظم التشريعات المقارنة في وضع حل نهائي لهذا النوع من المنازعات بصيغة ودية رضائية، تحت تنظيم وإشراف القضاء المختص، نظرا لمزاياه العديدة والتي على رأسها بساطة إجراءاته ويسرها، وتكاليفه القليلة وقتا وجهدا ومالا.

إذ أصبح الصلح وسيلة كثيرة الانتشار في حل المنازعات في الوقت الحالي، فرضته نتائج التطور الاجتماعي والثقافي والحضاري الحاصل في المجتمع، أين توجه أفراده حاليا إلى ثقافة التسوية الودية والتوافقية لحل منازعاتهم سواء فيما بينهم أو بينهم وبين مختلف

الأشخاص المعنوية العامة، بصفة رضائية نهائية حاسمة للنزاع، كما ساعدت مزايا الصلح السابق الإشارة إليها في انتشار إعماله.

وحرى بالإشارة في هذا الصدد أن الصلح في المادة الإدارية وجب أن يخص بإجراءات مميزة تتماشى والطبيعة القانونية لأطراف المنازعة الإدارية، والتي يشترط أن يكون أحدها إدارة عامة تتمتع بامتيازات السلطة العامة، والتي لم تمنح لها إلا تحقيقا للمصلحة العامة وحماية لها. فأيراده بالصورة السابق عرضها دون أي تفصيل أو ضبط لإجراءاته قد يعيق حل النزاع الإداري بين الأطراف بدلا من أن يكون حلا وديا منهيًا للنزاع القائم بينهم. والمستخلص مما سبق عرضه أن للصلح أهمية لا يستهان بها في إيجاد حل مرضي لأطراف المنازعة في المجال الإداري، إلا أن هذا الدور يحتاج للتفعيل بتدعيمه بمختلف النصوص القانونية الشارحة والمفصلة التي تضمن تسخيرها كأداة لحماية المصلحة العامة، وتكميل ذلك بمختلف الدراسات العلمية المتخصصة في الموضوع.

قائمة الموامش:

عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، الجزائر، موفم للنشر، 2011، ص 440.

² رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، الجزء الثالث (الخصومة الإدارية، الاستعجالي الإداري، الطرق البديلة لحل النزاعات الإدارية)، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، 2013، ص 212.

- فنيش كمال، «الوساطة»، مجلة المحكمة العليا، الجزائر، قسم الوثائق المحكمة العليا، عدد خاص (الطرق البديلة لحل النزاعات الوساطة والصلح والتحكيم)، الجزء الثاني، 2009، ص 576.

- حسين بن شيخ آت ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، الجزائر، دار هومة، 2012، ص 634.

³ د/ بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزائر، منشورات بغدادي، الطبعة الرابعة، 2013، ص 531 وما يليها.

-Mattias Guyomar , Bertrand Seiller, Contentieux Administratif , Paris, Dalloz , 2e édition , 2012, pp 205206-.

⁴ حسين بن شيخ آت ملويا، المرجع السابق، ص 634.

⁵ د/ بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 523.

⁶ طبقا للمادة 974 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر 21.

⁷ محمود السيد عمر التحيوي، أنواع التحكيم و تمييزه عن الصلح و الوكالة، والخبرة، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2002، ص 244.

-Mattias Guyomar ,Bertrand Seiller ,op.cit., p 205.

⁸ د/ عبد الحميد الشواربي، التحكيم والتصالح، الإسكندرية منشأة المعارف، الطبعة الثانية، 2000، ص 462 وما يليها.

- نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزائر، دار الهدى، ص 542 وما يليها.

⁹ د/ الأنصاري حسن النيداني، الصلح القضائي، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2001، ص 61.

10 د/ الأنصاري حسن النيداني، المرجع نفسه، ص 65.

- نبيل صقر، المرجع السابق، ص 543.

- د/ عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 464.

11 حليلة حبار، «دور القاضي في الصلح والتوفيق بين الأطراف على ضوء أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد»، مجلة المحكمة العليا، الجزائر، قسم الوثائق المحكمة العليا، عدد خاص (الطرق البديلة لحل النزاعات، الوساطة و الصلح والتحكيم)، الجزء الثاني، 2009، ص 600.

12 نبيل صقر، المرجع السابق، ص 543.

13 د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2006، ص 18.

14 د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 465.

- د/ الأنصاري حسن النيداني، المرجع السابق، ص 66 وما يليها.

15 لحسين بن شيخ آت ملويا، المرجع السابق، ص 618.

16 د/ ديب عبد السلام، المرجع السابق، ص 443.

17 د/ بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 533.

- كمال فنيش، المرجع السابق، ص 579.

18 د/ بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 529.

- لحسين بن الشيخ آت ملويا، المرجع السابق، ص 618.

- Mattias Guyomar ,Bertrand Seiller ,op.cit., p 205.

- 19 رشيد خلوفي، المرجع السابق، ص 217 -بتصرف- .
- 20 j.-CBonichot / P. Cassia / B. Poujade , Les grands arrêts du contentieux administratif , Paris , Dalloz , 3e édition , 2011, p 1334 .
- 21 د/ مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الأول، الهيئات والإجراءات، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة 2009، ص 337 .
- 22 د/ مسعود شيهوب، المرجع نفسه، ص 338 .
- 23 د/ مسعود شيهوب، المرجع نفسه، ص 335 .
- 24 بن صاولة شفيقة، الصلح في المادة الإدارية، الجزائر، دار هومة، الطبعة الثانية، 2008، ص 37 -بتصرف- .
- 25 بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 529 .
- 26 بن صاولة شفيقة، المرجع السابق، ص 74 .
- 27 المادة 169 مكرر 3 من الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 جوان 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية، المعدل والمتمم (الملغى بموجب المادة 1064 من القانون رقم 08-09)
- 28 بن صاولة شفيقة، المرجع السابق، ص 92 .
- 29 د/ مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص 337 .
- 30 المواد من 459 إلى 466 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم .
- 31 رشيد خلوفي، المرجع السابق، ص 215 .
- Mattias Guyomar ,Bertrand Seiller ,op.cit, p 206.
- 32 د/ ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004، ص 195 وما يليها .
- j.-CBonichot / P. Cassia / B. Poujade, op.cit , p 1331.
- 33 فقد حرص المشرع الجزائري على فض منازعات الصفقات العمومية وديا وبالتراضي بين الطرفين منذ أول تنظيم قانوني لها واستمر النص على هذه الآلية حتى التنظيم القانوني الحالي، فقد ورد في المادة 125 من الأمر رقم 67-90 أنه تشكل على مستوى وزارة لجنة استشارية للتسوية الودية بموجب قرار صادر من الوزير المعني وعرض النزاع عليها وجوبي .
- كما نص المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المعدل والمتمم على وجوب التظلم أمام لجنة الصفقات العمومية المختصة حسب المواد 99 100-101 منه في حين المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المعدل والمتمم فقد نص في المادتين 101-102 منه على إمكانية إيجاد تسوية

رضائية لكل النزاعات الناشئة بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد قبل كل مقاضاة أمام العدالة. وهو نفس الأمر المنصوص عليه في المادة 115 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم.

في حين أفادت المادة 154 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على أنه تنشأ لدى كل وزير ومسؤول هيئة عمومية وكل وال لجنة للتسوية الودية للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين.

34 المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 .

35 د/ الأنصاري حسن النيداني، المرجع السابق، ص 136 وما يليها .

- حسين بن الشيخ آت ملويا، المرجع السابق، ص 620 .

36 طبقا للمواد 54-972 و 974 من القانون رقم 08-09 .

37 كرا طار بن حواء مختارية، «صلاحيات القاضي في الصلح التلقائي للخصوم»، مجلة المحكمة العليا، الجزائر، قسم الوثائق المحكمة العليا، عدد خاص (الطرق البديلة لحل النزاعات، الوساطة و الصلح و التحكيم)، الجزء الثاني، 2009، ص 624 .

38 بن صاولة شفيقة، المرجع السابق، ص 33 .

39 د/ عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 462 .

- د/ الأنصاري حسن النيداني، المرجع السابق، ص 61 .

40 د/ عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 514 .

41 د/ الأنصاري حسن النيداني، المرجع السابق، ص 136 .

- كرا طار بن حواء مختارية، المرجع السابق، ص 625 .

-j.-CBonichot / P. Cassia / B. Poujade, op.cit,p 1336.

42 والملاحظ أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية أفاد بأن الصلح أمام القضاء العادي في المنازعة العادية ينتهي بمحضر فقط يوقع عليه الخصوم، والقاضي وأمين الضبط، ويكتسب قوة السند التنفيذي، بينما ينتهي الصلح في المنازعة لإدارية بأمر من رئيس التشكيلة غير قابل لأي طعن.

43 طبقا للمادة 992 من القانون رقم 08-09 .

- راجع أيضا حليلة حبار، المرجع السابق، ص 615 .

44 د/ بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 725 وما يليها .

- الأنصاري حسن النيداني، المرجع السابق، ص 101 وما يليها .

- محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق، ص 252 .

45 د/ عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 515.

46 رشيد خلوفي، المرجع السابق، ص 218 .

- لحسين بن الشيخ آثملويا، المرجع السابق، ص 622 .

Mattias Guyomar ,BertrandSeiller ,op.cit,p 207.

47 د/ عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 519 .

- حليلة جبار، المرجع السابق، ص 617 .

-j.-CBonichot / P. Cassia / B. Poujade, op.cit,p 1334.

48د/ بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 528 .

49j.-CBonichot / P. Cassia / B. Poujade, op.cit,p 13351336-.

50 د/ الأنصاريد/ الأنصاري حسن النيداني، المرجع السابق، ص 249.

قائمة المراجع

1- باللغة العربية:

أولا / النصوص القانونية والتنظيمية:

- الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 جوان 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر 47 .

- الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 17 يونيو 1967، يتضمن قانون الصفقات العمومية، ج ر 52 .

- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم .

- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر 21 .

- المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر 52، المعدل والمتمم .

- المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ج ر 58 المعدل والمتمم .

- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر 50 .

- المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 9 نوفمبر 1991، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر 57، المعدل والمتمم .

ثانيا / المقالات:

- حليلة حبار، «دور القاضي في الصلح والتوفيق بين الأطراف على ضوء أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد»، مجلة المحكمة العليا، الجزائر، قسم الوثائق المحكمة العليا، عدد خاص (الطرق البديلة لحل النزاعات، الوساطة والصلح والتحكيم)، الجزء الثاني، 2009.

- فيش كمال، «الوساطة»، مجلة المحكمة العليا، الجزائر، قسم الوثائق المحكمة العليا، عدد خاص (الطرق البديلة لحل النزاعات الوساطة والصلح والتحكيم)، الجزء الثاني، 2009.

ثالثا / المؤلفات العامة:

1-د/أنصاري حسن النيداني، الصلح القضائي، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2001.

2- د/ بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزائر، منشورات بغدادي، الطبعة 2013، 4.

3- بن صاولة شفيقة، الصلح في المادة الإدارية، الجزائر، دار هومة، الطبعة الثانية، 2008.

4- رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، الجزء الثالث (الخصومة الإدارية، الاستعجال الإداري، الطرق البديلة لحل النزاعات الإدارية)، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 2، 2013.

5- د/ عبد الحميد الشواربي، التحكيم والتصلح، الإسكندرية منشأة المعارف، الطبعة الثانية، 2000.

6- عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، الجزائر، موفم للنشر، 2011.

7- د/ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، الطبعة 1، 2006.

8- لحسين بن شيخ آت ملويا، قانون الإجراءات الإدارية، الجزائر، دار هومة، 2012.

9- د/ ماجد راغب الحلوي، العقود الإدارية والتحكيم، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004.

10- محمود السيد عمر التحيوي، أنواع التحكيم و تمييزه عن الصلح والوكالة، والخبرة، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2002.

11- مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الأول، الهيئات والإجراءات، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 2009، 5.

12- نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزائر، دار الهدى.

/2 باللغة الفرنسية:

- j.-CBonichot / P. Cassia / B. Poujade , Les grands arrêts du contentieux administratif , Paris , Dalloz , 3e édition, 2011.
- Mattias Guyomar , Bertrand Seiller, Contentieux Administratif , Paris, Dalloz , 2e édition , 2012.

السر البنكي بين المصلحة الخاصة ومقتضيات المصلحة العامة في التشريع الجزائري

أ. سبتي عبد القادر

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة يحي فارس بالمدينة

ملخص :

أن السرية البنكية في الجزائر هي جزء من السرية المهنية، وعلى ذلك فإن مفهوم السر بشكل عام ينطبق على السر البنكي إلى حد بعيد، وهذا ما نص عليه المشرع في المادة (117) من الأمر 11/03 المتعلق بالنقد والقرض، فالشخص المهني-البنكي - يطلع بحكم مهنته على أمور الناس الخاصة مما يفرض عليه الالتزام بكتمان ما يصل لمعرفة من معلومات أو أخبار، إلا ما تعلق بطلب معلومات من طرف بعض الإدارات.

حيث يمكننا القول بان السر البنكي في الجزائر لا يتعلق إطلاقا بحماية الحياة الخاصة، لان الإدارة تملك من الوسائل القانونية المباشرة و دون رقابة القضاء للحصول على المعلومات من طرف البنوك، وفي الواقع إن السر البنكي مقيد لاعتبارات المصلحة العامة التي يسعى المشرع إلى تحقيقها من خلال التصدي لظاهرة الغش الجبائي ومكافحة عمليات تبييض الأموال.

Résumé :

En Algérie, le secret bancaire est un secret professionnel comme un autre (article 117 Ordonnance n° 03-11 relative à la monnaie et crédit, avec une restriction importante : certaines administrations ont automatiquement accès aux informations qu'elles demandent.

On peut donc dire que le secret bancaire en Algérie ne correspond nullement à un respect de la vie privée puisque l'administration possède un droit d'accès direct sans contrôle judiciaire aux informations détenues par les banques. De fait le secret bancaire en Algérie n'existe pas, et est limité au secret professionnel de ses «agents». Les justifications pour ces limitations sont la lutte contre la fraude fiscale et celle contre le blanchiment d'argent.

الكلمات المفتاحية: السر البنكي، الحرية الشخصية، مصلحة البنك.

مقدمة:

إن الحفاظ على السر مزية من المزايا الاجتماعية، لا تلبث أن تصبح واجبا أخلاقيا هاما، عندما يكون الأمر متعلقا بأعمال الغير وتصرفاتهم، وإفشاء الأسرار يشكل خيانة للثقة ونقصا في مبادئ الأخلاق، وخطأ قانونيا، قد تنشأ عنه مسؤولية أدبية أو مدنية أو جزائية.

وقد بينت الأعراف والتقاليد لبعض المهن، انطلاقا من طبيعة أعمالها، وجوب التزامها بالمحافظة على السرية المهنية، ومن هذه المهن الطب والمحاماة، وأعمال الخبرة، والمهنة البنكية وغيرها: هذا قبل أن تنظم أحكامها القوانين، وتجعل من السرية مبدأ إلزاميا يترتب على مخالفته مسؤوليات وعقوبات⁽¹⁾.

وعليه في هذا المقال نبحث عن السرية البنكية، بعد أن كانت تقاليد مهنية، انقلبت إلى التزامات قانونية، لتستقر في القوانين الحديثة، على اعتبار أن الإلزام بالسر البنكي التزاما قانونيا ويتحمل مسؤوليته كل من تسنى له الإطلاع بحكم عمله، على علاقات البنك بزبائنه، ويثار الإشكال هنا: ما هي ضوابط وحدود السر البنكي في التشريع الجزائري، وهل تكريس السرية البنكية هو ضمان لحماية المصلحة الخاصة أم المصلحة العامة؟

للإجابة عن هذه الإشكالية يقتضي منا الموضوع تقسيمه إلى ثلاثة مباحث هي كالآتي:

- المبحث الأول: تعريف السر البنكي وطبيعته
- المبحث الثاني: الاعتبارات التي يقوم عليها السر البنكي
- المبحث الثالث: الأساس القانوني للسر البنكي في القانون الجزائري

المبحث الأول: تعريف السر البنكي وطبيعته

نتطرق من خلال هذا المبحث تحليل المقصود بالسرية البنكية، وكيف يلتزم موظفي البنوك بالمحافظة على أسرار عملائهم وعدم الإفشاء بها لغيرهم باعتبار البنك مؤتمنا عليها بحكم مهنته، خاصة وأن علاقة البنك مع عملائه تقوم على الثقة التي يكون عمادها كتمان الأسرار المالية للعملاء، وعليه نقوم بتعريف السر البنكي أولا ثم تحديد طبيعته.

المطلب الأول: تعريف السر البنكي

سبق وأن بينا أن السرية البنكية هي جزء من السرية المهنية، وعلى ذلك فإن مفهوم السر بشكل عام ينطبق على السر البنكي إلى حد بعيد، فالشخص المهني يطالع بحكم مهنته على أمور الناس الخاصة مما يفرض عليه الالتزام بكتمان ما يصل معرفته من معلومات أو أخبار⁽²⁾.

إذا سر المهنة في مجال العمل البنكي يقصد به التزام موظفي البنوك بالمحافظة على أسرار عملائهم وعدم الإفصاح بها للغير، باعتبار البنك مؤتمنا عليها بحكم مهنته⁽³⁾، خاصة وأن علاقة البنك مع عملائه تقوم على الثقة التي عمادها كتمان البنك لأسرار عملائه المالية.

المطلب الثاني: طبيعة السر البنكي

يمكننا أن نعتبر جميع الوقائع التي تصل إلى البنك بالنسبة لعميله سرا يتعين كتمانها، بل لا بد أن تكون مرتبطة بعلاقات الأعمال بين البنك وعميله، وأن تصل هذه المعلومات إلى البنك بمناسبة مباشرة نشاطه وأن تتجه إرادة العميل إلى اعتبار هذه الوقائع سرا أو أن تفضي طبيعتها بذلك⁽⁴⁾، وبسبب عدم تحديد نصوص القانون لهذه الوقائع فقد حاول بعض الفقه⁽⁵⁾، تبيان ذلك بالاستناد على معيارين هما:

الفرع الأول: معيار مادي

يركز على المعلومات والوقائع، أن السرية هي التي تنجم عن علاقات العمل ما بين البنك والعميل، والتي يحصل عليها البنك بحكم هذا التعامل أو الإستعلامات التي قام بها البنك لمعرفة الوضع المالي الحقيقي لعميله⁽⁶⁾، وأن البنك غير ملزم بكتمان السر الذي لا صلة له بمهنته.

الفرع الثاني: معيار شخصي

حيث يجب أن يكون السر منسوبا لشخص معين مما يستلزم أن تنسب الوقائع لعميل بعينه، ويتعين لتحديد الوقائع التي تعتبر سرا البحث عنها في إرادة العميل فهي التي تتجه إلى كتمان بعض الوقائع والمعلومات الناشئة عن علاقته بالبنك⁽⁷⁾.

غير أنه لا يمكننا الاعتماد على معيار وحيد فقط، إذ يجب الجمع بين المعيارين معا، أي أن المعلومات التي تشملها السرية البنكية هي التي تتصل بعلم البنك بسبب مباشرته مهنته وأثناء التعامل مع عميله والتي تنصرف إرادة العميل الصريحة أو الضمنية باعتبارها سرا بنكيا.

المبحث الثاني: الاعتبارات التي تقوم عليها السرية البنكية

يختلف نطاق الإلتزام بالسر البنكي تبعا لإختلاف السياسة التشريعية للدولة، وغالبا ما تستند هذه السياسة إلى حماية الحرية الشخصية للفرد وحماية مصلحة المجتمع، ذلك أن إفشاء السر البنكي يضر بمصلحة الفرد نفسه، فضلا أنه يمس الجماعة ككل لذلك يتدخل المشرع بإضفاء الحماية الجزائية عليه⁽⁸⁾.

هذا بالإضافة إلى أن المحافظة على الأسرار المالية ترتب حماية كبيرة على أكثر من صعيد، سنعالجها فيما يلي:

المطلب الأول : حماية الحرية الشخصية

تنص المادة «32» من الدستور الجزائري لسنة 1996 على أن « الحريات الأساسية و حقوق الإنسان و المواطن مضمونة ...»، كما أن المادة «33» من نفس الدستور نصت على أن: الدفاع عن الحريات الفردية مضمون، وأضافا المادة «39» منه على أنه: « لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة و حرمة شرفه، و يحميها القانون » ، فكل هذه المواد تدل على أن الدستور الجزائري قد كفل الحرية الشخصية و ما يتبعها من احترام الحياة الخاصة للمواطن و صون كرامته.

ومن هنا كان الحق في السرية و جها مقابلا للحق في الحياة الخاصة لا ينفصل عنه بأي حال من الأحوال، فلا يحق لأحد أن يطلع على حياة شخص آخر و ينتهك سريتها إلا بإذنه الصريح أو وفقا للقانون.

ولقد قضت المحاكم الانجليزية تطبيقا لذلك بوجوب التزام المصرف بالسر خوفا على مصالح العميل، ففي قضية *Tournier V national provincial & union bank of England*، حيث رفع *Tournier* دعوى يطالب فيها البنك فيها بالتعويض عن التشهير به لدى المؤسسة التي يعمل فيها، حيث سبب الكشف عن رصيده البنكي و وصفه بعدم الوفاء بوعوده، أدى إلى فصله من العمل - لذلك البنك قد أحل بالسر البنكي في هذه الحالة، و قد قضى لصالح البنك أمام محكمة أول درجة، و استأنف المدعي الحكم فقضت محكمة الاستئناف لصالحه و جاء في أسباب الحكم ما يلي:

« أن الإلتزام بالسر البنكي يشمل ما إذا كان الحساب ذا رصيد مدين أو دائن و مقدار هذا الرصيد و يمتد الإلتزام إلى كل المعاملات التي تدرج في الحساب و إلى الضمانات المعطاة بخصوص هذا الحساب»⁽⁹⁾.

لا شك أن هذا الحكم قد حافظ على المصلحة المادية للعميل، التي تأثرت فعلا من جراء إفشاء السر البنكي الذي ارتكبه البنك المدعى عليه و الذي ترتب عليه، فصل المدعي من عمله و حرمانه من وسيلة مشروعة للكسب.

المطلب الثاني : حماية مصلحة البنك في كتمان أعماله

للبنك مصلحة في أن تبقى أعماله الخاصة مكتومة، لذلك يتوجب على المستخدمين، الإلتزام بعدم إفشاء الأسرار الخاصة بالبنوك⁽¹⁰⁾.

هذا وأن ازدهار أي بنك ونمائه يتوقف على ازدياد عدد المتعاملين معه وحركة تعاملهم، ذلك أن أي مهنة خدمية كقطاع البنوك تتوقف بالدرجة الأولى على زبائنها وتعتمد اعتمادا كلياً عليهم، لذلك من مصلحة البنك أن تبقى أعماله مكتومة.

المطلب الثالث : المصلحة العامة

تعتبر المصلحة العامة من أهم الإعتبارات التي تكمن خلف التزام البنوك بسر المهنة ذلك أن الفرد هو جزء من الجماعة أي أنه جزء من كل، وبمراعاة مصلحة الجماعة تتحقق مصلحة الفرد، وكتمان الأسرار البنكية يؤثر إيجابيا على الإقتصاد الوطني بما يوفره من ثقة للإئتمان العام باعتباره مصلحة عليا للدولة.

ذلك أن دعم الثقة في الائتمان الوطني من خلال البنوك يؤدي إلى ازدياد التعامل معها وإيداع الأموال بما فيها جذب رؤوس الأموال الأجنبية والعاملة واستقرارها في البلد الأمر الذي يدعم الثقة والائتمان البنكي، ذلك أن جذب رؤوس الأموال يلعب دورا كبيرا في دعم عجلة الإقتصاد الوطني.

هذا ونضرب مثالا على ذلك سويسرا التي أنشأت نظاما صارما يتعلق بالسرية المصرفية وأفردت لها قانون خاص يوفر أقصى درجات الحماية والكتمان والتستر على أصحاب الحسابات وهويتهم، مما أدى إلى جذب رؤوس الأموال - بطريقة مثلى - إليها وادخارها في بنوكها حتى أصبحت من أكثر دول العالم رخاء وقوة اقتصاد ونشاط تجاري بالإضافة إلى المكانة الدولية (12).

ومما لاشك فيه أن النظام القانوني للسري البنكي يتأثر بمدى تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي.

ففي الإقتصاد الموجه تزداد القيود التي ترد على السري البنكي ويضيق نطاق الاحتجاج بالسري في مواجهة السلطات العامة، مما يؤدي إلى ازدياد نفوذها وسلطاتها للإطلاع على أسرار العملاء وما قد ينتج عن ذلك من نفور لرأس المال الأجنبي.

أما الدول ذات الإقتصاد الحر - حيث لا تتدخل الدولة في النشاط الاقتصادي إلا على سبيل الاستثناء - تزدهر المحافظة على السري البنكي وتقل القيود الواردة عليه بالنسبة للسلطات العامة (13)، فيعتبر احترام السري البنكي تأكيدا لسياسة الحرية التي تنتهجها الدولة إزاء الأفراد، وخلال ما سبق نجد أن المصلحة العامة هي أجدر المصالح بالرعاية والحماية، ومن أهم الاعتبارات التي تقوم عليها السرية البنكية.

المبحث الثالث: الأساس القانوني للالتزام بالسر البنكي

لما كان الاعتراف بوجود السر البنكي ليس هدفاً في ذاته و إنما وسيلة لتحقيق غاية معينة، فإنه يكون من المنطقي أن يزول الالتزام بالسرية إذا اختلفت الغاية منه أو إذا تعارض التمسك به مع مصلحة أولى بالرعاية من المصلحة التي تقرر حمايتها، لذلك جاءت بعض الأسباب التي تبيح رفع السرية البنكية إذا انتفت الحكمة من الكتان، وعليه نتطرق إلى المبدأ العام الذي تقوم عليه السرية البنكية ثم الاستثناءات الواردة على الالتزام بهذه السرية.

المطلب الأول: المبدأ العام

لقد عرفنا كيف أن الحماية القانونية للسر البنكي جاءت لاعتبارات عدة منها ما يتعلق بمصلحة الفرد ومنها ما يحقق مصلحة البنك في كتان أعماله ومنها ما يحقق المصلحة العامة في الإلتزام بالسر البنكي، وعليه جاء قانون النقد والقرض الجزائري 11/03، بالنص على هذا الإلتزام في الكتاب السادس، الباب الرابع، المادة «117» «) يخضع للسر المهني تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات(14).

- كل عضو في مجلس الإدارة وكل محافظ حسابات، وكل شخص يشارك أو شارك بأي طريقة كانت في تسيير بنك أو مؤسسة مالية أو كان أحد مستخدميها.
- كل شخص يشارك أو شارك في رقابة البنوك والمؤسسات المالية، وفقاً للشروط المنصوص عليها في هذا الكتاب « أي الكتاب السادس، ومن خلال هذا النص يتبين لنا أن كل من قانون العقوبات وقانون النقد والقرض قد ألزم كل من يسهر على حسن سير المهنة المصرفية بصفة مباشرة أو غير مباشرة بالتقيد بالسر المصرفي.

المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة على الإلتزام بالسر البنكي

لقد تطرق المشرع الجزائري إلى هذه الاستثناءات في المادة «117-04» «من قانون النقد والقرض مع مراعاة ما تقضي به الأحكام الصريحة للقوانين في هذا المجال، وعليه نورد هذه الاستثناءات كالآتي:

الفرع الأول: إباحة السر للسلطات القضائية

نصت المادة «117-04» « قانون النقد والقرض على أنه: يمكن للسلطات القضائية أن تطلع على كل المعلومات التي تراها مفيدة في التحقيق، وهنا كل السلطات التي تعمل في إطار إجراء جزائي، ويقابل هذه المادة في القانون الفرنسي المادة «57» من القانون البنكي.

« Le secret professionnel ne peut être opposé « à l'autorité judiciaire Agissant dans le cadre d'une procédure pénale » le banquier et ses Collaborateur doivent donc témoigner devant des juridictions Répressives françaises de droit commun ou d'exception, D'instruction ou de jugement »(15)

إذن بالرغم من الإتجاه السائد حاليا بإخضاع البنوك للسرية المهنية المحمية بعقوبات جزائية(16)، فإنه لا يسع البنوك التذرع بهذه السرية اتجاه القضاء.

الفرع الثاني : سلطات الرقابة البنكية

لقد استثنى المشرع المبدأ القاضي بالسرية البنكية للسلطات العمومية المكلفة بتعيين القائمين بإدارة البنوك والمؤسسات المالية، وذلك نظرا لحاجة الرقابة للإشراف الجيد على هذا القطاع ذو الأبعاد الحساسة وعلى عدة أصعدة،- اللجنة المصرفية أو بنك الجزائر الذي يعمل لحساب هذا الأخير.

أولا : اللجنة المصرفية

لقد تم إنشاء اللجنة المصرفية بموجب القانون رقم 01/90 المؤرخ في 14 أفريل 1990 والمتعلق بالنقد والقرض الذي تم إلغاؤه بموجب القانون 11/03، حيث منح لها مهام واسعة في مراقبة البنوك والمؤسسات المالية ومدى احترامها للأحكام التشريعية والتنظيمية المطبقة عليها. كما قرر القانون الجديد بعض الصلاحيات والمهام فيما يخص تصفية البنوك لاسيما في المواد من 105 إلى 116 من القانون 11/03 السابق الذكر بالإضافة إلى الأنظمة الصادرة عن مجلس النقد والقرض.

أما عن طبيعة اللجنة فإن النصوص القانونية لا تصرح بأنها جهة قضائية، كما أن مجلس الدولة الجزائري قد اعتبر «أن الجهات القضائية تفصل بين الأطراف في حين أن اللجنة المصرفية تشكل هيئة رقابية وهيئة عقابية مهنية.

حيث أن الطعن ضد قرارها يشكل طعن بالبطلان يجعل تصنيف قرارها ضمن القرارات الإدارية ومن ثم يتعين القول كما استقر عليه الفقه أن اللجنة المصرفية تشكل سلطة إدارية مستقلة»(17).

ونشير في هذا المجال أنه لا يجتج بالسرية البنكية على اللجنة المصرفية، باعتبارها لجنة مكلفة بمراقبة مدى احترام البنوك والمؤسسات المالية للأحكام التشريعية والتنظيمية المطبقة عليها، كما تسهر على احترام قواعد حسن سير المهنة المصرفية(18).

ثانيا : بنك الجزائر

يعتبر بنك الجزائر مؤسسة وطنية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، ويعد تاجرا في علاقاته مع الغير (19)، ويسهر على مراقبة كافة البنوك والمؤسسات المالية التي تمارس نشاطها في الجزائر، وباستقراءنا لنص المادة (26) من القانون المتعلق بالنقد والقرض نجد أن حراسة بنك الجزائر تتولاها هيئة مراقبة تتكون من مراقبان يعينان بموجب مرسوم رئاسي، يختاران على أساس كفاءتهما في المجال المالي والمحاسبي، كما أن مجلس إدارة بنك الجزائر هو من يتولى تنظيم هيئة المراقبة بوضع الوسائل المادية والبشرية تحت تصرفها، وبالتالي لا يحتج بالسر البنكي على هيئة المراقبة هذه.

الفرع الثالث : السلطات المالية

من أجل مساعدة الدوائر المالية يسمح القانون بمخالفة قواعد السر المهني اتجاه مسؤولي الضرائب (20)، كما أن لسلطات الجمارك أن تطلع على أي مستند تراه ضروريا للتحقيق من هوية الأشخاص المخالفين، وهذا بالتنسيق مع الجهات القضائية في هذا المجال.

الفرع الرابع : التشريع المتعلق بمكافحة غسيل الأموال

لقد نص القانون الفرنسي الصادر في: 12 جويلية 1990 م المعدل بالقانون الصادر في 29 جانفي 1993 م على أن البنوك - مؤسسات القرض - ملزمة بعدم كتمان الأسرار المصرفية فيما يتعلق بالتحري عن مصدر الأموال المشبوهة والعائدات الإجرامية (21)؛ والحال كذلك بالنسبة للقانون الجزائري حيث نص قانون النقد والقرض 11/03، على أنه يستثنى من السر البنكي:

- السلطات العمومية الملزمة بتبليغ المعلومات بين المؤسسات الدولية المؤهلة، لا سيما في إطار محاربة الرشوة وتبييض الأموال وتمويل الإرهاب. وتطبيقا لذلك تم إصدار قانون للوقاية من تبييض الأموال وهو القانون رقم 01/05 مؤرخ في 6 فبراير 2005 يتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها، حيث نصت المادة « 07 على أن: البنوك والمؤسسات المالية المشابهة الأخرى أن تتأكد من هوية وعنوان زبائنها* قبل فتح حساب أو دفتر أو حفظ سندات أو قيم أو إيصالات أو تأجير صندوق أو ربط أية علاقة عمل أخرى؛ وفي حالة عدم تأكيد البنوك والمؤسسات المالية والمؤسسات المالية المشابهة الأخرى من أن الزبون يتصرف لحسابه الخاص، يتعين عليها أن تستعلم بكل الطرق القانونية من هوية الأمر بالعملية الحقيقي أو الذي يتم التصرف لحسابه.

- فضلا على ذلك، نصت المادة «22» من نفس القانون أنه: لا يمكن الإعتداد بالسر المهني أو السر البنكي في مواجهة الهيئة المتخصصة،
- أما بشأن التعاون الدولي فقد بين القانون أنه يتم التعاون وتبادل المعلومات بين الهيئة المختصة وهيئات الدول الأخرى التي تمارس مهام مماثلة، في إطار احترام الاتفاقيات الدولية والأحكام القانونية الداخلية المطبقة في مجال حماية الحياة الخاصة وتبليغ المعطيات الشخصية مع مراعاة أن تكون الهيئات الأجنبية المختصة خاضعة لنفس واجبات السر المهني مثل الهيئة المتخصصة.
- وفي إطار مكافحة تبيض الأموال وتمويل الإرهاب دائما، يمكن بنك الجزائر واللجنة المصرفية تبليغ المعلومات إلى الهيئات المكلفة بمراقبة البنوك والمؤسسات المالية في الدول الأخرى مع مراعاة المعاملة بالمثل، ويشترط أن تكون هذه الهيئات خاضعة للسر المهني بنفس الضمانات المحددة في الجزائر (22).

خاتمة :

في الأخير يمكننا القول بان السر المصرفي يقصد به إلزام البنوك بعدم الإفصاح عن كل أمر أو واقعة تصل إلى علمه بمناسبة تعامله مع الزبون، ويخضع لهذا الالتزام جميع الموظفين في البنك.

هذا وقد أكدت لنا المادة 302 من قانون العقوبات الجزائري حماية المشرع للسرية المصرفية، كما أكدت على ذلك المادة 117 من القانون المتعلق بالنقد والقرض.

ونلاحظ بأن هذه الجهود التشريعية المتعلقة بحماية المصلحة الخاصة أو المصلحة العامة، تشكل في مجموعها الغطاء القانوني الذي يمنع هذه العمليات القذرة في البنوك الجزائرية إن وجدت، وتعطى في الوقت نفسه، الصلاحية القانونية لوأد هذه التجاوزات الخطيرة، بل أنها تحدد العقوبات على مرتكبيها بحسب أدوارهم في العملية، على أنه تجدر الملاحظة أيضا أن هذه النصوص القانونية لا تنقص أبدا من السرية البنكية لحسابات وودائع العملاء المصرفية والتي كفلتها المواد التي تضمنها قانون النقد والقرض في إطار الكتاب الثامن بعنوان العقوبات الجزائية، بالإضافة إلى المواد التي تحمي المال العام والتي جاء حكمها عاما لاسيما المواد «29-30» من القانون الجزائري المتعلق بمكافحة الفساد رقم 06-01 المعدل بقانون رقم 10-05 والمتعلقة بالاختلاس والغدر، بحيث تسري على هذه الجرائم وغيرها.

وعليه هذه الأخيرة - المواد 29-30 - تحوي من صفات الشمولية والعمومية للمخاطبين بها، بحيث تستوعب في دلالات مصطلحاتها مساءلة البنوك والعاملين بها،

والمراقبين لها عن كل إخلال بالتزاماتهم المهنية، وإذا كان القانون المصري يقوم على مبدأ هام يتمثل في عدم التدخل في شؤون الزبون فان هذا المبدأ لا هو بالمطلق ولا بالعام وإنما ترد عليه استثناءات لحماية المصلحة العامة للمجتمع، ومن ثم فإننا نضحي بالمصلحة الخاصة في سبيل تحقيق المصلحة العامة، حيث نكون قد اهتدينا بالقاعدة الفقهية التي تقول « يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام » .

وعليه نبين النتائج التالية:

- يعتبر داخلا في مجال السر المصرفي : حساب الزبون و رقمه، المبالغ الموجودة في حسابه، ودائع وقروض الزبون.
 - تقوم السرية المصرفية على اعتبارات أهمها حماية الحق في الخصوصية بما فيها الاقتصادية والمالية
 - حماية مصلحة البنك في كتمان أعماله وحماية المصلحة العامة بتشجيع العدد الهائل من المتعاملين مع البنك.
 - يمكن الخروج عن مبدأ السرية المصرفية في حالة الإخطار بالشبهة المنصوص عليه بموجب القانون 05 / 01 المتعلق بتبييض الأموال
 - يملك الزبون حق إفشاء السر برضا منه، حيث يتنازل عن حقه الشخصي الذي له كامل الحرية في التصرف فيه.
 - بمجرد إفشاء الأسرار لغير الغرض المحدد والتقييد بما هو منصوص عليه قانونا، يمكن تكيفه ضمن جرائم إفشاء الأسرار المهنية.
- هذا ويمكن القول بأن المشكلة ليست قانونية بحتة وإنما الممارسات الخاطئة لحماية الحق في السرية المصرفية يجب أن تقيد أخلاقيا ومتابعة ذلك بحلول اقتصادية، مالية، وسياسية حتى لا يتهم أي طرف في هذه العملية التي أصبحت معقدة أكثر في ظل تزايد الجرائم الاقتصادية التي تتصف بالخطورة والآنية. وإغفال هذه الأمور يجعل من السرية البنكية ملجأ آمناً لعمليات الفساد.

قائمة الهوامش:

- 1- د. الياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة، عمليات المصارف، عويدات للطباعة والنشر، بيروت لبنان 1999، الجزء (3)، ص 276
- 2- د. محمد عبد الودود أبو عمر: المسؤولية الجزائية عن إفشاء السر المصرفي دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، عمان الأردن، 1999، ط(1) ص 24 .

3 - Voire : Dr. RAYMONDE FARHAT, le secret Bancaire , lebraire générale droit et de juris prudence ,paris 1970,p.27.

- Christian GAVALDA –Jean STOUFFLET : Droit bancaire, troisième édition, LITEC ,1997.

4- د . محمد عبد الودود أبو عمر: المرجع السابق، ص 26-27.

5- د . حسين النوري : سر المهنة المصرفية في القانون المصري والقانون المقارن، مكتبة عين الشمس، القاهرة، ص 14 .

6- عبد القادر العطير، سر المهنة المصرفية في التشريع الأردني (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، . 1996، ص 04.

7- محي الدين علم الدين، «إلتزام البنوك بسر المهنة في القانون المقارن» بحث منشور بمجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الرابعة عشر، العدد الأول، يناير- مارس، القاهرة، 1970، ص 314

8- د . حسين النوري : المرجع السابق، ص 18.

9- د . محمد عبد الودود أبو عمر: المرجع السابق، ص 31-32.

10- أنظر: د . الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 280. و د . محمد عبد الودود أبو عمر: المرجع السابق، ص 33.

11- voire: Christian GAVALDA- JEAN STOUFFLET. op.cit, p.87 et

...

12- د . نعيم مغرب، السرية المصرفية، دراسة في القانون المقارن، بيروت، لبنان 1996، بدون طبعة، ص 187.

13- الأمر رقم 03-11 مؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1424 الموافق 26 غشت سنة 2003، يتعلق بالنقد والقرض، الجريدة الرسمية، العدد (52)، السنة الأربعون، 27 غشت سنة 2003 م.

14- د . الياس ناصيف : المرجع السابق، ص 277

. E t – Mme Fatiha TALEB : limite de secret bancaire et économie de marche, 1993, Revue Algérienne des sciences juridiques et poli tique, vol 33. n3.1995, p.515.

15- المادة _ 301 من الأمر رقم 66/156 المؤرخ في 18 صفر 1386 هـ الموافق ل 08 يونيو 1966 م المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم سنة 2006.

16- انظر قرار مجلس الدولة رقم 2129 مؤرخ في 08/05/2000 بين يونين بنك وبنك الجزائر، مشار إليه في كتاب حسين مبروك، المدونة البنكية الجزائرية، دار هومة، الجزائر 2006، طبعة (1)، ص 147.

17- راجع المادة: «105» وما بعدها فيما يخص اللجنة المصرفية، القانون رقم 03/11.

18- راجع المادة (09) من القانون 11/03 المتعلق بالنقد والقرض.

19- د. الياس ناصيف: المرجع السابق، ص 277.

20- Voir : l'article 57 alinéa 02 de la loi bancaire français in Christian GAVALDA Jean Stofflet. Op. Cit. p. 88 -

21- راجع: المواد من « 25 إلى 27 » من القانون رقم 05-01 مؤرخ في 06 فبراير سنة 2005، المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها، الجريدة الرسمية، عدد (11)، المؤرخة في 09 فبراير 2005 م.

22- القانون رقم 06/01 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، المؤرخ في 08 مارس 2006، (ج.ر عدد 14)، المعدل بالقانون 05/10 المؤرخ في 26 غشت 2010.

آلية الدفع بعدم الدستورية في أحكام

تعديل الدستور الجزائري 2016

أ. بلمهدي ابراهيم

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة محمد خيضر - بسكرة

ملخص:

إن آلية «الدفع بعدم الدستورية» لتحريك الرقابة على النصوص القانونية بمناسبة دعوى قضائية والمنصوص عليها في المادة 188 من القانون 16-01 المتضمن تعديل الدستور الجزائري لعام 2016 تحقق مجموعة من الآثار القانونية. بداية بوجود سلطة للمواطن في الدفاع عن الحقوق والحريات المكفولة دستوريا، مما يعزز من مفهوم المواطنة ويمكن من تجاوز عقبات التمثيل الشعبي وذلك عند عدم تطابق ارادة المواطنين مع ارادة الممثلين المنتخبين فيما يخص التشريع، وفي تحقيق المصلحة العامة بالغاء النص غير الدستوري.

كما يمتد الأثر إلى تأسيس علاقة قانونية بين القضاء العادي (العدي والاداري) والمجلس الدستوري، من خلال الدور الجديد للقضاء العادي في تحريك رقابة الدستورية عن طريق الاحالة إلى هذا الأخير من طرف مجلس الدولة أو المحكمة العليا، وهو ما يفعل الرقابة البعدية للمجلس الدستوري في غياب النص على رقابة سابقة الزامية منه على كل القوانين والتنظيمات، ومقارنة ذلك على الخصوص بالتجربة الدستورية الفرنسية بعد التعديل الدستوري لعام 2008.

Résumé :

Le mécanisme :»exception d'inconstitutionnalité» à l'occasion d'un procès, prévu par l'article 188 de la Loi 16-01 portant la révision Constitutionnelle algérienne en 2016 réalise des effets juridiques. Premièrement sur l'existence du pouvoir du citoyen pour défendre les droits et libertés garantis par la constitution, ce qui est promouvoir le concept de citoyenneté et ce qui permet de surmonter plusieurs obstacles entravent la représentation populaire en ce qui concerne la législation, et a l'intérêt public a l'occasion d'annuler le texte inconstitutionnel.

L'impact étend également à la mise en place d'une relation juridique entre la juridiction (ordinaire et administrative) et le conseil constitutionnel, par un nouveau rôle de saisir ce dernier à travers le processus de renvoi par le conseil d'Etat ou la cour suprême au conseil, et par rapport à l'expérience constitutionnel en France après la révision constitutionnelle en 2008 sur l'efficacité du contrôle a posteriori.

الكلمات المفتاحية: الدفع بعدم الدستورية، رقابة القضاء، الحقوق و الحريات، المجلس الدستوري.

مقدمة:

للرقابة الدستورية دور أساسي في بناء دولة القانون بضمان مبدأ سمو الدستور وتعزيز الديمقراطية وحماية الحقوق والحريات الأساسية، وبذلك فإن حركية التشريع داخل الدولة المقترنة بالظروف المختلفة سياسيا واقتصاديا واجتماعيا يجب أن يلازمها الحفاظ على سمو القاعدة الدستورية ما لم يمسه أي تعديل.

لم تخل التجربة الدستورية الجزائرية من النص على هيئة مختصة للحفاظ على مبدأ سمو الدستور ما عدا في دستور 1976 نظرا للنهج الاشتراكي والأساس الذي تبناه هذا الأخير في اطار وحدوية الحزب كمبدأ دستوري، وان كان عمل المجلس الدستوري كمؤسسة رقابية ظهر فقط منذ دستور 1989 مع تحديد اختصاصاته فيما يخص الرقابة الدستورية وذلك على القوانين والتنظيمات والاتفاقيات والمعاهدات وكذا الأنظمة الداخلية للبرلمان والتعديلات المدخلة عليها.

وقد حافظ المشرع الدستوري الجزائري على آلية وحيدة لتحريك عمل المجلس الدستوري وذلك عن طريق الاخطار من الجهات السياسية والمحصورة فقط في رئيس الجمهورية ورئيسي مجلسي البرلمان إلى غاية عام 2016، وهذا ما شكل عائقا حول فعالية رقابته خصوصا بالنسبة للقوانين العادية والتنظيمات في ظل عدم تكريس الرقابة الدستورية السابقة والوجوبية عليها، وهو ما قد يجعل من بعض النصوص تتضمن عبارات أو فقرات أو مواد غير دستورية وخصوصا ما تعلق بالساس بالحقوق والحريات الأساسية التي يكفلها الدستور.

غير أن التعديل الدستوري الأخير لعام 2016 لم يكتف بتوسيع جهات الاخطار إلى الوزير الأول ولعدد من أعضاء البرلمان فحسب، بل أدرج آلية جديدة لم تعرفها التجربة

الدستورية الجزائرية ألا وهي «الدفع بعدم الدستورية» بموجب المادة 188 من القانون 01-16 المتضمن للتعديل الدستوري متبينا ما أقرته التجربة الدستورية الفرنسية بعد التعديل الدستوري لعام 2008 فيما يسمى: «مسألة أولوية الدستورية». وانطلاقا من أهمية اثاره مسألة دستورية نص تشريعي وخصوصا ما يمس بالحقوق والحريات الأساسية المضمنة في الدستور، تطرح اشكالية هذا المقال: ما هي الآثار القانونية المترتبة عن اقرار المشرع الدستوري الجزائري لآلية الدفع بعدم الدستورية في تعديل 2016 ؟

واجابة على هذه الاشكالية تم تقسيم الدراسة في مبحثين، بداية بسلطة المواطن في الدفاع عن الحقوق والحريات الأساسية في المبحث الأول، أما الثاني فيتم التطرق فيه لتأسيس علاقة قانونية بين القضاء العادي والمجلس الدستوري فيما يخص الرقابة الدستورية في المبحث الثاني.

المبحث الأول: سلطة المواطن في الدفاع عن الحقوق والحريات الأساسية

رغم المكانة التي أصبحت تحتلها الحقوق والحريات بتضمينها في دساتير أغلب الدول باعتبارها قوانين أساسية وفي القوانين الداخلية الأخرى، إلا أن الحديث عن وجود سلطة للمواطن في الدفاع عنها يرتبط أكثر بطرحه مسألة دستورية النصوص القانونية وخصوصا فيما يمس بالحقوق والحريات الأساسية. وتظهر بصفة عامة سلطة الأفراد إما عن طريق الدعوى «voie d'action» وذلك بمهاجمة القانون مباشرة لالغائه أو استبعاد تطبيقه (كما في ألمانيا واسبانيا والنمسا) أو عن طريق الدفع «voie d'exception» كما هو الحال في أمريكا¹.

وبعبارة أخرى رقابة القضاء لدستورية النصوص القانونية تبنت بعض الدول ومنها الجزائر النموذج الفرنسي، متمثلا في «المجلس الدستوري» كمؤسسة دستورية تراقب دستورية القوانين بالإضافة لاختصاصاتها الأخرى. غير أن هذه الرقابة ليست الزامية على كل النصوص القانونية والتنظيمية (باستثناء القوانين العضوية والأنظمة الداخلية لمجلسي البرلمان والتعديلات المحدثه على كل منها) وهو ما يجعل خطر المساس بالحقوق والحريات يظل قائما، وبالنظر لما أقره صراحة القضاء مثلا في فرنسا عن طريق محكمة التمييز عام 1934 بأنه «لا يمكن لأي كان رفض الخضوع لنص قانون نشر(وفق الأصول) بحجة أنه غير دستوري»².

لكن المشرع الدستوري الجزائري أقر بموجب تعديل عام 2016 آلية «الدفع بعدم الدستورية» طبقا للمادة 188 من القانون رقم 01-16 المتضمن تعديل الدستور³، فما هي آثار ذلك بالنسبة لسلطة المواطن للدفاع عن الحقوق والحريات الأساسية؟ وهو ما

سيتم التطرق له بالدراسة من خلال إبراز الأثر على كل من مفهوم المواطنة في حد ذاته في المطلب الأول، وعلى تجاوز عقبات التمثيل الشعبي في المطلب الثاني، وفي تحقيق المصلحة العامة في المطلب الثالث.

المطلب الأول: تعزيز مفهوم المواطنة

إن المقصود بكلمة «المواطنة» هنا ليس بالمعنى الضيق لها أي من منظور ارتباطها فقط بالمشاركة في السلطة، كما يؤكد تاريخ الشعوب حينما ساد مصطلح «الرعية» إلى غاية تجسيد الديمقراطية التي ترتبط بمصطلح «المواطن» «pas de citoyen sans démocratie»⁴ . طبعاً من الصحيح أن المواطنة كمفهوم لها ارتباط بالشأن العام وهذا ما يفرض المساواة بين المواطنين، ولكن ذلك لا ينفي أبداً ارتباطها بالمجتمع السياسي القائم⁵ وهذا ما يجعل من مفهوم المواطنة يتحدد ضيقاً واتساعاً وفقاً لذلك، مثلما تجسد فعلياً وعلى سبيل المثال في ظل الدستور الجزائري لعام 1963 و لعام 1976 عندما حصرت المواطنة في ممارسة حق الانتخاب وارتباط حق الترشح بالحزب الأوحيد الذي كان يعد حينها مبدءاً دستورياً⁶.

المقصود بمفهوم المواطنة⁷ هو المعنى الواسع لها الذي يتحقق في وجود رابطتين أساسيتين، الأولى بين المواطنة وبين الحقوق والحريات الأساسية ككل سواء كانت سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية⁸ من جهة والثاني بينها وبين الواجبات من جهة أخرى، وبالتالي يمكن تقديم تعريف للمواطنة بأنها: «تمتع الشخص الذي يرتبط برابطة قانونية بالدولة ألا وهي الجنسية بالحقوق وكذا تحمل الالتزامات طبقاً للنصوص القانونية».

لقد ساهم اقرار المشرع الدستوري الجزائري لآلية «الدفع بعدم الدستورية» في تعزيز مفهوم المواطنة في النظام القانوني الجزائري، لأن النص على الحقوق والحريات هو في حد ذاته غير كاف ولو أخذت المكانة الدستورية، فالأمر يتطلب حمايتها بفضل سلطة الدفاع عنها حتى لا تمس النصوص القانونية بهذه الحقوق والحريات الأساسية.

وفي هذا النطاق أيضاً يمكن القول أن التعديل الدستوري الأخير أوجد آلية منحت للمواطن سلطة يمكن بها الدفاع عن مسؤولية الحفاظ على ما أطلق عليه في الدستور التراث المشترك الذي تكونه الحريات الأساسية وحقوق الانسان والمواطن بواجب نقله من جيل إلى جيل طبقاً لنص المادة 32 من الدستور الجزائري- قبل تعديل 2016 - من خلال الدفع بعدم دستورية نص قانوني يمس على الخصوص بالحقوق والحريات المنصوص عليها دستورياً.

المطلب الثاني: تجاوز عقبات مبدأ التمثيل الشعبي

تعترف الديمقراطيات الحديثة بمبدأ التمثيل -لشعب أو الأمة- وتكرسه في دساتيرها عبر الانتخاب الحر والنزيه وطبقا لمبدأ المساواة، غير أن إشكالية تمثيل الإرادة العامة من طرف الممثلين المنتخبين تظل قائمة خصوصا إذا تعارضت إرادتهم مع ارادة المواطنين، وذلك من خلال النصوص التشريعية التي قد تصدر من دون أن تتعرض لرقابة المجلس الدستوري وتحديدًا فيما يخص القوانين العادية. وهذا يتم التطرق إلى أثر حصر الإخطار في الجهات السياسية العامة في الفرع الأول، ولعامل الاعتبارات السياسية أيضا في الفرع الثاني.

الفرع الأول: حصر الاخطار في ممثلي الشعب غير كاف

لقد ظل دور المجلس الدستوري الجزائري مرهونا بإخطار من الجهات السياسية المحددة دستوريا (رئيس الجمهورية ورئيسي غرفتي البرلمان) فيما يخص رقابة القوانين العادية والتنظيمات والمعاهدات والاتفاقيات، في وجود استحالة ما يسمى بالاطار الذاتي أو «التلقائي» من المجلس الدستوري لأن هذا النوع اقتصر فقط على حالة تصويب خطأ مادي في قرارته كما هو الحال بالنسبة للمجلس الدستوري المغربي والفرنسي⁹.

وبالإضافة إلى تلك الاستحالة المذكورة فإنه كان أيضا من غير الممكن لعدد محدود من أعضاء البرلمان الجزائري اخطار المجلس الدستوري، إلا بعد تعديل الدستور لعام 2016 بموجب المادة 187 من القانون 16-01 التي سمحت للأقلية البرلمانية بإمكانية الاعتراض على قانون حصل على أصوات الأغلبية إذا ما تضمن ما هو غير دستوري، وذلك عن طريق اخطار المجلس من طرف خمسون (50) نائبا بالمجلس الشعبي الوطني أو ثلاثون (30) عضوا بمجلس الأمة.

طبعاً الأثر الإيجابي لتوسيع نطاق الاخطار لعدد من أعضاء البرلمان ظهر مثلاً بفرنسا منذ تعديل الدستور عام 1974¹⁰ أين منحت تلك الامكانية لستون نائبا أو شيخاً وهذا ما أدى لعدد معتبر من الاخطارات تمت من طرفهم، وانعكس ذلك في صدور قرارات هامة للمجلس الدستوري فيما يخص الحقوق والحريات والتي منها على سبيل المثال قراره المؤرخ في 10 و 11 أكتوبر 1984 حول حرية الصحافة¹¹. ولكن حتى هذا النوع من الاخطار بقي غير كاف لحماية الحقوق والحريات مقارنة مع ما أثبتته التجربة الدستورية الفرنسية بعد التعديل الدستوري لعام 2008¹² بالنظر لما صدر من قرارات عديدة وهامة كما سيتم التطرق له لاحقاً في المطلب الثالث من المبحث الثاني.

الفرع الثاني: تجاوز تأثير الاعتبارات السياسية على محدودية الاخطار

إذا كان حصر اخطار المجلس الدستوري في جهات سياسية معينة هو من الحدود القانونية التي تعود للنص الدستوري أساسا، فإن هناك محددات عملية تضعف من دور المجلس الدستوري في أداء مهمته الرقابية والتي ترجع إلى ما قد يحدثه التوجه السياسي الواحد بالنسبة لهذه الجهات السياسية العامة، لأن الاعتبار السياسي قائم ولا يمكن انكاره فيما يخص الاخطار من طرف رئيس الجمهورية أو من رئيسي غرفتي البرلمان وحتى الوزير الأول ولعدد محدد من أعضاء البرلمان.

إن حصر حق اخطار المجلس الدستوري في الجهات السياسية العامة فقط لا يمكن أن يمثل ضمانا كافية، لأن هذا الحق قد لا يستعمل لحماية الدستور والدفاع عنه بقدر ما يستعمل لتحقيق أهداف سياسية¹³، مما جعل البعض يرى أن المواطنين لا يملكون سوى وسيلة الضغط على السلطات المختصة باخطار المجلس لرقابة النص الذي يرونه بأنه غير دستوري لأن الاخطار ظل سياسيا لمدة طويلة¹⁴.

طبعا هذا الطرح الأخير تم تجاوزه سواء في فرنسا بعد تعديل الدستور عام 2008 وفي الجزائر بعد التعديل الدستوري الأخير، حيث جاء هذا الأخير في صالح الاتجاه المناادي بحق الأفراد بطلب رقابة دستورية القوانين. وبالتالي أصبح من الممكن للمواطن أن يطعن بعدم دستورية القانون المطبق عليه استنادا إلى خرقه مبدأ المساواة الذي تدور حوله أغلبية الطعون التي تتعلق بدستورية القوانين بفرنسا، بعدما كانت حماية هذا المبدأ غير قوية وغير كافية بحصر الاخطار في السلطات السياسية فقط¹⁵.

المطلب الثالث: تحقيق المصلحة العامة

بالإضافة إلى تعزيز مفهوم المواطنة بفضل تعديل الدستور الجزائري الأخير وفقا لنص المادة 188 منه وتجاوز عقبات التمثيل السياسي وذلك في حالة عدم تطابق ارادة الشعب أو الأمة من جهة مع ارادة المشرع أي الممثلين المنتخبين سواء تعلق الأمر بالبرلمان عن طريق القوانين أو رئيس الجمهورية عن طريق الأوامر التشريعية. إلا أنه فيما يخص تحقيق المصلحة العامة بعد اقرار آلية الدفع بعدم الدستورية، سيتم توضيحها من خلال بيان القيود المفروضة على سلطة المواطن في الفرع الأول، وفي عملية الغاء النص غير الدستوري في الفرع الثاني.

الفرع الأول: سلطة المواطن غير مطلقة

لقد ربط المشرع الدستوري الفرنسي بعد تعديل عام 2008 تحريك «مسألة أولوية الدستورية» بمناسبة دعوى لا غير، يقوم من خلالها أحد أطرافها باثارها أمام القضاء

العدي أو الاداري قبل أن يتم الفصل فيها من طرف المجلس الدستوري، وهذا ما تبناه تعديل الدستور الجزائري بموجب المادة 188 من القانون 16-01 التي فتحت المجال أمام أطراف الدعوى في المحاكمة أمام جهة قضائية في طرح ما يسمى «الدفء بعدم الدستورية»، مثلما أدرجه الفصل 133 من الدستور المغربي لعام 2011⁶ بعد احداثه للمحاكمة الدستورية بموجب الفصل 129 منه.

إن وجود سلطة للمواطن من خلال اقرار «الدفء بعدم الدستورية» وان تحقق، إلا أن هذه السلطة هي مقيدة بالنظر إلى أحكام نص المادة 188 من التعديل الدستوري لعام 2016، لأنه من جهة لا يمكن استعمالها إلا بمناسبة دعوى قضائية ومن جهة أخرى في حدود ضيقة لأن اثارها ممكنة فقط بالنسبة للنص التشريعي الذي سيطبق في النزاع إذا كان يمس بالحقوق والحريات، وأيضاً لوجود قيد زمني مؤقت تنص عليه المادة 215 من القانون 16-01 بأن الآلية التي نصت عليها المادة 188 ستوضع بعد أجل ثلاث (03) سنوات من بداية سريان أحكام هذا التعديل أي ابتداء من شهر مارس 2019.

الفرع الثاني: الغاء النص غير الدستوري

يرتبط دافع الأفراد فيما يخص الدفء بعدم الدستورية أمام القضاء العادي بالمصلحة الشخصية للمتقاضي. وهو ما يختلف تماماً سواء عن الاخطار الذي يتم مباشرة أمام الهيئة المختصة بالرقابة الدستورية، لأن الأمر حينها قد يرتبط بالمصلحة العامة لا الشخصية لامكانية القيام بذلك حتى في حالة عدم وجود نزاع، وعن الاخطار الذي يتم من الجهات السياسية المخول لها لأنه يستخدم للمصلحة العامة مجرداً من أي صفة لاختصاص شخصي مما يجعل التراجع أو العدول عن الاخطار في هذه الحالة الأخيرة غير ممكن بمجرد قيده بالمجلس الدستوري، كما أوضحه المجلس الدستوري اللبناني حينما نفى وجود أي امكانية لعدول النواب الموقعين على الاخطار لأنه يصبح نهائياً، وهذا في حيثيات حكمه رقم 95/2 الصادر في 25 فبراير 1995¹⁷.

وبذلك يمكن القول أن اثاره عدم دستورية نص أمام القضاء العادي سواء بالجزائر أو فرنسا أو بالمغرب بمناسبة دعوى قضائية تنطلق من فكرة المصلحة الشخصية لا المصلحة العامة، حيث تطرح بمناسبة دعوى قضائية وذلك من أحد أطرافها. غير أن عملياً إذا كان المتقاضي يبحث عن تحقيق مصلحة شخصية بدفعه بعدم الدستورية، غير أن الدافع قد يختلف عن النتيجة حيث لا يمنع ذلك أن تتحقق المصلحة العامة بالغاء النص القانوني الذي يمس بالحقوق والحريات الأساسية. وتبقى السلطة التقديرية للمجلس الدستوري دون غيره لتحديد اليوم الذي يفقد فيه النص أثره كما ورد في الفقرة

02 للمادة 191 من التعديل الدستوري.

إن السماح للمتقاضي بطرح مسألة الدستورية عن طريق «الدفع» يدعم الديمقراطية ودولة القانون ويحمي الحقوق والحريات الأساسية، لأن الدستور يصبح وسيلة للدفاع المتقاضي عن حقوقه ضد القانون كما أكده المجلس الدستوري الفرنسي في قراره رقم 595-2009 الصادر في 3 ديسمبر 2009¹⁸. ولكن رغم اكتساب المواطن لسلطة الدفاع عن الحقوق والحريات إلا أنها ليست مطلقة بل مقيدة للشروط المذكورة، وهذا ما عمل الدستور الجزائري على تكريسه في تعديل عام 2016 مع الحفاظ على نفس تسمية المؤسسة الدستورية (المجلس الدستوري)، بخلاف مثلا الدستور المغربي لعام 2011 الذي أحدث «المحكمة الدستورية».

المبحث الثاني: تأسيس علاقة قانونية بين القضاء العادي والمجلس الدستوري

لل قضاء العادي (العدي والاداري)¹⁹ دورا أساسيا في حماية الحقوق والحريات سواء كانت فردية أو جماعية ومهما كانت طبيعتها من خلال البت في الدعاوى المرفوعة أمامه، طبعا في وجود ضمانات قانونية كتلك التي منحها المشرع الجزائري لقاضي الاستعجال طبقا لنص المادة 920 من قانون الإجراءات المدنية والادارية²⁰ حيث له أن يأمر بكل التدابير الضرورية للمحافظة على الحريات الأساسية المنتهكة من الأشخاص المعنوية العامة أو الهيئات التي تخضع في مقاضاتها لاختصاص الجهات القضائية الادارية أثناء ممارسة سلطاتها متى كانت هذه الانتهاكات تشكل مساسا خطيرا وغير مشروع بتلك الحريات، بالاضافة إلى ضمانات أخرى²¹.

لقد أحدث تعديل الدستور الجزائري لعام 2016 علاقة بين القضاء العادي بالمجلس الدستوري، فما هي الآثار المترتبة على مستوى هذه العلاقة بعد اقرار آلية الدفع بعدم الدستورية؟ وعليه سيتم تناول ذلك من خلال التطرق إلى عدم اختصاص القضاء العادي برقابة الدستورية كمبدأ ثابت في المطلب الأول، ودوره في تحريك رقابة الدستورية في المطلب الثاني، ثم التطرق لتفعيل الرقابة البعدية للمجلس الدستوري في المطلب الثالث وكل ذلك مقارنة بالتجربة الفرنسية على الخصوص.

المطلب الأول: عدم اختصاص القضاء العادي برقابة الدستورية مبدأ ثابت

السلطة القضائية غيرها من السلطات داخل الدولة ملزمة بالقاعدة العامة أو المبدأ الدستوري القائل بالفصل بين السلطات، وهذا بعدم تجاوز حدود الاختصاص المحدد لها دستوريا، مما يجعل من القضاء العادي محكوما بمجال اختصاصه فلا يتدخل

في اختصاصات مؤسسات دستورية أخرى قائمة كالمجلس الدستوري. وفي هذا المطلب سيتم بيان صفة المجلس الدستوري في الفرع الأول، مع تحديد دور القضاء العدلي والاداري في حماية الحقوق والحريات في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعزيز الصفة القضائية للمجلس الدستوري

حدد المشرع الدستوري الجزائري المؤسسة الدستورية المختصة برقابة دستورية القوانين ألا وهو المجلس الدستوري في كل الدساتير - ماعدا دستور 1976 الذي أغفل الرقابة الدستورية - مستبعدا بذلك الجهات القضائية من هذا الاختصاص. غير أنه إن كان النص على تحديد اختصاصات الهيئة الموكل لها الرقابة على دستورية القوانين مقتضى أساسيا قد يكون كافيا، إلا أن هناك من التشريعات من لم تكتف بالنص على ذلك بل تم التأكيد صراحة على عدم جواز القيام برقابة دستورية القوانين من أي هيئة قضائية سواء بصفة مباشرة عن طريق الطعن أو بصورة غير مباشرة عن طريق الدفع بمخالفة الدستور أو مخالفة مبدأ تسلسل القواعد والنصوص كما هو الحال في التشريع اللبناني وتحديدًا في قانون انشاء المجلس الدستوري²².

ولقد أثارت طبيعة المجلس الدستوري - كهيئة رقابية على دستورية القوانين - بفرنسا على الخصوص جدلا واسعا حيث انقسم الباحثون حول ما إذا كان يعد هيئة سياسية «organe politique» أو قضائية²³ «véritable juridiction»، غير أن هناك من غلب طبيعته القضائية على السياسية باعتبار الاختصاص على حساب تشكيلته²⁴ بالنظر إلى طريقة اختيار أعضائه التي كانت ولا تزال محل انتقادات قانونية لأنها تعزز دائما من طبيعته السياسية ولا تقدم ضمانات كافية فيما يخص العناصر التالية: الكفاءة والاستقلالية والنزاهة. ولكن رغم ذلك هناك من دافع على أنه لا يوجد أي داع للتغيير في ظل عدم وجود طريقة اختيار مرضية لمثل هذا النوع من المؤسسات²⁵.

إلا أنه بعد اقرار امكانية طرح مسألة الأولوية الدستورية بفرنسا فإنه أصبح هناك مبررا اضافيا لمن يرى في طبيعة المجلس الدستوري الفرنسي أنها قضائية²⁶، وذلك بتدخله حسب الاجراءات المتبعة أمامه في النزاعات المطروحة أمام القضاء العدلي أو الاداري ووفق الشروط والاجراءات المنصوص عليها، وان كانت شروط اختيار الأعضاء لا تعكس ذلك.

وبخلاف ذلك كله، نص المشرع اللبناني صراحة في القانون المتعلق بانشاء المجلس الدستوري المعدل وتحديدًا في الفقرة 02 من المادة الأولى منه أن المجلس الدستوري هيئة دستورية مستقلة ذات صفة قضائية²⁷، وهذا ما يعود أساسا للشروط المنصوص عليها

فيما يخص العضوية وكيفية اختيار الأعضاء من جهة، ومن جهة أخرى في امكانية مراجعة المجلس بعد صدور القوانين ولكن خلال مدة حددت بخمسة عشر (15) يوما فقط بعد نشرها.

وبالتالي يمكن القول أنه قد تم اضافة الصفة القضائية على المجلس الدستوري الجزائري من خلال التعديل الدستوري 2016، ليس فقط بعد اقرار آلية الدفع بعدم الدستورية التي أصبحت تسمح لأطراف الدعوى برفع المسألة أمام الجهات القضائية العادية والادارية قبل أن تحال إلى المجلس الدستوري لينظر فيها، بل أيضا بعد أن تم مراعاة شروط خاصة للعضوية في هذا المجلس²⁸، وان لم يتم التصريح بذلك على اعتبار أن المشرع الدستوري اكتفى بالنص على أنها هيئة مستقلة طبقا للمادة 182 من الدستور.

الفرع الثاني: اختصاصات القضاء العادي غير كافية لحماية الحقوق والحريات

إن دور الهيئات القضائية العليا في التنظيم القضائي الجزائري فيما يخص توحيد الاجتهاد القضائي والفصل في الدعاوى بتطبيق القانون حدده الدستور الجزائري قبل تعديل 2016 بموجب المادة 152 منه²⁹ والتي تنص على دور مجلس الدولة والمحكمة العليا في ضمان توحيد الاجتهاد القضائي والسهر على احترام القانون. فمجلس الدولة بالاضافة إلى تطبيقه للقانون في الدعاوى المرفوعة أمامه، فانه يراقب الجهات القضائية الأدنى مرتبة منه حول سلامة تطبيقها للقانون باعتباره محكمة نقض، أما عن امكانية اخضاع قرارات السلطة التنفيذية لرقابته بإلغائها فهي لا تكون إلا بناء على دعوى ذوي الشأن ما عدا ما تعلق منها بأعمال السيادة³⁰. وحول ذلك يشير البعض في فرنسا أن ما يظهر في اجتهادات مجلس الدولة الفرنسي أنه يمارس رقابة دستورية فقط فيما يخص تنظيمات (لوائح) السلطة التنفيذية التي تخالف مباشرة الدستور، وكذا رقابة شرعية فيما يخص اللوائح والقرارات الادارية ذات صفة فردية والتي تخالف القوانين³¹.

أما عن دور مجلس الدولة بنظره في مضمون النص القانوني قبل اصداره فهو يدخل ضمن دوره الاستشاري فقط، حيث فسخ الدستور الجزائري منذ تعديل 1996 المجال أمام مجلس الدولة من خلال ابداء رأيه في مشاريع القوانين التي تقدمها الحكومة حسب نص الفقرة الثانية من المادة 119 من الدستور، إلا أن نطاق الاستشارة لم يكن واسعا ليشمل جميع المشاريع، وهذا ما أكده المجلس الدستوري في رأيه عند رقابته لنص المادة 04 من القانون العضوي 98-01 المتعلق بمجلس الدولة، عندما صرح بأن المشرع لم يتقيد بالنص الدستوري حينما أضاف اختصاصات استشارية أخرى لمجلس الدولة وهي (مشاريع الأوامر، ومشاريع المراسيم الرئاسية والتنفيذية)³².

