



جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)
مخبر السيادة والعولة



مجلة الدراسات القانونية

مجلة علمية دولية أكاديمية سداسية محكمة
تصدر عن مخبر السيادة والعولة
جامعة يحيى فارس بالمدية

المجلد الرابع (العدد الثاني) جوان / 2018 م / رمضان 1439 هـ

المجلد الرابع (العدد الثاني) جوان / 2018 م / رمضان 1439 هـ

EISSN: 2602-5108

ISSN 2437-0304

رقم الإيداع القانوني: 2015-3039



دار التل للطباعة

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

المجلد الرابع (العدد الثاني)

جوان / 2018 م / رمضان 1439 هـ

ISSN 2437-0304

EISSN: 2602-5108

رقم الإيداع القانوني: 2015-3039



مخبر السيادة والعولمة

مخبر السيادة و العولمة

حي المصلى - كلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة يحي فارس بالمدية (الجزائر)

رقم الهاتف /الفاكس: 025.58.55.45

البريد الالكتروني للمجلة: LSMLAW213@yahoo.fr

الإخراج والطبع : دار التل للطباعة-البليدة (الجزائر)

قواعد النشر في مجلة الدراسات القانونية عبر التسجيل في البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية (ASJP)

لإرسال مقال علمي لمجلة الدراسات القانونية التابعة لمخبر السيادة و العولمة بجامعة يحيى فارس بالمدينة (الجزائر) حسب الإجراءات المعمول بها من قبل المديرية العامة للبحث العلمي و التطوير التكنولوجي (Dgrsdt) التابع لوزارة التعليم العالي و البحث العلمي الجزائرية في نطاق البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية (ASJP) يستوجب أولاً إتباع الخطوات التالية:

1- الدخول لموقع البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية (Algerian Scientific Journal Platforms):

www.asjp.cerist.dz

2- إضغط على زر دخول في أعلى الصفحة ثم أكمل البيانات الخاصة بالبريد الإلكتروني + كلمة السر + تذكيري + أضغط على كلمة تسجيل.

3- تظهر بعد ذلك إستمارة تسجيل تتضمن بيانات شخصية يستوجب إكمالها من: إسم و لقب + بريد إلكتروني + كلمة السر و تأكيدها + البلد + لغة التواصل + إدخال الحروف التي يراها المعني، ثم إضغط على : أقبل شروط الإستخدام و قواعد الخصوصية + إرسال.

4- بعد ذلك تأتي للمعني رسالة من موقع البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية لبريده الإلكتروني بالتسجيل، بعدها يجب على المعني فتح الرسالة و الضغط على الرابط الإلكتروني المرفق ليتم تفعيل دخوله.

5- أعد الدخول لموقع البوابة الإلكترونية و حدد المجالات الموجودة على الجهة اليمنى ، ثم إختار (Social Sciences) ثم (Law) لتظهر قائمة المجالات المعتمدة من الوزارة، و إبحث عن مجلة الدراسات القانونية (صنف: NC/ الدور: نصف سنوية).

6- أدخل عن طريق: إنتقل للمجلة، بعدها توجه مباشرة للجانب الأيسر لإرسال مقال، ثم تظهر لك صفحة تحمل عنوان: تعليمات المستخدم تشتمل على: إسم المستخدم + كلمة السر المحددة سابقاً، بعدها إضغط على تسجيل الدخول.

7- بعد دخول المستخدم تظهر صفحة أخرى تتضمن تقديم ورقة المقال (أكمل المعلومات ثم إضغط على إرسال مقال).

8- إفتح بريدك الإلكتروني ليأتي إشعار بالوصول من المجلة المعنية، و سيكون بإمكان صاحب المقال متابعة مراحل معالجة مقاله عبر ولوجه لحسابه في موقع البوابة.

شروط النشر في مجلة الدراسات القانونية (مخبر السيادة والعملة)

أولاً - يشترط في الدراسات والأبحاث المراد نشرها ما يلي :

- 1- أن تكون متممة بالعمق والجدية، ويلتزم الباحث بالمنهج العلمي.
 - 2- أن يكون البحث مكتوباً بالإعلام الآلي، مع الملخص باللغة العربية والإنجليزية، و الكلمات المفتاحية.
 - 3- أن لا يزيد البحث عن 20 صفحة و أن لا يقل عن 15 صفحة (A4) بخط 14. نوع الخط Traditional Arabic، إذا كان المقال باللغة العربية ، و إذا كان المقال باللغة الأجنبية فيكون أيضا بخط (14). نوع الخط Times New ROMAN.
 - 4- أن تكون الهوامش في أسفل كل صفحة (بشكل أوتوماتيكي إلكتروني) وقائمة المراجع في آخر المقال (بشكل كلاسيكي عادي)، مع ضرورة إعطاء المعلومات البيبليوغرافية كاملة (نوع الخط Traditional Arabic 12) 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 جزءاً 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.
- ثانياً - تخضع الأبحاث المرسله إلى المجلة للتحكيم قبل نشرها.
- ثالثاً - ترتب الموضوعات وفق اعتبارات موضوعية وفنية.
- رابعاً - يحكم عضوان في كل مقال، وفي حالة الاختلاف يحكم عضو ثالث ، وتقوم إدارة المجلة بإعلام أصحاب الأبحاث المرسله بقرار المحكمين بخصوص أبحاثهم.
- خامساً - لا يعاد نشر أي موضوع من موضوعات المجلة إلا بإذن كتابي من إدارتها.
- سادساً - 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.
- سابعاً- لا تدفع المجلة مكافآت مقابل البحوث المنشورة، ما لم تكن بتكليف.
- ثامناً - تعبر المقالات المنشورة في المجلة عن رأي كاتبها ولا تعبر بالضرورة عن رأي المجلة.
- تاسعاً: يرفض أي مقال لم يستوفي الشروط الشكلية المحددة سابقاً بشكل تلقائي دون الرجوع للموضوع .
- عاشر: يرفق المقال المراد نشره بتصريح شرطي يتم تحميله من موقع المجلة في البوابة الإلكترونية للمجلات العلمية (تعليمات للمؤلف)
- و يتم توقيعه من المعني و إرساله ل: **LSMLAW213@yahoo.fr**
- الحادي عشر- أي استفسار يرجى الاتصال بمجلة الدراسات القانونية عبر :
- LSMLAW213@yahoo.fr**

فريق تحرير مجلة الدراسات القانونية

الرئيس الشرفي

الأستاذ الدكتور . يوسف حميدي / رئيس جامعة المدية

المدير العام مسؤول النشر

الأستاذ الدكتور . سليمان ولد خسال

(مدير مخبر السيادة و العولمة)

رئيس التحرير

الدكتور . الحسين عمروش

جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)

محرر مساعد

د. مُجَدِّ مصطفىاوي - جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)

د. آسية أعمار الشريف - جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)

د. القوصي همام - جامعة حلب، الجمهورية العربية السورية

د. ياسين صباح رمضان ياسين - جامعة زاخو، العراق

د. أحسن عمروش - جامعة خميس مليانة (الجزائر)

د. منصور مجاجي - جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)

د. مُجَدِّ الداه عبد القادر - جامعة نواكشوط العصرية بموريتانيا

د. معاذ يوسف الذنبيات - جامعة الطائف، المملكة العربية السعودية

أ. عبد الله مخانق - جامعة خميس مليانة (الجزائر)

سكرتير: د. الحسين عمروش . جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)

أمانة المجلة: يوسف قسيس . جامعة يحيى فارس بالمدية (الجزائر)

اللجنة العلمية للمجلة

<p>د. ذبيح زهيرة. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية.</p> <p>د. يحياوي محمد. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية</p> <p>د. أسامة غربي. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية</p> <p>د. جبدل كريمة. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية</p> <p>د. توفيق بابا علي. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية</p> <p>د. بوشنافة جمال. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية</p> <p>د. مزعاد إبراهيم. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية</p> <p>د. طبال إحسان. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية</p> <p>د. بن تغري موسى، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية</p> <p>د. علياتي محمد، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية</p> <p>د. هشام فخار، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية</p> <p>د. صفاي العيد، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية</p> <p>د. جلايلة دلية، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية</p> <p>د. جمال عياشي، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية</p> <p>د. بوضياف مصطفى، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية</p> <p>د. أحسن عمروش، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة.</p> <p>د. خالد بوشمة. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة البلدية 02.</p> <p>د. خالد رمول. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة البلدية 02.</p> <p>د. مناد سعودي، جامعة الجزائر 01.</p> <p>د. رابح عمورة، جامعة أمجد بوقرة بيومرداس.</p> <p>د. مجاهدي إبراهيم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البلدية 02.</p> <p>أ. بابا علي رضا، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية</p> <p>د. عبد القادر عمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدية</p> <p>د. جبار رقية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدية</p> <p>أ. رحال جمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدية</p> <p>أ. عبد الله مخناق - جامعة خميس مليانة</p> <p>د. رواب جمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة</p> <p>د. عبد الرحمان بن جيلالي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة</p> <p>د. كريم حرز الله، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي تيبازة</p>	<p>أ.د. علي أبو هاني. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية.</p> <p>أ.د. عمار جفال، جامعة الجزائر 03.</p> <p>أ.د. سليمان ولد خسال، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية.</p> <p>د. محمد حميد ماضي المزمومي، كلية الحقوق، جامعة الملك عبد العزيز بجدة (المملكة العربية السعودية).</p> <p>د. عمروش الحسين. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية.</p> <p>د. حسن زرداني، كلية الحقوق جامعة القاضي عياض بمراكش (المملكة المغربية)</p> <p>د. القوصي همام، جامعة حلب، الجمهورية العربية السورية.</p> <p>د. ياسين صباح رمضان ياسين، جامعة زاخو، العراق.</p> <p>د. محمد الدا عبد القادر، جامعة نواكشوط العصرية بموريتانيا.</p> <p>د. معاذ يوسف الذنبيات، جامعة الطائف، المملكة العربية السعودية.</p> <p>د. أحمد لكحل. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية.</p> <p>د. توفيق شندارلي. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية.</p> <p>د. توفيق قادري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدية.</p> <p>د. إسطنبولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة البلدية 02</p> <p>د. عاشور فاطيمة، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي تيبازة.</p> <p>د. منصور مجاجي. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية.</p> <p>د. رشيد شميشم. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية.</p> <p>د. عبد الصديق شيخ. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس المدية.</p> <p>د. محمد مصطفىاوي. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية.</p> <p>د. بن يوسف القينعي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدية.</p> <p>د. هارون حسان أروان. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدية</p> <p>د. كرينش بغداد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البلدية 2.</p> <p>د. حلیم لعروسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدية</p> <p>د. نبيلة بن عائشة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدية</p> <p>د. سبتي عبد القادر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدية</p> <p>د. أم عمر شريف آسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدية</p> <p>د. زرقط عمر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدية</p> <p>د. لخضر حليس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المدية</p> <p>د. سايح فايز، كلية العلوم الاقتصادية، جامعة بومرداس</p>
--	--

لجنة قراءة العدد الثاني ، المجلد الرابع/ جوان 2018

د. إسطنبولي محي الدين، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة البلدية 02	د. أسامة غربي. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدينة
د. عمروش الحسين . كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدينة.	د. بوشنافة جمال . كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدينة
د. القوصي همام، جامعة حلب، الجمهورية العربية السورية.	د. بن تغري موسى ، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدينة
د. عاشور فاطيمة، معهد الحقوق و العلوم السياسية، المركز الجامعي بتيبازة.	د. هشام فخار، كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدينة
د. منصور مجاجي . كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة المدينة.	د. أحسن عمروش، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة خميس مليانة.
د. رشيد شمشم. كلية الحقوق والعلوم السياسية .جامعة المدينة.	د. خالد بوشمة. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة البلدية 02.
د. عبد الصديق شيخ .كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة يحي فارس. المدينة.	د. عبد القادر عمري، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة المدينة
د. كرنيش بغداد، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة البلدية 2.	د. طايبي سعاد. كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة خميس مليانة
د. نبيلة بن عائشة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة المدينة	د. جبار رقية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة المدينة
د. سبتي عبد القادر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة المدينة	أ. رحال جمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة المدينة
د. زرقط عمر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة المدينة	د. رواب جمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة خميس مليانة
د. لخضر حليس، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة المدينة	د. عبد الرحمان بن جيلالي، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة خميس مليانة
د. سايج فايز، كلية العلوم الاقتصادية، جامعة بومرداس	د. كريم حرز الله، معهد الحقوق و العلوم السياسية، المركز الجامعي تيبازة

المحتوى

الكلمة الافتتاحية

- 1- إستلحاق النسب وفقا لأحكام الفقه الإسلامي و القانون الجزائري - د. عمري عبد القادر (جامعة يحي فارس المدينة)....1
- 2- الالتزام بتتبع مسار المنتوج كآلية لحماية المستهلك الإلكتروني - د. قونان كهينة (جامعة مولود معمري، تيزي وزو).....8
- 3- التحكيم المبثور كحل لإنقاذ الخصومة التحكيمية - أ. كروم نسرين (جامعة علي لونيبي-العفرون).....21
- 4- التزام المرقى العقاري بالإعلام كآلية لحماية مشتري العقار في طور الإنجاز - أ. تركي وليد (جامعة باجي مختار عنابة)34
- 5- التعاون الدولي لمكافحة جرائم انتهاك حرمة السفارات والقنصليات - باحث دكتورة . إسالمة محمد أمين (جامعة الجليلي ليايس سيدي بلعباس)50
- 6- التكيف القانوني لجرائم العدوان في ظل التداخل الوظيفي بين المحكمة الجنائية الدولية ومجلس الأمن - د. مبخوتة أحمد (المركز الجامعي أحمد بن يحي الوشرسي- تيسمسيلت).....65
- 7- التنمية السياسية ومفهوم الأزمة داخل النظام السياسي - د. مبروك كاهي (جامعة قاصدي مرباح ورقلة).....78
- 8- الحماية القانونية لتشغيل الأطفال - د. رشيد شمشم (جامعة يحي فارس بالمدينة).....93
- 9- الدفاع الشرعي والقانون الدولي العربي - د. عمروش أحسن (جامعة الجليلي بونعامة بخميس مليانة).....104
- 10- العنف ضد المرأة و آليات الحد منه على مستوى الجمعية العامة للأمم المتحدة (الطالبة خرشف فاطمة- دكتوراه ل م د - جامعة البليدة- 2 - تحت إشراف: الأستاذ الدكتور. أحمد بلقاسم- جامعة البليدة - 2).....115
- 11- المسؤولية الجنائية الدولية في الفقه والقضاء الدولي الجنائي- د. عباسة سمير (جامعة لونيبي علي العفرون- البليدة 02).....128
- 12- النظام القانوني لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني في الجزائر - أ. آمال بوبكر (ماجستير دولة ومؤسسات " في إطار مدرسة الدكتوراه- أستاذة متعاقدة في كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة خميس مليانة).....141
- 13- الوضع والحالة والمسألة في قرارات مجلس الأمن الدولي - د. بن تغري موسى (جامعة د. يحي فارس مدينة).....153
- 14- آليات الجذب الضريبي و دورها في تعزيز مناخ الاستثمار في الجزائر - د. يحيايي مجد (جامعة المدينة) و طالب بن عيسى، باحث دكتوراه- جامعة البليدة 2164
- 15- تجارية شركة المهندسين الخبراء العقاريين بين النظرية وضرورة التطبيق - طالبة الدكتوراه : فروخ سميرة (جامعة يحي فارس بالمدينة).....174
- 16- تحويل نمط استغلال الوقف الفلاحي المسترجع من الدولة إلى حق إيجار في التشريع الجزائري - سعدان شطبية - طالبة دكتوراه (جامعة يحي فارس المدينة).....187
- 17- تنفيذ العقوبة بالوضع تحت المراقبة الإلكترونية-دراسة في ظل القانون رقم 01/18 المعدل والمتمم لقانون تنظيم السجون الجزائري - د. بوشنافة جمال (جامعة يحي فارس بالمدينة).....198
- 18- حماية البيئة وقت النزاع المسلح (الحرب على العراق نموذجاً)- طالب دكتوراه: قطوش مهدي (جامعة علي لونيبي-البليدة2) و د/ مجاهدي إبراهيم(جامعة علي لونيبي-البليدة2).....213
- 19- دراسة قانونية لمفهوم البيوع البحرية- د. دريسي أمينة (جامعة جليلي ليايس، سيدي بلعباس).....224
- 20- دور مديرية أملاك الدولة في إطار عملية مطابقة البناءات وإنجازها- د. حرز الله كريم (المركز الجامعي مرسلني عبد الله بتيازة).....233

- 21- عملية مسح الأراضي كآلية للتطهير العقاري الشامل- كعباش عائشة ، باحثة دكتوراه(جامعة الإخوة منتوري- قسنطينة).....242
- 22- مفهوم اتفاق التحكيم ومدى تجسيده كوسيلة لحل منازعات الاستثمار- أ- زيار الشاذلي(الملحقة الجامعية قصر الشلالة بتيارت).....255
- 23- ملكية العقار الموجه للاستثمار و تحقيق التنمية المستدامة- أ. كريم كريمة(جامعة جيلالي لياس سيدي بلعباس).....274
- 24- التحكيم كوسيلة لفض منازعات الاستثمار في التشريع الجزائري- د.ذبيح زهيرة (جامعة يحيى فارس بالمدينة).....290
- 25- حوار الأديان و الحضارات بين النظرية و التطبيق(تطبيق لنظرية السلام الإسرائيلي)- د. الحسين عمروش (جامعة يحيى فارس بالمدينة).....302
- 26- البيئة والأعيان المدنية أثناء النزاعات المسلحة (انفصال في الطبيعة القانونية و اشتراك في الحماية)- سيدعلي بن عومر(جامعة معسكر).....332 -

افتتاحية العدد

بسم الله و الصلاة و السلام على رسول الله و على آله و صحبه و من والاه.
الحمد لله حمدا كثيرا، و الشكر له سبحانه شكرا جزيلا، يليق بنعمه التي لا تحصى، و في مقدمتها أنه ارتضى لنا الإسلام ديناً، و أكرمنا بأن بعث لنا رسولا كريما، مُحَمَّد 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 الثامن / (جوان 2018)، و هي مصنفة ضمن المجلد الرابع (العدد الثاني) وفقا لتصنيف البوابة الالكترونية للمجلات الوطنية الصادر عن المديرية العامة للبحث العلمي و التطوير التكنولوجي (Dgrsdt)، سيتم من خلال هذا العدد عرض مجموعة من البحوث الأكاديمية و المقالات العلمية المقدمة من السادة الأساتذة، و الباحثين، و طلبة الدكتوراه في كل فروع القانون و العلوم السياسية والدراسات المقارنة، قصد تطوير البحث العلمي و الارتقاء بالعمل الأكاديمي المتخصص.

د.الحسين عمروش

رئيس تحرير مجلة الدراسات القانونية

Houcine16@gmail.com

إستلحاق النسب وفقا لأحكام الفقه الإسلامي و القانون الجزائري

د. عمري عبد القادر

أستاذ محاضر ب

كلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة يحي فارس المدية

ملخص :

العلاقات الجنسية المتعددة خارج الإطار الشرعي -الزواج- بين الرجل و المرأة و إن لم تكن مباحة ومشروعة بل أنها محرمة في الشريعة الإسلامية، إلا أنها ومن نظر القانون ليس معاقب عليها سوى في حال كون أحد الطرفين متزوجا و بناءا على شروط ، قد ينتج عنها ميلاد أطفال لم تعترف لهم بعض القوانين بالنسب مع وجود آراء فقهية تمنحهم الحق في ذلك وبشروط معينة سيتم مناقشتها من خلال المقال المدون أدناه .

ABSTRACT

While the multiple Sexual intercourses between man and woman - outside marriage- are unlawful and forbidden in Islamic Law, it may not punishable by Law except in case that one of parties is married, on terms. Those unlawful relationships may give birth to illegitimate children, in spite of the existence of juristic opinion, that give them the right of parentage under specific conditions will be discussed below, through the present article.

الكلمات المفتاحية: النسب، النفي، الإثبات، ابن الزنا.

مقدمة:

تناول المشرع الجزائري مسألة النسب إثباتا وفقا لأحكام الفصل الخامس منه بمواد محددة، و يستشف ضمنا أن من يدعي خلاف ذلك فلا بد أن يؤسس دعواه على مبدأ الإثبات، بمعنى أن نفي النسب يخضع لقواعد الإثبات فيه . وترك مسألة خلافية محالة على أحكام الشريعة فيما تعلق باللعان .

ومن بين أوجه الحماية التي يمكن التأكيد عليها قانونا، أن المشرع ربط مسألة النسب بنتائج مسبقة وهي كون أن المولود لا بد أن يكون نتاج علاقة شرعية صحيحة أو بالإقرار أو البينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول، مع إمكانية الاتصال بين الزوجين و عدم نفيه بالطرق المشروعة، مع إضافة أقل مدة حمل و أقصاها وفقا لما تقتضيه المادتين 42، 43 من قانون الأسرة. كما جعل المشرع كذلك فكرة إثبات النسب بالإقرار بالبنوة، و الأبوة، و الأمومة لمجهول النسب شريطة تصديقه عقلا أو عادة و عرفا، على أنه لا يسري هذا الإقرار إلا على غير المقر فيما ذكر أعلاه إلا بتصديقه.

كما أخضع المشرع فكرة النسب و ثبوته قانونا إلى مسألة التلقيح الاصطناعي و هذا بتقييده بشروط محددة^{1}.

(¹) قانون رقم 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم بالأمر رقم 05/ 02 المؤرخ في 2005/02/27.

من خلال ما تم تقديمه أعلاه من أحكام النسب و آثارها في تحقيق الحماية الأسرية في ضوء التشريع الجزائري و الفقه الإسلامي ، استوقفتني نقاط قانونية من خلال تفحص المواد المذكورة أعلاه هي كونها مطابقة لأحكام الشريعة الإسلامية مطابقة مطلقة ، أي أن الحماية المقررة بموجب النصوص أعلاه هي قانونية وفقهية وهو ما استدعى بي إلى البحث في فكرة قديمة حديثة ، كثرت و انتشرت في جميع المجتمعات {الغربية و الإسلامية} مفادها نسب ولد الزنى إلى والده أو ما يعرف فقها بإستلحاق النسب وفقا لبعض الآراء الفقهية قصد توفير الحماية للطفل ووفقا لما تقتضيه المعاهدات الدولية و القوانين الداخلية و بناءا على مصلحة الطفل لا غير ، دون دافع إلى مناقشة فكرة الانحلال الخلقي في المجتمع ، فلست من دعاة الزنى ولا العلاقات غير الشرعية .

لكن ما ينتج عن هذا الفعل و آثاره التي تزداد حدته يوما بعد يوم في مجتمعنا الجزائري و آثارها على الطرف الضعيف الذي ينتج عن مثل هذه العلاقات جعل مني أخوض في موضوع قد يكون فيه مصلحة للطفل في إلحاق نسبه أو إستلحاقه من طرف الوالد الطبيعي أو البيولوجي وهو ما يفتح المجال أكثر للمناقشات في هذا الموضوع ، لذلك أردت طرح إشكالية مفادها "هل يمكن أن يثبت النسب لتتبع العلاقة غير الشرعية ، وأهم الشروط و الضوابط المستوحاة من فقهاء الشريعة في ذلك و العمل على تضييقها كي لا يتسع العمل بما و التساهل في مسألة نسب العلاقات غير الشرعية ؟ .

بداية تجدر الإشارة إلى أن الموضوع يحتوي على جانب فقهي ما يمكن أن يستخلص منه ما يلي :

أن مسألة نسب ابن الزنا شرعا هي مسألة خلافية بين أهل العلم ، وقد أطلال ابن القيم رحمه الله في مناقشتها في زاد المعاد ، ولشيوخه شيخ الإسلام ابن تيمية كلام حول هذه المسألة في الفتاوى .

إذ نجد بأن ما قاله شيخ الإسلام ابن تيمية : هو أنه وقع اختلاف العلماء في استلحاق ولد الزنا إذا لم يكن فراشا على قولين {¹} ، وقال في الفتاوى الكبرى : في استلحاق الزاني ولده إذا لم تكن المرأة فراشا قولان لأهل العلم .

وعقد ابن القيم فصلا في ذكر حكم رسول الله ﷺ في استلحاق ولد الزنا وتوريثه ، كما ذهب و استدلل ابن القيم بما حكّم به علي بن أبي طالب رضي الله عنه في الجماعة الذين وقّعوا على امرأة في طهر واحد ثم تنازعا الولد ، فأقرع بينهم فيه ، ثم بلغ النبي ﷺ فضحك ولم يُنكره {²} .

ثم أشار ابن القيم إلى اختلاف الفقهاء في هذا الحكم ؛ فذهب إليه إسحاق بن راهويه ، وقال : هو السنّة في الولد ، وكان الشافعي يقول به في القديم ، وأما الإمام أحمد فسئل عن هذا الحديث ، فرجّح عليه حديث القافة ، وقال : حديث القافة أحب إليّ .

قال ابن القيم: وها هنا أمران : أحدهما : دخول القرعة في النسب .

والثاني: تغريم من خرّجت له القرعة ثلثي دية ولده لصاحبيه .

وأما القرعة فقد تُستعمل عند فقدان سواها من بينة أو إقرار أو قافة ، وليس ببعيد تعيين المُستحقّ بالقرعة في هذه ، إذ هي غاية المقدر عليه من أسباب ترجيح الدعوى ، ولها دخول في دعوى الأملاك المُرسّلة التي لا تثبت بقرينة ولا أمانة ، فدخولها في النسب الذي يثبت بمجرّد الشبّه المُستتبد إلى قول القائف أو لى وأحرى .

(¹) كما ثبت عن النبي ﷺ أنه ألحق ابن وليدة زمعة بن الأسود بزمعة بن الأسود وكان قد أخبلها عتبة بت أبي وقاص ، فاخصم فيه سعد وعبد بن زمعة ، فقال سعد : ابن أخي عهد إليّ أن ابن وليدة زمعة هذا ابني ، فقال عبد : أخي وابن وليدة أبي وُلِدَ على فراش أبي ، فقال النبي ﷺ : هو لك يا عبد بن زمعة ، الولد للفراش وللعاهر الحجر . احتجّجني منه يا سودة ، لما رأى من شبهه البيّن بعتبة ، فجعله أباها في الميراث دون الحرمة .

(²) استدلل بما رواه أبو داود والنسائي بإسناد كلهم ثقات إلى عبد خير عن زيد بن أرقم قال : أُلِيَ علي بن أبي طالب بثلاثة وهو باليمن وقّعوا على امرأة في طهر واحد ، فسأل اثنين : أتقرّان لهذا بالولد ؟ قالوا : لا ، حتى سألهم جميعا ، فجعل كلما سأل اثنين قالوا : لا ، فأقرع بينهم ، فألحق الولد بالذي صارت عليه القرعة ، وجعل عليه ثلثي الدية . قال فدكر ذلك للنبي ﷺ فضحك حتى بدت نواجذه .

وأما نِكَاح مَنْ زَنَى بِهَا الشَّخْص ؛ فقال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله : نِكَاح الزَّانِيَةِ حَرَامٌ حَتَّى تَتُوبَ ، سِوَاهُ كَانِ زَنَى بِهَا هُوَ أَوْ غَيْرِهِ ؛ هَذَا هُوَ الصَّوَابُ بِلَا رَيْبٍ ، وَهُوَ مَذْهَبُ طَائِفَةٍ مِنَ السَّلَفِ وَالْخُلَفَاءِ مِنْهُمْ : أَحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ وَغَيْرِهِ ، وَذَهَبَ كَثِيرٌ مِنَ السَّلَفِ وَالْخُلَفَاءِ إِلَى جَوَازِهِ ، وَهُوَ قَوْلُ الثَّلَاثَةِ ، لَكِنْ مَالِكٌ يَشْتَرِطُ الِاسْتِبْرَاءَ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ يُجَوِّزُ الْعَقْدَ قَبْلَ الِاسْتِبْرَاءِ إِذَا كَانَتْ حَامِلًا ، لَكِنْ إِذَا كَانَتْ حَامِلًا لَا يَجُوزُ وَطَآئِفًا حَتَّى تَضَعُ ، وَالشَّافِعِيُّ يُبِيحُ الْعَقْدَ وَالْوَطْءَ مُطْلَقًا ؛ لِأَنَّ مَاءَ الزَّانِيِ غَيْرُ مُخْتَرَمٍ ، وَحُكْمُهُ لَا يَلْحَقُهُ نَسَبُهُ ، هَذَا مَا أَخَذَهُ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ يُفَرِّقُ بَيْنَ الْحَامِلِ وَغَيْرِ الْحَامِلِ ، فَإِنَّ الْحَامِلَ إِذَا وَطَّعَهَا اسْتَلْحَقَ وَلَدًا لَيْسَ مِنْهُ قِطْعًا ، بِخِلَافِ غَيْرِ الْحَامِلِ ، وَمَالِكٌ وَأَحْمَدُ يَشْتَرِطَانِ الِاسْتِبْرَاءَ ، وَهُوَ الصَّوَابُ ، لَكِنْ مَالِكٌ - وَأَحْمَدُ فِي رِوَايَةٍ - يَشْتَرِطَانِ الِاسْتِبْرَاءَ بِحَيْضَةٍ ، وَالرِّوَايَةُ الْآخَرَى عَنْ أَحْمَدَ - هِيَ الَّتِي عَلَيْهَا كَثِيرٌ مِنَ أَصْحَابِهِ كَالْقَاضِي أَبِي يَعْلَى وَأَتْبَاعُهُ - أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ ثَلَاثِ حَيْضٍ ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَجِبُ إِلَّا الِاسْتِبْرَاءُ فَقَطْ ، فَإِنَّ هَذِهِ لَيْسَتْ زَوْجَةً يَجِبُ عَلَيْهَا عِدَّةٌ ، وَلَيْسَتْ أَعْظَمُ مِنَ الْمُسْتَبْرَأَةِ الَّتِي يَلْحَقُ وَلَدُهَا سَيِّدُهَا ، وَتِلْكَ لَا يَجِبُ عَلَيْهَا إِلَّا الِاسْتِبْرَاءُ ، فَهَذِهِ أَوْلَى^{1}.

وبعض العلماء يقول في المرأة التي زنى بها شخص ، ويعلم أنها كانت عفيفة وهو قد عزر بها : أن له أن يتزوج بها ؛ لأن الإسلام يتشوق إلى الستر ، وهذه المرأة ليست في حكم الزانية ، إذ الحكم يتنزل على من عرفت بذلك. وروى مثله عن ابن عمر رضي الله عنهما ، وعن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما. وروى سعيد بن منصور في سننه عن عبيد الله بن أبي يزيد قال : سألت ابن عباس عن رجل فجعر بامرأة أينكحها ؟ قال : نعم ، ذاك حين أصاب الحلال.

وفي رواية له أنه سأل ابن عباس ، فقال ابن عباس : الأول سفاح ، والآخر نكاح^{2} . وما يمكن التوصل إليه من نتائج في هذا الإطار هو أن الاختلاف بني على النقاط التالية : الاختلاف في تأويل حديث النبي صلى الله عليه وسلم "الولد للفراش...." ومضمونه وكيفية تناوله و شرحه. فمن رأى أن النص قصر النسب على الفراش، ونفاه عن الزنا، قال فلا يثبت نسب الولد إلا بالفراش، ولم يعتبر الزنا طريقاً يثبت به النسب.

كما أنه من منظور قانوني وشرعي، فإنه لا يلزم إقامة البينة على زنا الزوجة نفي النسب من غير لعان، لأنهما بينتان لأمرين مختلفين، فكل واحدة منهما يحصل بمهما ما لا يحصل بالأخرى، فباللعان يحصل نفي النسب و لا يحصل ذلك بالبينة، ويكون بالبينة ثبوت الزنا وإقامة الحد على الزوجة ولا يكون ذلك باللعان، ولهذا ذهب أغلب الفقهاء إلى أن النسب الثابت بالفراش لا ينتفي إلا باللعان مادام يولد لمثل الزوج^{3}.

(1) أنظر قول الشيخ الإسلام ابن تيمية في الزانية : لا تجل حتى تتوب ، وهذا هو الذي دل عليه الكتاب والسنة والاعتبار والمشهور في ذلك آية النور ، قوله تعالى : (الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحُرْمٌ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ) ، وفي السنن حديث أبي مرثد الغنوي في غناق. والذين لم يعملوا بهذه الآية ذكروا لها تأويلاً ونسخاً ؛ أما التأويل فقالوا : المراد بالنكاح الوطء ، وهذا مما يظهر فساده بأدنى تأمل . أما أولاً : فليس في القرآن لفظ نِكَاحٍ إِلَّا وَلَا بُدَّ أَنْ يُرَادَ بِهِ الْعَقْدُ ، وَإِنْ دَخَلَ فِيهِ الْوَطْءُ أَيْضًا ، فَأَمَّا أَنْ يُرَادَ بِهِ مُجَرَّدُ الْوَطْءِ فَهَذَا لَا يُوجَدُ فِي كِتَابِ اللَّهِ قَطْ. وثانيها : أن سبب نزول الآية إنما هو استفتاء النبي ﷺ في التزوج بزانية ، فكيف يكون سبب النزول خارجاً من اللفظ ؟

(2) ما رواه البيهقي في السنن الكبرى من طريق عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما في الرجل يفجر بالمرأة ثم يتزوجها بعد . قال : كان أوله سفاح ، وآخره نكاح ، وأوله حرام ، وآخره حلال.

(3) أو أن عبد الله الفيضي ، الحجية الشرعية و القانونية للبصمة الوراثية في نفي النسب ، دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية ، دار شتات للنشر و البرمجيات ، مصر -الإمارات، طبعة 2016 ، ص 184.

أما من رأى أن الحديث خاص بالمرأة إذا كانت فراشا فالفراش لا ينافي غيره، لم ينف النسب عن الزاني حال عدم وجود الفراش؛ لعدم تناول النص لهذه الحالة .

الاختلاف في اعتبار الدلالات الظاهرة على حقيقة البنوة : فمن رأى أن دلالة الزنا على إثبات النسب دلالة ضعيفة ومشكوك فيها لا تقوى على معارضة الفراش في إثبات النسب، فلم يعتبر الزنا طريقاً يثبت به النسب .

ومن رأى أن الدلالات الظاهرة و الأمارات لها اعتبار في الأحكام عند تعذر الإثبات، حيث يستند إليه التأييد الحكم اعتبر أن:

- ظاهر دلالة إدعاء الزاني لإبن الزنى تدل على حقيقة البنوة، فيثبت نسب الولد للزاني.

- ظاهر دلالة إقامة الحد على الزاني حيث تدل على إثبات وقوع الزنا المفضي إلى تحلق الولد من ماء الزاني فتكون دالة بظاهرها على حقيقة البنوة

- ظاهر دلالة الزواج من المزني بها، تدل على حقيقة البنوة فيثبت نسب الولد للزاني.

الإختلاف في تكييف إثبات النسب للزاني : فمن رأى أن حرمان الزاني من نسبة الولد له إنما شرع على جهة العقوبة له على ارتكابه جريمة الزنا، ذهب إلى عدم إثبات نسب الولد للزاني .

بينما من رأى أن إلحاق الولد بالزاني هو إثبات حقيقة واقعة، وخاصة إذا قامت الدلائل و الأمارات على صدقه في دعواه بأنه خلق من مائه، ذهب إلى إثبات نسب الولد للزاني.

ما يمكن التأكيد عليه و الانطلاق منه قانونا هو أن نسب الطفل محمي بحكم القانون ، لاسيما التشريعات العالمية ، كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي يعتبر شرعة عامة في مثل قولنا هذا ، لكون الطفل إنسان فله أن يتمتع وفقا لأحكام المادة 06 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بالشخصية القانونية ، التي يندرج ضمنها حق الاسم و اللقب و النسب و الجنسية لدولة منشئه وهي الركائز التي يقوم عليها وجوده القانوني، وتميز بها شخصيته عن غيره من الأفراد و الرعايا من مواطنيه داخل بلده أو خارجه^{1} .

ولاشك أن أهمية الاعتراف بالشخصية، فعلى أساس الوجود القانوني للطفل يكون له الحق في الحياة و البقاء^{2} .

وما دام الحديث في ندوتنا هذه عن أحكام النسب و آثارها في تحقيق الحماية الأسرية في ضوء التشريع الجزائري يمكن لنا تناول، هذه

الجزئية من خلال العناصر التالية :

مسألة الزواج الصحيح و أثرها في نسب الطفل إثباتا ونفيا في القانون الجزائري.

مسألة تناول المشرع لنسب الطفل عن طريق الإقرار بالبنوة.

مسألة إستلحاق نسب الطفل من علاقة خارج إطار الزواج الصحيح .

بداية يمكن القول بان مسألة الزواج الصحيح هي فكرة تناولها المشرع بداية من فكرة إقتران الخطبة بالفاتحة و إعتبرها زواجا شرعيا صحيحا يمكن أن يلحق نسب الإبن بوالده وهو ما تناوله المشرع في المواد من : 06/ 02 قانون الأسرة وكذا المادة 09 مكرر و هذا طبعاً بالشروط المحددة فيهما.

كما أن هناك مسألة النكاح الفاسد و النكاح الباطل و الذي ينتج عنه كذلك مسألة ثبوت النسب للطفل، فالزواج بالمحرمت يفسخ قبل و بعد البناء و يترتب عليه ثبوت النسب ووجوب الإستبراء، و بمجرد تحليل المواد نجد أن المادة 40 المعدلة من قانون الأسرة تناولت ثبوت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون، مما يستدعي القول بأن الزواج هو طريقة لإثبات النسب للطفل، كما يمكن اعتماد كذلك مسألة الإقرار و البينة و نكاح الشبهة

¹/ نصت المادة 6 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أنه "لكل إنسان أينما وجد أن يعترف بشخصيته القانونية."

² - / حسني نصار، المرجع السابق، ص 63.

و الزواج الذي يتم فسخه ،فالمادة ومن منظورها هذا جاءت على سبيل التحليل و التفصيل لمسألة إحقاق النسب فكما يمكن اعتماد فكرة الزواج الصحيح يمكن اعتماد بقية الحالات منفردة دون الربط بينها ^{1} .

كما تجدر الإشارة كذلك إلى أن ضوابط استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب يمكن إجمالها فيما يأتي ²:

أن البصمة الوراثية ليست دليلاً على فراش الزوجية ،قيممكن أن يكون الإنجاب من علاقة غير شرعية .

أن اللجوء إلى البصمة الوراثية يكون مستبعداً في الحالات التي يثبت فيها نسب الطفل من فراش زوجية و أن نفيه يكون باللعان وليس اللجوء إليها.

أنه يمكن اعتبار البصمة الوراثية تطور لمبدأ القيافة ،و أن نفي النسب بها مؤخر وليس مقدم على ما هو مذكور شرعاً لاسيما اللعان.

عدم مخالفة نتائج التحليل لحكم عقلي مقرر شرعاً ،كأن تثبت بنة مولود لمن لا يولد لمثله ،كالصبي الذي لم يبلغ ونحو ذلك.

و تأصيلها فقهيًا يعود للمسألة المذكورة أعلاه وهي إستلحاق نسب ولد الرئي ،فلماذا لا تعمل هذه المادة في ثبوت النسب على أساس الإقرار أو البينة دون الزواج بأنواعه المعرفة "الشرعي ،القانوني ،الباطل"؟ ،وهذا لتجسيد الحماية للطفل و لنسبه وليس للوقائع التي ينتج عنها النسب في حد ذاته.

كما أن المادة 41 من قانون الأسرة تناولت فكرة وليس حكماً ،مفادها أنه ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة و التي سبق تحليلها و ذكرها من طرف بقية المتدخلين ، وان هذه الفكرة كذلك تحتمل العديد من الآراء والانتقادات سواء الفقهية و ما جاء فيها من اختلافات فقهية أو قانونية و ما صدر فيها من أحكام وقرارات ^{3}.

أما النقطة الثانية فهي مسألة الإقرار بالبنة و أثرها قانوناً و هو ما جاءت به المادة 44 من قانون الأسرة و التي أكدت على أنه يثبت النسب بالإقرار بالبنة، أو الأبوة أو الأمومة، لمجهول النسب ولو في مرض الموت متى صدقه العقل أو العادة ،فإعمال المادة هنا منفصلة عن بقية المواد المذكورة أعلاه يجعل من باب الاجتهاد القانوني في توفير الحماية للطفل الذي ليس له نسب "مجهول" أكثر إتساعاً و إعمالاً إذا ما تم إعتقاد الآراء الفقهية المذكورة أعلاه وهو ما يعزز الحماية ويجنب المجتمع مواليد من غير هوية و لا نسب ،و لعل البحث في هذه النقطة بالذات يجعل من رجال القانون يعتمدون المفاضلة بين المصالح الأولى بالرعاية ،هل نترك مواليد المجتمع بغير هوية ولا نسب أم نعمل

¹ / المادة 40 معدلة: يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقاً للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون.

يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب.

المادة 41: ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً و يمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة.

المادة 42: أقل مدة الحمل ستة أشهر و أقصاها عشر (10) أشهر.

المادة 43: ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة (10) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة.

المادة 45 مكرر: جديدة (يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي).

يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط الآتية:

- أن يكون الزواج شرعياً،
- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما،
- أن يتم بمجي الزوج و بويضة رحم الزوجة دون غيرها.
- لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة .

² /أوان عبد الله الفيضي ،المرجع السابق،ص 93،94.

³ /يوجد من الشراح من يجعل و يجد من هذه الطرق المشروعة في مسألة اللعان فقط ،وهو ما يضيق المسألة و يجد منها شرعاً و قانوناً ،وبالتالي وجب تفسير الطرق المشروعة و عطفها على ما يمكن إثبات النسب به لإستعماله في النفي في حال وجود مخاصمة قضائية بين الطرفين بخصوص مسألة نفي النسب./

الأفكار الشرعية المذكورة أعلاه و تضييقها حتى ينسب ولو طفل من بين ألف مراعاة لأحكام الشريعة الغراء و المذاهب الفقهية التي قيدت أحكام النسب و بنت منها فكرة الحياة و العدم بقولها ان إلحاق النسب هو حياة للطفل و نفيه يعتبر إعداما له.

نتقل إلى المسألة الثالثة و المتعلقة بفكرة إستلحاق ولد الزنى أو يمكن تسميته قانونا بدعوى إلحاق النسب و تفريد مادة قانونية بذلك يحمي بها المشرع الجزائري الطفل الذي ولد من علاقة غير شرعية، وفقهاء الشريعة كما ورد ذكره أعلاه و مع ذكر آراء شاذة و قليلة في نظر من يرفض الفكرة، إلا أنها تبقى محل بحث و تدبر قانوني و فقهي في وقتنا الحالي، فقد ينتج مولود عن علاقة غير شرعية و يسعى طرفا العلاقة إلى الاعتراف به قانونا {¹}، كما أن فكرة اعتياد المرأة للزنى من المنظور الفقهي أعلاه تجعل من أن الذكر الذي يقر بأنه هو من أفقد عذرية المرأة و أنها في ممارستها للعلاقة الجنسية بينهما كانت تقيم علاقات معه فقط و لمدة زمنية طويلة و أنها حملت منه بالمولود ترفض دعواهم أو دعوى هذا المولود عند بلوغه قانونا سن الرشد المدني للمطالبة قانونا بثبوت نسبه للشخص القائم بالفعل، خصوصا إذا كانت هناك أحكام قضائية أثبتت مثلا الواقعة جزائيا {²}.

و تجدر الإشارة إلى أن هناك علاقات جنسية عبارة عن حالات فيها رضا بين الطرفين ولكنها تشكل جريمة في نظر قانون العقوبات و قد ينتج عنها أطفال يكونون بدون نسب ولا هوية - وهو ما يعتبر إهدار لحق الطفل قانونا وإن كانت مستهجنة من طرف المجتمع - وهي العلاقات المحرمة شرعا و قانونا و تجد أساسها في المادة 337 مكرر قانون العقوبات {³}، أما مسألة الزنى قانونا و المعاقب عليها هي ما جاءت به المادة 339 من قانون العقوبات و التي حدثت من الجريمة و قيدتها بفكرة الشكوى من الزوج المضروب و تطبيق العقوبة على الشريك و المقترنة بعلم هذا الأخير بأن شريكه متزوج و هنا إثبات الزواج يكون بالعقد الصحيح لا بالزواج الشرعي، بالإضافة إلى أن هذه الجريمة لها إثبات خاص مذكور بالمادة 341 من قانون العقوبات {⁴}.

المشرع الجزائري عاقب على فكرة الزنى متى كان أحد الطرفين متزوج و ربطها بفكرة إستلحاق النسب من الناحية الشرعية و المذكورة أعلاه، تجعل من هذه النقطة محل نظر و اعتبار و تجسيدا لحماية الطفل من عدم منحه الهوية القانونية الخاصة به و بالتالي يمكن القول أن مسألة إستلحاق النسب يجب إدراجها في قانون الأسرة في باب النسب كي يتمكن الأطفال من اكتساب حقهم في الهوية و تجنبيهم فكرة عدم حصولهم على شخصية قانونية سليمة في مجتمع تضاعفت فيه هذه الحالات و تراكمت دون وجود الحل القانوني و المخرج لوضعياتهم و ما يترتب عنها من آثار سلبية عليهم وعلى مجتمعهم و على الدولة عموما.

خاتمة :

النسب هو إحدى نعم الله عز وجل التي امتن بها على عباده، حيث قال: ﴿وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا وكان ربك قديرا﴾⁵.

كما أن من مقاصد الشريعة حفظ النسل وتربية الناشئة تربية تربط بيم الناس بالألفة و الإئتلاف.

فالأولاد و إن كانوا نعمة من الله فلا دخل لهم في اختيار والديهم ولا المحيط الذي جاؤو فيه لا الطريقة التي بما أقبلو على الدنيا، فلا يمكن تحميل خطأ الرجل و المرأة لهم وهذا بحرمانهم من نسبهم الشرعي و القانوني .

¹ /العلاقة خارج فكرة الزنى القانونية و هي أن يكون أحد طرفي العلاقة متزوج، فلو أنهما غير متزوجان فلماذا و في حال إقرارها بالمولود ترفض دعواهم قانونا، مع العلم و أن المادة 44 جاءت بفكرة الاختيار في نظرنا وليس الإيجار.

² /جريمة خطف أو إبعاد الفاصر الذي يدان عنه الشخص وفقا لمنظور أحكام المادة 326 من قانون العقوبات، العلاقات غير الشرعية بين الرجل و المرأة

³ /337 قانون العقوبات

⁴ /341 قانون العقوبات

⁵ /سورة الفرقان، الآية 54.

لهذا يمكن التأكيد على أن مسألة إستلحاق النسب¹ وفقا للمنظور المطروح أعلاه لم يتناولها المشرع الجزائري في قوانينه و لم يعمل بها قضاء، مع وجود العديد من النقاط التي تستوجب الدراسة و التحليل من جانب شرعي و قانوني و ضبطها ضبطا قانونيا حتى يتسنى منح النسب للأطفال خارج العلاقة الزوجية - الشرعية- و في حدود ضيقة²، كي يتسنى تجنيب آلاف الأطفال من فكرة مجهول النسب أو عديم اللقب و التي لا علاقة له فيها سوى أنه نتاج علاقة جمعت بين رجل و امرأة في إطار رضا تام بينهما أو فعل من الأفعال المعاقب عليها بقانون العقوبات.

¹/أسماء مندوه عبد العزيز أبو خزيمة، وسائل إثبات النسب بين القديم و المعاصر، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية - مصر، طبعة 2010، ص 89.

²/اقتراح ملتقى وطني أو دولي حول مسألة إستلحاق النسب تجمع الجانب الشرعي و القانوني و الاجتماعي و العلمي و بحث هذه المسألة مع المختصين قصد إدراجها و تضمينها في التشريع الجزائري.

الالتزام بتتبع مسار المنتج كآلية لحماية المستهلك الإلكتروني

د. قونان كهينة

أستاذة محاضرة "ب"

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة مولود معمري، تيزي وزو

ملخص

يستفيد المستهلك الإلكتروني من الحماية القانونية المقررة للمستهلك العادي، من خلال الالتزامات الملقاة على عاتق المتدخل، ومن بين أهم تلك الالتزامات الالتزام بتتبع مسار المنتج، الذي يمكن المستهلك الإلكتروني المتضرر من منتج معيب اقتناه عبر شبكة الأنترنت، من معرفة سبب تعيب المنتج والمسؤول عنه.

الكلمات الدالة:

الالتزام بتتبع المسار، المنتج، المستهلك الإلكتروني، المورد الإلكتروني، المتدخل، تتبع مسار المنتجات النوعي، تتبع مسار المنتجات

الكمي.

Summary

The electronic consumer is entitled to the legislative protection provided for the average consumer through the obligations imposed on the intermediary. So, the most important obligation to track the product, this obligation certainly permits to the electronic consumer affected by a defective product purchased through the internet networks, to seek at the same time, the defect cause and the responsible for it.

Key words:

Commitment to track, the product, the electronic consumer, the electronic supplier, the supplier, the tracking of the product quality line, the logistic tracking of the products.

صاحب ظهور وسائل الاتصال الحديثة ظهور نوع من العقود الالكترونية التي تعتبر إحدى الركائز والأساليب الأكثر شيوعا واستخداما في شراء السلع والخدمات عبر الحدود، لكن بالرغم من المزايا التي أتاحتها للمستهلك، إلا أنها يمكن أن تشكل خطرا عليه خاصة لما يتعلق الأمر بتسويق منتجات معيبة ولا تتوافر فيها السلامة.

يستدعي خطورة هذا الوضع فرض التزامات على عاتق المورد الإلكتروني، تهدف إلى وقاية المستهلك الإلكتروني، إذ أصبح التأكيد على تدابير الوقاية أكثر فعالية من إصلاح الأضرار الواقعة، التي يعجز عن إصلاحها في كثير من الأحيان، خاصة لما يتعلق الأمر بمنتج معيب اقتناه عبر شبكة الأنترنت، وحمائته من أي ضرر قد يطاله سواء في ماله أو جسده، خاصة وأن المستهلك الإلكتروني ذو خصوصية تميزه عن المستهلك العادي.

أمام هذا الوضع كان لابد من البحث عن حماية فعالة للمستهلك بشكل عام والمستهلك الإلكتروني بشكل خاص، خاصة في ظل قصور وعدم كفاية الحماية التقليدية المعروفة في القانون المدني، لذلك عمدت مختلف التشريعات إلى البحث عن آليات جديدة لحماية المستهلك، ومن بينها المشرع الجزائري الذي أدرك ضرورة مواكبة هذه التطورات، فحاول حماية المستهلك في تعاملاته الالكترونية عن طريق تقنين هذا الفرع من المعاملات، من خلال إعداد مشروع قانون يتعلق بالتجارة الالكترونية⁽¹⁾، الذي يدخل في إطار تنظيم التجارة عن بعد، ووضع قواعد قانونية تقطر هذا النوع من التجارة، مع وضع ضمانات وتأمينات لحماية المستهلك.

تتوقف حماية المستهلك على اتخاذ التدابير والاحتياطات الضرورية وفق معطيات الحالة والمعرفة العلمية المتطورة، لاتقاء الأضرار الناتجة عن تعيب المنتجات بعد طرحها للتداول. وضمان سلامتها، ومن أهم الاجراءات المتبعة للتأكد من سلامة المنتجات، تلك المعروفة بالقدرة على اقتفاء أثر المنتج، أو ما يسمى بالـ «tracabilité»، وهو ما ساهم في تبني التزام جديد يسمى بالالتزام بتتبع مسار المنتج، يجسد ضرورة التزام المنتج بتتبع منتوجه في أي مرحلة كانت من مراحل السلسلة التجارية للمنتج، لاسيما مرحلة التسويق وعند الاستهلاك.

وأمام غياب نص قانوني يلزم المورد الإلكتروني بتتبع مسار منتوجه، يمكن للمستهلك الإلكتروني الاستفادة من القواعد الخاصة بالمستهلك العادي الواردة في القوانين الخاصة بحماية المستهلك، والتي تناولت مثل هذا الالتزام.

لذلك فإن الإشكال يطرح حول ماهية الالتزام بتتبع مسار المنتج وكيف يمكن للمستهلك الإلكتروني الاستفادة منه؟ للإجابة على هذه الإشكالية يتعين دراسة ماهية الالتزام بتتبع مسار المنتج (المبحث الأول) وصولا إلى كيفية تفعيل الالتزام لضمان حماية المستهلك الإلكتروني (المبحث الثاني).

المبحث الأول

ماهية الالتزام بتتبع مسار المنتج

تقتضي حماية المستهلك بشكل عام والمستهلك الإلكتروني بشكل خاص، إخضاع المنتجات لوقت كاف من التجربة والدراسة قبل طرحها للتداول، سواء في وسط مادي أو إفراضي، عبر وسائل الاتصال الالكترونية، وتسجيل التحفظ عليها إذا ظهر تعيبها بعد ذلك، ما يجسد ضرورة التزام المنتج بتتبع منتوجه في أي مرحلة كانت من مراحل السلسلة التجارية له، ما يقتضي التعريف بالالتزام بتتبع مسار المنتج (مطلب أول)، وكذا أصل هذا الالتزام (مطلب ثاني).

¹ - مشروع القانون المتعلق بالتجارة الالكترونية، وزارة البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية والتكنولوجيات والرقمنة، أكتوبر 2017

المطلب الأول

التعريف بالالتزام بتتبع مسار المنتج

يستدعي فهم محتوى الالتزام بتتبع مسار المنتج، التطرق إلى تعريفه (الفرع الأول) والاحاطة بنطاقه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف تتبع مسار المنتج

يعرف تتبع المسار والذي يقابله مصطلح *traçabilité* باللغة الفرنسية، بأنه تقنية أو إجراء يسمح بالكشف وإيجاد تاريخ استعمال ومحتويات ومكونات منتج ما (سلعة أو خدمة)، وكذا تحديد المنتج أو المستورد ومختلف المتدخلين انطلاقا من عملية الإنتاج لغاية عملية التوزيع والاستهلاك، وذلك بالاعتماد على وثائق تبين مدى احترام التدابير والاحتياطات الضرورية وفق معطيات حالة المعرفة العلمية المتطورة، لاتقاء الأضرار الناتجة عن تعيب المنتج بعد طرحه للتداول، والذي لم يتمكّن العلم من اكتشافه، إلا بعد فترة زمنية بفضل سرعة التطور العلمي، بعدما كان المنتج سليما علميا وفتيا لحظة طرحه للتداول⁽¹⁾.

وقد عرّف المشرع الجزائري تتبع المسار في المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 12-203⁽²⁾ بأنه: " يقصد بتتبع مسار السلعة: الإجراء الذي يسمح بتتبع حركة السلعة من خلال عملية إنتاجها وتحويلها وتوضيبيها واستيرادها وكذا تشخيص المنتج أو المستورد ومختلف المتدخلين في تسويقها والأشخاص الذين اقتنوها بالاعتماد على الوثائق، يقصد بتتبع مسار الخدمة: الإجراء الذي يسمح بتتبع عملية تقديم الخدمة في كل مراحل أدائها للمستهلك الذي استفاد منها بالاعتماد على وثائق".

الفرع الثاني

نطاق الالتزام بتتبع مسار المنتج

يعتبر الالتزام بتتبع مسار المنتج من الالتزامات المستحدثة، له نطاق يتحدد به سواء من حيث أطرافه (أولا)، أم من حيث موضوعه (ثانيا).

أولا: أطراف الالتزام بتتبع مسار المنتج

يمثل تحديد أطراف الالتزام بتتبع مسار المنتج، من أهم المسائل التي على أساسها يمكن إدراك من هو المدين بالالتزام (1) بالإضافة إلى المستفيد منه (2).

1- المدين بالالتزام بتتبع مسار المنتج

استعمل المشرع الجزائري في مشروع القانون المتعلق بالتجارة الالكترونية، سالف الذكر، مصطلح "المورد الالكتروني" للتعبير عن المدين بأحكامها، معرّفا إيّاه في المادة 05 مطة 04 بأنه:

" كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتسويق أو اقتراح توفير السلع أو الخدمات عن طريق الاتصالات الالكترونية".

بينما يستعمل مصطلح "المتدخل" للدلالة على المخاطب بأحكام القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش⁽¹⁾، وقد عرّفته المادة 03 مطة 07 بأنه:

¹ - حاج بن علي مجّد، الالتزام بالتتبع- دراسة مقارنة، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، عدد 17، 2017، ص 115.

² - مرسوم تنفيذي رقم 12-203 مؤرخ في 06/05/2012، يتعلق بالقواعد المطبقة في مجال أمن المنتجات، ج.ر عدد28، الصادر في 09/05/2012/.

" كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتجات للاستهلاك".

يظهر مما سبق قصر المدين في مجال التجارة الالكترونية على المورد فقط، دون غيره من المتدخلين في عملية طرح المنتج للتداول، سواء تعلق الأمر بالقائمين على عملية الانتاج أو عملية التوزيع، ويشمل مورّد المنتج بائع التجزئة، هذا الأخير الذي يعدّ أقرب شخص للمضروور وأسهل شخص يمكن التعرف عليه من قبله⁽²⁾.

لكن هذا الموقف يمكن انتقاده لأنه يؤدي إلى تضيق نطاق الالتزام من حيث المدين به، ويؤدي إلى إفلات غيره من الأطراف من المسؤولية في حالة مساهمتهم في تعيب المنتج، مقارنة بالمدين في نطاق قانون حماية المستهلك وقمع الغش، على النحو السابق بيانه.

2- المستفيد من الالتزام بتتبع مسار المنتج

يتمثل المستفيد من الالتزام بتتبع مسار المنتج في موضوع البحث، في المستهلك الالكتروني، والذي يتطلب تحديده تعريف المستهلك أولاً بشكل عام.

يعرف المستهلك في القانون رقم 09-03 سالف الذكر، بموجب نص المادة الثالثة مطة 01 بأنه:

" كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجاناً سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجاته الشخصية أو تلبية حاجات شخص آخر أو حيوان متكفل به".

بينما المستهلك الالكتروني فقد عرفه في إطار مشروع القانون المتعلق بالتجارة الالكترونية بموجب المادة 05 مطة 03 بأنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بعوض أو بصفة مجانية سلعة أو خدمة عن طريق الاتصالات الالكترونية من المورد الالكتروني بغرض الاستخدام النهائي".

يستخلص أن المستهلك الإلكتروني هو كل من يقوم باستعمال السلع أو الخدمات بقصد إشباع حاجاته أو حاجات من يعولهم وألا يهدف إلى إعادة بيعها أو تحويلها أو استخدامها في نشاطه المهني، وأن يقوم التعاقد بشأن تلك السلع أو الخدمات بالاتصالات الإلكترونية.

إذن المستهلك في مجال المعاملات التجارية الإلكترونية هو نفسه المستهلك في مجال عمليات التعاقد التقليدية، والاختلاف الوحيد هو أنه يتعامل عبر وسيلة إلكترونية، من خلال شبكة اتصالات عالمية، وهذا يعني أن المستهلك الإلكتروني يتمتع بنفس الحماية القانونية التي يقرها المشرع للمستهلك العادي، مع الأخذ بعين الاعتبار القواعد الخاصة المتعلقة بخصوصية العقد الإلكتروني، كونه من العقود التي تبرم عن بعد عبر شبكة إلكترونية⁽³⁾.

ثانياً: موضوع الالتزام بتتبع مسار المنتج

يتمثل موضوع الالتزام بتتبع مسار المنتج في المنتج الذي قد يشوبه عيب يؤدي إلى إلحاق أضرار بالمستهلك الالكتروني، ما يستدعي تعريف المنتج (1) وإلقاء الضوء على تعريف العيب⁽²⁾.

¹ - قانون رقم 09-03، مؤرخ في 25/09/2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج. ر عدد 15، الصادر في 08/03/2009.

² - بدر حامد الملا، الالتزام بسلامة المضروور الجسدية من الأضرار التي تسببها المنتجات، أطروحة لاستيفاء درجة الماجستير في القانون الخاص جامعة الكويت، 2004، ص 40.

³ - عرّف المادة 05 مطة 02 من مشروع القانون المتعلق بالتجارة الالكترونية، العقد الالكتروني بأنه: " العقد بمفهوم القانون 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، والذي يتم إبرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصرياً لتقنية الاتصال الالكتروني".

1- تعريف المنتج

تناول المشرع الجزائري تعريف المنتج في العديد من القوانين العامة منها والخاصة، إذ اعتبرت المادة 11/02 من القانون رقم 04-04⁽¹⁾ منتوجا كل مادة أو مادة بناء أو مركب أو جهاز أو نظام أو إجراء أو وظيفة أو طريقة.

كما اعتبر المنتج سلعة وذلك وفقاً للقانون رقم 03-06 المتعلق بالعلامات⁽²⁾، يظهر ذلك عندما عرّف السلعة بأنها كل منتوج طبيعي أو زراعي أو تقليدي أو صناعي كان أو مصنعا.

أما القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، فقد عرّف المنتج في المادة 03 مطة 10 بأنه: " كل سلعة أو خدمة يمكن أن تكون موضوع تنازل بمقابل أو مجانياً"، فهذا القانون أدمج كل من السلعة والخدمة ضمن المنتج، والمقصود بالسلعة هي كل شيء مادي قابل للتنازل عنه بمقابل أو مجانياً أما الخدمة فهي كل عملٍ مقدّم غير تسليم السلعة حتى ولو كان هذا التسليم تابعاً أو مدعماً للخدمة المقدمة.

وقد نصت المادة 140 مكرر/2 من القانون المدني⁽³⁾، أنه: " يعتبر منتوجاً كل مال منقول و لو كان متصلاً بعقار لاسيما المنتج الزراعي و المنتج الصناعي وتربية الحيوانات والصناعة الغذائية والصيد البري والبحري والطاقة الكهربائية".

إن المشرع الجزائري عند تعريفه للمنتوج لم يحدد لنا بصفة جلية العناصر التي يمكن أن تساعد لضبط مفهومه في القانون المدني، إذ يجب تحديد الإطار والشروط التي يصبح بها المال المنقول منتوجاً، ولكن نلاحظ أنه لم يحدد المنتجات على سبيل الحصر بل على سبيل المثال، وذلك باستعماله لمصطلح " لاسيما"، مما يفتح المجال لإمكانية إدخال منتجات أخرى.

ولم يتطرق التعريف إلى مفهوم السلعة الإلكترونية والتي قد تكون برنامجاً إلكترونياً أو مادة يتم تحميلها إلكترونياً عبر الأجهزة مباشرة.

2- تعريف العيب

اعتبر المشرع الجزائري العيب ركن من أركان مسؤولية المنتج المستحدثة بموجب القانون رقم 05-10⁽⁴⁾ التي تناولها في المادة 140 مكرر من القانون المدني، ويعتبر العيب الشرارة الأولى التي تثير مسؤولية المنتج، مع اقتترانه بركني الضرر والعلاقة السببية بينهما، لكن لم يتعرّض لتعريفه كما فعل المشرع الفرنسي، بالتالي يستلزم علينا البحث عن تعريف له بموجب نصوص قانونية خاصة، فلو نظرنا إلى المادة 140 مكرر من القانون المدني الجزائري باللغة الفرنسية لوجدنا أن المشرع استعمل مصطلح *Vice* ولم يستعمل مصطلح *Défaut* كما فعل نظيره الفرنسي، بالرغم من أن الفرق شاسع بين المصطلحين⁽⁵⁾.

أما قانون حماية المستهلك وقمع الغش، فقد نصّ في المادة 09 على أنه: " يجب أن تكون المنتجات الموضوعة للاستهلاك مضمونة وتتوفر على الأمن بالنظر إلى الاستعمال المشروع المنتظر منها، وأن لا تلحق ضرراً بصحة المستهلك وأمنه ومصالحه، وذلك ضمن الشروط العادية للاستعمال أو الشروط الأخرى الممكن توقعها من قبل المتدخلين".

¹ - قانون رقم 04-04 مؤرخ في 23 /06/ 2004، يتعلّق بالتقييس، ج.ر عدد 41، الصادر في 27 /06/ 2004 معدل ومتمم بالقانون رقم 16-04 مؤرخ في 19/06/2016، ج. ر عدد 37، الصادر في 22/06/2016.

² - أمر رقم 03-06 مؤرخ في 19/07/2003، المتعلّق بالعلامات، ج.ر عدد 44، الصادر في 20 /07/ 2003.

³ - أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26/09/1975، يتضمن القانون المدني، ج. ر عدد 78، صادر في 30/09/1975، معدل ومتمم.

⁴ - قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20/06/2004، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-85 المؤرخ في 26/09/1975، المتضمن القانون المدني، ج. ر عدد 44، صادر في 26/06/2005.

⁵ - مريم بن خليفة، التسويق الإلكتروني وآليات حماية المستهلك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سطيف، 2016، ص 49.

فمن نصوص هذه المواد نستخلص أن مفهوم العيب يختلف عمّا هو موجود في القواعد العامة (العيب الخفي)، ويمكن أن يتضمّن العديد من المفاهيم نذكر منها:

1- عدم مطابقة المنتج للمواصفات والمقاييس القانونية أو التنظيمية.

2- عدم تلبية المنتج الرغبات المشروعة للمستهلك من حيث سلامته، إذ يحقق المنتج الرغبة المشروعة للمستهلك عندما يوفر السلامة من الأضرار عند استهلاكه أو استعماله لمنتج معين، ولعلّ الدافع من وراء استعمال هذا المصطلح هو جعل تقدير الالتزام بالسلامة يخضع لمعايير موضوعية تحقق مصلحة كل من المنتج والمستهلك، فتقدير الرغبة المشروعة بالنظر إلى المستهلك يجعلها بعيدة كل البعد عن التقدير التعسفي للمنتج، إذ لا يمكنه أن يحدد السلامة المشروعة بمفرده، وفي الوقت ذاته لا يعتبر المنتج غير مستجيب للرغبات المشروعة للمستهلك، إذا كانت المعارف العلمية والتقنية عند وقوع الضرر لم تكن لتمكنا من التنبؤ بوقوعه⁽¹⁾.

وقد عرّف المشرع الفرنسي العيب في المادة 1245 مكرر 03 من القانون المدني الفرنسي في الفقرة الأولى، بأنه: " يكون المنتج معيبيًا حسب مضمون هذا الفصل، عندما لا يوفر السلامة المنتظرة منه شرعًا"⁽²⁾.

المطلب الثاني

أصل الالتزام بتتبع مسار المنتج

ظهر الالتزام بتتبع المسار *traçabilité* لأول مرة تحت تسمية الالتزام بالتتبع *obligation de suivi*، وهو التزام استحدثه القضاء الألماني، بموجب الحكم الصادر بتاريخ 17 ماي 1981 بخصوص قضية تتعلق بمبيد للطفيليات، يستخدم في رش أشجار التفاح، والذي أصبح غير فعال في الواقع لاعتماد البكتيريا على المنتجات، حيث أكد على أن المنتج يبقى ملزمًا، بعد طرح المنتج في السوق، بالسهر وتتبع المنتج بسبب تطور المعرفة العلمية والفنية على المستوى الوطني والدولي⁽³⁾.

يتفرع عن الالتزام أعلاه التزام المنتج بإعلام المستهلك عن تعيب المنتج، واسترجاع المنتج لأجل فحصه وإصلاحه، تحت نفقات المنتج، ويمثل الالتزام بالتتبع أبعد ما أقره التشريع الحديث لحماية المستهلك المضروب نتيجة فعل المنتج المعيب الذي طرح سليما عند تداوله، أظهر تعيبًا بعد هذا الطرح خارج شروط الضمان القانوني، لعدم إمكانية كشف العيب بسبب حالة المعرفة العلمية والفنية الموجودة وقت الطرح للتداول⁽⁴⁾.

وفي إطار ما يعرف بمخاطر النمو أو مخاطر تطور المنتج *Les risques de développement*، يعقد مسؤولية المنتج لإخلاله بالتزامه بالتتبع، وقد عرفه القانون الأمريكي تحت تسمية *product-monitoring*، والذي يعتبر مظهرًا من مظاهر مبدأ الحيطة الذي أصبح يطبع القانون الحديث للمسؤولية⁽⁵⁾.

وقد أورد المشرع الفرنسي تنظيمًا للالتزام بالتتبع في القانون رقم 98-389 وذلك في المادة 1386 مكرر 2 الفقرة 2 والتي أصبحت مدرجة بمقتضى الأمر رقم 2016-131 المتعلق بإصلاح قانون العقود والنظام العام وإثبات الالتزامات⁽¹⁾ في المادة 1245-

¹-M. KAHLOULA & G. MEKAMCHA: La protection du consommateur en Droit algérien, (première partie), revue *IDARA*, vol05, n° 02, 1995, p 13.

²-Art 1245 bis 03 al 1 du c c f dispose que : « Un produit est défectueux au sens du présent titre lorsqu' il n offre pas la sécurité à la qu' elle on peut légitimement s'attendre»

³- محمود السيد عبد المعطي خيال، المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة ومخاطر التقدم، دار النهضة العربية، مصر، 1998، ص 99.

⁴- حاج بن علي مُجّد، مرجع سابق، ص 115.

⁵- مُجّد بودالي، مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة-دراسة مقارنة-، دار الفجر للنشر والتوزيع، مصر، 2005، ص 48.

11 ت. م. ف (2). بموجبها لا يعفى المنتج من المسؤولية بسبب مخاطر النمو أو لاحتزامه للقواعد الآمرة، إذا لم يتم وخلال مدة 10 سنوات من تاريخ طرح منتج للتداول بالإجراءات اللازمة لتدارك نتائجه الضارة، إلا أنه ومنذ سنة 2004 لم يعد لهذه الفترة وجود، إذ تم حذف الفقرة الثانية من المادة 1386 مكرر 12 وقام المشرع الفرنسي بالمقابل إضافة المادة L221-1-2 إلى قانون الاستهلاك بموجب الأمر رقم 2004-670³ والتي أصبحت مدرجة في المادتين L423-2 و L423-3 من نفس التقنين بعد تعديله في 2016 بموجب الأمر رقم 2016-301، المعدل للجزء التشريعي⁽⁴⁾ والمرسوم رقم 2016-884 المعدل للجزء التنظيمي له⁽⁵⁾.

وألزم بموجبها كل منتج باتخاذ جملة من الإجراءات لضمان سلامة مستعملي المنتجات، وهذه الأخيرة تتمثل في:

- إعلام جمهور المستهلكين عن المخاطر التي قد تنجم من استعمال المنتجات.
 - في حالة ظهور تلك المخاطر يقوم المنتج بالإجراءات اللازمة للتحكم بهذه المخاطر كسحب المنتج من السوق، وضع المنتج تحت المراقبة، إخطار المستهلكين بتلك المخاطر.
- فالالتزام الجديد الملحق على عاتق المنتج بموجب قانون الاستهلاك الفرنسي أوسع وأشمل من الالتزام بالتبعية المنصوص عليه في القانون المدني، إذ هو غير محدد بمدة فيمتد ليشمل طيلة مدة حياته العادية أو المتوقعة بصفة معقولة سواء كانت تلك المخاطر الناجمة عن التطور العلمي والتكنولوجي أو لأسباب أخرى.
- تتطابق المادتين L423-2 و L423-3 أعلاه إلى حد كبير مع نص المادة 10 في فقرتها الأولى والثانية⁽⁶⁾ من المرسوم التنفيذي رقم 2016-12، سالف الذكر.

¹ - Ordonnance n° 2016-131 du 10/02/ 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, **J.O.R.F n°0035 du 11/02/ 2016.**

4 - Article 1245-10/3 du code civil, dispose: «**Le producteur ne peut invoquer la cause d'exonération prévue au 4° de l'article 1245-10 lorsque le dommage a été causé par un élément du corps humain ou par les produits issus de celui-ci**».

³ - ordonnance n°2004-670 du 09 juillet 2004, portant la transposition de la directive n°2001/95/CE sur la sécurité générale des produits et adaptation de la législation au droit communautaire en matière de la sécurité et conformité des produits, **J O R F N° 159 du 10 juillet 2004.**

⁴ - Ordonnance n° 2016-301 du 14/ 03/ 2016, relative à la partie législative du code de la consommation, **J.O.R.F, n° 0064 du 16/03/ 2016.**

⁵ - Décret n° 2016-884 du 29/06/ 2016, relatif à la partie réglementaire du code de la consommation, **J.O.R.F, n° 0151 du 30/06/ 2016.**

⁶ - نص المادة 10 في فقرتها الأولى والثانية من المرسوم التنفيذي رقم 2016-12 سالف الذكر على أنه: "يجب على المنتجين والمستوردين ومقدمي الخدمات وضع في متناول المستهلك كل المعلومات الضرورية التي تسمح له بتفادي الأخطار المحتملة والمرتبطة باستهلاك و/أو باستعمال السلعة أو الخدمة المقدمة وذلك طيلة مدة حياته العادية أو مدة حياته المتوقعة بصفة معقولة.

وفي هذا الإطار، يجب على المنتجين والمستوردين ومقدمي الخدمات اتخاذ التدابير الملائمة المتعلقة بمميزات السلع أو الخدمات التي يقدمونها والتي من شأنها:

- جعلهم يطلعون على الأخطار التي يمكن أن تسببها سلعتهم أو خدماتهم عند وضعها في السوق و/أو عند استعمالها، اتخاذ الإجراءات اللازمة لتفادي هذه الأخطار، لا سيما، سحب المنتجات من السوق والإنذار المناسب و الفعال للمستهلك واسترجاع المنتج الذي في حوزتهم أو تعليق الخدمة".

المبحث الثاني

تفعيل الالتزام بتتبع مسار المنتج لحماية المستهلك الإلكتروني

يقتضي تفعيل الالتزام بتتبع مسار المنتج وتبسيده على أرض الواقع احترام المعايير اللازمة لضمان نوعية المنتج أو الخدمة بقصد ضمان سلامة المنتج من أي خطر قد ينطوي عليه. ولتنفيذ هذا الالتزام؛ يتم تتبع مسار المنتج تتبعا نوعيا (مطلب أول) وتتبعاً كمياً (مطلب ثاني).

المطلب الأول

تتبع مسار المنتجات النوعي

يشمل تتبع مسار المنتجات النوعي كل أنواع المنتجات سواء تعلق الأمر بالمنتجات الغذائية، الحيوانية، الكيميائية، الأدوية...، فهذه العملية بمثابة تعهد من المؤسسات المنتجة اتجاه المستهلك بضمان جودة المنتجات وضمان سلامة المستهلكين، بغض النظر عن طريقة التعاقد والاتصال بالفئة المستهلكة، إذ تسمح ب:

- تتبع المنتج ومراقبة جودته طيلة مدّة صلاحيته، خاصة إذا كانت من المنتجات المعرضة للتلف بفعل عوامل خارجية، كالأغذية، لذلك يتم التركيز على مراقبة طريقة تخزينها⁽¹⁾.

- تحديد أسباب معيوبة المنتج، بتحديد ما إذا كان ناتج عن خطأ في التصميم أو في التصنيع.

بالتالي فإنّ عملية تتبع مسار المنتجات النوعي، يقتضي احترام المعايير اللازمة لضمان جودة المنتج والاستجابة لمتطلبات المستهلك، لتحقيق أمن وسلامة المنتج، فهذه العملية في صالح المستهلك وكذا المنتج، هذا الأخير الذي يسمح له بإقامة حجة في حالة ما إذا تضرر مستهلك من منتج ما، حيث يقدم الدليل على مطابقة ونوعية المنتج منذ إنتاجه لغاية توزيعه، بالاعتماد على وثائق، والمستهلك يستعين بها لتحديد الشخص المسؤول عند تضرره من منتج معيب⁽²⁾.

المطلب الثاني

تتبع مسار المنتجات الكمي

يتطلب دراسة تتبع مسار المنتجات الكمي تحديد مضمونه (الفرع الأول) بالإضافة إلى أنواعه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مضمون تتبع المسار الكمي

يقصد بتتبع المسار الكمي أو ما يسمى أيضا بتتبع المسار اللوجستيكي، تتبع الجانب الكمي quantitative للمنتجات، وكذلك كل ما له صلة بها منذ إنتاجها لغاية استهلاكها⁽³⁾. خاصة لما يتعلق الأمر بمواد لها علاقة وطيدة بصحة وسلامة المستهلك كالمادة الغذائية التي يتم التأكد من مدى احترام قواعد السلامة بداية من مكان تحضيرها⁽¹⁾ إلى غاية وصولها إلى المستهلك.

¹ - تناولت المواد من 44 إلى 50 من المرسوم التنفيذي رقم 17-140 الذي يحدد شروط النظافة والنظافة الصحية أثناء عملية وضع المواد الغذائية للاستهلاك البشري، سالف الذكر، الضوابط المتعلقة بتخزين المواد الغذائية.

² - Sophie JACQUEMENT : Introduction à la traçabilité, rapport de fonds québécois d'adaptation des entreprises agroalimentaires inc, canada, 2002, p04

³ - OCDE(2016), la protection du consommateur dans le commerce électronique, recommandation de L'OCDE, édition OCDE, paris, 2016, p14.

فالمستهلك الإلكتروني حتى وإن كان قد اقتنى سلعته بالطريقة الإلكترونية، إلا أنه يمكن له أن يحصل على كل المعلومات اللازمة عن صانع المنتج وكل من له علاقة بعملية الإنتاج، باعتبار أنّ المشرع نص على ضرورة تتبع كل أنواع السلع والخدمات بمسك وثائق عنها. وتتلخص أهم الأهداف الأساسية لعملية تتبع المسار اللوجستيكي فيما يلي:

- مراقبة عملية تعبئة وتغليف⁽²⁾ المنتج.
 - متابعة الطلبات ومخزون المنتج، بما في ذلك الطلبات عبر الأنترنت
 - عملية استقبال السلعة.
 - احترام التنظيمات بطريقة جد صارمة.
 - التقليل من الأخطاء الإنسانية الماسة بأمن المنتج.
- عامة يتوجب على المتدخلين خاصة الموزعين ومقدمي الخدمات تتبع المسار اللوجستيكي لمنتجاتهم طيلة مدّة صلاحيتها، بهدف الاستجابة للمتطلبات المتزايدة لزبائنهم وعملائهم والعمل على تفعيل تسييرهم الكمي للإنتاج⁽³⁾، ما يضمن حماية فعالة للمستهلك الإلكتروني باطمئنانه على شفافية الأشخاص المتعاملين معهم وكذا ضمان حصوله على منتج آمن وسليم.
- إذا ما تمّت عملية تتبع المسار الكمي بطريقة سليمة ينتج عنها:
- التقليل من الأموال والزمن عند الرجوع على الشخص المسؤول في تعيب المنتج، باعتبار أن المستهلك الإلكتروني قد تحصل على المعلومات اللازمة عن المنتج، بالتالي سهولة الرجوع على المنتج.
 - سحب المنتجات غير الآمنة وغير المطابقة، يجوز لأعوان قمع الغش، الجّوء إلى سحب المنتج عند الاشتباه في عدم سلامته ومطابقته، إما مؤقتاً⁽⁴⁾ أو نهائياً⁽⁵⁾.

¹ - اهتم المشرع الجزائري بتنظيم قواعد سلامة المواد الغذائية ووضع ضوابط تكفل ذلك انطلاقاً من المنشآت التي يتم فيها تصنيع المواد الغذائية وتحويلها وتوزيعها وتخزينها وتوزيعها، وذلك في الفصل الخامس من المرسوم التنفيذي رقم 17-140، الذي يحدد شروط النظافة والنظافة الصحية أثناء عملية وضع المواد الغذائية للاستهلاك البشري سواء من حيث سعتها أو نظافتها، من خلال التركيز على تدابير نظافة أماكن تواجدها؛ وهو ما تناوله أيضاً المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 99-158، المحدّد لتدابير حفظ الصحة والنظافة المطبقة عند عملية عرض منتوجات الصيد البحري للاستهلاك، المؤرخ في 20/07/1999، ج. ر عدد 49، الصادر في 25/07/1999.

² - عرّفت المادة 3 مطة 3 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، سالف الذكر التغليف بأنه: « كل تغليب مكون من مواد أيا كانت طبيعتها، موجهة لتوضيب وحفظ وحماية وعرض كل منتج والسماح بشحنه وتفريغه وتخزينه ونقله وضمّان إعلام المستهلك بذلك».

³ - www.ooreka.fr

⁴ - يقصد بالسحب المؤقت، منع وضع كل منتج للاستهلاك أينما وجد، عند الاشتباه في عدم مطابقته وذلك في انتظار نتائج التحريات المعمّقة، لا سيما نتائج التحليل أو الاختبارات أو التجارب التي قد تصل إلى 07 أيام مع إمكانية تمديدتها إلى أكثر من ذلك، ويتم اللّجوء إلى السحب المؤقت، في حالة الشكّ في عدم مطابقته، عند القيام بالمعاينة أو عند اقتطاع العينات، وهو ما تناوله المادة 59/1 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، سالف الذكر.

⁵ - يمكن إجراء السحب النهائي من طرف أعوان رقابة الجودة وقمع الغش ودون رخصة مسبقة من السلطة القضائية المختصة، شرط إبلاغ وكيل الجمهورية فوراً بذلك في حالات محدّدة. وقد صوّت على تلك الحالات المادة 62 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، سالف الذكر، والتي تشمل:

- المنتجات التي ثبت أنها مزورة أو مغشوشة أو سامة أو التي انتهت مدة صلاحيتها.
- المنتجات التي ثبت عدم صلاحيتها للاستهلاك.

إذ أن المنتج بمجرد اكتشافه وجود خلل بمنتجاته، يمكن له الاتصال بزبائنه خاصة المتصل بهم عبر شبكة الأنترنت وإبلاغهم بالحالة الطارئة.

إنّ المؤسسات الإنتاجية بموجب تتبع المسار تستعمل تقنيات كل بنظامها الخاص، عند القيام بعملية تتبع مسار السلعة أو الخدمة، منها نذكر وضع المنتج لكل منتج حصة تعريفية، وضع الكودبار⁽¹⁾، فالمستهلك عامة والمستهلك الإلكتروني بصورة خاصة يمكنه معرفة المنتج في حالة معيوبة المنتج بفضل رقم الحصة التعريفية الموجودة على غلاف تعبئة المنتج.

الفرع الثاني

تقنيات تتبع المسار الكمي

تستعمل في عملية تتبع المسار الكمي للمنتجات تقنيتين، تتمثلان في تتبع المسار التنازلي (أولا) وتتبع المسار التصاعدي (ثانيا).

أولاً: تتبع المسار التنازلي

تسمح عملية تتبع المسار التنازلي، بتتبع مسار المنتج منذ صنعه لغاية استهلاكه، فيسمح للمؤسسات المنتجة بمعرفة مكان تواجد المنتج، بالتالي مساعدة المنتجين في سحب منتجاتهم ووضع إنذارات في حالة التأكد من عدم سلامتها⁽²⁾. أصبح تتبع مسار المنتج ضرورة لا خيار، وحتمية لضمان سلامة المنتجات، بالتالي سلامة وأمن المستهلك، خاصة بعد ظهور الأزمات الغذائية التي شهدتها العالم في السنوات الأخيرة من أزمة اللحوم الهرمونية إلى قضية الأغذية المعدلة وراثياً، والتي بيّنت أنّ الخطر الذي يمكن أن تسببه العلوم البيولوجية من مشكلات قانونية، لا يظهر بصورة واضحة ومؤكدة الأمر الذي يستحيل معه التأكد من سلامة وعدم خطورة المنتجات على سلامة المستهلك.

وتعتبر قضية جنون البقر أبرز مثال على الآثار الضارة الناتجة عنها، إذ بعد ظهور أول حالة في بريطانيا سنة 1986، انطلقت فورا الدراسات بهدف إعطاء تفاصيل أكثر حول المرض، التي خلصت سنة 1987 إلى أنّ الفرضية الأكثر احتمالاً لتفسير ظهور المرض، هي إطعامها مواد ملوثة ناتجة عن خراف نافقة، كان المزارعون قد قاموا بفرم لحومها الميتة وخلطها بعلف الماشية، وبعض تلك الخراف كان قد

- حيازة المنتجات دون سبب شرعي أو التي يمكن استعمالها في التزوير.

- المنتجات المقلدة.

- الأشياء والأجهزة التي تستعمل للقيام بالتزوير.

يذكر في هذا الصدد مثلاً: القرار الصادر من وزارة التجارة بسحب المكمل الغذائي "رحمة ري" من الأسواق والصيدليات، إثر تسويقه من طرف مطوّره كدواء يقضي على أعراض مرض السكري، كإجراء احترازي وقائي إلى غاية صدور التحليل النهائية التي تؤكد مطابقته للمواصفات. الرجوع في هذا الصدد إلى: كريمة خلاص / ب. عيسى، في قرار سريع بعد تحميلها المسؤولية من قبل وزارة الصحة، وزارة التجارة تسحب "رحمة ري" من الأسواق والصيدليات، محمل من الموقع: <http://www.echoroukonline.com/ara/articles/506932.html>، تم الاطلاع عليه بتاريخ 2016/12/09.

² - الكود بار أو الرمز الشريطي يعد معياراً دولياً لتمييز السلع الاستهلاكية، حيث يحتوي كل عنصر على رمز خاص به يمثل مجموعة من الأشرطة الداكنة على خلفية فاتحة. يمكن قراءتها تلقائياً من خلال قراءة الأجهزة أو أثناء عمليات التجميع في المتاجر. لتفاصيل أكثر الرجوع إلى:

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://cecipass.free.fr/eticode/info/codes-barres->

livre-EAN.pdf

² - Sophie JACQUEMENT, introduction à la traçabilité, op-cit, p3.

أصيب من قبل بمرض مماثل من أمراض البريونات، يسمّى مرض الحكّ والفرك، نتيجة إدماج الطّحين الحيواني الأصل في تغذية الأبقار، وهو الطّحين المحضّر من جثث الحيوانات الملوّثة، غير الصّالحة للاستهلاك⁽¹⁾.

يمكن القول بشكل عام أن الهدف الأساسي لعملية تتبع مسار المنتج التنازلي هي الوقف السريع لعملية توزيع المنتجات التي يثبت عدم سلامتها، فالمؤسسة تتخذ إجراءات دون انتظار بما أنّها تعرف مكان تواجد المنتج أو مكان توجهه، فمثلاً يمكنها الاتصال بالمستهلكين الإلكترونيين بإرسال رسالة إلى بريدهم الإلكتروني أو إلى صفحات الفيسبوك، حسب الوسيلة المستعملة في التعاقد.

ثانياً: تتبع المسار التصاعدي

تهدف عملية تتبع المسار التصاعدي إلى ضمان أمن وسلامة المستهلك، من خلال الكشف السريع للأسباب الحقيقية لعدم مطابقة المنتج، وتحقيق هذه العملية من خلال إبلاغ المستهلك لمصلحة المستهلكين بعدم رضائه عن منتج ما، مع تقديم رقم حصة المنتج، ما يسمح للمؤسسة (المنتج) المعنية بالمعرفة الفورية بالمنتج المعني، وتحديد المسؤولين في حالة تضرر المستهلك⁽²⁾.

الخاتمة

إنّ غياب النصوص القانونية الخاصة بالمستهلك الإلكتروني في التشريع الجزائري لا يمنع من تطبيق وإعمال القواعد العامة الخاصة بحماية المستهلك العادي المتضمنة التزامات على عاتق المنتج من شأنها أن تضمن أمن وسلامة المستهلك بغض النظر عن علاقته بالمنتج أو كيفية اقتنائه للمنتج، ومن أهم تلك الالتزامات الالتزام بتتبع مسار المنتج.

استنبط الإلتزام بتتبع مسار المنتج من التشريعات اللاتينية المعروفة بنزعتها الحمائية للمستهلك سواء العادي أو الإلكتروني، وهو الإلتزام يقع على عاتق المنتج، وعلى كل من له صلة بالعلاقة الاستهلاكية، مضمونه يتتبع مسار المنتجات سواء سلع أو خدمات بالاعتماد على وثائق يمكن من خلاله التعرف ببساطة على المنتج وعلى المسؤول عن عيبه، حتى وإن تم اقتنائه عبر شبكة الأنترنت، يمكن من خلاله اتخاذ الإجراءات المناسبة للحد من المضاعفات والآثار السلبية على المستهلك.

بالرغم من هذا يعتبر إقدام المشرع الجزائري على إعداد مشروع يتضمن قانون التجارة الإلكترونية، خطوة جريئة منه في محاولة لمواكبة التطور الحمائي للمستهلك الإلكتروني، بالرغم من ذلك يلاحظ إغفاله النص على هذا الإلتزام، لذلك نهيئ بمشروعنا مراجعة المشروع وتضمينه نصوص تتضمن الإلتزام بتتبع مسار المنتج، أو بتعديل قانون حماية المستهلك وقمع الغش الحالي بأحكام يراعى فيها خصوصية المستهلك الإلكتروني، والزام المنتج بتتبع منتوجاته المسوقة عبر شبكات الأنترنت.

قائمة المراجع

أ- الكتب

1- محمود السيد عبد المعطي خيال، المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة ومخاطر التقدم، دار النهضة العربية، مصر، 1998.

2- محمد بودالي، مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة-دراسة مقارنة-، دار الفجر للنشر والتوزيع، مصر، 2005.

ب- الرسائل والمذكرات الجامعية:

- رسائل الدكتوراه

1- قادة شـهـيد، المسؤولية المدنية للمنتج، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2005.

¹ - نعيمة عمارة، مبدأ الحيطة ومسؤولية المهنيين، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013. مرجع سابق، ص. 40.

² - سناء خميس، المسؤولية الموضوعية للمنتج كآلية تعويضية لضحايا حوادث المنتجات المعيبة (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون تخصص قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2015، ص 152.

2- نعيمة عمارة، مبدأ الحيطة ومسؤولية المهنيين، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013.

- مذكرات الماجستير

1- بدر حامد الملا، الالتزام بسلامة المضرور الجسدية من الأضرار التي تسببها المنتجات، أطروحة لاستيفاء درجة الماجستير في القانون الخاص جامعة الكويت، 2004.

2- سناء خميس، المسؤولية الموضوعية للمنتج كآلية تعويضية لضحايا حوادث المنتجات المعيبة (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون تخصص قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2015.

3- فلاح فهد العجمي، الحماية المدنية للمستهلك في العقد الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011.

4- يوسف زروق، حماية المستهلك مدنيًا من مخاطر التعاقد الإلكتروني، دفاثر السياسة والقانون، عدد 09، 2013، ص ص 133-144.

5- مريم بن خليفة، التسويق الإلكتروني وآليات حماية المستهلك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سطيف، 2016.

المقالات:

حاج بن علي مُجَد، الالتزام بالتبوع- دراسة مقارنة، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والانسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، عدد 17، 2017، ص 115.

3- النصوص القانونية:

- النصوص التشريعية:

1- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26/09/1975، يتضمن القانون المدني، ج. ر عدد 78، صادر في 30/09/1975، معدل ومتمم.

2- أمر رقم 03-06 مؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالعلامات، ج.ر عدد 44، الصادرة في 20 جويلية 2003.

3- قانون رقم 04-04 مؤرخ في 23 /06/ 2004، يتعلق بالتقييس، ج.ر عدد 41، الصادر في 27 /06/ 2004 معدل ومتمم بالقانون رقم 16-04 مؤرخ في 19/06/2016، ج. ر عدد 37، الصادر في 22/06/2016.

4- قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20/06/2004، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-85 المؤرخ في 26/09/1975، المتضمن القانون المدني، ج. ر عدد 44، صادر في 26/06/2005.

5- قانون رقم 09-03 مؤرخ في 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، ج.ر.ع 15، الصادرة في 08 مارس 2009.

- النصوص التنظيمية

1- مرسوم تنفيذي رقم 99-158 مؤرخ في 20/07/1999، يحدد تدابير حفظ الصحة والنظافة المطبقة عند عملية عرض منتوجات الصيد البحري للاستهلاك، ج. ر عدد 49، صادر في 25/07/1999.

2- مرسوم تنفيذي رقم 12-203 مؤرخ في 06 ماي 2012، يتعلق بالقواعد المطبقة في مجال أمن المنتوجات، ج.ر عدد 28، الصادرة في 09 ماي 2012.

3- مرسوم تنفيذي رقم 17-140 مؤرخ في 11/04/2017، يحدد شروط النظافة والنظافة الصحية أثناء عملية وضع المواد الغذائية للاستهلاك البشري، ج. ر عدد 24، صادر في 16/04/2017.

6- الوثائق

مشروع القانون المتعلق بالتجارة الالكترونية، وزارة البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية والتكنولوجيات والرقمنة، أكتوبر 2017.

En langue française :

A- Livre

Sophie JACQUEMENT, Introduction à la traçabilité, rapport de fonds québécois d'adaptation des entreprises agroalimentaires inc, canada, 2002.

B- Article

M. KAHLOULA & G. MEKAMCHA: La protection du consommateur en Droit algérien, (première partie), revue IDARA, vol05, n° 02,1995, p 13.

C- Textes juridiques

1- Lois

Code civil français, 104^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2005

2- Ordonnance

- ordonnance n°2004-670 du 09/07/ 2004, portant la transposition de la directive n°2001/95/CE sur la sécurité générale des produits et adaptation de la législation au droit communautaire en matière de la sécurité et conformité des produits, J O R F N° 159 du 10/07/ 2004.
- Ordonnance n° 2016-301 du 14/ 03/ 2016, relative à la partie législative du code de la consommation, J.O.R.F, n° 0064 du 16/03/ 2016.

3- Décret

Décret n° 2016-884 du 29/06/ 2016, relatif à la partie réglementaire du code de la consommation, J.O.R.F, n° 0151 du 30/06/ 2016.

4- Documents

- 1- OCDE(2016), la protection du consommateur dans le commerce électronique, recommandation de L'OCDE, édition OCDE, paris, 2016.
- 2- Visa n°146 M.F/DGT/DASS du 21 septembre 1996 de la CAAR sur l'assurance responsabilité civile produits livrés.

5-Cites internet

- 1- www.ooreka.fr
- 2- <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://cecipass.free.fr/eticode/info/codes-barres-livre-EAN.pdf>

التحكيم المبتور كحل لإنقاذ الخصومة التحكيمية

أ. كروم نسرين

أستاذ مساعد- أ-

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة علي لونيبي-العفرون-

Kerroum.necerine@yhoo.com

الملخص

يستمد التحكيم التجاري الدولي خصوصيته من طبيعة المهمة المسندة من قبل أطراف العلاقة لشخص أو أكثر من أجل الفصل في نزاع ثار أو سيثور بينهم، فالمحكم - في الواقع - هو الشخص الوحيد الذي يحمل صفة القاضي وله سلطة الفصل بالموازاة مع القاضي المعين في قضاء الدولة، إلا أن هذا المحكم قد يقدم على تصرفات من شأنها عرقلة هيئة التحكيم المختصة بالفصل في النزاع، فلا تتمكن من مواصلة مهامها، كأن يعتمد إطالة أمد النزاع عن طريق تقديم الاستقالة أو التنحي في آخر لحظة عند جاهزية الدعوى التحكيمية للفصل فيها، أو يظهر تحيزا وتفضيلا لأحد الأطراف عادة ما يكون الطرف الذي اختاره، لذلك ظهرت الحاجة إلى إيجاد حلول من أجل إنقاذ الخصومة التحكيمية، فكانت المحكمة المبتورة هي السبيل للحفاظ على نظام التحكيم.

Résume:

La particularité de l'arbitrage commercial international est tiré de la nature de la mission confiée au tiers par les parties ; en effet l'arbitre est le tiers qui puisse être titulaire d'un pouvoir juridictionnel à part le juge étatique.

Mais le tribunal arbitrale concerné a trancher un litige peut rencontrer des obstacles qu'ils empêchent de continuer sa mission; dues a des comportements ou des attitudes de l'arbitre, comme la présentation de sa démission à la dernière minute, ou ne pas participer a ladélibérationpour ralentir le rythme des procédures de l'action arbitral presque achevais.

C'est pourquoi, il été indispensable et nécessaire de chercher des solutions pour sauver l'action arbitrale, et c'est le tribunal amputé le moyen le plus efficace pour ça.

الكلمات المفتاحية: التحكيم التجاري ; الخصومة التحكيمية ; الهيئة المبتورة.

مقدمة

الأصل في النزاعات أن تعرض على القضاء باعتبار السلطة القضائية صاحبة الولاية للفصل فيها، وذلك بحثا عن حل يضع حدًا للخلاف، واجتنابا لسعي الأطراف تحصيل حقوقهم بأنفسهم مما قد يؤدي إلى مشاكل أكبر وانتشار قانون الغاب، ولأن القضاء يغلب على إجراءاته التأجيل و إطالة أمد النزاع بين الأطراف، كان اللجوء إلى التحكيم كآلية بديلة يهدف من ورائها الوصول إلى النتيجة المرجوة من القضاء - وربما أحسن - خصوصا في مجال التجارة الدولية ، لأن مقتضياتها تتطلب وسائل أخرى أكثر نجاعة، سرعة، مرونة، ولا تصطدم بالحواجر التقليدية والحدود الجغرافية والسياسية.

وفي هذا السياق يعد التحكيم التجاري الدولي أحد الأنظمة التي تواجه أغلب المشاكل التي تطرحها العلاقات التجارية الدولية بحلول، وقواعده تتفق مع خصوصية هذه العلاقات في مجال أرباح، أوسع، أوضح، وباستقلالية وسرية أكبر وخصوصا بتكلفة أقل، وقد قيل في هذا المعنى أنّ المحكم في التحكيم التجاري الدولي يرى العدالة بينما لا يعتد القاضي إلا بالتشريع¹

فالتحكيم ليس وسيلة حديثة رغم أنه من الوسائل البديلة، بل هو من أقدم السبل لفض النزاعات، فهو النظام القديم الحديث، عرف تطورا كبيرا بتطور مفهوم الدولة الحديثة و بداية ازدهار الصناعة والتجارة لدى الدول الغربية التي أبدت اهتماما ظاهرا به خصوصا لما يوفره من حياد ومزايا أخرى تمت الإشارة إليها²، فسعت في ذلك لإنشاء هيئات ومؤسسات دائمة مهمتها الفصل في النزاعات التي تنجر عن تنفيذ العقود في المجال الدولي و سن تشريعات ونصوص تنظم من خلالها العملية التحكيمية، فأفردت له معظم الدول نصوصا خاصة إما في شكل فصول ضمن قوانين المرافعات والإجراءات كالجائز³ والمغرب⁴، أو بقانون مستقل كالسعودية ومصر⁵، أو عن طريق تبني نموذج قانون إحدى الهيئات الخاصة بالتحكيم كدولة قطر التي تبنت أحكام القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 وفق تعديل 2006⁶.

ورغم ما قلناه عن التحكيم و ما يوفره من سهولة في سير إجراءات التداعي، إلا أنه لا يخلو من الثغرات التي تعثر المسار الحسن للخصوصية التحكيمية.

يرجع البعض هذه الثغرات أو العثرات إلى عدم خبرة الأطراف بالعملية التحكيمية فلا يجيدون صياغة اتفاق التحكيم، أو لعدم خبرة المحكمين أنفسهم، أو حرصهم على الحصول على الأتعاب المغربية دون الاكتراث بالمسؤولية الملقاة على عاتقهم في إتقان صياغة حكم

(1) محمد إبراهيم موسى، التحكيم في المنازعات الناشئة عن الاستخدام السلمي للطاقة النووية، دار الجامعة الجديدة، مصر، طبعة 2010، ص 05.

(2) كاوة عمر محمد، التحكيم في منازعات العقود النقطية، منشورات زين الحقوقية، لبنان، الطبعة 1 - 2015 ص 11

(3) الباب الثاني من الكتاب الخامس من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08/09، المؤرخ في 25/02/2008

الصادر بتاريخ 2008/04/3 الجريدة الرسمية عدد 21.

(4) قانون 05/08 للتحكيم و الوساطة الاتفاقية بتاريخ 30/11/2007، جريدة رسمية رقم 5584 بتاريخ 06/12/2007

(5) نظام التحكيم السعودي الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم 34 المؤرخ في 16/04/2012 والصادر بالجريدة الرسمية بتاريخ 08/06/2012

- القانون المصري للتحكيم رقم 27 لسنة 1994 المؤرخ في 18 أبريل 1994

(1) قانون التحكيم القطري الجديد رقم 02/17 الصادر في 17/02/2017

- يرجع أيضا خالد عبد العزيز آل سليمان حقيقة التحكيم في الشريعة و القانون، بحث مقدم للمؤتمر الدولي للقضاء و التحكيم الذي أقامه المعهد العالي للقضاء بالرياض 28-29/12/1436 ص 23

التحكيم وتأسيسه من أجل السير الحسن للدعوى التحكيمية ككل، أو تعسف أحد المحكمين أو بعضهم أو تماطلهم وإهمالهم وعدم مشاركتهم في إجراءات التحكيم كلها أو بعضها مما يؤدي إلى عدم اكتمال هيئة التحكيم عند صدور الحكم فتصبح هيئة مبتورة .

الإشكالية:

لم يلق التحكيم المبتور الالتفات من الفقهاء وشراح و دارسي القانون من أجل تعريفه ودراسته مما يساعد على الأخذ به في القوانين الداخلية و لوائح ومراكز التحكيم¹، لذا سنحاول في هذه الورقة البحثية الوصول إلى دور الهيئة المبتورة في إنقاذ الخصومة التحكيمية في حال كان نشوؤها سليما، من خلال مناقشة التساؤل التالي:

- كيف يسهم التحكيم المبتور في إنقاذ الخصومة التحكيمية؟

وللوصول إلى عمق هذه الإشكالية سنطرح التساؤلات الفرعية الآتية:

- كيف تتشكل الهيئة التحكيمية؟ ومتى نكون أمام هيئة مبتورة؟

- كيف سعت مختلف التشريعات للتعامل مع الهيئة المبتورة؟ وما موقف المشرع الجزائري من ذلك؟

منهج الدراسة:

لمعالجة هذه الإشكالية والإجابة عنها اتبعنا المنهج التحليلي، والمنهج المقارن باعتبارنا سنتناول مناقشة هذا المصطلح من مختلف الجوانب تفسيريا ونقدا واستنباطا، و مقارنة ما جاء بالقوانين الوطنية لمختلف الدول وكذا اللوائح والأنظمة لمراكز التحكيم.

أهمية الموضوع:

إن تعطل المسار العادي للخصومة التحكيمية من شأنه تعطيل مصالح الأطراف، وبالتالي تكبدهم لخسائرهم في غنى عنها، وتظهر أهمية هذا الموضوع، من خلال التحسيس بالآثار السلبية لتأخر الفصل في موضوع النزاع عن طريق التحكيم، خصوصا إذا كان هذا التأخر جراء تماطل أحد أعضاء هيئة التحكيم، أو تقاعسه، أو تعمد ذلك.

صعوبة الموضوع:

تكمن صعوبة تناول هذا الموضوع بالبحث في قلة المراجع، كون الفكرة - وإن لم تكن جديدة- إلا أن الفقه لم يتناولها بالتحليل والدراسة رغم ما تثيره من إشكالات في الواقع العملي، ورغم تأثيرها على العلاقات بين أطراف اتفاق التحكيم في مجال التجارة الدولية، ومنها على الجانب الاقتصادي بصفة عامة.

هيكل الدراسة:

إن الحديث عن التشكيكية المبتورة كاستثناء، يستدعي بداية التطرق إلى تشكيل الهيئة التحكيمية (المبحث الأول) ثم التفصيل فيما يخص التشكيكية المبتورة (المبحث الثاني)، وعلى هذا الأساس نقترح الخطة الآتية:

¹ (حسام رضا السيد، التحكيم المبتور، دار النهضة العربية، مصر، طبعة أولى 2016، ص 07 وما يليها

المبحث الأول: طرق تشكيل هيئة التحكيم في القانون المقارن وفي القانون الجزائري

المطلب الأول: تشكيل هيئة التحكيم بناء على اتفاق الأطراف

المطلب الثاني: تشكيل هيئة التحكيم من قبل القضاء

المبحث الثاني: هيئة التحكيم المبتورة

المطلب الأول: الهيئة المبتورة كحل لمواصلة الخصومة التحكيمية

المطلب الثاني: استثناءات الهيئة المبتورة

الخاتمة

المبحث الأول: طرق تشكيل هيئة التحكيم في القانون المقارن وفي القانون الجزائري

إن العراقيل و الصعوبات التي تعترض سير الخصومة التحكيمية قد تؤدي في أكثر الأحيان إلى إثارة عدة إشكالات قانونية تحول دون إنهاء الدعوة التحكيمية بالشكل السليم (أي عن طريق حكم فاصل في النزاع).

وغالبا ما تخصص هذه العوائق تشكيل الهيئة التحكيمية الذي يجب أن يتم وفق إجراءات سليمة، لذا سنحاول أولا مناقشة تشكيل هذه الهيئة من خلال عنصرين أولهما: تشكيل هيئة التحكيم بناء على اتفاق الأطراف (مطلب أول)، وثانيهما: تشكيل هيئة التحكيم عن طريق القضاء (مطلب ثان)

المطلب الأول: تشكيل هيئة التحكيم بناء على اتفاق الأطراف

إنّ تشكيل هيئة التحكيم يحكمه مبدآن أساسيان هما :

- أن تكون إرادة الخصوم هي المرجع الأول في اختيار الهيئة، فإذا اتفق الأطراف على طريقة اختيار المحكمين فإنه يجب الالتزام بما تم الاتفاق عليه، وهي من المسائل الجوهرية التي تبعث الثقة في حسن تقدير المحكم وحياده وعدالته.

- مراعاة المساواة بين طرفي التحكيم من حيث اختيار المحكمين، فلا يكون لأحدهما الأفضلية على الآخر، كأن تسند لأحدهما مثلا مهمة اختيار جميع المحكمين، وهذه القاعدة من النظام العام لا يجوز التنازل عنها.¹

ومراعاة لهذين المبدأين فإن هيئة التحكيم في تشكيلها تختلف باختلاف النصوص المتعلقة بالتحكيم، فببعض ذلك إما عن طريق الاختيار المباشر أو عن طريق الاختيار غير المباشر.

أما الاختيار المباشر فهو الأصل، إذ يقوم الأطراف باختيار المحكمين شخصيا (بالاسم و الصفة و العنوان) وهي الطريقة الأسهل والأبسط خصوصا في مشاركة التحكيم، أين يكون النزاع قد نشب فعلا، لكن ليس الأمر بتلك السهولة أمام شرط التحكيم، ذلك أن

¹ (عامر فتحي البطاينة : دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي - دار الثقافة - عمان، الأردن، طبعة أولى، 2008، ص76.

الاتفاق على المحكمين قبل نشوب نزاع ربما لا يحدث أصلاً يبقى أمراً غير محبذ من قبل المتعاقدين، إضافة إلى تقاعس أحد الأطراف، عمداً أو بحسن نية يزيد تلك الصعوبة.

وأما الاختيار غير المباشر أو عن طريق التفويض فيتم بتوكيل الأطراف مهمة اختيار المحكمين لمن ينوب عنهم ويتولى المهمة من تمت الإشارة إليهم في العقد الأصلي أو في اتفاق التحكيم¹.

تبنت معظم اللوائح والتشريعات هذه الطريقة في التشكيل فنذكر على سبيل المثال لا للحصر: القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 1958²، ولائحة القواعد اليونسترال لسنة 1976 المعدلة سنة 2010³، ومركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي⁴، وكذلك التشريعات الداخلية كقانون التحكيم المغربي رقم 08/05⁴، والقانون السوري للتحكيم في المنازعات المدنية والاقتصادية والتجارية رقم 08/04⁵، والقانون القطري رقم 02 لسنة 2017 الذي يعد الأحدث عربياً⁶، والقانون الفرنسي الجديد للإجراءات المدنية⁷.

أما المشرع الجزائري فلم يخرج عن هذا النهج وحذا حذو مشرعي باقي الدول في الإشارة إلى هذا المبدأ مؤكداً أنّ الأطراف يمكنهم اللجوء إلى تعيين المحكم أو المحكمين إما عن طريق التعيين المباشر أو بواسطة نظام تحكيم⁸.

ومن جهة أخرى لم تحدد معظم التشريعات عدد المحكمين المعينين، وتركت الحرية للأطراف في ذلك، الذين يمكنهم الاكتفاء باختيار محكم فرد من أجل ما توفره هذه الطريقة من أريحية وسرعة في التشكيل، وجدية وخبرة المحكم المختار، ولو أنها ناذرة من الناحية العملية إذ يفضل الأطراف اللجوء إلى التعدد في التشكيلة لما يروونه من سلبيات في الطريقة السابقة من حيث ثقل المسؤولية على المحكم الفرد، أو سوء الاختيار الذي قد يوقع الأطراف في محكم غير كفء، تنقصه الخبرة، أو غير مختص في طبيعة النزاع، أو إمكانية انحيازه لطرف مما يؤدي إلى الإضرار بالطرف الآخر وحرمانه من حقه في التكافؤ.

فلم تشترط قواعد اليونسترال مثلاً عدد المحكمين إلا في حالة عدم الاتفاق فيكون العدد ثلاثة، ونهج نهجها مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي وكذلك محكمة لندن للتحكيم LCIA ونظام غرفة التجارة الدولية بباريس CCI¹ وكذلك القانون المغربي رقم 08/05²، والمشرع الجزائري³.

(2) محمد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، منشورات بغدادية 2008 ص 149-

راجع أيضاً عبد الكريم سلامة، التحكيم التجاري الدولي و الداخلي، منشورات دار النهضة، مصر الطبعة الأولى لسنة 2004 ص 621-622.