غير أن التعديل الدستوري لعام 2016 وان مكن مجلس الدولة في خطوة ايجابية من ابداء رأيه في مشاريع أوامر رئيس الجمهورية بالنسبة للمسائل العاجلة التي يمكنه أن يشرع فيها وذلك في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطل البرلمانية طبقا للمادة 142 فقرة 01 منه، إلا أنه لم يشر إلى مشاريع المراسيم الرئاسية والتنفيذية التي تبقى بعيدة عن الاستشارة.

وبهذا تبقى فعالية هذه الاستشارة محدودة بالنظر إلى نطاقها من جهة، ومن جهة أخرى لعدم الزامية الأخذ برأي مجلس الدولة أساسا. مع الاشارة أنه قد تم النص على امكانية الاستشارة من دون أن تكون الزامية بالنسبة لاقتراحات القوانين من أعضاء البرلمان قبل أن تحذف من المشروع النهائي للتعديل الدستوري³³.

وبالتالي هناك محددین مباشرين للقضاء العادي في حماية الحقوق والحريات، والمتعلقين بعدم الاختصاص برقابة دستورية القوانين وكذا نقص فعالية الاستشارة في ظل الزامية اجرائها دون الزامية الأخذ بها، فماذا عن دوره في تحريك الرقابة الدستورية؟

المطلب الثاني: دور القضاء العادي في تحريك رقابة الدستورية

لا يمكن الحديث عن دور القضاء العادي في ما يتعلق برقابة دستورية القوانين في الجزائر وتحديدًا قبل التعديل الدستوري لعام 2016، ما عدا ما تعلق بوجود مشاركة متوازنة للقضاء العادي مع الجهات الأخرى في ترقية المجلس الدستوري³⁴، وهي الايجابية الغائبة عن الدستور الفرنسي رغم كل التعديلات الأربعة والعشرون (24) التي عرفها دستور عام 1958 إلى غاية تعديل 2008، والمغرب في ظل احداث المحكمة الدستورية بموجب دستور 2011. فماذا عن الاخطار المباشر من القضاء؟ وهو ما يتم تناوله في الفرع الأول، وكذا آليات عمل القضاء العادي وذلك في الفرع الثاني.

الفرع الأول: استبعاد الاخطار المباشر

لقد عرفت التجربة الدستورية والسياسية في فرنسا صراعا تاريخيا بين السلطات تجسد أكثر في ظهور السلطة القضائية كطرف، وهذا بخصوص دور القضاء في رقابة أعمال السلطة التنفيذية أو التشريعية، فتم اعتبار السلطة القضائية من فروع السلطة التنفيذية فلم تعط أي دور بالنظر لما حملته تجربة المحاكم الفرنسية آنذاك بتنفيذها لرغبات الملك³⁵، فظل القضاء بعيدا عن أي دور في رقابة دستورية القوانين.

ونظرا لتبني الدستور الجزائري 1989 المعدل والمتمم للنموذج الفرنسي المحدث في دستور 1958 ولكن مع بعض الخصوصية من حيث التنظيم والاختصاصات، إلا أنه

لم يسمح للمحاكم والمجالس القضائية ولا حتى الهيئات القضائية العليا (المحكمة العليا ومجلس الدولة كأعلى هيتين في القضاء العدلي والاداري) باثارة مسألة الدستورية عن طريق الاخطار المباشر حتى في التعديل الدستوري الجديد. فطلت فكرة استبعاد اخطار المجلس الدستوري الجزائري من طرف الهيئات القضائية مكروسة، رغم أن الرقابة على دستورية القوانين ظلت بنوعها سواء السابقة أو اللاحقة لصدور النص تأخذ مكانتها الدستورية.

ومن جهة أخرى شمل الأمر أيضا عدم النص على وجوب استبعاد القضاء العادي لأي نص قانوني يتعارض مع الدستور عن طريق الدفع من المتقاضي، كما كان عليه الحال مثلا في لبنان حينما سمح للقضاء العدلي بتطبيق هذه الآلية على اثر المرسوم التشريعي رقم 90 بتاريخ 9/10/1983 المعدل للمادة الثانية من قانون أصول المرافعات المدنية لعام 1933، وهذا إلى غاية صدور القانون المتعلق بانشاء المجلس الدستوري اللبناني طبقا للمادة 19 من الدستور³⁶.

الفرع الثاني: آليات عمل القضاء العادي

في انتظار اصدار النصوص القانونية تطبيقا لأحكام الدستور الجزائري بعد التعديل الأخير له، ومنها على الخصوص القانون العضوي الذي يأتي تطبيقا لما جاء في الفقرة الأولى من المادة 188 من القانون 16-01 المتضمن تعديل الدستور الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيقها، فان الاحالة تبقى الطريق المؤدي لتحريك عمل المجلس.

لقد تجسدت مسألة أولوية الدستورية بفرنسا على اثر تعديل الدستور عام 2008، لكنها كفكرة لم تكن وليدة هذا التاريخ بل أسبق من ذلك، لأن بدايتها كانت تحديدا منذ عام 1958 تاريخ صدور الدستور الفرنسي نفسه وما تلاه من محاولات إلى غاية عام 1993³⁷. ثم ما حملته لجنة التفكير والاقتراح لتحديث واعادة التوازن لمؤسسات الجمهورية الخامسة، حيث جاء تعديل الدستوري لعام 2008 متبوعا بالقانون التنظيمي له والمراسيم التنفيذية المتعلقة بتطبيقه وكذا النظام الداخلي للمجلس الدستوري³⁸.

وتبنى المشرع الدستوري الجزائري تسمية «الدفع بعدم الدستورية»، والتي يجب أن تمر قبل الفصل في دستورية النص القانوني من طرف المجلس الدستوري عبر عملية الاحالة من الهيئات القضائية العليا، هذه العملية التي تسبقها عملية التصفية كما ورد في النظام القانوني الفرنسي.

أولاً: التصفية

هذه العملية وان كانت أساسية ومطلوبة إلا أن الفقرة الأولى للمادة 188 من القانون 16-01 المتضمن تعديل الدستور الجزائري لم تنص عليها، وهي التي يقوم بها القضاء العادي قبل احالة المسألة إلى المجلس الدستوري بحكم أنها تسهل عمل هذا الأخير، حيث ينتظر النص عليها في القانون العضوي الذي يحدد شروط وكيفيات تطبيق الفقرة الأولى من هذه المادة.

ومقارنة بما ورد في التشريع الفرنسي فان المسألة المطروحة أمام القضاء العادي تخضع في المرحلة الأولى إلى عملية التصفية قبل احالتها إلى المجلس الدستوري. وهذه العملية قد تكون مزدوجة تقوم فيها الهيئة القضائية بمراقبة أولية على مستواها، ثم بعدها مراقبة ثانية من طرف مجلس الدولة أو محكمة النقض بعد تحويلها اليها حسب الحالة وحسب الاجراءات المحددة في القانون التنظيمي رقم 2009-1523 المتعلق بتطبيق الفصل 61-1 من الدستور الفرنسي المعدل للأمر 58-1067 الصادر في 7 نوفمبر 1958 المتعلق بالقانون التنظيمي الخاص بالمجلس الدستوري³⁹، كما قد تكون تصفية وحيدة إذا تم طرح المسألة لأول مرة بمناسبة الطعن أمام مجلس الدولة أو محكمة النقض. وتتم التصفية بمراعاة ومراقبة شروط قبول الدفع من طرف الجهات القضائية والتي تحددها المادة 23-2 من القانون التنظيمي المذكور، وذلك بأن يكون النص القانوني قابلاً للتطبيق أو يمثل أساساً للمتابعات، كما لم يكن محل قرار بالمطابقة من المجلس الدستوري ما لم تتغير الظروف، وأن المسألة لا تخلو من الجدوية أو أن تكون جديدة.

ثانياً: الاحالة

تبقى الاحالة إلى المجلس الدستوري الجزائري من صلاحيات الهيئات القضائية العليا فقط أي مجلس الدولة أو المحكمة العليا كما ورد صراحة في نص المادة 188 من قانون التعديل الدستوري الجديد، وهذا ما ورد على سبيل الحصر أيضا في المادة 61-1 من الدستور الفرنسي بالنسبة لمجلس الدولة ومحكمة النقض.

ولم يحدد الدستور الجزائري الأجل الذي يجب أن تتم فيه تاركا ذلك للقانون العضوي، كما هو الحال في القانون التنظيمي رقم 2009-1523 المتعلق بتطبيق الفصل 61-1 من الدستور الفرنسي الذي أوجب أن تتم خلال أجل ثلاثة (03) أشهر المحدد للبت في الدفع كما تنص عليه المادة 23-4 منه، ويأتي ذلك تأكيدا على أنه لا يمكن أن تتم الاحالة مباشرة من أي محكمة أخرى، وقاضي الموضوع الذي ينتظر الفصل في المسألة (le juge a quo) عليه أن يقوم بتحويلها إلى هاتين الهيئتين حسب الحالة⁴⁰.

إن هذه العلاقة الجديدة بين السلطة القضائية والمجلس الدستوري يحكمها دائما خضوع السلطات العمومية وكل السلطات الادارية والقضائية لآراء وقرارات المجلس الدستوري التي لها قوة الشيء المقضي به⁴¹.

المطلب الثالث: تفعيل الرقابة البعدية للمجلس الدستوري

لقد كرس الدستور الجزائري الرقابة اللاحقة قبل تبني الدستور الفرنسي لذلك وان كان الاخطار اقتصر فقط على الجهات السياسية، وهذا ما حال دون تسجيل تميز عملي للمجلس الدستوري نظرا لعدم ممارسة الاخطار من الجهات المخول لها ذلك ما عدا في حالة وحيدة متعلقة تحديدا بقرار المجلس حول القانون الأساسي الخاص بمحافظة الجزائر الكبرى⁴²، وهذا ما يمكن تجاوزه بعد اقرار آلية الدفع بعدم الدستورية.

يحتاج اقرار هذه الآلية وتجسيدها تعديل مجموعة من النصوص على غرار النظام الداخلي للمجلس الدستوري الجزائري بالاضافة إلى بعض النصوص القانونية كقانون الاجراءات المدنية والادارية، مثلما هو الحال بفرنسا من خلال تعديل القانون الخاص بالمجلس الدستوري ومجموعة من القوانين كقانون التنظيم القضائي وقانون الاجراءات الجنائية⁴³ ولهذا أطلق البعض من باحثي القانون الدستوري بفرنسا وصفا على التغيير الذي أحدثه التعديل الدستوري لعام 2008 بما يسمى: «ثورة قانونية»، لأن رقابة المطابقة الدستورية لنص قانوني تم صدوره لم يعرفها النظام القانوني الفرنسي قبل هذا العام⁴⁴ رغم مشاريع الاصلاح السابقة.

وترتبط فعالية الرقابة البعدية على دستورية القوانين بداية بتبسيط اجراءات اثاره الدفع بعدم الدستورية أمام القضاء العادي فيما يخص المذكرات وأجال هذا الدفع وهذا ما سيتم تناوله في الفرع الأول، ليتم اظهار أثر عملية الاحالة من القضاء العادي على عمل المجلس الدستوري الفرنسي على الخصوص في الفرع الثاني، في انتظار ما سيسجل من قرارات للمجلس الدستوري الجزائري فيما يخص الدفع بعدم الدستورية حماية للحقوق والحريات الأساسية.

الفرع الأول: تبسيط الاجراءات ضمانه أساسية

تطلب فعالية الرقابة الدستورية عن طريق الدفع بعدم الدستورية من الأفراد بمناسبة دعوى قضائية تبسيط الاجراءات، خصوصا فيما يتعلق بعدم تقييد ذلك بأي أجل ليسمح لأطراف الدعوى باثارها في أي وقت. وهذا ما راعاه المشرع الفرنسي من الناحية الشكلية حيث نص على أنه يقتضي طرح مسألة أولوية الدستورية كتابة مذكورة منفصلة غير تلك المرفوعة في موضوع الدعوى، وأن امكانية اثارها تبقى قائمة في كل

وقت سواء أمام المحاكم الابتدائية أو في حالة الاستئناف أو لأول مرة أمام مجلس الدولة أو محكمة النقض. وقد أكد المجلس الدستوري الفرنسي في قراره رقم 595-2009⁴⁵ عند نظره في المادة 05 من القانون التنظيمي المتعلق بتطبيق الفصل 61-1 من الدستور الفرنسي أن مسائل أولوية الدستورية التي تكون مقبولة هي تلك التي تكون في محرر أو مذكرة منفصلة ومسببة.

ويمكن الإشارة أن المجلس الدستوري الفرنسي أكد وبوضوح في نفس القرار المذكور (رقم 595-2009) الحق المعترف به في المادة 61-1 من الدستور بأثارة مسألة الدستورية من المتقاضين، فيما يخص حضر تقديم مسألة أولوية الدستورية أمام محكمة الجنايات كما جاء في المادة 23-1 فقرة 04 من القانون التنظيمي المذكور، حيث رأى أن المشرع وان كان قد راعى اعتبار خصوصية تنظيم المحكمة وسير الاجراءات أمامها، إلا أنه صرح أن ذلك لا يغفل الحق المعترف به، أي يكون أثناء التحقيق الجنائي أو في مرحلة الاستئناف أو الطعن بالنقض. وفيما يخص أيضا الدعاوى الاستعجالية وحالة صدور حكم نهائي فيها حينها صرح بأن المادة 23-3 من القانون التنظيمي لا تتعارض مع الدستور شرط مراعاة تحفظه، حيث أخذ بعين الاعتبار حالتين: في الحالة التي تفصل فيها المحكمة في الموضوع دون انتظار لقرار مجلس الدولة أو محكمة النقض أو المجلس الدستوري إذا كان الأمر قد عرض عليه، أنه على الجهة المرفوع أمامها طعن بالاستئناف أو النقض أن تتوقف عن الفصل في الدعوى من حيث المبدأ. وفي امكانية صدور حكم نهائي في دعوى معروض بمناسبة مسألة أولوية الدستورية فان النص القانوني وقوة الشيء المقضي به لا يمكن أن يجرم المتقاضي من رفع دعوى جديدة حتى يتمكن من أخذ قرار المجلس الدستوري في الاعتبار.

الفرع الثاني: دور الاحالة في تفعيل عمل المجلس الدستوري

الاحالة عملية أساسية في الدفع بعدم الدستورية لتحريك رقابة المجلس الدستوري، غير أن المجلس الدستوري الفرنسي أخذ بعين الاعتبار حالة عدم ابداء الرأي من مجلس الدولة أو محكمة النقض في الدفع بعدم الدستورية خلال المدة المحددة لهما، وهذا ما أكده في قراره رقم 595-2009 بأن المادة 23-7 من القانون التنظيمي المتعلق بتطبيق الفصل 61-1 من الدستور الفرنسي تنص على أن يرفع مجلس الدولة أو محكمة النقض المسألة إليه عن طريق قرار مسبب مصحوبا بمذكرات أو طلبات الأطراف المنفصلة والمسببة والتي يجب أيضا احالتها على المجلس الدستوري. وإذا قرر مجلس الدولة أو محكمة النقض عدم عرض المسألة على المجلس الدستوري فعلى هذا الأخير أن يتسلم صورة من

الحكم المسبب، غير أنه في حالة ما إذا لم يبد كل منهما رأيه حسب الحالة خلال مدة ثلاثة أشهر المقررة فان المسألة تحال عليه بقوة القانون.

يفصل المجلس الدستوري الجزائري في الدفع بعدم الدستورية المحال له من مجلس الدولة أو المحكمة العليا خلال مدة أربعة (04) أشهر التي تلي اخطاره، مع امكانية تمديد الأجل لمدة أقصاها أربعة أشهر كما ورد في نص المادة 189 فقرة 02 من قانون التعديل. وهو أجل يختلف عن ذلك المحدد بفرنسا والمقدر بثلاثة (03) أشهر بداية من تاريخ رفع المسألة أمام المجلس، حيث يقوم الأطراف بابداء ملاحظاتهم حضوريا ما عدا في الحالات الاستثنائية المحددة بالنظام الداخلي للمجلس الدستوري الفرنسي⁴⁶ كما تنص عليه المادة 23-10 من القانون التنظيمي المتعلق بتطبيق الفصل 61-1 من الدستور الفرنسي.

وفي انتظار ما تحققه هذه التجربة الجديدة في الجزائر من خلال استخدام آلية الدفع بعدم الدستورية، فانه يمكن التطرق إلى ما صدر عن المجلس الدستوري الفرنسي فيما يخص اثاره مسألة الدستورية، فمن مجموع قراراته هناك (255 قرار)، وهذا الرقم يعادل نسبة ستة وثلاثون بالمئة (36%) من مجموع قراراته ككل منذ عام 1959، غير أن ذلك تحقق في مدة ثلاث (03) سنوات فقط وتحديدًا منذ الأول من مارس عام 2010 (تاريخ سريان القانون التنظيمي تطبيقًا للمادة 61-1 من الدستور) وإلى غاية الأول من مارس عام 2013⁴⁷. أما بالنسبة لعدد الملفات المسجلة لدى المجلس الدستوري فهو كبير جدا بالمقارنة مع ما أصدره من قرارات، لأنه بلغ 1520 ملف مرسل له من طرف محكمة النقض و مجلس الدولة غير أن عددا كبيرا جدا منها لم يتم احالته إلى المجلس بعد اجراء التصفية حيث تم احالة 314 ملف فقط⁴⁸، وهذا ما يبرز أهمية التصفية التي يقوم بها القضاء العادي قبل الاحالة.

أما بخصوص مضمون ما صرح به المجلس الدستوري الفرنسي في قراراته، فانه قضى في ستة وستون (66) قرار له من بين 255 قرار بعدم المطابقة الكلية أو الجزئية للدستور، أما من حيث المجالات التي نظر فيها فانه من المواضيع الأساسية التي راقبها المجلس وأثرى بها الاجتهاد الدستوري هو مجال قانون العقوبات والاجراءات الجزائية، والباقي في مجالات قانونية مختلفة منها قانون (الضرائب، الصحة العمومية، المعاشات، الانتخابات، الأسرة...) ⁴⁹.

ولكن احترامًا لسلطة الشيء المقضي به في قرارات المجلس الدستوري، فانه فيما يخص المسائل الجديدة يجب أن تتعلق بنص لم يسبق للمجلس بأن صرح بأنه مطابق للدستور في

الأسباب ومنطوق القرار ماعدا إذا تغيرت الظروف. وتعد هذه الأخيرة نظرية معروفة لأنها طبقت من قبل في اطار الرقابة السابقة للمجلس الدستوري الفرنسي، وأيضا من طرف مجلس الدولة الذي سبقه في ذلك حينما أقر بأنه يمكن للاتحة أن تصبح غير شرعية بسبب تغيير وضعية أو تغير في محتوى نص قانوني⁵⁰.

وفي آخر هذا المبحث يمكن القول أنه مهما زاد دور القاضي العادي من خلال هذه الآلية الجديدة، فإن دور القاضي الدستوري هام وأساسي لأنه يتحرك في الحدود التي ترسمها الكتلة الدستورية بكل حدودها المتغيرة⁵¹ وهذا ما يعزز من دوره في ضمان الحقوق والحريات، بل وبفضلها قد يظهر دوره حتى كمؤسس دستوري بتكريسه لحقوق جديدة⁵² من خلال تفسيره للنصوص واستخدامه لآلية التحفظ.

الخاتمة:

لقد كان الدستور الجزائري سابقا إلى تبني الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين و التنظيمات بالمقارنة مع الدستور الفرنسي وبعض الدساتير الأخرى، إلا أن فعالية المجلس الدستوري لم تبرز بل برزت معها الحاجة إلى اصلاح آلية تحريك الرقابة على دستورية القوانين بتوسيع الجهات المخول لها حق الاخطار، و اقرار آلية جديدة وهي «الدفع بعدم الدستورية».

لقد سمحت هذه الآلية التي تنص عليها الفقرة الأولى للمادة 188 من تعديل الدستور الجزائري لعام 2016 باقرار وجود سلطة للمواطن في الدفاع عن الحقوق والحريات الأساسية مما ساهم بتعزيز مفهوم المواطنة وأوجد امكانية تجاوز عقبات مبدأ التمثيل الشعبي وتحقيق المصلحة العامة بالغاء النص المخالف للدستور من طرف المجلس الدستوري، ولكن تبقى سلطة المواطن مقيدة لأنه لا يمكن أن تمارس إلا بمناسبة دعوى قضائية، و فقط بالنسبة للتشريع الذي يتوقف عليه مآل النزاع والذي يمس بالحقوق والحريات الأساسية، اضافة إلى القيد الزمني المنصوص عليه في المادة 215 من التعديل الدستوري.

كما أسست هذه الآلية لعلاقة جديدة بين المجلس الدستوري الذي تعززت صفته القضائية والقضاء العدلي والاداري الذي صار له دورا اضافيا يسمح له حقيقة بالمساهمة في بناء دولة القانون وحماية الحقوق والحريات الأساسية مما يدعم تطبيق القاضي للقانون المطابق للدستور، ولكن بعد احالة المسألة من طرف مجلس الدولة أو المحكمة العليا حسب الحالة إلى المجلس الدستوري. وهذا ما يختلف تماما عن حكم القاضي وفقا

للقانون ولو كان مخالفا للدستور كما نجده في الدولة القانونية.

وأخيرا، يمكن القول:

- أن تكريس الزامية استشارة مجلس الدولة في كل مشاريع القوانين والأوامر تعد حقيقة ضمانة مبدئية حماية للحقوق والحريات الأساسية ولكن يجب أن تضاف لها التنظيمات أيضا، وان كان الأخذ بالرأي غير الزامي اعمالا لمبدأ الفصل بين السلطات.
- أن توسيع صلاحية الاخطار إلى ممثلي الشعب - عدد من أعضاء البرلمان - هو تعزيز لمبدأ التمثيل وحماية للحقوق والحريات الأساسية رغم أنه غير كاف إلا أن مثل هذا الاخطار مطلوب، وبالنظر أيضا لعدم اعمال آلية الدفع بعدم الدستورية إلى غاية مارس 2019 كما نص عليه التعديل الدستوري لعام 2016.
- اقرار الدفع بعدم الدستورية يكرس قاعدة أن «صاحب الحق يجب أن يملك سلطة الدفاع عنه»، غير أن اثارها من قبل الأفراد بطريقة مباشرة أمام الهيئة المختصة (مجلسا دستوريا أو محكمة دستورية) يصعب تطبيقه، وبالتالي تبني المشرع الدستوري الجزائري لآلية الدفع يسير في هذا الاتجاه مع وجوب الأخذ بعين الاعتبار عملية التصفية التي يقوم بها هذا القضاء تخفيفا للضغط على الهيئة المختصة.
- أن السماح للمتقاضين بالدفع بعدم الدستورية بالاضافة للنص على شروط خاصة للعضوية بالمجلس الدستوري الجزائري قد عزز من الطبيعة القضائية لهذا الأخير، وحتى ما ينتظر النص عليه أيضا فيما يخص علنية الجلسات كقاعدة عامة وتسبب القرارات وغيرها، والنص على تبسيط الاجراءات في القانون العضوي الذي يأتي تطبيقا لأحكام الفقرة 01 للمادة 188 من قانون التعديل الدستوري.
- تبرز فعالية مساهمة القضاء العادي من خلال الرقابة الأولية - أو ما يسمى بالتصفية- التي يجريها قبل احالة مسألة الدستورية إلى المجلس الدستوري. غير أنه يجب فتح المجال أمام القاضي لاخطار المجلس الدستوري من تلقاء نفسه وذلك على الأقل في حالة عدم اثارها من أطراف الدعوى بمناسبة الفصل فيها تحقيقا للمصلحة العامة بحماية الحقوق والحريات الأساسية.
- في انتظار ما سيحققه المجلس الدستوري الجزائري لاحقا بعد اعمال هذه الآلية الجديدة، فقد برزت فعالية المجلس الدستوري الفرنسي في حماية الحقوق والحريات من خلال عدد قراراته بعد تعديل الدستور لعام 2008 وتحديدًا منذ الأول من مارس 2010 بالنظر إلى الاحصائيات التي حققها والمنشورة على موقعه الالكتروني الرسمي وبدرجة أكبر في مجال قانون العقوبات والاجراءات الجزائية.

الهوامش:

(1)- Claude Leclercq, Droit constitutionnel et Institutions politiques, Litec, 10ème Edit., paris, 1999, pp 106108-.

(2)- Engène Pierre, Traité de droit politique, Tome 2, Edit. Loysel, Paris, 1989, p 570.

(3)- تنص المادة 188 فقرة 01 : «يمكن اخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناء على احوالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور»، القانون رقم 16-01 مؤرخ في 06 مارس 2016 يتضمن تعديل الدستور، الجريدة الرسمية عدد 14 مؤرخ في 07 مارس 2016.

(4)- Phillipe Ardant, Institutions politiques et droit constitutionnel, DELTA, 16ème Edit., LIBAN, 2004, pp 143145-.

(5)- Michel De Villiers, Arnel Le Divellec, Dictionnaire du droit constitutionnel ,7ème Edit., Sirey, paris, 2009, p 45.

(6)- المادة 23 من دستور الجمهورية الجزائرية 1963، الجريدة الرسمية عدد 64 بتاريخ 10 سبتمبر 1963. والمادتين 94، 95 من الأمر 76-97 المؤرخ في 22 نوفمبر 1976 يتضمن اصدار دستور الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية عدد 94 بتاريخ 24 نوفمبر 1976.

(7)- يمكن الاشارة أن ارتباط مفهوم المواطنة بالجنسية قد ترزنع جزئيا في أوروبا ببناء المجتمع الأوربي بعد معاهدة الاتحاد الأوربي بتاريخ 7 فيفري 1992 فيما يخص انشاء مواطنة الاتحاد « la citoyenneté de l'Union » والتي تمنح إلى كل شخص يملك جنسية الدولة العضو فيه، ويكون لهذا المواطن الجديد حق المشاركة كناخب أو مترشح في الانتخابات البلدية في الدولة التي يقيم بها.

Michel De Villiers, Arnel Le Divellec, op.cit, p 46.

(8)- ينص المشرع الدستوري الجزائري على الحريات الفردية والجماعية والحقوق الاجتماعية والاقتصادية في الفصل الرابع «الحقوق والحريات» من الباب الأول «المبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري» من دستور 1989 المعدل والمتمم وتحديدا من المادة 32 إلى المادة 73 بعد التعديل الدستوري 2016 (ومن المادة 28 إلى 56 قبل تعديل عام 1996، ومن المادة 29 إلى 59 بعد تعديل 1996)، وهذا التضمين في صلب الدستور هو على غرار العديد من الدساتير ومنها: الدستور المغربي، الايطالي، الألماني لعام 1949، والاسباني 1978، بخلاف دستور الجمهورية الخامسة الفرنسية 1958 حيث الحقوق غير مضمنة في مواد، أين اعتبر المجلس الدستوري أن الحقوق المنصوص عليها في مقدمة دستور 1946 واعلان الحقوق لعام 1789 والمشار لهما في ديباجته وما لحق بها من حقوق لها قيمة دستورية. أنظر:

يوسف حاشي، في النظرية الدستورية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، الطبعة الأولى، ص 30.

(9)- بلمهدي ابراهيم، المجالس الدستورية في دول المغرب العربي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2010، ص ص 121-122.

(10)- Loi constitutionnelle n° 74904- du 29 octobre 1974 portant révision de l'article 61 de la constitution, JORF du 30 octobre 1974.

(11)- Claude Leclercq, op.cit, p 113.

(12)- Loi constitutionnelle n° 2008724- du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, JORF n°0171 du 24 juillet 2008.

(13)- Phillipe Ardant, op.cit, p 201

(14)- Phillipe Ardant, op.cit, p 117.

(15)- أمين عاطف صليبا، دور القضاء الدستوري في ارساء دولة القانون- دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2002، ص 395.

(16)- الدستور المغربي، ظهير شريف رقم 1.11.91 صادر في 29 يوليو 2011 بتنفيذ نص الدستور، الجريدة الرسمية المغربية عدد 5964 مكرر الصادرة في 30 يوليو 2011.

(17)- انطوان خير، اللجوء للقاضي الدستوري: طرق واجراءات، نشرية اتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربية، نيوأفست للطباعة، القاهرة، النشرة الأولى، ديسمبر 2002، ص ص 86-87.

(18)- Décision n° 2009595- DC du 03 décembre 2009, Loi organique relative à l'application de l'article 611- de la Constitution. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2009595--2009/dc/decision-n-2009595--dc-du-03-decembre-2009.46691.html>

(19)- المقصود به حصرا القضاء العدلي والقضاء الاداري دون محكمة التنازع، وتمييزا أيضا عن القضاء الاستثنائي والقضاء الدستوري.

(20)- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، الجريدة الرسمية عدد 21 بتاريخ 23 أبريل 2008.

(21)- كتلك التي تكون مقررة لصاحب الحق الحائز على حكم أو قرار قضائي نهائي ضد الأشخاص العامة، لأنه يحتاج إلى اجبار هذه الأخيرة على تنفيذ أحكام وقرارات القضاء الاداري عن طريق مثلا اقامة المسؤولية الجزائية للموظف أو الأمر بغرامة تهديدية.

أنظر حول ذلك: عزري الزين، وسائل اجبار الادارة على تنفيذ أحكام القضاء في التشريع الجزائري، مجلة العلوم الانسانية، العدد العشرون، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، نوفمبر 2010، ص ص 117-126.

(22)- المادة 18 فقرة 02 من القانون رقم 93-250 صادر في 14 / 7 / 1993، انشاء المجلس الدستوري، الجريدة الرسمية للجمهورية اللبنانية عدد 28 بتاريخ 15 / 7 / 1993 .

(23) Dominique Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, Montchrestien, 8ème édit., Paris, 2008, p 49 et s.

(24)- Claude Leclercq, op.cit, p 111.

(25)-Phillipe Ardant, op.cit, p 137.

(26)- Jean-Louis Halperin, 17891815- un quart de siècle décisif pour les relations entre la justice et le pouvoir en France, Justices n°03, 1996, pp 1315-.

(27)- القانون رقم 93-250 صادر في 14 / 7 / 1993، انشاء المجلس الدستوري.

(28)- وقد وسعت المادة 184 من القانون 16-01 المتضمن تعديل الدستور من شروط العضوية (لامتدادها لمن شغل وظائف عليا في الدولة) حيث بالاضافة إلى السن الأدنى المحدد 40 سنة كاملة، بأن يكون للعضو خبرة مهنية مدتها خمسة عشر (15) سنة على الأقل في مجال التعليم العالي وتحديدًا في العلوم القانونية أو في القضاء، أو في مهنة محام لدى المحكمة العليا أو لدى مجلس الدولة، أو يكونوا قد شغلوا وظيفة عليا في الدولة. مع التخلي عن شرط الانتخاب في احدي الغرفتين لفترتين تشريعتين على الأقل الذي كان ضمن مشروع التعديل وهو ما كان قد يشكل عائقا في تحقق هذا الشرط.

(29)- مرسوم رئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، الجريدة الرسمية عدد 76 بتاريخ 08 ديسمبر 1996 .

(30)- مسعود شيهوب، الرقابة على دستورية القوانين-النموذج الجزائري، مجلة الفكر البرلماني، العدد 09، جويلية 2005، ص 18 .

(31)-Claude Leclercq, op.cit, p 113.

(32)- رأي رقم 06/ر.ق.ع/م.د/ 98 مؤرخ في 19 مايو 1998 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله للدستور، ج.ر.ج.ج، عدد 37 مؤرخة في 1 يونيو 1998 .

(33)- بالنسبة لاقتراحات تعديل الدستور الجزائري للمادتين 119 و 124 على الموقع الالكتروني:

[http://www.elmouradia.dz/arabe/infos/actualite/archives/Consultations/Propositions.htm](http://www.elmouradia.dz/arabe/infos/actualite/archives/Consultations/Propositions.htm#اقترحات_تتعلق_بالتعديل_الدستوري)

(34)- يتكون المجلس الدستوري طبقا للمادة 183 فقرة 01 من القانون 16-01 من اثنا عشر عضوا، حيث يعين رئيس الجمهورية أربعة أعضاء (04) من بينهم رئيس المجلس ونائبا له، وأربعة (04) أعضاء بالانتخاب من غرفتي البرلمان مناصفة، وأربعة (04) أعضاء بالانتخاب من المحكمة العليا ومجلس الدولة مناصفة أيضا.

وهذا بخلاف المغرب، أنه حتى في اطار تبنيه للمحكمة الدستورية فانه استبعد بموجب الفصل 130 من دستور 2011 المشاركة المباشرة للسلطة القضائية، فهي تتألف من اثنا عشر (12) عضوا - يتم تعيينهم لمدة تسع سنوات غير قابلة للتجديد- يختارهما الملك والبرلمان مناصفة، حيث للملك تعيين 06 أعضاء (واحد منهم باقتراح من الأمين العام للمجلس العلمي الأعلى) كما له تعيين رئيسها، أما الباقي فيكون مناصفة بالانتخاب من طرف مجلس النواب ومجلس المستشارين من بين المترشحين الذين يقدمهم مكتب كل مجلس وذلك بأغلبية ثلثي 2/3 الأعضاء في كل مجلس.

(35)- Jean-Louis Halperin, 17891815- un quart de siècle décisif pour les relations entre la justice et le pouvoir en France, Justices n°03, 1996, pp 1315-.

(36)- أمين عاطف صليبا، المرجع السابق، ص 49.

(37)- عن طريق تقرير لاجتماع مجموعة العمل لكتابة مشروع الدستور في 8 يوليو 1958 والتي اقترحت فيما يخص المجلس الدستوري أنه يفصل في دستورية القوانين بعد احالة من مجلس الدولة أو محكمة النقض، وكذا مشروع القانون الدستوري رقم 1203 يتضمن تعديل المواد 61، 62، 63 من الدستور والمحدثة لرقابة دستورية القوانين عن طريق الدفع المقدمة إلى الجمعية الوطنية في 30 مارس 1990، ثم أعمال لجنة (Vedel) عام 1993 واقتراحات لجنة (Balladur).

Guy Carcassonne, Le parlement et la QPC, Pouvoirs, 20112/, n°137, pp 7374-.

(38)- Emmanuel Piwnica, L'appropriation de la question prioritaire de constitutionnalité par ses acteurs, Pouvoirs, 20112/, n° 137, p 169.

(39)- Loi organique n°20091523- du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 611- de la constitution de la République Française, JORF n° 287 du 11 décembre 2009.

(40)- Guy Carcassonne, op.cit,p 76.

(41)- المادة 191 من القانون رقم 16-01 مؤرخ في 06 مارس 2016 يتضمن تعديل الدستور.

(42)- قرار رقم 02 / ق.أ. / م د/ 2000 مؤرخ في 27 فبراير سنة 2000، يتعلق بمدى دستورية الأمر رقم 97-15 المؤرخ 31 مايو سنة 1997 المحدد للقانون الأساسي الخاص لمحافظة الجزائر الكبرى. على الموقع الرسمي للمجلس الدستوري الجزائري:

http://www.conseil-constitutionnel.dz/ContAra00.htm-1

(43)- منصور محمد أحمد، الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين في فرنسا، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 21-22.

(44)- Emmanuel Piwnica, op.cit, p 181.

- (45)- Décision n° 2009595- DC du 03 décembre 2009, Loi organique relative à l'application de l'article 611- de la Constitution.
- (46)- Décision du 4 février 2010 portant règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité. <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000021841763JORF> n°0041 du 18 février 2010 page 2986.
- (47)- Rapport d'information de M. Jean-Jacques Urvoas déposé en application de l'article 145 du règlement, par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur la question de la prioritaire de constitutionnalité. Sur le site internet : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/rap-info/i0842.asp>.
- (48)- <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/ala-une/mars-2013--ans-de-qpc-quelques-chiffres.136319.html>.
- (49)- Ibid.
- (50)- CC, 15 mars 1999, 99410- DC, Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie, cons.4 ; CC, 12 février 2004, 2004490- DC, Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie Française, cons.9.
- CE, Sect., 10 janvier 1930, Despujol, Rec., p 29 ; CE, Ass., 22 janvier 1982, Ah Won et Butin, Rec., p 26 ; CE, Ass., 3 février 1989, Alitalia, Rec., p 44.
- Voir : Emmanuel Piwnica, op.cit, p 177.

(51) - إذا كان المجلس الدستوري الفرنسي رفض النظر في مطابقة قانون لمعاهدة، فإن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في ستراسبورغ صرحت بأن قانون فرنسي مخالف للاتفاقية الأوروبية للحقوق رغم أن هذا القانون صرح من طرف المجلس الدستوري بأنه مطابق للدستور (28 أكتوبر 1999)، وبالتالي تفاديا لذلك كما يرى الأستاذ «فيليب آردن» لا بد أن تدخل المعاهدات الأوروبية في الكتلة الدستورية.

Phillipe Ardant, op.cit, p141.

- أنظر تفصيل أكثر حول موضوع الكتلة الدستورية: يوسف حاشي، المرجع السابق، ص ص 319-336.

- (52)- Nicolas Molfessis, La dimension constitutionnelle des libertés et droits fondamentaux, sous dir., Rémy Cabrillac et autes, Libertés et droits fondamentaux, 16ème Edit., Dalloz, Paris, 2010, p 85.

عقد تقديم براءة الاختراع كحصة في الشركة

في التشريع الجزائري

أ. بن عامر محمد

كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة المدينة

ملخص

تعد براءة الاختراع مال له قيمة اقتصادية، ومن ثمة يمكن أن تكون موضوع للعديد من التصرفات القانونية: ترخيص، رهن، تنازل، تقديم كحصة في شركة. يحتل عقد تقديم براءة الاختراع كحصة في شركة أهمية خاصة، ذلك أن جعل براءة الاختراع ملك مشترك تحت شكل شركة يعود بالفائدة على المخترع، الشركة والاقتصاد الوطني. على الرغم من أهمية هذا العقد، إلا أنه لم يلقى أي تنظيم خاص به ضمن أحكام القانون المنظم لبراءات الاختراع، الأمر الذي يدفعنا للتساؤل عن طبيعة القواعد التي تحكمه.

Résumé :

Le brevet d'invention est un bien à valeur économique, et par conséquent il peut faire l'objet de plusieurs actes juridiques : licence de brevet, hypothèque, cession, apport en société. Ce dernier acte, en l'occurrence l'apport de brevet d'invention en société, occupe une place de choix dans la mesure où sa mise en copropriété sous forme de société revient positivement à la fois sur l'inventeur, la société et l'économie. Malgré l'importance de cet acte, le législateur n'a lui réservé aucune disposition dans la loi régissant les brevets d'invention, chose qui nous pousse à s'interroger sur la nature des règles à suivre a même de remédier a ce vide juridique.

الكلمات المفتاح: براءة الاختراع، شركة، تقديم، تمليك، انتفاع، بطلان، تصفية.

مقدمة

في ظل الاقتصاديات الحديثة التي أصبحت تعرف باقتصاديات المعلومات، نظرا لاعتمادها الكبير على استغلال المعلومات خاصة العلمية والتقنية، يتوقف بقاء وتقدم الشركات الصناعية مباشرة على تطبيق نشاط الإبداع التكنولوجي الذي يعتبر من أهم وسائل المنافسة بشكل حقيقي ودائم، ويتم الاعتماد في ذلك على إدماج براءة

الاختراع كحصصة من الحصص العينية للشركة، أين يتمحور النشاط الاقتصادي لهذه الشركات على صنع وبيع الاختراع محل البراءة.

فبراءة الاختراع مثل كافة الأموال الأخرى تسمح حيازتها من تحقيق أرباح معتبرة وتعود بفائدة كبيرة على الاقتصاد الوطني، ذلك أن تظافر الجهود التي يبذلها أكثر من فرد لاستغلال الاختراع محل البراءة يؤدي إلى نتائج أفضل بكثير من تلك التي يبذلها الفرد بمفرده، ومن هنا فإن جعل براءة الاختراع ملك مشترك تحت شكل شركة يكتسب أهمية اقتصادية كبرى، لكن بالرغم من هذه الأهمية لم يلقى هذا النوع من العقود أي تنظيم قانوني خاص به من خلال الأمر 03-07 المنظم لبراءات الاختراع، الأمر الذي يثير العديد من التساؤلات: ماهي طبيعة القواعد التي تحكم هذا العقد؟ وما هو الأثر المترتب على تحلف تنظيم خاص لمثل هكذا عقد خاصة وأن محله مال معنوي ذو طبيعة خاصة؟ وما هي الحقوق والضمانات التي يوفرها لأطرافه؟

للإجابة على مجموع التساؤلات المطروحة أعلاه، ارتأينا اعتماد الخطة الآتية:

المبحث الأول: الشروط القانونية لتكوين عقد تقديم براءة الاختراع كحصصة في شركة.

المطلب الأول: الشروط الموضوعية

المطلب الثاني: الشروط الشكلية

المبحث الثاني: الآثار القانونية المترتبة على عقد تقديم براءة الاختراع كحصصة في شركة.

المطلب الأول: انتقال الحقوق المرتبطة بالبراءة

المطلب الثاني: مصير براءة الاختراع عند بطلان وحل الشركة

المبحث الأول: الشروط القانونية لتكوين عقد تقديم البراءة كحصصة في شركة

بإمكان كل شركة أن تحصل على براءة اختراع مثل أي حق معنوي آخر متى كان الاختراع ملكا لها قانونيا، لكن هناك من الدول [01][02] من لا تعترف بهذا الحق إلا للمخترع الحقيقي الذي لا يمكن أن يكون إلا شخص طبيعي، لذا يمكن أن تمتلك الشركة براءة اختراع عن طريق إبرام عقد مع المخترع صاحب البراءة من أجل جعل براءة اختراعه جزء من رأس مالها، الأمر الذي يسمح لها باستغلال الاختراع من أجل تطوير نشاطها الاقتصادي.

ولصحة هذا العقد مثل كافة العقود الأخرى، لابد من توافر مجموعة من الشروط منها ما هو موضوعي ومنها ما هو شكلي، ندرسها على التوالي:

المطلب الأول: الشروط الموضوعية

إن عقد تقديم براءة الاختراع كحصة في الشركة كباقي العقود يقتضي التمام الشروط العامة المتعارف عليها من تراضي وسبب ومحل، فتطبق فيها القواعد العامة المعروفة في أن يكون التراضي خال من العيوب القانونية، وأن يكون سبب هذا العقد مشروع، وبأن لا يكون محل البراءة مما هو مخالف للنظام العام والآداب العامة.

غير أن لهذا النوع من العقود بعض الخصوصيات التي تقتضي أن نثيرها كون أن هذا العقد يبرم ما بين شخصين أحدهما طبيعي يعرف بالمساهم بالبراءة (L'apporteur) وهو المخترع، والآخر معنوي وهو المستفيد من البراءة (Le bénéficiaire de l'apport) (الذي يمكن أن يكون إما شركة مدنية أو تجارية يساهم بمقتضاه المخترع بملكية براءة اختراعه أو بحق الانتفاع بها في رأس مال هذه الشركة لجني أرباح بمقتضاه وتحقيق استغلال أمثل للاختراع محل البراءة [03].

لذا تقتضي هذه الدراسة تركيز البحث حول أطراف هذا النوع من العقود في نقطة أولى، ومحلها في نقطة ثانية، لما فيها من الخصوصيات طالما أن هذا العقد يخضع لنفس الأركان العامة المعروفة التي تخضع لها كافة العقود الأخرى.

الفرع الأول: أطراف العقد

إن أطراف عقد تقديم البراءة كحصة هما كما سبق الذكر، المساهم بالبراءة والمستفيد منها.

أولاً: المساهم بالبراءة في الشركة:

الناقل للبراءة يمكن أن يكون إما شخص أجنبي عن الشركة المستفيدة منها أو شريك فيها منذ نشأتها، كما قد يكون عامل من عماله -un salarié de la société- ففي مثل هذه الحالة الأخيرة تطبق القواعد الخاصة بالعامل المخترع التي أشارت إليها المواد 17 و18 من قانون براءات الاختراع، فيعد منح بعض أسهم أو حصص الشركة كمقابل لنقل ملكية البراءة أو حق الانتفاع بها للعامل المخترع ثمن عادل (un juste prix) في حالة ما إذا تم التحصل على البراءة بصفة مستقلة [04].

لكن مثل هذا المقابل يشترط وجود اتفاق عليه بين العامل المخترع ورب العمل، كما أن تخصيص حصة في الشركة كمقابل إضافي لاختراع خدمة يجب أن ينص عليه في عقد العمل [05].

ويثور التساؤل في حال ما إذا كانت براءة الاختراع المقدمة كحصه في شركة ملكا مشترك والإجراءات الواجب مراعاتها بشأنها ؟

بالرجوع لأحكام قانون براءات الاختراع الجزائري لا نجده يعالج مثل هذا التساؤل، الأمر الذي يدعونا للرجوع إلى القانون الفرنسي المتعلق ببراءات الاختراع، اعتبارا من أن القانون الفرنسي يعد مصدرا ماديا وتاريخيا للتشريع الجزائري، على أن هذا الأخير بدوره لم يعالج مسألة تقديم البراءة المشتركة كحصه في شركة مكتفيا بمعالجة الترخيص والتنازل عن البراءة المشتركة، وقياسا على أحكام هذين الأخيرين، يمكن الوصول إلى الآتي:

أ - في حالة تقديم البراءة على سبيل التملك للشركة (l'apport en propriété):
يجب إخطار باقي الشركاء على الشيوع لتمكينهم من ممارسة حق الشفعة، فإذا قرر هؤلاء التنازل وأثير الخلاف حول تقدير قيمة البراءة، فإن الأمر يعود للقضاء للحسم في ذلك.

ب - في حالة تقديم البراءة للشركة على سبيل الانتفاع (l'apport en jouissance):
فانه ينبغي التمييز بين حالتين:

1- التقديم الاحتكاري ((Exclusive : يقتضي موافقة جميع الشركاء على الشيوع أو استصدار رخصة قضائية.

2- التقديم غير الاحتكاري (Non exclusive): يكون دون حاجة لموافقة باقي الشركاء، على أن يكون لهم الحق في الاستفادة من مقابل الاستغلال المقدم من الشركة المستفيدة من البراءة [06].

ثانيا: المستفيد من البراءة:

فهذا الأخير قد يكون إما شركة مدنية أو تجارية أو مجمع مصالح اقتصادية، والمتعارف عليه أن الشركة تعد مدنية أو تجارية طبقا لطبيعة العمليات التي ستباشرها، فإذا ما تعلق الأمر بدراسات وبأبحاث مخصصة لاستغلال الاختراع أو لتجارب تقنية أو علمية للبراءة، للتنظيم الإداري أو المالي للاستغلال، للاقتناء، شراء وبيع براءات الاختراع الوطنية أو الأجنبية، فإن الشركة المؤسسة لمثل هذا المحل تعد مدنية [07].

أما الشركة التي يتعلق محلها بالاستغلال الصناعي أو التجاري للاختراع سواء بصفة مباشرة أو بطريق منح التراخيص بالاستغلال للغير فتعد شركة تجارية.

إلا أنه وبالرجوع إلى نص المادة 544 من القانون التجاري يتبين جليا بأن المشرع الجزائري أخذ بمعيار ثاني لتحديد تجارية الشركات وهو المعيار الشكلي، فتعد شركات تجارية بحكم شكلها ومهما كان موضوعها : شركات التضامن وشركات التوصية والشركات ذات المسؤولية المحدودة، وشركات المساهمة [08].

أ- شركة التضامن (S.En) (nom collective) هي إحدى شركات الأشخاص، التي يعقدها شخصان أو أكثر بقصد الاتجار ويكون جميع الشركاء ملزمين بالتضامن ودون تحديد عن ديون الشركة، كما يكتسب فيها صفة التاجر وتعمل تحت عنوان معين، وهذا حسب ما يقضي به نص المادة 551 من القانون التجاري.

ب- شركة التوصية (S.En.commandité) فهي الشركة التي تضم فئتين من الشركاء حسب ما تقضي به المادة 563 مكرر من الأمر رقم 75-59 المتضمن القانون التجاري.

1- الفئة الأولى: شركاء متضامين: وهم يخضعون لذات النظام القانوني الذي يخضع له الشركاء في شركة التضامن، ومن ثم يكتسبون صفة التاجر ولهم الحق في إدارة الشركة وتظهر أسماءهم في عنوان الشركة، ويسألون مسؤولية شخصية وتضامنية عن ديون الشركة.

2- الفئة الثانية: شركاء موصون: والذين لا يسألون عن ديون الشركة إلا بمقدار حصتهم في رأس المال، وعلى الشريك الموصي في شركة التوصية أن يسهم فيها بحصة نقدية أو عينية في رأس المال، فلا يمكن أن تكون حصة الشريك الموصي مجرد عمله كي لا يؤدي ذلك إلى غش الغير فيعتقد أن الشريك الموصي هو شريك متضامن ويتعامل معه على أساس هذا الاعتقاد.

ج- أما شركة ذات المسؤولية المحدودة ((S.A. Responsabilité limitée) فهي الشركة التي تؤلف بين شركاء لا يتحملون الخسائر إلا بمقدار حصصهم، وتعين بعنوان يمكن أن يشتمل على اسم واحد من الشركاء أو أكثر مسبوقه أو متبوعه بكلمة «شركة ذات مسؤولية محدودة» أو الأحرف الأولى منها أي «ش.ذ.م.» وبيان رأس مال الشركة، وهذا ما تنص عليه المادة 564 من القانون التجاري.

د- شركة المساهمة (S. Par Actions) وتعرفها المادة 592 من القانون التجاري الجزائري على أنها: «الشركة التي ينقسم رأس مالها إلى أسهم وتتكون من شركاء لا يتحملون الخسائر إلا بقدر حصصهم، ولا يمكن أن يقل عدد الشركاء عن سبعة [07]» [09].

وما يمكن أن نخلص إليه هو أن المشرع الجزائري توسع إلى أبعد حد في تجارية الشركات بالنظر إلى شكلها وأيا كان موضوع نشاطها، وهكذا فانه في ظل هذا القانون تكون الشركة تجارية إذا اتخذت أحد الأشكال السابقة، ولو كان موضوعها من طبيعة مدنية، الأمر الذي يضعف معيار موضوع نشاط كمناط لتجارتها، لذا أصبح لهذا العنصر دور ثانوي بحت، إذ أصبحت تظهر أهميته في تحديد الصفة القانونية للشركة خاصة في الحالات التي لا تتخذ فيها هذه الأخيرة شكلا من الأشكال التي أضفى المشرع صراحة الصفة التجارية عليها.

وللتمييز بين الشركات المدنية والشركات التجارية أهمية كبيرة بالنسبة للنظام القانوني الذي يطبق عليها، إذ تكتسب الشركات التجارية وحدها وصف التاجر وتحمل التزاماته كضرورة مسك دفاتر منتظمة والقيود في السجل التجاري، كل ذلك بخلاف الشركات المدنية التي لم تتخذ الشكل التجاري وبذلك تخضع هذه الأخيرة للقواعد الواردة في القانون المدني الجزائري، أي المواد من 416 إلى 449، أما الشركات التجارية فتخضع للقواعد الواردة في القانون التجاري، أي المواد من 544 إلى 840، كما أنها تخضع للقواعد الواردة في القانون المدني فيما لم يرد فيه نص في القانون التجاري، وإذا ما كان هناك تعارض بين النصوص فضل الحكم الوارد بالقانون التجاري على ما ورد بالقانون المدني، لأن القانون التجاري قانون خاص، وكما هو معروف كقاعدة عامة ” فالخاص يقيد العام “[10].

كما أن الشركاء في الشركات المدنية لا يسألون أصلا عن ديون الشركة مسؤولية تضامنية - نص المادة 435 من القانون المدني - ولكنهم مسؤولون مسؤولية شخصية، فإذا لم تف أموال الشركة بديونها كان الشركاء مسئولين عن هذه الديون في أموالهم الخاصة كل منهم بنسبة نصيبه في خسائر الشركة - نص المادة 434 من القانون المدني - أما بالنسبة للشركات التجارية فالأمر يختلف حسب نوع الشركة.

وبالرجوع إلى نصوص القانون التجاري، يلاحظ بأنه قد نظم إجراءات شهر وعلانية الشركات التجارية، أما القانون المدني فيكتفي في نص المادة 417 منه على أنه: “تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصا معنويا، غير أن هذه الشخصية لا تكون حجة على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات الشهر التي ينص عليها القانون”، ثم لا يقرر القانون المدني شيئا من هذه الإجراءات، وقد استنتج من ذلك غالبية الفقهاء أن الشركات المدنية لا تخضع لإجراءات الشهر على خلاف الشركات التجارية، إلا أنه لا يمكن التسليم بذلك إذ أن

الشهر يعد ضرورة يستلزم ميلاد الشخص المعنوي الجديد سواء في الشركات التجارية أو المدنية.

وفي الأخير أيا كان نوع الشركة، سواء مدنية أو تجارية، فإمكانها اكتساب براءة الاختراع بإبرامها عقد مع المخترع صاحب البراءة من أجل تطوير نشاط الشركة بواسطة هذا الابتكار الجديد.

هذا فيما يخص أطراف عقد تقديم براءة الاختراع كحصة في شركة، ماذا عن محله ؟

الفرع الثاني: محله

قد يكون محل العقد براءة اختراع مسلمة أو طلب براءة اختراع مودع لدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية، إذ أن الأمر 03-07 المتعلق ببراءات الاختراع ينص بصفة عامة، وبالضبط في نص مادته 36 السابق ذكرها، على أن تكون الحقوق الناجمة عن طلب براءة اختراع أو عن براءة اختراع و/ أو شهادات الإضافة المحتملة المتصلة بها قابلة للانتقال كلياً أو جزئياً.

وبموجب هذا العقد تصبح براءة الاختراع إحدى الحصص العينية للشركة التي يقدمها

الشريك مساهمة منه في تكوين رأس مال هذه الأخيرة [11]، ورأس المال ضمان لدائني الشركة فلا يجوز توزيعه على الشركاء أو الانتقاص منه بطريقة أو بأخرى وهذا ما يسمى بمبدأ ثبوت رأس المال [12] [13].

وكما هو معروف قد تكون حصص الشركة إما حصص نقدية ((Apport en numéraire أو حصص عينية (Apport en nature) أو حصص من عمل (Apport en industrie)، فالأصل هو أن تكون حصص الشركاء في الشركة مبالغ نقدية يلتزم الشريك بدفعها في ميعاد معين، وقد يتم الاتفاق على دفع الجزء الباقي في أجل أو آجال محددة، عندئذ يجب على الشريك أن يقوم بوفاء حصته في ذلك الأجل المحدد دون تأخير حتى يتكون من مجموعها رأس مال الشركة، وبموجوداتها يمكن للشركة أن تمارس نشاطها، لكنه يجوز أن تكون الحصة مالا ولكن غير نقدي كأن يكون منقولاً معنوياً كما هو الحال بالنسبة لبراءة الاختراع التي يمكن أن تقدم إما على سبيل التملك Apport en propriété أو على سبيل الانتفاع [14] Apport en jouissance. [15].

أولاً: تقديم البراءة على سبيل التملك للشركة

إن هذا التقديم وحسب نص المادة 422 من القانون المدني يعتبر بمثابة بيع صادر من شريك إلى الشركة باعتبارها شخص معنوي، لذا تسري أحكام عقد البيع فيها يخص ضمان الحصة إذا هلكت أو استحققت أو ظهر فيها عيب، غير أن هذا التكييف كان محل معارضة من قبل جانب من الفقه [16] الذي يرى أن تقديم الحصة في الشركة على سبيل التملك لا يعتبر بيعاً، لأنه وإن كان يشبه البيع في بعض الوجوه كالتزام الشريك بنقل الملكية وبالضمان، فهو يختلف عنه في وجوه أخرى لعل أهمها أن الشريك مقدم الحصة لا يحصل على ثمن معين كمقابل لها بل على مجرد أمل في اقتسام أرباح الشركة في حال تحققها أو في اقتسام موجوداتها عند انحلالها وتصفيتها، وهذا الحق غير محدد المدى ويظل خاضعاً لشتى المخاطر التي تتعرض لها نتائج أعمال الشركة، فقد تقع الشركة بالخسارة وحتى ملاحقة الشريك في أمواله الخاصة إذا كان من الشركاء المتضامنين المفوضين.

ولا تطبق أحكام البيع على تقديم الحصة العينية، فالشريك لا يستطيع التذرع بأحكام البيع لإبطال عقد الشركة كما لا يجوز له الاستناد إلى عقد الشركة للتمسك بحق الشفعة بالنسبة للعقار الذي نقلت ملكيته كحصة في الشركة، كما يجوز في حالة بيع هذا العقار.

كما ذهب جانب من القضاء الفرنسي [17] إلى التمييز بين عقد تقديم البراءة كحصة في شركة وعقد التنازل عنها على أساس أن صاحب البراءة الذي يقدم براءة اختراعه كحصة في شركة يبقى شريك فيها طالما أنه يمتلك البراءة بصفة مشتركة مع باقي الشركاء في الشركة عكس التنازل.

إلا أن مثل هذا التفسير لقي انتقاداً شديداً من قبل مجمل الفقه والقضاء الحديث [18] [19] [20]، الذي يعتبر بأن نقل ملكية البراءة كحصة في شركة ينقل مثل عقد التنازل ومن ثمة عقد بيع لكل الحقوق الواردة على البراءة، فهو لا يتميز عن عقد التنازل إلا في كونه يأخذ شكل خاص، لذا يكون هذا النقل للملكية البراءة نافذاً في مواجهة الغير لا بد أن يخضع لنفس تشكيلات عقد التنازل.

يؤدي انتقال ملكية البراءة إلى الشركة إلى فقدان الشريك حقوقه عليها، فلا يمكنه بعدئذ أن يتصرف فيها أو يستعملها لمصلحته الشخصية، ولا يستطيع المطالبة باستعادة هذه الحصة بعينها (أي البراءة) عند حل الشركة وتصفيتها لأنها تعتبر ملكاً للشركاء على وجه الشبوع ما لم يرد في العقد نص يقضي بجعل تلك الحصة من نصيب الشريك المذكور أو يحصل اتفاق على ذلك بين الشركاء، وقد اعتبر غالبية الفقهاء أنه عند انتفاء

النص في نظام الشركة وفي حال عدم اتفاق جميع الشركاء، يقتضي الأمر رفض إعادة المقدمات عينا عند وجودها عينا وقت التصفية، وبناء عليه لا يجوز استعادة البراءة عينا عند حل الشركة [21].

ثانيا: تقديم البراءة على سبيل التملك للشركة

يمكن أن يقدم كحصة في الشركة حق الانتفاع بالبراءة فقط، ويمنح بذلك للشركة المساهم فيها حق استغلال البراءة لمدة معينة، إما بصفة استثنائية أو بصفة منافسة مع صاحب البراءة، وفي بعض الأحيان مع مرخصين لهم آخرين باستغلال الاختراع محل البراءة، وهذا حسب ما هو متفق عليه في العقد، فيما إذا منح للشركة حق الاستفادة من الاستغلال بالاختراع محل البراءة بصفة استثنائية أو عادية.

ومثل هذا الحق الذي تتمتع به الشركة هو حق شخصي " *Intuitue personæ* "، لذا لا يمكن لها أن تنازل عنه أو ترخص به للغير عن طريق عقود ترخيص من الباطن [22].

وفي حال تقديم البراءة على سبيل الانتفاع فإنها تبقى ملكا لصاحبها، ولا يكون للشركة سوى حق الانتفاع بها وتطبق في هذه الحالة الأحكام العامة المتعلقة بالإيجار، هذا ما جاء في نص المادة 422 من القانون المدني التي تنص على أنه: "إذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو أي حق عيني آخر، فإن أحكام البيع هي التي تسري فيما يخص ضمان الحصة إذا هلكت أو استحققت أو ظهر فيها عيب أو نقص، أما إذا كانت الحصة مجرد انتفاع بالمال فإن أحكام الإيجار هي التي تسري في ذلك".

وبناء عليه فإذا هلكت البراءة التي قدمها الشريك على سبيل الانتفاع بسبب لا دخل لإرادة الشركة فيه، فإن هلاكها يكون على الشريك لأن الأصل أن الشيء يهلك على مالكة ويلتزم الشريك في هذه الحالة بتقديم حصة أخرى وإلا أقصي من الشركة، وإذا كان هلاك البراءة جزئيا أو تعذر الانتفاع بالبراءة أو نقص الانتفاع بها نقصا كبيرا في هذه الحالة يجوز للشركة أن تطلب من الشريك إعادة الحصة إلى الحالة التي كانت عليها من قبل، فإذا امتنع عن ذلك جاز للشركة أن تقوم به على نفقته أو تطلب الفسخ وتلزم الشريك بالخروج من الشركة [23] [24].

كذلك يضمن الشريك استنادا إلى أحكام الإيجار استمرار انتفاع الشركة بالبراءة، هذا فضلا عن ضمان عدم التعرض المادي أو القانوني الصادر منه أو من الغير، كما يضمن جميع ما يوجد في البراءة من عيوب تحول دون الانتفاع بها أو نقص من هذا الانتفاع، وفي حالة انحلال الشركة وتصفيتها لا يجوز لدائني الشركة التنفيذ عليها لأنها ليست

من الضمان العام ولا تدخل في ذمة الشركة بل للشريك حق استرداد هذه البراءة بمجرد الانتهاء من الانتفاع بها.

و سواء تمت المساهمة بملكية البراءة أو بحق الانتفاع بها في الشركة، فلا بد من تحديد القيمة المادية لهذه المساهمة في القانون الأساسي للشركة الذي يضم ويحدد حصة كل شريك فيها، فمثل هذا التقدير يكتسي أهمية كبيرة تكمن في درء المبالغة في تقييم هذه الحصص وما تتضمنه من خطر مزدوج على الغير وباقي الشركاء.

فإذا ما كان هذا التقدير أقل من القيمة الحقيقية للبراءة، فمثل هذا التقدير ينقص من سلطات الناقل في مواجهة الشركة، أما في حالة العكس، أي حالة ما إذا كان التقدير أكبر من القيمة الحقيقية للبراءة فهذا التقدير ينقص من فوائد باقي الشركاء أصحاب الحصص النقدية خاصة، إذ يترتب على المبالغة في تقدير هذه الحصة العينية حصول أصحابها على جانب من الأرباح هو في الحقيقة من حق أصحاب الأسهم النقدية [25].

وهناك خطر آخر على الغير الذي يتعامل مع الشركة والذي لا يجد في ذمتها عناصر الائتمان التي اعتمد عليها لاختلاف رأس المال الفعلي عن رأس المال الاسمي [26].

فدفعاً لهذا الخطر وحماية لباقي الشركاء وكذا الغير الذي يتعامل مع الشركة يعد ضروري فحصر مثل هذه الحصص العينية - براءة الاختراع - وتقديرها بشكل دقيق و صحيح من قبل مندوبي الحصص الذين يختلف تعيينهم واختيارهم باختلاف الشركات، ففي شركة المساهمة مثلاً، يتم تعيين مندوبي تقدير الحصص العينية les commissaires aux apports (بقرار قضائي بناء على طلب المؤسسين أو أحدهم على أن يقع تقدير قيمة الحصص العينية على مسؤولية مندوبي الحصص ويوضع التقرير المودع لدى المركز الوطني للسجل التجاري رفقة القانون الأساسي للشركة وتحت تصرف المكتبتين بمقر الشركة حسب ما تقضي به المادة 601 من القانون التجاري.

أما في شركة المسؤولية المحدودة، فيتم تعيينهم - مندوبي الحصص - بموجب أمر من المحكمة من بين الخبراء المعتمدين، ويكون الشركاء مسؤولون بالتضامن مدة 05 سنوات اتجاه الغير عن القيمة المقدرة للحصص العينية التي قدموها عند تأسيس الشركة وهذا ما تنص عليه بشكل صريح المادة 568 من القانون التجاري.

إذن يدور محل العقد على براءة اختراع مسلمة أو طلب براءة تقدم على سبيل التمليك أو على سبيل الانتفاع.

هذا فيما يخص أطراف ومحل عقد تقديم براءة الاختراع كحصة في شركة، أما باقي الشروط الموضوعية الأخرى من تراضي ومحل وسبب فتطبق فيها القواعد العامة المعروفة.

لكن التساؤل الذي يثور هنا هو حول ما إذا كان القانون يشترط شكليات خاصة لمثل هذا النوع من العقود أم لا؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه في الفرع الثاني.

المطلب الثاني: الشروط الشكلية

لم يعد عقد الشركة الذي يتضمن براءة الاختراع كحصة عينية فيه ولا العقد الملحق والمعدل له والذي يكون الغرض منه المساهمة ببراءة الاختراع في الشركة من تلك العقود الرضائية التي تقتصر على مجرد توافر الرضا، بل لا بد من إفراغه في قالب شكلي أي لا بد من كتابته (أولاً)، وشهره (ثانياً).

الفرع الأول: الكتابة

نصت المادة 418 من القانون المدني على أنه: "يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً وإلا كان باطلاً، وكذلك يكون باطلاً كل ما يدخل على العقد من تعديلات إذا لم يكن له نفس الشكل الذي يكتسبه ذلك العقد.

غير أنه لا يجوز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان قبل الغير ولا يكون له أثر فيما بينهم إلا من اليوم الذي يقوم فيه أحدهم بطلب البطلان".

يظهر جلياً بأن المشرع الجزائري قرر مبدأ الكتابة في عقد الشركة بما فيها الشركة التي تتضمن براءة الاختراع كحصة عينية من الحصص المكونة لرأس المال. والكتابة المقرر هنا تعد ركناً من أركان العقد غير أن الكتابة قد تكون عرفية أو رسمية،

وإذا كان المشرع لم يبين نوعية الكتابة الواجبة في الشركات المدنية واقتصر على ذكر ضرورة كتابتها فقط، فإن الشركة التجارية لا بد من إفراغها في الشكل الرسمي وإلا كانت باطلة، هذا ما يستخلص من نص المادة 545 من القانون التجاري الذي يقضي بضرورة إثبات الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة، مما يفهم بمفهوم المخالفة أن الكتابة الرسمية لازمة لإبرامها، بل إن قانون السجل التجاري الصادر سنة 1990 يؤكد هذه الرسمية لأنه يشترط أن تتم كتابة عقد الشركة بواسطة الموثق وليس بواسطة مؤسسيها، هذا ما جاء في نص المادة 6/02 من القانون المذكور: "يجرر الموثق عقد الشركات التجارية حسب الأشكال القانونية المطلوبة بعد استيفاء الشكليات التأسيسية"، أما نص المادة 09 من نفس القانون فيقضي بما يلي: "تنشأ بعقد رسمي يجرر لدى الموثق الشركات التجارية التي تتسم بالصبغة القانونية الخاصة بشركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة التضامن" [27].

كما أنه إذا ما تم إبرام عقد ملحق لعقد الشركة وهذا من أصل المساهمة ببراءة الاختراع كحصة فيها فيجب أن يكون هو الآخر مكتوب بنفس الشكل الذي يكتسبه العقد الأصلي، وعلى هذا الأساس يمكن القول بأن شرط الكتابة يجعل عقد تقديم البراءة كحصة في شركة عقدا صحيحا لازما، أما أثر عدم الكتابة فينحصر في عدم إلزامية العقد حيث يجوز للمتعاقد أن يتمسك بالبطان وبالتالي يعتبر العقد باطلا.

كما يجوز للغير بالنسبة للشركة التجارية إثبات وجود هذه الأخيرة بكافة طرق الإثبات عند الاقتضاء، الأمر الذي يثبت بأن العقد غير المكتوب ليس باطلا بطلانا مطلقا.

هذا ويختلف الفقه حول الحكمة التي يتوخاها المشرع من ضرورة إفراغ عقد الشركة في القالب الكتابي، فهناك رأي يرى أنها ترجع إلى رغبة المشرع في لفت نظر الشركاء إلى أهمية العمل القانوني الذي يقدمون عليه، بينما يرى جانب آخر من الفقه أن الحكمة من ذلك تكمن في أن عقد الشركة ينفرد عن غيره من العقود بخلق شخص معنوي يتمتع بكيان ذاتي ويمارس حياة مستقلة عن تلك التي يجيهاها الأشخاص الذين ساهموا في تكوينه، ومادام الأمر كذلك وجب أن يكون لهذا الشخص المعنوي دستورا مكتوبا يستطيع الغير أن يطالع عليه قبل الدخول معه في معاملات قانونية [28]، بينما يرى رأي ثالث أن الحكمة من اشتراط الكتابة تعود إلى الرغبة في إقامة نوع من الرقابة على هذه الأبنية القانونية المعقدة أي الشركات لما لها من تأثير على الواقع الاقتصادي [29].

ويرى الدكتور فوزي محمد سامي أن حكمة المشرع من اشتراط الكتابة هو أن العقد المذكور يتضمن تفاصيل كثيرة تتعلق بعلاقة الشركاء فيما بينهم وعلاقة صاحب البراءة بالشركة، كما أن تنفيذ العقد قد يستغرق زمنا طويلا، فوجود العقد المكتوب يمكن الغير من معرفة تفاصيل اتفاق الشركاء ويحدد حقوقهم وواجباتهم في المشروع الذي اتفقوا على تأسيسه واستغلاله [30].

وتنبغي الإشارة إلى أن كتابة هذا العقد يعد ضروري لاستكمال إجراءات التسجيل والنشر وهو ما يعرف بشرط الشهر.

الفرع الثاني: الشهر

أخضع المشرع الجزائري عقد تقديم براءة الاختراع كحصة عينية في شركة لإجراءات الشهر إذ يجب أن تودع العقود التأسيسية والعقود المعدلة للشركات التجارية بها فيها العقد الذي يقدم بموجبه براءة الاختراع كحصة في الشركة لدى المركز الوطني للسجل التجاري، وتنشر حسب الأوضاع الخاصة بكل شكل من أشكال الشركات وهذا حسب ما تقضي به المادة 548 من القانون التجاري.

والحكمة المتوخاة من إجراءات الشهر هي إخطار الغير بميلاد الشركة قبل التعامل معها أو ما يطرأ عليها من تعديل حتى يكون على دراية بما يحيط الشركة قبل التعامل معها، وإذا كانت الشركة المدنية تتمتع بهذه الشخصية بمجرد تكوينها، فإن الشركة التجارية لا تتمتع بهذه الشخصية إلا بعد إتباع إجراءات الشهر وفقا لنص المادة 549 من القانون التجاري.

بالإضافة إلى الشهر العام للعقد الذي يتضمن المساهمة ببراءة الاختراع في الشركة هناك شهر خاص هو ضرورة التسجيل على مستوى السجل الوطني لبراءات الاختراع المسوك من قبل المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية.

فوفقا للفقرة الثانية من نص المادة 36 من قانون البراءات إذا كانت ملكية البراءة المقدمة كحصصة في الشركة تنتقل بمجرد القيام بإجراءات العقد المشار إليها أعلاه، فإن الاحتجاج بها ونفاذها في مواجهة الغير لا يكون إلا بعد تسجيلها في السجل الخاص بالبراءة لدى الهيئة المختصة بالمعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية، وما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري تدارك هذا الإجراء الهام بعد أن أغفل عنه في المرسوم التشريعي رقم 93-17.

وفي الأخير متى تم إنشاء عقد تقديم البراءة كحصصة في شركة وفقا لما تم تبيانه، فانه يرتب مجموعة من الآثار القانونية نتناولها في المبحث الثاني.

المبحث الثاني: الآثار القانونية المترتبة على عقد تقديم البراءة كحصصة في شركة

إن الغاية المتوخاة من تجميع الحصص على اختلاف صورها، بما فيها براءة الاختراع كحصصة عينية، هي المساهمة في ميلاد شخص معنوي جديد وبالنتيجة الاعتراف له بجملة من الحقوق لعل أبرزها منحه الأهلية لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات بالاستقلال عن شخصية كل شريك من شركائها والتمتع بذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء، وبالتالي السماح له بالاستغلال وتطوير الاختراع محل البراءة طالما أن هناك تجميع وتركيز للجهد والمال على نطاق واسع، لذلك تمتلك الشركة مجموعة من الحقوق تركز لها بموجب هذا العقد إمكانية استغلال الاختراع محل البراءة ومن ثمة تطوير نشاطها الصناعي والتجاري الأمر الذي يعود بالفائدة على الاقتصاد الوطني، لكن على الشركة وتحقيقا منها لهذا الهدف أن تتجنب وتراقب كل ما يحول دون استمرار تمتعها بتلك الحقوق.

وقد يحدث أن تنحل الشركة أو تبطل لسبب من أسباب البطلان أو الانحلال الأمر الذي يجعلنا نتساءل حول مصير براءة الاختراع المساهم بها فيها وقت تصفيتها.

المطلب الأول: انتقال الحقوق المرتبطة بالبراءة

تنتقل الحقوق المرتبطة بالبراءة بحسب ما إذا كان عقد المساهمة بالبراءة يتعلق بملكيتهها أو بحق الانتفاع بها، لذا فالحقوق والالتزامات الناجمة عنه تختلف باختلاف شكل هذا النقل أي كيفية المساهمة بالبراءة.

على أن مثل هذه الحقوق التي تتمتع بها الشركة اثر هذا العقد هي عرضة للانقضاء إذا ما توفرت عدة أسباب قانونية، الأمر الذي يقتضي بداية دراسة تلك الحقوق المترتبة عن حالات المساهمة بالبراءة في نقطة أولى، قبل النظر في أسباب انقضائها في نقطة ثانية.

الفرع الأول: الحقوق الناجمة عن حالات المساهمة ببراءة الاختراع كحصصة في شركة
تختلف الحقوق الناجمة عن عقد تقديم البراءة كحصصة في شركة باختلاف كيفية المساهمة بها فيما إذا كانت المساهمة بملكية البراءة أو بحق الانتفاع بها.

أولاً: حالة المساهمة بملكية البراءة كحصصة في شركة

يترتب عن المساهمة بملكية البراءة في الشركة نقل كل الحقوق الواردة عليها، فتصبح براءة الاختراع جزء من الذمة المالية للشركة، الأمر الذي يترتب عليه امتلاك هذه الأخيرة باعتبارها شخصية قانونية مستقلة الحق في احتكار استغلال الاختراع محل البراءة، إذ يصبح لها وحدها الحق في استغلالها اقتصاديا دون غيرها، كما يجوز لها حق التصرف فيها كعنصر من عناصر ذمتها المالية وتمتلك هي وحدها الحق في مقاضاة الغير المعتدي على الحق الناجم عن البراءة.

هذا وبالموازاة لكل هذه الحقوق التي تتمتع بها الشركة تتحمل هي بدورها عبئ دفع الإتاوات السنوية (le paiement des annuités) من أجل المحافظة على بقاء صيرورة البراءة، إذ تشكل الرسوم القانونية دين مالي في ذمة الشركة المستفيدة من حصصة البراءة وليس دين شخصي للمخترع الذي كان صاحب البراءة [31].

ولا يحتفظ المخترع نتيجة لهذا النقل سوى بحقه الأدبي في نسبة الاختراع له ولا يتحصل على مقابل مالي مباشر، وإنما يستفيد من حصص أو أسهم حسب الشكل القانوني للشركة المستفيدة من التقديم، تمنح له الحق في الحصول على جزء من الفوائد السنوية لها والحق في المساهمة في تسييرها [32].

ومع هذا تتمسك الشركة في مواجهة الناقل للبراءة بضمان التعرض الصادر منه أو من الغير والذي يمس بالحقوق المنقولة إليه وبضمان العيوب الخفية الموجودة في الاختراع، وتطبق على التزام الناقل بالضمان القواعد العامة لعقد البيع وهذا حسب ما تقضي به المادة

422 من القانون المدني التي تنص على أنه: "إذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو أي حق عيني آخر فان أحكام البيع هي التي تسري فيما يخص ضمان الحصة إذا هلكت أو استحققت أو ظهر فيها عيب أو نقص...".

هذا فيما يخص الحقوق التي تتمتع بها الشركة اثر المساهمة بملكية البراءة فيها، ماذا إذن عن المساهمة بمجرد حق الانتفاع بها؟

ثانيا: حالة المساهمة بحق الانتفاع بالبراءة في الشركة

محل البراءة فقط، فينتقل للشركة المساهم فيها حق الاستغلال وفق ما تم الاتفاق عليه في العقد، فإذا ما منح للشركة حق الاستفادة من براءة الاختراع بصفة استثنائية لا يكون بإمكان الناقل للبراءة في هذه الحالة استغلال الاختراع محلها أو منح تراخيص للغير بالاستغلال وإلا عدى ذلك اعتداء على الحق الذي اكتسبته الشركة يستلزم التعويض، ويكون من حق الشركة فقط في مثل هذه الحالة رفع وتحريك دعوى التقليد لكن بشرط توجيه إنذار للناقل أو لا لاتخاذ التدابير اللازمة لدفع هذا التقليد [33].

أما في حالة حصول الشركة على حق الانتفاع بالاختراع محل البراءة بصفة عادية غير استثنائية، فيكون بإمكان الناقل في مثل هذه الحالة أن يقوم بالاستغلال هو بنفسه أو بواسطة الغير بصفة مستقلة عن الاستغلال الذي يكون على مستوى الشركة، ويكون له وحده الحق في تحريك دعوى التقليد.

وسواء كانت الاستفادة من حق الانتفاع بالاختراع محل البراءة بصفة عادية أو استثنائية، تلتزم الشركة باستغلال الاختراع بالشكل الكافي الذي يسد حاجات الاقتصاد وإلا تعرضت لعقوبة الترخيص الإجباري.

وفي هذا النوع من المساهمة أيضا يلتزم الناقل بضمان العيوب الخفية الموجودة في الاختراع محل البراءة المساهم بها إلا في حالة ما إذا تم الاتفاق على الطابع الاحتمالي للمساهمة بالبراءة.

كما يلتزم أيضا بضمان التعرض الصادر عن فعله الشخصي والتعرض الصادر عن الغير الذين يتمسكون بامتلاكهم لحقوق على البراءة، ما عدى في حالة ما إذا تم الاتفاق في العقد على شرط الإعفاء أو الإنقاص من المسؤولية، فمثل هذا الاتفاق يعد شرعي لكن بشرط أن لا يكون الناقل سيء النية.

هذا إذن بالنسبة للحقوق التي تتمتع بها الشركة اثر عقد تقديم براءة الاختراع كحصة فيها، لكن مثل هذه الحقوق ليست دائمة إذ في بعض الحالات ما تكون هنالك أسباب

تؤدي إلى فقدانها الأمر الذي يرتب العديد من النتائج، وهذا ما سيتناول بالدراسة في النقطة الثانية.

الفرع الثاني: فقدان الحقوق الواردة على البراءة المساهم بها الشركة
تنقضي براءة الاختراع وتزول بالتبعية لذلك حقوق الشركة على البراءة المساهم بها في الأحوال التالية:

أولاً: عند انقضاء مدة الحماية القانونية المقررة للاختراع موضوع البراءة، وهي حسب نص المادة 09 من قانون البراءات 20 سنة ابتداء من تاريخ إيداع طلب الحصول على البراءة لدى المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية، إذ بانتهاء هذه المدة تزول جميع الحقوق المترتبة على البراءة والمقررة لصاحبها ويصبح الاختراع من الأموال المباحة [34].

ثانياً: عند بطلان البراءة، فطبقاً لنص المادة 53 من قانون البراءات فإن طلب البطلان يرفع إلى الجهة القضائية المختصة من أي شخص معني لاستصدار حكم قضائي بالبطلان، وقد حدد نص نفس المادة حالات طلب البطلان المتمثلة في:

أ- إذا لم تتوفر في موضوع براءة الاختراع الأحكام الواردة في المواد من 03 الى 08 أعلاه، والمقصود تخلف أحد الشروط الموضوعية المتمثلة في: وجود اختراع، وجدته، وقابليته للتطبيق الصناعي، وأن لا يكون مخالفاً للنظام العام والآداب.

فإذا صدرت براءة الاختراع وأغفلت أحد الشروط المذكورة، جاز لكل ذي مصلحة أن يطلب بطلان البراءة.

ب- إذا لم تتوفر في وصف الاختراع أحكام المادة 22 / 03 أعلاه، كأن لا ينحصر طلب البراءة في موضوع رئيسي واحد أو يتضمن قيوداً أو شروطاً أو تحفظات أو تحديد أو منح حقوق أو إذا لم تحدد مطالب براءة الاختراع الحماية المطلوبة.

- إذا كان الاختراع ذاته موضوع براءة اختراع في الجزائر تبعا لطلب سابق أو كان مستفيداً من أولوية سابقة.

فبطلان البراءة يجعل من الاختراع مالا عاما يجوز للجميع استغلاله والإفادة منه بعد أن كان مالا خاصاً مقصوراً على صاحب البراءة استغلاله والإفادة منه.

ثالثاً: عند عدم دفع الرسوم القانونية المستحقة على الاختراع موضوع البراءة للمحافظة على صيرورة هذه الأخيرة، ويمكن أن يفسر هذا الامتناع عن الدفع بالصعوبات المالية التي قد تواجه الشركة، أو نتيجة للتقرير المنجز من قبل الشركة حول الاختراع

محل البراءة والذي أثبت فيه بأن الاختراع تم تجاوزه تقنيا وتجاريا باختراعات أخرى أكثر جدة.

رابعا: عند استرجاع البراءة بناء على دعوى مرفوعة من قبل الغير الذي سلب منه الاختراع محل البراءة، كما هو الحال في حالة العامل الذي يتقدم بطلب تسجيل الاختراع باسمه - بدون وجه حق - مخفيا أن ذلك الاختراع حقيقة عائد لرب العمل [35].

ففي مثل هذه الحالات تفقد الشركة الحقوق التي اكتسبتها على براءة الاختراع، إذ يصبح الاختراع مالا عاما يجوز للجميع استغلاله والإفادة منه الأمر الذي يمس برأس مال

الشركة، إذ يؤدي ذلك إلى الإنقاص من قيمته ومن ثم يجوز للشركة التمسك بالضمان ضد الناقل للمطالبة بالتعويض عن قيمة حصة البراءة المساهم بها، كما قد يؤدي ذلك إلى حل الشركة بقوة القانون في حالة ما إذا كان النظام الداخلي لها ينص بشكل صريح على أن نشاطها يدور أساسا حول استغلال الاختراع محل البراءة المنقضية، لكن قد تنحل الشركة أو تبطل إذا ما توافرت أسباب أخرى منصوص عليها قانونا، الأمر الذي يؤدي إلى التساؤل حول الحقوق التي يتمتع بها صاحب البراءة وقت تصفية الشركة، هذا ما سيكون موضوع المطلب الثاني.

المطلب الثاني: مصير براءة الاختراع عند بطلان وحل الشركة

متى توافرت جميع الأركان في عقد الشركة نشأ عن هذا العقد شخص جديد هو الشخص المعنوي له مدير يباشر نشاطه بواسطته، حيث يتعاقد هذا الأخير باسم الشركة ويقوم بتوزيع الأرباح على الشركاء، ويظل الأمر كذلك حتى تنقضي حياة الشركة بسبب من أسباب الانقضاء، وحينئذ يتعين تصفيتها وقسمة ناتج هذه التصفية على الشركاء والذي تكون من بينه براءة الاختراع.

لذا سنحاول البحث في حالات البطلان وحل الشركة في الفرع الأول، ليتسنى لنا النظر في الحقوق التي يتمتع بها صاحب البراءة وقت تصفية الشركة في الفرع الثاني.

الفرع الأول: حالات بطلان وحل الشركة

بما أن المشرع عرف الشركة على أنها عقد يتم بين شخصين أو أكثر وجب أن تتوافر في هذا العقد الأركان الموضوعية العامة التي تقوم عليها سائر العقود وهي: الرضا والمحل والسبب، غير أن عقد الشركة ذو طبيعة خاصة، لذا لا يكتفاه فيه توافر الأركان الموضوعية فحسب بل يجب أن تتوافر فيه الأركان الموضوعية الخاصة حتى يتسنى له ترتيب الآثار

القانونية التي نص عليها القانون، وهذه الأركان الخاصة هي: أن يتم العقد بين شخصين فأكثر، وأن يقدم كل منهم حصة من مال أو عمل، وأن يقتسم كل منهم أرباح المشروع أو خسائره ويضاف إلى ذلك ركن آخر هو أن تتوافر بينهم نية الاشتراك أي رغبة الشركاء في التعاون لتحقيق غرض الشركة.

على أن المشرع لم يكتفي بالأركان الموضوعية الخاصة بالسلفة الذكر، بل اشترط لانعقاد العقد أن يفرغ في شكل خاص هو الكتابة وفقا لما يقضي به نص المادة 418 من التقنين المدني.

فإذا ما تخلف ركن من أركان الشركة، سواء كان ركنا موضوعيا أو ركنا خاصا أو ركنا شكليا، ترتب على ذلك جزاء يتمثل في البطلان، ويختلف نوع هذا البطلان تبعا للركن المتخلف، فقد يكون بطلانا مطلقا وقد يكون بطلانا نسبيا كما قد يكون بطلانا من نوع خاص.

والأصل أن البطلان مهما كان نوعه يؤدي إلى زوال العقد وما يترتب عليه من آثار بأثر رجعي وتطبيقا لذلك يعاد الشركاء إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد، غير أن تطبيق القواعد

العامة على عقد الشركة والقول برد الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد وان كان يستقيم نظريا فإنه لا يستقيم عملا، إذ هو لا يقيم وزنا للعقود التي ارتبطت بها الشركة مع الغير وأصبحت بمقتضاها دائنة ومدينة ويؤدي إلى نتائج غير عادلة وغير مرغوب فيها من الناحية الاقتصادية لما ينشأ عنه من زعزعة للمراكز القانونية المستقرة وإهدار حقوق الغير الذي تعامل مع الشخص المعنوي، أو بعبارة أدق فان تطبيق الأثر الرجعي للبطلان يجافي المنطق السليم وينكر العدالة.

فتفاديا لمثل هذه النتائج وتحقيقا للعدالة والاستقرار الاجتماعي لم يجد القضاء مفرا من قصر آثار البطلان على المستقبل فقط بدون أن تنسحب إلى الماضي [36]، إذ تعتبر الشركة قائمة ويعتد بنشاطها في الفترة الواقعة بين تكوينها والحكم بالبطلان، غير أن الاعتراف بالشركة خلال هذه الفترة ليس سوى اعتراف بالوجود الفعلي أو الواقعي للشركة ولا يرتكز على أساس قانوني، لذلك تسمى هذه الشركة بالشركة الفعلية أو بالشركة الواقعية (Société de fait).

ولقد استند القضاء في إقامة نظرية الشركة الفعلية إلى فكرة حماية الأوضاع الظاهرة تحقيقا لاستقرار المراكز القانونية، ذلك لأن الغير قد تعامل مع الشركة قبل الحكم ببطلانها على أساس أنها شركة صحيحة ومن ثم فلا يسوغ أن يفاجأ هذا الغير الذي اطمأن إلى

الوضع الظاهر ببطلان الشركة لسبب قد يكون خفيا عليه.

كما استند القضاء أيضا في إقامة هذه النظرية على أساس قانوني، فاعتبر أن عقد الشركة من قبيل العقود المستمرة التي تنفذ يوم بعد يوم فإذا قضي بالبطلان تناول البطلان مستقبل العقد فحسب، أما بالنسبة للماضي فتعتبر الشركة موجودة ولكن وجودها ليس له كيان قانوني وإنما كيان فعلي واقعي [37].

ويشترط لتطبيق نظرية الشركة الفعلية أن تكون الشركة قد باشرت أعمالها قبل الحكم بالبطلان، أما إذا صدر الحكم بالبطلان قبل أن تبشر الشركة أعمالها فلا يكون لها كيان في الواقع.

هذا ولم يعترف القضاء بوجود الشركة الفعلية في جميع حالات البطلان، لأن هناك أسبابا للبطلان لا يجوز الاعتراف فيها بوجود الشركة لا في نطاق القانون ولا في نطاق الواقع، إذ يجب في هذه الحالات تطبيق القاعدة العامة في البطلان بصفة مطلقة واعتبار الشركة في حكم العدم،

بينما هناك حالات يمكن أن تطبق عليها الشركة الفعلية، وتتجلى هذه الحالات في:

(1) - إذا كان البطلان قائما على عدم توافر الأركان الموضوعية الخاصة بعقد الشركة، كعدم وجود نية الاشتراك أو تخلف ركن تقديم الحصص أو تخلف ركن تعدد الشركاء (باستثناء الشركة ذات الشخص الواحد) فلا يكون عندئذ للشركة وجود قانوني ولا فعلي.

(2) - إذا كان البطلان قائما على عدم مشروعية المحل كأن يكون نشاط الشركة مخالف للنظام العام أو الآداب العامة مثل الاتجار في المخدرات أو الاتجار في تهريب الأسلحة، فإن الاعتراف بالوجود الفعلي للشركة معناه الاعتراف بالنشاط غير المشروع الذي قامت من أجله الشركة وهذا يتنافى إطلاقا مع المنطق والقانون.

أما الحالات التي يعترف فيها القضاء بالوجود الفعلي للشركة، فيمكن حصرها في الحالات الآتية:

(1) - إذا كان البطلان مؤسسا على عدم كتابة عقد الشركة أو شهره، وان كان البعض يرى استبعاد تطبيق نظرية الشركة الفعلية في حالة عدم مراعاة الأركان الشكلية التي تقوم عليها الشركة كعدم الكتابة أو عدم الشهر، لأن الجزء في نظرهم يقتصر على عدم جواز الاحتجاج بالشركة على الغير، في حين أننا نرى بأن في هذه الحالة تطبق نظرية الشركة الفعلية استنادا إلى نص قانوني، حيث أفصح المشرع على الاعتراف بالشركة

الباطلة بسبب انعدام الكتابة في مواجهة الغير وفقا لنص المادة 418 فقرة 02 من التقنين المدني.

(2)- إذا كان البطلان مؤسس على نقص أهلية أحد الشركاء أو على عيب شاب رضاه، وأدى هذا البطلان إلى انهيار العقد برمته كما هو الحال في شركات الأشخاص إذ تعتبر شركة كأن لم تكن بالنسبة لناقص الأهلية أو الشريك الذي شاب رضاه عيب من العيوب، أما بالنسبة لبقية الشركاء فتعتبر الشركة في الفترة بين تكوينها والحكم ببطلانها قائمة فعلا.

ويترب على الاعتراف بالوجود الفعلي للشركة في الفترة الواقعة بين إبرام العقد والحكم بالبطلان نتائج هامة، سواء بالنسبة للشركة أو الشركاء أو بالنسبة للغير.

أولا: بالنسبة للشركة

أ- تعتبر الشركة الفعلية كما لو كانت شركة صحيحة ومن ثم تتمتع بشخصيتها المعنوية المستقلة عن شخصية الشركاء وتبقى جميع حقوقها والتزاماتها قائمة، كما تظل تعهدات الشركاء وحقوقهم صحيحة ومرتبة لآثارها سواء فيما بينهم أو بالنسبة للغير.

ب- يجب حل الشركة وتصفيتها بمجرد صدور الحكم بالبطلان، وبما أن الشركة في فترة التصفية تحتفظ بالشخصية المعنوية فمن الجائز شهر إفلاس الشركة الفعلية متى توقفت عن سداد ديونها سواء نشأت هذه الديون قبل الحكم بالبطلان أو أثناء إجراء عملية التصفية، ويترب على إفلاسها شهر إفلاس الشريك المتضامن.

ثانيا: بالنسبة للشركاء

في حالة بطلان الشركة وتصفيتها تقسم موجودات الشركة والأرباح والخسائر طبقا للشروط الواردة في العقد التأسيسي، ويلتزم الشركاء الذين لم يقدموا حصصهم بتقديمها، ويكون كل شريك مسؤولا عن ديون الشركة بحسب نوع الشركة وطبيعة الدين وشروط العقد.

ثالثا: بالنسبة للغير

إن جميع التصرفات التي التزمت بها الشركة في مواجهة الغير تعد صحيحة ومنتجة لآثارها، ويحق لدائني الشركة التمسك ببقائها حتى يتجنبوا مزاحمة الدائنين الشخصيين للشركاء، ويكون لهم حق التنفيذ على أموال الشركة، كما لهم حق شهر إفلاسها وتقسيم أموالها لاستيفاء ديونهم حسب قواعد الإفلاس.

وما يجدر التأكيد عليه أن الاعتراف بالشركة الفعلية ليس له من أثر إلا على ماضيها، أما بالنسبة للمستقبل فالشركة باطلة ولا يمكن الاعتراف بها على أي وجه من الوجوه ولكن يجب المبادرة إلى حلها وتصفيتها، فالبطلان في هذه الحالة إنما هو من قبيل حل الشركة قبل أن يحين ميعاد انتهائها [38].

وعادة ما تحل الشركة إذا ما توفر فيها أحد أسباب انقضاءها المنصوص عليها قانونا في المواد 437 إلى 442 من القانون المدني والتي يمكن حصرها فيما يلي:

- عند انقضاء الميعاد المعين للشركة أو بتحقيق الغاية التي أنشئت لأجلها،
- عند هلاك جميع مال الشركة أو جزء كبير منه،
- عند موت أحد الشركاء أو الحجر عليه أو بإعساره أو إفلاسه،
- عند انسحاب أحد الشركاء أو إجماع الشركاء على حلها،
- عند انقضاء الشركة بحكم قضائي بناء على طلب أحد الشركاء.

وإذا ما تم حل الشركة نتيجة توافر أحد الأسباب المذكورة أعلاه، تعذر تسديد ديونها وتوزيع موجوداتها فورا بين الشركاء، بل يقتضي الأمر القيام بعملية التصفية أي إنهاء جميع العمليات الجارية للشركة وتسوية المراكز القانونية باستيفاء حقوقها ودفع ديونها تمهيدا لوضع الأموال الصافية بين يدي الشركاء لاقتسامها، فما هي الحقوق التي يتمتع بها المساهم بالبراءة في الشركة وقت تصفيتها؟

الفرع الثاني: حقوق الناقل لبراءة الاختراع وقت تصفية الشركة

متى تمت أعمال التصفية وتحولت موجودات الشركة إلى نقود انتهت مهمة المصفي، وزالت الشخصية المعنوية نهائيا عن الشركة، ومن ثم وجب إجراء القسمة بعد استيفاء الدائنين لدينهم وبعد طرح المبالغ اللازمة لقضاء الديون التي محل أجلها والديون المتنازع فيها، وبعد رد المصاريف أو القروض التي يكون أحد الشركاء قد باشرها في مصلحة الشركة.

فبعد الانتهاء من عملية التصفية تكون أموال الشركة قد خلصت للشركاء، وتهبأت للقسمة فيما بينهم، فيسترد كل واحد من الشركاء مبلغا يعادل قيمة الحصة التي قدمها في رأس مال الشركة، ويغلب أن تكون قيمة حصة كل شريك مبينة في عقد تأسيس الشركة، وعند ذلك يخصص للشريك من صافي مال الشركة ما يعادل هذه القيمة المبينة في العقد [39].

أما إذا كانت قيمة حصص الشركاء غير مبينة في عقد تأسيس الشركة، وجب على المصفي تقويم هذه الحصص وقت تسليمها للشركة من الشركاء، ويرجع في ذلك إلى

أوراق الشركة ومستنداتها ودفاترها والى رأي الخبراء وشهادة الشهود عند الاقتضاء، وإذا نازع الشريك في القيمة التي قدرت بها حصته كان له أن يلجأ إلى القضاء، ولقاضي الموضوع الكلمة الأخيرة في هذا التقدير[40]، فلا يأخذ الناقل للبراءة إلا نصيبه من المال الإجمالي للشركة كباقي الشركاء، فتقديم ملكية البراءة أو حق الانتفاع بها كحصصة في شركة تكون جزء من رأس مال هذه الأخيرة، لذا لا يتمتع ناقل البراءة مبدئياً باسترجاع أي حق على البراءة المساهم بها، هذا ما لم يوجد في العقد اتفاق مخالف لذلك، إذ يكون بالإمكان الاتفاق على حق صاحب البراءة في استرجاع حقوقه الواردة على البراءة بموجب بند صريح في النظام القانوني للشركة أو في عقد تقديم البراءة كحصصة في شركة والذي يكون ملحق للنظام الأساسي لها.

وهناك من الفقهاء[41] من يرى بإمكانية صاحب البراءة من استرجاع براءة اختراعه في حالة ما إذا ساهم بحق الانتفاع فقط، لكن بشرط وجود فائض في التصفية أي تكون الشركة قد حققت ربحاً من خلال نشاطها (la société soit In bonis)، إذ هو لا يستطيع أن يتهرب من الخسائر التي قد تلحق الشركة لا سيما الديون الواقعة على عاتقها. إذ ما يميز عقد الشركة قاعدة اشتراك الشركاء فيما تحققه من أرباح وما تمنى به من خسائر، ذلك أن اقتسام الأرباح والخسائر يعد ركن هام من الأركان الخاصة لعقد الشركة، لذا يكون نصيب صاحب البراءة في الأرباح والخسائر بنسبة حصته في رأس المال.

الخاتمة

يمكن أن نخلص في الأخير بأن الشركة تعد ذلك الوعاء الذي يسمح بالاستغلال الفعال للتكنولوجيا المبرأة، نظراً لتوافرها على المنشآت والإمكانات اللازمة لاستثمارها، كما قد تكون أيضاً منتجة لها بتبنيها لإستراتيجية البحث والتطوير الداخلي بهدف الوصول إلى حلول لمشاكلها التقنية، لذا تراقب أغلب الشركات الكبرى باهتمام البراءات المودعة من طرف منافسيها، وتشارك في العديد من بنوك المعطيات التي تعرض معلومات عن ذلك، فمراقبة منسقة للمودعين و المنتجات المبرأة تسمح بتوجيه السوق والتنبؤ بالاستراتيجيات الصناعية للمنافسين، الأمر الذي يدفع عجلة الاقتصاد نحو الأمام لتحقيق أكبر قدر من التقدم الصناعي والتجاري.

الهوامش:

- 1.-Devant (P), Plasseraud(R) : Brevets d'invention, Manuel Dalloz de droit usuel, 4eme éd, Librairie Dalloz, Paris, 1971,p.239.
- 2.-Moureaux (R), Weismann (Ch): Manuel des brevets d'invention, 3ème éd, Librairie Dalloz, Paris, 1960,p.160.
- 3-Nancy,23Mai1866, Ann.Prop.Ind, 1866, p.248
- 4-Sabatier (M): Licence de brevet, J.CL.Comm, Annexes brevet d'invention, Éd.1991,p.4.
- 5-Azéma (J), Galloux (J.C):Droit sur les créations nouvelles, Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique, Dalloz, n.2 ,2004,p.2.
- 6 -Sabatier (M):Op.cit, p. 03.
- 7-Moureaux (R), Weismann (Ch): Op.cit, p.164.
- 8-قانون الشركات الفرنسي الصادر بتاريخ 24 جويلية 1966 .
- 9-د.مصطفى كمال طه: الشركات التجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر،الإسكندرية،1998،ص62.
- 10 - د.أحمد محمد محرز: القانون التجاري الجزائري، الجزء الثاني، مطابع سجل العرب ،1979، ص25 .
- Mousseron (J.M): Encyclopédie Dalloz, Droit commercial, 2 ème éd -11 V: Brevet d'invention, 1993, p.46.
- 12-علي البارودي: القانون التجاري- الأعمال التجارية والتجار- الشركات التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993، ص137 .
- 13- المستشار معوض عبد التواب: موسوعة الشركات التجارية - وفقا للقانون رقم 3 لسنة 1998-، الطبعة الأولى، مطابع رويي، الإسكندرية،،1998، ص54-53 .
- 14-علي البارودي: المرجع نفسه، ص.137
- 15 -Cantenot (G): L'apport en société d'un brevet d'invention, jour. Société 1952, p.257
- 16-د.الياس ناصيف: موسوعة الشركات التجارية، الجزء الأول: الأحكام العامة للشركة، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص.109
- 17-Moureaux (R), Weismann (Ch): Op.cit, p.160. -17-
- 18-Moureaux (R), Weismann (Ch): Ibid, p.160. -18-
- 19-Cass.com.17 Juill1957, Bull.Civ.III, n.232, Ann.prop.Ind.1959, p.217. -19-
- 20-Cass.Req.16Janv.1939,Ann.prop.Ind.1948,p.138 -20-
- 21-د.الياس ناصيف: المرجع السابق، ص.113
- 22-Chavanne (A), Burst (J.J): Droit de la propriété industrielle, Précis Dalloz,- 3ème éd, Paris, 212 -22
- 23-د.السيد محمد اليماني: القانون التجاري، الجزء الأول: الأعمال التجارية والتاجر-

- الشركات التجارية، 1985، ص 217 وما يليها.
- 24- المستشار معوض عبد التواب: المرجع السابق، ص 54-53 .
- 25- د. مصطفى كمال طه: المرجع السابق، ص 177 .
- 26- Sabatier (M): Op. cit p. 06.
- 27- القانون رقم 90-22 المؤرخ في 18 غشت سنة 1990 المتعلق بالسجل التجاري (ج.ر. العدد 36).
- 28- د. علي حسن يونس: الشركات التجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1974، ص 57.
- 29- د. محمد فريد العرييني: القانون التجاري، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1977، ص 255.
- 30- د. فوزي محمد سامي: شرح القانون التجاري، الجزء الثالث، دار مكتبة التريبة، بيروت، 1997، ص 41.
- 31- Devant (P) Plasseraud (R) : Op. cit p. 241.
- 32- Sabatier (M): Op. cit p. 11.
- 33- Sabatier (M): Op. cit p. 10.
- 34- د. فاضلي إدريس: المدخل إلى الملكية الفكرية، الملكية الأدبية والفنية والصناعية، سلسلة القانون، الجزائر، 2003-2004، ص 239.
- 35- د. صلاح زين الدين: الملكية الصناعية والتجارية، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2000، ص 168.
- 36- د. الياس ناصيف: المرجع السابق، ص 200.
- 37- د. محمد فريد العرييني: المرجع السابق، ص 263.
- 38- د. مصطفى كمال طه: المرجع السابق، ص 40.
- 39- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، المجلد الثاني: الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، دار إحياء التراث العربي، لبنان، دون سنة، ص 411.
- 40- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري: المرجع نفسه، ص 411.
- 41- Chavanne (A), Burst (J.J): Op. cit, p. 214.

جريمة السرقة بين الشريعة و التشريع الجزائري

أ. عمري عبد القادر

كلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة يحيى فارس بالمدينة

ملخص:

السرقة جريمة قديمة قدم التشريعات السماوية و الأديان السابقة، إستهجنتها جميع التشريعات الوضعية القديمة و الحديثة، و المشرع الجزائري و في ظل قانون العقوبات إعتبرها جريمة من صنف الجنحة أصلا، إلا أنه و صفها بالجنائية و عاقب عليها بالإعدام في حال إرتكابها في ظل ظروف زمانية أو مكانية محددة، و عدل التشريع العقوبة الخاصة بالسرقة بوصفها جنائية و عاقب عليها بالمؤبد في حالات محددة على سبيل الحصر، و هو موضوع بحثنا .

Résumé

Le vol est un crime aussi ancien que les législations divines et les religions antiques, abhorré par toutes les nouvelles et anciennes lois positives.

Le législateur algérien a classé cet acte au sien de la loi pénale en tant qu'un délit, toutefois, il l'a jugé en étant un crime dont la peine peut aller jusqu'à l'exécution, selon des circonstances relatives au temps ou le lieu où il est commis.

Désormais, la loi a modifié la peine du vol en tant qu'un crime entraînant la réclusion criminelle à perpétuité, dans des cas exhaustivement prédéterminés, ce qui est le thème de notre recherche.

الكلمات المفتاحية: جريمة السرقة، قانون العقوبات، جنائية.

مقدمة :

عرفت جريمة السرقة انتشارا في المجتمع الجزائري وهي من أخطر الآفات التي تصيب المجتمعات و تعد من أهم جرائم الأموال و أكثرها خطورة .

ترتبط هذه الجريمة بعدة عوامل، من أبرزها العوامل الاقتصادية والاجتماعية وذلك عند تدنيها، مما ينجم عنه ظهور مثل هذا السلوك الإجرامي وبشكل متزايد، والذي يستهدف ممتلكات الأشخاص وكذلك ممتلكات الدولة في أغلب الأحيان، و تتسبب أحيانا في إلحاق الضرر بالأرواح، مما استوجب المشرع الجزائري للوقوف على مثل هذا الفعل و معاقبته العقوبة الردعية الصارمة التي تصل حد المؤبد إذا ما اقترنت

هذه الجريمة بظروف التشديد، وقد نص على هذا النوع من الجرائم في المواد 350 قانون العقوبات وما يليها.

فما المقصود بفعل السرقة من المنظور الشرعي و التشريعي ؟ وماهي الحالات التي تؤدي بوصف هذا الفعل المجرم إلى جنائية في التشريع الجزائري ؟ وماهي العقوبات المقررة لها ؟

وللإجابة علي هذه التساؤلات ارتأيت أن اتبع الخطوات التالية :

تقسيم عناصر الموضوع إلي مبحثين وكل مبحث إلي مطلبين كالتالي :

المبحث الأول : مفهوم جريمة السرقة

المطلب الأول: تعريف جريمة السرقة في ظل الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري

المطلب الثاني: أركان جريمة السرقة في ظل قانون العقوبات الجزائري

المبحث الثاني : جريمة السرقة و العقوبات لمقررة لها

المطلب الأول : جريمة السرقة بوصفها جنائية في ظل قانون العقوبات الجزائري

المطلب الثاني : العقوبات المقررة لجريمة السرقة في ظل قانون العقوبات الجزائري

خاتمة

المبحث الأول : مفهوم جريمة السرقة

يختلف مفهوم السرقة بين كل من الشريعة و القانون وحتى فكرة القيام بالفعل ولحظة تجريمه، مما يجعل من تحديد المفهوم بين الشريعة و القانون الجزائري أمرا مهما ينبغي إدراجه و التمعن فيه لمعرفة الحالات التي تجعل من الفعل جريمة .

المطلب الأول : تعريف جريمة السرقة بين الشريعة و القانون الجزائري

1/ تعريفها فقها و حكمها

لغة : اخذ الشيء خفية، سواء كان مادي أو معنوي ومنه يقال استرق السمع .

2/ اصطلاحا :

هي أخذ المكلف نصابا من المال خفية من حرزه دون شبهة أو حاجة .

الأخذ عند الحنفية : يقابل الإختلاس في القانون الجنائي، ذلك أنها عند فقهاء الشريعة تعني السرقة الصغرى و عقوبتها قطع اليد، أما إذا أخذ المال دون إستخفاء فلا تقع جريمة السرقة و توصف بأنها حرابة، و إن كانت دون إستخفاء و بغير إكراه كانت

الجريمة إختلاسا و عقوبتها التعزير⁽¹⁾.

الأخذ عند المالكية: لا يشترط الإمام مالك أن يكون الحرز مبنيا بل يكفي أن يكون المكان معدا لحفظ المال، أو جرت العادة على حفظه فيه، دون حاجة إلى إحاطته ببناء أو سور أو ما شابه ذلك⁽²⁾.

الأخذ عند الاشافعية والحنابلة: يرى الحنابلة أن الحرز بالمكان هو الحيز المعلق و المعد لحفظ المال داخل العمران كالمنازل و الحوانيت و الحظائر، وعلى هذا الرأي سار الإمام الشافعي، ومنه يمكن جمع القول بأن المكان عندهما هو ما يشترط فيه أن يكون داخل المدينة أو القرية، فإذا كان خارجهما لا يعتبر حرزا بالمكان، بالإضافة إلى كونه مغلقا، فإذا لم يكن له باب أو أنه مفتوح أو كان الحائط مثقوبا أو متهدما لا يعتبر حرزا بالمكان⁽³⁾.

كما تواترت عند الفقهاء إعتبار أنواع لوجود الحرز، فمنه الحرز بالمكان و الحرز بالحافظ، مع إختلاف حول سرقة الحرز نفسه، فيرى الإمام أبو حنيفة أن من يسرق الحرز أو بعضه لا قطع عليه لكون السرقة تقتضي الإخراج من الحرز، على خلاف بقية الفقهاء الذين يرون بأن سرقة الحرز تستوجب القطع لكون أن الحرز نفسه يعتبر محرزا بإقامته فالحائط محرز ببنائه و الباب محرز بتثيته .

ومن بين الضوابط الشرعية لتحديد ركن الأخذ خفية و الذي يستوجب القطع طبقا لأراء الأئمة الأربعة ما يلي :

1/ أن يأخذ المال خفية، 02/ إخرجه من الحرز المعد لحفظه ودخوله في حيازة السارق ولو حكما، 03/ تحقق صفة الحرز بالمكان أو بالحافظ ويكون وضع المال تحت بصر من يقوم على حفظه، 04/ إعتبار الإنسان حرزا لكل ما يلبسه أو يحمله، 05/ تزول عن الحرز صفته إذا كان المال المسروق ثمرا أو زرعا غير محصود، 06/ تحقق الأخذ خفية بمجرد أخذ المال من الحرز ولو تم ذلك دون دخوله⁽⁴⁾.

3* حكمها :

كبيرة من الكبائر لذلك شرع لها الإسلام عقوبة قاسية، وهي قطع اليد، قال الله تعالى : «والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم⁽⁵⁾ .

4* أضرار السرقة:

- 1- اعتداء على المال الذي هو أحد الضروريات
- 2- من طرق كسب الحرام
- 3- تدمير الاقتصاد

ب)- تعريفها قانونا : نجد أن المشرع الجزائري لم يعرف السرقة، بل جاءت المادة 350 ق ع بقولها : كل من اختلس شيئا غير مملوك له يعد سارقا⁽⁶⁾، وهو بهذا يكون قد منح المفهوم للقائم بالفعل الذي لا يملك الشيء و يقوم بإختلاسه، مع عدم تحديد المشرع للشيء الذي يكون محل إختلاس.

ذكر المشرع الجزائري في عديد مواد قانون العقوبات الأشياء التي تكون محل سرقة و التي في رأينا لا تشكل الركن المادي فيها و إنما قوامه فقط، بمعنى أن إختلاس الشيء في جريمة السرقة - وقوع الفعل المادي- يقع داخل نطاق المحل الذي حدده المشرع في العديد من المواد بدءا من المادة 351 وصولا إلى المادة 371 من قانون العقوبات .

كما نجد أن المشرع الجزائري عاقب على الشروع في هذه الجريمة وفقا للفقرة 04 من المادة 350

بجعل المشرع إختلاس الأشياء المملوكة للغير جريمة سرقة، فقد ذكر في عديد المواد الأشياء التي يمكن أن تكون محل سرقة، وهذا بإعتماده على ذكر بعض أنواع السرقات كسرقة الممتلكات الثقافية المنقولة المحمية أو المعرفة، كذلك سرقة المراسلات و الأمتعة، سرقة المنازل، سرقة الحيوانات الأليفة، سرقة المحاصيل الزراعية... إلخ.

عرف الأستاذ "قوييت" السرقة بأنها إختلاس إجرامي لأشياء الغير⁽⁷⁾

-المطلب الثاني : أركان جريمة السرقة

جريمة السرقة كغيرها من الجرائم العمدية تقوم على أركان تتمثل في الركن الشرعي، الركن المادي، الركن المعنوي وهو ما سنتطرق إليه بالشرح و التوضيح فيما يلي :

1/ الركن الشرعي : وهو النص المعاقب على فعل السرقة أي كانت صفتها وفقا لنصوص مواد قانون العقوبات لا سيما المادة 350 منه و التي تؤكد تجريم الفعل بقولها "كل من إختلس شيئا مملوكا للغير يعد سارقا و يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات و بغرامة من 100.00 دج إلى 500.000 دج ... وكذا النصوص المتعلقة بتحديد أنواع السرقات و وصفها القانوني سواء جنائية كانت أو جنحة أو مخالفة وكذا العقوبات المتفاوتة فيها.

حدد المشرع عقوبات مختلفة لجريمة السرقة وهذا إعتمادا على الشيء المسروق أو زمان أو مكان وقوع فعل السرقة بالإضافة إلى الطريقة التي تتم بها، وهو بهذا منح العقوبة شرعية لا يمكن تجاهلها لكون الجزء من جنس العمل .

(2)- الركن المادي : يتكون من ثلاث عناصر وهي الفعل والنتيجة والعلاقة السببية التي

تربط بينهما، والفعل في الركن المادي للسرقة هو الإختلاس ويقصد به "الإستيلاء على الحيازة الكاملة بدون رضا المالك أو الحائز السابق".

أما النتيجة الإجرامية فهي إنتقال الحيازة الكاملة والإستيلاء عليها من طرف الفاعل، وهكذا يجتمع في فعل الإختلاس السلوك والنتيجة والعلاقة السببية بينهما، وبهذا يتراوح العنصران داخل علاقة سببية إذ لا تنفصل النتيجة عن الفعل إلا في حالة الشروع أو المحاولة، ولبيان الركن المادي في جريمة السرقة يتعين أن نتناول بالبحث ثلاثة مواضيع أولاً بيان فعل الإختلاس وثانيا عناصر هذا الفعل وثالثا تمام فعل الإختلاس أو الشروع فيه.

بيان فعل الإختلاس: نظرا لعدم وجود تعريف للإختلاس في التشريعات الجنائية فقد سلك الفقه مناهج ثلاث في تحديد هذا المفهوم و الذي ظهرت العديد من النظريات لشرحه وتوضيحه ، فإختلاس المال في حالة السرقة هو العنصر الأساس الذي يقوم عليه البيان القانوني لهذه الجريمة، لكونه النشاط الغير مشروع الذي يؤدي إلى سيطرة الجاني على الشيء المسروق والظهور عليه بمظهر المالك، ولتبيان اللحظة التي يتم فيها هذا العنصر الجوهري، فإن الفقه قد بذل مجهودات كبيرة وهذا بظهور نظريتان: الأولى تضيق من نطاق الإختلاس وتعرف بالنظرية التقليدية أو بالمنهج التاريخي الذي يضم فترتين، والثانية توسع من نطاقه ليشمل كافة الصور التي يسعى فيها الجاني إلى تملك مال الغير بطريق غير مشروع وتعرف بالنظرية الحديثة أو بالمنهج القانوني، وسوف نتناول هاتين النظريتين بإختصار على النحو التالي :

النظرية التقليدية : عرف أصحابها الإختلاس بأنه الإستلاء على ممتلكات الغير بسوء نية، ويرى جانب من الفقه بأن هذا المدلول يسوده الغموض لكونه يؤدي إلى الخلط بين السرقة و النصب و خيانة الأمانة لكون أنه كان معروفا لدى الرومان و لم يفرق بين الجرائم المذكورة أعلاه،⁽⁸⁾ وبتطويرهم لمفهوم الإختلاس على أساس أنه «نزع الشيء أو نقله أو أخذه دون رضا مالكة بقصد تملكه» أمكن التمييز بين السرقة وكلا من جريمتي خيانة الأمانة والنصب، فإذا كان الجاني في جريمة النصب يحتال على المجني عليه فيسلمه الأخير المال برضاه و في جريمة خيانة الأمانة يكون قد تسلم المال من المجني عليه بموجب عقد من عقود الأمانة، فإن الجاني في جريمة السرقة لا يتسلم المال المسروق من المجني عليه وإنما ينتزعه ويأخذه أو ينقله من حيازة المجني عليه إلى حيازته دون رضا الأخير

وبالرغم مما سبق فإن تحديد معنى الإختلاس وفقا لمفهوم هذه النظرية قد أظهر قصورا وأدى إلى نتائج خطيرة، وعلى سبيل المثال إذا كان الجاني قد تسلم المال من المجني عليه لمجرد رؤيته فاستولى عليه، فإنه لا يسأل عن السرقة، لأن الجاني وفقا للنظرية التقليدية لم ينتزع المال من صاحبه ولم يأخذه، كما هو الحال حين يقوم البائع بتسليم المشتري المال لمن يرغب بشرائه كي يطلع عليه قبل الشراء، فيغتنم الفرصة ويهرب بالمال ففعله لا يعد سرقة، وإزاء هذه الثغرة إلتجأ أصحاب هذه النظرية إلى القول بفكرة التسليم الإضطراري الأمر الذي دفع القضاء الفرنسي إلى اعتبارها من قبيل الإختلاس الذي تقوم به جريمة السرقة والذي تم التأسيس له على هذه الفكرة الجديدة .

النظرية التقليدية الجديدة (التسليم الاضطراري) :

ومفادها إذا كان تسليم الشيء مما تقتضيه ضرورة التعامل و الأخذ و العطاء بين الناس علي أن يرد الشيء إلى صاحبه في الحال وإن امتنع المسلم عن رده فيسأل عن جريمة السرقة، وهذه النظرية لا تقوم علي أساس قانوني سليم، وما يعاب عليها أنها واسعة من ناحية و ضيقة من ناحية أخرى، مثل : صاحب مطعم يقدم الطعام لزبائنه، تقتضي الضرورة تقديم الطعام قبل دفع الحساب و خروج أحد الزبائن خفية، دون دفع الحساب يعتبر إختلاسا، ورغم ذلك الفقه و القضاء لم يعتبره إختلاسا، لأن المدلول تمثل في صدور نشاط مادي من الجاني كالأخذ أو السلب أو النقل أو الرفع أو النزاع، وهو ما لم يتحقق إذا كان الشيء بين يدي الجاني «الحائز»، وبعبارة أخرى فإن التسليم أيا كانت طبيعته ينفي الإختلاس⁽⁹⁾

النظرية الحديثة أو المنهج القانوني

و هو الذي قال به الأستاذ جارسون حيث إتجه إلى تفسير الإختلاس وفقا لمدلول قانوني معتمدا على أساس فكرة الحيازة في القانون المدني و التي تعرف علي انها : «وضع مادي يسيطر به الشخص السيطرة الفعلية علي شيء يجوز التعامل فيه » أو هي الحالة الواقعية التي تحول للشخص القدرة أو السلطة المادية علي الشيء، كما أن الإختلاس هو سلب الحيازة على الرعم من إرادة المالك أو الحائز الشرعي للشيء، وهي ثلاثة أنواع :
1- الحيازة الكاملة : وهي السيطرة الفعلية علي الشيء و مباشرة سلطات المالك عليه مع نية الاستئثار به و تقوم علي عنصرين :

أ) مادي : يشمل مجموعة الأفعال المادية التي يباشرها مالك لشيء

ب) معنوي : وهو نية الظهور علي الشيء بمظهر المالك⁽¹⁰⁾

(2) الحيابة الناقتة : تكون لمن يحوز الشيء بمقتضي سند قانوني، يحوله الجانب المادي في الحيابة فقط دون أن يكون له القصد في الامتلاك، مثل المستأجر أو المودع لديه .

(3) اليد العارضة : وهي الحالة التي يكون فيها الشيء موجودا بين يدي شخص دون أن تكون لديه حيابة كاملة أو ناقصة .

يري بعض الفقهاء أن المنهج القانوني الذي تزعمه جارسون ز المتمثل في نقل الحيابة المدنية إلى المجال الجنائي و إعتبار الإختلاس إعتداء على الحيابة تترتب عليه بعض النتائج غير العملية عند التطبيق، على أساس أن الإختلاس هو إعتداء على مصلحة محمية واحدة وهي الحيابة و الدليل على ذلك أن المشرع المصري و المشرع الجزائري قد إعتبر إختلاس الأشياء المحجوز عليها قضائيا أو إداريا ولو كان واقعا من مالكةا سرقة وهذا وفقا للمادة 364 قانون عقوبات جزائري، وعليه لا يمكن القول بأن المشرع توجه إلى حماية الحيابة لأن السارق في هذه الحالة هو الحائز لها و أن هذه الحيابة متوقفة على عارض وهو الحجز و وفقا لنظرية جارسون فإن السرقة لا تقع من مالك الشيء⁽¹¹⁾

يري الأستاذ سليمان بارش بأن هذا الرأي و الدفع غير سليم لكون أن الحيابة قد نزع من صاحبها الأصلي و أنها توقفت نتيجة الحكم القضائي أو الأمر الإداري وهو ما يجعل من حيابة مالك الشيء المحجوز عليه لصالح الجهة الأمرة بتوقيع الحجز و أنه يعتبر معتديا على الحيابة وفقا للمدلول الجنائي لها⁽¹²⁾

حل الاختلاس في جريمة السرقة :

يقصد به الشيء الذي يقع عليه الإختلاس طبقا لنص المادة 350 الفقرة 01 ق ع الجزائري، ولتوافر عنصر محل السرقة يجب توافر شروط في هذا الشيء وهي :

أن يكون محل الاختلاس شيئا جامدا: لا يقع الاختلاس إلا على الأشياء

أن يكون محل الإختلاس مال منقول: حيث يعتبر المنقول كل شيء أمكن نقله من مكان إلى آخر، والعبرة في تحديد المنقول هي مأل المال في يد السارق لا بوضعه القائم عليه، فالمنزل عقار بطبيعته لا تقع عليه جريمة السرقة بذاته ولكن يمكن أن تقع السرقة على أبوابه ونوافذه لأنه بعد انتزاعها منه تعتبر منقولا، وكذلك الأرض الزراعية فهي بطبيعتها عقار لا تقع عليها جريمة السرقة ولا على الأتربة المتصلة بها إلا بعد انتزاعها من الأرض فتعتبر منقولا، وقد يكون المال صلبا أو سائلا أو غازا، كما أن السرقة تقع على التيار الكهربائي لأنه قابل للتملك و الحيابة و النقل⁽¹³⁾.

كما يشمل المال وفقا للقانون المدني الأشياء القابلة للتملك الخاص والتي تكون لها قيمة ما لم تكن خارجة عن التعامل بحكم القانون وله حالتين هما: إذا كان فيه إخلال بالنظام العام مثل المخدرات مثلا أو كان مالا عاما وهو المال المملوك للدولة أو لأحد الأشخاص الاعتبارية، وقد اختلف الفقه حول هذه المسألة الأولى فيرى جانب بأن الأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون يمكن حمايتها بتطبيق قواعد جنائية أخرى غير تلك التي تحمي المال ويساءل الجاني عن علمه أو عدم علمه بطبيعة الشيء المختلس وهو الفيصل في الإدانة أو البراءة⁽¹⁴⁾، ويرى رأي آخر من الفقه بأن الأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون يمكن أن تقع عليها السرقة وذلك لسببين، كون أن دلالة المال في القانون الجنائي أوسع منه في المدني، فالأشياء التي تكون خارجة عن التعامل بحكم القانون لا تصلح أن تكون أموالا في القانون المدني إلا أنها تصلح لأن تكون محل إختلاس في القانون الجنائي ومثال ذلك الأسلحة في غير الأحوال المصرح بها قانونا تصلح أن تكون محل سرقة «سرقة مسدس غير مرخص من صاحبه⁽¹⁵⁾» أو بحكم الطبيعة وهو المال الذي لا يستطيع الإنسان الإستئثار بحيازته مثل المياه في البحر والهواء إلا إذا إتحدت هذه الأشياء فصلحت للإستئثار «جمع كمية من الماء في زجاجة» تصلح أن تتملك⁽¹⁶⁾.

يجب أن يكون المال أو الشيء المسروق مملوكا للغير : سواء كان هذا الشخص طبيعيا أو معنويا.

ملكية الأموال المفقودة : المال المفقود هو مال مملوك للغير كون خروجه ماديا من السيطرة، لحائزه لا يفقده ملكيته فتظل باقية رغم فقده، فيتوجب علي كل من يعثر علي مال مفقود أن يبلغ المصالح والسلطات المختصة، فإذا تعمد ذلك بغية تملك الشيء تكون الواقعة سرقة⁽¹⁷⁾، إلا أن هناك جانب من الفقه يرى بأن صاحب المال المفقود له الحق في إسترداده خلال مدة 03 سنوات من تاريخ وقوع السرقة أو الضياع⁽¹⁸⁾.

الكنوز والآثار : إذا عثر شخص علي كنز في أرض الغير يكون الكنز ملك لصاحب الأرض وإذا استولي عليه هذا الشخص يعد مرتكب لجريمة سرقة، أما الآثار فهي مملوكة للدولة سواء كانت مكتشفة أو مدفونة ويعد الاستيلاء عليها سرقة في جميع الأحوال⁽¹⁹⁾.

3/ الركن المعنوي (القصد الجنائي) : تعد السرقة من الجرائم العمدية، والتي لا بد أن تتوفر فيها القصد الخاص، حتي يكتمل الركن المعنوي لجريمة السرقة والمقصود به توافر نية تملك الشيء المختلس لدي الجاني، وحرمان مالكة نهائيا منه، وعليه إذا توافر القصد الجنائي العام والخاص نكون بصدد تحقيق الركن المعنوي لجريمة السرقة،

حيث لا يهيم الدافع والباعث لارتكاب هذه الجريمة .

ومهما تشعبت بعض الأفكار الفقهية فيما يخص القصد الجنائي فإن هذا الركن نستشفه من كون أن الجريمة عمدية، فلا تقع إن أخذ الفرد شيئاً مملوكاً للغير على سبيل الخطأ ولكن عليه إثبات ذلك، كأن يقوم الفرد بأخذ مال الغير معتقداً أنه ماله الخاص، ولكن ذلك من الناحية العملية شيء نادر، وثار تساؤل ما إذا كان الفرد أخذ هذا الشيء ليس بنية وقصد خاص من أجل تملك الشيء المملوك للغير، وقيل أنه إن أخذه للإنتفاع و للاطلاع عليه ثم يقصد رده فلا سرقة في ذلك، من الناحية العملية لا يمكن تطبيق قول بعض الفقهاء الذي مفاده أن الفرد إذا أخذ شيئاً مملوكاً للغير بقصد الإنتفاع وليس بقصد التملك، ثم بعد ذلك عدل عن رأيه فانتهدت فيما بعد نيته الي تملكه فإنه لا يعد سارقاً .

وهكذا فالالاتجاه الأصوب أنه بمجرد قيام الفعل المادي لفعل السرقة، فقضاة الموضوع يتجهون باقتناعهم إلى نية الاحتفاظ بالشيء المسروق من طرف السارق، ولعل دور الدفاع يكون في حرج وصعوبة إثبات أن النية الاجرامية للمتهم لم تتجه إلى نية تملكه للشيء المسروق⁽²⁰⁾ .

المبحث الثاني : حالات أو ظروف جريمة السرقة بوصفها جنائية أو جنحة و العقوبات المقررة لها .

يختلف الجزاء المقرر للسرقة بالنظر إلى طبيعتها، والتي يتم التفريق فيها على أساس أنها جنائية أو جنحة أو كما يتم وصفه كذلك بكونها سرقة بسيطة VOL SIMPELE أو سرقة موصوفة VOL QUALIFIE وهذا تبعاً لإرتكابها في ظروف معينة حددها المشرع على سبيل الحصر (21)

المطلب الأول : حالات أو ظروف جريمة السرقة بوصفها جنائية :

توصف جريمة السرقة بأنها جنائية متى توافرت مجموعة من الظروف أو تزامنت مع وقت إرتكابها فقد يكون حمل السلاح، وقد يكون زمن إستثنائي وهي حالة الحريق، الثورة، الفتنة، التمرد، وفي حالة تعدد الجناة أو ظرف الليل أو حتى الوسائل التي أستخدمت في السرقة .

فتكون السرقة جنائية في العديد من الحالات نذكرها على النحو التالي :

الحالة الأولى : السرقة جنائية بتوافر ظرف حمل السلاح :

تنص المادة 351 قانون عقوبات على ما يلي : يعاقب مرتكبو السرقة بالسجن المؤبد

إذا كانوا يحملون أو يحمل أحد منهم أسلحة ظاهرة أو مخبأة حتى ولو وقعت السرقة من شخص واحد ولم يتوافر أي ظرف مشدد آخر.

وتطبق العقوبة ذاتها إذا كان الجناة يضعون السلاح أو يضعه احدهم في المركبة التي إستقلوها إلى مكان الجريمة أو إستعملوها في تأمين فرارهم“.

يدخل ضمن مفهوم كلمة أسلحة كافة الآلات والأدوات والأجهزة القاطعة والنافذة والسكاكين ومقصات الجيب والعصي العادية أو أية أشياء أخرى هي من قبيل الأسلحة إذا استعملت للقتل والجرح أو الضرب⁽²²⁾، كما أن المادة لم توضح نوع هذه الأسلحة مما يمنح السلطة التقديرية لقضاة الموضوع لتقدير هذا الظرف و لتحديد مدى صلاحية الوسيلة المحمولة لإعتبارها سلاحا دون الخروج عن المرسوم رقم 63/851 المؤرخ في 16/03/1963 المتضمن قمع الجرائم المرتكبة ضد التشريع المتعلق بإكتساب وحيازة وصنع الأسلحة و الذخائر و المتفجرات الذي صنفها على تسعة أصناف⁽²³⁾، كما أن الأسلحة بطبيعتها هي المعدة أصلا للفتك بالنفس كالأسلحة الحربية التي يعاقب عليها القانون لحيازتها وحملها بدون رخصة، كما هي معرفة في الأمر رقم 97-06 المؤرخ في 21/01/1997 والمرسوم التنفيذي المطبق له رقم 96-98 المؤرخ في 18/03/1998، وتشمل هذه الفئة: كل سلاح يمكنه قذف معيرة مثل: أسلحة الرماية و المسدسات و الرشاشات .

- أسلحة بالاستعمال وهي التي جاء ذكرها في نص المادة 93 الفقرة 03 علي سبيل المثال متي استعملت لأغراض غير بريئة وهي: الفتك بالأنفس، بحيث أن هناك بعض الآلات الحادة التي تستعمل في الحياة العادية وتصلح كوسيلة للاعتداء كالسكاكين والمقصات العادية و هذه الآلات يطبق بشأنها قاعدة عامة: أن هذه الأدوات لا يمكن اعتبارها سلاحا إلا إذا استعملت بالفعل وعليه فان مجرد وجود هذا النوع من الاسلحة في حوزة الجناة لا يمكن اعتباره ظرفا مشددا إلا إذا استعملت بالفعل أو هدد الجناة باستعمالها.

يتحقق هذا الظرف في حالة حمل أسلحة بطبيعتها سواء تم إستعمال السلاح من قبل الجاني أو جناة، أو كان حمله لغرض السرقة او كان بصفة عرضية، وقد ذهب المشرع إلي أبعد من ذلك، حين عاقب بالإعدام في حمل السلاح علي لعبة بلاستيكية لها شكل ولون السلاح إستعملها الجاني وهذا وفقا للقرار الصادر بتاريخ 01/03/1983 في الملف رقم 27682⁽²⁴⁾.

ويرجع الفقه العلة في تغليظ العقوبة إلى مجرد حمل السلاح أنه من شأنه أن يشد أزر الجاني ويبعث فيه القوة ويلقي الرعب في نفسية المجني عليه حين يرى السلاح وبالتالي يسهل عملية السرقة، فالعقوبة هي: السجن المؤبد سواء استعمل أو لم يستعمل أسلحة بطبيعتها.

الحالة الثانية: السرقة جنائية عند وقوعها في زمان معين :

نص المشرع الجزائري على هذه الحالة في حال أرتكبت السرقة أثناء حريق أو بعد انفجار أو إنهار أو زلزال أو فيضان أو غرق أو تمرد أو فتنة أو أي اضطراب آخر.

الحالة الثالثة: السرقة جنائية عند وقوعها على شيء معين :

إعتبر المشرع الجزائري أن السرقات التي تقع على الأشياء المعدة لتأمين سلامة أية وسيلة من وسائل النقل العمومي أو الخصوصي جنائية .

ما يلاحظ على هذه الفقرة أن المشرع إتجه إلى سرقة الأشياء المعدة لتأمين سلامة وسائل النقل «عمومي، خاص» لكن دون تحديد لها أو تعريف دقيق لها، فهل أن المشرع جعل هذه الأشياء من قبيل علبة الصيدلية مثلا، أو جهاز إطفاء الحريق أم أنها الأشياء الميكانيكية التي تكون في وسيلة النقل كقارورة زين الفرامل أو مكونات المحرك كالمنبه وما شابه ذلك، فهناك فرق من حيث الأشياء المعدة لسلامة الأشخاص على متن مركبات النقل العمومي أو الخاص وبين الأشياء التي تدخل في سلامة المركبة في حد ذاتها.

الحالة الرابعة : جريمة السرقة جنائية في حال إتحاد طرفين من ظروف التشديد :

تضمنت المادة 353 من قانون العقوبات وصف الجنائية لجريمة السرقة إذا ما أتحد فيها طرفين على الأقل وهي على النحو التالي :

1/ إرتكاب السرقة مع استعمال العنف و التهديد، 2/ إرتكاب السرقة ليلا، 3/ إرتكاب السرقة بواسطة شخصين أو أكثر، 4/ إرتكاب السرقة بواسطة التسلق أو الكسر من الخارج أو من الداخل، أو عن طريق مداخل تحت الأرض أو بإستعمال مفاتيح مصطنعة أو بكسر الأختام أو في المنازل أو المساكن أو الغرف أو الدور سواء كانت مسكونة أو مستعملة للسكنى أو في توابعها، 05/ إستعمال مركبة ذات محرك بغرض تسهيل فعلهم أو تيسير هروبهم، 06/ إذا كان الفاعل خادما أو مستخدما بأجر حتى ولو وقعت السرقة ضد من لا يستخدومونه لكنها وقعت سواء في منزل مخدومه أو في المنزل الذي كان يصحبه فيه، 07 إذا كان السارق عاملا أو عاملا تحت التدريب في منزل مخدومه أو مصنعه أو مخزنه أو إذا كان يعمل عادة في المسكن الذي أرتكبت فيه السرقة .

فكلما تم فعل السرقة بإتحداد طرفين من الظروف السبعة المذكورة أعلاه كنا أمام جناية سرقة، كما أن المشرع تدخل و عرف بعض الظروف التي تصاحب إرتكاب الفعل المجرم، وهذا بموجب مواد متفرقة ولا حقة للحالات المذكورة .

نجد أن المشرع عرف ظرف السرقة بالكسر بحسب نص المادة 356 من قانون العقوبات و التي أقر بأنها فتح أي جهاز من أجهزة الإقفال بالقوة والشروع في ذلك بكسره أو إتلافه أو بأي طريقة أخرى، يسمح للشخص بالدخول إلى مكان مغلق أو بالاستيلاء علي أي شيء يوجد في مكان مقفول⁽²⁵⁾، كما عرف ظرف التسلق والتسور بموجب المادة 358 و ظرف إستعمال المفاتيح المصطنعة بموجب المادة 358 من نفس القانون حيث جاء في نص هذه المادة لتبيان المفاتيح التي تكون أساسا لتشديد العقوبة و التي توصف بأنها :«مفاتيح مصطنعة كافة الكلايب و العقف و المفاتيح الصالحة لفتح جميع الأقفال و المفاتيح المقلدة أو المزورة أو المزيفة، أو التي يعدها المالك أو المستأجر أو صاحب الفندق أو صاحب المسكن لفتح الأقفال الثابتة أو الأقفال الغير ثابتة أو أجهزة للإغلاق و التي استعمالها الجاني لفتحها بها، ويعتبر مفتاحا مصطنعا المفتاح الحقيقي الذي إحتجزه الجاني دون وجه حق، كما عرف المشرع المكان المسكون أو المعد للسكن⁽²⁶⁾ .

ومن بين الظروف كذلك قد تتم السرقة بواسطة مركبة ذات محرك و يكون إحضارها إما لتسهيل الفعل وإما لتسيير الهروب أو أن فعل السرقة قد يقع من الخدم أو المستخدمين و الصناع و الهدف من التشديد علي هؤلاء أنهم محل ثقة من طرف المستخدم حيث أنهم يستلموا بحكم أعمالهم أموالا و منقولات يسهل لهم سرقتها إذا ما تخلوا عن واجب الأمانة فالخدم بالأجرة هم الأشخاص القائمون بخدمة شخص المخدم أو قضاء حاجته مقابل أجرة يحصل عليها منه مثل: الطباخ، السائق، المربي، بمعنى أن عمل هؤلاء يكون بصفة دائمة و منتظمة .

المطلب الثاني : العقوبات المقررة لجريمة السرقة بوصفها جناية

1/ عقوبة السجن المؤبد :

يعاقب مرتكبو السرقة بعقوبة المؤبد متى صاحب القيام بالفعل وقائع إعتبرها المشرع تنم عن الخطورة الإجرامية الكبيرة، وبالتالي فمتى إرتكبت السرقة في الحالات التي سبق ذكرها أعلاه لا سيما ما نصت عليه المادة 351 من قانون العقوبات وهي جناية السرقة مع حمل السلاح أو جناية السرقة إثر حدوث حريق أو بعد انفجار أو انهيار أو زلزال أو فيضان أو غرق أو فتنه أو أي اضطراب آخر .

2/ عقوبة السجن المؤقت :

يعاقب بالسجن المؤقت من 10 سنوات إلى 20 سنة وبغرامة من مليون إلى 02 مليون دينار كل من ارتكب السرقة بإتحد ظرفين من الظروف المحددة بالمادة 353 من قانون العقوبات .

3/ الحالات التي تعفي من العقاب: وهي حالات خاصة.

تختلف التشريعات الحديثة فيما يتعلق بالسرقات التي تحدث بين الأقارب فبعضها يقرر الإعفاء من العقاب مهما كانت درجة القرابة بين السارق و الضحية، وبعضها يعلق تحريك الدعوى العمومية علي شكوى الشخص المضور، والبعض الآخر يتبع أحد الأسلوبين بالنظر إلي النوع و درجة القرابة بين الجاني والمجني عليه قرابة مباشرة أو الحواشي أو الأصهار .

قرابة مباشرة: يكون أحد الشخصين فرعا أو أصلا للآخر.

قرابة الحواشي: الذي يجمعهم أصل واحد ولم يعتبر الواحد أصلا أو فرعا للآخر (العم وأبناء العم).

الأصهار : الذين تجمعهم القرابة عن طريق المصاهرة (الزوج و الزوجة وأصلهما) حيث نصت المادة 369 ق ع : « لا يجوز اتخاذ الإجراءات الجزائية بالنسبة للسرقات التي تقع بين الأقارب و الحواشي والأصهار لغاية الدرجة الرابعة إلا بناء علي شكوى الشخص المضور والتنازل عن الشكوى يضع حدا لهذه الإجراءات .

حالات الإعفاء من العقوبة :

نصت المادة 368 ق ع: لا يعاقب علي السرقات التي ترتكب من الأشخاص المبيين فيما بعد، و لا تخول إلا الحق في التعويض المدني .

- الأصول إضراراً بأولادهم وغيرهم من الفروع .

- الفروع إضراراً بأصولهم

- أحد الزوجين إضراراً بالزوج الآخر

يعتبر الإعفاء من النظام العام بحيث يتعين علي القاضي إثارته من تلقاء نفسه إذا لم يثره الأطراف ففي هذه الحالة يحكم بالإعفاء من العقاب وليس بالبراءة كون النص جاء بصيغة « لا يعاقب » وليس « لا جريمة »

- خلافا للمشرع الفرنسي الذي يقضي بأنه يحكم بعدم قبول الدعوى الجزائية وليس بالإعفاء من العقوبة كونه استعمل مصطلح « لا يتابع » ويبقي أمام المجني عليه

الطريق المدني قصد المطالبة بالتعويضات المدنية، وأهم ما يلاحظ علي نص هذه المادة حالة السرقة التي تتم بين الأزواج فإذا أخذنا بعين الاعتبار نظام الفصل بين الذمة المالية للزوجين المعمول به في التشريع الجزائري، كان علي المشرع الجزائري أن يراعي هذه الخصوصية وذلك بأن يعلق المتابعة علي شكوى الزوج المضرور حفاظا علي مصلحة الأسرة، بدلا من إقراره بالإعفاء من العقوبة.

ختاما يبقى التنويه والإشادة بأن المشرع الجزائري وإن اعتبر جريمة السرقة في أصلها جنحة إلا أنه وفق عند إعتباره لأفعال وملايسات قد تقترن بالجريمة علي أنها جنائية وهو ما يضمن عدم إنتهاك وإستباحة أموال الناس بأي طريق كان .

الهوامش :

1. عبد الخالق النواوي، جرائم السرقة في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي، منشورات المكتبة العصرية، صيدا - بيروت، بدون تاريخ طبع، ص 10.
2. أبو بكر مسعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية 1986، الجزء 07، ص 83.
3. أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار ابن حزم، طبعة 1999، الجزء 01، ص 385.
4. عبد الخالق النواوي، المرجع السابق، ص 68.
5. القرآن الكريم، سورة المائدة الآية 38
6. قانون العقوبات الجزائري المادة 350
7. سليمان بارش، محاضرات في شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، دار البعث، الطبعة الأولى 1985، ص 76.
8. R.Charles "Introduction à létude du vol en droit belge et en droit français ,1961 ,Beuxelles n 16 et 19.
9. سليمان بارش، المرجع السابق، ص 78.
10. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، جرائم ضد الأشخاص جرائم ضد الأموال، دار هومة الجزائر، الجزء 1 طبعة 2003، ص
11. مراد رشدي، النظرية العامة للإختلاس، الطبعة الأولى، مكتبة نهضة الشرق، طبعة 1976، القاهرة، ص 54.
12. سليمان بارش، المرجع السابق، ص 79.
13. عبد الخالق النواوي، المرجع السابق، ص 35
14. مراد رشدي، المرجع السابق، ص 33 .
15. عبد الخالق النواوي، المرجع السابق، ص 36
16. سليمان بارش، المرجع السابق، ص 83.
17. عبد الله سليمان، دروس في شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة 1990، ص 219.
18. عبد الخالق النواوي، المرجع السابق، ص 36
19. عبد الخالق النواوي، نفس المرجع، ص 37.
20. بن وارث محمد، مذكرات في القانون الجزائري (القسم الخاص) دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر 2009، صفحة

21. سليمان بارش، المرجع السابق، ص 95.
22. نص المادة 93 من قانون العقوبات الفقرة 02
23. سليمان بارش، المرجع السابق، ص 97.
24. عبد الله سليمان، المرجع السابق، ص 226-227.
25. أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص
26. أنظر المادة 355 قانون عقوبات جزائري.