(المادة 11 من القانون النموذجي للأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1985²)

(4) المادة 3 الفقرة "ز" من لائحة قواعد اليونسترال لسنة 1976 والمعدلة سنة 2010، والمادة 08 من قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي

التي بدأ العمل بها في 2011/03/01

(4) المادة 327/41 من القانون المغربي للتحكيم والوساطة الاتفاقية رقم 08/05

(5) المادة 12 من القانون السوري للتحكيم في المنازعات المدنية والتجارية رقم 08/04 المؤرخ في

(الفصل 03 المادة 10 من القانون القطري للتحكيم رقم 02 لسنة 2017)

(3) المادة 1451 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي المعدل بموجب المرسوم 48 لسنة 2011 المؤرخ في 13 جانفي 2011

(4) المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 09/08 وهي تقريبا نفس النص قبل التعديل (458 مكرر2)

بينما اشترطت تشريعات أخرى الوترية في عدد المحكمين كالقانون السوري 04 لسنة 2008 والقانون المصري للتحكيم رقم 27 لسنة 1994، والقانون الأردني رقم 2001/31⁴.

في حين لم يشترط المشرع الجزائري أن يكون العدد وترا في الفصل الخاص بالتحكيم التجاري الدولي، بينما أشار إليها في الأحكام المشتركة⁵

المطلب الثاني: تشكيل هيئة التحكيم عن طريق القضاء

الأصل - كما سبقت الإشارة- أن تتشكل هيئة التحكيم بناء على اتفاق الأطراف لكن إذا صادف الأمر عدم اتفاقهم واختلافهم في تعيين المحكم الوتر من بينهم في حالة التعدد أو حتى إختلافهم في تعيين المحكم الفرد فإن اللجوء إلى طرف خارج عن العلاقة من أجل حل الإشكال يصبح ضرورة ملحة للوصول إلى تسوية النزاع و تصبح الجهة المختصة في هذه الحالة محاكم الدولة التي يعتمزم إجراء التحكيم بها⁶، مما يعطي لقضاء الدولة دورا احتياطيا ووقائيا، لتفادي ما قد يحدث بين الأطراف أو بين المحكمين من نزاع يحول دون عملية تشكيل محكمة التحكيم، وهو في المقابل أيضا دور إجرائي محض الغاية منه هي الحيلولة دون توقف التحكيم المتفق عليه من الطرفين.

إذن يتدخل القضاء في حالة عدم اتفاق الأطراف على اختيار المحكمين- كما أشرنا- وأيضا عند اختلافهم حول الإجراءات، أو عند تقاعس أحد الأطراف أو المحكمين عن القيام بما أوكل إليه⁷.

و رغم اتفاق أغلب التشريعات على اختصاص القضاء بهذه المسألة إلا أنها اختلفت في المحكمة المختصة بها، فالقانون الفرنسي مثلا أوكل هذا الاختصاص لمحكمة باريس⁸ بغرض إنقاذ التحكيم في الحالة التي يواجه فيها تشكيل الهيئة عراقيل⁹، القانون المصري الآخر أخذ موقفا مشابها¹⁰ وكذلك القانون السعودي الذي أوكل المهمة لمحكمة الاستئناف بالرياض، والقانون السوداني الذي نص على اختصاص المحكمة العامة بالخرطوم وكذا القانون التونسي الذي نص على اختصاص محكمة الاستئناف بتونس العاصمة¹¹، بينما خالف

(5) المادة 05 من لائحة قواعد اليونسترال والمادة 07 من قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي والمادة 05 من لائحة محكمة لندن للتحكيم

LCIA ، و المادة 08 من نظام غرفة التجارة الدولية بباريس CCI .

(6) المادة 41-327 من قانون التحكيم والوساطة المغربي 08/05

(7) المادة 1041 من قانون الإجراءات الإدارية والمدنية الجزائري.

(1) يرجع للمادة من القانون السوري 04/2008 بالإضافة للمادة 15 من القانون المصري للتحكيم رقم 27 لسنة 1994 المؤرخ في و كذا المادة 12 من

القانون الأردني رقم 31/2001 المؤرخ في 16/07/2001 جريدة رسمية عدد 4496 والذي بدأ العمل به في 16/08/2001

(2) المادة 1017 قانون إجراءات مدنية

(3) عبد الكريم سلامة - مرجع سابق - ص 645

(4) عامر فتحي البطاينة - مرجع سابق - ص 80

"5LE tribunal de la grande instance" المادة 1505 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي ""

(6) عبد الحميد الأحدث :قانون التحكيم الجزائري الجديد مجلة التحكيم، العدد 02 أبريل 2009 منشورات الحلبي الحقوقية ص59.

(1) المادة 14 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 المؤرخ في 18 أبريل 1994

(2) المادة 2/15 من نظام التحكيم السعودي رقم 34 لسنة 2012، وكذلك المادة 14 من قانون التحكيم السوداني لسنة 2016، وكذلك الفصل 18 من

مجلة التحكيم التونسية لسنة 1993

ذلك القانون السوري بأن عقد الاختصاص لمحكمة الاستئناف التي يجري في دائرتها التحكيم ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في سوريا¹.

أما المشرع الجزائري فبين ثلاثة حالات:

الحالة الأولى: عندما يتم التحكيم في الجزائر، عندئذ ينعقد الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم².

الحالة الثانية: عندما يجري التحكيم في الخارج ويختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر، عندئذ يؤول الاختصاص إلى رئيس محكمة الجزائر³.

الحالة الثالثة: إذا تم تحديد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ⁴.

المبحث الثاني: هيئة التحكيم المتبورة

من خلال ما سبق توصلنا إلى أن محكمة التحكيم قد تتشكل من محكم فرد أو عدد من المحكمين، بناء على اختيار الأطراف، أو بتدخل من القضاء.

ومهما كانت طريقة تشكيل الهيئة، فإنه يشترط في أعضائها التداول بمشاركة فعلية، مع الأخذ في الحسبان برأي كل المحكمين بما فيهم الرأي المخالف الذي يرفق طي الحكم التحكيمي ويشار إليه ضمنه⁵.

ويتمتع المحكم باستقلالية وحرية في إبداء رأيه، فهو مستقل تماما عن الخصوم ولا يمكن للمحتكمين التدخل في المهمة التي أسندت إليه، لأنه لا يعمل باسم أحد الخصوم ولا لصالحه وإن كان اختياره من قبلهم، فواجبه الفصل في النزاع بما يراه عدلاً وفق المقتضى الشرعي والقانوني وليس وفق هوى ومصصلحة من حكمه⁶.

لكن هذه الاستقلالية والحرية الممنوحتين للمحكم ليستا مطلقتين حتى لا يساء استعمالهما، وفي حالة حدوث ذلك وجب التصدي له من خلال اعتماد الهيئة المتبورة كحل (مطلب أول) والوقوف على استثناءاتها (مطلب ثان)

(3) المادة 03 من قانون التحكيم السوري 04 لسنة 2008

(4) 1-2/1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري

(5) المادة 2-2/1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري

(6) المادة 1042 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

-راجع أيضا: الأستاذ عليوش قروب كمال - التحكيم التجاري الدولي في الجزائر ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة الثانية سنة 2004 ص 40

(1) حسام رضا السيد، التحكيم المتبورة هيئة و اتفاقا، مرجع سابق ص 39

(2) فريجة حسين، التحكيم بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية، مجلة الحقيقة، العدد 18، ص 237

المطلب الأول: الهيئة المبتورة كحل لمواصلة الخصومة التحكيمية

يقوم أحد المحكمين أحيانا ببعض التصرفات التي تمنع شأها تعطيل مجرى الخصومة التحكيمية، كأن يتأخر في تقديم مذكراته أو رأيه، أولا يشارك في المداولة فلا يكون فاعلا في القضية بل وقد لا يحضر المداولة أصلا أو يتنحى في آخر مرحلة عند جاهزية الدعوى للفصل فيها (أي بعد إقفال باب المرافعة) فيضع الهيئة أمام حالة تكون فيها معيبة و ناقصة (و هو البتر كمصطلح جديد)¹.

ظهرت فكرة أو مصطلح الهيئة المبتورة نتيجة لتفشي ظاهرة تعمد بعض المحكمين إطالة أمد النزاع عن طريق التماطل و اللامبالاة أو اللأجدية في التعامل مع ملف الدعوى التحكيمية، خصوصا و أنّ بعض المحكمين قد حاد عن هذا الدور و لبس ثوب محامي الطرف الذي عينه، وهو ما يتعارض جملة و تفصيلا مع مهمته كمحكم، فأصبح بعض المحكمين يتحايلون من أجل عدم إصدار أحكام ضد الطرف الذي اختارهم، وبالتالي يلجؤون إلى هذه الأساليب التي شوهدت التحكيم ومست أهم مميزاتة -السرعة- إذ صار الفصل في بعض القضايا يستغرق مدة أطول من التي تستغرقها الخصومة القضائية².

اختلف الفقه في الحلول الممكنة لمثل هذه الوضعية إما من خلال النص صراحة على فكرة استبدال المحكم المماطل، أو من خلال إعادة الخصومة التحكيمية من بدايتها

وفي هذا السياق يرى جانب من الفقه³ أن التشريعات أيضا انقسمت في ذلك إلى قسمين: الأول اعتمد ما جاء بقواعد اليونسترال من خلال النص صراحة على استبدال المحكم المماطل المتسبب في هذا الإشكال بآخر، في حين رجح القسم الآخر ما جاء به القانون الفرنسي من إنهاء الدعوى التحكيمية وإعادة لها من جديد⁴.

لكن هذين الحلين لم يسهما كثيرا في تفادي وقف السير العادي للخصومة التحكيمية، لأن استبدال المحكم بآخر بالطريقة التي عين بها قد يعود بنا إلى الوضعية نفسها، فالخصم سيستفيد من خطئه، والمحكم البديل قد يتخذ الأساليب نفسها لفائدة من اختاره، وكذلك الأمر للحل الرامي لإنهاء الدعوى التحكيمية وإعادة لها من جديد، بل إن هذا الأخير أخطر لما يتضمنه من تشويه لنظام التحكيم، ومساس بمصداقيته وبالسرعة التي تميزه، من خلال ما تتطلبه إعادة الإجراءات من وقت.

فكانت المحكمة المبتورة هي الوسيلة المتاحة من خلال اعتماد وإضفاء الحجية على الحكم الصادر عن الهيئة المعيبة التشكيل، بدون المحكم المتسبب في هذا الموقف.

(3) أول من تكلم عن التحكيم المبتور عريبا هو الدكتور عبد الحميد الأحذب، ولا توجد فيه دراسات كثيرة بل تكاد تكون منعدمة عدا ما وجدناه كأول بحث للدكتور حسام رضا السيد. أما في الفقه الأجنبي فنذكر على سبيل المثال البروفيسور.../ Georges Scelle مقرر اليونسترال لسنة 1951 أول من دق ناقوس الخطر حول مسائل المماطلة المتخذة من المحكمين ، كذلك البروفيسور Stephen Schwebel نائب رئيس محكمة العدل الدولية في لاهاي لسنة 1987.

لمزيد من التفاصيل يراجع : عبد الحميد الأحذب مبتكرات المماطلة والتسوية في التحكيم، مرجع سابق، ص 38-40.

(1) حسام السيد رضا،(مرجع سابق ص 35).

(2) راجع بالتفصيل : عبد الحميد الأحذب: مبتكرات المماطلة والتسوية في التحكيم، مرجع سابق ص 24

(3) رغم أن المشرع الفرنسي عدل عن هذا الرأي بموجب التعديل الأخير لقانون الإجراءات المدنية بالمرسوم رقم 11/48 لسنة 2011 المشار إليه سابقا.

ولم نقف خلال هذا البحث على تعريف للتحكيم المتطور أو أي مصطلح مرادف له¹، لا فقها ولا قانونا، اللهم إلا بعض الإشارات التي يمكن استخلاص المعنى منها.

ويمكن القول بأن التحكيم المتطور هو حل عملي مباشر، أساسه منح الشرعية لعمل محكمة التحكيم التي شاب تشكيلتها خطب ما وهي تتأهب لإصدار الحكم التحكيمي، عن طريق إضفاء حجية الشيء المقضي فيه لهذا الحكم، بغرض إتمام العملية التحكيمية بنجاح. إن اعتماد هذا الحل سيجعل المحكم يفكر مرارا قبل أن يضع نفسه في مأزق اعتبار وجوده كعدمه، ويفكر مليا في سمعته كمحكم التي ستتزعزع حتما بمثل تلك التصرفات، وبالتالي إمكانية عدوله عنها ستسهل بشكل واضح في عدم توقف الدعوى التحكيمية، مما يؤكد نجاعة اعتماد لتحكيم المتطور، حتى من الجانب الوقائي والاحترازي، عدا نجاعته كوسيلة لإنقاذ الخصومة التحكيمية.

ولم تشر القوانين ولا اللوائح إلى فكرة الهيئة المتبورة صراحة رغم إقرارها ضمنا والاعتراف بوجودها، ومحاولة إعمالها بطريقة غير مباشرة كحل لتجاوز عقبة الوقوف أمام نزاع تحكيمي مكتمل الأركان وغير مكتمل التشكيلة كوسيلة لضمان مواصلة الهيئة التحكيمية عملها لغاية الفصل في الخصومة².

ومن أمثلة الهيئات واللوائح التي أقرت هذا المبدأ واعتمده فنجد مركز دبي للتحكيم التجاري الدولي، ومركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، ومحكمة لندن للتحكيم، وهيئة التحكيم الأمريكية، وكذلك المنظمة الدولية للملكية الفكرية، وأيضا محكمة لاهاي الدائمة للتحكيم³.

إن ما ذهب إليه مختلف اللوائح والهيئات يغلق الباب أمام الطرف الذي لاحت له خسارته في التحكيم، فلا يستطيع التمسك ببطلانه بسبب امتناع المحكم عن التوقيع، أو استقالته، أو تنحيه، أو حتى ناور بتماطله وعدم مشاركته في المداولة وإصدار الحكم.

وعليه فإن إقرار مبدأ اعتماد الهيئة المتبورة يشكل حماية للخصومة التحكيمية، وللتحكيم عموما، وحفاظا على مميزاته من تعسف المحكم رغم توفر كل الظروف الملائمة لقيامه بمهامه وتعبته دون عذر مقبول، فلا يقف عائقا أمام هيئة التحكيم، وهو الحل الذي دافع عنه أغلب فقهاء التحكيم الدولي خصوصا في حالة استقالة المحكم بغرض التعطيل، في ظل معارضة جانب آخر من الفقهاء لما يثيره هذا الحل

(1) كالتشكيلة المتبورة، والهيئة المتبورة

(2) انظر لمختلف النصوص القانونية المتعلقة بتشكيل محكمة التحكيم لاسيما: المادة 1/43 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، والمادة 12 من القانون السوري رقم 04 لسنة 2008، والمادة 11/327 من القانون المغربي للتحكيم والوساطة الاتفاقية رقم 05/08، والمواد 10، 14، 15 من القانون القطري رقم 02 لسنة 2017، والمادة 1513 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد.

(3) المادة 15 من نظام للتحكيم 2 لسنة 1994 لغرفة تجارة وصناعة دبي.

المادة 2/14 من نظام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

المادة 12 من لائحة التحكيم لمحكمة لندن .

المادة 10 من نظام هيئة التحكيم الأمريكية الذي بدأ العمل به في 1991/03/01.

المادة 35 من نظام المنظمة الدولية للملكية الفكرية .

المادة 13/3 من نظام المحكمة الدائمة للتحكيم بلاهاي الذي بدأ العمل به في 06/07/1993

من صعوبات عملية خصوصا في حالة اختلاف المحكمين الباقيين في الرأي مما يؤدي على عدم توفر الأغلبية من أجل إصدار الحكم، خصوصا أمام التشريعات التي تشترط الوتيرية بنص صريح¹.

بل ذهب الفقه لأكثر من ذلك من خلال تكريس مسؤولية المحكم طالما أن العلاقة بينه وبين الخصوم عقدية، بالتالي يجب مساءلته عن تعويض الأطراف عن الأضرار التي لحقت بهم جراء إخلاله بواجباته المهنية والعقدية، وعدم التزامه بالاستقلالية من خلال تحيزه لأحد المتعاقدين، وعليه تحمل تبعات إهماله وتقصيره².

وبالرجوع للمشرع الجزائري فإنه لم يجد عن الاتجاه العام الذي اتخذته مختلف التشريعات، لكن النص المتعلق بهذه المسألة لم يكن بتلك الدقة التي تناولها في القسم الخاص بالتحكيم الداخلي الذي أوضح أن أحكام التحكيم تصدر بالأغلبية³، و توقع من قبل جميع المحكمين⁴، وفي حالة امتناع الأقلية عن التوقيع يشير بقية المحكمين إلى ذلك، و يرتب الحكم أثره كأنه موقع من جميع المحكمين⁵.

غير أنه لم يرد نص صريح على اعتماد هذا الحل إذا تعلق الأمر بالتحكيم التجاري الدولي بل تمت الإشارة فقط إلى حرية الأطراف في عزل المحكم أو استبداله⁶، مما يترك المجال غامضا وواسعا للتأويل والاجتهاد فيما إذا كان العزل والاستبدال ممكنان بسبب المماثلة، أو تقاعس المحكم عن القيام بواجبه، كما أن النص لم يحدد وقت هذا العزل أو الاستبدال دون الإشارة إلى الحكم الذي قد ينشأ عن هيئة تنحى فيها المحكم بإرادته أو تمّ عزله بإرادة الأطراف هل ينشأ سليما؟ أم لا بد من تعويضه بآخر لاستكمال التشكيلة؟ وهل من الممكن أن نستبدل محكما أو نعزله بعد أن تحجز الدعوى التحكيمية للمداولة؟

المطلب الثاني: استثناءات الهيئة المبتورة

رغم أن الهيئة المبتورة كحل هي استثناء عن التشكيلة السليمة لمحكمة التحكيم، إلا أن هناك حالات لا يمكن إعمالها رغم توفر ما يبررها، ومن ذلك نذكر:

- إذا تشكلت هيئة التحكيم من محكم فرد: إذ تنص كل التشريعات واللوائح على إمكانية تشكيل محكمة التحكيم من محكم فرد، وبالتالي فإن فكرة الهيئة المبتورة هنا لا يمكن إعمالها لأنّ تشكيلها من فرد واحد يعني إما اكتمالها، أو عدم تشكيلها أصلا .

أما امتناعه أو تعسفه أو غيرها من الأسباب، فيطبق عليها القواعد والنصوص الخاصة باستبدال المحكم إذا ما توافرت ظروفه و مبرراته، حسب القانون الواجب التطبيق.

(1) تناول الدكتور عبد الحميد الأحذب آراء هؤلاء الفقهاء بالتفصيل في البحث المشار إليه سابقا : آخر مبتكرات التسوية.....ص 38-41. راجع أيضا

حسام السيد رضا التحكيم المبتور مرجع سابق ص146

(2) خيري عبد الفتاح السيد البتانوني مفهوم المحكم في التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية-مصر 2013 ص 245.

-أكدت بعض اللوائح على مبدأ الاستقلالية بمواد مستقلة كالمادة 2/12 من القانون النموذجي لسنة 1985 والمادة 8/2 من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية

CCI

المادة 1027 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري(3)

(4)المادة 1/1029 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري

(05)المادة 2/1029 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائر)

(1) المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري

ويعتبر مفهوم المخالفة فإن التحكيم المبتور لا يخص إلا هيئة التحكيم المشككة من عدد المحكمين، سواء تم هذا التشكيل بناء على اتفاق الأطراف، أو بتدخل من القضاء.

- عندما يمس البتر اتفاق التحكيم: تخص هذه الحالة اتفاق التحكيم منذ البداية أي قبل أن نصل بالنزاع أمام الهيئة،.

يفرق الفقه في هذا الجانب بين البتر الكلي إذا تعلق الأمر باتفاق التحكيم الذي يقضى ببطلانه لأي سبب من الأسباب شرطا كان أو مشاركة، فيعود الاختصاص بالنزاع للقضاء، لأن أي حكم تحكيمي في هذه الحالة سيكون باطلا طبقا للقاعدة "ما بني على باطل فهو باطل"

أما البتر الجزئي فيتعلق بالإجراءات المطبقة على الخصومة التحكيمية، وعادة ما يثور بخصوص التحكيم المؤسسي كحالة اتفاق الأطراف على مركز تحكيم معين يصبح غير موجود أصلا وقت الاتفاق، أو تم إلغاؤه وقت نشوب النزاع، أو الاتفاق على قواعد تحكيم يتم إلغاؤها أو تعديلها¹.

وسواء كان كلياً و جزئياً فإن البتر في هذه الحالة لا يعد حلاً بل يعد إشكالا لاستحالة مواصلة العملية التحكيمية لانعدام أهم عناصرها، وهما اتفاق لتحكيم والإجراءات المطبقة، فكان بذلك استثناء عن الاستثناء.

الخاتمة:

إن مصطلح التحكيم المبتور ظهر للوجود نتيجة وجود خصومات تحكيمية أو دعاوى اصطدمت بحالة عدم استكمال تشكيلتها أو بالأحرى نشوئها سليمة صحيحة ثم تعرضها لهذا النقص مما عرقل السير الحسن لإجرائها ومس بمصادقية التحكيم كبديل عن القضاء لتسوية النزاعات في مجال التجارة الدولية.

و إذا كانت أغلب التشريعات قد منحت للطرف الذي عين المحكم الحق في استبداله، فإن هذا الحق سيزيد الطين بلة إذا كان هذا الاستبدال نتيجة تواطؤ لأنه سيصبح الورقة التي يلعب عليها الطرف الذي ليس له مصلحة في صدور حكم التحكيم من أجل إضاعة الوقت و الجهد و المال.

لذا كان الحل في الاعتراف بوجود محكمة تحكيم مبتورة و إقرار الحكم الصادر عنها واعتباره صحيحاً مكتسباً لحجية الشيء المقضي فيه، لتفادي توقف الخصومة التحكيمية قبل صدور الحكم .

وإن اعتبره البعض جزءاً إجرائياً يوقع على أحد أطراف الخصومة عن طريق منعه من استعمال حقه في استبدال المحكم المقصر، فإن العبرة بالنتيجة بالتقليل من نسبة لجوء الأطراف لمثل هذا التحايل.

وسواء اعتبرنا التحكيم المبتور حلاً لإنقاذ الخصومة التحكيمية من التوقف المفاجئ أو المتعمد قبل الفصل في النزاع، أو جزءاً إجرائياً لتفادي الوقوع فيها ، فإنه في كلتا الحالتين في مصلحة السير الحسن للدعوى التحكيمية، ومن ورائها السمعة الحسنة للتحكيم التجاري الدولي.

(1) حسام السيد رضا، التحكيم المبتور، مرجع سابق ص59

أما المشرع الجزائري فإنه لم يعط حلا ولم يتطرق لهذه النقطة لا بصفة مباشرة وغير مباشرة واكتفى بإعمال إرادة الأطراف في الاختيار و التعين، وكذا في العزل والاستبدال.

وكان من الأجدر النص على الحالات التي نقف فيها أمام هيئة غير مكتملة لأي سبب لأنها من الأمور الواردة و غير المستبعدة ، وتحديد الوقت المناسب الذي يجب فيه التدخل، مع تحديد الجهة المختصة بالتدقيق من أجل إعادة الاختيار أو الاستبدال حتى نتفادى ذلك التواطؤ وحتى نحمي العمل التحكيمي، ونحافظ على استقرار المعاملات التجارية خصوصا في المجال الدولي لما لها من تأثير على العلاقات الدولية الاقتصادية.

قائمة المراجع:

- (01) مُجَّد إبراهيم موسى، التحكيم في المنازعات الناشئة عن الاستخدام السلمي للطاقة النووية، دار الجامعة الجديدة، مصر، طبعة 2010.
- (02) كاوة عمر مُجَّد، التحكيم في منازعات العقود التقطية، منشورات زين الحقوقية، لبنان، الطبعة 1-2008
- (03) حسام رضا السيد، التحكيم المبتور، دار النهضة العربية، مصر، طبعة أولى 2016.
- (04) مُجَّد كولا، تطور التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، منشورات بغدادية 2008
- (05) عبد الكريم سلامة، التحكيم التجاري الدولي و الداخلي، منشورات دار النهضة، مصر الطبعة الأولى لسنة 2004
- (06) عليوش قريوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة الثانية سنة 2004
- (07) خيرى عبد الفتاح السيد البتانوني مفهوم المحكم في التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية، مصر 2013
- (08) عامر فتحى البطاينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي ،دار الثقافة،الأردن ،طبعة أولى 2008

المقالات:

- (01) عبد الحميد الأحذب :قانون التحكيم الجزائري الجديد مجلة التحكيم ،العدد 02 أبريل 2009 منشورات الحلبي الحقوقية
- (02) فريجة حسين، التحكيم بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية، مجلة الحقيقة ، العدد 18.
- (03) عبد الحميد الأحذب مبتكرات المماطلة والتسويق في التحكيم
- (04)خالد عبد العزيز آل سليمان حقيقة التحكيم في الشريعة و القانون، بحث مقدم للمؤتمر الدولي للقضاء و التحكيم الذي أقامه المعهد العالي للقضاء بالرياض 29/12/1436-28

القوانين

- (01) قانون الإجراءات المدنية و الإدارية رقم 08/09، المؤرخ في 25/02/2008 الصادر بتاريخ 2008/04/3 الجريدة الرسمية عدد 21.
- (02) قانون 05/08 للتحكيم و الوساطة الاتفاقية بتاريخ 30/11/2007 ،جريدة رسمية رقم 5584 بتاريخ 06/12/2007
- (03) نظام التحكيم السعودي الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم 34 المؤرخ في 16/04/2012 والصادر بالجريدة الرسمية بتاريخ 08/06/2012
- (04) قانون التحكيم القطري الجديد رقم 02/17 الصادر في 17/02/2017
- (05) القانون السوري للتحكيم في المنازعات المدنية والتجارية رقم 08/04 المؤرخ في 2008/03/25
- (06) قانون الإجراءات المدنية الفرنسي المعدل بموجب المرسوم 48 لسنة 2011 المؤرخ في 13 جانفي 2011
- (07) القانون المصري للتحكيم رقم 27 لسنة 1994 المؤرخ في 18 أبريل 1994
- (08) القانون الأردني رقم 31 /2001 المؤرخ في 2001/07/16 جريدة رسمية عدد 4496 والذي بدأ العمل به في 2001/08/16.

هيئات ولوائح وغرف التحكيم

- (01) القانون النموذجي للأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1985

- (02) لائحة قواعد اليونسترال لسنة 1976 والمعدلة سنة 2010 ،
- (03) قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي التي بدأ العمل بها في 2011/03/01
- (04) لائحة محكمة لندن للتحكيم LCIA لسنة 2014
- (05) نظام غرفة التجارة الدولية بباريس CCI النافذ منذ 1994/01/01
- (06) من نظام للتحكيم لسنة 1994 لغرفة تجارة وصناعة دبي
- (07) نظام هيئة التحكيم الأمريكية الذي بدأ العمل به في 1991/03/01.
- (08) نظام المنظمة الدولية للملكية الفكرية التي تأسست في 1994.
- (09) نظام المحكمة الدائمة للتحكيم بلاهاي الذي بدأ العمل به في 1993/07/06

التزام المرقى العقاري بالإعلام كآلية لحماية مشتري العقار في طور الإنجاز

الأستاذ: تركي وليد

كلية الحقوق

جامعة باجي مختار عنابة

الملخص

يشكل الالتزام بالإعلام أحد أهم مصادر حماية المشتري بصفة عامة، ذلك أنه لا سبيل لحماية إرادته التعاقدية في مواجهة البائع المحترف، إلا من خلال إعادة المساواة في العلم بين هذين الطرفين المقبلين على التعاقد، على نحو يستطيع معه المشتري الوقوف على مدى ملائمة هذا العقد بالنسبة إليه، من خلال إعلامه بظروف هذا التعاقد بالقدر الذي ينير إرادته، وذلك من أجل الحد من حالات عدم المساواة في المعرفة بين أطراف العقد المزمع إبرامه.

إن التوسع في مفهوم الالتزام بالإعلام يمتد ليشمل أيضا العقود المبرمة في إطار الترقية العقارية الخاصة، نظرا لما يحتويه هذا النوع من العقود من تفاوت بين المتعاقدين، حيث يعتبر المرقى العقاري محترفا نتيجة لخبرته الفنية في مجال البناء، وهذه الدراية لا تتوفر لدى المشتري، إضافة إلى أن محل العقد شيئا مستقبليا غير موجود لحظة التعاقد.

الكلمات المفتاحية: المرقى العقاري، المشتري، الالتزام بالإعلام

Abstract :

The commitment to inform is one of the most important sources to protect the buyer in general. So there is no way to protect the buyer's contractual will in front of the professional seller except by restoring the equality of knowledge between these two contracting parties. In a way that the buyer can determine the appropriateness of this contract by informing him about the circumstances of such contract, in order to take the right decision and to reduce the inequality of knowledge between the two parties of the contract.

The expansion of the concept of information commitment extends to contracts concluded by real estate promoters, since there is a disparity in the contents of this type of contracts between contractors. In this regard, the real estate promoter is a professional due to his technical expertise in construction's field but this expertise is not available to the buyer. In addition, the object of such contract is related to the future and not determined at that moment.

Keys words: real estate promoter, buyer, Commitment to inform

إذا كانت الحماية التقليدية للمشتري في مواجهة البائع لاحقة للتصرف، أي بعد نشوء العقد، فإن الحماية الحديثة أصبح لها دورا وقائيا، حيث تجد مجالها الحقيقي في المرحلة السابقة على التعاقد، من خلال إمداد المشتري بقدر وفير من المعلومات في هذه المرحلة، بما يؤدي إلى تنوير رضاه بالعقد¹.

ويعتبر عقد الترقية العقارية الخاصة من أكثر العقود التي تثور فيه مسألة الحماية السابقة على التعاقد، ويلعب فيه الالتزام بالإعلام دورا هاما وفعالا في تحقيق التوازن العقدي نظرا لما يحتويه من تفاوت بين المتعاقدين من حيث الدراية والمعرفة، حيث يعتبر المرفي العقاري محترفا نتيجة لخبرته الفنية في مجال البناء، وهذه الدراية لا تتوفر لدى المشتري، إضافة إلى أن محل العقد شيئا مستقبليا، حيث يقوم المقتني بدفع تسبيقات على محل عقد غير منجز، أو في طور الإنجاز، وعليه فأول ضمان يكون مشجعا للإقبال على هذا النوع من العقود أن تكون البيانات و المعلومات حول محل العقد دقيقة ووضاحة، حيث من خلالها يبرم العقد ويبدأ في تسديد أول قسط، وهذا لا يتأتى إلا بواسطة معلومات تقنية تتجسد بوسيلة قانونية².

وهو ما تجلّى في القانون رقم 04-11 المؤرخ في 17 فبراير 2011، يحدد القواعد التي تنظم نشاطات الترقية العقارية³، حيث حرص المشرع على حماية إرادة المشتري، من خلال إلزام المرفي العقاري بضرورة الإعلان عن مشروعه العقاري، وتحري الصدق وعدم التضليل الذي يهدف من ورائه إلى مغالطة المقتني ودفعه للتعاقد، كما ألزمه بضرورة إعلام كل مقتني بالمعلومات والبيانات الضرورية التي تمه من أجل تبصيره، كما حرص المشرع أيضا على تحديد نوعية وطبيعة المعلومات التي يجب إعلام المقتني بها، دون أن يترك ذلك إلى مطلق إرادة المرفي العقاري، فجعل الالتزام بالإعلام مفروض على المرفي العقاري ولا يمكن التملص منه، كما عليه القيام بذلك حتى قبل عملية البيع وذلك حماية للمقتني حتى يتمكن من معرفة طبيعة العقار علما نافيا للجهالة، لاسيما وأن محل التعاقد غير موجود لحظة التعاقد، وبالتالي فإن دافعه للتعاقد سيكون من خلال ما يقدم له من معلومات في تلك المرحلة المتقدمة من العقد، زيادة عن ذلك، فقد أقر المشرع حماية إضافية لمقتني للعقار في طور الإنجاز، من خلال تحديد نموذجي عقد حفظ الحق، وعقد البيع على التصاميم، حيث يعتبر بنود هذين العقدين وسيلة للإعلام في حد ذاتها، حيث يتضمن على بيانات ومعلومات يجب إدراجها في العقد تحت طائلة البطلان، فضلا عن العقوبات الجزائية التي أقرها المشرع عند مخالفة تلك البنود المتعلقة بالعقد، وهو ما سيتم دراسته في هذا البحث، حيث نحدد مفهوم الالتزام بالإعلان في الفرع الأول، ثم تناول تطبيق الالتزام بالإعلان في عقود الترقية العقارية الخاصة في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم الالتزام بالإعلام

لتحديد مفهوم الالتزام بالإعلام ينبغي تعريفه (أولا)، ثم بيان أسباب ومبررات فرض هذا النوع من الالتزام (ثانيا)، بالإضافة إلى تمييزه عن الالتزامات التي تتشابه معه، التي يكون محلها تقديم معلومات أو بيانات (ثالثا).

¹ - يعود تطور هذا الالتزام إلى أواخر النصف الأول من القرن العشرين على يد الفقيه الفرنسي (juglart) بعد أن كان الفقه والقضاء الفرنسي اتخذوا موقفا عدائيا من فكرة الاعتراف بهذا الالتزام باسم مبدأ الفردية المقدس الذي يكرس مبدأ الحرية التعاقدية في أجل صورها، والذي يقضي بأنه على المتعاقد أن يؤمن على مصالحه الخاصة بوسائله الذاتية، ويتعين عليه أن يجمع المعلومات الضرورية قبل أن يقدم على التعاقد على أساس أن العقد يقتضي التعارض بين مصالح طرفيه. -Michel De Juglart. L obligation de renseignements dans les contrats. Rev.trim.Dr.civ.1945.p5.

² - أحمد بومدين، دور الالتزام بالإعلام قبل التعاقد في حماية رضا المستهلك، مجلة العلوم القانونية، عدد 1، جوان 2010، ص168.

³ - (ج ر عدد 14، مؤرخة في 06-03-2011)

أولاً: تعريف الالتزام بالإعلام:

لم يورد المشرع الجزائري تعريفاً دقيقاً للالتزام بالإعلام، إلا أنه جسّد هذا النوع من الالتزام عبر سلسلة من التشريعات وفي أكثر من موضع، من أجل حماية إرادة المستهلك من جهة، وإعادة التوازن العقدي من جهة أخرى، حيث نص على الالتزام بالإعلام قبل التعاقد في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة التي تحكم أغلب التصرفات، فألزم البائع في عقد البيع بأن يدي للمشتري بكافة البيانات المتعلقة بالمبيع، وأوصافه الأساسية، وهو ما نصت عليه المادة 352 فقرة 1 من القانون المدني بقولها: "يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع عالماً كافياً، ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف إليه".

يستفاد من نص المادة أن المشرع الجزائري أنشأ التزاماً بالإعلام يقع على عاتق البائع، وهو ما يستخلص بوضوح من عبارة العلم الكافي بالمبيع، والعلم الكافي يكون من خلال بيان المبيع وأوصافه الأساسية، بحيث يمكن التعرف إليه¹، كما أن هناك تقابل بين أحكام العلم الكافي بالمبيع، وبين الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في عدة نقاط، حيث كلاهما يفرض على عاتق الطرف القوي في المرحلة السابقة على التعاقد، بهدف تنوير رضا المتعاقد وتكوين إرادة حرة خالية من العيوب²، كما تنص المادة 08 من القانون 04-02 السالف الذكر على أنه: "يلتزم البائع قبل اختتام عملية البيع بإخبار المستهلك بأي طريقة كانت وحسب طبيعة المنتج بالمعلومات النزهاء والصادقة المتعلقة بمميزات هذا المنتج أو الخدمة وشروط البيع الممارس وكذا الحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية لعملية البيع أو الخدمة".

يتضح من نص المادة أن الالتزام بالإعلام يكون قبل اختتام عملية البيع أو التعاقد بشكل عام ويقع على عاتق البائع، وذلك بضرورة إعلام المستهلك، والإعلام عموماً يكون بالمعلومات الصادقة والنزهاء المتعلقة بأوصاف ومميزات المنتج محل التعاقد، إضافة إلى شروط التعاقد، وكذا الحدود المتوقعة للمسؤولية بين أطراف التعاقد في العملية التعاقدية، كما ورد أيضاً في القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش³، الذي عنون الفصل الخامس منه بالالتزام إعلام المستهلك، حيث تنص المادة 17 منه على ما يلي: "يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم، أو بوضع العلامة، أو بأي وسيلة أخرى مناسبة".

أوجب المشرع الإعلام المسبق للمستهلك بشروط العقد من أجل تحقيق نزاهة وشفافية العمليات التجارية في المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المحدد للعناصر الأساسية في العقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية⁴ حيث تنص المادة 02 منه على ما يلي: "تعتبر عناصر أساسية يجب إدراجها في العقود المبرمة بين العون الاقتصادي والمستهلك، العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك، ونزاهة وشفافية العمليات التجارية، وأمن ومطابقة السلع و/أو الخدمات، وكذا الضمان والخدمة ما بعد البيع"، كما تنص المادة 4 منه على ما يلي: "يتعين على العون الاقتصادي إعلام المستهلكين بكل الوسائل الملائمة بالشروط العامة والخاصة لبيع السلع و/أو تأدية الخدمات، ومنحهم مدة كافية لفحص العقد وإبرامه"، وأكد المشرع الجزائري على ضرورة تمكين المستهلك من معرفة ثمن

1- عادل عميرات، التزام العون الاقتصادي بالإعلام، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد 13، جوان 2016، ص 230.

2- رفاويشهبيناز، الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في عقود الاستهلاك، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة سطيف 2، 2016، ص 24.

3- القانون رقم 03/09 المؤرخ في 25/02/2009، المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، الجريدة الرسمية عدد 41، الصادرة في 08/03/2009.

4- المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المؤرخ في 10 ديسمبر 2006 المحدد للعناصر الأساسية في العقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، (ج ر عدد 56 الصادرة بتاريخ 11/09/2006)

وأسعار السلع والخدمات وشروط البيع في القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية¹، حيث تنص المادة 4 منه على ما يلي: "يتولى البائع وجوب إعلام الزبائن بأسعار و تعريفات السلع و الخدمات و بشروط البيع".

يتضح مما سبق أن الإعلام المقصود من هذه النصوص هو إحاطة المستهلك بكافة المعلومات والبيانات التي تكون لازمة لتكوين رضا حر ومستنير، وبهذا فهو يختلف عن الإعلان_الذي سبق دراسته_، فهذا الأخير هو مجموعة الدعايات والعروض... المعدة للترويج لسلعة أو خدمة معينة، الهدف منه جلب المستهلك وترغيبه في التعاقد وليس إحاطة علمه بالمعلومات المتعلقة بالعقد، فالإعلام هو أكثر موضوعية من الإعلان فهو يرمي إلى جعل الشخص الموجه إليه اتخاذ قراره، بشكل سليم بما يناسب مصالحه ورغباته².

أما من ناحية الفقه فتجدر الإشارة أنه أطلق على الالتزام بالإعلام عدة تسميات، فالبعض يرى بأنه التزام بالإعلام، أو التزام بالتبصير، والبعض الآخر يرى بأنه التزام بالإفشاء بالبيانات والمعلومات، بينما يرى آخرون بأنه التزام بالإخبار، أما فيما يتعلق بالتعريف بغض النظر عن التسمية التي تطلق عليه فإن الفقه منقسم في هذا الشأن، وإن كان ينطلق من أرضية مشتركة وهي أن هذا الالتزام يمثل التزاما عاما في عقود الاستهلاك يتوافر بصفة أساسية في المرحلة السابقة على التعاقد بهدف تنوير إرادة المستهلك، كما يوجد في مرحلة إبرام وتنفيذ العقد أيضا.

فقد عرف بعض الفقه الالتزام بالإعلام بأنه: "التزام يغطي المرحلة السابقة على التعاقد، مضمونه قيام التاجر المحترف بالإفشاء للمشتري بالمعلومات الجوهرية كافة التي يجهلها عن السلعة أو الخدمة ويتعذر حصوله عليها من غير طريق المحترف، بحيث يكون إقباله على التعاقد عن رضا حر ووعي مستنير"³، وعرفه جانب آخر من الفقه⁴ بأنه: "التزام سابق على التعاقد يتعلق بالالتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر_عند تكوين العقد_البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم كامل، ويكون على علم بتفصيلات هذا العقد كافة، وذلك بسبب ظروف واعتبارات معينة، قد ترجع إلى طبيعة أو صفة أحد طرفيه أو طبيعة محله، أو يحتم عليه منح ثقته المشروعة للطرف الآخر الذي يلتزم بناء على جميع هذه الاعتبارات بالالتزام بالإدلاء بالبيانات"، وعرف أيضا بأنه: "التزام قانوني عام سابق على التعاقد، يلتزم فيه المدين بإعلام الدائن في ظروف معينة إعلاما صحيحا وصادقا بكافة المعلومات الجوهرية المتصلة بالعقد المراد إبرامه، والتي يعجز عن الإحاطة بها بوسائله الخاصة ليبنى عليها رضاه بالعقد"⁵.

ويرى جانب من الفقه أن الالتزام بالإعلام ليس مقصورا في كل الحالات على البائع باعتباره الطرف الأكثر دراية من الطرف الآخر (المشتري)، فالبائع هنا يلتزم بتقديم كافة المعلومات الجوهرية المرتبطة بالعقد، والتي يعجز المشتري عن العلم بها بوسائله الخاصة، إلا أنه قد يتصور العكس تماما بحيث يقف المشتري موقف المدين بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد في مواجهة البائع، متى كان المشتري حائزا لمعلومات هامة تتصل بموضوع التعاقد، ويجهلها البائع ويحتاج إلى معرفتها قبل المضي في التعاقد نظرا لما تحظى به هذه المعلومات من أهمية بالنسبة للبائع، حيث أنها ستؤثر في قراره في العقد.

¹ - (ج ر عدد 41، صادرة في 27 يونيو 2004)

² - برهامي فايظة، التزامات الأطراف السابقة على التعاقد، دار الجامعة الجديدة، 2014، ص141.

³ - موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، طبعة أولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2011، ص94.

⁴ - معتز نزيه مُجد الصادق المهدي، المتعاقد المحترف دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2009، ص41.

⁵ - خالد جمال أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، مصر، دون سنة، ص28.

"وقد أثبتت مثل هذه الحالة في فرنسا في أحد القضايا المشهورة، والتي تعرف باسم (poussin) وتتلخص وقائعها في أن أحد المدارس قد عرضت للبيع في مزاد علني لوحة فنية، معتقدة أنها نسخة من اللوحة الأصلية لفنان مشهور، فتقدم المتحف الوطني مستعملاً أولويته القانونية في شراء اللوحة، واشترى اللوحة بثمن عادي، على الرغم من علمه المسبق بأنها اللوحة الأصلية لهذا الفنان، فرفعت المدرسة (البائع) دعوى لإبطال العقد للغلط، فقضت لها المحكمة بالبطلان بحجة عدم المساواة في المعرفة والعلم بين المتعاقدين، نتيجة انخفاض المستوى الفني للبائع مقارنة بخبرة ودراية المشتري"¹.

نلاحظ من خلال التعريفات السابقة رغم اختلاف مفرداتها، إلا أنها تتقارب في مضمونها، فالالتزام بالإعلام هو التزام يفرضه القانون خاصة على المهني والمحترف، بضرورة تبصير المتعاقد وتنوير إرادته بكافة البيانات والمعلومات المتصلة بالعقد المراد إبرامه، ذلك أن تخصص أحد المتعاقدين يعني ملكيته لمعلومات لا يمكن للطرف الآخر التوصل إليها من تلقاء نفسه فكان على الطرف الذي يملك هذه المعلومات إعلام وتبصير المتعاقد الآخر بما عند إبرام العقد.

ويتميز الالتزام بالإعلام بعدة خصائص أهمها العمومية والوقاية والاستقلالية، فالمقصود بالعمومية أنه التزام سابق على إبرام جميع العقود، فهو ليس التزام خاص بعقد معين، إلا أنه لا يعني ذلك أنه يكتسي نفس الأهمية في كل العقود، بل يختلف من حيث الأهمية والدرجة من عقد لآخر².

كما يتصف الالتزام بالإعلام بأنه ذو خاصية وقائية، فالهدف المرجو من تقريره هو حماية المتعاقد، خاصة إذا كان مستهلكاً باعتباره الطرف الضعيف في العقد، كما أنه يعمل على حماية العقود في المستقبل من دواعي الإبطال واللجوء إلى الفسخ وذلك لكون الالتزام بالإعلام يضمن الحصول على رضا سليم للمتعاقد، بالتقليل من الوقوع في الغلط أو التدليس³.

الالتزام بالإعلام يتسم أيضاً بأنه التزام مستقل، ويرجع ذلك إلى الهدف من تقرير هذا الالتزام وهو مواجهة اختلال التوازن في العلم القائم بين البائع المحترف والمستهلك، في الحالات التي تعجز فيها نظرية عيوب الإرادة عن مواجهته، ذلك بكونه يتميز عن عيوب الإرادة في قيام المسؤولية عند الإخلال بهذا الالتزام رغم عدم وجود عيب يشوب إرادة المتعاقد، ويقول الفقيه محمد إبراهيم الدسوقي في هذا الشأن: "إن الالتزام قبل التعاقد بالإعلام التزام مستقل يقع على عاتق شخص ينوي التعاقد مع غيره، وهو لا يقوم بحماية رضا الطرف الآخر بل لتحقيق التكافؤ بين الطرفين إعمالاً لمقومات العدالة العقدية"⁴.

ثانياً: مبررات فرض الالتزام بالإعلان:

إن تقرير الالتزام بالإعلام مرده الضرورة الملحة لمعالجة اختلال التوازن العقدي وانعدام التكافؤ بين أطراف العقد في مستوى العلم بالعناصر الضرورية المتعلقة بالعقد والبيانات الجوهرية المتصلة به، مما يوجب إعادة التوازن بين أطراف العقد، فضلاً عن قصور النظرية التقليدية في توفير الحماية اللازمة للطرف الضعيف في العقد، ومنه يمكن القول أن أهم مبررات نشوء الالتزام بالإعلام هي:

¹ - مشار إليه في المرجع السابق، ص 356.

² - أحمد بومدين، المرجع السابق، ص 168.

³ - عادل عميرات، المرجع السابق، ص 234.

⁴ - محمد إبراهيم الدسوقي، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار إيهاب للنشر والتوزيع، مصر، 1985، ص 42.

نقلاً عن عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، مصر، 2004، ص 197.

أ- تحقيق المساواة في العلم بين المتعاقدين: إن الاعتراف بهذا الالتزام يعتبر ضرورة عملية تقتضيها ظروف التعامل بين الأفراد، وذلك للحد من اختلال التوازن بين أطراف العقد في مستوى المعرفة بالعناصر الضرورية المتعلقة بالعقد والبيانات الجوهرية المتصلة به، كما أنه يؤدي إلى تحقيق الرضا الواعي والمستنير لدى المتعاقد، إذ من المعروف أن الرضا في التعاقد يمثل ركنا جوهريا فيه، وشرطا لازما لصحته، فالإعلام يقوم بأدائه المدين في مواجهة الدائن ليكشف له فيه عن كل ما يتصل بموضوع العقد المراد إبرامه، مما يساعده على تحديد موقفه من التعاقد عن وعي وإدراك، لا عن تخبط وجهالة¹.

ب- قصور نظرية عيوب الإرادة في توفير الحماية: لقد كانت حماية الإرادة في المرحلة السابقة تتم من خلال نظرية عيوب الإرادة، إلا أن التطبيق العملي كشف عن قصور تلك النظرية في تحقيق الحماية المنشودة للمستهلك في بعض الحالات، وذلك لأنها نظمت بطريقة محددة ودقيقة إعمالا لاستقرار المعاملات، إلا أن نطاقها ضيق وظروف تطبيقها مشددة، مما نتج عنه صعوبة في الإثبات، ومنه لم تتحقق النتائج المرجوة من تقريره، فعلى سبيل المثال يشترط في للحكم بإبطال العقد للغلط، اتصاله بعلم المتعاقد الآخر أي إثبات علمه أو إمكان علمه به، وهو أمر يصعب إثباته عمليا، لذلك فإن إقرار الالتزام قبل التعاقد بالإعلام من شأنه أن يزيل قدرا كبيرا من الصعوبات متى استطاع المستهلك أن يثبت أن وقوعه في الغلط كان بسبب عدم علمه لحظة إبرام العقد بالبيانات الضرورية والجوهرية التي كان على البائع المحترف إعلامه بها، حيث ذهب بعض الفقه إلى القول أن تقرير الالتزام قبل التعاقد بالإعلام من شأنه أن يعالج أوجه القصور التي تعترى نظرية عيوب الإرادة، خاصة فيما يتعلق بإمكانية رجوع المستهلك بالتعويض على البائع المحترف عند الإخلال بالتزامه بتقديم المعلومات الجوهرية في العقد المراد إبرامه طبقا للقواعد العامة في المسؤولية المدنية².

ثالثا: تمييز الالتزام بالإعلام وما شابهه من الصور:

إن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد يشابه كثيرا مع بعض الالتزامات التي يكون محلها تقديم معلومات أو بيانات كالالتزام بالتحذير، والالتزام بتقديم النصيحة أو المشورة، رغم اختلافهم من حيث الطبيعة القانونية ومن حيث الأحكام، لاسيما _ كما قلنا سابقا _ أن الفقه لم يقف على تسمية موحدة لهذا الالتزام، وعليه فضلنا التمييز بين هذين المصطلحين ومصطلح الالتزام.

أ- التمييز بين الالتزام قبل التعاقد بالإعلام والالتزام بالتحذير: يعرف الالتزام بالتحذير بأنه "ذلك الالتزام الذي يقع على عاتق المهني بأن يحذر المشتري، أو يثير انتباهه إلى ظروف أو معلومات معينة، فيحيطه علما بما يكتنف هذا العقد أو ما ينشأ عنه من مخاطر مادية أو قانونية"³، وهو يتشابه مع الالتزام بالإعلام من حيث وجوب القيام بالإدلاء للمستهلك بكافة المعلومات والبيانات المتعلقة

¹ - هادي حسين الكعبي، محمد جعفر هادي، الالتزام قبل التعاقد بالإعلام، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة الخامسة، العراق، 2014، ص 23.

² - في قرار محكمة التعقيب التونسية أن "المبدأ: - أن البائع المحترف هو الذي يكون عالما بعيوب المبيع الخفية ويتعمد مع ذلك بيعه للمشتري الذي يعتقد سلامته هو بائع مدلس على معنى الفصل 673 م.إ.ع، فصفة الاحتراف لدى البائع بما تعنيه من تخصص في مجال معين ومعرفة كاملة بمزئياته، تجعل من ذلك البائع مصنفا ضمن خانة الباعة المدلسين دون ضرورة للبحث في حسن نيته من عدمها.

- البائع المحترف ملزم بتحقيق نتيجة، فهو ملزم بتسليم مبيع غير معيب وصالح للاستعمال وفق ما أعد له دون أن يكون قادرا على ادعاء جهله بالعيوب، فلا يكفي أن يثبت البائع المحترف جهله بالعيوب ذلك أن عهده لا تنفك من الضمان بثبوت شبهة له على معنى الفصل 630 م.إ.ع بمعنى ثبوت حسن نيته..."

قرار محكمة التعقيب التونسية، عدد 78667.2012/78801 المؤرخ في 20 فيفري 2014.

3- خالد جمل أحمد، المرجع السابق، ص 101.

بالصفة الخطرة في الشيء محل التعاقد، سواء تعلق هذا الشيء في خصائصه، أم بكيفية استعماله، إلا أن هناك أوجه اختلاف بينهما يمكن إيجازها فيما يلي:

- ليس هناك نطاق للالتزام بالإعلام من حيث المعلومات، حيث يتسع ليشمل كل ما من شأنه أن يؤثر على رضا الدائن، وهو بصدد إبرام العقد، بينما يتحدد نطاق الالتزام بالتحذير في الإدلاء بالمعلومات والبيانات ذات الصفة الخطرة في محل العقد.

- يجد الالتزام بالإعلام قبل التعاقد أساسه في نظرية صحة وسلامة الرضا، بينما يجد الالتزام بالتحذير أساسه في فكرة الالتزام بضمان السلامة¹.

- أجمع الفقه على أن الوفاء بالالتزام بالإعلام يكون في المرحلة السابقة على التعاقد كما قد يكون في مرحلة تنفيذ العقد، بينما انقسم الفقه حول الوقت المعتد به في قيام التحذير، فذهب اتجاه إلى أن هذا الالتزام سابق على التعاقد، وذهب اتجاه آخر إلى القول أن الالتزام بالتحذير هو التزام عقدي، ويذهب رأي آخر إلى تبني معيار مصادر الخطورة بالنسبة للشيء محل التعاقد إلى قسمين يتعلق القسم الأول منها بالأخطار الناتجة عن طبيعة الشيء، وصفاته الأساسية حيث يكون الإدلاء بما التزما سابقا على التعاقد، أما القسم الثاني، وهو ما يتصل بالأخطار التي يمكن أن تنشأ نتيجة لاستخدام الشيء محل التعاقد، فإنه يعد الالتزام بالإدلاء بما التزما تبعا مكتملا للعقد الأصلي².

ب: التمييز بين الالتزام بالإعلام والالتزام بتقديم النصيحة: يصعب التمييز بين الالتزام بالإعلام، والالتزام التعاقدية بتقديم النصيحة والمشورة، وذلك بحكم تماثل كل منهما فيما يتضمنانه من التزام المدين فيهما بإعلام الطرف الآخر بمعلومات وبيانات معينة، إلا أنه في حقيقة الأمر يوجد اختلاف جوهري بين كل من الالتزامين، فالالتزام بالإعلام يهدف إلى تنوير إرادة المستهلك بالشروط والأوصاف المتعلقة بالسلعة أو الخدمة من خلال تقديم إخبار موضوعي، ومنه فهو ليس التزاما خاصا للقيام بعمل محدد أو الامتناع عن عمل محدد متفق عليه بين الدائن والمدين³، كما أنه يجد مجاله في المرحلة قبل التعاقدية، ويستمد وجوده من مبادئ القانون وأحكامه، وبالتالي فهو التزام غير عقدي.

أما الالتزام بالنصيحة والمشورة فهو يهدف إلى إعطاء إعلام ملائم يتناسب وحاجات المتعاقد مع المحترف، بإظهار المزايا والعيوب للمتعاقد الآخر بما يؤدي إلى توجيهه في اتخاذ القرار المناسب، وهو لا ينشأ إلا في مرحلة تالية لتنفيذ العقد، وبالتالي فهو التزام عقدي، يكون تنفيذه تنفيذًا لمحل التزام أصلي في العقد⁴، ومثال ذلك التزام المهندس المعماري بتقديم المعلومات الفنية والتكنولوجية وفقا لأصول علم الهندسة المعمارية⁵.

¹ - أحمد بومدين، المرجع السابق، ص 170.

² - عمر عبد الباقي، المرجع السابق، ص 190.

³ - ماني عبد الحق، حق المستهلك في الإعلام، دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والمصري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة محمد خيضر بسكرة، 2009، ص 37.

⁴ - بلحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، دار هوم، 2014، ص 174.

⁵ - يرى الدكتور بلحاج العربي، "أن الالتزام بالإعلام يشمل كل من النصيحة والتحذير، وبالتالي فالتمييز بينهما هو نظري أكثر منه عملي، فأحكام القضاء الفرنسي ما زالت تستخدم أحد المصطلحين (أي الالتزام بالإعلام أو الالتزام بالنصيحة) للدلالة على الآخر".

الفرع الثاني: تطبيق الالتزام بالإعلام في عقد الترقية العقارية الخاصة

إن الأساس الجوهري لقيام الالتزام قبل التعاقد بالإعلام، هو عدم المساواة في العلم بين طرفي العلاقة العقدية، وهو ما يتجسد في عقود الترقية العقارية الخاصة، حيث أن الطرف الذي يتمتع بالمعرفة والخبرة هو المرقى العقاري، بينما الطرف الضعيف الذي لا يملك المعلومات الكافية هو المقتني، وهذا نتيجة منطقية في هذا النوع من العقود، حيث يكون محل العقد غير موجود لحظة التعاقد، في حين أن جميع البيانات والمعلومات المتعلقة بالعقار وارتفاقاته، تكون في حيازة المرقى العقاري، هذا من حيث الدراية والمعرفة ناهيك عن الاختلال الاقتصادي بينهما من حيث القدرة المالية وامتلاك الحاجة والمنفعة في يد المرقى العقاري، مما يجعل من الاختلال في التوازن في هذا العقد أكثر تركيزاً منه في العقود التي يختل فيها التوازن من حيث المعرفة فقط بين الأفراد.

وبما أن مسألة الالتزام بالإعلام نص عليها القانون المتعلق بحماية المستهلك، فهل يمكن لمفهوم الالتزام بالإعلام أن يمتد ليشمل حتى العقود المبرمة في إطار الترقية العقارية الخاصة بحكم أن المرقى العقاري محترف متخصص، ويتفوق بذلك على المقتني؟ ومنه يمكن القول أن عقد الترقية العقارية الخاصة هو عقد استهلاكي؟

سنحاول الإجابة على هذه التساؤلات من خلال تناول مدى إمكانية تطبيق قواعد حماية المستهلك على عقد الترقية العقارية الخاصة (أولاً)، ثم مضمون الالتزام بالإعلام في عقود الترقية العقارية الخاصة (ثانياً)

أولاً: مدى إمكانية تطبيق قواعد حماية المستهلك على عقد الترقية العقارية الخاصة:

في البداية نود أن نطرح التساؤلات الآتية: هل يمكن اعتبار المقتني في عقد الترقية العقارية الخاصة، كمستهلك للعقار؟ وهل يعتبر المرقى العقاري عون اقتصادي حتى يمكن أن تطبق عليهم أحكام القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية؟ بالرجوع إلى أحكام نص المادة 140 مكرر من القانون المدني الجزائري سيكون الجواب بالنفي، حيث عند تعريفها للمنتوج، حصرته في المنقول المادي أو المعنوي ولو كان متصلاً بالعقار¹، وهذا يترتب عليه منطقياً استبعاد العقار من مفهوم المنتوج، وبالتالي استبعاد المرقى العقاري من مسؤولية المنتج، ومن تطبيق الأحكام الخاصة بحماية المستهلك²، وهذا غير منطقي فالعقار اليوم أصبح يلي حاجة شخصية وعائلية ومن ثم فهو يشكل محلاً للاستهلاك، بالإضافة إلى أنه في مجال بيع العقار في إطار الترقية العقارية نجد أحد السمات البارزة لقانون حماية المستهلك، فالمقتني يكون في مركز ضعيف في مواجهة المرقى العقاري³ وبهذا يعمل قانون حماية المستهلك على إعادة التوازن العقدي إلى هذه العلاقة.

فعقود الاستهلاك عموماً هي العقود التي يبرمها الشخص لإشباع حاجات شخصية، وفي المجال العقاري هي العقود التي يبرمها الشخص لإشباع حاجته في السكن⁴، حيث تعرف المادة 3 فقرة 1 من القانون 09-03 السالف الذكر المستهلك بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجاناً سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو

أنظر نفس المرجع، ص 175.

¹ - تنص الفقرة 2 من المادة 140 مكرر من القانون المدني الجزائري " يعتبر منتوجاً كل مال منقول ولو كان متصلاً بعقار، لاسيما المنتوج الزراعي والمنتوج الصناعي وتربية الحيوانات والصناعة الغذائية والصيد البري والبحري والطاقة الكهربائية"

² - مسكر سهام، التزامات المرقى العقاري المترتبة على بيع السكنات الترفوية رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2016، ص 100.

³ - J. Calais- Auloy et F.Steinmetz- Droit de la consommation- 4ème édition- precis Dalloz, 1996, p345.

⁴ - مجدي سليمان، حماية المستهلك من الشروط التعسفية المدرجة في عقد بيع العقار على التصاميم، المجلة الجزائرية، جامعة الجزائر، العدد 02، 2010، ص 61.

حيوان متكفل به"، كما تعرف الفقرة 17 من نفس المادة السلعة على أنها: "كل شيء مادي قابل للتنازل عنه بمقابل أو مجاناً"، ومن دون شكيدخل في هذا المفهوم كل من العقار والمنقول معاً¹، وبالتالي يمكن الحكم على عقد الترقية العقارية الخاصة بأنه عقد استهلاكي وللإشارة فقد اعتبر المشرع الفرنسي أن العقار لا يندرج ضمن القطاعات المعنية بحماية المستهلك، إلا إذا كان العقار معداً للاستعمال السكني فقط، حيث في هذا الوضع يكون المقتني في موضع ضعف، والبائع في موضع قوة، مما يؤدي إلى عجز المقتني عن مناقشة شروط البيع بصورة صحيحة، أما إذا كان العقار معد لغرض آخر كالتجارة، فهنا يفترض قوة مركز المقتني الذي يستطيع مناقشة شروط العقد²، وبالتالي لا يستفيد من الحماية المقررة للمستهلك، إلا أن جانب كبير من الفقه الفرنسي انتقد هذه الازدواجية في التعامل، حيث يقول الفقيه داغو M.Dagot في هذا الشأن:

«Une telle dichotomie est sans doute simpliste, elle est loin de correspondre toujours à la réalité : L'acquéreur n'est pas toujours une personne inexpérimentée et réciproquement, le commerçant ou le professionnel n'est pas forcément expérimenté dans les affaires immobilières»³

على خلاف المشرع الجزائري في القانون رقم 11-04 حيث لم يعر أي اهتمام إلى الغرض من اقتناء عقار في إطار الترقية العقارية، بحيث تسري مقتضياته سواء كان العقار معد للسكن أو للاستعمال التجاري، كما لم يفاضل في فرض الحماية للمستهلك المرشح لاكتساب الملكية، فأحكام هذا القانون تطبق أياً كانت صفة المقتني سواء كان شخصاً عادياً، أو تاجراً، شخصاً طبيعياً، أو معنوياً. وهذا الموقف معتمد أيضاً في ظل التشريع التونسي الصادر بتاريخ 26 فيفري 1990 يتعلق بتحويل التشريع الخاص بالبعث العقاري، حيث يقول عبد الوهاب الرباعي AbdelwahebRebai في هذا الشأن:

« Le législateur de 1990 ne s'intéresse guère a la vocation de l'immeuble ni à la qualification professionnelle de l'accédant à la propriété de l'immeuble. Il traite sur un pied d'égalité tous les candidats à l'acquisition sans distinguer selon qu'ils sont particuliers, livrés à leur propre ignorance ou des commerçants particulièrement avertis. Tous doivent bénéficier de la même protection légal...ainsi un professionnel tel qu'un agent immobilier qui se porte candidat à l'acquisition d'immeuble à ses fins professionnelles peut curieusement se prévaloir du statut protecteur du contrat de promesse qu'il conclut avec le promoteur immobilier»⁴

ومن حيث جهة المرفي العقاري فقد وسعت المادة 03 فقرة 1 من القانون 04-02 السالف الذكر، من المجال الشخصي للمنتج حيث أعطته تسمية العون الاقتصادي، وعرفته بأنه: "كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أياً كانت صفته القانونية، يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها"، وبالرجوع لنص المادة 19 من القانون رقم 11/04 السالف الذكر، يعتبر المرفي العقاري من الأعوان الاقتصاديين، وبالتالي فهو يخضع للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية التي تفرض عليه ممارسة نشاطه في إطار الشفافية، وإعلام زبائنه بالسعر والتعريفات وشروط البيع بالطرق المناسبة، طبقاً لنص المادة 4 من القانون 02/04 السالف الذكر حيث تنص: "يتولى البائع وجوباً إعلام الزبائن بأسعار و تعريفات السلع و الخدمات و بشروط البيع".

كما تنص المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 85/12 أنه "يتعين على المرفي العقاري عدم استغلال حسن نية و ثقة المقتنين بأي شكل من الأشكال"، ومبدأ حسن النية يقتضي إعلام المقتني قليل الخبرة، بمضمون العقد وإجراءاته بحكم توفر معلومات لدى المرفي

¹ - حمادي عبد النور، هل تصمد المسؤولية المدنية للمرفي العقاري أمام تطور نظام المسؤولية المدنية، مجلة تشريعات التعمير والبناء، العدد الثاني، جوان 2017، ص 25.

² - R.Saint A lay- Le consommateur et son logement, R.D.I, 1981, p14.

³ - M.Dagot, La vente d'immeuble à construire, éd.Litec Droit, 1983, p66.

⁴ - AbdelwahebRebai, la promesse de vente d'immeuble a construire, Revue de Tunisie de droit, 1991, p361.

العقاري لا تتوفر لدى المقتني، لاسيما وأن محل العقد غير موجود أو في طور البناء، مما يجعل معاينة المستهلك للعقار أمراً مستحيلاً عند إبرام العقد، فيبقى للمستهلك أو المقتني أن يبني قراره بالتعاقد أو الرفض بناء على معلومات يجهلها، فيلتزم المرقى العقاري بتقديمها¹، وبذلك وجب العلم الكافي بالمبيع من خلال تعيينه وبيان أوصافه الجوهرية، وإعطائه الصورة النهائية المتوقعة عند نهاية الإنجاز، وتمكين كل من يرغب في التعاقد من الإطلاع عليه مسبقاً، بهدف حماية إرادة المقتني وعدم وقوعه في غلط يترتب عليه بطلان العقد²، وعند مخالفة هذا الالتزام يعد المرقى العقاري مخلاً بمبدأ حسن النية كمبدأ يحكم العلاقة العقدية³.

وقد أكد على ذلك القضاء الفرنسي في الكثير من أحكامه على أن المدين بالالتزام بالإعلام يكون ملزماً أمام المشتري بجميع المعلومات الجوهرية وغير الجوهرية، الفنية وغير الفنية، البسيطة منها والمعقدة، المتعلقة بالعقد المراد إبرامه، ولا يمكن أن يدفع المسؤولية عنه في حال أخل بواجب الإعلام⁴، ففي أحد القضايا التي تتلخص وقائعها " أن هناك عدداً من المشترين قد أبرموا عقد شراء عقار معد للسكن عن طريق وكيل عقاري، وبعد إتمام العقد تبين للمشتري وجود خلل وفساد في الهيكل الخشبي للبناء، كما هناك فشلاً في أرضية العقار، بعد ذلك رفع المشترين دعوى تعويض ضد الوكيل العقاري، لإخلاله بالتزامه بالإعلام والمشورة في مواجعتهم، فرفضت المحكمة دعوى المشترين، مستندة إلى اعتبار أن الوكيل العقاري ليس إلا شخص عادي، لا يمتلك الخبرة الدراية بالخشب، وأنه كان لا يعلم بهذه العيوب الموجودة في العقار، ولهذا السبب أعفته المحكمة من المسؤولية تجاه المشتري، ثم عرض الأمر على محكمة النقض التي قامت بدورها بإلغاء الحكم، معتبرة أن الوكيل العقاري، رغم عدم اختصاصه بالخشب، لكنه لا يمكن أن يدعي الجهل وعدم الدراية بالعيوب الموجودة في العقار، واعتبرت أن عليه إبلاغ المشترين بهذه العيوب، واعتبرته مقصراً تقصيراً واضحاً أمام المشترين"⁵

كما اعتبر المشرع معرفة المرقى العقاري بالمعلومات المتصلة بالعقد من العناصر الأساسية لوجود الالتزام بالإعلام، وهذا ما أقره المشرع الجزائري من خلال المرسوم التنفيذي 12-84 السالف الذكر، حيث نص في المادة 6 منه أنه على المرقى العقاري أن يثبت كفاءة مهنية⁶ مرتبطة بالنشاط تسمح له بالقيام بنشاط المرقى العقاري، وإذا لم تتوفر فيه هذه الكفاءة، يجب عليه الاستعانة بصفة دائمة وفعالية بمسير تتوفر فيه تلك الكفاءة، وهو ما يسمح له بالمعرفة التي يجب أن يصل إليها، والمرتبطة بموضوع العقد المراد إبرامه وبين المقتني⁷.

¹ - ينبغي الإشارة أن واجب الإعلام موضوع الدراسة والمفروض على المرقى العقاري تجاه المقتني يختلف عن واجب الإعلام الذي يكون بين المرقى العقاري وشركائه المتدخلين في عملية الإنجاز التي نصت عليها المادة 23 من المرسوم التنفيذي 85/12 سالف الذكر، حيث يلتزم المرقى العقاري بإعطاء كافة المعلومات التقنية المتعلقة بالمشروع، والتنبه بالمخاطر المحتمل وقوعها والمشاكل التي قد تعترض عملية الإنجاز، كما يعتبر المرقى العقاري هو المسؤول عن توفير جميع وسائل الاتصال لتنفيذ هذا الالتزام.

² - مسكر سهام، المرجع السابق، ص 109.

³ - نُجْد المرسي زهرة، بيع المباني تحت الإنشاء دراسة مقارنة في القانون المصري والكويتي والفرنسي، دون دار نشر، مصر، 1989، ص 29.

⁴ - يوسف سعدون المعموري، حماية المشتري في عقد بيع عقار تحت الإنشاء، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2016، ص 73.

⁵ - CassCiv 1ere ch, 18 Avril 1989, Bull, Civ.I, N150, p99.

- مشار إليه لدى: خالد جمال أحمد، ص 285.

⁶ - يقصد بالكفاءة المهنية في مفهوم نص المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 12-84، المطلوب توافرها لدى المرقى العقاري، أو في المسير الذي يستعين به، حياة شهادة عليا في مجال الهندسة المعمارية، أو البناء، أو القانون، أو الاقتصاد، أو المالية، أو التجارة، أو أي مجال تقني آخر يسمح بالقيام بنشاط الترقية العقارية.

⁷ - شريط لعلاء، الموازنة في العلاقة بين المرقى العقاري و مقتني العقار على التصاميم، مذكرة ماجستير، جامعة بومراس، كلية الحقوق، 2015، ص 72.

ثانيا: مضمون الالتزام بالإعلام في عقود الترقية العقارية الخاصة:

لقد حرص المشرع على تحديد نوعية وطبيعة المعلومات التي يجب إعلام المقتني بها، دون أن يترك ذلك إلى مطلق إرادة المرقى العقاري، فجعل الالتزام بالإعلام مفروض على المرقى العقاري ولا يمكن التملص منه، كما عليه القيام بذلك حتى قبل عملية البيع وذلك حماية للمقتني حتى يتمكن من معرفة طبيعة العقار علما نافيا للجهالة.

وفي هذا الصدد ألزم المشرع في القانون رقم 11-04 السالف الذكر، بأن تبرم العقود من طرف المرقى العقاري في الشكل الرسمي¹، على اعتبار أن الشكلية غالبا ما تكون وسيلة لحماية وإعلام المستهلك، حيث يستنير بنصائح الموثق وتعليماته، فضلا عن أنه يضمن مطابقة بيع العقارات في طور البناء مع نصوص القانون الأمرة المنظمة لهذا النوع من العقود².

أما بالنسبة للبيانات التي يجب على المرقى العقاري أن يعلم بها المقتني أثناء إبرام العقد فقد حددتها المادة 30 من القانون رقم 11/04 السالف الذكر وتمثلت في أصل ملكية الأرض، ورقم السند العقاري عند الاقتضاء، ومرجعيات رخصة التجزئة، وشهادة التهيئة والشبكات، وكذا تاريخ ورقم رخصة البناء، والحرص على صحة البيانات والمعلومات التي ترد في الوثائق والقرارات والعقود المقدمة لمقتضيات النشاط قصد تعزيز العلاقة مع المقتنين³، وتضيف المادة 38 في الفقرة الأخيرة من نفس القانون، أنه يجب أن يتضمن في ملحق العقد، أو بالرجوع بالرجوع إلى الوثائق المودعة لدى الموثق، البيانات المفيدة المتعلقة بالقوام والخصائص التقنية للعقار، كما يتعين عليه أعداد نظام الملكية المشتركة، وتوضيح كل البيانات التقنية والقانونية والمالية الخاصة بها، وتوضيح الأعباء والالتزامات التي يلتزم بها المقتنون⁴.

زيادة عن ذلك، فقد أقر المشرع حماية إضافية لمقتني للعقار في طور الإنجاز، من خلال تحديد نموذجي عقد حفظ الحق، وعقد البيع على التصاميم، حيث يعتبر بنود هذين العقدين وسيلة للإعلام بمحد ذاتها، حيث يتضمن على بيانات ومعلومات يجب إدراجها في العقد تحت طائلة البطلان⁵، فضلا عن العقوبات الجزائية التي أقرها المشرع عند مخالفة تلك البنود المتعلقة بالعقد، حيث يتعرض كل مرق عقاري لا يعلم المقتني بهذه البيانات⁶، أو لم يبلغه بنظام الملكية المشتركة قبل تسليم البناية في الأجل المتفق عليها⁷، لغرامة من مائتي ألف دينار (200.000) إلى مليوني دينار (2000.000)، كما يتعرض في حالة إدلائه بمعلومات خاطئة أو غير كاملة في الوثائق والعقود في إطار عقد الترقية العقارية لعقوبة الحبس من شهر إلى خمس سنوات، وغرامة من مائتي ألف دينار (200.000) إلى مليوني دينار (2000.000)، أو بإحدى هاتين العقوبتين⁸.

كما ذهب القضاء في فرنسا إلى أنه على البائع لعقار في طور الإنجاز أن لا يكتفي فقط بتقديم المعلومات التي وردت في النصوص المتعلقة بالعقد، بل يتوجب عليه الإفضاء بكل المعلومات التفصيلية المتعلقة بالعقار مهما كانت صفتها طالما أنها قد تؤثر في إرادة المقتني، ومن الأحكام الحاسمة في هذا الصدد ما قضت به محكمة باريس في 21 تشرين الأول 1975 بخصوص عقد الحجز الابتدائي لشقق في

¹ - حيث تنص المادة 25 من القانون رقم 11-04: " يجب أن يكون البيع من طرف المرقى العقاري لعقار مبني أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور البناء، موضوع عقد يعد قانونا في الشكل الرسمي طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها وطبقا لأحكام هذا القانون"

² - عياشي شعبان، المرجع السابق، ص123.

³ - أنظر المادة 47 فقرة 1 من القانون 11/04 السالف الذكر.

⁴ - أنظر المادة 60 من القانون 11-04 السالف الذكر.

⁵ - شريط لعلاء، المرجع السابق، ص73.

⁶ - أنظر المادة 76 من القانون 11/04 السالف الذكر.

⁷ - أنظر المادة 71 من القانون 11/04 السالف الذكر.

⁸ - أنظر المادة 75 من القانون 11/04 السالف الذكر.

طور الإنجاز من أنه " مبدأ حسن النية التعاقدية يلقي بالالتزام بالإفشاء للمتعاقد الآخر بكافة المعلومات الصحيحة اللازمة لتوفير رضائه في هذا الخصوص دون أن يترك الأمر له لاكتشافه بمحض الصدفة خلال قراءة 140 صفحة تمثل اللائحة الأساسية للتعاقد بكل ما أضفي عليها من تعديلات وملاحق وإضافات لم يستطع معها المشتري الحاجز أن يكتشف أن المساحة الفعلية للشقة المحجوزة قد تم إنقاصها إلى حوالي النصف"، وفي قرار آخر من محكمة النقض الفرنسية ذهبت المحكمة إلى ربط الالتزام بالإدلاء بالمعلومات بوجوب توافر حسن النية في تنفيذ العقد، إذ قضت في 1993/11/17 إلى أن "امتناع متعهد بيع الشقق عن إعلام المشتري بالأخطاء التي وقع فيها المهندس إنما يشكل خرقاً للالتزام بالإعلام ولبدأ تنفيذ العقود وفقاً لحسن النية مما يرتب المسؤولية المدنية التقصيرية عن الأضرار اللاحقة بالمشتري ومنها تفويت الفرصة على شراء شقة أخرى يتناسب ثمنها في ذلك الوقت مع إمكانياته المالية، ومنها استفادته من التسهيلات الضريبية المقررة في حينه"¹.

ومنه يفهم أن الالتزام بالإعلام في عقود الترقية العقارية، هو التزام بتحقيق نتيجة ألا وهي تزويد المقتني بالمعلومات الكافية، وليس التزام بوسيلة الإعلام فقط بحسب كل حالة، فالمرقي العقاري في هذا النوع من الالتزام هو شخص محترف، وبالتالي يفرض عليه تزويد الدائن بالمعلومات الضرورية المتعلقة بالعقد²، مهما كانت الصيغة التي تم إتباعها في إبرام العقد، سواء أكان عقد حفظ الحق، أو عقد البيع على التصاميم.

ونود الإشارة هنا لنقطتين مهمتين:

الأولى: نص المشرع الجزائري في نموذج عقد حفظ الحق على السعر التقديري وليس النهائي، حيث يكون السعر قابل للمراجعة، إلا أنه لم يذكر كيفية مراجعة الثمن، أو حتى تحديد عناصر المراجعة، والثمن عنصر جوهري يتم على أساسه اتخاذ قرار التعاقد من عدمه، ليجد المقتني نفسه بعد طول انتظار معرض للزيادة على الثمن المتفق عليه، ودون مبرر في بعض الأحيان، وهذا من وجهة نظرنا يخل بمبدأ حسن النية الذي هو أساس الالتزام بالإعلام، على الرغم من أن المشرع نص على متغيرات مراجعة السعر في عقد البيع على التصاميم حسب نص المادة 38 فقرة 2 من القانون 04-11 السالف الذكر³، وإن كنا نعتقد أنها تأخذ نفس الحكم وتخضع لنفس المعايير، إلا أنه لا نرى نرى ضرورة لإلغائها من عقد حفظ الحق، بل بالعكس يفضل المشرع تضمينها في هذا العقد، حتى لا يفتح باب التلاعب من قبل بعض المرقين العقاريين لاستغلال هذه الثغرة.

الثانية: لم يتضمن نموذج عقد حفظ الحق أيضاً النص على العقوبات التأخيرية، في حالة تأخر المرقى العقاري عن تسليم العقار في الموعد المحدد في عقد حفظ الحق، على خلاف نموذج عقد البيع على التصاميم، حيث نص على العقوبات التأخيرية، كما أعتبرها من البيانات التي يجب تضمينها في العقد، ولم نفهم صراحة غاية المشرع من ذلك.

كما أنه بالرجوع إلى نص المادة 32 من القانون رقم 04-11 السالف الذكر، إذا كان فسخ عقد حفظ الحق جاء بطلب من صاحب حفظ الحق (المقتني) ففي هذه الحالة يستفيد المرقى العقاري من اقتطاع نسبة خمسة عشر بالمائة (15%) من مبلغ التسبيق المدفوع، بغض

¹ - نقلا عن مصطفى العوجي، القانون المدني، المسؤولية المدنية، الجزء 2، الطبعة الأولى، مؤسسة بحسون، لبنان، 1996، ص 174، هامش رقم (2).

² - شريط لعلاء، المرجع السابق، ص 77.

³ - تنص المادة 38 فقرة 2 من القانون 04-11 أنه "يجب أن ترتكز صيغة مراجعة الأسعار على عناصر تغيرات سعر التكلفة وتعتمد على تطور المؤشرات الرسمية لأسعار المواد والعتاد واليد العاملة، باستثناء الظروف الطارئة التي لا يمكن تجنبها والاستثنائية التي من شأنها أن تؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي للمشروع، ولا يمكن أن يتجاوز مبلغ مراجعة السعر (20%) كحد أقصى من السعر المتفق عليه في البداية وفي كل الأحوال يجب تبرير تغيرات السعر، وزيادة على ذلك، يجب أن يتضمن في الملحق أو بالرجوع إلى الوثائق المودعة لدى الوثائق المفيدة المتعلقة بالقوائم و الخصائص التقنية للعقار...."

النظر عن أسباب طلب الفسخ، فقد يكون سبب المطالبة بالفسخ هو التأخر في تسليم العقار عن الموعد المتفق عليه في عقد حفظ الحق، عندها يجد المقتني نفسه مجبرا إما على المواصلة في إتمام العقد رغم إخلال المرقى العقاري بالتزامه، وإما أن يطالب بفسخ العقد واقتطاع نسبة خمسة عشر بالمائة من مبلغ التسبيق الذي دفعه عند إبرام العقد، وهذا تناقض ينبغي على المشرع تجنبه.

من هذا المنطلق نرى أنه يفضل النص على العقوبات التأخيرية في عقد حفظ الحق أيضا، فكما أقر جزاء على عاتق المقتني الذي يرغب في فسخ العقد، فمن باب أولى فرض جزاء أيضا على عاتق المرقى العقاري الذي يخل بالتزامه بتسليم العقار في الأجل المتفق عليه حتى يكون ذلك رادعا له، ولتحقيق التوازن العقدي الذي يسعى المشرع إلى تحقيقه من خلال إلزام المرقى العقاري بالإعلام بصفته بائعا محترفا.

نخلص إلى أن الالتزام بالإعلام يلعب دورا هاما وفعالا في تحقيق التوازن العقدي في عقود الترقية العقارية الخاصة، حيث يكون المحل شيئا مستقبليا، ويقوم المقتني بدفع تسبيقات على محل عقد غير منجز، أو في طور الإنجاز، وعليه فأول ضمان يكون مشجعا للإقبال على هذا النوع من العقود أن تكون البيانات و المعلومات حول محل العقد دقيقة ووضاحة، حيث من خلالها يبرم العقد ويبدأ في تسديد أول قسط، وهذا لا يتأتى إلا بواسطة معلومات تقنية تتجسد بوسيلة قانونية¹، إلا أنه لا بد أن نشير في الأخير أن التزام المرقى العقاري بإعلام المقتني، لا يعني إعفاء المقتني من مسؤولية الاستعلام وحرصه على مصالحه، فالمرقى العقاري غير مسؤول عن إهمال و تقاعس المقتني، حيث يرى الفقيه الفرنسي بيسود يفيس pisodyives "يجب على كل متعاقد أن يستعلم بحسب قدراته، وجهله يجب أن يكون مشروعا لكي يكون مقبولا"²، وبالتالي فحق المقتني في إعلامه يكون حول المعلومات التي لا يستطيع المقتني البحث فيها بنفسه والتي تكون ذات صلة بالعقد، وليس من حقه اتخاذ موقفا سلبيا و يظل متقاعسا ولا يتحرى هذا البيع بحجة أن المرقى العقاري ملزم بإعلامه³.

ثالثا: الإعلان وسيلة للالتزام بالإعلام

لقد ورد في المادة 41 من القانون رقم 11-04 السالف الذكر أنه "يلتزم المرقى العقاري بضمان الإعلام عن مشروعه العقاري في الأماكن المخصصة للإشهار في البلدية المختصة إقليميا، وذلك قبل أي عرض للبيع..."، وكان الأصح أن ينص المشرع هنا على ضمان الإعلان وليس الإعلام، فالفرق بين المصطلحين كبير، وما يؤكد ذلك نص المادة 25 من المرسوم التنفيذي 12-85 السالف الذكر، حيث تنص " يتعين على المرقى العقاري قبل أي عملية بيع أو تسويق لكل أو لجزء من مشروعه، ضمان إشهار صادق وواسع بمختلف وسائل الإعلام ولا سيما عن طريق الإعلان المرئي والواضح على مستوى مقره، وفي موقع المشروع العقاري وفي الأماكن المخصصة للإشهار على مستوى إقليم بلدية موقع الإنشاء"

ومن خلال نصوص المواد سالفة الذكر فالمشرع يلزم المرقى العقاري بالإعلان في أماكن المخصصة للإشهار، وتلك هي وظيفة الإعلان وليس الالتزام بالإعلام، ويجب عدم الخلط بين الإشهار المقصود في نصوص المواد السالفة الذكر، وبين الالتزام بالإعلام، فالبنسبة للإشهار أو الإعلان فهو مجموع الاقتراحات أو الدعايات أو البيانات أو العروض أو الإعلانات المعدة لترويج منتج بواسطة وسائل بصرية أو سمعية أو سمعية بصرية، أو مكتوبة، فالإشهار هدفه جلب المتعاقد وليس تنبيهه وإحاطته علما بتفاصيل العقد أو العقار، أما الالتزام بالإعلام _ كما فصلنا سابقا _ فيمكن القول أنه وسيلة لمقاومة مخاطر الإعلانات التي تعتمد على التشويق والإهمار، وذلك بتقديم معلومات موضوعية حول العقد المراد إبرامه والعقار محل الإنجاز.

1- شريط لعلاء، المرجع السابق، ص 77.

2- « tout contractant doit se renseigner selon ses capacités. L'ignorance doit se renseigner selon ses capacités. L'ignorance doit être légitime pour être acceptable »

3- مسكر سهام، المرجع السابق، ص 108.

بدورها نضيف أن الإعلان يسبق الإلتزام بالإعلام؛ فبينما يدعو الأول المقتني إلى التعاقد ويرغبه في ذلك، يقوم الإلتزام الثاني بتبصيره، كأن الإلتزام الثاني يصحح مسار الأول.

وبالرجوع إلى نصوص المواد السالفة الذكر، فغاية المشرع في نص المادة 41 من القانون رقم 11-04 إشهار المشروع في الأماكن المخصصة للإشهار في البلدية، حتى يتبين أن هناك من يعارضه لكونه يتعدى على جزء من ملكيته مثلاً بخلاف ما هو مسموح به قانوناً في عقد الملكية والرخص الممنوحة وإطلاع سكان إقليم البلدية بهذا المشروع بغرض إبداء رغبتهم في التعاقد مع صاحب المشروع¹، أما في نص المادة 25 من المرسوم التنفيذي 12-85، فيلزم المرقى العقاري بالتقيد بالمبادئ الأساسية للإشهار التي تستوجب صحة كل ما ينشره من معلومات حول المشروع في الإعلان، وتحري الدقة وعدم الغش والتضليل الذي يهدف من وراءه إلى جلب المشتري للتعاقد.

بخلاف واجب الإعلام الواقع على عاتق المرقى، الذي يتضمن واجب الإدلاء بكل المعلومات التي تساهم في تبصير وتنوير إرادة المتعاقد، من أجل تقليص التفاوت الحاصل بين المقتني والمرقى العقاري من حيث الدراية والعلم، وذلك لا يتحقق من خلال الإعلان في أماكن الإشهار في البلدية فقط، بل يمكن اعتباره وسيلة من وسائل الإلتزام بالإعلام، وهو وحده ليس قرينة على تنفيذ واجب الإلتزام بالإعلام، وإلا نكون فتحنا الباب أمام المرقين العقاريين، عند حدوث أي نزاع حول مواصفات العقار لم يبصر بها المقتني الادعاء أنه قام بتنفيذ التزامه بواجب الإعلام من خلال الإعلان في الأماكن المخصصة للإشهار، فالإعلام أعم وأشمل من الإعلان.

إننا بالرجوع إلى القوانين التي تنظم نشاط الترقية العقارية فإنه باستثناء المادة 41 من القانون رقم 11-04، والمادة 25 من المرسوم التنفيذي 12-85 سالفتي الذكر لا يوجد مواد تنظم الإعلانات الإشهارية المتعلقة بالعقار في طور الإنجاز، كما لم يواجه الإعلانات الكاذبة والمضللة بجزاء.

وعليه نقترح أن يتدخل المشرع صراحة وينص على تنظيم للإعلانات المتعلقة بالترقية العقارية، من حيث البيانات الواجب ذكرها في الإعلان التي تبصر إرادة المقتني، اقتداءاً بالمشرع القطري والإماراتي²، لأنه في ظل هذا الوضع يصعب صراحة التسليم دائماً بأن الإعلان هو إحدى وسائل الإلتزام بالإعلام ثم يترك المشرع الأمر على إطلاقه دون قيد، لأن الإعلان من حيث الأساس مبني على الترغيب والتشويق، والمبالغة في المدح المنتوج، وليس مطالب بالحقيقة المطلقة فيه، وبالتالي يصعب هنا تحديد المواصفات المرتبطة بالعقار بشكل سليم، فضلاً عن أن العقار غير منجز أو في طور الإنجاز، مما يجعل علم المقتني بالعقار محل التعاقد مبني بالأساس على تلك المعلومات التي وردت في الإعلان.

ومنه نرى أن تنظيم المشرع لإعلانات بيع العقار في طور الإنجاز ضرورة قصوة، حتى يمكن التسليم بشكل مطلق بأن الإعلان هو إحدى وسائل تنفيذ الإلتزام بالإعلام.

¹ - نفس المرجع، ص103، تهميش رقم (4).

² - ورد في نص المادة 11 من القانون رقم 06 لسنة 11/03/2014 المتعلق بتنظيم التطوير العقاري "يجب أن يتضمن الإعلان عن البيع أو المشاركة في المعارض فضلاً عن موافقة الإدارة، الاسم التجاري للمطور العقاري ومقره الرئيسي، وبيان موقع المشروع وطبيعته والوصف الدقيق له، بما في ذلك مساحته الإجمالية، وعدد طوابقه والمساحة المتاحة لوحده ومواصفاتها وسعر البيع المحدد لكل نوع من أنواع الوحدات، ورقم الحساب واسم البنك وغير ذلك من البيانات التي تحددها الإدارة، وفي جميع الأحوال لا يجوز تغيير مسودة الإعلان أو الشروط والأحكام الواردة في نموذج العقد". كما اهتم أيضاً المشرع الإماراتي بتنظيم الإعلانات في بيع العقار على الخارطة، وذلك في القانون رقم 08 لسنة 2007، حيث ينص في المادة 05 أنه: "لا يجوز للمطور الإعلان في وسائل الإعلام المحلية أو الخارجية أو المشاركة في المعارض المحلية أو الخارجية للترويج لبيع وحدات أو عقارات على الخارطة إلا بعد الحصول على تصريح خطي من الدائرة، ويصدر المدير العام القرارات اللازمة لتنظيم شروط الإعلان في وسائل الإعلام والمشاركة في المعارض"

الخاتمة

إذا كانت الحماية التقليدية للمشتري في مواجهة البائع لاحقة للتصرف، أي بعد نشوء العقد، فإن الحماية الحديثة أصبح لها دورا وقائيا، حيث تجد مجالها الحقيقي في المرحلة السابقة على التعاقد، من خلال إمداد المشتري بقدر وفير من المعلومات في هذه المرحلة، بما يؤدي إلى تنوير رضاه بالعقد.

يعتبر عقد الترقية العقارية الخاصة من أكثر العقود التي تثور فيه مسألة الحماية السابقة على التعاقد، ويلعب فيه الالتزام بالإعلام دورا هاما وفعالا في تحقيق التوازن العقدي نظرا لما يحتويه من تفاوت بين المتعاقدين من حيث الدراية والمعرفة، حيث يعتبر المرقى العقاري محترفا نتيجة لخبرته الفنية في مجال البناء، وهذه الدراية لا تتوفر لدى المشتري، إضافة إلى أن محل العقد شيئا مستقبليا، حيث يقوم المقتني بدفع تسبيقات على محل عقد غير منجز، أو في طور الإنجاز، وعليه فأول ضمان يكون مشجعا للإقبال على هذا النوع من العقود أن تكون البيانات و المعلومات حول محل العقد دقيقة ووضاحة، حيث من خلالها يبرم العقد ويبدأ في تسديد أول قسط، وهذا لا يتأتى إلا بواسطة معلومات تقنية تتجسد بوسيلة قانونية.

وهو ما تجلّى في القانون رقم 11-04 السالف الذكر، حيث حرص المشرع على حماية إرادة المشتري، من خلال إلزام المرقى العقاري بضرورة الإعلان عن مشروعه العقاري، وتحري الصدق وعدم التضليل الذي يهدف من وراءه إلى مغالطة المقتني ودفعه للتعاقد، كما ألزمه بضرورة إعلام كل مقتني بالمعلومات والبيانات الضرورية التي تحميه من أجل تبصيره، كما حرص المشرع أيضا على تحديد نوعية وطبيعة المعلومات التي يجب إعلام المقتني بها، دون أن يترك ذلك إلى مطلق إرادة المرقى العقاري، فجعل الالتزام بالإعلام مفروض على المرقى العقاري ولا يمكن التملص منه، كما عليه القيام بذلك حتى قبل عملية البيع وذلك حماية للمقتني حتى يتمكن من معرفة طبيعة العقار علما نافيا للجهالة.

زيادة عن ذلك، فقد أقر المشرع حماية إضافية لمقتني للعقار في طور الإنجاز، من خلال تحديد نموذجي عقد حفظ الحق، وعقد البيع على التصاميم، حيث يعتبر بنود هذين العقدين وسيلة للإعلام في حد ذاتها، حيث يتضمن على بيانات ومعلومات يجب إدراجها في العقد تحت طائلة البطلان، فضلا عن العقوبات الجزائية التي أقرها المشرع عند عدم الإدلاء بالمعلومات أو الإدلاء بمعلومات خاطئة.

قائمة المراجع

المراجع باللغة العربية

- أحمد بومدين، دور الالتزام بالإعلام قبل التعاقد في حماية رضا المستهلك، مجلة العلوم القانونية، عدد 1، جوان 2010.
- بلحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، دار هومه، 2014.
- برهامي فايّة، التزامات الأطراف السابقة على التعاقد، دار الجامعة الجديدة، 2014.
- حمادي عبد النور، هل تصمد المسؤولية المدنية للمرقى العقاري أمام تطور نظام المسؤولية المدنية، مجلة تشريعات التعمير والبناء، عدد 2، جوان 2017.
- خالد جمال أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، مصر، دون سنة.
- رفاويشهياناز، الالتزام قبل التعاقد بالإعلام في عقود الاستهلاك، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة سطيف2، 2016.
- شريط لعلاء، الموازنة في العلاقة بين المرقى العقاري و مقتني العقار على التصاميم، مذكرة ماجستير، جامعة بومراس، كلية الحقوق، 2015.
- عمر مجّد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، مصر، 2004.
- عادل عميرات، التزام العون الاقتصادي بالإعلام، مجلة العلوم القانونية والسياسية، عدد 13، جوان 2016.

- مصطفى العوجي، القانون المدني، المسؤولية المدنية، الجزء 2، الطبعة الأولى، مؤسسة بحسون، لبنان، 1996.
- مسكر سهام، التزامات المرقعي العقاري المترتبة على بيع السكنات الترقية رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2016.
- مُجدي سليمان، حماية المستهلك من الشروط التعسفية المدرجة في عقد بيع العقار على التصاميم، المجلة الجزائرية، جامعة الجزائر، العدد 02، 2010.
- مُجد المرسي زهرة، بيع المباني تحت الإنشاء دراسة مقارنة في القانون المصري والكويتي والفرنسي، دون دار نشر، مصر، 1989.
- موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، طبعة أولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2011.
- معتز نزيه مُجد الصادق المهدي، المتعاقد المحترف دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2009.
- مُجد إبراهيم الدسوقي، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار إيهاب للنشر والتوزيع، مصر.
- ماني عبد الحق، حق المستهلك في الإعلام، دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والمصري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة مُجد خيضر بسكرة، 2009.
- هادي حسين الكعبي، مُجد جعفر هادي، الالتزام قبل التعاقد بالإعلام، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة الخامسة، العراق، 2014.
- يوسف سعدون المعموري، حماية المشتري في عقد بيع عقار تحت الإنشاء، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2016.
- القانون رقم 11-04 المؤرخ في 17 فبراير 2011، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الجريدة الرسمية عدد 14، الصادرة في 06/03/2011.
- القانون رقم 09/03 المؤرخ في 25/02/2009، المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، الجريدة الرسمية عدد 41، الصادرة في 08/03/2009.
- المرسوم التنفيذي رقم 06/306 المؤرخ في 10 ديسمبر 2006 المحدد للعناصر الأساسية في العقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية، عدد 56 الصادرة بتاريخ، 11/09/2006.
- القانون رقم 04/02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية عدد 41، الصادرة بتاريخ 27 يونيو 2004.

المراجع باللغة الأجنبية

- AbdelwahebRebai, la promesse de vente d'immeuble a construire, Revue de Tunisie de droit, 1991.
- Michel De Juglart, L obligation de renseignements dans les contrats. Rev.trim.Dr.civ.1945.
- M.Dagot, La vente d'immeuble à construire, éd.Litec Droit, 1983.
- J. Calais- Auloy et F.Steinmetz, Droit de la consommation- 4^{ème} édition- précis Dalloz, 1996.
- R.SaintAlary, Le consommateur et son logement, R.D.I, 1981.

التعاون الدولي لمكافحة جرائم انتهاك حرمة السفارات والقنصليات

إسألمة محمد أمين

باحث دكتوراة في القانون الدولي والعلاقات السياسية الدولية

جامعة الجليلي لياس سيدي بلعباس كلية الحقوق والعلوم السياسية

عضو في مخبر القانون الدولي للتنمية المستدامة بجامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

esselmaamine@gmail.com

ملخص:

إن الحديث عن التعاون الدولي لمكافحة جرائم الانتهاك لحرمة السفارات والقنصليات، وما يمسها من حقوق وامتيازات سبق وأن كفلتها لها الاتفاقيات الدولية والإقليمية، دلالة قاطعة على إصرار المجتمع الدولي للمضي قدما في تحسين العلاقات الدبلوماسية والقنصلية وعدم الرغبة بمساسها.

فالانتهاكات لحرمة السفارات والقنصليات تجعل من أوساط المجتمع الدولي يتكاتف لدرأ مثل هذا النوع من الأعمال الإجرامية، سواء وقعت في الدول المضيقة وكان المجرم على أراضيها أو فوق أراضي الدول الموفدة لبعثاتها أو دول الأخرى، وذلك عبر آليات قانونية تتيح التعاون الدولي من أجل قمعها ابتداء من تبادل للمعلومات وتسليم المجرمين أو إحالتهم للمحاكمة ولغاية التمكين من المساعدات القضائية وتنفيذها.

Résumé :

The speech of international cooperation to combat the crimes of violation of the sanctity of embassies and consulates, and the rights and privileges, to which they have been subjected by the international and regional conventions, is an unequivocal sign of the determination of the international community, to go forward diplomatic and consular relations.

Violations of the inviolability of embassies and consulates make it possible for the international community to intensify such acts of criminality, both in host countries and on the territory of States sending their missions or other States, through legal mechanisms that allow international cooperation to suppress them, Information, extradition or referral to trial for the purpose of enabling and implementing judicial assistance.

الكلمات المفتاحية: التعاون الدولي، انتهاك حرمة، السفارات والقنصليات، مقرات الدبلوماسية والقنصلية.

key words: International cooperation, violation of sanctity, embassies and consulates, diplomatic and consular premises.

تشير جرائم انتهاك حرمة السفارات والقنصليات اهتماما واسعا لدى أوساط الحكومات الدولية، خصوصا بعد ارتفاع حصيلة الاعتداءات عليها في بداية القرن الواحد والعشرون وما آلت إليه من توتر وشرح للعلاقات الدولية فيما بين دول الأطراف الموفدة والمستقبل لها على أراضيها، الأمر الذي يستلزم إلا ولا بد بأن تتضافر جهود هذه الدول وغيرها للتعاون والقضاء على النشاطات غير المشروعة سواء قبل تنفيذها بالتحضير و الإعداد، أو أثناء وبعد تنفيذها بمتابعة المجرمين وتسليمهم وإحالتهم للمحاكمة بعد وقوع جريمة الانتهاك، وتعزيزها بالانضمام للاتفاقيات الدولية المتعلقة بحماية هذا النوع من المقرات، يمثل ما ناشدت به الجمعية العامة للأمم المتحدة ومنذ مطلع الثمانينات،⁽¹⁾ ولتدعم بالتقارير الدولية الواردة إلى أمينها العام فيما يخص هذا النوع من الجرائم،⁽²⁾ وبذلك لا يسعنا إلا أن نتناول أهم أوجه التعاون الدولي المكرسة في مكافحة جرائم انتهاك حرمة السفارات والقنصليات في الفترات التي تلي وقوعها:

المحور الأول: الانضمام للاتفاقيات الدولية الملزمة بالتعاون الدولي لمكافحة جرائم انتهاك حرمة السفارات والقنصليات

لقد حددت نصوص الاتفاقيات الدولية التي قننت العمل الدبلوماسي والقنصلي فيما بين الدول أهم التدابير الكفيلة بالتعاون لمنع وقوع الجرائم التي تحدث في حق البعثات الدبلوماسية والقنصلية ومقراتهم، وتسليم مرتكبيها في الحالات التي تحضر على أرض دولة أخرى لتنفذ في إقليم دول أخرى، ومن بين تلك الاتفاقيات نذكر ابتداء ما تبين خلال عصبة الأمم عن واجب التعاون بين الدول في منع ارتكاب الانتهاكات ضد بعثات الدول الأجنبية ومسئوليتها عند اغتيال ملك يوغوسلافيا "Alexander" ووزير خارجيته "L. Bartou" بمرسيليا عام 1934، والتي جاءت على النحو الذي يفيد بأن "كل دولة ملزمة بألا تشجع و أن لا تتغاضى وتتسامح مع أي نشاط إرهابي له غرض سياسي فوق أراضيها".⁽³⁾

كما أشارت المادة الأولى للفقرة الأولى من اتفاقية جنيف لمنع وقوع الإرهاب المؤرخة في 16 نوفمبر 1937 إلى مبدأ التعاون في القانون الدولي بتأكيدا على "أن تلتزم كل دولة بالامتناع عن القيام بأي عمل يرمي إلى تعزيز الأنشطة الإرهابية الموجهة ضد دولة أخرى وأن تمتنع الأفعال التي يتجسدون بها، بالشروط التي يتم التعبير عنها فيما بعد، لمنع وقوع مثل هذه الأنشطة ومساعدة بعضهم البعض"،⁽⁴⁾ وبنصها للمساعدة تم فيه تكريس مبدأ واجب التعاون حيال النشاطات التي تستهدف الإضرار بالدول فيما بينها، وليدخل في تعداد ذلك ما قد تتعرض له السفارات والقنصليات من انتهاكات قد تطالها.

في حين تجدر الإشارة كذلك إلى القرار السادس الذي تم عقده في اجتماع وزراء الخارجية ب هافانا عام 1940، حيث تقرر أن تتخذ حكومات الدول الأمريكية داخل أراضيها جميع التدابير اللازمة لمنع وقوع أي أنشطة توجه ضد مصالح حكومات أجنبية أو مجموعات أجنبية أو أفرادها، والتي تميل إلى تقويض المؤسسات المحلية وإثارة الفوضى في سياستها الداخلية، وتجريم كل أعمال الإرهاب لاسيما منها حوادث اختطاف مسؤولي بعثات الدول المجاورة والابتزازات المرتبطة بها، وإدانتها باعتبارها جرائم ضد الإنسانية بموجب قرار 30 يونيو 1970 الذي اعتمده الجمعية العامة لمنظمة الدول الأمريكية، كما أدانت في هذا القرار هذه الأفعال بوصفها انتهاكات لحقوق

(1) عائشة هالة محمد أسعد طلس، الإرهاب الدولي والحصانة الدبلوماسية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1998، ص 473 - 487.

(2) U.N, General Assembly 47 session, Item 129 of the provisional agenda, A/47/325, 7 August 1992, p6 - 8.

(3) Franciszek Przetacznik, Protection of Officials of Foreign States According to International Law, Martinus Nijhoff publishers, Boston/London, 1983, p89 - 90.

(4) S.N, Convention Pour La Prévention et La Répression du Terrorisme (Genève, le 16 novembre 1937), Série de Publications de la Société des Nations V. Questions Juridiques, Vol 10, 1937, p4.

الإنسان والقانون الدولي قبل إعادة صياغة هذا الأخير، وطلبت من الدول الأعضاء بالمنظمة أن تسن في تشريعاتها الداخلية كل ما من شأنه تجريم مثل هذه الأفعال غير المشروعة ويكفل التعاون فيما بين دول الأعضاء لمنع ومعاقبة تلك الجرائم، كما اعتمدت لجنة وزراء مجلس أوروبا قرارا مشابها بعنوان "حماية أعضاء البعثات الدبلوماسية والقنصلية" بتاريخ 11 ديسمبر 1970، حيث أوصت فيه بأن تضمن حكومات الدول التعاون الوثيق فيما بينها في المسائل المتعلقة بحماية بعثات الدول الأجنبية ومقراتها من مثل هذه الهجمات ومعاقبة الجناة المنتهكين لحرمتها.⁽¹⁾

كما تبين وبشكل واضح في نص المادة الثانية والعشرون للفقرتين الأولى والثانية من اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961، ما يتطلب لتكون حرمة دار البعثة الدبلوماسية مصونة، وما يقتضي على الدولة المضيفة من تدابير مناسبة تتخذها لحمايتها من أي اقتحام أو ضرر ومنع أي إخلال بأمن البعثة أو مساس بكرامتها،⁽²⁾ ولتتبعه في ذلك المادة الواحدة والثلاثون للفقرتين الثانية والثالثة من اتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لعام 1963 بنصها على ما يلزم لسطات الدولة المضيفة من أعمال اتجاه القنصلية وبعثاتها لتوفير الحماية اللازمة لها،⁽³⁾ ومن الانتهاكات التي قد تعرض لها السفارات والقنصليات كالدخول لها عنوة دون إذن مسؤوليها، أو استهدافها بالسلح، أو الإضرار بها كغلق الطريق المؤدية إليها وكل ما من شأنه إيقاف نشاط موظفيها، أو إنزال علم أو شعار بعثاتها وإتلاف لافتاتها.

ومنذ أواخر الستينيات أخذت ظاهرة جرائم انتهاك حرمة السفارات والقنصليات شكلا ومضمونا جديدا، ولهذا تضافرت الجهود على المستوى الدولي والإقليمي لإبرام إتفاقيات، فعلى الصعيد الإقليمي نجد كل من اتفاقية واشنطن الخاصة بمنع ومعالجة أفعال الإرهاب التي تتخذ شكل جرائم ضد الأشخاص والتركيبات ذات الصلة والأهمية الدولية بتاريخ 2 فبراير 1971، في نص مادتها الأولى على ضرورة أن تتعهد الدول المتعاقدة بالتعاون فيما بينها عن طريق اتخاذ جميع التدابير التي قد تعتبرها فعالة بموجب قوانينها حيال ما يدبر لانتهاك البعثات الدبلوماسية والقنصلية ومقراتها، كما حددت المادة الثامنة من الإتفاقية مجموعة من التدابير اللازم اتخاذها للتعاون في منع ومعاقبة مرتكبي هذا النوع من الجرائم وما تقتضيه من حماية اتجاه مقراتها من السفارات والقنصليات، نذكر منها:

أ- اتخاذ جميع التدابير الممكنة وفي حدود قوتها وبما يتماشى مع قوانينها الخاصة، لمنع وعرقلة الإعداد فوق أراضيها مثل هذا النوع من الجرائم التي سيتم تنفيذها في إقليم دولة متعاقدة أخرى.

ب- تبادل المعلومات والنظر في اتخاذ تدابير إدارية فعالة لغرض حماية الأشخاص كالبعثات الدبلوماسية والقنصلية.

ج- السعي لجعل الأعمال الإجرامية المتوخاة في هذه الإتفاقية مشمولة في قوانينها الجنائية، إن لم تكن مشمولة بالفعل.⁽⁴⁾

وكذلك جاء في الإتفاقية الأوروبية لقمع الإرهاب بستراسبورغ بتاريخ 27 يناير 1977 التأكيد على قمع جرائم ضد أشخاص البعثات الدبلوماسية في النص المادة الأولى للفقرة الثالثة، وليس تصاغ دلالة تحديد حماية مقراتها في خضم ما أشر إليه في المادة الثانية للفقرة الثانية باعتبار كل ما يتعلق بأي عمل خطير ضد الممتلكات جريمة سياسية.⁽⁵⁾

أما على الصعيد الدولي وتحت رعاية الأمم المتحدة نجد من بين الإتفاقيات التي بينت ضرورة التعاون في صياغة ديباجتها ما جاء في خضم اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961، واتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لعام 1969،⁽⁶⁾ كما سعت اتفاقية نيويورك

(1)FranciszekPrzetacznik, op.cit, p90.

(2)U.N, Treaty Series "Vienna Convention on Diplomatic Relations 1961", vol. 500, 2005, p7.

(3)U.N, Treaty Series "Vienna Convention on Consular Relations 1963", vol. 596, 2005, p13.

(4)U.N, Treaty Series "Convention to prevent and punish the acts of terrorism taking the form of crimes against persons and related extortion that are of international significance (Washington on 2 February 1971)", vol. 1438, 1986, p195 - 196.

(5)Conseil de l'Europe, Convention européenne pour la répression du terrorisme, Série des traités européens - n° 90, Strasbourg, 27/1/1977, p1-2.