الانتهاكات الجسيمة لحقوق الطفلة في القانون الدولي

أ/ بوصوار ميسوم

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدينة

ملخص

إن الحديث عن الحماية القانونية للطفلة، و الإنتهاكات الجسيمة التي مست ولا تزال تمس حقوقها، و التجاهل المفرغ الذي تتعرض له لدلالة قاطعة على تجاهل و نبذها من المجتمع الذي تعيش فيه، و تعد من العوائق التي تنخر الأسرة المجتمع معا في الأساس و تهدم نظامها القيمي.

فالقهر و الإستبداد و العنف الذي تتعرض له الطفلة داخل أسرتها أو في المجتمع الذي تعيش فيه هي مظاهر كان لا بد أن تزول منذ عدة عقود، لكن الواقع المرير أثبت أن الطفلة لا تزال تعاني من عدة مشكلات، لا تستطيع هي الدفاع عن حقوقها نظرا لصغر سنها، و تعنت الأسرة و المجتمع معا للدوس و هضم حقوقها عنوة.

Résumé

En évoquant la protection juridique de la fille , et les violations de ses droits et la négligence(indulgence) de la communauté, est une preuve concluante du constat faite ci-dessus, ce qui a des effets néfastes sur la famille et la société en même temps , en détruisant les valeurs fondamentales de la société.

La fille est exposée à la violence, à l'oppression au sein de sa famille ou bien dans la société ou elle vit, ainsi ces phénomènes devraient disparaître et puis des décennies,mais, la réalité amère, prouve que la fille souffre encore de ces problèmes, la fille est mineure vue qu'elle se trouve incapable de défendre ses droits, et d'un autre côté l'intransigeance de la famille et la société ensemble à violer ses droit par la force.

الكلمات المفتاحية: الطفلة، الفتيات، الوسط العائلي، إساءة المعاملة، الإتجار الجنسي.

مقدمة:

تعاني الطفلة من ظلم كبير و قساوة منقطعة النظر في عديد دول العالم، و خاصة السائرة في طريق النمو، و تعتبر الحلقة الأضعف على الإطلاق مقارنة بأقرانها من فئة الأطفال الذكور، و إصرار منا لا بد من إعادة الإعتبار لهذه الفئة الهشة، بدءا من تحسين

واقعتها المعيشي في أسرتها، وإحترامها و تقديرها في المحيط الخارجي الذي تعيش فيه. ورغم الحماية الدولية و التشريعات الداخلية التي أقرت حماية خاصة لها، إلا أن الواقع يكشف لنا إنتهاكات جسيمة تقع و تهضم حقوقها كل يوم، و بصفة مستمرة و ممنهجة. فحاولت أن أعالج بعض المشكلات التي تعاني منها الطفلة، و ما هذا البحث الوجيه و المتواضع من شأنه أن يساعد أهل الاختصاص كل في مجاله لدراسة الموضوع أكثر عمقا و أوضح دلالة لمحاولة محاصرة المشكلة و القضاء عليها نهائيا أو على الأقل التخفيف من حدتها.

المبحث الأول: ماهية الطفل

الطفل هو ذلك الشخص الذي لم تكتمل ملكة إدراكه، لقصور عقله عن التمييز بين حقائق الأشياء، و لا يرجع الأمر لعلة إصابة عقله، و إنما لعدم إكتمال و نضج قدراته الذهنية و البدنية، و لما كانت رعايته واجبة و حق مقدس، تغيرت نظرة المجتمع الدولي لهذا الصغير و أحاطته بتدابير حماية خاصة.

لذا سوف نتطرق في هذا المبحث لمحاولة تعريف الطفل في الجانب اللغوي و علم النفس الاجتماعي، و التعريف القانوني له في التشريعات الداخلية و إتفاقية حقوق الطفل لعام 1989.

المطلب الأول: تعريف الطفل في اللغة و في علم النفس الاجتماعي

نحاول تعريف دلالة كلمة طفل في اللغة ثم نتطرق لتعريف علماء النفس الاجتماعي للمدلول كلمة طفل.

الفرع الأول: المدلول اللغوي للطفل

يعرف الطفل لغة أنه «ذلك الشخص غير البالغ و كلمة طفل بكسر الطاء مع تشديدها تعني الصغير من كل شيء»، و الطفل جمع أطفال مؤنثه طفلة (1) (2).

الفرع الثاني: تعريف الطفل في علم النفس الاجتماعي

يعرفه علم النفس الاجتماعي بأنه «ذلك المخلوق الذي يتعلم منذ الرضاعة كيف يبدأ التعرف على الناس و على صفاتهم، و إكتساب المعرفة بالكثير من الأدوار التي يتخذها الناس»، و تلك المعرفة للطفل يعتبرها علماء النفس الاجتماعي هامة سواء من حيث تأثيرها المباشر على الأفعال اللاحقة أو كمصدر لنماذج السلوك (3).

المطلب الثاني: تعريف الطفل في بعض التشريعات الداخلية و القانون الدولي
و نتطرق لتعريف المشرع المصري و الجزائري للطفل و تعريف المشرع الدولي من خلال المادة الأولى لإتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 .

الفرع الأول: تعريف الطفل في التشريع المصري

عرفه المشرع المصري في المادة الثانية من قانون الطفل الصادر عام 1996 بنصه «يقصد بالطفل في مجال الرعاية المنصوص عليها في هذا القانون كل من لم يتجاوز سنه الثامنة عشر ميلادية كاملة، و تثبت السن بموجب شهادة الميلاد، أو بطاقة الرقم القومي، أو أي مستند رسمي آخر، فإذا لم يوجد المستند الرسمي أصلا، قدر السن بمعرفة إحدى الجهات التي يصدر بتحديددها قرار من وزير العدل بالإتفاق مع وزير الصحة»⁽⁴⁾.

و عرفه المشرع الجزائري في المادة الثانية من قانون حماية الطفل الصادر بتاريخ 19 جويلية 2015 بنصه :

«الطفل كل شخص لم يبلغ الثامنة عشر سنة كاملة»⁽⁵⁾.

الفرع الثاني: تعريف الطفل في القانون الدولي

عرفت إتفاقية حقوق الطفل الصادرة في 20/11/1989 الطفل في المادة الأولى بنصها «لأغراض هذه الإتفاقية يعني الطفل كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشر، ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه»⁽⁶⁾.

و حسب المادة المذكور أنفا من الإتفاقية لم تجزم بإعطاء تعريف موحد للطفل و تركت مجالا فسيحا للدول الأطراف لتحديد سن الطفل لتمييزه عن البالغين.
و لم يعرف الطفل بصورة موحدة بسبب الإختلافات العميقة في التقاليد و الثقافات و الحضارات بين الدول⁽⁷⁾.

المبحث الثاني: إنتهاكات الحقوق الاجتماعية للطفلة

و يظهر جليا أن هذه الإنتهاكات تتمثل أساسا في منعها من حقها في التعلم و الإضرار بصحتها بممارسة بعض التقاليد الضارة.

المطلب الأول: حقها في التعليم

يعتبر التعليم الغذاء الروحي للطفلة، و سندها القوي للدفع بها قدما نحو المعرفة و الانفتاح على الغير، بل يعد مفتاح في يدها تلج من خلاله على أفق مستقبلية زاهرة، و يمكن من خلاله أن تدفع بمجتمعها نحو الأزدهار و الرقي، فبغير تعليم فلا تقدم و لا تنمية .

و يشكل تعليم الفتيات تحديا للدول خاصة تلك الفقيرة أو السائدة في طريق النمو، فأهم عائق يعترض سبيل الطفلة لتعليمها هو التمييز بينها و بين الجنس الآخر من الذكور .

و تزداد حدت الظاهرة خاصة في المجتمعات الريفية و المناطق النائية حيث يفرض التمييز نفسه، و إذا كانت الطفلة محظوظة و إلتحقت بمقاعد الدراسة فتكتفي غالبا بالمستوى الابتدائي، و قلما تكمل دراستها بالمستوى الأعلى، نظرا لطبيعة البيئة العائلية المغلقة التي تفضل جنس الذكر عليها بإعتبار أن مآلها إلى بيت الزوجية في النهاية، فلا تتكبد مصاريف زائدة لتدريسها و توفير وسيلة نقلها.

و حسب مسح قامت به منظمة اليونيسيف حول ظاهرة التمييز على أساس الجنس في مجال التعليم الثانوي، بيّنت أن (22) دولة فقط تسير على المسار الصحيح لتحقيق التكافؤ بين الجنسين، بينما كانت (25) دولة بعيدة عن تحقيق هذا الهدف، و ظهر التفاوت جليا خاصة في دول جنوب آسيا و إفريقيا جنوب الصحراء، و الشرق الأوسط و شمال إفريقيا⁽⁸⁾.

و لا تقل مشكلة الفقر التي تعاني منها الطفلة خطورة، عن مظهر التمييز، فالعائلة الفقيرة و نظرا للمتطلبات المتزايدة للحاجيات اليومية و الإرتفاع الفاحش في أسعار السلع الذي تعاني منه الأسر، خاصة في دول العالم الثالث، يدفع بها قدما للتصحية بالطفلة و إجبارها على المكوث بالبيت طوعا أو كرها، فيضيع حقها في التعليم، لتدخل باب الأمية من أوسع أبوابه، فالطفلة تعاني خطرا مزدوجا أحدهما بسبب الفقر و الآخر بسبب التمييز .

و حسب إحصائيات أخرى قامت بها منظمة اليونيسيف تبين أن (115) مليون فتاة لم تلتحق بالمدرسة⁽⁹⁾، و هو رقم مرعب يبين مأساة ما تعاني منه الطفلة من ظلم و جور و هضم لحقوقها و الدوس على كرامتها، في حرمانها من حق أصيل مخول لها بقوة القانون بموجب كل المواثيق و الإعلانات الدولية .

و رغم الجهود المبذولة من قبل الأمم المتحدة في مجال تعليم الفتيات إلا أن الجهود تبقى محدودة لحد ما، في ظل الانغلاق و العادات البالية، و تشبع أهل الطفلة بمعتقدات لا نستطيع الوصول إلى تفسيرها إلا بالقيام بعملية تحسيسية طويلة و شاقّة، قد يكون الفشل مصيرها في النهاية .

و جاءت إتفاقية حقوق الطفل لعام (1989) لتؤكد حق الطفلة في تعليمها، و هذا ما نصت عليه المواد من (28 إلى 30)، حين أوجبت على الدول الأطراف في الإتفاقية أن يكون التعليم الابتدائي إلزاميا و متاحا للجميع، و تشجيع و تطوير مختلف أشكال

التعليم الأخرى(10)، و إرتقت به بعض الدول لتجعل هذا الحق في مصاف الحقوق الدستورية لا يجوز المساس بها أو التملص من تطبيقها، وإتاحته للجميع مهما كان مركز الطفل في مجتمعه، وهذا ما نص عليه الدستور الجزائري في المادة (53) منه(11)، و أكد عليه في المادة الثانية من قانون حماية الطفل، عندما عرف الطفل و نص على الحالات التي يكون فيها الطفل في خطر و منها المساس بحقه في التعليم(12).

و من بين المنظمات الدولية التي تسعى لتحسين مستوى التعليم في العالم، نجد منظمة اليونسيف التي أطلقت مبادرة تحت شعار «مبادرة الأمم المتحدة لتعليم الفتيات» .

تهدف من خلالها لتمكين الفتيات من الإلتحاق بمقاعد الدراسة، و بذل جهود إضافية لتمكينهن لاستكمال تعليمهن، و تضم هذه المبادرة جميع الجهات المعنية و الأطراف الفاعلة من كافة المستويات من حكومات ووكالات الأمم المتحدة و المانحين و المؤسسات التنموية، و المنظمات غير الحكومية، و منظمات المجتمع المدني و القطاع الخاص و الجماعات الدينية، و الآباء و الأمهات و المعلمين و المنظمات الطلابية(13).

و أطلق البنك الدولي عام (2002) مبادرة تحت شعار «مبادرة الدرب السريع» و تعتبر شراكة بين الدول المانحة و الدول الأخذة في النمو، لتحقيق الهدف الإنمائي المتمثل في تعميم التعليم على المستوى العالي، و الوصول إلى المساواة بين الإناث و الذكور في مجال التعليم بحلول عام (2015)، و ذلك عن طريق زيادة المساعدات الإنمائية الرسمية(14). و رغم المساعي الحميدة من قبل هذه الجهات إلا أن وضع الطفلة في مجال التعليم لم يتغير و بقي التسرب المدرسي سيد الموقف .

المطلب الثاني: منع الممارسات الضارة بصحتها

تمارس بعض العادات و الطقوس على جسد الطفلة النحيف، مما يؤثر و يضر بصحتها لاحقاً، و نقصد به ظاهرة ختان الأثني التي لا تزال في تمارس في بعض الدول العربية و الإفريقية، حيث ذكرت منظمة الصحة العالمية أن هناك حوالي مليوني طفلة يتعرضن للختان سنوياً(15)، و ساعد على إنتشار هذه الظاهرة إرتفاع نسبة الأمية في الوسط الذي تعيش فيه الطفلة، بالإضافة إلى إنعدام التواصل في الأمور المتعلقة بالثقيف الجنسي، و تجرى هذه العملية للفتيات ما بين (3-12) سنة، و غالباً ما تجرى على يد حلاق أو أشخاص غير مؤهلين، و دون استخدام مخدر أو دواء بعد العملية، و قلما تجرى في عيادة طبية متخصصة(16)

و للختان مضاعفات صحية و نفسية، فبمجرد القيام بعملية الختان ينجم عنه ألم شديد، و تصاب الطفلة بنوبة نفسية حادة، تفقد الثقة بنفسها و بالآخرين، و قد يؤدي

بها الأمر إلى إظهار نوايا عدوانية إتجاه المحيطين بها، وينجر عنه مضاعفات، كالنزيف الحاد نتيجة للقطع، أو إصابتها بأمراض وبائية مزمنة عبر الدم نتيجة عدم تعقيم الوسائل المستعملة، كالتهاب الكبد البوابي و مرض فقدان المناعة (السيدا) وغيرها من الأمراض الأخرى المتقلة عبر الدم (17).

وكما ينتج عن عملية الختان مضاعفات على المدى البعيد، مثل ترك ندبات على عضوها التناسلي والأورام المؤلمة من جراء بتر أجزاء من جسدها، كما تعاني من عدة إلتهابات مثل إلتهااب الحالب و المثانة و مضاعفات جنسية بعد زواجها نتيجة لقطع الأعضاء المسؤولة عن ذلك، و عرض كثير من السيدات للبرودة الجنسية و لعدم الإشباع الجنسي (18)

و في هذا الصدد جاءت عدة إعلانات دولية تنهى عن الممارسات التقليدية و الضارة بصحة الطفلة، و هو ما أشارت إليه اللجنة الفرعية لتعزيز حقوق الإنسان في قرارها رقم (16/1998) المؤرخ في (21/8/1998) حين أكدت أن عمليات تشويه الأعضاء التناسلية للإناث هي من الممارسات التقليدية التي تؤثر بعمق في الصحة البدنية و العقلية لضحاياها من الطفلات و النساء (19).

فختان الإناث و رغم أنه عادة قديمة متوارثة منذ أجيال، إلا أن ممارسة هذه العادة يؤثر سلبا على صحة و نفسية الطفلة، فكان لابد من تطبيق نصوص قانونية داخلية صارمة في كل بلد تمارس فيه هذه العادة البالية، و تجنيد المجتمع المدني من أجل القيام بعمليات تحسيسية من مخاطر عملية ختان الأثنى الذي يعتبر تعذيب يقع على جسدها، هي في غنى عنه إلا لضرورة صحية يؤكدها أهل الاختصاص .

المبحث الثالث: حمايتها في الوسط الأسري.

كثيرا ما تتعرض الطفلة لظلم داخل أسرتها فيفرضون عليها الزواج المبكر عنوة، أو تتعرض لقسوة و عنف من أحد أفراد أسرتها، لذا نتناول في المطلب الأول تجريم الزواج المبكر و في المطلب الثاني حمايتها من العنف الأسري .

المطلب الأول: تجريم الزواج المبكر.

تعاني كثيرا من الفتيات القاصرات في العالم من الزواج المبكر، خاصة في المجتمعات الريفية، لخوف تلك المجتمعات من جلب الفتاة العار لأهلها، فيتم إضعاف شخصيتها بتزويجها مبكرا، أو لغلاء المعيشة و عدم تكبّد الأسر مصاريف إضافية فتقوم بالتخلص منها عن طريق الزج بها إلى أسرة أخرى طلبت يدها، و ينتج عن هذا الزواج المبكر آثار نفسية و صحية على الطفلة فعدم تأهيلها للولوج في عالم آخر مجهول بالنسبة لها نتيجة لصغر سنها و قلة خبرتها و تجربتها في الحياة، و حرمانها من حق أصيل لها هو التمتع

باللعب و اللهو بدل من تزويجها و توريطها في مشاكل أكبر من سنها، و هذا ما يتنافى مع العقل و المنطق .

فكيف لطفلة صغيرة إحتمال عمليات جنسية؟ و كيف يمكن علاجها من جراء الصدمة النفسية التي تتعرض لها؟.

إن الزواج المبكر يؤثر على الطفلة و يشكل لها صدمة نفسية تعاني منه طفلة حياتها، لأنها ببساطة فقدت حلقة من حياتها و هي حلقة تمتعها بطفولتها .

و للزواج المبكر أضرار صحية، بدءا من الحمل و ما يحفه من مخاطر كضغط الجنين و تسمم الحمل و قد تخضع الطفلة عند وضعها لحملها لعملية قيصرية نتيجة لضيق الحوض الذي لم يكتمل نموه بعد، أو قد يولد الجنين مشوها أو معاقا نتيجة عدم اكتماله⁽²⁰⁾.

و دخولها في معطلات قانونية في حالة الطلاق، فكيف يمكن لها إسترداد حقوقها؟ و هي لم تقم بتثبيت العقد العرفي نظرا لعدم بلوغها سن الزواج، و تقاعس أهلها عن القيام بهذه الإجراءات.

و إذا كان للطلاق آثار و نقصد بهم الأبناء ما هو مصيرهم في إثبات النسب و النفقة؟ فالزواج المبكر له إنعكاسات خطيرة ليس على صحة و نفسية الطفلة و إنما قد تمتد آثاره للأبناء الذين يعتبرون الضحية الثانية بعد أمهم .

و تزويج الفتاة في سن مبكر يعتبر ضربا من ضروب العنف ضدها، حيث نصت المادة (19) من اتفاقية حقوق الطفل لعام (1989) «تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير التشريعية و الإدارية و الاجتماعية و التعليمية الملائمة لحماية الطفل من كافة أشكال العنف أو الضرر أو الإساءة البدنية أو العقلية و الإهمال أو المعاملة المنطوية على إهمال، و إساءة المعاملة أو الإستغلال، بما في ذلك الإساءة الجنسية، و هو في رعاية الوالد (الوالدين) أو الوصي القانوني (الأوصياء القانونيين) عليه، أو أي شخص آخر يتعهد الطفل برعايته»⁽²¹⁾، فمن خلال نص المادة تتدخل الدولة المقيمة فيها الطفلة بوضع و ضبط تشريعات داخلية تحميها من الزواج المبكر، و فرض عقوبات صارمة على منتهكي حقوقها، و في هذا الصدد نص المشرع المصري في قانون العقوبات في المادة 228 «يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين أو بغرامة لا تزيد عن ثلاثمائة جنيه كل من أبدى أمام السلطة المختصة بقصد إثبات بلوغ احد الزوجين السن المحددة قانونا لضبط عقد الزواج أقوالا، يعلم أنها غير صحيحة أو حرر أو قدم لها أوراقا، كذلك من ضبط عقد الزواج على أساس هذه الأقوال أو الأوراق .

- و يعاقب بالحبس أو بغرامة لا تزيد على خمسمائة جنيه كل شخص خوله القانون سلطة ضبط عقد الزواج و هو يعلم أن أحد طرفيه لم يبلغ السن المحدد في القانون .» و يتضح من المادة أن المشرع المصري قد حظر على الطفل الزواج فلا يجوز لأيهما الزواج إلا بعد إنتهاء مرحلة الطفولة (2).

و ساير التشريع السويدي نص المادة (19) من اتفاقية حقوق الطفل لعام (1989) حيث حدد السن القانوني للزواج بثمانية عشر سنة كاملة، بغض النظر عن جنسية الطفل، و في حال تزوج الطفل خارج السويد، و هو مقيم بشكل دائم في دولة السويد، لا يعتبر الزواج شرعيا في نظر مشرعها .

و دعى إعلان الرباط الذي عقدته المنظمة الإسلامية للتربية و العلوم و الثقافة (إيسيسكو)، بالتعاون و التنسيق مع منظمة اليونسيف في مدينة الرباط بالمملكة المغربية خلال الفترة الممتدة ما بين (7-9) نوفمبر عام (2005)، في مجال حماية الطفل من العنف و الإستغلال و الإيذاء، أن تأخذ الدول المشاركة بعين الإعتبار إتخاذ الإجراءات الضرورية للقضاء على جميع أشكال التمييز ضد الفتيات و على الممارسات التقليدية أو العرفية الضارة مثل زواج الأطفال و الحفاظ (ختان الأثني) (3).

المطلب الثاني: حمايتها من العنف الأسري

تشكل الأسرة النواة الأولى و الطبيعية لتربية و تنشأة الطفلة، فهي المهد الأول الذي تترعرع فيه و تحس فيه بالأمان و الطمأنينة، إلا أن التصرفات العنيفة و اللامسؤولة من قبل أحد والديها، أو احد أفراد أسرتها يسبب لها ضررا جسديا و نفسيا عميقا، تظهر آثاره لاحقا .

و تشير الدراسة التي شملت (131) دولة على مستوى العالم، أن العنف قد تسبب في قتل (53) ألف طفل عام (2002)، و ما بين (133) و (275) مليون طفل تعرضوا لعنف أسري، و أكثر من (150) مليون فتاة و (73) مليون صبي عانوا من أشكال عنف جنسي خلال عام (2002) (4).

و تعتبر الإساءة الجسدية التي تتعرض لها الطفلة أكثر الأنواع شيوعا و إنتشارا، بإعتبارها أنها قابلة للملاحظة، و تتخذ أنماط عدة كالكدمات و الجروح و الحروق و الضرب المبرح، و حشو شيء في فمها لخنق صوتها (5)، و شد الشعر و غيرها من الأنماط الأخرى التي تحلف ندبات و آثار بارزة على جسدها نتيجة العنف المسلط عليها، و قد تكون العقوبة أشد قسوة كحرمانها بإمساك الطعام و الدواء عنها (6)، مما يعرض جسدها لسوء التغذية و صحتها للخطر .

و قد تكون الإصابة التي تتعرض لها تصيب أعضائها الداخلية فتؤدي إلى تمزق الكبد و الطحال و تؤدي في حالات كثيرة للإعاقة العقلية الدائمة و فقدان البصر و الشلل الدماغي، و قد تصيب بطنها مما يجرمها مستقبلا من الإنجاب، و تشير الإحصائيات في بريطانيا أن نسبة من (2-3) بالمائة من الأطفال الذين أدخلوا إلى مستشفيات الأمراض العقلية كانوا قد تعرضوا للتلغ الدماغي بسبب الإعتداء عليهم من قبل الأهل⁽²⁷⁾.

و تشير الإحصائيات أيضا إلى تزايد الإيذاء الجسدي و إساءة معاملة الأطفال، ففي الولايات المتحدة الأمريكية ارتفع العدد من (1.4) مليون إلى أكثر من (2.8) مليون طفل ما بين سنتي (1986) و (1993)، و في عام (1997) بينت وكالات خدمات حماية الطفولة أنها أحصت أكثر من مليون طفل كانوا ضحية القسوة و سوء المعاملة، و هو ما يمثل (15) طفل لكل (1000) طفل⁽²⁸⁾، و من هنا يظهر أن الإساءة الأسرية تؤثر على صحة و نفسية الطفل بشكل عام و الطفلة بصفة خاصة بإعتبار أن نفسيته أضعف من نفسية الطفل الذكر، فقد يؤدي بها الفرار من المنزل في الكثير من الأحيان.

و نجد النوع الثاني من الإساءة الذين تعاني منه الطفلة داخل أسرتها هو الإساءة النفسية، فتسبب لها ضررا على الوظائف السلوكية و الوجدانية و الذهنية، كعدم قبولها ك فرد في العائلة أو أهانتها أو تخويفها و تهديدها أو الصراخ عليها أو تحسيسها بالبرودة العاطفية إتجاهها⁽²⁹⁾، أو التقليل من شأنها أمام إخوتها أو شتمها و نعتها بأقبح الألفاظ و الاستهزاء بها، و حتى قهرها و مهاجمة نموها العاطفي و ذلك بتفضيل إخوتها عليها، و كبح جماحها عند الدفاع عن حقوقها .

و تترك الإساءة النفسية آثار حادة على الطفلة و تسبب دمارا عنيفا و أضرارا بالغة لقدرة الطفلة، فهي تؤدي إلى حدوث اضطرابات نفسية و سلوكية خطيرة⁽³⁰⁾ . فيضعف تحصيلها التعليمي، و تفقد الثقة بنفسها و الآخرين، و تصبح عدوانية تهجم على كل من يقابلها، أو تنطوي على نفسها و لا تتواصل مع غيرها .

و مهما كانت الإساءة جسدية أو نفسية فإنها تترك آثار سلبية على صحة و نفسية الطفلة، فلا بد من تغيير السلوكيات السيئة داخل الأسرة، و تغيير قناعات الوالدين و تصحيح المفاهيم، بإعتبار أن التنشئة السليمة للطفلة له أثر مستقبلي على الأجيال القادمة، بإعتبارها أنها تصبح أما في المستقبل القريب، قد تنعكس طريقة تربيتها و معاملتها سلبا أو إيجابا على أبنائها .

و حث المؤتمر الإسلامي الثالث للوزراء المكلفين بالطفولة الذي عقد في مدينة طرابلس العاصمة الليبية في الفترة الممتدة (10-11) فيفري (2011)، بإلزام الوزراء

المشاركين بوضع التشريعات اللازمة و برامج التوعية الملائمة لمحاربة ظاهرة العنف في تربية الأطفال داخل البيت، و في فضاءات الرعاية التربوية و الصحية (31).

و أكد المشرع الجزائري عليها بتجريمه العنف المسلط ضد الطفل في المادة الثانية من قانون حماية الطفل الصادر في (19) جويلية (2015) بنصه :

- سوء معاملة الطفل، لاسيما بتعريضه للتعذيب و الإعتداء على سلامته البدنية أو إحتجازه أو منع الطعام عنه أو إتيان أي عمل ينطوي على القساوة من شأنه التأثير على توازن الطفل العاطفي أو النفسي .

المبحث الرابع: تجريم استغلال الطفلة .

و قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، تناولنا في المطلب الأول حماية الطفلة من البغاء، و في المطلب الثاني حظر عمل الطفلة كخادمة منازل .

المطلب الأول: حماية الطفلة من البغاء

و يقصد به إستخدام الطفلة لغرض أنشطة جنسية لقاء مكافأة أو أي شكل آخر من أشكال العرض و هذه الظاهرة متواجدة في مناطق العالم كله تقريبا، و إن إختلف حجم الظاهرة من بلد لآخر(32)، و قد أصبحت خلال السنوات المنصرمة من الأمور المستعصية التي تثير قلق المجتمع الدولي، إذ تشير الإحصائيات أن حجم الظاهرة في تصاعد و تمام، إذ تستخدم الطفلة كأداة للاستغلال الجنسي و الاقتصادي، إذ يتم بيع الأطفال و تهريبهم بشكل سري عبر الحدود من طرف عصابات منظمة تنشط في مجال بيع البشر و بغاء الأطفال إلى الأسواق الجنسية عن طريق إستخدام حيل كالإغراء، ليتم إستغلالهم في تجارة الجنس بأشكالها المختلفة(33).

فعلى سبيل المثال يسافر السياح اليابانيون الذين يقصدون الجنس إلى تايلاند، بينما يسافر الأمريكيون إلى المكسيك أو أمريكا الوسطى لنفس الغرض، و تعد أوكرانيا و رومانيا و مولدوفيا مصادر رئيسية للأطفال المتاجر بهم، فيتم جلب الإناث من أوروبا الشرقية إلى البوسنة و الهرسك أو كوسوفو أو ألبانيا على أن يتم بيعهن إلى عصابات محلية تحولهن إلى أوروبا الغربية و أمريكا الشمالية من أجل البغاء، و تشهد مغوليا نفس الظاهرة بسيطرة عصابات دولية تشاجر بالبشر، فتعمل على تحويل الفتيات عن طريق الإتحاد الروسي إلى أوروبا الغربية و عن طريق الصين إلى اليابان و أستراليا(34) .

و يعتبر الكثيرون أن الفقر هو أهم عامل لدفع الأسر الفقيرة، لأن تجعل فتياتها يمارسن

البغاء، وهذا ما يظهر جليا وبصورة كبيرة في دول جنوب آسيا و صحراء إفريقيا حيث الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية متردية للغاية (35).

بالإضافة إلى وجود عصابات منظمة تعمل في مجال بغاء الأطفال لتدر عليها بثروة هائلة من الأموال، والغريب أن من يتولون هذه المهمة أصحاب المستوى الرفيع في صنع القرارات السياسية داخل بلدانهم (36).

ولا بد من حماية خاصة الطفلة من البغاء، وكل أشكال الإستغلال وهذا ما نصت عليه المادة 34 من إتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 "تتعهد الدول الأطراف بحماية الطفل من جميع أشكال الإستغلال الجنسي والإنتهاك الجنسي، وهذه الأغراض تتخذ الدول الأطراف خاصة جميع التدابير الملائمة الوطنية والشائبة والمتعددة الأطراف لمنع حمل أو إكراه الطفل على تعاطي أي نشاط جنسي غير مشروع، الاستخدام الاستغلالي للأطفال في العروض والمواد الداعرة" (37).

و جاء البرتوكول الاختياري الملحق بإتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال و إستغلال الأطفال في البغاء و في المواد الإباحية في مادته الأولى و الثانية يحظر الأفعال التي تمس بجسد و كرامة الطفلة حينما نص في المادة الأولى "تحظر الدول الأطراف بيع الأطفال و إستغلال الأطفال في البغاء و في المواد الإباحية كما هو منصوص عليه في هذا البرتوكول"، و نص في المادة الثانية منه الفقرة الثانية "يقصد بإستغلال الأطفال في البغاء إستخدام طفل لغرض أنشطة جنسية لقاء مكافأة، و أي شكل آخر من أشكال العوض" (38)، و أزم كل دولة طرف إتخاذ جميع التدابير اللازمة لفرض عقوبات قاسية و مناسبة على الفاعلين و هذا ما نصت عليه المادة الثالثة من نفس البرتوكول، و أكد عليه المشرع الجزائري في قانون حماية الطفل في المادة الثانية منه بنصه "...الإستغلال الجنسي للطفل بمختلف أشكاله، من خلال إستغلاله لاسيما في المواد الإباحية و في البغاء و إشراكه في عروض جنسية" .

المطلب الثاني: حظر عمل الطفلة كخادمة في المنازل

تنتشر ظاهرة عمل الطفلة كخادمة في البيوت في عدة دول من العالم، و تزداد هذه الظاهرة إنتشارا مع تزايد العائلات الفقيرة و قلة الدخل الأسري لها، فيحتم الأمر بدفع طفلتهم كخادمة في منازل الأثرياء مما يعرضها لعدة مخاطر على صحتها و شرفها و نفسياتها.

و يتم عمل الطفلة كخادمة في المنازل بطابع السرية، نظرا للمراقبة الدائمة للأجهزة المكلفة بمراقبة كيفية تشغيل العمال، أو كتمان السر في حالة الإعتداء على شرفها من قبل

أحد أفراد الأسرة المستقبلية، لذا كتمان السر ضروري حتى في حالة إقبالها فيما بعد على الزواج نظرا لخصوصية كل عائلة .

و تشير إحصائيات لمنظمة اليونيسيف لعام (2003)، أن هناك الملايين من الفتيات يعملن كخدمات منازل أو يمارسن أعمالا منزلية مساعدة غير مأجورة⁽⁹⁾.

و عمل الطفلة كخادمة منازل يؤثر على صحتها من جراء العمل الشاق و المتواصل، خاصة إذا كان المنزل كبيرا، فتعمل على تنظيفه، مما يعرض صحتها للخطر نتيجة إستخدامها مواد كيميائية تستنشقها فتؤثر على جهازها التنفسي او لمسها لمواد خطيرة تسبب لها تشوهات جسدية أو سقوطها من أعلى الرفوف فيسبب لها كسورا و كدمات في أحسن الأحوال و تكون نهايتها الوفاة .

و رغم العمل المتواصل الذي تقوم به، إلا أنها تتعرض لتعنيف من طرف ربة البيت أو أحد أفرادها، أو عنف لفظي يمس بكرامتها و يחדش حياتها مما يؤثر على توازن نفسيته الرهيفة، فتحتمل الأذى في كل الأحوال مما يسبب لها كآبة و صدمة نفسية على المدى الطويل .

و إذا كان العنف الجسدي أو اللفظي هما السائدان غالبا، فكثيرا ما تتعرض الطفلة لخطر الاعتداء الجنسي و هتك عرضها من قبل رب المنزل أو أحد أبناءه، أما عن طريق الإغراء أو التهديد و هي السمة البارزة لعمل الطفلة في المنازل .

و لا تتوقف مصائب الطفلة التي تنزل عليها تباعا، فتهضم حقوقها بدءا من انقطاعها عن الدراسة، و سن قوانين مجحفة في المنزل الذي تعمل فيه، فهي و رغم صغر سنها تشتغل لساعات طويلة و متواصلة مما فيضيع حقها في تحديد ساعات العمل، و منع حصولها على الإجازة الأسبوعية و العطلة السنوية التي تعد من النظام العام لكل أجير، ضف إلى ذلك حرمانها من دفء و حنان و رعاية والديها مما يعرض نفسيته للاكتئاب و عدم الثقة في الآخرين .

و حماية الطفلة و منع تشغيلها كخادمة منازل أقرته جميع المواثيق ذات الصلة بالطفل، فيعتبر عملها ضربا من ضروب الرق التي يجب مكافحتها و القضاء عليها نهائيا .

لذا عقدت إتفاقية حظر أسوأ أشكال عمل الأطفال رقم (182) لعام (1999) حيث عرّفت المادة الثالثة منها أسوأ أشكال عمل الأطفال و منها :

- كافة أشكال الرق و الممارسات الشبيهة بالرق، كبيع الأطفال و الاتجار بهم و عبودية الدين و القنانة و العمل القسري أو الإجباري، بما في ذلك التجنيد الإجباري للأطفال لإستخدامهم في صراعات مسلحة .

خاتمة :

إن موضوع الإنتهاكات الجسيمة لحقوق الطفلة في القانون الدولي، هو موضوع طويل و متشعب، حاولت التركيز على أهم الإعتداءات الواقعة على حقوقها، بدءاً من التعليم و الممارسات التقليدية التي تمس بصحتها و حمايتها في كنف أسرتها و تجريم الأفعال التي من شأنها أن تؤدي إلى إستغلالها، و رغم الحماية المقررة للطفلة إلا أن الواقع المرير يكشف لنا انتهاكات يومية ضد حقوقها المقررة لها، لذا يجب الاعتناء بها لأنها ثمرة المستقبل و حاملة المشعل الذي قد يضيء على أمة ما إذا ما أحسن إليها .

قائمة الهوامش :

- 1- ابن منظور، لسان العرب، دار إحياء التراث العربي الطبعة الأولى، عام 1988، بيروت لبنان، الجزء 13، ص 426.
- 2- المنجد في اللغة، دار المشرق، بيروت، لبنان، عام 1997، ص 4429.
- 3- عادل عبد الجواد العبادي، الحماية الجنائية للأطفال دراسة تطبيقية مقارنة على الاستغلال الأطفال في البغاء، رسالة لنيل درجة دكتوراه في علوم الشرطة، نوفمبر 2002، ص 49.
- 4- خالد مصطفى، النظام القانوني لحماية الطفل و مسؤوليته الجنائية و المدنية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، عام 2012، الإسكندرية، مصر، ص 21.
- 5- الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 39 السنة الثانية و الخمسون الصادرة بتاريخ 19 جويلية 2015، المتضمنة قانون حماية الطفل.
- 6- المادة الأولى من اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 .
- 7- Frédérique Granet: la convention de new York sur les droit de l'enfant et sa mise en œuvre en France in j - RUBELLIN.REVICHI et R.FRANCK (sou la direction) l'enfant et les convention internationales - presses universitaires de Lyon 1996 p 97 .
- 8- تقرير لمنظمة اليونسيف لعام 2006، ص 22.
- 9- تقرير لمنظمة اليونسيف، نفس المرجع، ص 87.
- 10- المواد من 28 إلى 30 من اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 .
- 11- المادة 53 من الدستور الجزائري لعام 1996 .
- 12- المادة (2) من قانون حماية الطفل في التشريع الجزائري، الجريدة الرسمية رقم 39 السنة الثانية و الخمسون مؤرخة في 19 جويلية 2015.
- 13- تقرير لمنظمة اليونسيف، مرجع سابق، ص 87.
- 14- تقرير وضع الأطفال في العالم لعام 2004، ص 39.

- 15- سهي احمد أمين نصر، ختان الأطفال للإناث و علاقته بالنية العدائية لديهن، مجلة الطفولة و التربية، العدد الأول المجلد الأول، مصر، سنة 2009، ص 434.
- 16- صاحلة عوض، وضع و مشاكل الطفلة من سن صفر حتى 18 عاما في مجالات الثقافة الجنسية، مجلة ثقافة الطفل، عدد خاص المجلد 14 مصر، سنة 1995، ص 56.
- 17- هاني محمد كامل المنايلي، حقوق الطفل بين الواقع و المأمول، المكتبة العصرية، الطبعة الأولى سنة 2010، مصر، ص 171.
- 18- وائل أنور بندق، التنظيم الدولي لحقوق الإنسان، دار الفكر الجامعي، مصر، ص 313.
- 19- مروة محمد جباره، واقع الطفلة في السودان، مجلة الطفولة و التنمية، العدد 10 المجلد 3 سنة 2003، مصر، ص 150.
- 20- المادة 1/19 من اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989.
- 21- خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني لحماية الطفل دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، عام 2012، الإسكندرية، مصر، ص ص 102، 104.
- 22- انظر الموقع على شبكة الانترنت، الحقوق في الحياة الفعلية (المنظمة النوميديا لرعاية الأطفال www.nb.se تاريخ الدخول 04/05/2015 ساعة 15:20).
- 23- إعلان الرباط حول قضايا الطفولة في دول أعضاء منظمة المؤتمر الإسلامي، المنعقد في 7-9 نوفمبر 2005 بالمملكة المغربية.
- 24- ايمان بهي الدين، ورشة عمل الإعلاميين العرب لحماية الأطفال من العنف، مجلة الطفولة و التنمية، العدد 16 المجلد 4 عام 2008، مصر، ص 236.
- 25- محمد مرسي محمد مرسي، التحرش الجنسي بالأطفال، مجلة التربية، سنة 2007، قطر، ص 199.
- 26- منيرة بنت عبد الرحمان آل سعود، إيذاء الأطفال، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، السعودية، الطبعة الأولى، عام 2005، ص 46.
- 27- ساري سواقد و فاطمة الطراونة، إساءة معاملة الطفل الوالدية، مجلة دراسات للعلوم التربوية، العدد الثاني المجلد 27 سنة 2000، الأردن، ص 416.
- 28- ساري سواقد و فاطمة الطراونة، نفس المرجع و الصفحة.
- 29- محمد مرسي محمد مرسي، مرجع سابق، ص 200.
- 30- ساري سواقد و فاطمة الطراونة، المرجع السابق، ص 415.
- 31- المؤتمر الإسلامي للوزراء المكلفين بالطفولة المنعقد في 10 و 11 فيفري 2011، طرابلس، ليبيا.
- 32- فاطمة شحاتة احمد زيدان، مركز الطفل في القانون الدولي العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، سنة 2007، ص 382.

- 33- بشري سلمان حسين العبيدي، الإنتهاكات الجنائية الدولية لحقوق الطفل، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2010، بيروت، لبنان، ص 304.
- 34- يوسف حسن يوسف، جريمة استغلال الأطفال و حمايتهم في القانون الدولي و الشريعة الإسلامية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى 2013، ص 149.
- 35- بشرى سلمان حسين العبيدي، المرجع السابق، ص 305.
- 36- عادل عبادي علي عبد الجواد، مرجع سابق، ص ص 162، 170.
- 37- المادة 34 من اتفاقية حقوق الطفل لعام 1989 .
- 38- البرتوكول الإختياري الملحق بشأن بيع الأطفال و إستغلال الأطفال في البغاء و في المواد الإباحية لإقرار الجمعية العامة 263 (54)، 25 ماي 2000.
- 39- راجع تقرير منظمة اليونيسيف لعام 2003، www.unicef.org

حرية الرأي والتعبير في الدساتير الجزائرية

بين التكريس والتقييد

أ. رشيد بوبكر

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة خميس مليانة

ملخص:

حرية التعبير، هذا الحق يعتبر من الحقوق الأساسية للإنسان والركيزة الأولى لكل مجتمع حر وديمقراطي، إذ لا يمكن دونه ممارسة بقية الحقوق الفردية والجماعية بكل حرية، لذا وجب تكريسه بصورة لا لبس فيها، وحمايته من كل تدخل، فلكل شخص الحق في حرية الرأي والتعبير، ويشمل هذا الحق حرية إعتناق الآراء دون أي تدخل، وإستقاء الأنباء والأفكار وتلقيها ونقلها بأية وسيلة كانت دون تقييد بالحدود الجغرافية.

Freedom of expression, this right is one of the fundamental human rights and the first pillar of every free and democratic society, it cannot be without it exercise the rest of individual and collective rights freely, so we should devoted it unequivocally, and protect it from all interference, every person has the right to freedom of opinion and expression, this right includes freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart ideas through any media and regardless of frontiers.

الكلمات المفتاحية: حرية التعبير، المجتمع الديمقراطي، دستورية الحق في التعبير.

مقدمة:

إن الحرية هي الإعتراف للفرد بالقدرة على التصرف في الدائرة المحددة له، بها لا يضر الآخرين أو يهدد النظام الجماعي العام.

وعلى امتداد التاريخ البشري كان مفهوم الحرية قضية لها قيمة عظمى في حياة الأفراد والجماعات على السواء، وقد كان الإنسان ولا يزال ينظر إليها على أنها مطلب أساسي يجب

الحصول عليه، فالحرية مرتبطة ارتباطا وثيقا بالنشاط الإنساني، إذ أن النظم الاجتماعية و السياسية و الاقتصادية لأي مجتمع من المجتمعات تكون نتيجة حتمية للتفاعل بين العوامل المرتبطة بالبيئة و الحضارة ماضيا و حاضرا .

يلاحظ بأن المشرع الجزائري نص على الحريات و الحقوق في الفصل الرابع من الدستور أي في لب الدستور، و لعل نية المشرع في ذلك اكتساب الحريات العامة القيمة الدستورية و الحصانة الدستورية و التأسيسية.

و تعتبر حرية الرأي و التعبير حق أساسي من حقوق الإنسان، كما نصت عليه المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان، و ما الجزائر إلا واحدة من هذه الدول تضمن ممارسته بصورة طبيعية، كواحدة من مسلمات الحياة السياسية و الاجتماعية و الثقافية للفرد و المجتمع .

فما مدى تكريس المشرع الجزائري لحرية الرأي و التعبير في ظل المؤثرات و التحولات الجديدة التي تعرفها الجزائر ؟

إرتأينا الإجابة على هذه الإشكالية من خلال محورين أساسيين تناولنا في المحور الأول المفاهيم المتعلقة بحرية الرأي التعبير الظروف المصاحبة لنشأتها، أما المحور الثاني فخصصناه للتأطير الدستوري الذي عرفته حرية الرأي التعبير منذ نشأة الدولة الجزائرية المستقلة إلى غاية التعديل الدستوري لسنة 2016 .

المحور الأول: مفهوم حرية الرأي و التعبير و نشأتها

لقد سعت الإنسانية على إختلاف عصورها جاهدة للوصول إلى تحرير الإنسان من أي ضغط أو إكراه حتى يكون حرا طليقا، فيستطيع التعبير عن ذاته، و الإستفادة من ملاكاته في سائر جوانب الحياة التي يعيشها.

و تدخل البشرية القرن الواحد و العشرين، و مع ذلك لا يزال هناك ملايين البشر محرومين من حق التعبير عن ألامهم و أمالهم في مجتمعات مختلفة، فمنذ العصور الأولى كافح الإنسان من أجل تأكيد حقه في حرية التعبير بمختلف الوسائل عن القضايا التي تمس أمنه الخاص و مجتمعه العام، و قد واجه الإنسان في معظم فترات التاريخ قيودا عديدة تحول دون ممارسة هذا الحق الذي منحه إياه الله عز و جل، و رغم أن مبدأ هذا الحق - حرية التعبير - أصبح من البديهيات التي تؤكد عليها الدساتير في مختلف المجتمعات فإن هذا الحق يختلف إختلافا كبيرا عن الظروف التي تثار في إطار المنظومة الفكرية الغربية.

و من خلال إستقراءنا لواقع المجتمعات المسلمة، نجد بأنها وصلت إلا الإنسداد الذي عرفته المجتمعات الغربية، لأنها بقيت لوقت طويل و ماتزال تستند في إهتماماتها العلمية

المختلفة إلى النظريات الغربية التي لا تعكس حتما حقيقة واقع المجتمعات المسلمة بمشاكلها وخصوصياتها وطبيعة تركيبها البشرية.

وعليه يختلف مفهوم الحرية من مجتمع إلى آخر ومن نظام إجتماعي إلى آخر، فالمجتمعات الليبرالية لها مفاهيمها وكذلك المجتمعات الاشتراكية، وهكذا نجد أن حرية التعبير في هذه المجتمعات تستند إلى أسس ومعايير مغايرة لتلك الموجودة في المجتمعات المسلمة سواء على مستوى التنظير أو الممارسة.¹

ويعرف الدكتور أحمد زكي بدوي حرية التعبير على أنها «حق الفرد في إتخاذ الآراء دون تدخل، وفي التعبير عن رأيه، ويشمل هذا الحق حرية البحث عن المعلومات أو الافكار من أي نوع ونقلها بغض النظر عن الحدود وذلك إما شفاهية أو كتابة أو طباعة وسواء كان ذلك في قالب فني أو بأي وسيلة أخرى يختارها».²

وتعرف كذلك حرية التعبير عن الرأي بأنها «حق الافراد في التعبير الحر عما يعتقدون من أفكار دون أن يكون في ذلك مساس بالنظام العام وحقوق الآخرين»، ولا جدال في أن حرية الرأي والتعبير حق أساسي للإنسان، وإن كان تفسير معنى الحرية التعبير يختلف اختلافا كبيرا عند التطبيق من دولة إلى أخرى، ومن فترة التاريخية لأخرى في الدولة نفسها، وهناك ارتباط وثيق بين حرية الرأي وحرية الفكر والإعتقاد عندما تتجاوز الفكرة التي يؤمن بها الشخص إلى مرحلة إشتراك الآخرين في هذه الفكرة أو العقيدة، فحرية الفكر هي حركة داخل الإنسان يتولد عنها الإعتقاد بفكرة معينة، وممارسة هذه الحرية أي التعبير عنها هو الذي يعرف بحرية الرأي وحرية الصحافة تعد احدي تطبيقاتها.³

أما من المنظور الإسلامي فيعرفها الدكتور عزي عبد الرحمان على أنها «نظام من القيم والمعتقدات والقائم في حد ذاته بغض النظر عن أصحابه».⁴

ولا شك أن محاولة التأسيس لحقوق الإنسان في الإسلام هي فكرة جديدة لحقوق قديمة فهي ليست حقوقا جديدة اكتسبها الفرد خلال العصور، ولكنها بطبيعتها حقوق قديمة نشأت مع الإسلام وظهرت وسارت وتأكدت في المجتمعات الإسلامية الأولى في مجال الممارسة والتطبيق مما جعلها تلفت الأنظار في هذا العصر مما أكسبها هذا الوضع المتميز في الدراسة والإهتمام بها، ومن أجل ذلك كانت قضية حقوق الإنسان بمفهوم إسلامي يعني أن هذه الحقوق كلها قديمة قدم الإسلام وتاريخها هو تاريخ الإسلام، ونقصد بذلك بداية تقريرها شرعا وتطبيقها في حياة النبي صلى الله عليه وسلم في الصدر الأول من الخلافة الإسلامية، ولا تعني الممارسة العملية في التاريخ الإسلامي كله ومن الواضح أن التطبيق العملي لحقوق الإنسان في الإسلام كان مثاليا في عهد الرسول صلى

الله عليه وسلم ومن بعد ذلك عهد أبي بكر وعمر بالذات، ولكننا لا نستطيع أن نزعم خلو التاريخ الإسلامي إبتداءً من عهد الخلافة الأموية سنة 41هـ وإنتهاء بزوال نظام الخلافة في 1922 من إنتهاك حقوق الإنسان بالمخالفة لأحكام الشريعة.⁵

والبحث في الرصيد الفقهي الموجود والقوانين الوضعية نجد العديد من الأفكار القوانين مستمدة من القرآن والسنة بحسب مقتضيات كل عصر، وهذا ليس من باب المقارنة لكن من أجل التأكيد على أسبقية الشريعة الإسلامية في مجال حقوق الإنسان عامة.

أما بالنسبة للمواثيق والإعلانات الدولية، فكانت نشأت معظم الدساتير الغربية تحت تأثير النهضة الفكرية في أواخر العصر الوسيط، وبضغط بعض الثورات المشهورة، ولعل أقدم هذه الوثائق « الوثيقة الكبرى » الصادرة سنة 1215 على إثر ثورة الشعب والإكليروس على طغيان الملك، والتي نتج عنها إعتراف الملك بحقوق عامة للشعب.⁶ وتبعت الوثيقة الكبرى وثيقة إعلان الحقوق الأمريكية الصادرة في 05 جولية 1776 عقب إنفصال الولايات المتحدة عن التاج البريطاني ووعي إعلام يتضمن مبدأ المساواة بين الناس، وتمتعهم بحق الحياة والحرية وطلب السعادة.

إضافة إلى إعلان الحقوق الفرنسية والصادر إثر الثورة الفرنسية في هام 1789 (إعلان حقوق الإنسان والمواطن) والذي ألحق بالدستور الفرنسي لعام 1791 وكان قد نص على أن الناس خلقوا ويظلون أحرار ومتساوون في الحقوق وأن هدف كل دولة هو المحافظة على حقوق الإنسان الطبيعية والتي لا تقبل السقوط وهي الحرية، والملك والأمن ومقاومة الإضطهاد...⁷

وأهم الإعلانات الخاصة بحقوق الإنسان على المستوى الدولية والتي تأثرت بها معظم الدساتير التي تلت تلك الفترة هو الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 10 ديسمبر 1948 والذي كان القصد من إعلانه أن يكون نموذجا عالميا لكل الشعوب حتى تتعزز مكانة حقوق الإنسان لو يتحقق الإعتراف الفعلي بهذه الحقوق والحريات التي تم التنصيص عليها في الإعلان.⁸

ويكون التعبير عن الرأي بالكلمة أو بالصورة أو بالرسم أو الكاريكاتير، ولا شك أن المصلحة العامة تقتضي التعرف على كل ما من شأنه الإضرار بالمجتمع حتى يمكن التعبير بالرأي ضده، فمن يتولى الوظائف العامة المهمة في الدولة محل نقد سواء من حيث أعمالهم أو تاريخ حياتهم وأفكارهم السياسية وغيرها، مما يتيح للجماهير تقييم أعمالهم وإصدار حكم صحيح على هذه الشخصيات، ولا يستلزم ذلك الخوض في حياتهم الخاصة، لذا

وجب على القائم بالنشر وصاحب الفكر والرأي ومراعاة ضميره والحرص على عدم تلوين شرف واعتبار الآخرين.⁹

المحور الثاني: حرية التعبير في الجزائر بين التكريس والتقيد

يترسخ الحق في حرية الرأي والتعبير كأساس للتعبير عن التنوع والإختلاف في المجتمع، ولا يشترط حق الفرد في التعبير عن رأيه أن يكون صحيحا، بل بالعكس تزداد أهمية ممارسة هذا الحق في كل الأحوال، بما في ذلك الحالات التي يكون فيها الرأي خاطئا، وتبدو مزايا وفوائد توفر هذا الحق، جليا في ميدان الممارسة السياسية، فالأفراد الذين ينتمون عادة إلى طبقات وشرائح اجتماعية مختلفة، كما ينتمون إلى ديانات أصول عرقية وثقافية مختلفة، ويجدون في حق التعبير عن الرأي وسيلة مهمة من وسائل إثبات الهوية والحوار مع الآخر، على أساس حر ومتكافئ، ويرتبط حق التعبير عن الرأي في الجزائر بمنظومة الحقوق والحريات السياسية الإنسانية فمن خلال هذا الحق، يكون الباب مفتوحا لكشف الفساد، ومكافحة الإحتكار السياسي والإقتصادي، وتطوير الهوية السياسية والثقافية للأفراد، وتجنيد النظام السياسي بصورة تلقائية، من خلال توفير آليات التعبير، وفي مجالات الحياة العامة والثقافية العلمية والتكنولوجية.¹⁰

يشمل الحق في الرأي والتعبير، حرية التجمع والإحتجاج السلمي، وكتابة العرائض وجمع التوقيعات والتظاهر والإعتصام، والإضراب عن العمل، وحرية الصحافة والإتصال بين الأفراد والجماعات بواسطة وسائل الإتصال المختلفة، المكتوبة والمسموعة والمرئية وبالرسم التعبيري، وهذا تعتبر حرية الصحافة شكلا أسمى من أشكال ممارسة حرية الراي والتعبير، وذلك لإنتشارها وتأثيرها الجماهيري الواسع.¹¹

حرية التعبير في دستور 1963:

كان دستور سبتمبر 1963 أول الدساتير الجزائرية التي تطرقت إلى مسألة حرية الرأي والتعبير، فقد تم التنصيص على حرية التعبير في المادتين 4 و 19 والني جاءت كالتالي:

المادة 4: « الإسلام دين الدولة وتضمن الجمهورية الجزائرية لكل فرد إحترام آرائه، ومعتقداته والممارسة الحرة لشعائره».

وجاءت المادة 19 على النحو التالي: « تضمن الجمهورية حرية الصحافة ووسائل الإعلام الأخرى وحرية تكوين الجمعيات، وحرية التعبير والتدخل العمومي وحرية الإجتماع كذلك».

من خلال المادة 04 نلاحظ أنها إحتوت على ثلاثة أنواع من الحريات، هي حرية الفرد في إبداء آرائه، وحريته في معتقداته، وحرته في ممارسة مختلف الشعائر الدينية، وهي كلها من قبيل حرية التعبير.

كما تضمنت المادة 19 كل من حريات الصحافة ووسائل الإعلام وكذا تكوين الجمعيات وأيضاً حرية التعبير (المقصود بها هنا حرية القول والكلام)، إلى جانب حرية التدخل العمومية حرية الإجتماع وهي جميعها من ضمن حريات التعبير.

ومما سبق يتضح أن المؤسس الدستوري الجزائري أبدى عناية خاصة لحرية التعبير منذ بداية تأسيس الدولة الجزائرية المستقلة.

حرية التعبير في ظل دستور 1976:

من خلال إستقراءنا لوثيقة الدستور الجزائري لسنة 1976¹² أهم ما يلفت إنتباهنا هو تكريس المؤسس الدستوري الجزائري للحريات العامة بصفة عامة، فقد خصص فصلاً كاملاً تعرض فيه لمجمل الحريات العامة، وحرية التعبير على وجه الخصوص فقد نصت المادة 53 منه على حرية الضمير والرأي وما تمحورت بذات الإنسان كمفرد له الحرية المطلقة في هذا الإطار دون خرقها من أية جهة كانت في حين أكدت المادة 54 على حماية الحريات الفكرية عموماً، وخص المؤسس الدستوري الجزائري ذكر حرية التعبير صراحة في المادة 55 بمعنية حرية الإجتماع موجبا حمايتها.

حرية التعبير في ظل دستوري 1989 و 1996:

وقد إرتبط التحول الديمقراطي الذي شهدته الجزائر، منذ إقرار دستور 1989 بتكريس أكبر لحرية التعبير عن الرأي، كإجراء من بين الإجراءات التي تدل على دخول معترك التعددية السياسية والإعلامية، ونهاية فترة الإحتكار، وكانت حرية الصحافة هي الشارة الكبرى والأكثر ظهوراً بين الشارات الأخرى، والتي حملتها معها المرحلة الجديدة من مراحل النظام الجزائري، للدلالة على التغيير العميق الذي حدث في النظام السياسي، لكن ذلك لا يعني أن هذا الحق جاء بمثابة منحة من النظام، لأن الكفاح من أجل التعددية السياسية والإعلامية، ومن ضمنها حرية الرأي والتعبير بشكل خاص، هو أحد المطالب الرئيسية التي ولدت ضغطاً على النظام، الذي يكتسب شرعيته من إحترامها وإحترام الحقوق والحريات الأساسية للمواطنين، وتطبيق مبادئ العدالة والمساواة وحكم القانون، ومن بين الأمور المهمة التي يجب لفت الأنظار إليها، هي العلاقة بين التحول الديمقراطي وحرية الرأي والتعبير، التي تتحقق من خلال بناء تحالفات واسعة النطاق، في كل القوى المعنية بالتحول الديمقراطي، وحرية الرأي والتعبير لا تعني الصحفيين

فقط، وإنما تعني المجتمع ككل، بما فيه من أحزاب سياسية ونقابات ومنظمات مدنية، وتنظيمات مهنية وغيرها، وإذا إستطاعت القوى الممارسة لحرية الرأي والتعبير في أن تمنع المجتمع كله بصحة أفكارها وآرائها ومطالبها، وأن تجعل قطاعات هذا المجتمع هي أيضا تتبنى الدفاع عن حرية الرأي والتعبير، في إطار نظام سياسي قائم على أساس ديمقراطي.¹³

قد جاء النص على حرية التعبير في دستور 1989¹⁴ بصفة حصرية في المواد 35، 36، 39 وإلى حد ما المادة 40، والتي تقابلها المواد 36، 38، 41، 42 من دستور 1996، فقد جاء في المادة 35 من دستور 1989 أنه «الامساس بحرمة حرية المعتقد، وحرمة حرية الرأي»، والتي تقابلها المادة 36 من دستور 1996¹⁵ دون أي تغيير.

ويبدو أن المؤسس الدستوري قد أكد على نوعين من حرية التعبير، هما حرية المعتقد من جهة، ثم حرية الرأي من جهة أخرى، وأن أي مساس بهاتين الحريتين يقع مخالفا لمبدأ من المبادئ الأساسية في الدستور، وتليها المادة 36 من دستور 1989 والتي تقابلها المادة 38 من دستور 1996 دون تغيير يذكر مؤكدة على أن: «حرية الإبتكار الفكري والعلمي مضمونة للمواطن وحقوق المؤلف يحميها القانون». (لا يجوز حجز أي مطبوع أو تسجيل أو أية وسيلة أخرى من وسائل التبليغ والإعلام إلا بمقتضى أمر قضائي).

فموجب هذه المواد فقد ضمن الدستور الجزائري حرية الإبتكار الفكري والفني والعلمي بإعتبارها جميعا حريات تعبير، كما جعلها مضمونة لكل مواطن الذي له الحق في أن يبدع ويفكر ويؤلف في جميع مجالات الفكر والعلم والفن دون أي قيود، على أن يخالف هذا السلوك أحكام الدستور والمنظومة القانونية القائمة.

وتأتي المادة 39 من دستور 1989 التي تقابلها المادة 41 من دستور 1996 دون أي حذف أو إضافة تذكر¹⁶، كأهم بيان وصفي لحرية التعبير، والتي يتضح من خلالها أن المشرع أراد توفير الحماية اللازمة وبعبارات لا تحتمل تأويل أو تفسير آخر، بالإضافة إلى الطابع الدستوري للحماية مما يجعل أمر خرقها والإعتداء عليها أمرا صعبا، ومخالفا لمبدأ المشروعية الذي يعد من أهم مقومات دولة القانون.

وتكمن أهمية السماح والحماية لمثل هذه الحرية في الإحتجاج عن الأعمال غير المشروعة التي يأتيها الحكام فضلا عن سكوت هؤلاء عن بعض المظاهر السلبية المرتكبة عمليا على مسامعهم ومرآهم دون اتخاذ ما يجب من تدابير، وهو ما يشكل محظورا يستوجب التدخل ما دامت هذه الحرية قد ضمنت في بعدها لأجل هذا الغرض وإلا كانت عديمة الفعالية.

وبهذه الكيفية فإن مثل هذه الحريات غالبا ما تتعارض مع توجهات السلطة الحاكمة، أضف إلى ذلك بعض الظرف السائدة التي يطرحها الواقع المعيش، مما يستتبع معها اتخاذ الإجراءات التي يمكن أن توصف بكونها ضرب من التنظيم في الوقت الذي تبدو فيه نوعا من التقييد، ومهما يكن من أمر فإن التنظيم واجب، في حين أن الحرص قبل الحماية ضروري كي يحافظ على توازن الدولة ككل، ولعل هذا ما دفع المشرع الجزائري إلى إستدراك هذه الثغرة في دستور 1989 ودستر 1996 عند النص على حق إنشاء الجمعيات السياسية بالمادة 40 من دستور 1989.

ويعتبر هذا نوع من التنظيم أو بالأحرى الضبط الوارد على نص المادة 39، بإعتباره قد أطلق العنان لحريات التعبير إلى حد الإسراف، وإلى جانب ذلك فإن نص المادة 42 من تعديل 1996 المقابلة للمادة 40 دستور 1989 هي الأخرى تصب في هذا الإتجاه، ولقد اتخذت مثل الإجراءات على اثر الأحداث التي عرفتها الدولة الجزائرية في العشرية الأخيرة، جراء إطلاق هذه الحرية دون ضابط، مما دفع المشرع إلى أن يضبط وينظم هذه الحرية بما تضمنه مثل هذا النص من تعديلات، حتى أن البعض ذهب إلى القول أنها مجرد قيود تخففها دون أن تنظمها إطلاقا.

وهكذا نصت المادة 40 من دستور 1989 على أن « حق إنشاء الجمعيات ذات الطابع السياسي معترف به، ولا يمكن التذرع بهذا الحق لضرب الحريات الأساسية، والوحدة الوطنية والسلامة الترابية، وإستقلال البلاد وسيادة الشعب»، ويستشف من عبارة «لا يمكن» في الفقرة الثانية من المادة، أنها تشير إشارة واضحة للمسعى المذكور سلفا، أي ربط حرية إنشاء الجمعيات بعدم المساس ببعض الثوابت كالحريات الأساسية في حد ذاتها، كذا الوحدة الوطنية، وكذا الوحدة الوطنية، والسلامة الترابية، وغيرها من الأمور التي قد تشكل خرقا للنظام المستوجب الإحترام في مطلق الأحوال.

هذا عن المادة 40 من دستور 1989 بإختصار، أما ما طرأ بشأنها من تعديل فيتجسد بالمادة 42 والي توسع فيه المشرع الجزائري كثيرا في الشروط الواقعة عليها حتى أضحت واحدة من القيود المشار إليها بالمادة 40، ومن جملة التعديلات الواردة بها عدم تعارضها مع القيم الوطنية، والمكونات الأساسية للهوية الوطنية، وأمن التراب الوطني وسلامته... وكذا الطابع الديمقراطي والجمهوري للدولة، كما يحظر على الأحزاب اللجوء إلى الدعاية المبينة على الشروط السابقة، ويحظر كل شكل من اشكال التبعية للمصالح الأجنبية، كما يمنع أي حزب من اللجوء للعنف أو الإكراه، وإذ تشكل مثل هذه السلوكيات إحدى الثوابت التي لا يصوغ المساس بها.¹⁷

حرية الرأي والتعبير في التعديل الدستوري لسنة 2016:

إن الجدير بالذكر في هذا التعديل الدستوري أن المؤسس الدستوري ذهب إلى حد بعيد في تكريس والتوسيع من مفهوم حرية الرأي والتعبير وهو ما يتجلى من خلال إستقرائنا لنصوص مواد التعديل.

فإضافة إلى ما جاءت به المادة 36 من دستور 1996 والتي نصت على أن « لا مساس بحرمة حرية المعتقد، وحرمة حرية الرأي»، والتي تقابلها المادة 42 من التعديل الدستوري 2016، فقد أضاف المشرع فقرة نص فيها على أن حرية ممارسة العبادة مضمونة في ظل إحترام القانون.

أما المادة 38 من دستور 1996 والتي تقابلها المادة 44 من التعديل الدستوري لسنة 2016 التي نصت على حرية الإبتكار الفكري والفني والعلمي وحقوق المؤلف...، فقد كرس المشرع المفهوم الحديث لهذه الحرية وهو ما يطلق عليه الحرية الأكاديمية، الأمر الذي من شأنه رفع درجة التفكير وإبداء الرأي في كل مجالات البحث العلمي بكل حرية وبدون أية قيود.

كما بقيت المادة 41 من دستور 1996 والتي تقابلها المادة 48 من التعديل الدستوري 2016 بنفس المحتوى وهو التأكيد من المؤسس الدستوري على التكريس الصريح و بدون أي غموض لحرية الرأي.

كما عرف التعديل الدستوري 2016 إضافة مادة جديدة وهي المادة 49 والتي نصت على «حرية التظاهر السلمي مضمونة للمواطن في إطار القانون..»، ولا شك أن التظاهر السلمي من أبرز تطبيقات حرية التعبير عن الرأي أي كان سواء كان مع أو ضد أفكار ومعتقدات النظام السائد.

وأهم ما يجب التنويه به هو ما جاءت به المادة 50 من التعديل الدستوري 2016 والتي نصت على ضمان الحق في نشر المعلومات والأفكار والصور والآراء بكل حرية مع إحترام ثوابت الأمة وقيمها الدينية والأخلاقية والثقافية، علما أن جنحة الصحافة أصبحت لا تخضع لعقوبة سالبة للحرية، زيادة على ذلك ضمان الحصول على المعلومات والوثائق والإحصائيات ونقلها للمواطن شريطة أن لا تمس ممارسة هذا الحق بحياة الغير الخاصة وبحقوقهم وبالمصالح المشروعة للمقاومات وبمقتضيات الأمن الوطني⁸، كما جاءت دسترة الحق في الثقافة في الجزائر مع الحقوق المجاورة لها خلال المادة 45 من التعديل الدستوري⁹ وشدد المؤسس الدستوري على ضرورة ضمانها، كما على الدولة العمل على حماية المورث الثقافي الوطني المادي والمعنوي.

خاتمة:

يقول الكاتب الفرنسي «بلين شفان» أن «لا جدال في أهمية أن تسود الحرية في مجتمع ما، وينعم أهله بحياة خالية من أية قيود فتوافر الحرية في وسائل التعبير والنشر المختلفة، ضرورة حياة ووجود، فسلطات الدولة تجدها نفسها في كافة أفعالها أمام رأي عام واع ومستنير، نتيجة لحرية النقد والتعبير السائدة حيث ينشأ ما يسمى بالمجتمع المفتوح».

غير أن ذلك لا يعني التحرر من كل مسؤولية وإنتفاء كل القيود، وإنما يفيد فقط أن القيود الموضوعية لا يجب أن تصل إلى المساس بجوهر الحق نظرا لأهمية حرية التعبير في كل عملية بناء ديمقراطي، وحتى يتحقق ذلك لا بد أن يتضمن الدستور الشروط التي تجيز الحد من هذه الحرية.

الهوامش:

- 1- وسيلة دهماني، حرية التعبير من المنظور الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في علوم الإعلام والاتصال، كلية الآداب واللغات، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2000-2001، ص 5 و6.
- 2- أحمد زكي بدوي، معجم مصطلحات الإعلام، دار الكتاب اللبناني، بيروت، 1985، ص 73.
- 3- عبد الحكيم العيلي، الحريات العامة في الفكر والنظام السياسي الإسلامي، أطروحة دوكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، مصر، 1974، ص 446.
- 4- عبد الرحمان عزي، الحق في الإعلام والاتصال وإستراتيجية حرية التفكير وحرية التعبير، المنظمة العربية للثقافة والعلوم، تونس، 1994، ص 122.
- 5- جمال الدين محمد محمود، الإسلام والمشكلات السياسية المعاصرة، دار الكتاب المصري، القاهرة، 1992، ص 218.
- 6- صبحي المحماصي، أركان حقوق الإنسان، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقوانين الحديثة، دار العلم للملايين، بيروت، 1979، ص 40.
- 7- نفس المرجع، ص 41.
- 8- نفس المرجع، ص 42.
- 9- علاء الدين أولاد صالح، حرية الرأي والتعبير في الدساتير العربية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في علوم الإعلام والاتصال، كلية العلوم السياسية والإعلام، جامعة الجزائر 3، ص 89.
- 10- عمر مرزقي، حرية الرأي والتعبير في الجزائر في ظل التحول الديمقراطي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم السياسية، كلية العلوم السياسية والإعلام، جامعة الجزائر، ص 108.

- 1- عمر مرزوقي، المرجع السابق 2005، ص 100.
 - 12- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1976، الصادر بموجب الأمر 97/76، المؤرخ في 22 11--1976، (ج ر 94)، مؤرخة في 24-11-1976، المعدل بالقانون 06/79، المؤرخ في 07-07-1979، والقانون 01/80 المؤرخ في 12-01-1980، وإستفتاء 03-11-1988.
 - 13- عمر مرزوقي، المرجع السابق 2005، ص 100.
 - 14- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1989، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 18 89-، المؤرخ في 28-02-1989.
 - 15- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 96-438، المؤرخ في 07-12-1996، (ج.ر. رقم 28)، و المعدل بالقانون 02-03، المؤرخ في 10-04-2002، (ج ر رقم 25) المؤرخة في 14-04-2002، والقانون 08-09، المؤرخ في 15-11-2008، (ج.ر. رقم 63) المؤرخة في 16-11-2008.
 - 16- (حريات التعبير والإجتماع وإنشاء الجمعيات مضمونة للمواطن)، المادة 41 من دستور 1996.
 - 17- عبد الحكيم بجرو، الحماية الدستورية لحرية التعبير في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2005-2006، ص 35، 36.
 - 18- «حرية الصحافة المكتوبة السمعية البصرية وعلى الشبكات الإعلامية مضمونة لا تقيد بأي شكل من اشكال الرقابة القبلية. وانه لا يمكن استعمال هذه الحرية للمساس بكرامة الغير وحررياتهم وحقوقهم. نشر المعلومات والأفكار والصور والآراء بكل حرية مضمون في إطار القانون وإحترام ثوابت الأمة وقيمها الدينية والاخلاقية والثقافية، و لا يمكن أن تخضع جنحة الصحافة لعقوبة سالبة للحرية». المادة 50 من التعديل الدستوري لسنة 2016.
 - 19- «الحق في الثقافة مضمون للمواطن. تحمي الدولة التراث الثقافي الوطني المادي وغير المادي وتعمل على الحفاظ عليه» المادة 45 من التعديل الدستوري لسنة 2016.
- قائمة المراجع:
- 1- أحمد زكي بدوي، معجم مصطلحات الإعلام، دار الكتاب اللبناني، بيروت، 1985.
 - 2- جمال الدين محمد محمود، الإسلام والمشكلات السياسية المعاصرة، دار الكتاب المصري، القاهرة، 1992.
 - 3- عبد الحكيم العيلي، الحريات العامة في الفكر والنظام السياسي الإسلامي، أطروحة دوكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، مصر، 1974.
 - 4- عبد الرحمان عزي، الحق في الإعلام والاتصال وإستراتيجية حرية التفكير وحرية التعبير، المنظمة العربية للثقافة والعلوم، تونس، 1994.
 - 5- صبحي المحماصي، أركان حقوق الإنسان، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقوانين الحديثة، دار العلم للملايين، بيروت، 1979.

- 6- علاء الدين أولاد صالح، حرية الرأي والتعبير في الدساتير العربية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في علوم الإعلام الإتصال، كلية العلوم السياسية والإعلام، جامعة الجزائر 3.
- 7- عمر مرزقي، حرية الرأي والتعبير في الجزائر في ظل التحول الديمقراطي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم السياسية، كلية العلوم السياسية والإعلام، جامعة الجزائر.
- 8- عبد الحكيم بجرو، الحماية الدستورية لحرية التعبير في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2005-2006.
- 9- وسيلة دحماني، حرية التعبير من المنظور الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في علوم الإعلام والإتصال، كلية الآداب واللغات، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2000-2001.
- 10- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1976، الصادر بموجب الأمر 97/76، المؤرخ في 22 11--1976، (ج ر 4)، مؤرخة في 24-11-1976، والمعدل بالقانون 06/79، المؤرخ في 07-07-1979، والقانون 01/80 المؤرخ في 12-01-1980، وإستفتاء 03-11-1988.
- 11- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1989، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 18 89-، المؤرخ في 28-02-1989.
- 12- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 96-438، المؤرخ في 07-12-1996، (ج.ر. رقم 28)، والمعدل وبالقانون 02-03، المؤرخ في 10-04-2002، (ج.ر. رقم 25) المؤرخة في 14-04-2002، والقانون 08-09، المؤرخ في 15-11-2008، (ج.ر. رقم 63) المؤرخة في 16-11-2008.

إخطار القاضي الدستوري في الدساتير المغاربية

- الجزائر، تونس، المغرب -

أ. عمر فلاق

طالب باحث بمدرسة التكوين الدكتوراه

تخصص قانون عام - جامعة الجزائر 1.

ملخص:

من بين أهم مقومات وأسس دولة القانون، وجود نظام رقابي قوي وفعال، يضمن حسن سير النظام القانوني والدستوري السائد في الدولة، ولقد تبنى المؤسس الدستوري الجزائري نظام المجلس في مجال ضمان سمو الدستور، من خلال الرقابة الدستورية على القوانين والمعاهدات والتنظيمات والانتخابات الوطنية والاستفتاءية، ومن بين وسائل تحريك القاضي الدستوري نجد الإخطار، هذا الأخير كان محل تعديل في الدساتير المغاربية (الدستور الجزائري، الدستور التونسي، والدستور المغربي)، ومن خلال هذا المقال سنسعى لإبراز أهم التعديلات الدستورية التي طرأت على عملية الإخطار والتعليق عليها.

Résumé :

- Parmi les fondements et les éléments essentiels de l'Etat de droit, la présence d'un système de contrôle vigoureux et efficace, le fondateur constitutionnel Algérien a adopté l'outil du conseil dans ce domaine pour assurer la primauté de la constitution, à travers le contrôle constitutionnel sur la lois, les traités, les accords, et les élections nationales ou les référendum.
- L'un des moyens de faire notification par le juge constitutionnel, la notification à fait l'objet de modification dans les constitutions Algérienne, Tunisiennes, et Marocaines.
- En cet article, nous allons essayer de mettre en relief les principaux amendements constitutionnels survenus dans le processus de notification et nous donnons des commentaires.

الكلمات المفتاحية: النظام القانوني و الدستوري، دولة القانون، المجلس الدستوري،
السيادة الشعبية.

مقدمة:

يعتبر المجلس الدستوري الجزائري أحد أهم الأجهزة الرقابية للعملية الانتخابية، ففي الجزائر أنشئ المجلس الدستوري وكلف بمهام جوهرية بموجب نص دستوري¹، حيث أسس المجلس الدستوري ليعمل على حماية الدستور وضمان سموه، حيث أسندت له مراقبة مدى دستورية القوانين والتنظيمات، وكذا مراقبة السير الديمقراطي للسيادة الشعبية من خلال تدخله لمراقبة العمليات الانتخابية الوطنية والاستفتاءية، وبذلك تنشأ المؤسسة الممثلة للشعب لتمارس السلطة باسمه وعلى أسس صحيحة غير مخالفة للدستور.²

بموجب التعديل الدستوري لسنة 2016، أصبح المجلس الدستوري الجزائري يتكون من اثني عشر (12) عضواً، أربعة (04) أعضاء من بينهم رئيس المجلس الدستوري ونائب رئيس المجلس الدستوري يعينهم رئيس الجمهورية، واثان (02) ينتخبها المجلس الشعبي الوطني، واثان (02) ينتخبها مجلس الأمة، واثان (02) تنتخبها المحكمة العليا، واثان (02) ينتخبها مجلس الدولة.³

تظهر تشكيلة المجلس الدستوري الجزائري مختلطة، منسجمة مع اختصاصاته المختلفة (السياسية والقضائية)، فعضوية أعضاء الغرفتين بالمجلس تستجيب للاختصاصات السياسية والمتمثلة أساساً في الرقابة الدستورية، كما أن عضوية القضاة تستجيب للاختصاصات القضائية ولاسيما تلك المتعلقة بالمنازعات الانتخابية.⁴

على عكس الجزائر نجد المغرب انتقل من نظام الغرفة الدستورية على مستوى المجلس الأعلى إلى نظام المجلس الدستوري، إذ نصت دساتير 1962، 1970، 1972 على إنشاء غرفة دستورية على مستوى المجلس الأعلى في بابها العاشر، وبحكم المعطيات السياسية والدستورية ظهر دور هذه الغرفة الدستورية ضعيفاً جداً بالقياس مع المهمة التي كانت منتظرة منها، وعليه جاء دستور 04 سبتمبر 1992 في الباب السادس منه بالنص على المجلس الدستوري المغربي كمؤسسة مستقلة إدارياً ومالياً وتنظيمياً، وازداد عدد أعضائه من سبعة (07) أعضاء إلى تسعة (09) أعضاء، وبموجب دستور 2011 الأخير، تم استحداث بموجب نص المادة 129 من الدستور محكمة دستورية، معلناً بذلك المؤسس الدستوري عن انتقاله من نظام المجلس إلى نظام المحكمة، وفي نص المادة 132 منه، تم تحديد اختصاصات هذه المحكمة الدستورية المغربية كهيئة دستورية تسهر وجوباً على رقابة الأنظمة الداخلية للبرلمان وعلى القوانين العضوية والانتخابات البرلمانية وعمليات الاستفتاء.

بالنسبة لتونس، تم تكليف المجلس الدستوري بالنظر في مشاريع القوانين التي يعرضها عليه رئيس الجمهورية بغرض إبداء رأيه في مدى مطابقتها للدستور، وهذا بتاريخ 16 ديسمبر 1987 بموجب مرسوم رئاسيا أصدره رئيس الجمهورية، وهكذا اعتبر هذا المجلس أول هيئة يتم إنشاؤها بتونس لتتولى مهمة الرقابة الدستورية على مشاريع القوانين، بعدها تم ترقية المجلس الدستوري التونسي إلى مؤسسة دستورية تم النص عليها من خلال البان التاسع بعد التعديل الذي مس الدستور التونسي بتاريخ 06 نوفمبر 1995، وأصبح يكون من تسعة (09) أعضاء، وبعدها عرف المجلس الدستوري التونسي تطورا ملحوظا في حجية آرائه واستقلاليتته وتقوية صلاحياته،⁵ وبموجب دستور 2014 الأخير، أقر المؤسس الدستوري التونسي بنظام المحكمة الدستورية، حيث جاء في الفصل 118 من دستور 2014 أن المحكمة الدستورية هيئة قضائية مستقلة تتركب من اثني عشر (12) عضوا، وبذلك يكون المؤسس الدستوري التونسي قد حذو المؤسس الدستوري المغربي بالانتقال من نظام المجلس إلى نظام المحكمة.

وللقاضي الدستوري طرق وإجراءات يجسد بها مهامه، من بين ذلك الإخطار، حيث عرف الإخطار على أنه ذلك الإجراء الذي يسمح عن طريقه للقاضي الدستوري أن يتصل بعمله ويقوم بمهامه.⁶

والملاحظ أن موضوع إخطار المجلس الدستوري الجزائري كان محل تعديل من قبل المؤسس الدستوري الجزائري، كما أن طرق إجراءات الإخطار لها من الأهمية ما لها سواء من حيث ارتباطها بمسألة الحقوق والحريات أو ارتباطها بعمل المجلس الدستوري واستقلاليتته، فلا يمكن لهذا الأخير مباشرة أغلب تصرفاته وصلاحياته من دون أن تخطر الجهات المخولة بذلك قانونا.

وعليه سنحاول التطرق في هذه الورقة البحثية إلى جهات وطرق وإجراءات إخطار القاضي الدستوري الجزائري مع دراسة مقارنة بما هو معتمد في كل من تونس والمغرب. وعليه، عكف المؤسس الدستوري الجزائري، ونظيره التونسي والمغربي على توسيع الإخطار ليشمل هيئات جديدة، كما تم تحديد الأجال القانونية للفصل في موضوع الإخطار، وبقي كل ما تعلق بإجراءات الإخطار من اختصاص التنظيم، وهنا يثور إشكال حول علاقة الإخطار بمهام القاضي الدستوري، وهل وفق المؤسس الدستوري في تنظيم عملية الإخطار؟

وللإجابة على هذه الإشكالية، ارتأينا معالجة هذا الموضوع من خلال تقسيمه إلى محورين، المحور الأول يتعلق بالجهات المخولة دستوريا بإخطار القاضي الدستوري،

والمحور الثاني نتناول فيه ضوابط ممارسة حق إخطار القاضي الدستوري.

المحور الأول: الجهات المخولة دستوريا بإخطار القاضي الدستوري

سنحاول التطرق في هذا المحور الأول إلى الهيئات المخولة لها دستوريا إخطار المجلس الدستوري في كل من الجزائر، تونس، والمحكمة الدستورية في المغرب وفقا للتعديل الدستوري الجديد، وعليه سنتناول أولا الهيئات المكلفة بإخطار المجلس الدستوري الجزائري وفقا للتعديل الدستوري لسنة 2016، ثم الهيئات المكلفة بإخطار المحكمة الدستورية التونسية وفقا للتعديل الدستوري لسنة 2014، وأخيرا نتناول الهيئات المكلفة بإخطار المحكمة الدستورية المغربية وفقا للتعديل الدستوري لسنة 2011.

أولا: الهيئات المكلفة بإخطار المجلس الدستوري الجزائري وفقا للتعديل الدستوري 2016

قبل التعديل الدستوري الأخير، كان هناك تضيق في مجال الإخطار، بحصره في شخصيات ثلاث والمثلة في كل من رئيس الجمهورية ورئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة فحسب، وبما أن لكل جهة من هذه الجهات دور في اتخاذ الأعمال أو التصرفات القانونية التي تخضع لرقابة المجلس الدستوري، تساءل البعض كيف لهيئات ساهمت، كل في حدود صلاحياتها الميينة دستوريا في سن قانون ما، أن تبادر هي نفسها إلى إثارة عدم دستوريته؟⁷

هذا التساؤل تم إبعاده ولو بصورة نسبية بعد صدور القانون 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري، حيث أن المؤسس الدستوري الجزائري طبقا لنص المادة 187 كان يهدف من ورائها إلى توسيع الإخطار، حيث مكن بالإضافة إلى الجهات المذكورة أعلاه كل من الوزير الأول، وخمسين (50) نائبا من المجلس الشعبي الوطني، و ثلاثين (30) عضوا من مجلس الأمة، من إخطار المجلس الدستوري، وهو ما من شأنه تفعيل أداء المؤسسات والعمل الرقابي في نفس الوقت، كما يهدف على العموم إلى حماية الحقوق والحريات الفردية والجماعية، كما تم توسيع إخطار المجلس الدستوري لأول مرة أمام المواطنين وذلك عن طريق الدفع بعدم الدستورية، وفق الشروط والإجراءات المنصوص عليها في المادة 188، والتي سيحدد المشرع الجزائري كيفية تطبيقها بقانون عضوي، وهو ما من شأنه حماية حقوق وحريات الأفراد المضمونة دستوريا من جهة، وتعزيز دور المجلس الدستوري ومكانته الدستورية من جهة أخرى، مع العلم أن المؤسس الدستوري الجزائري أبقى طبقا لنص المادة 186 من الدستور حق إخطار

المجلس الدستوري في مجال الرقابة الدستورية القبلية والوجوبية للقوانين العضوية وكذا الرقابة الدستورية للنظام الداخلي للبرلمان لرئيس الجمهورية وحده.

بالنسبة لاحتفاظ المؤسس الدستوري الجزائري بأهلية كل من رئيس الجمهورية ورئيسي غرفتي البرلمان في إخطار المجلس الدستوري الجزائري، فيمكن القول أولاً أن رئيس الجمهورية باعتباره حائز على وكالة شعبية بموجب الانتخاب العام والمباشر، بالإضافة إلى أنه حامي الدستور وحقوق وحرّيات المواطنين بموجب النصوص الدستورية المدرجة في الدستور، منح على أساس ذلك حق إخطار المجلس الدستوري إلى جانب كل من رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة لكونهما يتصرفان باسم منتخب الشعب،⁸

أما بالنسبة لتوسيع دائرة الإخطار لتشمل الوزير الأول، فبالنظر لمكانته الدستورية، والصلاحيات والمهام الموكلة له وبالأخص تنفيذ القوانين والتنظييات، كان على المؤسس الدستوري الجزائري على غرار المؤسس الدستوري التونسي والمغربي، منح حق الإخطار للوزير الأول وهو ما يؤدي دائماً إلى دعم الرقابة وتعزيز دور المجلس الدستوري.

ويمكن القول أن استجابة المؤسس الدستوري كذلك للمطالب الرامية لمنح نواب البرلمان حق إخطار المجلس الدستوري في مجال الرقابة على دستورية القوانين ساعد على منع إقصاء الأقلية المعارضة من مجال الإخطار تماشياً مع مبدأ التعددية السياسية، فأكد استعمال المعارضة لحقها في الإخطار سيخرج المجلس الدستوري من دائرة الجمود، وعليه فمنح حق الإخطار للمعارضة البرلمانية إنما هو تعديل هام وجب تثمينه.

أما بالنسبة لمنح المواطن حق إخطار المجلس الدستوري حول مدى دستورية نص قانوني سيتم الفصل بمقتضاه في النزاع المطروح أمام القضاء، فيمكن القول أنه كان أكثر من ضروري بالنظر إلى الهدف الذي يسعى لأجله المجلس الدستوري عند الوقوف على دستورية القوانين، ألا وهو احترام الحقوق والحريات للمواطن، فكيف لا يتم منح هذا الأخير حق الإخطار خاصة في ظل العلاقة التي تربط المواطن بالبرلمان، بالإضافة إلى تفعيل الدور الرقابي للمجلس الدستوري في مجال دستورية القوانين.

في الأخير، نلاحظ أنه لم يتم دسترة أهلية المجلس الدستوري في فحص مدى دستورية القوانين والتنظييات والاتفاقيات الدولية بصفة آلية أو تلقائية، ويعود ذلك حسب رأينا إلى أن المجلس الدستوري بهذه الحالة يصبح خصماً وحكماً في الوقت نفسه، كما أن احتمال تسييس الرقابة على دستورية القوانين يصبح وارداً بقوة في هذه الحالة.

وعليه، تم توسيع الإخطار بما يتماشى وصلاحيات المجلس الدستوري الجزائري وكذا تعزيز دوره، بالإضافة إلى ضمان مشاركة المواطن في سمو الدستور.

ثانيا: الهيئات المكلفة بإخطار المحكمة الدستورية التونسية وفقا للتعديل

الدستوري 2014

أما الدستور التونسي لسنة 2014⁹ فقد نص على اختصاص المحكمة الدستورية بمراقبة دستورية القوانين التي تم إحالتها من المحاكم عن طريق الدفع بعدم الدستورية من قبل أحد المواطنين، وكذا دستورية النظام الداخلي للبرلمان، وكذا المعاهدات، ومشاريع القوانين الدستورية، ومشاريع القوانين العادية، وهذا دون الإشارة إلى دستورية العمليات الانتخابية والاستفتاءية، طبقا للفصل 120 من الدستور، كما نص على الجهات المخولة لها دستوريا إخطار المحكمة الدستورية، فإلى جانب رئيس الجمهورية، نجد رئيس الحكومة، رئيس مجلس نواب الشعب، ثلاثون (30) عضوا من أعضاء مجلس نواب الشعب، إلى جانب الدفع بعدم الدستورية من قبل أي مواطن يكون أمام جهة قضائية ما، طبقا للفصل 120 من الدستور دائما، وعليه نلاحظ أن الجهات المخولة لها دستوريا إخطار المحكمة الدستورية هي نفسها تلك التي اعتمدها المؤسس الدستوري الجزائري في التعديل الأخير، وعليه نلاحظ أنه تم توسيع دائرة الإخطار لتشمل حتى المواطنين الذين يكونون أما جهات قضائية للفصل في نزاع معين، إلا أن المؤسس الدستوري التونسي هو الآخر لم يمنح حق المحكمة الدستورية في فحص دستورية قانون ما من تلقاء نفسها.

ثالثا: الهيئات المكلفة بإخطار المحكمة الدستورية المغربية وفقا للتعديل

الدستوري 2011

نص الدستور المغربي لسنة 2011¹⁰ في الفصل 132 منه على أنالجهات المخولة دستوريا بإحالة القوانين قبل إصدار الأمر بتنفيذها إلى المحكمة الدستورية لتبت في مطابقتها للدستور تتمثل في الملك، رئيس الحكومة، رئيس مجلس نواب الشعب، رئيس مجلس المستشارين، خمسة (05) أعضاء مجلس النواب، أربعون (40) عضو من أعضاء مجلس المستشارين، كما تختص المحكمة بالنظر في كل دفع متعلق بعدم دستورية قانون، أثير أثناء النظر في قضية مطروحة أمام القضاء، طبقا للفصل 133 من الدستور، وهو ما تبناه الدستور الجزائري في توسيع الإخطار، إلا أن الدستور المغربي قد عزز أكثر توسيع الإخطار عند إعلانه عن إمكانية إخطار خمسة (05) نواب فقط المحكمة الدستورية، كما نلاحظ دائما أن المؤسس الدستوري المغربي بدوره لم يمكن المحكمة الدستورية المغربية من التحرك من تلقاء نفسها لفحص مدى دستورية قانون ما.

وعليه، يمكن القول أن المؤسس الدستوري الجزائري عمل على توسيع جهات إخطار المجلس الدستوري من أجل تعزيز دوره وصلاحياته من جهة، وتحقيقا للديمقراطية والإرادة الشعبية من جهة أخرى، والملاحظ في هذا الشأن أن كل من المؤسس الدستوري التونسي والمؤسس الدستوري المغربي عملا على توسيع دائرة الإخطار ومزج عملية الإخطار من قبل السلطات مع عملية إخطار المواطنين أثناء الفصل في نزاع مطروح أمام القضاء.

أما عن ضوابط ممارسة حق إخطار القاضي الدستوري، من خلال إجراءات وآجال إخطار المجلس الدستوري، فيمكن تناولها من خلال ما أقره المؤسس الدستوري الجزائري، ثم الدستور التونسي، وبعدها الدستور المغربي.

المحور الثاني: ضوابط ممارسة حق إخطار القاضي الدستوري:

يقصد بضوابط ممارسة حق الإخطار موضوع الإخطار، ثم الإجراءات القانونية المتبعة في ممارسة الإخطار، وكذا آجال الإخطار سواء من خلال المدة القانونية اللازمة للإخطار من جهة، ومن خلال المدة القانونية اللازمة للفصل في موضوع الإخطار، وذلك بداية فيما تناوله الدستور الجزائري المعدل بالقانون 01 / 16، ثم فيما تناوله الدستور التونسي لسنة 2014، وأخيرا فيما تناوله الدستور المغربي لسنة 2011.

أولا: ضوابط ممارسة حق إخطار القاضي الدستوري في الدستور الجزائري

تكمن عملية الإخطار في شكل رسالة توجه إلى رئيس المجلس الدستوري، وهذا طبقا لنص المادة 8 من النظام الداخلي المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري لسنة 2016¹¹

فبالنسبة لرقابة المجلس الدستوري الجزائري للقوانين العضوية، فهي رقابة سابقة لصدور القانون العضوي ومازمة، يتم الإخطار فيها من قبل رئيس الجمهورية، وهذا طبقا لنص المادة الأولى من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري لسنة 2016، والأمر نفسه ينطبق على رقابة المجلس الدستوري للنظام الداخلي للبرلمان، أين يتم الفصل فيها برأي وجوبي في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإخطار طبقا لنص المادة الثالثة من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، كما يتم الفصل في دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات طبقا لنص المادة الخامسة من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، ويتم إخطار المجلس الدستوري في هذا المجال من إحدى الهيئات المكلفة بذلك والتي نص عليها الدستور صراحة.

أما بالنسبة للطريق الجديد الذي شقه المؤسس الدستوري في مجال الدفع بعد دستورية القوانين، فقد نص النظام الداخلي للمجلس الدستوري المحدد لقواعد عمله في نص المادة التاسعة التاسعة على أنه يمكن إخطار المجلس الدستوري عن طريق الدفع بعد الدستورية بناء على الإحالة، إما من قبل المحكمة العليا أو مجلس الدولة، ويتم الفصل فيها بقرار.

أما بالنسبة لمضمون رسالة الإخطار، فإنه وطبقا لنص المادة 10 من النظام الداخلي للمجلس، وفي حالة إخطار من قبل نواب المجلس الشعبي الوطني أو مجلس الأمة، فإن رسالة الإخطار يجب أن تتضمن الحكم أو الأحكام موضوع الإخطار، مع وجوب إرفاقها بقائمة أسماء وألقاب وتوقيعات المجلس الشعبي الوطني أو أعضاء مجلس الأمة أصحاب الإخطار، مع إثبات صفتهم بنسخة من بطاقة النائب أو عضو مجلس الأمة.

أما إجرائيا، فيتم تسجيل الإخطار لدى أمانة المجلس الدستوري في سجل الإخطار، ويسلم إشعار باستلامها، وهذا طبقا لنص المادة 13 من النظام الداخلي المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري لسنة 2016، بعدها يعين رئيس المجلس الدستوري مباشرة مقرر أو أكثر من بين أعضاء المجلس يهتم بموضوع الإخطار، حيث يتمتع بالصلاحيات كاملة من أجل دراسة موضوع الإخطار المودع، وهذا عملا بنص المادة 15 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، ويعمل المقرر حينها على جمع المعلومات والوثائق المتعلقة بالملف الموكل إليه، مع إمكانية اعتماده على مستشار أو خبير، يستشير في عمله طبقا لنص المادة 16 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، يسلم المقرر في ختام عمله لرئيس المجلس الدستوري وباقي الأعضاء نسخة من الملف موضوع الإخطار مرفقة بمشروع القرار أو الرأي طبقا لنص المادة 17 من النظام الداخلي لعمل المجلس، يجتمع المجلس الدستوري باستدعاء من رئيسه في جلسة مغلقة للفصل في شكل وموضوع الإخطار عن طريق تصويت أعضاء المجلس طبقا لنصوص المواد 18، 19 و 20 من النظام الداخلي لعمل المجلس، يبلغ القرار إلى الجهة التي صدر منها الإخطار، كما يبلغ لرئيس الجمهورية في كل الحالات، أي سواء صدر منه الإخطار أم لم يصدر، طبقا لنصوص المواد 24، 25 و 26 من النظام المحدد لعمل المجلس.

أما فيما تعلق بالرقابة البعدية للقوانين، والطريق الجديد الذي تبناه المؤسس الدستوري الجزائري وهو الدفع بعدم دستورية القوانين، فقد نصت المادة 9 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري على أنه يتم إخطار المجلس الدستوري في هذه الحالة بناء على إحالة من جهة قضائية، تتمثل أساسا في المحكمة العليا أو مجلس الدولة، ويتم بعدها

الفصل في موضوع الإخطار بنفس الأشكال والإجراءات السالفة الذكر والمنصوص عليها في النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري لسنة 2016.

هذا فيما تعلق بمراقبة مدى مطابقة القوانين والتنظيمات للأحكام الدستور، أما إذا تعلق موضوع الإخطار بالانتخابات الوطنية، سواء كانت رئاسية أو تشريعية، وكذا العملية الاستفتاءية، فيتم الاتصال بالمجلس الدستوري عن طريق الطعون المقدمة بشأن العملية الانتخابية، وهو ما تم تنظيمه بموجب القانون الانتخابي لسنة 2012 وكذا النظام الداخلي المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري لسنة 2016.

أما بالنسبة للآجال، فإنه وطبقا لنص المادة 189 من دستور 1996 المعدل بموجب القانون 01/16، فإن المجلس الدستوري يعطي رأيه أو يصدر قراره لمدة أقصاها ثلاثين (30) يوما من تاريخ إخطاره، تخفض هذه المدة في الظروف الاستثنائية وبطلب من رئيس الجمهورية إلى عشرة (10) أيام، وفي حالة إخطار المجلس الدستوري عن طريق الدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، يتوجب على المجلس الدستوري إصدار قراره خلال أجل أربعة (04) أشهر من تاريخ إخطاره قابل للتمديد مرة واحدة بناء على تسيب يبلغه المجلس إلى الجهة القضائية صاحبة الإخطار، وسيحدد كيفيات ذلك عن طريق التنظيم، وعليه فالمجلس سيتقيد بآجال محددة بداية من تاريخ إخطاره، ثم يحضر القرار أو الرأي.

والجدير بالذكر، أن لا المؤسس الدستوري ولا حتى النظام الداخلي لعمل المجلس حدد الآجال القانونية لعملية الإخطار، حيث أنه لم يتم تقييد حق إخطار المجلس الدستوري بآجال قانونية ماعدا في ما تعلق بالانتخابات الوطنية والاستفتاءية، فإن المشع الانتخابي الجزائي حدد آجالا قانونية لتقديم الطعون الانتخابية بحسب الحالة والمرحلة تحت طائلة بطلان الطعن شكلا.

ثانيا: ضوابط ممارسة حق إخطار القاضي الدستوري في الدستور التونسي

يتم إيداع الطعن لدى كتابة المحكمة ويسجل طبقا لنص المادة 48 من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية التونسية لسنة 2015،¹² ثم يعلم على الفور رئيس المحكمة كل من رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة ورئيس مجلس نواب الشعب بالطعن بعدم الدستورية وتوجيه نسخة من الملف إليه، ويعلم رئيس مجلس نواب الشعب فوراً أعضاء المجلس بذلك.

ونشير إلى أن المحكمة الدستورية التونسية، وعلى عكس ما تناوله النظام الداخلي لعمل المجلس الدستوري الجزائري، لا تختص المحكمة الدستورية التونسية بالنظر في صحة الانتخابات الوطنية والعملية الاستفتاءية، وهي بذلك لا تتلقى الطعون المتعلقة بها وتعمل على الفصل فيها في الآجال المحددة، وعليه، فإن القانون الأساسي للمحكمة الدستورية التونسية لم يتعرض إطلاقاً لرقابة المحكمة الدستورية للعملية الانتخابية، حيث أن رقابة الانتخابات لا تدخل في صلاحيات المحكمة الدستورية التونسية طبقاً لنص المادة 120 من دستور تونس لسنة 2014.

بالنسبة للآجال، وعلى عكس المشرع الجزائري، حدد المشرع التونسي أجل رفع الطعن بعدم دستورية مشاريع القوانين بأجل أقصاه سبعة أيام من تاريخ مصادقة مجلس نواب الشعب على مشروع القانون في صيغة أولى أو من تاريخ مصادقته عليه في صيغة معدلة بعد رده، طبقاً للفصل 45 من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية التونسية لسنة 2015.

كما تلتزم المحكمة الدستورية التونسية بالبت في الطعون الواردة في أجل أقصاه خمسة أربعين (45) يوماً من تاريخ تسجيلها بكتابة المحكمة، وهو ما نص عليه أيضاً الفصل 121 من دستور تونس لسنة 2014، ويقلص الأجل إلى خمسة (05) أيام فقط في حالة رفع الطعن في قانون المالية، وهذا طبقاً للفصل 50 من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية التونسية.

كما أن في حالة الاستعجال، يمكن لرئيس الجمهورية أو لرئيس الحكومة أو لثلاثين (30) نائباً طلب استعجال النظر مع التعليل، وتلتزم هنا المحكمة بالبت في الطلب في أجل يومين (02) من تاريخ استلام الطعن طبقاً للفصل 51 من القانون الأساسي للمحكمة الدستورية التونسية.

ثالثاً: ضوابط ممارسة حق إخطار القاضي الدستوري في الدستور المغربي

بالنسبة للمحكمة الدستورية المغربية، صدر القانون التنظيمي 066.13 الصادر سنة 2013¹³ بمناسبة تعديل دستور المملكة المغربي سنة 2011 واعتماد نظام المحكمة الدستورية والتخلي عن نظام المجلس الدستوري المعتد في الدساتير السابقة، حيث وطبقاً لنص المادة 21 من القانون التنظيمي 066.13 المتعلق بالمحكمة الدستورية المغربية، رئيس الحكومة هو المكلف بإحالة القوانين التنظيمية التي أقرها البرلمان على الفور إلى المحكمة الدستورية قبل إصدار الأمر بتنفيذها، قصد البت في مطابقتها للدستور، بينما يتولى كل من رئيس مجلس النواب ورئيس مجلس المستشارين على الفور إحالة النظام

الداخلي لمجلس النواب والنظام الداخلي لمجلس المستشارين إلى المحكمة طبقا لنص المادة 22 من القانون 066.13، فحين تشترك كل الجهات المخول لها دستوريا إخطار المحكمة الدستورية في إحالة القوانين وكذا الالتزامات الدولية إلى المحكمة طبقا لنص المادة 22 و 23 من القانون 066.13.

ولقد جاء في نص المادة 26 من القانون 066.13 والفصل رقم 132 من دستور المملكة المغربية أن المحكمة الدستورية المغربية تبت في حالة إخطارها في أجل شهر من تاريخ الإحالة أو الإخطار، غير أن هذا الأجل يخفض في حالة الاستعجال إلى ثمانية (08) أيام، بطلب من الحكومة.

على عكس المحكمة الدستورية التونسية، تبت المحكمة الدستورية المغربية في الطعون المتعلقة بانتخاب أعضاء البرلمان في أجل سنة، من تاريخ انقضاء أجل تقديم الطعون إليها، ويمكن تمديد هذا الأجل وتجاوزه من قبل المحكمة ولكن بشرط وجود قرار معلل من المحكمة.

كما نصت المادة 18 من القانون التنظيمي 14085.13¹⁴ المتعلق بطريقة تسيير اللجان النيابية لتقصي الحقائق على أنه يمكن لرئيس الحكومة أو رئيس مجلس النواب أو رئيس مجلس المستشارين، في حال حدوث خلاف بين الحكومة والمجلس المعني حول تطبيق أحكام القانون التنظيمي قد يحول دون السير العادي للجنة، أن يجي الخلاف على المحكمة الدستورية المغربية، وتبت المحكمة الدستورية، بعد اتخاذ التدابير التي تراها مفيدة للنظر في الخلاف، ولاسيما الحصول على ملاحظات السلطات المعنية، في الأمر داخل أجل أقصاه ثلاثين (30) يوما يحاسب ابتداء من تاريخ إحالة الخلاف عليها.

وعليه، يمكن القول أنه إذا تقاربت الدساتير المغاربية (الدستور الجزائري، الدستور التونسي، الدستور المغربي)، في إجراءات إخطار القاضي الدستوري من قبل الهيئات المكلفة بالإخطار، فإنها اختلفت في الآجال الممنوحة للمجلس أو المحكمة الدستورية في الفصل في موضوع الإخطار.

والملاحظ أيضا أن المؤسس الدستوري التونسي هو الوحيد الذي حدد آجالا قانونية يتم خلالها إخطار المحكمة الدستورية تحت طائلة بطلان إجراء الإخطار شكلا.

خاتمة:

في ختام هذه الورقة البحثية، يمكننا القول أن المؤسس الدستوري الجزائري بمناسبة التعديل الدستوري لسنة 2016 عمل على توسيع الإخطار وتقليص آجال الفصل في موضوع الإخطار، وهذا ما يصب في إيجابيات هذا التعديل، لأن توسيع جهات الإخطار لتشمل كل من الوزير الأول وعدد من نواب البرلمان بغرفتيه والذين قد يمثلون فئة المعارضة البرلمانية وكذا الدفع أمام القضاء بعدم دستورية نص قانوني من قبل متقاضي، من شأنه تعزيز مبدأ الديمقراطية ودور المواطن في الرقابة من جهة، وكذا تعزيز دور المجلس الدستوري وبعثه على أداء مهامه الدستورية مادام أن رقابة المجلس الدستوري التلقائية لدستورية القوانين والتنظيمات والمعاهدات غير واردة.

كما يبدو أن المؤسس الدستوري الجزائري قد حذا حذو المؤسس الدستوري التونسي والمغربي في عملية توسيع الإخطار وتحديد الآجال، فقد عمل كل من المؤسس الدستوري التونسي بمناسبة تأسيس الدستور الجديد للجمهورية التونسية سنة 2014، وكذا المؤسس الدستوري المغربي بمناسبة دستور 2011، على توسيع جهات الإخطار وتحديد الآجال، وتمكين المعارضة البرلمانية وكذا المواطن المتقاضي أمام القضاء وكذا رئيس الحكومة من إخطار القاضي الدستوري، إلا أن المؤسس الدستوري التونسي كان الوحيد والسباق في تحديد آجال قانونية لإخطار المحكمة الدستورية التونسية تحت طائلة رفض الإخطار شكلا.

التهميش:

- 1- أنظر المادتين 182 و 186 من دستور 1996 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 96/438 مؤرخ في 07/12/1996، ج ر رقم 28 مؤرخة في 08/12/1996، المعدل بالقانون رقم 01/16 المؤرخ في 06/03/2016، الصادر في الجريدة الرسمية العدد 14 المؤرخة في 07/03/2016.
- 2- فريد علواش، المجلس الدستوري، التنظيم و الاختصاصات، مقال منشور بمجلة المنتدى القانوني، العدد الخامس، ص 114.
- 3- نص المادة 183 من دستور 1996 المعدل بموجب القانون 01/16 المؤرخ في 06/03/2016.
- 4- مسعود مشهوب، المجلس الدستوري قاضي انتخابات، مقال بمجلة المجلس الدستوري، العدد الأول، سنة 2013، ص 91.

- 5- جمال بن سالم، القضاء الدستوري في الدول المغاربية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون العام، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، الموسم الجامعي 2014 / 2015، ص 26.
- 6- رشيدة العام، المجلس الدستوري - تشكيل وصلاحيات - مقال منشور بمجلة العلوم الإنسانية، الصادرة عن جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد السابع، فيفري من سنة 2005، ص 6.
- 7- عزيز جمام، عدم فعالية الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ص 65.
- 8- رابح بوسالم، المجلس الدستوري الجزائري، تنظيمه وطبيعته، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة الإخوة منتوري قسنطينة، الموسم الجامعي 2004-2005، ص 28.
- 9- دستور الجمهورية التونسية، صادر في 26 جانفي 2014.
- 10- دستور المملكة المغربية، إصدارات مركز الدراسات وأبحاث السياسة الجنائية بمديرية الشؤون الجنائية والعفو، سلسلة نصوص قانونية - سبتمبر 2011 - العدد 19.
- 11- النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري لسنة 2016، الصادر بالجريدة الرسمية العدد 29، المؤرخة في 11 مايو 2016.
- 12- القانون الأساسي للمحكمة الدستورية التونسية لسنة 2015 المؤرخ في 3 ديسمبر 2015، الصادر بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية، بتاريخ 8 ديسمبر 2015، العدد 98.
- 13- القانون التنظيمي 066.13 الصادر سنة 2013 المتعلق بالمحكمة الدستورية المغربية، تم تنفيذه من قبل ظهير شريف رقم 1.14.139 الصادر في 13 أوت 2014، الجريدة الرسمية العدد 6288، المؤرخة في 4 سبتمبر 2014.
- 14- مذكرة تقديم لمشروع القانون التنظيمي رقم 085.13 الصادر سنة 2013 المتعلق بطريقة تسيير اللجان النيابية لتقصي الحقائق، يلغي أحكام القانون التنظيمي رقم 5.95، كما وقع تغييره وتتميمه بالقانون التنظيمي رقم 54.00 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.01.290 بتاريخ 5 نوفمبر 2001.

قائمة المراجع:

- 1- النصوص القانونية:
 - دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي 438/96 مؤرخ في 07/12/1996، ج ر رقم 28 مؤرخة في 08/12/1996، المعدل بالقانون رقم 01/16 المؤرخ في 06/03/2016، الصادر في الجريدة الرسمية العدد 14 المؤرخة في 07/03/2016.
 - دستور الجمهورية التونسية، صادر في 26 جانفي 2014.

- دستور المملكة المغربية، إصدارات مركز الدراسات وأبحاث السياسة الجنائية بمديرية الشؤون الجنائية والعفو، سلسلة نصوص قانونية - سبتمبر 2011 - العدد 19.
- القانون الأساسي للمحكمة الدستورية التونسية لسنة 2015 المؤرخ في 3 ديسمبر 2015، الصادر بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية، بتاريخ 8 ديسمبر 2015، العدد 98.
- القانون التنظيمي 066.13 الصادر سنة 2013 المتعلق بالمحكمة الدستورية المغربية، تم تنفيذه من قبل ظهر شريف رقم 1.14.139 الصادر في 13 أوت 2014، الجريدة الرسمية العدد 6288، المؤرخة في 4 سبتمبر 2014.
- مذكرة تقديم لمشروع القانون التنظيمي رقم 085.13 الصادر سنة 2013 المتعلق بطريقة تسيير اللجان النيابية لتقضي الحقائق، يلغي أحكام القانون التنظيمي رقم 5.95، كما وقع تغييره وتتميمه بالقانون التنظيمي رقم 54.00 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.01.290 بتاريخ 5 نوفمبر 2001.
- النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري لسنة 2016، الصادر بالجريدة الرسمية العدد 29، المؤرخة في 11 مايو 2016.

2- الرسائل والمذكرات الجامعية:

- جمال بن سالم، القضاء الدستوري في الدول المغاربية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون العام، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، الموسم الجامعي 2014/2015.
- رابح بوسالم، المجلس الدستوري الجزائري، تنظيمه وطبيعته، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة الإخوة منتوري قسنطينة، الموسم الجامعي 2004-2005.
- عزيز جمام، عدم فعالية الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية.
- 3- المقالات العلمية:
- رشيدة العام، المجلس الدستوري - تشكيل وصلاحيات - مقال منشور بمجلة العلوم الإنسانية، الصادرة عن جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد السابع، فيفري من سنة 2005.
- فريد علواش، المجلس الدستوري، التنظيم والاختصاصات، مقال منشور بمجلة المنتدى القانوني، العدد الخامس.
- مسعود مشهوب، المجلس الدستوري قاضي انتخابات، مقال بمجلة المجلس الدستوري، العدد الأول، سنة 2013.

مسؤولية إسرائيل عن الجرائم

ضد الإنسانية في فلسطين

أ. أمينة حليلالي

كلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة يحي فارس بالمدينة

الملخص:

لقد بلغت الانتهاكات الإسرائيلية لحقوق المواطن الفلسطيني حدا من الجسامة لا يمكن معه للعالم أن يبقى متفرجا، وما يزال الاحتلال الإسرائيلي يضرب بعرض الحائط جميع قرارات الشرعية الدولية، ويرفض تحمل مسؤولياته التي تفرضها عليه اتفاقيات جنيف كمحتل بشأن حماية المدنيين. وفي الوقت الذي حان فيه محاسبة إسرائيل عن الانتهاكات الجسيمة التي ارتكبتها في بقاع عديدة من العالم العربي وفي فلسطين بشكل خاص، سنحاول في هذه الدراسة تسليط الضوء على أشنع الجرائم التي ارتكبتها إسرائيل في فلسطين والتي مست فيها بشكل خاص حقوق الإنسان، التي أصبحت مقدسة بموجب المبادئ والنصوص الدولية، وبالتالي سنحاول وضع هذه الجرائم ضمن تسميتها وتصنيفها في ظل ما جاء به القانون الدولي الجنائي ومبادئ النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

الكلمات الدالة: القانون الدولي - حقوق الإنسان - المحكمة الجنائية الدولية - اتفاقيات

جنيف.

Résumé:

Les violations israéliennes des droits des citoyens palestiniens ont atteint leurs limites, auquel le monde ne peut pas rester sans rien dire, surtout que l'occupant israélien rejette toutes les résolutions de la légitimité internationale, et refuse d'assumer ses responsabilités envers la communauté internationale et surtout les Conventions de Genève sur la protection des civils.

Or, il est temps de tenir Israël pour responsable des graves violations commises contre le monde arabe et la Palestine en particulier, et pour cela nous allons essayer dans cette étude de mettre en évidence les crimes commises par

Israël en Palestine, et qui touche particulièrement les droits de l'homme, qui sont devenus sacrée sous les principaux textes internationaux, et par conséquent inclure ces crimes dans le cadre du Statut de la Cour Pénale Internationale.

مقدمة:

إن تطور القانون الدولي الجنائي - الذي يعتبر من أهم جوانب القانون الدولي - ساهم إلى حد كبير في وضع آليات لحماية حقوق الإنسان، حيث يتضمن مجموعة من القواعد القانونية التي تسري على الأفعال التي تشكل انتهاكا خطيرا للقانون الدولي العام، والتي تتولى عقاب مرتكبيها باسم المجتمع الدولي، لاسيما في الشق القضائي منه، فقد عمل على ضمان أحكام عادلة لكل من يقع ضحية لأكثر الجرائم جسامة.

كذلك نجد ما لعبته المحكمة الجنائية الدولية من دور كبير في مجال حماية حقوق الإنسان، حيث جاء في نظامها الأساسي الجرائم الجسيمة التي تنتهك فيها حقوق الإنسان بشكل خطير أو ما يسمى بالجرائم ضد الإنسانية، لذلك فالإشكال الذي يثور هنا حول: تحديد الجرائم ضد الإنسانية؟ وماهي الأفعال التي أدرجها القانون الدولي الجنائي التي تحت هذا المسمى؟ وكيف تتم مسائلة إسرائيل عن ارتكاب هذه الجرائم أمام المحكمة الجنائية الدولية؟

للإجابة على هذه الإشكالية ارتأيت معالجة الموضوع بالتطرق إلى مفهوم الجرائم ضد الإنسانية في محور أول، ثم تحديد الأفعال التي تندرج تحتها، وإسقاطها على الممارسات التي قامت بها إسرائيل في غزة في مبحث ثان.

المحور الأول: مفهوم الجرائم ضد الإنسانية.

إن القانون الدولي الجنائي لا يعاقب على كل الجرائم الدولية، وإنما يعاقب على الجرائم الأشد خطورة التي تمس القيم العليا للمجتمع الدولي بأسره، حيث تأتي خطورة هذه الجرائم من كونها ترتكب بشكل منتظم وعلى نطاق واسع، ولكي يتم تحديد مفهوم الجريمة الدولية التي يعاقب عليها القانون الدولي الجنائي وحتى نتمكن من تمييزها عن غيرها من الجرائم، لا بد أن يتضمن ذلك العناصر التي تشكل الأركان العامة لها التي تتمثل فيما يلي:

-الركن المادي: يتمثل في القيام بسلوك معين قد يكون ايجابيا أو سلبيا، كما أن هذا السلوك لا بد أن يكون غير مشروع لأن القانون يجرمه، وبالتالي فهو يسبغ عليه صفة عدم المشروعية، وتعد الصفة غير المشروعة للسلوك الركن المادي للجريمة.

-الركن المعنوي: يتعين أن يصدر فيه السلوك غير المشروع عن إرادة إجرامية، أي أن يصدر عن شخص يكون محلا للمسائلة الجنائية، شرط أن تكون قد توافرت لديه أهلية المسائلة الجنائية.

-الركن الدولي: يجب بموجب هذا الركن أن يصدر السلوك غير المشروع، عن فرد باسم الدولة أو بتشجيع منها وبرضاها، ويمثل هذا العنصر أهمية قصوى إذ أن محل المسؤولية الجنائية في الجريمة الدولية هو الفرد، أي الشخص الطبيعي الذي ارتكب الجريمة الدولية وليس الدولة.

-الركن الشرعي: يتعين أن يكون من شأن هذا السلوك غير المشروع الصادر عن إرادة إجرامية، ومن قبل شخص باسم الدولة أو برضاها أو بتشجيع منها، أن يكون مجرما ومنصوص العقاب عليه بموجب القانون الدولي، وخصوصا بموجب القانون الدولي الجنائي عن طريق الجزاء الجنائي¹.

وتعد الأفعال المنتهكة للقواعد الدولية الخاصة بحقوق الإنسان، من الأفعال التي تشكل جرائم دولية خطيرة، خاصة أنها تمس بالقيم العليا للمجتمع الدولي، ولتحديد الجرائم التي ترتكب في حق الإنسان، والتي تشكل في مجموعها الجرائم ضد الإنسانية، لا بد من النظر في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، وذلك من خلال استقراء المواد 6 إلى 8 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية حيث نجد أنها لا تختص بالنظر إلا في الجرائم الخطيرة والجسيمة، أما الجرائم الأخرى الأقل خطورة فقد تركت للمحاكم الدولية الأخرى أو الداخلية للنظر فيها².

وتعد الجرائم ضد الإنسانية حديثة العهد نسبيا على الصعيد القانوني الدولي، وفي بعض القوانين الوطنية، فبعد الحرب العالمية الأولى، أسس الحلفاء سنة 1919 لجنة للتحقق في جرائم الحرب التي ارتكبتها الألمان، وعلاوة على تلك الجرائم، وجدت اللجنة أيضاً أنها ارتكبت «جرائم ضد قوانين الإنسانية» حيث أنهم قتلوا المواطنين والسكان المدنيين خلال الحرب، وقد اعترضت الولايات المتحدة الأمريكية واليابان بقوة على تجريم مثل تلك الأفعال، على أساس أن الجرائم ضد قوانين الإنسانية تعد انتهاكات للقانون الأخلاقي وليس للقانون الوضعي³.

كما أنه لم يكن للجرائم ضد الإنسانية تعريف مستقل عن جرائم الحرب، إلا بعد الحرب العالمية الثانية عندما تطرقت لها المادة 6 الفقرة ج من النظام الأساسي للمحكمة العسكرية نورمبرغ⁴، حيث عرفت كما يلي:

«القتل العمد، الإبادة، الاسترقاق، الإبعاد، والأفعال اللاإنسانية الأخرى المرتكبة ضد أية مجموعة من السكان المدنيين قبل الحرب أو أثناءها أو الاضطهادات لأسباب سياسية، عرقية أو دينية، تنفيذا لأي من الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة وارتباطا بهذه الجرائم سواء كانت تشكل انتهاكا للقانون الوطني للدولة التي ارتكبت فيها أم لا تشكل ذلك»⁵.

أما النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة، فقد عرف الجرائم ضد الإنسانية في نص المادة 5 منه كما يلي:

«سوف تمارس المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة الاختصاص بمقاضاة الأشخاص المسؤولين عن الجرائم التالية عندما ترتكب في النزاعات المسلحة سواء كانت ذات طبيعة دولية أو داخلية، أو تكون موجهة ضد أية مجموعة من السكان المدنيين:

القتل العمد، الإبادة، الاسترقاق، الإبعاد، السجن، التعذيب، الاغتصاب الاضطهاد لأسباب سياسية، عرقية أو دينية، الأفعال اللاإنسانية الأخرى»⁶.

وقد ورد ذكر الجرائم ضد الإنسانية في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لرواندا في المادة 3 منه، حيث جاء فيها مايلي: « سيكون للمحكمة الجنائية الدولية في رواندا الاختصاص بمقاضاة الأشخاص المسؤولين عن الجرائم التالية عندما ترتكب كجزء من هجوم واسع النطاق أو منهجي ضد أية مجموعة من السكان المدنيين لأسباب قومية، سياسية، إثنية، عرقية أو دينية:

القتل العمد، الإبادة، الاسترقاق، الإبعاد، السجن، التعذيب، الاغتصاب، الاضطهاد لأسباب سياسية، عرقية أو دينية، الأفعال اللا إنسانية الأخرى»⁷.

وبذلك نجد أن هذه المادة أضافت جرائم السجن والتعذيب والاغتصاب التي لم يتم ذكرها في نظام المحكمة العسكرية نورمبرغ، وقد وردت نفس الجرائم السابقة في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية برواندا في المادة 3 منه، حيث جاءت بتعريف الجرائم ضد الإنسانية والتي تختلف عن سابقتها في عدم ذكر عبارة «النزاع المسلح»، بل أنه اشترط «وجود هجوم واسع النطاق».

ولقد توالت الاجتهادات الفقهية في تعريف الجرائم ضد الإنسانية وتطوير مفهومها، وتواصلت المؤتمرات الدولية واللجان المختصة للسعي لإيجاد تعريف شامل، حتى يعد المرجعية الثابتة لمفهوم الجرائم ضد الإنسانية للعمل به كتشريع دولي، إلى أن تكللت الجهود الدولية بالوصول إلى نظام المحكمة الجنائية الدولية، والذي أوجد لها تعريفا شاملا من خلال المادة 7 منه، حيث عدد فيها الأفعال التي يشكل ارتكابها في إطار «هجوم واسع

النطاق أو منهجي موجه ضد أية مجموعة من السكان المدنيين جريمة ضد الإنسانية. 8. ولم يشترط نظام المحكمة الدولية الجنائية في المادة 07 منه ارتكاب الأفعال المشكلة للركن المادي في الجريمة ضد الإنسانية «في إطار نزاع مسلح دولي»، مما يشكل تطورا في مفهومها الذي صاغته وحددت مقوماته القواعد العرفية السابقة، وما نستخلصه من نص هذه المادة أن الجرائم ضد الإنسانية قد ترتكب في زمن السلم كما في زمن الحرب، وبذلك فإنه قد تم تصحيح الخطأ الذي ورد في نصوص المحاكم الدولية السابقة التي اشترطت قيام حالة الحرب لارتكاب الجرائم ضد الإنسانية⁹.

المحور الثاني: صور الجرائم ضد الإنسانية التي ارتكبتها إسرائيل في فلسطين
تفنتت إسرائيل في كسر كل قواعد القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان، وكل العهود والمواثيق والأعراف الدولية، فاقترفت أشنع الجرائم التي تختص بالنظر فيها المحكمة الجنائية الدولية، وهي جرائم الإبادة الجماعية وجرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية وجريمة العدوان¹⁰، وخاصة الجرائم ضد الإنسانية التي ورد ذكر الأفعال والصور التي تشكلها في المادة 7 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، وهي تتمثل في أعمال الاعتداء اللاإنساني الصارخ الذي يصيب المصالح الجوهرية لشخص أو لمجموعة من الأشخاص أو السكان المدنيين، وقد أوردت هذه المادة الأفعال التي تمثل الركن المادي للجرائم ضد الإنسانية، حيث جاءت على سبيل المثال لا الحصر وهي تتمثل في:

-**القتل العمد¹¹**: يشترط أن يرتكب ذلك الفعل كجزء من هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد مجموعة من السكان المدنيين، ويشترط علم المتهم بأن هذا التصرف جزء من هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد مجموعة من السكان المدنيين أو ينوي أن يكون هذا التصرف جزءا من الهجوم، وهو شرط أساسي حتى يتم التمييز بينه وبين جرائم القتل العمد التي تختص المحاكم الوطنية بالنظر فيها¹².

ومن الجرائم ضد الإنسانية التي ارتكبتها إسرائيل في حق الفلسطينيين، نجد مذابح صبرا وشتيلا عام 1982، التي راح ضحيتها أكثر من 1800 شخصا من الفلسطينيين واللبنانيين من الرجال والنساء والأطفال، ثم مذبحة مخيم جنين في فلسطين عام 2002، وما تزال جرائم القتل العمد متوالية ومتتالية للجيش الإسرائيلي على قطاع غزة لسنوات 2008 و2009 و2012 و2014، إذ يعتبر القتل العمد الذي تقوم به إسرائيل في قطاع غزة من الجرائم ضد الإنسانية، خاصة أنها تعلم بأن هذا الهجوم سيسفر عن خسائر تبعية

في الأرواح أو عن إصابات بين المدنيين 13.

-الإبادة: هناك تشابه بين جريمة الإبادة الواردة بالمادة 7 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، وبين جريمة الإبادة الجماعية الواردة في المادة 6 من نفس النظام الأساسي، لكن الفرق يبرز في أن مفهوم الإبادة الجماعية في المادة 6 يكون فيه الباعث إهلاك جماعة معينة، أو جزء منها لأسباب قومية أو دينية أو عرقية، في حين أن جريمة الإبادة في المادة 7 تعد ضمن الجرائم ضد الإنسانية، فهي أي فعل تتحقق به جريمة الإبادة تقع على سكان المدنيين كلهم أو جزء منهم، في إطار هجوم واسع النطاق ومنظم ينتج من سياسة الدولة أو المنظمة التي تمثلها، وفي هذا يكمن الخلاف بين جريمة الإبادة الجماعية الواردة في المادة 6، وجريمة الإبادة التي تعد من الجرائم ضد الإنسانية الواردة بالمادة 7 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

ولذلك فإن ممارسات إسرائيل التي تمثل انتهاكا صارخا لقواعد القانون الدولي الإنساني، تعتبر جريمة إبادة وفق ما جاء في المادة 7 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، إذ أن غاراتها الجوية وقصفها المدفعي البري، وقصفها الصاروخي البحري على المواطنين الأبرياء وعلى أماكن سكنهم في غزة سنة 2014، يستهدف قتل أكبر عدد من نساء وأطفال وكبار سن، مما يعني إبادة أكبر عدد من الفلسطينيين، ورغم المناشدات الدولية لإسرائيل لوقف اعتدائها على قطاع غزة، إلا أنها استمرت في عدوانها على مختلف مناطق القطاع المحاصر، حيث أن الحصار الذي تضربه إسرائيل عليه، ومنعها وصول الأغذية والأدوية الضرورية له هو إبادة في حد ذاته 14.

وتفيد شهادات بعض الفلسطينيين، بأن الجنود الإسرائيليين أعدموا مدنيين عزل كانوا مع عائلتهم داخل بيوتهم، وأحيانا إعدام عائلات بأكملها، حيث ظهر في مشهد فظيع وصادم بثته قناة الجزيرة في منزل ببلدة خزاعة، ست جثث ملقاة فوق بعضها في دورة للمياه، أجمع الشهود والخبراء على أنه كان إعداما جماعيا 15.

-الاسترقاق أو الاتجار بالبشر: جاء تعريفه في بروتوكول الأمم المتحدة الخاص بمنع وقمع ومعاقبة الأشخاص الذين يتاجرون بالبشر، وبخاصة النساء والأطفال 16، والمكمل لاتفاقية الجريمة المنظمة عبر الوطنية لسنة 2000، حيث يعرف جريمة الاتجار بالبشر بأنها: «تجنيد أشخاص أو نقلهم أو تنقيلهم أو إيواؤهم أو استقبالهم بواسطة التهديد بالقوة أو استعمالها أو غير ذلك من أشكال القسر أو الاختطاف أو الاحتيال أو الخداع أو استغلال السلطة أو استغلال حالة الاستضعاف أو إعطاء أو تلقي مبالغ مالية أو مزايا لنيل موافقة شخص له سيطرة على شخص آخر لغرض

الاستغلال، ويشمل الاستغلال كحد أدنى، استغلال دعارة الغير أو سائر أشكال الاستغلال الجنسي أو السخرة أو الخدمة قسرا، أو الاسترقاق والممارسات الشبيهة بالرق، أو الاستعباد أو نزع الأعضاء»¹⁷

-الإبعاد أو النقل القسري للسكان: وتعني نقل الأشخاص المعنيين قسرا من المنطقة التي يوجدون فيها، بصفة مشروعة بالطرد أو بأي فعل قسري آخر دون مبررات يسمح بها القانون الدولي، ويشترط لوقوعها أن يرحل المتهم أو أن ينقل قسرا شخصا أو أكثر إلى دولة أخرى أو مكان آخر بالطرد أو بأي فعل قسري آخر لأسباب لا يقرها القانون الدولي، وأن يكون الشخص أو الأشخاص المعنيون موجودين بصفة مشروعة في المنطقة التي ابعدها منها على هذا النحو، وأن يكون المتهم ملما بالظروف الواقعية التي تقرررت على أساس مشروعية هذا الوجود، كما يشترط أن يرتكب هذا التصرف كجزء من هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد مجموعة من السكان المدنيين ويعلم المتهم بذلك أو ينوي ذلك.

وقد واجه المجتمع الدولي هذه الممارسات بالعديد من الوثائق القانونية التي كان آخرها النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الذي يعد الوثيقة القانونية الدولية الأولى التي تذكر صراحة جريمة النقل القسري للسكان¹⁸.

كما أن جرائم إسرائيل، ليست تلك الانتهاكات التي مارستها في حروبها القريبة فقط، بل هي تلك الأفعال التي مارستها منذ أن دخلت إلى فلسطين، فقبل عام 1948 نزع حوالي 350 ألف فلسطيني من منازلهم وأراضيهم، وإلى الآن فالمجالس الحقوقية الدولية لم تشر إلى هذه المجازر، وتتعامل معها كأنها لم توجد¹⁹.

-السجن وغيره من الحرمان الشديد من الحرية البدنية: وتتمثل الأركان التي تقوم عليها هذه الجريمة الواردة في ملحق النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية فيما يلي:

أن يسجن المتهم شخصا أو أكثر، أو يحرم شخصا أو أكثر حرمانا شديدا من الحرية الشخصية بصورة أخرى، وأن تصل جسامة التصرف إلى الحد الذي يشكل انتهاكا للقواعد الأساسية للقانون الدولي، وأن يكون المتهم ملما بالظروف الواقعية التي تثبت قيامه بالتصرف، كما يجب أن يرتكب التصرف كجزء من هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد مجموعة من السكان المدنيين، ويعلم المتهم أو ينوي أن يكون ذلك العمل جزءا من الهجوم.

ولا يعد السجن أو سلب الحرية جريمة ضد الإنسانية، إلا إذا كانت عملية السجن تشكل خرقا لقواعد القانون الدولي، إذ لا تعد فترة السجن التي يقضيها المحكوم لعقوبة

على جريمة ارتكبتها جريمة ضد الإنسانية إذا لم تتوفر فيها الشروط السابق ذكرها 20، ووفقا لمواقع إخبارية فإن جنود الاحتلال اعتقلوا مئات الفلسطينيين أثناء العدوان على غزة، وتم الإشارة إلى أنهم بلغوا ثلاثمائة محتطف، وأن أغلبهم مدنيون، وقد تعرض عدد كبير منهم لتعذيب بدني ونفسي بشع 21.

- التعذيب: يعرف التعذيب بأنه: « تعمد إلحاق ألم شديد أو معاناة شديدة، سواء بدنيا أم عقليا، بشخص موجود تحت إشراف المتهم أو سيطرته، ولكن لا يشمل التعذيب أي ألم أو معاناة ينجمان فحسب عن عقوبات قانونية أو يكونان جزءا منها أو نتيجة لها» 22.

ويعد التعذيب من أبشع الجرائم التي يمكن أن ترتكب في حق الإنسانية، فقد نص على حظره في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في المادة 5 منه، والمادة 6 من العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والعديد من الوثائق التي أصدرتها الأمم المتحدة في مجال التعذيب، والتي تضمنت حظرا صريحا للتعذيب وغيره من أشكال المعاملة اللاإنسانية، ونجد كذلك من الوثائق المهمة أيضا إعلان الأمم المتحدة لعام 1984، المتعلق بحماية جميع الأشخاص من التعرض للتعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة الذي عرف في مادته الأولى 23.

وقد مارست قوات الاحتلال الإسرائيلي، أشكالا من التعذيب والتمثيل بالفلسطينيين بتقطيع الأطراف وبقر بطون الحوامل، إضافة إلى عمليات الذبح، بدءا من الأحداث التي شهدتها الفلسطينيون بمخيم صبرا وشتيلا وصولا إلى ما حدث بمخيم جنين عام 2002، إضافة إلى أعمال القتل والتعذيب والحرق للأطفال والنساء، كما أن إسرائيل تفننت في استخدام الأسلحة المحرمة دوليا، حيث تتسبب تلك الأسلحة في بتر الأطراف السفلية لضحاياها بصورة وحشية، مع تركها لجروح غير مألوفة تحتوي على شظايا صغيرة لا تكتشفها حتى الأشعة السينية، ويشير ذلك إلى استخدام أسلحة ذات الكثافة العالية التي تؤدي لبتر الأطراف فورا وإلى الحرق كذلك 24.

- الاغتصاب والعنف الجنسي 25: يعد الاغتصاب انتهاكا للسلامة الجسدية وشرف الضحية واعتداء خطيرا يصيب حرمتها العامة والجنسية، ويعد من أخطر الجرائم في مجتمع دول العالم لما ينجم عنه من أذى جسدي ونفسي مستمرين، إضافة إلى أن ضحايا الاغتصاب غالبا ما يعاقبون اجتماعيا عن هذه الجريمة المرتكبة في حقهم، حيث برزت خطورة هذه الجريمة بشكل كبير بعد استخدامها في النزاع المسلح في يوغسلافيا السابقة كوسيلة من وسائل التطهير العرقي 26.

- الاستعباد الجنسي²⁷: لقد اعتنى المجتمع الدولي بتحريم تجارة الرقيق الأبيض واستغلال دعارة الغير، حيث أبرمت العديد من المعاهدات الدولية والتي من أهمها اتفاقية الأمم المتحدة رقم 7 / 3 لعام 1949، حيث اعتبرت هذه الاتفاقية جريمة الاتجار في الأشخاص واستغلال دعارة الغير جريمة دولية أو ذات صفة دولية²⁸.

- جريمة الإكراه على البغاء²⁹: تقوم هذه الجريمة على مجموعة من الشروط يتمحور أهمها حول إرغام المتهم شخصا أو أكثر، على ممارسة فعل أو أفعال ذات طابع جنسي باستعمال القوة أو التهديد باستعمالها أو قسرا من قبيل الأفعال التي تنجم عن الخوف من التعرض للعنف أو الإكراه أو الاحتجاز أو الضغوط النفسية أو إساءة استعمال السلطة أو باستغلال وجود بيئة قسرية أو عجز الشخص أو الأشخاص عن التعبير عن حقيقة رضاهم، وأن يحصل المتهم أو غيره أو أن يتوقع الحصول على أموال أو فوائد أخرى لقاء تلك الأفعال الجنسية أو لسبب مرتبط بها، وأن يرتكب التصرف كجزء من هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد مجموعة من السكان المدنيين، إضافة إلى ضرورة توفر العلم لدى المتهم أن ذلك التصرف جزء من هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد مجموعة من السكان المدنيين أو أن ينوي أن يكون هذا التصرف جزء من هذا الهجوم³⁰.

- جريمة الحمل القسري³¹: لقد وردت هذه الجريمة في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، على أن يقع الفعل بأن يجس مرتكب الفعل امرأة أو أكثر حملت بالقوة بنية التأثير في التكوين العرقي لأية مجموعة من المجموعات السكانية أو ارتكاب انتهاكات جسمية للقانون الدولي، وأن يصدر التصرف في سياق هجوم واسع النطاق أو منهجي، ضد مجموعة من السكان المدنيين، مع ضرورة توفر العلم كذلك لدى المتهم بأن هذا التصرف هو جزء من هجوم واسع النطاق أو منهجي، موجه ضد مجموعة من السكان المدنيين أو أن ينوي أن يكون هذا التصرف جزء من ذلك الهجوم³².

- جريمة التعقيم القسري³³: هي من الجرائم الواردة في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية حيث تم تصنيفها من الجرائم ضد الإنسانية نظرا لخطورتها، ولكي تتم هذه الجريمة لا بد أن لا يكون لذلك السلوك مبررا طبيا أو علاجي وأن لا يصدر بموافقة حقيقية للمتهم، وأن يرتكب السلوك كجزء من هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد سكان مدنيين، مع علم مرتكب الجريمة أن هذا السلوك جزء من هجوم واسع النطاق أو منهجي ضد سكان مدنيين³⁴.

وقد كشفت تقارير خبراء إيطاليين وجود دلائل على استخدام القوات الإسرائيلية أسلحة فتاكة محرمة دوليا في غزة، تترك أعراضا غريبة لدى الجرحى والشهداء الفلسطينيين، ومعظم هذه الأسلحة هي أسلحة كيمياوية وذرية تخرق أنسجة الجسم وتحث بها تشوهات جينية 35.

- جريمة العنف الجنسي: وتعد هذه الجريمة من الجرائم الإنسانية التي تم النص عليها في الفقرة 1/ ز من المادة 7 من النظام الأساسي للمحكمة الدولية حيث تكتمل العناصر التي تقوم عليها بأن يرتكب المتهم فعلا جنسيا ضد شخص أو أكثر أو أن يرغم ذلك الشخص أو أولئك الأشخاص على ممارسة فعل جنسي، إما باستعمال القوة أو بالتهديد باستعمالها أو قسرا من قبيل الأفعال التي تنجم عن الخوف من التعرض للعنف والإكراه أو الاحتجاز أو الضغوط النفسية أو إساءة استعمال السلطة أو باستغلال وجود بيئة قسرية أو عجز الشخص أو الأشخاص عن التعبير عن حقيقة رضاهم، وأن يكون التصرف على درجة من الخطورة يمكن مقارنتها بالجرائم الأخرى المنصوص عليها في نفس المادة السالفة الذكر، إضافة إلى ضرورة توفر شرط أن يرتكب التصرف كجزء من وهجوم واسع النطاق أو منهجي ضد مجموعة من السكان المدنيين وأن يكون المتهم على علم بذلك 36.

- الاضطهاد 37: إن جريمة الاضطهاد هي جريمة عنصرية ضد الإنسانية، يتعمد فيها الجاني حرمان المجني عليهم من حقوقهم الأساسية التي كفلتها المواثيق والمعاهدات الدولية، ومنها حق الإنسان في التنقل وحرية التعبير عن رأيه، وحرية في التقاضي أمام المحاكم، وتكليفه فوق طاقته بأعمال شاقة أو التمايز بين البشر على أساس العرق أو الطوائف، وهو استخدام السلطة أو القوة لتدعيم مجموعة على حساب تضييق وتهميش مجموعة أخرى 38، كما أن الاضطهاد يظهر بوضوح في **القوانين** والتمييز بينها بصورة اضطهادية، كتغليب فرقة على أخرى.

وقد مارست إسرائيل في حق الشعب الفلسطيني الاضطهاد، وتمثل صورة هذه الجريمة في حرمانهم من حقوقهم الأساسية، وذلك بفرض الحصار عليهم ومنع الغذاء والكساء عنهم، فبالرغم من النص على هذه الجريمة في النظام الأساسي للمحكمة وتجريمها، إلا أن الدول الكبرى تحول دون الحد من ارتكابها بالحماية والمساندة التي تكلفها للدول التي ترتكبتها 39.

- الاختفاء القسري للأشخاص: عرفته المادة 7 الفقرة 2- ط من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بأنه يعني: «إلقاء القبض على أي أشخاص أو احتجازهم

أو اختطافهم من قبل دولة أو منظمة سياسية أو بإذن أو دعم منها لهذا الفعل أو سكوتها عليه، ثم رفضها الإقرار بحرمان هؤلاء الأشخاص من حريتهم أو إعطاء معلومات عن مصيرهم أو أماكن وجودهم، بهدف حرمانهم من حماية القانون لفترة زمنية طويلة»⁴⁰.

- **الفصل العنصري**: تعد جريمة الفصل العنصري إحدى الجرائم ضد الإنسانية الموجهة ضد حقوق الإنسان، وقد جاء تقنين هذه الجريمة تدعيماً للجهود المبذولة في مجال حقوق الإنسان والعمل على تجريم انتهاكات هذه الحقوق، فانصبت اهتمامات تطور القانون الدولي لتشمل الفرد بالرعاية والحماية، وقد جاءت العديد من المعاهدات والاتفاقات الدولية لحماية الأقليات الدينية من العنصرية، وكان الهدف من تلك المعاهدات الالتزام بتطبيق العدالة والمساواة في معاملة هذه الأقليات⁴¹.

ولم يكن التمييز العنصري وليد العصور الحديثة وإنما هو ضارب في القدم، ولا يزال موجوداً إلى اليوم، حيث يتمثل في التمييز الطبقي في المجتمعات الطبقة السابقة والحالية، ولكنه برز بشكل واضح إزاء الأقليات، حيث أخذ مظاهر مختلفة عبر الفترات الزمنية المتعاقبة بداية من الرق بشكل عام، كما اتخذ شكل اضطهاد الأقليات في الفترات التاريخية القريبة أو البعيدة أو إبادتها، حتى وصل إلى نشأة الأنظمة العنصرية التي تقوم على التمييز أو الفصل العنصري، وقد نصت المادة 25 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على المسؤولية الجنائية الدولية المشتركة، التي تقع على الأفراد والدول التي ترتكب في أراضيها هذه الجريمة⁴².

الخاتمة:

يعود الاهتمام الكبير الذي أولاه مشرعو القانون الدولي لتطوير مفهوم الجرائم ضد الإنسانية، إلى خطورتها وانتشارها مؤخراً في كثير من بلدان العالم، وما خلفته من دمار وكوارث أصابت البشرية وهزت الضمير الإنساني، ويعد النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية وخاصة المادة 7 منه، أهم ما توصل إليه المشرعون في القانون الدولي الجنائي، وهي حصيلة لمجموعة من الاجتهادات الفقهية والاتفاقيات والقرارات الدولية التي سبقت إقرار النظام الأساسي.