(6)ذلك ما جاء في ديباجة اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961، واتفاقية فيينا للعلاقات القنصلية لعام 1969. انظر في ذلك:

الخاصة بمنع الجرائم المرتكبة ضد الأشخاص المتمتعين بحماية دولية بمن فيهم الموظفون الدبلوماسيون والمعاقبة عليها بتاريخ 14 ديسمبر 1973، في نص مادتها الرابعة على واجب كل دولة عضو بأن تتعاون على منع الجرائم والأعمال غير المشروعة، باتخاذ كل التدابير العملية لمنع ارتكاب أية أعمال التي من شأنها أن تمهد لارتكاب هذه الجرائم سواء داخل إقليمها أو خارجه، كما حثت على ضرورة تبادل المعلومات وتنسيق التدابير الإدارية وغيرها من التدابير التي ينبغي اتخاذها حسب الاقتضاء لمنع ارتكاب هذه الجرائم،⁽¹⁾ كما جاء في مقترح المادة السادسة من مشروع القرار المقدم من الدانمارك لاتفاقية روما بتاريخ 18 أبريل 1972 بخصوص أعمال الاعتداء على البعثات الأجنبية ومقراتها، على "أن تلتزم جميع الدول المتعاقدة بأن تمنح لبعضها البعض أكبر قدر من المساعدة فيما يتعلق بالإجراءات الجنائية المتخذة لمحاكمة مرتكبي هذا النوع من الجرائم الموصوفة ويسري تطبيق قانون تلك الدولة الواقع فيها الانتهاك".⁽²⁾

المحور الثاني: واجب تبادل المعلومات والمساعدات على الدول

يقتضي واجب التعاون الدولي فيما بين الدول بأن تقدم الدول الحاصل على أراضيها الانتهاك أو التي يكون المجرم فوق أراضيها كل المعلومات التي من شأنها أن تسهم في القبض على مرتكبي جريمة الانتهاك لحزمة السفارات والقنصليات، وعلى إثر ذلك تضمنت غالبية الاتفاقيات الدولية التي تعترف بمبدأ الاختصاص العالمي أحكاماً تفرض التزاماً على الدول الأطراف فيها باتخاذ التدابير اللازمة خاصة ما تعلق منها بتبادل المعلومات حول هوية وأماكن تواجد الأشخاص المتهمين، وما يتخذ ضدهم من إجراءات وغيرها من المعلومات التي تساعد على إحباط المخططات الإجرامية أو المعاقبة عليها في حالة ارتكابها، حيث جاءت اتفاقية واشنطن لعام 1971 تنص في فقرتها الثانية من المادة الثامنة على وجوب دول الأعضاء في منظمة الدول الأمريكية بأن تتبادل جميع المعلومات التي تتعلق بالجريمة ومن كل جوانبها سواء تلك التي تعنى بمساح حرمات المقرات أو عن المتهم لجريمة الانتهاك.⁽³⁾

كما نصت المادة الرابعة والفقرة الأولى من المادة الخامسة في اتفاقية نيويورك لعام 1973، حول قيام الدولة الطرف التي ارتكبت فيها أية جريمة من الجرائم كانتهاك حرمات السفارات والقنصليات إن كان لديها ما يدعوها إلى الاعتقاد بتهرب المتهم بارتكابه الفعل الجرمي من إقليمها، بإبلاغ جميع الدول المعنية الأخرى مباشرة أو بواسطة الأمين العام للأمم المتحدة بكل الوقائع اللازمة عن الجريمة المرتكبة وبكافة المعلومات المتوفرة عن هوية المتهم بارتكابه الفعل الجرمي والتنسيق فيما بينها، ولتجدد حرصها في الفقرة الثانية من نفس المادة أيضاً على سعي أية دولة طرف يكون لديها معلومات عن المعتدى عليه - بمثل ما يعتدى على مقرات السفارة والقنصلية و مسؤوليها - وعن ظروف الجريمة، إلى إبلاغها كاملة على وجه السرعة وفقاً للشروط التي ينص عليها قانونها الداخلي إلى الدولة الطرف التي كان المجرم عليه يمارس وظائفه باسمها.⁽⁴⁾

ولتتبنى مرة أخرى الاتفاقية الأوروبية لعام 1977 في نص الفقرة الأولى من المادة الثامنة نفس ما اتجهت سابقاً، لكن بدلالة

ضمنية مختلفة تلزم الدول المتعاقدة أن تقدم لبعضها البعض أكبر قدر من المساعدة المتبادلة في المسائل الجنائية في أي إجراءات تتعلق بهذا

U.N, Treaty Series "Vienna Convention on Diplomatic Relations 1961", op.cit, p2, and U.N, Treaty Series "Vienna Convention on Consular Relations 1963", op.cit, p2

⁽¹⁾U.N, Treaty Series "Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons Including Diplomatic Agents (14 December 1973)", vol. 1035, New York, 1984, p170.

⁽²⁾Working Paper Denmark to Convention ("Rome draft), Yearbook of the International Law Commission 1972, United Nations Publication, New York, 1974, Vol. II, p336.

⁽³⁾U.N, Treaty Series "Convention to prevent and punish the acts of terrorism taking the form of crimes against persons and related extortion that are of international significance (Washington on 2 February 1971)", op.cit, p196.

⁽⁴⁾U.N, Treaty Series "Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons Including Diplomatic Agents (14 December 1973)", op.cit, p170.

النوع من الجرائم وعلى أي حال - في مثل هذه الحالات تندرج المعلومات ضمن المساعدات -، كما أجازت تقديم المساعدة القانونية المتبادلة لمجرد أنها تتعلق بجرمة سياسية أو جرمية مرتبطة بمثل هذه الجريمة أو جريمة مستوحاة من دوافع سياسية.⁽¹⁾

وحتى يؤدي هذا الإجراء الدور المنوط به كعامل مساعد في المعلومات وضروري لتنفيذ واجب التعاون الدولي فإنه يجب فرض التزام قطعي على جميع الدول دون استثناء من أجل تقديم وتبادل المعلومات الضرورية في حالة ارتكاب جريمة خاضعة لمبدأ الاختصاص القضاء العالمي، وذلك بالنظر إلى الطبيعة الخطيرة والاستثنائية لهذه الجرائم، ونتيجة لذلك فقد تم تنظيم مبدأ التعاون القضائي في مختلف الإجراءات المتعلقة بالانتهاكات الخطيرة للقانون الدولي الإنساني في المادة الثامنة والثمانون من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف لعام 1977 التي لم توضح أطراف هذه المساعدة ومداهما، بل أشار النص فقط إلى تقديم المساعدة بأكبر قدر ممكن.⁽²⁾

المحور الثالث: واجب التسليم على الدولة

يصنف واجب تسليم المجرمين على الدولة ضمن الآليات القانونية للتعاون الدولي من أجل قمع الجريمة سواء كانت داخلية أو دولية، يتم بين دولتين تسمى الأولى الدولة طالبة التي تسعى إلى استرداد المتهم للمحاكمة أو توقيع الجزاء الجنائي عليه وتسمى الثانية بالدولة المطالبة وهي التي يكون الشخص المطلوب تسليمها موجودا على أراضيها تقوم بإلقاء القبض عليه تحفظيا بمعرفة سلطاتها الأمنية والقضائية تمهيدا لتسليمه إلى الدولة طالبة،⁽³⁾ وباعتبار أن انتهاك حرمة السفارات والقنصلية في فترات النزاع المسلح عملا غير مشروع وجرمية دولية ضد الإنسانية لكونها مقرات تأخذ حكم انتهاك الأعيان المدنية يكون واجب التسليم فيها ضروريا، بالرغم من الاختلاف القائم وبدرجات متفاوتة من الالتزام الخاص بواجب الدولة حول تسليم الأشخاص المتهمين في الاتفاقيات الدولية.

ومن تلك الاتفاقيات التي أشرت على واجب تسليم المجرمين ولم تجر أي منها الدول عليه بل حثتهم على إجراء التسليم، فإن لم تفعل فعليها إحالة الشخص المتهم المتواجد فوق أراضيها إلى المحاكمة أمام المحاكم المختصة، نذكر منها اتفاقية واشنطن لعام 1971، التي جاء نص مادتها الثالثة والسابعة في فقرتها الثانية يخضع الأشخاص الذين اتهموا أو أدبوا في هذا النوع من الجرائم لتسليمهم بموجب أحكام معاهدات تسليم المجرمين السارية بين الأطراف أو في حالة الدول التي لا تجعل تسليم المجرمين مشروطا بوجود معاهدة وفقا لقوانينها الخاص،⁽⁴⁾ كما جاء نص المادة السابعة من الاتفاقية الأوروبية لعام 1977، يؤكد على واجب تسليم المشتبه في ارتكابه للجريمة غير المبررة ضد أشخاص البعثات الدبلوماسية ومقراتهم للسلطات المختصة بغرض مقاضاته جنائيا، وتتخذ هذه السلطات قرارها بنفس الشروط المتبعة في أي جريمة خطيرة وفقا لقوانين تلك الدولة.⁽⁵⁾

كما سعت اتفاقية نيويورك الخاصة بمنع الجرائم المرتكبة ضد الأشخاص المتمتعين بحماية دولية بمن فيهم الموظفون الدبلوماسيون والمعاقبة عليها بتاريخ 14 ديسمبر 1973، في نص مادتها السادسة في الفقرة الأولى لتكريس هذا الواجب عند الاقتناع بأن الظروف تبرر ذلك الجرم - كجريمة انتهاك حرمة السفارات والقنصليات -، وأن تتخذ الدولة الطرف التي يكون الجاني المزعوم بارتكابه الفعل الجرمي موجودا في إقليمها التدابير المناسبة بموجب قانونها الداخلي لتأمين حضوره لغرض محاكمته أو تسليمه، ويجري إبلاغ هذه التدابير دون تأخير، سواء مباشرة أو عن طريق الأمين العام للأمم المتحدة، كما أتبعها نص المادة الثامنة من نفس الاتفاقية على إلزام الدول بإدراج هذا النوع من

⁽¹⁾Conseil de l'Europe, Convention européenne pour la répression du terrorisme, op.cit, p3.

⁽²⁾J.M. Sorel, « Les arrêts de la Cour internationale de Justice du 27 février 1998 sur les exceptions préliminaires dans les affaires dites de Lockerbie : Et le suspense demeure... », Revue générale de droit international public, 1998, p685..

⁽³⁾Hervé ASCENSIO et Emmanuel DECAUX, Droit international pénal, Pédone, Paris, 2000, p933.

⁽⁴⁾U.N, Treaty Series "Convention to prevent and punish the acts of terrorism taking the form of crimes against persons and related extortion that are of international significance (Washington on 2 February 1971)", op.cit, p196.

⁽⁵⁾Conseil de l'Europe, Convention européenne pour la répression du terrorisme, op.cit, p1-2.

الانتهاكات في قائمة الجرائم التي تستوجب تسليم المجرمين في أية معاهدة لتسليم المجرمين نافذة فيما بين الدول الأطراف أو تعقدها فيما بينها في المستقبل.⁽¹⁾

وبذلك يصبح الأساس القانوني الذي يستند إليه في إجراء تسليم المجرمين هو نصوص الاتفاقيات الدولية التي تنص على هذا النوع من الانتهاكات، كما تعطي هذه الاتفاقيات حرية الاختيار بين التسليم والمحكمة مع إعطاء الأولوية للتسليم،⁽²⁾ في حين يمكن أن يرفض طلب التسليم من الدولة التي يقيم بأراضيها الشخص المتهم بارتكاب جرم الانتهاك للسفارات والقنصليات أو الذي سبق وأن حكم عليه بعد طلب مقدم من الدولة الواقعة في حقها الانتهاك، أو التي وقع على أراضيها الانتهاك بحكم أن السفارات والقنصليات تمارس مهامها في الدول المضيفة.

كما نصت الفقرة الثانية من المادة الثامنة والثمانون من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف لعام 1977 على إجراءات تقوية للمساعدة في مجال التسليم وذلك من خلال حث الدولة التي يتواجد على إقليمها المتهم بأخذ طلب التسليم المقدم من طرف الدولة التي ارتكبت على إقليمها الانتهاكات بعين الاعتبار، غير أن تضمين النص لعبارة "إذا سمحت الظروف بذلك" يجعل مسألة التسليم رهن إرادة الدولة المطلوب منها التسليم، وقد يتعقد الأمر أكثر في حالة ما إذا تعلق الأمر بطلب تسليم متهم إلى الدولة التي يحمل المتهم جنسيتها، نظراً لأن هذه الأخيرة سوف ترفض لا محالة تسليم مواطنيها.⁽³⁾

ومن أبرز القضايا الحديثة التي لم يجرى فيها تسليم المتهمين بانتهاك حرمة هذه المقرات ولكن ما حصل هو التدخل من الدولة الموفدة وتعدي على سيادة الدولة المضيفة ما قامت به الولايات المتحدة الأمريكية على الأراضي الليبية بعد مقتل سفيرها "كريستوفر ستيفنز" في المجمع الدبلوماسي الأمريكي في بنغازي، والذي أفضى إلى احتجاز "أبو ختالة" في يونيو 2014 عن طريق قوات العمليات الخاصة الأمريكية «دلتا» جنوب مدينة بنغازي وتم نقله بحراً إلى الولايات المتحدة.⁽⁴⁾

ليثور التساؤل عن الأساس الذي يمكن أن تستند إليه دولة ترفض طلب مقدم من دولة أخرى بتسليم أحد المحكومين أو المطلوبين، لأنه في الغالب ترفض الدولة تسليم أحد رعاياها كما يمكن أن ترفض طلب التسليم المقدم إليها من دولة لتسليم شخص متهم إذا استشفت أن طلب التسليم يخفي وراءه دوافع إدانة بسبب الجنس أو الدين أو العرق أو الآراء السياسية، و أن الشخص المتهم المطلوب تسليمه سوف يضار إذا ما تم تسليمه وإجراءات العدالة لن تراعى كما أن الدولة التي تطلب تسليمه إليها لن تستطيع ضمان حقوقه،⁽⁵⁾ وبذلك يمكن تلخيص الأسباب المانعة للتسليم والذي تحول دون تسليم الشخص المتهم فيما يلي:

(أ) عندما يطالب الشخص المتهم اللجوء.⁽⁶⁾

(ب) الدفع بجنسية الشخص المتهم أو المطلوب تسليمه كأحد رعاياها.⁽⁷⁾

(ج) أن الفعل لا يعدو جريمة معاقب عليها في قوانين الدولة المطلوب منها التسليم.

⁽¹⁾U.N, Treaty Series "Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons Including Diplomatic Agents (14 December 1973)", op.cit, p170.

⁽²⁾عائشة هالة مُجد أسعد طلس، المرجع السابق، ص604.

⁽³⁾J.M. Sorel, « Les arrêts de la Cour internationale de Justice du 27 février 1998 sur les exceptions préliminaires dans les affaires dites de Lockerbie : Et le suspense demeure... »,op.cit, p685.

⁽⁴⁾الكشف عن تفاصيل خطيرة عن أحد المتهمين في اغتيال السفير الأمريكي في بنغازي عام 2012، جريدة القدس العربي، السنة التاسعة والعشرون، العدد 8822، 12 ماي 2017، ص1. انظر في ذلك: <http://www.alquds.co.uk/?p=717733> (تاريخ زيارة الموقع: 2017/12/29)

⁽⁵⁾عائشة هالة مُجد أسعد طلس، المرجع السابق، ص605.

⁽⁶⁾WEIS Paul, The Travaux Préparatoires Analysed with a commentary Article 33 "the refugee convention 1951", P233.

⁽⁷⁾سامي جاد عبد الرحمن واصل، إرهاب الدولة في إطار القانون الدولي العام، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص350.

(د) اعتبار الجريمة المطالب بتسليم مرتكبها جريمة سياسية.

المحور الرابع: واجب الإحالة إلى المحاكمة على الدولة

قد يتعذر على الدولة تسليم الشخص المتهم أو طرد المطلوب اعتقاله، الأمر الذي لا ينفى عدم قمعها له ومما يوجب عليها إحالته إلى المحاكمة فوراً ودون تأخير بحسب ما نصت عليه الاتفاقيات الدولية وإخضاعها لسلطاتها التقديرية وما ينص عليه قانونها الوطني. ومن تلك الاتفاقيات ما أشارت إليه المادة الخامسة من اتفاقية واشنطن لعام 1971، بأن الدولة العضو ملزمة في حالة رفضها إجراء التسليم نظراً لاعتبارات تمس الشخص المتهم في كونه يتمتع بجنسيتها أو لأي أسباب قانونية أو دستورية، بإحالة القضية إلى سلطاتها المختصة⁽¹⁾، وبإبلاغ الدولة طالبة التسليم بهذا الإجراء، وفي ذلك تتخذ السلطات المختصة إجراءاتها طبقاً لما نصت عليه قوانينها الوطنية على اعتبار أن الجريمة المرتكبة هي من جرائم القانون العام يترتب عنها المسؤولية الدولية.

كما جاءت اتفاقية نيويورك لعام 1973 تؤكد في مادتها السابعة على واجب الدولة الطرف التي يوجد الجاني المزعوم بارتكابه الفعل الجرمي في إقليمها في حالة عدم تسليمها إياه، أن تعتمد دون أي استثناء، ودون أي تأخير لا مبرر له، إلى عرض القضية على سلطاتها المختصة بغرض محاكمته وفقاً لإجراءات تتفق مع قوانين تلك الدولة،⁽²⁾ ولتتبعها في ذلك المادتين السادسة والسابعة من الاتفاقية الأوروبية لقمع الإرهاب لعام 1977، بحيث تلزم الدولة العضو بإحالة المتهم إلى سلطاتها المختصة لمباشرة الدعوى الجنائية ضده وممارسة إجراءات التقاضي بنفس الشروط المتبعة في أي جريمة ووفقاً لقوانين تلك الدولة في حالة رفض تسليم المتهم دون أي استثناء ودون أي تأخير لا مبرر له،⁽³⁾ كما جاءت نصوص المادة الحادية عشر من مشروع مسؤولية الدول عن الأفعال غير المشروعة دولياً لعام 2001 هي الأخرى ترتب المسؤولية الدولية عن الدولة المضيفة في حالات التي تصيب السفارات والقنصليات عن الأفعال التي تتبني الاعتراف بذلك التصرف وتعتبره صادراً منها، ولم تتجاوب لمعاقبة الفاعلين الذين يقومون بارتكاب الجريمة.⁽⁴⁾

أما من حيث تطبيق الدول لواجب إحالة المجرمين في حالة انتهاك حرمة السفارات والقنصليات إلى المحاكمة، نذكر ما ورد في تقرير البعثة الدائمة والممثل الدائم للنرويج لدى الأمم المتحدة بتاريخ 10 فبراير 1992 عملاً بالفقرة التاسعة من قرار الجمعية العامة 45/39، بحيث تم الإبلاغ عن حادثة وقعت بتاريخ 5 أبريل 1992 على مقر السفارة الإيرانية بأوسلو مما تسبب بارتكاب أعمال عنف ضد مبعوثي هذه السفارة وإلحاق أضرار جسيمة بالمبنى، الأمر الذي جعل الشرطة تحتجز أكثر من 12 شخص وتمت محاكمتهم بطلب من المدعي العام عن أعمالهم الغير المشروعة لمخالفتهم أحكام نصالفقرة 65 من قانون الإجراءات الجنائية في النرويج الصادر في 22 مايو 1981 والتي تقضي نفس الفقرة بعقوبة الغرامة أو الحبس لمدة تزيد عن عام، ونفس الشيء حصل مع السفارة التركية بتاريخ 11 يوليو 1991 أصدر شرطة أوسلو غرامات قدرها 7500 كرون نرويجية لكل من ثلاثة أشخاص مدعى عليهم، وأحيلوا للمحاكمة.⁽⁵⁾

⁽¹⁾U.N, Treaty Series "Convention to prevent and punish the acts of terrorism taking the form of crimes against persons and related extortion that are of international significance (Washington on 2 February 1971)", op.cit, p196.

⁽²⁾U.N, Treaty Series "Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons Including Diplomatic Agents (14 December 1973)", op.cit, p169.

⁽³⁾Conseil de l'Europe, Convention européenne pour la répression du terrorisme, op.cit, p2 - 3.

⁽⁴⁾تقرير لجنة القانون الدولي عن أعمال دورتها الثالثة والخمسين تحت رقم الوثيقة "A/56/10"، حولية لجنة القانون الدولي 2001، المجلد الثاني، الجزء الثاني، نيويورك وجنيف، 2007، ص66.

⁽⁵⁾U.N, General Assembly 47 session, Item 129 of the provisional agenda, A/47/325, 7 August 1992, p26.

في حين قد تنشأ بعض الصعوبات عند الإحالة إلى المحاكمة، لأن الأدلة المتعلقة بالقضية غير متوفرة لدى الدولة التي تقوم بالمحاكمة، وهنا تقوم المساعدة القضائية بدورها من خلال التعاون بين الأجهزة المختصة في الدولة التي وقعت الجريمة فوق أراضيها، والدولة التي تقوم بمحاكمة المتهم، وقد تلعب الاعتبارات السياسية دورا فيما لو كان الجهاز القضائي فاسدا فتمت التدخلات أثناء التحقيق أو المحاكمة وتصدر أحكام غير مناسبة ولا عادلة مع الجريمة التي اقترفها المتهم⁽¹⁾، كما تظهر تلك الصعوبات التي تعترض تطبيق مبدأ التسليم أو المحاكمة على عدة مراحل نذكر منها:

أولاً: صعوبات تواجه إبرام معاهدات التسليم أو الإحالة للمحاكمة

إن الاعتماد في تطبيق المعاهدات كمصدر أصلي في ردع منتهكي حرمة السفارات والقنصليات أصبح أمر ضروري يهتم على الدول أن تتبع إجراءات التسليم وإحالة المجرمين بحسب الحالات التي تقتضيها - السابق الإشارة إليها -، ولكن رغم هذه الأهمية فقد تعترضها صعوبات تسبق إبرامها نذكر أهمها على النحو الآتي:

1- التحفظ على المعاهدات يعد من أهم العقبات التي تفقد المعاهدة جزء من فاعليتها، وكثيرا ما نجد الدول تتحفظ عند إبرامها للمعاهدات بشكل جزئي أو بشكل شبه كلي.

2- الدول ليست على نفس الدرجة من الاهتمام بالدخول في اتفاقيات دولية لتنظيم تسليم المجرمين وإحالتهم للمحاكمة فيما بينها، ومرد ذلك تفاوت المصالح الأمنية والسياسية والاقتصادية، ومثال ذلك الدول الأوربية ارتبطت بالعديد من الاتفاقيات التي من شأنها تنظيم كل ما يتعلق بإجراءات التسليم وإحالة للمحاكمة و تنظيم كل جزئية تساهم في مكافحة هذا النوع من الجرائم، في حين نجد دول العالم الثالث ترتبط بعدد قليل من هذا النوع.

3- الكثير من الدول ما تتردد في التوقيع على اتفاقيات التسليم أو الإحالة المتهمين بالانتهاك للمحاكمة، كأن تتقاعس عن اتخاذ الإجراءات اللازمة للتصديق، ويظهر جليا ذلك في الاتفاقية الأوروبية لتسليم المجرمين لعام 1957 التي أحجمت عن توقيعها كل من فرنسا ولم تصادق عليها إلا بعد مرور 30 سنة، بحيث صادقت عليها بتاريخ 14 ماي 1986، وإنجلترا التي لم تصادق عليها كذلك الى غاية عام 1991.⁽²⁾

ثانياً: صعوبات تعترض تطبيق معاهدات التسليم أو الإحالة للمحاكمة

إن العقبة الكبرى التي تعترض تسليم المتهم أو محاكمته هي في تصنيف الدول التي يتواجد فوق أراضيها للجريمة المرتكبة بأنها جريمة سياسية وأن مرتكب الفعل غير المشروع هو مجرم سياسي، وشتان بين من يرتكب فعل غير مشروع كاغتتيال القادة واستهداف مقراتهم أو مناهضة نظام استبدادي متسلط من ناحية، ومن يرتكب جريمة لتحقيق مآرب شخصية أو منفعة مادية أو مجرد الانتقام من ناحية أخرى، وقد تضمنت اتفاقيات التسليم استثناء يسمح للدول بعدم تطبيق مبدأ التسليم أو المحاكمة عندما تكون الجريمة السياسية⁽³⁾، مثلما اضطرت بعض الدول الى تغيير قوانينها الوضعية حتى التي لا تستطيع تسليم بعض المتهمين كما حدث في بلجيكا في مطلع عام 1855 حينما نص قانونها بعدم السماح تسليم مرتكبي الجرائم السياسية و قد تم استبداله بالقانون الصادر في 22 مارس 1956، الذي أكد على عدم اعتبار جريمة الاعتداء على أفراد البعثات الأجنبية ومقراتهم جريمة سياسية بأية وسيلة تم ارتكابها، وبهذا انتقل هذا الشرط الى العديد من القوانين الدولية الخاصة بتسليم المجرمين.⁽⁴⁾

(1) عائشة هالة محمد أسعد طلس، المرجع السابق، ص 607.

(2) سليمان عبد المنعم، الجوانب الإشكالية في النظام القانوني لتسليم المجرمين، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007، ص 77.

(3) عائشة هالة محمد أسعد طلس، المرجع السابق، ص 607.

(4) Waillies G, L'infraction politique en droit positif belge, leuven, Bruxelles, wander, 1970, p225.

وبما أن هذه الجرائم تمثل خطورة على استقرار العلاقات الودية بين الدول فقد اضطر المجتمع الدولي لإيجاد حل بديل من شأنه عدم السماح لمرتكبي هذا النوع من الجرائم التي تنتهك حرمة السفارات والقنصليات بعدم إفلاتهم وإحالتهم الى المحاكمة، وتصنيف أفعالهم غير المشروعة ضمن الجرائم الخطيرة التي تختلف عن الجرائم السياسية، وتكريس جهود الدول على جميع الأصعدة الداخلية منها والدولية للقضاء عليهم، خصوصا بعدما أصبحت تشكل تهديدا لرؤى تنمية العلاقات الدولية وتنسف بالمصالح المشتركة ما بين الدول، ومن تلك الجهود التي تبنت ما تبناه نص المادة الثالثة من مشروع معهد القانون الدولي المتعلق باللائحة التنفيذية بشأن الحصانات الدبلوماسية لعام 1895، التي يلزم فيها حكومات الدول المضيفة بفرض عقوبات صارمة في الحالات التي من شأنها المساس برعايا دول الأجانب ومقراتهم، وتمكينهم من أداء وظائفهم بكل حرية،⁽¹⁾ في حين وإن كان ذلك ضمنا في بعض المشاريع إلا أن البعض منها قد أكد على هذا الواجب كمشروع رقم "22" لعام 1925 الذي أقره المعهد الأمريكي للقانون الدولي، فقد نصت المادة العشرون من هذا المشروع على أن الدولة المضيفة ملزم بتوفير الحماية للبعثات الدبلوماسية ومقراتها عن طريق إصدار تشريعات وطنية تعاقب على كل أشكال العنف الموجهة ضد هذه الفئة.⁽²⁾

كما اتبع اتحاد المحامين الأمريكيين وسيلة ناجعة لمكافحة بعض الجرائم التي تمس السفارات والقنصليات وما يتعرض له مسؤوليتها في يوليو 1988 بسنه مجموعة من الاتفاقيات لمنع وقمع هذا النوع من الجرائم الخطيرة في إطار تجمع الدول الأمريكية فحسب، أبرزها مشروع الاتفاقية واشنطن التي وقعت في 2 فبراير 1991، واتفاقية نيويورك التي وقعت بتاريخ 14 ديسمبر 1973.⁽³⁾ أما بالنسبة لتوقيع العقوبات الجماعية على مرتكبي هذا النوع من الجرائم فإن القضية تصبح أكثر تعقيدا، لأن الإجماع على فرضها في الواقع العملي مسألة نادرة الحدوث خاصة إذا كانت فكرة التشدد هي السائدة، وتبقى المسألة من الناحية النظرية حبرا على ورق، وما يدل على ذلك عدد الدول الموافقة على فرض العقوبات الجماعية، ومثلما حدث وأن طالبت الولايات المتحدة الأمريكية عند وقوع أزمة الرهائن الأمريكيين في طهران عام 1979 بفرض عقوبات اقتصادية ضد إيران، لكن الاتحاد السوفيتي استعمل حق الفيتو ضد هذا الإجراء، وبالرغم من هذا الحق عمدت الولايات المتحدة إلى تطبيق ما جاء في الرسالة التي وجهتها إلى رئيس مجلس الأمن بفرض عقوبات اقتصادية ضد إيران استنادا الى المشروع الذي وافق عليه عشره من أعضاء مجلس الأمن.⁽⁴⁾

المحور الخامس: تطبيق الاختصاص القضائي العالمي

تطبيقا لمبدأ سيادة الدول يمنع على المحاكم الداخلية أن تمارس اختصاصها القضائي في جريمة من الجرائم على إقليم دولة أخرى، في حين تجعل قاعدة أساسية أخرى من شأن القضاء الوطني أن يختص في محاكمة مرتكبي الجرائم التي تم تنفيذها فوق أراضيها سواء أكانوا من رعاياه أم من الأجانب المتواجدين في أراضيها، ونظرا لأن جرائم الاعتداء المرتكبة ضد البعثات الدبلوماسية والقنصلية ومقراتها من السفارات والقنصليات تمثل خطورة شديدة على سلامه العلاقات العادية الطبيعية بين الدول وتهدد التعاون فيما بينها، فإنه يجب اعتبار مرتكبيها مجرمين دوليين يحق لكل دولة معاقبتهم حتى ولو كانت صلتهما بهم تتمثل في مجرد تواجدهم فوق أراضيها، وبذلك فإن الاختصاص في هذه

⁽¹⁾AnnuaireL'institut de Droit International 1895/1896 "Session de Cambridge", Tome 14, Réimpression Schmidt Periodicals, Bad Feilnbach-Germany, 1994, p240.

⁽²⁾Harvard law school, research in international law "diplomatic privileges and immunities", Cambridge Masschusetts, The American Journal of International Law, Vol. 26, No. 1, Cambridge University Press, 1932, p166.

⁽³⁾American Bar Association, Model American convention on the prevention and punishment of certain serious forms of violence jeopardizing fundamental rights and freedoms, with appendices 1980, Division of Public Services, Washington, July 1983, p166.

⁽⁴⁾U.N, Resolution and Decision of The Security Council 1979, official records, thirty fourth year, New York, 1980, p64.

الجرائم يجب أن يكون شاملا ويخرج من دائرة الاختصاص الداخلي، كما يجب تطبيق مبدأ عالمية الاختصاص الجنائي بحيث يسمح لكل دولة بمعاينة كل من ارتكب جريمة تمس الأعيان المشمولة بالحماية الدولية كالسفارات والقنصليات.⁽¹⁾

كما يظهر تطبيق الاختصاص القضائي العالمي في التمكين من المساعدة القضائية لدولة أجنبية، والتي يمكن الحصول عليها سواء من خلال الإنابة القضائية في التحقيقات التي تشمل كافة الإجراءات المتعلقة بالتحقيق التي يعهد بها قاض دولة ما إلى قاض أجنبي في إطار الإنابة القضائية التي يقوم بها مثلا قاض مكان القبض على المتهم إلى قاضي مكان ارتكاب الجريمة أو قاضي جنسية المتهم، أو أي قاض آخر، أو إلى أحد ضباط الشرطة القضائية ليقوم نيابة عنه بعمل من أعمال التحقيق،⁽²⁾ ويقدم الطلب إلى الدولة الملتزم منها عن الطريق الدبلوماسي أو عن طريق وزارة العدل.⁽³⁾

وقد أوردت اتفاقية نيويورك الخاصة بمنع الجرائم المرتكبة ضد الأشخاص المتمتعين بحماية دولية بمن فيهم الموظفون الدبلوماسيون والمعاقبة عليها بتاريخ 14 ديسمبر 1973، في العديد من نصوص موادها تدابير من شأنها أن تكرر مبدأ الاختصاص القضائي العالمي، ومن تلك تدابير نذكر ما يلي:

(أ) أي اعتداء عنيف على مقر العمل الرسمي مثل السفارات والقنصليات لشخص يتمتع بحماية دولية كالسفراء والقنصلين،

(ب) تعتبر كل دولة من الدول الأطراف من هذه الجرائم مستوجبة لعقوبات مناسبة تأخذ خطورتها بعين الاعتبار،

(ج) يترتب على الدول الأطراف بموجب القانون الدولي التزام باتخاذ جميع التدابير المناسبة لمنع الاعتداءات الأخرى على شخص أو على حرية أو على كرامة الشخص المتمتع بحماية دولية ومقراتهم،

(د) تتخذ كل دولة من الدول الأطراف ما قد يلزم من التدابير لتقرير ولايتها على الجرائم انتهاك حرمة هذه المقرات متى ارتكبت الجريمة في إقليم هذه الدولة،

(هـ) إذا لم تشأ الدولة تسليمه فإن عليها إحالته إلى المحاكمة فورا ودون تأخير.⁽⁴⁾

كما أكدت في جانب تقديم المساعدات بتقديم الإعانة القضائية أيضا بقبول تنفيذ الأحكام القضائية ونقلها باتخاذ الإجراءات التي تمكن بموجبها دولة في تنفيذ حكم جزائي نهائي على أراضيها بحسب الاتفاقيات التي تربط بعضها البعض، بالرغم من أنها لم تسمح بها في بعض الاتفاقيات إلا بإبلاغ النتيجة النهائية لهذه الإجراءات والحكم إلى الأمين العام للأمم المتحدة الذي يقوم بدوره بإبلاغها إلى الدول الأطراف الأخرى كاتفاقية نيويورك لعام 1973،⁽⁵⁾ بذلك يسري احترام الأحكام الصادرة من القضاء الوطني إعمالا للاختصاص القضاء العالمي والتعاون الدولي - السابق الإشارة إليهما - ومنحها حجية أمام القضاء الوطني إذا كانت الجريمة المرتكبة معاقبا عليها في كل من الدولتين وإن كانت التشريعات اعترفت بمبدأ عدم جواز محاكمة الشخص مرتين تبعا لتباين في طريقة تطبيق هذا المبدأ بالنسبة للأحكام الأجنبية.⁽⁶⁾

(1) Jones, Goronwy J, The United Nations and the Domestic Jurisdiction of States "Interpretations and Applications of the Non-intervention Principle", University of Wales Press, 1979, p30.

(2) أحمد محمد رفعت وصالح بكر الطيار، الإرهاب الدولي، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربي - الأوروبي، باريس، 1998، ص 248.

(3) الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، السنة الثالثة، العدد 48، الجزائر، 10 يونيو 1966، ص 696.

(4) U.N, Treaty Series "Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons Including Diplomatic Agents (14 December 1973)", op.cit, p170.

(5) U.N, Treaty Series "Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons Including Diplomatic Agents (14 December 1973)", op.cit, p171.

(6) Garraud René, Traité théorique et pratique du droit pénal français, Volume 3, Public Library, New York, 1913, p413.

ولتؤكد الاتفاقية الأوروبية لعام 1977 مبتغى ما تم النص عليه في الاتفاقية التي سبقتها بأن تتخذ كل دولة عضو في الاتفاقية التدابير اللازمة لإقرار ولايتها القضائية على جريمة تنتهك فيها حرمة هذا النوع المقررات تبعاً لما يتمتع بها مسؤوليها من السفراء والقنصلين عندما يكون الجاني المشتبه في ارتكابه الجريمة موجوداً في أراضيها وإن لم تشأ تسليمه بناء طلب دولة أخرى وجب عليها إحالته فوراً ودون تأخير إلى المحاكمة كقاعدة تستوجب التطبيق في القوانين الداخلية لدول الأعضاء.⁽¹⁾ وفي تعداد كل تلك الإجراءات الرامية لتطبيق الاختصاص القضائي العالمي، يصبح إنشاء المحاكم الجنائية الدولية والإقليمية التي تختص بمحاكمة مرتكبي هذه الجرائم الخطيرة ضرورة ملحة من شأنها أن تعزز الجهود المبذولة في التصدي لهذه الظاهرة ومكافحتها، يمثل ما تم إنشائه كالمحاكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا، أو محكمة جنائية إقليمية على الصعيد الأوربي و الإفريقي و العربي والإسلامي.⁽²⁾

المحور السادس: المسؤولية الدولية المترتبة عن الإخلال بالتزام التعاون الدولي لمكافحة جرائم انتهاك حرمة السفارات والقنصليات

لا تترتب المسؤولية الدولية إلا إذا تم الإخلال بالتزام دولي ناشئ عن المبادئ والقواعد القانونية السائدة في المجتمع الدولي، ولا تتحمل الدولة أو أي شخص من أشخاص القانون الدولي تبعية تصرفاته المخالفة لأحكام القانون الدولي إلا إذا نشأ عن ذلك الإخلال ضرر، وبذلك يلزم من تسبب في فعله جبره كجزاء لقاعدة عامة عما أصاب الغير، والمسؤولية الدولية لا تنشأ إلا بين الدول المستقلة كاملة السيادة والمتمتعاً بكامل حريتها تصرفاً بشؤونها الداخلية (الاختصاص السيادي الداخلي) وبشؤونها الخارجية (الاختصاص السيادي الخارجي) دون تأثير أو تدخل خارجي،⁽³⁾ وبذلك يتبين أن لترتيب مسؤولية الدول عن الإخلال بالتزام التعاون الدولي لمكافحة جريمة انتهاك حرمة السفارات والقنصليات فوق أراضي أي كانت من الدول بحسب فقهاء القانون الدولي لا تكون إلا في الحالات التالي ذكرها:

- 1- إخلال هذه الدول في التزامها بمنع الغير من انتهاك هذه الحماية سواء كان هذا الإخلال سببه التقصير والإهمال من أجهزه هذه الدولة المضيفة.
 - 2- إخلال هذه الدول في التزاماتها بقمع ومعاينة منتهكي هذه الحماية من الأشخاص العاديين لها سواء كانوا حاملين لجنسيتها أو مقيمين فيها بصفة دائمة، أو من الأشخاص الرسميين وهم الموظفون المختصون بممارسة وظائف عامة في الدولة المضيفة.⁽⁴⁾
 - 3- قيام الدول ذاتها بالإخلال بالتزامات الدولية المفروضة عليها بالاتفاقيات الدولية ذات الصلة خاصة اتفاقيتي فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961، والقنصلية لعام 1963.
 - 4- إخلال الدول الأطراف في التزاماتها بتسليم المتهمين بجرائم انتهاك حرمة السفارات والقنصليات أو بشأن إحالتهم للمحاكمة مثلما تقررت في ظل الاتفاقيات الخاصة السابق الإشارة إليها كاتفاقية واشنطن لعام 1971، والاتفاقية الأوروبية لعام 1977، واتفاقية نيويورك لعام 1973.
 - 5- إخلال الدول في التزاماتها بتقديم المعلومات التي من شأنها أن تسهم في القبض على مرتكبي جريمة انتهاك حرمة السفارات والقنصليات، وبعدم التمكين من المساعدة القضائية لدولة أجنبية في إجراء التحقيقات القضائية وحتى بعدم تنفيذ أحكام المحاكم.
- أما عن الآثار القانونية المترتبة نتيجة إخلال الدول بالتزاماتها في التعاون الدولي لمكافحة جريمة انتهاك حرمة السفارات والقنصليات فوق أراضي أي كانت من الدول سواء المضيفة أو الموفدة أو الغير - التي يدبر ويحاك على أراضيها استهداف حرمة وحصانة مقر هذه

(1) Conseil de l'Europe, Convention européenne pour la répression du terrorisme, op.cit, p2.

(2) أحمد مجد رفعت وصالح بكر الطيار، المرجع السابق، ص 206.

(3) باسم مجد حمود الفهداوي، الجرائم المرتكبة ضد المدنيين في النزاعات الدولية المسلحة، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، 2013، ص 99.

(4) منتصر سعيد حمودة، القانون الدبلوماسي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص 234.

البعثة -، يكمن في نشوء التزام على عاتق هذه الدول، يجعلها تتحمل المسؤولية الدولية التي عادة ما ترتب نتائج خطيرة كرد فعل من قبل الدولة التي تم الاعتداء على مقراتها، نستهل ذكر أبرز منها:

أولاً: الترضية

والتي هي أقل آثار المسؤولية الدولية وأدناها من حيث تبعة تحمل الالتزامات الناشئة عن ارتكاب شخص دولي لعمل غير مشروع دولياً، وهي الأثر القانوني المترتب على الإخلال بأحد الالتزامات الدولية البسيطة التي تقع من الدولة أو احد موظفيها الرسميين، والترضية بشكل عام ليس لها شكل محدد، وإنما يجوز أن تتم في أية صورة يتفق عليها الطرفين وذلك في ضوء الظروف المحيطة بكل واقعة على حدة، فيمكن أن تتم بشكل رسمي، أو في صورة فصل الموظف المتسبب في حدود الواقعة المنشئة لها، أو تقديمه للمحاكمة، وتثور هذه الترضية غالباً في الحالات التي لا ينتج عنها ضرراً مادياً للدولة المضروبة، وإنما يكون الضرر أدبياً وقد أصاب سمعتها وشرفها،⁽¹⁾ ومثال ذلك ما قد يتعرض له علم وشعار السفارة أو أية شارة وطنية من إنزاله عنوة من قبل أفراد عاديين أو تابعين للدولة وسياستها، ليعتبر ذلك بمثابة إهانة علم دولة أجنبية وإساءة إلى كرامتها يستدعي الاعتذار، وإعادة رفعه على السارية بحضور أفراد من الجيش أو الشرطة تؤدي له التحية.⁽²⁾

ثانياً: التعويض

والذي ينقسم بدوره إلى نوعين فهناك تعويض عيني وآخر نقدي، ويقصد بالنوع الأول - التعويض العيني - إعادة الأمور إلى ما كانت عليه قبل اقتراف العمل غير المشروع الذي أدى إلى نشوء المسؤولية الدولية ويتمثل بإزالة كل النتائج المترتبة على ذلك الفعل، وتعتبر هذه الوسيلة هي أقرب الوسائل التقديرية للتعويض الكامل، ومن أفضل أنواع التعويض ومن أمثلة التعويض العيني إعادة الأموال التابعة للبعثة الدبلوماسية التي قد صدرت من قبل رجال الدولة المضيفة،⁽³⁾ أو في مثل الاعتداء على السفارات والقنصليات أو على وثائق محفوظات هذه المقرات، أو على الحقائب الدبلوماسية والقنصلية أو على الأمتعة والأثاث اللازم لأداء مبعوثيها أعمالهم الرسمية، أن تقوم الدول المتسببة في ذلك بإعادة كل هذه الأشياء والأموال والمنقولات إلى الدولة الموفدة لهذه البعثة، وذلك لإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل حدوث الضرر، وهذا هو مضمون وفحوى التعويض العيني وهذا أيضاً ما طلبت به محكمة العدل الدولية في قضية احتجاز الموظفين الدبلوماسيين والقنصليين الأمريكيين داخل مقر السفارة الأمريكية والقنصلية التابعة لها في طهران بتاريخ 4 نوفمبر 1979 حيث طلبت هذه المحكمة من الحكومة الإيرانية برد للسفارة والقنصلية كل الوثائق التابع لها إلى الدولة الموفدة لإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل قيام الطلبة الإيرانيين بحادثة الاحتجاز.⁽⁴⁾

أما عن النوع الثاني من التعويض - التعويض النقدي -، فيتمثل في قيام الدولة بدفع مبلغ من المال كتعويض عن الأضرار التي نتجت عن العمل غير المشروع، وقد يطالب المتضرر بتعويض عن فوات النفع أو الربح أو الخسارة الأدبية التي لحقت به،⁽⁵⁾ ويتم اللجوء إلى التعويض المالي في حاله ما إذا أصبح من غير الممكن إعادة الحال إلى ما كان عليه سابقاً قبل حصول الفعل غير المشروع، والتعويض المالي

⁽¹⁾ منتصر سعيد حمودة، المرجع السابق، ص 245 - 246.

⁽²⁾ ناظم عبد الواحد الجاسور، أسس وقواعد العلاقات الدبلوماسية والقنصلية، الطبعة الأولى، دار مجدلاوي للنشر و التوزيع، عمان، 2001، ص 16.

⁽³⁾ أحمد أبو الوفا، القانون الدولي والعلاقات الدولية، بدون طبعة، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، 2006، ص 533.

⁽⁴⁾ منتصر سعيد حمودة، المرجع السابق، ص 247.

⁽⁵⁾ عبد العزيز بن ناصر عبد الرحمان العبيكان، الحصانات والامتيازات الدبلوماسية والقنصلية في القانون الدولي، الطبعة الأولى، شركة العبيكان، الرياض، 2008، ص 254.

يحقق نفس الغرض الذي يهدف التعويض الى تحقيقه وهو جبر الضرر أو إعادة الحال الى ما كانت عليه ويكون بإلزام الدولة المسؤولة بدفع مبلغ من المال يوازي ما لحق الدول المتضررة من أضرار.

وغالبا ما يتم اللجوء الى التعويض المالي في العديد من الحالات التي تنتهك فيها قواعد القانون الدولي وحقوق الدول التي يتمثل فيتمتع بعثاتها الدبلوماسية والقنصلية بامتيازات بموجب اتفاقيتي فيينا للعلاقات الدبلوماسية لعام 1961 وللعلاقات القنصلية لعام 1963، ويتمثل التعويض في مبلغ من المال يدفعه الطرف الذي يقوم بخرق حقوق البعثة الدبلوماسية والقنصلية ومقراتها للدولة المرسله مقابل الخسائر التي تقع بفعله أو نتيجة لعدم التزامها بواجباته، ويحدد مقدار التعويض بالاتفاق بين أطراف النزاع أو بمقتضى معاهدة أو بواسطة التحكيم أو القضاء.⁽¹⁾

ومن الأمثلة عن هذا النوع من التعويض النقدي ما جرى بتاريخ 20 يوليو 2005 بعدما تقدم مجلس النواب الأمريكي بمشروع قانون يستهدف تقديم تعويضات مالية للدبلوماسيين من السفارة الأمريكية في طهران الذين احتجزوا كرهائن عام 1979 وعرض مشروع القانون تقديم ألف دولار أمريكي عن كل يوم أمضاه الرهينة قيد الاحتجاز وخمسمائة دولار أمريكي لكل من زوجاتهم وأولادهم عن كل يوم، وهذه التعويضات من الأصول الإيرانية في الولايات المتحدة الأمريكية التي صدرت بعد احتجاز الرهائن، وأيضا مثال عن تعويض في حالة انتهاك قواعد قانون الدولي و حرمة السفارات والقنصليات من الاعتداءات ما أصدره القاضي الفدرالي في واشنطن بتاريخ 15 ديسمبر 2005 حكما على إيران بدفع مبلغ 126 مليون دولار الى الضحايا أو عائلاتهم في عملية التفجير التي استهدفت السفارات الأمريكية في بيروت عام 1983 خلال فتره الحرب الأهلية اللبنانية.⁽²⁾

ثالثا: قطع العلاقات الدبلوماسية

وتعتبر هذه الوسيلة من أخطر مظاهر سوء العلاقات بين الدولتين، بحيث يتم إلغاء التمثيل الدبلوماسي والقنصلي بين الدولة المضيفة والموفدة بسبب التوتر في العلاقات الودية، كالنزاع المسلح أو نتاج عدم الالتزام بقواعد القانون الدولي السابق الإشارة إليها، وهذا ما يؤدي الى القيام بتخفيض عدد أعضاء بعثتهما الدبلوماسية والقنصلية من الدولة الأخرى أو سحب سفيرها وقنصلها وترك رئاسة البعثة الدبلوماسية والقنصلية الى درجة قائم بالأعمال بدلا من السفر أو القنصل، كما تبقى هذه المقرات حتى في فترات وجود النزاع المسلح تحظى بحماية وحمية لازمة، كما يحق في هذه الحالة أن تعهد الدولة الموفدة حراسة مقراتها إلى دولة ثالثة.⁽³⁾

الخاتمة:

وفي ختام هذه الدراسة يتبين أنه يقع على الدول واجب يلزمها بتكريس مبدأ التعاون الدولي لصون حرمة السفارات والقنصليات ومنع جرائم الانتهاك بحقها، الذي تمليه اعتبارات أعمال البعثة الدبلوماسية والقنصلية القائمة على العلاقات الودية وما تفرضه عليها الاتفاقيات الدولية والإقليمية الخاصة من تطبيق على أرض الواقع، تجنباً للوقوع في مخالفات قانونية قد تنعكس بالسلب على الصورة الذهنية للدولة وسلطاتها خارجيا، أو يعرضها لمسؤولية دولية هي في غنى عنها وكان بالإمكان تفاديها خلال سير العمل اليومي، وإن حدث وانتهكت حرمة تلك المقرات رغم عدم تقصير الدولة المضيفة اتجاهها بالحماية، فإنه يقع عليها وعلى جميع الدول الأخرى التي دبر فوق أراضيها

⁽¹⁾ منتصر سعيد حمودة، المرجع السابق، ص 247.

⁽²⁾ ليلى حسن صفا، الحماية الدبلوماسية والدولية ومسؤولية الدولة أثناء النزاعات المسلحة، بدون طبعة، رشاد برس للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2010، ص 163 - 164، وكذلك فاوي الملاح، سلطات الأمن والحصانات والامتيازات الدبلوماسية في الواقع النظري والعملية مقارنة بالشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، إسكندرية، 1993، ص 372.

⁽³⁾ منتصر سعيد حمودة، المرجع السابق، ص 214.

ذلك الانتهاك أو كان المجرم مقيماً على أراضيها واجب تكثيف مجهوداتها حيال مقترفي هذا الجرم، سواء بتسليم المجرمين أو إحالتهم للمحاكمة وتمكين بعضهم البعض من تبادل المعلومات والمساعدات القضائية وإلى غاية تنفيذ الأحكام النهائية الصادرة عن هذه الأخيرة.

المراجع:

المراجع باللغة العربية:

- أحمد أبو الوفاء، القانون الدولي والعلاقات الدولية، بدون طبعة، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، 2006.
- أحمد محمد رفعت وصالح بكر الطيار، الإرهاب الدولي، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربي - الأوروبي، باريس، 1998.
- باسم محمد حمود الفهداوي، الجرائم المرتكبة ضد المدنيين في النزاعات الدولية المسلحة، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، 2013.
- ناظم عبد الواحد الجاسور، أسس وقواعد العلاقات الدبلوماسية والقنصلية، الطبعة الأولى، دار مجدلاوي للنشر و التوزيع، عمان، 2001.
- سامي جاد عبد الرحمن واصل، إرهاب الدولة في إطار القانون الدولي العام، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
- سليمان عبد المنعم، الجوانب الإشكالية في النظام القانوني لتسليم المجرمين، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007.
- عائشة هالة محمد أسعد طلس، الإرهاب الدولي والحصانة الدبلوماسية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1998.
- عبد العزيز بن ناصر عبد الرحمان العبيكان، الحصانات والامتيازات الدبلوماسية والقنصلية في القانون الدولي، الطبعة الأولى، شركة العبيكان، الرياض، 2008.
- فاوي الملاح، سلطات الأمن والحصانات والامتيازات الدبلوماسية في الواقع النظري والعملية مقارنة بالشرعية الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، إسكندرية، 1993.
- لينا حسن صفا، الحماية الدبلوماسية والدولية ومسؤولية الدولة أثناء النزاعات المسلحة، بدون طبعة، رشاد برس للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2010.
- منتصر سعيد حمودة، القانون الدبلوماسي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011.
- حولية لجنة القانون الدولي 2001، المجلد الثاني، الجزء الثاني، نيويورك وجنيف، 2007، ص 66.
- الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، السنة الثالثة، العدد 48، الجزائر، 10 يونيو 1966.
- جريدة القدس العربي، السنة التاسعة والعشرون، العدد 8822، 12 ماي 2017.

المراجع باللغة الأجنبية:

- American Bar Association, Model American convention on the prevention and punishment of certain serious forms of violence jeopardizing fundamental rights and freedoms, with appendices 1980, Division of Public Services, Washington, July 1983.
- Annuaire L'institut de Droit International 1895/1896 "Session de Cambridge", Tome 14, Réimpression Schmidt Periodicals, Bad Feilnbach-Germany, 1994.
- Conseil de l'Europe, Convention européenne pour la répression du terrorisme, Série des traités européens - n° 90, Strasbourg, 27/1/1977.
- FranciszekPrzetacznik, Protection of Officials of Foreign States According to International Law, MartinusNijhoff publishers, Boston/London, 1983.
- GarraudRené,Traité théorique et pratique du droit pénal français, Volume 3,Public Library, New York, 1913.
- Harvard law school, research in international law "diplomatic privileges and immunities", Cambridge Masschusetts, The American Journal of International Law, Vol. 26, No. 1, Cambridge University Press, 1932.
- Hervé ASCENSIO et Emmanuel DECAUX, Droit international pénal, Pédone, Paris, 2000.
- J.M. Sorel, « Les arrêts de la Cour internationale de Justice du 27 février 1998 sur les exceptions préliminaires dans les affaires dites de Lockerbie : Et le suspense demeure... », Revue générale de droit international public, 1998.
- Jones, Goronwy J, The United Nations and the Domestic Jurisdiction of States "Interpretations and Applications of the Non-intervention Principle", University of Wales Press, 1979.

- U.N, General Assembly 47 session, Item 129 of the provisional agenda, A/47/325, 7 August 1992.
- U.N, Resolution and Decision of The Security Council 1979, official records, thirty fourth year, New York, 1980.
- S.N, Convention Pour La Prévention et La Répression du Terrorisme (Genève, le 16 novembre 1937), Série de Publications de la Société des Nations V. Questions Juridiques, Vol 10, 1937.
- U.N, General Assembly 47 session, Item 129 of the provisional agenda, A/47/325, 7 August 1992.
- U.N, Treaty Series "Vienna Convention on Diplomatic Relations 1961", vol. 500, 2005.
- U.N, Treaty Series "Vienna Convention on Consular Relations 1963", vol. 596, 2005.
- U.N, Treaty Series "Convention to prevent and punish the acts of terrorism taking the form of crimes against persons and related extortion that are of international significance (Washington on 2 February 1971)", vol. 1438, 1986.
- U.N, Treaty Series "Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons Including Diplomatic Agents (14 December 1973)", vol. 1035, New York, 1984.
- Waillies G, L'infraction politique en droit positif belge, leuven, Bruxelles, wander, 1970.
- WEIS Paul, The Travaux Préparatoires Analysed with a commentary Article 33 "the refugee convention 1951".
- Working Paper Denmark to Convention ("Rome draft), Yearbook of the International Law Commission 1972, United Nations Publication, New York, Vol. II, 1974.

التكليف القانوني لجرائم العدوان في ظل التداخل الوظيفي بين المحكمة الجنائية الدولية ومجلس الأمن

د. ميخوثة أحمد

أستاذ محاضر قسم - أ -

معهد الحقوق والعلوم السياسية.

المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي - تيسمسيلت

ملخص:

يشكل تأسيس المحكمة الجنائية الدولية القائمة على مفهوم القضاء العالمي تغيراً نموذجياً في القانون الدولي، حيث يملك المجتمع الدولي اليوم آلية قضائية دولية دائمة تضطلع بمهمة معاقبة المتهمين بارتكاب جرائم دولية، خاصة بعدما تمّ تقنين جريمة العدوان والاتفاق على وضع تعريف لها، وتحديد شروط ممارسة المحكمة لاختصاصها في نص المادة (8) مكرر، والمادة (15) مكرر، مع تعليق ممارسة اختصاصها سنة 2017، إلا أنها تعتبر خطوة جبارة، على الرغم من إشكالية التداخل الوظيفي الذي يتعلق بتحريك الدعوى الجنائية، على ضوء سلطات مجلس الأمن، على ضوء نص المادتين (15) و(16) من النظام الأساسي، مما يجعل فعالية التصدي والتكليف القانوني لجرائم لعدوان على المحك.

الكلمات المفتاحية: جريمة العدوان، المحكمة الجنائية، مجلس الأمن، الإحالة، التوقيف، تحريك الدعوى، المدعي العام.

Abstract

The establishment of the International Criminal Court based on the concept of universal justice constitutes a paradigm shift in international law, Where the international community today has a permanent international judicial mechanism with the task of punishing those accused of international crimes, Especially after the crime of aggression has been codified and agreed to define it, And to determine the conditions of the Court's exercise of jurisdiction in the text of Article (8 bis) and Article (15 bis), With the suspension of the exercise of its competence until the end of January 2017, But it is considered a huge step, In spite of the problematic functional overlap of criminal proceedings, In the light of the powers of the Security Council, in the light of the provisions of articles (15) and (16) of the Statute, Making effective the legal response and adaptation of crimes of aggression at stake.

Key words : Crime of aggression, The Criminal Court, Security Council, Referral, Arrest, Public Prosecution.

مقدمة:

يكفل القانون الدولي الجنائي حماية خاصة للمصالح الجوهرية للمجتمع الدولي، بحيث أصبح وصف الجريمة الدولية على العديد من الأفعال والسلوكيات التي تنطوي على إخلال بسلامة النظام العام الدولي، خاصة عندما يتعلق الأمر بجريمة العدوان، التي تشكل حجر الأساس في مجال حفظ الأمن والسلم الدوليين، وأمام هذه التطورات الراهنة والمتعاقبة للنظام الدولي الجنائي سواء من الجانب المؤسساتي، أو ما تضمنه من نصوص قانونية، ثارت فكرة فعالية التطبيق العملي لأحكامه وقواعده، خاصة أمام التحولات الجذرية في مجرى العلاقات الدولية، خصوصاً فيما يتعلق بممارسة الاختصاص القضائي للمحكمة، والإشكالات القانونية التي تنشأ بمناسبة تدخل مجلس الأمن بموجب سلطاته وفقاً للميثاق، وتلك المحددة بموجب أحكام نظام روما، في التكييف القانوني لأعمال العدوان ومدى تأثيرها على الدور الوظيفي للمحكمة الجنائية الدولية بشكل عام والقواعد المتعلقة بالجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة بوجه خاص، وهي أهم إشكالية يتوجب الإجابة عنها من خلال هذه الدراسة التي تهدف إلى التعريف بجريمة العدوان، بتسليط الضوء على تطور مفهوم جريمة العدوان، بنظرة شمولية والتطرق للمشكلات العملية الواقعية التي تواجه التطبيق العملي في هذا الصدد والمتمثلة في تحديد المعايير التي يتحدد فيها ما إذا كان هذا السلوك من قبيل العدوان أم لا، خاصة فيما يتعلق بتحريك الدعوى الجنائية الدولية في جريمة العدوان وسلطة مجلس الأمن في الإجراء بموجب المادة (16) من نظام روما، بعد التوصل إلى تعريف جريمة العدوان على ضوء المؤتمر الاستعراضي للمحكمة الجنائية الدولية المنعقد بالعاصمة الأوغندية كمبالا 2010.

المبحث الأول: التجريم الدولي لأعمال العدوان في سياق تعريف الجرائم الدولية:

تعرض المجتمع الدولي طويلاً لانتهاكات جسيمة مسّت المصالح الجوهرية للمجتمع الدولي خاصة أن فكرة الحرب كانت إلى وقت قريب عملاً مشروعاً، فبرزت الجهود لوضع الأسس من أجل معاقبة مرتكبي الجرائم الدولية، وتقنين للجرائم الدولية والتي توجت باعتماد النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، التي تعدّ آلية لتطبيق أحكام القانون الدولي الجنائي، والقانون الدولي الإنساني، وباعتبار جريمة العدوان من أهم الجرائم الدولية، فقد أولى لها عناية خاصة للتعريف بها ووضع أركانها، بما أنها متعلقة أساساً بحماية المصالح المتصلة بالسلم العالمي وأحد متطلباته الأساسية، وحجر الزاوية في بنيان الأمن الجماعي الدولي، ولكي يمارس هذا النظام دوره في الحفاظ على السلم والأمن الدوليين، فإنه يضع الشروط والأسس الكفيلة لمجابهة آثار العدوان وتكاتف الجهود الدولية لمواجهة ومعاقبته¹.

المطلب الأول: الجهود التشريعية للأمم المتحدة في سياق التصدي لتعريف أعمال العدوان:

اتجهت جهود المجتمع الدولي إلى تجريم الحرب العدوانية عن طريق وضع اتفاقيات ومواثيق دولية، بهدف التوصل إلى تعريف شامل للعدوان وتحديد الأركان التي تحكم جريمة العدوان، فكان عهد العصبة أول نص دولي يعتبر العدوان جريمة دولية².

الفرع الأول: المحاولات الدولية لتعريف جريمة العدوان قبل إنشاء الأمم المتحدة:

فالجهود الدولية التي سبقت إنشاء الأمم المتحدة في التصدي للعدوان من خلال ما أقرته المعاهدات والمؤتمرات والاتفاقيات تكاد تخلوا من إيجاد تعريف واضح ودقيق لجريمة العدوان، وعلى الرغم من أنه يحسب لها على إنها قد أسبغت على حرب الاعتداء الصفة الدولية واعتبرها جريمة دولية³، حيث نصت المادة (12) من عهد للعصبة على أنه: "إذا نشأ نزاع من شأن استمراره أن يؤدي إلى احتكاك دولي يجب أن يعرض الأمر على لتحكيم أو التسوية القضائية أو التحقيق أو الحكم القضائي و تقرير المجلس.

وتواصلت الجهود الدولية لتي ترمي إلى تجريم لعدوان على ي دولة كانت باعتبارها عملاً غير مشروع دولياً ولم تتوقف في ظل عصبة الأمم، فقد ورد في ديباجة ميثاق المساعدة لمبادلة الذي تبنته العصبة في 1923 ما يلي: "تعلن الأطراف السامية المتعاقدة في صراحة ووضوح أن حر بالعدوان جريمة دولية، ويتعهد كل منهم من ناحيته بأن لا يقترف هذه الجريمة، كما نجحت الدول في استصدار قرار الجمعية العامة لعصبة الأمم في سنة 1927 ينص صراحة على أن: "حرب الاعتداء جريمة دولية"، وهذا القرار تبنته أكثر من ستين دولة،

غير أن ميثاق "بريان-كلوج" المنعقد في باريس سنة 1928 والذي تم توقيعه من طرف الدول في الوقت عندما حرم حرب العدوان كوسيلة لحل النزاعات لم يضع لطرق السلمية لفض النزاعات ولم يفرض على الدول واجب قبول الحلول التي يمكن أن تؤدي إليها الطرق السلمية.⁴

الفرع الثاني: محاولات تعريف جريمة العدوان بعد اعتماد ميثاق الأمم المتحدة:

بعد اعتماد ميثاق الأمم المتحدة، بدأت جهود الأمم المتحدة في التصدي لتجريم العدوان ووضع تعريف محدد له من خلال مؤتمر سان فرانسيسكو 1945 الذي استهدف تضمين الميثاق تعريفاً محدداً للعدوان⁵، ومحاولاً إيجاد صيغة قانونية دولية ملزمة يجرم فيها اللجوء إلى الحرب، ولكن المحاولات التي تستهدف تضمين الميثاق تعريف محدد للعدوان، فشلت وتم تبرير ذلك بأن صياغة تعريف العدوان يقيد من سلطات مجلس الأمن، وتحد من المرونة المطلوبة لتفعيل دور المنظمة، وبالمقابل تم تبني ميثاق الأمم المتحدة موقفاً صريحاً بشأن تجريم استخدام القوة وأعمال العدوان، أو التهديد باستخدامها في العلاقات الدولية وهذا من منطلق حفظ السلم والأمن الدوليين⁶.

أولاً: جهود اللجنة الخاصة بتعريف العدوان المنشأة من قبل الجمعية العامة:

نصت المادة الأولى من ميثاق الأمم المتحدة على أن: "مقاصد الأمم المتحدة هي أولاً حفظ السلام والأمن الدوليين واتخاذ التدابير الجماعية الفعالة لمنع الأسباب التي تهدد السلم وإزالتها، وقمع أعمال العدوان وغيره من وجود الإخلال باستخدام السلم"، كذلك فقد ذهبت الفقرة الرابعة من المادة الثانية على أن: "يتمنع أعضاء الهيئة جميعاً في علاقتهم الدولية عن التهديد باستخدام القوة أو باستخدامها ضد سلامة الأراضي أو الاستقلال السياسي لأية دولة أو على وجه آخر لا يتفق مع مقاصد الأمم المتحدة، وقد نصت الدول لأول مرة على جريمة حرب العدوان والعقاب عليها والمحكمة عنها أمام محكمة دولية بموجب لائحة لندن بتاريخ 1945/08/08 تتضمن محاكمة مجرمي الحرب، حيث نصت المادة السادسة منها على جريمة حرب الاعتداء باعتبارها جريمة دولية كما نصت المادة الخامسة من لائحة طوكيو الصادرة في 19 جانفي 1946⁷.

وعملاً بالصلاحيات المخولة للجمعية العامة على ضوء نص المادة (13 الفقرة - أ-) من الميثاق من أجل تجسيد للوصول إلى تعريف للعدوان قامت الجمعية العامة بإصدار القرار 22/2330 لسنة 1968 الخاص بتشكيل لجنة تتكون من 35 عضواً لدراسة مسألة تعريف العدوان وقد قدم للجنة المذكورة ثلاثة مشروعات من الدول لتعريف العدوان، ثم حدثت طفرة جوهرية في الموقف الدولي لمواجهة العدوان حين تخلت الدول الرئيسية المعارضة لفكرة تعريف العدوان عن موقفها المعارض، وقدمت مشروعاً لتعريف العدوان عرف بمشروع القوى الست، كذلك قدم مشروعاً آخران متلازمان مع هذا المشروع، وأصبح الطريق أمام اللجنة الخاصة للتقريب بين المشاريع المختلفة، لتتوصل أخيراً إلى إعداد مشروع يتضمن النصوص الخاصة بتعريف العدوان، وتقديمه للجمعية العامة مشفوعاً بتوصيتها⁸، وقد اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة في 14 ديسمبر 1974م، القرار رقم (3314)، تم من خلاله تبني تعريف جريمة العدوان، وهو يشكل أهمية بالغة، لأثره على مفهوم نظام الأمن الجماعي الدولي، وللصلة الوثيقة بين أعمال العدوان وتجرم استخدام القوة أو التهديد بها في العلاقات الدولية، وفقاً لنص هذا التعريف، فإن العدوان يمكن اعتباره جريمة دولية يترتب عليها مسؤولية دولية⁹.

فمن خلال مضمون لائحة الجمعية العامة (3314) نجد أنها تكرس أعمال العدوان كجريمة دولية، باعتباره يعد خرقاً لقواعد القانون الدولي، بل لا يكفي وصفها بأنها مجرد خرق، بل لا بد من وصفها بأنها جريمة دولية، وأكثر من ذلك باعتبارها أشد الجرائم الدولية خطورة، ويشكل هذا تطوراً نوعياً لا سيما أنه في ظل قواعد القانون الدولي التقليدي لم يتم وصف العدوان بأنه جريمة دولية¹⁰، وتجسد ذلك في أن الميثاق قد حرم في نص المادة (4)2 استخدام القوة حتى التهديد باستخدامها، وأعطى في الفصل السابع منه لمجلس الأمن، مهمة حفظ الأمن والسلم الدوليين عن طريق إجراءات جماعية دولية، حتى ولو تطلب ذلك استخدام القوة لتحقيق تلك الأهداف.

ولو أردنا تبني تعريف عام وواسع من تعريف القرار **3314** فيمكن القول أن العدوان هو "استخدام القوة أو التهديد بها من قبل دولة أو مجموعة دول ضد إقليم وشعب دولة أخرى بأية صورة كانت ولأي سبب أو لأي غرض مهما كان فيما عدا الأفعال التي يكون القصد من استخدامها الدفاع الشرعي الفردي أو الجماعي ضد اعتداء مرتكب من قبل قوات مسلحة أو استخدامها في عمل قمع متخذ من الأمم المتحدة".¹¹

ذلك أن المبادرة باستخدام القوة المسلحة تشكل عنصراً جوهرياً في تكييف جريمة العدوان، أو بمعنى آخر تعتبر المبادرة قرينة على أن الدولة معتدية، وتظل تلك القرينة سارية المفعول ومرتببة لآثارها القانونية، إلى أن يقرر مجلس الأمن أنها ليست من قبيل العدوان، كان تكون مثلاً استخداماً لحق الدفاع الشرعي في الدفاع عن النفس، وقد أكدت المادة السابعة من القرار، على أن التعريف الوارد بالمادة الأولى، لا يخل بأي حال بحق تقرير المصير، والحرية والاستقلال، المنصوص عليه في الميثاق خاصة تلك الشعوب، التي جردت من هذا الحق بالقوة، والشعوب الخاضعة للأنظمة الاستعمارية، أو العنصرية، أو لأي شكل من أشكال السيطرة الأجنبية، كما أن التعريف لا يخل بحق هذه الشعوب في الكفاح من أجل استقلالها، وفي تلقي المساعدة وفقاً لمبادئ الميثاق.¹²

ثانياً: محاولات تعريف جريمة العدوان من خلال أعمال لجنة القانون الدولي:

أنشأت الجمعية العامة للأمم المتحدة لجنة القانون الدولي التابعة لها في **2 نوفمبر 1948**، وأصدرت في نفس الوقت توجيهاتها إلى اللجنة، لوضع المبادئ المنبثقة عن محاكمات نورمبرغ في صياغة قانونية ومحاولاً إعداد مسودة مدونة للجرائم الواقعة ضد السلم والأمن وسلامة البشرية¹³، وهو يجسد اتجاه الدول نحو السعي لتعريف العدوان، خاصة أن الميثاق جاء خالياً من تعريف العدوان، لذلك بدأت جهود الدول في هذا المجال ابتداءً من عام **1953** عندما قدم الإتحاد السوفيتي إلى الجمعية العامة مشروعاً لتعريف العدوان، وعلى أثره صدر قرار رقم **378 في 17 نوفمبر 1950**، لإحالة الاقتراح إلى لجنة القانون الدولي وطلب عرض الرأي، إلا أن اللجنة لم تنتهي في دراستها إلى تعريف العدوان، واكتفت بالإشارة إلى أن العدوان يعد من الجرائم المنصوص عليها في مشروع التقنين الخاص للجرائم ضد السلام وأمن البشرية، وعلى إثر ذلك شكلت الجمعية العامة لجنة من **19** عضواً لدراسة المشروع وقدمت اللجنة تقريرها في عام **1957** إلا أن ردود الفعل الدول كانت ضعيفة تجاه المشروع المذكور ولم يؤدي إلى وضع تعريف للعدوان.¹⁴

واستمراراً لدور منظمة الأمم المتحدة، في التصدي لجريمة العدوان، خاصة مع المتغيرات الدولية بعد عام **1990**، باشرت اللجنة أعمالها من جديد، حيث صدر مشروع تقنين الجرائم ضد أمن وسلامة البشرية عام **1991م**، عن طريق لجنة القانون الدولي، والذي تضمن في مادته رقم **15** مفهوم العدوان موضحة أنماطه، وكذا مفهوم التهديد باستخدام العدوان عن طريق التصريح أو استعراض القوة أو أي إجراءات يمكن أن تعطي سبباً قوياً لاحتمال القيام بعدوان ضد دولة أخرى، ويظهر أن أهم مسألة أدت إلى أخفاق الدول في التوصل إلى جريمة العدوان هي شروط ممارسة المحكمة اختصاصها دون الإخلاء بصلاحيات مجلس الأمن، المختص الأول طبقاً للفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، فأغلب دول كمجموعة عدم الانحياز بالإضافة إلى دول أخرى طالبت بالمحافظة على المركز المستقل للمحكمة الجنائية الدولية، وإن تكون صلاحيتها في تحديد المسؤولية الجنائية الدولية للأفراد غير متوقفة على قرار سابق من مجلس الأمن، ومرد ذلك تخوفها من استعمال أحد الأعضاء الخمس لحق الفيتو، مما يحول دون ممارسة المحكمة اختصاصها على جريمة العدوان، في حين تتمسك الدول الكبرى بموقفها القاضي بتعليق اختصاص المحكمة في المتابعة على جريمة العدوان على ضرورة صدور قرار سابق من مجلس الأمن يقرر فيه حالة العدوان.

وقد عبرت عن هذا الاتجاه لجنة القانون الدولي من خلال مشروع إنشاء محكمة جنائية دولية سنة 1994، إذ نصت المادة (23) من هذا المشروع على انه لا تودع أي شكوى بخصوص عمل عدواني أو فعل مرتبط به، إلا إذا كان قد صدر عن مجلس الأمن قرار يثبت ارتكاب الدولة للفعل العدواني موضوع الشكوى¹⁵، وعلى الرغم من قيمة المشروع الذي قدمته لجنة القانون الدولي في سياق إعداد نظام أساسي لمحكمة جنائية دولية، وقيمة نجاحها في إبراز وتطوير مفهوم الجرائم الدولية وصورها، إلا أن هناك ما يثير التساؤل، بالفعل حول جريمة العدوان، هو رفض الدول المتفاوضة في مؤتمر روما، اعتماد تعريف العدوان الذي جاء به الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب القرار (3314)، مع أنه يعد تعريفاً شاملاً، بالإضافة إلى سوابق العمل القضائي من خلال محاكمات نورمبرغ والتي جرمت العدوان، وعاقبت مرتكبيه حتى في ظل غياب تعريف محدد للعدوان في ذلك الوقت¹⁶.

المطلب الثاني: تقرير أعمال العدوان كجريمة دولية على ضوء النظام المؤسس للمحكمة الجنائية الدولية:

تعدّ جريمة العدوان أحد الجرائم التي تختص بها المحكمة الجنائية الدولية، وفق ما جاء في الفقرة 1 من المادة (5)، مستجيبة بذلك لتطلعات المجتمع الدولي بتجريم الأعمال العدوانية، وضمان لتحقيق العدالة الجنائية الدولية، على الرغم من مسألة اختصاص المحكمة الجنائية الدولية بشأن جريمة العدوان العقبة الأبرز، والمسألة الأكثر إثارة للجدل، على أساس أن هذا الأمر طرح التساؤل حول المركز الذي سيكون لمجلس الأمن في هذا السياق وعلاقته بالمحكمة الجنائية الدولية بصدد جريمة العدوان، وهو ما من شأنه أن يثير مسألة التداخل الموجود بين مجلس الأمن والمحكمة الجنائية الدولية في تكييف جريمة العدوان¹⁷.

الفرع الأول: إدراج جريمة العدوان ضمن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية:

تعتبر جريمة العدوان من ضمن الجرائم التي تختص بها المحكمة الجنائية الدولية، بموجب المادة (05) الفقرة (01)، وعلى الرغم من أن اختصاص المحكمة قد تشمل جريمة العدوان، غير أن الدول المشتركة ف مفاوضات روما أخفقت في الاتفاق الذي يجب تبنيه بشأن جريمة العدوان بين الأخذ بالتعريف الحصري الذي يقوم على تعداد لأفعال العدوان على سبيل الحصر، تأكيداً لمبدأ الشرعية المأخوذة به في القوانين الداخلية وتسهيلاً لمهمة الجهة المختصة في تقرير وقوع جريمة العدوان، أو الأخذ بالتعريف العام تفادياً لجمود التعريف الحصري، استناداً إلى معايير عامة تعطي سلطة تقديرية أوسع لأجهزة مختصة، والأخذ بالتعريف الإرشادي الذي ينطوي على تعريف عم ثم يلحقه بتعدد عل سبيل المثال لنماذج من الأفعال التي يشكل أي ارتكاب لأي فعل منه جريمة العدوان¹⁸، إلا أنه تم تعليق الاختصاص بموجب المادة (05) الفقرة (02) إلى حين اعتماد حكم بشأن هذا بعد مضي سبع سنوات من دخول الاتفاقية حيز التنفيذ، طبقاً لنص المادتين (121) و (123) من النظام الأساسي، ويجب أن يكون هذا الحكم متسقاً مع الأحكام ذات الصلة بميثاق الأمم المتحدة، وبذلك فإنه تم تقييد اختصاص المحكمة بمحاكمة مرتكبي هذه الجريمة، ولم يتم وضع الشروط اللازمة لممارسة اختصاصها ولم يتم تعريفها¹⁷.

يظهر من هذا أنه لم يتم وضع تحديد دقيق لجريمة العدوان في نظام روما الأساسي رغم أنه ورد في مشروع روما المقدم لمؤتمر الدبلوماسي آراء متباينة بشأن تعريف جريمة العدوان، حيث برز اتجاه أول يدعو إلى تبني الخصائص العامة دون تقديم إشارة تفصيلية لأفعال المكونة لجريمة العدوان فيما يبرز اتجاه آخر يدعو إلى تبني التعريف الوارد في لائحة الجمعية العامة رقم (3314) وفي ذلك أن هذا القرار قد جاء بالحد الأدنى أو العنصر المتعلق بالمسؤولية الدولية للدولة المعتدية، وفي تقرير المسؤولية الجنائية للأفراد، فيما برز اتجاه ثالث يعرف جريمة العدوان أنها تلك المرتبطة بالهجوم المسلح الذي تقوم به دولة ضد السلامة الإقليمية أو الاستقلال السياسي لدولة أخرى أو ذلك بهدف الاحتلال العسكري أو الضم الجزئي أو شامل لإقليم تلك الدولة¹⁹.

وبما أن مسألة إدراج العدوان في نطاق اختصاص المحكمة الجنائية الدولية كانت محل جدل واختلاف بين الدول، تم في الأخير التوصل إلى حل توفيقى يقضي بإدراج جريمة العدوان ضمن الاختصاص المادي للمحكمة، لكن بتعليق اختصاص المحكمة إلى حين تحديد التوصل إلى تعريف جريمة العدوان، وبيان شروط ممارسة المحكمة لاختصاصها وأحيل الأمر إلى اللجنة التحضيرية من أجل إعداد تعريف العدوان، وبذلك كان هذا الحل خروج من المأزق، لان التراجع عن اعتبار العدوان جريمة دولية، يتناقض مع ما جاء في مبادئ نورمبرغ، ومشروع مدونة الجرائم المخلة بسلم الإنسانية وأمنها لسنة 1996، وكان سيكون بمثابة مفارقة بإغفال تجريم أفعال وسلوكيات، وصفت بالجريمة الدولية، وهو في الغالب مصدر نشوء الحالة التي ترتكب فيها الجرائم الثلاث الأخرى التي تختص بها المحكمة، كما هو الأمر بالنسبة للجرائم الحرب والإبادة، والجرائم ضد الإنسانية²⁰.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لأعمال العدوان وإشكالية تحديد الجهاز المختص بتكليف جريمة العدوان:

على الرغم من التوصل إلى إدراج جريمة العدوان في المادة (05) من النظام الأساسي، إلا أن اختصاص المحكمة الجنائية الدولية الفعلي بشأنها يبقى معلقاً إلى غاية إعداد اللجنة التحضيرية تعريفاً لأعمال العدوان، وحل إشكالية تحديد الجهاز المختص بتكليف جريمة العدوان، رغم اعتماد الجمعية العامة تعريفاً بشأن جريمة العدوان، إلا أن ذلك لا يسري مباشرة على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية²¹، فمسألة إدراج جريمة العدوان في نطاق الاختصاص الموضوعي للمحكمة الجنائية الدولية كانت من المسائل الأكثر تعقيداً في مؤتمر روما الدبلوماسي، لا سيما اختيار الوسيلة المثلى لإدراج هذه الجريمة في اختصاص المحكمة، ولم يتوصل إلى إيجاد حل مقبول يحقق التوازن بين صلاحيات مجلس الأمن من جهة، واستقلالية المحكمة من جهة أخرى، نظراً لارتباط مفهوم هذه الجريمة، بسلطات مجلس الأمن، وعليه كان منطقياً أن تثار مسألة العلاقة الموجودة بين اختصاصات المحكمة الجنائية الدولية بشأن جريمة العدوان، واختصاص مجلس الأمن الدولي المستمد من ميثاق الأمم المتحدة في التحقيق في هذا النوع من الجريمة، حيث تبين أن دور مجلس الأمن في ممارسة المحكمة الجنائية الدولية لصلاحياتها بخصوص جريمة العدوان، كان يتمحور حول منح المجلس سلطة تحديد وقوع فعل العدوان، الذي هو شرط لإثارة المسؤولية الجنائية الدولية الفردية قبل أن تباشر المحكمة إجراءاتها بشأن جريمة العدوان²²، وأن إعطاء هذه السلطة الحصرية لمجلس الأمن في تحديده لعمل العدوان، استناداً إلى السلطة المخولة له بموجب الميثاق، بموجب المادة (39)، ذلك أن التحقق من وجود فعل العدوان، يعتبر من الصلاحيات الممنوحة لمجلس الأمن، ولقد تأكد لواقعي النظام بأن منح المحكمة الجنائية اختصاص النظر في جريمة العدوان لا يمكن فصله عن دور المجلس في الحفاظ على السلم والأمن الدوليين، لأن له أن يقدم في ذلك توصيات أو يقرر ما يجب اتخاذه من تدابير وفقاً لأحكام المادتين (41) و(42) من الميثاق، وهو ما يتسق مع ما جاء في نص المادة (05) الفقرة (02) من النظام الأساسي للمحكمة²³.

بالرغم من الانتقادات الموجهة لهذا الطرح بأن تحديد وقوع الفعل العدواني هو مسألة سياسية وليست مسألة قانونية، ولا يمكن التعامل معها وفق منطوق القانون في غياب وجود معايير قانونية، يمكن من خلالها تحديد وقوع العمل العدواني الذي يشمل أكثر من مجرد استيفاء معايير قانونية²⁴، كما أن الدور الحصري لمجلس الأمن في تحديد العمل العدواني جاء بهدف تحويل المحكمة الجنائية الدولية حق ممارسة اختصاص النظر في جريمة العدوان، وليس كشرط مسبق لاتخاذ التدابير القمعية، بناء على الفصل السابع من الميثاق، وفي ذلك يصعب التمييز بين المسؤوليات في مجال حفظ السلم والأمن الدوليين، وتحديد الاختصاص فيما يتعلق بجريمة العدوان²⁵.

كما أن أنه يترتب على اقتراح إعطاء مجلس الأمن سلطة حصرية في تحديده المسبق لوقوع العمل العدواني، أن لا تمارس المحكمة الجنائية اختصاصها لجريمة العدوان ما لم يحدد مجلس الأمن وقوع الفعل العدواني، وإذا مارست المحكمة الجنائية اختصاصها فإن دورها يكون مقتصرًا على تحديد مقدار المسؤولية التي تعود على الفرد في ارتكاب الدولة للعمل العدائي²⁶، ووفقاً لهذا التصور فإنه إذا قرر مجلس الأمن

ألا يتصرف مطلقاً فالمحكمة الجنائية ستقوم بنفس الأمر، وإذا قرر مجلس الأمن التصرف والبت بخصوص هذا العمل العدواني فإن هذا القرار يعتبر ملزماً للمحكمة الجنائية، بغض النظر عن مشروعيتها.

ويتبين مما سبق ذكره أن إعطاء مجلس الأمن سلطة حصرية في تحديده المسبق لوقوع فعل العدوان، له من تأثير سلبي على استقلالية المحكمة وينتج عنه تعليق عمل المحكمة في المتابعة القضائية لجريمة العدوان في ظل مؤشرات عديدة على ضوء النظام الأساسي للمحكمة، فبالنسبة لجريمة العدوان يمكن القول أنه لا يوجد في الحقيقة ما يبرر تعليق اختصاص المحكمة الدولية بشأن جريمة العدوان خاصة أنه سبق للجمعية العامة أن عرفته، لذلك يمكن القول أن تعليق اختصاص المحكمة الجنائية الدولية إلى غاية تحديد تعريف لجريمة العدوان، سبب غير مقنع ما دامت أن الجمعية العامة قد قامت بتعريفه في قرارها رقم (3314)، فالسبب هو سياسي أكثر مما هو قانوني، ورغم عدم إعطاء النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية تعريفاً لجريمة العدوان، إلا أنه يبقى مكسباً في سبيل إدراج جريمة العدوان ضمن قائمة الجرائم التي تختص بها المحكمة الجنائية الدولية.

المبحث الثاني: اكتمال البيان القانوني لجريمة العدوان: التوصل إلى تعريف جريمة العدوان في المؤتمر الاستعراضي في كمبالا 2010:

أقر المؤتمر الاستعراضي للمحكمة الجنائية المنعقد من 31 ماي إلى غاية 11 جوان 2010، قراراً بتوافق الآراء، أدخل بموجبه تعديلاً على نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، بحيث يتضمن تعريفاً للعدوان ويضع الشروط التي بموجبها يمكن للمحكمة أن تمارس اختصاصها فيما يتعلق بالجريمة، وإن الممارسة الفعلية للولاية خاضعة للقرار الذي سيتخذ بعد الأول من جانفي 2017 من قبل الأغلبية نفسها للدول الأطراف المطلوبة لاعتماد أي تعديل في النظام الأساسي، ويمثل ذلك تطوراً نوعياً في سبيل مكافحة الجرائم الدولية، خاصة بعد اعتماد تعريف بجريمة العدوان، التي أثارت إشكالات عديدة، وتساؤلات حول فعالية نظام العدالة الجنائية الدولية، وفي تطور النظام الجنائي الدولية، وحول طبيعة الدور الذي من المؤمل تقوم به المحكمة الجنائية الدولية.

المطلب الأول: الأركان المشكّلة لجريمة العدوان على ضوء نتائج مؤتمر كمبالا:

حسم المؤتمر في إشكالية تعريف جريمة العدوان مستنداً في ذلك على قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 3314 المؤرخ في 14 ديسمبر 1974، وفي هذا السياق اتفق الأعضاء على وصف العدوان على أنها الجريمة التي ارتكبتها زعيم سياسي أو عسكري والتي بحكم خصائصها وخطورتها وحجمها تشكل انتهاكاً واضحاً لميثاق الأمم المتحدة، حيث ورد تعديل على جريمة العدوان وذلك بحذف نص (الفقرة 2 من المادة (5) من نظام روما الأساسي، ونص على وجوب إدراج تعريف جريمة العدوان بموجب نص (المادة 8 مكرر) والتي نصها كالتالي²⁷:

أ- لأغراض هذا النظام الأساسي، تعني " جريمة العدوان"، قيام شخص ما، له وضع يمكنه فعلاً من التحكم في العمل السياسي أو العسكري للدولة أو من توجيه هذا العمل، بتخطيط أو إعداد أو بدء أو تنفيذ عمل عدواني يشكل، بحكم طابعه وخطورته ونطاقه، انتهاكاً واضحاً لميثاق الأمم المتحدة.

ب- لأغراض الفقرة (1) يعني " العمل العدواني"، استعمال القوة المسلحة من جانب دولة ما ضد سيادة دولة أخرى أو سلامتها الإقليمية أو لاستقلالها السياسي، أو بأي طريقة أخرى تتعارض مع ميثاق الأمم المتحدة، وتنطبق صفة العمل العدواني على أي عمل من الأعمال التالية، سواء بإعلان حرب أو بدونه، وذلك وفقاً لقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة (3314) (د-9) المؤرخ في 14 ديسمبر 1974:

- قيام القوات المسلحة لدولة ما بغزو إقليم دولة أخرى أو الهجوم عليه، أو أي احتلال عسكري ولو كان مؤقتاً، ينجم عن مثل هذا الغزو أو الهجوم، أو أي ضم لإقليم دولة أخرى أو لجزء منه باستعمال القوة.
- قيام القوات المسلحة لدولة ما بقصف إقليم دولة أخرى بالقنابل أو استعمال دولة ما أية أسلحة ضد إقليم دولة أخرى.

- ضرب حصار على موانئ دولة ما أو على سواحلها من جانب القوات المسلحة لدولة أخرى.
 - قيام القوات المسلحة لدولة ما بمهاجمة القوات المسلحة البرية أو البحرية أو الجوية الأسطولين البحري والجوي لدولة أخرى.
 - قيام دولة ما باستعمال قواتها المسلحة الموجودة داخل إقليم دولة أخرى بموافقة الدولة المضيفة، على وجه يتعارض مع الشروط التي تنص عليها الاتفاق، أو أي تمديد لوجودها في الإقليم المذكور إلى ما بعد نهاية الاتفاق.
 - إرسال عصابات أو جماعات مسلحة أو قوات غير نظامية أو مرتزقة من جانب دولة ما أو باسمها تقوم ضد دولة أخرى بأعمال من أعمال القوة المسلحة تكون من الخطورة بحيث تعادل الأعمال المعددة أعلاه، أو اشتراك الدولة بدور ملموس في ذلك.
- لقد اعتمد في تعريف جريمة العدوان تعريفاً توفيقياً بين التعريف العام وبين التعريف الحصري الذي ذكر بعض الأمثلة، لكنها لم تكن على سبيل الحصر بل على سبيل الاسترشاد، فالتعريف الإرشادي الذي ينطوي على إيراد تعريف عام ثم يلحقه تعداد على سبيل المثال لنماذج من الأفعال التي يشكل ارتكاب إي فعل منها جريمة العدوان²⁸، فالتعديلات التي أدخلت على نظام روما الأساسي، لا سيما تلك المتعلقة بالمادة (8) مكرر والمتعلقة بأركان جريمة العدوان، قدمت فرصة للمضي خطوة أخرى إلى الأمام في تطوير القانون الدولي الجنائي، وإن تعريف جريمة العدوان والسماح للمحكمة الجنائية الدولية بممارسة ولايتها القضائية فيما يتعلق بجميع الجرائم المنصوص عليها في المادة (5) من النظام الأساسي سيسمح بإنهاء الإفلات من العقاب في الجرائم الدولية الأكثر خطورة، إلا أنه وعلى الرغم من ذلك فلا تزال الممارسة الفعلية للولاية خاضعة للقرار الذي سيتم اتخاذه في 2017 من قبل الأغلبية نفسها، من الدول الأطراف المطلوبة لاعتماد أي تعديل في النظام الأساسي، وتعتبر هذه الخطورة كخطوة جديرة بالترحيب حيث ستعطي جميع الدول ما يكفي من الوقت للنظر في جميع المقترحات²⁹.

المطلب الثاني: تقييد سلطات مجلس الأمن غير المطلقة في تحديده المسبق لوقوع أعمال العدوان

إن الإشكاليات المتعلقة بكيفية ممارسة المحكمة لاختصاصها فيما بجريمة العدوان، قم تم الفصل فيها بتحديد جهة الاختصاص، من خلال التعديلات التي مست نص المادة (15) من النظام الأساسي، وفيما يلي سوف يتم توضيح الشروط المتعلقة لممارسة جريمة العدوان، وتم إعطاء دور لمجلس الأمن في تحديده المسبق للعمل العدواني، مع تحديد جهات أخرى تتدخل في الحالة التي لا يقوم فيها مجلس الأمن بتحديد وقوع العمل العدواني، وهي الإحالة من قبل الدولة الطرف، ومباشرة المدعي العام للتحقيقات من تلقاء نفسه ومباشرة تحريك الدعوى الجنائية.

الفرع الأول: الاختصاص الأصيل لمجلس الأمن في تكييف جريمة العدوان

إن الإخفاق في التوصل لجريمة العدوان سابقا، كان دافعه المعارضة الشديدة لإعطاء مجلس الأمن سلطة حصرية في تحديد جرائم العدوان، التي يجب أن تكون محل المتابعة القضائية أمام المحكمة الجنائية الدولية، وكانت مخاوف هذه الدول في هذا الصدد تتمحور بالدرجة الأولى حول حق الفيتو للدول دائمة العضوية في مجلس الأمن، الذي يمكن أن يستعمل على حد سواء لحماية قيادات هذه الدول وقيادات الدول المتحالفة معها من المحاكمة²⁸، تم التأكيد من قبل المؤتمرين على فكرة أن مجلس الأمن يجب أن لا يتمتع بدور حصري في تحديد وقوع الفعل العدواني من أجل تفعيل اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، في النظر في جريمة العدوان، وهذا الدور يجب أن يكون على أساس جعل مجلس الأمن أول من تتاح له الفرصة في البت في وقوع الفعل العدواني لكن دون أن يعيق عدم بت مجلس الأمن في شأن هذه المسألة، ممارسة المحكمة الجنائية الدولية لاختصاص النظر في جريمة العدوان³⁰، واقع الأمر أن مؤتمر كمبرالا الاستعراضي أقام، تمييزاً في إطار تحديده لدور مجلس الأمن في إثبات وقوع الفعل العدواني، وبين دور المدعي العام من جهة، والإحالة الصادرة عن مجلس الأمن من جهة أخرى³¹.

فلقد نصت المادة (15 مكرر) المتعلقة بممارسة الاختصاص بشأن جريمة العدوان. على أنه إذا خلص المدعي العام إلى وجود أساس معقول للبدء في تحقيق فيما يتعلق بجريمة العدوان، فيجب عليه، أن يتأكد أولاً مما إذا كان مجلس الأمن قد اتخذ قراراً مفاده وقوع الفعل العدواني ويقوم بإخطار الأمين العام، بالوضع القائم أمام المحكمة الجنائية الدولية وتقديم أية معلومات ذات صلة³² ويجوز للمدعي العام أن يشرع في تحقيقه في حالة وجود مثل ذلك القرار³³ على أن يكون من الواضح أن هذا لم يمنع المدعي العام من الشروع في التحقيق في حالة عدم اتخاذه قرار من هذا القبيل في غضون ستة أشهر من تاريخ الإبلاغ، ويُفهم من ذلك حول إعطاء جهات أخرى يحوّل لها التدخل في حالة عدم قيام مجلس الأمن بتحديد وقوع العمل العدواني، ويتمثل في ضرورة حصول المدعي العام قبل البدء في التحقيق بشأن جريمة العدوان، فيما عدا الحالات المحالة إلى المحكمة وفقاً للمادة 13(أ) و (ج) وأمام عدم قيام مجلس الأمن بتحديد وقوع العمل العدواني، للحصول على إذن من الدائرة التمهيدية للمحكمة الجنائية الدولية، للتحقيق في جريمة العدوان، ويجب على الدائرة التمهيدية أن تتبع في اتخاذ هذا الإجراء الأوضاع المنصوص عليها في المادة (15)، من نظام روما الأساسي³⁴، بمعنى أن تقوم بدراسة الطلب والمواد المؤيدة، والنظر فيما إذا كان هنا كأساس معقول للشروع في التحقيق، والنظر فيما إذا كانت الدعوى تقع على ما يبدو في إطار اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، غير أنه لا يكفي للمدعي العام الإذن المتخذ على النحو المذكور، لكي يبدأ التحقيق في جريمة العدوان، بل يجب أن لا يكون مجلس الأمن قد قرر عدم السير في هذه التحقيق وفقاً للمادة (16) من نظام روما الأساسي³⁵.

حيث يتبين لنا أنه لم يتم النص بصريح العبارة على أن الدائرة التمهيدية ستقوم بالفصل في وقوع الفعل العدواني، حيث سبق لرئيس الفريق العامل الخاص المعني بتعريف جريمة العدوان أن دعا إلى النظر في أهمية أن تبت الدائرة التمهيدية من الناحية الموضوعية في وقوع عمل من أعمال العدوان قبل مضي المدعي العام في التحقيق، و طلب القبض على المتهمين، وقدر الرئيس أن هذا الحكم سيتماشى مع الخيارين 3 و 4 من البديل 2 من ورقة الرئيس اللذان يتطلبان البت من الناحية الموضوعية في مرحلة مبكرة من التحقيق، وهذا إما من طرف الجمعية العامة أو محكمة العدل الدولية حسب ورقة الرئيس، وسيؤدي إلى مزيد من الضوابط الإضافية على أعمال المدعي العام بالمقارنة بدور الدائرة التمهيدية في الفقرة الرابعة من المادة 15 من نظام روما الأساسي³⁶.

في جميع الأحوال، يبدو من خلال نص المادة (15 مكرر) أنه ليس هناك بت مبكر في وقوع العمل العدواني من الناحية الموضوعية في حالة عدم قيام مجلس الأمن بذلك في المدة المقررة له، الأمر الذي سيجعل هذه المسألة خاضعة لدراسة المحكمة الجنائية الدولية، في مرحلة المحاكمة وستكون للمتهم حينئذ فرصة مناقشة هذا الأمر، وتجدر الإشارة في الأخير إلى أن ممارسة المحكمة الجنائية الفعلية لاختصاصها فيما يتعلق بجريمة العدوان وفقاً للأحكام التي وضعت في مؤتمر كمبالا الاستعراضي، لن يكون في الأمد القريب، لأن هذا الأمر مرهون بقرار يتخذ من جمعية الدول الأطراف بعد 1 جانفي 2017 بنفس أغلبية الدول الأطراف مثلما يقتضي في اعتماد تعديل يدخل على النظام الأساسي، و بعد مرور سنة واحدة على التصديق أو قبول التعديلات من طرف 30 دولة طرف أيهما هو اللاحق. وهذا يدل على عدم اقتناع الدول بصورة كبيرة بالأحكام المعتمدة في مؤتمر كمبالا الاستعراضي، وهناك إمكانية لإعادة النظر في هذه الأحكام.

الفرع الثاني: المقاربة المفاهيمية المتعلقة بجريمة العدوان في إطار المؤتمر الاستعراضي

من المفهوم أن التعديلات التي تناولها المؤتمر شملت أيضاً الاختصاص الزمني والمحلي بشأن جريمة العدوان، حيث أن ممارسة المحكمة لاختصاصها تنحصر في جرائم العدوان المرتكبة فقط بعد اتخاذ القرار المنصوص عليه في الفقرة 3 من المادة (15 مكرر)، ومرور سنة وحدة على التصديق و القبول بالتعديلات من ثلاثين دولة طرف أيهما كان غالباً، وأن الأعمال العدوانية تنطبق فقط لأغراض هذا النظام الأساسي، ووفقاً للمادة (10) من نظام روما الأساسي، لا تفسر هذه التعديلات على أنها تحدّ أو تخلّ، بأي شكل من الأشكال بقواعد القانون الدولي القائمة أو تلك التي تتطور فيما بعد لأغراض غير أغراض هذا النظام الأساسي، فعلى الرغم من أن مؤتمر كمبالا الاستعراضي أعطى بعداً وتطوراً على نظام روما، المؤسس للمحكمة الجنائية الدولية، خاصة فيما يتعلق بجريمة العدوان، بالرغم من أن أحكام نظام روما الأساسي تقصر القيام بالإجراءات القضائية المتعلقة بهذه الجريمة على السلطات المحددة للمحكمة، إلا أن هناك صلاحيات يقرّ بها نظام روما الأساسي لمجلس الأمن من شأنها أن تقيّد - إلى حد كبير - قدرة المحكمة على القيام بتلك الإجراءات.

فوفقاً للمادة 15 الفقرة (06) مكرر من نظام روما الأساسي، يحق للمحكمة أن تمارس اختصاصها بشأن جريمة العدوان في حالة الإحالة إليها من قبل دولة طرف، أو قيام المدعي العام بذلك من تلقاء نفسه، إلا أن اختصاص المحكمة مقيد في هذه الحالة، بسطات يحق لمجلس الأمن أن يمارسها ويحدد - بناءً عليها - مدى إمكانية البدء في تلك الإجراءات من عدمها؛ حيث تنص المادة 15(6) مكرر على أنه "عندما يخلص المدعي العام إلى وجود أساس معقول للبدء في تحقيق يتعلق بجريمة عدوان، عليه أن يتأكد أولاً مما إذا كان مجلس الأمن قد اتخذ قراراً مفاده وقوع عمل عدواني ارتكبه الدولة المعنية.

وعلى المدعي العام أن يبلغ الأمين العام للأمم المتحدة بالوضع القائم أمام المحكمة، بما في ذلك أي معلومات أو وثائق ذات صلة." و على ذلك، لا يجوز للمحكمة أن تبدأ في الإجراءات التحقيق في هذه الجريمة إلا بعد أن يصدر قرار من مجلس الأمن بوقوع حالة عدوان. وبعبارة أخرى، إن صدور قرار من قبل المجلس، يعد شرطاً للبدء في الإجراءات القضائية بشأنها من قبل المحكمة. لذا، لا بد من التأكيد هنا على أنه "يجوز للمدعي العام، [فقط] في الحالات التي يتخذ فيها مجلس الأمن هذا القرار، أن يبدأ التحقيق فيما يتعلق بجريمة عدوان، وكماؤشر آخر على عدم تمتع المحكمة الجنائية بالاختصاص الكامل للنظر في جريمة العدوان، يقضي نظام روما الأساسي بأنه "في حالة عدم اتخاذ قرار من هذا القبيل في غضون ستة أشهر بعد تاريخ الإبلاغ، يجوز للمدعي العام أن يبدأ التحقيق فيما يتعلق بجريمة عدوان، شريطة أن تكون الشبهة التمهيدية قد أذنت ببدء التحقيق فيما يتعلق بجريمة عدوان وفقاً لإجراءات الواردة في المادة (15)، وأن لا يكون مجلس الأمن قد قرر خلاف ذلك طبقاً للمادة (16)، فالعبارات الواردة في هذا النص واضحة الدلالة للتأكيد على أنه في حال صدور قرار من مجلس الأمن يقضي بعد موجود أسباب جادة تدعو للبدء في التحقيق، أو إذا قرر عدم إحالة موقف ما إلى المحكمة بسبب عدم وقوع جريمة عدوان، لا يجوز للمدعي العام أن يبدأ في إجراءات التحقيق في الواقعة المعنية، حتى وإن أجازت الدائرة التمهيدية له القيام بذلك³⁷.

ومجمل القول هنا أن جميع الصلاحيات التي تتمتع بها المحكمة معلقة على عدم صدور قرار من مجلس الأمن يقضي بعدم المضي في الإجراءات القضائية المتعلقة بجريمة العدوان، وقد كان من المؤمل - في وقت تبني نظام روما الأساسي - أن يكون تعليق اختصاص المحكمة بشأن جريمة العدوان مؤقتاً إلى حين تحقق شرط أساسي، وهو التوصل إلى تعريف محدد لها. ولكن على الرغم من نجاح المؤتمر الاستعراضي للدول الأطراف، والذي عقد في كمبالا بتاريخ 11 يونيو 2010 في تبني تعريف لجريمة العدوان، إلا أن اختصاص المحكمة فيما يتعلق بهذه الجريمة لا يزال معلقاً على شرط آخر أساسي، وهو تقرير وجود حالة عدوان، وهذه المهمة الأخيرة لا تقوم بها المحكمة الجنائية، وإنما يختص بها مجلس الأمن. وبعبارة أخرى، لمتعد المحكمة الجنائية إلى الآن معنية - بشكل كامل - بالتصدي لهذه الجريمة الخطيرة؛ حيث لا يزال مجلس الأمن محتفظاً بالدور الأكبر في التعامل معها.

وبالإضافة إلى صلاحياته المشار إليها أعلاه بشأن جريمة العدوان، يتمتع مجلس الأمن بسلطات أخرى واضحة في تقييد صلاحيات كل من الدول الأطراف والمدعي العام للمحكمة في التعامل مع الجرائم الأخرى التي تدخل في اختصاصها، وذلك من خلال تأجيل التحقيق والمحكمة لحالة تمت إحالتها إلى المحكمة من قبل دولة طرف، وفقاً للمادة 13(أ) أو من قبل المدعي العام من تلقاء نفسه، وفقاً للمادة (15)، وذلك بناءً على قرار يتخذه المجلس وفقاً لأحكام الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، إضافة إلى ما جاء في نص المادة (16) التي تفرغ ما جاءت به تعديلات مؤتمر كمبالا، حيث إن صلاحية مجلس الأمن المتعلقة بإرجاء التحقيق، أو المقاضاة من شأن إعمالها أن يحول دون تمكن المحكمة من القيام بوظيفتها القضائية المحددة لها، في نظام روما الأساسي، بل وقد تساهم في إلغاء دورها بشكل كامل، وتكمن خطورة هذه المادة في حقيقة أنها تخرج جريمة العدوان، أشد الجرائم خطورة من نطاق المقاضاة والعدالة، وتجعلها رهينة الاعتبارات السياسية التي تحكم عمل مجلس الأمن. إلا أن هذا لم يمنع من القول على أن واضعي نظام روما، حاولوا العمل على وضع حل يأخذ بعين الاعتبار مطلب تحقيق الهدف من إنشاء المحكمة الجنائية الدولية بوضع حد للإفلات من العقاب جهة، ومطلب احترام مهام ومسؤوليات مجلس الأمن في مجال حفظ السلم والأمن الدوليين من جهة أخرى، على نظام قانوني يكون لمجلس الأمن في إطاره دوران أحدهما له طابع إيجابي، فيما يتعلق في كونه يُعد آلية تنفيذ في سياق عملية ملاحقة مرتكبي الانتهاكات الجرائم الدولية، والزام الدول بالتعاون مع المحكمة الجنائية الدولية، والآخر له طابع سلبي، خاصة في ظل تداخل الاعتبارات السياسية، ويكون بذلك موعوقاً أمام مباشرة المحكمة في مباشرة اختصاصاتها في ملاحقة ومحكمة مرتكبي الجرائم الدولية.

خاتمة:

إن نجاح المجتمع الدولي في إرساء مدونة عقابية جنائية، تعمل على التصدي للجرائم الدولية، التي تمثل خطراً على المصالح الجوهرية للمجتمع الدولي، وباعتبار المحكمة الجنائية أداة رئيسية في هذا السياق وهي أن فعالية هاته المحكمة، كانت ولا زالت محل تساؤل خاصة في الغموض الذي اكتنف تحديد جريمة العدوان، باعتبارها أشد وأخطر الجرائم الدولية، وعلى الرغم من التوصل والنجاح النسبي في تعريف وتحديد أركان جريمة العدوان، بعد التعديلات المتعلقة بتعريف وشروط ممارسة الاختصاص بالنظر في جرائم العدوان، نجد ان ممارسة المحكمة قد تتأثر في الكثير من الحالات التي يقوم فيها مجلس الأمن بمباشرة سلطاته المحددة في النظام الأساسي، وذلك في تحديد وقوع العدوان كشرط إجرائي مسبق لتحرك المحكمة لجنائية الدولية ويرتب آثار سلبية على التداخل بين عملهما، بين جهاز سياسي وهو مجلس الأمن وجهاز قضائي وهو المحكمة الجنائية الدولية، والإشكالات القانونية التي تثار نتيجة هذا التداخل، على اعتبار على أن تحقيق العدالة يفرض الابتعاد عن المؤثرات السياسية، أثناء تطبيق القانون حيث يفترض أن فعالية المحكمة باعتبارها جهازاً قضائياً من خلال سلطة التأجيل والإرجاء، وتقييد صلاحيات المدعي العام وأيضاً أن اختصاص المحكمة على جريمة العدوان والممارسة الفعلية، بقي مرهوناً باتخاذ جميعه الدول الأطراف لقرار في هذا الشأن بأغلبية مساوية للأغلبية المطلوبة لاعتماد تعديلات على النظم الأساسي، وسوف لن يكون ذلك ممكناً قبل شهر جانفي 2017، ولذلك يصعب إيجاد مبرر منطقي من خلال إقرار صلاحية مجلس الأمن بشأن جريمة العدوان، إذ يفترض أن يكون لها استقلالية كاملة في قيامها بوظيفتها الأساسية، خاصة في التعامل مع موضوع جريمة العدوان التي تقتضي الاستناد إلى قواعد قانونية بحتة، وهو ما يقيمي ميزان العدالة الجنائية الدولية على المحك في ظل العلاقة المعقدة بين مجلس الأمن والمحكمة الجنائية الدولية، حيث يبرز على العموم أملاً في الأفق من خلال التغلب على هاته المعضلة، خاصة ليؤدي النظام القضائي الدولي على أحسن وجه، يبقى ممكناً في إطار إصلاح هيئة الأمم، بحيث تقلص تأثير مجلس الأمن على الإجراءات القضائية للمحكمة الجنائية الدولية، حيث أن المحكمة الجنائية الدولية على المستوى الإجرائي تحظى باستقلالية، وبالتالي أن إمكاني تطوير العدالة الجنائية الدولية، لا يتم إلا في إصلاح التوازن السلطات الأممية للجمعية العامة خاصة في مواجهة مجلس الأمن ولا يتم ذلك إلا في إصلاح منظومة الأمم المتحدة في سياق النظام العام

الجديد، وفي مدى قدرة الأمم المتحدة على فرض سيادة القانون، في ظل تكريس العدالة الانتقائية، التي تبقى رهينة المصالح السياسية و الأهواء الذاتية للأعضاء الدائمون في مجلس الأمن.

الهوامش:

- 1- محمود شريف بسيوني: " المحكمة الجنائية الدولية، نشأتها ونظامها الأساسي، مع دراسة لتاريخ لجان التحقيق الدولية والمحاكم الجنائية الدولية"، دار الشروق ، القاهرة، ط3، العام 2004، ص 08. وأيضاً: كمال حماد: " جريمة العدوان إحدى الجرائم الخطيرة في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية، ضمن الندوة العلمية ، المحكمة الجنائية الدولية تحدي الحصانة"، كلية الحقوق ، دمشق ، 2001. ص 270- 271.
- 2- مُجد صايني يوسف: " الإطار العام للقانون الدولي الجنائي في ضوء أحكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية"، دار النهضة، القاهرة، 2002، ص 18.
- 3- منتصر سعيد حمودة: " المحكمة الجنائية الدولية-النظرية العامة للجريمة الدولية"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 103.
- 4- ولعل من أهم الوثائق الدولية التي تناولت الإشارة إلى عدم جواز اللجوء إلى الحرب في فض المنازعات اتفاقية لاهاي الثانية 1907 و تقرير لجنة المسؤوليات مجرمي الحرب والجزاءات 1919 ومعاهدة فرساي (المادة 227) منها وميثاق عصبة الأمم 1920 وبروتوكول جنيف 1924 واتفاق لوكارنو وميثاق بريان كيلوج 1928، وان المجتمع الدولي لم يعد يعترف بالحرب كأداة مشروعة في العلاقات الدولية، وأن الحرب العدائية على ضوء هاته الموثائق أصبحت جريمة دولية. مُجد صايني يوسف، مرجع سابق، ص 18.
- 5- إبراهيم الدراجي: " جريمة العدوان ومدى المسؤولية القانونية عنها"، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2006، ص 147.
- 6- سمعان بطرس فرج الله: " تعريف العدوان"، المجلة المصرية للقانون الدولي، 1968، ص ص، 197- 198.
- 7- عبد الله علي عبو سلطان: " دور القانون الدولي الجنائي في حماية حقوق الإنسان"، دار دجلة، عمان، 2010، ص 127.
- 8- رشيد حمد العنزي: " مدى مشروعية قرار مجلس الأمن حول الوضع في دار فور" مجلة الحقوق، الكويت، العدد 04 ديسمبر 2011.
- 9- مُجد المجذوب: " القانون الدولي لحقوق الإنسان وشرعية المقاومة ضد الاحتلال"، منشورات الحلبي، دمشق، 2005، ص 33.
- 10- إبراهيم دراجي ، مرجع سابق، ص ص. 183- 188.
- 11- سمعان بطرس فرج الله، مرجع سابق، ص 191- 194. أيضاً ، إبراهيم الدراجي، مرجع سابق، ص 188.
- 12- كمال حماد ، مرجع سابق، ص 270- 271.
- 13- مخلد الطراونة: " القضاء الجنائي الدولي"، مجلة الحقوق ، الكويت ، العدد الثالث، سبتمبر 2003، ص ص 141- 142.
- 14- عبد الفتاح سراج: "مبدأ التكامل في القضاء الدولي الجنائي-دراسة تأصيلية تحليلية"، ط 1، دار النهضة، القاهرة، 2001، ص 04.
- 15- نصر الدين بوسماحة: " المحكمة الجنائية الدولية، شرح اتفاقية روما مادة بمادة"، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 27.
- 16- ليندة معمر يشوي: " المحكمة الجنائية الدولية الدائمة واختصاصاتها"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص 217.
- 17- نصر الدين بوسماحة، مرجع سابق، ص 20.
- 18- عبد الفتاح سراج، المرجع السابق، ص 05.
- 19- أنظر: مضمون اللائحة 3314 الصادرة عن الجمعية العامة بتاريخ 14 ديسمبر 1974.
- 20- سهام شاهين: " الإشكاليات المتعلقة ببعض جوانب الاختصاص الموضوعي للمحكمة الجنائية الدولية- جريمة العدوان نموذجاً"، بحث مقدم إلى الندوة العلمية، المحكمة الجنائية الدولية تحدي الحصانة"، كلية الحقوق ، دمشق ، 2001. ص ص، 7- 8.
- 21- علي عبد القادر القهوجي: " القانون الدولي الجنائي، أهم الجرائم الدولية"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2001، ص 24
- 22- منتصر سعيد حمودة، مرجع سابق، ص 158، علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق، ص 25.
- 23- مُجد يوسف علوان: " اختصاص المحكمة الجنائية"، السنة العاشرة، العدد الأول، 2002، ص 245، وأيضاً: الفقرة (2) من المادة (5) من نظام روما الأساسي
- 24- أنظر: المادة (39) من ميثاق الأمم المتحدة.
- 25- نصر الدين بوسماحة: " المحكمة الجنائية الدولية، شرح اتفاقية روما مادة بمادة"، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر ، 2008.
- 26- رشيد حمد العنزي: " محاكمة مجرمي الحرب في ظل قواعد القانون الدولي"، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة 15، العدد 01، مارس 1991، ص 331.

- 27- مُجَّد يوسف علوان، مرجع سابق، ص 246.
- 28- نصر الدين بوسماحة، مرجع سابق، ص 22.
- 29- تقرير اللجنة التحضيرية التابعة للمحكمة الجنائية الدولية، بتاريخ، 24 جويلية 2002.
- 30- لجنة الصياغة: " مشروع قرار، جريمة العدوان، المؤتمر الاستعراضي لنظام روما"، المحكمة الجنائية الدولية"، الوثيقة، رقم RC/P43.
- 31- مُجَّد حسن القاسمي: " المحكمة الجنائية الدولية ومجلس الأمن، عشر سنوات من التعايش، أم التصادم " مجلة الشريعة والقانون"، جامعة الإمارات العربية، السنة، 28- العدد 57 يناير 2001، ص 34.
- 32- مُجَّد حسن: القاسمي، المرجع، نفسه، ص 35.
- 33- المادة 15 مكرر (7). من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
- 34- المادة 15 مكرر (8) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
- 35- المادة (15) مكرر (9) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.
- 36- محمود شريف بسيوني: " المحكمة الجنائية الدولية، مدخل لدراسة أحكام وآليات الإنقاذ الوطني للنظام الأساسي"، دار الشروق، 200، ص 45.
- 37- CHLOE BERTRAND ،" LE crime d'agression " in: Hervé ascension ، Emmanuel Decaux Alain pellet 'droit international pénal'، 2^{ème} éditions a révisée 'pédone paris، 2012، p: 171
- 38- CHLOE BERTRAND، ibid، p: 172
- 39- مُجَّد حسن القاسمي ، مرجع سابق، ص 39.

التنمية السياسية ومفهوم الأزمة داخل النظام السياسي

د. مبروك كاهي

أستاذ محاضر (ب)

جامعة قاصدي مرباح ورقلة

kahi30@live.fr

الملخص:

تركز الدراسة على العناصر الأساسية للتنمية السياسية، والتي بواسطتها يمكن تحقيق الوحدة والتكامل بين أجزاء المجتمع، فالعديد من النزاعات والتوترات العالمية لا سيما داخل الدولة الواحدة يرجعها بعض الباحثين إلى غياب التنمية السياسية، هذه الأخيرة هي أحد الوظائف الأساسية للنظام السياسي، وبها يتم تحقيق مبدأ المساواة والعدالة الاجتماعية أحد ركائز ودعم الوحدة والتكامل بين أجزاء المجتمع.

الكلمات المفتاحية: التنمية السياسية، العدالة الاجتماعية، وظائف النظام السياسي، التكامل الاجتماعي، التنشئة السياسية.

Summary:

The study focuses on the basic elements of political development through which unity and integration can be achieved. Many international conflicts and tensions, especially within the same country, are attributed to the absence of political development. The latter is one of the basic functions of the political system. Social justice is one of the pillars of and support for unity and integration among parts of society.

key words: Political development, social justice, political system functions, social integration, political upbringing.

مقدمة:

تعتبر التنمية السياسية من بين الوظائف الرئيسية التي يقوم بها النظام السياسي في أي دولة من العالم، فالتنمية السياسية تحض بأهمية بالغة من قبل النظام، فمن خلالها يستطيع النظام السياسي تحقيق مبدأ المساواة بين جميع أفراد المجتمع، وذلك بتجاوز أو الغاء جميع الفروق والانتماءات العرقية وحتى الثقافية والفوارق الاجتماعية، والتنمية السياسية تمكن المواطنين من المشاركة في عمليات صنع القرار، هذه المشاركة تتم عبر المجالس التشريعية والمؤسسات الدستورية أي أن النظام السياسي يوفر عدة قنوات تمكن أفراد المجتمع من المشاركة السياسية، مما يعطي المواطنين القدرة على إدراك مشكلاتها الحقيقية وكيفية التعامل مع هذه المشكلات تعاملًا عقلانيًا رشيدًا يضمن للأفراد الحصول على حقوقهم، كما يضمن للسلطة المحافظة على سير النظام العام وعدم المساس به أو تعطيله بأي شكل من الأشكال.

فالنظام السياسي يهدف من خلال التنمية السياسية إلى تحقيق الوحدة والتكامل السياسي بين أفراد المجتمع، ولا يتأتى تحقيق هذا الهدف إلا بعد أن يتجاوز النظام السياسي أو يقدم أجوبة على بعض السمات التي إن فشل فيها قد تتحول إلى أزمة.

01- تعريف التنمية السياسية:

هناك العديد من التعريفات التي تناولت موضوع التنمية السياسية، وتجدر الإشارة أن هذا المفهوم ظهر في منتصف الخمسينات من القرن الماضي، أي أنه مصطلح حديث على ميدان العلوم السياسية لم يكن معروف من قبل، أين افتقرت المجتمعات في تلك الفترة إلى القيم السياسية الثابتة نتيجة عدة ظروف لعل أبرزها تبعات الحرب العالمية الثانية وموجات التحرر التي اجتاحت دول العالم الثالث في تلك الفترة، ونتيجة لهذا الوضع وخطورته على الاستقرار السياسي والعملية الديمقراطية ككل عمل علماء الاجتماع السياسي على تطوير آلية تضمن المحافظة على وحدة المجتمع وتكامله السياسي هذه الآلية متمثلة في التنمية السياسية وقد حققت نجاحاً في الدول التي كانت لها الإرادة والجدية الفعلية في تطبيقها وهو ما انعكس إيجاباً على الأداء والنمو الاقتصادي.

وقد أعطت منظمة الأمم المتحدة تعريفاً للتنمية على أنها العمليات التي يمكن بها توحيد جهود المواطنين والحكومة، لتحسين الأحوال الاقتصادية والاجتماعية في المجتمعات المحلية، ومساعدتها على الاندماج، والمساهمة في تقدمها بأقصى قدر من المستطاع.

وتعرف التنمية كذلك على أنها عملية تصاعدية مستمرة من أسفل إلى أعلى تجتاح وتنتشر في المجتمع كله رأسياً وأفقياً، وقد تبدأ التنمية بالنخبة أو فئة أو شريحة مجتمعية معينة، لكنها بعد ذلك تنتقل للمجتمع بوسائل عدة للمجتمع كله وتصبح شاملة، هذه الوسائل قد تتمثل في طرق اعلامية ثقافية اقتصادية اجتماعية سياسية وحتى سلوكية نفسية¹.

ويمكن إعطاء تعريف شامل للتنمية على أنها نقلة نوعية وكمية من وضع إلى آخر أفضل منه وفي جميع المجالات الاقتصادية السياسية الاجتماعية الثقافية وحتى التكنولوجية.

فالتنمية كمفهوم عام هي مفهوم شامل وواسع يمس بالدرجة الأولى المجتمع، ومن هذه المقاربة فإن التنمية السياسية هي جزء لا يتجزأ من التنمية الكلية للمجتمع، ويمكن تعريف التنمية السياسية على أنها.

فالتنمية السياسية هي عملية تفاعل ثقافي سياسي تتداخل فيه العوامل المادية بالمعنوية، وهي متظافرة مولدة حالة انتقال للمجتمع من وضع التخلف إلى التقدم السياسي، هي عملية معرفة بالأساس، حيث تزيد كما ونوعاً في المجال السياسي لدى الفرد والمجتمع. يساعد النظام السياسي على وضع هذه المعرفة موضع التطبيق من خلال العمليات السياسية المتعددة مثل الترشيح، الانتخابات، حرية التعبير والتصرف، تداول السلطة سلمياً،.... الخ.

ويعرفها الباحث العراقي الدكتور "غازي فيصل" بأنها ظاهرة بنوية ترتبط بعلاقات المجتمع وقوى الانتاج بالقوة والسلطة، والوضع الطبقي والاجتماعي، لذا فإن الانتقال من التخلف إلى التنمية بإعادة توزيع القوى الاجتماعية والثروة الاقتصادية والسلطة السياسية².

وتعرف التنمية السياسية على أنها تعبئة الجماهير وتفاعلهم مع النظام القائم وعدم وقوفهم موقف اللامبالاة ويتسم ذلك بدرجة المشاركة الشعبية الموسعة.

¹ أمين مجد علي ديور، دراسات في التنمية السياسية. غزة الجامعة الاسلامية كلية الاقتصاد والعلوم السياسية 2011 ص 07

² غازي فيصل، التنمية السياسية في بلدان العالم الثالث. بغداد جامعة بغداد كلية العلوم السياسية 1993 ص 08

وتعرف أيضا التنمية السياسية بأنها الاستقرار والتغيير المنظم، ويرتبط الاستقرار بمفهوم التنمية على أساس أنه أي شكل من التقدم الاقتصادي والاجتماعي يعتمد على البيئة الملائمة لذلك، إن دور التنمية السياسية يتحدد في تسهيل النمو الاقتصادي، كما تسهم في هئية الظروف للتغير في القيم مما يكفل التحول نحو المجتمعات الحديثة.

ومن ناحية أخرى تعمل التنمية على قيام المؤسسات التي تلائم الظروف الاقتصادية والاجتماعية وعلى تعبئة الجماهير وتفاعلها مع النظام القائم¹.

ويمكن تعريف التنمية السياسية كذلك على أنها "قيادة وإدارة العلاقة بين الأفراد والتنظيمات، والنشاطات الحكومية والعلاقات الخارجية للبلاد، كي يبلغ المجتمع أهدافه"².

وهناك بعض التعريفات للتنمية السياسية لكنها غالبا ما تركز على طابع العلاقات بين أفراد المجتمع والمؤسسات الحكومية السياسية والاقتصادية والاجتماعية، ومن هذا المنطلق فإن "التنمية السياسية هي زيادة المساواة وقدرة النظام على تمايز البنى السياسية" هذا التعريف يركز كثيرا على متغير المساواة بين أفراد المجتمع المدني من جهة وبين احدى الوظائف الأساسية للنظام السياسي وهي وظيفة تمايز البنى السياسية أي استقلال المؤسسات عن بعضها مما يعطيها أريحية أكبر لأداء مهامها بعيدا عن أي ضغط من أية جهة كانت وبذلك تتحقق التنمية السياسية وفقا لهذا التعريف، فالنظام المتطور سياسيا هو الذي يواجه بنجاح الضرورات الوظيفية لكل نظام سياسي، وهي عند بعضهم وضع رموز سياسية متغيرة ورموز لتطويد الهوية الوطنية، وبنية مركزية قانونية وسياسية. وقنوات لتنظيم الصراع السياسي، والتنمية السياسية تتطلب من النظام السياسي:

- قدرة النظام السياسي على التعامل مع بيئته الداخلية والبيئة الخارجية.
- قدرة النخبة الحاكمة على تحقيق التنمية.
- أن يكون الهدف من وراء التنمية السياسية هو عملية بناء حقيقية للديمقراطية.³

مفهوم الأزمة:

يعتبر مصطلح الأزمة من أكثر المصطلحات تداولاً في القرن الماضي وبداية الألفية الجديدة، كما تكاد تكون الأزمة روتين في حياة الأفراد إلا أن حدتها تختلف من شخص إلى آخر كما أن كيفية التعامل معها ليست موحدة وإن كانت متشابهة في بعض الأحيان، لكن قبل أن نقوم بتعريف الأزمة نقوم بتحديد المفهوم اللغوي والاصطلاحي للأزمة.

الأزمة لغة: تعني الشدة والقحط، يقال أصابتهم سنة أزمتهم أزما، أي استأصلتهم، وأزم علينا الدهر أزم علينا أزما، أي اشتد وقل خيره.

الأزمة اصطلاحاً: هي حالة توتر ونقطة تحول تتطلب قرار ينتج عنه مواقف جديدة سلبية كانت أو ايجابية، تؤثر على مختلف الكيانات ذات العلاقة¹.

¹ محمد منير حجاب، الاعلام والتنمية الشاملة. القاهرة: دار الفجر للنشر والتوزيع ط1 ص 87

² أسعد سمير أسعد حلبوني، "المدرسة التجديدية في الفكر الإسلامي وأثرها على التنمية السياسية المشاركة السياسية عند المرأة نموذجاً". رسالة لنيل شهادة

ماجستير في برنامج التخطيط والتنمية السياسية، كلية الدراسات العليا جامعة النجاح الوطنية نابلس فلسطين 2012 غير منشورة ص 36

³ صالح بلحاج، " التنمية السياسية نظرة في المفاهيم والنظريات " www.google.com تاريخ الاطلاع على الصفحة 23/02/2014

الفرق بين المشكلة والكارثة والأزمة:

المشكلة: تعتبر الباعث الرئيسي الذي يسبب حالة من الحالات غير المرغوب فيها، وتحتاج عادة إلى جهد منظم للتعامل معها وحلها، وقد تؤدي إلى وجود أزمة لكنها ليست الأزمة في حد ذاتها.

الكارثة: تعرف الكارثة بمفهومها العام وهو الغم، والكارث هو الأمر المسبب للغم الشديد وتعتبر الكارثة عن حالة مدمرة حدثت فعلاً ونجم عنها ضرر في الماديات أو في المعنويات أو كليهما معاً.²

أما فيما يخص خصائص الأزمة فيمكن اجمالها فيما يلي:

- التداخل في عناصرها والتشابك والتعقيد في أسبابها والقوى المؤيدة والمعارضة لها.
- عنصر المفاجأة الذي تحدته والتركيز الذي تحظى به لدى المؤسسات والأفراد.
- قلة البيانات المتوفرة عنها وعدم الدقة فيها.
- إنها تمثل نقطة تحول رئيسية وأساسية لأحداث متسارعة ومتشابكة.
- يصاحبها صدمة وتوتر بدرجة عالية خاصة في بدايتها مما يسبب الضعف في امكانية التأثير الفعال فيها.
- إن مفهوم الأزمة يتسم بشمولية طبيعته، واتساع نطاق استعماله. لذا، فهو ينطبق على صور مختلفة من العلاقات الإنسانية في كافة مجالات التعامل الإنساني. الأزمة، تهديد خطير لعملية تشغيل النظام السياسي، تنشأ من مجموعة أحداث مترابطة تعبر أساساً عن صورة من صور الصراع.

ويعرف علماء الاجتماع الأزمة على أنها "اختلال نظام القيم والتقاليد المرعية إلى درجة تقتضي التدخل السريع لمواجهته، والعمل على إعادة التوازن على هذا النظام، وذلك من خلال تطوير هذه القيم والتقاليد حتى تتلاءم مع التغيير الناجم عن تطور المجتمع". الأزمة بهذا المعنى، هي عبارة عن خلل يؤثر تأثيراً مادياً ملموساً على النظام كله. في حين يقصد بالأزمة سياسياً، "حالة أو مشكلة تأخذ بأبعاد لنظام سياسي وتلايبيه وتستدعي اتخاذ قرار لمواجهة التحدي الذي تمثله". لذا، فعند دراسة أيّ أزمة بالعموم، إن مفهوم الأزمة يتسم بشمولية طبيعته، واتساع نطاق استعماله. لذا، فهو ينطبق على صور مختلفة من العلاقات الإنسانية في كافة مجالات التعامل الإنساني. الأزمة، تهديد خطير لعملية تشغيل النظام السياسي، تنشأ من مجموعة أحداث مترابطة تعبر أساساً عن صورة من صور الصراع.

يعرف علماء الاجتماع الأزمة على أنها "اختلال نظام القيم والتقاليد المرعية إلى درجة تقتضي التدخل السريع لمواجهته، والعمل على إعادة التوازن على هذا النظام، وذلك من خلال تطوير هذه القيم والتقاليد حتى تتلاءم مع التغيير الناجم عن تطور المجتمع". الأزمة بهذا المعنى، هي عبارة عن خلل يؤثر تأثيراً مادياً ملموساً على النظام كله. في حين يقصد بالأزمة سياسياً، "حالة أو مشكلة تأخذ بأبعاد لنظام السياسي وتلايبيه وتستدعي اتخاذ قرار لمواجهة التحدي الذي تمثله". لذا، فعند دراسة أيّ أزمة بالعموم،

ويختلف مفهوم الأزمة باختلاف طبيعتها فهناك الأزمة الاقتصادية¹ والأزمة السياسية والأزمة الاجتماعية وغيرها، وارتباط هذه العناصر مع بعضها البعض يدل دلالة قطعية على وجود أزمة حضارية شاملة، ويعرفها "مُحمَّد حسن بملول" "علاقة اجتماعية بين متغيرين مختلفي التوازن"²

¹ صبحي رشيد اليازجي، "إدارة الأزمات من وحي القرآن الكريم، دراسة موضوعية" مجلة الجامعة الإسلامية، غزة فلسطين، العدد الثاني 2011 ص 334

² صبحي رشيد اليازجي، نفس المرجع ص 336

ولدراسة وتحليل أي أزمة لا بد من مراعاة العناصر الخمسة التالية:

01- طبيعة الأزمة.

02- طبيعة المدخلات.

03- تأثير النظم المجتمعية الأخرى.

04- قدرة النظام ومستويات أدائه.

05- موقف الفاعلية الداخلية للنظام اتجاه الأزمة.

أما عن أسباب الأزمة فهي متعددة ومتنوعة منها ما هو سياسي ومنها اقتصادي واجتماعي وحتى ثقافي، إلا أن عندما تمس الانظمة فرعا ما فإنها تؤثر على بقية الفروع الأخرى على اعتبار أنها كلها تخضع للنظام الكلي وهو النظام الاجتماعي وباقي الأنظمة الأخرى (السياسية والاقتصادية والاجتماعية...) هي جزء منه.

01- **الأسباب السياسية:** وهي من الأسباب الرئيسية لحدوث الأزمة وتساهم كثيرا في تطورها وحدة تفاقمها، ذلك أن الأزمة الحادثة تعبر عن سوء العلاقة بين النظام وسلطته من جهة والمجتمع المدني من جهة ثانية، وهو ما ينتج عنه هوة أو قطيعة بين هذين المتغيرين، وهناك عدة عوامل أو أسباب تفقد المجتمع المدني الثقة في النظام السياسي لعل أبرزها.

- غياب سلطة سياسية قوية تدير الأمور، وتعمل على توجيه العملية السياسية وإحداث تغييرات تنظيمية وسياسية³.

- فشل مؤسسات النظام في وظيفة بلورة المصالح وتجميعها، وهذا ما ينعكس على العملية البيروقراطية، أي أن أجهزة النظام السياسي تتحول من أجهزة خدمة إلى أجهزة حكم، وهذا ما يعمق الهوة أكثر بين النظام السياسي والمجتمع.

- إشكالية شرعية النظام السياسي في حد ذاته، وهنا تظهر مسألة الحريات العامة وكيفية تعامل النظام السياسي معها وزيادة القهر والتسلط كلها وغيرها تساهم في حدة وتفاقم الأزمة بين النظام والمجتمع.

- الفساد السياسي والإداري عندما تستشري هذه الظاهرة خاصة من قبل شاغلي المستويات العليا للإدارة، فإن جميع مؤسسات

الدولة تصاب بحالة من اللاعقلانية واللارشادة في التسيير مما يجعل المجتمع المدني أما استفهام حول جدوى النظام السياسي وموقفه من هذه الظاهرة التي هي في الاصل ازمة قد تترتب عنها أزمات أخرى⁴.

02- **الأسباب الاقتصادية:** وهي الأخرى لا تقل أهمية عن الأولى (السياسية) فضعف الأداء والمردودية للمنشآت الاقتصادية الضخمة التي كلفت المجتمع تكاليف وتضحيات جسيمة من شأنها أن تخلق أزمة بينه وبين النظام السياسي القائم الذي يتولى عملية اصدار القرارات وتوجيه السياسات العامة الخاصة بالقطاع الاقتصادي، كذلك العلاقة بين الديمقراطية السياسية والتنمية الاقتصادية غالبا ما يتم

¹ الأزمة الاقتصادية هناك من يعتبرها ضمن دورة حياة الاقتصاد وأنها تعطي نفسا آخر له، مثل الأزمة الاقتصادية التي وقعت في سنة 1929 والتي أعطت للنظام الرأسمالي بعدا آخر من حيث التنظيم والنشاط والكفاءة والفعالية، إذن فالأزمة هي حالة صحية أكثر منها مرضية فقط تختلف حدتها ووقوعها بحسب قوة الاقتصاد القائم.

² محمد بقاسم حسن بهلول، الجزائر بين الأزمة الاقتصادية والأزمة السياسية. الجزائر: مطبعة حلب، 1993 ص15

³ نوال بلحري، " أزمة الشرعية في الجزائر 1962-2007". مذكرة لنيل شهادة ماجستير في قسم العلوم السياسية والعلاقات الدولية كلية العلوم السياسية

والاعلام، فرع التنظيم السياسي والإداري، غير منشورة ص39

⁴ ثناء فؤاد عبد الله، الدولة والقوى الاجتماعية في الوطن العربي، علاقات التفاعل والصراع. بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية، ط1 سنة 2001

تصويرها بشكل سلمي، خاصة أثناء عملية التحول الديمقراطي أين يتم المساس أو الاضرار بالأداء الاقتصادي خاصة في الانظمة دول العالم الثالث التي كانت تعاني من الأنظمة التسلطية.

03- الأسباب الاجتماعية: تنشأ الأزمة لأسباب اجتماعية لعدة نتائج أو أسباب، تتسبب عادة عن اختلال في التوازن الاجتماعي بين مختلف الطوائف والشرائح، أو بينها أو بين السلطة السياسية والنظام السياسي، والسلطة الحاكمة فيه، وينعكس هذا الوضع في أزمة اجتماعية قد تمس مختلف المجالات، والأزمة الاجتماعية قد تحدث لعدة أسباب لعل أبرزها تزايد لجوء الدولة إلى السياسات والممارسات القمعية، لضمان سيطرتها على المجتمع، كذلك التنافس بين مختلف القوى الاجتماعية المتعددة في المبادئ الفكرية والسياسية، الامر الذي يؤدي الى انتقال مدروس نحو توازن جديد للقوى الحزبية والسياسية، أو سقوط النظام تحت مطرقة الضغط الاجتماعي المتصاعد، وعدم وجود قنوات صالحة لاستيعاب هذا الصراع وإعادة تأسيسه سلميا.

وتسبب ظاهرة التهميش في حدوث أزمة اجتماعية وينتج عن هذا الأمر أزمة عزوف لدى أفراد المجتمع وعدم اهتمامهم بالحياة السياسية، وبهذا يحدث انفصام بين عالم التهميش والنخب السياسية والاقتصادية، وهو ما يولد علاقات الاقصاء وعدم الانتماء بين العالمين، ويتم التعبير عن سخط الاطراف المهمشة في عدة أشكال كالتمرد الجماعي، أو الارتباط بمحركات الاحتجاج الديني.

وعندما تفشل الفئات الاجتماعية التي تسعى الى تحقيق المشاركة السياسية والعدالة الاجتماعية فإن الامر يزداد سوءا وتدخل في صراع داخلي فيما بينها وبذلك تنتشر مشاعر السخط الاجتماعي العام، وتأخذ صور متنوعة منها الانتفاضات الحرب الأهلية العصيان المدني الاحتجاجات والمظاهرات.... الخ وهنا يجب النظام السياسي والسلطة لا مبرر لبقائهما أو شرعيتهما، كما هناك أسباب أخرى لازمة كالثقافية وغيرها وكلها ذات علاقة مباشرة بالنظام السياسي والمجتمع المدني وتؤثر على العلاقة الموجودة بين هذين المتغيرين، إن هذه الازمات تؤثر بشكل كبير وجلي على النظام السياسي واستقراره من جهة وعلى وحدة المجتمع وتكامله السياسي من جهة ثانية، ومن أجل المحافظة على توازن هذه العلاقة فإن النظام السياسي يلجأ للتنمية السياسية كأداة لتحقيق هذا الهدف، ولا يمكن أن تتأتى هذه العملية إلا بعد أن يقدم النظام السياسي عدة اجابات لمجموع تساؤلات هي في الأصل سمات لكن ان فشل النظام السياسي في التعامل معها تتحول إلى أزمات تحدد وحدة المجتمع وتكامله السياسي وحتى الاجتماعي.

01- أزمة الهوية:

تشير أزمة الهوية إلى غياب فكرة المواطنة بين أفراد الجماعات البشرية المشكلة للمجتمع، بما يعنيه ذلك من انتقاء الولاء السياسي الموحد الذي يتجه الى حكومة وطنية واحدة، وبالتالي تعدد الولاءات السياسية داخل المجتمع الواحد، بحيث يكون ولاء الفرد لجماعته العرقية وليس ولاءه للحكومة المركزية¹، وعلى هذا الأساس تعرف الهوية بأنها "الشعور بالانتماء المشترك بين أعضاء المجتمع السياسي الواحد إلى الدولة أو الإقليم الذي يعيشون فيه، والعمل معا من أجل تحقيق الأهداف العليا للوطن" ومن هذا التعريف نستنتج أن أزمة الهوية هي أزمة ولاءات ومن هنا يتعين على النظام السياسي استخدام كامل قدراته من أجل تكييف هذه الولاءات وتحويلها إلى الولاء الوطني، وتزداد حدة هذه الأزمة في دول العالم الثالث الدول المتخلفة الدول التي حازت على استقلال من الدول الاستعمارية، في هذا النمط من الانظمة تتعدد وتنوع الولاءات داخل المجتمع من قبلية إلى شخصية الى عرقية طائفية وفي أسوأ الحالات إلى دينية، بينما في الأنظمة الديمقراطية الليبرالية فإن النموذج التنموي الغربي يرتبط بتحول المجتمع السياسي الى الدولة الحديثة المكتملة البناء، والاتفاق حول الهوية الوطنية، الذي

¹ ناجي عبد النور، النظام السياسي الجزائري من الأحادية إلى التعددية السياسية. قلمة (الجزائر): مديرية النشر لجامعة قلمة ط1 سنة 2006 ص119

نجحت في تطبيقه إلى حد ما، بينما أو في حين فشلت دول العالم الثالث مثلما ذكرنا سابقاً أين عمليات ترسيم الحدود الموروثة عن الحقبة الاستعمارية أضرت كثيراً بالتوازنات بالأقليات والجماعات العرقية¹ أين طرحت أزمة الهوية بشكل حاد².

وتزداد حاجة النظام السياسي للقيام بعمليات التنمية السياسية من أجل تحقيق التكامل السياسي خاصة في ظل تنوع السكان وتوزعهم على عدة مناطق، وغيرها من العوامل التي من شأنها أن تساهم في تعمق من أزمة الهوية، التي قد تتضاعف على حساب الهوية المشتركة، ومن أجل تفادي كل هذا يستوجب على النظام السياسي أن يقوم بـ:

- الاتفاق على اقرار الهوية المشتركة.

-الايمان والاختيار الطوعي للانتماء إلى الإقليم أو الدولة الواحدة.

- نظام للاتصال يربط بين أعضاء المجتمع السياسي الواحد يسهل تبادل وتناقل القيم المشتركة.

إن أزمة الهوية لديها عدة تبعات في حال ما فشل النظام السياسي في التعامل معها، فهي تهدد وحدة المجتمع من خلال بروز الصراع الداخلي بين مكونات المجتمع، هذا الصراع الذي عادة ما تكون بداياته الأولى اجتماعية محضة لكن ان فشل النظام السياسي في احتوائها في وقتها وبالكيفية المناسبة قد تتحول إلى أزمة صراع داخلي بصيغة سياسية قد تغذية أطراف فاعلة من البيئة الخارجية مما يزيد الضغط على النظام السياسي من جهة والمجتمع من جهة ثانية أين تصبح مكوناته مهددة بالانهيار والانفجار في ظل غياب الهوية الوطنية، أين يتم التعبير عن هذا التمزق والصراع الداخلي فيما يعرف بالحروب الأهلية³، أو بتعريفها الاجتماعي فشل مكونات المجتمع الواحد في الوصول إلى أرضية اتفاق لبناء هوية مشتركة تعبر عن الانتماء القومي للدولة الواحدة، فعمق أزمة الهوية ينجم عنه عدم المساواة في المعاملة، كذلك التفاوت في توزيع القيم السياسي وبذلك تحصل عمليات الاقصاء أو التمييز على أسس لا أخلاقية ولا عقلانية كاتخاذ الدين كمعيار أو اللغة والمذهب وحتى العرق.

فأزمة الهوية هي أزمة لها تبعات خطيرة على المجتمع والنظام السياسي معاً، فالصراع على الهوية غالباً ما ينتهي بتدخل أجنبي وهذا ما حدث فعلاً في المجتمعات التي فشل فيها النظام السياسي في فرض هوية الدولة الوطنية وكذلك تحقيق الانتماء والولاء للكيان السياسي وهذا ما وقع لدولة السودان أين بدأ الصراع داخل المجتمع ليصل الى حرب أهلية تغذيها أطراف خارجية لينتهي بتقسيم البلاد إلى دولتين، وحتى إن تمكن النظام في التحكم في هذه الأزمة(أزمة الهوية) دون الوصول إلى حلول جذرية لها فإن هذه الأخيرة تعمل إضعاف الدولة واستهلاك موارده وتوجيه الطاقات في غير محلها وتعيق عمليات التنمية.

فالتنمية السياسية اتجاه هذه الأزمة ليست بالامر السهل أو الهين فقضية الهوية هي مرتبطة أساساً بوجود المجتمع واستمراره لكن هذا لا يعني من وجود خيارات إذا ما تحققت فرص التنمية السياسية وذلك بـ: الاعتماد على وجود شخصية كاريزماتية قادرة على تجسيد الآمال والرموز المشتركة القومية، وإن كان هذا الاجراء غالباً ما تلجأ إليه دول العالم الثالث فهذا الخيار لا يعتبر كحل جذري وسرعان ما

¹ أغلب النزاعات الموجودة في العالم خاصة مناطق دول العالم الثالث يكون السبب وراءها الاقليات أين يتم التمييز بينها وبين الجماعات الأخرى كذلك الحدود الموجودة التي وجدت بعض الاقليات نفسها مقسمة بين عدة كيانات سياسية، في الوقت الذي نجح فيه النموذج الغربي التنموي في إزالة هذه الحواجز والحدود وتركت المجال مفتوحاً لتنقل السلع والأفراد وحتى الأموال بكل حرية.

² كاظم شبيب، المسألة الطائفية تعدد الهويات داخل الدولة الواحدة. بيروت: دار التنوير للطباعة والنشر ط1 سنة 2011

³ يمكن ضرب عدة أمثلة في العالم كدولة لبنان أين دارت حرب أهلية بسبب تعدد الطوائف داخل المجتمع وتعددت الهويات حتى بعد انتهاء الحرب الأهلية فإن السلم تم بناءه على حساب تعدد الولاءات والائتبات حيث غابت الهوية الوطنية للدولة وحضرت الهوية الاثنية والولاء الطائفي مما يجعل بوادر الازمة لا تزال قائمة.

تعود بدور الازمة من جديد، وقد تلجأ هذه الدول النامية على الحزب الواحد الذي يعتبر في مثل هذه الأنظمة المجسد الوحيد للهوية والشخصية الوطنية للأمة الواحدة، وحتى وأن فتحت المجال للتعددية فإنها تكون تعددية في إطار سياسي واحد¹.

02- أزمة الشرعية:

إن أزمة الشرعية هي أزمة جد حادة يمكن أن تصيب نظام الحكم وقد يترتب عليها الإطاحة به بأساليب قد تكون عنيفة في أغلب الحالات، فغياب عنصر الشرعية يجعل النظام السياسي غير مطمئن لبقائه وغير قادر على الانفتاح على المجتمع وإشراكه في العملية السياسية، وبسبب أزمة شرعية النظام قد يلجأ هذا الأخير الى استخدام أساليب العنف والإكراه حتى يضمن بقاءه واستقراره، لكن في ذات الوقت قد تستخدم هذه الاساليب في الاطاحة به بعد يأخذ المجتمع شرعية تحدي النظام القائم واستخدام أساليب العنف للإطاحة به.

فالشرعية بمعناها الواسع هي القبول بالنظام السياسي من قبل مواطنيه واعتقادهم أن نظام الحكم القائم هو النظام الذي يخدم رغباتهم وطموحاتهم وآمالهم، وعليه فإن درجة القبول والمصادقية وقبول السلطة تعني التحول من الأسس التقليدية للسلطة إلى الأسس الحديثة أي الأساس التعاقدية، ولأزمة الشرعية عدة صور وأنماط² كلها من شأنها أن تؤثر على وضع النظام السياسي والمجتمع.

- أزمة الشرعية أزمة دستورية مؤسسية: عندما يرفض المجتمع تقبل هذه المؤسسات الرسمية باعتبارها مصدر أو شكل من أشكال السلطة القائمة، وهذه الازمة تنجم عن سياسات تقوم بها هذه المؤسسات بعيدا عن وظائفها الحقيقية أو اساءة استخدام الافراد القائمين على هذه المؤسسات لأدواتها ووسائلها.

- أزمة الشرعية أزمة تغيير: قد تكمن في أزمة التغيير التي تواكب عملية التغيير في البناء الاجتماعي، فالوضعية السياسية المتعلقة بتنظيم المجتمع وقيادته لا تكون شرعية إلا عندما تعبر عن هويته، ولكن تبقى شرعية السلطة مع نفوذ وقيم المجتمع في كل نظم عمله.

- أزمة الشرعية أزمة فعالية: ويقصد مدى قدرة النظام على تحقيق تنمية اقتصادية حقيقية ومستدامة من أجل مواجهة أزمة التوزيع التي تعتبر من بين الوظائف الأساسية للنظام والتي من خلال يحافظ النظام السياسي على وحدة المجتمع وتماسكه.

وأزمة الشرعية لها آثار سلبية على المجتمع و النظام السياسي في حد ذاته قد تعصف بأمن واستقرار الدولة، لعل أبرزها انحلال الروابط التي تربط النظام بعناصره المجتمعية، والتي كانت قائمة على الرضا والقبول والاعتراف المتبادل، لتحل محلها علاقات الاكراه والعنف والقوة وهنا تجتد السلطة نفسها مرغمة على استخدام وسائل القسر ضد الجماعات المعارضة، كما أن أزمة الشرعية قد تؤدي أو تعرض الجماعات السياسية وحتى الاجتماعية للانشقاق والصراع وما يتبعه من أزمات، ليصل إلى مرحلة الانهيار والاستقرار السياسي وتبرز أشكال العنف في أبشع صورها، ومن ثم تتحول مصدر تهديد للدولة ككيان ووجود المجتمع في حد ذاته³.

ومن أجل تجاوز هذه الأزمة التي قد تتحول مصدر لجميع الازمات على النظام السياسي بناء عقد توافقي مع المجتمع يتم بموجبه بناء شرعية قائمة على ما يلي:

- الرضاء العام والقبول الجماعي.

- مراعاة المصلحة العامة وتحقيقها لها.

¹ أمين مجد علي دبور، دراسات في التنمية السياسية. مرجع سابق ص15

² نوال بلحري، " أزمة الشرعية في الجزائر 1962-2007". مرجع سابق ص45 لمزيد من المعلومات حول صور الشرعية يمكن العودة لهذا المرجع.

³ نفس المرجع السابق الذكر.

- الطريقة والأسلوب المتفق عليهما جماهيريًا في تولي السلطة السياسية وتداولها.
- توجهات ومدركات المواطن السياسية الطويلة (التنشئة والثقافة السياسية) ومن أجل وضع أسس للشرعية يقدم "ماكس فيبر" ثلاثة أنماط أو أشكال للشرعية
- أ- الشرعية التقليدية: وتستند إلى العادات والتقاليد ومبدأ الوراثة والمعتقدات الدينية.
- ب- الشرعية الكاريزماتية: وتعتمد على الصفات الذاتية والشخصية للقائد
- ت- الشرعية الدستورية القانونية: وتستند إلى النصوص القانونية والدستورية أي أن إسناد السلطة يتم وفقًا للقواعد الدستورية المتعارف عليها.

إذا ما بقيت القواعد التقليدية هي التي تحكم وتسيطر، فإن من شأنها أن تخلق فجوة بين المواطن والحكومة القائمة. وهذا يُفسر باللا قبول وعدم الرضا العام وعدم الاتفاق. وهذا ما يطلق عليه معضلة الشرعية. تتلخص المشكلة في عملية التحول من النمط التقليدي إلى النمط الدستوري القانوني الذي يقتضي عمليات التحديث السياسي. وتلك العمليات يترتب عليها ظهور طبقات جديدة، وزيادة في درجة الوعي السياسي، وإحلال قيم سياسية جديدة محل القديمة. ويعني ذلك كله، أن السلطة السياسية القائمة ينبغي أن تتكيف وتتطور وتستجيب لتلك المقتضيات. عموماً، ترتبط الشرعية بقدرة النظام السياسي على الاستجابة لحاجات المواطنين المتزايدة.¹

03- أزمة المشاركة السياسية:

المشاركة في معناها الحقيقي هي طريقة حياة *Style of life* تتخلل كل نسيج المجتمع لتتيح لكل مواطن أن يشترك في صنع القرارات التي في حياته دون تمييز بين المواطنين على أساس النوع أو العرق أو الدين أو اللغة أو العمر أو الطبقة، والمشاركة السياسية الحقيقية هي حق ومسئولية، وفي الوقت ذاته هي هدف ووسيلة في آن واحد، ومع ذلك فالمشاركة السياسية تتطلب وعياً ورغبة وقدرة ومهارات تنظيمية كما تتضمن بيئة تمكن لها النمو كما تتطلب إدراكاً من جانب سلطات الدولة لقيمة مشاركة المواطن، وبسبب هذه المتطلبات فإن الجماعات المحرومة والتي لا قوة لها تستبعد من تلك الحقوق والمسئوليات، أي أنها لا تملك القدرة على صنع القرار.²

فالمشاركة السياسية هي أحد مقومات الحداثة السياسية والتي يتمخض عنها ظهور الرغبة في المشاركة السياسية لدى قطاعات أوسع من المواطنين داخل المجتمع.

فأزمة المشاركة السياسية قد تنجم عن عجز في أداء المؤسسات السياسية عن استيعاب القوى السياسية والاجتماعية، وإقصاء للحريات الفردية والجماعية وفرض قوالب جاهزة منعت من خلالها روح المبادرة المبدعة وتأكيد الأحادية المتعسفة وتراكم عناصرها لسنوات عديدة، ففي ظل أنظمة ذات أحادية حزبية³ تمارس النخب الحاكمة سياسة الإقصاء وعدم إشراك القوى ذات التوجه السياسي المعارض، وتعتمد إلى السياسات التعبوية التي غالباً ما تكون مفرغة من محتواها الحقيقي المتمثل في المشاركة السياسية الحقيقية، التي تحتلف كل

¹ أمين مجد علي دبور، دراسات في التنمية السياسية. مرجع سابق ص15

² سامية خضر صالح، المشاركة السياسية والديمقراطية اتجاهات نظرية ومنهجية حديثة تساهم في فهم العالم من حولنا. الاسكندرية: كلية التربية جامعة عين شمس 2005 ص22

³ من الأزمات التي عصفت بالنظام السياسي في ظل الأحادية الحزبية أزمة المشاركة السياسية أين اعتمد الحزب على التعبئة والحشد وغابت الجماهير عن المشاركة الفعلية في صنع القرارات واقتصر دورها على التأييد والمساندة الأمر الذي أدى إلى ظهور موجات واسعة من العنف تمثلت في صورة جلية في أحداث أكتوبر 1988 التي نقلت نوعية في تاريخ البلاد.

الاختلاف عن المدلول الأول (المشاركة السياسية) فالتعبئة السياسية تأخذ أشكال التأييد والحشد والمساندة لبعض القرارات دون الاسهام الحقيقي في صنعها نتيجة لضعف الحزب الحاكم، وعدم قدرته على تمكين مختلف القوى من التعبير عن مصالحها ومطالبها وبالتالي الافتقار إلى وجود قنوات شرعية أخرى، فهذا الانسداد فتح المجال على مصراعيه لبروز ظاهرة العنف السياسي.

وإضافة على الأسباب السالفة الذكر التي قد تنشأ عن أزمة المشاركة السياسية، انعدام قنوات ووسائل تتيح للمواطنين التعبير والمشاركة في صنع القرارات وحتى الاسهام في صنع السياسات العامة، كذلك ترتبط بمدى استعداد المواطنين للمشاركة التطوعية في أنشطة النظام السياسي، ومن جهة ثانية فإن أبرز الاسباب التي تساهم في معضلة أزمة المشاركة السياسية والتي تؤثر سواء من قريب أو من بعيد على وحدة المجتمع وتكامله السياسي، هي بروز فئات وشرائح اجتماعية جديدة خاصة للأنظمة حديثة الاستقلال أين تغلب سياسة ملء الفراغ والاهتمام أكثر بعمليات البناء والتشييد على حساب صنع القرارات السياسية التي تحتكرها أنظمة الاحادية الحزبية، هذه الفئات الاجتماعية الجديدة ومع تدرج الزمن والاستفادة من كل ما هو متاح من تعليم وثقافة يتكون لديها ويتبلور عندها وعي سياسي حيث أن الاختلاف في الرؤى والتوافق بينها وبين النظام السياسي قد يؤدي بما الأمر عدم المشاركة لانعدام اقتناعها بتوجهات النظام السياسي وهو الأمر قد يفتح المجال للصراع وتصفية الحسابات مما يجعل المجتمع أمام مفترق سياسي قد ينتهي بانفجار أو صراع، بين الفئات الاجتماعية الجديدة والنخب السياسية الحاكمة التي قد تحاول المحافظة على ما يطلق عليه بالمكتسبات أو الامتيازات التي حصلت عليها في ظل الأحادية الحزبية، حتى وفي ظل انتهاء هذه الأخيرة والانتقال إلى التعددية الحزبية السياسية فإن أزمة المشاركة السياسية لا يعنى أنها قد حلت، فغياب الاحزاب السياسية عن القيام بدورها الحقيقي والفعلي من خلال عمليات التوعية من خلال الحملات ليست فقط الانتخابية وإنما حتى الاعلامية كذلك ممارستها لوظيفتها الرئيسية وهي التنشئة السياسية.

ويمكن اعطاء تنمية سياسية نتوصل من خلالها إلى حلول لهذه الأزمة من خلال النظريات المفصرة لها ويمكن اجمالها فيما يلي:

أ- **النظرية الأولى:** من أبرز المنظرين لهذه النظرية (كارل دويتش) كذلك (ليرنز) وتنطلق رؤيتهما للمشاركة السياسية أن عمليات التحديث يمكن أن تؤدي إلى تغييرات في العملية السياسية، فبينما ركز (ليرنز) على تأثيرات التحضير والاهتمام بوسائل الاتصال الحديثة، بينما ركز (كارل دويتش) على مفهوم التعبئة الاجتماعية، إذ يرى أنه ليس من الضروري أن تقود التعبئة الاجتماعية الى المشاركة السياسية، ولكن قد ينجم عنها موقف جديد، حيث في إطارها يصبح عدد كبير من الأفراد في متناول القدرة الحاكمة على المناورة، كما أشار دويتش إلى أثر وسائل الاتصال الجماهيري وتغيير أماكن الإقامة وتزايد معدلات التعليم كلها عوامل من شأنها ترفع من نسب المشاركة السياسية.

ب- **النظرية الثانية:** تربط هذه النظرية بين المشاركة والتركيب الاجتماعي مفترضة أن من أهم مؤشرات ودلائل عملية التحديث المختلفة التغييرات التي تطرأ على نظام التركيب الاجتماعي. فحوى هذه النظرية، أن عملية التحديث تخلق جماعات وشرائح اجتماعية جديدة لم يسبق وجودها. وأن ظهور هذه الجماعات والشرائح الاجتماعية لا بد وأن يغير نمط وطبيعة العلاقات بين الجماعات القائمة من جهة، وبينها والجديدة من جهة أخرى.

ج- **النظرية الثالثة:** وهي نظرية النخبة المثقفة، وتجذ أصولها وتجلياتها لدى أنصار المدرسة التاريخية الذين أولوا الحركات القومية والأفكار الأيديولوجية اهتماما كبيرا في علاقتها بالمشاركة السياسية. يركز أنصار هذه النظرية على الدور الذي تلعبه الحركات القومية في نشر أفكار

المساواة والعدالة ومبادئ القومية، وكذلك في إثارة حماسة الجماهير لممارسة العمل السياسي. فهم يؤكدون على أهمية أفراد هذه النخبة في خلق الأفكار القادرة على تغيير الاتجاهات وأنماط السلوك السياسي لدى الطبقات الاجتماعية الأخرى¹.

وإذا ما نجح النظام السياسي من تحويل أزمة المشاركة إلى سمة من سماته فإنه يعطيها بعد اجتماعي له الأثر البالغ على المجتمع وهو تحقيق العدالة الاجتماعية، ومن جهة ثانية فإن الصيرورة التاريخية التي تمر بها المجتمعات البشرية هي حتمية لا بد منها فعلى النظام السياسي ان يطور آلياته من خلال عمليات التنمية السياسية من أجل استيعاب هذا التحدي بالمشاركة السياسية في صنع القرارات وتوجيه السياسات العامة، كما أن المشاركة السياسية لا يوجد لها نموذج موحد في العالم وأن درجاتها تختلف من نظام إلى آخر، فعلى الأنظمة السياسية لدول العالم الثالث أن تعمل على تكييف آليات المشاركة السياسية بما يتوافق مع خصوصيتها ومتطلبات بيئتها الداخلية.

04- أزمة التوزيع:

وتشير إلى الزيادة الكبيرة في مطالب المواطنين واعتقادهم بأن الحكومة مسئولة عن تلبية هذه الاحتياجات، والمطالب لرفع مستوى المعيشة في المجتمع، وهذا التوزيع يكون في شتى السلع والخدمات ومراتب الشرف والمكانات الاجتماعية، والفرص بين الأفراد والجماعات ويمكن قياس قدرة النظام السياسي على هذه الوظيفة، عن طريق تحديد كمية ونوعية الأشياء الموزعة والمجالات الحياتية التي تشملها العملية التوزيعية².

وتتداخل أزمة التوزيع مع أزمات أخرى مثل قدرة النظام الاستخراجية، والتي تعبر عن مدى كفاءة النظام من خلال تعبئة الموارد المادية والبشرية من البيئتين المحلية والدولية على حد سواء، وتعتبر هذه القدرة ذات الأهمية خاصة بالنسبة للنظام السياسي من حيث أنها توفر الموارد اللازمة لإدارة المجتمع السياسي، هذا الأخير لديه مطالب والاحتياجات تتزايد مع الوقت ويصبح لديه درجة توقع بزيادة المنافع الاقتصادية.

وتزداد حدة هذه الأزمة في الدول النامية التي تعاني التخلف على عدة أصعدة اقتصادية مختلفة، مما يسبب عدة مشاكل في قدرة النظام الانتاجية، ويجعل النظام والمجتمع أما أزمة الاعتبارات الفنية والحسابية في التوزيع، وتنتج عن هذه الأزمة كذلك أزمة المساواة والعدالة الاجتماعية، ورغم اتباعها عدة سياسات مثل زيادة الضرائب واستصلاح الأراضي إلا أن الخلل وعدم التوازن وحتى القصور الاقتصادي أدى إلى فشل هذه الاجراءات، ومن ثم التخلي عنها وإتباع سياسات أخرى أسوأ من سابقتها الأولى مما يعني استمرار الأزمة وتواصلها.

وتشير أغلب الدراسات التي تناولت الصراعات والحروب الأهلية في دول العالم الثالث في إفريقيا وآسيا وحتى في بعض دول أمريكا اللاتينية أن السبب وراءها أزمة التوزيع، ففي ظل الفشل الاقتصادي يضاف إليه بعض الحساسيات السياسية أي يعمد النظام السياسي إلى محاباة فئة اجتماعية على حساب أخرى، هذه التمييز يكون على أساس الموالاة للنظام السياسي فيعمد النظام الفئات المعارضة لوجوده كإجراء إقصائي أو لعدم كفاية الموارد اللازمة، وبنظرة تحليلية لأبعاد هذه الأزمة أي التوزيع نجد أن معظم دول العالم الثالث عانت من الاستعمار التقليدي الذي رذحت تحت ظله سنوات عديدة بعضها خاض كفاحا سياسيا من أجل استعادة سيادته الوطنية وبعض الدول الأخرى خاضت كفاحا سياسيا ومسلحا كلفها تضحيات جسام في الأرواح وفي مقدراتها الوطنية، لكن الأصعب من كل ذلك وذلك أن هذه الدول عندما خرجت من الوضعية الاستعمارية لم تخرج بسلام، بل خرجت عن طريق اتفاقيات تضمن الهيمنة للدول الاستعمارية

¹ أمين مجد علي ديور، دراسات في التنمية السياسية. مرجع سابق ص25

² بومدين طاشمة، مدخل إلى علم السياسة مقدمة في دراسة أصول الحكم. الجزائر: جسور للنشر والتوزيع، ط1 سنة 2013 ص111

خاصة الاقتصادية منها، لعل أبرزها مع العلم أن معظم دول العالم الثالث ليست صناعية وإنما زراعية أو تعتمد على الثروات الباطنية من محروقات ومعادن وغيرها، هو استمرارها في إنتاج منتوجات لا ترجع بالفائدة على المجتمع وإنما يكون في خدمة اقتصاديات الدول الاستعمارية السابقة، ومن جهة أخرى تعدد الاثنيات في هذه الدول النامية مع عجز النظام السياسي على احتوائها واكتفائه بدعم اثنية دون أخرى على بقائه فإن أغلب عمليات التوزيع يكون موجه لها¹، وأزمة التوزيع قد تتسبب فيها السياسات الداخلية كتوزيع الأراضي الزراعية لغير مستحقيها وحرمان فئات أخرى هي أكثر أو في أمس الحاجة إليها وهنا تظهر مظاهر الفرقة والتجزئة داخل المجتمع، بحيث يصبح المجتمع منقسم على نفسه والأسوأ من هذا أن يكون النظام السياسي هو من وراء هذا الانقسام، فتظهر حركات احتجاجية غالباً ما تبدأ بمطالب قانونية دستورية تكفلها دساتير وقوانين هذه الدول كالعادلة في توزيع الثروة² فرص العمل تولي المناصب خاصة السامية منها، وإذا ما فشل النظام السياسي في معالجتها في طريقة حكيمة ورشيدة فإن هذه المطالب قد تتحول إلى أكثر تطرفاً تتجسد في أسوأ صورها بالمطالبة بالانفصال كدليل على عجز النظام في معالجة هذه الأزمة.

وبالنظر لخطورة هذه الأزمة على الدولة قبل المجتمع والنظام، فإنه يتعين القيام بعمليات تنمية سياسية قبل القيام بتنمية اقتصادية، فالأولى تعني أن على القادة السياسيين في النظام أنهم مسؤولين على كافة المواطنين الذين يقيمون على أرضها بما فيهم الأجانب وليس فقط مسئولين على الفئة الاجتماعية أو الطائفة العرقية التي ينتمون إليها، وبالتالي تختلف معايير التوزيع، ومن جهة ثانية أو أخرى فإن هذه الدول عانت من ويلات الاستعمار إضافة إلى موقعها الجغرافي مناطق حارة صحراوية تتضاءل فيها المساحات الزراعية تقابلها زحف متواصل لرمال الصحراء ونقص الموارد المائية اللازمة لري هذه المساحات أو حتى استصلاحها، فالتنمية السياسية تعني على المجتمع إدراك حجم التحديات ومن ينتظره من عمل للخروج من ظاهرة التخلف وعدم تكميل النظام والاقتصاد أكثر من طاقته، فالتنمية السياسية تعني تحقيق الرشادة في التسيير والحكم وبذلك تصبح آلية التوزيع من أزمة في النظام السياسي إلى سمة وبالتالي الزيادة من وحدة المجتمع وتكامله السياسي.

05- أزمة التغلغل:

تعتبر هذه الأزمة عن قدرة النظام السياسي في تدفق رموزه إلى داخل المجتمع والبيئة الدولية على حد سواء، ومن خلال هذه الوظيفة تبدي النخبة الحاكمة تأكيدها على القيم التي من خلالها يمكن إثارة حماس المواطنين وتنمي لديهم الاهتمام بالشعور القومي وبواسطتها تتمكن من تعبئة وتحريك احتياطي التأييد في المجتمع³، وتزداد حدة هذه الأزمة في الدول النامية أو الدول التي تعاني من اضطرابات على مستوى أجهزتها وهيكلها ومؤسساتها الرسمية، فالتغلغل لا يتحقق بوجود الدولة الجامد والمعبر عنه في البنائيات الرسمية أو من يتولون المهام باسمها ويرتدون رموزها سواء أكان مادياً أو معنوياً، فأزمة التغلغل تنتج عنها أزمة ثقة بين المجتمع والنظام السياسي أو ما يطلق عليه لدى المجتمع والأكاديميين بغياب الدولة، فغياب هذه الأخيرة يعني قيام المواطنين بأدوارهم غير مؤهلين للقيام بها أو لا يملكون الوسائل للقيام بها وحتى وإن امتلكوها فإن استخدامها يكون اللاعقلاني وغير رشيد فالأولوية تكون للمصلحة الخاصة ولا وجود للمصلحة العامة فمن يرمى هذا الجانب ويكفل الجانب الأول هو غائب.

¹ في إفريقيا ودول أمريكا اللاتينية تنتج منتوجات لا تخدم مجتمعاتها كإنتاج الكروم الموجه لصنع النبيذ في الدول الاستعمارية وحتى إنتاج المطاط وغيرها رغم توفرها للربح إلا أنه لا يكون بالقدر الكافي مع سوء التسيير والاستغلال تصبح أزمة توزيع حقيقية

² يمكن ضرب المثل بدولة السودان في إفريقيا أين بدأت مطالب الفئات الاجتماعية في تحقيق العدالة الاجتماعية وتوفير فرص العمل لتتطور فيما بعد لتصبح أكثر تطرفاً في المطالبة في اقتسام ثروات البلاد وحتى اقتسام المناصب السياسية العليا في البلاد وهناك العديد من الأمثلة في العالم

³ بومدين طامشة، مرجع سابق ص112

في إفريقيا وبعض دول آسيا وحتى أمريكا اللاتينية تعددت الكيانات داخل الكيان السياسي الواحد، وتعدد فيه المجتمعات، فعملية ضبط الحدود للدولة وتعزيز وضعها الأمني الداخلي بتوفير الموارد البشرية والموارد المالية وحتى الوسائل الممكنة لذلك لا يعني أن النظام السياسي قد أنهى أزمة التغلغل، فالمظلة الأمنية لوحدها لا تكفي لإنهاء هذه الأزمة فالفرد أو المواطن يجب أن يشعر بوجود الدولة ليس فقط في مكان عمله أو أماكن تجمعهم إنما يشعر بذلك حتى في بيته وذلك من خلال المظلة السياسية والتنمية، فيألى جانب الامتداد الأمني لا بد أن يواكبه امتداد مدني حضري أي تواجد الدولة المدنية التي تحترم فيها الحريات وتقدر فيها القيم عبر كامل الإقليم.

وحسب "لوسيان باي" فإن النظام السياسي هو عبارة عن مجموعة من العلاقات المتفاعلة مع بعضها البعض، "علاقات شاغلي الأدوار بوكالات الحكومة"، "علاقات الجماعات ببعضها البعض"، "علاقات شاغلي الأدوار بالمواطنين الناشطين في المجتمع"¹، وضمن هذه العلاقات يمارس النظام السياسي وظيفة التغلغل فغيابها يعني أن تثار أزمة الثقافة الموحدة الوطنية في مقابل الثقافات الفرعية .

فسمّة التغلغل يعني تواجد الدولة في كامل جزئيات المجتمع، وهذا التواجد لا يعني أو المقصود به الدولة البوليسية، لأن الهدف والغاية مختلف كل الاختلاف فالأولى تمارسها الدولة من أجل خدمة المجتمع والحفاظ على تماسكه ومن ثم عندما يشعر المواطن بوجود الدولة القوي وأن هذا التواجد هو في صالحه وفي خدمته فإن هذا المواطن سيحمل معه دولته إلى أي مكان يتواجد فيه حتى خارج الإقليم، بينما التغلغل على شاكلة الدولة البوليسية فإن الهدف منه هو حماية النظام وضمان استمراره وبقائه وهذا يعني كبت للحريات العامة والإخلال بالتوازنات الاجتماعية أي اللعب على الورقة الطائفية العرقية التي تدخل المجتمع في صراع مع بعضه البعض مما يعطي المبرر لاستخدام أساليب القمع والإكراه وشرعية وهمية لبقاء النظام، إلا انه ومع مرور الوقت يفشل النظام البوليسي لكن هذا الفشل سيخلف وراءه آثار جانبية على المجتمع إن لم يتم تداركها من خلال عمليات التنمية السياسية فإنها سوف تؤدي إلى أزمات أخرى.

06- أزمة الاستقرار السياسي:

إن حالة أزمة النظام السياسي هي نتاج التفاعل بين عاملين أساسيين أولهما تكون له آثار استقرارية وثانيهما تكون له آثار غير استقرارية، وبذلك فإن كل سلطة تتجه أحد الاتجاهين، فإما أن تتحول إلى إدارة للسلطة تدير مؤسسات المجتمع تحت سلطة الدستور والدولة والقانون، فتنتهي بذلك إلى سلطة الاستقرار السياسي الدستوري الإداري، أو أن تبقى سلطة متسلطة فتنتهي إلى سلطة الانقلابات.

فشرعية النظام السياسي تبنى على توافق واسع بين ما يطلبه المجتمع، في مقابل ما تقدمه السلطة الحاكمة ضمن أدائها لوظائفها المؤكدة لها، وفي حالة انعدام هذا التوافق فإن الرؤى تختلف ويظهر التباعد وعدم الانسجام، وهذا ما يسفر عن حالة عدم الاستقرار في المجتمع، وتظهر أزمة اللااستقرار السياسي على عدة مستويات كعدم الاستقرار على مستوى النخبة الحاكمة، وفي التغييرات السريعة في شغل المناصب والأدوار السياسية، وعدم الاستقرار على مستوى المؤسسات السياسية، وعدم الاستقرار السياسي حيث العنف المستخدم من طرف السلطة سمة السلوك السياسي السائد، إن أزمة الاستقرار السياسي قد تتسبب في تردي الوضع السياسي والاجتماعي، ومن ثم حالة اللااستقرار، وهو ما يعطي المجال الفرصة للمؤسسة العسكرية للتدخل في الحياة السياسية لضبط هذه المتغيرات المتناقضة.

ورغم أن أزمة الاستقرار السياسي تمس النظام في أعلى مستوياته إلا أن لها آثار مباشرة على المجتمع، فعدم الاستقرار تمس الأفراد في حياتهم الشخصية وتتجسد أزمة الاستقرار السياسي في عدة صور لعل أبرزها:

¹ أمين محمد علي دبور، مرجع سابق ص 27

أ- ظهور الجماعات المسلحة الخارجة عن سلطة الدولة هذه الجماعات قد تحمل السلاح بحجة حماية مصالحها، إلا أن هذا المبدأ يكون كمبدأ أولي سرعان ما يتحول إلى ضرب مصالح جماعات أخرى وهو ما يعقد أزمة الاستقرار أكثر وأكثر، وهذه الأزمة تعبر عن ضعف أداء النظام واستغناؤه عن أهم ميزة من ميزاته والتي ينفرد بها عن سائر التنظيمات الأخرى التي تدور في فلكه وهي الاحتكار الشرعي والمنظم للعنف.

ب- خروج المواطنين في مظاهرات وتجمعات تعبيراً عن سخطهم للأوضاع المتردية وعجز النظام السياسي في الإمساك بمظاهر الأزمة، سرعان ما تتحول إلى مظاهر عنف واحتجاجات مسلحة.

ت- أزمة الاستقرار السياسي لا تمس النظم الاجتماعية فحسب بل تمس النظم الاقتصادية ففي حالة اللااستقرار لا يمكن القيام بأية أنشطة اقتصادية، ولا استثمارات يمكن أن تعود على الفائدة للمجتمع والدولة معاً.

ث- وأهم سلبية لحالة اللااستقرار هو تغيير التركيبة الاجتماعية، حيث حالة اللااستقرار واللامن قد تؤدي بالهجرة الداخلية أو ما يعبر عنه لدى دارسي علم الاجتماع بحالات النزوح غير المنظمة وفي حالات اشتداد الأزمة قد نشهد حالات نزوح وحالات هجرات خارجية، إن هذه الحالة قد تؤثر على وضعية المجتمع خاصة عندما تمتزج عادات مختلفة مع بعضها البعض (سكان الريف مع سكان المدينة).

التنمية السياسية هي عملية شاملة لا تستهدف المجتمع المدني فحسب، بل تستهدف النظام السياسي كذلك فعملية الاستقرار السياسي هي أكثر من ضرورة، لذا فالعمل في إطار الأطر الدستورية والقانونية من شأنه أن يساهم في الاستقرار السياسي، كذلك الحكم الراشد والممارسة الديمقراطية الرشيدة فاستقرار النظام السياسي يعني استقرار المجتمع¹ ومن ثم ازدهار ورفاهية الاقتصاد، فسمه الاستقرار يجب أن تكون هي القاعدة ومن ثم لا بد من وضع الأسس والأعراف اللازمة لاستمرار هذه السمة.

07- أزمة التنظيم السياسي للسلطة:

تعد السلطة السياسية ركناً جوهرياً وأساسياً في قيام الدولة نظراً لكونها العنصر المميز للدولة عن غيرها من الجماعات، حيث تمارس سلطتها وسيادتها على جميع الأفراد الموجودين فوق إقليمها إلا استثناءات ووفقاً للقانون الدولي، حتى إن البعض من الفقهاء يعرف الدولة بالسلطة، غير أن هذا الرأي منتقد لأن السلطة ظهرت قبل ظهور الدولة وتطورت مع المجتمعات ثم مع الدولة فضلاً عن أنها أشمل من هذا التنظيم.

وتعتبر السلطة أكثر من ضرورة لقيام الدولة، لكونها الوسيلة التي من خلالها تتمكن الدولة القيام بوظائفها الداخلية والخارجية، كما أن هدف السلطة كذلك هو حماية مصالح الأفراد والجماعات وتنظيم أمرها بما يتماشى والصالح العام، شريطة أن تقوم هذه السلطة على رضا وقبول المحكومين، وهذا ما يميز الدولة الحديثة عن الدولة القديمة قاصرة على حماية مصالح الحاكم عن طريق القوة².

وتبرز أزمة التنظيم السياسي للسلطة في خصائصها ومدى ارتباطها بالمجتمع، فالسلطة شاملة لجميع الأنشطة البشرية وليست خاصة على جانب معين من تلك النشاطات فهي تشمل الحياة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الى غيرها من المجالات، وتنظيم السلطة يعني احتكارها الشرعي والمنظم للعنف واستخدامها لردع المخالفين³.

¹ أسامة الغزالي حرب، الأحزاب السياسية في العالم الثالث. الكويت: عالم المعرفة 1978 ص161

² بومدين طامشة، مرجع سابق ص70

³ مورييس دوفرجه، مدخل إلى علم السياسة. ت سامي الدروبي. بيروت: المركز الثقافي العربي ط1 2009 ص215

فالسُّلطة هي سلطة عليا تسمو على جميع السلطات الأخرى في المجتمع، وتخضع لها جميع مؤسسات الدولة وأفراد الشعب بدون استثناء، فهي سلطة وطنية نابعة من وجود الدولة ومعبرة الإرادة المستقلة، وتسيطر على كامل الإقليم، ووجود أزمة تنظيم سياسي للسلطة يعني بالضرورة وجود أزمة بني في المجتمع، فهذا الأخير لا يمكن أن يمارس نشاطه في غياب الفعلي للسلطة، فالنظريات المفسرة لظاهرة السلطة ونُحَص بالذِكر نظريات العقد الاجتماعي كلها أكدت أن السلطة جاءت وليدة الحاجة إليها، لكن إذا كانت السلطة في حد ذاتها بحاجة إلى تنظيم فالمجتمع لن يكون في حال أفضل منها¹.

الخاتمة:

إن وحدة المجتمع وتكامله السياسي هو أمر ضروري للحفاظ على النظام الاجتماعي القائم، والنظام السياسي يستتفر كامل طاقاته وإمكاناته من أجل تحقيق هذا المطلب، فالتنمية السياسية باتت أكثر من مطلب ضروري لتحقيق هذا الهدف، فمن خلالها يحافظ النظام السياسي على سماته الأساسية التي ان فشل في تقديم إجابات واضحة عنها قد تتحول إلى أزمات التي ستضرب بوحدة وتكامل المجتمع، فالتنمية السياسية تمكن النظام السياسي من بناء هوية واحدة مشتركة بين جميع أجزاء المجتمع التي تتعدد وتنوع فيه الهويات وتتفرع وإلى جانب كل هذا التعقيد تطرح إشكالية العولمة كمتغير بارز يهدد الهوية الوطنية القومية لكامل المجتمع، والأمر ذاته ينطبق على باقي الأزمات الأخرى.

إن هذه المؤشرات تشير إلى غاية التنمية السياسية وهي تخليص المجتمع من بعض هذه الأزمات السائدة، فهي مؤشرات تعبر عن الحدائة السياسية، إلا أنه لا يمكن الإغفال أو التغاضي عن بعض المؤشرات الأخرى كأزمة بناء الأمة وغيرها لأن التنمية السياسية في النهاية لا تعدو أن تكون عملية تخليص المجتمع من ريقة (أزمة أو ضائقة) التخلف السياسي، فالتنمية السياسية هي تلك العملية التي من خلالها يتخلص المجتمع من سمات تخلفه سياسيا، ومن ثم تحقيق الوحدة والتكامل السياسي بين أجزاء المجتمع، وترجع العديد من الدراسات أن من بين أسباب فشل عمليات التنمية المحلية هو اعتمادها الكبير عن الجانب الاقتصادي وإهمالها للجانب السياسي، فلا يمكن نجاح التنمية في مجتمع يعاني الانقسام على نفسه والتفكك وتعدم فيه الهوية المشتركة التي تستمد قوتها من الهويات الفرعية النابعة من عمق المجتمع، كما أن أزمة المشاركة السياسية تعني غياب المجتمع عن المشاركة في عمليات صنع القرار خاصة تلك المتعلقة به وهذا ما يجعلها سياسات مركزية بعيدة كل البعد عن الواقع الاجتماعي الحقيقي، فالتنمية السياسية وإن كانت من بين الوظائف السياسية إلا أن آثارها تعود المجتمع كما تعود كذلك على النظام وعندما تكون الجبهة الداخلية للنظام السياسي متماسكة وموحدة فإن النظام السياسي بإمكانه مواجهة التحديات الخارجية.

¹ جان ماري دانكان، علم السياسة. ت نُجِّد عرب صاصيلا. بيروت: المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع ط1 1997 ص 122

الحماية القانونية لتشغيل الأطفال

د. رشيد شمشيم

كلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة يحيى فارس بالمدينة

ملخص:

إن الوضع الطبيعي للطفل هو وجوده في المدرسة، أما التحاقه بالعمل فهو وضع غير طبيعي لم يشرع إلا استجابة لضرورة قصوى، و نظرا لضعف المركز القانوني للطفل أثناء التحاقه بالعمل؛ أحاطه المشرع الجزائري بحماية خاصة و مشددة، منعا لأي استغلال له، و هذه النصوص هي تنفيذ صارم لمجموعة من الاتفاقيات الدولية صادقت عليها الجزائر و التزمت بها، و الصورة الأولى للحماية القانونية للطفل هي اشتراط السن الأدنى للالتحاق بالعمل و قد حدده المشرع ب 16 سنة، و حددته الاتفاقيات الدولية ب15 سنة، و هذا السن من الناحية الجسمانية يسمح للطفل بمزاولة بعض الأعمال، و لكنه لا يسمح له بمزاولة نشاطات أخرى، و لهذا تدخل المشرع في العديد من النصوص و أحاط الطفل بضمانات من بينها منع تشغيله في النشاطات الخطيرة أو التي تؤثر على صحته، و الصورة الثانية للحماية هي ضرورة مراعاة إجراءات معينة نص عليها القانون للتحاق الطفل بالعمل؛ منها حصوله على رخصة مسبقة من وليه أو ممثله الشرعي، و إخضاعه لفحص طبي مسبق، و جعل المشرع كل القواعد المتعلقة بعمالة الأطفال من النظام العام لا يجوز مخالفتها، و كل عقد عمل يخالف النصوص القانونية يعتبر باطلا.

لكن بالرغم من النصوص القانونية التي تبدو كافية لمعالجة ظاهرة عمالة الأطفال إلا أن الواقع يسير في اتجاه معاكس، و سبب ذلك في نظرنا يرجع إلى ضعف الجهاز الإداري المكلف بمتابعة تطبيق تشريعات العمل و عدم قدرته على مواكبة التطورات الاجتماعية، لهذا و جب تفعيل دور الإدارة من أجل فرض الرقابة بشكل صارم على عمالة الأطفال.

Summary :

The normal situation of the child is his presence in the school, but his employment is an abnormal situation that was initiated only in response to the utmost necessity, and because of the weak legal status of the child during his employment;so the Algerian legislator make a special and strict protection, to prevent any exploitation of him, these texts are the first form of legal protection for a child, and there is also a requirement of the minimum age for admission to employment.

The legislator has defined it as 16 years and for the international conventions it has been defined by 15 years, this age allows the child to practice some labors, but he is not allowed to have a labors in a dangerous or hard situations or conditions.

So, we need to take into account certain procedures stipulated by the law for the child to join the work, including obtaining a pre-license from his guardian or his legal representative, subjecting him to a prior medical examination, and the legislator shall make all rules relating to the employment of children in the public order in the hand to be violated, and any contract of employment contrary to the legal provisions shall be void.

However, despite the legal provisions that appear to be sufficient to address the phenomenon of child labor, the reality is going in the opposite direction, and the reason for this is due to the weakness of the administrative body responsible for following up the application of labor legislation and its inability to keep abreast of social developments, in order to give a strict enforce to child labor.

مقدمة:

من وظائف القانون حماية الطرف الضعيف في العلاقات القانونية والاجتماعية، ولأن الطفل هو الحلقة الأكثر هشاشة في المجتمع كانت الضرورة لحمايته أكبر، فطفل اليوم هو رجل المستقبل، و إذا تم بناؤه بشكل سليم؛ فسوف نجني ثمار ذلك في المستقبل، لأن شخصية الإنسان السلبية أو الايجابية تنشأ معه منذ الطفولة، و الطفل هو الحلقة الأضعف في جانبه النفسي و الاجتماعي، لهذا توليه الدول المتقدمة حماية بالغة و تهتم بتربيته و تعليمه و تكوينه النفسي و الاجتماعي لأن ذلك يؤدي إلى إعداد جيل فاعل و منتج، و لكن للأسف الشديد أصبحنا اليوم نرى تدهورا واضحا للأوضاع في الدول العربية خاصة التي تعيش حروبا، حيث بلغت فيها حماية الطفولة أوضاعا محرجة، فكيف سيكون مستقبلها؟ فطفل اليوم الذي لم نرعه هو رجل المستقبل الذي لن يراعي أي شيء لا القانون و لا التقاليد و لا الأخلاق.

في الجزائر انتهج المشرع منذ زمن طويل سياسة حماية الطفل و تطويره و ترفيته، بواسطة قوانين كثيرة، و كان صارما في ذلك، إلا أن الواقع الاجتماعي و الاقتصادي فرض علينا التكيف معه و غض النظر عن بعض القوانين حماية للأسرة ككل على حساب الطفل، فعمالة الأطفال سببها الرئيسي طلب الرزق لمساعدة العائلة.

و إذا كانت مسألة تشغيل الأطفال من الناحية النفسية غير مقبولة إلا أنها من الناحية الاقتصادية تشكل ضرورة لا مفر منها، و لهذا اعترفت التشريعات المقارنة و الاتفاقيات الدولية و كذلك المشرع الجزائري بإمكانية تشغيل الأطفال، و لكن وضعت قواعد حمايتهم من كل أشكال التعسف و الاستغلال، فما هي هذه القواعد و هل هي كافية لحماية الأطفال أثناء العمل؟
هذه الإشكالية سنعالجها في نقطتين:

الأولى: السن القانوني لالتحاق الطفل بالعمل و معايير تحديده.

الثانية: إجراءات التحاق الطفل بالعمل.

أولا/ السن القانوني لالتحاق الطفل بالعمل و معايير تحديده:

نص الدستور الجزائري على الحق في العمل لكل المواطنين بدون تمييز بسبب الجنس أو السن، و هذا لا يعني أن يمنح العمل بدون أية ضوابط إذ تتدخل القوانين لتنظيم كيفية الاستفادة من هذا الحق و تضع شروطا للالتحاق بكل منصب عمل بشكل يحقق العدالة الاجتماعية، و أيضا تتدخل القوانين لتنظيم السن المناسبة للالتحاق بالعمل، فما هو السن الأدنى للالتحاق بالعمل و على أي أساس يتم تحديده؟

1. السن القانوني لالتحاق الطفل بالعمل:

إذا نظرنا إلى قانون الأسرة نجد أن تصرفات عديم الأهلية هي باطلة بطلانا مطلقا، و تصرفات ناقص الأهلية هي باطلة بطلانا مطلقا إذا كانت ضارة ضررا محضا، و صحيحة إذا كانت نافعة نفعاً محضاً، و باطلة بطلانا نسبياً إذا كانت دائرة بين النفع و الضرر⁽¹⁾، و بالنظر إلى عقد العمل نجد أنه تصرف دائر بين النفع و الضرر، و إذا طبقنا القواعد العامة يكون عقد العمل الذي يبرمه ناقص الأهلية قابلاً للإبطال، و لكن هذا التكليف القانوني غير صحيح، لأن الخاص يقيد العام فعقد العمل نظمته نصوص خاصة لأنه يمتاز بطابع خاص يخرج عن القواعد العامة في العقود، و لهذا وجب الأخذ بقوانين العمل و ليس القواعد العامة في القانون المدني أو في قانون الأسرة، حيث نصت المادة 15 من قانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل⁽²⁾ على أنه ((لا يمكن في أي حال من الأحوال أن يقل العمر الأدنى للتوظيف عن 16 سنة)).

المشروع في هذه المادة استعمال عبارة "توظيف" و الأصح هي عبارة "تشغيل" أو "الالتحاق بالعمل" حتى تستوعب كل أنظمة التشغيل بما فيها نظام التعاقد، و لكن بالرغم من ذلك فالمادة تؤخذ على عمومها طبقا لمعناها لا لألفاظها، و قد استجاب المشروع من خلال هذه المادة إلى طموحات النصوص الدولية و المنظمة العالمية للعمل، منها الاتفاقية رقم 138 لسنة 1973 المتعلقة بالسن القانونية للقبول في الأعمال الخفيفة، حيث حددتها الاتفاقية ب 15 سنة من خلال الفقرة الثالثة من المادة الثالثة.

إن سن 16 سنة الذي حدده المشروع الجزائري في قانون 90-11 كان قد نص عليه من قبل في الأمر 75-31 المتعلق بالشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص⁽³⁾ في المادة 180 منه، و القانون 78-12 المتضمن القانون الأساسي العام للعامل⁽⁴⁾ في المادة 44، و سارت على نفس المبدأ كل الاتفاقيات الجماعية للعمل في مختلف القطاعات ما عدا الاتفاقية الجماعية للعمل الخاصة بمؤسسة سوناطراك حيث رفعت السن إلى 18 سنة، و هي مخالفة للتشريعات المعمول بها حيث أنه طبقا للقانون لا يجوز أن تكون الاتفاقيات الجماعية للعمل مخالفة للتشريع المعمول به، و بما أنها رفعت السن إلى أكثر مما هو منصوص عليه في قانون 90-11 فإنها أهدرت حق الطفل في العمل منذ بلوغه سن 16 سنة، فكان عليها أن تنص على مبدأ عام يتوافق مع القانون و هو سن 16 سنة، ثم تتلوه باستثناءات على بعض المناصب التي تتطلب سنا أعلى من ذلك⁽⁵⁾.

و السن الذي حدده المشروع الجزائري يتوافق مع بعض التشريعات في العالم منها القانون الفرنسي في المادة 211-1 من قانون العمل حيث حددت السن ب 16 سنة تطبق في كل القطاعات.

أما المشروع المصري فقد خفض السن إلى ما دون ذلك، حيث جعل السن الدنيا للشغل 14 سنة في المادة 99 من قانون العمل، أو سن إتمام التعليم الأساسي، و يختار السن الأعلى بينهما، بمعنى إذا كان سن التعليم الأساسي هو أقل من 14 سنة فإن السن الأدنى للالتحاق بالعمل هو 14 سنة، و إذا كان أعلى من ذلك ينظر إلى السن الأعلى، و التعليم الأساسي في مصر ينتهي في سن 15 سنة، و هو بهذا النص يتوافق مع النصوص الدولية في معيار إتمام التعليم الأساسي و لكنه يخالفها بالسماح للطفل بالالتحاق بالعمل في سن 14 سنة، إلا إذا أخذنا بالاستثناء الوارد في الاتفاقية رقم 138 لسنة 1973 المتعلقة بالحد الأدنى لسن الاستخدام في مختلف القطاعات فقد خفضت السن إلى 14 سنة بالنسبة للدول المتخلفة اقتصاديا فرما المشروع المصري أراد الأخذ بهذا الاستثناء و لهذا قام بتخفيض السن، و معظم القوانين العربية جسدت نصوص الاتفاقية في تحديد السن الأدنى ب 15 سنة منها القانون الليبي، العراقي، المغربي، ما عدا القانون الموريتاني و البحريني حيث حدد السن الأدنى ب 14 سنة، و القانون السعودي ب 13 سنة و السوداني ب 12 سنة⁽⁶⁾.

2. معايير تحديد السن الأدنى لالتحاق الطفل بالعمل:

الإشكال المطروح هنا على أي أساس تم تحديد السن الأدنى للالتحاق بالعمل؟

إن الإجابة عن هذا السؤال هي التي تدلنا على سبب اختلاف التشريعات في تحديد هذا السن، و قد أجاب الفقه عن هذا الإشكال استدلالا بالتشريعات و النصوص الدولية إلى أن الأمر يرجع إلى عاملين؛ الأول هو العامل الاقتصادي والاجتماعي، و الثاني هو عامل إتمام التعليم الإلزامي للطفل.

أ. العامل الاقتصادي والاجتماعي:

إن تزايد أو انخفاض نسبة تشغيل الأطفال في الدول، مرتبط بالوضع الاقتصادي و الاجتماعي للمجتمع، فهذه النسبة تنخفض في الدول المتقدمة، و ترتفع في الدول الفقيرة، حيث تحتاج الأسر إلى تدخل الأطفال لمساعدتها على طلب الرزق، لأن الدخل الفردي منخفض⁽⁷⁾، و حسب الإحصائيات فإن عدد الأطفال العاملين في أوروبا بأكملها هو مليون طفل، بينما في شرق آسيا أكثر من 100 مليون طفل و في العالم العربي لا توجد إحصائيات ثابتة و لكنها مرتفعة حتما، و في الجزائر حسب إحصائيات 2014 يوجد 300 ألف طفل عامل أقل من 16 سنة⁽⁸⁾.

في الدول المتقدمة يرتفع معدل الدخل الفردي و لا يحتاج رب الأسرة إلى مساعدة أبنائه القصر على الإنفاق، و لهذا يطالب قانونا برعاية أبنائه رعاية حسنة، و تعليمهم، و تساعده في ذلك الدولة فتبسط رعايتها للأطفال و تتابعهم و تكفل لهم الحماية القصوى، بينما نجد الدول الفقيرة تغض الطرف عن كل القوانين التي لم تصدرها إلا محرجة أمام المجتمع الدولي تنفيذها للاتفاقيات الدولية، و ذلك نتيجة الدخل المتدني للفرد، الذي لا يسمح له بتعليم أبنائه و رعايتهم صحيا و نفسيا و اجتماعيا و اقتصاديا، فيضطر الأطفال للخروج إلى سوق العمل و ترك الدراسة، و هذه الظروف تجعل الدولة تحدد السن الأدنى للعمل في قوانينها و لكنها تغض الطرف على تشغيل الأطفال دون السن التي حددتها قوانينها استجابة لمتطلبات الحياة⁽⁹⁾، و أكثر هذه الدول هي الدول الإفريقية.

و يظهر أن المعيار الاقتصادي هو معيار متعارف عليه دوليا في تحديد السن الأدنى للالتحاق بالعمل، بمعنى أنه يعد خلفية لتحديد السن، و ما يوضح ذلك بجلاء هو نص الاتفاقية رقم 138 لسنة 1973 المتعلقة بالحد الأدنى لسن الاستخدام في مختلف القطاعات فقد أجازت المادة الثانية منها للدول التي تعاني اقتصاديا من التخلف أن تخفض السن إلى 14 سنة بدلا من 15 سنة، و هذا دليل على أن العامل الاقتصادي هو الذي يقف وراء تحديد السن الأدنى للشغل⁽¹⁰⁾.

ب. سن إتمام التعليم الإلزامي:

إن النصوص الدولية و التشريعات الوطنية لما حددت السن الأدنى للالتحاق بالعمل كانت قد راعت في ذلك سن إتمام التعليم الإلزامي، بحيث يشترط للالتحاق بالعمل أن يكون الطفل قد أتم التعليم الإلزامي، و الهدف من ذلك هو تفادي مشكلة الأمية لأن الطفل الذي لا يكمل تعليمه الإلزامي يصبح عالة على المجتمع لا يعرف كيف يصرف أموره الإدارية الضرورية و لا حتى قراءة وثائقه الشخصية و هذه مشكلة في حد ذاتها⁽¹¹⁾.

لكن قد لا يتوافق سن التعليم الإلزامي مع سن الالتحاق بالعمل في بعض الدول، و هنا على تلك الدول أن توفق بينهما كي ينسجم مع النصوص الدولية و مع الدراسات العلمية التي حددت هذا السن.

و تواجه مسألة إتمام التعليم الإلزامي مشكلة الفقر في بعض الدول، حيث يعد دافعا لخروج الطفل مبكرا من التعليم إلى سوق العمل ليزاول أعمالا في إطار غير نظامي، كالتجارة الفوضوية و الزراعة بشكل غير مرخص، و في كل الأحوال يكون قد تسرب من المدرسة و يصبح بعدها أميًا بعدما يكون قد نسي ما درسه في السنوات القليلة الماضية، و هنا على الدول توفير بعض متطلبات الحياة للأطفال لمنعهم من التسرب المبكر بسبب الفقر⁽¹²⁾، كتوفير وجبات الغداء في المدرسة، و النقل المدرسي، و الخدمات الطبية مجانا، و هذه الضرورات الثلاث هي أساسية لمواصلة التعليم خاصة أن الأسر الفقيرة لا يمكنها أن توفرها للأبناء.

3 الاستثناء الوارد على السن الأدنى للالتحاق بالعمل:

السن الأدنى للالتحاق بالعمل في القانون الجزائري هو 16 سنة، و هذا السن يتطابق مع سن إتمام التعليم الإلزامي، و لكن قد يفشل الطفل في إتمام تعليمه الإلزامي فيتسرب بإرادته من المدرسة، أو أنه يفشل في الانتقال إلى مستوى أعلى، و في هذه الحالة و حماية للطفل جعلت الدولة مراكز للتكوين المهني، هدفها استرجاع الطفل من الشارع إلى مقاعد الدراسة و التكوين لتأهيله حتى يمكنه مواجهة متطلبات الحياة الاجتماعية و الاقتصادية التي تستلزم الكفاءة المهنية في قطاع مهني ما، فلا يمكن للطفل الالتحاق بالعمل بدون أي مؤهل علمي أو مهني، و لهذا تحت الدولة الأولياء في كل بداية سنة دراسية على ضرورة تسجيل أبنائهم في مراكز التكوين المهني.

لهذا نص المشرع الجزائري على استثناء وحيد لتحديد السن الأدنى للالتحاق بالعمل يتمثل في عقد التمهين، في المادة 15 من قانون علاقات العمل.

و التمهين هو نظام متعارف عليه عالميا نصت عليه التوصية رقم 60 المتعلقة بالتلمذة الصناعية بأنه ((...نظام يتعهد بموجبه صاحب العمل بمقتضى عقد باستخدام طفل و تعليمه بنفسه أو بالواسطة مهنة معينة وفق خطة مقررّة، خلال مدة محددة سلفا يكون الطفل فيها

ملزما بالعمل لمصلحة صاحب العمل))، و عرفته منظمة الأمم المتحدة للتربية و العلوم و الثقافة (اليونسكو) بأنه ((جميع أشكال و مستويات العملية التعليمية التي تتضمن بالإضافة إلى المعارف العامة دراسة التكنولوجيات و العلوم المتصلة بها، و اكتساب المهارات العلمية و المعارف و المواقف و المدارك المتصلة بالممارسات المهنية في شتى قطاعات الحياة الاقتصادية و الاجتماعية)).

أما المشرع الجزائري فقد عرف التمهين في القانون رقم 81-07 المتعلق بالتمهين⁽¹³⁾ في المادة الثانية بأنه ((التمهين هو طريقة التكوين المهني يهدف إلى اكتساب تأهيل مهني أولي أثناء العمل، معترف به، يسمح بممارسة مهنة ما في مختلف قطاعات النشاط الاقتصادي المرتبطة بإنتاج المواد و الخدمات))، و هذا القانون تم تعديله بموجب القانون 90-34⁽¹⁴⁾ و تم توسعة القطاعات التي يسمح لها بالتمهين ليشمل قطاعات عديدة نصت عليها المادة السابعة من هذا القانون، فلم يعد الأمر مقتصرًا على القطاع الصناعي و الخدمات كما ورد في نص المادة الثانية من القانون 81-07 سابقة الذكر.

و السن القانوني للالتحاق بالتمهين هو 15 سنة و من هنا تبرز أهمية التمهين في حياة الطفل، كونه في هذا السن يكون قد دخل في مرحلة المراهقة، و يكون عرضة لمختلف الانحرافات، و يحاول الحصول على الأموال بكل الطرق تلبية لحاجياته، و من هنا يبدأ التخطيط للانحراف، و يبرز هنا دور الدولة في المحافظة على الطفل و إحاطته بضمانات تكفل له تربية حسنة، ومنها تقديم يد المساعدة للمراهق بتكوينه من أجل الدخول إلى عالم الشغل، بدلا من دخوله إلى عالم الإجرام.

فيتدرج الطفل من المدرسة إلى التكوين المهني أي أثناء بلوغه سن 15 سنة و بعد تسربه من المدرسة فإنه يستطيع أن يلتحق بالتكوين المهني، فيمضي فيه مرحلة المراهقة بعيدا عن الشارع⁽¹⁵⁾.

فضلا عن ذلك فإن مراكز التكوين المهني تضع تخصصات تستجيب لسوق العمل، و بهذا فهي تضمن للطفل المسار المهني السليم، و تعزز له فرصة الحصول على عمل في المستقبل، و إذا فرضنا العكس بأن الطفل اختار تأهيلا بدون اللجوء إلى مراكز التكوين، فإنه لا يدرك متطلبات سوق العمل، فقد يمضي سنوات من العمل لدى الخواص و في نهاية الأمر يجد نفسه بدون أي مؤهل مهني و الخبرة التي اكتسبها لم تفده في شيء.

إذن دور مراكز التكوين المهني في هذه المسألة هو حماية الطفل من الضياع في المجتمع و ذلك بتكوينه وفق تخصصات يحتاجها قطاع العمل.

و تحديد التخصصات له بعد استراتيجي في التنمية إذ أن التنمية الاقتصادية في الدولة تتطلب تحديد خطة واضحة للنهوض بالاقتصاد، و ذلك بالتخطيط المسبق بإيجاد اليد العاملة المؤهلة للنهوض بقطاع من القطاعات، و لهذا تستطيع الدولة أن تتحكم في التنمية كما تريد.

و يمكن أن يتم التمهين في غير مراكز التكوين، و هنا يكون بواسطة عقد منظم، و عقد التمهين هو عقد ملزم للجانبين يرم ما بين الطفل ممثلا في وليه أو ممثله الشرعي و صاحب العمل، مقتضاه أن يتم تأهيل الطفل للعمل بتعليمه و تدريبه أصول حرفة ما، و يقابل ذلك إلتزام الطفل بالعمل لحساب صاحب العمل، حسب البرنامج المسطر و المتفق عليه، على أن يتم الاتفاق على الأجر و يكون مخفضا و يمكن أن يتم التمهين بدون أجر، لكن لا يجوز أن يتحول التمهين إلى عقد عمل حتى و إن كان بأجر.

و قد عرف المشرع الجزائري عقد التمهين في المادة العاشرة من القانون رقم 81-07 المتعلق بالتمهين ((عقد التمهين هو العقد الذي تلتزم بموجبه المؤسسة المستخدمة بضمان تكوين مهني منهجي و تام لمتمهن، يلتزم مقابل ذلك بالعمل لديها طيلة مدة العقد، و يتقاضى عن ذلك أجرا مسبقا يحدد سلفا)).

و بالنسبة للسن القانوني للتمهين هو 15 سنة حيث تم تخفيض السن الأدنى للالتحاق بالعمل المتمثل في 16 سنة إلى 15 سنة بالنسبة للتمهين، و ذلك حسب المادة 12 من قانون 81-07 المتعلق بالتمهين حيث نصت على أنه ((لا يسمح بقبول أي متمهن يقل سنه عن 15 سنة و يزيد عن 18 سنة عند إمضاء عقد التمهين. بمدد السن الأقصى للمعوقين بدنيا إلى 20 سنة)).

و أقل مدة للتمهين هي سنة و أقصاها ثلاث سنوات حسب نص المادة الرابعة من قانون 81-07 ، و إذا نظرنا إلى سن التمهين 15 سنة فإن الطفل إذا بدأ التمهين في هذا السن و أمضى المدة الدنيا للتمهين أي سنة واحدة يكون سنه حينها 16 سنة و هو أدنى سن للالتحاق بالعمل، و إذا أمضى أقصى مدة للتمهين أي ثلاث سنوات يكون قد بلغ 18 سنة و هو سن نهاية الطفولة فبعد هذا السن لا يتمتع بالحماية كطفل.

لهذا فتحديد سن التمهين ب15 سنة متوافق تماما مع باقي النصوص القانونية و المنظومة القانونية بأكملها، و هدف المشرع من التوفيق بين سن التمهين و سن الالتحاق بالعمل و سن انتهاء مرحلة الطفولة؛ هو القضاء على فترات الفراغ، بحيث أن الطفل بعد إكماله للتمهين يجد نفسه مؤهلا للالتحاق بالعمل أو يجد نفسه قد بلغ سن الرشد، و هذا التناسق في النصوص القانونية يشكل حماية كبيرة للطفل من كل استغلال في قطاع العمل.

و يشترط لصحة عقد التمهين شروطا معينة كلها ترمي إلى حماية الطفل و تتمثل فيما يلي:

الشرط الأول: أن يتم العقد في شكل مكتوب:

نصت على هذا الشرط المادة الخامسة من قانون 90-34 المعدلة للمادة 11 من قانون 81-07 المتعلقين بالتمهين ((يكتب و يمضى عقد التمهين من طرف المشغل و المتمهن و وصيه الشرعي، إذا لم يبلغ سن الرشد))، و شرط الكتابة مقرر لحماية مصالح الطفل من كل تعسف عن طريق تعديل صاحب العمل للعقد بمفرده، و الإنهاء المفاجئ للعقد إذا كان غير مكتوب، فإذا كان مكتوبا كان ضامنا بشكل كافي على الالتزام ببوده، و الكتابة هنا هي شرط للانعقاد و ليس للإثبات، عكس بعض القوانين العربية التي جعلتها شرطا للإثبات فقط مثل المشرع المصري⁽¹⁶⁾.

و المشرع الجزائري أحاط الطفل بحماية أخرى و هي إذا لم ينشأ عقد التمهين في شكل مكتوب كان باطلا و هنا إذا كان الطفل قد أمضى مدة في العمل لحساب صاحب العمل فإن حقه في الأجر لا يسقط نظرا لبطان العقد⁽¹⁷⁾، و لا يحال الطفل إلى القواعد العامة لاستحقاق أجره و إنما - و إمعانا في حمايته - خصّه المشرع بنص خاص في قانون 90-11 في المادة 2/135 ((غير أنه لا يمكن أن يؤدي بطلان العمل إلى ضياع الأجر المستحق عن عمل تم أدائه))، و هذا النص يعد حماية للطفل في حالة ما قضي بطلان العقد. و في حالة ما إذا لم تراعى الشكلية في العقد و لم يقض بطلانه فإنه يتحول من عقد تمهين إلى عقد عمل غير محدد المدة حسب المادة 2/11 من القانون 90-11 ، و هذا الحكم هو أيضا حماية للطفل، حتى لا تزول حقوقه بزوال العقد، فإذا كان باطلا و رأي إنهاءه يكون له الحق في الأجر على ما أداه من عمل بوصفه عاملا لا بوصفه متمهن، و إذا واصل تنفيذ العقد رغم تخلف الشكلية فإن عقد التمهين يتحول إلى عقد عمل غير محدد المدة.

الشرط الثاني: التوقيع على العقد:

الكتابة التي يشترطها المشرع الجزائري لعقد التمهين ليست الكتابة الرسمية، و إنما هي الشكل الذي يصاغ فيه العقد و يتضمن توقيع صاحب العمل و الطفل و وليه أو ممثله الشرعي، و التوقيع هو دليل على إطلاع الأطراف الثلاثة على بنود العقد و رضائهم بها، و هذا الشرط أيضا يعد وجها من أوجه الحماية القانونية للطفل المتمهن.

الشرط الثالث: ضرورة إخضاع الطفل المترشح للتمهين لفحص طبي:

نصت على هذا الشرط المادة 30 من القانون 07-81 ((يخضع كل مترشح للتمهين لفحص طبي.

و في إطار الوقاية الصحية ينشأ دفتر طبي للمتمهين يسمح بمتابعة حالته الصحية .

يحدد نموذج هذا الدفتر و كيفية مسكه عن طريق التنظيم)).

و الهدف من إجراء الفحص قبل الشروع في التمهين هو حماية صحة الطفل، لأن الوضع الصحي للطفل قد لا يتناسب مع طبيعة العمل أثناء التمهين، و هذا الأمر يفرض أن يكون الطبيب الذي يصدر الشهادة الطبية على علم بمضمون العمل أثناء التمهين و المخاطر الناجمة عنه، و حجم الجهد المبذول أثناءه و عليه يفترض أن يكون متعاقدا مع مراكز التمهين أو له علاقة بقطاع التشغيل حتى يكون على بينة لما يصدر الشهادة التي تثبت صلاحية الطفل لممارسة النشاطات المتعلقة بالتمهين.

ثانيا/ إجراءات التحاق الطفل بالعمل:

في الجزء الأول تناولنا شرط السن الأدنى للالتحاق بالعمل، و ذكرنا أن تحديد السن الأدنى هدفه حماية الطفل، و لكن حتى تكتمل معالم الحماية و تحيط بالطفل من كل جانب؛ نضيف الشرط الثاني المتمثل في ضرورة الخضوع لإجراءات قانونية معينة للتحاق الطفل بالعمل، هذه الإجراءات تضمنتها النصوص الدولية، و أعادت صياغتها القوانين الداخلية للدول، و هدفها وضع حماية شاملة للطفل باعتبارها الطرف الضعيف في العقد، و سد كل الثغرات التي تشوب التحاق الطفل بالعمل، هذه الثغرات قد يستغلها صاحب العمل للتسرف و استغلال الطفل، و هذه الإجراءات تتمثل فيما يلي.

1. إجراء الحصول على رخصة من الولي أو الممثل الشرعي للطفل:

هذا الإجراء نصت عليه المادة 15 في فقرتها الثانية من قانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل ((لا يجوز توظيف القاصر إلا بناء على رخصة من وصيه الشرعي)) و هذا النص يتوافق مع دور الولي أو الممثل الشرعي للطفل في المنظومة القانونية في الجزائر، فهو مثلا يتوافق مع القواعد العامة في القانون المدني في الأحكام المتعلقة بإجازة الولي لتصرفات ناقص الأهلية، و أيضا في قانون الأسرة في الأحكام المتعلقة بالولاية و الوصاية و التقديم، و حتى القوانين الجزائرية التي تشترط حضور الولي أو الممثل الشرعي للطفل أثناء محاكمته في قسم الأحداث، و في مسؤوليته المدنية كمتولي للرقابة، فهو مصاحب للطفل في كل نشاطاته و أعماله سواء القانونية أو المادية، لهذا في قانون علاقات العمل يشترط موافقة الولي أو الممثل الشرعي للطفل، باعتباره ضمانا أخرى تكفل حماية الطفل لأن رضا الطفل تصرف قانوني ناقص يكمله الولي أو الممثل الشرعي.

و المشرع يشترط أن تكون الرخصة مسبقة أي أثناء العقد، فهي من مكونات عنصر الرضا في العقد، و ليست لاحقة للعقد، بمعنى إذا أبرم العقد بدون رخصة كان باطلا بطلانا مطلقا، حتى و إن ألحقت به الرخصة فيما بعد، و هذا لتأكيد الحماية القانونية للطفل و سد كل الثغرات التي قد تناسب صاحب العمل و تتعارض مع مصالح الطفل.

و شرط الرخصة السابقة على العقد هو استثناء من القواعد العامة في العقد، فإذا اعتبرنا عقد العمل تصرف دائر بين النفع و الضرر فإن حكمه وفقا للقواعد العامة أنه باطل بطلانا نسبيا، و يمكن تصحيحه بالإجازة اللاحقة لولي ناقص الأهلية أو ممثله الشرعي، و لكن تطبيقا لقاعدة "الخاص يقيد العام" نجد أن قانون علاقات العمل ينظم مسألة خاصة هي عقد العمل، فهو قانون خاص لهذا يعمل به و تستبعد القواعد العامة في القانون المدني، و لهذا يترتب على عدم وجود رخصة سابقة بطلان العقد بطلانا مطلقا و ليس نسبيا، و لا يصحح بالإجازة اللاحقة، و سبب هذا الحكم الخاص هو التشديد و الصرامة في حماية الطفل⁽¹⁸⁾.

و نشير إلى أن المادة 15 في فقرتها الثانية السابقة الذكر لم تكن دقيقة في تحديد الشخص الذي يصدر الرخصة؛ حيث ذكرت عبارة "الوصي" و الأصح هو "الولي أو الممثل الشرعي"، و الممثل الشرعي المقصود به الوصي و القيم، فقد ذكرت المادة الفرع (الوصي) و أهملت

الأصل (الولي)، و ترتيب هؤلاء يرجع بشأنه إلى القانون المدني في المادة 44 حيث ذكرت الولي ثم الوصي ثم القيم (أي الولي و إذا لم يوجد يكون الوصي و إذا لم يوجد يكون القيم)، و كذلك قانون الأسرة الذي نص في المادة 87 منه على أن الولي هو الأب و بعده و أثناء غيابه تحل محله الأم، و بعد الولي يأتي الوصي ثم القيم حسب المادة 81 من ذات القانون، فكان على المشرع في قانون 90-11 أن يكون منسجما مع باقي النصوص القانونية، و يأخذ المصطلحات القانونية من أصلها لا أن يستعمل مصطلحات عشوائية.

و المشرع لم يتحدث عن شكل الرخصة، و لكن بالنظر إلى روح النصوص القانونية؛ فإنه لا يمكن أن تكون الرخصة شفهيًا، و إنما يجب أن تكون مكتوبة، و بما أن المشرع لم ينص على شرط الكتابة و لا على البيانات التي يجب أن تتضمنها الرخصة؛ فنحن نرى أن الرخصة يجب أن تلحق بعقد التمهيين، لأن المشرع اشترط أن يتم العقد في شكل مكتوب إذن فيمكن أن يتضمن بنداً أو إطاراً خاصاً بالرخصة يشار فيه إلى وجود رخصة مسبقة من الولي أو الممثل الشرعي للطفل، و لما يتم التوقيع على العقد فإن هذا التوقيع يكون بمثابة إطلاع على الرخصة من الأطراف الثلاثة (الولي، الطفل، صاحب العمل)، و هذا الحل هو أفضل من تصاغ الرخصة في شكل مستقل عن العقد لأنها في الأصل جزء منه.

2. إخضاع الطفل لفحص طبي مسبق:

تناولت هذا الإجراء بعض النصوص الدولية منها المادة 34 في فقرتها الثالثة من الميثاق العربي لحقوق الإنسان الموقع بتونس سنة 2004 ((تعترف الدول الأطراف بحق الطفل في حمايته من الاستغلال الاقتصادي و من أداء أي عمل يرجح أن يكون خطيراً أو أن يمثل إعاقة لتعليم الطفل، أو أن يكون ضاراً بصحة الطفل أو بنموه البدني، أو العقلي، أو الروحي، أو المعنوي، أو الاجتماعي)). كما نص عنه المشرع الجزائري في المادة 5 في فقرتها الخامسة من قانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل ((يتمتع العمال بالحقوق الأساسية التالية... الوقاية الصحية و الأمن و طب العمل)).

فلم يخص المشرع الطفل بنص خاص في هذا المجال، و بالتالي فهو يخضع لعموم الحقوق التي تثبت لكافة العمال، و لا مبرر لاستثنائه منها، بل أكثر من ذلك يستفيد الطفل من هذا الحق من باب أولى.

و بناء على ذلك يلتزم صاحب العمل بتوفير ظروف العمل المناسبة للسلامة الجسدية للطفل، و منع إصابته بأية عدوى أو أمراض ناتجة عن مزاولته للعمل، و هذا ما نصت عنه المادة 15 في فقرتها الثالثة من قانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل ((كما لا يجوز استخدام العامل القاصر في الأشغال الخطيرة أو التي تنعدم فيها النظافة أو تضر صحته أو تمس بأخلاقياته)).

لهذا وجب إخضاع الطفل للفحص الطبي المسبق حتى تتبين أهليته الصحية لمباشرة العمل أو عدم أهليته، و هذا المبدأ يستقيم مع باقي النصوص القانونية منها المادة 17 من القانون 88-07 المتعلق بالوقاية الصحية و الأمن و طب العمل التي تنص على أنه ((يخضع وجوباً كل عامل أو متمهن للفحوص الطبية الخاصة بالتوظيف و كذا الفحوص الدورية، و الخاصة، و المتعلقة باستئناف العمل))، و كذلك المادة 13 من المرسوم التنفيذي 93-120 المتعلق بتنظيم طب العمل.

و لكي يستقيم تطبيق مبدأ الفحص الطبي و يكون منتجاً؛ لا بد من تزويد الطبيب بقائمة النشاطات و طبيعة العمل و المخاطر المنجزة عنه و الوسائل المستعملة في العمل؛ حتى يوازن ما بينها و بين حالة الطفل الصحية، فإذا رأى أنها لا تتحمل مثل هذا العمل؛ فإنه لا يمنح الشهادة الطبية المؤهلة لذلك العمل، و هنا يتوجب على صاحب العمل إعادة توجيه الطفل إلى منصب آخر يتلاءم مع قدراته الصحية و بعد فحصه ثانية من طرف الطبيب الذي يقرر مدى صلاحية الطفل للعمل، فعدم منح الشهادة الطبية من طرف الطبيب لا يترتب عنه ضياع حق الطفل في العمل، و إنما يجب إعادة توجيهه إلى منصب آخر يتلاءم مع حالته الصحية⁽¹⁹⁾، و حتى الأطفال المعاقين لهم الحق في مناصب عمل تتلاءم مع حالتهم الصحية.

الخاتمة:

ساعدت النصوص الدولية على إيجاد قاسم مشترك بين الدول في حماية الطفل، و هي التي لعبت الدور الأساسي في توحيد مبدأ حماية الطفل أثناء العمل في كل تشريعات العالم، فالمبدأ أصبح ثابتا و ما بقي من اختلاف يرجع إلى بعض الأحكام التفصيلية التي لا تؤثر على المبدأ، و انطلاقا من النصوص الدولية عمل المشرع على إيجاد نظام متكامل لحماية الطفل أثناء العمل و أثناء التمهين، و من خلال ما سبق يمكن استخلاص النتائج و التوصيات التالية:

إن المشرع الجزائري كان منسجما مع النصوص الدولية بحيث أننا لم نجد أي نص يتعارض معها، بل أنه عزز حماية الطفل بأكثر مما نصت عليه الاتفاقيات، فمثلا رفع السن الأدنى للالتحاق بالعمل إلى 16 سنة بدلا من 15 سنة المنصوص عنها في الاتفاقيات الدولية. كل اتفاقات العمل الجماعية راعت مسألة حماية الطفل العامل كونها جاءت متوافقة مع التشريع، و هذا الأمر يعزز حماية الطفل في العمل و يجعل النصوص محلا للتطبيق الفعلي.

الاعتراف بالحقوق في العمل بدءا من سن 16 سنة هو استجابة للظروف المعيشية لأفراد المجتمع من جهة، و لسد الفراغ الذي قد يعاني منه الطفل الذي لم يواصل تعليمه، فلو فرضنا أن المشرع لم يعترف مطلقا بالحقوق في العمل للطفل؛ أين سيذهب الطفل الذي بلغ 16 سنة و لم يواصل تعليمه؟ فمن المنطقي أن يوجه إلى سوق العمل أفضل من تركه بدون دراسة و بدون عمل لأن هذا سيؤدي به إلى الانحراف، إذن فعمالة الأطفال ليست هي الوضع الطبيعي للطفل و إنما فرضتها ضرورات معينة و اختير بشأنها أهون الضررين، إذن فالاعتراف بالحقوق في العمل للطفل هو صورة من صور الحماية القانونية للطفل.

أحاط المشرع الطفل العامل بضمانات كافية لمواجهة الصعوبات أثناء العمل، و من أهمها موافقة وليه أو ممثله الشرعي على التحاقه بالعمل، و عدم تشغيله في الأعمال الخطيرة أو في منصب لا يتلاءم مع قدراته الصحية، و حمايته من الأمراض الناجمة عن العمل و متابعتة صحيا بواسطة طب العمل، و غيرها من الضمانات التي تكفل له الحماية الكافية.

كما نظم المشرع مسألة التمهين، و هي فكرة تربوية و اقتصادية جيدة، كون التمهين يشكل ضمانا للطفل لدخوله سوق العمل بطريقة مدروسة، لأن مراكز التكوين المهني تضع تخصصات تتلاءم مع سوق العمل، فإذا لم يوفق الطفل في مواصلة دراسته فإنه ينتقل إلى مراكز التكوين المهني للتأهيل لممارسة حرفة ما، و هنا يبرز دور الأولياء إذ يتعين عليهم تسجيل أبنائهم في مراكز التكوين، فلا يوجد نص يلزم الطفل الذي انقطع عن الدراسة النظامية بضرورة الالتحاق بالتكوين المهني، فلا بد من تدخل الولي لتوجيهه حتى يصبح عنصرا منتجا في المجتمع، و هنا نقترح تعزيز نظام التكوين المهني، فلا يترك الأمر لمحض إرادة الولي بل يجب إيجاد وسيلة قانونية لتوجيه الطفل لمراكز التكوين و إجباره على ذلك بطريقة غير مباشرة، فيمكن مثلا اشتراط الحصول على شهادة من مركز تكوين مهني معتمد لمباشرة أي عمل مهما كان، سواء في القطاع العام أو القطاع الخاص، أو عمل حر لحسابه الشخصي، فمثلا لو أراد الطفل ممارسة نشاط حربي أو تجاري لحسابه فعلى الإدارة أن تطلب منه شهادة تثبت كفاءته لممارسة هذه الحرفة، فهذا الإجراء يضمن جودة اليد العاملة فعدم التكوين يؤدي إلى الرداءة في الخدمات و الغش، و من جهة أخرى يشكل حماية للطفل بتكوينه بطريقة علمية تضمن له الاستمرارية في الحياة المهنية بعيدا عن الربح السريع المؤقت الذي يزول بزوال سببه، و إذا ما سطرت الإدارة خطة واضحة في هذا الشأن سيكون الطفل مجبرا على التسجيل في مراكز التكوين المهني، و هذا يحقق نتائج إيجابية حيث يمنع الطفل من الانحراف طوال فترة المراهقة كونه مشغول بالتكوين، و أيضا نصل إلى توافق و انسجام بين التكوين المهني و سوق العمل و هذا الأمر يجد من ظاهرة البطالة.