وبالنظر إلى الواقع الذي نعيشه نجد أن إسرائيل قد ارتكبت بحق الشعب الفلسطيني أغلب الجرائم التي تم النص عليها في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، والتي تشكل جرائم ضد الإنسانية، ضاربة بكل تلك النصوص عرض الحائط، حتى

أن انتهاكاتهما قد بلغت حدا كبيرا من الجسامة، لكننا نجد أن العالم بقي وما يزال متفرجا، إذ لا بد من تحميل إسرائيل مسؤوليتها الجنائية، ومساءلتها عن الجرائم التي ارتكبتها، وبالرغم من إدراكها التام لخرقها للمواثيق والأعراف الدولية ورغم أنها تعلم يقينا باستنكار المجتمع الدولي لكل ما تفعل، إلا أنها تأمن من العقاب.

لذلك يجب على المجتمع الدولي والدول العربية بصفة خاصة، تكريس الحماية الفعلية لحقوق الإنسان، من خلال وضع حد للجرائم والانتهاكات التي تقوم بها إسرائيل والدول الموالية لها التي تدعمها، ومحاولة تغليب لغة العقل والسلام ونبذ الحروب، والسعي الجدي إلى إيجاد حل للقضية الفلسطينية، وتجنيد الأجيال القادمة تكرر نفس المأساة التي عاشها أبناء الشعب الفلسطيني.

الهوامش:

- 1- فتوح عبد الله الشاذلي، القانون الدولي الجنائي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص 209
- 2- عبد الله علي عبو سلطان، دور القانون الدولي الجنائي في حماية حقوق الإنسان، دار مجلة ناشرون وموزعون، ص 96 .
- 3- محمد شريف بسيوني، الجرائم ضد الإنسانية في القانون الجنائي الدولي، منشورات مارتينوس نجهوف، 1998، على الموقع الإلكتروني:
<http://www.gilgamish.org>
- 4- المادة 2 من النظام الأساسي للمحكمة العسكرية الدولية نورمبرغ.
- 5- المادة 6 من النظام الأساسي للمحكمة العسكرية الدولية نورمبرغ.
- 6- السيد مرشد أحمد الهرمزي وأحمد غازي: القضاء الدولي الجنائي، الدار العلمية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2002، ص 122 .
- 7- عادل عبد الله المسدي، المحكمة الجنائية الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 2002، ص 72-73.
- 8- جاء نص المادة 7 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية كاملا كما يلي:
 1. لغرض هذا النظام الأساسي، يشكل أي فعل من الأفعال التالية «جريمة ضد الإنسانية» متى ارتكب في إطار «هجوم واسع النطاق أو منهجي موجه ضد أية مجموعة من السكان المدنيين وعن علم بالهجوم:
 - أ- القتل العمد؛ ب- الإبادة؛ ج- الاسترقاق؛ د- إبعاد السكان أو النقل القسري للسكان؛ هـ- السجن أو الحرمان الشديد على أي نحو آخر من الحرية البدنية بما

يخالف القواعد الأساسية للقانون الدولي؛ و- التعذيب؛ ز- الاغتصاب، أو الاستعباد الجنسي، أو الإكراه على البغاء، أو الحمل القسري، أو التعقيم القسري، أو أي شكل آخر من أشكال العنف الجنسي على مثل هذه الدرجة من الخطورة؛ ح- اضطهاد أية جماعة محدودة، أو مجموع محدد من السكان لأسباب سياسية أو عرقية، أو قومية، أو إثنية، أو ثقافية، أو دينية، أو متعلقة بنوع الجنس على النحو المعرف في الفقرة (3)، أو لأسباب أخرى من المسلم عالميا بأن القانون الدولي لا يميزها، وذلك فيما يتصل بأي فعل مشار إليه في هذه الفقرة أو أية جريمة تدخل في اختصاص المحكمة؛ ط- الاختفاء القسري للأشخاص؛ ي- جريمة الفصل العنصري؛ ك- الأفعال اللاإنسانية الأخرى ذات الطابع المماثل تتسبب عمدا في معاناة شديدة أو في أذى خطير يلحق بالجسم أو بالصحة العقلية أو البدنية.

2. لغرض الفقر (1):

أ- تعني عبارة «هجوم موجه ضد أية مجموعة من السكان المدنيين» نهجا سلوكيا يتضمن الارتكاب المتكرر للأفعال المشار إليها في الفقرة (1) ضد أية مجموعة من السكان المدنيين، عملا لسياسة دولة أو منظمة تقضي بارتكاب هذا الهجوم أو تعزيزا لهذه السياسية؛

ب- تشمل «الإبادة» تعمل فرض أحوال معيشية من بينها الحرمان من الحصول على الطعام والدواء بقصد إهلاك جزء من السكان؛

ج- يعني «الاسترقاق» ممارسة أي من السلطات المترتبة على حق الملكية، أو هذه السلطات جميعا على شخص، بما في ذلك ممارسة هذه السلطات في سبيل الاتجار بالأشخاص ولاسيما النساء والأطفال؛

د- يعني «إبعاد السكان أو النقل القسري للسكان» نقل الأشخاص المهنيين قسرا من المنطقة التي يوجدون فيها بصفة مشروعة بالطرد أو بأي فعل آخر دون مبررات يسمح بها القانون الدولي؛

ه- يعني «التعذيب» تعمد إلحاق ألم شديد أو معاناة شديدة، سواء بدنيا أو عقليا، بشخص موجود تحت إشراف المتهم أو سيطرته. ولكن لا يشمل التعذيب أي ألم أو معاناة ينجمان فحسب عن عقوبات قانونية أو يكونان جزءا منها أو نتيجة لها؛

و- يعني «الحمل القسري» إكراه المرأة على الحمل قسرا أو على الولادة غير المشروعة بقصد التأثير على التكوين العرقي لأية مجموعة من السكان أو ارتكاب انتهاكات خطيرة أخرى للقانون الدولي ولا يجوز بأي حال تفسير هذا التعريف على نحو يمس القوانين الوطنية المتعلقة بالحمل؛

ز- يعني «الاضطهاد» حرمان جماعة من السكان أو مجموع السكان حرمانا متعمدا وشديدا من الحقوق الأساسية بما يخالف القانون الدولي، وذلك بسبب هوية الجماعة

أو المجموع؛

ح- تعني «جريمة الفصل العنصري» أية أفعال لا إنسانية تماثل في طابعها الأفعال المشار إليها في الفقرة (1) وترتكب في سياق نظام مؤسس قوامه الاضطهاد المنهجي والسيطرة المنهجية من جانب جماعة عرقية واحدة إزاء جماعة أو جماعات عرقية أخرى وترتكب بنية الإبقاء على ذلك النظام.

ط- يعني «الاختفاء القسري للأشخاص» إلقاء القبض على أي شخص أو احتجازهم أو اختطافهم من قبل دولة أو منظمة سياسية، أو بإذن أو دعم منها لهذا الفعل أو بسكوتهما عليه. ثم رفضها الإقرار بحرمان هؤلاء الأشخاص من حريتهم أو إعطاء معلومات عن مصيرهم أو عن أماكن وجودهم، بهدف حرمانهم من حماية القانون لفترة زمنية طويلة؛

3. لغرض هذا النظام الأساسي، من المفهوم أن تعبير «نوع الجنس» يشير إلى الجنسين، الذكر والأنثى، في إطار المجتمع، ولا يشير تعبير نوع الجنس إلى أي معنى آخر يخالف ذلك».

9- خلف الله صبرينة، جرائم الحرب أمام المحاكم الدولية الجنائية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة منتوري قسنطينة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2006/2007، ص 96-97.

10- مجلة أخبار اليوم مقال بعنوان : الجرائم الصهيونية في غزة، نشر بتاريخ :
<http://akhbarelyoum.dz/ar>، 2014/08/27

11- تعرف جريمة القتل العمد وفق الفقرة 1- أ من المادة 7 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بأنها: "جريمة ضد شخص أو أكثر في نطاق مجموعة من المدنيين، وذلك ضمن سياسة عامة تنتجها الدولة أو عصابة في إطار سياسة هذه الدولة، وإن يعلم الجاني بحقيقة هذه الأفعال".

12- عبد الفتاح بيومي حجازي، المحكمة الجنائية الدولية، دار الفكر الجامعي، مصر، ص 489.

13- مقال بوكالة معا الإخبارية، ل د. حنا عيسى، بعنوان: العدوان على غزة جرائم حرب ضد الإنسانية، نشر بتاريخ: 2014/07/22، على الموقع الإلكتروني:
<http://maannews.net/Content>.

14- السيد مصطفى أبو الخير، النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، مصر، الطبعة 1، 2005، ص 219.

15- مجلة أخبار اليوم مقال بعنوان : الجرائم الصهيونية في غزة، نشر بتاريخ :
<http://akhbarelyoum.dz/ar>، 2014/08/27

16- اعتمد بروتوكول منع وقمع ومعاقبة الأشخاص الذين يتاجرون بالبشر، وبخاصة

النساء والأطفال وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 25 الدورة الخامسة والخمسون المؤرخ في 15 نوفمبر 2000 .
17- المادة 03 من بروتوكول الأمم المتحدة الخاص بمنع وقمع ومعاقبة الأشخاص الذين يتاجرون بالبشر، وبخاصة النساء والأطفال، والمكمل لاتفاقية الجريمة المنظمة عبر الوطنية.

18- المادة 7 الفقرة 2د من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

19- مقال ل دعاء الفولي، على الموقع الإلكتروني: http://www.masrawy.com/News/News_Reports/details/2015431559/17/1

20- عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 559.

21- مجلة أخبار اليوم مقال بعنوان : الجرائم الصهيونية في غزة، نشر بتاريخ : 27/08/2014، على الموقع الإلكتروني: <http://akhbarelyoum.dz/ar>

22- المادة 7 الفقرة 2 / ه من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

23- المادة 01 اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللا إنسانية أو المهينة، حيث تنص على أن التعذيب هو: «أي عمل ينتج عنه ألم أو عذاب شديد جسديا كان أو عقليا، يلحق عمدا بشخص ما بقصد الحصول على اعتراف، أو معاقبته على عمل ارتكابه أو يشتبه في أنه ارتكبه، هو أو شخص ثالث أو تخويفه أو إرغامه هو أو أي شخص ثالث أو عندما يلحق مثل هذا الألم أو العذاب بأي سبب من الأسباب يقوم على التمييز أيا كان نوعه، أو يجرى عليه أو يوافق عليه أو يسكت عنه موظف رسمي أو أي شخص آخر يتصرف بصفته الرسمية، ولا يتضمن ذلك الألم أو العذاب الناشئ فقط عن عقوبات قانونية أو الملازم لهذه العقوبات أو الذي يكون نتيجة عرضية لها».

24- مجلة أخبار اليوم مقال بعنوان : الجرائم الصهيونية في غزة، نشر بتاريخ : 27/08/2014، على الموقع الإلكتروني: <http://akhbarelyoum.dz/ar>

25- المادة 7 الفقرة 1 / ز من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، التي نصت على جريمة الاغتصاب، واعتبرت أن فعل الاغتصاب أو الاستبعاد الجنسي، أو الإكراه على البغاء، أو الحمل القسري، أو التعقيم القسر، أو أي شكل من أشكال العنف الجنسي على مثل هذه الدرجة من الخطورة يشكل جريمة ضد الإنسانية بموجب أحكام هذا النظام الأساسي.

26- سوسن تمر خان بكة، الجرائم ضد الإنسانية في ضوء أحكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 2006، ص 371.

27- المادة 7 الفقرة 1 / ز نصت إلى جانب جريمة الاغتصاب على جرائم أخرى، منها

جرائم العنف الجنسي وتعني هذه الجريمة: « أن يمارس الجاني سلطته على شخص أو مجموعة من الأشخاص بوصفه مالكا لهم، وهذه الصفة تخوله حق التصرف فيهم بالبيع أو الشراء».

28- أنظر: اتفاقية الأمم المتحدة رقم 7 / 3 الخاصة بمنع الاتجار بالأشخاص واستغلال دعارة الغير 1949.

29- المادة 7 الفقرة 1 / ز من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

30- عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 595.

31- المادة 7 الفقرة 2 / و من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، وقد عرفت جريمة الحمل القسري بأنه: « إكراه المرأة على الحمل قسرا وعلى الولادة غير المشروعة بقصد التأثير على التكوين العرقي لأية مجموعة من السكان».

32- عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 595.

33- المادة 7 الفقرة 1 / ز من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

34- علي عبد القادر القهوجي، القانون الدولي الجنائي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي، لبنان، 2001، ص 120.

35- مجلة أخبار اليوم مقال بعنوان : الجرائم الصهيونية في غزة، نشر بتاريخ : <http://akhbarelyoum.dz/ar> 27 / 08 / 2014، على الموقع الإلكتروني:

36- عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 680.

37- المادة 7 الفقرة 2 / ح من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية نصت على أنه: " يعد جريمة ضد الإنسانية اضطهاد أية جماعة محددة أو مجموعة محددة من السكان لأسباب سياسية أو عرقية أو أثنية أو ثقافية أو دينية، أو متعلقة بنوع الجنس على النحو المعرف في الفقرة (3) أو لأسباب أخرى من المسلم عالميا بأن القانون الدولي لا يجيزها، وذلك فيما يتصل بأي فعل مشار إليه في هذه الفقرة أو بأية جريمة تدخل في اختصاص المحكمة"، كما عرفت الفقرة 2 / ز من نفس المادة الاضطهاد بأنه: "يعني حرمان جماعة من السكان حرمانا متعمدا وشديدا من الحقوق الأساسية بما يخالف القانون الدولي، وذلك بسبب هوية الجماعة أو المجموع".

38- محمود ضاري خليل ويوسف باسل، المحكمة الجنائية الدولية، هيمنة القانون أم قانون الهيمنة، ص 223.

39- محمود ضاري خليل ويوسف باسل، نفس المرجع، نفس الصفحة.

40- المادة 7 الفقرة 2 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

41- انظر: معاهدات باريس للسلام 1914-1910 وإعلان مؤتمر فينا 1810، معاهدات لندن 1814، معاهدات واشنطن 1826.

42- محمد شريف بسيوني، مدخل لدراسة القانون الدولي الإنساني، المرجع السابق، ص 297.

قائمة المراجع:

الكتب:

- السيد مرشد أحمد الهرمزي وأحمد غازي: القضاء الدولي الجنائي، الدار العلمية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2002.

- السيد مصطفى أبو الخير، النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، مصر، الطبعة 1، 2005.

- سوسن تمر خان بكة، الجرائم ضد الإنسانية في ضوء أحكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 2006.

- عادل عبد الله المسدي، المحكمة الجنائية الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 2002.

- عبد الفتاح بيومي حجازي، المحكمة الجنائية الدولية، دار الفكر الجامعي، مصر.

- عبد الله علي عبو سلطان، دور القانون الدولي الجنائي في حماية حقوق الإنسان، دار دجلة ناشرون وموزعون.

- علي عبد القادر القهوجي، القانون الدولي الجنائي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي، لبنان، 2001.

- فتوح عبد الله الشاذلي، القانون الدولي الجنائي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002.

- محمد شريف بسيوني، مدخل لدراسة القانون الإنساني الدولي، القاهرة، مصر، 2003.

- محمود ضاري خليل ويوسف باسل، المحكمة الجنائية الدولية، هيمنة القانون أم قانون الهيمنة.

الرسائل والمذكرات:

- خلف الله صبرينة، جرائم الحرب أمام المحاكم الدولية الجنائية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة منتوري قسنطينة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2006/2007، ص 96-97.

المقالات:

- محمد شريف بسيوني، الجرائم ضد الإنسانية في القانون الجنائي الدولي، منشورات مارتينوس نجهوف، 1998، على الموقع الإلكتروني:

<http://www.gilgamish.org>

-مجلة أخبار اليوم مقال بعنوان : الجرائم الصهيونية في غزة، نشر بتاريخ :
<http://akhbarelyoum.dz/ar>، 2014/08/27

-مقال بوكالة معا الإخبارية، ل د. حنا عيسى، بعنوان: العدوان على غزة جرائم حرب
ضد الإنسانية، نشر بتاريخ: 2014/07/22، على الموقع الإلكتروني:
<http://maannews.net/Content>

-مقال ل دعاء الفولي، على الموقع الإلكتروني:
http://www.masrawy.com/News/News_Reports/details/2015431559/17/1/

المواثيق الدولية:

- النظام الأساسي للمحكمة العسكرية الدولية نورمبرغ.
- النظام الأساسي للمحكمة الدولية بيوغسلافيا، و النظام الأساسي للمحكمة الدولية
برواندا.

- النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
- بروتوكول الأمم المتحدة الخاص بمنع وقمع ومعاقبة الأشخاص الذين يتاجرون
بالبشر، وبخاصة النساء والأطفال، والمكمل لاتفاقية الجريمة المنظمة عبر الوطنية.
- اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللا إنسانية
أو المهينة.

- اتفاقية الأمم المتحدة رقم 3/7 الخاصة بمنع الاتجار بالأشخاص واستغلال دعارة
الغير.

المواقع الالكترونية:

-الموقع الإلكتروني للمحكمة الجنائية الدولية: <http://www.icc-cpi.int>

- الموقع الإلكتروني لمجلة أخبار اليوم: <http://akhbarelyoum.dz/ar>

- الموقع الإلكتروني لوكالة معا الإخبارية: <http://maannews.net/Content>

- الموقع الإلكتروني:

http://www.masrawy.com/News/News_Reports/details/2015431559/17/1/

- الموقع الإلكتروني: <http://www.gilgamish.org>

اختلاف العلماء في مالية حق الارتفاق و تمليكها

أ.غريب صحراوي

أستاذ متعاقد، جامعة البويرة

ملخص:

ضمنت هذا المقال مقدمة ذكرت فيها أهمية حقوق الارتفاق وخطورتها في حياة الناس اليومية نظرا للحاجة الماسة إليها إذ قد يعسر استغلال العقارات والاستفادة منها مع غياب هذه المرافق لذا أردت أن أفق على حكم العقد عليها لطغيان المادة وانعدام فعل الخير، إذ الأصل في هذه المرافق أن تبذل بدون عوضاً وهو ما كان عليه الرعيل الأول، يقول أبو هريرة (رضي الله عنه): «مالي أراكم عنها معرضين والله لأرمين بها على أكتافكم» وهي الخشبة التي يسقف بها الجار بيته توضع على جدار الجار وهو الجدار المرتفق به وقد ذكرت في هذا المقال رأي الفقه الإسلامي ممثلاً في المدارس الفقهية الشهيرة مع الإشارة إلى رأي فقهاء القانون المدني الجزائري.

فعالجت فيه الأحكام التالية:

أ - حكم بيع حق الارتفاق وتأجيله (العقد عليه بعوض).

ب - حكم التصديق به ووقفه (العقد عليه بغير عوض).

ت - حكم توريثه (الاستخلاف).

ث - حكم الوصية به (الاستخلاف).

مع ذكر ما جاء في القانون المدني الجزائري فيما سبق من الأحكام.

مقدمة:

بسم الله والحمد لله والصلاة والسلام على أفضل خلق الله وعلى آله وصحبه وبعد:
لقد بذل العلماء جهوداً كبيرة في دراسة الفقه بقسميه أقسام العبادات وقسم المعاملات والمجهودات التي بذها العلماء في دراسة فقه المعاملات لا تقل عن جهودهم فيها يتعلق بقسم العبادات، غير أن هذه الدراسات لم تستوعب معاملات الناس اليومية، ومشكلاتهم المتجددة، وعلاقتهم التي تعقدت بتطور الحضارات وتقدمها ويرجع قصور الدراسات المتابعة للفقهاء القدامى في استيعاب معاملات الناس إلى أسباب عدة يمكن تلخيصها في نقاط ثلاث هي:

أولاً: كون فقه المعاملات تضبط فرعياته في الجملة قواعد الشريعة العامة ومقاصده الكبرى مما يجعله في حاجة إلى اجتهاد مستمر خادماً في ذلك مقاصد الشريعة الكبرى و مراعياً لقواعده الكلية.

ثانياً: تجدد حاجيات الناس و تعقيدها، وذلك لتجدد معاملاتهم وتطور آليات الحياة مما احتاج إلى فقه جديد أو تجديد في الفقه.

ثالثاً: لطابع المرونة الذي يمتاز به التشريع الإسلامي في معالجة معاملات الناس وكذا صلاحيته لحل مشكلاتهم في كل عصر و مصر.

وبناء على هذا كان لزاماً على الباحثين أن ينظروا في التراث الفقهي الذي خلفه العلماء القدامى نظرة عصرية متجددة يترجمها فقه الواقع وفق ضوابط شرعية بحيث تنزل به هذه الدراسة من مستوى التنظير المجرد إلى واقع متجسد، أو من النظرية إلى التطبيق.

حتى يسهل على القاضي الرجوع إلى الفروع الفقهية التي تخص موضوع القضية وكذا تجنبه عناء البحث في شتات الفقه الإسلامي ولكي يتيسر على القارئ الرجوع إلى المباحث الفقهية التي هي موضوع بحثه لا بد من ربط المسائل الفقهية بقواعدها الكلية و بناء فروعها على أصولها.

ورأيت أن حق الارتفاق من ضمن ذلك التراث الفقهي الغزير الذي يحتاج إلى بحث علمي مستقل وذلك لكونه يفرض وجوده في معاملات الناس اليومية خصوصاً والموضوع يتعلق بمنافع العقارات المتجاورة وقطع الضرر الجوّاري ورفعاً بل هو محل الخصومات الدائمة في المحاكم في عصرنا هذا، ومنذ زمن قد مضى.

و قد بذل العلماء فيما سبق جهوداً إضافية في هذا الموضوع، ووجوده في الكتب الفقهية بكثرة، غير أنه عبارة عن فتاوى و جزئيات متفرقة بين موضوعات شتى فنجدته في باب الإباحة تحت عنوان المرافق العامة وكذا إحياء الموات وإقطاع الحاكم، وهو ما يسمى بإقطاع الإرفاق، كما نجدته في باب الملكية الناقصة، أو ملكية المنافع ونجدته في باب الحقوق، وتحديد الحقوق العينية ونجدته في باب الصلح والقضاء والدعوى لكونه كان محلاً لكثير من النزاعات، ونجدته أحياناً في باب الشفعة لارتباطه الوثيق بالعقارات المتجاورة كما تندرج حقوق الارتفاق تحت قواعد الضرر و قاعدة الاستحسان، لأن فلسفة حق الارتفاق تفرض قيوداً على المالك في تصرفه في ملكه بما يرفع الضرر عن غيره فهو: «منفعة مترتبة على عقار لمصلحة عقار ثاني لغير مالك العقار الأول» فيشمل بذلك حق الشرب و حق المرور و حق المسيل و حق المجرى و حقوق الجوار الجانبي و الرأسي، وتمتد علاقة حق الارتفاق حتى بالدول التي تربطها حدود جغرافية مشتركة، ويتمثل

ذلك أساسا في منع ضرر الجوار الجانبي للدول كضرر النفايات النووية وغيرها هذا من الجانب السلبي.

وكذا منع المجالات الأرضية والجوية المتعلقة بالاقتصاد العالمي والعلاقات الدبلوماسية، كأنابيب الغاز والبتروال التي تعبر أراضي الدول وكذا المجالات الجوية للطيران الدولي، وهذا من الجانب الإيجابي.

هذا وحاجة الناس إلى هذه الحقوق ملحة وضرورية فهل يمكن إنشائها مستقلة عن العقار المحمل بها بأي عقد من العقود الناقلة للملكية أم لا تنتقل إلا تبعاً لها؟.

أولاً: رأي الفقه الإسلامي.

اتفقت كلمة الفقهاء على أن حقوق الارتفاق تنتقل تبعاً للعقار المرتفق، سواء أكان بعقد فيه عوض كالبيع والإجارة، أو بدون عوض كالهبة و الوقف و الوصية، أو عن طريق الميراث استناداً إلى القاعدة الفقهية « يثبت للشيء تبعاً ما لا يثبت له مقصوداً »¹ إلى هذا يشير الدكتور أبو زهرة في قوله: « وكذلك كل تصرف في العقار يصح أن تدخل ضمنه حقوق الارتفاق بالتبعية وذلك لأنه يثبت للشيء تبعاً ما لا يثبت له مقصوداً، كالجذع في سقف لا يصح بيعه منفرداً عن السقف مادام فيه ولكن يباع في ضمن البيت الذي هو فيه، وكأطراف الحيوان لا ينعقد عليها بيع وهو حي، ولكن يثبت عليها البيع، وهي أجزاء فيه .. ونظير ذلك في الفقه الإسلامي كثيراً تجوز الحساب والإحصاء »² غير أنهم اختلفوا في انتقالها استقلالاً عن طريق العقود السابقة، وفي ما يلي نتعرض لأراء الفقهاء في انتقالها استقلالاً وينبغي أن نشير إلى أن اختلافهم فيه ناتج عن اختلافهم في مالية هذه الحقوق.

أ- حكم بيع حق الارتفاق وتأجيله.

اختلف الفقهاء في ذلك تبعاً لاختلافهم في مالية هذه الحقوق، فالأحناف منعوها وأجازها جمهور الفقهاء.

1- رأي الأحناف: قبل الإشارة إلى رأي الأحناف في بيع حقوق الارتفاق ينبغي الإشارة إلى مفهوم المال عندهم، فقد جاء في الحاشية: « المراد بالمال ما يميل إليه الطبع، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة »².

و جاء فيها أيضاً: « وفي التلويح أيضاً من بحث القضاء و التحقيق أن المنفعة ملك لا

1 - أبو زهرة - الملكية و نظرية العقد - ص 97 - طبعة دار الفكر العربي - القاهرة مصر - سنة 1416 هـ، 1996 م.

2 - محمد أمين ابن عابدين - الحاشية - ج 4 ص 3 - المطبعة اليمينية مصطفى البابي الحلبي وأخويه - مصر.

مال، لأن الملك ما من شأنه أن يتصرف فيه بوصف الاختصاص، والمال ما من شأنه أن يدخل للإفناق وقت الحاجة»¹.

و قال صاحب الحاشية أيضا: « فالأولى ما في الدرر من قوله المال الموجود يميل إليه بالطبع .. الخ. فإنه يخرج بالموجود بالمنفعة فافهم»².

فمن خلال التعاريف السابقة للمال عند فقهاء الأحناف من كونه موجود محوز مدخراً يخرج بذلك حقوق الارتفاق كونها غير متمولة، وفي هذا يقول صاحب الحاشية: « لا يجوز بيع مسيل الماء .. و لا بيع الطريق دون الأرض و كذلك بيع الشرب»³، وأما ما جاء عن مشايخ بلخ جواز بيع حقوق المرور استناداً إلى قوله على ما في الحاشية: «صح بيع الطريق، وذكر في الهداية أنه يحتل بيع رقة الطريق، وبيع حق المرور، وفي الثاني روايتان»⁴ فقد أسقط الاحتمال الثاني (بيع حق المرور) صاحب الحاشية في قوله: « و قد ذكر خلافهم في مسألة الشرب فقط، ولم أر من ذكر خلافهم في بيع المسيل والطريق فافهم، ثم اعلم أن ما ادعاه في الشرب لاللية من المخالفة غير مسلم لأن قول المصنف: «صح بيع الطريق مراد بيع رقة الطريق بدليل تعليل الدرر بأنه غير معلوم، وبدليل ذكره بيع حق المرور بعده وإلا كان تكراراً»⁵.

و هذا التحقيق هو الذي يتماشى و ظاهر الرواية في المذهب الحنفي، ولذلك قال صاحب الحاشية: « قلت ظاهر قولهم أنه لا يجوز بيع الطريق فاقضى المنع مطلقاً حالة الانفراد، وإنما يجوز بالتبعية فيها إذا باع الدار وطريقها»⁶. أما خلافهم في جواز بيع الشرب فهو على خلاف القياس في المذهب، ولذلك ثبت المنع في ظاهر الرواية وهو ما ذكره أبو زهرة في قوله: «أما بيع حق الشرب منفرداً فقد اختلفت الروايات فيه في مذهب أبي حنيفة ففي ظاهر الرواية أنه لا يصح للأسباب التي ذكرنا في عدم صحة بيع المسيل منفرداً إذ هي قائمة هنا في حق الشرب، وذلك كلام معقول لأن حق المسيل و الشرب كلاهما ليس مالا متقوماً في نظر الحنيفة»⁷.

أما استناد فقهاء بلخ في جواز أخذ العوض على حق الشرب فعلى العرف كون الناس

1 - ابن عابدين - المرجع نفسه - ج 4 ص 3.

2 - ابن عابدين - المرجع نفسه - ج 4 ص 105.

3 - ابن عابدين - المرجع نفسه - ج 4 ص 123، 122.

4 - ابن عابدين - المرجع نفسه - ج 4 ص 123.

5 - ابن عابدين - المرجع نفسه - ج 4 ص 133.

6 - ابن عابدين - المرجع نفسه - ج 4 ص 123.

7 - أبو زهرة - مرجع سابق - ص 95، 96.

تعارفوه و استساغوا بيعه، فهو مردود بكون العرف الذي يستند عليه في مخالفة القياس إنما هو عرف جميع الناس لا بعضهم حتى يقترب من حكم الإجماع، كعقد الاستصناع و السلم و غيرهما.

أما استنادهم إلى آراء الفقهاء من حق الشرب يضمن أرد عليه بأن ضمان حق الشرب أمر خلافي، وبالتالي فهو أمر ملزم للمخالفين وقد أشار إلى هذا أبو زهرة (رحمه الله) في ذكر الرد على المخالفين من فقهاء الأحناف في قوله: «وكون الشرب يضمن عند بعض العلماء لا يكون حجة ملزمة لمن لا يرى رأيهم، إنما الإلزام بالالتزام والالتزام بالرأي يقبول نتائجه ممن يراه لا ممن لا يراه، فليزيم بنتيجة الضمان وهو جواز البيع منفردا من رأى الضمان فلا يكون الضمان الحجة على من لا يراه، وهم أكثر الفقهاء»¹.

هذا وما يقال في بيع حقوق الارتفاق يقال في تأجيرها إذ الإجارة عقد من العقود المعاوضة ينطبق عليها ما ينطبق على البيع، غير أن الإجارة هي عقد منفعة متصلة بالعين كتأجير بيت للسكن أما تأجير حق الارتفاق مستقلا عن العقار المرتفق فهو غير جائز عند الأحناف قياساً لكون هذه الحقوق غير متمولة من جهة، وتكتنفها الجهالة من جهة ثانية و لا يجوز عقد على مجهول كما هو مقرر في الفقه خصوصاً فيما يتعلق بعقود المعاوضة، وقد جاء في الحاشية ما يؤكد هذا في: «قوله لا يجوز الاعتياض عن الحقوق المجردة عن الملك وفي البدائع الحقوق المفردة لا تحتل التمليك ولا يجوز الصلح عنها أقول وكذا لا تضمن بالإتلاف»².

2- رأي جمهور الفقهاء: يرى جمهور الفقهاء (رحمهم الله) من المالكية والشافعية، والحنابلة جواز إجراء عقود المعاوضة من بيع وإجارة على حقوق الارتفاق كمحل لها، وذلك لكونها حقوق متمولة، خلافاً لفقهاء الأحناف.

هذا وقد وردت نصوص كثيرة عند فقهاء المذاهب تثبت جواز العقد على هذه الحقوق بيعاً وإجارة. ففي المذهب المالكي جاء في المدونة للإمام مالك ما نصه: «أرأيت إن اشترى شرب يوم أو يومين بغير أصل إلا أنه اشترى شرب يوم أو يومين والأصل لرب الماء؟ قال: قال مالك ذلك جائز»³ أففي هذا النص جواز مالك بيع حق الشرب استقلالاً، وجاء فيها أيضاً ما يؤكد هذا الجواز حين قال: «قال مالك وإذا قسمت الأرض وترك الماء فباع نصيبه الذي صار له من أرضه بغير ماء، ثم باع نصيبه من الماء فإن مالك قال في مثل هذا

1- أبو زهرة - المرجع نفسه - ص 96.

2 ابن عابدين - مرجع سابق - ج 4 ص 14.

3- مالك - المدونة الكبرى ومعها مقدمات ابن رشد (520هـ) - ج 4 ص 375 - طبعة دار الفكر - بيروت لبنان .

الماء: لا شفعة فيه، والأرض أيضا لا شفعة فيها»¹ والشاهد من هذا النص قوله: ثم باع نصيبه من الماء فالإمام مالك في هذا النص يقرر جواز بيع حق الشرب، أما تأجير حقوق الارتفاق عند المالكية فهي جائزة على ما مقرره في كتبهم، فقد جاء في حاشية الدسوقي قوله: « قيل ثم الراجح كراء الألفية خلافا لما يفيد التثائي فتأمله »².

فالنص صريح في ترجيح جواز كراء الألفية للارتفاق بها تطرقا وجلسا .. الخ. وفي حاشية الدسوقي أيضا: « وجاز استئجار طريق في دار للمرور فيها لحاجة وجاز استئجار مسيل، أي موضع سيلان (مصّب مرحاض)، أي مصبوب أي ما يصب من الفضلات »³.

فالنص يقيد جواز كراء حق المرور وحق المجرى، وهما من حقوق الارتفاق هذا وهناك نصوص كثيرة تفيد جواز بيع وتأجير حقوق الارتفاق نكتفي بما ذكرنا منها تمثيلا لا حصرا للدلل على أن الفقه المالكي يميز العقد على حقوق الارتفاق.

وفي المذهب الشافعي نصوص كثيرة تفيد جواز عقود المعاوضة على حقوق الارتفاق استقلالا كمحل لها، وهو ما أثبتته الإمام الشافعي في رسالته، خصوصا في باب الصلح أو قد أكد الإمام الشافعي على أن الصلح بيع، قال في الأم: « أصل الصلح أنه بمنزلة البيع فما جاز في البيع جاز في الصلح، و وما لم يجر في البيع لم يجر في الصلح »⁴ وجاء فيها أيضا ما يفيد جواز بيع حقوق الارتفاق استقلالا وفي قول الإمام الشافعي (رحمه الله): « ولو أن رجلا باع علو بيت لا بناء عليه على أن للمشتري أن يبني على جداره ويسكن على سطحه أو يسمى منتهى البناء أجزت ذلك »⁵ وجاء فيها أيضا: « ولو ادعى رجل على رجل شيئا فاقر له، فصالحه المقر على مسيل ماء، فإن سمى له عرض الأرض التي يسيل عليها الماء وطولها ومنتهىها فجائر »⁶ ففي النص الأول تصريح بجواز بيع علو البيت وفي النص الثاني جعل حق المسيل محل الصلح فكان له عوض معلوم وقد سبق عند الإمام الشافعي أن الصلح بيع يجري عليه من الأحكام ما يجري على البيع.

1 - مالك - المرجع نفسه - ج 4 ص 375.

2 - الدسوقي - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ج 3 ص 368 - طبعة دار إحياء الكتب العربية - عيسى البابي وشركاؤه.

3 - الدسوقي - المرجع نفسه - ج 3 ص 226.

4 - الشافعي - الأم مع مختصر المزني - ج 3 ص 226 - طبعة دار الفكر - بيروت لبنان - سنة 1410 هـ، 1990 م.

5 - الشافعي - المرجع نفسه - ج 3 ص 230، 231.

6 - الشافعي - المرجع نفسه - ج 3 ص 232.

هذا و قد جاء عن الإمام الشافعي نص في باب الموات من كتاب الأم ما يفيد امتلاك حقوق الارتفاق عن أهلها بكل عقد يقتضي التملك، سواء بعوض أو بغير عوض وهو قوله: «الموات شيان: موات قد كان عامرا لأهل معروفين في الإسلام ثم ذهب عمارته فصار مواتا لا عمارة فيه، فذلك لأهله كالعامر لا يملكه أحدا أبدا إلا عن أهلها وكذلك مرافقه و طريقة و أفنيته و مسايل مائه مشاربه»¹ أفني قوله:

وكذلك مرافقه، هي معطوفة على قوله، فذلك لأهله كالعامر لا يملكه أحد أبدا إلا عن أهلها فيقدر الكلام هكذا: وكذلك مرافقه و.. لا يملكها أحد إلا عن أهلها، وبذلك يقرر الإمام الشافعي أن حقوق الارتفاق قابلة للتملك تجري عليها عقود من بيع وإجارة و.. الخ.

وفي الذهب الحنبلي نصوص كثيرة تفيد أن حقوق الارتفاق هي حقوق متمولة قابلة للتملك تجري عليها عقود، ومن ذلك ما جاء في قواعد ابن رجب الحنبلي: «وتجوز المعاوضة عن فتح الأبواب و نحوها ذكره في المغني و التلخيص وهو شبيه بالمصالحة بعوض على إجراء الماء في أرضه أو فتح الباب في حائطه أو وضع خشب على جداره و نحوه .. وكذلك ذكر الأصحاب جواز المصالحة عن الروشن الخارج في الدرب المشترك»² ففي النص جواز أخذ العوض عن فتح الأبواب للتطرق عادة في الأفنية و الأزقة المشتركة أو الجلوس فيها وذلك بعقد بيع أو إجارة، وفي النص جواز أخذ العوض عن المسيل أو حق المرور أو الارتفاق بجدار الجار، وكذلك إشراع الروشن في الدرب المشترك.

وجاء في المقنع ما يفيد جواز بيع حقوق الارتفاق صراحة وأخذ العوض عنها بصلح أو بغيره ومن ذلك قوله: «وإن صالحه على أن يجري على أرضه أو سطحه ماء معلوما صح، ويجوز أن يشتري ممر في دار، وموضعا في حائطه يفتحه بابا، وبقعة يحفرها بئرا، وعلو بيت يبني عليه بنيانا موصوفا، فإن كان البيت غير مبني لم يجز في أحد الوجهين، والآخر يجوز إذا وصف العلو و السفلى»³ ففي النص جواز أخذ العوض على حق المجرى وحق المسيل وكذا جواز بيع حق المرور وحق المطل وحق التعلي، إذا علمت وحددت ووصفت وصفا دقيقا تتفني معه الجهالة والغرر أفدل بذلك على ماليتها.

و جاء في قواعد ابن رجب: « ومنها المنتفع بملك جاره من وضع الخشب و ممر في

1 - الشافعي - المرجع نفسه - ج 4 ص 42.

2 - ابن رجب - القواعد في الفقه الإسلامي - ص 196 - طبعة دار الفكر.

3 - ابن قدامة المقدسي - المقنع في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل - ج 2 ص 127 - طبعة الدجوى - القاهرة

- سنة 1980 م.

دار نحوه، وإن كان بعقد صلح فهو إجارة»¹ فالنص يفيد صراحة جواز عقد الإجارة على حق الارتفاق كمحل له.

دراسة وترجيح: من خلال عرض آراء الفقهاء المذاهب الأربعة تبين أن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من جواز عقود المعاوضة من بيع وإجارة و.. الخ على حقوق الارتفاق كمحل لها، وذلك لأن:

أ - هذا الأمر أصبح معمولا به واشتهر بين الناس، ولا أدل على جوازه من الوقوع فحق الشرب إن ملك أصله وحيز أصبح يباع ويؤجر لمدة معلومة، وقد يتولى أمره السلطان مثلا في هياكل الدولة وكذا حق العلو في نظام الطبقات في البناء العصري الحديث وكذلك حق المرور مثلا في ضريبة تدفع للجهة الوصية على ذلك تفرض على أصحاب السيارات والمكانات .. الخ.

ب - كون الذي يتفق عليه الفقهاء كلهم جمهور والأحناف على حد سواء، أن لحقوق الارتفاق عوضا معلوما إذا ما انتقلت تبعا للعقار أبيع العقار بمرافقه يختلف عنه إذا ما يبيع بدون مرافقة وحقوقه أبيع العقار محملا بأعباء حقوق الارتفاق يختلف عنه إذا ما يبيع خاليا من أعباء حقوق الارتفاق يعلم ذلك كل عاقل فلذلك تبين أن لحقوق الارتفاق حقا معلوما هو هذا الفارق بين البيعين.

ت - أن الأشياء لا تقتضي الحيازة والادخار على ما ذهب إليه الأحناف وهو حيازة عين الشيء بل يكفي أن تكون حيازته ممكنة بحيازة أصله أو مصدره وهو ما ذهب إليه السادة المالكية (رحمهم الله)².

ث - كون حقوق الارتفاق مجهولة، والعقد على مجهول غير جائز في الفقه الإسلامي، أو كون هذه العقود لا تسلم من الغرر، كل هذا منتف في عصرنا هذا فحق الشرب مثلا معلومة مقادير استهلاكه تضبطها عدادات متطورة بدقة متناهية تشرف عليها الجهات الوصية فالمسألة مسألة عصر وزمان لا حجة وبرهان.

ب - حكم التصديق به ووقفه.

1- رأي فقهاء الأحناف: استنادا إلى ما ذهب إليه فقهاء الأحناف من اشتراط المالية في

1 - ابن رجب - مرجع سابق - ص 196 .

2 - د. أحمد الغندور، وزكي الدين شعبان - أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية - ص 490 - الطبعة الأولى - مكتبة الفلاح - الكويت - سنة 1404 هـ، 1984 م.

عقود التملك، وكذا عدم مالية الحقوق بما في ذلك حقوق الارتفاق فإنه لا يجوز هبتها ولا وقفها وهذا الرأي الذي ذهب إليه فقهاء الأحناف في هبة حقوق الارتفاق ووقفها هو الرأي ذاته في بيعها وتأجيرها، وفي هذا قال أبو زهرة (رحمه الله) وهو يتكلم عن التصرف في حقوق الارتفاق استقلالاً عند الأحناف: « وكل ما ذكرناه من أحكام بيع الحقوق منفردة يسري على كل عقود التملكيات كما أشرنا سواء أكانت تملكياً للأعيان أم للمنافع فهبة حقوق الارتفاق منفردة لا تجوز كما أن بيعها منفردة لا يجوز في الجملة »¹.

ولذلك قرن ابن عابدين البيع والهبة بحكم واحد وهو عدم الجواز إذا كانت حقوق الارتفاق هي المحل حتى لا يتوهم التفريق بينهما في الحكم فقال: « لا يجوز بيع مسيل الماء وهبته »² أما عدم جواز وقفها فلأن الأحناف اشترطوا مالية الموقوف وهو ما ذكره صاحب أحكام الوصية والميراث والوقف في قوله: « وبناء على اشتراط المالية في الموقوف قال فقهاء الحنفية: لا يصح وقف المنافع وحدها بدون أعيان ولا وقف حق التعليل ولا حقوق الارتفاق لأنها ليست مالا عندهم لعدم إمكان حيازتها والشيء لا يعتبر مالا (في رأيهم) إلا إذا كان مادياً، وأمكن حيازته بذاته »³ وهذا الرأي هو الذي تمسح عليه فقهاء الأحناف في عقود التملك كلها عدا الوصية والميراث أي بمعنى لا يعنى في غيرها.

2- رأي جمهور الفقهاء: على خلاف ما ذهب إليه فقهاء الأحناف لم يشترط جمهور الفقهاء لمالية الأشياء حيازة عينها أو ادخارها بل تعتبر ماليتها بمجرد حيازة أصلها أو مصدرها ولذلك حكموا بمالية حقوق الارتفاق لإمكانية حيازة أصلها متمثلاً في العقار المترتبة له أو عليه .

ولئن قالوا بجواز أخذ العوض عنها (حقوق الارتفاق) يباع وتأجيراً استقلالاً فتمليكها بغير عوض من القياس الجلي أو من باب قياس الأولى، هذا وهناك نصوص في كتب الفقه لدى فقهاء المذاهب الثلاثة المالكية والشافعية والحنابلة تفيد جواز هبة حقوق الارتفاق ووقفها.

ففي المذهب المالكي: جاء في الفواكه الدواني: « فالعارية لتمليك المنافع بغير عوض »⁴ وهو ما ذكره القرافي في الذخيرة وأجاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: « وندب

1- أبو زهرة - مرجع سابق - ص 97.

2- ابن عابدين - مرجع سابق - ج 4، ص 123، 122.

3- د أحمد الغندور، وزكي الدين شعبان - مرجع سابق - ص 490.

4- النفاوي - الفواكه الدواني، ج 2، ص 154 - طبعة دار الفكر - بيروت لبنان - سنة 1415 هـ،

إعارة جداره لجاره المحتاج لغرر خشبة فيه، لأنه من المعروف ومكارم الأخلاق وندب للجار إرفاق بماء لجاره، أو أهل أو غيرهماً فضل عنه لشرب أو زرع أو غيرهماً وفتح باب لجاره ليمر منه حيث لا ضرر عليه في ذلك وكان الجار يشق عليه المرور من غيره «أ» ففي النص جواز هبة أو إعارة حقوق الارتفاق وهو تمليك بلا عوض كحق المسيل أو حق الشرب و كذا حق التطرق وفي النص الأول من وضع العرب لأنواع الإرفاق كما قال القرافي العارية وهي تمليك المنافع بدون عوض، أما فيما يخص الوقف أقال صاحب الحاشية: «قوله: وشمل قوله بأجرة من استأجر دار محبسه مدة فله تحسين منفعتها أي فمفعتها من جملة المملوك بأجرة ومن جملة المملوك بأجرة منفعة الخلو فيجوز وقفها كما أفتى بها جمع منهم «ب» ففي النص جواز وقف المنافع كالحقوق، وحقوق الارتفاق هي حقوق انتفاع وجاء في أحكام الوصية والميراث والوقف ما يفيد جواز وقف المنافع والحقوق عند المالكية قال: «وبناء على اشتراط المالية في الموقوف قال فقهاء الحنفية لا يصح وقف المنافع وجدها دون الأعيان .. وخالفهم في ذلك المالكية فقالوا إنه يصح وقف المنافع والحقوق لأنها مال عندهم ولأن المال في رأيهم لا يلزم أن يكون محوزاً بنفسه، بل يكفي أن يمكن حيازة أصله و مصدره «ج» فحقوق الارتفاق عند المالكية أموالاً وبالتالي تجري عليها كل عقود التمليك.

وفي المذهب الشافعي: جاء في باب إحياء الموات قول الإمام الشافعي: «الموات شيئان: موات قد كان عامراً لأهل معروفين في الإسلام ثم ذهب عمارته فصار مواتاً لا عمارة فيه، فذلك لأهله كالعامة لا يملكه أحد أبداً إلا عن أهلها وكذلك مرافقه وطريقه وأفنيته ومسائل مائة ومشاربه»⁴.

فالنص يفيد أن حقوق الارتفاق تثبت ملكيتها عن أهلها بكل عقد يفيد التمليك بعوض أو بغير عوض كالأفنية وحق المسيل وحق الشرب، وفي إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام في حديث أبي هريرة (رضي الله عنه) عنه (صلى الله عليه وسلم):

« لا يمنعن جار جاره أن يغرز خشبة في جداره »⁵، ثم يقول أبو هريرة مالي أراكم عنها

1 - الدسوقي - مرجع سابق - ج 3 ص 71.

2 - الدسوقي - المرجع نفسه - ج 4، ص 76.

3 - د أحمد الغندور، وزكي الدين شعبان - مرجع سابق - ص 490.

4 - الشافعي - مرجع سابق - ج 4، ص 42.

5 - انظر ابن حجر - فتح الباري بشرح صحيح البخاري ص 136 - طبعة دار المعرفة - بيروت لبنان، النووي - صحيح مسلم بشرح النووي - ج 06 ص 52، الطبعة الأولى - دار الحديث - مصر القاهرة

معرضين و الله لأمرين بها بين أكتافكم «أقال: قولان للشافعي: .. و الثاني وهو الجديد أنها لا تجب و يحمل الحديث إذا كان بصيغة النهي على الكراهة أو على الاستحباب إذا كان بصيغة الأمر» أفعل أحد قولي الإمام الشافعي استحباب إعارة حق الاستناد أو الارتفاق بخشب الجار على جدار جاره.

و جاء في الأم ما يفيد إخباره لتلاميذه عن وثيقة جاء فيها وقف حقوق الارتفاق كوقف الأعيان ونصها: «أخبرنا الشافعي إملاء، قال: هذا كتاب كتبه فلان بن فلان بن فلان الفلاني، في صحة من بدنه وعقله وجواز أمره وذلك في شهر كذا من سنة كذا إني تصدقت بداري التي بالفسطاط من مصر في موضع كذا، أحد حدود جماعة هذه الدار ينتهي إلى كذا والثاني والثالث والرابع تصدقت بجميع أرض هذه الدار وعمارتها من الخشب والبناء والأبواب وغير ذلك من عمارتها طرقها ومسائل مائها وأرفاقها ومرتفقاها .. و حبسها صدقة بته مسبلة لوجه الله وأطلب ثوابه لا مثنوية فيها ولا رجعة حبسا محرمة»² أففي نص تصدق الواقف بالحقوق و المرافق كما وقف الأعيان وعطف المرافق والحقوق على الأعيان والعطف يقتضي نفس الحكم فما يثبت للعين من حكم الوقف يثبت للمرافق فأفاد النص أن المرافق والحقوق يجوز وفقها عند الإمام الشافعي، وقد أورد هذه الوثيقة في معرض المحاجة عن رأيه في نفاذ الوقف و لزومه و لو لم يحزه الموقوف عليه.

وفي المذاهب الحنبلي: قال صاحب المقنع، وإذا كان ظهر داره في درب غير نافذ ففتح غير الاستطراق لم يحز إلا بإذنهم في أحد الوجهين «أففي هذا النص جواز تمليك حق الاستطراق أو حق المرور في الملك الخاص (طريق غير نافذة) عن أهلة بكل عقد يفيد التمليك، سواء أكان بعوض أو بغير عوض، فالإذن من المالك يفيد جواز التمليك .

و جاء في قواعد ابن رجب ما يفيد جواز تمليك المرافق بغير عوض على وجه الإعارة أو الهبة فقال: «ومنها مرافق الأملاك من الأفنية والأزقة المشتركة تصح إباحتها والإذن في الانتفاع بها كالإذن في فتح باب ونحوها قال في التلخيص: ويكون إعارة على الأشبه

1 - سنة 1415 هـ، 1994 م أبو عيسى - سنن الترمذي - ج 03 ص 73 74 - طبعة دار الفكر بيروت -

سنة 1414 هـ، 1994 م سليمان بن الأشعث - سنن أبي داود - ج 03 ص 314 - الطبعة الأولى - دار

الجيل - بيروت لبنان - سنة 1412 هـ، 1992 م، الألباني - صحيح سنن ابن ماجه ج 02 ص 256

ج 03 ص 105 - الطبعة الأولى - مكتبة المعارف - الرياض - سنة 1417 هـ، 1997 م.

1 - ابن دقيق العيد - إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام - ج 3 ص 224 - طبعة دار الطباعة المنيرية +

مطبعة الشرق، بجوار الأزهر - مصر - سنة - 1342 هـ.

2 - الشافعي - مرجع سابق - ج 4، ص 62.

3 - ابن قدامة - مرجع سابق - ج 2 ص 130، 129.

«أففي النص جواز هبة أو إعارة حقوق الارتفاق لحق التطرق أو المرور أو الارتفاق بالجلوس أو البيع أو .. في الأزقة أو الأبنية المشتركة، وهي ملك لأصحابها لا تجوز لغيرهم إلا عن إذن منهم بعوض أو بغير عوض.

وفي قواعد ابن رجب ما يفيد أن حقوق الارتفاق هي حقوق متمولة مملوكة لأصحابها في إحدى الروايتين وهو ما جزم به صاحب الغنى، جاء فيه: «ومنها موافق الأملاك كالطرق والأبنية و مسيل المياه ونحوها أهل هي مملوكة أو ثبت فيها حق الاختصاص؟ وفي مسألة و جهان .. والوجه الثاني الملك أصرح به الأصحاب في الطرق و جزم به في الكل صاحب الغنى، وأخذه من نص أحمد و الخرقى على ملك حريم البئر»².

فالشيء الملوک يعطي مالکة حق التصرف والاستثمار ولذلك يصح تملكه بأي عقد بعوض كالبيع والإجارة أو بغير عوض كالهبة و الوقف هذا وقد ثبت في الفقه الحنبلي جواز وقف المنافع وهو ما أفاده صاحب القواعد قائلا: «الملك أربعة أنواع .. النوع الثالث ملك المنفعة بدون عين، وهو ثابت بالاتفاق وهو ضربان: أحدهما ملك مؤبد، ويندرج تحته صور .. ومنها الوقف»³.

هذا هو رأي فقهاء المذاهب الأربعة في هبة حقوق الارتفاق ووقفها واختلافهم في ذلك عائد إلى اختلافهم في مالية الحقوق والمنافع وقد رأينا فيما سبق معنا في بيع حقوق الارتفاق و تأجيرها أن ما ذهب إليه الجمهور هو الأقوى و الأرجح ولئن كان هذا في تملك حقوق الارتفاق بعوض، فإن في تملكها بغير عوض يقوى و يرجح من باب أولى رأي جمهور الفقهاء فما يغتفر فيها لا يغتفر في غيرها من العقود.

ت - حكم توريث حق الارتفاق.

اتفقت آراء الفقهاء على أن حقوق الارتفاق تنتقل الميراث إلى ورثتها استقلالاً، كما تنتقل تابعة للعقار.

المذهب الحنفي: في المذهب الحنفي الذي منع فقهاء في المعتمد عندهم انتقال حقوق الارتفاق عن طريق عقود التملك استقلالاً لعدم ماليتها قالوا بجواز انتقالها عن طريق الميراث فقد جاء في الكنز و شرحه ما يبين هذا الجواز وفي باب الشرب ما نصه: «و يورث الشرب»⁴.

1 - ابن رجب - مرجع سابق - ص 198.

2 - ابن رجب - المرجع نفسه - ص 193، 192.

3 - ابن رجب - المرجع نفسه - ص 195.

4 - ابن نجيم - البحر الرائق شرح كنز الدقائق - ج 08 ص 397 - الطبعة الأولى - دار الكتب العلمية

و قد علل فقهاء الأحناف هذا الجواز رغم أن حقوق الارتفاق عندهم غير متمولة بأن الورثة هم خلفاء الميتاً وبذلك يقومون مقامه في حقوقه و أملاكه ولذلك جوزوا أن يقوم الورثة مقامه فيما لا يجوز تملكه بعقود المعارضة والتبرعات كالدين والقصاصاً وهذا التعليل ذاته ينطبق على سائر حقوق الارتفاق»¹.

وقد ذكر هذا التعليل صاحب البدائع فقال: «وتوريثه (يعني حق الشرب) لأن الإرث لا يقف على الملك لا محالة بل يثبت في حق الملك كما يثبت في الملك كخيار العيب ونحوه»².

جمهور الفقهاء: في المذهب المالكي رأينا فيما سبق أنه يميز تملك المنافع والحقوق بعوض كالبيع و الإجارة، وبغير عوض كالهبة والوقف، فمن باب أولى تملكها استقلالاً عن طريق الميراث لكون الورثة خلفاء الميت فيما ترك من حقوق كحق الخيار في البيع ففي القوانين الفقهية قوله: «وإذا مات مشترط الخيار في المدة فالخيار لورثته»³ وكذا حق الشفعة، قال أبو عمر: «الشفعة تورث عند كل من يورث عنده الخيار في البيع»⁴ وحقوق الارتفاق ضمن الحقوق التي قال فقهاء المالكية بجواز ميراثها وقد جاء في أحكام الوصية والميراث والوقف ما يفيد تأكيد ما سبق عند المالكية فقال: «فالأئمة الثلاث يرون جريان الإرث فيها (المالكية والشافعية والحنابلة) لأنها أموال عندهم فيجري فيها الإرث كما يجري في الأموال وعلى ذلك يحل وارث الموصى له محله في استيفاء المنفعة بطريق الوارثة إذا توفي قبل انتهاء مدة الوصية»⁵ فالمالكية كما في النص يرون جريان الإرث في الحقوق والمنافع.

وفي المذهب الشافعي: جاء في الأم في باب إحياء الموات ما يفيد تملك حقوق الارتفاق بكل عقد يفيد التملك حيث قال: «.. فصار مواتاً لا عمارة فيه أفذلك لأهله كالعمارة لا يملكه أحد أبداً إلا عن أهلها وكذلك مرافقه وطريقه وأفنيته ومسائل ومشاربه»⁶ و

منشورات علي بيضون - بيروت لبنان سنة 1418 هـ، 1997 م.

1 - أبو زهرة - مرجع سابق - ص 93.

2 - الكاساني - بدائع الصنائع - ج 5، ص 286 - الطبعة الثانية - دار إحياء التراث العربي + مؤسسة التاريخ العربي - بيروت لبنان - سنة - 1419 هـ، 1998 م.

3 - ابن جزئ - القوانين الفقهية - ص 216 - طبعة منشورات دار الكتب - سنة 1408 هـ، 1987 م.

4 - ابن عبد البر - الاستذكار - ج 1 ص 305 - الطبعة الأولى - دار قتيبة دمشق بيروت + دار الوعي حلب القاهرة - سنة 1414 هـ 1993 م.

5 - د أحمد الغندور، وزكي الدين شعبان - مرجع سابق - ص 146.

6 - الشافعي - مرجع سابق - ج 4، ص 42.

تقدير الكلام وكذلك مرافقه .. الخ لا تملك إلا عن أهلها.

هذا و قد جاء في تكملة المجموع شرح المهذب لابن عبد الكافي ما يفيد أن في المذهب الشافعي هناك حقوق قابلة للتوريث قطعاً وهو قوله: «الحقوق في المذهب منها ما يورث قطعاً .. وجملة ما يحضرنى من الحقوق الآن خيار الرد بالعيب وخيار الشفعة .. وحق المرور»¹ أو حق المرور من حقوق الارتفاق، وفي المجموع ما يفيد ميراث حق الخيار للرد بالعيب حيث جاء فيه: «قد ذكر أن خيار الرد بالعيب يثبت للوارث بلا خلاف، إذا مات الوارث قبل التصيير المسقط»². ولاشك في أن حقوق الارتفاق كحق خيار الرد بالعيب، حقوق مالية متعلقة بأموال فهي تورث قطعاً قال في المجموع: «وحد ما يورث و ما لا يورث من الحقوق أن كل حق لازم متعلق بالمال يورث بوراثه المال»³ فكل حق متعلق بمال يورث كما يورث متعلقه.

وفي المذهب الحنبلي: جاء في قواعد ابن رجب الحنبلي ما يفيد أن إحدى الروايتين عن الإمام أحمد، وبها جزم صاحب المغني، أن حقوق الارتفاق هي حقوق تقبل الملك فهي حقوق متمولة كالأعيان حيث قال صاحب القواعد: «ومنها مرافق الأملاك كالطرق والأفنية و مسيل المياه ونحوها هل هي مملوكة، أو يثبت فيها حق الاختصاص؟ و في المسألة و جهان .. والوجه الثاني الملك صرح به الأصحاب في الطرق و جزم به في الكل صاحب المغني، وأخذه من نص أحمد والخرقي على ملك حريم البئر»⁴ وما دامت حقوق الارتفاق مملوكة، يصح تملكها بأي عقد يفيد التملك، بعوض أو بغير عوض، فلأن تملك بطريق الإرث هو من باب أولى، حيث يتجاوز فيه ما لا يتجاوز في غيره، فالوارث يستخلف المورث في كل ما ترك أباً في ذلك الحقوق و المرافق، وفي القواعد ما يفيد صحة ميراث المنفعة حيث جاء فيه: «ومنها الوصية فيصح أن يوصي برقبة عين لشخص وبنفعها لآخر مطلقاً، أو مدة معلومة، أو نفعها للورثة»⁵ أففي قوله: «أو نفعها للورثة» هو انتقال للمنفعة عن طريق الميراث، ومن منافع العين حقوق الارتفاق كحق المجرى، وحق التطرق أو المرور.

ث- حكم الوصية بحق الارتفاق.

- 1 - تقي الدين السبكي - تكملة المجموع شرح المهذب - ج12 ص193 - طبعة مطبعة التضامن الأخوي - مصر.
- 2 - النووي - المجموع - ج9 ص210 - طبعة إدارة الطباعة المنيرية + مطبعة القطا - مصر .
- 3 - النووي - المرجع نفسه - ج9 ص211.
- 4 - ابن رجب - مرجع سابق - ص193، 192.
- 5 - ابن رجب - المرجع نفسه - ص41.

كما اتفقت كلمة الفقهاء على صحة توريث حقوق الارتفاق بما في ذلك فقهاء الأحناف اتفقت كلمتهم كذلك على صحة الوصية بها استقلالاً، لأن الوصية أخت الميراث فهي تملك مضاف لما بعد الموت يلزم بموت الموصى وقبول الموصى له، يعنى فيه ما لا يعنى في غيره من العقود وفي ذلك قال صاحب الملكية و نظرية العقد: « فلصاحب حق الشرب مثلاً أن يوصى بالانتفاع، أي بعينه لا برقبته كالوصية بالانتفاع بالثمرة، لأن الوصية كالإرث في الثبوت بعد الموت فيصير حكمها حكمه، و جهالة الموصى به لا تمنع الوصية لأنها أوسع العقود، حتى صارت للمعدوم بالمعدوم¹».

وعلى هذا نجد اتفاق فقهاء المذاهب الأربعة على صحة الوصية بحقوق الارتفاق استقلالاً.

1- رأي فقهاء الأحناف: في المذهب الحنفي الذي لا يجيز العقد على الحقوق استقلالاً لعدم ماليتها اتفقت كلمتهم على صحة الوصية بها استقلالاً لأن الوصية أخت الميراث أفقد جاء في البدائع ما مفاده: « و يوصى به (الشرب) حتى لو أوصى لرجل أن يسقي أرضه مدة معلومة من شره جازت الوصية، وتعتبر من الثلث لأن الوصية وإن كانت تملكها لكنها بعد الموت، ألا ترى أن الموصى له لا يملك الموصى به في الحال وإنما يملكه بعد الموت فأشبه الميراث فإذا احتمل الإرث احتمل الوصية التي هي أخت الميراث²» فتعليل الأحناف لصحة الوصية بحقوق الارتفاق كونها أخت الميراث فالموصى له يستخلف الموصى به، بعد موته من حقوق و أعيان .

2- رأي جمهور الفقهاء: جاء في المذهب المالكي: ما يفيد صحة الوصية بالحقوق والمرافق من باب أولى، وهم من أجاز العقد استقلالاً بعوض وبغيره، هذا و قد جاء في القوانين الفقهية ما يفيد أن حقوق الارتفاق هي حقوق متمولة قابلة للتملك فما يملك يملك، حيث قال في المياه و أقسامها: « وهي بالنظر إلى تملكها و الانتفاع بها تنقسم إلى أربعة أقسام: القسم الأول: ماء خاص وهو الماء المتملك في الأرض المملوكة كالبئر والعين فيتتبع به صاحبه، وله أن يبيعه، ويستحب أن يبذله بغير ثمن و لا يجبر على ذلك³» فحق الشرب من حقوق الارتفاق قابل للتملك، وقابل للتملك بعوض كما في قوله: « وله أن يبيعه⁴» وبغير عوض في قوله: « ويستحب أن يبذله بغير ثمن» في حياته وبعد موته من باب أولى، كما جاء في الفواكه الدواني ما يفيد صحة الوصية بحقوق الارتفاق وجوازها في المذهب المالكي، وهي قوله: « قال القرافي في

1 - أحمد فراج حسين - الملكية و نظرية العقد - ص 110 - طبعة الدار الجامعية - بيروت لبنان.

2 - الكساني - مرجع سابق - ج 5 ص 276.

3 - ابن جزري - مرجع سابق - ص 265.

الذخيرة وضعت العرب لأنواع الإرفاق أسماء مختلفة فالعارية لتمليك المنافع بغير عوض وبعوض إجارة .. والوصية تمليك بعد الموت «¹ أو تقدير الكلام في هذا النص والوصية تمليك للمنافع بعد الموت، وهو من إطلاقات الإرفاق كما أشار إليه القرافي. وفي المذهب الشافعي: أجاز فقهاؤه العقد على حقوق الارتفاق بعوض كعقد الصلح و البيع و الإجارة، وبغير عوض كعقد الهبة والإعارة فتمليكها بإذن المالك جائز مشروع مادامت مملوكة «² وقد جاء في الأم أيضا ما يفهم بدلالة الإشارة جواز الوصية بالمنافع وهو قول الإمام الشافعي (رحمه الله:): « فكل ما أوصى به المريض في مرضه الذي يموت فيه، لو ارث من ملك ومنفعة بوجه من الوجوه، لم تجز الوصية لكونها وصية لو ارث بأي هذا كان «³ ففي النص أخذت المنفعة حكم الملك في الوصية بها لأنها لم تصح لكونها كانت وصية لو ارث، وفي حالة مرض فهي وصية ضرار.

هذا وقد رأينا أن الشافعية يقولون بصحة توريث حقوق الارتفاق، والوصية أخذت الميراث تأخذ حكمها فكلاهما تمليك لما بعد الموت يستخلف فيه الوارث أو الموصى له المورث أو الموصي فيما ترك من تركة و حقوق، والوصية من أوسع العقود يغتفر فيها مالا يغتفر في غيرها.

وفي المذهب الحنبلي: جاء في قواعد ابن رجب ما يفيد جواز الوصية بالمنافع - والحقوق منافع - حتى لو كان على وجه التأييد، ومن ذلك: « الملك أربعة أنواع .. النوع الثالث: ملك المنفعة بدون عين وهو ثابت بالاتفاق وهو ضربان: أحدهما ملك مؤبد، ويندرج تحته صور منها: الوصية بالمنافع كما سبق، ويشمل جميع أنواعها إلا منفعة البضع فإن في دخولها في الوصية و جهين «⁴ وجاء في القواعد نص عام يفيد تمليك المنافع في حياة المملك أو بعد حياته، إذا تعينت الحاجة إليها ولم يترتب على من ملكها لغيره ضرر أو مشقة راجحة وهي قوله: « ما تدعوا الحاجة إلى الانتفاع به من الأعيان و لا ضرر في بذله لتسييره و كثرة وجوده، أو المنافع المحتاج إليها، يجب بذله مجانا بغير عوض في الأظهر، ويدخل تحت ذلك مسائل منها: وضع خشب على جدار الحار إذا لم يضر، وكذلك إجراء الماء على أرضه في إحدى الروايتين «⁵ ويدخل في النص تمليك المنافع عن طريق الوصية كتمليك الأعيان، فهي من باب أولى لكونها أوسع العقود، كأن يوصي بالارتفاق بجداره

1 - النفراوي - مرجع سابق - ج 2 ص 154 .

2 - الشافعي - مرجع سابق - ج 4، ص 42 .

3 - الشافعي - المرجع نفسه - ج 4 ص 121 .

4 - ابن رجب - مرجع سابق - ص 196، 195 .

5 - ابن رجب - المرجع نفسه - ص 227 .

بعد وفاته إذا لم يرتب على ذلك ضرر بالوارث.

ثانيا: رأي الفقهاء في القانون المدني: جاء في القانون المدني الجزائري ما يفيد هذا ففي المادة (868) من القانون المدني الجزائري والتي تتحدث عن أسباب نشوء حق الارتفاق ما نصه: « ينشأ حق الارتفاق عن الموقع الطبيعي للأمكنة، أو يكسب بعقد شرعي أو بالميراث، إلا أنه لا تكسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور »¹ ففي المادة « أو يكسب بعقد شرعي أو بالميراث »² فالعقد الشرعي يشمل كل عقد يفيد التمليك زمن حياة المملك بعوض كالبيع، أو العقود المشاكلة له أو بغير عوض كالهبة والعارية وغيرهما، أو بعد وفاته ويتمثل أساسا في الوصية، وكذا الميراث.

و يعتبر العقد الشرعي هو المصدر الوحيد الذي ينشئ حق الارتفاق ابتداء سواء كان تمليكه زمن حياة المنشئ كالبيع والهبة والإجارة وغيرها من العقود، أو مضافا إلى ما بعد الموت كالوصية بها، أما الميراث فهو انتقال من المورث إلى الوارث، أو استخلاف من الوارث للمورث وفي هذا يتفق القانون المدني في الجملة مع ما جاء في الفقه الإسلامي وعلى وجه الخصوص.

1 - مولود ديدان - القانون المدني حسب آخر تعديل له - ص 166 - طبعة دار النجاح للكتاب الجزائر - سنة 2006م القانون المدني مع الاجتهاد القضائي - ص 167 - طبعة دار الجزيرة - الجزائر - سنة 2010، 2011م.

إجازة الورثة لتصرفات المورث

(دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والفقہ الإسلامي)

بن ناصر نذير

طالب دكتوراه تخصص القانون الخاص

جامعة الدكتور يحي فارس بالمدينة

ملخص

لقد قيّد المشرع الجزائري تصرفات الشخص أثناء مرض موته أخذاً منه بما عليه فقهاء المذاهب الإسلامية الأربعة خلافاً للظاهرية، وهذا التقييد محله ألاّ ينفذ تصرف هذا المريض إلا بإجازة ورثته الفعلين فيما يزيد عن الوصية، وهذا يحقق حماية لحق هؤلاء الورثة، وباعتبار الإجازة تصرفاً قانونياً فهو يتطلب توفر مجموعة من الشروط لا تصح إلا بها. مع ملاحظة أن المشرع لم يفصل في أحكام هذه الإجازة، كما أن ما نصّ عليه في بيع المريض كان غامضاً يحتمل تأويلات مختلفة.

مقدمة

لقد أوجب المشرع الجزائري تأسيساً بالشرعية الإسلامية انتقال المال بالميراث عند موت المورث، لكن هذا الأخير كثيراً ما لا يرى في قواعد الميراث ما يلاءمه و يخيل إليه عدم عدالتها لجهله، ولذلك يحاول قدر استطاعته تفاديها في ماله، فيتصرّف فيه بمختلف أنواع التصرفات إلى درجة أنه قد لا يترك شيئاً خصوصاً إن كان يكره ورثته أو بعضهم.

وتأكيداً لإجبارية الإرث وحرصاً على تطبيق قواعده الشرعية؛ تصدى الشرع والقانون لتصرف المورث وقيّده بما يضمن للوارث حقه من وقت تعلقه وذلك بإخضاع التصرف لإجازة الورثة متى كان يمس بحقوقهم، ومعنى هذا أنه لا ينفذ تصرف المورث إلا بإجازتهم ويطلب بردهم.

وهنا تظهر أهمية الإجازة التي تحمي الوارث وتقيّد المورث، وبالتالي:

- كيف تكيّف إجازة الورثة ؟
- ما هي شروط صحة هذه الإجازة ؟
- ما هي التصرفات المقيدة بهذه الإجازة ؟
- وفيما يلي، سأتولى الإجابة على هذه الإشكاليات تباعاً.