نص المشرع على عقد التمهين و أحاط الطفل بضمانات كافية تكفل له الدخول التدريجي إلى عالم الشغل، حيث أنه من الضروري أن يمر بمرحلة التمهين من أجل حصوله على المعارف الفنية المتخصصة، و قد نظم المشرع عقد التمهين بشكل يضمن حماية كافية للطفل، و من بين الضمانات تحديد السن الأدنى للتمهين ب15 سنة، و ضرورة كتابة العقد و الحصول على رخصة من الولي أو الممثل الشرعي، و ضرورة خضوع الطفل لفحص طبي مسبق، كل هاته الأحكام تصب في مصلحة الطفل لمنع استغلاله اقتصاديا.

و ما يمكن قوله في الأخير هو ضرورة تفعيل دور الإدارة في متابعة تطبيق التشريعات، فالواقع يثبت أن أطفالا يعملون في التجارة والفلاحة و حتى النقل العمومي (القابضين) فهل هؤلاء هم مسجلون لدى الهيئات الإدارية المعنية ومعروفون لديها؟ و إذا لم يكن الأمر كذلك كيف يتم الكشف عن الاستغلال الاقتصادي للطفل و كيف تستطيع الدولة بسط حمايتها عليه، و كيف تتم متابعة تطبيق التشريعات، بل الأكثر من ذلك خطورة نحن نرى أشخاصا يتسولون بواسطة الأطفال و هي الصورة القسوى للظلم و سوء الرعاية للأطفال.

نحن نرى أن الحلقة الضائعة في مجال حماية الأطفال هو دور الإدارة، لذا يجب تفعيل دور الرقابة الإدارية على عمالة الأطفال، و لا يمكن الاحتجاج بالوضع الاقتصادي للأسر و مدى حاجتهم لمساعدة أبنائهم لأن هذا لا يمنع من وضع عمالة الأطفال التي يفرضها الواقع في إطار نظامي مدرّوس و مراقب و متابع.

الهوامش:

- (1) المادة 83 من قانون الأسرة رقم 84-11 المعدل و المتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 2005/02/27.
- (2) القانون رقم 90-11 المؤرخ في 1990/04/21 المعدل و المتمم المتعلق بعلاقات العمل الصادر في الجريدة الرسمية العدد 17 الصادرة بتاريخ 1990/04/25.
- (3) الأمر 75-31 المؤرخ في 1975/04/27 المتعلق بالشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص، الجريدة الرسمية عدد 39 المؤرخة في 1975/05/16.
- (4) القانون 78-12 المتضمن القانون الأساسي العام للعامل المؤرخ في 1978/08/15 الصادر بالجريدة الرسمية عدد 32 لسنة 1978.
- (5) د/ حاج سودي محمد: التنظيم القانوني لتشغيل الأطفال، رسالة دكتوراه في الحقوق، فرع القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد. تلمسان، كلية الحقوق و العلوم السياسية، السنة الجامعية 2015/2016، ص 141.
- (6) فاطمة بحري: الحماية الجنائية الموضوعية للأطفال المستخدمين، دار الفكر الجامعي، مصر، 2007، ص 35 و ما بعدها.
- (7) مجادي لمياء: العوامل المؤدية إلى تشغيل الطفل الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، قسم علم الاجتماع، السنة الجامعية 2001/2002، ص 42 و ما بعدها.
- (8) Observation (CEACR); adoptée 2014; publiée 104 éme session; CIT(2015) (convention n 138 sur L'age minimum; 1973; algerie(ratification); 1984.
- (9) د/ دليلة المباركي: عمالة الأطفال بين الواقع و النصوص. الجزائر نموذجاً، بحث منشور عبر الأنترنت في الموقع: <https://repository.nauss.edu.sa> ص 325، اطع عليه بتاريخ 2018/02/20.
- (10) أكثر تفاصيل حول السن الأدنى للعمل في بلدان العالم راجع: مجادي لمياء: المرجع السابق، ص 39.
- (11) للاطلاع على الإحصائيات المتعلقة بالتسرب المدرسي راجع: مجادي لمياء: المرجع السابق، 27 و ما بعدها.
- (12) د/ دليلة المباركي: المرجع السابق، ص 325.
- (13) القانون رقم 81-07 مؤرخ في 1981/06/27 متعلق بالتمهين المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية العدد 26 المؤرخة في 1981/06/30.

- (14) القانون رقم 90-34 المؤرخ في 1990/12/25 المعدل و المتمم للقانون 81-07 المتعلق بالتمهين، الجريدة الرسمية، عدد 56.
- (15) د/ حاج سودي مُجَد: المرجع السابق، ص 158.
- (16) د/ صلاح علي علي حسن: التنظيم القانوني لتشغيل الأحداث، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، ص 77 و ما بعدها.
- (17) د/حاج سودي مُجَد: المرجع السابق، ص 159.
- (18) المرجع نفسه: ص 164.
- (19) المرجع نفسه: ص 168.

الدفاع الشرعي والقانون الدولي العرفي

د . عمروش أحسن

أستاذ محاضر (أ)

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة الجليلي بونعامة بخميس مليانة

الملخص:

يعتبر الدفاع الشرعي من أهم الحقوق الجماعية للصيقة بذات الجماعة، و هي من الحالات الاستثنائية الواردة عن حالة اللجوء إلى القوة المحظورة في كافة الشرائع الدولية ، كما يعد الدفاع الشرعي حالة من حالات انتفاء المسؤولية الدولية التي تتخذها الدول للإفلات من العقاب الذي قد يسلط عليهم دوليا في حالة خرقهم لأحكام و بنود القانون الدولي مهما كان نوعه سواء كان عرفيا أو إتفاقيا و التي تقرر بضرورة حماية حقوق الإنسان و عدم التعدي عليها بأي حال من الأحوال.

Summary:

Forensic defense is one of the most important collective rights of the same group. It is one of the exceptional cases of the use of force that is prohibited in all international laws. The legitimate defense is also a case of the absence of international responsibility by states for the impunity that may be imposed internationally. In violation of the provisions and provisions of international law of any kind, whether customary or conventional, which determines the need to protect human rights and not to infringe in any way

الكلمات المفتاحية : الدفاع الشرعي ، القانون الدولي العرفي ، القانون الدولي الإنساني ، اتفاقيات جنيف ، القضاء الدولي .

مقدمة:

لقد نصت القوانين الداخلية على الدفاع الشرعي كحق لكل إنسان، وهذا لرد العدوان، وعملا بهذا ، يسلم المجتمع الدولي بأن الدفاع الشرعي هو حق للدولة أسوة بالأفراد، وهو حالة تزيل للفعل غير المشروع صفة التجريم وتجعله فعلا مباحا، وعليه فهو حديث العهد في القانون الدولي الجنائي ، لم يظهر إلا بعد أن تكاملت الأعراف والمواثيق الدولية التي تعتبر أن الحرب جريمة لا يجوز اللجوء إليها، فمن تتبع المعاهدات الدولية نلاحظ أنها لم تنص على الدفاع الشرعي لا صراحة ولا ضمنا، ولكن الأمر بدأ يتغير تدريجيا بعد أن اتجه العرف الدولي إلى تجريم الحرب مستبعدا من هذا التجريم الحروب التي تقع للدفاع الشرعي بهدف رد العدوان، وقد توج في الأخير بنص المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة¹، وكذا المادة 8 من مشروع تقنين الجرائم ضد السلام وأمن البشرية (1954) التي تكرس لهذا الحق الطبيعي وهذا من خلال القانون الدولي العرفي الذي كان سائدا قبل القواعد الاتفاقية .

¹ نصت المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة على أنه : (ليس في هذا الميثاق ما يضعف أو ينتقص الحق الطبيعي للدول، فرادى أو جماعات، في الدفاع عن أنفسهم إذا اعتدت قوة مسلحة على أحد أعضاء "الأمم المتحدة" وذلك إلى أن يتخذ مجلس الأمن التدابير اللازمة لحفظ السلم والأمن الدولي، والتدابير التي

وعليه: فما مدى تأثير القانون الدولي العرفي في استخدام حق الدفاع الشرعي؟ وهل الدفاع الشرعي مستمد من القواعد العرفية؟ وهل يمكن تدوين القانون الدولي العرفي؟ وهل سد القانون العرفي الثغرات التي ينص عليها القانون الإتفاقي؟ وما مدى توافق الشروط الواردة في القانون الإتفاقي مع الشروط الواردة في القانون الدولي العرفي في موضوع الدفاع الشرعي؟ وما مدى ارتباط مبدأ استخدام القوة بحق الدفاع الشرعي في ظل القانون الدولي العرفي؟

ومنه نطرح الإشكالية التالية:

-هل هناك قانون دولي عرفي ينظم استخدام حق الدفاع الشرعي؟ وكيف نظم هذا الحق؟

-وهل القانون الدولي العرفي يتجاوز القانون الدولي الإتفاقي أوله نفس الدرجة؟

- وهل هناك علاقة بين الدفاع الشرعي في القانون الدولي العرفي بالمادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة؟

وسنجيب على هذه الإشكاليات من خلال المحاور التالية:

1- تحديد مفهوم القانون الدولي العرفي وكيفية تكوينه.

2- الحالات التي وجد فيها القانون الدولي العرفي وتطبيقاته.

3- أهم العقبات التي تضعها الدول لعرقلة تطبيق القانون الدولي العرفي.

4- تدوين القانون الدولي العرفي في موضوع الدفاع الشرعي.

5- أساس الدفاع الشرعي في القانون الدولي العام

6- أمثلة حول مجال الدفاع الشرعي في ظل القانون الدولي العرفي.

1/ تحديد مفهوم القانون الدولي العرفي وكيفية تكوينه

إن القانون الدولي العرفي هو مجموعة القواعد والأحكام العرفية والأعمال التي لا تمثل فقط ممارسة ثابتة ومستمرة، بل يلزم هذه الممارسة القوة الإلزامية من خلال أن يكون للدول المعنية الإحساس بالامتثال لما يعادل الالتزام القانوني، كما أنه يمكن تدوين القانون العرفي من خلال صياغته في شكل مكتوب وقانوني، وهذا من خلال المعاهدات التديينية الخاصة المتعددة الأطراف، وعليه فإن القانون الدولي العرفي يتميز بالتواتر في الاستعمال والشعور بالإلزام (الركن المعنوي).

أما بالنسبة لكيفية تكوين القانون الدولي العرفي، فهناك حالتان أو مرحلتان لتكوينه:

أخذها الأعضاء استعمالاً لحق الدفاع عن النفس تبلغ إلى المجلس فوراً، ولا تؤثر تلك التدابير بأي حال فيما للمجلس - بمقتضى سلطته ومسؤولياته المستمرة من أحكام هذا الميثاق - من الحق في أن يتخذ في أي وقت ما يرى ضرورة لاتخاذ من الأعمال لحفظ السلم والأمن الدولي أو إعادته إلى نصابه (

أ. المرحلة الأولى: القانون الدولي العرفي سابق للنصوص الاتفاقية

مثل حالة اتفاقية فينا التي تبقى ملزمة على أساس أنها عرفية للدول التي لم تصادق عليها بعد التدوين، بل وتكتسي القيمة الإلزامية مثلها مثل المعاهداتية ، ومثال ذلك مبدأ احترام الحصانة الدبلوماسية والقنصلية التي هي في الأصل قاعدة عرفية ومدونة في الأمم المتحدة من خلال معاهدة فينا 1961 المتعلقة بالعلاقات الدبلوماسية واتفاقية فينا 1963 حول العلاقات القنصلية، وهذا ما كرسته محكمة العدل الدولية في قضية الرهائن الأمريكيين في طهران 27 مارس 1980.

ب. المرحلة الثانية: القانون الدولي العرفي متكون بعد وضع النص

ومن هنا المواضيع والمجالات المعالجة في اتفاقيات متعددة ومتناولة لنفس الموضوع، مثل ما هو متعلق بموضوع البيئة، فيتكون بذلك العرف، وكذلك في حالة أن الاتفاقية تقرر قاعدة غير مكررة في بعض الاتفاقيات وإنما مدرجة في بعضها، وعليه تساهم في ظهور أعراف جديدة، كما أن هناك حالات تبرم الاتفاقية إلا أنها تواجه مشكلة في دخولها حيز التنفيذ مثل اتفاقية قانون البحار 1982، ومنه تتحول إلى نصوص واجبة التطبيق وتصبح عرف دولي يتميز بالتبجيل والاحترام ثم الإلزام ، وهذا ما أقرته محكمة العدل الدولية في حكمها 20 فبراير 1969 حول مشاكل الجرف القاري ببحر الشمال ، وكذا حكمها 27 جوان 1986 في قضية النشاطات العسكرية والشبه العسكرية في نيكاراغوا، من خلال اتفاقيات التدوين حيث أن هناك بعض الاتفاقيات العامة تكون منشأة لقاعدة عرفية جديدة، وتدعيما لهذه الفكرة ورد بصريح العبارة في حكم محكمة العدل الدولية (27 جوان 1986): "لا مانع من التفكير عندما يكون القانون الدولي العرفي مؤلفا من نفس القواعد المدرجة في المعاهدات، إلى حد لم يعد لها وجود خاص، وبالعكس، العديد من الأدلة تبين أنه هناك تماثل في محتوى المصدرين (العرف/المعاهدة)، فهذه القواعد تحافظ على وجودها البين، إذن فقواعد القانون الدولي العرفي تحافظ على وجوبيتها وتطبيقها الذاتي، اتجاه القواعد المعاهداتية وإن كان للمصدرين نفس المضمون المماثل"¹.

2/ الحالات التي وجد فيها القانون الدولي العرفي وتطبيقاته

إن الحالات التي وجد فيها القانون الدولي العرفي تكمن خاصة في اتفاقيات لاهاي 1899 و 1907 التي تنظم سير الحرب، وهذه الاتفاقيات تضمنت قواعد تقضي بحق الدفاع الشرعي وهذا من خلال الحد من استخدام القوة، حيث اتفقت أطرافها على عدم اللجوء للقوة للحصول على الديون التعاقدية في ذمة دولة معينة إلا في هذه الحالة فقط ، ولا يطبق هذا الحد إذا كانت الدولة المدين قد رفضت التحكيم²، وكذلك الحال فإن الاستخدام المتكرر والمستمر والملمزم للدفاع الشرعي يكون القانون الدولي العرفي، كما أن المادة 51 من الميثاق نصت على نقطتان هما الاستخدام المشروع للقوة في النزاعات الدولية وتنظيم حق الأمن الجماعي وهذا النص عزز من القانون الدولي العرفي.

وعليه، فإذا ما سلمنا بوجود القانون الدولي العرفي فهل هناك تطبيقات له؟

¹ - أنظر حولية محكمة العدل الدولية 1986 فقرة 176 - 183.

² - محمد بوسلطان/ حمان بكاي، القانون الدولي العام وحرب التحرير الجزائرية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص76.

وجدت تطبيقات له في ثلاث حالات:

أ. في نطاق القضاء الدولي

في حكم (م ع د) الصادر في 1986 في قضية نيكاراغوا ضد الولايات المتحدة الأمريكية بسبب دعم (و م أ) للكونتراس، وطبقا للمادة 51 من الميثاق، أنه من حق نيكاراغوا في الدفاع عن نفسها في حالة العدوان المسلح، يشمل على المستوى الفردي والجماعي، وبدأ النزاع برفعه أمام (م ع د) وقامت (و م أ) بالتحفظ على المعاهدات الإنسانية وعدم تطبيقها على هذا النزاع بسبب أنها تمثل قانون اتفاقي يجوز التحفظ عليه، إلا أن المحكمة ركزت في النزاع على المادتين 1 المشتركة لاتفاقيات جنيف التي تعبر عن المبادئ العامة للقانون الدولي العرفي وعلى الأطراف السامية المتعاقدة باحترامها وعلى ضرورة فرض احترامها على غيرها، وكذلك المادة 3 لاتفاقية جنيف 4، التي نصت على مبدأ المعاملة الإنسانية¹، لذلك على (و م أ) الالتزام باحترام اتفاقيات جنيف (باعتباره التزام عام في القانون الدولي العرفي)، كما أنها يجب عليها تدعيم التطبيق خاصة المادة 3، والالتزام (و م أ) ينبع من نص المادة 3 ومن القانون الدولي العرفي التي تعتبر اتفاقيات جنيف جزء منه، إلا أنها مفرغة في قالب اتفاقي، وعليه أقرت محكمة العدل حق نيكاراغوا في الدفاع الشرعي.

ب. في المجال الإقليمي

مثل اتفاقيات القانون الدولي الإنساني هي جزء من القانون الدولي العرفي، من خلال أن المادة 3 المشتركة هي القواعد التي اعترفت بها الدول المتمدنة، وهي تعبير عن القانون الدولي العرفي من خلال أن المادة 3 تنطوي على المبادئ العامة للقانون حسب المادة 38 من النظام الأساسي (م ع د)، وعليه فإن المبادئ العامة للقانون تحوي على مصادر عرفية، حيث أن لها علاقة بالقانون الدولي العام من خلال أنها تشكل مصدر تأخذ منها القانون ولا تشكل جوهر القانون، بل تستقي منها القواعد القانونية العرفية عند وجود الثغرات في القواعد الاتفاقية.

¹ المادة 3 المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربع شملت لأول مرة حالات النزاعات المسلحة غير الدولية، وهذه الأنواع من النزاعات تتباين تباينا كبيرا عن النزاعات المسلحة الدولية، حيث تضم الحروب الأهلية التقليدية، والنزاعات المسلحة الداخلية التي تتسرب إلى دول أخرى أو النزاعات الداخلية التي تتدخل فيها دول ثالثة أو قوات متعددة الجنسيات إلى جانب الحكومة، حيث تنص المادة 3 المشتركة على القواعد الأساسية التي لا يجوز استثناء أي من أحكامها، حيث يمكن اعتبارها كاتفاقية مصغرة ضمن الاتفاقيات تضم القواعد الأساسية لاتفاقيات جنيف في صيغة مكثفة، وتُطبق على النزاعات غير الدولية، حيث تطالب بمعاملة إنسانية لجميع الأشخاص المعتقلين عند العدو وعدم التمييز ضدهم أو تعريضهم للأذى وتحرم على وجه التحديد القتل، والتشويه، والتعذيب، والمعاملة القاسية، واللاإنسانية، والمهينة، واحتجاز الرهائن، والمحاكمة غير العادلة، و تقضي بتجميع الجرحى والمرضى والناجين من السفن الغارقة وتوفير العناية لهم، و تمنح اللجنة الدولية للصليب الأحمر الحق في توفير خدماتها لأطراف النزاع، و تدعو أطراف النزاع إلى وضع جميع اتفاقيات جنيف أو بعضها حيز التنفيذ من خلال ما يسمى "الاتفاقات الخاصة" و تعترف بأن تطبيق هذه القواعد لا يؤثر في الوضع القانوني لأطراف النزاع، وبما أن معظم النزاعات المسلحة في الوقت الراهن نزاعات غير دولية، فإن تطبيق المادة 3 المشتركة أمر في غاية الأهمية، ويقتضي احترامها بالكامل.

كما أن العديد من الاتفاقيات الدولية الراهنة تحيلنا إلى القانون الدولي العربي، ومثلها اتفاقية أوتاوا 1997 حول نزع الألغام، التي أقرت على أنه لا يؤثر انسحاب دولة طرف في الاتفاقية على سيرها، بل تبقى ملزمة بالقانون الدولي العربي¹، وهذا حسب المادة 4/20²

ج . بالنسبة لمواقف الدول

نجد أن بعض الدول تقف موقف المؤيد للقانون الدولي العربي وأخرى معارضة له، فالدول المعارضة للقانون الدولي العربي: مثل قضية إسرائيل حيث طلب منها المجتمع الدولي التقيد باتفاقية جنيف في معاملة الفلسطينيين في الضفة الغربية وكان رد إسرائيل أن اتفاقية جنيف⁴ لم ترقى إلى مستوى القانون الدولي العربي، كما أن اتفاقيات جنيف يجب أن تدرج في التشريع الوطني الإسرائيلي كي تلتزم بها، أما الدول المؤيدة للقانون الدولي العربي (ألمانيا وبلجيكا) فتقر أن الدولة ملزمة بالاتفاقيات بمجرد توقيعها سواء صدر فيها تشريع أم لا تصح تلقائياً جزءاً من القانون الدولي العربي، وتجدر الإشارة أن أحكام محكمة نورمبورغ حول محاكمة مجرمي الحرب الألمان 1945، كان أساساً عربي لعدم وجود قاعدة اتفاقية سابقة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)، وعليه فإن تطبيق حق الدفاع الشرعي ينطلق من القانون الدولي العربي.

3/ أهم العقوبات التي تضعها الدول لعرقلة تطبيق القانون الدولي العربي

من أهم العقوبات هو اشتراط بعض الدول لتطبيق القانون الدولي العربي عليها ضرورة إصدار تشريعي وطني لتكريس هذا المصدر مثل إسرائيل (كما رأينا سابقاً)، كما أن مسألة التحفظ التي تقوم بها الدول اتجاه الاتفاقيات الجماعية* خاصة منها الشارعة مثل التحفظات على حق الدفاع الشرعي، فهل يغير من التزاماتها عند التحفظ؟ يجب أن نقر أن التحفظات يجب أن لا تتعلق ببعض المسائل الأساسية والجزئية مثل القانون الدولي الإنساني ولا المواد المشتركة لأنها تمس بهدف وروح الاتفاقية وجوهرها وهذا ما أقرته المادة (19) من إتفاقية فينا 1969 أن التحفظ لا يكون في الحالات التالية: (إذا كان التحفظ ممنوع في المعاهدة أو كان تبيح بعض التحفظات ليس من ذلك التحفظ أو إذا كان مخالف لهدف وروح أو غرض المعاهدة).

4/ تدوين القانون الدولي العربي في موضوع الدفاع الشرعي

لقد كان سابقاً مفهوم الدفاع الشرعي قائماً على مجموعة من الأفكار منها نظرية الحرب العادلة وكذا حق القصاص ومفهوم حق مساعدة النفس (الدفاع عن النفس) وكذا حق حماية النفس وأيضاً نظرية الضرورة، ثم ظهرت ضرورة من أجل تحديد المفهوم الدقيق والحقيقي

¹ - أ.د، عمر سعد الله، القانون الدولي الإنساني، وثائق وآراء، دار مجدلاوي، الطبعة الأولى، الأردن، 2002، ص 435.

² المادة 20: المدة والانسحاب، من اتفاقية حظر استعمال و تخزين وإنتاج ونقل الألغام المضادة للأفراد وتدمير تلك الألغام- اتفاقية أوتاوا 1997 تنص على أن:

1 . هذه الاتفاقية غير محددة المدة.

2 . لكل دولة طرف، في ممارستها لسيادتها الوطنية، الحق في الانسحاب من هذه الاتفاقية، وعليها أن تحظر بذلك الانسحاب جميع الدول الأطراف الأخرى والوديع ومجلس الأمن التابع للأمم المتحدة، ويتضمن صك الانسحاب شرحاً وافياً للأسباب التي تدفع إلى هذا الانسحاب.

3 . لا يصبح هذا الانسحاب نافذاً إلا بعد ستة أشهر من استلام الوديع لصك الانسحاب، ومع هذا فلو حدث عند انتهاء فترة الأشهر الستة تلك أن كانت الدولة الطرف المنسحبة مشتركة في نزاع مسلح، لا يعتبر الانسحاب نافذاً قبل أن ينتهي النزاع المسلح.

4 . لا يؤثر انسحاب دولة طرف من هذه الاتفاقية بأي حال على واجب الدول في مواصلة الوفاء بما تتحمله من التزامات بموجب قواعد القانون الدولي ذات الصلة.

* التحفظ (المادة 4/2 قانون المعاهدات/ فينا 1969) هو إعلان من جانب واحد يصدر عن دولة عند توقيعها أو تصديقها أو قبولها أو انضمامها إلى معاهدة تحذف استبعاد أو تعديل لآثار القانونية لأحكامها من حيث سريانها على هذه الدولة.

التكليفات المتعددة لمفهوم الدفاع الشرعي خاصة في إطار قضية الكارولين 1837 التي تكونت فيها الركائز العرفية لحالة الدفاع الشرعي¹ التي منها:

*وجود خرق آني أو تهديد بخرق حدود الدولة المدافعة.

*عدم نجاح أو عدم قدرة الدولة الأخرى لاستعمال سلطتها القانونية لإيقاف أو منع حدوث الخرق.

*يجب أن يكون الهدف منها هو إيقاف أو منع حدوث هذا الخرق بطرق معقولة²، وعلى هذا الأساس ظهرت بوادر تدوين القانون الدولي العربي في موضوع الدفاع الشرعي، ابتداء في عهد العصبة وكذا البروتوكول جنيف 1924 (بروتوكول تسوية المنازعات بالطرق السلمية) المادة 2، واتفاقية لوكارنو 1925 (ميثاق الراين)³، ثم قرار الإتحاد البرلماني الدولي 1928 (المادة 6)

وكذا ميثاق بريان كيلوج (الاتفاقية العامة للتنازل عن الحرب)، عقد باريس 1928⁴، وفي الأخير تداركه لأمر ميثاق (ONU) الذي نص صراحة على الدفاع الشرعي في المادة 51 وهو إنشاء مبدأ اللجوء للحرب أو التهديد بها ضد دولة أخرى¹.

¹ قضية كارولين هي عبارة عن واقعة تم فيها صياغة للقانون الدولي العربي تعود للقرن التاسع عشر، والذي أعادت محكمة نورمبرج التأكيد عليه عقب الحرب العالمية الثانية، وينص اختبار أو واقعة الكارولين على وجوب أن تكون الضرورة إلى القيام بالدفاع الاستباقي عن النفس "عاجلة وقاهرة بحيث لا تترك فرصة لاختيار الوسيلة أو وقتا للتشاور والتداول"، ويأخذ الاختبار اسمه من قضية كارولين، حيث تعود خلفيتها التاريخية إلى عام 1837، حين ثار مستوطنون في كندا العليا ضد حكومة الاحتلال البريطانية، واتخذت الولايات المتحدة موقفا محايدا من التمرد، إلا أن المتعاطفين من الأمريكيين ساعدوا الثوار بإمداد الرجال والمؤن التي كان يتم نقلها على متن باخرة تدعى كارولين، وفي رد فعل على هذا، تسللت قوة بريطانية ليلا من كندا إلى أراضي الولايات المتحدة، وقبضت على باخرة كارولين وأضرمت فيها النار وأسقطتها من فوق شلالات نياجرا، ولقي أمريكي واحد على الأقل مصرعه، وادعت بريطانيا أن هذا الهجوم كان دفاعا عن النفس، وفي خطابه إلى السفير البريطاني، قال وزير الخارجية الأمريكي دانيال وبستر أن مدعي الدفاع عن النفس يجب أن يظهر: "لقد كانت الحاجة إلى الدفاع عن النفس فورية وقهرية، بحيث لم تدع مجالا للاختيار ولم ترد بما لحظت من التعمد...، كما أن القوات البريطانية، بافتراض ضرورة أن اللحظة كانت تحوّل لهم اقتحام مناطق من الولايات المتحدة على الإطلاق، لم تفعل شيئا غير منطقي أو زائد عن الحد؛ حيث إن الفعل الذي تبرره ضرورة الدفاع عن النفس كان يجب أن يكون محدودا بهذه الضرورة"

² محمد بوسلطان/حمان بكاي، القانون الدولي العام وحرب التحرير الجزائرية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص75.

³ معاهدة لوكارنو هي معاهدة مبرمة بين ألمانيا وبلجيكا وفرنسا وبريطانيا العظمى وإيطاليا في مدينة لوكارنو، سويسرا، في 16 أكتوبر 1925، تضمنت المعاهدة، المعروفة أيضاً بميثاق لوكارنو، حدود ألمانيا الغربية حيث تعهدت الدول المتجاورة، وهي فرنسا وألمانيا وبلجيكا، بمعاملتها كمنطقة محرم انتهاكها. التزمت بريطانيا وإيطاليا كموقعين على الاتفاقية بالمساعدة في صد أي عدوان مسلح عبر الحدود، صارت راينلاند، وهي جزء من غرب ألمانيا احتلته قوات التحالف المنتصرة بعد الحرب العالمية الأولى، منطقة منزوعة السلاح نزاعاً دائماً وانسحبت منها قوات الاحتلال، وكان دخول الاتفاقية حيز التنفيذ مرهوناً بالتحاق ألمانيا بغضبة الأمم وحصوها على مقعد في المجلس، الأمر الذي وقع في عام 1926، و كانت لوكارنو بمثابة نهاية فترة الحرب وبداية عهد جديد مبشر بالسلام والتعاون في أوروبا، لكن أودت به الأزمة الاقتصادية والسياسية بثلاثينات القرن العشرين، وفي عام 1936، نبذ أدولف هتلر ميثاق لوكارنو وأرسل القوات الألمانية مرة أخرى إلى راينلاند.

⁴ في 27 آب/أغسطس 1928 وقعت 64 دولة في باريس المعاهدة الدولية المتعددة الأطراف المعروفة باسم "معاهدة بريان- كيلوج Briand-Kellog"، حيث أعلنت الدول المتعاقدة بموجبها أنها تدين اللجوء إلى الحرب لفض المنازعات الدولية وأنها ترفضها كأداة للسياسة القومية، تاركة التعبير الوحيد للجوء إلى الحرب في الدفاع المشروع عن النفس، وكان الإتحاد السوفيتي أول دولة تصادق على هذه المعاهدة في شباط/فبراير عام 1929، كما وقد ارتكزت الأمم المتحدة في ميثاقها على اتفاقية بريان كيلوج إذ دان ميثاق الأمم المتحدة كل استعمال للقوة في العلاقات الدولية باستثناء أعمال الردع الجماعي المشار إليها في الفصل السابع والدفاع الشرعي الفردي والجماعي عن النفس الذي تنص عليه المادة 51 من الميثاق.

حيث تعرضت المادة 51 إلى الدفاع الشرعي الفردي والدفاع الشرعي الجماعي على حد سواء، فجاء فيها أنه : " ليس في هذا الميثاق ما يضعف أو ينتقص الحق الطبيعي للدول فرادى أو جماعات في الدفاع عن أنفسهم..."، و يقصد بالدفاع الشرعي الجماعي هو التصرف الذي تقوم به الدول الأعضاء في تنظيمات إقليمية، وقد عرفت هذه الصورة من صور الدفاع الشرعي قبل عصبة الأمم مستندة إلى وجود علاقة معينة بين مجموعة من الدول، كعلاقة الصداقة والجوار الجغرافي أو الالتقاء الفكري و الذي وجد تسهيلاً في مبدأ مونرو 1823 الذي اعتبر أن أي تدخل أوروبي في شؤون إحدى الولايات المتحدة الأمريكية مبرر للدفاع الشرعي من جانب بقية الولايات ، و تمسكت به أكثر من مرة في النصف الأول من القرن العشرين، كما ورد النص عليه إجمالاً في عهد عصبة الأمم وبعض الموثيق الدولية، ولكن نص 51 المادة من ميثاق الأمم المتحدة كان أكثر وضوحاً في النص على حق الدول في الدفاع الشرعي الجماعي والذي قد مارس في التنظيمات الإقليمية² ، و هو حق طبيعي لازم للدول ولا يمكن التنازل عنه³

و على هذا الأساس نظم ميثاق الأمم المتحدة ممارسة حق الدفاع الشرعي على نحو يختلف في بعض الجوانب عن تنظيم هذا الحق في القانون التقليدي، وذلك وفقاً للمادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة، والتي تنص على ما يلي: "ليس في هذا الميثاق ما يضعف أو ينتقص الحق الطبيعي للدول - فرادى وجماعات - في الدفاع عن أنفسهم إذا اعتدت قوة مسلحة على أحد أعضاء الأمم المتحدة، وذلك إلى أن يتخذ مجلس الأمن التدابير اللازمة لحفظ السلم والأمن الدوليين، والتدابير التي اتخذها الأعضاء استعمالاً لحق الدفاع عن النفس تبلغ إلى المجلس فوراً، ولا تؤثر تلك التدابير بأي حال من الأحوال فيما للمجلس - بمقتضى سلطته ومسئوليته المستمدة من أحكام هذا الميثاق - من الحق في أن يتخذ في أي وقت ما يرى ضرورة لاتخاذ من الأعمال لحفظ السلم والأمن الدولي، أو إعادته إلى نصابه كما لم تتضمن مقترحات ديمارتون أو كس استثناءً صريحاً بالنسبة لحق الدفاع عن النفس ، وفي مؤتمر سان فرانسيسكو اتفق على إدراج الاستثناء الخاص بحق الدفاع الشرعي ضمن الترتيبات الخاصة بالتنظيمات الإقليمية.

لذا أدرجت أولاً ضمن الفصل الثامن الخاص بالترتيبات الإقليمية، ثم نقلت إلى الفصل السابع الخاص بتدابير القمع التي تتخذها الأمم المتحدة رداً على حالات الإخلال الخطير بالسلم والأمن الدولي، وذلك إثر اقتراح سوفييتي استند على أن بقاء الاستثناء الخاص بحق الدفاع عن النفس ضمن الفصل الخاص بالتنظيمات الإقليمية سوف يضيق من نطاق تطبيقه إلى حد بعيد ويقصره على حالات التدابير الأمنية الإقليمية وفي مكانها هذا لم يكن غريباً أن تشترط المادة لإباحة الدفاع الشرعي وقوع هجوم مسلح على أحد أعضاء الأمم المتحدة ، ومن الضروري تحديد مدلول المادة 51 في سياق كامل الميثاق، وعلاقة هذه المادة بالقانون العربي فيما يتعلق بالدفاع عن النفس واستخدام القوة، مع عدم إغفال الإشارة إلى الدفاع الجماعي عن النفس والقيود التي يتقيد⁴.

¹ - محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، الطبعة 1، سبتمبر، 1983، عالم الكتب، القاهرة، ص 587.

² العمري زقارمنية ، الدفاع الشرعي في القانون الدولي العام ، شهادة الماجستير في القانون العام فرع القانون و القضاء الجنائي الدوليين ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة.، 2011-2010 ، ص 43

³ نهي شافع توفيق ،الدفاع "الوقائي" عن النفس : دراسة نظرية تطبيقية في ضوء أحكام القانون الدولي المعاصر، المركز الديمقراطي العربي ، موقع الانترنت : www.democraticac.de/?p=34746 ، ص 16

⁴ نهي شافع توفيق ،الدفاع "الوقائي" عن النفس : دراسة نظرية تطبيقية في ضوء أحكام القانون الدولي المعاصر، المركز الديمقراطي العربي ، موقع الانترنت : www.democraticac.de/?p=34746 ، ص 25

5 / أساس الدفاع الشرعي في القانون الدولي العام

أ. **نظرية الإكراه المعنوي:** أساس تلك النظرية هو القانون الداخلي حيث أن الفرد الذي يقترب الفعل ذا الصفة الإجرامية الناجم عن فعل الدفاع الشرعي، يكون فعله هذا جريمة ولكن لا عقاب عليه، تحت تأثير إرادة محتلة من جراء العدوان والحقيقة أن فعل الدفاع الشرعي الذي اقترب تحت تأثير الرعب الذي أصاب المدافع نتيجة لغريزته في حب البقاء يؤدي إلى امتناع مسؤوليته، لأنه عندما قام بهذا الفعل كان معدوم الإرادة، لذلك لا يمكن مسائلة شخص أعدمت إرادته وفقد حرية الاختيار¹

ب. **نظرية المصلحة الأجدر بالرعاية:** وأساس هذه النظرية حق الدفاع الشرعي من خلال وجود مصلحة جديرة بالرعاية للمدافع الذي وقع عليها لعدوان في القانون الدولي بالقياس على المصلحة المقررة في القانون الداخلي²، وهذا الحق نصت عليه معظم تشريعات دول العالم، وتعبير آخر فإن أساس الدفاع الشرعي يرتكز على فكرة الموازنة بين المصالح المتنازع عليها ففي القانون الداخلي يفضل المشرع أحدهما ليضفي عليه اهتمامه وهي مصلحة المعتدى عليه، إذ يراها أجدر بالرعاية، وهذا التفضيل راع ضرورة إقامة العدل وعدم انتظار قيام الدولة بهذا الدور³

ج. **نظرية واجب المحافظة على السلم والأمن الدولي:** يرى أنصار هذه النظرية أن حق الدفاع الشرعي يتعدى واجب الصداقة الدولية للدول وتقوم فكرة هذه النظرية على أن الحق في الدفاع الشرعي يجد سنده وأساسه في الواجب الملحق على عاتق الدول في المحافظة على السلم والأمن الدولي أو ما يسمى بواجب الدفاع عن القانون الدولي⁴

د. **نظرية المصلحة العامة أو المشتركة:** هذه النظرية تقوم على فكرة مفادها أن الحق في الدفاع الشرعي مبني على المحافظة العامة من الدول على المصلحة العامة في حفظ السلم فرادى أو جماعات لرد العدوان⁵، وهذا بالطبع ما يتفق مع مقاصد وأهداف منظمة الأمم المتحدة من المحافظة على السلم والأمن الدوليين، والحق في حظر استخدام القوة في العلاقات الدولية ومنع العدوان على الغير⁶

6 / أمثلة حول مجال الدفاع الشرعي في ظل القانون الدولي العرفي

سنتطرق إلى مثالين في هذا السياق :

¹ ممدوح عز الدين أبو الحسنى، الدفاع الوقائي في القانون الدولي العام وعدم مشروعية الحروب الإسرائيلية، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2015، ص 6

²، حامل صليحة، تطور مفهوم الدفاع الشرعي في ظل المتغيرات الدولية الراهنة، ماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدولي، مدرسة الدكتوراه للعلوم القانونية و السياسية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2011، ص 27

³ ممدوح عز الدين أبو الحسنى، الدفاع الوقائي في القانون الدولي العام وعدم مشروعية الحروب الإسرائيلية، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2015، ص 7

⁴ المرجع نفسه، ص 8

⁵، حامل صليحة، تطور مفهوم الدفاع الشرعي في ظل المتغيرات الدولية الراهنة، ماجستير في القانون، المرجع السابق، ص 28

⁶ ممدوح عز الدين أبو الحسنى، الدفاع الوقائي في القانون الدولي العام وعدم مشروعية الحروب الإسرائيلية، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2015، ص 8

أو لهما: هو حدود الدفاع الشرعي طبقاً للقانون الدولي العرفي فيما يتعلق بخريطة الطريق؟ وهي طريقة لحل مشكلة فلسطين في ثلاث مراحل تنتهي في 2005 (و م أ، روسيا، اتحاد الأوروبي) وهي مخطط لتسوية النزاع؟ إلا أن هذه الوثيقة وإن أريد بها الحل السلمي للنزاع، جاءت في وقت كانت فيه الانتفاضة في أوجها وهي تمثل حق الدفاع الشرعي لفلسطين وجاءت خريطة الطريق لتنزع هذا الحق، من أجل ضرب العراق، وهذه الوثيقة هي هدية لإسرائيل لتحقيق الأمن التي لم تستطع قواتها تحقيقه، كما أنها تنص على نزع السلاح من المقاومة ثم المفاوضات، وهذا يعينه تقييد لحق الدفاع الشرعي.

أما المثال الثاني: فهو يمكن أن نستند حق الدفاع الشرعي لأفراد المقاومة على أساس القانون الدولي العرفي؟ حيث أن حق الدفاع الشرعي بالنسبة لأفراد المقاومة في ظل القانون الدولي العرفي مشمول في المواد 43، و 44 من البروتوكول الأول 1977 الإضائي لاتفاقية جنيف من خلال وجوب توفر شرطين في القوات المسلحة وهما القيادة المسؤولة واحترام قوانين الحرب وأعرافها أما بالنسبة للمشاركين في القتال (علامة مميزة وحمل السلاح) وهذا حتى يصبغه القانون الإنساني بصفة الأسير¹

وعليه القانون الدولي العرفي جعل أفراد المقاومة ينطلقون من نشاطاتهم من حق الدفاع الشرعي عن أنفسهم وشعبهم وتقرير مصيرهم

2

¹ - عامر الزمالي، مدخل إلى القانون الدولي الإنساني، المعهد الري بحقوق إنسان (اللجنة الدولية للصليب الأحمر)، مندوبية الإقليمية للمغرب العربي، 1997، تونس، ص 6.

² المادة 43: القسم الثاني الوضع القانوني للمقاتل والأسير الحرب

القوات المسلحة:

1. تتكون القوات المسلحة لطرف النزاع من كافة القوات المسلحة والمجموعات والوحدات النظامية التي تكون تحت قيادة مسؤولة عن سلوك رؤوسها قبل ذلك الطرف حتى ولو كان ذلك الطرف ممثلاً بحكومة أو سلطة لا يعترف الخصم بها، ويجب أن تخضع مثل هذه القوات المسلحة لنظام داخلي يكفل فيما يكفل إتباع قواعد القانون الدولي التي تطبق في النزاع المسلح.

2. يعد أفراد القوات المسلحة لطرف النزاع (عدا أفراد الخدمات الطبية والوعاظ الذين تشملهم المادة (33) من الاتفاقية الثالثة) مقاتلين بمعنى أن لهم حق المساهمة المباشرة في الأعمال العدائية.

3، إذا ضمت القوات المسلحة لطرف في نزاع هيئة شبه عسكرية مكلفة بفرض احترام القانون وجب عليه إخطار أطراف النزاع الأخرين بذلك.

المادة 44 المقاتلون وأسرى الحرب:

1. يعد كل مقاتل ممن وصفته المادة (43) أسير حرب إذا ما وقع في قبضة الخصم .

2. يلتزم جميع المقاتلين بقواعد القانون الدولي التي تطبق في المنازعات المسلحة بيد أن مخالفة هذه الأحكام لا تحرم المقاتل حقه في أن يعد مقاتلاً، وأن يعد أسير حرب إذا ما وقع في قبضة الخصم، وذلك باستثناء ما تنص عليه الفقرتان الثالثة والرابعة من هذه المادة

3. يلتزم المقاتلون، إزكاء لحماية المدنيين ضد آثار الأعمال العدائية، أن يميزوا أنفسهم عن السكان المدنيين أثناء اشتباكهم في هجوم أو في عملية عسكرية تجهز للهجوم، أما وهناك من مواقف المنازعات المسلحة ما لا يملك فيها المقاتل المسلح أن يميز نفسه على النحو المرغوب، فانه يبقى عندئذ محتفظاً بوضعه كمقاتل شرطي أن يحمل سلاحه علناً في مثل هذه المواقف:

أ. أثناء أي اشتباك عسكري.

ب. طوال ذلك الوقت الذي يبقى خلاله مرثياً للخصم على مدى البصر أثناء انشغاله بتوزيع القوات في مواقعها استعداداً للقتال قبيل شن هجوم عليه أن يشارك فيه.

خاتمة:

بعدها رأينا موقع الدفاع الشرعي في ظل القانون الدولي العرفي إلا أننا ضرورة التطرق إلى بعض المشاكل التي تعيق التحديد الحقيقي لمفهوم الدفاع الشرعي من سيادة مفهوم القوة في العلاقات الدولية وكذا التكييفات السياسية غير القانونية الاعتبارية لمجموعة من المفاهيم التي منها الدفاع الشرعي ومحاوله فرضها على المجموعة الدولية ضاربة عرض الحائط القانون الدولي العرفي وكذا القانون الإنساني وقانون حقوق الإنسان، وكذا تواجد اختلاف بين الدول لتحديد مفهوم الدفاع الشرعي بين المفهوم الضيق والواسع له، وكذلك ظهور صور جديدة للعدوان الموجب لحق الدفاع الشرعي وهذا ما ينشأ نوع من الصعوبة كل هذه الأسباب وغيرها يجب إيجاد حل لها حتى تتمتع الدول والأفراد بهذا الحق الطبيعي الضيق لجوء البقاء على ضوء ميثاق هيئة الأمم المتحدة الذي تعد صراحة على هذا الحق الذي هو رد لكل عدوان أو تهديد ضد سلامة الأراضي أو الاستقلال السياسي أو حتى تقرير المصير.

المراجع

1. ميثاق هيئة الأمم المتحدة 1945
2. اتفاقية فينا لقانون المعاهدات 1969
3. حولية محكمة العدل الدولية 1986
4. اتفاقية حظر استعمال وتخزين وإنتاج ونقل الألغام المضادة للأفراد وتدمير تلك الألغام - اتفاقية أوتاوا 1997
5. أ. د، عمر سعد الله، القانون الدولي الإنساني، وثائق وأراء، دار مجدلاوي، الطبعة الأولى، الأردن، 2002
6. محمد بوسلطان/ حمان بكاي، القانون الدولي العام وحرب التحرير الجزائرية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986
7. محمد سيد عبد التواب، الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، الطبعة 1، سبتمبر، عالم الكتب، القاهرة، 1983
8. عامر الزماي، مدخل إلى القانون الدولي الإنساني، المعهد العربي بحقوق إنسان (اللجنة الدولية للصليب الأحمر)، مندوبية الإقليمية للمغرب العربي، تونس، 1997
9. العمري زقارمنية، الدفاع الشرعي في القانون الدولي العام، شهادة الماجستير في القانون العام فرع القانون والقضاء الجنائي الدوليين، كلية و العلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوري. قسنطينة، 2010-2011

ولا يجوز أن تعتبر الأفعال التي تطابق شروط هذه الفقرة من قبيل الغدر في معنى الفقرة الأولى (ج) من المادة (37).
4. يخل المقاتل الذي يقع في قبضة الخصم، دون أن يكون قد استوفى المتطلبات المنصوص عليها في الجملة الثانية من الفقرة الثانية، بحقه في أن يعد أسير حرب ولكنه يمنح - رغم ذلك - حماية تماثل من كافة النواحي تلك التي تضفيها الاتفاقية الثالثة وهذا الملحق (البروتوكول) على أسرى الحرب، وتشمل تلك الحماية ضمانات ماثلة لتلك التي تضفيها الاتفاقية الثالثة على أسير الحرب عند محاكمة هذا الأسير أو معاقبته على جريمة ارتكبتها
5. لا يفقد أي مقاتل يقع في قبضة الخصم، دون أن يكون مشتبكا في هجوم أو في عملية عسكرية تجهز للهجوم، حقه في أن يعد مقاتلا أو أسير حرب، استنادا إلى ما سبق أن قام به من نشاط،
6. لا تمس هذه المادة حق أي شخص في أن يعد أسير حرب طوعية للمادة الرابعة من الاتفاقية الثالثة.
7. لا يقصد بهذه المادة أن تعدل ما جرى عليه عمل الدول المقبول في عمومه بشأن ارتداء الزي العسكري بمعرفة مقاتلي طرف النزاع المعينين في الوحدات النظامية ذات الزي الخاص
8. يكون لكافة أفراد القوات المسلحة التابعة لطرف في نزاع، كما عرفتهم المادة (43) من هذا الملحق (البروتوكول)، وذلك بالإضافة إلى فئات الأشخاص المذكورين في المادة (13) من الاتفاقيتين الأولى والثانية، الحق في الحماية طبقا لتلك الاتفاقيات إذا ما أصيبوا أو مرضوا أو - في حالة الاتفاقية الثانية - إذا ما نكبوا في البحار أو في أية مياه أخرى.

10. نحمى شافع توفيق، الدفاع "الوقائي" عن النفس : دراسة نظرية تطبيقية في ضوء أحكام القانون الدولي المعاصر، المركز الديمقراطي العربي ، موقع الانترنت : www.democraticac.de/?p=34746

11. ممدوح عز الدين أبو الحسنى ، الدفاع الوقائي في القانون الدولي العام وعدم مشروعية الحروب الإسرائيلية ، رسالة ماجستير في القانون العام ، كلية الحقوق ، جامعة الأزهر ، غزة ، فلسطين ، 2015

12. حامل صليحة ، تطور مفهوم الدفاع الشرعي في ظل المتغيرات الدولية الراهنة ، ماجستير في القانون ، فرع قانون التعاون الدولي ، مدرسة الدكتوراه للعلوم القانونية و السياسية ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، الجزائر ، 2011

العنف ضد المرأة و آليات الحد منه على مستوى الجمعية العامة للأمم المتحدة

تحت إشراف:

الأستاذ الدكتور. أحمد بلقاسم

كلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة البليدة - 2

الطالبة خرشف فاطمة

السنة الثانية دكتوراه ل م د

قانون دولي وعلاقات دولية (قسم القانون العام)

كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة البليدة- 2

korchedoctorat@gmail.com

ملخص:

تجد ظاهرة العنف ضد المرأة جذورها عبر التاريخ، أين تفاقمت وتطورت بتطور الزمان و المكان ، وتطور معها أنواع العنف الممارس على النساء ، هذا الأمر جعل الدول و المنظمات الدولية و على رأسها منظمة الأمم المتحدة و هيئاتها تدق ناقوس الخطر، و تلتزم بالعمل من أجل الحد من استفحال الظاهرة و مكافحتها بكل الوسائل المادية و البشرية و القانونية .
ومن ابرز الأعمال الموجهة ضد الظاهرة ما أصدرته الجمعية العامة للأمم المتحدة من إعلانات و قرارات و مؤتمرات بشأن محاربة العنف الممارس على النساء.

Abstract

The phenomenon of violence against women is rooted in history, where it has become more sophisticated and developed in the evolution of time and place, and the types of violence practiced against women have developed. This has made countries and international organizations, led by the United Nations and its bodies, to pull the alarm to fight against the proliferation of this phenomenon Using all the legal ,human and materialistic means .

The resolution ,conference and declarations of united nations general assembly a regarding the fight of violence against women are among the Most pranine works in this regard .

مقدمة

يعد موضوع حقوق الإنسان من مواضيع القانون الدولي الأكثر اهتماماً من طرف الدول و المنظمات الدولية على حد سواء، وهذا راجع لعلاقتها الوطيدة بتطور المجتمعات، فلمجتمع الذي يعتني بحقوق الإنسان و يحميها هو المجتمع الذي يسود فيه الاستقرار.

مرت حقوق الإنسان بعدة مراحل عبر التاريخ فكانت هناك حقوق الجيل الأول وبعدها حقوق أخرى سميت حقوق الجيل الثاني، وبعدها تطور المجتمعات اقتصادياً و علمياً كان لا بد من تطور اجتماعي الذي لا يكون إلا بتطور الحقوق و الحريات في هذه الفترة ظهرت حقوق الجيل الثالث .

و لما طال المجتمعات التمرد و الاعتداء على حقوق الإنسان وظهر العنف فيها، قامت المنظمات الدولية بالتنديد ضد هذا العنف لما له من أضرار وخيمة على الإنسانية .

ومن بين العنف المنتشر في الدول، العنف ضد المرأة هذه المخلوقة الضعيفة الحاملة لصفات البشر تعدت عليها الوحوش البشرية وأذاقتها من كل أنواع العنف المرارة .

فهناك عدة أنواع من العنف يمارس علي النساء، منها العنف الجسدي و العنف النفسي و العنف المادي وهناك كذلك العنف البيئي والديني وأنواع أخرى ظهرت بتطور حياة الإنسان .

كما أن لهذا العنف مصادر كثيرة كلها تسلط علي هذه المخلوقة الضعيفة التي كرمها الله، فهناك العنف الصادر من الزوج أو الشريك، و العنف الصادر من الأسرة والعنف الصادر من المجتمع وهناك عنف صادر من الدولة.

وتعد المرأة ركيزة الأسرة التي يستند عليها الجميع و حتى لا تنهار هذه اللبنة وتبقي محافضة علي التماسك و الاستمرار تتحمل النساء هذا العنف ولا تبلغ عنه وهذا راجع لأسباب كثيرة في تفكير المرأة .

تفاقم الظاهرة و انتشارها عبر كامل الدول جعل المنظمات الدولية والإقليمية والهيئات و الدول تدق ناقوس الخطر و العمل على محاربة الظاهرة، و من بين هذه

الهيئات الجمعية العامة للأمم المتحدة التي تعمل بجد للحد من الظاهرة .

هناك عدة أسباب موضوعية أدت إلى اختيار هذا الموضوع من بينها: تفشي ظاهرة العنف ضد المرأة في كل المجتمعات، حيث ينحرف التعامل السوي مع المرأة ما يحول بينها وبين تمتعها بحقوقها الإنسانية .

أخذ الهيئات و المنظمات الدولية و الإقليمية على عاتقها محاربة الظاهرة و هذا من خلال الاتفاقيات والتقارير الخاصة بمناهضة العنف ضد المرأة .

أما الأسباب الذاتية فتتجه إلى القناعة بأن العنف على أي كائن حي يعتبر سلوك مشين ترفضه الفطرة الإنسانية وخاصة إذا كان ضد المرأة. انتشار العنف ضد المرأة في كل الدول سواء كانت دول متقدمة أو نامية على حد سواء .

ترجع أهمية الدراسة إلى التعريف بالظاهرة ومخاطرها على الأسرة و المجتمع العمل على تقليص الفجوة بين الذكر و الأنثى و العمل على تحقيق المساواة السليمة بينهما حتى لا تكون المرأة ضحية الرجل لتحقيق مقولة الرجل قوام على المرأة بمعناها و مفهومها الخاطئ .

المنهج المتبع لدراسة هذا الموضوع وظفنا المنهج الوصفي التحليلي، لأنه المناسب لوصف ظاهرة العنف ضد المرأة، كما قمنا من خلاله تحليل ودراسة بعض القرارات و المواد القانونية .

لدراسة الموضوع صبغنا الإشكالية التالية :

فيما يتمثل العنف ضد المرأة؟ وما هي الآليات المتخذة لمكافحته على مستوى الجمعية العامة للأمم المتحدة؟.

خطة البحث

مقدمة

المبحث الأول: مفهوم العنف ضد المرأة

المطلب الأول: تعريف العنف ضد المرأة وأشكاله

المطلب الثاني: أسباب عدم التبليغ عن العنف

المبحث الثاني: مكافحة العنف ضد المرأة على مستوى الجمعية العامة للأمم المتحدة

المطلب الأول: قرارات الجمعية العامة المتعلقة بالعنف ضد المرأة

المطلب الثاني: توصيات للحد من الظاهرة

الخاتمة

المبحث الأول: مفهوم العنف ضد المرأة

أصل كلمة "عنف" يوناني من (vis) الذي يشير إلى استخدام القوة بغض النظر عن شرعية استخدامه.¹

وحسب قاموس العنف هو عبارة عن قوة غاشمة تمارس ضد شخص ما. واستخدام العنف يقصد "إكراه غير شرعي" جسدي أو عقلي"²

المطلب الأول: تعريف العنف ضد المرأة وأنواعه

لا يختلف تعريف الفقهاء للعنف ضد المرأة عن تعريفه في المواثيق الدولية حيث التشابه واضح بين التعريفين.

الفرع الأول: التعريف الفقهي والقانوني للعنف ضد المرأة

أ/ التعريف الفقهي للعنف:

عرف بعض الفقهاء العنف ضد المرأة علي انه "أي عمل أو تصرف عدائي أو مؤذي أو مهين يرتكب بأي وسيلة وبحق أي امرأة لكونها امرأة، ويختلف لها معانات جسدية، أو جنسية أو نفسية بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، ومن خلال الخداع أو التهديد أو الاستغلال الجنسي أو التحرش أو الإكراه أو العقاب أو إجبارها علي البغاء أو أية وسيلة أخرى أو إنكارها أو اهانة كرامتها الإنسانية أو سلامتها الأخلاقية أو التقليل من شخصها أو من احترامها لذاتها أو الإنقاص من إمكانياتها الذهنية أو الجسدية".³

كما يمكن أن يمارس العنف ضد المرأة من قبل الأفراد أو الجماعات أو المؤسسات بشكل منضم أو غير منضم.

ب/ تعريف العنف ضد المرأة في المواثيق الدولية

أمام التنفيذ التام لاتفاقية القضاء علي جميع أشكال التمييز ضد المرأة . وإذ تؤكد أن العنف ضد المرأة يشكل انتهاكا لحقوق الإنسان والحريات الأساسية ويعوق او يلغي تمتع المرأة بهذه الحقوق، وإذ يقلقها الإخفاق منذ أمد بعيد في حماية وتعزيز تلك الحقوق والحريات في حالات العنف ضد المرأة.⁴

ووجاء في ديباجة إعلان القضاء علي العنف ضد المرأة⁵ أن العنف يحول ويقف في وجه النهوض بالمرأة ويؤثر بذلك بالسلب علي حياتها ولذا جاء فيه أن العنف ضد المرأة هو مظهر لعلاقات قوى غير متكافئة بين الرجل والمرأة عبر التاريخ أدت إلي هيمنة الرجل علي

¹ مديرية الأمن الوطني، (لا للعنف ضد المرأة)، مجلة الشرطة، الجزائر، العدد 130، مارس 2016، ص178.

² المرجع نفسه و الصفحة

³ - إعلان بشأن القضاء علي العنف ضد المرأة، اعتمد من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب قرارها رقم 104/48 لعام 1993 المنشور على موقع

الأمم المتحدة، تاريخ التصفح (2017/01/11) الموقع: www.orchr.org

⁴ - راجع اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة. لعام 1989، اعتمدها الجمعية العامة وعرضتها للتوقيع والتصديق والانضمام بقرارها 34/180 المؤرخ في 18 كانون الأول / ديسمبر 1979 تاريخ بدء النفاذ: 3 أيلول / سبتمبر 1981، طبقا لأحكام المادة 27.. تاريخ التصفح (2017/01/11) الموقع:

www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/0360793a

⁵ - راجع إعلان القضاء علي العنف ضد المرأة 1993، السابق ذكره .

المرأة وممارسته التمييز ضدها والإحالة دون نهوضها الكامل. و العنف ضد المرأة هو من الوسائل الاجتماعية الحاسمة التي تفرض علي المرأة كونها لا دخل لها في هذا العمل الفتاك.

ـ وجاء في الفقرة 23 من قرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي 15/1990 والمؤرخ في 24 ماي 1990 " بان العنف ضد المرأة سواء كان في الأسرة

أو المجتمع ظاهرة منتشرة تتخطي حدود الدخل والطبقة والثقافة ويجب ان يقابل بخطوات عاجلة وفعالة تمنع حدوثه ".¹

*الإعلان بشأن القضاء علي العنف ضد المرأة فقد تم تعريفه للعنف علي انه:

"أي فعل عنيف تدفع إليه عصبية الجنس ويترتب عليه أو يرجح أن يترتب عليه أذى أو معاناة للمرأة سواء من الناحية الجسمانية أو الجنسية أو النفسية بما في ذلك التهديد بأفعال من هذا القبيل أو القسر أو الحرمان التعسفي من الحرية . سواء حدث ذلك في الحياة العامة أو الخاصة ."²

الفرع الثاني،: إشكال العنف الممارس علي النساء ومصادره

هناك عدة أنواع من العنف الممارس علي النساء حيث تعدت الأنواع التقليدية إلي وجود أنواع جديدة من العنف ظهرت بتطور الحياة الاجتماعية للإنسان وحقوقه.

فمن أشكال العنف ' هناك العنف الجسدي و الجنسي والنفسي والعنف الديني والعنف البيئي. وتتطرق لبعض هذه الأنواع حسب أهميتها في إثراء هذا البحث.

أما عن مصادر هذا العنف فهناك عدة مصادر فيقع العنف من العائلة أو المجتمع أو الدولة والزواج داخل الأسرة وهذا الأخير الأكثر خطرا و انتشارا .

(1)العنف الجسدي: تتعرض المرأة من طرف الرجل إلي مجموعة أعمال تعتبر عنف كونها تسبب لها أذي في جسدها ، فهناك من يقوم بحرق جسدها بالسجائر أو بالماء الساخن والأكل الساخن كما تتعرض للضرب المبرح أين يؤدي في بعض الأحيان إلي الموت .

فلعنف الجسدي يقع دائما علي جسد المرأة، ويختلف تعريف العنف الجسدي في القانون عن تعريفه في الميدان النفسي أو الاجتماعي، حيث يعتبر في القانون انه جريمة ، ويعرف في علم النفس انه :

السلوك العنيف الذي يرتكبه احد أفراد الأسرة ضد المرأة.³

¹ - راجع قرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي، رقم 15/1990 الصادر في 24 ماي 1990، الفقرة 23 منه المنشور على موقع الأمم المتحدة تاريخ التصفح www.un.org.arabic: (20/01/2017)

² راجع نص المادة(1)من الإعلان بشأن القضاء علي العنف ضد المرأة 1993. السابق الذكر

³ -مديحه احمد عبادة ، خالد كاظم أبو دوخ، خالد كاظم أبو دوخ -العنف ضد المرأة، دار الفجر للنشر و التوزيع بدون طبعة ،2008، ص308.

لقد أظهرت إحصائيات عام 2014 في الجزائر أن 9191 امرأة اشتكت تعرضها للعنف وأشكال العنف الذي تعرضت له هو كالتالي¹:

توزعت أنواع العنف الذي تعرضت له هؤلاء النساء كما يلي :

-824 امرأة صرحت بأنها ضحية عنف جسدي بنسبة 100/11.10 من المستجوبات

- 3484 امرأة صرحت بأنهن ضحية عنف لفظي، يعني 100/46.93 .

- 3115 امرأة صرحت ضمن التحقيق الوطني بأنها ضحية عنف نفسي اي 100/41.96 .

وبينت النتائج المتحصل عليها إلى ما يلي:

أشكال العنف النفسي واللفظي هي حسب الأجابة الأكثر شيوعا، وضحاياها بنسبة أكبر من النساء العاملات. أما النساء الأكثر تعرضا للعنف الجسدي، فهن الماكثات في البيت.

7010 امرأة ضحية عنف عام 2013 أودعن شكوى ضد المعتدى.

في عام 2013 أحصت مصالح الشرطة عبر الوطن ما لا يقل عن 7010 امرأة ضحية عنف يتراوح أعمارهن بين 18 و75 سنة، 27منهن تعرضنا لمحاولة القتل. و200 حالة عنف جنسي (حالات اغتصاب، زنا محارم وتحرش جنسي).

لقد أصدر الشيخ حسن فضل الله فتوى بمناسبة اليوم العالمي لمناهضة العنف ضد المرأة، جاء فيها :

انه يجوز للمرأة الدفاع عن نفسها ضد عنف الرجل² ويعنى هذا أن المرأة لها أن تضرب الرجل كما يضربها. ولقد تلقت هذه الفتوى عدة ردود ساخنة من مختلف العلماء و وسائل الإعلام العربية. ولكن رغم دفاع المرأة عن نفسها ضد الرجل تبقي هي الجانب الضعيف .

(2) العنف النفسي: وهو الأكثر شيوعا والأخطر علي المرأة لأنه يؤثر عليها بشكل تدريجي وتكون عواقبه أكثر مما هي عليه في العنف الجسدي .

ويقصد بالعنف النفسي أو العاطفي كل فعل يسبب الخوف أو يقلل من الكرامة أو احترام الذات أو تعمد إلحاق صدمة نفسية بالمرأة عمدا كعدم لاحترام الزوج لمشاعر الزوجة كاتخاذة خليلات سواء في الهاتف أو أمام مرآي الزوجة المنعفة للتحقير من شأنها وقصد إيذائها أو العنف بالتهديد بالطلاق أو دفعها لطلب الطلاق أو تهديدها بالأولاد وحرمانها منهم . كل³ هذه الضغوطات تجعل المرأة تفقد صوابها شيئا فشيئا حتى تصبح مريضة نفسيا ولا تستطيع التمسك في أعصابها وتطلب الطلاق أو تنتحر أو تهرب من البيت . أو تعامل أولادها بطريقة قاسية مثل التي تعامل هي بها.

- مديرية الأمن الوطني ، مجلة الشرطة ، مرجع سابق ذكره¹

²-مُجد حسن فضل الله-مناهضة العنف ضد المرأة، إصدار المركز الإسلامي الثقافي، لبنان، الطبعة 2013، 3، ص 8

³-رشدي شحاتة أبو زيد -العنف ضد المرأة وكيفية مواجهته، دار الوفاء لدنيا الطباعة و النشر، الإسكندرية الطبعة الأولى 2008، ص67.

- أوضحت دراسات أن الزوج إذا لم تكن لديه مجموعة من المهارات أكثر من زوجته لكي تضيف الشرعية علي اكتسابه لمكانة أعلي من الزوجة فإنه قد يستخدم القوة الجسدية كمالاذ أخير .

- كما يري علماء النفس أن العنف سلوك ناتج عن تاريخ سابق ملئ بالإحباط و اليأس.¹

(3) العنف الاقتصادي أو المادي:

وهو الأكثر انتشارا في الوقت الراهن وفي ظل الظروف الاقتصادية الحالية والمزرية التي أثرت علي الحالة الاجتماعية إذن هذا أيضا نوع من أنواع العنف الممارس علي المرأة من طرف الرجل.

وهو كل سلوك يقلل او يقضي علي الاستقلال المالي للمرأة وقدرتها علي اتخاذ القرارات فيما يتعلق بالمال (نهب أموالها وإرغامها علي التوقيع ، إخفاء الموارد المالية للأسرة عليها حرمانها من الميراث ... الخ.

ويعرف العنف الاقتصادي أيضا (انه محصلة الفجوة غير المحتملة بين رضا الناس لحاجاتهم المتوقعة وبين رضاهم لحاجاتهم الفعلية أو بمعنى آخر هو الفرق بين الواقع والمتوقع من الناحية الاقتصادية).²

من خلال الإقرار باستقلال الذمة المالية للمرأة تثبت أحقية المرأة بأموالها كسبا وإنفاقا ، مع عدم إلزامها بالإنفاق علي نفسها او علي أولادها كزوجة ، ذلك لان النفقة واجبة علي الزوج دون الزوجة .³

من خلال النسب الموضحة سابقا عن العنف الجسدي و النفسي الذي تتعرض إليه النساء ، تفاقم الظاهرة و إمكانية وصفها بالكارثة ، رغم أننا لم نتحدث عن العنف الجنسي الذي كثيرا مل تكون المرأة عرضة له ، كما تكون الظاهرة في قمة مستواها في حالات النزاعات المسلحة سواء كانت النزاعات داخلية أو خارجية.

المطلب الثاني: أسباب عدم التبليغ عن العنف

هناك عدة اعتبارات تجعل المرأة المعنفة تتكتم علي تعرضها للعنف خاصة العنف الممارس من طرف الزوج فهي دائما تحاول أن تخفي تلك المعاناة بقوة وتستمر في العمل وتربية الأولاد.

نذكر بعض أسباب عدم قيام المرأة بالتبليغ عن العنف الذي تعرضت له :

- في بعض الأحيان تتعلق أسباب عدم التبليغ بظروف المرأة التعليمية أو الفكرية أو العقلية أو الاقتصادية أو الاجتماعية أو النفسية .

- عدم إدراك المرأة أن هذا الفعل يشكل عنفا ممارسا ضدها.

- إحراج المرأة وخجلها من الإبلاغ عن ما تعرضت له خاصة تعرضها لعنف يمس بشرفها أو سمعتها.¹

¹ - المرجع نفسه و الصفحة

² - محمود سعيد الخول، العنف في مواقف الحياة اليومية ، دار ومكتبة الإسراء للطبع و النشر و التوزيع ، الطبعة الأولى ، 2006، ص40.

³ - حسنين المحمدي بوادي ، حقوق المرأة بين الاعتدال و التطرف ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، الطبعة الأولى ، 2005 ، ص201.

- الخوف من الأهل أو الزوج أو الوسط المحيط بشكل عام.
- حرص المرأة علي المكانة الاجتماعية لها ولأسرتها حتى وان تعرضت للعنف.
- عدم الثقة بسرية التحقيقات عند تدخل الجهات الأمنية.
- عدم إحساس المرأة بالاستفادة من تحريك الشكوى في حال الثبوت.
- خوف المرأة من ضياع مصلحة أكبر في حال الشكوى.
- في كثير من الأحيان تكون طرق إثبات العنف تشكل عائقاً أماماً الإبلاغ عنه وذلك يعود إما للجهل بالأحكام المتعلقة بقواعد الإثبات أو لضياع الفرصة أو لفوات الوقت أو عدم توافر الشهود¹ أو غير ذلك من الأسباب.
- أما في الجزائر فلسبب الرئيسي لعدم التبليغ هو أن المرأة الجزائرية تعتبر محافظة ولذلك تفضل تحمل العنف الممارس ضدها من طرف أفراد العائلة خاصة من الزوج، عوض تفكيك أسرتها وبالتالي تتجنب رفع الشكوى و المتابعة القضائية ضد الفاعل.

المبحث الثاني: مكافحة العنف على مستوى الجمعية العامة للأمم المتحدة

الجمعية العامة هي الجهاز التمثيلي الرئيسي للأمم المتحدة من أجل التداول و صنع السياسة العامة، حيث تضم الجمعية العامة كل الدول بحيث تمثل كل دولة بعضو واحد، تصدر الجمعية قرارات في عدة مجالات سواء في الأمور التي تدخل في اختصاصها وقد تتعدي اختصاصها، ولكن الأمر الذي يبقى مطروح هو مدى إلزامية توصياتها بالنسبة للدول وغيرها من أعضاء المجتمع الدولي ، و أصدرت الجمعية عدة قرارات تتعلق بالعنف ضد المرأة و محاربة التمييز ضدها .

المطلب الأول : قرارات الجمعية العامة المتعلقة بالعنف ضد المرأة

الجمعية العامة جهاز تداول و توصية عام الاختصاص، لها اختصاصات سياسية و إدارية و انتخابية ومالية وأمنية، تتمتع الجمعية باختصاص شامل يحيط بكل ما يدخل في دائرة نشاط الأمم المتحدة من أمور.²

كما سبق أن بينا أن الجمعية العامة بمثابة المنبر العالمي الذي تناقش فيه كل الأمور الدولية و الإنسانية.

¹ - التشريعات القانونية وقضية العنف ضد المرأة وإحكام ومؤشرات، ص18 ، تصفح يوم 20/01/2017 ، الموقع www.waestatistics.gov.ae/violence تصفح

² - راجع ميثاق الأمم المتحدة لعام 1945 ، وقع ميثاق الأمم المتحدة في 26 حزيران/يونيه 1945 في سان فرانسيسكو في ختام مؤتمر الأمم المتحدة الخاص بنظام الهيئة الدولية وأصبح نافذاً في 24 تشرين الأول/أكتوبر 1945 تاريخ التصفح (04/02/2017) <http://www.un.org/ar/charter-united-nations/> الموقع

الفرع الأول : اختصاصات الجمعية العامة

نضم ميثاق الأمم المتحدة الجمعية العامة في الفصل الرابع¹، أين حدد مهامها و اختصاصاتها وكل ما يتعلق بممارسة وظائفها، وكان هذا في عدة مواد من الميثاق منها الماد التالية :

-المادة (10):من الميثاق التي أشارت إلى اختصاص الجمعية العامة العام و الشامل.²

-المادة (11 الفقرة 2):بينت هذه المادة أن الجمعية العامة لها حق مناقشة أي مسألة يكون لها علاقة بحفظ السلم و الأمن الدوليين.³

-المادة (12) توضح وقت تدخل الجمعية العامة في المواقف من دونها لما يكون مجلس الأمن قد باشر العمل غلا إذا طلب منها ذلك.⁴
-المادة (35الفقرة 2) تحدثت عن إمكانية الدول غير أعضاء في الأمم المتحدة أن ينبه الجمعية العامة او مجلس الأمن إلى أي نزاع تكون طرفا فيه.⁵

أما في مجال حقوق الإنسان فقد أعطته الجمعية العامة أولوية و اهتمام كبير منذ زمن بعيد، أين اعتمدت اتفاقيات وأصدرت إعلانات خاصة بحقوق الإنسان ولعلي أهمها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام 1948⁶
و من بين الحقوق التي درستها الجمعية العامة العنف ضد النساء الذي سطرته في برنامج عملها و أصدرت بشأنه العديد من القرارات و الإعلانات و تدابير أخر جد ناجحة لمحاربة هذه الظاهرة .

الفرع الثاني : بعض قرارات الجمعية العامة الخاصة بالعنف ضد المرأة

أصدرت الجمعية العامة إعلان القضاء على العنف ضد المرأة عام 1993⁷ ومنذ إقرار الجمعية لهذا الإعلان أصبحت تهتم أكثر بقضية العنف ضد النساء وأصبحت تدرجها في جدول أعمالها سنويا و أصدر الكثير من القرارات و التوصيات حولها .
لقد أصدرت الجمعية العامة عدة تقارير متعلقة بالعنف ضد المرأة، حيث شملت هذه القرارات عدة أنواع من العنف المسلط على هذه الأخير، من بين هذه القرارات نذكر منها على سبيل المثال ما يلي :

¹ - راجع ميثاق الأمم المتحدة لعام 1945، السابق الذكر .

² - راجع المادة (10) من نفس الميثاق

³ - راجع المادة (11فقرة2) من نفس الميثاق

⁴ - راجع لمادة (12)من الميثاق نفسه

⁵ - راجع المادة (35فقرة 2) من الميثاق نفسه

⁶ - راجع الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948، اعتمدت الجمعية العامة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في باريس في 10 كانون الأول/ ديسمبر 1948 بموجب القرار 2171ألف، تاريخ التصفح (11/01/2017) منشور على موقع الأمم المتحدة: <http://www.un.org/ar/universal-declaration-human-rights>

⁷ - راجع الإعلان العالمي للقضاء علي العنف ضد المرأة، السابق الذكر.

- قرار القضاء على العنف العائلي ضد المرأة¹، حيث أنه من بين العنف الأكثر ممارستا على المرأة العنف المنزلي والذي لا يظهر للعيان لتكنم الأسرة عليه، ولخطورة هذا النوع من العنف جعل الجمعية العامة تبدي قلقها الكبير على المرأة و تضررها من هذه المعاملة القاسية ودعت في هذا التقرير الدول لمحاربهته .

- قرار العمل من أجل القضاء على الجرائم المرتكبة ضد المرأة باسم الشرف² فكثيرا ما تتعرض النساء و الفتيات إلى العنف يصل إلى حد التصفية باسم الدفاع عن شرف العائلة وترتكب جرائم فضيحة في حق النساء. - قرار العنف ضد النساء المهاجرات اتخذته الجمعية العامة في 16 فيفري 1996 حيث أدرجت الجمعية هذا النوع من العنف ضمن العنف على أساس الجنس خاصة في حالة الهجرة غير الشرعية أين تكون المرأة أكثر عرضتا للعنف.

- قرار العنف ضد النساء المهاجرات اتخذته الجمعية العامة في 16 فيفري 1996³ حيث أدرجت الجمعية هذا النوع من العنف ضمن العنف على أساس الجنس خاصة في حالة الهجرة غير الشرعية أين تكون المرأة أكثر عرضتا للعنف.

كما اتخذت الجمعية قرار آخر في نفس الموضوع أي العنف ضد النساء المهاجرات في دورتها الثانية و الخمسون ، البند 110 بتاريخ 10 فيفري 2004.

- قرار دور صندوق الأمم المتحدة الإنمائي للمرأة في القضاء على العنف ضد المرأة اتخذته الجمعية العامة في 16 فيفري 1996، حثت فيه الدول و هيئات المجتمع المدني لتقديم المساعدة المالية و التقنية للنهوض بالمرأة⁴.

- قرار تدابير منع الجريمة و العدالة الجنائية الرامية الى القضاء على العنف ضد المرأة⁵. جاء هذا القرار فيما يخص الاتجار بالنساء و الفتيات الفتيات واعتباره عنف ضدهن حيث ناشدت الجمعية العامة للأمم المتحدة بتعزيز التشريعات الجنائية لتجريم

فعل الاتجار، داعية في ذلك لجنة منع الجريمة و العدالة الجنائية ولجنة حقوق الإنسان و المفوض السامي لحقوق الإنسان إدراج موضوع الاتجار بالنساء في قائمة القضايا ذات الأولوية.

¹ - قرار القضاء على العنف العائلي ضد المرأة، قرار اتخذته الجمعية العامة للأمم المتحدة الدورة الثامنة و الخمسون البند 110 من جدول الأعمال، رمز الوثيقة 2004/02/19، ص2. تاريخ التصفح 2004/04/15، الموقع: a/res/58/147، موقع:

<http://www.un.org/arabic/docs/viewdoc.asp?donumberc>

² - قرار العمل من اجل القضاء على الجرائم المرتكبة ضد المرأة باسم الشرف قرار اتخذته الجمعية العامة الدورة الخامسة و الخمسون البند 107، من جدول الأعمال، بتاريخ 1 فيفري 1999، ص3، رمز الوثيقة a/res/53/117، تاريخ التصفح 2017/04/15 الموقع:

<http://www.un.org/arabic/docs/viewdoc.asp?donumberc>

³ - قرار العنف ضد النساء المهاجرات، قرار اتخذته الجمعية العامة الدورة الخمسين البند 107 من جدول الاعمال بتاريخ a/res/50/168/50 الخمسين ، البند 107 من جدول الأعمال بتاريخ 16 فيفري 1996 ، ص3 رمز الوثيقة a/res/50/168 ، تاريخ التصفح 2017/04/15 الموقع :

www.un.org/arabic/docs/viewdoc.asp?donumberc

⁴ - قرار دور صندوق الأمم المتحدة الإنمائي للمرأة في القضاء على العنف ضد المرأة، قرار اتخذته الجمعية العامة للأمم المتحدة ،الدورة الخمسين ،البند 107 من جدول الاعمال ، بتاريخ فيفري 16 فيفري 1996 a/res/50/166 الموقع : جدول الأعمال رمز الوثيقة تاريخ التصفح 2017/04/15 ، الموقع :

<http://www.un.org/arabic/docs/viewdoc.asp?donumberc=a/res/50/166>

⁵ - قرار تدابير منع الجريمة و العدالة الجنائية الرامية الى القضاء على العنف ضد المرأة، قرار اتخذته الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها الثانية و الخمسين البند 103 من جدول الاعمال ص5 بتاريخ 2 فيفري 1998 ، رمز الوثيقة A/RES/52/186 ، تاريخ التصفح 5/04/207 ، الموقع :

<http://www.un.org/arabic/docs/viewdoc.asp?docnumber>

- قرار الممارسات التقليدية أو العرفية التي تؤثر في صحة المرأة و البنات¹ جاء هذا القرار ليخص الممارسات الضارة بصحة المرأة و البنات حيث أكدت الجمعية أن تلك الأفعال تعد انتهاكا لحقوق الإنسان، ومن بين هذه الممارسات الضارة بصحة المرأة ختان الإناث الذي يعتبر عنف ضدها .

وهناك قرارات أخرى منها القرار رقم (63/155) الذي أدانت فيه الجمعية من خلاله أعمال العنف ضد النساء و الفتيات سواء كان هذا العنف من طرف الدولة

او من الأفراد نو طرحت في هذا القرار تدابير يتوجب علي الدول اتخاذها لمساعدة الضحايا و حمايتهم و إدخال تحسينات علي الوعاء القانوني للدول في هذا المجال .

- قرار رقم (58/158) طلبت الجمعية العامة من الأمين العام للأمم المتحدة إعداد دراسة معمقة حول العنف ضد المرأة عام 2006 و هذا بالتعاون مع جميع فروع هيئات الأمم المتحدة ذات الصلة .

- قرار رقم (61/143) المؤرخ في 19/12/2006 و المتعلق بتكثيف جهود القضاء علي العنف الموجه ضد المرأة

كما قررت الجمعية لعامة اتخاذ يوم 25 نوفمبر من كل سنة يوما عالميا لمكافحة العنف ضد النساء .²

لعبت الجمعية العامة للأمم المتحدة دور ريادي في مكافحة العنف ضد النساء، رغم وجود جهاز صاحب الاختصاص الأصيل في حماية حقوق الإنسان و هو المجلس الاقتصادي و الاجتماعي، ولكن تبقى سلطة الجمعية تقتصر على إصدار توصيات لا تحمل صيغة الإلزام بالنسبة للمجتمع الدولي ولكن تبقى توصيتها تحمل نوع من الإلزام وتطبقها الدول بصفتها التزامات أدبية .

المطلب الثاني: توصيات للحد من الظاهرة و مكافحتها

في سنة 1996 عرضت المقررة الخاصة التابعة للأمم المتحدة المعنية بالعنف ضد النساء ، أسبابه وعواقبه إطارا لتشريع نموذجي بشأن العنف العائلي ويحث الدول علي اعتماد تشريعات تتضمن جملة من الأمور كما يلي: تحتوي علي أوسع تعريف ممكن لأعمال العنف العائلي و العلاقات التي يحدث فيها العنف العائلي .تتضمن على آليات للشكاوى وواجبات ضباط الشرطة ، بما في ذلك وجوب استجابة الشرطة لكل طلب التماسا للمساعدة والحماية في حالات العنف العائلي وتوضيح الحقوق القانونية لضحايا العنف .³

- نصت على أوامر تقييده وأوامر حماية بناء علي طلب طرف واحد.

- تعالج كلا من الإجراءات الجنائية والمدنية .

- نصت على خدمات الدعم للضحايا وبرامج تتعلق بمرتكبي الأفعال الإجرامية وتدريب للشرطة والمسؤولين القضائيين .

¹ - قرار الممارسات التقليدية او العرفية التي تؤثر في صحة المرأة و البنات ، قرار اتخذته الجمعية العامة للأمم المتحدة في دورتها الثالثة و الخمسون ،البند 103 من جدول الأعمال ص3 بتاريخ 1 أفريل 1999 ، رمز الوثيقة 117 / A/RES/53 ، تاريخ التصفح 2017/04/15

² - قرارا ليوم الدولي للقضاء على العنف ضد المرأة ، قرار اتخذته الجمعية العامة في الدورة الرابعة و الخمسون ، البند 109 من جدول الاعمال ، بتاريخ 7 فيفري 2000، رمز الوثيقة ، تاريخ التصفح 2017/04/10 ،الموقع: a/res/54/134

<http://www.un.org/arabic/docs/viewdoc.asp?docnumber = A/HRC/7/6/Add.2>

³ -- تقرير المقررة الخاصة بالعنف ضد المرأة أسبابه الأمم المتحدة ، إدارة الشؤون الاقتصادية و الاجتماعية ،شعبة النهوض بالمرأة ، دليل التشريعات المتعلقة بالعنف ضد المرأة ، نيويورك ، جويلية 2010. الموقع : www.arabwomen.org.

- وفي سنة 1998 اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة استراتيجيات نموذجية وتدابير عملية بشأن القضاء علي العنف ضد المرأة في مجال منع الجريمة والعدالة الجنائية، والجوانب المتعلقة بهذا النموذج تحت الدول الأعضاء علي ما يلي:¹

- ضمان التصدي لأعمال العنف وأن تأخذ الشرطة في الاعتبار الحاجة إلي السلامة الصحية.2(الفقرة 7ج).²

- ضمان أن تعتبر سياسات إصدار الأحكام الجناة مسائلين مع مراعاة تأثيرهم علي الضحايا ويمكن مقارنة ذلك بجرائم أخري خاصة بالعنف. (الفقرة 19).³

- كما جاء في إعلان العنف ضد المرأة كشكل من أشكال التمييز القائم علي نوع الجنس ما يلي :⁴

ينبغي أن تتضمن التشريعات ما يلي:

- الإقرار بأن العنف ضد المرأة شكل من أشكال التمييز، و مظهر من مظاهر العلاقات غير المتكافئة تاريخيا في القوة بين الرجل و المرأة ويعتبر انتهاكا لحقوق الإنسان للمرأة.

- كما نصت المادة (9) من قانون غواتي مالا لمكافحة قتل الإناث وغير ذلك من أشكال العنف ضد المرأة 2008 علي أنه لا يجوز التضرع بالعرف أو التقاليد أو الثقافة أو الدين لتبرير العنف ضد المرأة ولتبرئة أي شخص من الجناة الذين يرتكبون هذا العنف. ينبغي ان تتصف التشريعات بما يلي:⁵

- أن تكون شاملة ومتعددة التخصصات وتجرم جميع أشكال العنف ضد المرأة. وان تتضمن قضايا المنع والحماية وتمكين الضحية الناجية وتقديم الدعم في المجالات (الصحية والاقتصادية والاجتماعية و النفسية) وكذلك فرض العقوبة الكافية عل مرتكبي الجرائم وتوفير سبل الانتصاف للضحايا الناجين.

خاتمة

بعد معالجتنا لموضوع العنف ضد المرأة ومكافحته على مستوى الجمعية العامة للأمم المتحدة ،حيث تعرضنا لتعريف العنف ضد المرأة في الفقه ثم في القانون ،وبعدها ذكرنا بعض أشكال العنف الأكثر خطرا علي المرأة ومصادره رغم وجود أنواع أخري من العنف يمارس على المرأة في أوقات السلم و الحرب،وفي المبحث الثاني تطرقنا إلي تصدي الجمعية العامة لظاهرة العنف على غرار بقية أجهزة الأمم المتحدة،فرغم أن مسألة حماية حقوق الإنسان تعود كاختصاص عام للمجلس الاقتصادي و الاجتماعي إلا أنه و لخطورة الظاهرة تصدت لها جميع الأجهزة حتى مجلس الأمن المكلف بحفظ السلم و الأمن الدوليين.فتطرقنا في المطلب الأول إلى عرض بعض قرارات الجمعية العامة الخاصة بمنع العنف ضد المرأة و في مطلب ثاني عرضنا بعض التوصيات التي جاءت بها القرارات.

¹ - أنظر قرار تدابير منع الجريمة و العدالة الجنائية الرامية إلى القضاء على العنف ضد المرأة،قرار سبق ذكره.

² - أنظر قرار الممارسات التقليدية أو العرفية التي تؤثر في صحة المرأة و البنات ،قرار سبق ذكره.

³ - انظر الفقرة 19أ من نفس القرار

⁴ - أنظر إعلان العنف ضد المرأة ،السابق ذكره

⁵ - انظر قرار الممارسات التقليدية أو العرفية التي تؤثر في صحة المرأة و البنات ،السابق ذكره.

فعلى الدولة والمجتمع المدني و الأسرة أن تراجع روابط العلاقة داخل المجتمع وخاصة داخل الأسرة بحيث يعيش كل فرد فيها في مستوى متساوي وخالي من النضرة الدنية للمرأة فالمرأة لها الحق في الحياة مثلها مثل الرجل، فلا يمكن لها أن تشعرانها ادني من الرجل في لإنعام بنعمة الحياة والحرية، ولكي تشعر بالاطمئنان و الكرامة لا بد علي الدولة معاقبة كل من يؤدي هذه المخلوقة الضعيفة .

فلا بد من توعية المرأة و الرجل علي حد سواء للشعور بالمساواة و الاحترام المتبادل بين الطرفين الواقفين ونزع فكرة القوة و الغلبة للذكور .

وعلى الدول الالتزام بتطبيق القوانين و التوصيات التي جاءت بها الاتفاقيات والمعاهدات المتعلقة بمناهضة العنف ضد المرأة مهما كانت ملزمة أو غير ملزمة بالنسبة لها علي أرض الواقع وإيجاد آليات للتمكين من تطبيقها كأفراد الشرطة المختصة في ذلك إلي رجال القضاء والأعوان وغيرهم ، كما علي الوزارة المكلفة بشؤون الأسرة أن تنشط في الواقع تقدم الإعانات والمساعدات سواء الفكرية أو العلمية أو المادية للعمل علي إنقاص ظاهرة العنف علي المرأة و محاربتها.

المسؤولية الجنائية الدولية في الفقه والقضاء الدولي الجنائي

د. عباسة سمير

أستاذ محاضر "ب"

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة لوئيسي علي العفرون - البلدة 02

ملخص:

موضوع المقال يتعلق بدراسة لفكرة المسؤولية الجنائية الدولية في الفقه والقضاء الجنائي الدولي. قسم موضوع البحث إلى مبحثين، جاء في المبحث الأول المسؤولية الجنائية الدولية في الفقه الدولي، وذلك بعرض مفصل للمدارس الفقهية التي تناولت هذا الموضوع بداية بأصحاب تحملي الدولة المسؤولية الجنائية الدولية عن الجرائم المرتكبة من طرفها بحجة أن القانون الدولي يخاطب الدول وليس الأفراد ومن أنصار هذا الاتجاه الفقيه Amadour Garsia و Anzilotti. أما الاتجاه الثاني هم أنصار تحميل الفرد المسؤولية الجنائية الدولية عن الجرائم الدولية المرتكبة بحجة أنه لا يمكن تحميل الدولة المسؤولية كونها شخص معنوي لا إرادة له، بينما الأفراد هم من يتحولون ذلك ويتزعم هذا الرأي الفقيه Galassair. أما الاتجاه الثالث بزعم الفقيه Pilla يرى بأن الأفراد والدولة معا يتحملون المسؤولية الجنائية الدولية. وجاء في المبحث الثاني المسؤولية الجنائية الدولية في القضاء الجنائي الدولي المتمثل في محكمة فرساي المنشأة بموجب معاهدة فرساي 1919 التي حملت غوليوم الثاني المسؤولية الجنائية الشخصية على الجرائم الدولية المرتكبة خلال الحرب العالمية الأولى وسارت على نفس النهج محكمة نورمبرغ وطوكيو ويوغسلافيا السابقة ورواندا. وأكد نظام روما الأساسي على تحمل الأفراد الطبيعيين المسائلة الجنائية الدولية. الكلمات المفتاحية : محكمة الجنائيات، المسؤولية الجنائية الدولية للفرد، القضاء الجنائي الدولي.

Summary :

The subject of the article is a study of the concept of international criminal responsibility in international jurisprudence and criminal justice. The subject of the research is divided into two sections: the first deals with international criminal responsibility in international jurisprudence. In a detailed presentation of the jurisprudential schools that dealt with this topic first of all with the State Owners of International Criminal Responsibility for crimes committed under the pretext that international law was addressed to states, not to individuals and supporters from this direction.

The second tendency is the proponents of individual responsibility for international crimes committed under the pretext that the state can not be held responsible for being a moral person and not its will, whereas individuals are the ones who direct it and direct this opinion. of the jurist Galassair.

The third trend, led by the Pilla, is that individuals and the state together bear international criminal responsibility. The second topic deals with the international criminal responsibility of the Versailles Criminal Court instituted by the Treaty of Versailles in 1919, which charged William II with personal criminal responsibility for international crimes committed during the First World War and followed the Nuremberg Court , Tokyo, the former Yugoslavia and Rwanda.

لا شك أن مفهوم المسؤولية الجنائية الدولية في الفقه الجنائي الدولي ما زال غامضاً وغير محدد، رغم الثورة الفقهية بين فقهاء القانون الدولي الجنائي للوصول إلى مفهوم جامع ومانع.

ويزداد الإشكال أكثر تعقيداً عند تحديد المسؤولية عن ارتكاب الجرائم الدولية هل الأفراد أم الدول أم الإثنين معاً، كما أن التعقيد ليس فقط في تحديد الشخص الذي يسأل عن الجريمة الدولية وإنما في التساؤل المطروح هل أشخاص القانون الدولي هم أنفسهم أشخاص المسؤولية الجنائية الدولية، ولا يزال هذا الجدل الفقهي حول المخاطبين بالمسائلة الجنائية الدولية، مطروح رغم محاولة ضبطه في المواثيق والمعاهدات والمحاکمات الجنائية الدولية.

وللإجابة على هذه التساؤلات لا بد من التطرق في المبحث الأول إلى الآراء الفقهية التي عاجلت هذا الموضوع والمتمثلة في أنصار تحميل الدولة المسؤولية الجنائية الدولية على أساس أن القانون الدولي يخاطب الدول وأنصار تحميل الفرد ذلك كونه هو من يرتكب الجرائم الدولية باسم دولته بالإضافة إلى أنصار تحميل الدولة والفرد معاً المسؤولية الجنائية الدولية.

وستتناول في المبحث الثاني المسؤولية الجنائية الدولية في القضاء الجنائي الدولي لاسيما محاکمات الحرب العالمية الأولى بموجب معاهدة فرساي التي تضمنت بنودها إنشاء محكمة جنائية دولية لمحكمة المسؤولين عن ارتكاب الجرائم الدولية خلال هذه الحرب، وكذلك تتكلم على المسؤولية الجنائية الدولية في محاکمات الحرب العالمية الثانية، بموجب محكمة نورمبورغ "طوكيو" بالإضافة إلى المحاكم الجنائية الدولية الخاصة المنشأة بقرار من مجلس الأمن، وكذلك موضوع المسؤولية الجنائية الدولية في نظام روما.

المبحث الأول: المسؤولية الجنائية الدولية في الفقه الدولي

لم يعترف الفقه الدولي التقليدي بوجود مسؤولية جنائية دولية في القانون الدولي بسبب عدم تعريف الجريمة الدولية¹، وبالرغم من تسليم الفقه المعاصر بذلك إلا أنه اختلف حول من تنسب إليه هذه المسؤولية.

المطلب الأول: أنصار تحميل الدولة المسؤولية الجنائية الدولية

فكرة مسؤولية الدولة جنائياً فكرة حديثة ظهرت لمسائلة الدول عن الجرائم التي ارتكبتها رؤسائهم، وذهب أنصار هذا الرأي إلى التمسك بمسائلة الدولة وحدها عن ارتكاب الجرائم الدولية، فالجرائم الدولية لا يتصور ارتكابها إلا من قبل الدول، أما الفرد عند ارتكابه الجريمة يخضع للمسائلة من طرف قانونه الجنائي الوطني، ولا يمكن أن يخضع لقانونين معاً القانون الجنائي الدولي والقانون الجنائي الداخلي².

¹ - أنظر محمد عبد المنعم عبد الغني، الجرائم الدولية، دراسة في القانون الدولي الجنائي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، طبعة 2007، ص 445.

² - أنظر سامي محمد عبد العال، الجزاءات الجنائية في القانون الدولي العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2015، ص 283.

وظهرت فكرة المسائلة الجنائية للدول منذ بداية القرن العشرين إذ ناقشها فقهاء القانون الدولي من عدة جوانب ومن أبرزهم لوترباخ Lauterpacht الذي ذهب إلى أن هناك نظامين للمسؤولية الدولية الأول يتعلق بمسؤولية الدول بصفة عامة والثاني يتعلق بمسؤولية الدول عن الانتهاكات الخطيرة للالتزامات الدولية التي تتحمل عنها الدولة المسؤولية الجنائية، لاسيما حرب العدوان.

أما الفقيه قارسيا أمادور Garsia Amador الذي عينته لجنة القانون الدولي بالأمم المتحدة لدراسة وتحديد قواعد المسؤولية الجنائية الدولية في الفترة 1955-1961، حيث قدم هذا الأخير أربعة مشاريع للجمعية العامة تتمثل في مسائلة الدولة جنائيا عن الانتهاكات المخلة بأمن المجتمع الدولي وسلمه ومعاقبتها جزائيا مع مسائلتها مدنيا عن مخالفتها للالتزامات الدولية التعاهدية الثنائية أو الشارعة، ويترتب على ذلك التعويض، والسماح للأفراد حق المطالبة دوليا بالتعويض المادي¹.

إلا أن هذه الاقتراحات لقيت معارضة شديدة من طرف الدول لشعورها بأن هذه الاقتراحات تمس بسيادتها، كما أن منح الأفراد حق مسائلة الدولة، يتناقض مع مفهوم المسؤولية الدولية المتمثلة في علاقة دولة بدولة.

وحجج أصحاب هذا الاتجاه بأن الدولة هي شخص القانون الدولي الوحيد المخاطب بأحكامه وبالتالي فالمسؤولية تترتب عليها باعتبارها تشكيلا اجتماعيا له سلطة سياسية تقول إليها المنافع الناجمة عن استعمال هذه السلطة²، دون إسنادها للأفراد المقيمين فيها، كما أن فكرة السيادة لا تتعارض مع تحميل الدولة المسؤولية الجنائية لأن ما ترتكبه من أفعال غير مشروعة تضر بالصالح العام للمجتمع الدولي وتعتبر جرائم دولية يجب معاقبتها عليها.

ويرى الفقيه الإيطالي أنزيلوتي Anzilotti بأن الدول فقط هي أشخاص القانون الدولي، أما الأفراد فهم أشخاص القانون الداخلي بمعنى أن الالتزامات التي يفرضها القانون الدولي تقع على عاتق الدول فإذا قامت المسؤولية الدولية نتيجة الإخلال بالالتزامات الدولية فإن الدولة هي من تتحمل ذلك. وفي الحالات التي يبدو فيها القانون الدولي وكأنه حمل الفرد المسؤولية بسبب ارتكابه عملا مخالفا لأحكام النظام القانوني الدولي، فإن ذلك يعني أن القانون الدولي نفسه حول الدولة معاقبة الفرد وفق نظامها القانوني أي إذا كان قانون الدولة لا يعاقب على هذا الفعل أو لا توجد قاعدة قانونية داخلية تجرمه، لا يمكن اعتبار الفرد مسؤولا لأن المسؤولية تحدّد بموجب القانون الداخلي الذي يحكمه ومنه لا يمكن اعتباره مسؤولا ولا يجوز معاقبته على ما قام به حتى ولو كان مخالفا لأحكام القانون الدولي³.

ويؤكد هذا الرأي الفقيه ويبار Weber الذي يرفض فكرة أن الدولة هي مجرد افتراض وهمي إذ يرى بأن الدولة «تشكيل اجتماعي له سلطة سياسية، بحيث تقول إلى هذا التشكيل الاجتماعي المنافع الناجمة عن استعمال هذه السلطة دون أن تكون لدينا فكرة نسبتها إلى مجموعة الأفراد المقيمين فيها»، وبالتالي فهي واقع اجتماعي وليس مجرد خيال أو حيلة قانونية لا إرادة لها بل أنها تتمتع بالشخصية القانونية الدولية في المجتمع الدولي الذي تدوب فيه الشخصية القانونية للأفراد الطبيعيين المكونين للدولة⁴.

¹ - أنظر علي جميل حرب، نظام الجزاء الدولي، العقوبات الدولية ضد الدور والأفراد، الحلّي الحقوقية، بينان، الطبعة 2010، ص 195.

² - أنظر سامي مُجدّ العال، مرجع سابق، ص 284.

³ - أنظر عبد الواحد مُجدّ الفار، الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها، دار النهضة العربية، القاهرة 1997، ص 26.

⁴ - أنظر إبراهيم الدراجي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى 2005، ص 602، 603.

ويؤكد أنصار هذا الرأي بأن للشخص المعنوي إرادة ذاتية تترجم وجوده الحقيقي والقانوني إذ هي التي تؤهله لمباشرة التصرفات القانونية، وبالتالي تحمل مسؤوليته عن الأفعال الضارة مدنية أو جزائية.

ومن أنصار هذا الاتجاه الفقيه بيلا Pella الذي يفرض فكرة أن الدولة هي مجرد حيلة ووهم بل هي كيان حقيقي ووجودها يمتد على مدى الأجيال وتعلو على وجود الأفراد الزائلين¹. كما يؤكد بيلا بأنه هل يمكن بأن الحيلة تنظم المجتمع وتحقق نتائج وبالتالي لا يوجد مبرر لاستبعاد مسائلتها جزائيا.

نقد الرأي: مسألة الدولة جزائيا يعني ذلك تسليط العقوبة الجزائية عليها وهذا غير ممكن نظرا لكون الدولة شخص معنوي ويتعارض ذلك مع سيادتها، كما أن مسألة الدولة يعني ذلك إفلات الأشخاص الطبيعيين من العقاب الممثلين للدولة المرتكبة للجرائم الدولية، أما باقي العقوبات الأخرى كإعلان الحرب ضد الدولة المتعدية، يجعل القانون الدولي مصدر للحرب التي هي في حد ذاتها عملا غير مشروع، أما العقوبات الاقتصادية ففي حال محاصرة دولة اقتصاديا كعقوبة ضدها يعني ذلك معاقبة شعب بأكمله لا علاقة له بتلك الجرائم المرتكبة من طرف دولته ومنه ونظرا لطبيعة مفهوم الجزاء ومفهوم الدولة وطبيعتها، فإن فرض العقوبة والجزاء الجنائي على الدولة هو أمر لا فائدة منه لأن الغرض من العقوبة بموجب القانون هو الردع لعدم ارتكاب جرائم مماثلة، ويرى الاتجاه المعارض لفكرة مسألة الدولة جزائيا فرض عقوبات جزائية على الدولة سوف يؤدي إلى إحياء فكرة العقاب الجماعي التي تجاوزها الزمن وهي سلوك بدائي وغير إنساني عند معاقبة الأبرياء، مما جعل الفقه الدولي يسقط فكرة المسائلة الجنائية للدولة ويتجه لمسائلة الأفراد كونهم هم من يرتكبوا الجرائم الدولية باسم دولهم.

المطلب الثاني: أنصار تحميل الفرد المسؤولية الجنائية الدولية

يستند أنصار هذا الاتجاه في تحميل الفرد المسؤولية الجنائية الدولية، من منطلق استحالة مسألة الدولة جنائيا وذلك اعتمادا على قاعدة مبدئية في القانون الجنائي وهي ضرورة توفر ركن الوعي والإرادة لمسائلة الشخص جزائيا وهذان الشرطان لا يتحققان إلا في الشخص الطبيعي، الذي يملك القدرة على الإدراك ويتمتع بحرية الاختيار مما يجعله مسؤولا جزائيا عن أفعاله المجرمة.

إلا أن فقهاء القانون الدولي اختلفوا في مركز الفرد في القانون الدولي فبعضهم اعترف له بالشخصية الدولية وبعضهم رفضها²، وهناك رأي آخر اعتبره موضوعا للقانون الدولي وأغلب الأسانيد التي جاء بها أنصار هذا الاتجاه من منطلق أن مرتكب الجريمة الدولية لا يمكن أن يكون إلا شخص طبيعي سوى ارتكب الجريمة لحسابه الخاص أو لحساب دولته وباسمها ويتزعم هذا الاتجاه:

- الفقيه حلاسير: الذي ذهب إلى القول بأن مرتكب الفعل المجرم المترتب عنه المسؤولية الجنائية الدولية لا يمكن أن يكون سوى الفرد الطبيعي، ويرى بأنه لمعرفة ما إذا كان الفرد مسؤولا عن الجرائم الدولية، يتوقف ذلك على إيجاد إجابة للسؤال التالي هل يعد الفرد محلا للحقوق والواجبات الدولية، بمعنى آخر هل يتمتع الفرد بالشخصية الدولية³. أما الفقيه تريانين Trainin: عارض بشدة مفهوم المسؤولية الجنائية الدولية للدولة، واعتبره مفهوم ركيك في مجال القانون الدولي، لأن المسؤولية الجنائية تقوم على الخطأ الذي يكون غالبا في صورة

¹ - أنظر إبراهيم الدراجي، مرجع سابق، ص 602.

² - أحمد بشارة موسى، المسؤولية الجنائية الدولية للفرد، دار هومة الجزائر، طبعة 209، ص 50، 51.

³ - أنظر يتوجي سامية، المسؤولية الجنائية الدولية عن انتهاكات القانون الدولي الإنساني، دار هومة الجزائري، بدون تاريخ، ص 109.

سبق الإصرار أو عدم الاحتياط، كما أن إسناد التهمة للجاني يجب الأخذ بعين الاعتبار ظروف ارتكاب الجريمة، وشخصية الجاني، وخطورة الفعل وتقدير العقوبة، ولا يمكن تصور المسؤولية الجنائية خارج هذه الاعتبارات والتي لا يمكن تصور وجودها عند مسائلة الدولة¹. كما أن هناك مدرسة واقعية تعتبر الفرد هو الشخص القانوني الوحيد في القانون الدولي والداخلي، وأن قواعد القانون الدولي والداخلي تخاطب الأفراد كحكام للدول، كما أن الدولة في نظر هذه المدرسة ماهي إلا وسيلة لتحقيق المصالح الجماعية، لذا فهي ليست شخص من أشخاص القانون الدولي².

المطلب الثالث: أنصار المسؤولية الجنائية الدولية المزدوجة للفرد والدولة

يرى هذا الاتجاه بأن الدولة والأفراد معا يتحملون المسائلة الجنائية الدولية عن الجرائم الدولية المرتكبة من طرفهم، فالدولة نظرا لأنها لها شخصية دولية يجب أن تتحمل المسؤولية الجنائية عن ارتكابها للجرائم الدولية، كما لا يمكن السماح للأشخاص المرتكبين للجرائم الدولية الإفلات من العقاب ويتزعم هذا الاتجاه³: الفقيه بيلا Pella: الذي نادى بالمسؤولية الجنائية الدولية للأفراد، مستندا في ذلك كون الدول كائنات حقيقية والقانون الدولي يعترف لها بالأهلية القانونية، وبما أن القانون الدولي الجنائي يحمي الدول من الاعتداءات، لا يمكن عدم تحميل الدولة مسؤوليتها الجزائية المرتبة على ارتكابها أفعال مجرمة دوليا، كما يضيف بيلا بأنه مجرد الاعتراف لها بالشخصية الدولية فذلك اعتراف بقدرتها على تحمل المسؤولية الجنائية⁴.

أما الأشخاص الطبيعيين يرى بيلا بوجود معاقبتهم ومسائلتهم جنائيا عن الأفعال المجرمة المرتكبة من طرفهم: «قادوا الأمة بأفعالهم إلى حرب اعتداء أو أي فعل آخر أو ترك فعل يعد جريمة في قانون عقوبات الأمم»⁵.

ويرر بيلا هذا الرأي بتحمل الدولة⁶ المسؤولية الجنائية الدولية كون الدولة تتمتع بحرية الإرادة عند ارتكابها الفعل المجرم إذ يمكن استنباط ذلك من مساهمتها بالتحضير والتحريض وزرع شعور في شعبها للتوجه نحو ارتكاب جرائم دولية.

ويرى بيلا بأن الجنايات والجنح المرتكبة من الدول يمكن أن ينشأ عنها نوعان من المسؤولية، مسؤولية جماعية للدول ومسؤولية فردية للأشخاص الطبيعيين ويعاقب الفرد على الجريمة الدولية طبقا للقواعد المعروفة في القانون الجنائي الوطني، بينما تسأل الدولة على أساس حرية الإرادة كونها هي المخاطبة بأحكام القانون الدولي، وتترتب المسؤولية الجنائية الدولية في هذه الحالة، كون الدولة كائن يعترف له القانون الدولي بالأهلية القانونية، وبما أن القانون الدولي الجنائي صاحب الحق في حمايتها من الاعتداءات، فغير المعقول عدم مسائلتها جنائيا عن أفعالها المجرمة دوليا⁷.

¹ - أنظر مُجدد عبد المنعم عبد الغني، مرجع سابق، ص 490.

² - أنظر أحمد بشارة موسى، مرجع سابق، ص 54.

³ - أنظر سامي مُجدد عبد العال، مرجع سابق، ص 286.

⁴ - أنظر على جميل حرب، مرجع سابق، ص 206.

⁵ - أنظر على جميل حرب، مرجع سابق، ص 206.

⁶ - أنظر على جميل حرب، نفس المرجع، ص 206.

⁷ - أنظر توحى سامية، مرجع سابق، ص 104.

فلاعتراف بالشخصية القانونية للدولة يعني الاعتراف بقدرتها على تحمل المسؤولية الجنائية الدولية، أما الأفراد يجب معاقبتهم جنائياً كذلك لأنهم هم من نفذوا إرادة الدولة باقتراح الجريمة. وشاطره الرأي الفقيه سالدانا Saldana : بقوله: «للدولة إرادة قد تكون إجرامية. عند ارتكابها أفعال مجرمة دولياً ويجب مسألته جزائياً، ويترب على ذلك «كفالة الاحترام اللازم للالتزامات السياسية والاتفاقيات الدولية المقدسة ارتكاب جرائم دولية، كمخالفاتهم لقوانين وعادات الحرب وارتكابهم جرائم ضد قانون الشعوب. تلك هي المدارس الفقهية التي اختلفت حول من يتحمل المسائلة الجنائية الدولية، ورغم وجود عدد كبير من الفقهاء يقر بالمسائلة المزدوجة إلا أن القضاء الجنائي الدولي فصل في هذا الاختلاف الفقهي.

المبحث الثاني: المسؤولية الجنائية الدولية في القضاء الجنائي الدولي

إن موضوع مسائلة الدولة جزائياً والتضارب بين الفقهاء في الاختلاف حول من يتحمل المسؤولية الجنائية الدولية هل الدول أم الأفراد أم الإثنين معا قد أصبح خارج النقاش منذ بداية التسعينات بعد انتشار المحاكم الجنائية الدولية المؤقتة، ودخول نظام المحكمة الجنائية الدولية حيز النفاذ، بالإضافة إلى قرارات مجلس الأمن الجزائية التي تستهدف الأفراد الطبيعيين.

المطلب الأول: المسؤولية الجنائية الدولية في محاكمات الحربين العالميتين

سنتطرق في هذا المطلب إلى موضوع المسائلة الجنائية الدولية في المحاكم الجنائية الدولية التي أنشأتها محكمة فرساي المنشأة بموجب اتفاقية فرساي بعد انتهاء الحرب العالمية الأولى، التي استمرت لمدة أربعة سنوات منذ عام 1914 إلى 1919 وامتدت شرارتها لجميع أنحاء العالم لذا اعتبرت عالمية، وكذلك محاكمات الحرب العالمية الثانية.

الفرع الأول: المسؤولية الجنائية الدولية في محاكمات الحرب العالمية الأولى

وقعت معاهدة فرساي في 1919 /28/06 ودونت معظم بنود تقرير لجنة المسؤوليات منها إقرار المسؤولية الدولية الجنائية الشخصية لغيلوم الثاني، والاعتراف بمبدأ المسؤولية الشخصية وتشكيل المحكمة طبقاً للمادة 227¹ من معاهدة فرساي، ومن خلال هذه المادة يتضح التأكيد والاعتراف بمبدأ المسؤولية الجنائية الدولية لرئيس الدولة عن الأفعال المرتكبة أو التي أمر بها الممثل في جريمة عظمى ضد الأخلاق الدولية وقديسية المعاهدات وهذا تطور كبير في القضاء الجنائي الدولي، لأن المسؤول سابقاً كان يتمتع بسلطة مطلقة دون أية مسائلة واستبعدت الاتفاقية لاعتراضات الواردة من الوفدين الأمريكي والياباني أمام لجنة المسؤوليات الممثلة في اعتبار محاكمة الإمبراطورية إخلالاً بمبدأ الحصانة المعترف بها لرئيس الدولة.

وأشارت المادة 227 من معاهدة فرساي على أن محاكمة الإمبراطور تكون أمام محكمة خاصة مشكلة من خمسة قضاة يعينون بمعرفة كل من السلطات الخمسة وهم الولايات المتحدة الأمريكية - بريطانيا العظمى - فرنسا - إيطاليا - اليابان، كما نصت نفس المادة اعتماد المحكمة على القيم المستلهمة من المبادئ السياسية السامية بين الدول بشأن تأمين محاكمة عادلة بناء على احترام الالتزامات الرسمية الواردة في المعاهدات والأخلاق الدولية، كما منحت نفس المادة للمحكمة مهمة تحديد العقوبة التي تراها مناسبة، وجاء في الفقرة الأخيرة بتوجيه طلب من الدول المتحالفة ترجو فيه الحكومة الهولندية تسليم الإمبراطور للمحاكمة.

¹ - أنظر المادة 227 من اتفاقية فرساي، عبد الواحد مُجَّد الفار، مرجع سابق، ص 76.

غير أن نص هذه المادة لم يحدد بدقة الجرائم المنسوبة للإمبراطور واكتفى الإشارة إلى الانتهاكات الصارخة ضد مبادئ الأخلاق الدولية ووقدية المعاهدات، إلا أن هذه المحاكمة لم تتم بسبب فرار الإمبراطور إلى هولندا التي رفضت تسليمه كون المحاكمة سياسية من قبل أعدائه وأن التهم الموجهة له لا يعاقب عليها القانون الهولندي ولا في معاهدات التسليم المبرمة بينها والحلفاء، كما أن الدستور الهولندي يكفل الحماية للمتواجدين على الأراضي الهولندية¹.

كما أكدت المواد 228-229-230 من معاهدة فرساي على تحمل مجرمي الحرب الألمان المسؤولية الجنائية الدولية الشخصية على ما اقترفوه من جرائم خلال الحرب العالمية الأولى وذلك ما تضمنته المادة 228² على اعتراف الحكومة الألمانية بحق الحلفاء في محاكمة ومعاقبة الأشخاص اللذين ارتكبوا أفعالا منافية لقوانين الحرب وأعرافها أمام محاكمها العسكرية طبقا لقوانينها الخاصة، وينطبق هذا النص حتى ولو حوكموا المتهمون أمام إحدى جهات القضاء الألماني أو حلفاء ألمانيا، ونصت المادة 229 من الاتفاقية على أن المرتكبون لجرائم ضد رعايا عدة دول فإنهم يحاكمون أمام المحاكم العسكرية المكونة من أعضاء ينتمون إلى المحاكم العسكرية للدول صاحبة الشأن، وهذا يعني أن المحكمة مقيدة من حيث أعضائها الخمسة بالنسبة لمحاكمة الإمبراطور وعلى الدول التي وقعت فيها الجريمة، إذا وقعت تلك الجريمة على رعايا أكثر من دولة³.

ونصت المادة 230 من اتفاقية فرساي بتعهد الحكومة الألمانية بتقديم كل المعلومات والوثائق التي من شأنها إثبات الجرائم من قبل المتهمين.

وبعد إعلان الدستور الجمهوري من طرف الجمعية الدستورية الألمانية الذي نص على محاكمة المتهمين الألمان أمام المحاكم الألمانية، ومحاكمتهم خارج ألمانيا مخالفا للمواثيق الدولية، وأصدرت الحكومة الألمانية في 15/03/1919 قانونا بإنشاء محكمة الإمبراطورية في مدينة لبيزغ⁴.

ومن خلال ما سبق يتضح بأن معاهدة فرساي المنشأة لمحكمة فرساي الخاصة أقرت صراحة مبدأ المسؤولية الجنائية الشخصية لمرتكبي جرائم الحرب العالمية الأولى.

الفرع الثاني: المسؤولية الجنائية الدولي في محاكمات الحرب العالمية الثانية

لقد حركت الحرب العلمية الثانية الضمير العالمي وتوحيده في المطالبة بمحاكمة مجرمي هذه الحرب على ما اقترفوه من جرائم دولية في العديد من الدول، ونظرا للعدد الهائل من القتلى الذي تعدى الخمسين مليون قتيل وتهديم المنشأة والإرث الحضاري للإنسانية أنشأة اتفاقية لندن واللائحة الملحقة بها محكمة نورمبرغ، وتنفيذا لتصريح بوتسدام أصدر القائد العام لقوات الحلفاء في اليابان إعلانا خاصا في 19/01/1946 متعلق بإنشاء محكمة طوكيو لمحاكمة كبار مجرمي تلك الحرب في الشرق الأقصى.

¹ - أنظر أحمد سيف الدين، الاتجاهات الحديثة للقضاء الدولي الجزائي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، ص 83.

² - أنظر المادة 228 من معاهدة فرساي.

³ - أنظر علي عبد القادر القهوجي، القانون الدولي الجنائي، منشورات الحلبي، بيروت، الطبعة الأولى | 2001، ص 177.

⁴ - أنظر: أحمد سيف الدين، مرجع سابق، ص 84.

أولاً- المسؤولية الجنائية الدولية في محكمة نورمبرغ

نصت المادة الأولى من اتفاقية لندن على أن تنشأ محكمة عسكرية دولية بعد استشارة مجلس الرقابة في ألمانيا، لمحكمة مجرمي الحرب الذين ليس لجرائمهم موقع جغرافي معين سواء بصفتهم الفردية أو بصفتهم أعضاء في منظمات أو هيئات أو بهاتين الصفتين معاً، وترجمت لائحة المحكمة الملحقمة بهذه الاتفاقية.

نظام مسائلة الأفراد جنائياً، إذ نصت المادة السادسة من نظام المحكمة، محاكمة كبار مجرمي الحرب الذين ارتكبوا لحساب دول المحور بصفتهم الشخصية أو بصفتهم أعضاء في إحدى المنظمات الجرائم التالية:
أ- الجرائم ضد السلام: حيث فصلت الفقرة "أ" من المادة السادسة هذه الجرائم والمتمثلة في أي إدارة حرب عدوانية وتحضيرها وشنها ومتابعتها، أو أية حرب خرقاً للمعاهدات والاتفاقيات الدولية أو المشاركة فيها بمخطط مدروس أو بأية مؤامرة لارتكاب الأفعال السابقة يترتب على ارتكاب هذه الأفعال المسائلة الجنائية الفردية¹.

ب- جنائيات الحرب: حددت الفقرة "ب" من المادة السادسة هذه الجرائم المتمثلة في أي انتهاك لقوانين الحرب وأعرافها وتتضمن هذه الانتهاكات على سبيل المثال القتل العمد مع الإصرار والمعاملة السيئة للمدنيين وقتل الأسرى عمداً وإعدام الرهائن ونهب الأموال العامة وتهديم المدن والقرى² ويترتب على ارتكاب هذه الأفعال مسائلة مرتكبيها شخصياً وتحملهم المسؤولية الجنائية الشخصية ومعاقبتهم من طرف المحكمة.

ج- الجنائيات ضد الإنسانية: حملت محكمة نورمبرغ الأشخاص الطبيعيين المسؤولية الجنائية الدولية عن ارتكاب هذه الجرائم التي تضمنتها الفقرة "ج" من المادة السادسة³ التي عرفت هذه الجرائم بكونها تتمثل في أي قتل عمدى، أو أي عمل غير إنساني مرتكب ضد المدنيين قبل الحرب أو خلالها أو الاضطهاد لأسباب سياسية أو عرقية أو دينية.

ثانياً- المسؤولية الجنائية الدولية في محكمة طوكيو

تم إنشاء هذه المحكمة بموجب قرار صادر عن القائد الأعلى لقوات الحلفاء في الشرق الأقصى الجنرال الأمريكي "دوقلاس مارك آرثر" في 01/1946/19 وأنشأت هذه المحكمة استناداً إلى مضمون معاهدة لندن كسند قانوني ونظامها يتشابه إلى حد كبير مع نظام محكمة نورمبرغ.

ونصت المادة الخامسة من نظام المحكمة على الجرائم التي تدخل في اختصاصها وهي نفس الجرائم المنصوص عليها في نظام محكمة نورمبرغ.

وتختص المحكمة بمحاكمة الأشخاص الطبيعيين الذين يرتكبون تلك الجرائم بصفتهم الشخصية فقط وليس بصفتهم أعضاء في منظمة أو هيئات إجرامية كما جاء في نظام محكمة نورمبرغ¹.

¹ - أنظر المادة 06 فقرة "أ" من نظام محكمة نورمبرغ، حيدر عبد الرزاق حميد، تطور القضاء الدولي الجنائي من المحاكم المؤقتة إلى المحكمة الجنائية الدولية، دار الكتب القانونية، مصر 2008، ص 214.

² - أنظر حيدر عبد الرزاق حميد، تطور القضاء الدولي الجنائي من المحاكم المؤقتة إلى المحاكم الجنائية الدولية الدائمة، دار الكتب القانوني، مصر 2008، ص 214.

³ - أنظر حيدر عبد الرزاق حميد، المرجع السابق، ص 214.

واختلف نظام محكمة طوكيو مع نظام محكمة نورمبرغ بشأن ترتيب المسؤولية الجنائية الفردية للأشخاص من حيث المركز الرسمي للمتهمين طرفا من ظروف التخفيف إذ أن المادة السابعة من نظام نورمبرغ اعتبر المركز الرسمي لا يخفف العقاب على عكس نظام طوكيو كما أن نظام محكمة طوكيو لم يتضمن اتهام الهيئات أو المنظمات كما جاء في نظام محكمة نورمبرغ، ورغم اتضاح تحميل الأشخاص الطبيعيين المسؤولية الجنائية الدولية في لائحة طوكيو إلا أن هذه المحكمة لم تحضي باهتمامهم في مجال القضاء الجنائي الدولي لأن أغلبيتهم يرى بأنها خاضعة لأهواء القائد الأمريكي الذي أنشأها، كما أن قضاتها أنفسهم انتقدوها بشدة من حيث انتهاكها للمبادئ والقواعد الجنائية².

الفرع الثالث: المسؤولية الجنائية الدولية في محكمة يوغسلافيا ورواندا

نظرا للنزاع الدموي الواقع في إقليم جمهورية يوغسلافيا السابقة ضد سكان البوسنة والهرسك من طرف الصرب وكذلك النزاع الواقع في دولة رواندا بين قبيلتي الهوتو والتوتسيانيين ارتكبت أشنع الجرائم الدولية، تدخل مجلس الأمن طبقا لصلاحياته المستمدة من الميثاق وأنشأ محكمتين جنائيتين دوليتين لمعاقبة مرتكبي تلك الجرائم في إقليم الدولتين.

أولا- المسؤولية الجنائية الدولية في محكمة يوغسلافيا السابقة

بعد اختيار المعسكر الشرقي بزعامة الاتحاد السوفياتي سابقا اختارت الدول التي كانت تدور في فلكه من بينها جمهورية يوغسلافيا السابقة التي انقسمت إلى ستة دول، وعند مطالبة سكان البوسنة والهرسك الانفصال سنة 1992 تعرض سكانها إلى أشنع الجرائم الدولية من إبادة جماعية وجرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية من طرف الصرب.

ونظرا لفظاعة الجرائم آنذاك تدخل مجلس الأمن وأصدر القرار رقم 808 / 93 القاضي بإنشاء محكمة لمعاقبة مرتكبي تلك الجرائم استنادا إلى أحكام الفصل السابع من الميثاق بناء على تقرير لجنة الخبراء المعينة بموجب القرار 780.

وجاء في القرار 808 الصادر بتاريخ 22/02/1993: «قرر مجلس الأمن إنشاء محكمة جنائية دولية لمحاكمة الأشخاص المسؤولين عن الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني المرتكبة في أراضي يوغسلافيا السابقة منذ عام 1991، ثم صدر القرار 827 / 93 الذي اعتمد بموجبه النظام الأساسي للمحكمة».

أ- الاختصاص الشخصي: لقد نصت المادة الأولى من نظام المحكمة «للمحكمة الدولية سلطة مقاضاة الأشخاص المسؤولين عن الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني المرتكبة في إقليم يوغسلافيا السابقة منذ عام 1991 وفقا لأحكام النظام الأساسي»³.

ومن خلال هذه المادة يتضح بأن محكمة يوغسلافيا السابقة حملت الأفراد المسؤولية الجنائية الدولية عن الجرائم المرتكبة، كما أكدت ذلك المادة الثانية: «للمحكمة الدولية سلطة مقاضاة الأشخاص الذين يرتكبون أو يأمرن بارتكاب انتهاكات جسيمة لاتفاقيات جنيف» ويحال إلى المحكمة الأشخاص الطبيعيين مهما كانت مناصبهم ومساهماتهم في الجريمة، فيتحمل المسؤولية الجزائية ويقدم للمحاكمة فاعل الجريمة ومن أمر بارتكابها ومن خطط لها وكل من ساعد بأية طريقة أو شجع على التخطيط أو التنفيذ فكل هؤلاء يسألون شخصيا

¹ - أنظر علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق، ص 263.

² - أنظر علي جميل حرب، نظام الجزاء الدولي، مرجع سابق، ص 400.

³ - أنظر حيدر عبد الرزاق حميد، المرجع السابق، ص 223.

عن هذه الجرائم وهذا ما أكدته المادة السابعة، كما لا يعفى من المسائلة الجنائية كل هؤلاء مهما كانت درجة مسؤوليتهم ورتبهم¹، وتعتبر محكمة يوغسلافيا السابقة المنشأة بقرار مجلس الأمن ذات أهمية في القضاء الجنائي الدولي كونها عاقبت رئيس دولة وحملته المسؤولية الجنائية الدولية شخصيا عن الجرائم المرتكبة.

ب-الاختصاص النوعي: تضمن نص المادة الثانية من النظام الأساسي لمحكمة يوغسلافيا السابقة على سلطة المحكمة الدولية في مقاضاة الأشخاص الذين يرتكبون أو يأمرن بارتكاب انتهاكات جسيمة لاتفاقيات جنيف المؤرخة في 12/08/1949، كما نصت المادة الثالثة على سلطة المحكمة في مقاضاة الأشخاص الذين ينتهكون قوانين وأعراف الحرب، أما المادة الرابعة منحت المحكمة سلطة المقاضاة والعقاب ضد الأشخاص الذين يرتكبون جريمة إبادة الأجناس حسب تعريفها الوارد في الفقرة الثانية من هذه المادة.

ثانيا- المسؤولية الجنائية الدولية في محكمة رواندا

أسباب الأزمة الرواندية تعود إلى النزاع المسلح بين القوات الحكومية المتكونة من قبيلة الهوتو ومليشيات الجبهة الوطنية الرواندية المتكونة من قبيلة التوتسي، وقد امتد هذا النزاع إلى الدول المجاورة وارتكبت خلاله جرائم فضيعة، مما جعل مجلس الأمن يتدخل بإنشاء لجنة تقضي الحقائق بموجب القرار 94 /935 وبناء على تقرير هذه اللجنة أصدر القرار 94 /955 بتاريخ 8/11/1999 القاضي بإنشاء محكمة جنائية دولية استنادا إلى الفصل السابع من الميثاق، والحق بهذا القرار النظام الأساسي للمحكمة².

- الاختصاص الشخصي لمحكمة رواندا: لقد حدد النظام الأساسي لمحكمة رواندا تحميل الأشخاص الطبيعيين (الأفراد) المسؤولية الجنائية الدولية عن الجرائم المرتكبة الداخلة في الاختصاص الموضوعي للمحكمة المقررة في المواد 02 إلى 04 ولا يقتصر الاختصاص الشخصي للمحكمة على المواطنين الروانديين بل يمتد ليشمل أي شخص ارتكب إحدى الجرائم المعاقب عليها في نظام المحكمة وحتى ولو لم يكن يحمل الجنسية الرواندية، كما يمكن للمحكمة محاكمة الأشخاص الذين ارتكبوا الجرائم الداخلة في اختصاص المحكمة في دول مجاورة لرواندا، ضمن نطاق اختصاصها الزمني المشار إليه إذا كان مرتكب الجريمة روانديا.

ومن خلال نص المادة السادسة من نظام المحكمة فإن الاختصاص الشخصي للمحكمة مقتصر على الأشخاص الطبيعيين دون غيرهم من المنظمات أو الهيئات إذ أكدت هذه المادة على أن كل شخص خطط أو حرض على ارتكاب أو ارتكب أو ساعد أو شجع بأية طريقة على تنظيم أو تنفيذ إحدى الجرائم الداخلة في اختصاص المحكمة يكون مسؤولا مسؤولية فردية عن هذه الجريمة، كما أكدت المادة على أن الصفة الرسمية للمتعم لا تعفيه من المسؤولية الجنائية³.

ب-الاختصاص الموضوعي لمحكمة رواندا: تختص المحكمة بمحاكمة ومعاقبة الأشخاص المسؤولين عن الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني، كما حددها نظامها الأساسي في الجرائم التالية:

¹ - أنظر علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق، ص 281.

² - أنظر علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق، ص 281.

³ - أنظر بدر الدين مُجد الشبل، الحماية الدولية الجنائية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2011، ص 290.

1- جرائم الإبادة: تضمنت المادة الثانية من النظام الأساسي للمحكمة على سلطة المحكمة في محاكمة الأفراد المرتكبين لجريمة الإبادة الجماعية طبقاً لتعريفها الوارد في الفقرة الثانية من هذه المادة أو الذين يرتكبون أي من الأفعال المذكورة في الفقرة الثالثة من نفس المادة، وتعريف جريمة الإبادة في محكمة رواندا أقتبس حرفياً من اتفاقية الإبادة الجماعية لسنة 1948 بموجب المادة السادسة: «يحاكم الأشخاص المتهمون بارتكاب الإبادة الجماعية أو أي من الأفعال الأخرى المذكورة في المادة الثالثة أمام محكمة مختصة من محاكم الدولة التي ارتكب الفعل على أراضيتها أو أمام محكمة جزائية دولية تكون ذات اختصاص إزاء من يكون من الأطراف المتعاقدة اعترف بولايتها».

2- الجرائم ضد الإنسانية: عاقبت محكمة رواندا الأشخاص الطبيعيين الذين ارتكبوا جرائم ضد الإنسانية بموجب نص المادة الثالثة من النظام الأساسي للمحكمة التي نصت على مقاضاة الأفراد المسؤولين عن الأفعال المذكورة عندما يتم ارتكابها كجزء من هجوك منهجي أو واسع النطاق ضد السكان المدنيين لأسباب قومية أو سياسية أو عرقية أو إثنية أو دينية...

3- انتهاكات المادة الثالثة المشتركة في اتفاقيات جنيف 1949 والبروتوكول الإضافي الثاني: وذلك طبقاً لنص المادة الرابعة من النظام الأساسي للمحكمة، تنص المادة الثالثة المشتركة لاتفاقيات جنيف على أنه: «في حالة قيام نزاع مسلح ليس له طابع دولي في أراضي أحد الأطراف السامية المتعاقدة بالتزام كل طرف في النزاع بأن يطبق كحد أدنى الأحكام التالية:- الأشخاص الذين لا يشتركون مباشرة في الأعمال العدائية بمن فيهم أفراد القوات المسلحة الذين ألقوا أسلحتهم والأشخاص العاجزون عن القتال بسبب المرض أو الجرح... الخ». واعتبرت المحكمة النزاع الرواندي نزاع مسلح غير دولي لذا استبعدت باقي جرائم الحرب الأخرى وطبق البروتوكول الإضافي الثاني لسنة 1977¹.

الفرع الرابع: المسؤولية الجنائية الدولية في نظام روما الأساسي

رغم المحاولات السابقة في إنشاء محكمة جنائية دولية لمعاقبة مرتكبي الجرائم الدولية، تارة بموجب اتفاقيات دولية كما وقع في محاكمات الحرب العالمية الأولى والثانية، وتارة بموجب قرارات من مجلس الأمن كما وقع في محكمتي يوغسلافيا ورواندا، إلا أن الإجماع الدولي لم يتوقف.

مما جعل المجتمع الدولي يكثف جهوده عن طريق منظمة الأمم المتحدة من أجل إحياء مشروع إنشاء جهاز قضائي جنائي دولي الذي أصبح ضرورة ملحة.

وفي الفترة الممتدة بين 15/06 إلى 17/07/1998 اجتمعت الدول الأعضاء في منظمة الأمم المتحدة بالعاصمة الإيطالية روما بناء على دعوة الأمين العام، وبعد المداولات والمناقشات اتفق المؤتمر على النظام الأساسي للمحكمة الذي دخل حيز النفاذ بعد مصادقة ستون دولة عليه في 01/07/2002.

أ- الاختصاص الشخصي: لقد فصل النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة في موضوع تحمل المسؤولية الجنائية الدولية بين الأفراد والدول بموجب نص المادة الخامسة والعشرون² من النظام الأساسي تحت عنوان المسؤولية الجنائية الفردية، وجاء في الفقرة الأولى من هذه المادة بأن يكون للمحكمة اختصاص على الأشخاص الطبيعيين عملاً بهذا النظام الأساسي ثم حددت الفقرات الموالية للأشخاص

¹ - أنظر عبد القادر البقير، العدالة الجنائية الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2005، ص 189.

² - أنظر المادة 25 من نظام روما، زياد عيتاني، المحكمة الجنائية الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى 2008، ص 541.

المعنيين بالمسائلة الجنائية وهم الشخص الذي يرتكب جريمة تدخل في اختصاص المحكمة، يكون مسؤولاً عنها بصفة فردية وعرضة للعقاب وفقاً لهذا النظام الأساسي.

كما يسأل الشخص جنائياً ويكون عرضة للعقاب عن أية جريمة تدخل في اختصاص المحكمة في حالة قيام هذا الشخص بارتكاب هذه الجريمة بصفته الفردية أو بالاشتراك مع آخر بغض النظر إذا كان ذلك الشخص الآخر مسؤولاً جنائياً، وضبط نظام روما الأساسي المسؤولية الجنائية الدولية للأشخاص الطبيعيين وتحديد مسؤولية كل شخص سواء كان مساهماً أو مشاركاً أو منخرطاً أو شرع في ارتكاب الجريمة، إذ نصت الفقرة "ب" من المادة 25 على أن الأمر أو الإغراء أو الحث على ارتكاب جريمة وقعت بالفعل أو شرع فيها¹، وتوسعت المادة الخامسة والعشرون في تحديد المسؤولية الجنائية الدولية إلى كل من قدم العون أو حرض أو ساعد بأي شكل في ارتكاب الجريمة.

وتضمنت الفقرة الرابعة من المادة 25 عدم تأثير أي حكم في النظام الأساسي للمحكمة يتعلق بالمسؤولية الجنائية الفردية في مسؤولية الدول بموجب القانون الدولي².

1- عدم الاعتداء بالصفة الرسمية: كرس نظام روما الأساسي مبدأ عدم الاعتداء بالصفة الرسمية لمرتكب الجرائم الدولية بموجب المادة السابعة والعشرون³ التي أكدت تطبيق النظام الأساسي على جميع الأشخاص دون تمييز بسبب الصفة الرسمية سواء كان رئيس دولة أو حكومة أو برلمان... الخ. لا تعفيه من المسؤولية الجنائية، كما لا تكون ظرفاً مخففاً للعقوبة، وكذلك استبعد نظام روما الحصانة للأشخاص المرتكبين للجرائم الدولية سوى في إطار القانون الوطني أو الدولي.

2- مسؤولية القادة والرؤساء: يكون القائد العسكري أو الشخص الذي ينوب عنه مسؤولاً جنائياً عن الجرائم المرتكبة التي تدخل في اختصاص المحكمة المرتكبة من طرف قوات تخضع لسلطته، إذا علم بارتكاب تلك الجرائم ولم يمنع ارتكابها⁴.

الخلاصة

من خلال دراستنا لموضوع المسؤولية الجنائية الدولية، نرى بأن فقهاء القانون الدولي انقسموا إلى ثلاثة مدارس فقهية الأولى يرى أصحابها بضرورة مسائلة الدولة جزائياً عن الجرائم المرتكبة من طرفها لأن القانون الدولي يخاطب الدول وليس الأفراد، أما أصحاب الرأي الثاني انتقدوا الرأي الأول من جانب أن الدولة شخص معنوي ليست له إرادة وبالتالي لا يمكن مسائلته جنائياً، بينما يسأل الفرد المرتكب للجريمة، أما أصحاب الرأي الثالث يرون ضرورة مسائلة الدولة والفرد معاً لأن الأفراد يرتكبون الجرائم الدولية لحساب دولهم ولا يزال هذا النقاش الفقهي مطروح رغم أن القضاء الجنائي الدولي فصل بصفة نهائية في الموضوع بتحميل الأفراد الطبيعيين المسؤولية الجنائية الدولية عن الجرائم المرتكبة من طرفهم بموجب محاكمات الحرب العالمية الأولى وتحميل غليوم الثاني ذلك من طرف محكمة فرساي، وأكدت ذلك محاكمات الحرب العالمية الثانية بموجب النظام الأساسي لمحكمة نورمبرغ وطوكيو.

¹ - أنظر الفقرة "ب" من المادة 25، المرجع السابق، والصفحة.

² - أنظر المادة 04 من المادة 25 نفس المرجع، ص 542.

³ - أنظر المادة 27 من نظام روما، نفس المرجع ونفس الصفحة.

⁴ - أنظر المادة 27 من نظام روما، المرجع السابق، ونفس الصفحة.

وواصل مجلس الأمن الدولي على هذا النهج بتجميل الأفراد الطبيعيين المسؤولة الجنائية الدولية عن الجرائم المرتكبة من طرفهم، حيث جاء في قراره 93/808 القاضي بإنشاء محكمة يوغسلافيا لمحاكمة الأشخاص المسؤولين عن الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني في أراضي يوغسلافيا السابقة، وأكدت المسائلة الجزائية الشخصية المادة الأولى من النظام الأساسي لمحكمة يوغسلافيا. ولم يختلف قرار مجلس الأمن رقم 94/955 القاضي بإنشاء محكمة رواندا بضرورة محاكمة الأشخاص المرتكبين للجرائم الدولية في رواندا.

وأكدت المادة الأولى من النظام الأساسي للمحكمة على مبدأ المسؤولية الجنائية الدولية للأفراد المرتكبين لجرائم دولية في النزاع الرواندي، ولم يختلف واضعو نظام روما الأساسي مع هذا المبدأ إذ نصت على ذلك صراحة المادة الخامسة والعشرون من النظام على معاقبة كل الأشخاص الطبيعيين الذين ساهموا أو شرعوا أو حرضوا أو ساعدوا على ارتكاب جرائم دولية تدخل في اختصاص المحكمة، ولا تعفيهم صفتهم من ذلك مهما كانت مسؤولياتهم. وأثبت الواقع العملي للقضاء الجنائي الدولي ذلك إذ أوقفت محكمة يوغسلافيا رئيس دولة لا يزال يمارس مهامه وهو السفاح سلوبودان ميلوزوفيتش الذي توفي في السجن، كما أصدرت المحكمة الجنائية الدولية أوامر بالقبض ضد الرئيس السوداني عمر البشير وهو يمارس مهامه.

قائمة المراجع :

- 1 - محمد عبد المنعم عبد الغني، الجرائم الدولية، دراسة في القانون الدولي الجنائي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، طبعة 2007.
- 2 - سامي محمد عبد العال، الجزاءات الجنائية في القانون الدولي العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2015.
- 3 - علي جميل حرب، نظام الجزاء الدولي، العقوبات الدولية ضد الدور والأفراد، الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة 2010.
- 4 - عبد الواحد محمد الفار، الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها، دار النهضة العربية، القاهرة 1997.
- 5 - أنظر إبراهيم الدراجي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى 2005 .
- 6 - أحمد بشارة موسى، المسؤولية الجنائية الدولية للفرد، دار هومة الجزائر، طبعة 209.
- 7 - يتوجي سامية، المسؤولية الجنائية الدولية عن انتهاكات القانون الدولي الإنساني، دار هومة الجزائري، بدون تاريخ.
- 8 - أحمد سيف الدين، الاتجاهات الحديثة للقضاء الدولي الجزائي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى.
- 9 - علي عبد القادر القهوجي، القانون الدولي الجنائي، منشورات الحلبي، بيروت، الطبعة الأولى 2001.
- 10 - حيدر عبد الرزاق حميد، تطور القضاء الدولي الجنائي من المحاكم المؤقتة إلى المحاكم الجنائية الدولية الدائمة، دار الكتب القانوني، مصر 2008.
- 11 - بدر الدين محمد الشبل، الحماية الدولية الجنائية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2011.
- 12 - عبد القادر البقيرات، العدالة الجنائية الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2005.
- 13 - زياد عيتاني، المحكمة الجنائية الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى 2008.

النظام القانوني لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني في الجزائر

أ. آمال بوبكر

ماجستير دولة ومؤسسات "في إطار مدرسة الدكتوراه

أستاذة متعاقدة في كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة خميس مليانة

boubekeuramel9@gmail.com

ملخص: لاشك أن الثقة والأمان الذي يبحث عنه المتعاملين عبر الشبكة العنكبوتية يأتيان في مقدمة الضمانات التي يتعين توافرها لازدهار التعاملات الإلكترونية وذلك لأن هذه التعاملات تتم عن بعد بين أشخاص لا يلتقون بشكل مادي وإنما بشكل افتراضي ومثل هذا الوضع يتطلب توفير الضمانات الكفيلة بتحديد هوية المتعاملين، فالمتعاقد مفترض والسلعة مفترضة وأساليب التعامل وكيفية تقوم على الافتراض فهو عالم لا يعرف الحدود فكان من الطبيعي أن يعرف أزمة ثقة، من أجل بث الثقة والأمان لدى المتعاقدين عبر شبكة الأنترنت استلزم الأمر وجود طرف محايد موثوق به وذلك لتأكيد صدور الإرادة التعاقدية ممن تنسب إليه والتأكد من جدية هذه الإرادة وبعدها عن الغش والاحتيال .

Summary: There is no doubt that the confidence and security sought by the customers through the Internet are the first guarantees to be available for the prosperity of electronic transactions because these transactions are conducted remotely between people do not meet materially but by default and such a situation requires the provision of guarantees to identify the dealers, The contractor is presumed and the commodity assumed and the methods of dealing are based on the assumption that it is a world that knows no boundaries. It was natural to know a crisis of confidence. In order to instill trust and confidence in the contractors through the internet, it was necessary to have a reliable neutral party Contractual birth of those attributed to him and make sure this serious will and then for fraud.

الكلمات المفتاحية: التصديق الإلكتروني، التوقيع الإلكتروني، المعاملات الإلكترونية، مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني.

تحتل المعاملات الالكترونية بأهمية قصوى ويبقى الهاجس الأبرز في هذا النوع من المعاملات هو افتقارها لعنصري الأمان والثقة، ونظرا لأهمية المعاملات الالكترونية وتشجيعها وبث الثقة فيها فقد ستلزم وجود طرف محايد موثوق يقوم بالتأكد من صحة صدور الإرادة التعاقدية مما ينسب إليه خاصة وأن التعامل الالكتروني يتم من خلال شبكة مفتوحة مثل الأنترنت، حيث يجهل المستعمل من يقف وراء المستعمل من وراء جهاز الكمبيوتر ولم تعود المنظومات العمومية للتشفير وحدها كافية، ولذلك فالاستعانة بمقدمي خدمات التصديق الالكتروني بات ضرورة ملحة فما شك فيه أن الثقة والأمان من أهم الضمانات التي تساهم في توفير بيئة سليمة لازدهار المعاملات الالكترونية الأمر الذي يفرض تدخل طرف محايد ثالث للتعريف وتحديد هوية المتعاقدين تحديدا دقيقا تمكن المتعامل من الاعتماد عليها في تعاملاته، ونعني بالطرف المحايد هنا حسب المشرع الجزائري مؤدي خدمات التصديق الالكتروني حيث يعتبر تدخله في المعاملات الالكترونية ذا أهمية كبيرة بما كان لمرور العلاقة التعاقدية في جو من الثقة والأمان ولا يتوقف دور هذه الجهة المحايدة أو ما يعرف بمؤدي خدمات التصديق الالكتروني عند هذا الحد، وإنما يزيد إلى تسجيل وإصدار ومنح وإلغاء ونشر وحفظ شهادات التصديق الالكتروني لذا خصص المشرع الجزائري قسما كاملا لتنظيمه، ونتيجة هذا العنصر في المعاملات الالكترونية كما رأينا كان لزاما وجود آلية تضمن العمل الحسن لمؤدي خدمات التصديق الالكتروني ووجود منافسة فعلية ونزهة بينهم.

وعليه نتساءل عن مدى اعتبار استحداث مؤدي خدمات التصديق الالكتروني سيمكن من تحقيق الثقة والامان في المعاملات الالكترونية؟ وللإجابة على هذه الاشكالية قمت بتقسيم بحثي الى عدة محاور بحيث تناولت في المحور الاول التعريف بمؤدي خدمات التصديق الالكتروني و الشروط الواجب توافرها فيه لتأدية خدمات التصديق الالكتروني كما اوضحت في المحور الثاني مختلف الالتزامات الواقعة على عاتقه وفي المحو الثالث تناولت مسؤوليته جراء اخلاله بالتزاماته ومتى تقوم هذه المسؤولية والحالات التي تسقط فيها.

❖ المحور الأول: التعريف بمؤدي خدمات التصديق الالكتروني

1/ المقصود بمؤدي خدمات التصديق الالكتروني: بغرض استخدام التوقيع والتصديق الالكترونيين بطريق آمن وموثوق تدخل شخص ثالث يسمى مؤدي خدمات التصديق الالكتروني لإعطاء التوقيع والتصديق فعاليته العاملة.

ويكون الطرف الثالث (مؤدي خدمات التصديق الالكتروني) عبارة عن هيئة أو جهة حكومية عامة أو خاصة تصدر شهادات الكترونية تثبت هوية الأشخاص المستخدمين لهذا التوقيع الالكتروني ويتتبع التغيرات والأخطاء التي تحدث في السجل الالكتروني بعد إنشائه¹. وقد اختلفت المسميات التي أطلقت على جهات التوثيق أو مؤدي خدمات التصديق الالكتروني وذلك باختلاف النظم القانونية فهي تسمى وفقا لقانون الأونسترال النموذجي الخاص بالتوقيع الالكتروني بـ "مؤدي خدمات التصديق" ووفقا للتوجيه الأوروبي رقم 93 لسنة 1993 تسمى بـ "مقدمي خدمة التصديق" وبالنسبة لقانون التجارة والمبادلات الالكترونية التونسي تسمى مقدم "خدمة التصديق الالكتروني"، أما بالنسبة للمشرع المغربي فقد أطلق عليهم اسم "مؤدي خدمات التصديق الالكتروني" وبالنسبة للمشرع الفرنسي فقد أطلق عليه اسم "المكلف بخدمة التوثيق الالكتروني". وقد أطلق المشرع الجزائري عليه تسمية "مؤدي خدمات التصديق الالكتروني"، ومن خلال ما سبق فقد اهتمت معظم التشريعات بتنظيم مؤدي خدمات التصديق الالكتروني ومسارة لهذا التقدم المتسارع فقد انفرد المشرع الجزائري بفصل كامل (الفصل الثالث) تحت عنوان "النظام القانوني لتأدية خدمات التصديق الالكتروني".

¹ - نادية ياس البياني، التوقيع الالكتروني عبر الأنترنت ومدى حججه في الإثبات، دراسة قانونية، دار الجامعة الجديدة، مصر 2010 ص 260.

وقد عرفه المشرع الجزائري بأنه "شخص طبيعي أو معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق الكتروني موصوفة وقد يقدم خدمات أخرى في مجال التصديق الالكتروني".¹

وعرفه قانون الأونسترال النموذجي بأنه: "الشخص الذي يصدر الشهادات ويجوز أن يقدم خدمات أخرى ذات الصلة بالتوقيعات الالكترونية".²

وقد عرفه أيضا التوجيه الأوروبي على أنه الشخص الطبيعي أو الكيان القانوني الذي يصدر الشهادات أو يوفر الخدمات الأخرى المتعلقة بالتوقيعات الالكترونية³، أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد عرفه على أنه "كل شخص يصدر شهادات الكترونية أو يقدم خدمات أخرى متعلقة بالتوقيع الالكتروني".⁴

وقد عرفه جانب من الفقه القانوني بأنه "هيئة عامة أو خاصة تسعى إلى ملء الحاجة الملحة لوجود طرف ثالث موثوق به يقدم خدمات أمنية في التجارة الالكترونية من خلال إصدار شهادات تثبت صحة حقيقية معينة متعلقة بموضوع التبادل الالكتروني لتوثيق هوية الأشخاص مستخدمين التوقيع الرقمي وكذلك نسبة المفتاح العام المستخدم إلى صاحبه، وبعضهم عرفها بأنها "هيئة أو مؤسسة عامة أو خاصة تصدر شهادات الكترونية تكون بمثابة سجل الكتروني يؤمن التوقيع الالكتروني ويحدد هوية الموقع ونسبة المفتاح العام إليه".⁵

وعرفه آخر بأنه "شخص ثالث يكون في الغالب جهة عامة أو خاصة، تصدر شهادات الكترونية عن طريق سجل الكتروني يحتوي على معلومات توضيحية للخصوم ومنها اسم المستخدم وطالب الشهادة واسم سلطة المصادقة وتاريخ صلاحية الشهادة الممنوحة"⁶، و يلاحظ على ما ورد ذكره من تعريفات أن معظم التشريعات ركزت في تحديدها لمفهوم جهات التوثيق على بيان الوظيفة الأساسية لهذه الجهات والمتعلقة بإصدار شهادات التوثيق الالكتروني، بالإضافة لتقديم أي خدمات أخرى ذات صلة بالتوقيع الالكتروني، بناء على ذلك يمكن أن نعرف جهة التوثيق الالكتروني بأنها "عبارة عن جهة أو طرف ثالث محايد وموثوق بها، يخضع لإشراف الدولة ورقابته يقوم بدور الوسيط الالكتروني عن طريق إصدار شهادات توثيق الكترونية تؤكد صحة البيانات والمعلومات الواردة بها، بالإضافة إلى أي خدمات أخرى تتعلق بالتوقيع الالكتروني"

2- شروط تأدية خدمات التصديق الالكتروني: لابد من توافر شروط معينة بكل شخص طبيعي أو معنوي يرغب بمزاولة نشاط التصديق على التوقيع الالكتروني، وذلك لتحقيق مدى معين من الأمان والثقة في التوقيع الالكتروني، وهذه الشروط منها فنية ومنها شخصية، كما أن هناك إجراءات معينة لابد من إتباعها للحصول على ترخيص مزاولة نشاط التصديق.

¹ - المادة 02 ف 12 من القانون 04-15، المؤرخ في 01 فيفري، 2015 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، ج ر عدد 2015، 16.

² - المادة 02 من قانون الأونسترال النموذجي، بشأن التوقيعات الالكترونية الصادرة عن لجنة الامم المتحدة في دورتها 34، بتاريخ 05 جويلية 2001.

³ - المادة 02 من قانون التوجيه الأوروبي رقم 93/1999 حول التوقيع الالكتروني وتسهيل استخدامه، الصادر عن البرلمان الاوروي في 13 ديسمبر 1999.

⁴ - المادة 01 ف 11 من المرسوم الفرنسي رقم 272/2001 الصادر في 30 مارس 2001.

⁵ - نادية ياس البياني، التوقيع الالكتروني عبر الأنترنت، مرجع سابق، ص 262.

⁶ - باسيل يوسف، الجوانب القانونية لعقود التجارة الالكترونية عبر الحواسيب وشبكة الأنترنت والبريد الالكتروني، مجلة دراسات قانونية، بغداد 2000، العدد 04، ص 26.

أ- شروط ممارسة خدمة التصديق الإلكتروني: لقد فرض المشرع الجزائري عدة شروط على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني ونلاحظ أنه قد حدد شروط الترخيص دون الإحالة على التنظيم في القانون 15-04.

*شروط شخصية: حسب المادة 34 من القانون 15-04 فحتى يتسنى لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني لتقديم خدماتهم اشترط المشرع وجود ترخيص، كما اشترط على كل طالب ترخيص لتأدية خدمة التصديق الإلكتروني أن يستوفي الشروط الآتية:

- أن يكون خاضعا للقانون الجزائري للشخص المعنوي أو الجنسية الجزائرية للشخص الطبيعي، وما يلاحظ أن المشرع بالنسبة للشخص المعنوي اشترط خضوعه للقانون الجزائري وبذلك حتى الاجانب الذين يقبلون الخضوع للقانون الجزائري يمكنهم الدخول لممارسة هذا النشاط، والخضوع للقانون الجزائري لا يعني التمتع بالجنسية الجزائرية ولا يشترط المشرع تمتع الشخص المعنوي بالجنسية الجزائرية .

- أن يتمتع بقدرة مالية عالية.

- أن يتمتع بمؤهلات وخبرة ثابتة في ميدان تكنولوجيا الإعلام والاتصال للشخص الطبيعي أو المسير للشخص المعنوي.

- أن لا يكون قد سبق الحكم عليه في جناية او جنحة تتنافى مع نشاط تأدية خدمات التصديق الإلكتروني .

بالإضافة إلى هذه الشروط فقد اشترط المشرع شهادة التأهيل قبل الحصول على الترخيص لمدة سنة واحدة قابلة للتجديد مرة واحدة وتمنح لكل شخص طبيعي أو معنوي لتهيئة كل الوسائل اللازمة لتأدية خدمات التصديق الإلكتروني، وعلى عكس بعض القوانين كالقانون المعاملات التونسي فإنه يشترط أن يكون طالب الترخيص مقيم في البلاد التونسية فإن المشرع الجزائري لا يشترط هذا، ويرفق الترخيص بدفتر شروط يحدد شروط وكيفيات تأدية خدمات التصديق الإلكتروني وكذا توقيع شهادة التصديق الإلكتروني الخاصة بمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني من طرف السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني .

*شروط فنية: المشرع الجزائري لم يحدد الشروط الفنية، وعليه نفترض أن السلطة الاقتصادية حينما تقوم بإعداد سياستها فإنها تقوم بوضع الاشتراطات الفنية لمنظومة التوقيع الإلكتروني، وهذا يعني وضع الشروط والمواصفات وطريقة تقديم الخدمة وسبل التأمين حتى يصبح التوقيع مطابقا ومميزا لشخص صاحبه حفاظا على الحقوق ومنعا لتقليد أو تزوير وما يترتب على ذلك من آثار قانونية تؤدي إلى التأثير سلبا على المراكز القانونية للأفراد.

وبالرجوع إلى قانون التوقيع الإلكتروني المصري نجد أنه أحال إلى اللائحة التنفيذية لهذا القانون أمر تحديد الشروط التي يجب توافرها في جهة التصديق، وبالرجوع إلى اللائحة نجد أن هذه الشروط هي :

-متطلبات تقنية: نظام تأمين للمعلومات وحماية البيانات: هذا الشرط يعني أن يتوافر لدى طالب الترخيص لإصدار شهادة المصادقة الإلكترونية نظام لتأمين المعلومات وحماية البيانات وهذا الشرط ضروري لأن المحافظة على سرية المعلومات الشخصية للمتعاملين معها يؤدي إلى توفير الأمان لهم ويشجع على ازدهار المعاملات الإلكترونية.

إستخدام خبراء ومتخصصين: بحيث يجب أن يتوافر بطالب الترخيص متخصصون من ذوي الخبرة، وأن يكونوا حاصلين على المؤهلات العلمية الضرورية ليستطيعوا ممارسة عملهم، وهذا الشرط ضروري لأن إجراء هذه المعاملات عبر الأنترنت يحتاج إلى المتخصصين الذين تتوافر لديهم التقنية اللازمة والمعرفة للقيام بإجراء هذه المعاملات وبطريقة توفر الثقة لدى أطراف المعاملة الإلكترونية.

-المتطلبات المتعلقة بإصدار شهادة التصديق الإلكتروني:

- القدرة على التحقق من هوية الأشخاص المصدر لهم شهادة التصديق الإلكتروني والتحقق من صفاتهم المميزة، وذلك من خلال وجود نظام خاص لجهة التصديق يساعدها على تحقيق هذا الهدف، فجهة التصديق عندما تبرم عقد مع صاحب المفتاح العام والخاص لإصدار شهادة تصديق فإنها تضمن المفتاح العام له وتتأكد من هوية هذا الشخص.
- التأكد من صحة البيانات الموجودة بشهادة التصديق وأن تتخذ الاحتياطات اللازمة لمنع تزويرها.
- أن تقوم جهة التصديق بإنشاء دليل بالشهادات التي تقوم بإصدارها وأن يكون متاحا للجميع فرصة الإطلاع على هذا الدليل.
- وجود نظام حفظ الكتروني لشهادات التصديق الإلكتروني ولكل المعلومات المتعلقة بها.
- أن يكون لدى الهيئة نظام قادر على إيقاف الشهادة وتعليق العمل بها عند الحاجة.

-المتطلبات المتعلقة ببيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني: وتمثل هذه المتطلبات في:

- أن يكون لدى جهة التصديق منظومة تكوين بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني مؤمنة، أي بالنسبة للمفتاح الخاص مثلا يجب أن يكون مؤمنا بدرجة عالية من السرية، بحيث لا يطلع عليه غير صاحبه كما أن بيانات إنشاء التوقيع تكون مؤمنة إذا كانت الوسيلة المستخدمة في إنشاء التوقيع الإلكتروني تحت سيطرة الموقع وحده، أي أن يرتبط بالموقع دون سواه.
- أن يكون مصمما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني، وأن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصة به، بحيث يمكن الكشف عن التغيرات اللاحقة بهذه البيانات .

وبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني تكون مؤمنة إذا توفرت الشروط التالية:

-يجب أن تضمن بواسطة البيانات المستخدمة لإنشاء التوقيع الإلكتروني إلا مرة واحدة وأن يتم ضمان سريتها بكل الوسائل التقنية المتوفرة وقت الاعتماد.

-أن لا يمكن إيجاد البيانات المستعملة لإنشاء التوقيع الإلكتروني عن طريق الاستنتاج وأن يكون هذا التوقيع محميا من أي تزوير عن طريق الوسائل التقنية وقت الاعتماد.

-أن تكون البيانات المستعملة لإنشاء التوقيع الإلكتروني محمية بصفة موثوقة من طرف الموثق الشرعي، يجب أن لا تعدل البيانات محل التوقيع وأن لا تمنع أن تعرض هذه البيانات على الموقع قبل عملية التوقيع، بالإضافة إلى هذه الشروط فقد اشترط المشرع الجزائري أن يرفق الترخيص بدفتر شروط يحدد شروط وكيفيات تأدية خدمات التصديق الإلكتروني، وكذا توقيع شهادة التصديق الإلكتروني الخاصة بمؤدي الخدمات من طرف السلطة الاقتصادية . كما يخضع الترخيص لدفع مقابل مالي يحدد مبلغه عن طريق التنظيم .ويمنح الترخيص لمدة 05 سنوات ويتم تجديده عند انتهاء صلاحيته وفقا للشروط المحددة في دفتر الأعباء الذي يحدد شروط وكيفيات تأدية خدمات التصديق الإلكتروني.

❖ المحور الثاني: التزامات مؤدي خدمات التصديق الالكتروني

تعددت التشريعات التي نظمت عمل مؤدي خدمات التصديق الالكتروني والشهادات الصادرة عنها وعلى الرغم من تعدد التشريعات إلا أنها اختلفت فيما يتعلق بالالتزامات التي يجب على هذه الجهة التقيد بها من تشريع لآخر، إلا أنه توجد التزامات عامة مشتركة متفق عليها بين مختلف هذه التشريعات، وعليه سنحاول تبيان هذه الالتزامات مع التركيز على الالتزامات التي جاء بها المشرع الجزائري.

1- ضرورة الحصول على ترخيص من السلطة الاقتصادية للتصديق الالكتروني: بالرجوع إلى القانون رقم 15-04 يتبين أنه يجب على مؤدي خدمات التصديق أن تقوم بالحصول على الترخيص اللازم من السلطة الاقتصادية قبل أن تبدأ بممارسة عمله.

ولقد نصت المادة 02 من قانون التوجيه الأوروبي على نظام التراخيص الاختياري الصادر لتحديد الحقوق والالتزامات الخاصة بتوريد خدمة التوثيق بواسطة هيئة عامة أو خاصة يعهد إليها بتحديد هذه الحقوق والالتزامات للتأكد من احترامها ومراقبتها، إذا كان مقدم خدمة التصديق غير مؤهل بمراعاة الحقوق المحددة في التراخيص وبناء على ذلك فإن الدول المختلفة أن تنظم وفق قوانينها السماح لجهات عامة أو خاصة بالتراخيص لمزاولة نشاط اعتماد التوقيعات الالكترونية وإصدار شهادات تنفيذ استيفاء التوقيع الالكتروني للعناصر التي توفر الثقة وتضمن ارتباطه بشخص صاحبه وارتباطه بالمحرر وتأمينه ضد أي تغيير أو تصديق، ويلاحظ أن المشرع عندما يمنح تلك الجهات التراخيص المنصوص عليها فإن ذلك يكون في إطار تفويض منها لممارسة مهنة خاصة بها وتقوم بالرقابة عليها وتعهد إليها بالحقوق والالتزامات

ويلاحظ أن هناك اتجاهين في مسألة ضرورة حصول الجهة المختصة بالتصديق على التوقيع الالكتروني على ترخيص قبل مزاولتها لعملها وهما اتجاهان:

• الاتجاه الأول: يرى ضرورة حصول جهة التصديق على ترخيص من قبل الدولة قبل مزاولة عملها.

• الاتجاه الثاني: لا يشترط حصول جهة التصديق على ترخيص قبل مزاولتها عملها.

وقد أخذ المشرع الجزائري من خلال القانون المنظم للتوقيع والتصديق الالكتروني بالاتجاه الأول فاشترط على مؤدي خدمات التصديق الالكتروني ضرورة الحصول على ترخيص بذلك من أجل ضمان درجة عالية من الثقة في الشهادات الالكترونية الصادرة عنها وعدم ترك فرصة لأية جهة للقيام بأعمال الاحتيال وإصدار شهادات توثيق مزورة، أما قانون الأونسترال النموذجي فقد جاء عكس القانون الجزائري ومعظم القوانين العربية مصر، تونس، والمغرب أخذ بالاتجاه الثاني فلم يشترط حصول جهة التصديق على التوقيع الالكتروني على ترخيص قبل مزاولتها لعملها بل اكتفى بتحديد العوامل التي يجب توافرها بجهة التصديق لتصبح جديرة بالثقة ومن هذه العوامل:

-الموارد المالية والبشرية.

-وجود نظم ومعدات البرمجيات.

-إجراءات تجهيز الشهادات وطلبات الحصول عليها والاحتفاظ بالسجلات.

-إتاحة المعلومات للموقعين المعنية هويتهم بالشهادات والأطراف المعولة.

-انتظام الحسابات ومدى مراجعتها من هيئة مستقلة.

-وجود إعلان من الهيئة عن توفر الخدمات السابقة .

ونحن نرى أنه من الأفضل أن تشترط القوانين ضرورة حصول جهة التصديق على ترخيص قبل ممارستها لعملها وذلك حفاظا على مصالح المتعاملين الكترونيا، لأن اشتراط الترخيص يضفي نوع من الثقة والأمان على عمل هذه الجهات .

2- الالتزام بالتحقق من صحة البيانات المقدمة: يلتزم مؤدي خدمات التصديق الالكتروني بالتحقق من صحة البيانات المقدمة من الأشخاص المصدر لهم شهادات توثيق وصفاتهم المميزة والتي تمت المصادقة عليها وتضمينها في الشهادة، ويعتبر هذا الالتزام أكثر الالتزامات دقة وصعوبة بالنسبة لعمل مؤدي خدمات التصديق الالكتروني وهو يحتاج إلى كادر وظيفي وفي ملائم ومتخصص من ذوي الخبرة للتحقق من البيانات المقدمة وأهلية الشخص الصادر له الشهادة بالتعاقد.¹

ونظرا لخطورة هذا الالتزام وما يترتب عليه من آثار سلبية على التجارة الالكترونية في حالة الاخلال به، فإن جهة التوثيق تلتزم بالتعويض في حالة تضمين الشهادة بيانات غير صحيحة مادام المتعامل ليس له وسيلة ليتيقن من صحة المعلومات والبيانات الواردة في شهادة التوثيق الالكتروني.²

لذا فإن الجهة التي تصدر هذه الشهادة يجب أن تورد بها بيانات صحيحة، وعادة تعتمد جهة التصديق في كتابة بيانات على الوثائق المقدمة لها من ذوي الشأن إما بطريق البريد العادي وإما عن طريق شبكة الأنترنت، وفي بعض الأحيان تتطلب بعض الشهادات الحضور الشخصي للعميل أمام الجهة التي تصدرها.³

أ- ضمان صحة المعلومات: فما يقع على عاتق مؤدي خدمات التصديق الالكتروني هو العمل على حفظ الشهادة الصادرة عنه في بنوك المعلومات الخاصة به بذلك من أجل تمكين المتعاملين الذين يريدون التحقق من صحة التوقيع الالكتروني ومن هوية مراسلها للدخول إلى هذه البنوك والإطلاع على شهادة التصديق العائدة إلى مراسلهم، وهذا ما جاء به المشرع الجزائري من خلال نصه على أنه لا يمكن لمؤدي خدمات التصديق الالكتروني أن يجمع إلا البيانات الشخصية الضرورية لمنح وحفظ شهادة التصديق الالكتروني.

وفيما يخص الاشخاص المعنوية يحتفظ مؤدي خدمات التصديق الالكتروني بسجل يدون فيه هوية الشخص الطبيعي عند كل استعمال.⁴، وبالتالي فإن مؤدي خدمات التصديق الالكتروني مطالب بضمان صحة المعلومات الواردة في تلك الشهادة.

ب- ضمان كفاية المعلومات المصادقة: يلتزم مؤدي خدمات التصديق الالكتروني بالتأكد من جميع المعلومات الأساسية المطلوبة قانونا في شهادة التصديق الالكتروني ولا يجوز له إصدار شهادة التصديق الالكتروني إلا بعد الحصول على المعلومات المصادق عليها، وهذا ما

¹ - عبير ميخائيل، النظام القانوني لجهات توثيق التوقيع الالكتروني، دار وائل للنشر، أردن، 2010، ص 76.

² - عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الالكترونية وحماتها القانونية، نظم التجارة الالكترونية وحماتها قانونيا دار الفكر الجامعي الاسكندرية، 2004، ص 17.

³ - زيد حمزة المقدم، النظام القانوني للتوثيق الالكتروني، دراسة مقارنة، مجلة الشريعة والقانون والدراسات الاسلامية، العدد 24، 2014، ص 136.

⁴ - المادة 43-44 من القانون 04-15 مرجع سابق.

جاءت به المادة 44 من القانون 15-04 بنصها على "يجب على مؤدي خدمات التصديق الالكتروني قبل منح شهادة التصديق الالكتروني أن يتحقق من تكامل بيانات الإنشاء مع بيانات التحقق من التوقيع".

ج- ضمان تعديل المعلومات المصادق عليها: يقع على عاتق مؤدي خدمات التصديق الالكتروني المحافظة على صحة المعلومات المصادق عليها عن طريق تعديلها ولو اقتضى الأمر بشكل يومي وعليه أن يضع بنوك معلومات المتضمنة شهادات التصديق الالكتروني الصادرة عنه تحت تصرف المتعاملين، وعليه إصدار تاريخ الشهادات وتاريخ الإنتهاء أو وقف مفعولها أو إلغائها ويجب عليه أن يجتنب من الدخول غير المشروع إلى بنوك المعلومات والتلاعب بها.

3- إلتزام مؤدي خدمات التصديق الالكتروني بإلغاء شهادة التصديق الالكترونية: وهذا التزام آخر أوجبه المشرع الجزائري على مؤدي خدمات التصديق الالكتروني أثناء تأدية خدماته، فالإخلال بهذا الإلتزام قد تترتب عليه آثار خطيرة عقد صفقات أو إجراء تحويلات نقدية أو سحب أموال أو إصدار أوامر شراء أو بيع بشهادات الكترونية غير صحيحة أو مشكوك فيها، وقد حدد المشرع الجزائري الحالات التي يجب على مؤدي خدمات التصديق الالكتروني أو يلغي شهادة التصديق الالكتروني إن توافرت وهي:

أ- إلغاء الشهادة بناء على طلب صاحبها: إن شهادة التوثيق تصدر بناء على إرادة العميل الذي قدم طلب إصدارها، وبالتالي يكون له الحق دون غيره أن يطلب إلغاء الشهادة وتتعدد الأسباب التي قد تدفعه إلى مثل هذا الطلب، فقد يتم العدول عن الصفقة التي طلب إصدار الشهادة بشأنها أو إطلاع الغير على منظومة تشغيل التوقيع الالكتروني أو يفقد مفتاحه الخاص وغير ذلك من الأسباب وإن تعلق بما حق الغير فإن هذا الغير لا يملك أن يطلب إلغاء الشهادة وإنما يقتصر حقه على الرجوع على صاحب الشهادة بالتعويض.¹

وقد نص المشرع الجزائري على أن مؤدي خدمات التصديق الالكتروني يلغي شهادة التصديق الالكتروني في الآجال المحددة في سياسة التصديق بناء على طلب صاحب شهادة التصديق الالكتروني.²

ب- إلغاء الشهادة بسبب وفاة الشخص الطبيعي أو انحلال الشخص المعنوي: إن الشهادة الالكترونية من الأوراق اللصيقة بصاحبها شأنها شأن جواز السفر أو الهوية الشخصية وهي تقوم على الاعتبار الشخصي لصاحبها، ذلك أن التوقيع الالكتروني الذي تتضمنه يصدر باسم شخص طبيعي سواء بصفته الأصلية أو بصفته ممثلاً للشخص المعنوي، فإذا توفي الشخص الطبيعي أو انقضى الشخص المعنوي لأي سبب من الأسباب كحله أو إفلاسه أو دمج مع غيره هنا يصبح التوقيع المتضمن في الشهادة دون قيمة ولا يحق لأحد أن يستخدمه، كذلك في حالة أن طرأ على الشخص الطبيعي ما يفقده أهليته³، وقد نص المشرع على أنه يلغي مؤدي خدمات التصديق الالكتروني شهادة التصديق الالكتروني إذ تم إعلامه بوفاة الشخص الطبيعي أو بحل الشخص المعنوي صاحب شهادة التصديق الالكتروني.

ج- أن تكون الشهادة منحت بناء على معلومات خاطئة أو مزورة: وهناك فرق كبير بين المعلومات المغلوطة وتلك المزيفة، فالمعلومات المغلوطة صحيحة ولكن تخص شخص آخر كأن يقوم مؤدي خدمات التصديق الالكتروني بتسليم الشهادة إلى شخص له ذات الاسم الثلاثي ذاته لصاحب الشهادة الأصلي، وهنا الإلتزام الملقى على عاتق مؤدي خدمات التصديق هي إلغاء الشهادة من تلقاء نفسه بمجرد علمه بالخطأ الحاصل لخطورة النتائج المترتبة، أما المعلومات المزيفة فهي معلومات غير صحيحة تصدر شهادة التصديق الالكتروني بناء

¹ - زيد حمزة مقدم، النظام القانوني للتوثيق الالكتروني، مرجع سابق، ص 142.

² - المادة 45 ف1 من القانون 15-04.

³ - حجازي، النظام القانوني للتجارة الالكترونية، مرجع سابق، ص 182.

عليها كأن يقوم أحد الأشخاص بتزوير بطاقته الشخصية أو العائلية أو شهادة ميلاده أو جواز سفره، إن الشهادة الصادرة بناء على معلومات مزيفة شهادة مزورة ويعرض صاحب الشهادة للمساءلة المدنية والجزائية.¹

ويتم إلغاء الشهادة كذلك إذا أصبحت المعلومات الواردة فيها غير مطابقة للواقع أو إذا تم انتهاك سرية بيانات إنشاء التوقيع أو أنها لم تصبح مطابقة لسياسة التصديق.²

4- إلزام مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني بمنح شهادة التصديق الإلكتروني:³ بالرجوع إلى القانون رقم 04-15 فإنه يتبين أنه يقع على عاتق مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني أن تقوم بإصدار شهادات التصديق الإلكترونية، فالمرسل إليه بعد أن يتأكد من أن صاحب المفتاح العام هو الذي قام بتشفير الرسالة الإلكترونية وذلك عن طريق مفتاحه الخاص المرتبط بالمفتاح العام فإنه يلجأ إلى مؤدي خدمات التصديق (جهة التصديق) ويعطيها نسخة عن المفتاح العام، ليتمكن من معرفة صاحب هذا المفتاح، وهنا يأتي دور جهة التصديق في إصدار شهادة التصديق التي تحدد بدورها هوية صاحب المفتاح العام، وتؤكد الارتباط ما بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع وبالتالي تؤكد الارتباط ما بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع، وبالتالي تؤكد هوية المستخدم للتوقيع الإلكتروني، فإذا قام أحد الأطراف بوضع توقيعته الإلكتروني على رسالة البيانات الإلكترونية وضمنت جهة التصديق صحتها فإن ذلك يؤكد صدور التوقيع الإلكتروني عن صاحبه وهذا بدوره يؤدي إلى تحديد الأهلية القانونية للمتعاقدين.⁴ وهكذا يتضح الهدف من الحصول على شهادة التصديق فهي ضمان لعدم إنكار أحد الطرفين لتوقيع الموضوع على الوثيقة المرسله الكترونيا، ودليل على أن الموقع يمتلك مفتاح خاص وهو من قام بالتوقيع.

5- التزام مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني بالسرية: إن الامان والسرية تأتي في مقدمة الضمانات التي يجب توافرها في التعاملات الإلكترونية لدعم الثقة بين المتعاملين بالوسائل الإلكترونية، خاصة وأن معظم المعاملات الإلكترونية تتم بين أشخاص لا يلتقون ولا يعرف بعضهم البعض فإذا لم تتوافر الضمانات الكافية لهؤلاء الأشخاص فإنه يكون من الصعب إقبالهم على إبرام العقود وإتمام الصفقات بالطرق الإلكترونية ولا تتوافر هذه الضمانات إلا بوجود طرف ثالث محايد يضمن صحة المعلومات ويحافظ على سريتها، ومن هنا كان لزاما الحفاظ على السرية من جانب جهات التوثيق الإلكتروني من أخطر الالتزامات الملزمة على عاتقها تجاه صاحب الشهادة الإلكترونية.⁵

وقد نص المشرع الجزائري على هذا الالتزام شأنه في ذلك شأن معظم التشريعات المنظمة لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني.⁶

¹ - زيد حمزة مقدم، النظام القانوني للتوثيق الإلكتروني، مرجع سابق، ص 144.

² - المادة 45 ف3، من القانون 04 15، مرجع سابق.

³ - قنديل سعيد السيد، التوقيع الإلكتروني (ماهيته، صورته، حججه في الإثبات بين التحويل والاقتراس)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص 88.

⁴ - سليمان، إيمان مأمون أحمد، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته (الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 390.

⁵ - زيد حمزة مقدم، النظام القانوني للتوثيق الإلكتروني، مرجع سابق، ص 139.

⁶ - ومن ذلك المشرع الأوروبي في المادة 8/12 من التوجيه الصادر بشأن التوقيعات الإلكترونية ألزم جهات التوثيق بالحفاظ على البيانات ذات الطابع الشخصي بحيث لا يحصل عليها إلا من الشخص نفسه أو برضائه الصريح.

فقد نص على "يجب على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني الحفاظ على سرية البيانات والمعلومات المتعلقة بشهادات التصديق الإلكتروني الممنوحة"¹.

وهذه هي الالتزامات الأساسية وهناك التزامات أخرى إنفرد بها المشرع الجزائري وهي:

- التزام مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني بسياسة التصديق الإلكتروني التي وضعتها السلطة الاقتصادية.
- التزام مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني بمسك سجل الكتروني لشهادات التصديق الإلكتروني.
- حماية المعلومات الشخصية للمتعامل.
- يجب على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني بتبليغ صاحب شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة بإنهاء مدة صلاحيتها في الآجال المحددة في سياسة التصديق.
- يجب على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني إخطار صاحب شهادة التصديق الإلكتروني في حالة إلغائها.
- يتخذ مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني التدابير اللازمة من أجل الرد على طلب الإلغاء ووفقا لسياسة التصديق التي وافقت عليها السلطة الاقتصادية.
- يجب على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني تحويل المعلومات المتعلقة بشهادات التصديق الإلكتروني بعد انتهاء صلاحيتها إلى السلطة الاقتصادية من أجل حفظها.
- يجب على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني تطبيق التعريفات الخاصة بالخدمات الممنوحة وفقا لمبادئ تحديد التعريفات المعتمدة من طرف السلطة الاقتصادية.

❖ المحور الثالث: مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني

إن مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني عند إصداره لشهادة التوثيق (التصديق) الإلكتروني فإنه بذلك يعمل على تأكيد سلامة وصحة المعلومات والبيانات الواردة بهذه الشهادة إضافة إلى تأكيدها لصحة وقانونية التوقيع الإلكتروني المثبت عليها.

وكما نعلم فإن المسؤولية عن الأضرار التي تحدث للغير بصفة عامة هي أحد الموضوعات القانونية ذات الأهمية الخاصة التي تتعرض لها الأنظمة القانونية وتضع لها قواعد عامة تحكمها، وقد تنبه المشرع الجزائري إلى هذا وقام بتنظيم مسؤولية مؤدي خدمات التصديق إلى جانب القواعد العامة التي تحكمها.

1- الحالات التي تقوم فيها مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني: لقد نص المشرع الجزائري من خلال المادة 52 "على أن يكون مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني الذي سلم شهادة تصديق الكتروني موصوفة مسؤولا عن الضرر الذي يلحق بأية هيئة أو شخص طبيعي أو معنوي اعتمد على شهادة التصديق الإلكتروني هذه وذلك فيما يخص:

أ- صحة جميع البيانات الواردة في شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة في التاريخ الذي منحت فيه ووجود جميع البيانات الواجب توافرها في شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة ضمن هذه الشهادة.

¹ - المادة 42 من القانون 15-04 مرجع سابق.

ب- التأكد عند منح شهادة التصديق الالكتروني أن الموقع الذي تم تحديد هويته في شهادة التصديق الالكتروني الموصوفة يجوز كل بيانات إنشاء التوقيع الموافقة لبيانات التحقق من التوقيع المقدمة أو المحددة في شهادة التصديق الالكتروني.

ج- التأكد من إمكانية استعمال بيانات إنشاء التوقيع والتحقق منه بصفة متكاملة.¹

كما يكون مؤدي خدمات التصديق الالكتروني الذي سلم شهادة تصديق الكتروني موصوفة مسؤولا عن الضرر الناتج عن عدم إلغاء شهادة التصديق الالكتروني هذه والذي يلحق بأي هيئة أو شخص طبيعي أو معنوي اعتمدوا على تلك الشهادة إلا إذا قدم مؤدي خدمات ما يثبت أنه لم يرتكب أي إهمال.²

2- الحالات التي تسقط فيها مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الالكتروني: يمكن مؤدي خدمات التصديق الالكتروني أن يشير في شهادة التصديق الالكتروني الموصوفة إلى الحدود المفروضة على استعمالها بشرط أن تكون هذه الإشارة واضحة ومفهومة من طرف الغير وفي هذه الحالة لا يكون مؤدي خدمات التصديق الالكتروني مسؤولا عن الضرر الناتج عن استعمال شهادة التصديق الالكتروني الموصوفة عند تجاوز الحدود المفروضة على استعمالها³، يمكن مؤدي خدمات التصديق الالكتروني أن يشير في شهادة التصديق الالكتروني الموصوفة إلى الحد الأقصى لقيمة المعاملات التي يمكن أن تستعمل في حدودها هذه الشهادة بشرط ان تكون هذه الإشارة واضحة ومفهومة من طرف الغير، وفي هذه الحالة لا يكون مؤدي خدمات التصديق الالكتروني مسؤولا عن الضرر الناتج عن تجاوز ذلك الحد الأقصى.

لا يكون مؤدي خدمات التصديق الالكتروني مسؤولا عن الضرر الناتج عن عدم احترام صاحب شهادة التصديق الالكتروني الموصوفة لشروط استعمال بيانات إنشاء التوقيع الالكتروني، ويعتبر صاحب شهادة التصديق الالكتروني فور التوقيع عليها المسؤول الوحيد عن سرية بيانات إنشاء التوقيع، وفي حالة الشك في الحفاظ على سرية بيانات إنشاء التوقيع او في حالة ما إذا أصبحت هذه البيانات غير مطابقة للمعلومات المتضمنة في شهادة التصديق الالكتروني فإنه يجب على صاحب الشهادة أن يعمل على إلغاءها من طرف مؤدي خدمات التصديق الالكتروني ولا يجوز لصاحب شهادة التصديق الالكتروني عند انتهاء صلاحيتها أو عند إلغاءها استعمال بيانات إنشاء التوقيع الموافقة لها من أجل توقيع أو تصديق هذه البيانات نفسها من طرف مؤد آخر لخدمات التصديق الالكتروني.⁴

خاتمة: إن وضع إطار قانوني لمؤدي خدمات التصديق الالكتروني يعتبر احد اهم العناصر التي تدفع وتشجع المتعاقدين في التعاملات الالكترونية مما يزيد من ضمانات الثقة والامان التي يسعى المشرع الى تحقيقه من خلال استحداثه لهذه المؤسسة ليس فقط بموضوع المعاملة ومدى حجيتها وانما كذلك في التأكد من هوية الاطراف، حيث ان ضمان تحقيق اعلى مستوى من الامن و الخصوصية للمتعاملين عبر شبكة الانترنت يتحقق بتواجد وتنظيم مهام مؤدي خدمات التصديق الالكتروني كما انه يمكن من تحديد هوية الشخص المتعامل عبر شبكة الانترنت وهذا ما جعل من التوقيع والتصديق الالكترونيين يلعبان دورا مهما في ضمان الثقة والامان في التعاملات الالكترونية، واخيرا لا بد من تهيئة البيئة الملائمة لاستقبال الوافد الجديد و التعامل معه الى جانب التحسيس والتثقيف العام بأهمية هذه التقنيات في تطوير التجارة الالكترونية وبالتالي تحقيق التنمية الاقتصادية للوطن.

¹ - المادة 53 من القانون 04-15 مرجع سابق.

² - المادة 54 من القانون 04-15، مرجع سابق.

³ - المادة 55 من القانون 04-15، مرجع سابق.

⁴ - المادة 57، 61 من القانون 04-15.

قائمة المراجع:

- 1/ نادية ياس البياني، التوقيع الالكتروني عبر الأنترنت ومدى حجتيه في الإثبات، دراسة قانونية، دار الجامعة الجديدة، مصر 2010 .
- 2/ المادة 02 ف 12 من القانون 04-15، المؤرخ في 01 فيفري، 2015 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، ج ر عدد 16، 2015.
- 3/ المادة 02 من قانون الأونسترال النموذجي، بشأن التوقعات الالكترونية الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة في دورتها 34، بتاريخ 05 جويلية 2001.
- 4/ المادة 02 من قانون التوجيه الأوروبي رقم 1999/93 حول التوقيع الالكتروني وتسهيل استخدامه، الصادر عن البرلمان الاوروبي في 13 ديسمبر 1999.
- 5/ المادة 01 ف 11 من المرسوم الفرنسي رقم 2001/272 الصادر في 30 مارس 2001.
- 6/ باسيل يوسف، الجوانب القانونية لعقود التجارة الالكترونية عبر الحواسيب وشبكة الأنترنت والبريد الالكتروني، مجلة دراسات قانونية، بغداد 2000، العدد 04.
- 7/ عبير ميخائيل، النظام القانوني لجهات توثيق التوقيع الالكتروني، دار وائل للنشر، أردن، 2010.
- 8/ عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الالكترونية وحمائتها القانونية، نظم التجارة الالكترونية وحمائتها قانونيا دار الفكر الجامعي الاسكندرية، 2004 .
- 9/ زيد حمزة المقدم، النظام القانوني للتوثيق الالكتروني، دراسة مقارنة، مجلة الشريعة والقانون والدراسات الاسلامية، العدد 24، 2014.
- 10/ قنديل سعيد السيد، التوقيع الالكتروني (ماهيته، صورته، حجتيه في الإثبات بين التحويل والاقتباس)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.
- 11/ سليمان، إيمان مأمون أحمد، إبرام العقد الالكتروني وإثباته (الجوانب القانونية لعقد التجارة الالكترونية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.

الوضع والحالة والمسألة في قرارات مجلس الأمن الدولي

د . بن تغري موسى

أستاذ محاضر أ ، كلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة د. يحي فارس المدينة

bentegri.moussa@yahoo.com

ملخص:

لمجلس الأمن صلاحيات واختصاصات تتفق مع مقاصد الهيئة الدولية ومع تعقيدات حل النزاعات وتسويتها، لذلك يرتبط تدخل المجلس في هذه المواقف والنزاعات على صور مختلفة من صور التدخل تدور بين الوضع والحالة المسألة وهي مجالات يصعب ضبط مجال وحدود كل منها من الناحية القانونية والسياسية، لذا فإن التوجه العام في هذا الصدد مقترن بضرورة تقيد المجلس بما رسمه الميثاق وبما يتفق وقواعد القانون الدولي ذات الصلة، وهي معادلة أصبح المجلس يتفنن في إدارتها ولكن بسلطة تقديرية واسعة تتأرجح بين فصول الميثاق وبين الواقع الدولي وبين فلسفة حفظ السلم والأمن الدوليين.

الكلمات المفتاحية: مجلس الأمن، الحالة والوضع والمسألة، حق الفيتو .

Abstract:

The Security Council has powers and terms of reference that are consistent with the purposes of the international body and the complexities of conflict resolution and resolution. Therefore, the Council's intervention in these situations and disputes is linked to different forms of inter fereence between the situation and the situation. General in this regard is associated with the need to bind the Council to the Charter and in accordance with the relevant rules of international law, an equation which the Council has become accustomed to in its administration but with abroad discretionary authority that oscillates between the chapters of the Charter and international reality and the philosophy of maintaining international peace and security.

مقدمة

يستخدم مجلس الأمن الدولي إزاء تعامله مع القضايا المعروضة عليه مصطلحات ثلاث وهي الوضع والحالة والمسألة، وهي مصطلحات لم يسبق لميثاق الأمم المتحدة أن أشار إليها جميعها، ولم يعرف لها معيار محدد يلجأ إليه المجلس في انتقاء كل منها وما هو الموقف الذي تقتضيه كل واحدة منها، وهي مسألة في غاية الأهمية من الناحية القانونية لما يترتب عليها من آثار تظهر قدرة المجلس في التعامل مع ما يعرض عليه من مواقف أو نزاعات.

إلا أن المتعمق في البحث في قرارات المجلس يجده استعمال مصطلح الحالة خاصة في قراراته الصادرة منذ نشأة الأمم المتحدة إلى غاية ثمانينيات القرن الماضي، وهو توجه كانت تفرضه طبيعة تعامل المجلس مع المواقف المختلفة بما يتسق والتوافق الدولي خلال الحرب الباردة، ليلجأ إلى مصطلح المسألة بدءاً من قراره 841 المؤرخ في 16 جوان 1993 في هايتي، وهو توجه جديد ظهر به المجلس بعد نهاية الحرب الباردة يعكس نمطا جديد من تدخل المجلس كما سنرى، ليصل في الأخير إلى استعمال مصطلح الوضع في قراره المتعلق بالصومال وهو القرار 2010/1964 المؤرخ في 2010/12/22 .

على أن قراراته المتعلقة بالمصطلحات الثلاث محل الدراسة كانت ترتبط بأوجه التعامل التوافقي الدولي داخل المجلس، حيث ذكر مصطلحي الحالة والمسألة في النظام الداخلي المؤقت لمجلس الأمن في المادة 03 منه¹، أما مصطلح الوضع فقد أشار إليه في نفس المادة

تحت مفهوم النزاع جاعلا منه استثناء من الحالتين السابقتين، وهنا وجب الإشارة إلى أن هذه المصطلحات تم التوافق عليها بين الدول الدائمة العضوية ولها سند قانوني سليم، غير أن الذي يثار هنا هو ما تعلق بمواضع استعمال المجلس لهذه المصطلحات وكيف كانت تتوافق مع مجال ممارسته لاختصاصاته المحددة في الميثاق، لذلك فإن الإشكالية تتعلق بمدى اتساق هذه المصطلحات مع مختلف ما يعرض على المجلس من مواقف؟ وكيف يمكن الانتقال من مصطلح لآخر مع الإبقاء على التوافق الدولي؟ وهل تقع هذه المصطلحات تحت مفهوم الحل السلمي للمنازعات أم تحت ما يعرف بما يتخذ من الأعمال في حالات تهديد السلم والإخلال به ووقوع العدوان؟

أولا : اتساق المصطلحات مع اختصاصات المجلس

أشار مجلس الأمن منذ بداية عمل المنظمة إلى غاية ثمانينات القرن الماضي في قراراته بصدد مصطلح الحالة إلى مبادئ الأمم المتحدة كمبدأ تسوية المنازعات بالطرق السلمية وعدم اللجوء إلى القوة لحل النزاعات، وهي حالات تقع في الفصل السادس من ميثاق الأمم المتحدة، دون أن يشير إلى الفصل السادس بصورة مباشرة، وهو ما ظهر في قراراته 1983/530 بتاريخ 1983/05/19 بخصوص النزاع بين نيكاراغوا والهندوراس حول ترسيم الحدود بين الدولتين، وكذا القرار 1983/532 بتاريخ 1983/05/31 الخاص بالحالة في ناميبيا وغيرها من القرارات كالحالة في قبرص ولبنان والحالة بين العراق وإيران خلال نفس العام.

حيث بقي على نفس المنوال في عدم الإشارة إلى أي من مواد الميثاق في قراراته ذات الصلة بالحالة إلى غاية 1990 أيأشار إلى الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة وفي مادتين وهما المادة 39 و 40 من الميثاق وذلك في الحالة بين العراق و الكويت في القرار 1990/660 المؤرخ في 1990/08/02²، وهنا قد يبرر استخدامه لمواد الفصل السابع إلى وجود حالة من حالات العدوان المحددة في قرار الجمعية العامة 3314 لعام 1974 وهي حالة الغزو كما هي محدد في الفقرة الثالثة من القرار السابق الذكر واعتبرها تهديدا للسلم والأمن الدوليين، وهنا يبدو لنا اتساقها مع اختصاصات المجلس المحددة في الميثاق ووفق ما عدته المادة 24 منه، وبقي منذ ذلك الحين يشير إلى الفصل السابع بشأن الحالة بين العراق والكويت خاصة القرارات 660 و 661 و 662 و 665 و 666 و 667 لذات السنة، دون أن يشير إليه في قرارات أخرى كالحالة بين العراق وإيران في قراراته لنفس السنة³.

هذا الفراغ القانوني في الميثاق جعل تدخل المجلس تحت مفهوم الحالة يخضع لتناقضات تصنف على أنها إجرائية لعدم وجود معيار واضح للتكييف، ويعتبر بمثابة تعديل عرقي من خلال تواتر ممارسة المجلس حول هذه النقطة، خاصة أن المادة 34 من الميثاق عهدت للمجلس فحص وتكييف أي وقائع على أنها نزاع أو موقف فقط دون الإشارة إلى الحالة وما إذا كانت تندرج في إطار الحل السلمي للمنازعات حلا سلميا أو في إطار تدابير الفصل السابع.

إلا أن المجلس استخدم مواد الفصل الثامن كذلك بخصوص الحالة بداية من عام 1991 في الحالة في يوغسلافيا السابقة في القرار 1991/724 بتاريخ 1991/12/27⁴، وهو سعي منه إلى اللجوء إلى المنظمات الإقليمية لحل هذا النزاع خاصة أن النزاع كان في بدايته ولم يتأزم بعد، حيث لجأ إلى الإتحاد الأوروبي وفق متطلبات المادة 52 من الميثاق، وهو يبدو توجه يغلب عليه الضغط الأوروبي أكثر من تطبيق القانون الدولي، خاصة أن الحالة كانت تقع فيها انتهاكات جسيمة للقانون الدولي الإنساني، وأن القرار قدم من فرنسا خاصة أن المجلس كَيّف النزاع على أنه تهديد للسلم والأمن الدوليين فيما بعد، وهو ما يشير إلى هروب المجلس من اللجوء للفصل السابع مؤقتا وخاصة في فترة حرجة كتلك.

أما بخصوص مصطلح المسألة فقد استخدم المجلس هذا المصطلح تحت بنود الفصل الثامن بدايةً، وقد ظهر ذلك في القرار 1993/841 بتاريخ 1993/06/16 الخاص بمبايقي⁵، وأشار إلى ذلك في فقرته الأولى منه، خاصة أنه كانت هناك حاجة ملحة في تلك الفترة إلى اللجوء إلى الحل السلمي في إطار المنظمات الدولية خاصة منظمة الدول الأمريكية، وهو منحى تحلى عنه المجلس في فترة لاحقة من ذات القرار في حالة ما إذا لم تنجح مواد الفصل الثامن في تحقيق المبتغى، إذ لجأ إلى الفصل السابع من الميثاق إزاء تصرفه اتجاه هايتي في القرار 1993/861 بتاريخ 1993/08/27، حيث فرض عليها جملة من العقوبات غير العسكرية تحت مفهوم تدابير القمع، وهو ما يظهرها كآلية تستجيب لمتطلبات العمل الدولي الأممي خاصة أن الميثاق يسمح للمجلس باستخدام أي من فصول الميثاق دون أن يشكل ذلك انحرافاً من المجلس عن ممارسة اختصاصاته وهو في نظرنا تحمل لمسؤوليته وتحميل للمنظمات الدولية لهذه المسؤولية، خاصة أن بعض المواقف تتطلب الحفاظ على قيم الأمم المتحدة في مواجهة تفسير واسع لبعض النصوص.

كما اعتبر مسألة التوصية بتعيين الأمين العام تدخل تحت مفهوم المسألة وقد ذكر ذلك في قراره 1996/1090 بتاريخ 1996/12/13 دون أن يشير إلى أي من مواد الميثاق أو مبادئ القانون الدولي ذو الصلة معتبر ذلك مسألة إجرائية تتطلب نصاب التصويت دون الحاجة إلى سند في ذلك على اعتبار أنها مرحلة وليست إجراءً يتطلبها قراراً بمفهوم الفصول السادس والسابع أو الثامن من الميثاق، وهي حالة خاصة تعتبر فقهيها غير ذات جدل حولها لسبق التعامل معها كعرف دولي تحت مفهوم المسألة ولا تثير أي إشكال قانوني لها، لذا تجنب المجلس إدراجها تحت مفهوم الحالة أو الوضع.

أما بخصوص الوضع فقد استعمل المجلس هذا المصطلح في قراره 2010/1964 بتاريخ 2010/12/22 بخصوص الصومال، وتم ذلك بموجب الفصل السابع من الميثاق مباشرة دون اللجوء إلى الفصل السادس أو الثامن من الميثاق، خاصة وأن الموضوع كان يتعلق بتداخل الفصلين السابع والثامن فيها، حيث ركز المجلس على هذا الوضع لتعلق ذلك بدور بعثة الاتحاد الإفريقي في تحقيق الاستقرار في المنطقة وهو تداخل بين عمل القوات الدولية ودور الاتحاد الإفريقي فيها، وكان عليه تبرير تدخله من الناحية القانونية خاصة وأن هناك قوات دولية تعمل هناك بناء على قراره المدرج في الفصل السابع.

هذا التحليل الذي سبق بدأنا فيه ترتيباً تاريخياً لاستخدام المجلس لهذه المصطلحات، إلا أن التساؤل يطرح بعد ذلك في أنه لأي من هذه المصطلحات القوة على الآخر وأيهما يسبق الآخر، وكيف يتم استعمالهما في قراراته بحسب ما يعرض على المجلس، إن الإجابة على هذا التساؤل مبنية على ما سبق تقديمه من تدخل المجلس بهذه المصطلحات إزاء فصول الميثاق، فالمجلس يستعمل مصطلح الوضع على أنه في حالة نزاع معين وهي إشارة واضحة من المجلس إلى أن هذا الوضع يستدعي التعامل معه بقرار وفق الفصل السابع ويكون تدخله فيه في حالة النزاع فقط، وقد ظهر ذلك في قراره 2011/2002 الخاص بالوضع في الصومال فقد أشار إلى النزاع في الصومال كسند لاستعمال هذا المصطلح وذلك بقوله أن النزاع في الصومال يشكل تهديداً للسلم والأمن الدوليين في المنطقة، كما أن ما اتخذته من إجراءات في هذا القرار كان وفق الفصل السابع ومنه فرض حظر على جميع الإمدادات من الأسلحة والمعدات العسكرية إلى الصومال، خاصة أن هناك قادة سياسيون وعسكريون ينتهكون القانون الدولي المطبق في الصومال⁶.

أما المصطلح الأخف وصفاً بعد الوضع فهو الحالة ذلك أن المجلس يلجأ إليها إذا كان هناك ما يستدعي تدخله لإبقاء الاستقرار في الدولة أو في حال احتمال حدوث نزاع معين كما يظهر ذلك في عديد قراراته ومنها القرار 2016/2305 بتاريخ 2016/08/30 بخصوص الحالة في الشرق الأوسط إذ أشار المجلس إلى احترام الأطراف المعنية للخط الأزرق خاصة من الجانب اللبناني سيكون وفقاً لحدوث نزاع جديد في المنطقة، دون أن يشير في قراره إلى الفصل السابع من الميثاق ولم يلجأ إلى أي من التدابير غير العسكرية أو

العسكرية⁷، بينما أشار في قراره 2016/2301 المتعلق بالحالة في جمهورية إفريقيا الوسطى⁸، إلى تصرفه وفق الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة ولكن يبدو لنا أنه كان عليه ذلك رغم عدم حدة الحالة خاصة وأنه سبق وأن أنشأ القوات الدولية في جمهورية إفريقيا الوسطى وفق الفصل السابع وبالتالي فإن تذكيره لها بضرورة الحياد واحترام قواعد القانون الدولي يجب أن تبقى على نفس السياق، كما وأن المحكمة الجنائية الدولية قد تحركت في 2014/09/24 بالتحقيق بطلب من السلطات الوطنية في جمهورية إفريقيا الوسطى عن جرائم ارتكبت في 2012، وهو تدخل موفق في ذلك تحت هذا المفهوم⁹، لأن المحكمة الجنائية الدولية ترتبط بمصطلح الحالة فقط كما أشار إليه نظامها الأساسي في المادة 13 منه، حيث أجاب المجلس عن التساؤل القانوني في استبعاد باقي المصطلحات في الإحالة على المحكمة الجنائية الدولية من أن ذات المصطلح يقف بين الوضع و المسألة أي بين شدة النزاع وبين المرحلة التي تليه، وهي حدود موضوعة بدقة لتجنب سوء تفسير القرار وما قد ينجر عنه من تبعات قانونية و قضائية.

أما مصطلح المسألة فكان أقل شدة من المصطلحين السابقين حيث استعمله المجلس في مرات قليلة وكرر استخدامه له في قضية هايتي وآخر قرار للمجلس استخدم فيه هذا المصطلح كان في القرار 2018/2410 بتاريخ 2018/04/10 المتعلق بالمسألة في هايتي، حيث تطرق فيه إلى تعزيز سيادة القانون في هايتي¹⁰، ولجأ المجلس إلى استخدام الفصل السابع من الميثاق فيها ليس لطبيعة المسألة في هايتي وإنما لإشارته إلى تمديد ولاية بعثة الأمم المتحدة لتحقيق الاستقرار في هايتي وأن مسألة عمل قوات حفظ السلام يجب أن تبقى دوماً تحت بنود الفصل السابع¹¹، وهنا يبدو أن المجلس يتدخل دون إشارة منه إلى أي من فصول الميثاق بخصوص المسألة، أو يشير إلى فصل من فصول الميثاق دون أن تكون هناك صلة بينه وبين المسألة في حد ذاتها، وهو منحى يعطي لهذه المصطلحات قوة التدرج ويجعل من استخدامه لها لا يتعارض مع اختصاصاته ولا مع النظام الداخلي للمجلس.

ثانياً: الانتقال التوافقي بين المصطلحات

هذا الترتيب السابق الإشارة إليه هو غير ملزم للمجلس من الناحية القانونية حيث يجوز له استعمال مصطلح معين ثم العدول عنه ولو في نفس القضية التي مازال ينظر فيها، فإذا رأى المجلس وجود مبرر يفرض عليه حالة الانتقال أمكنه ذلك ومثاله تحول المجلس من المسألة إلى الحالة في قراراته كما فعل في مسألة هايتي أين اعتبرها كذلك منذ بداية تعامله معها في قراره 841 المؤرخ في 16 جوان 1993 على أنها مسألة خاصة في سعيه لحل النزاع حلاً سياسياً سلمياً وفق أحكام ميثاق الأمم المتحدة ومبادئ القانون الدولي، إلى غاية صدور قراره 2007/1743 بتاريخ 2007/02/15 أين اعتبر ما يحدث في هايتي يدخل تحت مفهوم الحالة وذلك بعد تأكده من انتهاك حقوق الإنسان خاصة ضد الأطفال فضلاً عن الاغتصاب وأشكال الاعتداء الجنسي الأخرى الواسعة الانتشار والتي تستهدف البنات، وتصرف في ذلك طبقاً للفصل السابع من الميثاق¹²، وبقي إلى يومنا هذا يستعمل مصطلح الحالة فيما يخص قضية هايتي.

هذا الانتقال يظهر قدرة المجلس على التوسع في ممارسة اختصاصاته دون الحاجة إلى الاعتماد على معيار قانوني واضح، خاصة مع ارتباط تدخله بمسائل لا يخلو الشك من طابعها السياسي دون القانوني، وهي مسألة تطرح ضرورة تحديد تعاريف لهذه المصطلحات قبل الخوض في أسبقية أي منها، حيث يبدو لنا أن مصطلح الوضع يشير إلى تدخل المجلس فيما قد يراه نزاعاً سواء كان سياسياً أو قانونياً باستخدام الفصل السابع من الميثاق لعله أو وفق أي فصل من الميثاق إذا كان له ما يبرره، أما الحالة فهي تقديم المجلس لوجهة نظره وتصوره اتجاه ما يعرض عليه بعيداً عما يدخل تحت مفهوم الوضع، أما المسألة فهي تصدي المجلس لما يعرض عليه من مشاكل وإجراءات لا تتطلب تعمقاً في محاولة حلها بعيداً عن تعقيدات عدم حصول التوافق بشأنها.

علما أنه للمجلس ممارسة أيًا من اختصاصاته وسلطاته المحددة في المادة 24 من الميثاق باستعمال أي مصطلح من هذه المصطلحات دون أي حرج لأن الأصل في تدخله بهذه المصطلحات ليس تأقلمه مع ما يعرض عليه بقدر ممارسة سلطاته المقررة في الميثاق، ودليل ذلك عدم وضع المجلس في اعتباره كيفية تحقيق انطباق المصطلح مع ما يعرض عليه بقدر ما يحاول تحقيق هدفه من التدخل وفق الميثاق. لذا نجد عدم الحاجة إلى محاولة إخراج هذه المصطلحات من دائرة ممارسة المجلس لصلاحياته من تكييف ما يعرض عليه على أنه نزاع أو موقف أو التصدي له عن طريق قرار أو توصية، ذلك أن هذه المصطلحات الثلاث تأتي بعد تحديد المجلس لطبيعة ما يعرض عليه من نزاع أو موقف وبين ما إذا كانت المسألة قانونية أو سياسية وبين ما إذا كانت إجرائية أو ذات طابع موضوعي، وهي تدور بين السلطات والاختصاصات.

على أنه يجب علينا الإشارة إلى أن المجلس قدم لنا هذه المصطلحات على أنه يمكن من الناحية القانونية الانتقال بينها بحرية، غير أن هذا من الناحية القانونية والقضائية غير ممكن وهو ما أجابه عنه النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في المادة 13 منه من أن المجلس لا يمكن له الإحالة على المحكمة على المحكمة إلا حالة فقط، وهو يتماشى مع القانون الدولي الجنائي تحقيقاً لمبدأ الشرعية الجنائية، وهو ما فعله المجلس في قراره 2005/1593 بتاريخ 2005/03/31 تحت عنوان الحالة في السودان¹³.

ثالثاً: تأثير المصطلحات بالفصلين السادس والسابع من الميثاق

الحكم على مسألة تأثير المصطلحات الثلاث بالفصلين السادس والسابع من الميثاق لا تتعلق بما هو موجود في الميثاق أو النظام الداخلي لمجلس الأمن، بقدر ما أدرجه المجلس من ممارسات في قراراته تحت ذلك المفهوم، إذ الملاحظ تقديم المجلس لما يعرض عليه في شكل عرض للوقائع مع تحديد طبيعة تدخله وما يسعى المجلس إلى تغييره من ذلك القرار، إذ الملاحظ مثلاً في قرار مجلس الأمن رقم 2011/2002 بتاريخ 2011/07/29 أنه تعامل مع الوضع في الصومال على أنه تهديد للسلم والأمن الدوليين وذلك حتى يبقى ذلك تحت بنود الفصل السابع¹⁴، معتبراً ما يحدث في الصومال مبرراً لاتخاذ الإجراءات المنصوص عليها في الفصل السابع ومنها حضر توريد السلاح والمعدات العسكرية وغيرها إلى الصومال، غير أنه لوحظ أن استخدامه لمصطلح الوضع هنا هو وجود جمود واضح اتجه تطبيق بنود الفصل السابع، ومحاولة إيقاف أي تدخل لأي جهاز آخر لحل النزاع تحت بنود الفصلين السادس أو الثامن، وكأنه لا يوجد إلا المجلس على الساحة الدولية للتعامل مع مثل هكذا أوضاع، رغم أن الميثاق قرر في مواد الفصل السادس و الثامن حلولاً قانونية و قضائية لمثل هذه الحالات.

إذ الغريب في ذلك هو إشارة المجلس إلى حصول انتهاكات خطيرة للقانون الدولي المنطبق بما فيها قتل المدنيين وشن هجمات على المدارس والمستشفيات والاختطاف وهي تشكل جرائم دولية ولا تحتاج إلى تطبيق بنود الفصل السابع من هذه الناحية التي يرى منها المجلس، وإنما كان عليه تطبيقها بالتوازي مع المادة 13 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية التي تفرض على المجلس إحالة ما يرى أنها تهدد السلم و الأمن الدوليين وتشكل جريمة تدخل في اختصاص المحكمة.

وهو ما وجدنا عند بحثنا في النقطة الثانية المتعلقة بالحالة جواباً كافياً وهو لماذا استعملت الحالة فقط في تفعيل المادة 13 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية دون الوضع و المسألة وكيف يتعامل المجلس فيها مع بنود الميثاق، حيث أن المجلس استعمل مصطلح الحالة عند مواجهته للجرائم الدولية بدءاً من يوغسلافيا وذلك في قراراته 821/ 1993 المؤرخ في 28/04/1993¹⁵، ثم القرار 1993/843 و 1993/845 و 1993/855 وما يليها لينشأ بعدها محكمة يوغسلافيا السابقة، كما استعمل نفس النمط في قضية رواندا في القرارات 1993/872 المؤرخ في 05/10/1993¹⁶، وكذا قرارته 1993/891 و 1993/909 وغيرها حتى إنشاء المحكمة، وهنا تأكيد من المجلس على أن الحالة هي التي يستطيع فيها المجلس تحديد الجرائم الدولية فقط، وهو ما تم تبنيه في نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في نص المادة 13 منه بقولها:

إذا أحال مجلس الأمن، متصرفاً بموجب الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة حالة إلى المدعي العام يبدو فيها أن جريمة أو أكثر قد ارتكبت¹⁷.

وبنظرة تطبيقية نجد أن مجلس الأمن لا يمكنه إخطار المحكمة إلا بشأن حالة ولفظ حالة لا يمكن تفسيره ذلك التفسير المحدود أو الضيق الذي يعني قيام نزاع بين مجموعة أو فرد أو وحدة عسكرية، أو أن يفسر ليشير إلى حدث معين دون الرجوع إلى السياق العام للنص، وهذا المعنى المقصود للفظ الحالة سوف يكون بالطبع مختلفاً من حالة إلى أخرى، ولكن يجب ألا يتم التصرف فيه بجرية من طرف المدعي العام للمحكمة، وبالتالي قد يخضع للمراجعة القانونية من طرف دائرة ما قبل المحاكمة وفق المادة 61 من النظام الأساسي، ومراجعة نهائية من طرف دائرة الاستئناف، لتكون المراجعة القانونية على درجتين، وذلك لضمان تكامل العملية القانونية، ومطابقتها لما اتخذته المجلس تحت بنود الفصل السابع وما يشكل تهديداً للسلم والأمن الدوليين.

ومصطلح الحالة هو نفسه المقصود في الإحالة من المجلس أو الدولة الطرف أو الدولة غير الطرف¹⁸، وهذه الحالة تستدعي منه أن يقرر إحالة شخص إلى المحكمة بالنظر إلى تعقيد الإجراء و تعدد مخاطر تأزم الوضع ما دام أنه بصدد كل قضية ينبغي أن يفتح بشأنها نقاشاً واعتماد قرار فيها ويكون تحت بنود الفصل السابع لاغير¹⁹.

وهذا بطبيعة الحال ما يفسر اعتماد هذا المصطلح دون الوضع رغم أن مصطلح الوضع يتضمن الحالة وذلك من حيث أن الوضع يشمل حالات نزاعات وحروب وتوترات وهو ما يستدعي من المجلس عند ثبوت الأدلة إنشاء قضاء جنائي أو الإحالة على المحكمة الجنائية الدولية، وهو ما لن يحدث التوافق حوله بشكل فعال داخل المجلس، إنما الحالة هي أقل صرامة من الوضع وتحمل نوعاً من المرونة تمكنه من تجنب إحالة كل نزاع على المحكمة الجنائية الدولية، وهو ما يظهر في الواقع الدولي.

أما بخصوص المسألة فإن تناغمها مع بنود الفصل السابع وتكرار المجلس الإشارة إلى الفصل السابع في كل مرة منها ليس لتطبيق الإجراءات القسرية المدرجة فيها بقدر ما هو تسبب لما يقوم به في إطارها خاصة أن تدخله تحت مفهوم المسألة كان دائماً مبنياً على رؤية حل النزاع حلاً سلمياً ولكن تحت مظلة الفصل السابع لجعل قرارات ملزمة طبقاً للمادة 25 من الميثاق ولتجنب اللجوء إلى التوصية والتي اعتبرها بعض الفقهاء ومنهم الأستاذ الدكتور عمر سعد الله بأنها من قبيل القرارات التي ليست لها الصلاحية الذاتية لإنتاج الحقوق والالتزامات²⁰، كما أن التوصيات الصادرة من المجلس وفق الفصل السادس من الميثاق يمكن أن يكون لها في حدود معينة أثر ملزم مثل التوصيات الصادرة من المجلس باتخاذ إجراءات التحقيق طبقاً للمادة 34 من الميثاق²¹.

غير أنه قد يقع الخلط بين القرار والتوصية في القاموس الاصطلاحي الدولي، فالتوصية هي مجرد إبداء النصيحة أو الرغبة، و يمكن أن تقبل أو ترفض، وقد تكون موجهة إلى جميع الدول أو إلى دولة بذاتها، ويجوز للدولة عدم التقيد بالتوصيات التي تصدرها المنظمات، ولا تتضمن أي إلزام ولا يترتب على مخالفتها المسؤولية الدولية، أما القرار فهو يتضمن قوة الإلزام ولا يختلف عن أي قانون تصدره السلطة المختصة داخل الدولة²².

وفيما يخص التساؤل حول ما إذا كان القرار ضروريا أو الاكتفاء بمجرد توصية في موضوع المسألة هو أن المثير للاهتمام في هذا الصدد، أن هذه الشكلية الواجب توافرها في القرار لا يمكن اعتبارها شيئا ثانويا يمكن الاستغناء عنه وإنما هي ما يحقق المقصود من إبقاء المسألة تحت مفهوم القرار وهو في نظرنا منحي طبيعي لا يخلق أي إشكال قانوني بين الميثاق وغيره من الاتفاقيات الدولية²³.

رابعا: تأثير تفعيل هذه المصطلحات بالفيتو

هذه الإشكالية الإجرائية المتعلقة باستخدام المجلس لهذه المصطلحات ومدى حدوث حالات استخدام الفيتو إزائها، فإن أول ما يثير البحث فيها هو مفهوم حق الفيتو والذي يمثل سلطة ممنوحة للدول ذات المركز الدائم في مجلس الأمن تخولهم منع المجلس عن طريق التصويت السلبي الرامي إلى إيقاف صدور القرارات الخطيرة التي تجنح الأمم المتحدة إلى اتخاذها²⁴، وما أضافته الممارسة في مجلس الأمن الدولي بخصوص مسائل الامتناع الاختياري عن التصويت والغياب عن الجلسات أو ما يعرف بالفيتو المزدوج²⁵، هذا يجعلنا نقول أن المجلس يتمتع بسلطة تقديرية مطلقة ويضع ما يشاء من معايير لتحديد أحوال تدخله تحت مفهوم الوضع أو الحالة أو المسألة وليس هناك فيما تواتر عليه العمل في المجلس من ضوابط معينة بشأن تكييف ما يعرض عليه من وقائع، وحيثما وجدت السلطة التقديرية للمجلس يقابلها مجال واسع للفيتو إزائها، وهي رغبة الدول الحائزة للفيتو خصوصا في تجنب القيد الإجباري لمن كان طرفا في النزاع يجعلها تجنح إلى تكييف الوقائع تحت الفصل السابع من الميثاق من أجل دفع هذا القيد.

إلا أن الملاحظ هو استعمال المجلس لحق الفيتو إزاء مصطلح الوضع و الحالة والمسألة بشكل يختلف في كل منها، حيث استعمل الفيتو مقابل مصطلح الوضع في قضية جنوب إفريقيا في القرارات الصادرة ضدها وذلك من طرف الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا وفرنسا منذ عام 1974 إلى غاية 1977 ثم انسحبت فرنسا من استخدام الفيتو من 1981 إلى غاية 1988، كما استخدم الفيتو من طرف بريطانيا والإتحاد السوفيتي في الوضع في روديسيا الجنوبية (زيمبابوي) من عام 1963 إلى غاية 1971، كما استخدم من طرف الإتحاد السوفيتي في الوضع في بنغلاديش (بين الهند وباكستان) عام 1971، كما استخدم من طرف الولايات المتحدة الأمريكية في الوضع في الأراضي العربية المحتلة عام 1982 إلى عام 1989.

حيث لوحظ استعمال الفيتو تحت مفهوم الوضع في حالات تتعلق بالسعي لتعطيل تصفية الاستعمار أو إنهاء الاحتلال وهو ما ظهر في قضية روديسيا الجنوبية والهند وباكستان والأراضي العربية المحتلة، وهو منحي خطير في مجال تكييف القضية تحت مفهوم الوضع ثم تعطيلها بهذا الشكل، حيث أن الاستخدام المتكرر للفيتو في نفس القضية (الوضع) ولمدد مختلفة أطال من عمر النزاع وخلق نزاعات جديدة، مما يؤثر على تحديد مفهوم الوضع بين مفاهيم القانون الدولي ويصبح هو المشكل وليس حق الفيتو، خاصة أنه من المستحيل عمليا إعمال الفصل السابع دون وجود إجماع وتوافق تام بين الأعضاء الدائمين داخل مجلس الأمن الدولي، وهذا التطبيق مرهون أساسا بالعلاقة بين دول الفيتو²⁶.

وهنا يكرس الفيتو حالة من التناقض المعياري بخصوص مبدأ المساواة بين الدول الأعضاء وهو تناقض واضح يدفع إلى التساؤل حول ما إذا كان الفيتو متوافق مع روح ونص الميثاق، وإذا كان المفهوم الضيق للشرعية يعني مطابقة التصرف أو الفعل للنص أو الحكم أو القاعدة القانونية، فإن مفهومها الواسع يشمل جميع المبادئ والقواعد القانونية التي تجدها في مصادر القانون الدولي والقرارات الصادرة عن مختلف الهيئات الدولية، لذا فإنه لا يمكن أن يكون متوافقا مع مبدأ المساواة القانونية.

أما بخصوص الحالة فقد استخدم فيها الفيتو أيضا ومنها الحالة في نيكاراغوا أو ما سمي بالحالة في أمريكا الجنوبية في 1982/04/02 من طرف الولايات المتحدة الأمريكية، وكذلك بالنسبة للحالة في لبنان من 1982 إلى غاية 1985، وكان نفس الطرف الذي استخدم حق الفيتو، وكذلك الحالة في قبرص في 1974/07/31 أين استخدم الإتحاد السوفياتي الفيتو فيها، على أن الملاحظ بالنسبة للحالة هو الإرتباك الحاصل من المجلس في التوفيق بين متطلبات الحالة وبين متطلبات تثبيت قواعد القانون الدولي، خاصة أن استعمالها كان مجرد تعامل واقعي أكثر منه قانوني أو حتى سياسي، مما يؤكد عدم سلامة ما أنجز عن ذلك الفيتو من محاولة لإحداث التوازن الدولي سياسيا على حساب تحقيق السلم والاستقرار، وهو منحى خطير لعدم السعي لمعالجة الأزمات بما يفيد حلها، لكن كما يقول ديفيد بوسكو Bosco David في كتابه خمسة يحكمون الجميع من أن هناك غموضا بناءً متعمد من النظام الدولي برمته لإجبار العالم على القبول بهذا الوضع، بأن ما يدرج في خانة الحالة وفي تلك الفترة يجب أن يبقى دون مسائلة²⁷.

أما بخصوص المسألة فقد استخدم الفيتو فيها في المسألة الاندونيسية عامي 1947 و 1949، ومسألة التشيكوسلوفاكية عام 1948، ثم المسألة في قناة بنما 1974/03/21 من طرف الولايات المتحدة الأمريكية، في قضية ناميبيا من عام 1975 إلى عام 1987 من طرف الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا وفرنسا على التوالي، لتأتي مسألة الرهائن الأمريكيين في طهران 1980/01/13، من طرف الإتحاد السوفياتي، كما استخدم الفيتو حتى في المسائل الإجرائية في مسألة قبول العضوية في الأمم المتحدة عام 1971 في قضية شغل الصين الوطنية مقعد الصين، ومسألة تعيين الأمين العام الأممي، على أن الملاحظ تعليقا على ذلك هو سعي من الدول الكبرى تحجيم تدخل الأمم المتحدة في هذه المسائل رغم حدتها والتي تحولت معظمها إلى نزاعات، استدعت تدخل الأمم المتحدة تحت مفهوم الحالة أو الوضع، وهنا وجب الإشارة إلى أنه رغم استخدام الفيتو على هذه المسائل إلا أنه لوحظ الخسارة السياسية التي تكبدتها الأمم المتحدة من الناحية القانونية بوصول الفيتو حتى لبعض المسائل الإجرائية وهو ما تم تداركه فيما بعد.

خاتمة

بعد تحديد المقصود بالوضع و الحالة و المسألة وتأصيل طبيعة تدخل المجلس وفق حدود الميثاق و النظام الداخلي للمجلس في كل منها، يمكننا القول أن حقيقة ظهور مساقات جديدة لتدخل المجلس هي مجارة للمستجدات الدولية من ناحية إجرائية وقانونية وبشكل يبقى على توافق الدول الكبرى فيه على نفوذها ومكانتها الدولية، وهي حلول لها ما يبررها من ناحية تجسيد بعض مبادئ القانون الدولي على ساحة حل النزاعات، لكن بالمقابل تبقى باقي الدول تحت رحمة هذا التكييف الذي في عدة مرات كان يضر بصالحها وسيادتها، وهي ما يؤسس على التعاون ولكن كثيرا ما يؤدي إلى التنازع.

أما الحقيقة الثانية فهي مرتبطة بالخلفية السياسية لهذه المصطلحات فإن كان لها ما يبررها من الناحية القانونية، إلا أن حدود التقيد بها لم يعرف بعد، خاصة مع عدم وجود آلية رقابة لعمل المجلس من الناحية السياسية وهو مؤشر مخيف للدول خاصة أن بعض

المصطلحات قد يجر إلى المحكمة الجنائية الدولية (الحالة) وهو أمر في غاية الأهمية خاصة في عصر التطرف الذي نعيشه على الساحة الدولية.