أولاً - تكييف إجازة الورثة

تعدُّ إجازة الوارث لتصرفات مورثه تصرفاً قانونياً تبرعياً بإرادة منفردة هي إرادة الوارث، ويقصد بها إسقاط حقه وتنفيذ ما صدر عن مورثه.

وتكييف الإجازة في الفقه الإسلامي محل خلاف، حيث يرى المالكية أنها لا تعدُّ تنفيذاً بل عطية مبتدئة⁽¹⁾ وهو أحد قولي الشافعي⁽²⁾ وبعض الحنابلة⁽³⁾ وهذا راجع إلى أن الوصية للوارث وبزائد الثلث باطلة، والباطل لا تلحقه الإجازة. بينما يذهب الجمهور إلى أن الوصية للوارث وبزائد الثلث صحيحة وإجازة الورثة لها تعدُّ تنفيذاً وإجازة محضة⁽⁴⁾.

والمشرع الجزائري لما نصَّ على توقف الوصية للوارث وبزائد الثلث على إجازة الورثة دون أن يحكم بطلانها؛ أفاد ذلك أن كليهما صحيحة والإجازة محض تنفيذ لهما لا عطية مبتدئة.

ويترتب على هذا التكييف أن الإجازة تنعقد بتعبير الوارث فقط⁽⁵⁾، ولا بد أن يكون هذا التعبير واضحاً لا يساوره أي شك⁽⁶⁾ ويمكن أن يكون التعبير صريحاً كأن يقول الوارث: أجزت أو أفذت أو أمضيت⁽⁷⁾، أو ضمناً كأن يسكت الوارث بعد وفاة المورث مع ظهور التصرف دون أن يطعن فيه، فإذا سكت مدة ثلاث سنوات مثلاً أو أكثر حتى وفاته اعتبر ذلك إجازة ضمنية⁽⁸⁾، ولا يستوجب القانون في الإجازة شكلاً معيناً. ويمكن أن تكون الإجازة كلية أو جزئية، فإن أجاز الوارث جميع ما مسَّ بحقه كانت الإجازة كلية، وإن أجاز بعض ما مسَّ بحقه وردَّ البعض الآخر كانت الإجازة حينها جزئية.

ثانياً - شروط صحة الإجازة

لكي تكون الإجازة صحيحة ومنتجة لآثارها القانونية؛ لا بد من توفُّر شروط صحتها، وبمفهوم المخالفة؛ فإنه بتخلف شروط الصحة تكون الإجازة غير صحيحة ولا يعتد بها، ولا يترتب عليها أي أثر؛ إذ لا ينتج المعدوم شيئاً، وهذه الشروط يمكن إجمالها في الآتي:

1 - أن تصدر الإجازة من الوارث

يجب أن يكون الشخص المجيز لتصرف المورث وارثاً؛ إذ لا يحق لغير الوارث فعلاً أن يجيز التصرف؛ لأنه ليس لغير صاحب الحق أن يسقطه.

وإن كان التصرف المراد إجازته وصية لوارث، فالإجازة هنا لا بد أن تصدر من بقية الورثة غير الوارث الموصي له.

ويجوز أن تصدر الإجازة من بعض الورثة دون بعض، وفي هذه الحالة يسقط حق من أجاز دون حق من لم يجز⁽⁹⁾، أو بعبارة أخرى يقتصر نفاذ التصرف على حق المجيز فقط، أما من رد فيأخذ حصته كاملة، وهذا لكون أن للمجيز ولاية على نفسه دون غيره⁽¹⁰⁾.
وأشير هنا إلى أن الوارث وغير الوارث يتحددان بشكل قطعي بعد وفاة المورث لا قبل ذلك.

واعتماداً على هذا الشرط لا تصح الإجازة الصادرة من غير الوارث؛ لأن العلة من تقييد تصرف المورث بالإجازة هي الحفاظ على حق الوارث، وما لم يكن هو من أجاز التصرف الذي يمس بحقه فإن التصرف يبقى غير نافذ؛ حماية له.

2 - أن يكون المجيز كامل الأهلية

يجب إلى جانب أن يكون المجيز لتصرف المورث وارثاً فعلاً؛ أن يكون كامل الأهلية؛ لأن الإجازة تبرع، والتبرعات تقتضي الأهلية الكاملة تحت طائلة البطلان.
وكامل الأهلية حددته المادة 86 من ق. أ. ج⁽¹¹⁾ بأنه: « من بلغ سن الرشد ولم يجبر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقاً لأحكام المادة 40 من القانون المدني»، ومن هذا النص يتبين أن الأهلية الكاملة تقتضي توفر شرطين هما: بلوغ سن الرشد وعدم الحجر، وسن الرشد أحال فيه المشرع إلى المادة 40 من ق. م. ج⁽¹²⁾ والتي تنصُّ أنه: « كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يجبر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة.»

بالتالي فلا بد أن يكون الوارث المجيز بالغاً من العمر على الأقل تسعة عشر سنة كاملة ومتمتعاً بقواه العقلية وغير محجور عليه؛ فإن لم يكن على هذا الوصف؛ لم يكن كامل الأهلية، وبالنتيجة لا تصح الإجازة التي تصدر منه ولا يعتد بها؛ لانتهاء أحد شروط صحة الإجازة.

وتجدر الإشارة إلى أن الإجازة الصادرة من ناقص الأهلية باطلة، والعلة من بطلانها ترجع إلى أنه غير كامل الأهلية من جهة، ومن جهة أخرى يضره التصرف دون أن ينفعه، والتصرف الضار تطبيقاً للقاعدة العامة في تصرفات ناقص الأهلية المنصوص عليها بالمادة 83 من ق. أ. ج حكمه كما يلي: « من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء»، فالإجازة الصادرة من ناقص الأهلية باطلة لكونها تبرعاً ضاراً به.

أما بالنسبة لعديم التمييز؛ فإذا كانت تصرفاته غير التبرعية باطلة فمن باب أولى أن تكون تبرعاته باطلة، وبالتالي فالإجازة التي تصدر عن صبي غير مميز أو عن مجنون أو معتوه تعد باطلة ولا أثر لها، وهذا طبقاً للمادة 82 من ق. أ. ج. والمادة 42 من ق. م. ج. والجدير بالذكر كذلك هو أن ناقص الأهلية وعديمها ينوب عنه ولي أو وصي أو مقدم حسب ما يقتضيه الحال طبقاً للمادة 81 من ق. أ. ج. ولهذا يمكن التساؤل عن مدى صحة الإجازة الصادرة عن هذا النائب؟

والجواب أنه لا تصح الإجازة التي تصدر عن النائب الشرعي؛ لأن الإجازة تبرع، وهو لا يملك التبرع بهال من ينوب عنه لكون ذلك ضاراً، وولايته مقيدة بالمصلحة حسب الجمهور⁽¹³⁾، وهو أيضاً ما يستخلص من عبارة «تصرف الرجل الحريص» التي جاء بها المشرع في المادة 88 من ق. أ. ج.؛ إذ أن الرجل الحريص يسعى في زيادة المال وتنميته لا التبرع به.

ويهمُّ جداً الإشارة إلى أن المميز قد يكون كامل الأهلية لكنه عند الإجازة يكون مريضاً بمرض الموت، فحكمه أنه لا تنفذ إجازته إلا في حدود ثلث تركته بغير إجازة ورثته⁽¹⁴⁾، وهذا بناء على أن الإجازة تبرع كما سبق القول، وتبرعات المريض في حدود الثلث لسريان حكم الوصية عليها طبقاً للمادة 776 / 1 من ق. م. ج. وهذا ما عليه الفقه الإسلامي؛ إذ ذكر العدوي أنه: «... وقوله فمنه ما يتوقف على الإجازة كأن يكون الوارث المميز مريضاً فإنها صحيحة متوقفة على إجازة وارث المريض»⁽¹⁵⁾.

3 - أن يكون المميز سليم الإرادة

ويقصد بسلامة الإرادة أن تكون خالية من كل عيب قد يشوبها، وعيوب الإرادة هي: الغلط، التدليس، الإكراه، الإستغلال؛ فإذا قام بإرادة المميز أحد هذه العيوب؛ تصح إرادته غير سليمة، وبالنتيجة يكون تصرفه قابلاً للإبطال للعيب، وليس هذا إلا تطبيقاً للقواعد العامة.

ومثال الغلط أن يعتقد الوارث أنه يميز تصرف مورثه الذي عقده لأجنبي، ثم يتبين له أنه قد أجاز التصرف الذي قام به المورث لأحد الورثة، أو العكس، فهنا المميز قد وقع في غلط في الشخص، والشخص هنا محل اعتبار؛ لأن الإجازة تبرع، والشخص في التبرعات غالباً ما يكون مهماً ومحل اعتبار على خلاف عقود المعاوضة⁽¹⁶⁾.

ومثال التدليس أن يلجأ المستفيد من الإجازة إلى تغليط الوارث بطرق احتيالية من أجل أن يميز تصرف المورث له، ويجب في هذه الحالة أن تكون هذه الوسائل الإحتيالية

هي التي أدت بالمجيز إلى الإجازة، أو بعبارة أخرى ما كان هذا الوارث ليحيز التصرف لو أنه لم يغلظ.

أما الإكراه، فيمكن القول بأنه يجد مكانه هنا أكثر من غيره؛ إذ قد يرفض الوارث أن يحيز تصرف مورثه لأحد الورثة أو لأجنبي غير وارث، فيلجأ من له مصلحة من هذا التصرف إلى تهديد وإجبار الوارث على الإجازة، وفي هذه الحالة لم يبق للوارث خيار سوى الإجازة.

والاستغلال كذلك يجد حظه هنا؛ حيث يُستغل في الوارث ضعفه من طيش يئن أو هوى جامع من طرف الشخص ذي المصلحة في إجازة تصرف المورث، ونتيجة للاستغلال يحيز الوارث تصرف مورثه الذي مس بحقه، أو بعبارة أخرى يُسقط حقه لصالح من استغله.

والواضح مما تقدم أن إرادة الوارث غير سليمة ولا تتجه بكل اختيار وحرية للإجازة؛ لذا يجوز للوارث أن يطلب إبطال إجازته لتعيب إرادته، وليس هذا إلا تطبيقاً للقواعد العامة.

4 - أن تقع الإجازة بعد موت المورث

يشترط لصحة الإجازة أن تصدر من الوارث بعد وفاة المورث، وهذا ما أشارت إليه المادة 189 من ق. أ. ج بنصها أنه: « لا وصية لو ارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي »، فيتبين من هذا النص أن المشرع الجزائري منع الوصية للوارث إلا بإجازة الورثة، ثم حدد الوقت الذي تصح فيه إجازة الورثة لهذه الوصية بشكل صريح وهو « بعد وفاة الموصي ».

وبالنسبة للوصية لغير الوارث، فالزائد على الثلث يخضع لإجازة الورثة أيضاً طبقاً للمادة 185 من ق. أ. ج، لكن الملاحظ أن المشرع لم يبين وقت إجازة الزائد على الثلث هل في حال حياة المورث (الموصي) مطلقاً أم في مرض الموت أم بعد الموت مثل إجازة الوصية للوارث؟

والظاهر أنه لا شيء يدعو للتمييز بين زمن إجازة الزائد على الثلث وإجازة الوصية للوارث؛ لذا فإنه يصح القول بأن وقت إجازة الزائد على الثلث هو بعد موت المورث، ويؤكد هذا القول أكثر؛ أن تقدير الثلث والزائد على الثلث يكون عند القسمة أي بعد وفاة المورث، لأنه الوقت الذي تنفذ فيه الوصية ويستقر فيه مال التركة، وبعد سداد الديون⁽¹⁷⁾.

والقول بأن وقت الإجازة هو بعد وفاة المورث يجد أصله في الفقه الإسلامي، حيث ذكر ابن قدامة أنه: « لا يعتبر الرد والإجازة إلا بعد موت الموصي، فلو أجازوا قبل ذلك، ثم ردوا، أو أذنوا لموروثهم في حياته بالوصية بجميع المال، أو بالوصية لبعض ورثته، ثم بدا لهم فردوا بعد وفاته، فلهم الرد، سواء كانت الإجازة في صحة الموصي أو مرضه. نصَّ عليه أحمد، في رواية أبي طالب. وروى ذلك عن ابن مسعود. وهو قول شريح، وطاوس، والحكم، والثوري، والحسن بن صالح، والشافعي، وأبي ثور، وابن المنذر، وأبي حنيفة، وأصحابه »⁽¹⁸⁾ إلا أنه من الفقهاء من قال بخلاف هذا فاعتبروا الإجازة قبل الموت صحيحة، وهذا ما أشار إليه ابن قدامة بقوله: « وقال الحسن، وعطاء، وحماد ابن أبي سليمان، وعبد الملك بن يعلى، والزهري، وربيعه، والأوزاعي، وابن أبي ليلى: ذلك جائز عليهم... وقال مالك: إن أذنوا له في صحته، فلهم أن يرجعوا، وإن كان ذلك في مرضه، وحين يحجب عن ماله، فذلك جائز عليهم »⁽¹⁹⁾.

ولعل الفقهاء الذين قالوا بصحة الإجازة في مرض الموت بنوا ذلك على أن الورثة يبدأ تعلق حقهم بهال المورث من هذا الوقت، وبالتالي فمن بداية تعلق حقهم بالمال يملكون إجازة أو رد التصرفات التي قد تمس بحقهم، لكنهم لم يراعوا مسألة أن الوقت الذي يتحدد فيه الوارث قطعاً وغير الوارث، وأوان ثبوت الإرث والمالك للوارث هو بعد موت المورث، والقول بصحة الإجازة في مرض الموت يجعل صدورها من غير الوارث فعلاً ممكنة؛ إذ قد يميز وارث في مرض موت مورثه يظهر حين الإجازة أنه وارث لا محالة، ثم يحول دون ميراثه بعد الموت مانع، فعندها ما مصير الإجازة التي صدرت منه إلا البطلان، أي تكون الإجازة التي صدرت من الشخص المظنون ميراثه تصرف بلا جدوى، فالأخذ بهذا الرأي يجعلنا نقول للشخص أجز أو رد التصرف، بعدها إذا المورث نجا من مرضه المظنون بأنه مرض الموت أو تبين أنك لا ترث؛ فإن تصرفك حينها يعتبر باطلاً، وهذا يجعلني أقول بأن الإجازة على هذا النحو مبنية على الاحتمال والظن، وتأسيسها على القطع واليقين أرجح حتى لا يكلف شخص بعمل لا جدوى منه.

والواضح أن المشرع الجزائري قد أخذ في المادة 189 المذكورة آنفاً برأي الجمهور ولم يأخذ بقول المالكية.

ثالثاً- التصرفات المقيدة بإجازة الورثة

يتوقف نفاذ بعض تصرفات المورث على إجازة الورثة، وتتمثل في التي يمكن أن تمس بحق الورثة في المال، وهي التصرفات التبرعية أو المنطوية على تبرع، ومنها: الوصية للوارث وبالزائد على الثلث، والبيع في مرض الموت، والهبة والإبراء والوقف في مرض

الموت، وكل تصرّف ينطوي على تبرع مهما كانت التسمية التي تعطى له إذا كان في مرض الموت أو مضافاً إلى ما بعد الموت، وهذا ما نصّت عليه المادتان 776 و 777 ق. م. ج، وهو ما عليه الفقه الإسلامي؛ إذ ورد في المغني أنه: « ما أعطى في مرضه الذي مات فيه، فهو من الثلث. وجملة ذلك أن التبرعات المنجزة كالعتق، والمحاباة، والهبة المقبوضة، والصدقة، والوقف، والإبراء من الدين، والعفو عن الجناية الموجبة للمال، إذا كانت في الصحة فهي من رأس المال، لا نعلم في هذا خلافاً. وإن كانت في مرض مخوف اتصل به الموت، فهي من ثلث المال، في قول جمهور العلماء... »⁽²⁰⁾.

ويمكن تفصيل هذه التصرفات كما يأتي:

1 - الوصية

قبل الخوض في التفاصيل أشير إلى أن المقصود بالوصية هنا هي الوصية بمعناها الضيق، والوصية بهذا المعنى لا يهم زمن انعقادها سواء في حال الصحة أو في مرض الموت طالما أن تنفيذها في كلا الحالتين مرجأ لما بعد الموت.

ولأن الوصية تصرّف جائز شرعاً وقانوناً بشروط معينة؛ فإنه يحق للشخص إجراؤها بمراعاة شروطها والتي من بينها: ألا تكون لوارث، وأن تكون في حدود ثلث التركة.

لكن قد يحدث ويوصي المورث محترماً قيد الثلث لكن إما أن يغفل شرط ألا يكون الموصى له وارثاً، أو يعتمد الإيصاء لوارث لتفضيله أو لغاية معينة، وقد يوصي لقريب لا يرث وقت الوصية ثم بعد الموت يصير الموصى له وارثاً؛ إذ العبرة في الوارث في باب الوصية من يرث فعلاً وقت الموت⁽²¹⁾، فيختل أحد شروط الوصية وهو ألا يكون الموصى له وارثاً.

كما قد يقع أن يوصي الشخص بوصية مراعيًا قيد الثلث، فيقل المال عند الموت فتصير الوصية قد تجاوزت الثلث، وقد يعتمد الإيصاء بما يزيد على ثلثه، فيكون قد اختل شرط عدم تجاوز الثلث.

فإذا انتفى أحد الشرطين المتقدمي الذكر أو كلاهما؛ كانت وصية المورث قد تعدت حدودها المشروعة، مما يعني مساسها بحق الورثة في المال، ولهذا قد تصدى الشرع الحنيف لهذه الأحوال فجعل الوصية إذا ما تجاوزت الثلث لغير الوارث متوقفة على إجازة الورثة؛ لأن الزائد على الثلث لا يملكه المورث لقول النبي صلى الله عليه وسلم: « إن الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث أموالكم زيادة لكم في أعمالكم »⁽²²⁾، كما جعل الوصية للوارث ولو لم تتجاوز الثلث متوقفة على إجازة باقي الورثة للعديد من الحكم ومنها أن الله تعالى قد أعطى لكل ذي حق حقه، والوصية لوارث زيادة له عمّا حدّ الله

تعالى له⁽²³⁾، وهذا خرق للقواعد الشرعية بصفة عامة ولقواعد الميراث بشكل خاص، وقد قال تعالى بعد أن قسم الميراث: ﴿وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ نُدِخِلْهُ نَاراً خَالِداً فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُّهِينٌ﴾⁽²⁴⁾.

ولما لم يكن المورث يملك حق الوصية لوارثه؛ كان تصرفه المخالف لهذا المبدأ تصرفاً فيما لا يملك، وما لا يملكه هو ملك لورثته، ومن هنا، فالوصية للوارث بأكملها تمس بحق الورثة، فتتوقف كلية على إجازتهم.

وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري؛ إذ جعل الوصية في الزائد على الثلث متوقفة على إجازة الورثة في المادة 185 من ق. أ. ج، والوصية للوارث مطلقاً متوقفة على إجازة باقي الورثة في المادة 189 من ق. أ. ج.

2 - الهبة في مرض الموت

تعدُّ الهبة عقداً تبرعياً بكونها تمليكاً بلا عوض، ومن هذا المنطلق فهي تخضع لقاعدة أن تبرعات المريض في حكم الوصية، وهذا ما ورد في الفقه الإسلامي حيث: «قال ابن المنذر: أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم أن حكم الهبات في المرض الذي يموت فيه الواهب حكم الوصايا»⁽²⁵⁾.

وهذا ما سار عليه المشرع الجزائري حيث نصَّ في المادة 204 من ق. أ. ج أن: «الهبة في مرض الموت، والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية»، وهذا النص حقيقة ليس إلا تكراراً لنص المادة 776 / 1 من ق. م. ج، بالتالي كان على المشرع الاستغناء عنه أو الاكتفاء بالإحالة فيه فقط.

ولما كانت الهبة في مرض الموت تخضع للأحكام الموضوعية للوصية شرعاً وقانوناً، فإنه يترتب على ذلك أنها تنفذ في حدود ثلث التركة إذا كانت لغير وارث ويتوقف ما تجاوز الثلث على إجازة الورثة، وتقف في كل مقدارها ولو قلَّ عن الثلث على إجازتهم إذا كانت لوارث، أي أن هبة المريض تتوقف على الإجازة مثل الوصية تماماً.

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يدق التمييز بين أنواع الهبة في سريان حكم الوصية عليها فيستوي أن تكون هبة عين أو هبة منفعة؛ لأن علة إخضاع الهبة لحكم الوصية تتوفّر في كلا النوعين، كما أن الحكم مطلق ولذا فهو على إطلاقه طالما لم يوجد ما يقيد.

كما يستوي أن تكون الهبة ظاهرة أو مستترة؛ إذ أنه حتى ولو سترت الهبة تحت اسم تصرف آخر فإنها تخضع للأحكام الموضوعية للهبة وتأخذ حكم الوصية إن صدرت في مرض موت المتصرف⁽²⁶⁾، ومثال ذلك ستر الهبة بالإقرار بالدين، حيث يقر الشخص

لآخر بدين عليه، والحقيقة أنه غير مدين وإنما قصد الالتزام على سبيل التبرع، فهذه هبة مستترة، فإن صدرت في مرض الموت كان لها حكم الوصية⁽²⁷⁾.

3 - الإبراء في مرض الموت

يعد الإبراء من التصرفات التبرعية؛ إذ هو إسقاط الدائن لحقه لصالح مدينه، وبالتالي يأخذ حكم التبرعات؛ فإن صدر في حال صحة المبرئ يكون ناجزاً، أما إذا صدر في مرض الموت فيأخذ حكم الوصية، أي يتوقف نفاذ هذا الإبراء على إجازة الورثة، فإن كان المبرأ وارثاً لم يهم مقدار الدين المبرأ منه وتوقف في جميعه على إجازة باقي الورثة، أما إذا كان المبرأ أجنبياً أي غير وارث فينقذ الإبراء له في حدود ثلث التركة بلا إجازة، وما تجاوز الثلث يتوقف عليها⁽²⁸⁾.

وهذا ما سار عليه المشرع الجزائري، حيث نصّ في المادة 306 / 1 من ق.م. ج أنه: « تسري على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع»، ومن هذه الأحكام؛ ما تضمنته المادة 776 من نفس القانون، وبالتالي فإذا صدر الإبراء في مرض الموت يأخذ حكم الوصية على النحو الذي تم تفصيله.

4 - الوقف في مرض الموت

لم يرد في القانون المتعلق بالأوقاف⁽²⁹⁾ نص يتعلق بالوقف في مرض الموت، إلا أنه أحال في المادة 2 إلى أحكام الشريعة الإسلامية في غير المنصوص عليه فيه.

كما أنه بالرجوع إلى النصوص المتعلقة بالوقف في قانون الأسرة نجد المادة 215 تحيل إلى المادة 204 التي تعطي الهبة في مرض الموت حكم الوصية، فيفيد كل هذا أن الوقف في مرض الموت يعطى حكم الوصية كذلك، وهذا ما عليه أحكام الشريعة الإسلامية؛ إذ ذكر ابن قدامة أن: «الوقف في مرض الموت، بمنزلة الوصية، في اعتباره من ثلث المال؛ لأنه تبرع، فاعتبر في مرض الموت من الثلث كالتق والهبة. وإذا خرج من الثلث، جاز من غير رضا الورثة، ولزم، وما زاد على الثلث، لزم الوقف منه في قدر الثلث ووقف الزائد على إجازة الورثة»⁽³⁰⁾، وهذا يتعلق بشرط الثلث، لكن هل يقف الوقف للوارث على الإجازة ولو لم يتعد الثلث؟ والجواب أنه: «اختلفت الرواية عن أحمد في الوقف في مرضه على بعض ورثته، فعنه: لا يجوز ذلك، فإن فعل وقف على إجازة سائر الورثة... وهو مذهب الشافعي. والرواية الثانية، يجوز أن يقف عليهم ثلثه، كالأجانب... قال الخبري: وأجاز هذا الأكثرون... ولنا، أنه تخصيص لبعض الورثة بهاله في مرضه، فمنع منه، كالهبات ولأن كل من لا تجوز له الوصية العين، لا تجوز بالمنفعة، كالأجنبي فيما زاد

على الثلث» (31).

والمشرع الجزائري لما أحال للمادة 204 التي تخضع الهبة في مرض الموت لحكم الوصية؛ فإنه مع عدم التخصيص قد أطلق الحكم، فجعل حكم الوقف تماماً كالهبة في مرض الموت، ومن ذلك أن كلاهما يتوقف مهما كان مقداره على إجازة الورثة إذا كان لوارث.

5 - البيع في مرض الموت

قد يتبادر هنا السؤال عن سبب تقييد البيع بإجازة الوارث رغم أنه ليس تبرعاً بل معاوضة؟ والجواب أن البيع رغم كونه من عقود المعاوضة إلا أنه قد ينطوي على تبرع ومحابة، ويظهر هذا في البيع بثمن أقل من قيمة الشيء المبيع، أما إذا كان البيع بثمن المثل أو بثمن أكبر من قيمة المبيع فلا محابة ولا تبرع.

وتنص المادة 408 من ق. م. ج أنه: « إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزاً إلا إذا أقره باقي الورثة.

أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلاً للإبطال».

ويتبين من هذا النص أن المشرع قد ميز بين البيع لوارث والبيع لأجنبي، فاعتبر الأول غير نافذ إلا بإجازة باقي الورثة سواء كان البيع بثمن يساوي قيمة المبيع أو بأقل من ذلك، وهو القول الراجح في المذهب الحنفي وبه قال أبو الخطاب من الحنابلة (32)، وهذا الرأي شدد حماية حق الورثة حيث لم يكتف بحماية حقهم في قيمته فقط بل حماه في عينه أيضاً (33)، والثاني نافذاً لكنه قابل للإبطال وذلك على أساس أنه غير مصادق عليه، وهذا التعبير الذي أتى به المشرع غامض، وكان الأحسن أن يأخذ حكم البيع في المرض لغير وارث عن المذهب الحنفي أيضاً (34)، وبذلك ينص أنه: « إذا تم البيع في نفس الظروف لغير وارث بما يقل عن قيمة المبيع فيتوقف فيما يجاوز الثلث على إجازة الورثة، فإن لم يجيزوا كان للمشتري أن يرد للتركة ما يفي بتكملة ثلثها أو يطلب الفسخ»، وهذا مذهب الأحناف (35).

والجددير بالذكر أن التصرف يخضع لأحكام المادة 408 من ق. م. ج بعدما ثبت المتصرف إليه عكس القرينة الواردة في المادة 776 / 3 أي أن التصرف بيع وأنه دفع الثمن.

خاتمة

بناء على ما تقدم، تعدُّ الإجازة وسيلة فعالة تضمن للوارث حقه وتحميه من إضرار المورث، وقد كان للشريعة الإسلامية فضل السبق إلى تقريرها وبيان أحكامها؛ إذ لم تترك ضراً إلا وسدَّت بابها، كما أقرها المشرع الجزائري ضمن نصوص الوصية.

لكن يعاب على المشرع عدم تفصيله لأحكام الإجازة، وكان من الضروري النص عليها بشكل دقيق لاسيما وأنها تؤثر كثيراً في تقرير مصير الحقوق والتصرفات الموقوفة عليها.

والمقترح هو أن يضع المشرع نصوصاً إضافية توضح كافة جوانب الإجازة كتحديد طبيعتها القانونية وكيفية انعقادها وشروط صحتها وبيان التصرفات المقيدة بها، حتى يسهل على القاضي خاصة إيجاد الأحكام جاهزة دون أن يضطر للعودة إلى الشريعة والمعاناة من صعوبة الترجيح بين الآراء الفقهية، وإعادة النظر في النصوص القانونية الموجودة بإزالة الغموض والنقص الذي يعترها وبالأخص المادة 408 / 2 من ق.م.ج المتعلقة بالبيع لغير وارث، وكذا حذف نص المادة 204 من ق.أ.ج لكونها تكراراً لحكم المادة 776 / 1 من ق.م.ج.

وبتدارك النقائص يحقق المشرع هدفين، أولهما: توضيح مسألة الإجازة بشكل يتعذر معه الخلط بينها وبين غيرها من الأنظمة ويقل معه الوقوع في الأخطاء، والثاني: كلما كانت المسألة مفصلة كان ذلك سداً لباب التحايل والتأويل، وفي ذلك تجسيد لفعالية الإجازة كوسيلة تحمي حق الورثة.

الهوامش:

(1) أبو عبد الله محمد الخرشبي، علي العدوي، الخرشبي على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية العدوي، الجزء الثامن، الطبعة الثانية، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، مصر، 1317 هـ، ص 171.

(2) أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، لبنان، 1995، ص 342 - 343.

(3) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، الجزء الثامن، الطبعة الثالثة، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، 1997، ص 396.

(4) المرجع نفسه، ص 396 - 397.

(5) بخلاف ما لو كانت هبة مبتدأة فحينها تكون عقداً، ومن ثم لا بد فيه من قبول المجاز له أي الموهوب له من المجيز ولا بد من الحياة أيضاً.

(6) المحكمة العليا، قرار رقم 241885 مؤرخ في 14 / 03 / 2001، المجلة القضائية، العدد الأول، السنة 2002، ص 133.

- (7) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المرجع السابق، ص 397.
- (8) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الرابع: البيع والمقايضة، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص 332 (هامش).
- (9) أحمد عبد الجواد، أصول علم الموارث، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، لبنان، 1998، ص 45.
- (10) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الثامن، الطبعة الثانية، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، سورية، 1985، ص 42.
- (11) قانون رقم 84 - 11 مؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة، ج ر عدد 24 الصادرة في 12 / 06 / 1984، معدّل و متمّم بالأمر رقم 05 - 02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005، ج ر عدد 15 الصادرة في 27 / 02 / 2005.
- (12) أمر رقم 75 - 58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78 الصادرة في 30 / 09 / 1975، معدّل و متمّم إلى غاية القانون رقم 07 - 05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق 13 مايو سنة 2007، ج ر عدد 31 الصادرة في 13 / 05 / 2007.
- (13) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص 428 وما بعدها.
- (14) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 331 (هامش رقم 2).
- (15) أبو عبد الله محمد الخرشني، علي العدوي، المرجع السابق، ص 171.
- (16) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الجزء الأول: مصادر الإلتزام: العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، الجزائر، 2006، (د. د. ن)، ص 169.
- (17) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني (الميراث والوصية)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 272.
- (18) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المرجع السابق، ص 405.
- (19) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المرجع السابق، ص 406.
- (20) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المرجع السابق، ص 473 - 474.
- (21) السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثالث: المعاملات، الطبعة الأولى، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، لبنان، 1971، ص 595.
- (22) أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، الطبعة الأولى، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، (د. ت. ن)، حديث رقم 2709، ص 460.
- (23) محمد بن صالح العثيمين، تفسير آيات الأحكام، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الغد الجديد للنشر والتوزيع، مصر، 2007، ص 513.
- (24) سورة النساء، الآية 14.
- (25) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المرجع السابق، ص 271.
- (26) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، الجزء الخامس: الهبة والشركة، ص 95.

(27) المرجع نفسه، ص 87، 95.

(28) وهبة الزحيلي، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص 332.

(29) قانون رقم 91 - 10 مؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق 27 أبريل سنة 1991 يتعلق بالأوقاف، ج ر عدد 21 الصادرة في 08 / 05 / 1991، معدّل وامتّم بالقانون رقم 01 - 07 المؤرخ في 28 صفر عام 1422 الموافق 22 مايو سنة 2001، ج ر عدد 29 الصادرة في 23 / 05 / 2001، وبالقانون رقم 02 - 10 المؤرخ في 10 شوال عام 1423 الموافق 14 ديسمبر سنة 2002، ج ر عدد 83 الصادرة في 15 / 12 / 2002.

(30) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المرجع السابق، ص 215.

(31) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المرجع السابق، ص 217 - 218.

(32) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، الجزء السابع والثلاثون: مرض الموت - مصاهرة، الطبعة الأولى، دار الصفا للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت، 1997، ص 19.

(33) يرى بعض الشافعية والحنابلة أن حق الوارث في القيمة فقط دون الأعيان، ويرى الجمهور أن حق الوارث يشمل الأعيان أيضاً؛ لأن في الأعيان غرضاً صحيحاً، وهبة الزحيلي الجزء الثامن، المرجع السابق، ص 96.

(34) أشرت للمذهب الحنفي بالتحديد لكونه يتفق مع توجه المشرع الجزائري في اعتبار أن حق الورثة قائم في العين والمقدار معاً.

(35) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المرجع السابق، ص 16.

العنف ضد المرأة ظاهرة عالمية

حداد نور الهدى منال

طالبة دكتوراه جامعة تونس

ملخص

إن العنف ضد المرأة من أسوأ المظاهر التي تعيشها الحضارة المعاصرة، ولتسليط الضوء عليها فإنه لا بد من التعرف عليها في محورين أساسيين. المحور الأول: ماهية العنف ضد المرأة، نتناول فيه التعريف بظاهرة العنف ضد المرأة، أنواعه ومظاهره.

المحور الثاني: الجهود الدولية للقضاء على ظاهرة العنف ضد المرأة، وذلك من خلال التطرق أولاً للمنظمات الدولية المتخصصة التابعة للأمم المتحدة بوصفها إحدى آليات حماية حقوق المرأة على المستوى الدولي وعلى الأخص صندوق الأمم المتحدة الإنمائي للمرأة، ثانياً المؤتمرات الدولية الخاصة بالمرأة.

Résumé:

La violence contre la femme, un phénomène international.

La violence contre la femme est le pire du fléau de la civilisation contemporaine, et pour mettre ce phénomène en avant il faut l'identifier à partir de deux axes.

Première axe : déterminer le phénomène de la violence contre la femme, ses formes et ses aspects.

Deuxième axe : démontrer les efforts internationaux pour lutter contre la violence commise à l'égard des femmes en montrant en premier les organisations internationales des nations unies spécialisées dans le domaine, car elle représentent l'un des piliers de la protection des droits de la femme à l'échelle internationale, en particulier ,le fond de développement des états unies pour la femme (UNIFEM).

Deuxièmes, les conférences internationales dédiées aux femmes.

مقدمة:

يحتفل العالم خلال هذا العام بمرور ستين (60) عاما على صدور الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، كما مرت أيضا في شهر مارس الماضي 2009 احتفالية الأمم المتحدة باليوم العالمي للمرأة، التي صاحبته حملة موسعة لبحث آليات وقف العنف ضد المرأة في أرجاء العالم.

وموضوعنا المهم الذي نتساءل فيه ويفرض نفسه الآن هو: ما حقيقة أوضاع المرأة في العالم بعد مرور ستين عاما على اعتراف العالم بقضايا حقوق الإنسان؟ وهل يمكن وضع المرأة الراهن أن يعبر عن تمتعها بكامل حقوقها؟ أم أنها مازالت تعاني التمييز، والعديد من المشكلات التي تعرقل دورها الأساسي في المجتمع كطرف أصيل في تنمية المجتمع الذي تنتمي إليه؟

الحقيقة أن الإحصاءات التي تنشرها تقارير التنمية البشرية التابعة للأمم المتحدة، وغيرها من التقارير التي تنشرها المؤسسات المهتمة بضمان حقوق المرأة، خاصة فيما يتعلق بنسب الأمية المنتشرة بقوة بين الإناث في الكثير من المجتمعات بصفة عامة، والوطن العربي بصفة خاصة.

وكذلك فيما يتعلق بنسب العنف الذي تتعرض له المرأة بالإضافة إلى ظواهر عديدة مثل: التمييز، والاستغلال الجنسي، كما تجدر الإشارة، إلى صفحات الحوادث في الصحف، والعديد من البرامج التي تبثها الفضائيات، تكشف بوضوح اتساع مظاهر العنف ضد المرأة، ومن بينها ظاهرة التحرش الجنسي، بالإضافة إلى ظواهر الزواج من قاصرات أو إجبار الفتيات على الزواج مع كبار السن، والزواج المبكر عموما، لأسباب اجتماعية واقتصادية عديدة وظاهرة القتل الذي تتعرض له المرأة في بعض بلادنا العربية تحت شعار «الشرف».

وفي ظل غياب تطبيق التشريعات التي تحمي حقوق المرأة، ومع سيادة ثقافة تمييز المرأة، فإن الظاهرة تتفاقم بدلا من أن تنحسر، ففي مجال حق التعليم تشير تقارير الأمم المتحدة بأن (كي مون - الأمين العام للأمم المتحدة عام 2008) إلى أن المرأة تشكل (64 %) من مجموع (6763) مليون سنة في عالم اليوم، الذي لا يستطيعون القراءة حسب تقديرات البنك الدولي.

وتشكل الفتيات الأغلبية بين 113 مليون طفل تتراوح أعمارهم بين 06 سنوات و11 سنة ممن لا يتلقون تعليما، كما تشير بعض الأبحاث إلى أن الفتيات يشكلن (60) من مجموع الشباب الذي لا يتلقون تعليما، كما أوضح التقرير الصادر سنة 2008 بمناسبة

اليوم العالمي للمرأة عددا من البيانات المهمة، ومن بين ما يشير إليه التقرير أن المرأة تشكل أغلبية العاملين في الوظائف المنخفضة الدخل، والمناصب الدنيا بالوظائف ذات الدوام الجزئي والأعمال التعاقدية التي توفره فرصا محدودة لتغطية متطلبات الضمان الاجتماعي، كما أنها تتقاضى عادة دخلاً يقل عما يتقاضاه الرجل بنسبة تتراوح من 20٪ إلى 30٪ على نفس النوع في العمل.

هذه المؤشرات تكشف عن حقيقتين جوهريتين: أولهما، أن المرأة بوصفها نصف المجتمع تمثل عاملا جوهريا في تنمية المجتمع، وهي مساهم رئيسي في هذه العملية، ولذلك لا بد أن تتمتع بكامل الحقوق اللازمة لأي مواطن بغض النظر عن التمييز الجنسي، وثانيها، أن تأخر حصولها على تلك الحقوق يتسبب في تحقيق خسائر لا يستهان بها على اقتصاديات المجتمعات المختلفة، والنامية منها على نحو خاص.

لقد بدأ اهتمام المجتمع الدولي بقضية العنف منذ صدور الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، حيث أشارت المادتان الخامسة (5) والمادة الثانية عشر (12) من الإعلان ذلك(1).

أما الاهتمام بقضية العنف ضد المرأة بشكل خاص فقد بدأت مع اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، التي على الرغم من كونها لا تتناول قضية العنف ضد المرأة بشكل صريح ومباشر، إلا أن تفسيرات الاتفاقية وتوصيات اللجنة المكلفة بمتابعة الاتفاقية أوضحت "أن العنف القائم على الجنس يمثل شكلا من أشكال التمييز الذي يعيق، وبشكل خطير، قدرة المرأة على التمتع بحقوقها وحريةها على أساس المساواة مع الرجل"(2).

كما أن اتفاقية سيداو CEDAW، قد جعلت من قضية العنف ضد المرأة في قلب حقوق الإنسان، وساهمت في خلق إطار قانوني تستند إليه الحكومات في مكافحة العنف ضد المرأة، حيث هي مسؤولة وعرضة للمحاسبة في هذا المجال(3).

وعليه، يشكل العنف ضد المرأة أسوأ المظاهر التي تعيشها الحضارة المعاصرة، فهو ظاهرة تعاني منها المرأة في كل مكان من العالم، وعلى الرغم من الانتشار الواسع لهذه الظاهرة إلا أنها لم تحظ بالاهتمام الكافي والواسع إلا مؤخرا، بحيث بدأت الحركات النسوية العالمية التي تؤكد على أهمية ربط قضايا حقوق المرأة بقضايا حقوق الإنسان، واعتبار العنف ضدها انتهاكا صارخا لحقوقها الأساسية، وفي محاولة لتسليط الضوء على هذه الظاهرة فإنه لا بد من التعرض إليها في محورين أساسيين.

نتناول في المحور الأول، ماهية العنف ضد المرأة، لنتناول فيه التعريف بظاهرة العنف ضد المرأة، أنواعه ومظاهره، بينما نتناول في المحور الثاني، الجهود الدولية للقضاء على ظاهرة العنف ضد المرأة، وذلك من خلال التطرق أولاً، للمنظمات الدولية المتخصصة التابعة للأمم المتحدة بوصفها إحدى آليات حماية حقوق المرأة على المستوى الدولي، وعلى الأخص صندوق الأمم المتحدة لتنمية المرأة، وثانياً للمؤتمرات الدولية الخامسة بالمرأة.

المحور الأول: ماهية العنف ضد المرأة

نتناول فيه جملة من القضايا، نلخصها أساساً في بيان تعريفاته المختلفة، أنواعه، ثم مظهره.

أولاً: تعريف العنف ضد المرأة.

يقتصر المعنى من الناحية اللغوية، لكلمة «عنف» باللغة العربية على نوع واحد من أنواع العنف المتعارف عليها اليوم وهو العنف الجسدي، فقد جاء في القاموس أن لفظة «عنف» مشتقة من مادة «عنف» ويقال «عنف به وعليه» أي أخذه بشدة وقسوة، فهو عنيف(4)، هذا ولم يبدأ استخدم مفهوم العنف بشكل واسع في الدراسات النفسية والاجتماعية إلا منذ بدء إطلاق هذا المفهوم في المحافل الدولية بعد إقرار «الإعلان العالمي للقضاء على العنف ضد المرأة»، عام 1993م الذي عرف العنف ضد المرأة بأنه «أي فعل عنيف قائم على أساس الجنس ينجم عنه أو يمتثل عنه أذى أو معاناة جسمية أو جنسية أو نفسية للمرأة» «بما في ذلك التهديد باقتراح مثل هذا الفعل أو الإكراه أو الحرمان التعسفي من الحرية سواء واقع ذلك في الحياة العامة أو الخاصة»(5).

ثانياً: أنواع العنف ضد المرأة.

من خلال التعريف السابق، يمكن تقسيم العنف إلى ثلاثة أنواع:

النوع الأول: العنف الجسدي.

وهو أشد وأبرز أنواع العنف وهو الذي يتعلق بإلحاق الأذى الجسدي واستخدام القوة، ويتراوح من أبسط الأشكال الرمي أرضاً، اللكم، العض، الخنق، الحرق، الدهس... الخ.

وتتعدد التقارير والإحصاءات حول مدى انتشار هذا النوع من العنف بين النساء، منها التقارير الذي أصدرته الأمم المتحدة في عام 2001 الذي ظهر فيه «أن واحدة من بين كل ثلاث نساء في العالم تعرضت للضرب أو الإكراه على ممارسة الجنس أو إساءة المعاملة بصورة أو بأخرى وغالبا ما تتم هذه الانتهاكات لحقوق المرأة بواسطة إنسان

يعرفنه جيدا» ومنها أيضا تقرير صندوق الأمم المتحدة لرعاية الطفولة «اليونيسيف» تناول دراسة مصرية ذكر فيها أن 35% من النساء المصريات تعرضن للضرب على أيدي أزواجهن مرة واحدة على الأقل أما برنامج الأمم المتحدة للتنمية فيشير إلى أن ثلثي النساء على الأقل تعرضن خلال حياتهن لصورة من صور العنف المنزلي، وأن هذه الظاهرة تؤثر على أربعة ملايين من النساء في ألمانيا وفي اليابان وكوريا عانت 25% إلى 60% من النساء المعاملة السيئة من شركائهن في فرنسا 95% من ضحايا العنف هن من النساء، 51% منهن نتيجة تعرضهن للضرب من قبل أزواجهن أو أصدقائهن.

أما في كندا 60% من الرجال يمارسون العنف، وفي الولايات المتحدة الأمريكية 4 ملايين يتعرضن للعنف من الأزواج، ويعتبر الضرب والعنف الجسدي السبب الرئيسي في الإصابات البالغة للنساء، في الهند 8 نساء من بين كل 10 نساء هن ضحايا العنف سواء العنف الأسري أو القتل، وفي البيرو 70% من الجرائم المسجلة لدى الشرطة هي لنساء تعرضن للضرب من قبل أزواجهن، أما في تركيا زهاء 60% من النساء التركيات فوق سن الخامسة عشر تعرضن للعنف أو الضرب أو الإهانة أو الإذلال، على أيدي رجال من داخل أسرهن، سواء من الزوج أو الخطيب أو الصديق أو الأب أو والد الزوج، وأشارت دراسات تركية إلى أن 50% يتعرضن للضرب بشكل مستمر، وأن 40% منهن يرجعن السبب في ذلك لظروف اقتصادية وتناول الكحول، وبينت الدراسة أن 25% فقط من أولئك النساء اللاتي يتعرضن للعنف يقمن بالرد على العنف بعنف مماثل.

في حين أن 10% فقط منهن يتركن المنزل احتجاجا على العنف الذي يتعرضن له الغريب أن 70% من هؤلاء السيدات اللاتي يتعرضن للضرب لا يجذبن الطلاق حفاظا على مستقبل الأولاد، في حين أن 15% فقط منهن لا يطلبن التطليق بسبب حبهن لأزواجهن، أما في مصر فقد ظهرت دراسة حديثة أن 81% من النساء يتعرضن للضرب، وفي لبنان بينت الدراسة أن 76% من نساء لبنان يتعرضن للضرب، وفي الجزائر خمسة من بين عشرة نساء يتعرضن للاعتداء يوميا.

وتشابهت كثيرا خبرات العنف الذي تعرضت له النساء في بلاد العالم الثالث مع دول غنية مثل الولايات المتحدة، ونشير في ختام هذه النقطة أن منظمة الهجرة العالمية طالبت بوقف أعمال العنف ضد النساء المهاجرات، وأكدت أن هذه الأعمال تمثل أشجع العنف الوحشي، وأضافت في بيان لها بمناسبة يوم المرأة العالمي أن عملية الاتجار بالنساء أصبحت واحدة من أكبر العمليات الإجرامية في العالم، وأكدت أن مثل هذه التجارة تتطلب رد فعل منسق وقوي وتعاوننا كبيرا من جانب المجتمع الدولي يتمثل في تقديم تشريعات

وسياسات تهدف إلى تقديم مرتكبي هذه التجارة إلى العدالة ومعاقبتهم وتقديم الحماية إلى الضحايا ومساعدتهم، وقالت المنظمة في بيانها أن نصف عدد إجمالي المهاجرين في العالم وعددهم 175 مليون مهاجر هم من النساء، كما أكدت المنظمة العالمية للهجرة أن هناك حاجة إلى تنسيق إجراءات تعاون بين دول المنشأ والدول المضيفة من أجل حماية وتدعيم الحقوق الإنسانية وكرامة النساء المهاجرات.

النوع الثاني: العنف النفسي.

هو أي فعل مؤذ لنفسية المرأة ولعواطفها بدون أن تكون له أية آثار جسدية مثل معاملة المرأة على أنها أقل شأن من الرجل أو افتقادها الثقة في نفسها، اتهامها بالتسبب في العنف الممارس ضدها أو إنكار العنف الممارس ضدها(6).

ومن مظاهر هذا العنف، الشتم، الإهمال، المراقبة، عدم تقدير الذات، التحقير، النعت بألفاظ بذيئة، الإحراج، المعاملة كخادمة، توجيه اللوم، الاتهام بالسوء، إساءة الظن، التخويف، الشعور بالذنب(7)، وفي هذا تشير الإحصاءات الصادرة عن فرنسا على سبيل المثال أن امرأة واحدة من كل خمسة نساء تتعرض لضغوط أو عنف جسدي أو كلامي في الأماكن العامة(8)، كما بينت الدراسات في فلسطين أن 9% من النساء الفلسطينيات تعرضن إلى شكل من أشكال العنف النفسي وأن 52% منهن تعرضن للإهانة والشتم، واللغة البذيئة وتسميتهن بأساء مهينة من قبل أزواجهن، مرة واحدة على الأقل خلال العام السابق وقد تعرضن هؤلاء النساء للأشكال الثلاثية من العنف في آن واحد.

النوع الثالث: العنف الجنسي.

هو إجبار المرأة على ممارسة جنسية ضد رغبتها، ويشمل هذا النوع الاغتصاب حتى ولو كان في حالة زواج، والتحرش الجنسي، سواء اقترن باستخدام القوة أو التهديد بها، والمضايقات الجنسية خاصة أثناء العمل، إما عن مصادر المضايقات فهناك مضايقات من الزملاء الذكور بلغت 41% ومضايقات من الجمهور 32% بينما هناك بعض المضايقات يشتكي منها كل من الجنسين، وفي لبنان يشير التقرير الوطني الموحد في تنفيذ منهاج عمل مؤتمر بكين عام 1999م وبناء على إحصاءات قوى الأمن الداخلي لعام 1997 إلى وقوع 1300 فعل عنف ضد النساء وإلى 114 حالة اغتصاب و281 حالة اعتداء ومضايقات جنسية تم إبلاغ الأمن الداخلي عنها عام 1997م، وتشير الإحصاءات إلى أن نسبة التعرض للاغتصاب متقاربة جدا في كل من البلدان الصناعية والبلدان النامية، وقد بينت الدراسة أن امرأة واحدة من كل خمس أو سبع نساء تتعرضن للاغتصاب في حياتها(9).

ثالثا: مظاهر العنف ضد المرأة

تشمل مظاهر العنف ضد المرأة على الأنواع الثلاثة التالية:

النوع الأول: العنف الأسري.

لقد فسره الإعلان العالمي للقضاء على العنف تفسيرا مفصلا فقال بأنه: «العنف الجسدي والجنسي والنفسي الذي يقع في إطار الأسرة، بما في ذلك الضرب المبرح والإساءة الجنسية للأطفال، الإناث في الأسرة، العنف المتصل بالمهر، والاعتصاب في إطار الزوجية، وبترا الأعضاء التناسلية للإناث وغيره من الممارسات التقليدية المؤذية للمرأة، والعنف خارج نطاق الزوجية والعنف المتصل بالاستغلال».

الملاحظ أن هذا النوع -العنف الأسري- لا يقتصر على الزوجة فقط بل يشمل البنت أيضا التي تعاني من «مشاكل جسدية ونفسية ناجمة عن الممارسات المترسخة في الثقافة والتقاليد، بما فيها تشويه الأعضاء التناسلية التي تتعرض لها ما بين 85 و 114 مليون فتاة وامرأة (10)، كما يشمل أيضا الفتاة التي تتزوج باكرا، على اعتبار أن في هذا الفعل «إكراه على الزواج يجرم الفتاة من حقوقها في التعليم ويحملها أعباء نفسية واجتماعية وصحية، ويصيبها، أو يجهل أن يصيبها ضرر نفسي أو صحي أو جنسي (11)، وتشير المعلومات التي جمعها المكتب الإحصائي للأمم المتحدة حول العنف الأسريين وأن امرأة واحدة من كل أربع نساء في البلدان الصناعية قد تعرضت للضرب من قبل شريك حياتها، وقد بدل الاهتمام بجمع المعلومات في البلدان النامية كذلك حيث أشار مسح يشمل تسعين (90) مجتمعا ريفيا إلى أن ثمة مستوى مرتفعا من العنف الذي يرتكب ضد النساء في سبعين (70) منها، أما الستة عشر مجتمعا الباقية فقد وصفت بأنها خالية من حوادث العنف الأسري (12).

النوع الثاني: العنف الاجتماعي.

هو عبارة عن محاولة فرض حصار اجتماعي على الفتاة وتضييق الخناق على فرض تواصلها وتفاعلها مع العالم الاجتماعي الخارجي، وهو أيضا محاولة محاولة الحد من انخراطها في المجتمع وممارستها لأدوارها:

- تقييد الحركة والتدخل في الشؤون الخاصة، تحديد أدوار المرأة، عدم السماح بزيارة الصديقات والأهل، عدم السماح باتخاذ القرارات، عدم الاستماع لها أمام الآخرين، عدم دعم هدفها في الحياة» (13)، ويدخل في هذا النوع من العنف:
- عدم إتاحة فرصة عمل للمرأة وانخفاض نسبة مساهمتها في العمل والبحث العلمي.

- سوء التغذية واعتلال الصحة والنقص الموجود في الخدمات الصحية في حسابها الوقائي.

- عدم إتاحة الفرص لها كي تحرك جماهير النساء وللقيام بحركة اجتماعية.

- تحجيم قدرات المرأة وإبعادها عن المشاركة في صنع المستقبل.

النوع الثالث: العنف القانوني.

يشمل العنف القانوني، العنف المدني، الجنسي، والنفسي الذي ترتكبه الدولة أو تتغاضي عنه، أينما وقع، وذلك لأن المرأة الحق في التمتع أيضا على قدم المساواة مع الرجل بكل حقوق الإنسان وحرياته الأساسية وفي حماية هذه الحقوق والحريات، وذلك في الميادين السياسية والاجتماعية والثقافية والمدنية أو أي ميدان آخر (14)، ومن بين القوانين التي تدعو الأمم المتحدة إلى إقرارها فبهذا المجال:

1- قانون لعلاج ظاهرة العنف المنزلي، حيث تبين من التقرير الذي أصدرته الأمم المتحدة في عام 2001 أن هناك أربع وأربعين دولة فقط على مستوى العالم هي التي أصدرت تشريعات لعلاج ظاهرة العنف المنزلي، بينما نجح عدد صغير من الدول المتقدمة في إصدار تشريعات مناهضة للاغتصاب داخل الأسرة.

2- قانون يميز للمرأة حق إعطاء جنسيتها لأطفالها في حالات الزواج من شخص يحمل جنسية أخرى.

3- قانون يجرم الختان.

4- إيجاد قانون أحوال شخصية جديد يؤدي إلى إعطاء حق التطبيق للمرأة، ورفع الولاية عن المال والنفس عند بلوغ سن الرشد، إضافة إلى رفع سن الحضانة وسن الزواج، ومنع تعدد الزوجات، وإنشاء محكمة واحدة خاصة بجميع قضايا الأسرة وتطبيق الشراكة بين الزوجين في ثروة الأسرة، وضمان وصول الثقة إلى مستحقيها عن طريق إنشاء صندوق خاص بذلك.

5- إيجاد قانون يحمي النساء المعتقلات في السجون، إذ غالبا ما تتعرض المرأة أثناء الاعتقال لأنواع التعذيب، فاستنادا إلى شهادات المعتقلات أعدت منظمة العفو الدولية لائحة باستعمال التعذيب وسوء المعاملة المرتكزة على النوع الاجتماعي وتشمل لائحة أعمال التعذيب المذكور أعلاه الأفعال التالية:

- الاغتصاب والشروع فيه.

- الضرب بأدوات صلبة والحرق بلفائف التبغ على الأجزاء الحساسة من أجسادهن.

- قيام الحراس الذكور بإجبار المعتقلات على التعري من ملابسهن وكشف الأجزاء الحساسة من أجسادهن.
 - التدخل المستمر للحراس الذكور في خصوصيات المعتقلات.
 - حرمان المعتقلات من الأدوات الصحية والأدوات الخاصة بالنساء.
 - عدم وجود مرافق ملائمة للمعتقلات الحوامل.
- وعليه، يمكن أن نعول على جهود المنظمات الدولية والمؤتمرات الدولية للقضاء على ظاهرة العنف ضد المرأة، وهو عنوان المحور الثاني.

المحور الثاني: الجهود الدولية للقضاء على ظاهرة العنف ضد المرأة

نبحث في هذا المحور عن آليات وقف العنف ضد المرأة في أرجاء العالم، إضافة إلى العديد من الفعاليات التي تهتم بوضع المرأة، وكيفية تحسين ظروفها.

حيث تؤكد المؤسسات الدولية المهتمة بحماية وترقية حقوق المرأة في تقاريرها أن الدافع لتحسين أوضاع المرأة له علاقة وثيقة بقدرة أي مجتمع على التنمية على اعتبار أن الاستثمار في تنمية المرأة يضاعف من الإنتاجية والفعالية والتنمية الاقتصادية المستدامة، بحيث تحصل المرأة المتعلمة على قسط أوفر من الفرص الاقتصادية وتشارك بشمولية في الحياة الاجتماعية «إذ أن دخول المرأة في مجال العمل والمشاركة فيه على قدر من المساواة مع الرجل من شأنه الإسهام في القضاء على الفقر وتحقيق التنمية وحصول المرأة على فرص التعليم والمشاركة في العملية السياسية لا يؤدي هذا إلى تحسين نوعية حياتها فحسب ولكن تقوي أيضا اقتصاد مجتمعتها(15).

فليس من المبالغ في القول أن المجتمعات التي حققت نهضتها الاجتماعية والثقافية والاقتصادية، وضعت بين أولويات تطور وضع المرأة، وبالرغم من التشريعات الغربية التي التفتت في وقت متأخر إلى أوضاع المرأة، فإنها قامت بتفعيل التشريعات التي أعادت للمرأة كل حقوقها، كما أتاحت المناخ الديمقراطي، الذي ساد تلك المجتمعات النسائية من خلق حركة نسوية كان لها دور كبير في الضغط على الحكومات للحصول على المزيد من الحقوق السياسية والاجتماعية بالإضافة إلى التشريعات الخاصة بالأسرة والأمومة والطفولة وغيرها.

وما يلفت الانتباه في هذا الصدد أو الوعي لدى المرأة استطاعت عن طريقه أن تحصل على حقوقها، وهي على يقين في حقها في المساواة كإنسان يتمتع بكب الحقوق لا فرق بين ذكر وأنثى.

وبذلك استطاعت أن توصل صوتها عاليا إلى المنظمات الدولية عن طريق مرجعيتها القانونية مبادئ حقوق الإنسان وانطلاقا من هذا، وضعت منظمة الأمم المتحدة على عاتقها التزام بكفالة حقوق المرأة من خلال المواثيق والمؤتمرات الدولية وعليه، سوف نتعرض في هذا المحور إلى نقطتين أساسيتين، الأولى نخصصها للمنظمات واللجان الدولية في مجال حماية حقوق المرأة، بينما نخصص الثانية إلى بعض المؤتمرات الدولية الخاصة بالمرأة كآلية لحماية حقوق المرأة على الصعيد الدولي.

أولا: المنظمات واللجان الدولية في مجال حماية حقوق المرأة.

بدأ الاهتمام الدولي بقضية حقوق المرأة منذ تأسيس منظمة الأمم المتحدة، حيث يعتبر ميثاق الأمم المتحدة الذي اعتمد عام 1945 م، أول معاهدة دولية تشير في عبارات محددة وبوضوح إلى تساوي النساء والرجال في الحقوق، حيث اعتبر الميثاق المساواة هدفا أساسيا، وانطلاقا من إيمان المنظمة الدولية بحقوق الإنسان للمرأة الذي أكدته الميثاق، فقد بدأت في وقت مبكر نشاطاتها من أجل القضاء على التمييز ضد المرأة، فأنشأت لجنة مركز المرأة عام 1946 م، باعتبارها لجنة فنية تابعة للمجلس الاقتصادي والاجتماعي، وبدأت اللجنة نشاطها لمراقبة أوضاع المرأة ونشر حقوقها (16).

وتنقسم منظمة الأمم المتحدة إلى ستة أجهزة رئيسية، تقع مقرات خمسة منها في المقر الرئيسي للأمم المتحدة بنيويورك، وهي الجمعية العامة ومجلس الأمن والمجلس الاقتصادي والاجتماعي ومجلس الوصايا والإغاثة العامة، أما مقر الجهاز السادس وهو محكمة العدل الدولية ففي لاهاي بهولندا.

وقد وضعت المنظمة من ضمن أولوياتها كفالة حماية حقيقة وفعالة للمرأة من خلال أجهزتها ومنظماتها:

- الجمعية العامة.
- المجلس الاقتصادي والاجتماعي.
- منظمة العمل الدولية.
- منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة.
- منظمة الصحة.

بالإضافة إلى اللجان المتخصصة التابعة لها، وسنختار واحدة منها للشرح، تتمثل في صندوق الأمم المتحدة لتنمية المرأة.

صندوق الأمم المتحدة لتنمية المرأة: هو صندوق الأمم المتحدة المخصص لقضايا تنمية المرأة وتقديم مساعدات مالية وتقنية لها، ويقوم بوظيفته في أكثر من مائة دولة، والتنمية تكون في مجالات عديدة منها، البرامج الرائدة التي تدافع عن حقوق المرأة وتعمل على حماية أمنها الاقتصادي ومشاركتها السياسية على المستوى الوطني، ويعمل الصندوق بشراكة مع وكالات الأمم المتحدة الأقرب ومع المنظمات غير الحكومية الإقليمية والدولية (17).

ثانيا: المؤتمرات الدولية الخاصة بالمرأة كآلية لحماية حقوق المرأة.

إن المتتبع لمؤتمرات الأمم المتحدة يلاحظ إصرارا كبيرا على إدراج قضايا المرأة في كل المؤتمرات والاتفاقيات الصادرة عنها، حتى ولو كان مضمونها بعيدا جدا عن موضوع قضايا المرأة، لهذا فكثيرا ما يتم إدراج قضايا الأسرة والمرأة والعلاقات بين الجنسين، في المؤتمرات الاقتصادية والتقنية والبيئية والصحية وغيرها، وهذا ما كان مرافقا لمعظم المؤتمرات الدولية المعنية، وعلى وجه التخصيص تلك التي تناولت قضايا تم الدول النامية، ابتداء بمؤتمر قمة الأرض، أي مؤتمر البيئة والتنمية في «ريودي جانيرو» في البرازيل، في سنة 1992، وحتى المؤتمر الدولي الثاني للتنمية الاجتماعية في جنيف عام 2000م.

وعليه، سوف لا نتعرض لهذه المؤتمرات العامة التي تطرقت إلى قضايا المرأة، وإنما سنركز على المؤتمرات الدولية الخاصة، لقد أقامت الأمم المتحدة المؤتمرات الخاصة بالمرأة ابتداء من عام 1975م، ووزعتها على القارات، من مكسيكو في أمريكا الجنوبية إلى كوبنهاجن في أوروبا، إلى نيروبي في إفريقيا ومن ثم في بكين في آسيا (18).

وقد اختلفت أهداف المؤتمرات الخاصة بالمرأة منذ بدأ القيام بها إلى اليوم، ففيها كان المؤتمر الأول الذي انعقد في المكسيك عام 1975م، يناقش برامج عمل دول الشمال ومشاكلها، تطور الوضع بانعقاد مؤتمر المرأة الثاني بكوبنهاجن عام 1980م.

ومؤتمر المرأة الثالث في نيروبي عام 1985م، والمؤتمر الخامس في بكين عام 1995م حيث احتفلت هذه المؤتمرات بتواجد ومشاركة الحركة النسوية في الجنوب، وسوف نتعرض لهذه المؤتمرات حسب ترتيبها المبين أعلاه.

1- مؤتمر مكسيكو عام 1975م: كان هذا العام عاما مميزا بالنسبة إلى المرأة حيث بدا الاهتمام بالسنة 1975 قبل 3 سنوات منها وذلك مع إعلان الجمعية العامة للأمم المتحدة في جلستها المنعقدة في 18 ديسمبر 1972 على عام 1975 السنة العالمية للمرأة.

وفي هذا العام عقد المؤتمر العالمي للمرأة 1975 حضرته 133 دولة واعتمد فيه خطة عمل عالمية تبنتها جميع الدول المنظمة إلى هيئة الأمم المتحدة و تتعلق بوضع المرأة على المستوى الحكومي وغير الحكومي في المجالات السياسية والاجتماعية والتدريب والعمل على حماية الأسرة.

وقد أعلن مؤتمر مكسيكو تسمية الفترة الواقعة بين 1976 م عام 1985 عقد الأمم المتحدة للمرأة العالمي على اعتبار أن هذه الفترة يجب أن تكون كافية لتحقيق أهداف العقد الثالث المساواة والتنمية والسلام.

وقد ربط المؤتمر أيضا بين السلم والتنمية إذ لا يمكن أن تتحقق أية تنمية بدون السلم والاستقرار وبالمقابل لن يدوم السلم بدون تنمية وعليه سيساهم الاشتراك على قدم المساواة في تنمية العلاقات الودية والتعاون بين الدول في التنمية المرأة نفسها (19).

2- مؤتمر كوبنهاجن 1980 م: عقد مؤتمر كوبنهاجن، الدنمرك عام 1980 م، وكان هدفه متابعة خطة عمل مؤتمر مكسيكو، وقد عقد هذا المؤتمر تحت شعار «عقد الأمم المتحدة للمرأة العالمي، المساواة والتنمية والسلام»، وكان من أهم أعمال المؤتمر:

1. استعراض التقدم المحرز في تنفيذ توصيات مؤتمر مكسيكو بعد انقضاء الخمس سنوات الأولى.

2. تعديل البرامج في ضوء الاقتراحات والبحوث الجديدة المقدمة من قبل المؤتمر. وأضيف لخطة العمل العالمية مواضيع فرعية تتمثل في العمالة والصحة والتعليم (20)، ولأهمية هذا المؤتمر فإن المرأة، حيث ما كانت اليوم، تتمسك عالميا بمؤتمر كوبنهاجن الذي كان هدفه هو حمل جميع الدول على تغيير تشريعاتها من أجل الوصول إلى المساواة المطلقة بين الرجل والمرأة.

3- مؤتمر نيروبي 1985 م: عقد مؤتمر نيروبي في مدينة نيروبي في كينيا، وقد شارك فيه سبع وخمسون ومائة دولة (157) و 4000 مندوب وذلك لاستعراض الانجازات التي حققت بعد مرور سنوات عن عقد المرأة العالمي، ولدراسة العقبات التي حالت دون تنحية الخطط الموضوعة تنفيذا كاملا.

وقد أكد المؤتمر على الاستمرارية في العمل بخطط العمل العالمية السابقة لتنفيذ أهداف السنة الدولية للمرأة، وإعلان مكسيكو بشأن مساواة المرأة بالرجل، ومساهمتها في التنمية والسلام، وقد صدر في المؤتمر ما يعرف باسم "إستراتيجية نيروبي المرتقبة للنهوض بالمرأة حتى عام 2000 م" والتي ركزت على ثمانية مجالات ذات أهمية خاصة بالنسبة للمرأة وهي:

- تقاسم السلطة.
 - المؤسسات والآليات الوطنية للنهوض بالمرأة.
 - الالتزام بحقوق المرأة.
 - القضاء على الفقر.
 - المشاركة الاقتصادية.
 - الانتفاع من التعليم والخدمات الصحية والعمل.
 - القضاء على العنف ضد المرأة.
 - القضاء على آثار النزاعات المسلحة على المرأة.
- 4- مؤتمر بيكين 1995م: انعقد المؤتمر العالمي المهتم بالمرأة في بيكين سبتمبر 1995م، وجرت خلاله استعراض وتقييم وضع المرأة في ضوء استراتيجيات نيروبي، واستند تقييم وضع المرأة إلى مؤشرات تنمية وضعها واعتمدها لجنة مركز المرأة مستخدمة ثلاث سنوات مرجعية هي: 1980، 1985، 1993م، ويبدو أن معظم أهداف النهوض بالمرأة التي وضعتها استراتيجيات نيروبي، لم تتحقق، واعتمد المؤتمر إعلان منهاج عمل بيكين والذي تضمن أربعة مجالات أخرى إضافية إلى المجالات الثمانية التي اشتملت عليها استراتيجيات نيروبي، السابق الإشارة إليها، تحت عنوان مؤتمر نيروبي، والمجالات الأربعة تتمثل فيما يلي:
- حقوق الإنسان للمرأة.
 - المرأة ووسائل الإعلام.
 - المرأة والبيئة.
 - مركز الفتاة البنت.
- ودعا منهاج العمل الحكومات والمجتمع الدولي والمدني إلى إنجاز الإجراءات اللازمة لمعالجة هذه الاتهامات والأهداف الإستراتيجية الإثنى عشر، لقد كان مؤتمر بيكين بحق بأكبر التجمعات البشرية المهمة، من حيث الدول الذي بلغ 185 دولة بشكل رسمي، ومن حيث الاجتماعات التي عقدت خلاله والتي بلغت آلاف اجتماع، كما استطاع هذا المؤتمر أن يجمع حوالي أربعة آلاف امرأة وبعض الرجال لبحثوا بالتفصيل وثيقة المؤتمر الأولية والمكونة من 150 صفحة(21).
- 5- مؤتمر بيكين + 5 نيويورك 2000م: لقد عقدت الجمعية العامة للأمم المتحدة، وفي خطوة متابعة ميدانية جلسة خاصة تحمل عنوان «النساء عام 2000 عن المساواة والتنمية السلام للقرن الواحد والعشرين في الفترة ما بين 5 و9 من شهر سبتمبر

بمقر الأمم المتحدة، وتعرف تلك الجلسة باسم بيكين 5+ حيث صادف عام 2000 الذكرى الخامسة للمؤتمر العالمي الرابع للمرأة الذي عقدته الأمم المتحدة في بيكين في 1995م، وقد اهتمت بمراجعات وتقييم تقدم سير العمل في تطبيق مقررات نيروبي ومنهاج عمل بيكين بعد 5 سنوات من إقراره (22).

كما ركزت هذه الجلسة أيضا على دراسة النشاطات والمبادرات المتعلقة بتسريع تنفيذ ما جاء في منهاج عمل بيكين للقرن الواحد والعشرين وتسريع تطبيق مقررات نيروبي، وإزالة كل العوائق التي تحول دون المشاركة الفعلية للمرأة في كل مجالات العمل العامة والخاصة، من أجل تحقيق مساواة على مستوى اتحاد القرار الاقتصادي والاجتماعي والثقافي والسياسي.

الخلاصة:

على الرغم من الدور الكبير الذي لعبته الأمم المتحدة والأجهزة واللجان المتخصصة التابعة لها والمؤتمرات الدولية الخاصة بالمرأة، فإنه يمكن القول بأنها عجزت جزئيا عن تحقيق الأهداف التي طمعت في تحقيقها خلال الفترة ما بين 1975 إلى يومنا هذا بالنسبة للمرأة.

وهذا ما أدى بالأمين العام إلى أن يعترف بهزيمة الأمم المتحدة، مصرحا قائلا: «أنه على الرغم من ازدياد مشاركة المرأة على جميع الأصعدة في بعض الدول، إلا أن التقدم المحرز لم يكن كافيا لتحقيق التحسن الكمي والنوعي المنشود في مركز المرأة (23)، وعليه يمكن رد أسباب فشل الأمم المتحدة في تحقيق أهدافها إلى ما يلي:

(1) الأحادية في التخطيط والتنفيذ للاتفاقيات والمؤتمرات الخاصة بالمرأة: فهي قد وضعت من قبل الدول الغربية دون مساهمة كافة الدول لذا لا يمكن الإدعاء إن هذه الاتفاقيات والمؤتمرات تطرح حلولاً لمشاكل المرأة في كل أنحاء العالم، بل هي مبنية على الفكر الغربي المادي العلماني الذي يهمل دور الدين في المجتمعات العربية والإسلامية، ولا يراعي التباين الثقافي الواسع بين المجتمعات، ولا اختلاف أوضاع المرأة ومشكلاتها من مجتمع إلى آخر، إذ ما يصلح لحل مشاكل المرأة في الدول المتقدمة قد لا يصلح بالضرورة لحل مشاكلها في الدول العربية والإسلامية، وبعض الدول الأخرى.

(2) التناقض بين ما تدعو إليه وما يحصل على أرض الواقع: فهي من جهة تدعي بأنها تحمي الحريات وتدافع عن الحقوق ومن جهة أخرى تعتدي على الخصوصيات الحضارية والثقافية والاجتماعية لكل دولة ومن أبرز أنواع الخصوصيات الحضارية

والثقافية والاجتماعية لكل دولة ومن أبرز أنواع الخصوصيات التي يتم اختراقها تلك المتعلقة بالأسرة وبالعلاقة بين الجنسين والتي تعد مقدمة الخصوصيات الفردية والوطنية والحضارية لأي أمة من الأمم، لذلك لا يمكن تغييرها ولو إكراه وهذا على الصعيد العام، أما على الصعيد الخاص، فلا ينبغي إنكار وجود بعض الإيجابيات في تلك المؤتمرات التي تقيمها الأمم المتحدة، والتي منها:

- الدعوة إلى تعلم المرأة.
 - الدعوة إلى مكافحة الأمراض السارية عند النساء خاصة في المجتمعات الفقيرة.
 - الدعوة إلى الرضاعة الطبيعية.
 - محاربة الاتجار بالنساء والأطفال، واستغلالها جنسيا، من خلال شبكات وعصابات دولية متخصصة في هذا المجال، واعتبار ذلك جريمة دولية محرمة.
 - الدعوة إلى إعطاء إجازة أمومة للمرأة العاملة.
 - مكافحة التحرش الجنسي ضد المرأة من قبل الرجل في مواقع العمل وغيرها.
 - مسؤولية الوالدين على تربية الأطفال.
 - منع استغلال المرأة جنسيا من خلال النزاع المسلح، أو من خلال استغلال ظروف اللاجئات وفقرهن.
 - منع وأد البنات عن طريق الانتقاء الجنسي قبل الولادة.
- وعليه، تقييما لحقيقة أوضاع المرأة اليوم، وبعد مضي أكثر من ستين عاما على اعتراف المجتمع الدولي لها بحقوقها، فإننا نستطيع القول: أنها ما زالت تعاني العديد من المشكلات التي تعرقل دورها الأساسي في المجتمع كطرف أصيل في تنمية المجتمع الذي تنتمي إليه، سواء في الدول المتقدمة أو النامية.

الهوامش:

1. المادة 01 المادة 12 من الإعلان العالمي حقوق الإنسان الذي أعتمد بموجب قرار الجمعية العامة رقم 217 ألف (د3- (المؤرخ في 10/12/1948، موقع جامعة مانيسوتا (مكتبة حقوق الإنسان): <http://hrlibrary.umn.edu/arab/b001.html>
2. التوصية العامة رقم 19 لسنة 1992 للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، الموقع: www.chchu.org
3. The Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women (CEDAW)
4. انيس ابراهيم، المعجم الوسيط، ج 2، مجمع اللغة العربية، القاهرة، مصر، بدون تاريخ، ص 631.

5. الإعلان العالمي للقضاء على العنف، البند 111 من جدول أعمال الدورة الثامنة والأربعون للجمعية العامة بتاريخ 23/02/1994 رقم 104، رقم الوثيقة: 48/RES/A/104، موقع مركز وثائق الأمم المتحدة:

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/PDF/N9409503.pdf?OpenElement/03/095/N94>

موقع قضايا عالمية (المرأة): <http://www.un.org/ar/globalissues/women>

6. المنصوري زينات، العنف ضد المرأة: www.ahewav.org

7. المنصوري زينات، المرجع السابق. www.ahewav.org

8. ضرب النساء حول العالم، أرقام و احصائيات دولية، www.ahewav.org

9. ضرب النساء حول العالم، المرجع السابق،

10. جمعية تنظيم الاسرة، بيروت، لبنان، بدون الطبعة، 1996، ص 47 .

11. قاموس مصطلحات حول العنف ضد المرأة www.ahewav.org

12. اتفاقيات القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري ضد المرأة، صندوق الأمم المتحدة

الانثائي للمرأة اليونيف سنة 1976 كصندوق تطوعي خاص بالمرأة بنيويورك واصبح

منظمة مستقلة ترتبط برنامج الأمم المتحدة الانثائي لسنة 1985 .

13. الاعلان العالمي للقضاء على العنف، www.ahewav.org

14. الاعلان العالمي للقضاء على العنف www.ahewav.org

15. د سليمان ابراهيم العسكري، المرأة في العالم الغربي، مجلة العربي، العدد 5، أفريل 2009،

الكويت، ص 10، 11، 12 .

16. حال المرأة على المستوى الدولي، www.ohchv.org

17. د. خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 117 .

18. د. خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 126

19. د. خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 189

20. د. سليمان ابراهيم العسكري، المرجع السابق، ص 18

21. د. خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 191

22. د. خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 197

23. د. نهى القاطرجي، ص 195، موقع: www.gogdreads.com.

الأمر الجزائري كبديل لإنهاء الخصومة الجزائية في قانون الإجراءات الجزائية (على ضوء الأمر 15-02)

د. بن يوسف القينعي

أستاذ محاضر "ب"

كلية الحقوق و العلوم السياسية - جامعة يحي فارس بالمدينة -

الملخص:

إن إحداث نقلة نوعية في القضاء الجزائري تقتضي إيجاد آليات تحقق ذلك، و تجسيدها لها استحدثت المشرع الجزائري عدة وسائل إجرائية من بينها الأمر الجزائري، و عليه سنحاول من خلال هذه الدراسة تسليط الضوء على هذا الإجراء الجديد الذي أتى به المشرع في تعديله لقانون الإجراءات الجزائية بمقتضى الأمر 15-02 كبديل للإجراءات العادية المتبعة للفصل في بعض الجرائم، و الوقوف عند أهم الثغرات القانونية المتعلقة به إن وجدت.

Résumé:

L'introduction d'une justice pénale de qualité nécessite des mécanismes adéquats, et pour s'y faire le législateur Algérienne a créé plusieurs procédures parmi elle l'ordonnance pénale. Ainsi à partir de cette étude nous allons faire la lumière sur ce nouveau procédé introduit par le législateur dans l'amendement du code des procédures pénales par l'ordonnance 15-02 qui se présente comme une solution de rechange aux procédures régulières pour statuer sur quelques infractions et puis s'arrêter sur l'essentielles des échappatoires juridiques qui y se trouvent.

الكلمات المفتاحية: الأمر الجزائري، القاضي الجزائري، المتهم، النيابة العامة.

مقدمة:

إن البحث عن بدائل إجرائية مختصرة تسهل على القاضي الجزائري الفصل في القضايا بسرعة و دون اتباع الإجراءات العادية أضحي ضرورة ملحة بغية إحداث نقلة نوعية في تحسين المنظومة القضائية الجزائية نظرا لكثرة القضايا بازدياد معدل الإجرام مما أثر سلبا على نوعية الأحكام الجزائية، و هذا ما سارت عليه جل التشريعات الجنائية عموما بما فيها التشريع الجزائري.

إن المشرع الجزائري كرس هذا التوجه و الرغبة الجادة منه في تحقيق هذه الغاية من خلال تعديله لقانون الإجراءات الجزائية بمقتضى الأمر 15-02 المؤرخ في 23 يوليو 2015، حيث إستحدث عدة و سائل إجرائية من بينها الأمر الجزائري.

يُعدّ الأمر الجزائري وسيلة لحل مشكل تراكم القضايا الجزائية على القضاة خاصة تلك الجرائم البسيطة و عليه سنحاول من خلال هذا البحث توضيح الأحكام المتعلقة به - دون إطلاات عملة أو اختصارات مخلّة- انطلاقا من الإجابة عن الإشكالية التالية: كيف نظم المشرع الجزائري نظام الأمر الجزائري و إلى أي مدى كان صائبا في ذلك؟ و للإجابة عن هذه الإشكالية اتبعنا الخطة التالية:

- المبحث الأول: مفهوم الأمر الجزائري.
- المبحث الثاني: نطاق تطبيق الأمر الجزائري.
- خاتمة.

المبحث الأول: مفهوم الأمر الجزائري

إن تحديد مفهوم الأمر الجزائري له أهميته النظرية و العملية، حيث بمعرفة مدلوله و خصائصه يمكن لنا تمييزه عن الأنظمة المشابهة له، و هذا كله يخدم وضع هذا النظام في إطاره الصحيح.

المطلب الأول: تعريف الأمر الجزائري و الغاية من تقريره

إن لمعرفة مدلول الأمر الجزائري و الغاية من وراء الأخذ به أهميته كونه يحدد الإطار النظري لهذا الإجراء الجديد في المنظومة الإجرائية الجزائية.

الفرع الأول: تعريف الأمر الجزائري

لم يلقى الأمر الجزائري إجماعا بين الفقهاء حول تعريف موحد له، و إن كان اختلافهم شكلا لا مضمونا، حيث عرفه بعض الفقهاء بأنه «أمر قضائي يفصل في موضوع الدعوى الجنائية دون أن تسبقه إجراءات محاكمة جرت وفقا للقواعد العامة، و ترتب قوته بعدم الإعتراض عليه خلال الميعاد الذي يحدده القانون»⁽¹⁾.

و عرفه جانب آخر من الفقه بأنه «عرض بالصلح يصدر من القاضي أو النيابة العامة، للمتهم أن يقبله و في هذه الحالة تنقضي الدعوى الجنائية، و له أن يعترض عليه، و من ثم

(1) - محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية: الدعاوي الناشئة عن الجريمة (الإستدلال- التحقيق الابتدائي)، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 1061.

تعتقد الخصومة الجنائية و تتم وفق الإجراءات العادية¹.

و عرفه آخرون بأنه \ll قرار قضائي يصدر من أحد وكلاء النيابة أو من القاضي، بعد الإطلاع على الأوراق و في غير حضور الخصوم و بلا محاكمة \gg 2.

و بالرجوع إلى التشريع الجزائري فقد استحدث المشرع الجنائي الأمر الجزائي بمقتضى نص المادة 18 من الأمر 15-02 المؤرخ 23 يوليو 2015³ المعدل و المتمم لقانون الإجراءات الجزائية، حيث أضافت القسم السادس مكرر تحت عنوان «في إجراءات الأمر الجزائي»، من الفصل الأول «في الحكم في الجرح»، من الباب الثالث «في الحكم في الجرح و المخالفات»، من الكتاب الثاني «جهات الحكم» بدءاً من نص المادة 380 مكرر إلى غاية المادة 380 مكرر 7.

من خلال هذه النصوص لم يضع المشرع تعريفاً للأمر الجزائي و هذا منطقي فوظيفته ليست إعطاء التعاريف التي هي من اختصاص الفقه إلا في حالات إستثنائية⁴، و إنما ركز على إجراءات اللجوء إليه، كما أن المشرع سماه «الأمر الجزائي» و ليس الجنائي بخلاف بعض التشريعات كالمشرع المصري و حسن ما فعل لأن لفظ الجزائي يشمل كافة أنواع الجرائم ثم تأتي الشروط لتفصل فيها نوعها و مدى جسامتها.

و بناء على ذلك يمكن تعريف الأمر الجزائي بأنه أمر ذو طبيعة قضائية يصدره القاضي المختص بطلب من النيابة العامة يتم بمقتضاه إنهاء الخصومة الجزائية، متى توفرت شروطه و دون الإعتراض عليه.

الفرع الثاني: الغاية من تقرير الأمر الجزائي

إن تقرير نظام الأمر الجزائي لم يأتي عبثاً بل لغاية معينة و أساسية تتمثل في سرعة الفصل

1 - محمد حكيم حسين الحكيم، النظرية العامة للصلح و تطبيقاتها في المواد الجنائية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 415.

2 - خالد عدلي أمير، أحكام قانون الإجراءات الجنائية في ضوء التعديلات الجديدة المضافة بالقانون 174/1998 و المستحدث من أحكام النقض و المحكمة الدستورية العليا و تعليقات النيابة العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2000، ص 406.

3 - الجريدة الرسمية العدد 40، المؤرخة في 23 يوليو 2015 (إستدراك: الجريدة الرسمية العدد 41، المؤرخة في 29 يوليو 2015).

4 - يكون تدخل المشرع لتعريف فكرة ما في حالتين، أولاها تتمثل في الغرض المرجو من ذلك و المتمثل في حسم خلاف فقهي قائم، و ثانياها أن يكون ذلك التعريف مغايراً لمعنى مستقر، للتفصيل راجع: كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2009، ص 31.

في الدعاوي العمومية خاصة فيما يتعلق بالجرائم البسيطة و ذلك بتبسيط الإجراءات، و هذا من أجل تحسين المنظومة القضائية الجزائية، فهو حتمية قانونية في ظل تزايد عدد الجرائم و ازدياد عدد المجرمين تبعا لذلك، إلا أن هذا التبرير النظري ليس بالأمر الهين كونه يصطدم بالمبادئ الدستورية المقررة للمحاكمة العادية.

رغم ذلك فتبريره فرضته الاعتبارات العملية، فثمة جرائم بسيطة لقللة خطورتها و عدم جسامة عقوبتها بالفصل فيها بإجراءات بسيطة و قصيرة¹، لذا فأساس الأخذ به هو تخفيف العبء على قضاة الحكم كونه ينقص من عدد القضايا المطروحة عليهم من جهة و يحقق الاقتصاد في الإجراءات الشكلية من جهة أخرى، أسوة بما فعله في تطبيقه لسياسة جنائية حديثة قائمة على سياسة التجنيح في العديد من الجرائم².

المطلب الثاني: خصائص الأمر الجزائي و طبيعته القانونية

إن الأمر الجزائي من الإجراءات المستحدثة في التشريع الجزائري، فله خصائص يتميز بها عن غيره من الإجراءات الموجزة لإنهاء الدعوى العمومية، كما أثار إشكالا واسعا حول تحديد طبيعته القانونية.

الفرع الأول: خصائص الأمر الجزائي

إن الأمر الجزائي يتسم بعدة خصائص موضوعية و أخرى إجرائية أهمها:

أولا- الأمر الجزائي إجراء جوازي:

لقد منح المشرع الجنائي للنيابة العامة السلطة التقديرية الكاملة في طلب إصداره من عدمه لاستعمال المشرع في المادة 380 مكرر عبارة «يمكن» حتى مع توفر شروطه كلها، و هذا في نظرنا لا يخدم الغاية من تقريره، لذا حبذا لو كان طلبه إلزاميا على النيابة مادام يهدف إلى تسريع الإجراءات، و إن كان اعتباره جوازيا تفاديا للنقد الموجه له في كونه يشكل تهديدا للمحاكمة العادلة لقصر إجراءاته.

و تمتد خاصية الإختيار و الجواز إلى مرحلة نفاذه، فقد تطلبه النيابة العامة و يصدر في قاضي الحكم أمرا جزائيا لكن المتهم يعترض عليه، لذا فمسألة نفاذه و تطبيقه متوقفة على

1- محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 1062.

2 - تهدف هذه السياسة إلى تخفيف العبء على محكمة الجنايات لنظرا لكون الجرح سريعة الفصل فيها لقللة إجراءاتها، كرسها المشرع في الكثير من نصوص قانون العقوبات كالمادة 266، 352، و أيضا في القوانين الخاصة كالقانون 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد و مكافحته كالمادة 33، و المادة 37 منه، و القانون 04-18 المؤرخ في 25 ديسمبر 2004 المتعلق بالوقاية من المخدرات و المؤثرات العقلية و قمع الاستعمال و الاتجار غير المشروعين بها.

شرط عدم إعتراض المتهم عليه إعمالا بنص المادة 380 مكرر 4.

ثانيا- إصدار الأمر الجزائي من إختصاص قاضي الحكم:

فالمشرع الجزائري إستبعد منح سلطة إصداره للنيابة العامة و حسن ما فعل كون هذه الأخيرة طرف أصيل في الدعوى العمومية و لا يمكن أن تكون جهة إتهام و حكم في ذات الوقت و هذا بصريح المادة 380 مكرر 2/2 التي جاء فيها " يفصل القاضي دون مرافعة مسبقة بأمر جزائي يقضي بالبراءة أو بعقوبة الغرامة"، بخلاف بعض التشريعات الأخرى التي منحت للنيابة العامة و لقاضي الحكم¹، و في هذه الحالة يختلف الأمر الجزائي الصادر عن النيابة العامة و الصادر عن القاضي الحكم في عدة أوجه².

ثالثا- تطبيق الأمر الجزائي محصور في نطاق ضيق:

حيث أن محله الجرائم البسيطة فقط و القليلة الخطورة، فمفهوم المخالفة يستحيل تطبيقه على كافة أنواع الجرائم بل على طائفة معينة، كما إشتراط المشرع في المتهم شروطا شخصية محددة فليس كل شخص يمكن تطبيق الأمر الجزائي عليه.

يتضح مما سبق أن الأمر الجزائي يتميز عن باقي الطرق الموجزة المستحدثة و على رأسها الوساطة الجنائية³ في عدة أوجه من بينها:

1. الأمر الجزائي من إختصاص القاضي الجزائي، أما الوساطة فمن إختصاص النيابة العامة.

1 - كالمشرع المصري طبقا للقانون 174/1998 المعدل لقانون الإجراءات الجنائية المصري حسب المواد 323-324-325 مكرر؛ المشرع الليبي في نص المادة 296 قانون الإجراءات الجنائية، للمزيد من المقارنة و التفصيل راجع: عبد العزيز بن مسهوج جار الله الشمري، الأمر الجنائي و أثره في إنهاء الخصومة الجنائية في دول مجلس التعاون الخليجي (دراسة تأصيلية مقارنة)، رسالة ماجستير، تخصص السياسة الجنائية، منشورة، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2008، ص 39 و ما بعدها.

2 - للتفصيل راجع: جلال ثروت و سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجنائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 608؛ عوض محمد عوض، المبادئ العامة في قانون الإجراءات الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص 726.

3 - تعد الوساطة من الإجراءات التي استحدثها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات الجزائية إثر تعديله له بمقتضى الأمر 15-02 المؤرخ في 23 يوليو 2015 طبقا للمادة 37 مكرر إلى المادة 37 مكرر 09، غير أنه حصرها في جرائم محددة بنص المادة 37 مكرر 2.

- و هي اتفاق بين الضحية و المجرم يقوم إثرها هذا الأخير إما بتعويض الضحية أو تنفيذ التزام معين، و ذلك بحضور رسمي يتم بموجبه إنهاء المتابعة الجزائية ضد مرتكب الجريمة.

2. طلب إصدار الأمر الجزائي منوط بالنيابة العامة وحدها، بينما الوساطة فيمكن تقريرها من النيابة العامة من تلقاء نفسها، كما قد يطلبها الضحية و حتى المشتكى منه (المجرم).

3. الوساطة الجرائم فيها محددة بأسمائها (التكييف) طبقا لنص المادة 37 مكرر 2 قانون الإجراءات الجزائية، بينما الأمر الجزائي فالجرائم محددة تبعا لجسامة العقوبة.

4. الأمر الجزائي يصدر دون مرافعة مسبقة و لا تحقيق، على خلاف الوساطة فلا بد من مواجهة الأطراف قصد الوصول إلى اتفاق بين المجرم و الضحية.

5. مضمون الأمر الجزائي العقوبة، أما الوساطة فموضوعها التعويض المالي أو العيني أو إعادة الحال إلى ما كان عليه.

6. عملية الوساطة الجنائية تنتهي بمحضر مكتوب يُدوّن فيه كل المعلومات المتعلقة بالأطراف و الوقائع طبقا لنص المادة 37 مكرر 3 قانون إجراءات جزائية.

7. للنيابة العامة على الرغم عدم اعترافها بالوساطة فتقوم بتحريك الدعوى الجنائية، بينما الأمر الجزائي فأصله يهدف إلى انقضائها بشكل نهائي و يُمنع النظر فيه مرة ثانية نظرا للفصل فيه¹.

و مع ذلك فالأمر الجزائي يلتقي مع الوساطة في عدة أوجه منها اعتبارهما من الطرق الموجزة لإنهاء الخصومة الجزائية التي استحدثها المشرع الجنائي، كما أن تقريرهما أو اللجوء إليهما ليس وجوبي بل جوازي أو اختياري.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للأمر الجزائي

لقد ثار جدال فقهي كبير حول تحديد الطبيعة القانونية للأمر الجزائي بسبب خروجه عن القواعد العامة المعروفة في المحاكمات الجزائية، و اختلاف التشريعات في تحديد السلطة المختصة بإصداره بين قاضي الحكم و النيابة العامة و أخرى للسلطتين معا²، حيث ظهر إثر ذلك مذهبين أو اتجاهين مختلفين بين اعتباره حكما من عدمه.

أولا - الإتجاه الشكلي:

يذهب أصحابه إلى معرفة الجهة التي أصدرته، فإن أصدرته النيابة العامة فهو أمر قضائيا، أما إن كان مصدره القاضي فله صفة الحكم القضائي كونها يختلفان في عدة نقاط

1 - إيمان محمد الجابري، الأمر الجنائي (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص 43.

2 - المرجع نفسه، ص 20.

كحصر حالات اللجوء إلى الأمر الجزائي بخلاف الحكم القضائي، كما أن هذا الأخير تتحقق فيه مبادئ المحاكمة العادية كالمواجهة و المرافعة و هي غير موجودة في الأمر الجزائي.

ثانيا- الإتجاه الموضوعي:

يذهب أنصاره إلى مضمون الأمر في حد ذاته، فهو بمثابة حكم كونه يفصل في موضوع الدعوى، غير أنه يستمد قوته من عدم الإعتراض عليه، إلا أنه ليس حكم بالمعنى الفني، حيث يعتبر "مشروع حكم" ثم يتحول إلى حكم عند قبوله، كون المغزى الحقيقي من الأمر الجنائي أن القاضي يعرض مشروع تسوية في شأن الموضوع فإن قبلوه يوفرون على القاضي الجهد و الوقت و على أنفسهم عناء التقاضي¹.

إلا أن هذا الإتجاه يقوم على ثلاث نظريات لقت تأييد الفقهاء تتمثل بالأساس في إنكار صفة الحكم على الأمر الجنائي، كما لا يدخل هذا الأخير ضمن الأعمال القضائية، إضافة إلى اعتباره قرارا قضائيا لا يرقى لمرتبة الأحكام².

و بالرجوع للمشرع الجنائي فحسب نص المادة 380 مكرر قانون إجراءات جزائية فإن الأمر الجزائي يبقى أمرا قضائيا لكن له قوة الأحكام القضائية، على اعتبار أن المشرع حصر سلطة إصداره في قاضي الحكم دون سواه، و إن لم يعترض عليه يُنفذ و كأنه حكما جزائيا طبقا لنص المادة 380 مكرر 3/4 من ذات القانون.

المبحث الثاني: نطاق تطبيق الأمر الجزائي

إن المشرع الجزائري لم يترك مسألة اللجوء للأمر الجزائي مطلقة، بل قيدها بجملته من الشروط و وفق إجراءات معينة حتى يُطبق، ثم بيّن آثاره على الدعوى العمومية.

المطلب الأول: شروط تطبيق الأمر الجزائي و إجراءاته

باستقراء النصوص المتعلقة بالأمر الجزائي فقد خصه المشرع بجملته من الشروط و بإجراءات محددة مما يدل على طابعه الإستثنائي.

الفرع الأول: شروط تطبيق الأمر الجزائي

تنقسم شروط تطبيق الأمر الجزائي إلى نوعين هما:

1 - محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 1065.

2 - للتفصيل أكثر في الطبيعة القانونية للأمر الجزائي راجع: عبد العزيز بن مسهوج جار الله الشمري، مرجع سابق، ص ص 50-65.

أولا - الشروط الموضوعية:

و نقصد بها الشروط المتصلة بماديات الجريمة، و تتلخص فيما يلي:

1- أن تكون الجريمة المرتكبة معاقب عليها بالحبس لمدة لا تزيد عن سنتين و الغرامة أو إحداهما، مهما كانت مقترنة بعقوبات تكميلية، فالعبرة بالعقوبة الأصلية، و عليه فالأمر الجزائري يطبق على كافة الجنح المعاقب عليها بالغرامة فقط كون المشرع لم يحدد مقدارها في نص المادة 380 مكرر، أما الجنح المعاقب عليها بالحبس فليست كلها محلا للأمر الجزائري كالجنح المشددة مثلا أو التي تزيد فيها مدته عن سنتين، و المقصود هنا العقوبة المقررة قانونا.

و عليه فالجنائيات لا يشملها نظام الأمر الجزائري كونها محاطة بإجراءات إضافية نظرا لخطورتها الإجرامية و جسامة عقوبتها كوجوب إجراء التحقيق فيها و مرور الملف بالضرورة على غرفة الإتهام.

كما لا تكون محلا للأمر الجزائري المخالفات لسببين، فالأول شكلي يتعلق بموقع النص حيث جاء في الفصل المتعلق بالحكم في الجنح و حتى من ظاهر النص المذكور أعلاه حيث جاء فيه "..." على محكمة الجنح... الجنح المعاقب عليها..."، أما الثاني فهو موضوعي كون المخالفات دون استثناء قد يلجأ فيها إلى الوساطة تطبيقا لنص المادة 37 مكرر 2 / 2 قانون إجراءات جزائية أين نصت "كما يمكن أن تطبق الوساطة في المخالفات"، فاللفظ جاء عاما يشمل كل جرائم المخالفات دون استثناء.

و رغم هذا كله فإن نص المادة 392 مكرر من ذات القانون منح بمقتضاها المشرع الجنائي لقاضي الحكم البت في الدعوى المرفوعة إليه في ظرف عشرة أيام و دون مرافعة مسبقة بإصدار أمر جزائي يتضمن الحكم بالغرامة لما يتعلق الأمر بالغرامة الجزافية و هذا قد نعتبره تناقضا في النصوص و لا يُشكل تناغما في المنظومة القانونية الجنائية، كما أن وجود شرط «أن لا تقترن الجنحة بجنحة أخرى أو مخالفة أخرى لا تتوفر فيها شروط تطبيق إجراءات الأمر الجزائي» كأنه اعتراف من المشرع بإمكانية إصدار الأمر الجزائي في المخالفات.

2- أن تكون الوقائع المنسوبة للمتهم ثابتة في حقه بتوفر أدلة مادية تفيد ارتكابه للجريمة وفق أدلة إثبات مشروعة، كما لا تحتاج إلى مناقشة و جاهية بمعنى عدم حاجتها إلى التحقيق، فإعمالا بنص المادة 66 قانون إجراءات جزائية فحتى الجنح قد تحتاج إلى تحقيق بغية الوصول إلى الحقيقة، أما المخالفات إذا طلبت النيابة العامة ذلك.

3- أن تكون الوقائع قليلة الخطورة و يُرَجَّح تعرض مرتكبها لعقوبة الغرامة، و هذا الشرط في نظرنا غير ضروري يمكن الإستغناء عنه ما دام أن المشرع حدد مجال الأمر الجزائي تبعا لجسامة العقوبة المنصوص عليها في المادة 05 قانون عقوبات¹، كما أن وجود هذا الشرط يفتح سلطة تقديرية واسعة للنيابة العامة لعدم وجود معايير تحدد خطورة الفعل، حتى أن ترجيح تعرض الفاعل لعقوبة الغرامة فقط قد يجرم الكثير من المجرمين من اللجوء لهذا الأمر خاصة تلك الجنح التي عقوبتها الحبس فقط لمدة تقل عن سنتين كنص المادة 102 و المادة 1/98 قانون عقوبات، و هذا لا يخدم مبدأ الشرعية الجنائية و لا المساواة.

4- أن لا تقترن الجنحة بجنحة أخرى أو بمخالفة أخرى لا تتوفر فيها شروط تطبيق الأمر الجزائي، فالشخص ارتكب جريمتين لذا يجب أن تتوفر فيهما شروط إصداره في كليهما، إلا أنه ينبغي أن يكون هناك تقارب زمني قصير بين الجريمتين و المعبر عنه بالإقتران، كما أن النص القانوني لم يهتم بالترتيب، و سواء كانت الجريمة تامة أو على مستوى الشروع، و تقدير الاقتران متروك للسلطة التقديرية للقاضي المختص كون المشرع لم ينص عليها.

5- إضافة إلى عدم وجود دعوى للمطالبة بالتعويض المدني و أية حقوق مدنية مهما كان نوعها أو مقدارها.

ثانيا- الشروط الشخصية:

و نقصد بها الشروط المرتبطة بمرتكب الجريمة و تتمثل فيما يلي:

- 1) أن تكون هوية المتهم معروفة، فالمشرع لم الجنائي لم يحدد تعريفها و لا عناصرها و هذا عيب في التشريع، غير أن القضاء يقصد بهوية الإنسان مجموعة الخصائص و المعلومات التي تسمح بتعريفه و تمييزه عن غيره، و عناصرها محصورة في الإسم، اللقب، النسب، الموطن و المهنة، طبقا للقرار رقم: 45841 الصادر عن الغرفة الجنائية الأولى للمحكمة العليا بتاريخ 10 فبراير 1987، و القرار رقم 129849 الصادر عن غرفة الجنح و المخالفات للمحكمة العليا بتاريخ 17 ديسمبر 1995.
- 2) أن لا يكون المتهم حدثا على اعتبار أن المجرمين الأحداث تحكمهم إجراءات خاصة

1 - الأمر رقم: 66-156 المؤرخ في 06 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية العدد 49، المؤرخة في 11 يونيو 1966، المعدلة بمقتضى القانون رقم: 14-01 المؤرخ في 4 فبراير 2014 المعدل و المتمم لقانون العقوبات، الجريدة الرسمية العدد 07، المؤرخة في 16 فبراير 2014.

وفقا لقانون خاص و هو القانون 15 - 12 المؤرخ في 15 يوليو 2015¹ المتعلق بحماية الطفل²، حيث اعتبر المشرع الحدث كل طفل لم يكمل ثمانية عشر سنة كاملة وقت ارتكاب الفعل المجرم حسب نص المادة الثانية منه، رغم أن إطلاقه مصطلح الحدث « كل طفل » كان غير دقيق، فالحدث من لم يكمل الثامنة عشر و ارتكب فعلا معاقب عليه قانونا، فالطفل الذي لم يرتكب جريمة لا يصلح تسميته بالحدث.

وبما أن المشرع لم يحدد سن الحدث في نص المادة 380 مكرر 1 قانون إجراءات جزائية كونه أفرد معاملة جنائية خاصة للأحداث تختلف باختلاف سن الحدث في حد ذاته، ففي هذه الحالة الحدث المقصود بالضبط الحدث الذي يكون سنه ما بين 13 و 18 سنة لأنه المعرض لعقوبات مخففة تطبيقا لنص المواد 56-57-58 من ذات القانون، و المادة 49 قانون عقوبات³.

و تجدر الإشارة إلى أنه إذا كان المتهم شخصا معنويا فإضافة إلى هذه الشروط لا بد أن تكون الجريمة مرتكبة باسمه و لحسابه، و أن يكون الشخص المعنوي خاضعا للقانون الخاص، و أن تكون الجريمة من الجرائم التي يُسأل عنها تطبيقا لنص المادة 51 مكرر قانون عقوبات، و مرد هذا كله إقرار المشرع ضمنا بإمكانية إصدار الأمر الجزائي ضد الأشخاص المعنوية بنص المادة 380 مكرر 5 قانون إجراءات جزائية، و العقوبة المقررة ضده هي الغرامة، كما أن لفظ «المتهم» جاء عاما و لم يقتصر على الشخص الطبيعي فقط.

كما يمكن اعتبار موافقة كل من النيابة العامة عليه و المتهم من شروط تطبيقه، وإن لم ينص عليه صراحة، و إنما نفهمه بمفهوم المخالفة لنص المادة 380 مكرر 4 لما منح المشرع لكليهما إمكانية الاعتراض عليه للدلالة على عدم قبوله و المُفَصَّل لاحقاً.

غير أنه يُؤخذ على المشرع الجزائري أنه لم يولي أهمية لظروف المتهم حيث لم ينص مثلا على شرط هام يتعلق بعدم سوابق المجرم، فالنص يُفهم على عمومه سواء كان المتهم مسبقا أم لا مما يفتح المجال واسعا للنيابة مما قد يهدر مبدأ المساواة و العدالة الجنائية.

1 - جيلالي بغداددي، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2006، ص 418.

2 - الصادر بالجريدة الرسمية العدد 39، المؤرخة في 19 يوليو 2015.

3 - تنص المادة 49 على النحو التالي « لا يكون محلا للمتابعة الجزائية القاصر الذي لم يكمل عشر (10) سنوات.

لا توقع على القاصر الذي يتراوح سنه من 10 إلى أقل من 13 سنة إلا تدابير الحماية أو التهذيب.

و مع ذلك، فإنه في مواد المخالفات لا يكون محلا إلا للتوبيخ.

و يخضع القاصر الذي يبلغ سنه من 13 إلى 18 سنة إما لتدابير الحماية أو التهذيب أو لعقوبات مخففة⁴.

الفرع الثاني: إجراءات إصدار الأمر الجزائي

لقد خص المشرع إصدار الأمر الجزائي بجملة من الإجراءات الشكلية من حيث تقديم الطلب و من حيث الجهة المختصة للفصل فيه.

أولاً- تقديم طلب الأمر الجزائي:

باستقراء نص المادة 380 مكرر قانون الإجراءات الجزائية فإنه لو كبل الجمهورية المختص وحده السلطة التقديرية في طلب إصدار الأمر الجزائي من القاضي الجنائي المختص لكونها ممثلة الحق العام وسلطة الإتهام حتى ولو توفرت كل الشروط لإصداره، فالمشرع لم يجعله وجوبيا لورود عبارة "يمكن" في النص المذكور أعلاه، كما لم يشترط المشرع شكلا معينيا في الطلب إلا أنه يكون كتابيا.

كما لا يتقيد وكيل الجمهورية بأجل محدد شريطة عدم تقادم الدعوى العمومية، غير أنه يجب عليها أن ترفق الطلب بالملف كاملا كمحاضر الاستدلال وغيرها من الأدلة، كما لم يشترط تبليغ المتهم بالطلب ولا حتى الشهود كون الأمر يصدر دون اتباع إجراءات المحاكمة العادية، إلا أنه ورغم عدم النص عليها فإنه يمنع على النيابة العامة بعد تقديمها للطلب أن تعيد رفع الدعوى العمومية طبقا للإجراءات العادية قصد توقيع عقوبة أشد¹.

ثانيا- مصير طلب إصدار الأمر الجزائي:

إن مآل طلب الأمر الجزائي لا يخرج عن حالتين إما رفضه أو قبوله

I- في حالة رفض الطلب:

نصت عليه المادة 380 مكرر/2 التي جاء فيها "و إذا رأى القاضي أن الشروط المنصوص عليها قانونا للأمر الجزائي غير متوفرة فإنه يعيد ملف المتابعة للنيابة العامة لاتخاذ ما تراه مناسبا وفقا للقانون".

و يعني ذلك أن طلب إصدار الأمر الجزائي غير ملزم على القاضي الجنائي المختص فيمكنه رفض الطلب، إلا أن المشرع اعتبر رفض الطلب يكون في حالة واحدة فقط تتمثل في عدم توفر شروطه، فبمفهوم المخالفة إذا توفرت شروطه يجب عليه الفصل في القضية بأمر جزائي، و كأن النيابة العامة هي من قضت بالعقوبة وليس القاضي، كما أن المشرع لم ينص على شكل الرفض هل بإصدار قرار رفض الطلب أم يكفي فقط التأشير بالرفض على الطلب المقدم له، و إن كنا نرى أن الحالة الأولى هي المعمول بها تحقيا لمبدأ الكتابة في

1 - عوض محمد عوض، مرجع سابق، ص 755.

الإجراءات، على خلاف بعض التشريعات المقارنة¹، و يترتب على هذا كله إرجاع الملف للنيابة العامة التي تتخذ الإجراء المناسب كأن تقوم باتباع الإجراءات العادية مثلا، فلا يمكنها معاودة طلب إصدار الأمر الجزائي، فقرار الرفض يتمتع بالحجية كون الدعوى لا تصلح للفصل فيها بهذا الطريق²، كما لها إصدار الأمر بخفظ الملف مادام النص مطلقا.

II - في حالة قبول الطلب:

للقاضي الجزائي المختص الذي يأتيه طلب الأمر الجزائي من النيابة العامة قبول هذا الطلب بإصداره للأمر فاصلا بواسطته في الخصومة الجزائية إذا رأى إمكانية فصلها بهذا الطريق بتوفر شروطه، نصت عليه المادة 380 مكرر 2/2 قانون الإجراءات الجزائية، حيث يكون دون مرافعة مسبقة مما يعني إصداره دون حضور المتهم والشهود.

و موضوع الأمر الجزائي إما البراءة و إما إدانة المتهم بعقوبة الغرامة، فالمرجع حصر الجزاء في العقوبة المالية فقط، كما يمكن أن يشمل الأمر الجزائي وقف تنفيذ العقوبة مادامت الغرامة تمسه طبقا لنص المادة 592 قانون إجراءات جزائية، غير أن القضاء ببراءة المتهم تحفظ عليه، فكيف نكيف شرط ثبوت الوقائع على المتهم على أساس المعاينة المادية ثم يقضى له بالبراءة و التي من حالاتها عدم ثبوت التهمة في حق المتهم مما يشكل تناقضا في النصوص القانونية.

غير أن المشرع لم ينص على الفصل به في الدعوى المدنية و هذا عيب في التشريع، لذا نرى أنه يمكن للقاضي الجزائي الذي يفصل في الدعوى العمومية أن يفصل أيضا في الدعوى المدنية التبعية لدرايته بحثيات القضية، و كون الأمر الجزائي ينفذ و كأنه حكم قضائي، فيصح أن يكون موضوعه الدعويين.

و قد ألزمت المادة 380 مكرر 3 على القاضي الجزائي أن يحوي في الأمر الجزائي البيانات التالية:

- هوية المتهم و موطنه؛
- تاريخ و مكان ارتكاب المتهم للأفعال المنسوبة إليه؛
- التكييف القانوني للوقائع و النص المطبق عليها و إلا عد الفعل مباحا؛
- العقوبة المقررة في حالة الإدانة؛
- تسبب الأمر بتوضيح الأسباب التي بنى عليها أمره الجزائي؛

1 - أنظر مثلا المادة 325 قانون الإجراءات الجنائية المصري.

2 - محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 1071.

- لإضافة إلى تبيان القاضي الذي أصدره رغم عدم النص عليه صراحة إلا أنه شرط بديهي لمعرفة مدى احترام الاختصاص.

و النص صراحة على تبيان السلطة المصدرة للأمر الجزائي ضروري خاصة لدى التشريعات التي تعطي حق إصداره للنيابة العامة و قاضي الحكم على السواء كالمشرع القطري و العماني و الكويتي كونه يحدد الاختصاص الذي يعتبر من النظام العام و عدم احترامه يؤدي إلى بطلانه بطلانا مطلقا¹.

المطلب الثاني: الإعتراض على الأمر الجزائي

إن الأمر الجزائي يستمد قوته عند قبوله من طرف أطراف الدعوى العمومية (النيابة و المتهم)، ونظرا للفصل به في القضية بطريقة سريعة عرف نقدا لادعا من بعض شراح القانون الجنائي.

الفرع الأول: دواعي الإعتراض و مبرراته

تتجلى قيمة الأمر الجزائي في الأثر الذي ينتجه بعد تبليغ النيابة العامة و المتهم به، حيث ألزم المشرع على القاضي إعلان النيابة العامة بالأمر فور صدوره بصفتها ممثلة الحق العام، كما يجب عليه تبليغ المتهم بأية وسيلة كانت لكن المشرع لم يحدد ميعادا للتبليغ مما يرجعنا لتطبيق القواعد العامة المعروفة في تبليغ الأحكام الجزائية، و ينوه بذلك في الأمر الجزائي بإضافة فقرة أخيرة تبين ذلك، فإذا لم تعترض عليه النيابة العامة أو المتهم فإنه تصبح لهذا الأمر قوة تنفيذية، أين تتبع الإجراءات العادية في تنفيذ الأحكام الجزائية كون المشرع لم ينص على إجراءات تنفيذية خاصة طبقا للفقرتين الأولى و الرابعة من نص المادة 380 مكرر4، كما يقع في جلسة علنية. لأنه يصدر "باسم الشعب الجزائري" فهذه العبارة من مشتملاته.

إلا أنه يعاب على المشرع الجنائي أنه لم ينص على تبليغ المدعي المدني بالأمر الجزائي كونه لم ينص على الفصل في الدعوى المدنية إلى جانب الدعوى العمومية في الأمر الجزائي و هذا كله عيب في التشريع لذا حبذا لو يتداركه المشرع كون الجريمة تولد دعوى مدنية هدفها التعويض بالموازاة مع الدعوى العمومية التي تهدف لتوقيع الجزاء.

إنتهينا سابقا أن الأمر الجزائي هو طريق مختصر لإنهاء الخصومة الجزائية بعدم اتباع الإجراءات العادية للمحاكمة لما تشكله من ضمانات للمتهم ما جعل هذا الإجراء يلقي معارضة و انتقادات شديدة، فهو يصطدم بمبادئ دستورية و تعارضه مع إجراءات

1 - عبد العزيز بن مسهوج جار الله الشمري، مرجع سابق، ص 138.

المحاكمة من الشفوية و المواجهة و العلانية¹، خاصة بالنسبة التشريعات التي تمنحه للنيابة العامة أيضا فتجمع بذلك بين سلطتي الإتهام و الحكم، ففي فرنسا قرر المجلس الدستوري الفرنسي سنة 1995 بعدم دستوريته فاستبدله المشرع بنظام *composition pénal*، حيث أراد المشرع التوفيق بين بدائل الدعوى الجنائية و ضمانات الواجب توافرها في التدابير العقابية و يتمثل في اختيار تدبير من التدابير التي ينص عليها القانون، إضافة إلى تعويض عن الضرر الناتج عن الجريمة².

الفرع الثاني: الأطراف المخول لها حق الاعتراض

تفاديا للعيوب و الإنتقادات قام المشرع الجنائي و على غرار باقي التشريعات بحصر إصداره في طائفة معينة من الجرائم السالفة الذكر، كما منح للنيابة العامة و المتهم حق اعتراضه.

قبل الخوض فيها يجب أن ننوه إلى أنه هناك اختلاف بين الفقهاء حول الطبيعة القانونية للإعتراض على الأمر الجزائي، فرأي يعتبرها بمثابة طريق كطرق الطعن في الأحكام حسب الفقه و القضاء الفرنسي و المصري و هنا لا يضار الطاعن بطعنه حيث تفصل المحكمة في القضية بكل حرية و لا تتقيد بالعقوبة التي صدر بها الأمر، و رأي ينكر ذلك و يعتبره إعلان من المتهم بعدم قبوله و يتمسك بالإجراءات العادية و هنا قد تقضي المحكمة بعقوبة أشد³.

أولا- إعتراض النيابة العامة:

أجازت المادة 380 مكرر 4 للنيابة العامة حق الاعتراض على الأمر الجزائي دون تحديد أسبابه، فقد يكون طعنها في حالة الحكم بغير ما طلبته مثلا، أو يكون صدور الأمر مخالفا للقانون، و لها مهلة عشرة أيام تبدأ من يوم صدور الأمر كونها تبلغ به على الفور، و ذلك بتسجيل الاعتراض أمام أمانة الضبط للجهة المصدرة للأمر الجزائي و إلا سقط حقها في ذلك مما يوحى بطابعه الكتابي، ثم يتولى كاتب الضبط باقي الإجراءات العادية من تبليغ بتاريخ الجلسة و نحو ذلك، و يترتب عليه سقوط الأمر و اعتباره كأن لم يكن، و تعود الدعوى إلى حالتها، و في هذه الحالة تعرض القضية على المحكمة المختصة التي تفصل فيها بحكم غير قابل لأي طعن، باستثناء ما إذا قضى الأمر الجزائي بعقوبة سالبة

1 - محمد حكيم حسين الحكيم، مرجع سابق، ص 434؛ إيهان محمد الجابري، مرجع سابق، ص 57.

2 - أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري (الشرعية الدستورية في قانون العقوبات - الشرعية الدستورية في قانون الإجراءات الجنائية)، الطبعة الثالثة، دار الشروق، القاهرة، 2003، ص 348.

3 - عبد العزيز بن مسهوج جار الله الشمري، مرجع سابق، ص 156.

للحرية أو غرامة تفوق 20.000 دج، أو مليون دينار بالنسبة للشخص المعنوي تطبيقا لنص المادة 380 مكرر 5 قانون الإجراءات الجزائية.

ثانيا- إعتراض المتهم:

نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 380 مكرر 4 قانون إجراءات جزائية، فهو وسيلة قانونية يعبر بها عن عدم رضاه بهذا الأمر و يريد من خلاله محاكمته وفقا للإجراءات العادية بعريضة كتابية تبين ذلك و إن كان المشرع لم يحدد شكله فقد يكون شفاهة أيضا، كما لا يكون اعتراضه في كل الأحوال بل لا بد أن تكون له مصلحة فيه، فلا يقبل اعتراضه إذا قضى الأمر ببراءته مثلا، و يكون اعتراضه في أجل شهر واحد من تاريخ تبليغه، و بهذا لو استعمل المشرع عبارة «ثلاثين يوما» تحقيقا للمساواة في التقاضي كون عدد أيام الأشهر غير متساوية.

و حساب الميعاد -حتى بالنسبة للنيابة- يقع كاملا إعمالا بنص المادة 726 قانون إجراءات جزائية.

و يترتب على إعتراض المتهم إعادة محاكمته وفقا للإجراءات العادية، و هنا يقوم كاتب الضبط بإخباره بتاريخ الجلسة شفاهة و يحرر محضرا بذلك، إلا أن المشرع خول للمتهم التنازل عن اعتراضه عن الأمر الجزائي شريطة عدم فتح باب المرافعة، و في هذه الحالة يستعيد الأمر قوته التنفيذية و يصبح له قوة حجية حيث يصبح غير قابل لأي طعن طبقا للمادة 380 مكرر 6 من ذات القانون.

غير أن المشرع الجنائي لم ينص على مسألة ذات أهمية تتعلق بحالة تعدد المتهمين و صدر ضدهم الأمر الجزائي و اعترضوا عليه لكن حضر البعض منهم للجلسة و امتنع البعض الآخر، و هنا يسقط الأمر لمن حضر و يبقى محتفظا بقوته التنفيذية بالنسبة للمتخلفين رغم الوحدة المادية للجريمة.

خاتمة:

يتضح مما سبق كله أن الأمر الجزائي وسيلة قانونية يفصل بواسطته في الخصومة الجزائية دون اتباع الإجراءات العادية، و المشرع الجزائري من التشريعات التي نصت عليه، فالنصوص فكرة إيجابية في حد ذاتها كونها دلت على الرغبة الصريحة من المشرع في تحسين المنظومة القضائية الجزائية خاصة و نحن نعيش إنفجارا إجراميا رهيبا بتزايد عدد الجرائم و تزايد عدد المجرمين تبعا لذلك خاصة الجرائم البسيطة منها، فهو يتميز عن

العديد من الطرق الموجزة الأخرى لاسيما الوساطة أو الصلح بجملة من الخصائص و أهمها صدوره من قاضي الحكم.

إلا أن المشرع لم يتركه مطلقا بل قيده بشروط معينة تدل على طابعه الإستثنائي و أهمها حصره في الجرائم القليلة الخطورة، كما حصر المشرع الجنائي سلطة إصداره من قاضي الحكم دون النيابة العامة التي لها طلب إصداره فقط و حسن ما فعل كون النيابة طرف في الدعوى العمومية فلا يعقل أن تكون خصما و حكما في آن واحد.

غير أن نظام الأمر الجزائي رغم ضرورته إلا أنه يؤخذ على المشرع تأخره في إقرار هذا النظام، و على ضوء هذه الدراسة أقدم في الأخير بعض الاقتراحات غايتي فيها أن أشارك بتواضع في سد الثغرات القانونية المتعلقة بهذا الإجراء و من بينها:

- النص صراحة على أسباب وجيهة تستدعي رفض إصدار الأمر الجزائي كون تخلف الشروط لا يجعل النيابة العامة تطلبه أصلا.
- النص صراحة على شكل رفض إصداره من القاضي الجزائي المختص.
- حذف شرط الوقائع قليلة الخطورة من نص المادة 380 مكرر 1 مادام المشرع نص على ضابط الخطورة هو جسامة العقوبة التي تدل على مدى خطورتها.
- إضافة شرط أن «لا يكون المتهم مسبوقا قضائيا» تحقيقا لمبدأ العدالة و المساواة فمن يرتكب الجريمة لأول مرة لا تدل بالضرورة على خطورته الإجرامية بخلاف العائد إليها.
- و بما أنه ضرورة لا غنى عنها لتخفيف العبء على القضاة حبذا لو يجعل طلب اللجوء إليه وجوبي على النيابة العامة.

In conclusion, the withdrawal of some African states from the ICC is a telling sign that something is wrong (and must be corrected) in the legal relations between African states and the ICC.

Thus, the court has to deal, in its mission to punish criminals for most serious crimes,²⁶ with all the cases with equity and fairness and to fight impunity. These are *sine qua non* conditions for the ICC to increase its credibility before the African states, and gain their cooperation.

In fact, as the equity and the fairness are requirements in municipal laws and municipal courts, they are also a requirement in international law and international judicial institutions.

Therefore, after more than a decade of international practice, the International Criminal Court (ICC) needs an evaluation to determine the flaws within the provisions of its statute and to amend the articles that need to be amended in conformity with international law. The amendment of the ICC's statute would certainly create an understanding field where the differences between the African states and the ICC would be resolved.

26- See article 5 of the Roma statute.

authorities) are legal reference for the ICC prosecutor to incriminate criminals and criminals acting behind the scene.²³ Thus, Richard H. Steinberg reported that:

*“With the present sophistication of the crimes and the means with which they are perpetrated, the focus on Africa is misplaced. I subscribe to the statement credited to His Honor the Chief Justice of Rwanda reported in a recent edition of the New Times of Rwanda when he said that a majority of weapons used in perpetrating crimes in Africa are not manufactured in Africa. The ICC needs also to go after those who violate international arms embargo and proliferate these weapons knowing that they would be used to perpetrated crimes punishable within the Statute of the ICC”.*²⁴

Conclusion:

The article on “African states withdrawal from the International Criminal Court” did not discuss article 16 of the ICC statute²⁵ on “Deferral of investigation or prosecution”. The provisions of article 16 are considered “*du domain réservé*” of politics. Thus, how can a resolution of Security Council, where three states out of five of its permanent members are not parties of the ICC, requires the court the deferral of investigation or prosecution? And what is the legal basis to allow the Security Council to renew the request indefinitely?

Nevertheless, the plausible proposal for the amendment of the article 16 would be to allow the deferral on the request of the Security Council once or twice only to avoid a deadlock and impunity of criminals.

Moreover, this article pointed out the inaccuracy of the provisions of articles 27 (Irrelevance of official capacity) and 13 (referral by the UN Security Council). Those two articles of the Roma statute are far from allowing the International Criminal Court (ICC) to fight impunity, to realise equity, and to promote and protect fundamental human rights.

23 See General Assembly resolution 56/83 of 12 December 2001 on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001.

24- Richard H. Steinberg, Contemporary issues facing the international criminal court, Brill Nijhoff, Leiden, 2016, p 349.

25- Article 16 on “Deferral of investigation or prosecution” states that:

“No investigation or prosecution may be commenced or proceeded with under this Statute for a period of 12 months after the Security Council, in a resolution adopted under Chapter VII of the Charter of the United Nations, has requested the Court to that effect; that request may be renewed by the Council under the same conditions.”

the Court may exercise its jurisdiction with respect to a crime referred to in article 5 if:

“(b) A situation in which one or more of such crimes appears to have been committed is referred to the Prosecutor by the Security Council acting under Chapter VII of the Charter of the United Nations; or”

The inaccuracy of this article is blatant where it enables permanent members of the Security Council holding veto power over UN resolutions, not states parties to the ICC (United States of America, China and Russia), to refer cases to the Prosecutor of the ICC. Consequently, the world powers detaining the veto would not refer their cases or of their allies to the ICC whatever the crimes they commit, and would veto any resolution related to their cases or to their allies to the ICC.²¹ Noam Chomsky made a pertinent statement that “For the powerful, crimes are those that others commit”.²²

Moreover, it is imperative for the fair and efficient investigations that prosecutor of the ICC goes deep in his enquiries, and incriminates those who contributed or facilitated directly or indirectly, behind the scene, the commitment of the crimes falling within the jurisdiction of the Court (article 5 of the ICC statute).

The General Assembly resolution 56/83 of 12 December 2001 on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001, has explained, in its “Chapter II on Attribution of Conduct to a state”, the responsibility of the states in different and possible situations. Thus, the articles 4 (Conduct of organs of a State), 5 (Conduct of persons or entities exercising elements of governmental authority), 6 (Conduct of organs placed at the disposal of a State by another State), 7 (Excess of authority or contravention of instructions), 8 (Conduct directed or controlled by a State), and 9 (Conduct carried out in the absence or default of the official

21- The USA has used the veto several times to protect Israel from any Security Council resolution that condemns Israel: 08 times from 2002 to the present day. See <http://research.un.org/en/docs/sc/quick>.

Russia used its veto five (5) times and China four (4) times, from 04 Octobre 2011 until 08 Octobre 2016) to protect Syrian regime from any Security Council resolution that would condemn it.

22- See Noam Chomsky, imperial ambitions Conversations, On the post-9/11 world , Interviews with david barsamian, Hamish hamilton, fenguinoks 2005 ,p 73

ICC was set up a sitting president of a sovereign state, Omar Al Bashir of Sudan, was incriminated and a warrant for his arrest was delivered by the prosecutor of the ICC.

Consequently, the African Union (AU) Assembly of Heads of State and Government adopted, on 3 July 2009, several decisions among them a decision related to the International Criminal Court's indictment of the sitting President of Sudan, Omar Hassan Al Bashir, that states:

*"10. DECIDES that in view of the fact that the request by the African Union has never been acted upon, the AU Member States shall not cooperate pursuant to the provisions of Article 98 of the Rome Statute of the ICC relating to immunities, for the arrest and surrender of President Omar El Bashir of The Sudan;"*¹⁹

The reaction of the African states towards the warrant for the arrest and surrender of a sitting African President is a rejection of a mediaeval adage that "Law is the creation of the strong to rule the weak".

Furthermore, the Information Minister of Gambia, Sheriff Bojang has expressed his opinion on the double standards, inequality and unfairness, and declared that *"the ICC had failed to prosecute Western countries for alleged war crimes" and singled out former British Prime Minister Tony Blair as an example of the court's Western bias.*²⁰

Third reason: the role of the permanent members of Security Council.

The article 13 (b) on "the Court exercise of jurisdiction" is another inaccurate article within the provisions of the ICC statute. It states that

19- AU Summit Decision on the Meeting of African States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC), Assembly/AU/Dec 245(XIII), July 2009.

Subsequently, the Ministers of Justice of the African Union adopted a further decision in relation to the Review Conference of the ICC Statute to be held in Uganda in June 2010. Under this decision, African states party to the Rome Statute were called upon to propose an amendment to art 16 of the Rome Statute relating to the powers of the UN Security Council to defer investigations and prosecutions. Under the proposed amendment, the General Assembly would have comparable powers to defer prosecutions.

20- The ICC stated in 2006 that it did not have the mandate to prosecute Blair over the legality of the invasion and reaffirmed its stance after the publication of the so-called Chilcot report, a British inquiry into the Iraq War that found the U.K. had not considered all other options before joining the 2003 U.S.-led military campaign in Iraq to depose former dictator Saddam Hussein.

See <http://europe.newsweek.com/gambia-pull-out-icc-citing-failure-prosecute-tony-blair-513759?rm=eu>

organisation of African Union).

Indeed, the former Secretary General of the United Nations, Kofi Annan, has reported in the months leading up to the 13th African Union Summit (on July 2009) the distrust of some African heads of states towards the ICC, that: *'some African leaders have expressed the view that international justice as represented by the ICC is an imposition, if not a plot, by the industrialised West.'*¹⁴

Second reason: Inequity and unfairness

The International Criminal Court (ICC) is a permanent international body vested to adjudicate individuals for four categories of crimes: war crimes; the crime of genocide; crimes against humanity; and the crime of aggression.

Since it was set up in 2002, nine out of the ten investigations opened by the ICC are in Africa¹⁵. Consequently, an environment of suspicion of inequality and unfairness has developed towards the ICC.

Moreover, the Security Council used its legal ability to refer cases to the court when referring the cases of Libya and of the Sudanese region of Darfur to the ICC, but did nothing for other cases where blatant crimes, falling within the jurisdiction of the Court, are committed in the world.

The alleged double standards, inequality and unfairness in bringing cases before ICC, have been discussed by John Dugard in his article on *'Palestine and the International Criminal Court: Institutional Failure or Bias?'*¹⁶

The African Unity organisation has discerned the double standards *vis à vis* the African states when the UN Security Council referred the situation in Darfur, on 1 July 2002, to the Prosecutor in resolution 1593 on 31 March 2005.¹⁷ The Prosecutor concluded that the statutory requirements for initiating an investigation were satisfied and decided to open the investigation on 6 June 2005.¹⁸ In fact, for the first time since

14- Annan 'Africa and the International Court' New York Times 30 June 2009.

15- Mali, Côte d'Ivoire, Libya, Kenya, Darfur, Sudan, Central African Republic, Uganda, Democratic Republic of the Congo and Georgia.

16- John Dugard, 'Palestine and the International Criminal Court: Institutional Failure or Bias?', *Journal of International Criminal Justice*, 11(3), 2013: 563-70.

17- <https://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/85FEBD1A-29F8-4EC4-9566-48EDF55CC587/283244/N0529273.pdf>

18- <https://www.icc-cpi.int/darfur/albashir/Documents/AlBashirEng.pdf>

Consequently, the compliance with article 27 of the Roma statute is seen, in the African context, as a threat to the stability, the peace and the security within African states and among them.

Consequently, the rational proposal is to amend article 27 in a way to preserve the immunity of the sitting Head of State or Government, and officials but during their mandate only. The diplomatic immunity (*ratione personae*) would be lifted from the Head of State or Government, and officials when their mandate in office ends. This rational proposal on the amendment of article 27 would preserve the stability, the peace and the security of the African continent and would avoid in the same time the impunity of alleged criminals.

With regards to the issue of impunity, the International Court of Justice (ICJ) stressed in the case of *Democratic Republic of the Congo Vs. Belgium*, Judgment of 14 February 2002, that

*“While jurisdictional immunity is procedural in nature, criminal responsibility is a question of substantive law. Jurisdictional immunity may well bar prosecution for a certain period or for certain offences; it cannot exonerate the person to whom it applies from all criminal responsibility.”*¹³

As a conclusion to the first motivation, it is to say that article 27 of the ICC Statute is inaccurate and ignores several issues such as:

- The origin of the diplomatic immunity is customary international law.
- The practice of the diplomatic immunity by the international community has made the diplomatic immunity a peremptory norm of international law (*erga omnes*), where no derogation is permitted.
- the article 53 of the 1969 Vienna Convention on the law of treaties that states *“A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law.”*
- The sociological context of the developing states and in particular that of the African continent where the African states are resentful on the issue of sovereignty. African heads of states are considered as a symbol of the sovereignty hardly gained from the western colonisation. Thus, the arrest of a head of state would be perceived as an infringement of the state sovereignty (hence the non-cooperation of the Sudan state) and a plot woven by former colonial states (hence the non-cooperation of the

13- <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8126.pdf>

the sitting president of Sudan, Omar Al Bashir, would be a threat to the peace process in Sudan.

The warrant, issued by the ICC, to arrest and hand over the sitting president of Sudan, Omar Al Bashir, was first turned down by the state of Sudan, which refused to cooperate with respect to the subject of this mandate.¹¹

It is for the sake of the peace, security and stability of the relations between South Africa and Sudan that the government of South Africa refused to arrest the sitting president of Sudan. Indeed, the South Africa Minister of Justice and Correctional services, Michael Masutha, explained the refusal of his government to arrest the sitting president of Sudan, Omar Al Bashir, in South Africa (when he attended the African Unity assembly in South Africa on June 2015) by stating that:

“We wish to give effect to the rule of customary international law which recognises the diplomatic immunity of heads of state and others in order to effectively promote dialogue and the peaceful resolution of conflicts wherever they may occur, particularly on the African continent”¹².

Moreover, the warrant, issued by the ICC to arrest and hand over the sitting president of Sudan has sparked legal debates about the diplomatic immunity under international law. The legal debates have extended to political debates, within the African unity organisation, related to the assessment of the relationship between ICC and African states.

In fact, the arrest of a sitting African president in any African state would be interpreted as a declaration of war initiated by the host state that dare to comply with the decisions of the ICC. The destabilisation of the relations between African states would likely be the consequence of the compliance with article 27 of the ICC statute.

Therefore, the concern of the African states on the dire consequences of the compliance with article 27 of the ICC statute is legitimate.

Moreover, the arrest of a sitting African president would prevent him from exercising his official functions and duties, which means in the African context the paralysis of the institutions and the possible turmoil of the state.

11- See Letter dated 20 March 2015 from the Secretary General addressed to the President of the Security Council S/2015/202, 23 March 2015

12- Michael Masutha, in Politicsweb, 22 October 2016. <http://www.politicsweb.co.za/politics/why-were-withdrawing-from-the-icc--mike-masutha>.

and officials of a state has always been considered as a sacrosanct principle to be respected by the host state. Accordingly, the International Court of Justice (ICJ) has confirmed in its judgment *Democratic Republic of the Congo Vs. Belgium*, on 14 February 2002, that the arrest warrant of 11 April 2000 issued against the then Foreign Minister of the Democratic Republic of the Congo by the Kingdom of Belgium was a failure to respect the immunity from criminal jurisdiction and the inviolability enjoyed under international law.⁸

Thus, the arrest warrant of the sitting president of Sudan, Omar Al Bashir, in South Africa (or elsewhere in Africa) was *in contrary* with the respect of the diplomatic immunity and the inviolability enjoyed by officials under international law. The arrest of the sitting president of Sudan, Omar Al Bashir, the first sitting Head of State in the world against whom the ICC issued such a warrant⁹, would have ignited an atmosphere of tension between South Africa and Sudan¹⁰. It would have created also a chaotic situation in Darfur and probably a brutal civil war. The arrest of

8- The facts of the case and the final judgment of the ICJ are summarised as follows:

On 11 April 2000, a Belgian Magistrate issued an international arrest warrant against Mr. Yerodia. At the time, Yerodia was the Foreign Minister of Congo. The Court issued the warrant based on universal jurisdiction. It accused Yerodia of inciting racial hatred. These speeches, allegedly, incited the population to attack Tutsi residents in Rwanda, which resulted in many deaths. The warrant alleged Yerodia committed grave breaches of the Geneva Conventions of 1949 and its Additional Protocols and crimes against humanity. Belgium sent the arrest warrant to Interpol and circulated it to all States, including to Congo.

On 14 February 2002, In its Judgment, which is final, without appeal and binding for the Parties, the Court found, by 13 votes to 3, «that the issue against Mr. Abdulaye Yerodia Ndombasi of the arrest warrant of 11 April 2000, and its international circulation, constituted violations of a legal obligation of the Kingdom of Belgium towards the Democratic Republic of the Congo, in that they failed to respect the immunity from criminal jurisdiction and the inviolability which the incumbent Minister for Foreign Affairs of the Democratic Republic of the Congo enjoyed under international law»; and, by 10 votes to 6, «that the Kingdom of Belgium must, by means of its own choosing, cancel the arrest warrant of 11 April 2000 and so inform the authorities to whom that warrant was circulated». See <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8126.pdf>

9- Prosecutor v Al Bashir (Warrant of Arrest) (International Criminal Court, Pre-Trial Chamber I, Case No ICC-02/05-01/09, 4 March 2009); Prosecutor v Al Bashir (Second Warrant of Arrest) (International criminal Court, Pre-Trial Chamber I, Case No ICC-02/05-01/09, 12 July 2010).

10- President Al Bashir attended the African Unity assembly in South Africa in June 2015.

the compliance with its privileges by all states has made the diplomatic immunity arecognisedinternational customary law.⁵Consequently, the diplomatic immunity has developedover the time from an international custom accepted as law to become a peremptory norm of international law (*erga omnes*), where no derogation is permitted.

Indeed, the 1969 Vienna Convention on the law of treaties states in its article 53 that:

*“A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character”.*⁶

With regard to article 27 of the ICC, it is to emphasise that it is not logical that the ICC statute, as a treaty, comes centuries later and abolishes a well-recognisedpractice within the international community and considered as an international customary law and a peremptory norm of international law. The well-recognised practice of granting the diplomatic immunity has contributed to the stability of the relations between states and to the consolidation of the international peace and securitywithin the international community. The utmost action that a state can do towards an official of another state is to refuse him the entrance of its territories as ‘*a persona non grata*’ as stated in article 9 (1) of the 1961 Vienna convention on diplomatic relations.⁷

Therefore, the diplomatic immunity of the Head of State or Government,

5- See David J. Bederman, *International Law in Antiquity*, Cambridge University Press, 2001.

6- <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf>

7- Article 9 (1) states that “1.The receiving State may at any time and without having to explain its decision, notify the sending State that the head of the mission or any member of the diplomatic staff of the mission is *persona non grata* or that any other member of the staff of the mission is not acceptable. In any such case, the sending State shall, as appropriate, either recall the person concerned or terminate his functions with the mission. A person may be declared *non grata* or not acceptable before arriving in the territory of the receiving State.”

Irrelevance of official capacity of a person and therefore to comply with the Court decisions to arrest persons who may enjoy diplomatic immunity under customary international law.

Thus, the provisions of article 27 raise the legal issue of whether a source of international law can be applied instead of another already applied source.

It is important to emphasize that the customary international law is a source of international law as indicated in article 38 (1) of the status of the International Court of Justice (ICJ):

“1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;

b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law;

c. the general principles of law recognized by civilized nations;

d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law. “

With regard to the Head of State or Government, a member of a Government or parliament, an elected representative or government officials, they have always been granted the diplomatic immunity.

The roots of the diplomatic immunity can be traced from the practice among nations since ancient times. The host nations were responsible for the safety of the Head of State or Government, a member of a Government or parliament, an elected representative or a government official. The recognition of immunity to the officials of other states and

capacity. In particular, official capacity as a Head of State or Government, a member of a Government or parliament, an elected representative or a government official shall in no case exempt a person from criminal responsibility under this Statute, nor shall it, in and of itself, constitute a ground for reduction of sentence.

2. Immunities or special procedural rules which may attach to the official capacity of a person, whether under national or international law, shall not bar the Court from exercising its jurisdiction over such a person.

third comprise African states. Among the African states that were eager to ratify the Rome Statute was the South African state, which has deposited its instrument of ratification on 27 November 2000.¹ However, South Africa has announced on 27th November 2016 that it is withdrawing from the Statute of the ICC, and has submitted its instrument of withdrawal to the UN Secretary General² in accordance with Article 127(1) of the ICC Statute.³ Under that provision, the withdrawal shall take effect one year after the date of receipt of the notification of withdrawal (unless the state specifies a later date in the notification).

The withdrawal of South Africa and other African states (Burundi and Gabon) is perceived as a signal of the negative relations between African states and ICC. There are fears that other African states members of the African Unity organisation will follow. Therefore, the aim of the article is to show that the discords between the African states and the International Criminal Court are due mainly to three legal reasons based on international law. The first reason is related to the sources of international law, the second has to do with inequity and unfairness in international law and the third is related to the role of the permanent members of Security Council.

First reason: On the sources of international law

The discord upon which the South African government has justified its withdrawal from the ICC is the provisions of article 27 of the ICC Statute. Indeed, the states have an obligation, under article 27⁴, to consider the

1- 124 countries are States Parties to the Rome Statute of the International Criminal Court. Out of them 34 are African States, 19 are Asia-Pacific States, 18 are from Eastern Europe, 28 are from Latin American and Caribbean States, and 25 are from Western European and other States. Senegal was the first state in the world to sign the Rome Statute on 18 July 1998, and ratified the Rome Statute on 2 February 1999. The United States, China, Russia, permanent members of the Security Council, have not ratified the ICC's Rome Statute.

2- Instrument signed by the Minister of international relations and cooperation, MAITE NKOANA- MASHABAN.

3- Article 127(1) of the ICC Statute states: "1. A State Party may, by written notification addressed to the Secretary-General of the United Nations, withdraw from this Statute. The withdrawal shall take effect one year after the date of receipt of the notification, unless the notification specifies a later date. "

4- Article 27 under the title of "Irrelevance of official capacity" states that:

1. This Statute shall apply equally to all persons without any distinction based on official

African states withdrawal from the International Criminal Court: what's wrong?

Dr T.KADRI
PhD International law
University of Medea, Algeria

ملخص:

يهدف هذا البحث إلى إظهار التناقض الموجود بين بعض مواد القانون الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية والقانون الدولي خاصة العرفي منه. هذا التناقض الذي أساسه قانوني أدى إلى وجود اختلافات بين المحكمة الجنائية الدولية والعديد من الدول الإفريقية التي اقتصت بأن المحكمة الجنائية الدولية تكيل بمكيلين في معالجتها للقضايا التي تدخل ضمن صلاحياتها المنصوص عليها في قانونها الأساس.

كما بين البحث أن القانون الأساس للمحكمة الجنائية الدولية يحتوي على مواد تتعارض مع القواعد الآمرة للقانون الدولي و المعترف لها بالصفة الالزامية، وكذلك مواد تتعارض مع مفهوم العدالة الدولية و مبدأ عدم إفلات المجرمين من العقاب.

و يؤكد البحث على ضرورة أن تأخذ المحكمة الجنائية الدولية بعين الاعتبار تركيبة الدول المتخلفة أو التي في طريق النمو قبل اصدار قرارها ضد أي رئيس دولة أو مسؤول سامى متهم بالجرائم المنصوص عليها و التي تدخل ضمن صلاحياتها، و ذلك لتفادي انهيار الدولة المعنية.

و يخلص البحث إلى اقتراح التعديلات المناسبة للمواد المعنية لكي تتمكن المحكمة الجنائية الدولية من تصحيح مسارها، بعد عقدين من انشائها، و الحفاظ على مصداقيتها بين الدول و خاصة الدول الإفريقية.

The International Criminal Court (ICC) is a permanent institution with the power to exercise its jurisdiction over persons for the most serious crimes of international concern: genocide, crimes against humanity, war crimes and the crime of aggression (in amendment of 2010). To date, 124 countries have signed and ratified the ICC's Rome Statute and close to one

Université Yahia FARES de MEDEA (Algérie)

Laboratoire de la souveraineté et de la mondialisation

REVUE D'ETUDES JURIDIQUES

**Revue internationale académique et scientifique
publiée semestriellement
par le laboratoire de la souveraineté et de la mondialisation
Université Yahia FARES de MEDEA**

Numéro: 05 /Jan 2017

ISSN 2437-0304

Dépôt légal: 2015-3039