لذا ينبغي مراعاة قاعدة ممارسة الاختصاص أصالة عن الدول وليس كاختصاص أصيل عنهم، خاصة أنه لم يمكن تحديد الحد الفاصل بين المسائل السياسية والقانونية بين المجلس ومحكمة العدل الدولية، فكيف الحال مع المحكمة الجنائية الدولية خاصة ما تعلق بالحالة والتي تربط بين هذين الجهازين وفق المادة 13 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، لذا فإن المأمول هو تخلي المجلس عن فكرته الخيالية في إدارة السلم و الأمن الدوليين والسماح للأجهزة المختصة قانونا وقضاء بممارسة دورها في هذا الشق فقط حتى يتحقق الهدف ولا يتحقق التصادم.

قائمة المراجع:

- 1- المادة 3 يدعو الرئيس مجلس الأمن إلى الاجتماع إذا جرى تنبيه مجلس الأمن إلى نزاع أو حالة بحسب المادة 35 أو المادة 11 (3) من الميثاق، أو إذا قدمت الجمعية العامة توصيات إلى مجلس الأمن أو أحالت إليه أية مسألة بحسب المادة (2) 11، أو إذا نبه الأمين العام مجلس الأمن إلى أية مسألة بحسب المادة 99.
- النظام الداخلي المؤقت لمجلس الأمن، (S/96/Rev.7) منشور على الرابط الإلكتروني، اطلع عليه بتاريخ 25/11/2016.
<http://www.un.org/ar/sc/about/rules/chapter1.shtml>
- واعتمد المجلس في عام 1946 نظامه الداخلي المؤقت (S/96) وبعد ذلك عدل النظام الداخلي المؤقت عدة مرات؛ وأجري آخر تنقيح في عام 1982. (S/96/Rev.7) لإضافة اللغة العربية بوصفها اللغة الرسمية السادسة، امتثالا لقرار الجمعية العام 35/219 المؤرخ 17 كانون الأول/ديسمبر 1980.
- 2- القرار 1990/660 بتاريخ 1990/08/02، الرابط الإلكتروني، اطلع عليه بتاريخ 2017/01/10
<https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/574/36/IMG/NR057436.pdf?OpenElement>
- 3- القرار 1990/671 بتاريخ 1990/9/27، الرابط الإلكتروني، اطلع عليه بتاريخ 2017/01/10
<https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/574/47/IMG/NR057447.pdf?OpenElement>
- 4- القرار 724/1991 بتاريخ 27/12/1991، الرابط الإلكتروني، اطلع عليه بتاريخ 2017/01/13
<https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/595/73/IMG/NR059573.pdf?OpenElement>
- 5- القرار 841 بتاريخ 1993/06/16، الرابط الإلكتروني، اطلع عليه بتاريخ 2017/01/15
<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/354/56/IMG/N9335456.pdf?OpenElement>
- 6- القرار 2011/2002 بتاريخ 2011/07/29، الرابط الإلكتروني، اطلع عليه بتاريخ 2017/02/13
<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/439/01/PDF/N1143901.pdf?OpenElement>
- 7- القرار 2016/2305 بتاريخ 2016/08/30، الرابط الإلكتروني، اطلع عليه بتاريخ 2017/02/23

- <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N16/273/87/PDF/N1627387.pdf?OpenElement>
8- 201/2016 بتاريخ 26/07/2016، الرابط الإلكتروني، اطلع عليه بتاريخ 2017/01/12
- <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N16/236/43/PDF/N1623643.pdf?OpenElement>
9- القرار 2016/2031 بتاريخ 2016/07/20، الرابط الإلكتروني، اطلع عليه بتاريخ 2017/01/10
- <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N16/236/43/PDF/N1623643.pdf?OpenElement>
10- القرار 2018/2410 بتاريخ 2018/04/10، الرابط الإلكتروني، اطلع عليه بتاريخ 2018/04/30.
- [http://www.un.org/ar/documents/viewdoc.asp?docnumber=S/RES/2410%20\(2018\)&referer=http://www.un.org/ar/sc/documents/resolutions/2018.shtml&Lang=A](http://www.un.org/ar/documents/viewdoc.asp?docnumber=S/RES/2410%20(2018)&referer=http://www.un.org/ar/sc/documents/resolutions/2018.shtml&Lang=A)
11- 2013/2119 بتاريخ 2013/10/10، الرابط الإلكتروني، اطلع عليه بتاريخ 2017/01/10
- <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N13/508/18/PDF/N1350818.pdf?OpenElement>
12- 2007/1743 بتاريخ 2007/02/15، الرابط الإلكتروني، اطلع عليه بتاريخ 2017/01/25
- <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N07/240/90/PDF/N0724090.pdf?OpenElement>
13- القرار 2593/2005 بتاريخ 31/03/2005، الرابط الإلكتروني، اطلع عليه بتاريخ 2017/01/10.
- <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/292/71/PDF/N0529271.pdf?OpenElement>
14- القرار 2002 / 2011 بتاريخ 29/07/2011، الرابط الإلكتروني، اطلع عليه بتاريخ 2017/01/10.
- <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/439/01/PDF/N1143901.pdf?OpenElement>
15- القرار 1993/821 بتاريخ 1993/04/28، الرابط الإلكتروني، اطلع عليه بتاريخ 2017/01/25.
- <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/243/28/IMG/N9324328.pdf?OpenElement>
16- القرار 1993/872 بتاريخ 1993/10/05، الرابط الإلكتروني، اطلع عليه بتاريخ 2017/01/25.
- <https://documents-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/540/61/IMG/N9354061.pdf?OpenElement>
17 - د. مدوس فلاح الرشيدى، آلية تحديد الاختصاص وانعقاده في نظر الجرائم الدولية وفقا لإتفاق روما 1998، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثاني، السنة 27، عام، 2003، ص 22.
- 18 - أ. د. محمود شريف بسيوني، المحكمة الجنائية الدولية، مدخل لدراسة أحكام وآليات الإنفاذ الوطني للنظام الأساسي، مرجع سابق، ص 45 و 46.
- 19- *Projet de Statut d'une Cour criminelle internationale. Rapport de la Commission du Droit International sur les travaux de sa quarante-sixième session, 1 mai- 22 juillet 1994, Assemblée générale, Documents officiels, 50TM session, suppit n°10, A/49/10.*
- 20- أ.د. عمر سعد الله، دراسات في القانون الدولي المعاصر، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر، الطبعة الثانية مزيدة ومنقحة، 2004، ص 36.

21 - د . أحمد عبد الله أبو العلا، تطور دور مجلس الأمن في حفظ الأمن والسلم الدوليين، دار الكتب القانونية، مصر 2005، ص23.

22- د-مُجد المجذوب، التنظيم الدولي للمنظمات العالمية والاقليمية والمتخصصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2005، ص132.

23-Rapport de la réunion intersessions tenue du 19 au 30 janvier 1998 à Zupthen (Pays-Bas), A/AC.249/1998/L.Rapportdu Comité préparatoire pour la création d'une Cour criminelle international, A/CONF.183/2/Add.1, 14 avril 1998.

24- نزيه علي منصور، حق النقض الفيتو ودوره في تحقيق السلم و الأمن الدوليين، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 2009، ص69.

25- ميلود بن غربي، مستقبل منظمة الأمم المتحدة في ظل العولمة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2008، ص 25

26- د. مُجد سامي عبد الحميد ، العلاقات الدولية مقدمة لدراسة القانون الدولي، الطبعة الأولى ، الدار الجامعية للطباعة و النشر، بيروت لبنان، 1993، ص 125.

27- ديفيد بوسكو، خمسة يحكمون الجميع، مجلس الأمن ونشأة النظام العالمي الحديث، ترجمة غادة طنطاوي، الطبعة الأولى، المركز القومي للترجمة، مر، 2014، ص 05.

آليات الجذب الضريبي و دورها في تعزيز مناخ الاستثمار في الجزائر

د. يحيى محمد
الحقوق و العلوم السياسية
جامعة المدية - الجزائر -
ben.medyahia@gmail.com

طالبى بن عيسى، باحث دكتوراه
كلية الحقوق و العلوم السياسية
جامعة البليدة 2 - الجزائر -
b.talbi@univ-blida2.dz

الملخص:

تناول من خلال هذه الدراسة مختلف سياسات الجاذبية الضريبية المعتمدة في ظل التشريع الجزائري نظرا لما لها من تأثير على مناخ الاستثمار في الجزائر، و هذا في ظل انخفاض عائدات الجباية البترولية الناتج عن الانهيار المفاجئ لأسعار المحروقات ابتداء من السداسي الثاني من سنة 2014.

كما نهدف من خلال هذه الدراسة إلى التعرض لمختلف التشريعات الصادرة، لاسيما الجبائية منها و المتميزة بحزمة هامة من الجاذبية الضريبية، والتي من خلالها تم إنشاء هياكل دعم متخصصة وإبراز دورها كعامل محفز على خلق فرص الاستثمار في الجزائر. الكلمات المفتاحية: السياسة الضريبية، الجاذبية الضريبية، تحفيز، الجذب الضريبي، إعفاء، مناخ الاستثمار.

Abstract :

In this study we examine the various tax-attractive policies adopted under the Algerian legislation because of their impact on the investment climate in Algeria. This is in light of the decrease in the revenues of oil revenues resulting from the sudden collapse of fuel prices starting in the second half of 2014.

In this study, we aim to expose the various legislations issued, especially fiscal ones, which are characterized by a significant package of tax appeal, through which specialized support structures were established and their role as a catalyst for creating investment opportunities in Algeria.

Key words: tax policy, tax appeal, stimulus, tax attraction, exemption, investment climate.

تمهيد:

نظرا للأزمة المالية الراهنة التي أصبحت تعيشها الكثير من الدول التي تعتمد بدرجة كبيرة في تمويل ميزانيتها العمومية على مداخيلها من الجباية البترولية، و في ظل استمرار انخفاض أسعار المحروقات، عمدت الحكومة الجزائرية إلى البحث عن بديل عاجل لتحقيق التنمية والتنويع الاقتصادي خارج المحروقات، وباعتبار الاستثمار يشكل أحد الركائز الأساسية التي اعتمدت عليها الكثير من الدول في دفع عجلة التنمية بها، وحيث أن النتائج كانت إيجابية، فقد اعتمدت الدولة الجزائرية ما بعد الصدمة البترولية ابتداء من السداسي الثاني من سنة 2014 استراتيجية جديدة للنمو تهدف إلى تشجيع الإنتاج المحلي والتسويق لجاذبية ضريبية باعتبارها أداة تنفيذية لاستقطاب رؤوس أموال مستثمرة في القطاع الاقتصادي الحقيقي يمكن استغلالها لتحفيز الإنتاج المحلي وتعزيز مناخ الاستثمار في الجزائر. يهدف هذا البحث في مجمله إلى تسليط الضوء على أهم السياسات الجبائية الحديثة التي اتخذتها الجزائر لتحقيق الجذب الضريبي، و ذلك من خلال تحقيق الأهداف الفرعية التالية:

- التعرف على مفهوم سياسة الجذب الضريبي.
- تكمن أهمية البحث في هذا الموضوع لكونه يتناول جانب مهم و هو " سياسة الجذب الضريبي"، و هذا لما له من آثار إيجابية على الاستثمار و ترقيته، و بالتالي توسيع الوعاء الضريبي و زيادة نسبة التحصيل الجبائي، و هو ما ينعكس إيجابا على الخزينة العمومية.

سنحاول من خلال هذه الدراسة الإجابة على الإشكالية المطروحة كالتالي:

ما مدى مساهمة سياسة الجذب الضريبي في تهيئة مناخ ملائم للاستثمار في الجزائر؟

و قبل ذلك لابد من الإجابة على التساؤلات التالية:

- ما هي سياسة الجذب الضريبي؟
- ماهي أدوات سياسة الجذب الضريبي؟
- ما هو واقع سياسة الجذب الضريبي في ظل الاهتمام بقطاع الاستثمار في الجزائر؟

و سنحاول الإجابة على إشكالية الدراسة من خلال المحور الأول تحت عنوان الإطار العام لسياسة الجذب الضريبي ثم المحور الثاني المعنون بواقع الجاذبية الضريبية كآلية لتعزيز مناخ الاستثمار في الجزائر

I - الإطار العام لسياسة الجذب الضريبي:

تعتمد الكثير من الدول في إطار تنمية اقتصادياتها على سياسة الجذب الضريبي لما لها من أهمية على تشجيع الإنتاج و خلق فرص الاستثمار المحلي والخارجي وترقيته.

I-1 - تعريف سياسة الجذب الضريبي:

تتمثل سياسة الجذب الضريبي في العديد من التدابير و الإجراءات ذات الطابع التشريعي الجبائي، و التي تنتهجها الدولة عن طريق مختلف هياكلها و مصالحها الجبائية، و هذا بهدف إحداث آثار تعود بالنفع على الاقتصاد الوطني و بالتالي على الخزينة العمومية، و على كل الجوانب الاجتماعية و السياسية؛ و تتفادى في نفس الوقت آثار أخرى تعيق الاقتصاد الوطني و تفوت فرص على حقوق الخزينة العمومية، حيث تعتمد من خلال هذه السياسة على مجموعة من التسهيلات و الامتيازات لتحقيق الأهداف المرجوة.

يمكن كذلك تعريف سياسة الجذب الضريبي على أنها امتيازات ضريبية تمنحها الدولة لصالح المستثمرين سواء كانوا محليين أو أجنب من أجل إغراء أصحاب رؤوس الأموال على استثمار أموالهم داخل الوطن من جهة، و من جهة أخرى تشجيع الاستثمار في بعض القطاعات و المناطق التي تسعى الدولة جاهدة لتنميتها.(01)

كما تتصف سياسة الجذب الضريبي بأنها مجموعة من البرامج و الإجراءات متكاملة و مترابطة، و تساهم مساهمة فعالة في تحقيق الأهداف المرجوة، و يمتد نطاقها ليشمل مختلف الامتيازات الضريبية التي تمنحها الدولة لبعض الأنشطة الاقتصادية المراد تشجيعها، و ذلك باعتبار أن هذه الامتيازات إجراءات محتملة مضحى بها في الفترة القصيرة و محتمل تعويضها في الأمد الطويل.(02)

و بصفة عامة تعتبر سياسة الجذب الضريبي أداة من أدوات السياسة الاقتصادية للدولة التي تساهم في تحقيق أهداف المجتمع المتنوعة.

I-2 - متطلبات فعالية سياسة الجذب الضريبي:

إن خلق مناخ ملائم للاستثمار و تحقيق أهداف السياسة الاقتصادية و فق جاذبية ضريبية فعالة من خلال عرض امتيازات ضريبية كنفقة جبائية على عاتق الدولة، يتطلب جملة من الشروط على المستثمرين، و نذكر منها: (03)

- منح الامتيازات الضريبية للمشاريع الاستثمارية على مراحل تتزامن مع بدأ المشروع و تتزايد كلما حقق المشروع كفاءة في الأداء.
- في حالة استثمار أجنبي، يجب مساهمة المشروع في جلب العملات الأجنبية، و مرتبطة بنقل التكنولوجيا الممكن الاستفادة منها في مجال تحقيق التنمية الاقتصادية .
- العمل على تطوير و تنمية المناطق الجغرافية الفقيرة قصد تحقيق التوازن الجهوي.
- فرض شرط تشغيل عدد معين من العمال.
- إجبارية أولوية استغلال الموارد المادية و المنتجات المحلية المتوفرة .

I-3 - وسائل تطبيق سياسة الجذب الضريبي:

تتمثل سياسة الجذب الضريبي في عدة آليات في صورة مزايا ضريبية، و في دراستنا هذه نركز على الأدوات التالية:

01-الإعفاءات الضريبية.

02-التخفيضات الضريبية.

03-القرض الضريبي.

04-إمكانية ترحيل الخسائر إلى سنوات لاحقة.

I-3-1 - الإعفاءات الضريبية:

الإعفاء الضريبي هو إسقاط لحق الدولة عن بعض المكلفين من مبلغ الضرائب لواجب دفعها نتيجة دخل خاضع في الأصل للضريبة، مقابل التزامهم بممارسة نشاط معين و في ظروف محددة، كما قد يكون هذا الإعفاء كلياً أو جزئياً، دائماً أو مؤقتاً.(04)

و الملاحظ أن الإعفاءات الضريبية المؤقتة من أكثر النفقات الضريبية استخداماً في ظل التشريع الجبائي الجزائري، و في

أغلب الدول النامية.

فهناك نوعين من الإعفاء:

أ- الإعفاء الدائم:

هو إسقاط حق خزينة الدولة من مال المكلف بالضريبة طالما بقي سبب الإعفاء قائما، كما يتم منح هذا النوع من الإعفاء تبعا لأهمية النشاط ومدى تأثيره على الحياة الاقتصادية والاجتماعية .

مثال: إعفاء دائم من الضريبة الجزائرية الوحيدة بخصوص الإيرادات المحققة من قبل الفرق المسرحية. (05)

ب- الإعفاء المؤقت:

هو إسقاط حق خزينة الدولة من مال المكلف لمدة معينة من حياة النشاط المستهدف بالتشجيع و عادة ما يكون في بداية النشاط، و يمكن أن يكون الإعفاء كليا بمعنى إسقاط الحق طوال المدة المعينة، كإعفاء الشركات العاملة في الجنوب الجزائري من الضريبة على أرباح الشركات أو الرسم على النشاط المهني أو الرسم العقاري لمدة "10" سنوات، و هذا في الولايات الجنوبية التي يجب ترقيتها، و المحددة عن طريق التنظيم. (06)

مثال: إعفاء المشاريع المنجزة في إطار إحدى وكالات الدعم "الوكالة الوطنية لدعم تشغيل الشباب"، الوكالة الوطنية للتأمين عن البطالة أو الوكالة الوطنية لدعم القرض المصغر" لمدة ثلاث (03) سنوات من دفع حقوق الضريبة الجزائرية الوحيدة، ابتداء من تاريخ الدخول في مرحلة الاستغلال. (07)

ما يعاب على حالة الإعفاء المؤقت، هو: (08)

- هي فرصة لتحاييل المستثمرين عن طريق اللجوء إلى توقيف النشاط نهائيا و تصفية المشروع بمجرد انتهاء فترة الإعفاء، و بالتالي اللجوء إلى إنشاء مشروع استثماري آخر و الاستفادة من إعفاء مؤقت آخر.
- إمكانية تحقيق نتيجة جبائية "خسارة" خلال الفترة التي يفترض فيها إعفاء، أو تحقيق نتيجة جد ضئيلة، خلال نفس الفترة، و هي الحالة غير معنية بتسديد الحقوق الضريبية في الأصل.
- إشكالية تحديد تاريخ بداية الاستفادة من الإعفاء المؤقت، هل ابتداء من تاريخ الحصول على قرار منح الامتيازات أم من تاريخ البداية الفعلية للنشاط الاستثماري.

I-3-2- التخفيضات الضريبية:

نعني بالتخفيضات الضريبية إخضاع المكلف بالضريبة لمعدلات ضريبية اقل من المعدلات السائدة، أو تقليص وعاء الضريبة مقابل الالتزام ببعض الشروط، كالمعدل المفروض على الأرباح المعاد استثمارها، أو التخفيضات الممنوحة لتجار الجملة و المنتجون في مجال الرسم على النشاط المهني نظر التزامهم بتقديم قائمة زبائنهم خلال سنة النشاط ، حيث يتم إخضاع المكلف بالضريبة لمعدلات ضريبي أقل مما هي مفروضة عليه ، كما يمكن أن تربط علاقة عكسية مع حجم المشروع، أي كلما زاد حجم المشروع كلما قلت معدلات الضريبة المفروضة، أم مع حجم العمالة، حيث كلما ضم المشروع عدد أكبر من اليد العاملة كانت المعدلات الضريبية أقل. (09)

I-3-3- القرض الضريبي:

يعتبر القرض الضريبي امتياز ضريبي يتعلق بفئة من الممولين الذين يتمتعون بشروط خاصة، و يتمثل في تخفيض مبلغ الضريبة المدفوع أخذا بعين الاعتبار قواعد الضريبة السارية المفعول، فيعمل القرض الضريبي على التخفيض من قيمة الضريبة المستحقة، و هو لا يمس قيمة المادة الخاضعة للضريبة، و لكنه يؤدي إلى تحقيق وفر ضريبي، و لا يتغير هذا القرض تبعا لسلم الاقتطاع التصاعدي؛ فإذا كان الوفر الضريبي أقل من الضريبة المستحقة يكون الممول في حالة قرض قابل للاسترجاع، و الجزء الذي يتجاوز الضريبة المستحقة يعطي مجالا لدفعة لصالح المكلف بالضريبة. (10)

I-3-4- إمكانية ترحيل الخسائر إلى سنوات لاحقة:

لامتصاص الآثار السلبية للضرائب من جهة، و تشجيع الاستثمارات الخاصة و زيادة التراكم الرأسمالي في اتجاه الأنشطة الاقتصادية المرغوبة من جهة أخرى، أوجد المشرع الجزائري تقنية ترحيل الخسائر إلى سنوات لاحقة، و يكون هذا الترحيل عن طريق خصمها من الأرباح و تحميلها إلى سنوات لاحقة باعتبار الربح هو المصدر الأول لتشجيع و إعادة استثمار و تنمية الموارد المتاحة. (11)

II - واقع المجازية الضريبية كآلية لتعزيز مناخ الاستثمار في الجزائر.

إن المزايا الممنوحة في إطار سياسة الجذب الضريبي الهادفة إلى إيجاد مناخ ملائم لخلق استثمارات تختلف بحسب أهمية الاستثمار و طبيعته و الهيئة المخول لها قانونا تقدير و منح هذه المزايا، فمن خلال الإطلاع على أحكام القانون رقم "09-16" المؤرخ في 03 أوت 2016 المتعلق بترقية الاستثمار، اتضح لنا أن هناك:

- مزايا مشتركة لكل الاستثمارات القابلة للاستفادة
- مزايا إضافية لفائدة النشاطات ذات الامتياز أو المنشئة لمناصب الشغل
- مزايا استثنائية لفائدة الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة للاقتصاد الوطني.

II-1- المزايا المشتركة لكل الاستثمارات القابلة للاستفادة:

إن الاستثمارات غير الواردة في القوائم السلبية و المسجلة طبقا لأحكام المادة "4" من القانون 09-16 المؤرخ في 03 أوت 2016، المتعلق بترقية الاستثمار، تستفيد بقوة القانون و بصفة آلية من مزايا الإنجاز الاستثمارات المنصوص عليه بالقانون السالف الذكر، فمجرد الحصول على شهادة التسجيل يتمكن المستثمر من الحصول على المزايا التي له الحق فيها لدى كل الإدارات و الهيئات المعنية، حيث يخضع الاستهلاك الفعلي لمزايا الإنجاز المتعلق بالاستثمار المسجل بما يلي: (12)

- الخضوع للنظام الجبائي الحقيقي.

- القيد في السجل التجاري.

- حيازة رقم التعريف الجبائي.

بالنسبة لمرحلة الاستغلال فتكون الاستفادة من المزايا على أساس محضر معاينة بناء على طلب المستثمر تعده المصالح الجبائية المختصة إقليميا، و على غرار التحفيزات الجبائية و شبه الجبائية و الجمركية المنصوص عليها في القانون العام، تستفيد الاستثمارات المعنية بالمزايا كم يلي: (13)

بالنسبة لمرحلة الإنجاز:

إن أجل الإنجاز يبدأ سريانه من تاريخ التسجيل المنصوص عليه في المادة "04" من القانون 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، كما يدون ذلك في شهادة التسجيل، و يستفيد المستثمر خلال هذه المرحلة من:

- الإعفاء من الحقوق الجمركية فيما يخص السلع المستوردة التي تدخل مباشرة في إنجاز الاستثمار.

- الإعفاء من الرسم على القيمة المضافة ، فيما يخص السلع و الخدمات المستوردة أو المقتناة محليا التي تدخل مباشرة في إنجاز الاستثمار.

- الإعفاء من دفع حق نقل الملكية بعوض و الرسم على الإشهار العقاري عن كل المقتنيات العقارية التي تتم في إطار الاستثمار المعني.

- الإعفاء من حقوق التسجيل و الرسم على الإشهار العقاري و مبالغ الأملاك الوطنية المتضمنة حق الامتياز على الأملاك العقارية المبنية و غير المبنية الموجهة لإنجاز المشاريع الاستثمارية.

- تخفيض بنسبة 90% من مبلغ الإتاوة الإيجازية السنوية المحددة من قبل مصالح أملاك الدولة خلال فترة إنجاز المشروع.

- الإعفاء لمدة عشر (10) سنوات من الرسم العقاري على الملكيات العقارية التي تدخل في إطار الاستثمار، ابتداء من تاريخ الاقتناء.

- الإعفاء من حقوق التسجيل فيما يخص العقود التأسيسية للشركات و الزيادات في رأس المال.

أما بالنسبة لمرحلة الاستغلال، فبعد معاينة الشروع في مرحلة الاستغلال بناء على محضر تعده المصالح الجبائية و بناء على طلب المستثمر، يستفيد هذا الأخير لمدة ثلاث (03) سنوات من المزايا التالية:

- الإعفاء من الضريبة على أرباح الشركات.

- الإعفاء من الرسم على النشاط المهني.

- تخفيض بنسبة 50% من مبلغ الإتاوة الإيجارية السنوية المحددة من قبل مصالح أملاك الدولة.

أما عن المناطق المحددة قائمتها عن طريق التنظيم، التابعة لمناطق الجنوب و الهضاب العليا، و كذا كل منطقة تتطلب تنميتها مساهمة خاصة من قبل الدولة، فتستفيد كالتالي: (14)

- تتكفل الدولة كلياً أو جزئياً ، بنفقات الأشغال المتعلقة بالمنشآت الأساسية الضرورية لإنجاز الاستثمار، و ذلك بعد تقييمها من قبل الدولة.

- التخفيض من مبلغ الإتاوة الإيجارية السنوية المحددة من قبل مصالح أملاك الدولة بعنوان منح الأراضي عن طريق الامتياز من أجل إنجاز مشاريع استثمارية.

. بالدينار الرمزي للمتر المربع (م²) لفترة عشرة (10) سنوات، و ترتفع هذه الفترة إلى 50% من مبلغ إتاوة أملاك الدولة بالنسبة للمشاريع الاستثمارية المقامة في المناطق التابعة للهضاب العليا و كذا المناطق الأخرى التي تتطلب تنميتها مساهمة خاصة من قبل الدولة.

بالدينار الرمزي للمتر المربع (م²) لفترة خمس عشرة (15) سنة، و ترتفع هذه الفترة إلى 50% من مبلغ إتاوة أملاك الدولة بالنسبة للمشاريع الاستثمارية المقامة في ولايات الجنوب الكبير.

بالنسبة لمرحلة الاستغلال، يستفيد المستثمر لمدة عشر (10) سنوات ابتداء من تاريخ الشروع في الاستغلال، و المحددة في محضر المعاينة الذي تعده المصالح الجبائية بناء على طلب المستثمر، يستفيد من المزايا التالية:

- الإعفاء من الضريبة على أرباح الشركات.

- الإعفاء من الرسم على النشاط المهني.

تجدر الإشارة إلى أن الاستثمارات التي يساوي أو يفوق مبلغها (5.000.000.000 دج) ، يخضع منح المزايا في هذه الحالة إلى الموافقة المسبقة من المجلس الوطني للاستثمار. (15)

II -2- المزايا الإضافية لفائدة النشاطات ذات الامتياز أو المنشئة لمناصب الشغل:

من خلال المادتين 12 و 13 من القانون (16-09) المتعلق بترقية الاستثمار أقر المشرع الجزائري بأنه لا تلغي المزايا الممنوحة من خلال هذا القانون تلك التحفيزات الجبائية و المالية الخاصة المنشأة بموجب التشريع المعمول به لفائدة النشاطات السياحية و النشاطات الصناعية و النشاطات الفلاحية.

إن وجود عدة مزايا من نفس الطبيعة سواء تلك المنشأة بموجب التشريع المعمول به أو تلك المنصوص عليها في هذا القانون لا يؤدي إلى تطبيقها معاً. حيث يستفيد المستثمر في هذه الحلة من التحفيز الأفضل. (16)

أما عن للاستثمارات المنجزة خارج مناطق الجنوب و الهضاب العليا ، و كل المناطق المشار إليها في المادة 13 من القانون السالف الذكر، ترفع مدة مزايا الاستغلال الممنوحة من ثلاث (3) سنوات إلى خمس (5) سنوات عندما تنشئ أكثر من مائة (100) منصب شغل دائم خلال الفترة الممتدة من تاريخ تسجيل الاستثمار إلى غاية نهاية السنة الأولى من مرحلة الاستغلال على الأكثر. (17)

II -3- المزايا الاستثنائية لفائدة الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة للاقتصاد الوطني:

تستفيد الاستثمارات التي تمثل أهمية خاصة للاقتصاد الوطني و المعدة على أساس اتفاقية متفاوض عليها بين المستثمر و الوكالة التي تتصرف باسم الدولة، تستفيد من المزايا استثنائية، و هذا بعد موافقة المجلس الوطني للاستثمار، و في هذه الحالة تحدد النصوص التنظيمية إجراءات مخالفة لمعالجة ملف طلب الاستفادة من المزايا الاستثنائية كما تحدد كذلك معايير تأهيل هذه المؤسسات.

في هذه الحالة، يمكن أن تتضمن المزايا الاستثنائية المذكورة أعلاه:

- تمديد مزايا الاستغلال المذكورة في المادة 12 من القانون 09-16 لفترة يمكن أن تصل إلى عشر (10) سنوات.

- منح إعفاء أو تخفيض طبقا للتشريع المعمول به للحقوق الجمركية و الجبائية و الرسوم و غيرها من الاقتطاعات الأخرى ذات الطابع الجبائي و الإعانات أو المساعدات أو الدعم المالي، و كذا كل التسهيلات التي قد تمنح بعنوان مرحلة الإنجاز التي يبدأ أجر سريانها من تاريخ تسجيل الاستثمار لدى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار.

يمكن منح امتيازات أخرى أو تخفيضات للحقوق و الضرائب أو الرسوم، بما في ذلك الرسم على القيمة المضافة المطبق على أسعار السلع المنتجة التي تدخل في إطار الأنشطة الصناعية الناشئة، و هذا لمدة لا تتجاوز خمس (05) سنوات. بالإضافة إلى الاستفادة من نظام الشراء بالإعفاء من الرسم على القيمة المضافة بالنسبة للمواد و المكونات التي تدخل في إنتاج السلع المستفيدة من الإعفاء من هذا الرسم. (18)

تجدر الإشارة إلى أن الإعفاءات الاستثنائية التي يمنحها المجلس الوطني للاستثمار لمثل هذا الصنف من الاستثمارات نصت الفقرة الثالثة (03) من المادة "18" من القانون 09-16 على إمكانية تحويلها للمتعاقدين مع المستثمر المستفيد، و المكلفين بإنجاز الاستثمار لحساب المستثمر الأصلي صاحب المشروع، و هذا بعد موافقة هذا المجلس.

و في الأخير يمكن القول أنه خلال مرحلة إنجاز المشروع أو بعد إعداد محاضر المعاينة المتعلقة بالدخول في مرحلة الاستغلال و بداية استفادة هذه الاستثمارات من المزايا الممنوحة في إطار "09-16" المتعلق بالاستثمار السالف الذكر، تخضع هذه الاستثمارات للمتابعة خلال فترة الإعفاء (إنجاز أو استغلال)، حيث يمكن حصر هذه المتابعة حسب الهيئات المعنية بما كالتالي: (19)

- تكمن مهمة الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار في مرافقة و مساعدة المستثمرين و كذا جمع مختلف المعلومات الإحصائية عن تقدم المشروع .
- تسهر الإدارتين الجبائية و الجمركية على احترام المستثمرين للالتزامات المكلفين بها و الواجبات المكتتبة في إطار المزايا الممنوحة و هذا طبقا لصلاحياتهم القانونية.
- تعمل إدارة الأملاك الوطنية على التأكد من وجهة الوعاء العقاري الممنوح امتياز من أجل إنجاز الاستثمار طبقا للبنود المنصوص عليها في عقد منح الامتياز.

- بالنسبة للصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية للعمال الأجراء، فيعمل على السهر على قيام المستثمر الذي استفاد من رفع مدة مزايا الاستغلال إلى خمس(05) سنوات نتيجة إحداه أكثر من 100 منصب شغل، و الاحتفاظ بعدد المستخدمين.

نصت المواد من "05" إلى "08" من المرسوم التنفيذي رقم 17-104 المؤرخ في 05 مارس سنة 2017، المتعلق بمتابعة الاستثمارات و العقوبات المطبقة في حالة عدم احترام الالتزامات و الواجبات المكتتبه أن هناك متابعة من طرف كل من مصالح الإدارة الجبائية و الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار بخصوص تقدم المشاريع الاستثمارية، و هذا عن طريق كشف سنوي يقدمه المستثمر عن تقدم مشروعه الاستثماري، و في حالة التخلف عن إيداعه، تتخذ إجراءات قانونية يمكن أن تصل بعد مرحلة الإعذار إلى حالة توقيف المزايا .

خاتمة: من خلال ما سبق يمكن القول بأن المشرع الجبائي الجزائري، اهتم مؤخرا بالبحث عن فرص الاستثمار خارج المحروقات، و أقر مجموعة من الصيغ و الآليات للجذب الضريبي ، و هذا من خلال سن قانون جديد لترقية الاستثمار سنة 2016، و عرض من خلاله مختلف حالات منح المزايا، و حدد شروطها و كفاءات الاستفادة منها، و الهياكل المكلفة بتسييرها.

من خلال ما سبق، توصلنا إلى النتائج التالية:

- تركز سياسة الجذب الضريبي على القطاعات التي تتميز بمزايا تنافسية.
- إن سياسة منح التحفيزات الضريبية لا تكون فعالة ما لم يكون هناك وضع أممي مستقر و بيئة مناسبة.
- إن سياسة الجذب الضريبي لا تعود بالفائدة فقط في مجال خلق استثمارات، بل توسيع قاعدة الإنتاجية و تقليص حجم البطالة و رفع نسبة النمو الاقتصادي بصفة عامة.

و رغم النتائج الإيجابية المحققة من خلال سياسة الجذب الضريبي و المساهمة في تعزيز مناخ الاستثمار في الجزائر، إلا أن هذه السياسات لم تبلغ هدفها و لم تحقق الغاية المرجوة بنسبة كبيرة ، و هذا نظرا لوجود العديد من العراقيل التي تعترض المستثمر، الأمر الذي يستدعي النظر في تحسين المناخ الاستثماري في الجزائر و الاستفادة من تجارب الدول الناجحة من خلال انتهاج هذه السياسات، لأن الحوافز لا تهم المستثمر بقدر ما يهمه العديد من العوامل الأخرى التي تساعد على تفعيل سياسة الجذب الضريبي، و التي نذكر منها على سبيل الاقتراح:

- التبسيط أكثر في إجراءات النظام الجبائي، و رقمنة القطاع، لاسيما بخصوص تفعيل طريقة التصريح و الدفع الإلكترونيين.
- خلق بطاقة اقتصادية وطنية تضم كل المعلومات التي تهم المستثمرين خاصة الأجانب.
- توسيع مجال استغلال البوابة الإلكترونية المحدثة لفائدة الكلفين بالضريبة المسيرة ملفاتهم من طرف مديرية كبريات المؤسسات"، لتضم كل المكلفين مهما كانت هيئة تسيير ملفاتهم الجبائية (مديرية ولائية للضرائب، مركز ضرائب أو مركز جوارى للضرائب).
- الحفاظ على استقرار و ثبات النصوص القانونية لاسيما الجبائية منها، التي تعرف تعديلات كثيرة و متكررة.
- التنظيم الدوري لأيام إعلامية حول الإجراءات المبسطة ضمن إجراءات النظام الجبائي و كل المجالات التي تهم المستثمرين.

قائمة الهوامش:

1. خلف الله زكرياء و حمزة الوافي، مداخلة حول " دور سياسة الجذب الضريبي في تشجيع الاستثمار مع الإشارة لتجربة الجزائر و المغرب، الملتقى الوطني الثالث ، أم البواقي، الجزائر، 2015.
2. عبد الباسط علي جاسم الزبيدي، التطورات المالية الدولية و أثرها على التشريع الضريبي، دار الياقوت للنشر و التوزيع، الأردن، 2012، ص:45.
3. عبد السلام أبو قحف، الأشكال و السياسات المختلفة للاستثمارات الأجنبية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، 2003، ص:65.
4. عبد المجيد قدي، مدخل إلى السياسات الاقتصادية الكلية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثانية، ص: 173.
5. المادة "282" مكرر 6 من قانون الضرائب المباشرة و الرسوم المماثلة. (محين إلى غاية صدور قانون المالية لسنة 2018).
6. القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 09 أكتوبر 1991 المتعلق بتحديد المناطق التي يجب ترقيةها.
7. المادة "282" مكرر 6 من قانون الضرائب المباشرة و الرسوم المماثلة، مرجع سابق.
8. فاطمة بن عبد العزيز، الضريبة و الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر، ملتقى وطني حول السياسة الجبائية الجزائرية في الألفية الثالثة، جامعة البليدة، 2003، ص:39.
9. المادة "219" من قانون الضرائب المباشرة و الرسوم المماثلة (محين إلى غاية صدور قانون المالية لسنة 2018).
10. خلف الله زكرياء و حمزة الوافي، مرجع سابق ص:09.
11. المادة: " 147 " من قانون الضرائب المباشرة و الرسوم المماثلة.
12. المادة "09" من القانون (09-16) المؤرخ في : 03 أوت 2016 المتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سابق.
13. المادة "12" من القانون (09-16) المؤرخ في : 03 أوت 2016 المتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سابق.
14. المادة "13" من القانون (09-16) المؤرخ في : 03 أوت 2016 المتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سابق.
15. المادة "14" من القانون (09-16) المؤرخ في : 03 أوت 2016 المتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سابق.
16. المادة "15" من القانون (09-16) المؤرخ في : 03 أوت 2016 المتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سابق.
17. المادة "16" من القانون (09-16) المؤرخ في : 03 أوت 2016 المتعلق بترقية الاستثمار، مرجع سابق.
18. المواد من "42" إلى "49" من قانون الرسم على الأعمال (محين إلى غاية صدور قانون المالية لسنة 2018).
19. المادة " 02 " من المرسوم التنفيذي رقم 17-104 المؤرخ في 05 مارس 2017 المتعلق بمتابعة الاستثمارات و العقوبات المطبقة في حالة عدم احترام الالتزامات و الواجبات المكتتبة.

تجارية شركة المهندسين الخبراء العقاريين بين النظرية وضرورة التطبيق

طالبة الدكتوراه : فروخ سميرة

أستاذة مساعدة قسم "ب"

كلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة يحي فارس بالمدينة - الجزائر

ملخص:

تمارس مهنة المهندس الخبير العقاري بشكل فردي عن طريق أشخاص طبيعية تتخذ من الطبوغرافيا نشاطا رسميا لها، كما تمارس في شكل شركة مدنية ، و هما نمطان تقليديان لم يعودا يشكلان الأطر القانونية المناسبة و الكافية للتصدي للتحديات التي تواجه مهنة المهندس الخبير العقاري و التي يفرضها محيط المهنة لاسيما مع تطور النظام القانوني لهذه المهنة الذي تشهد العديده من الدول على غرار باقي المهن الحرة.

فالتشريعات المقارنة بما فيها التشريع الفرنسي تولى أهمية قصوى للمهن الحرة ، و ليس هناك بد في الاقتداء بتجارهم الناجحة في هذا المجال، حيث يعتبر الإطار القانوني المتمثل في الشركات التجارية للمهن الحرة بصفة عامة و مهنة المهندس الخبير العقاري بصفة خاصة وسيلة قانونية هامة لتنمية هذه المهنة دون الاستغناء على الأقل مبدئيا عن الممارسة الفردية و الممارسة في شكل شركة مدنية لهذه المهن.

الكلمات المفتاحية: المهندس الخبير العقاري ، المهن الحرة، الشركة التجارية للمهن الحرة ، الشركة المدنية ، الممارسة الفردية للمهنة.

Summary:

The profession of the real estate expert engineer is practiced individually by persons who take topography as an official activity, as practiced also in the form of a civil society ,these are the traditional models that make no longer a form of appropriate legal frameworks to have a challenges facing the real estate engineer ;especially with the development of the legal system of this profession, this is witnessed by many countries like the rest of the free professions.

For the comparative legislations, such the French, gives a great importance to the free professions, and there is no need to follow their successful experiences in this field, where the legal framework of commercial companies for free professions in general and the profession of the real estate engineer in particular is an important legal tool to develop this profession without dispensing with the principle of individual practice in the form of a civil company for these professions.

Key Word : the real estate expert engineer ; the free professions, commercial companies for free professions , civil society, individual practice for professions.

مقدمة:

إن أهم ما يتميز به المهندس الخبير العقاري هو فهم العلوم الجيوديزية* والتمكن من التقنيات الطبوغرافية* ومعرفة التموقع عن طريق الأقمار الصناعية إضافة إلى تقنيات أخرى حديثة وقديمة، هذه المعارف تجعله ليس فقط في أفضل موضع من أجل توفير المعلومة الجغرافية بالشكل الصحيح لكل المستعملين، ولكن من حقه المطالبة بالأولوية عن طريق هيئة المهندسين الخبراء العقاريين - ذات الطابع النقابي - في المجالات التالية:

- الرفع الطبوغرافي بكل الوسائل الكلاسيكية والحديثة بجميع أنواع الأجهزة الأرضية، الجوية والفضائية.
 - المساهمة بإعداد الخرائط بكل أنواعها وتعيينها والمشاركة في العمليات الضرورية لإعدادها.
 - متابعة إنجاز المشاريع لا سيما في مجال الترقية العقارية، فأغلب المشاريع مروراً بأغلب التحصينات السكنية الفردية والجماعية لم تحترم فيها الأوعية العقارية المخصصة لها عدم الالتزام في إعداد الدراسات بعملية الربط بالنظام الجيوديزي¹، حيث تسند غالباً الدراسات التقنية في تلك المشاريع إلى مكاتب دراسات تقنية وطنية وأجنبية حاصلة على سجل تجاري فقط دون الاعتماد من هيئة المهندسين الخبراء العقاريين² مما يبعد هذه المهنة عن اختصاصها الأصيل.
- يمكن تكيف هذه المجالات كتحديات تواجه المهنة على غرار مساهمة المهندسين الخبراء العقاريين في عملية المسح العام للأراضي وعلى غرار ما سنستشره في المرحلة المستقبلية.

فبالنسبة لإسهام المهندسين الخبراء العقاريين في إعطاء دفع لعملية المسح العام للأراضي، فقد كان من بين الأسباب التي دفعت بالمشروع إلى تبني تنظيم ودور جديد لممارسة مهنة المهندس الخبير العقاري بموجب الأمر 95-08 المؤرخ في 01/02/1995 المتعلق بمهنة المهندس الخبير العقاري³ هي تنشيط وتفعيل عملية المسح العام للأراضي فأعطيت له مهام ذات صلة بأعمال المسح تمثلت في وضع المخططات

*- يقصد بالجيوديزية أو الجيوديسية علم تقسيم الأرض، حيث تتكون كلمة جيوديزيا من كلمتين يونانيتين (GEO) معناها (الأرض) و (desy) معناها (تقسيم)، وعرفت باللغة العربية ب(الجدس) وهي كلمة معربة أوردها المجمع العلمي العراقي في معجم مصطلحات علم المياه سنة 1973، تعتبر الجيوديزيا من فروع الرياضيات التطبيقية وتعنى بدراسة حجم الأرض وشكلها وقياس أجزاء باطنها وسطحها، وهي على أربعة فروع، جيوديزيا هندسية، طبيعية، فلكية، ساتلية، وهذه الأخيرة لم تعرف إلا بعد إطلاق أول قمر صناعي سنة 1957. راجع في ذلك الموقع الإلكتروني <https://ar.wikipedia.org/wiki/>

*- كلمة طبوغرافيا مصطلح يوناني مركب ويعني به الرسم أو التمثيل البياني للتضاريس. وتهتم الهندسة الطبوغرافية، الهندسة المساحية أو هندسة المساحة والخرائط بدراسة شكل وأبعاد الأرض والتفاصيل الطبيعية و الاصطناعية الموجودة على منطقة ما وتمثيلها على مخططات طبوغرافية يستفاد منها في جل مشاريع التخطيط والاستصلاح والبناء والأشغال واستعمالات الأرض في مختلف الاختصاصات، وهي من العلوم الهندسية الهامة جداً إذ يتعدى تنفيذ أي عمل هندسي من دون التخطيط المساحي فهي ملازمة لكل الاختصاصات الهندسية وتتم أيضاً بتقسيم الأراضي وتثبيت حدود الملكيات وتوقيع مختلف أجزاء المنشآت والمشاريع الهندسية وعناصرها الأساسية ومراقبة التحركات والتشوهات المحتملة لهذه العناصر. راجع في ذلك الموقع الإلكتروني www.usstr.org

1- سيدهم السبتى، المهام القانونية والإمكانات التقنية للمهندس الخبير العقاري، ملتقى دولي في إطار الجامعة الصيفية، تحت شعار المهندس الخبير العقاري، الجزائر، 2013، ص 06-08.

² - مجلة جوري كونسيلت نيوز، مهنة المهندس الخبير العقاري بين واقع الإدارة والقضاء، العدد الثاني، الجزائر، سبتمبر 2011، ص 16.

³ - الأمر 95-08 المؤرخ في 01/02/1995، المتعلق بمهنة المهندس الخبير العقاري، الجريدة الرسمية، عدد 20، لسنة 1995.

الطوبوغرافية والتصميمات الملحقة بالعقود الرسمية المعاينة للملكية العقارية، و وضع معالم الحدود بناء على طلب الأطراف أو عند تعيين الخبير من طرف القضاء.¹

كما تم إشراك المهندسين الخبراء العقاريين في عملية المسح العام للأراضي من خلال السماح للوكالة الوطنية لمسح الأراضي بأن تعهد لهم في إطار عقود التعامل الثانوي بتنفيذ العمليات الضرورية لإعداد المسح العام للأراضي وهو ما نصت عليه المادة 01 من قرار وزارة المالية المؤرخ في 13 مارس 1999 المتعلق بتنفيذ المهندسين الخبراء العقاريين للعمليات الضرورية لإعداد المسح العام للأراضي لحساب الوكالة الوطنية لمسح الأراضي.²

هذا وباستشراف المرحلة المستقبلية يمكن أن تواجه هذه المهنة تحديات أخرى تضاف إلى التحديات السابقة، حيث يتعلق الأمر بإمكانية انضمام الجزائر بالعضوية الكاملة لمنظمة التجارة العالمية وما يقتضيه من ضرورة التصديق على الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات (GATS) والتي جاءت كملحق لاتفاقية منظمة التجارة العالمية حيث تم التوقيع عليها بمدينة مراكش المغربية في أبريل 1994، وكانت قبلها قد أدرجت في ضمن جدول أعمال جولة أوروغواي التاسعة لاتفاقيات (الجات)(GAT) عام 1986، باقتراح من الولايات المتحدة الأمريكية، و لم يكن فرض مشروع اتفاقية (GATS) من طرف الولايات المتحدة الأمريكية بسهولة ويسر، لكن الأمر شهد تجاذبا حادا بين الدول الرأسمالية المتقدمة خلف الو. الم. الأمريكية وبين الدول النامية التي كانت مدركة لعدم قدرتها على منافسة خدمات الدول الأولى لعدم بلوغها ذات المستويات التقنية والعالمية.³

إن التحديات المشار إليها في الفقرة أعلاه ناجمة عما تفرضه الإتفاقية العامة للتجارة في الخدمات (GATS) من شروط على الدول الأعضاء تؤثر في الخدمات بصفة عامة بما في ذلك خدمات المهن الحرة.

حيث أوجدت الإتفاقية من خلال مادتها الأولى الفقرة الثانية، أربع آليات لتوريد الخدمات من بينها آليتين تستوعبان توريد خدمات المهن الحرة وهتين الآليتين هما:

- توريد الخدمة من خلال التواجد التجاري لمورد الخدمة من عضو ما في أراضي عضو آخر.
 - توريد الخدمة من خلال وجود أشخاص طبيعيين من موردي الخدمة في أراضي أي عضو آخر.⁴
- ليست مهنة المهندس الخبير العقاري في منأى عن التأثير بهذين البندين في حال التصديق على تلك الاتفاقية حيث يثير البند الأول أعلاه خطر مزاحمة المؤسسات المهنية الأجنبية لمثيلائها الوطنية.

¹ - عبد العزيز محمودي، آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، منشورات البغدادي، الجزائر، 2009، ص 88.

² - قرار وزارة المالية، المؤرخ في 13 / 02 / 1999، المتعلق بتنفيذ المهندسين الخبراء العقاريين للعمليات الضرورية لإعداد مسح الأراضي العام لحساب الوكالة الوطنية لمسح الأراضي، جريدة الرسمية، عدد 31 لسنة 1999.

³ - هاني دويدار، أثر الإتفاقية العامة للتجارة في الخدمات (GATS) في المهن الحرة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2001، ص 07-08.

⁴ - المرجع نفسه ، ص31.

أما البند الثاني والمتعلق بتقديم خدمات المهن الحرة من خلال انتقال أشخاص طبيعية من أراضي دولة عضو إلى أراضي دولة عضو أخرى والذي يعد الشكل الأكثر ملائمة لتوريد عدد كبير من الخدمات مثل الخدمات الاستشارية وخدمات الخبرة هو أيضا ليس بالتحدي الهين إذا نظرنا من زاوية المنافسة، ولا بالتحدي الجديد كونه قد تم تقنين مثل هذا البند عند إجازة المشرع الجزائري في المادة 04 من الأمر 95-08¹ للأجانب الأشخاص الطبيعيين بممارسة مهنة المهندس الخبير العقاري في الجزائر مع إخضاعها لترخيص رئيس المجلس الأعلى لهيئة المهندسين الخبراء العقاريين وربط صلاحية الرخصة بمدة سنة قابلة للتجديد، وهو تحدي سيزداد خطورة في حال التصديق على اتفاقية (GATS)، حيث تقضي هذه الاتفاقية بعدم جواز التحفظ على أي حكم من أحكامها دون موافقة الأطراف الأخرى في الاتفاقية، وذلك على عكس اتفاقية الجات (GATS) 1947 التي كانت عضويتها تتيح الموافقة على البعض دون الكل.²

بعد عرضنا للتحديات التي تواجه مهنة المهندس الخبير العقاري بات من الضروري معرفة الطرق أو الأنماط التي تمارس من خلالها هذه المهنة حيث تنص المادة 1/2 من الأمر رقم 95-08 المتعلق بمهنة المهندس الخبير العقاري³ على مايلي: « يمارس مهنة المهندس الخبير العقاري بموجب هذا الأمر كل شخص طبيعي يقوم بصفة رئيسية وباسمه الشخصي وتحت مسؤوليته بوضع المخططات الطبوغرافية والوثائق التقنية التي تلحق بالعقود الرسمية... ».

كما تنص المادة 39 من المرسوم التنفيذي رقم 96-95 المؤرخ في 1996/03/06 الذي يحدد كفاءات تنظيم هيكل مهنة المهندس الخبير العقاري وسيرها ويضبط طرق ممارستها⁴ تنص على ما يلي: « يمكن أن يؤسس مهندسان خبيران عقاريان أو أكثر مسجلين قانونا في قائمة الهيئة فيما بينهم مكتب مهندسين خبراء عقاريين يكتسي شكل شركة مدنية ».

من خلال هذين النصين نستشف أن هذه المهنة إما أن تمارس في شكل فردي عن طريق شخص طبيعي أو في شكل شركة مدنية، وعليه تأكد لدينا ضرورة المقاربة بين موضوعين وهما طرق ممارسة مهنة المهندس الخبير العقاري والتحديات التي تواجه هذه المهنة، وهو ما يقودنا لطرح الإشكالية التالية:

هل ممارسة مهنة المهندس الخبير العقاري في شكل فردي أو في شكل شركة مدنية أنماط قانونية كفيلة بمواجهة التحديات التي يفرضها محيط المهنة على المدنيين الحالي والمستقبلي؟ للإجابة على هذه الإشكالية نتبع خطة مكونة من مبحثين هما كالآتي:

¹ - الأمر رقم 95-08، مرجع سابق.

² - مراد عبد الفتاح، شرح النصوص العربية لاتفاقيات الجات ومنظمة التجارة العالمية، دار الكتب والوثائق المصرية، مصر، 1997، ص 544-545.

³ - الأمر رقم 95-08، مرجع سابق.

⁴ - المرسوم التنفيذي رقم 96-95 المؤرخ في 1996/03/06، احدد لكفاءات تنظيم هيكل مهنة المهندس الخبير العقاري وسيرها ويضبط طرق ممارستها، الجريدة الرسمية، عدد 17، السنة 1996

المبحث الأول: ممارسة مهنة المهندس الخبير العقاري بشكل فردي أو عن طريق شركة مدنية: أنماط تقليدية عاجزة على مواجهة تحديات المهنة.

حيث يتكون هذا المبحث من مطلبين يتعلق الأول بالممارسة الفردية لمهنة المهندس الخبير العقاري باعتبارها النمط الأقدم والأكثر شيوعا في الجزائر، أما المطلب الثاني فيتعلق بممارسة مهنة المهندس الخبير العقاري في شكل شركة مدنية باعتبار هذه الأخيرة إطار قانوني كلاسيكي لممارسة هذه المهنة.

المبحث الثاني: تجارية شركة المهندسين الخبراء العقاريين: ضرورة يقابلها واجب مراعاة الطابع المهني للشركة.

حيث يتكون هذا المبحث هو الآخر من مطلبين يتعلق الأول بتجارية شركة المهندسين الخبراء العقاريين كإطار قانوني أنسب لمواجهة تحديات المهنة، أما المطلب الثاني فيتعلق بضرورة تكييف أحكام الشركة التجارية ومقتضيات الطابع المهني لمهنة المهندس الخبير العقاري.

أما بخصوص المناهج المتبعة في هذا المقال فقد اعتمدت على المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية والتنظيمية المتعلقة بالموضوع، كما وظفت المنهج المقارن في إطار إثراء فكرة تجارية شركة المهندسين الخبراء العقاريين باعتبارها لا تزال فكرة نظرية في الجزائر .

من ناحية أخرى يعتبر هذا الموضوع ذو أهمية قصوى حيث يسלט الضوء على جزئية دقيقة تتعلق بنمط جديد لممارسة مهنة المهندس الخبير العقاري، وتندرج هذه الجزئية ضمن موضوع هو الآخر دقيق، تقني وقانوني في نفس الوقت وهو مهنة المهندس الخبير العقاري، ولذلك فمعالجة هذه الجزئية تعتبر خطوة هامة تحتاج إلى خطوات باحثين آخرين خصوصا وأن المواضيع المرتبطة بهذه المهنة لم تحظى بالدراسات القانونية الكافية على الرغم من الأهمية العملية لها لاسيما أمام القضاء وأشخاص القانون الخاص وحتى أشخاص القانون العام.

وفيما يخص الهدف من هذا المقال فيتمثل في التّنظير لإطار قانوني جديد لممارسة مهنة المهندس الخبير العقاري يتمثل في الشركة التجارية للمهندسين الخبراء العقاريين يمكن أن تدعم به الأطر القانونية القائمة حاليا في الجزائر لممارسة ذات المهنة والمتمثلة في الممارسة الفردية عن طريق شخص طبيعي، والممارسة في شكل شركة مدنية.

المبحث الأول: ممارسة مهنة المهندس الخبير العقاري في شكل فردي أو عن طريق شركة مدنية: أمماط تقليدية عاجزة عن مواجهة تحديات المهنة.

شهدت مهنة المهندس الخبير العقاري فراغا قانونيا كبيرا أدى إلى ممارسات غير صحيحة لها، فلم تكن هناك شروط تضبط ممارستها وتحدد طرق تلك الممارسة إلى غاية سنة 1995¹ تاريخ صدور الأمر رقم 95-08 المتعلق بمهنة المهندس الخبير العقاري، والمرسوم التنفيذي 56-95 المحدد لكيفيات تنظيم هيكل مهنة المهندس الخبير العقاري وسيرها ويضبط طرق ممارستها، حيث أوجد المشرع طريقتين لممارسة هذه المهنة كما سبق وأن أشرنا، تتمثل في النمط الفردي عن طريق شخص طبيعي، والممارسة في شكل شركة مدنية.

المطلب الأول: الممارسة الفردية لمهنة المهندس الخبير العقاري: الطريقة الأقدم والأكثر شيوعا في الجزائر.

استغل الفراغ الذي شهدته مهنة المهندس الخبير العقاري في ممارستها من طرف العديد من الأشخاص الطبيعية أصحاب مهن حرة مختلفة لا سيما المهندسين المعماريين والمهندسين في الاسمنت المسلح ورجال القانون وحتى المحاسبين،² وعليه عند صدور الأمر رقم 95-08 أعلاه وفي مادته 02 لم يشير إلى الممارسة في شكل شركة بل سائر الوضع السائد أي الممارسة الفردية وحددها بضوابط فقط، من بينها أن تكون الهندسة الطبوغرافية هي الصفة الرئيسية لنشاط الخبير، وذلك بهدف إبعاد أي أشكال التطفل على المهنة فكان هذا النمط هو الأكثر شيوعا في الجزائر.

غير أن ممارسة المهن الحرة بشكل فردي هو شكل تقليدي لممارسة هذه المهن بالمقارنة مع الشكل المؤسسي لتقديم ذات الخدمات والذي يعتمد على الإطار التنظيمي لإنتاج الخدمة بقر ما يعتمد على كفاءة المهنيين داخل المؤسسة، بل إن الشكل المؤسسي لخدمات المهن الحرة كاد أن يصبح الأصل في إنتاج هذه الخدمات في الدول الرأسمالية المتقدمة، مما أدى إلى اطراد تأسيس المشروعات المهنية على أسس رأسمالية سمحت بتقليل تكلفة إنتاج الخدمة وبالتالي تقديمها إلى المستهلك بأثمان تقل عن تلك التي يطلبها المهني الفردي.³

المطلب الثاني: الشركة المدنية للمهندسين الخبراء العقاريين: إطار قانوني كلاسيكي لممارسة المهنة بشكل جماعي.

باستقراء نص المادة 39 من المرسوم التنفيذي 69-95 المشار إليه أعلاه نستنتج أن المشرع جعل ممارسة مهنة المهندس العقاري في شكل شركة مدنية استثناء على الممارسة الفردية حيث نص على إمكانية تأسيس مهندسان خبيران عقاريان أو أكثر مسجلين في قائمة الهيئة فيما بينهم مكتب مهندسين خبراء عقاريين يكتسي شكل شركة مدنية.⁴

¹ - اسماعين شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 122.

² - المرجع نفسه، ص 122.

³ - هاني دويدار، مرجع سابق، ص 33.

⁴ - المادة 39 من المرسوم 95-96، مرجع سابق.

إن اتخاذ الشركة المدنية كإطار لمباشرة نشاط معين يثير حتما التفرقة الشهيرة بين الأعمال المدنية والأعمال التجارية¹. فالنشاط المهني هو بطبيعته نشاط مدني وهذا ما يميزه عن الأنشطة التجارية أو الصناعية وعليه فالأصل - وهو ما اتخذته المشرع الجزائري في المادة 39 من المرسوم أعلاه- أن تخضع المهن الحرة لقواعد القانون المدني باعتبارها أعمالا مدنية طالما كان أصحابها يمارسونها في إطارها الطبيعي المتعارف عليه، ويرجع ذلك إلى أن ما يقدمه هؤلاء من أعمال للجماهير غير مسبوق بشراء بل هو نتاج مجهودهم الذهني وما لديهم من علم وخبرة، على أن النشاط التجاري لأصحاب المهن الحرة غير مستبعد تماما مع بقاء الطابع المدني لأعمال المهن الحرة قائما ولو اقتزنت مزاوتها بأعمال أخرى ذات صبغة تجارية، شريطة ألا يكون نطاق هذه الأعمال التجارية من الاتساع بحيث تغلب على النشاط الرئيسي لصاحب المهنة الحرة.

وأكثر من ذلك فقد كان للتمييز بين النشاط التجاري والنشاط المدني أهمية قصوى فيما يتعلق بخضوع الأول دون الثاني لأحكام الإفلاس.²

رغم ما سبق ذكره إلا أن طبيعة العمل موضوع الشركة كمعيار لتحديد نوعها قد تضاءلت أهميته في ضوء تزايد اللجوء إلى بعض أشكال الشركات التجارية واتخاذها إطارا لمباشرة العديد من الأنشطة المدنية.³

كما يظهر تراجع هذا المعيار من خلال عدم اقتصار القيد في السجل التجاري على التجار وحدهم بل إن الشركات المدنية أيضا ملزمة بالقيد في السجل التجاري⁴، بل وأبعد من ذلك فقد لجأت بعض التشريعات إلى تطبيق أحكام الإفلاس على الشركات المدنية بسبب مقومات هذا الأخير كونه يفضي إلى تصفية أموال المدين وهو إجراء حائث للمتعاملين مع الشركات المدنية.⁵

ولا تتوقف مظاهر الضعف التي نالت من المعيار الموضوعي للتمييز بين الشركات المدنية والشركات التجارية عند هذا الحد، فمع اتساع نطاق التجارية « LA commercialité » فإن الأعمال التجارية قد استغرقت العديد من الأنشطة التي تنسم في الأصل بالمدنية.⁶

بناء على ما سبق لجأت العديد من التشريعات بما في ذلك التشريع الفرنسي إلى إقرار المعيار الشكلي بموجب القانون 1966 المتضمن القانون التجاري الفرنسي الجديد، حيث تكتسب الشركة صفة تجارية مهما كان غرضها متى اتخذت شكل شركة التضامن أو التوصية البسيطة أو المساهمة أو التوصية بالأسهم أو ذات المسؤولية المحدودة، وقصر المشرع الفرنسي الممارسة الحرة تحت أحد أشكال

¹ - مراد منير فهميم، نحو قانون واحد للشركات، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1991، ص 02.

² - محمد السيد الفقي، تحرير خدمات المهن الحرة ومبادرة الجمع بين الكفاءة المهنية والتمويل، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص 10.

³ - المرجع نفسه، ص 12.

⁴ - المرجع نفسه، ص 14.

⁵ - مصطفى طه، الأوراق التجارية والإفلاس، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2001، ص 312.

⁶ - محمد سيد الفقي، مرجع سابق، ص 16.

الشركات التجارية على بعض المهن فقط بما في ذلك مهنة المهندس الخبير العقاري Le Géometre Expert نظرا لما تحتاجه تلك المهن من كفاءة مهنية وتمويل¹.

المبحث الثاني: تجارية شركة المهندسين الخبراء العقاريين: ضرورة يقابلها واجب مراعاة الطابع المهني للشركة.

نعالج هذا المبحث من خلال مطلبين يتعلق الأول بمدى ملائمة الإطار القانوني الحالي للشركة المهندسين الخبراء العقاريين كشركة مدنية، نبرز من خلاله أهمية الأخذ بتجارية هذه الشركات، أو على الأقل تدعيم النظام القانوني القائم أي الممارسة الفردية والممارسة في شكل شركة مدنية بنظام قانوني جديد وهو الممارسة في شكل شركة تجارية نظرا لما تفرضه التحديات التي تواجه هذه المهنة من حشد كافة الإمكانيات بما فيها إتاحة أطر قانونية متعددة للممارسة، وفي المطلب الثاني نعرض تكييف أحكام الشركة التجارية مع الطابع المهني.

المطلب الأول: تجارية شركة المهندسين الخبراء العقاريين: الإطار القانوني الأنسب لمواجهة تحديات المهنة.

نظرا لأن مجال الشركات التجارية أصبح يستوعب الكثير من الصور الاقتصادية التي تسعى لتحقيق هدف مشترك بين مجموعة من الأشخاص، فإن الشركة المدنية أصبحت مجالها ضيقا على الأقل فيما يتعلق بالجانب العملي، حيث لا تكاد تذكر الشركات المدنية أمام العدد الهائل للشركات التجارية، كما زاد من تهميش الشركات المدنية إقبال الأشخاص على ممارسة نشاط مدني تحت تسمية شركة تجارية²، وذلك لأسباب عدة كأن يكون السبب هو تكوين رأس مال كبير، فيجعلونها متخذة لشكل شركة مساهمة³.

وليست شركات المهن الحرة في منأى عن هذا التوجه، فالأمر يتعلق بثورة حقيقية في مجال المهن الحرة من شأنها حتما تيسير نمو عدد كبير من هذه المهن التي ظلت لفترة طويلة حبيسة إطار قانوني لم يعد يلاءمها، فبفضل الشركات التجارية للمهن الحرة يصبح متاحا للمهني اللجوء إلى رأس المال الخارجي في الحدود المقررة قانونا.

كما قد تتكون شركة تجارية بين عدد من المهنيين الذين ينتمون لقطاع واحد دون تخصص واحد، عكس الشركة المدنية للمهندسين الخبراء العقاريين أين نص المشرع في المادة 39 من المرسوم أعلاه أنها تتكون من مهندسان خبيران عقاريان أو أكثر⁴، حيث تتيح هذه الميزة لهذه المهنة تفادي مزاحمة مكاتب الدراسات التقنية التي تتعدد فيها التخصصات.

¹ - مُجّد سيد الفقي، مرجع سابق، ص 17-18.

² - سرايش زكرياء، الوجيز في العقود الخاصة، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2017، ص 64.

³ - المرجع نفسه، ص 68.

⁴ - المرسوم رقم 96-95، مرجع سابق.

إن ممارسة المهن الحرة في شكل شركة تجارية يشكل وجه هام للاستثمار في تلك المهن كما يدعمها في مواجهة المنافسة الخارجية، أيضا فإن ممارسة المهن الحرة في شكل شركة تجارية يؤدي إلى إمكانية إنشاء علامة تجارية وبالتالي تتمين المعرفة الفنية.¹

المطلب الثاني: ضرورة تكييف أحكام الشركة التجارية ومقتضيات الطابع المهني لمهنة المهندس الخبير العقاري.

مع تعارض بعض أحكام الشركات التجارية وطبيعة النشاط المهني الحر واستقلال ممارسيه تكون الحاجة ملحة إلى تنظيم خاص لشركات المهن الحرة التي تتخذ شكلا تجاريا تتم الموازنة به بين متطلبات رأس المال وخصائص العمل المهني، وهذه الموازنة تقتضي مخالفة القواعد العامة للشركات التجارية في أكثر من موضع، وهذا ما ذهبت إليه التجربة الفرنسية في قانون الشركات المهنية التجارية رقم 1258.90 المؤرخ في 31 ديسمبر 1991²، فمن أهم مواضع المخالفة الواردة في هذا القانون والتي يمكن أن يعتمدها المشرع الجزائري إذا رغب في إيجاد بناء قانوني جديد لمهنة الخبير المهندس العقاري ما يلي:

الفرع الأول: رأسمال شركات المهن الحرة التجارية.

إن التمويل يشكل عصب النظام القانوني لشركات المهن الحرة التجارية فإلى جانب المزاوون لنشاط المهن الحرة بأنفسهم داخل الشركة أجاز المشرع الفرنسي امتلاك حصة من رأس مال الشركة من طرف أية أشخاص طبيعية أو معنوية ولو لم تكن تمارس النشاط الحر داخل الشركة المعنية، بل وأجاز فتح باب امتلاك رأس المال للغير من خارج المعسكر المهني في مهن معنوية دون مهن أخرى منها مهنة المساحة أو مهنة المهندس الخبير العقاري Le Géomètre expert طبقا للمرسوم رقم 92-619 الخاص بخبراء المساحة³.

استغلت التجربة الفرنسية في الشركات المهنية التجارية مبدأ أغلبية رأس المال الذي يميز قانون الشركات في مجمله، وذلك دائما في إطار الموازنة بين متطلبات رأس المال واحترام الطابع الشخصي المميز للمهن الحرة، حيث أوجب المشرع الفرنسي أن يجوز أولئك الذين يزاولون بأنفسهم النشاط المهني داخل الشركة أكثر من نصف رأس المال وحقوق التصويت فيها، ويعرف هذا الشرط بمبدأ السلامة Le ptincipe de sécurité الذي يراد به سيطرة أصحاب المهنة الحرة العاملين في الشركة على قراراتها ورقابة أعمالها، أما بالنسبة لأقلية رأس المال وحقوق التصويت فيمكن أن يجوزها أي من الشركاء الأشخاص الطبيعية والاعتبارية ولو لم تكن تمارس النشاط الحر داخل الشركة المعنية.⁴

¹ - محمد السيد الفقي، مرجع سابق، ص 29.

² - محمد سيد الفقي، المرجع نفسه، ص 31.

³ - محمد السيد الفقي، مرجع سابق، ص 50 - 59.

⁴ - المرجع نفسه، ص 50.

الفرع الثاني: محل شركات المهن الحرة التجارية

فيما يخص محل الشركة المهنية التجارية فإن إنشائها يقتصر على مباشرة نوعية معينة من الأنشطة دون غيرها، وبالتالي فهي غير قابلة لتقديم ثوب قانوني لأي نشاط آخر خلاف الذي حدده القانون وهذا تصديا لإمكانية انتحال الصفة كون المهن الحرة بما في ذلك مهنة المهندس الخبير العقاري قوامها الاعتبار الشخصي، وفي ذلك بلا شك خروج عن القواعد العامة أين يمكن أن تكون الشركة التجارية كإطار لممارسة أي نشاط طالما كان معنيا ومشروعا.¹

الفرع الثالث: الاختصاص القضائي والإثبات في منازعات شركات المهن الحرة التجارية

يتم منح الاختصاص بنظر الدعاوى التي تكون إحدى هذه الشركات طرف فيها للمحاكم المدنية رغم اتخاذ الشركة شكلا تجاريا، ويجوز للشركاء أن يتفقوا في نظام الشركة على اللجوء إلى التحكيم فيما يتعلق بالمنازعة الناشئة بينهم بسبب الشركة²، ومرد ذلك في رأينا أن القضاء المدني هو صاحب الاختصاص الأصيل كون المهن الحرة تقوم على النتاج الذهني والاعتبار الشخصي فهي أعمال مدنية غير مسبوقه بشراء.

أما فيما يخص طرق الإثبات فالمشرع الفرنسي أخضع المنازعات التي تكون إحدى الشركات التجارية للمهن الحرة طرفا فيها إلى مبدأ الإثبات الحر، وقد تجر هذه الشركات على تقديم دفاترها التجارية أما القضاء³.

الفرع الرابع: مسؤولية الشركاء في شركات المهن الحرة التجارية.

على خلاف الوضع في شركات الأموال والتي الأصل فيها اعتبار الشريك مسؤولا مسؤولية محدودة بقدر حصته، إلا أن المشرع الفرنسي في المادة 16 من قانون 1990.12 المؤرخ في 31 ديسمبر 1990 المتعلق بالشركات التجارية المهنية اعتبر الشريك مسؤولا في مجموع ذمته المالية عن كافة الأعمال المهنية التي يؤديها، كما تعد الشركة ليست فقط مسؤولة مسؤولية مطلقة عن أعمالها الخاصة، بل متضامنة مع الشريك عن الأعمال المهنية التي قام بها.⁴

¹ -kertim Peglow. **Le contrat de société en droit allemand et en droit Français**. L. G. D. J. 2003. France. P 235.

² -Olivier Caprasse. **Les sociétés et l'arbitrage**. DELTA, LADJ. 2002. France ; P33.

³ - محمد السيد الفقي، المرجع السابق، ص 38.

⁴ - Dominique Vidal et Kevin Luciano. **Cours de droit Spécial des sociétés**. 1^{ère} édition . 2015- 2016. Gualino. L'extenso édition. 2015. France. P 238.

أما الشريك المتضامن في التوصية بالأسهم المهنية فهو مسؤول مسؤولية شخصية وتضامنية عن ديون الشركة، هذا وقد أوجد المشرع الفرنسي نصوصا خاصة تعنى بأشكال معينة من تلك الشركات أريد بها تدعيم المهن الحرة والحفاظ على أديباتها في مواجهة رأسمالية الشركات التي تباشرها.¹

لقد حذى المشرع الجزائري حذو والمشرع الفرنسي عندما أقر في المادة 41 من المرسوم 96 - 95 المذكور ما يلي:

" يكون شركاء مكتب المهندسين الخبراء العقاريين مسؤولين شخصيا وتضامنية عن أعمال الشركة"².

فباستقراء نص هذه المادة نلاحظ خروج المشرع الجزائري عن القواعد العامة المقررة في المادة 335 من القانون المدني التي نصت على أن لا تضامن بين الشركاء فيما هم مسؤولون عنه من ديون الشركة إلا إذا وجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك.³

إن خروج المشرع عن قواعد العامة هنا ليس له ما يبرره، فالمشرع الفرنسي خرج عن قواعد العامة في المسؤولية عن ديون الشركة عندما اعتمد المعيار الشكلي واعتبر بعض شركات المهن الحرة بما فيها شركة المهندسين الخبراء العقاريين شكل من أشكال الشركات التجارية، بينما المشرع الجزائري ينص صراحة على كون شركة المهندسين الخبراء العقاريين شركة مدنية في المادة 39 من المرسوم 96 - 95 أعلاه ودون أي استثناء أو إحالة إلى أحكام القانون التجاري لا سيما شركة التضامن، وعليه ينبغي إعادة النظر في نص المادة 41 من المرسوم أعلاه بما يتماشى مع المادة 39 من ذات المرسوم، أو استبقائها ضمن أحكام جديدة يقرّ فيها إمكانية ممارسة مهنة المهندس الخبير العقاري في شكل شركة تجارية.

خاتمة:

ختاما لما سبق ومن خلال معالجتنا لهذا الموضوع الذي أبدينا فيه طرحا نظريا على غاية من الأهمية يتعلق بتجارية شركة المهندسين الخبراء العقاريين ويرتبط بتنمية هذه المهنة وجعل ممارستها قادرين على مواجهة كل التحديات الحالية والمستقبلية التي تحيط بالمهنة خلصنا إلى مجموعة من النتائج نوردتها فيما يلي:

- اكتفاء المشرع الجزائري لدى اصداره لأول نص ينظم المهنة و هو الأمر 95-08 المتعلق بتنظيم مهنة المهندس الخبير العقاري بتقنين الممارسة الفردية وتحديدها بضوابط وذلك كخطوة أولى تهدف إلى إبعاد كل اشكال التطفل على المهنة.
- اقرار المشرع لإمكانية ممارسة هذه المهنة في شكل شركة مدنية بموجب المرسوم التنفيذي 96-95 الذي يحدد كفاءات تنظيم هياكل مهنة المهندس الخبير العقاري وسيورها ويضبط طرق ممارستها، معتمدا في ذلك على المعيار الموضوعي الذي مفاده أن طبيعة العمل موضوع الشركة يحدد نوعها كون مهنة المهندس الخبير العقاري نشاط مدني، غير ان هذا المعيار تضاءلت أهميته في ضوء إقرار التشريعات المقارنة لإمكانية ممارسة أنشطة مدنية في إطار بعض أشكال الشركات التجارية .

¹ - مُجّد السيد الفقي، المرجع السابق، ص 71 وما يليها.

² - المرسوم 96-95، مرجع سابق.

³ - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، عدد 78، لسنة 1975.

- ممارسة العديد من الأنشطة المدنية في إطار شركات تجارية يرجع إلى كون هته الأخيرة تتيح للشركاء تكوين رأسمال كبير، وتمكنهم حتى من اللجوء إلى رأس المال الخارجي بضوابط يراعى فيها الطابع المهني واستقلالية الممارسين.

- ممارسة المهن الحرة بما في ذلك مهنة المهندس الخبير العقاري في شكل شركة تجارية تمكن من تجميع كفاءات مهنية تنتمي إلى قطاع واحد دون اشتراط تخصص واحد، مما يمكنها من الاضطلاع بالمشاريع الكبرى، عكس الشركة المدنية التي يشترط فيها تخصص واحد للشركاء، فبالنسبة للشركة المدنية للمهندسين الخبراء العقاريين اشترط المشرع في المادة 39 أعلاه أن تتكون من خبيران مهندسان عقاريان أو أكثر، وهذا يؤدي إلى مزاحمة مكاتب الدراسات التقنية.

- الأخذ بتجارية شركة المهندسين الخبراء العقاريين في إطار متطلبات رأس المال يقابله واجب مراعاة الطابع المهني لأعمالها، ويتأتى ذلك بمخالفة القواعد العامة للشركات التجارية في المواضيع التي تتعارض مع طبيعة النشاط المهني الحر واستقلالية ممارسيه.

بعد عرضنا للنتائج المتوصل إليها من خلال هته الدراسة، ارتأينا إبداء مجموعة من **التوصيات** العملية نوردتها فيما يلي:

- ضرورة الأخذ بتجارية شركة المهندسين الخبراء العقاريين مع استبقاء نمط الممارسة الفردية والممارسة في شكل شركة مدنية قائما، وهذا يمثل في حد ذاته خطوة هامة في تدعيم هذه المهنة بكافة الوسائل القانونية اللازمة لمواجهة التحديات الملقاة على عاتق الممارسين لها .

- ضرورة الإقتداء بالتجارب المقارنة الناجحة من طرف المشرع الجزائري إذا ما رغب في إيجاد بناء قانوني جديد للمهن الحرة بصفة عامة، ومهنة المهندس الخبير العقاري بصفة خاصة، نظرا لأن النظام القانوني لهذه المهنة فتي ومسبوق بفرغ قانوني كبير .

- ينبغي إعادة النظر في الأمر رقم 95-08 المتعلق بمهنة المهندس الخبير العقاري لا سيما من حيث طرق ممارستها ، لكونه جاء في ظروف كانت تقتضي خطوة مبدئية وهي تقنين المهنة لاجتناب الممارسات غير الصحيحة لها من طرف الأشخاص غير المختصين(مهندسين معماريين، محاسبين، رجال القانون... إلخ)، حيث لم يعد هذا الإطار القانوني يلاءم هذه المهنة في ظل التحديات الحالية والمستقبلية التي تحيط بها.

- ينبغي تثمين الكفاءات الوطنية المتخصصة في هذا المجال و الإعثناء بما كما ونوعا، وذلك بإشراك كل القطاعات ذات الصلة (قطاع المالية ، قطاع التعليم العالي والبحث العلمي، قطاع العدالة... إلخ).

- ينبغي إدراج تخصص العلوم الجيوديزية والطبوغرافية ضمن المنظومة الجامعية ،، فلا يعقل ألا تخرج الجامعة الجزائرية مهندسين خبراء عقاريين بينما تخرج مهندسين معماريين ومهندسين مدنيين، فعلى المستوى الوطني يتخرج ثلاثة وثلاثون مهندسا خبيرا عقاريا كل ثلاث سنوات، الأمر الذي أدى إلى ارتفاع سعر خدماتهم ووجود شلل في حل المشاكل العقارية التي يعد المهندسين الخبراء العقاريين فاعلين رئيسيين في الإسهام في حلها، كما أدى نقص عدد هؤلاء إلى بقاء الطابع الفردي الكلاسيكي لممارسة المهنة هو الأكثر شيوعاً في الجزائر.

قائمة المراجع:

باللغة العربية:

أ_الكتب:

01. مراد منير فهميم، نحو قانون واحد للشركات، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1991.
02. مراد عبد الفتاح، شرح النصوص العربية لاتفاقيات الجات ومنظمة التجارة العالمية، دار الكتب والوثائق المصرية، مصر، 1997.
03. هاني دويدار، أثر الإتفاقية العامة للتجارة في الخدمات (GATS) في المهن الحرة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2001.
04. مصطفى طه، الأوراق التجارية والإفلاس، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2001.
05. اسماعيل شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دار هومة، الجزائر، 2002.
06. محمد السيد الفقي، تحرير خدمات المهن الحرة ومبادرة الجمع بين الكفاءة المهنية والتمويل، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005.
07. عبد العزيز محمودي، آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، منشورات البغدادي، الجزائر، 2009.
08. سرايش زكرياء، الوجيز في العقود الخاصة، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2017.

ب _ المجلات:

01. مجلة جوري كونسيلت نيوز، مهنة المهندس الخبير العقاري بين واقع الإدارة والقضاء، العدد الثاني، الجزائر، سبتمبر 2011.

ج _ الملتقيات:

01. سيدهم السبتي، المهام القانونية والإمكانات التقنية للمهندس الخبير العقاري، ملتقى دولي في إطار الجامعة الصيفية، تحت شعار المهندس الخبير العقاري، الجزائر، 2013.

د_ النصوص القانونية:

الأوامر:

01. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، عدد 78، لسنة 1975.
02. الأمر رقم 95-08 المؤرخ في 01/02/1995، المتعلق بمهنة المهندس الخبير العقاري، الجريدة الرسمية، عدد 20، لسنة 1995.

المراسيم:

01. المرسوم التنفيذي رقم 96-95 المؤرخ في 06/03/1996، المحدد لكيفيات تنظيم هيكل مهنة المهندس الخبير العقاري وسيرها ويضبط طرق ممارستها، الجريدة الرسمية، عدد 17، لسنة 1996.

القرارات:

01. قرار وزارة المالية، المؤرخ في 13/02/1999، المتعلق بتنفيذ المهندسين الخبراء العقاريين للعمليات الضرورية لإعداد مسح الأراضي العام لحساب الوكالة الوطنية لمسح الأراضي، جريدة الرسمية، عدد 31 لسنة 1999.

هـ- المواقع الإلكترونية:

01. الموقع الإلكتروني <https://ar.wikipedia.org/wiki/>

02. الموقع الإلكتروني www.usstr.org

باللغة الفرنسية:

- 1- Olivier Caprassé , Les sociétés et l'arbitrage, DELTA, LADJ, 2002, France .
- 2- Kertim Peglow, Le contrat de société en droit allemand et en droit Français, L. G. D. J, 2003, France.
- 3- Dominique Vidalet Kevin Luciano, Cours de droit Spécial des sociétés, 1^{ere} édition, 2015-2016, Gualino, L'extenso édition, 2015, France.

تحويل نمط استغلال الوقف الفلاحي المسترجع من الدولة إلى حق إيجار في التشريع الجزائري

ط.د/سعدان شطبية، كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة يحي فارس المدية، تخصص قانون خاص

saadanechetiba@outlook.com

ملخص:

لقد أقر المشرع بموجب قانون الأوقاف، أن الأملاك الوقفية التي أمتت في إطار أحكام الأمر المتضمن الثورة الزراعية تسترجع، إذا ثبتت بإحدى الطرق الشرعية و القانونية، وتؤول إلى الجهات التي أوقفت عليها أساسا وفي حالة انعدام الموقوف عليه تؤول إلى السلطة المكلفة بالأوقاف، وبعد صدور المرسوم التنفيذي رقم 70/14 المحدد لشروط و كفيات إيجار الأراضي الوقفية المخصصة للفلاحة، أقر أنه يستمر في استغلال وتنمية الأملاك الوقفية الفلاحية المسترجعة من الدولة و كذا الأملاك السطحية المتصلة بها بعقد إيجار يخضع لنظام خاص يعوض نمط الاستغلال السابق، وتبعاً لهذا صدر قرار وزاري مشترك يحدد كفيات تحويل حق الانتفاع أو حق الامتياز إلى حق إيجار بالنسبة للأراضي الوقفية المخصصة للفلاحة المسترجعة من الدولة.

الكلمات المفتاحية: حق الانتفاع، حق الامتياز، إيجار الوقف.

Abstract: The legislator approved by the law of wakfs property, that wakfs goods nationalized under the provisions of the ordinance bearing agrarian revolution, will be restored, if it is established that they are such according to Islamic sharia and in the legality , and will be devolved to the initial recipients, failing these, they will be devolved to the authority in charge of wakfs. And after the publication of Executive Decree n° 14/70 laying down the terms and conditions for the rental of Wakfs land for agriculture, approved that the exploitation and the fruiting of the agricultural wakfs property restored by the State and the superficiaries are maintained by a lease subject to a specific regime which replaces the previous mode of exploitation, and consequently, it was released interministerial decreeeelfelf the modalities of conversion of the right of perpetual enjoyment or the right of concession in right of rental of wakfs lands for agriculture restored by the State.

Key words: the right of perpetual enjoyment; the right of concession; rental of wakf.

مقدمة:

لقد قامت الدولة الجزائرية بتأميم العديد من الأراضي الفلاحية الوقفية، وذلك تطبيقاً لأحكام الأمر رقم 73/71 المؤرخ في 1971/11/08 المتعلق بالثورة الزراعية، واعتبرت من بين الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية المدججة في الصندوق الوطني للثورة الزراعية، دون أي مراعاة لأحكام الشريعة الإسلامية، وكذا الأحكام القانونية التي تنص على حماية الأملاك الوقفية والعمل على تجسيد إرادة الواقف وتنفيذها واحترامها، المنصوص عليها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 283/64 المؤرخ في 1964/10/07 والمتضمن الأملاك الحبسية العامة، ولقد تم الإبقاء على هذا الخرق والعمل به إلى غاية صدور قانون الأوقاف 11/91 وقانون التوجيه العقاري 95/26 المعدل والمتمم للقانون 25/90 ، بحيث أقر المشرع بالخطأ التشريعي الذي وقع منه، ونص صراحة على حق استرجاع الأراضي الفلاحية الوقفية المؤممة إلى ملاكها الأصليين.

وبعد صدور المرسوم التنفيذي رقم 70/14 المؤرخ في 10 فبراير 2014، المحدد لشروط و كفاءات إيجار الأراضي الوقفية المخصصة للفلاحة، أقر المشرع بموجب المادة 24 من هذا المرسوم، أنه يستمر في استغلال وتنمية الأملاك الوقفية الفلاحية المسترجعة من الدولة و كذا الأملاك السطحية المتصلة بها بعقد إيجار يخضع لنظام خاص يعوض نمط الاستغلال السابق، أي نص على تحويل النمط السابق لاستغلال الأراضي الفلاحية الوقفية، والتي كانت تستغل في إطار المستثمرات الفلاحية الجماعية و الفردية عن طريق حق الانتفاع الدائم، والذي يمنح بموجب عقد رسمي أو قرار من الوالي، أو عن طريق حق الامتياز في إطار القانون رقم 03/10 المؤرخ في 15 غشت 2010 الذي يحدد شروط و كفاءات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، وهذا حسب المادة 25 من المرسوم 70/14 السابق الذكر.

فيما ألزمت المادة 29 من نفس المرسوم أعضاء المستثمرات الفلاحية المنصوص عليهم في المادة 25، أن يقوموا في أجل سنة من تاريخ نشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية، بإيداع طلباتهم لدى الديوان الوطني للأراضي الفلاحية لتحويل حق الانتفاع الدائم أو حق الامتياز إلى حق إيجار، بالتنسيق مع السلطة المكلفة بالأوقاف.

ونصت الفقرة الأخيرة من المادة 29 السابق ذكرها، على أنه تحدد كفاءات تطبيق هذه المادة عند الاقتضاء، بقرار مشترك بين الوزير المكلف بالمالية والوزير المكلف بالشؤون الدينية والأوقاف والوزير المكلف بالفلاحة والتنمية الريفية.

وتطبيقاً لأحكام المادة السابقة صدر قرار وزاري مشترك، مؤرخ في 20 سبتمبر سنة 2016، الذي يهدف إلى تحديد كفاءات تحويل حق الانتفاع أو حق الامتياز إلى حق إيجار بالنسبة للأراضي الوقفية المخصصة للفلاحة المسترجعة من الدولة.

ومن هنا يمكن طرح الإشكالية التالية:

- هل وفق المشرع في وضع آليات قانونية كفيلة باسترجاع الأراضي الفلاحية الوقفية المؤممة وتحويل نمط استغلالها السابق إلى حق إيجار؟

وللإجابة على هذه الإشكالية سنحاول تحديد إجراءات عملية استرجاع الأراضي الفلاحية الوقفية وكذا إجراءات تحويل نمط استغلالها السابق و المتمثل في حق الانتفاع الدائم و حق الامتياز إلى حق إيجار.

بناء على ما تقدم قسمت هذه الورقة البحثية إلى:

المحور الأول: استرجاع الأراضي الفلاحية الوقفية المؤممة

أولاً: شروط استرجاع الأراضي الفلاحية الوقفية المؤممة

ثانياً: إجراءات استرجاع الأراضي الفلاحية الوقفية المؤممة

المحور الثاني: تحويل نمط الاستغلال السابق للوقف الفلاحي إلى حق إيجار

أولاً: مفهوم تحويل نمط الاستغلال السابق للوقف الفلاحي إلى حق إيجار

ثانياً: إجراءات تحويل نمط الاستغلال السابق للوقف الفلاحي إلى حق إيجار

المحور الأول: استرجاع الأراضي الفلاحية الوقفية المؤممة

سأتناول في هذا المحور شروط استرجاع الأراضي الفلاحية الوقفية المؤممة، ثم أبين الإجراءات المتبعة للقيام بهذه العملية.

أولاً: شروط استرجاع الأراضي الفلاحية الوقفية المؤممة

يمكن استخلاص شروط استرجاع الأراضي الفلاحية الوقفية المؤممة من نص المادة 38 من قانون الأوقاف 10/91¹، بحيث تنص على أنه "تسترجع الأملاك الوقفية التي أمتت في إطار أحكام الأمر رقم 73/71 المؤرخ في 08 نوفمبر 1971 والمتضمن الثورة الزراعية إذا ثبتت بإحدى الطرق الشرعية و القانونية، وتؤول إلى الجهات التي أوقفت عليها أساساً وفي حالة انعدام الموقوف عليه تؤول إلى السلطة المكلفة بالأوقاف.

وما فوت منها باستحالة استرجاع العين الموقوفة وجب تعويضها وفقاً للإجراءات المعمول بها مع مراعاة أحكام المادة 02 أعلاه."

نستنتج من نص المادة الشروط التالية:

1- أن يثبت الوقف بإحدى الطرق الشرعية و القانونية:

تقع قرينة إثبات الوقف على عاتق الموقوف عليهم سواء كان الوقف عاماً أو خاصاً، فإذا تعلق الأمر بالوقف الخاص (الأهلي، الذري) وجب إثباته من طرف الموقوف عليهم، وذلك عن طريق تقديم عقد الوقف أو أية وثيقة تثبت أنهم المنتفعين بالوقف وقت عملية التأميم، أو يتم إثبات الوقف من طرف جمعية المسلمين أو الجهة المكلفة بإدارة وتسيير الأملاك الوقفية، وهي الجهة الوصية في حالة انعدام الموقوف عليه الشرعي².

2- أن يحتفظ الوقف بوجهته الفلاحية الأصلية:

أي أن تكون العين الموقوفة قد احتفظت بوجهتها الفلاحية الأصلية وقت مباشرة إجراءات الاسترجاع من طرف الموقوف عليهم، أما إذا لم تحتفظ بطبيعتها الأصلية كأن تصبح أرض عمرانية أو تكون تعرضت للضياع و الاندثار، ففي هذه الحالة يستحيل استرجاع الأرض الوقفية الفلاحية، وهنا يتم تعويض الموقوف عليهم تعويضاً عينياً مع مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية³، وهو ما أشارت إليه الفقرة الثانية من المادة 38 من قانون الأوقاف السابقة الذكر، وكذا المادة 76 من قانون التوجيه العقاري⁴، التي تنص على استرجاع حقوق الملكية للأشخاص الطبيعيين ذوي الجنسية الجزائرية، الذين أمتت أراضيهم أو تبرعوا بها في إطار الأمر المتعلق بالثورة الزراعية، شريطة أن لا تكون الأراضي المعنية قد فقدت طابعها الفلاحي، وفي حالة العكس فإن ملاكها يعوضون نقدياً أو عينياً.

¹ مؤرخ في 27 أبريل سنة 1991، (ج ر 21 مؤرخة في 08/05/1991)، معدل و متمم بالقانون رقم 01/07 مؤرخ في 22 مايو سنة 2001 (ج ر 29 مؤرخة في 23/05/2001)، وبالقانون 02/10 مؤرخ في 14 ديسمبر سنة 2002 (ج ر 83 مؤرخة في 15/12/2002).

² رامول خالد، الإطار القانوني و التنظيمي للأملاك الوقف في الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع-الجزائر، الطبعة الثالثة 2013، ص 110.

³ رامول خالد، المرجع السابق، ص 111.

⁴ قانون رقم 90/25 مؤرخ في 18 نوفمبر سنة 1990، (ج ر 49 مؤرخة في 18/11/1990)، معدل و متمم بالأمر رقم 95/26 مؤرخ في 25 سبتمبر سنة 1995، (ج ر 55 مؤرخة في 27/09/1995).

وحسب نفس المادة تفقد الأراضي طبيعتها الفلاحية عندما يستعمل وعاؤها لغرض البناء، أو عندما تتغير وجهتها الفلاحية وتحول عن طريق أدوات التهيئة والتعمير.

ثانياً: إجراءات استرجاع الأراضي الفلاحية الوقفية المؤممة

لقد أحالت المادة 39 من قانون الأوقاف إجراءات التسوية إلى أحكام المواد 78-79-80-81-82 من قانون التوجيه العقاري، وبالرجوع للمادة 81 من قانون التوجيه العقاري نجد أن طلب الاسترجاع يقدم من المالك الأصلي، وهنا تحل الجهة الموقوفة عليها أو السلطة الوصية المكلفة بالأوقاف محل المالك الأصلي حسب المادة 40 من قانون الأوقاف، ويرفق الطلب حسب المادة 81 من قانون التوجيه العقاري، بملف يوجهه إلى الوالي المختص إقليمياً وذلك في أجل اثني عشر (12) شهراً ابتداءً من تاريخ نشر قانون التوجيه العقاري، غير أن هذا الأجل لا يعتد به بالنسبة لاسترجاع الأراضي الفلاحية الوقفية حسب نص المادة 40 من قانون الأوقاف، التي تنص على أن الآجال المنصوص عليها في المادة 81 من قانون التوجيه العقاري لا تؤخذ بعين الاعتبار.

ونصت المادة 02/81 على أنه يتم تحديد وثائق ملف الاسترجاع عن طريق التنظيم، وتبعاً لهذا صدر مرسوم تنفيذي رقم 119/96¹ يحدد قائمة الوثائق اللازمة التي يتكون منها ملف رد الأراضي الفلاحية المؤممة أو المتبرع بها بعنوان الثورة الزراعية أو بعنوان وضعها تحت حماية الدولة، بحيث نصت المادة 02 منه على أن "الوثائق المنصوص عليها أعلاه هي:

- طلب رد الأراضي الفلاحية يقدمه المعني.
- قرار التأميم أو التبرع، أو الوضع تحت حماية الدولة أو أية وثيقة أخرى تثبت ذلك.
- عقد الملكية الرسمي أو أي سند قانوني آخر يثبت ملكية الأراضي أو حيازتها.
- استمارة يسحبها المعني من مديرية المصالح الفلاحية في الولاية و يكمل مضمونها.

وحسب المادة 82 من قانون التوجيه العقاري تدرس الملفات لجنة ولائمة متساوية الأعضاء، تضم ممثلين للإدارة، وعدداً متساوياً من المنتخبين المحليين وممثلي جمعيات الملاك و المستثمرين الفلاحين وتجمعاتهم المعتمدة قانوناً، بالإضافة إلى ممثل السلطة المكلفة بالأوقاف حسب المنشور الوزاري المشترك²، و قرار اللجنة قابل للطعن بالطرق القانونية المقررة.

وبعدما نصت المادة 38 من قانون الأوقاف على مبدأ استرجاع أراضي الوقف المؤممة، صدر منشور وزاري مشترك يحدد كليات استرجاع الأراضي الوقفية التي أدمجت في الصندوق الوطني للثورة الزراعية، وكليات تسوية أوضاع المستفيدين المستغلين لهذه الأراضي طبقاً لأحكام المادة 39 من قانون الأوقاف وذلك وفقاً للآتي:

¹ مؤرخ في 6 أبريل 1996، يحدد كليات تطبيق المادة 11 من الأمر رقم 95/26 المعدل و المتمم للقانون 90/25 و المتضمن قانون التوجيه العقاري (ج ر 22 مؤرخة في 10/04/1996).

² مؤرخ في 06/01/1992، ينص على تطبيق المادة 38 من قانون الأوقاف.

1- الوقف العام:

نص المنشور الوزاري المشترك على أن أراضي الوقف العام تعود إلى المؤسسات التي كانت تشرف عليها، قبل تطبيق الثورة الزراعية، ويعتبر المستفيدون الحاليون مستأجرين، بعد الاتفاق و التراضي طبقا للمادة 42 من قانون الأوقاف، التي تنص على أنه " تؤجر الأملاك الوقفية وفقا للأحكام التشريعية و التنظيمية السارية، المفعول مع مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية".

وفي حالة رفض المستفيدين أن يكونوا مستأجرين يعوضون بأراضي من قطع الأملاك الوطنية، في نفس البلدية أو في بلدية أخرى مناسبة، وفي حالة تعذر هذا الإجراء يعوضون ماليا.

2- الوقف الخاص:

ورد في المنشور الوزاري المشترك أن الأوقاف الخاصة تعود إلى الموقوف عليهم وتبقى تحت تصرفهم، طبقا لأحكام المادة 22 من قانون الأوقاف و يعوض " المستفيد " بأرض أخرى في نفس البلدية أو في بلدية أخرى.

وفي حالة تعذر تحويل المستفيدين إلى أراضي أخرى، فإن هؤلاء يمكنهم الاتفاق مع الموقوف عليهم على استمرار الملك الوقفي، بالصيغة التي يتفق عليها الطرفان ولا تتنافى مع أحكام الوقف، وذلك ريثما يتم تحويلهم أو تعويضهم ماديا.

وفي حالة تنازل الموقوف عليهم عن حقهم في المنفعة، تؤول العين الموقوفة إلى الأوقاف العامة، وتؤجر للمستفيدين طبقا للفقرة المتعلقة بالوقف العام.

كما نص المنشور الوزاري المشترك أن جميع الأراضي الوقفية العامة و الخاصة الموضوعة تحت حماية الدولة تصبح وفقا عاما، وتوضع تحت سلطة الجهة المكلفة بالأوقاف، طبقا للمادة الثامنة من قانون الأوقاف، الفقرة الخامسة و السادسة، و التي جاءت كالآتي:

الفقرة 5 " الأملاك التي تظهر تدريجيا بناء على وثائق رسمية أو شهادات أشخاص عدول من الأهالي وسكان المنطقة التي يقع فيها العقار. "

الفقرة 6 " الأوقاف الثابتة بعقود شرعية وضمت إلى أملاك الدولة أو الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين. "

3- الحالات المشتركة بين الوقف العام والوقف الخاص:

لقد ورد في المنشور الوزاري المشترك -السابق الذكر-، جملة من الأحكام المشتركة بين الوقف العام والوقف الخاص و التي وردت كالآتي:

أ- إذا فقدت الأرض طبيعتها الفلاحية، أو أدمجت في المحيط العمراني، أو نزعت لفائدة المصلحة العامة، وجب تعويضها طبقا لأحكام المادتين 24 و 28 من قانون الأوقاف.

ب- يحول المستفيدون وغير المستفيدين و ذوو حقوقهم ، الشاغلون أو المستغلون لمسكن أو محلات مشيدة على أراضي وقفية إلى مستأجرين، طبقا لأحكام المادة 25 من قانون الأوقاف.

ت- تكلف بتطبيق هذا المنشور اللجنة المنشأة بمقتضى المادة 82 من قانون رقم 25/90 ، موسعة إلى ممثل السلطة المكلفة بالأوقاف مع مراعاة المادة 40 من قانون الأوقاف.

ث- لا تسري أحكام القانون رقم 19/87 المؤرخ في 08 ديسمبر 1987 على هذه الأراضي الوقفية والعقارات ومستغليها الحاليين.
ج- المنشآت الأساسية و الأعراس، والتجهيزات الثابتة المحدث في الأراضي موضوع الاسترجاع، والتي أنجزت بعد مرحلة التأميم، هي جزء من العين الموقوفة، طبقا للمادة 25 من قانون الأوقاف، و تسوى حالات النزاع التي تحدث بين المستفيدين والمستغلين و الموقوف عليهم، عن طريق التراضي وفي حالة عدم التراضي يلجأ إلى الجهات القضائية المختصة.

المحور الثاني: تحويل نمط الاستغلال السابق للوقف الفلاحي إلى حق إيجار

سأتناول في هذا المحور مفهوم تحويل نمط استغلال الوقف الفلاحي المسترجع إلى حق إيجار، ثم أبين الإجراءات المتبعة للقيام بعملية التحويل.

أولا: مفهوم تحويل نمط الاستغلال السابق للوقف الفلاحي إلى حق إيجار

يقصد بنمط الاستغلال السابق للوقف الفلاحي، هو حق الانتفاع الدائم و حق الامتياز، لذا سأبين تعريف كل من الوقف الفلاحي وحق الانتفاع الدائم وحق الامتياز وكذا حق الإيجار.

1- تعريف الوقف الفلاحي:

المشروع الجزائري لم يعرف الوقف الفلاحي، إلا أنه عرف الوقف في المادة 03 من قانون الأوقاف على أنه "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد و التصديق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر و الخير".

و عرف بموجب المادة 04 من قانون التوجيه العقاري، الأرض الفلاحية أو ذات الوجه الفلاحية بقوله "الأرض الفلاحية أو ذات الوجهة الفلاحية في مفهوم هذا القانون هي كل أرض تنتج بتدخل الإنسان سنويا أو خلال عدة سنوات إنتاجا يستهلكه البشر أو الحيوان أو يستهلك في الصناعة استهلاكاً مباشراً أو بعد تحويله".

فالمشروع لم يفرق بين الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الوطنية أو الأراضي الفلاحية الوقفية أو الأراضي التابعة للخواص، وهذا راجع لاتحاد الوظيفة الاجتماعية و الاقتصادية¹.

أما المادة 02/04 من المرسوم التنفيذي المحدد لشروط و كفاءات إيجار الأراضي الوقفية المخصصة للفلاحة² فقد أشارت إليه بقولها "الأراضي الوقفية المخصصة للفلاحة المؤجرة يكون الانتفاع بما قصد تنميتها و استغلالها استغلالاً أمثل وجعلها منتجة وتدعى في صلب النص (أرض و قفية فلاحية)".

¹ كريم حرز الله، التنظيم القانوني لتقييم الأراضي الفلاحية في الجزائر، مقال منشور بمجلة الدراسات القانونية، المجلد 2، العدد 2، الصفحة 48.

² مرسوم تنفيذي رقم 70/14 المؤرخ في 10 فبراير سنة 2014، يحدد شروط و كفاءات إيجار الأراضي الوقفية المخصصة للفلاحة (ج ر عدد 09 المؤرخة في 20 فبراير 2014).

2- تعريف حق الانتفاع الدائم:

المشرع الجزائري لم يعرف حق الانتفاع الدائم، وإنما نص على طرق اكتساب حق الانتفاع في المادة 844 من القانون المدني¹، وذلك عن طريق التعاقد وبالشفعة وبالتقدم أو بمقتضى القانون، كما يجوز أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص متعاقدين بشرط أن يكونوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية، كما يجوز أن يوصى به للحمل المستكن.

وبالرجوع إلى الفقه الفرنسي نجد يعرف حق الانتفاع على النحو التالي " حق الانتفاع هو الحق العيني في الانتفاع بشيء مملوك للغير، بشرط الاحتفاظ بذات الشيء لرده إلى صاحبه عند نهاية حق الانتفاع، الذي يجب أن ينتهي حتما بموت المنتفع"².

ويمكن استخلاص تعريف حق الانتفاع الدائم بناء على المواد 06 و07 من القانون 19/87³ على أنه " حق استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية، والذي يمنح بموجب عقد إداري لأعضاء المستثمرات الجماعية أو الفردية، ويحول لهم حق امتلاك جميع الممتلكات المكونة لذمة المستثمر ماعدا الأرض، وذلك مقابل دفع إتاوة يحدد وعاؤها وكيفية تحصيلها وتخصيصها في قوانين المالية".

3- تعريف حق الامتياز:

لقد عرفت المادة 03 من القانون 16/08⁴ الامتياز بأنه " عقد تمنح بموجبه السلطة المانحة لشخص حق استغلال العقارات الفلاحية لمدة محددة مقابل دفع إتاوة سنوية". غير أن تعريف الامتياز في هذه المادة جاء عاما يشمل عدة تأويلات، ولهذا جاءت المادة 04 من القانون 03/10⁵ بتعريف أوسع عكس ما تضمنته المادة السابقة⁶، بحيث نص على أنه " هو ذلك العقد الذي تمنح بموجبه الدولة شخصا طبيعيا من جنسية جزائرية يدعى في صلب النص المستثمر صاحب الامتياز، حق استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، وكذا الاملاك السطحية المتصلة بها، بناء على دفتر شروط يحدد عن طريق التنظيم، لمدة أقصاها أربعون (40) سنة قابلة للتجديد مقابل دفع إتاوة سنوية، تضبط كيفية تحديدها وتحصيلها وتخصيصها بموجب قانون المالية".

فالامتياز هو عقد إداري، والذي يعد سبب من أسباب كسب حق الانتفاع الممارس على الأراضي الفلاحية، تمنح بموجبه الدولة أرض فلاحية للأشخاص الطبيعيين الذين يتمتعون بالجنسية الجزائرية باسم كل مستثمر وعلى الشيوخ وبمخصص متساوية⁷.

¹ الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، المعدل و المتمم .

² نقلا عن عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج9، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المنفردة عن الملكية (حق الانتفاع وحق الارتفاق)، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، ص1201.

³ المؤرخ في 8 ديسمبر 1987، يتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم.

⁴ المؤرخ في 03 غشت 2008، يتضمن التوجيه الفلاحي (ج ر عدد 46 مؤرخة في 10/08/2008).

⁵ المؤرخ في 15 غشت 2010، يحدد شروط وكيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة (ج ر عدد 46 في 18/08/2010).

⁶ كحيل كريمة، تحويل حق الانتفاع الدائم إلى حق امتياز في ظل القانون 10/03، دار هومة- الجزائر 2014، ص 13.

⁷ جبار جميلة، أثر تغيير نمط استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية الخاصة و انعكاسه على التنمية الاقتصادية، مقال منشور بمجلة الدراسات القانونية، المجلد 2، العدد 2، ص 26.

4- تعريف حق الإيجار:

المشروع لم يعرف مصطلح " حق الإيجار" وإنما أشار في المادة 24 من المرسوم التنفيذي 70/14 على أنه عقد إيجار، ولكنه يخضع لنظام خاص يعوض نمط الاستغلال السابق للوقف الفلاحي، فالمشروع أطلق عليه مصطلح حق إيجار، كون أنه حق لأعضاء المستثمرات الفلاحية الجماعية و الفردية الحائزون على حق الانتفاع الدائم أو حق امتياز على الوقف الفلاحي المسترجع من الدولة. وهذا الحق يتمثل في الاستمرار باستغلال الأراضي الفلاحية الوقفية عن طريق عقد الإيجار يخضع لنظام خاص، بحيث لا تمر إجراءات منحه عن طريق المزاد العلني.

ولكن عرف المشروع عقد إيجار الأراضي الفلاحية الوقفية بموجب المادة 04 من المرسوم التنفيذي 70/14 على أنه كل عقد تؤجر به السلطة المكلفة بالأوقاف، إلى شخص مستأجر أرضا وقفية مخصصة للفلاحة.

ثانيا: إجراءات تحويل نمط الاستغلال السابق للوقف الفلاحي إلى حق إيجار:

لقد نصت المادة 24 من المرسوم التنفيذي 70/14 على أنه يستمر في استغلال وتنمية الأملاك الوقفية الفلاحية المسترجعة من الدولة و كذا الأملاك السطحية المتصلة بها بعقد إيجار يخضع لنظام خاص يعوض نمط الاستغلال السابق.

وحسب المادة 25 من نفس المرسوم، يستفيد من الإيجار الذي يخضع لنظام خاص أعضاء المستثمرات الفلاحية الجماعية و الفردية الحائزون على حق الانتفاع الدائم بموجب عقد رسمي أو قرار من الوالي، كما يخضع لهذا الإجراء أعضاء المستثمرات الفلاحية الجماعية أو الفردية الحائزون حق امتياز في إطار القانون 03/10، فيما ألزمت المادة 29 من نفس المرسوم، أعضاء المستثمرات الفلاحية المنصوص عليهم في المادة 25 السابق ذكرها، أن يقوموا في أجل سنة واحدة (1) ابتداء من تاريخ نشر المرسوم التنفيذي 70/14 في الجريدة الرسمية (أي ابتداء من تاريخ 20 فيفري 2014)، بإيداع طلباتهم لدى الديوان الوطني للأراضي الفلاحية لتحويل حق الانتفاع الدائم أو حق الامتياز إلى حق إيجار، وذلك بالتنسيق مع السلطة المكلفة بالأوقاف. وعند انقضاء الأجل (سنة)، تقوم السلطة المكلفة بالأوقاف بتوجيه إعدارين متتالين بفترة شهر واحد (1) يثبتها محضر قضائي، ويعتبر المستغلين أو الورثة الذين لم يودعوا طلباتهم متخليين عن حقوقهم. وفي هذه الحالة تسترجع السلطة المكلفة بالأوقاف بكل الطرق الأراضي الوقفية الفلاحية و الأملاك السطحية المرتبطة بها، ويتم إيجارها وفق أحكام المرسوم التنفيذي 70/14¹.

1- طلب تحويل حق الانتفاع الدائم أو حق الامتياز إلى حق إيجار:

يودع طلب تحويل حق الانتفاع الدائم أو حق الامتياز إلى حق إيجار، بصفة فردية من طرف كل عضو في مستثمرة جماعية أو فردية لدى الديوان الوطني للأراضي الفلاحية².

يجب أن يشتمل ملف تحويل حق الانتفاع الدائم أو حق الامتياز إلى حق إيجار على ما يأتي:

¹ الفقرة 02 و 03 من المادة 29 من المرسوم التنفيذي 14/70، السابق الذكر.

² المادة 02 من القرار الوزاري المشترك، المؤرخ في 20 سبتمبر سنة 2016، يحدد كيفيات تحويل حق الانتفاع الدائم أو حق الامتياز إلى حق إيجار بالنسبة للأراضي الوقفية المخصصة للفلاحة المسترجعة من الدولة (ج ر عدد 60 المؤرخة في 13 أكتوبر سنة 2016).

- استمارة تملأ وفق النموذج الوارد في الملحق الثالث من المرسوم التنفيذي رقم 70/14.
- نسخة من بطاقة التعريف الوطنية.
- نسخة من مخطط تحديد أو رسم الحدود، وفي حالة البلديات المشمولة بعملية المسح، يتم إيداع مستخرج من مخطط مسح الأراضي.
- تصريح شرطي يقدمه المستثمر مصادقا عليه، يتضمن جرداً محيناً، ويتم ضبطه من طرف رئيس القسم الفرعي للفلاحة.
- شهادة إبراء ذمة تثبت تسديد الحقوق.
- نسخة من شهادة لتقييم بالنسبة لأصحاب عقود الامتياز.
- توكيل يتم إعداده أمام الموثق لأحد الورثة لتمثيلهم لدى الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، في حالة وفاة صاحب العقد المشهر أو القرار¹.

2- إعداد عقد إيجار الوقف الفلاحي المسترجع من الدولة:

يقوم الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، بعد دراسة الملف، بإجراءات التوقيع على دفتر شروط إيجار الأراضي الوقفية الواردة في الملحق الثالث بالمرسوم التنفيذي رقم 70/14².

ثم يرسل الملف المستوفي لجميع الوثائق إلى إدارة الشؤون الدينية و الأوقاف قصد توقيع دفتر الشروط الإيجار³.

ويؤجل العمل بإجراء تحويل حق الانتفاع الدائم أو حق الامتياز إلى حق إيجار في حالة وجود نزاع قضائي تكون المستثمرة طرفاً فيه، إلى غاية فصل الجهة القضائية فيه نهائياً⁴.

وفي حالة عدم وجود نزاع قضائي، أو وجد نزاع وتم الفصل فيه من طرف الجهة القضائية المختصة بحكم نهائي، تقوم السلطة المكلفة بالأوقاف بإعداد عقد الإيجار باسم كل مستثمر، أو بعقد إيجار بخصص متساوية باسم كل مستثمر في حالة المستثمرة الفلاحية الجماعية، وإذا تعلق الأمر بالورثة يعد عقد الإيجار باسم كل الورثة مع تحديد موكلهم⁵.

ويحدد الإيجار لمدة أقصاها أربعون (40) سنة قابلة للتجديد مقابل دفع إيجار سنوي عند إعداد العقد⁶، ويجب على كل مستأجر أن يدفع للصندوق المركزي للأوقاف الإيجار السنوي الذي تساوي قيمته مبلغ الإتاوة السنوية المنصوص عليه في القانون رقم 03/10، المحددة في قانون المالية⁷.

ويكرس الإيجار بعقد يخضع للإشهار العقاري، تعده السلطة المكلفة بالأوقاف باسم كل مستأجر معني¹، بحيث يقوم الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، بناء على دفتر الشروط المذكور في المادة 28 من المرسوم التنفيذي 70/14، الموقع من المستأجر، وبناء على عقد الإيجار المشهر في المحافظة العقارية، بتسجيل المستثمرة الفلاحية في بطاقيّة المستثمرات الفلاحية مع إشارة " أرض فلاحية وقفية "².

¹ المادة 03 من القرار الوزاري المشترك، السابق ذكره.

² المادة 01/04 من القرار الوزاري المشترك، السابق ذكره.

³ المادة 02/04 القرار الوزاري المشترك، السابق ذكره.

⁴ المادة 05 من القرار الوزاري المشترك، السابق ذكره.

⁵ المادة 06 من القرار الوزاري المشترك، السابق ذكره.

⁶ المادة 26 من المرسوم التنفيذي 70/14، السابق ذكره.

⁷ المادة 27 من المرسوم التنفيذي 70/14، السابق ذكره.

وبعد استيفاء إجراءات التسجيل والشهر العقاري، ترسل السلطة المكلفة بالأوقاف عقد الإيجار إلى الديوان الوطني للأراضي الفلاحية قصد تبليغه إلى المستأجر³.

فيما نصت المادة 32 من المرسوم التنفيذي 70/14، على صلاحية كل من السلطة المكلفة بالأوقاف والديوان الوطني للأراضي الفلاحية بممارسة الرقابة على المستثمرة الفلاحية الوقفية وذلك في أي وقت.

نتائج البحث:

في الأخير توصلنا إلى جملة من النتائج يمكن صياغتها كما يلي:

لقد وفق المشرع الجزائري في وضع آليات قانونية كفيلة باسترجاع الأراضي الفلاحية الوقفية التي أمتت في إطار أحكام قانون الثورة الزراعية، وهو بهذا اعترف بالخطأ التشريعي الذي صدر منه كون أن الأملاك الوقفية غير قابلة للتصرف فيها ولا الحجز عليها ولا امتلاكها بالتقادم، كما أنه تماشى مع خاصية التأييد التي تتمتع بها الأملاك الوقفية، بحيث قيد طلب استرجاع الأراضي الفلاحية العادية بأجل 12 شهر من تاريخ نشر قانون التوجيه العقاري، وأورد استثناء بالنسبة للأراضي الفلاحية الوقفية وجعل طلب استرجاعها لا يخضع لأي أجل، أما الأراضي الفلاحية الوقفية التي فقدت طبيعتها وتغيرت وجهتها، يتم تعويض الموقوف عليهم عينيا وفقا لأحكام الشريعة عن طريق الاستبدال.

ونظرا لكون استغلال الأراضي الفلاحية الوقفية لم يتم بشكل أمثل في إطار أحكام القانون 19/87 عن طريق حق الانتفاع الدائم وكذا القانون 03/10 عن طريق حق الامتياز، نص المشرع على إلزامية الانتقال من نمط الاستغلال السابق للأراضي الفلاحية الوقفية و تحويله إلى حق الإيجار، وذلك بقصد تدارك النقائص والعيوب الواردة في النمط السابق، وقصد تفعيل استثمار الأراضي الفلاحية الوقفية و حمايتها وكذا النهوض بقطاع الفلاحة في البلاد.

قائمة المراجع:

1- التشريعات:

- المرسوم التنفيذي رقم 283/64 المؤرخ في 1964/10/07 والمتضمن الأملاك الحسبية العامة.
- الأمر رقم 73/71 المؤرخ في 1971/11/08 المتعلق بالثورة الزراعية.
- الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني المعدل و المتمم .
- القانون 19/87 المؤرخ في 8 ديسمبر 1987، يتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم.
- قانون رقم 90/25 مؤرخ في 18 نوفمبر سنة 1990، يتضمن التوجيه العقاري (ج ر عدد 49 عدد مؤرخة في 18/11/1990)، معدل و متمم بالأمر رقم 95/26 مؤرخ في 25 سبتمبر سنة 1995، (ج ر عدد 55 مؤرخة في 27/09/1995).

¹ المادة 28 من المرسوم التنفيذي 70/14، السابق ذكره.

² المادة 31 من المرسوم التنفيذي 70/14، السابق ذكره.

³ المادة 07 من القرار الوزاري المشترك، السابق ذكره.

- القانون 91/10 مؤرخ في 27 أبريل سنة 1991، يتعلق بالأوقاف (ج ر عدد 21 مؤرخة في 08/05/1991)، معدل و متمم بالقانون رقم 01/07 مؤرخ في 22 مايو سنة 2001 (ج ر عدد 29 مؤرخة في 23/05/2001)، وبالقانون 02/10 مؤرخ في 14 ديسمبر سنة 2002 (ج ر عدد 83 عدد مؤرخة في 15/12/2002).
 - منشور وزاري مشترك مؤرخ في 06/01/1992، ينص على تطبيق المادة 38 من قانون الأوقاف.
 - المرسوم التنفيذي رقم 119/96، المؤرخ في 6 أبريل 1996، يحدد كفاءات تطبيق المادة 11 من الأمر رقم 95/26 المعدل و المتمم للقانون 90/25 و المتضمن قانون التوجيه العقاري (ج ر عدد 22 مؤرخة في 10/04/1996).
 - القانون 08/16 المؤرخ في 03 غشت 2008، يتضمن التوجيه الفلاحي (ج ر عدد 46 مؤرخة في 10/08/2008).
 - القانون 10/03 المؤرخ في 15 غشت 2010، يحدد شروط وكفاءات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الخاصة للدولة (ج ر عدد 46 مؤرخة في 18/08/2010).
 - المرسوم التنفيذي رقم 70/14 المؤرخ في 10 فبراير سنة 2014، يحدد شروط و كفاءات إيجار الأراضي الوقفية المخصصة للفلاحة (ج ر عدد 09 المؤرخة في 20 فبراير 2014).
 - قرار وزاري مشترك، مؤرخ في 20 سبتمبر سنة 2016، يحدد كفاءات تحويل حق الانتفاع الدائم أو حق الامتياز إلى حق إيجار بالنسبة للأراضي الوقفية المخصصة للفلاحة المسترجعة من الدولة (ج ر عدد 60 المؤرخة في 13 أكتوبر سنة 2016).
- 2- الكتب:**
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج9، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المنفردة عن الملكية (حق الانتفاع وحق الارتفاق)، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان.
 - رامول خالد، الإطار القانوني و التنظيمي لأموال الوقف في الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع-الجزائر، الطبعة الثالثة 2013، ص110.
 - كحيل كريمة، تحويل حق الانتفاع الدائم إلى حق امتياز في ظل القانون 10/03، دار هومة- الجزائر 2014، ص 13.
- 3- المقالات:**
- كريم حرز الله، التنظيم القانوني لتقييم الأراضي الفلاحية في الجزائر، مقال منشور بمجلة الدراسات القانونية، المجلد 2، العدد 2.
 - جبار جميلة، أثر تغيير نمط استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الوطنية الخاصة و انعكاسه على التنمية الاقتصادية، مقال منشور بمجلة الدراسات القانونية، المجلد 2، العدد 2.

تنفيذ العقوبة بالوضع تحت المراقبة الإلكترونية

دراسة في ظل القانون رقم 01/18 المعدل والمتمم لقانون تنظيم السجون الجزائري

د. بوشنافة جمال

أستاذ محاضر - أ-

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة يحي فارس بالمدينة

aboumoncef@hotmail.fr

ملخص

الوضع تحت المراقبة الإلكترونية حمل سوار إلكتروني يسمح بمعرفة تواجده في مكان تحديد الإقامة المبين في مقرر الوضع الصادر عن قاضي تطبيق العقوبات ، و يمكن لقاضي تطبيق العقوبات تلقائيا أو بناء على طلب المحكوم عليه شخصا أو عن طريق محاميه أن يقرر تنفيذ العقوبة تحت نظام المراقبة الإلكترونية في حالة الإدانة بعقوبة سالبة للحرية قصيرة المدة.

وقد تبنت الجزائر بالوضع تحت المراقبة الإلكترونية بموجب القانون رقم 01/18 المؤرخ في 30 يناير سنة 2018، وبذلك تعتبر أول بلد عربي وثاني بلد إفريقي بعد جنوب إفريقيا، يشرع في العمل بنظام الوضع تحت المراقبة الإلكترونية كإجراء بديل للعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة ، عن طريق جعل المحكوم عليه يقضي فترة عقوبتها أو ما تبقى منها خارج أسوار المؤسسات العقابية ، أي بمحل إقامته ، أسوة ببعض الدول الأمريكية والأوروبية المتقدمة التي تعمل به منذ نهاية القرن العشرين.

الكلمات المفتاحية: تنفيذ العقوبة، العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، العقوبات البديلة، الوضع تحت المراقبة الإلكترونية، السوار الإلكتروني.

Abstract

The Electronic monitoring, also known as SEC or Supervised Electronic Confinement, is not a principal sentence but a way of serving sentence, and it is an alternative to serving time in jail by allowing individuals to live at home but permitting the offenders to venture out of the residence to authorized locations and at certain pre-approved times while being monitored via an electronic ankle bracelet that tracks the offenders movements and location.

The Electronic monitoring was adopted by Law No18/01 of January 30, 2018, compels Algeria to be the first Arab country and the second African country after South Africa, like the developed American and European countries that have been operating since the end of the twentieth century.

The system of electronic monitoring is introduced as an alternative to short-term deprivation of liberty by making the convicted person serving his sentence or what is left of it outside the walls of the penal institutions, in his place of residence.

Keywords: Execution of the sentence, the short term penalty for deprivation of liberty, alternativessanctions.the Electronic monitoring.electronic ankle bracelet

تعتبر العقوبة بشكل عام و السالبة للحرية بشكل خاص، ردة فعل المجتمع في مواجهة الجريمة والتي مازالت حتى يومنا هذا تمثل الجزء الجنائي الأساسي و الغالب للجرائم في التشريعات العقابية الحديثة ، أين يتصدر الهدف الإصلاحى للعقوبة السالبة للحرية أهدافها الأخرى ، و يزيد من أهمية و فاعلية الهدف الإصلاحى عندما تكون مدة العقوبة السالبة للحرية طويلة أو على الأقل متوسطة¹ ، أما عندما تكون مدتها قصيرة فإنها لا تكفي لتطبيق برامج التأهيل و الإصلاحو التهذيب في مواجهة المحكوم عليهم² ، بل انه يترتب عليها مجموعة من الآثار السلبية، ومن أهمها اكتظاظ المؤسسات العقابية ، و اختلاط المجرمين بالصدفة مع محترفي الجريمة وما يترتب عليه من إنتاج مجرمين محترفين جدد، وكذا تبعاتها السلبية على المجتمع على المستوى الاقتصادي، بزيادة النفقات العمومية ، لذلك قيل بأن السجن وسيلة باهظة التكاليف لخلق أشخاص أكثر إجراما و خطورة³.

وقد أدت هذه الآثار السلبية بالعديد من الدول المتقدمة إلى البحث عن بدائل للعقوبات السالبة للحرية للتخلص من هذه المساوئ أو على الأقل الحد منها⁴ ، من خلال ترشيد السياسة العقابية و توضيق نطاق العقوبات السالبة للحرية قصيرة الأمد⁵ ، و كانت البداية في التشريع الأمريكي الذي ابتكر نظام الوضع تحت المراقبة الالكترونية بالسوار الاليكتروني ، أو الحبس في البيت ، أو الحبس المنزلي المراقب الكترونيا كأحد البدائل و الحلول سنة 1983، ثم أخذت به كل من كندا سنة 1987 و إنجلترا منذ سنة 1994، وأيضا فرنسا منذ سنة 1997 بموجب قانون 19 ديسمبر 1997،⁶ و عليه تعتبر المراقبة الالكترونية من الوسائل المستحدثة في السياسة العقابية الحديثة، و تُعد من أهم وأبرز تطبيقات التطور العلمي والتكنولوجي في المجال العقابي الذي أظهر ضرورة إيجاد بدائل للعقوبة السالبة للحرية بغير الأساليب العقابية التقليدية⁷.

ومحاولة من المشرع الجزائري للحاق بركب التطور التشريعي العقابي فقد تبنى بعض الآليات الحديثة مثل الأمر الجزائي و المثلث الفوري و كذا العمل للمنفعة العامة و المصالحة في المواد الجزائية واستحداث المراقبة الالكترونية في مرحلة التحقيق القضائي وذلك كبديل للحبس المؤقت و إجراء من إجراءات الرقابة القضائية، بموجب المادة 125 مكرر 1 من الأمر رقم 15/02 المعدل و المتمم لقانون الإجراءات الجزائية⁸ وقد تطور هذا الإجراء سنة 2018 ليشمل مرحلة تنفيذ العقوبة حيث نصت المادة الثانية من القانون رقم 01/18 مؤرخ في

¹-أنظر كباسي عبد الله ، وقياد وداد، المراقبة الإلكترونية باستخدام السوار الإلكتروني، مذكرة ماستر في القانون الجنائي ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة باجي مختار عنابة، 2016/2017 ، ص 02

²-أنظر بلعراي عبد الكريم ، عبد العالي بشير ، الحد من العقاب في السياسة الجنائية المعاصرة، مقال منشور بمجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة،مجلة علمية دولية محكمة تصدر شهريا عن جيل البحث العلمي لبنان العدد 21 يناير 2018، ص52.

³-أنظر المنظمة الدولية للإصلاح الجنائي ، بدائل التدابير الاحتجازية، دراسة حالة لعدد من الدول العربية " الأردن ، الجزائر ، المغرب، اليمن، تونس ، مصر " ، عمان الأردن 2014 ، ص 09.

⁴- أنظر كباسي عبد الله ، وقياد وداد، المراقبة الإلكترونية باستخدام السوار الإلكتروني، المرجع السابق، ص02

⁵-أنظر خالد حساني، نظام المراقبة الإلكترونية في النظم العقابية الحديثة، نحو أنسنة العقوبة الحلقة 01 مقال منشور بجريدة الشعب عدد 17219 الصادر بتاريخ 27/12/2016 ص 09.

⁶- أنظر ليلي طليبي، الوضع تحت المراقبة الإلكترونية، مقال منشور بمجلة العلوم الإنسانية ، مجلة علمية محكمة تصدر عن جامعة منتوري قسنطينة، العدد 47 المجلد - أ- جوان 2017، ص255 ، 256.

⁷-أنظر بوزيدي مختارية، المراقبة الإلكترونية ضمن السياسة العقابية الحديثة، مقال منشور ب مجلة الدراسات الحقوقية مجلة محكمة و أكاديمية متخصصة تصدر عن مخبر حماية حقوق الإنسان بين النصوص الدولية والنصوص الوطنية وواقعها في الجزائر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الدكتور الطاهر مولاي سعيدة ، المجلد الثالث العدد الثاني ديسمبر 2016، ص97.

⁸-أنظر كباسي عبد الله ، وقياد وداد، المرجع السابق، ص03

12 جمادى الأولى عام 1439 الموافق 30 يناير سنة 2018، يتم القانون رقم 04/05 المؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق 6 فبراير سنة 2005 و المتضمن قانون تنظيم السجون و إعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين تنفيذا لأحكام القانون رقم 03/15 المؤرخ في 01 فبراير سنة 2015 و المتعلق بعصنة العدالة على أنه يتم الباب السادس من القانون رقم 04/05 المؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق 6 فبراير سنة 2005 و المذكور أعلاه، بفصل رابع عنوانه " الوضع تحت المراقبة الإلكترونية" يتضمن المواد من 150 مكرر إلى 150 مكرر 16.

وبذلك تعتبر الجزائر أول بلد عربي وثاني بلد إفريقي بعد جنوب إفريقيا، يشرع في العمل بنظام الوضع تحت المراقبة الإلكترونية كإجراء بديل للعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة ، عن طريق جعل المحكوم عليه يقضي فترة عقوبته أو ما تبقى منها خارج أسوار المؤسسات العقابية ، أي بمحل إقامته ، أسوة ببعض الدول الأمريكية والأوروبية المتقدمة التي تعمل به منذ نهاية القرن العشرين. وتأتي هذه الدراسة لإبراز مكانة الوضع تحت المراقبة الإلكترونية كبديل للعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، وذلك من خلال طرح الإشكالية التالية: ما المقصود بتنفيذ العقوبة بالوضع تحت المراقبة الإلكترونية، وما هي شروط إعمالها، وإجراءات طلبها وكيفية تنفيذها وإلغائها؟

للإجابة على هذه الإشكالية نقسم هذه الدراسة إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول مفهوم تنفيذ العقوبة بالوضع تحت المراقبة الإلكترونية، وفي المبحث الثاني أحكام تنفيذ العقوبة بالوضع تحت المراقبة الإلكترونية، وتجدد الإشارة إلى عدم صدور النصوص التنظيمية للقانون رقم 01/18، مما جعلنا نخوض غمار البحث في هذا الموضوع من أجل استجلاء مختلف جوانبه مستعينين في ذلك بالكتابات الفقهية ومختلف التفاصيل الواردة في القوانين المقارنة.

المبحث الأول: مفهوم تنفيذ العقوبة بالوضع تحت المراقبة الإلكترونية.

إن إبراز مفهوم تنفيذ العقوبة بالوضع تحت المراقبة الإلكترونية كطريقة حديثة لتنفيذ العقوبة السالبة للحرية خارج السجن يتطلب منا لقاء الضوء على تعريفها الفقهي والقانوني، ونشأتها وتطورها من خلال عرض تجارب بعض الدول الرائدة في هذا المجال، ثم تحديد مبررات الأخذ بهذا النظام لتنفيذ العقوبة ، وذلك من خلال ثلاث مطالب نتناول في المطلب الأول تعريف تنفيذ العقوبة بالوضع تحت المراقبة الإلكترونية وفي المطلب الثاني نشأة وتطور تنفيذ العقوبة بالوضع تحت المراقبة الإلكترونية ، ثم نتطرق إلى مبررات الأخذ به في المطلب الثالث.

المطلب الأول: تعريف تنفيذ العقوبة بالوضع تحت المراقبة الإلكترونية

يعتبر نظام المراقبة الإلكترونية أحد الأساليب الحديثة لتنفيذ العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة خارج السجن في الوسط الحر، أو ما يعبر عنه بالسجن في البيت ، أو الحبس المنزلي¹، وقد اهتمت أغلب القوانين العقابية الخاصة و الإجرائية بتوضيح كيفية تطبيق هذا النظام ، و شروطه وإجراءاته ، دون تقديم تعريف صريح له²، لذلك سوف نبحث في الفقه وبعض التشريعات التي حاولت تعريفه كالتشريع الفرنسي والجزائري لتقديم تعريف له، وذلك من خلال فرعين نخصص الفرع الأول للتعريف الفقهي والفرع الثاني للتعريف القانوني.

¹ -أنظر خالد حساني، نظام المراقبة الإلكترونية في النظم العقابية الحديثة، نحو أنسنة العقوبة الحلقة 01، المرجع السابق، ص 09.

² -أنظر كباسي عبد الله، وقيد وداد، المرجع السابق، ص 14

الفرع الأول: التعريف الفقهي للوضع تحت المراقبة الإلكترونية

عرف الفقه الوضع تحت المراقبة الإلكترونية بأنه استخدام وسائط اليكترونية للتأكد من وجود الخاضع لها خلال فترة زمنية محددة في المكان و الزمان السابق للاتفاق عليهما بين هذا الأخير و السلطة القضائية الآمرة بها¹، كما عرف بأنه إلزام المحكوم عليه بالإقامة في منزله أو محل إقامته خلال ساعات محددة ، بحيث تتم متابعة الشخص الخاضع للمراقبة إلكترونياً².

ويعتبر الوضع تحت المراقبة الإلكترونية ترجمة للاصطلاح الإنجليزي Electronic monitoring و الاصطلاح الفرنسي " placement sous surveillance électronique أو اختصاراً " PSE " ، ويقصد بذلك إلزام المحكوم عليه بالإقامة في منزله أو محل إقامته خلال ساعات محددة، بحيث يتم متابعة ذلك عن طريق المراقبة الإلكترونية.

ويتحقق ذلك من الناحية الفنية بوضع أداة إرسال على يد أو رجل المحكوم عليه تشبه الساعة، تسمى Bracelet électronique وتسمح لمركز المراقبة من خلال كمبيوتر مركزي بمعرفة ما إذا كان المحكوم عليه موجوداً في المكان والزمان المحددين بواسطة الجهة القائمة على التنفيذ أم لا ، وعليه فإنه من الناحية الفنية يتم تنفيذ نظام المراقبة الإلكترونية من خلال ثلاثة عناصر: جهاز إرسال يتم وضعه في يد الخاضع للمراقبة، جهاز استقبال موضوع في مكان الإقامة ويرتبط بخط هاتفي، جهاز كمبيوتر مركزي يسمح بتعقب المحكوم عليه عن بعد³.

الفرع الثاني : التعريف القانوني للوضع تحت المراقبة الإلكترونية

عرف المشرع الفرنسي الوضع تحت المراقبة الإلكترونية في المواد 132-26 - 1 و 2 و 3 من قانون العقوبات الفرنسي و من خلال القانون رقم 97-1159 الصادر بتاريخ 19 ديسمبر 1997، المعدل و المتمم في المواد من 723-7 إلى 723-14 من قانون الإجراءات الجزائية بأنه فرض التزامات على شخص محكوم عليه بعدم مغادرة منزله، أو محل إقامته، أو أي مكان آخر محدد ، خارج الأوقات التي يحددها القاضي المختص ، بحيث تتم متابعة مدى التزامه بالواجبات المفروضة عليه إلكترونياً ، ويرد تحديد الأماكن و الأوقات في متن الحكم أو الأمر - بصورة عامة القرار- ، بناء على اعتبارات متعلقة أساساً بممارسة نشاط مهني ، متابعة الدراسة الجامعية ، أو تكوين مهني ، أو ممارسة نشاط يساعده على الاندماج الاجتماعي ، أو المشاركة في الحياة العائلية ، أو متابعة علاج طبي، وبالمقابل يلتزم المدان بالاستجابة لكل الالتزامات الواقعة على عاتقه ، خاصة استدعاءات السلطات العمومية التي يحددها القاضي المختص⁴.

وعرف المشرع الجزائري من خلال المادة 150 مكرر من القانون رقم 04/05 المؤرخ في 06 فبراير سنة 2005 و المتضمن قانون تنظيم السجون و إعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين المعدل و المتمم ، الوضع تحت المراقبة الإلكترونية بأنه إجراء يسمح بقضاء المحكوم عليه كل العقوبة أو جزء منها خارج المؤسسة العقابية ، ويتمثل الوضع تحت المراقبة الإلكترونية في حمل الشخص المحكوم عليه، طيلة المدة المذكورة في المادة 150 مكرر1، لسوار إلكتروني يسمح بمعرفة تواجد في مكان تحديد الإقامة المبين في مقرر الوضع الصادر عن قاضي تطبيق العقوبات".

وأضاف المشرع الجزائري في المادتين 150 مكرر 15 و 16 بأنه يتم تطبيق نظام المراقبة الإلكترونية تدريجياً متى توفرت الشروط الضرورية لذلك ، وأنه تحدد شروط و كفاءات تطبيق هذا الفصل، عند الاقتضاء، عن طريق التنظيم، مما يعني أنه سوف تصدر نصوص تنظيمية

¹ -أنظر أسامة حسنين عبيد، المراقبة الجنائية الإلكترونية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 5 و 6.

² -أنظر ساهر إبراهيم الوليد، مراقبة المتهم إلكترونياً كوسيلة للحد من مساوئ الحبس الاحتياطي - دراسة تحليلية، مقال منشور بمجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، المجلد الحادي والعشرون العدد الأول يناير 2013 غرة فلسطين، ص 663.

³ -أنظر خالد حساني، نظام المراقبة الإلكترونية في النظم العقابية الحديثة، نحو أنسنة العقوبة الحلقة 01، المرجع السابق، ص 09 .

⁴ -أنظر كباسي عبد الله ، وقيود و داد ، المرجع السابق، ص 15 و 16.

ليبان كيفية تطبيقه، وأنه سيتم تطبيقه تدريجياً لأن ذلك مقترن بتوفر العنصر البشري المؤهل لتنفيذه والأدوات والأجهزة التكنولوجية اللازمة لذلك

يتضح لنا مما سبق عرضه أن نظام الوضع تحت المراقبة الالكترونية ، ذو طابع فني من خلال الاستفادة من الأدوات التكنولوجية الحديثة و توظيفها في المراقبة ، فمكوناته جهاز إرسال ، و جهاز استقبال و إعادة إرسال ، و جهاز كومبيوتر للمتابعة و لمعالجة المعطيات ، ذو طابع رضائي لا يمكن تطبيقه و مباشرته إلا بطلب من المعني أو على الأقل موافقته ، ذو طابع قضائي يفترض صدوره بحكم أو أمر قضائي، كما تشرف السلطة القضائية على متابعة تنفيذه ، بمعية أجهزة أخرى ، ذو طابع مقيد للحرية من خلال الالتزامات التي تتضمنها خاصة عدم التغيب عن مكان معين خلال ساعات محددة، إضافة إلى التزامات أخرى تختلف باختلاف الحكم أو الأمر القضائي ، ذو طابع مؤقت وغير مستمر أي محدد المدة و التوقيت¹.

وعليه فان الوضع تحت المراقبة الالكترونية تعد بديلا حديثا للعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة ترمي إلى تجنب مساوئ العقوبات السالبة للحرية.

هذا رغم وصف بعض الفقهاء لها بأنها محو للبدائل السابقة لها، فهي لا تمثل بديلا إضافيا لما سبقها من بدائل بل نظاما جديدا يحو بقية البدائل ويحل محلها بل أكثر من ذلك يعد نهاية للعقوبة السالبة للحرية².

المطلب الثاني: نشأة وتطور تنفيذ العقوبة بالوضع تحت المراقبة الاليكترونية

لقد ظهر نظام الوضع تحت نظام المراقبة الإلكترونية في الدول الأنجلوساكسونية وبالتحديد في الولايات المتحدة الأمريكية ثم انتقل إلى كل من كندا وإنجلترا، وبعد ذلك انتقل إلى الدول الجرمانية واللاتينية بداية بالسويد وهولندا ثم انتقل إلى بلجيكا وفرنسا، وعليه سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول : نشأة وتطور تنفيذ العقوبة بالوضع تحت المراقبة الاليكترونية في الدول الأنجلوساكسونية وفي الفرع الثاني: نشأة وتطور تنفيذ العقوبة بالوضع تحت المراقبة الاليكترونية في الدول الجرمانية واللاتينية.

الفرع الأول : نشأة وتطور تنفيذ العقوبة بالوضع تحت المراقبة الاليكترونية في الدول الأنجلوساكسونية

يرجع الفضل الأول في استحداث نظام المراقبة الالكترونية في العصر الحديث سواء من الناحية المادية الفنية ، أو التشريعية إلى الولايات المتحدة الأمريكية ، حيث قام بابتكاره عالم النفس الأمريكي (RALPH)(SCHWITZGIHEL) واقترح إدخاله في النظام العقابي الأمريكي سنة 1964 م بمدينة (BUNKERS) لكن التطبيق الأول لهذا النظام كان في ولاية فلوريدا سنة 1983 ، وقد مهد له المشرع الأمريكي بنص تشريعي سنة 1980، أين انتشر هذا النظام ، و تبنته معظم ولاياتها ، وقد تطورت أهداف هذا النظام من إعادة الإدماج الاجتماعي في بداياته ، إلى بديل يرمي إلى الحد من تكلس السجون ، و خفض النفقات العمومية " جدير بالذكر أن " نظام المراقبة الاليكترونية ، طبق في الولايات المتحدة الأمريكية كبديل للحبس المؤقت ، و كطريقة حديثة لتنفيذ العقوبة السالبة للحرية³ وقد تطور هذا المشروع في السنوات الأخيرة حيث بلغ عدد المستفيدين منه الآن فيأمريكاوحدها نحو 100 ألف سجين⁴ ، وقد تبنته كندا وأدخلته في نظامها العقابي سنة 1987 كبديل للحبس المؤقت والحرية النصفية⁵ ، أما في بريطانيا فقد ظهر الوضع تحت نظام

¹ - أنظر خالد حساني، المرجع السابق، ص 09 .

² - أنظر خالد حساني، مرجع سابق، ص 09.

³ - أنظر كباسي عبد الله، وقيد وداد ، المرجع السابق، ص 23.

⁴ - أنظر خالد حساني، مرجع سابق، ص 09.

⁵ - أنظر ليلي طلي، الوضع تحت المراقبة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 255.

المراقبة الاليكترونية بالسوار الاليكتروني في سنة 1988م ، بعد زيارة عمل لوزير الخارجية آنذاك جون باتن JOHN PATTEN ، وكبار الموظفين المختصين في العدالة الجنائية إلى الولايات المتحدة الأمريكية ، و تم تطبيق أول التجارب في العاصمة لندن ، و مدن نيوكاسل ، و نوتينغهام ، غير أن عدم فاعلية الأجهزة المستعملة ، وعدم مراعاة القائمين على تنفيذها أوجه الاختلاف بين القانونين الانجليزي و الأمريكي ، أدى إلى فشل المحاولة الأولى ، و في سنة 1991 م ، أصدر مجلس النواب البريطاني قانون العدالة الجنائية، الذي تبنى المراقبة لاليكترونية كبديل للحبس المؤقت ، و الذي أثار مناقشات واسعة كان الطرف الأبرز و المعارض فيها للنظام المراقبة الاليكترونية هو موظفي الإدارة العقابية ، و في سنة 1994 م ، صدر قانون العدالة الجنائية و النظام العام ، لتأكيد فاعلية هذا النظام ، و تم تجربته جزئيا في مدن مانشستر ، ريدينغ ، نورثولك ، و في بداية سنة 1999 م ، تم تعميمه على المستوى القومي ، ليطبق بصفة رضائية على كل شخص تم إدانته بعقوبة بسيطة ، أو عدم دفع الغرامات الجزائية ، أو كعقوبة تكميلية لعقوبة العمل للمنفعة العامة ، و في سنة 2001 ، صدر قانون العدالة الجنائية والشرطة ، الذي وسع من نطاق تطبيقها ، لتشمل الأحداث من 12 سنة إلى 16 سنة ، المدانين في الجرائم الخطيرة - التي يقرر لها القانون عقوبة لا تقل عن 14 سنة ، كالجرائم الجنسية ، و جرائم العنف - أو معتادي الإجرام ، أما المراقبة الاليكترونية كعقوبة أصلية للبالغين ، فلا تزيد مدتها عن ثلاثة أشهر¹.

الفرع الثاني: نشأة وتطور تنفيذ العقوبة بالوضع تحت المراقبة الاليكترونية في الدول الجرمانية واللاتينية

انتقل الوضع تحت نظام المراقبة الاليكترونية إلى أغلب التشريعات العقابية الجرمانية واللاتينية في أوروبا من بينها السويد في عام 1994 ، كبديل عن عقوبة الحبس قصيرة المدة و هولندا أيضا عام 1995 ، كبديل عن العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة ، والإفراج المشروط ، كما طبقته بلجيكا عام 1997².

أما في فرنسا فقد خضعت فكرة الوضع تحت نظام المراقبة الاليكترونية في بداياتها لنقاش كبير حول جدواها ، إلى أن استقرت في المنظومة التشريعية العقابية الفرنسية وكانت البداية بتقرير : BONNE MAISON وهو تقرير أنجز من طرف النائب الاشتراكي MAISONBONNEGILBERT ، عام 1990 ، بهدف تطوير و تحديث المؤسسات العقابية ، و كان اقتراح العمل بنظام المراقبة الاليكترونية يهدف إلى معالجة ظاهرة تكس السجون بالدرجة الأولى ، سوءا كبديل للحبس المؤقت ، أو بوصفها طريقة مستحدثة لتنفيذ العقوبة السالبة للحرية لكن تراجع الاهتمام بهذا النظام ، نظرا لردة فعل نقابات العمال في المؤسسات العقابية لما يحمله هذا النظام من سلب لاختصاصاتهم ، من جهة و من جهة أخرى انتفاء حالة الضرورة التي تقتضي تبنيها ، نظرا لاتجاه رغبة القائمين على المؤسسات العقابية إلى توفير ما يزيد عن ثلاثة عشرة ألف مكان في المؤسسات العقابية ثم تلاه تقرير CABANEL في عام 1993 حيث بدأت عديد أصوات القائمين على المؤسسات العقابية تطالب بضرورة تبني نظام المراقبة الاليكترونية بالسوار الاليكتروني ، و شارك بصورة مباشرة وفعالة السيناتور GUY-PIERRE CABANEL في إعداد تقريره المزمع عرضه على مجلس الشيوخ ، و هو ما تم فعلا عام 1996 وقد ركز التقرير على اقتراح تصورات لتطوير ظروف الاحتباس و أنسنتها و كذا تطوير التنظيم الداخلي للمؤسسات العقابية ، وكل مقترح يرمي الحيلولة دون العودة للجريمة ، و اقتراح المراقبة الاليكترونية كإجراء بديل للعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة ، وكذلك كوسيلة حديثة لتنفيذ العقوبات الطويلة المدة في مرحلتها الأخيرة ، دون اعتبارها كبديل للحبس المؤقت، و على كل فقد أثمر تقرير السيناتور GUY-PIERRE CABANEL بالتعجيل في إصدار القانون رقم 97-1159 بتاريخ 19

¹ -أنظر كباسي عبد الله، وقيود وداد ، المرجع السابق، ص 25 و 26.

² - صفاء أوتاني، الوضع تحت المراقبة الإلكترونية "السوار الإلكتروني" في السياسة العقابية الفرنسية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، المجلد 25، العدد الأول، 2009، ص 132.

ديسمبر 1997 بشأن مكافحة العودة للجريمة و الذي ادخل الوضع تحت نظام المراقبة الاليكترونية في التشريع الفرنسي كوسيلة مستحدثة لتنفيذ العقوبة السالبة للحرية و كبديل لها¹، وقد تم هذا القانون بالقانون رقم 2000-516 المؤرخ في 15 جوان 2000 المعدل بالقانون رقم 2002-1138 والقانون رقم 2004-204 الصادر بتاريخ 17 مارس 2004، حيث خصص له المشرع الفرنسي المواد من 7-723 إلى 14-723 من قانون الإجراءات الجزائية الفرنسي، ومن ثم أصبح نظام المراقبة الاليكترونية أسلوبا جديدا لتنفيذ العقوبة السالبة للحرية بطريقة مستحدثة خارج أسوار السجن².

المطلب الثالث: مبررات الأخذ بالوضع تحت المراقبة الإلكترونية كبديل للعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة

تعتبر الآثار السلبية للعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة المبرر الذي انطلق منه فقهاء السياسة العقابية للمناداة بالوضع تحت المراقبة الإلكترونية كبديل لها، و كانت الانطلاقة من التشريع الأمريكي ومنه انتشرت بين تشريعات مختلف الدول المتقدمة كالتشريع الفرنسي، أين طرح الوضع تحت نظام المراقبة الاليكترونية بالسوار الاليكتروني كأحد البدائل و الحلول، كونه يتسم، بان المحكوم عليه أو المتهم الخاضع للمراقبة، مقيد الحرية من الناحية القانونية - مواقيت معينة، و الالتزامات-، غير أنه ينفذ كل أو جزءا من مدة العقوبة السالبة للحرية خارج المؤسسة العقابية وبالتالي تخفيض المدة التي يقضيها المحكوم عليه داخل المؤسسة العقابية، غير أن هذه الصورة من الوضع تحت نظام المراقبة الاليكترونية ما فتئت تتطور بتطور التشريع العقابي خاصة في فرنسا، فأصبحت متواجدة في مراحل التحقيق، المحاكمة، التنفيذ العقابي، نظرا لما توفره من مزايا أهمها، حفظ الوضع الاقتصادي والاجتماعي المحكوم عليه وأسرته وصيانة حياتهم من الضياع، إنهاء فكرة إعالة الدولة للمتهم أو المحكوم عليه داخل المؤسسة العقابية، وتوفير النفقات العمومية، تخفيض اكتظاظ المؤسسات العقابية ومنع اختلاط المساجين ذو الجرم البسيط مع محترفي الإجرام³.

بناء على ما سبق سنتناول هذا المطلب من خلال ثلاثة فروع نتناول في الفرع الأول إعادة الإدماج الاجتماعي والتقليص من حالات العود وفي الفرع الثاني التخفيف من اكتظاظ السجون وفي الفرع الثالث التقليل من النفقات المالية.

الفرع الأول: إعادة الإدماج الاجتماعي والتقليص من حالات العود

يهدف نظام الوضع تحت المراقبة الاليكترونية إلى إعادة الإدماج الاجتماعي للمستفيد منه، بقضاء عقوبته أو ما تبقى منها خارج المؤسسة العقابية ومواصلته تأدية عمله أوظيفته، وبالتالي تأمين دخل يمكنه من العيش ودفع تعويض للمجني عليه وإصلاح ضرر الجريمة، وبالتالي التقليص من حالات العود إلى الإجرام، حيث أن دراسة التجارب المقارنة تؤكد الحصول على نتائج مشجعة في هذا المجال فمثلا التجربة الأمريكية تؤكد أنه لم تسجل أي حوادث في التنفيذ من 71% من الحالات وفي 98% من تلك الحالات لم ترتكب أي جريمة جديدة بعد انتهاء عملية الوضع تحت المراقبة الإلكترونية⁴، وفي فرنسا بدأ تبني الوضع تحت المراقبة الإلكترونية بتطبيقه في أربعة مواقع في أكتوبر من سنة 2000 تعلقت بحوالي 100 سجين في كل موقع على سبيل التجربة الأولية ولم تتجاوز مدة الوضع أربعة أشهر انتهت جميعها بنجاح ولم تسجل حالات عود بعد التنفيذ⁵.

الفرع الثاني: التخفيف من اكتظاظ السجون

¹ -أنظر كباسي عبد الله، وقيد وداد، المرجع السابق، ص 27 و 28.

² -أنظر خالد حساني، المرجع السابق، ص 09.

³ -أنظر كباسي عبد الله، وقيد وداد، المرجع السابق، ص 03.

⁴ -أنظر ليلي طلي، الوضع تحت المراقبة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 256.

⁵ -أنظر صفاء أوتاني، الوضع تحت المراقبة الإلكترونية "السوار الإلكتروني" في السياسة العقابية الفرنسية، المرجع السابق، ص 151.

يعد اكتظاظ السجون ظاهرة دولية ، بسبب كثرة السجناء ، حيث لا يكاد يخلو سجن أو مؤسسة إصلاحية منه اليوم وهي واحدة من أصعب المشاكل التي تعاني منها نظم العدالة الجنائية في جميع أنحاء العالم¹ ، واللجوء إلى نظام الوضع من شأنه التخفيف من الاكتظاظ الذي تشكو منه السجون، خاصة تلك التي يقيم بها المساجين ممن ارتكبوا أفعالا جنحية، ففي فرنسا كما في مختلف بلدان العالم تشهد السجون اكتظاظا معتبرا وتؤكد الأرقام أنه في 2006/01/04 بلغ عدد السجناء في المؤسسات العقابية الفرنسية 59522 سجينا بالمقابل استفاد في نفس العام 6192 شخصا من نظام الوضع تحت المراقبة الإلكترونية بزيادة 50% من عام 2005 وهذه الأرقام تؤكد قدرة هذا النظام على أن يأخذ على عاتقه نسبة من السجناء ومن ثمة يخفف من اكتظاظ السجون²

الفرع الثالث: التقليل من النفقات المالية

يهدف نظام الوضع تحت المراقبة الإلكترونية إلى تخفيف الأعباء المادية على ميزانية الدولة من تقليص مصاريف التكفل بالمؤسسات العقابية من أبنية وموظفين وطعام وكساء وعلاج³ والذي يكلف ميزانية الدولة أعباء مالية ضخمة ، حيث أن إدخال نظام الوضع تحت نظام المراقبة الإلكترونية سيمكنها من اقتصاد مبالغ مالية كبيرة ، فهو يراعي هذا الجانب الاقتصادي السلبي المترتب على العقوبة السالبة للحرية حيث يشير تقريرالسيناتور الفرنسي GUY-PIERRE CABANEL إلى أن تكلفة الإيداع تحت المراقبة الإلكترونية تتراوح بين 80 و 120 فرنك يوميا للفرد، في المقابل نجد أن تكلفة الإيداع بالمؤسسة العقابية تقدر بحوالي 400 فرنك يوميا وهذا استنادا إلى إحصائيات سنة 1996⁴.

وعلى الرغم من نفقات إطلاق نظام الوضع تحت المراقبة الإلكترونية بما يستلزمه من نفقات وتجهيزات، فإن فرنسا قد وفرت من التكاليف في نهاية الأمر، إذ تقدر نفقات اليوم في الوضع تحت المراقبة الإلكترونية أقل بأربع مرات من يوم السجن⁵.

المبحث الثاني: أحكام تنفيذ العقوبة بالوضع تحت المراقبة الإلكترونية

لقد رسم المشرع الجزائري معالم النظام القانوني لتنفيذ العقوبة تحت نظام المراقبة الإلكترونية والتي سنتعرض لها في هذا المبحث بالتحليل والمناقشة، في ثلاث مطالب حيث نتناول في المطلب الأول شروط تنفيذ العقوبة بالوضع تحت نظام المراقبة الإلكترونية وفي المطلب الثاني إجراءات طلب تنفيذ العقوبة بالوضع تحت نظام المراقبة الإلكترونية وكيفية تنفيذه، وفي المطلب الثالث إلغاء تنفيذ العقوبة بالوضع تحت نظام المراقبة الإلكترونية.

¹ -أنظر أيمن عبد العزيز الملك ، بدائل العقوبات السالبة للحرية كنموذج للإصلاح في نظام العدالة الجنائية، أطروحة دكتوراه ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا ، قسم العلوم الاجتماعية ، المملكة العربية السعودية، 2010، ص 29.

² -أنظر ليلي طلي، الوضع تحت المراقبة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 256، وانظر كذلك صفاء أوتاني، الوضع تحت المراقبة الإلكترونية "السوار الإلكتروني" في السياسة العقابية الفرنسية، المرجع السابق، ص 152.

³ -أنظر عبد الله بن علي الخنعمي ، بدائل العقوبات السالبة للحرية بين الواقع والمأمول، مذكرة ماجستير ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا ، قسم العلوم الاجتماعية ، المملكة العربية السعودية، 2008، ص 46.

⁴ -أنظر أسامة حسنين عبيد ، المراقبة الجنائية الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص 179.

⁵ - أنظر صفاء أوتاني، الوضع تحت المراقبة الإلكترونية "السوار الإلكتروني" في السياسة العقابية الفرنسية، المرجع السابق، ص 152.

المطلب الأول: شروط تنفيذ العقوبة بالوضع تحت المراقبة الالكترونية.

إن إصدار قاضي تطبيق العقوبات لمقرر وضع المحكوم عليه تحت نظام المراقبة الالكترونية يجب أن يسبقه التأكد من مدى توفر الشروط القانونية والمادية ، نظراً لكون مدى إمكانية تنفيذه يرتبط بمدى توافر هذه الشروط ، وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول الشروط القانونية لتنفيذ العقوبة بالوضع تحت المراقبة الالكترونية وفي الفرع الثاني الشروط المادية لتنفيذ العقوبة بالوضع تحت المراقبة الالكترونية.

الفرع الأول: الشروط القانونية لتنفيذ العقوبة بالوضع تحت المراقبة الالكترونية

تقسم الشروط القانونية إلى الشروط المتعلقة بالجهة المصدرة لمقرر الوضع تحت المراقبة الالكترونية أولاً، والشروط المتعلقة بالشخص المراد إخضاعه للمراقبة الالكترونية ثانياً، والشروط المتعلقة بالعقوبة المحكوم بها على الشخص المراد إخضاعه لنظام المراقبة الالكترونية ثالثاً.

أولاً - الشروط المتعلقة بالجهة المصدرة لمقرر الوضع تحت المراقبة الالكترونية: لقد عهد المشرع الجزائري مهمة إصدار قرار الإيداع تحت المراقبة الالكترونية لقاضي تطبيق العقوبات بعد أخذ رأي النيابة العامة، إذا لم يكن المحكوم عليه محبوساً ، وإذا كان كذلك وجب عليه أن يأخذ رأي لجنة تطبيق العقوبات¹، ويتم اتخاذ المقرر إما تلقائياً أو بناء على طلب المحكوم عليه شخصياً لأنه لا يمكن اتخاذ مقرر الوضع تحت المراقبة الإلكترونية إلا بموافقة المحكوم عليه ، أو عن طريق محاميه أو ممثله القانوني إذا كان قاصراً².

ثانياً- الشروط المتعلقة بالشخص المراد إخضاعه لنظام المراقبة الالكترونية : لم يميز المشرع الجزائري في الشروط المتعلقة بالشخص الذي يمكنه الاستفادة من الوضع تحت المراقبة الالكترونية بين ذكر أو أنثى، بين أن يكون المحكوم عليه حدثاً أو بالغاً ولا أن يكون مبتدئاً أو معتاداً، فقط بالنسبة للبالغ موافقته الشخصية أو بواسطة محاميه ، وبالنسبة للحدث من (13 إلى 18 سنة) يشترط موافقة ممثله القانوني، حيث يعتبر رضا المحكوم عليه شرطاً أساسياً من أجل تطبيق إجراء المراقبة الالكترونية ويمكن القول أنه من خلال اشتراط المشرع ضرورة الحصول على رضا المحكوم عليه، أصبحت المراقبة الالكترونية تمثل إضافة جديدة لسياسة الاعتداد بإرادة المحكوم عليه في مجال التنفيذ العقابي³.

ثالثاً-الشروط المتعلقة بالعقوبة المحكوم بها على الشخص المراد إخضاعه لنظام المراقبة الالكترونية

لقد نص المشرع الجزائري على الوضع تحت المراقبة الالكترونية كطريقة لتنفيذ العقوبة السالبة للحرية خارج السجن دون اعتبارها عقوبة قائمة بحد ذاتها، واشترط في تنفيذ العقوبة التي تم استبدالها بالوضع تحت المراقبة الالكترونية شروطاً تتعلق بطبيعة العقوبة المنطوق بها و مدة تلك العقوبة ، وبالنسبة لطبيعة العقوبة المنطوق بها يجب أن تكون سالبة للحرية⁴ ، ومن ثم لا يجوز تطبيقه على العقوبة المالية كالغرامة أو المصادرة⁵ ، كما لا يجوز تطبيقها على اعتبارها بديلاً عن بدائل عقوبات أخرى كوقف التنفيذ أو العمل للمنفعة العامة، أو نظام شبه الحرية⁶ ، أما بالنسبة لمدة تلك العقوبة فيجب أن لا تتجاوز ثلاث 3 سنوات ، وهذا بالنسبة للمحكوم عليه غير المحبوس ، أو في حالة ما إذا كانت العقوبة المتبقية لا تتجاوز هذه المدة وهذا بالنسبة للمحبوس الذي حكم عليه بعقوبة سالبة للحرية طويلة المدة، وبدأ في

¹ - أنظر المادة 150 مكرر 1 من القانون رقم 01/18 مؤرخ في 12 جمادى الأولى عام 1439 الموافق 30 يناير سنة 2018، يتم القانون رقم 04/05 المؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق 6 فبراير سنة 2005 و المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين تنفيذاً لأحكام الجريدة الرسمية العدد 05 المؤرخة في 2018/01/30.

² -أنظر المادة 150 مكرر 2 من القانون رقم 01/18 السابق الذكر.

³ -أنظر عمر سالم، المراقبة الالكترونية طريقة حديثة لتنفيذ العقوبة السالبة للحرية خارج السجن، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص72.

⁴ -أنظر المادة 150 مكرر 1 من القانون رقم 01/18 السابق الذكر.

⁵ -أنظر ساهر إبراهيم الوليد، مراقبة المتهم إلكترونياً كوسيلة للحد من مساوئ الحبس الاحتياطي ، المرجع السابق ، ص668.

⁶ -أنظر أسامة حسنين عبيد، المراقبة الجنائية الالكترونية ، المرجع السابق ، ص85.

تنفيذها فعلاً وأمضى جزءاً منها ولكن المدة المتبقية من هذه العقوبة أقل من أو تساوي الثلاث سنوات¹، وأخيراً يجب أن يكون الحكم الصادر بالعقوبة نهائياً كشرط أساسي للاستفادة من الوضع تحت نظام الرقابة القضائية²، مع الإشارة إلى أن المشرع الجزائري كان سخياً في تحديد المدة التي يمكن بموجبها الاستفادة من الوضع تحت المراقبة الالكترونية وهي 3 سنوات على خلاف المشرع الفرنسي الذي حددها بسنة واحدة.

الفرع الثاني: الشروط المادية والتقنية لتنفيذ العقوبة بالوضع تحت المراقبة الالكترونية

يشترط لتطبيق نظام الوضع تحت المراقبة الالكترونية توافر الشروط المادية أولاً و الشروط التقنية ثانياً، والتي نص على بعضها المشرع

الجزائري.

أولاً- الشروط المادية لتنفيذ العقوبة بالوضع تحت المراقبة الالكترونية: تتمثل الشروط المادية في ما يلي :

- أن يثبت مقر سكن أو إقامة ثابت مزوداً بخط هاتفي ثابت.

- أن لا يضر حمل السوار الإلكتروني بصحة المعني ، وعليه يجب على قاضي تطبيق العقوبات، قبل وضع المحكوم عليه تحت المراقبة الإلكترونية، أو في أي وقت أثناء تنفيذ هذا الإجراء، التحقق تلقائياً أو بناء على طلب المعني، من أن السوار الإلكتروني لا يمس بصحة المعني³، ويثبت ذلك بشهادة طبية تؤكد أن حالة الشخص الصحية تتوافق مع وضع السوار الإلكتروني⁴، كما تؤخذ بعين الاعتبار، عند الوضع تحت المراقبة الإلكترونية، الوضعية العائلية للمعني أو متابعته لعلاج طبي أو نشاط مهني أو دراسي أو تكويني أو إذا أظهر ضمانات جدية للاستقامة⁵، والهدف من ذلك هو ضمان توافق قرار الوضع تحت المراقبة الالكترونية مع الحالة الفردية والشخصية لكل محكوم، فتحدد أوقات الحضور حسب المعطيات المهنية والعائلية للمحكوم عليه، كما يهدف التحقيق الأولي إلى التأكد من أن الشخص المقترح وضعه تحت المراقبة الالكترونية يعيش في بيئة مناسبة وملائمة لتطبيق هذا النظام بالشكل الصحيح⁶.

- أن يسدد المعني مبالغ الغرامات المحكوم بها عليه⁷.

- الحصول على موافقة مالك العقار أو مؤجره، إذا كانت إقامة الشخص في غير منزله⁸.

مع الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يحدد هليكون محل الإقامة الثابت ملكاً للمحكوم عليه أو ملكاً للغير، وما هو الحكم في الحالة الأخيرة كما أنه لم يذكر ضرورة أن يكون مزود بخط هاتفي ثابت كما فعل المشرع الفرنسي⁹، كما أنه ذكر تسديد المعني لمبالغ الغرامات المحكوم بها عليهم يذكر ضرورة تعويض المحني عليه عما لحقه من ضرر كما فعل المشرع الفرنسي، حيث يعد هذا الالتزام من التدابير

¹ -أنظر المادة 150 مكرر 1 من القانون رقم 01/18 السابق الذكر.

² -أنظر المادة 150 مكرر 3 من القانون رقم 01/18 السابق الذكر.

³ -أنظر المادة 150 مكرر 7 من القانون رقم 01/18 السابق الذكر.

⁴ -أنظر خالد حساني، نظام المراقبة الإلكترونية في النظم العقابية الحديثة، نحو أنسنة العقوبة الحلقة 02، مقال منشور بجريدة الشعب عدد 17220 الصادر بتاريخ 2016/12/28 ص 09.

⁵ -أنظر المادة 150 مكرر 3 من القانون رقم 01/18 السابق الذكر.

⁶ -أنظر خالد حساني، نظام المراقبة الإلكترونية في النظم العقابية الحديثة، نحو أنسنة العقوبة الحلقة 02، المرجع السابق ، ص 09.

⁷ -أنظر المادة 150 مكرر 3 من القانون رقم 01/18 السابق الذكر.

⁸ -أنظر خالد حساني، نظام المراقبة الإلكترونية في النظم العقابية الحديثة، نحو أنسنة العقوبة الحلقة 02، المرجع السابق ، ص 09.

⁹ -أنظر أسامة حسنين عبيد، المراقبة الجنائية الالكترونية، المرجع السابق، ص 96.

المنصوص عليها في المادة 132-45 من قانون العقوبات الفرنسي، والمتمثل في القيام حسب قدراته المالية بإصلاح كلي أو جزئي للضرر الناتج عن الجريمة حتى ولو لم يصدر حكم في الدعوى المدنية¹.

ثانيا - الشروط التقنية لتنفيذ العقوبة بالوضع تحت المراقبة الالكترونية: تتمثل الشروط التقنية في الأجهزة والأدوات التي تجسد الوضع تحت المراقبة الالكترونية وهي :

- جهاز إرسال وهو السوار الإلكتروني الذي يتم وضعه في معصم أو كاحل المحكوم عليه الموضوع تحت المراقبة الالكترونية².
- جهاز الاستقبال وإعادة الإرسال
- مركز المراقبة
- مكتب التسيير العملياتي

مع الإشارة إلى أنه يتم وضع السوار الإلكتروني بالمؤسسة العقابية، و يتم وضع المنظومة الإلكترونية اللازمة لتنفيذه من قبل الموظفين المؤهلين التابعين لوزارة العدل³.

المطلب الثاني : إجراءات طلب تنفيذ العقوبة بالوضع تحت نظام المراقبة الالكترونية وكيفية تنفيذه

على اعتبار أن رضا المحكوم عليه يعد شرطاً أساسياً من أجل تطبيق إجراء المراقبة الالكترونية سواء، بالنسبة للبالغ بصفة شخصية أو بواسطة محاميه ، وبالنسبة للحدث من (13 إلى 18 سنة) بموافقة ممثله القانوني، فإن ذلك يترتب عليه ضرورة تقديم طلب للاستفادة منه ، حيث يصدر مقرر بذلك من قاضي تطبيق العقوبات يبين فيه الالتزامات والقواعد المتعلقة بالوضع تحت نظام المراقبة الالكترونية، وعليه نقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول إجراءات طلب تنفيذ العقوبة بالوضع تحت نظام المراقبة الالكترونية ، وفي الفرع الثاني كيفية تنفيذ الوضع تحت نظام المراقبة الالكترونية.

الفرع الأول: إجراءات طلب تنفيذ العقوبة بالوضع تحت نظام المراقبة الالكترونية

يقدم طلب الاستفادة من أجل تنفيذ العقوبة بالوضع تحت نظام المراقبة الإلكترونية إلى قاضي تطبيق العقوبات لمكان إقامة المحكوم عليه أو المكان الذي يوجد به مقر المؤسسة العقابية المحبوس بها المعني.

وإذا كان المعني غير محبوس، فإنه يتم إرجاء تنفيذ العقوبة وعدم إيداعه المؤسسة العقابية إلى حين الفصل النهائي في طلبه.

يفصل قاضي تطبيق العقوبات في الطلب في أجل عشرة (10) أيام من إخطاره بطلب الاستفادة من أجل تنفيذ العقوبة بالوضع تحت نظام المراقبة الإلكترونية، بمقرر غير قابل لأي طعن من أي كان سواء المعني أو محاميه أو النيابة العامة ، على أنه يمكن للمحكوم عليه الذي رفض طلبه أن يقدم طلباً جديداً بعد مضي ستة (6) أشهر من تاريخ رفض طلبه⁴.

الفرع الثاني: كيفية تنفيذ الوضع تحت نظام المراقبة الالكترونية

يتم تنفيذ الوضع تحت نظام المراقبة الالكترونية بتوفير الأجهزة والأدوات التي تجسد الوضع تحت المراقبة الالكترونية المذكورة أعلاه حيث يسمح للمحكوم عليه بالبقاء في بيته، لكن تبقى تحركاته محدودة ومراقبة عبر جهاز الكتروني يضعه 24 ساعة على 24 ساعة يسمى بالسوار الإلكتروني الذي يتم تثبيته في معصم أو كاحل المحكوم عليه الموضوع تحت المراقبة الالكترونية وذلك داخل المؤسسة العقابية قبل

1-أنظر عمر سالم، المراقبة الالكترونية، المرجع السابق، ص44.

2-أنظر بوزيدي مختارية، المراقبة الإلكترونية ضمن السياسة العقابية الحديثة ، المرجع السابق، ص 107 و 108

3-أنظر المادة 150 مكرر 7 من القانون رقم 18/01 السابق الذكر.

4-أنظر المادة 150 مكرر 4 من القانون رقم 01/18 السابق الذكر.

نقله إلى محل إقامته الذي سيتم فيه الوضع تحت نظام المراقبة الإلكترونية¹، وهو عبارة عن مرسلات الكترونية تحتوي على جهاز إرسال يبعث إشارات متتالية محددة كل 15 ثانية إلى مستقبل مثبت في مكان محدد (المنزل، أو مكان الدراسة، أو العمل)، هذا المستقبل يرسل عن طريق الخطط الهاتفية رسائل أو إشارات إلى الجهة التي تتولى المتابعة (مركز المراقبة)، هذا الأخير يستقبل الإشارات المرسلات في المنطقة الجغرافية المحددة كنطاق مراقبته، ومن خلال هذه الإشارات والمعلومات يمكن التثبت من عمل الجهاز والتحقق من وجود الشخص المعني في المكان المحدد، ومن ثم التأكد من احترام الشخص للالتزامات المفروضة عليه بموجب نظام المراقبة الإلكترونية²، ويتم وضع المنظومة الإلكترونية اللازمة لتنفيذه من قبل الموظفين المؤهلين التابعين لوزارة العدل³، كما ينبغي عليه أن يحترم الأوقات والأماكن المحددة لتنقلاته من طرف قاضي تنفيذ العقوبة، ذلك أن جوهر المراقبة الإلكترونية يتضمن منع الشخص من مغادرة أو الغياب عن بيته أو عن الأماكن المحددة من طرف قاضي تنفيذ العقوبة وذلك خلال المدة التي يحددها هذا الأخير في قراره،

ويجب احترام كرامة الشخص المعني و سلامته وحياته الخاصة عند تنفيذ الوضع تحت المراقبة الإلكترونية⁴، كما يجب على قاضي تطبيق العقوبات، في أي وقت أثناء تنفيذ إجراء الوضع تحت المراقبة الإلكترونية، التحقق تلقائياً أو بناء على طلب المعني، من أن السوار الإلكتروني لا يمس بصحة المعني⁵.

يترتب على الوضع تحت المراقبة الإلكترونية عدم مغادرة المعني منزله أو للمكان الذي يعينه قاضي تطبيق العقوبات، خارج الفترات المحددة في مقرر الوضع.

وتحدد الأوقات و الأماكن مع مراعاة ممارسة المحكوم عليه لنشاط مهني و متابعته لدراسة أو تكوين أو تربية أو شغله وظيفته أو متابعته لعلاج⁶.

ويجوز لقاضي تطبيق العقوبات إخضاع الشخص الموضوع تحت المراقبة الإلكترونية لتدبير أو أكثر من التدابير الآتية:

- ممارسة نشاط مهني أو متابعة تعليم أو تكوين مهني.
- عدم ارتياد بعض الأماكن.
- عدم الاجتماع ببعض المحكوم عليهم، بما في ذلك الفاعلين الأصليين أو الشركاء في الجريمة.
- عدم الاجتماع ببعض الأشخاص، لا سيما الضحايا و القصر.
- الالتزام بشروط التكفل الصحي أو الاجتماعي أو التربوي أو النفسي التي تهدف إلى إعادة إدماج اجتماعياً.
- و يتضمن الوضع تحت المراقبة الإلكترونية أيضاً إلزام المحكوم عليه بالاستجابة إلى إستدعاءات قاضي تطبيق العقوبات أو السلطة العمومية التي يعينها هذا الأخير⁷، ويجوز لقاضي تطبيق العقوبات، تلقائياً أو بناء على طلب الشخص الموضوع تحت المراقبة الإلكترونية، تغيير أو تعديل الالتزامات المحددة في مقرر الوضع تحت المراقبة الإلكترونية⁸.

¹ -أنظر المادة 150 مكرر 7 من القانون رقم 01/18 السابق الذكر.

² -أنظر خالد حساني، نظام المراقبة الإلكترونية في النظم العقابية الحديثة، نحو أنسنة العقوبة الحلقة 03، مقال منشور بجريدة الشعب عدد 17221 الصادر بتاريخ 2016/12/29 ص 09.

³ -أنظر المادة 150 مكرر 7 من القانون رقم 01/18 السابق الذكر.

⁴ -أنظر المادة 150 مكرر 2 من القانون رقم 01/18 السابق الذكر.

⁵ -أنظر المادة 150 مكرر 7 من القانون رقم 01/18 السابق الذكر.

⁶ -أنظر المادة 150 مكرر 5 من القانون رقم 01/18 السابق الذكر.

⁷ -أنظر المادة 150 مكرر 6 من القانون رقم 01/18 السابق الذكر.

⁸ -أنظر المادة 150 مكرر 9 من القانون رقم 01/18 السابق الذكر.

تتم متابعة ومراقبة تنفيذ الوضع تحت المراقبة الإلكترونية، تحت إشراف قاضي تطبيق العقوبات، من قبل المصالح الخارجية لإدارة السجون المكلفة بإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، عن بعد وعن طريق الزيارات الميدانية و المراقبة عن طريق الهاتف.

تبلغ المصالح الخارجية لإدارة السجون المكلفة بإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين قاضي تطبيق العقوبات فوراً، بكل خرق لمواقيت الوضع تحت المراقبة الإلكترونية، وترسل إليه تقارير دورية عن تنفيذ الوضع تحت المراقبة الإلكترونية¹.

المطلب الثالث: إلغاء تنفيذ العقوبة بالوضع تحت نظام المراقبة الإلكترونية.

إن نظام الوضع تحت نظام المراقبة الإلكترونية باعتباره بديلاً لتنفيذ العقوبة السالبة للحرية يفترض التزام المحكوم عليه بكافة الالتزامات المحددة له في مقرر الوضع تحت المراقبة الإلكترونية وفي حالة إخلاله بهذه الالتزامات ، فإنه يترتب على ذلك إلغاء نظام الوضع تحت المراقبة الإلكترونية ، وعودة المحكوم عليه إلى المؤسسة العقابية لاستكمال ما تبقى له من العقوبة السالبة للحرية ، وقد يتم اعتباره مرتكباً لجريمة الهرب من تنفيذ عقوبة سالبة للحرية.

وعليه نقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول حالات إلغاء الوضع تحت المراقبة الإلكترونية، وفي الفرع الثاني الجزء المترتب عن إلغاء الوضع تحت المراقبة الإلكترونية.

الفرع الأول: حالات إلغاء الوضع تحت المراقبة الإلكترونية

لقد حدد المشرع الجزائري الحالات التي يمكن لقاضي تطبيق العقوبات بعد سماع المعني، إلغاء الوضع تحت المراقبة الإلكترونية في ما يلي:

– عدم احترامه لالتزاماته دون مبررات مشروعة.

– الإدانة الجديدة.

– طلب المعني².

كما يمكن للنائب العام ، إذا رأى أن الوضع تحت المراقبة الإلكترونية يمس بالأمن و النظام العام، أن يطلب من لجنة تكييف العقوبات إلغاءه و يجب على لجنة تكييف العقوبات الفصل في الطلب بمقرر غير قابل لأي طعن، في أجل أقصاه عشرة (10) أيام من تاريخ إخطارها³.

ويمكن للشخص المعني بالوضع تحت المراقبة الإلكترونية التظلم ضد إلغاء مقرر الوضع تحت نظام المراقبة الإلكترونية، أمام لجنة تكييف العقوبة، التي يجب عليها الفصل فيه في أجل خمسة عشر (15) يوماً من تاريخ إخطارها⁴.

الفرع الثاني: الجزء المترتب عن إلغاء الوضع تحت المراقبة الإلكترونية.

يترتب على إلغاء مقرر الوضع تحت المراقبة الإلكترونية، أن ينفذ المعني بقية العقوبة المحكوم بها عليه داخل المؤسسة العقابية وذلك بعد اقتطاع المدة التي قضاها في الوضع تحت نظام المراقبة الإلكترونية⁵.

وإضافة إلى إلغاء مقرر الوضع تحت المراقبة الإلكترونية و تنفيذ المعني بقية العقوبة المحكوم بها عليه داخل المؤسسة العقابية ، فإنه يتعرض الشخص الذي يتملص من المراقبة الإلكترونية، لا سيما عن طريق نزع أو تعطيل الآلية الإلكترونية للمراقبة إلى العقوبات المقررة لجريمة الهروب المنصوص عليها في المواد من 188 إلى 194 من قانون العقوبات المعدل والمتمم¹.

¹ –أنظر المادة 150 مكرر 8 من القانون رقم 01/18 السابق الذكر.

² –أنظر المادة 150 مكرر 10 من القانون رقم 18/01 السابق الذكر.

³ –أنظر المادة 150 مكرر 12 من القانون رقم 18/01 السابق الذكر.

⁴ –أنظر المادة 150 مكرر 11 من القانون رقم 18/01 السابق الذكر.

⁵ –أنظر المادة 150 مكرر 13 من القانون رقم 18/01 السابق الذكر.

خاتمة

توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى أن أغلب الأنظمة العقابية الحديثة اتجهت نحو تبني بدائل للعقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة، عن طريق توظيف التكنولوجيا الحديثة على نحو يخدم العدالة الجنائية في مختلف مراحلها ومن بين البدائل التي استحدثتها نجد نظام الوضع تحت المراقبة الإلكترونية، الذي يعتبر أهم البدائل الجديدة للعقوبة السالبة للحرية وقفزة نوعية في مراحل تطور السياسة العقابية. وعلى الرغم من الانتقادات التي قدمها الفقه الجنائي لنظام المراقبة الإلكترونية من منطلق أنه لا يحقق الوظيفة المبتغاة من العقوبة وهي تحقيق الردع، إلا أن هذا النظام بالمقابل يساهم في إصلاح الجاني عن طريق إبعاده عن الوسط الإجرامي ويقلل من حالات العود إلى الجريمة من جهة، ويحافظ على فرص الإدماج الاجتماعي للمحكوم عليه المستفيد من هذا النظام، كما أنه يشكل ضمانات من ضمانات حقوق الإنسان من جهة أخرى، ويساهم في التخفيف من الاكتظاظ في السجون²، ويقلل من النفقات المالية الموجهة للمؤسسات العقابية، كل هذا له انعكاس إيجابي على المحكوم عليه وأسرته والمجتمع.

وقد تفتن المشرع الجزائري لذلك و استكمل سياسته العقابية الجديدة التي تقوم على وضع بدائل لعقوبة الحبس قصيرة المدة، فاستحدثت سنة 2018 بموجب القانون رقم 01/18 المؤرخ في 30 يناير سنة 2018 المتتم للقانون رقم 04/05 المؤرخ في 6 فبراير سنة 2005 و المتضمن قانون تنظيم السجون و إعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين تنفيذ العقوبة بالوضع تحت نظام المراقبة الإلكترونية كبديل للعقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة كأول بلد عربي وثاني بلد إفريقي بعد جنوب إفريقيا، يشرع في العمل بهذا النظام الذي تستصدر نصوص تنظيمية لبيان كيفية تطبيقه، كما أن تطبيقه سيتم بصفة تدريجية لأنه مقترن بتوفر الأدوات والأجهزة التكنولوجية اللازمة لذلك، وكذا الخبرة الفنية للعنصر البشري القائم على تنفيذه باعتباره لا يزال قيد التجربة ولا تزال خبرة الدول المتقدمة المعتمدة عليها قصيرة إلى حد ما.

المراجع:

أولاً- المؤلفات المتخصصة

- 01 - عمر سالم، المراقبة الإلكترونية طريقة حديثة لتنفيذ العقوبة السالبة للحرية خارج السجن، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005..
- 02- أسامة حسنين عبيد، المراقبة الجنائية الإلكترونية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.

ثانياً- الرسائل والمذكرات الجامعية

- 01- أمين عبد العزيز الملك، بدائل العقوبات السالبة للحرية كنموذج للإصلاح في نظام العدالة الجنائية، أطروحة دكتوراه، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العلوم الإجتماعية، المملكة العربية السعودية، 2010
- 02- عبد الله بن علي الخثعمي، بدائل العقوبات السالبة للحرية بين الواقع والمأمول، مذكرة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العلوم الإجتماعية، المملكة العربية السعودية، 2008.
- 03 - كباسي عبد الله، وقيد وداد، المراقبة الإلكترونية باستخدام السوار الإلكتروني، مذكرة ماستر في القانون الجنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار عنابة، 2016/2017.

1- أنظر المادة 150 مكرر 14 من القانون رقم 18/01 السابق الذكر.

2- أنظر خالد حساني، نظام المراقبة الإلكترونية في النظم العقابية الحديثة، نحو أنسنة العقوبة الحلقة 03، المرجع السابق، ص 09.

ثالثا- المقالات

- 01- بوزيدي مختارية، المراقبة الإلكترونية ضمن السياسة العقابية الحديثة، مقال منشور ب مجلة الدراسات الحقوقية مجلة محكمة وأكاديمية متخصصة تصدر عن مخبر حماية حقوق الإنسان بين النصوص الدولية والنصوص الوطنية وواقعها في الجزائر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الدكتور الطاهر مولاي سعيدة ، المجلد الثالث العدد الثاني ديسمبر 2016.
- 02- ليلي طليبي، الوضع تحت المراقبة الإلكترونية، مقال منشور بمجلة العلوم الإنسانية ، مجلة علمية محكمة تصدر عن جامعة منتوري قسنطينة، العدد 47 المجلد - أ- جوان 2017.
- 03- ساهر إبراهيم الوليد، مراقبة المتهم إلكترونيا كوسيلة للحد من مساوئ الحبس الاحتياطي - دراسة تحليلية، مقال منشور بمجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، المجلد الحادي والعشرون العدد الأول يناير 2013 غزة فلسطين.
- 04- صفاء أوتاني، الوضع تحت المراقبة الإلكترونية "السور الإلكتروني" في السياسة العقابية الفرنسية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 25، العدد الأول، 2009.
- 05- خالد حساني، نظام المراقبة الإلكترونية في النظم العقابية الحديثة، نحو أنسنة العقوبة الحلقة 01 مقال منشور بجريدة الشعب عدد 17219 الصادر بتاريخ 2016/12/27 الصفحة 09
- 06- خالد حساني، نظام المراقبة الإلكترونية في النظم العقابية الحديثة، نحو أنسنة العقوبة الحلقة 01 مقال منشور بجريدة الشعب عدد 17220 الصادر بتاريخ 2016/12/28 الصفحة 09
- 07- خالد حساني، نظام المراقبة الإلكترونية في النظم العقابية الحديثة، نحو أنسنة العقوبة الحلقة 01 مقال منشور بجريدة الشعب عدد 17221 الصادر بتاريخ 2016/12/29 الصفحة 09
- 08- بلعراي عبد الكريم ، عبد العالي بشير ، الحد من العقاب في السياسة الجنائية المعاصرة، مقال منشور بمجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، مجلة علمية دولية محكمة تصدر شهريا عن جيل البحث العلمي لبنان العدد 21 يناير 2018

رابعا - الندوات العلمية والتقارير

- 01- بدائل العقوبات السالبة للحرية، ندوة علمية منظمة من طرف جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية بالتعاون مع وزارة العدل الجزائرية، منشورة في مجلة الأمن والحياة ، مجلة علمية محكمة تصدر عن جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية العدد 372 مايو 2013.
- 02 - المنظمة الدولية للإصلاح الجنائي ، بدائل التدابير الاحتجازية، دراسة حالة لعدد من الدول العربية " الأردن ، الجزائر ، المغرب، اليمن، تونس ، مصر " ، عمان الأردن 2014.

خامسا- النصوص القانونية

- القانون رقم 01/18 مؤرخ في 12 جمادى الأولى عام 1439 الموافق 30 يناير سنة 2018، يتم القانون رقم 04/05 المؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق 6 فبراير سنة 2005 و المتضمن قانون تنظيم السجون و إعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين تنفيذًا لأحكام الجريدة الرسمية العدد 05 المؤرخة في 2018/01/30.
- القانون رقم 03/15 المؤرخ في 01 فبراير سنة 2015 و المتعلق بعصنة العدالة، الجريدة الرسمية العدد 06 المؤرخة في 2015/02/10.

حماية البيئة وقت النزاع المسلح (الحرب على العراق نموذجاً)

د/ مجاهدي إبراهيم
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة علي لونيبي-البليدة2

طالب دكتوراه: قطوش مهدي
جامعة علي لونيبي-البليدة2
mahdimiral15@gmail.com

الملخص:

إن البيئة هي سبب وجود الإنسان، وعليه وجب الحفاظ عليها، بعدم تعريضها وإقحامها في النزاعات المسلحة، لأن تدميرها يعني فناء البشرية، فاستعماله للأسلحة المحرمة دولياً، والتي تتخطى آثارها حدود الدول، فهي لا تفرق بين المتحاربين وغير المتحاربين، لذلك فإن قواعد ومبادئ القانون الدولي الإنساني تعمل في هذا المجال على أنسنة الحرب ووضع كافة التدابير والإجراءات من أجل وضع آليات لتطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني، عن طريق تكاتف جهود الدول داخلياً وإقليمياً ودولياً.

الكلمات المفتاحية: القانون الدولي الإنساني، الحرب، البيئة، الاعتداء، النزاع المسلح، الأسلحة المحظورة.

Summary:

The environment is the cause of human existence, and therefore must be preserved by not exposing it and inflicting it in armed conflicts .

Because its destruction means the annihilation of humanity, and its use of internationally prohibited weapons goes beyond the borders of States.

It does not distinguish between belligerents and non-belligerents, so the rules and principles of international humanitarian law operate in this area.

Through the humanization of war and the establishment of all measures and procedures for the establishment of mechanisms to apply the rules of international humanitarian law. By intensifying the efforts of States internally and internationally.

Key words: international humanitarian law-the war- The environment-assault-Armed conflict- Prohibited weapons.

إن التزايد الكبير للنزاعات المسلحة بنوعها الدولية وغير الدولية في القرن العشرين وأوائل القرن الواحد والعشرون أدى إلى انتهاك العديد من قواعد حماية ضحايا النزاعات المسلحة، ولعل ويلات هذه الحروب وآثارها لم تقتصر على المدنيين فحسب، بل امتدت للمساس بالبيئة وعناصرها الحيوية.

مما استدعت الضرورة إلى التفكير في توفير حماية للبيئة، بوصفها سببا لبقاء البشرية، هذا وقد تعرضت البيئة للاعتداءات منذ القدم، بالرغم من ظهور بوادر حمايتها في تلك الحقبة، وقد تجلّى ذلك من خلال مبادئ الإنسانية التي أقرتها الحضارات القديمة، كما كان لظهور الأديان السماوية أثرا بارزا في تطور قواعد حماية البيئة، وذلك بحصرها الحرب على المقاتلين والأهداف العسكرية فقط، وللإشارة فقد أستلهم الفكر الغربيمن الشريعة الإسلامية مبادئها الإنسانية، ولعل أهم مبدأ هو مبدأ التمييز بين الأعيان المدنية والأهداف العسكرية. وتعد قضية تلوث البيئة من أبرز المعضلات التي تشغل اهتمام المجتمع الدولي في الوقت الحاضر، حيث فرضت نفسها على جدول الأعمال العالمي، وأصبحت موضوعا رئيسيا للعلاقات الدولية، وهذه نتيجة حتمية تمخضت عن إدراك الكثير من دول العالم للصلة الوثيقة بين مواجهة التحدي البيئي ومستقبل كوكب الأرض.

وقد بدأ الاهتمام بقضية البيئة بشكل جدي على الصعيد العالمي في مطلع السبعينات بريادة منظمة الأمم المتحدة، وقد تمخض عن تلك الجهود في هذا السياق إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية، فضلا عن عدد من القرارات والتوصيات التي صدرت عن المنظمات الدولية العالمية والإقليمية، والتي استهدفت حماية البيئة خلال المنازعات المسلحة.

ولعل من بين جم العوامل التي تمثل خطرا كبيرا على البيئة ما يكمن في الوسائل والأساليب التي تستخدم في المنازعات المسلحة من قبل الأطراف المتقاتلة، حيث كشفت التجارب السابقة عن أن النتائج الخطيرة التي خلفتها النزاعات المسلحة ألحقت أضرار بالبيئة. ورغم الإشارات المقتضية لضرورة حماية البيئة زمن النزاعات المسلحة، من خلال اتفاقيات لاهاي لعامي 1899 و1907، فإن إضفاء الحماية على البيئة لا يتحقق إلا باعتماد اتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1949، وقد تبلور ذلك من خلال اعتماد البروتوكولين الإضافيين لعام 1977، كما نجد عدة اتفاقيات حظرت انتهاك البيئة منها اتفاقية الأمم المتحدة لحظر استخدام تغيير البيئة لأغراض عسكرية أو لأية أغراض عدائية أخرى لعام 1976.

وبالرغم من توافر النصوص الحاثية على ضرورة حماية الأعيان الدينية والثقافية والحضارية، فإنها تبقى دون قيمة مالم تندعم بآليات وأجهزة دولية ووطنية تسهر على حسن تنفيذها، ونتيجة لذلك فقد سعت الدول إلى سن تشريعات داخلية تكفل تطبيق هذه قواعد القانون الدولي الإنساني، وذلك من خلال الانضمام للاتفاقيات الدولية المتعلقة بموضوع حماية البيئة في وقت السلم والحرب في آن واحد، ودعوة الدول المتنازعة إلى عدم اللجوء على استخدام الأسلحة المدمرة للبيئة.

ولم تقتصر الجهود على المستوى الداخلي للدول فقط، بل تعدتها إلى المستوى الدولي من خلال السعي لإيجاد آليات تسهر على حسن تطبيق هذه القواعد سواء تعلق الأمر بالنزاع المسلح الدولي وغير الدولي.

وعلى الرغم من حظر استخدام القوة في القانون الدولي المعاصر، إلا أن الواقع يكشف كل يوم عن نزاعات مسلحة، خلفت وراءها آثارا ضارة على البيئة من ناحية، ومن ناحية أخرى كشف الواقع عن صعوبة بالغة في معالجة الآثار الناجمة عن استخدام بعض الوسائل القتالية، فضلا عن أنها تحتاج إلى فترات طويلة حتى تختفي، وبعضها الآخر لا يظهر أثره إلا بعد فترة قد يطول أمدها.

أما إشكالية البحث يمكن حصرها في التساؤلات القانونية التالية: مدى تكريس الآليات الدولية لقواعد حماية البيئة وقت النزاع المسلح؟ وما مدى التزام الدول بتعهداتها في تطبيق وتنفيذ هذه الآليات أو الوسائل القانونية الحامية للبيئة؟ وفي حالة خرق التزام واجب حماية البيئة، فما هي طبيعة المسؤولية المترتبة؟

وللإجابة عن الإشكالية السابقة اعتمدنا على المنهج الوصفي التحليلي، ومن خلاله نستعرض قواعد وأحكام القانون الدولي لحماية البيئة ونحللها على ضوء الآراء الفقهية.

أما خطة البحث، حيث قسمناه إلى مبحثين تعرضنا في المبحث الأول إلى مفهوم البيئة وعناصرها وحالات الاعتداء عليها خلال النزاعات المسلحة، أما المبحث الثاني تطرقنا فيه إلى أثر الأسلحة المحظورة على البيئة، مع بيان طبيعة هذه الأسلحة وأثرها على البيئة وكيفية الحماية منها.

المبحث الأول: مفهوم البيئة

إذا كانت البيئة هي كل شيء صامت يحيط بالإنسان سواء مواد صلبة أو سائلة أو غازية، و التي تتوقف عليها حياة الإنسان، وهذا ما جعل آراء الفقهاء والعلماء متضاربة حول تحديد مفهوم البيئة، حيث كل منهم يعرفها من زاوية معينة، وهذا ما يفرض علينا الوقوف على تعريف البيئة، وتحديد عناصرها المشمولة بالحماية في المطلب الأول، ثم بيان حالات الاعتداء عليها خلال النزاعات المسلحة في المطلب الثاني.

المطلب الأول: تعريف البيئة وعناصرها المشمولة بالحماية

إذا كانت البيئة تشتمل على مجموعة من العناصر سواء أكانت طبيعية أو صناعية أو إنسانية، وهذا ما جعلنا نتناول في إطار هذا المطلب في الفرع الأول تعريف البيئة، وفي الفرع الثاني عناصرها المشمولة بالحماية.

الفرع الأول: تعريف البيئة

لقد شاع استخدام مفهوم البيئة للدلالة على الظروف المحيطة بالإنسان والمؤثرات الخارجية والداخلية فيه، وذلك للتعبير عن العلاقة البشرية المتعلقة بمجال معين. والبيئة كلمة شائعة الاستخدام ترتبط بمفهومها بمفهوم العلاقة التي تحكم الوسط الذي توجد فيه، فنقول البيئة الزراعية والبيئة الصناعية والبيئة الاجتماعية، أي علاقة نشاط الإنسان في أمر معين.

يعود الأصل اللغوي لكلمة البيئة في اللغة العربية إلى الفعل (بؤأ) بمعنى باء أي يرجع، ويقال (تبؤأ) أي بؤأ له منزلاً أو بؤأه منزلاً، بمعنى هبأه له ويمكن له فيه، وهذا المعنى مصدره قوله تعالى (وكذلك مكنا ليوسف في الأرض يتبؤأ منها حيث يشاء)⁽¹⁾، ويؤكد هذا المعنى قوله تعالى في الآية 58 من سورة العنكبوت (والذين آمنوا وعملوا الصالحات لننبؤئنهم من الجنة غرفاً)، وقوله تعالى في الآية 9 من سورة الحشر (والذين تبؤؤا الدار والإيمان).

وقد تعني البيئة النزول والحلول والإقامة في مكان معين⁽²⁾، وقيل بأنها الوسط الطبيعي الذي يعيش فيه الإنسان والكائنات الأخرى، ويمارس فيه نشاطاته المختلفة.⁽³⁾ كما عرفت البيئة بأنها المحيط أو الوسط الطبيعي الذي تعيش فيه الكائنات⁽⁴⁾.

وقيل أن البيئة هي الوسط الذي يعيش فيه الكائن الحي بوجه عام، كي ينصرف إلى الحال أو الظروف التي تكشف ذلك المكان، أياً كانت طبيعتها، ظروف طبيعية أو اجتماعية، أو بيولوجية التي تؤثر على حياة ذلك الكائن ونموه وتكاثره⁽⁵⁾.

(1) سورة يوسف، الآية رقم 56.

(2) محمد خالد جمال رستم، التنظيم القانوني للبيئة في العالم، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2006، ص 96.

(3) رياض صالح أبو العطا، حماية البيئة من منظور القانون الدولي العام، دار الجامعة الجديدة، جامعة طنطا، الأزريطية، الإسكندرية 2009، ص 43.

(4) هشام بشير، حماية البيئة في ضوء أحكام القانون الدولي الإنساني، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2011، ص 08.

(5) محسن أفكيرين، القانون الدولي للبيئة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 43.

يمكن تعريف البيئة بأنها مجموعة العوامل والظروف الجوية والأرضية التي تؤثر بصورة مباشرة على الفرد وسلوكه، وهي بجميع أشكالها خارجة عن إرادة الإنسان، وتمثل في المياه والهواء والأرض، أو هي الوسط الذي يتصل بحياة الإنسان وصحته في المجتمع، سواء كان ذلك من صنع الإنسان أو من صنع الطبيعة.

الفرع الثاني: عناصر البيئة المشمولة بالحماية

تشمل البيئة المقصودة بالحماية ووقت النزاع المسلح على العناصر الطبيعية والبيولوجية والإنسانية، وهذا ما نتعرض إليه في إطار النقاط التالية:

أولاً- المقصود بالبيئة الطبيعية

البيئة الطبيعية هي الوسط الذي يحيط بالإنسان من مخلوقات الله مثل الماء والهواء والغابات والأراضي والحيوانات والطيور، ولقد اقتضت الحكمة الإلهية أن تقترن خلافة الإنسان في الأرض بتسخير الله عز وجل للأرض للإنسان، وجعلها صالحة ليحيى عليها ويعيش فيها حياة كريمة، كما سخر الله للإنسان ما في السموات من شمس وأقمار ونجوم لخدمة الإنسان بأمر من الله⁽¹⁾. فالبيئة الطبيعية تشمل المظاهر التي لا دخل للإنسان في وجودها أو استخدامها، ومن صورها المياه والتربة والهواء، وهي ذات تأثير مباشر أو مباشر في حياة أي جماعة حية من نبات وحيوان وإنسان.

ثانياً- المقصود بالبيئة البيولوجية

يقصد بالبيئة البيولوجية الوسط النباتي والحيواني الذي يحيى فيه الإنسان، ومن أبرز هذا الوسط الزروع والحيوانات، أي الوسط النباتي والحيواني، فكافة هذه المخلوقات مسخرة لخدمة الإنسان، فقدره الله عز وجل كفلت التوازن بين الوسط النباتي والحيواني، فكل مساس بهذا الوسط مساس بالإنسان وبوجوده، فالاعتداء على البيئة البيولوجية هو اعتداء على الإنسان⁽²⁾، وتعد البيئة البيولوجية جزءاً من البيئة الطبيعية.

ثالثاً- المقصود بالبيئة الإنسانية

البيئة الإنسانية هي ذلك الوسط الذي ابتدعه الإنسان، كالأثار والإنشاءات المدنية والحضارية والسدود، ولا مرأى في أن البيئة الإنسانية، كالسدود والإنشاءات المدنية والآثار إنما يرجع الفضل في إيجادها للفكر الإنساني، وما لديهم من ملكات إبداعية، فالتعدي على البيئة وقت النزاع المسلح حرمة الأديان السماوية قبل أن تمنعه الإعلانات والمواثيق الدولية⁽³⁾.

المطلب الثاني: الاعتداء على البيئة زمن الحرب

لطالما كانت البيئة محل انتهاك وخرق خلال النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية دون أن تكون طرفاً فيها، فالحرب لا تفرق بين البيئة الطبيعية ولا البيئة الإنسانية، وبما أن هناك حالات اعتداء كثيرة ومتنوعة على البيئة. وتتمثل أهم ملامح حماية البيئة أثناء النزاعات المسلحة في حظر استخدام وسائل القتال التي تلحق ضرراً واسعاً بالبيئة الطبيعية، أو الاعتداء عليها على سبيل الانتقام. وهذا ما قرره المادة 8 من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية أن من جرائم الحرب، شن الهجوم عمداً مع العلم أن هذا الهجوم سيحدث فقدماً للحياة أو إصابات للمدنيين أو أضرار بالأشياء المدنية أو إضرار واسع وممتد زمنياً وجسيم بالبيئة

(1) محمود صالح العادلي، موسوعة حماية البيئة في القانون الجنائي الداخلي والقانون الدولي الجنائي والفقهاء الإسلاميين، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2003، ص 20، 21.

(2) نفس المرجع، ص 22، 23.

(3) محمود صالح العادلي، مرجع سابق، ص 24.

الطبيعية، والذي يكون زائدا بطريقة واضحة عن الميزة العسكرية المتوقعة فعلا ومباشرة. فهذا جعلني أتعرض في الفرع الأول إلى الحرب المدمرة للبيئة، وفي الفرع الثاني أنطرق إلى حالات الاعتداء على البيئة.

الفرع الأول: الحرب المدمرة للبيئة

إن التدمير البيئي الناجم عن الحروب والنزاعات المسلحة بين الدول والذي يشكل النتيجة الحقيقية والمباشرة لاستخدام البيئة في التكتيكات والأساليب العسكرية، إلى جانب استخدام الأسلحة الفتاكة بالبشرية، والتي تؤدي بشكل مباشر إلى إحداث الخلل العميق بالتوازن البيئي، وتسبب في إزهاق الأرواح وتهديد أمن وسلامة الإنسان، نتيجة الجرائم البيئية الخطيرة، التي تزايدت حدتها، وذلك نتيجة زيادة النزاعات المسلحة العرقية والطائفية والسياسية والإقليمية في العديد من المناطق⁽¹⁾. ومن أهم الأشياء والأماكن التي أضفت عليها المواثيق الدولية الحماية، نذكر الآتي:

- حظر مهاجمة الأشياء التي لا غنى عنها لبقاء السكان المدنيين، وخاصة تدمير المواد الغذائية، أو المناطق الزراعية، أو محطات مياه الشرب، إذا كان الغرض من ذلك تجويع المدنيين أو حملهم على الخروج من الإقليم لأي سبب أو دافع كان.

- حظر مهاجمة المنشآت التي تحتوي على قوى خطيرة، أو المنشآت التي تحتوي على قوى خطيرة، أو يترتب عليها إحداث خسائر جسيمة للسكان المدنيين، من أمثلة ذلك محطات توليد الكهرباء التي تعمل بالطاقة الذرية.

- الحد من استخدام أنواع معينة من الأسلحة، والتي تسبب آلام لا مبرر لها، ومن أهم الأسلحة المحظورة في النزاعات المسلحة، استخدام الأسلحة السامة، والغازات الخانقة، واستخدام الطلقات التي تنتشر أو تتفتت بسهولة في جسم الإنسان.

وتعتبر حرب الخليج الأولى والثانية، وما ترتب عنها من تدمير للبيئة التحتية للعراق من محطات اتصالات وكهرباء ومنشآت نفطية، والمنازل، وحتى الملاجم، باستخدام الأسلحة المحظورة دوليا كأسلحة اليورانيوم المخضب، والأسلحة الكيماوية كالقنابل العنقودية وقنابل النابالم، وأسلحة الفسفور الأبيض، حيث تم إطلاقا طنان منها، مما ترتب عنها عدة أضرار بيئية.

إن الاستخدام المتعمد للأسلحة الإشعاعية، هو جريمة ضد الإنسانية، نتيجة لآثارها الضارة على البيئة، والتي لا تميز بين المدنيين والأهداف العسكرية، والتي يمكن إدراجها ضمن المادة السابعة من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، تحت مفهوم الجرائم ضد الإنسانية، متى كان هذا الاعتداء واسع النطاق وطويل الأمد ومنظم وموجه ضد عناصر البيئة مع إدراك احتمالية وقوع هذا الاعتداء⁽²⁾.

إن استخدام الأسلحة المحظورة دوليا تؤثر على النظام البيئي، لأن المواد الكيماوية بطبيعتها تتسم بالاستمرارية والحركة وقابليتها وقدرتها لأن تأخذ طريقها في النفاذ إلى سلسلة الطعام، ويمكن أن تتركز في أنسجة الكائنات الحية، ومن ثم يمكن أن تؤدي إلى حدوث تغيرات في وظائف الأعضاء لكافة الأشكال الحية التي تصل إليها.

الفرع الثاني: حالات الاعتداء على البيئة وقت النزاع المسلح

فالبيئة هي من أهم ضحايا الحروب القديمة والحديثة على حد سواء، فقد شهدت الحرب العالمية الأولى والثانية، والحرب الكورية وحرب الفيتنام وحرب الخليج، والحرب على العراق عام 2003م أحداث مروعة كحرق الغابات والأراضي، وتدمير المدن، وإشعال آبار النفط، وتدمير السدود، وسكب النفط في البحار وفي مصادر مياه الشرب لتلويثها، كما استخدمت الأسلحة الكيماوية والنووية في كثير من النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، وقد كان لها تأثيرها المدمر على البيئة ومكوناتها المختلفة من تربة وماء وهواء، وعلى صحة الإنسان،

(1) مجّد افكرين، مرجع سابق، ص75.

(2) هندرين أشرف عزت نعمان، القانون الدولي الإنساني والتلوث البيئي في العراق، رسالة ماجستير، الأكاديمية العربية في الدامر، 2011، ص 78.

والأجيال المتعاقبة، كما تتسبب في دمار البيئة التحتية، وهذا ما يزيد من معاناة البشر والبيئة معا، وقد يؤدي إلى فئائها في كثير من المناطق المتعرضة للإشعاعات النووية أو انتشار المواد الكيماوية الملوثة للبحر والجو والبر.

ولعل الاعتداء على البيئة وقت النزاع المسلح يستوي في ذلك أن يكون بصفة مباشرة أو بصفة غير مباشرة، ومثال ذلك استخدام الأسلحة المسممة، والغازات الخانقة والوسائل الأخرى كقذف القرى بالقنابل.⁽¹⁾

كما أن هناك علاقة شائكة ومعقدة بين الحرب والبيئة، حيث أصبحت دراسة أثر كل منها علماً أخرى مصدر اهتمام العديد من الهيئات والخبراء، وقد كان القرن العشرون من أسوأ القرون بيئياً وإنسانياً، حسب تقديرات الأمم المتحدة، فمع التقدم التكنولوجي الكبير الذي واكب صناعة الأسلحة والمعدات الحربية، أصبحت الحروب أكثر خطورة وقسوة على البيئة وعلى حقوق الإنسان، وعلى الرغم من تحريم المعاهدات الدولية استخدام جميع أشكال الأسلحة العسكرية التي تضر بالبيئة، واعتبار الأضرار المتعمدة بالبيئة وعناصرها الأساسية من جرائم الحرب والجرائم ضد الإنسانية، فما تزال رغبة الدول الأطراف المتحاربة في تحقيق المكاسب العسكرية أقوى من قدرتها على الانصياع لبنود هذه الاتفاقيات.

هذا وقد نالت منطقة الخليج العربي قسطاً وافراً من الانتهاكات البيئية نتيجة اندلاع ثلاثة حروب متعاقبة في العقود الثلاثة الماضية، فكان لسياسة الأرض المحروقة التي تركت آثاراً بالغة على البيئة الطبيعية، وذلك بداية من الحرب العراقية- الإيرانية عام 1980، ومروراً بحرب الخليج الثانية عام 1990-1991، وانتهاء بحرب 2003 على العراق.⁽²⁾

المبحث الثاني: أثر الأسلحة المخطورة على البيئة

إن الاستخدام المفرط للأسلحة المخطورة خلال النزاعات المسلحة، قد ترتب عنها أضراراً بالغة الخطورة بالإنسان والحيوان والبيئة، ورغم التحذيرات الدولية والإقليمية على الحد من استخدام الأسلحة المخطورة، إلا أن الواقع يثبت عكس ذلك، وهذا ما يجعلنا نتطرق في المطلب الأول إلى تحديد طبيعة الأسلحة المخطورة استخدامها بيئياً، وتتناول في المطلب الثاني حماية البيئة وفق أحكام وقواعد القانون الدولي الإنساني.

المطلب الأول: طبيعة الأسلحة المخطورة واستخدامها بيئياً

تعاني البيئة وقت النزاع المسلح من الاستخدام غير المشروع للأسلحة المختلفة، والتي تنعكس سلباً على البيئة وتغيّر من طبيعتها، وجاءت الاتفاقيات الدولية لتحظر استخدام كثير من الأسلحة المدمرة، وهذا ما نتناوله في الفرع الأول، ونخصص الفرع الثاني لبيان آليات الحماية المنصوص عليها في المواثيق الدولية.

الفرع الأول: استعمال الأسلحة المدمرة

إن النزاعات المسلحة تؤثر بأي وجه كان على البيئة، فاليورانيوم المخصب الذي استخدم في حرب الخليج الثانية، والحرب على العراق عام 2003م، قد أدى إلى خروج مساحات زراعية شاسعة والتي تعد من أفضل المناطق الزراعية في العراق من دائرة الإنتاج الزراعي، بسبب تلوثها، والخشبية من انتقال اليورانيوم المخصب إلى الإنسان عن طريق السلسلة الغذائية، الأمر الذي يهدد بالإصابة بالكثير من الأمراض الخطيرة، ففي الحرب العراقية- الإيرانية، لم يوفر الطرفان جهداً في تدمير وحرق وتخريب ما أمكن من أراضي وشواطئ الطرفان، فاستخدمت فيها الأسلحة الكيماوية، وأغرقت السفن، ولوثت البحار، وفي حرب الخليج الثانية سكب ما بين (4-8) ملايين برميل نفل في مياه

(1) محمود صالح العادلي، مرجع سابق، ص 123.

(2) هندرين اشرف عزت نعمان، مرجع سابق، ص 132.

الخليج مخلقة أكبر بقعة نفطية في العالم، وأحرقت (732) بئرا للنفط، واستخدمت قوات التحالف (350) طنا من اليورانيوم المخضب خلال حرب الخليج الثانية.⁽¹⁾

وبالرجوع إلى ما تم الإشارة إليه، فإن حماية البيئة من آثار الأسلحة الفتاكة يتطلب التعاون الدولي في صورة اتفاقيات دولية ثنائية أو متعددة الأطراف، كما قد يأخذ صورة إنشاء هياكل تنظيمية، كالمنظمات الدولية أو اللجان الدولية المشتركة.⁽²⁾ كما تشير التقارير العديدة في هذا المجال إلى أن التأثير الإشعاعي لليورانيوم المخضب يستمر إنحو (4-5) مليارات من السنين، وأنه من السهل انتقال جزئياته المشعة إلى مناطق أوسع بفعل الرياح والغبار وترسبات الأثرية، وتشير التقارير الطبية إلى علاقة اليورانيوم المخضب بارتفاع نسبة الإصابة بأمراض عدة في العراق والكويت والسعودية كالسرطان وتليف الكبد، والكلبتين، والتشوهات البوائية والإجهاض وغيرها.

كما نجم عن استعمال اليورانيوم المخضب عدة مظاهر مؤثرة على الكائنات الحية في البيئة من أهمها:
أولا- ارتفاع نسبة الإصابة بالأمراض السرطانية، وبخاصة سرطانات الثدي، وسرطانات القولون والرحم والرئتين وحتى الدماغ.
ثانيا- ازدياد عدد الولادات المشوهة وبأرقام مخيفة مثل (الأطفال المنغوليين) ففي فضاء واحد يتكون من حوالي (300) ألف شخص، سجل أكثر من (40) حالة مرضية.

ثالثا- تسجيل مستويات إشعاع مرتفعة في التربة والماء والمحاصيل الزراعية والهواء.

الفرع الثاني: آليات الحماية المنصوص عليها في المواثيق الدولية.

تغيّب البيئة عن قائمة الأولويات والاهتمام في وقت النزاعات المسلحة، ويتحمل القادة والشعوب هذه المسؤولية، بتوفير أسباب السلم والأمن باعتبارهما عنصرين مهمين لتحقيق هدف حماية البيئة والحفاظ عليها.

وفي الواقع إن للحرب مخاوفها، كما أن للحرب آثارها المدمرة، ومن هنا أصبح من الضروري الاهتمام بحماية البيئة أثناء النزاع المسلح وقد أكدت العديد من الاتفاقيات الدولية بصفة عامة على ضرورة حماية البيئة في أوقات النزاع المسلح منها:

1- اتفاقية لاهاي 1907 الخاصة بقوانين وأعراف الحرب البرية.

2- اتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1949، والبروتوكول الإضافي الأول الخاص بحماية النزاعات المسلحة الدولية، حيث تم تقريره مبدأ احترام البيئة البحرية بمقتضى المادة 35 من هذا البروتوكول، والتي تنص على أنه "يحظر استخدام وسائل وأساليب للقتال يقصد بها أو قد يتوقع منها أن تلحق بالبيئة الطبيعية أضرارا بالغة واسعة الانتشار وطويلة الأمد." ⁽³⁾.

كذلك نجد أن المادة (55) من نفس البروتوكول الأول، تؤكد على واجب كل طرف في نزاع مسلح في احترام البيئة، وعدم إلحاق أي أضرار بمكوناتها البرية والبحرية والجوية.

ومن الاتفاقيات التي تعرضت لحماية البيئة أثناء النزاعات المسلحة اتفاقية 1976، الخاصة بحظر استخدام تقنيات التغيير في البيئة لأغراض عسكرية أو أية أغراض أخرى، حيث تلزم المادة الأولى منها على عدم تعريض الأطراف المتنازعة البيئة لأضرار ونتائج تؤثر على الإنسان والحيوان، وذلك بقولها "أن تتعهد كل دولة طرف في هذه الاتفاقية بعدم استعمال تقنيات التغيير في البيئة ذات الآثار الواسعة الانتشار أو الطويلة البقاء أو الشديد لأغراض عسكرية أو لأية أغراض عدائية أخرى." ⁽⁴⁾.

(1) هندرين اشرف عزت نعمان، مرجع نفسه، ص 138.

(2) رياض صالح أبو العطا، مرجع سابق، ص 56.

(3) محسن افكرين، مرجع سابق، ص 97.

(4) نفس المرجع، ص 98.

إن قواعد حماية البيئة وقت النزاع المسلح تركز أساسا على قواعد ومبادئ القانون الدولي الإنساني التي يجب على الأطراف المتحاربة احترامها ومراعاتها، وتشير في هذا الخصوص، وعلى سبيل المثال لالحصرالمواد (22-23-28-46-47-55) من اتفاقية لاهاي الرابعة لعام 1907، وكذلك أحكام المحكمة الدولية لـ"نورمبرغ" والخاصة بمحاكمة كبار مجرمي الحرب العالمية الثانية، كما نجد المواد (16-53-147) من اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية المدنيين أثناء النزاع المسلح.

وقد شهد العالم في أعقاب الحرب العالمية الأولى ثورة تكنولوجية واسعة وبشكل خاص في حقل صناعة الأسلحة وأدوات التدمير، الأمر الذي أدى إلى تحرك الجهود الدولية للسيطرة على الآثار التدميرية لهذه الأسلحة التي طالت آثارها الإنسان البيئة على حد سواء، وقد اتخذت تلك الجهود طابع إبرام اتفاقيات دولية لوضع حد لتطوير بعض الأسلحة، أو الاتفاق في حالات معينة على حظر استخدام بعضها. وفي حالات أخرى استبعاد مناطق من الكرة الأرضية من أن تكون مستودعات لتخزينها أو مسرحا لإجراء التجارب عليها. ومن المعاهدات الأولى التي تطرقت لحماية البيئة معاهدة منطقة القطب الجنوبي التي عقدت عام 1959، والتي حظرت كافة النشاطات العسكرية بما في ذلك إجراء التجارب على جميع الأسلحة في تلك المنطقة واعتبارها مخصصة لأغراض البحث العلمي السلمية فقط. وفي أعقاب إبرام اتفاقية حظر تجارب الأسلحة النووية لعام 1963 والتي تمثل أهمية كبرى بالنسبة لحماية البيئة، وقد حظرت كافة التجارب على الأسلحة النووية في الجو والفضاء وتحت سطح الماء، ويتمثل الهدف الرئيسي لهذه الاتفاقية وضع نهاية لتلوث البيئة عن طريق المواد المشعة، ووضع حد لسباق التسلح وإزالة دوافع إنتاج واختبار كافة الأسلحة بما فيها الأسلحة النووية. كما طورت اتفاقية الفضاء الخارجي لعام 1976 من مفهوم الحماية الدولية للبيئة عبر التزام الدول المتعاقدة "بمتابعة الدراسات للفضاء الخارجي، بما في ذلك القمر والأجرام السماوية الأخرى، والعمل على استكشافها، وتجنب إلحاق أو إحداث تلويث ضار بها، واتخاذ الإجراءات والوسائل المناسبة لتحقيق هذا الغرض"

وقد أدت الاتفاقية الدولية الخاصة بالمسؤولية المدنية عن أضرار التلوث بالنفط لعام 1969 إلى إرساء نظام دولي للمسؤولية عن الأضرار البيئية الناجمة عن تسرب النفط من خزانات الناقلات، والتي كانت بمثابة تعزيز للمقولة التي مفادها أن الدول ليس بمقدورها أن تنجو من المسؤولية الناشئة عن تلوث البحار المسبب له.

وقد أفردت اتفاقية الأمم المتحدة لقانون البحار لعام 1982، على حماية البيئة البحرية والحفاظ عليها، وهو التزام ينصرف إلى كافة الدول الساحلية، ويغطي مداه كافة المساحات البحرية الخاضعة للولاية الإقليمية، كما قرنت المادة 193 هذا الالتزام بالحق السيادي للدول في استغلال مواردها الطبيعية، حيث نصت على أنه "للدول حق سيادي في استغلال مواردها الطبيعية عملا بسياساتها البيئية وفقا لالتزامها بحماية البيئة البحرية والحفاظ عليها"، ويستفاد من نص هذه المادة إن الدولة الساحلية في سعيها في تحقيق مصالحها الاقتصادية من وراء استغلال الموارد الطبيعية عليها أن تراعي التزامها باحترام الصالح الجماعي الدولي في حماية البيئة البحرية والحافظة عليها.

ومن بين العوامل التي تشكل إعاقة أو تدخلا في النظام البيئي الوسائل والأساليب التي تستخدم من قبل الأطراف المتصارعة في النزاعات المسلحة، لاسيما الأسلحة المدمرة لوسائل القتال المتاحة في الترسانات العسكرية للدول والتي تزيد من العدوان على البيئة بشكل خطير لم يسبق له مثيل في تاريخ البشرية، وهذا يجدر بنا التأكيد على أهمية ضرورة احترام قواعد المنازعات المسلحة المتعلقة بحماية البيئة والمناداة بضرورة الاهتمام الدائم لتطوير وتحسين هذه الحماية والبحث عن الوسائل التي تسمح بتدارك الأضرار التي تلحق بالبيئة، ووضع حد لها ومعاينة مرتكبيها، لاسيما في ضوء أحكام وقواعد النزاعات المسلحة.

فإن أحكام القانون الدولي الإنساني - سواء المباشرة أو غير المباشرة - تشكل المصدر الرئيسي والفعال في توفير الحماية القانونية للبيئة في أوقات الحروب والنزاعات المسلحة.⁽¹⁾

إضافة لما سبق فإن تواتر الأعراف الدولية والاتفاقيات الدولية ذات الصلة باحترام ومراعاة حقوق الإنسان إبان النزاعات المسلحة، ويظهر ذلك واضحاً في اتفاقيات لاهاي لعام 1907م وبروتوكول جنيف عام 1925م بشأن تحريم الحرب الكيميائية واستخدام الغازات السامة، واتفاقية عام 1998م الخاصة بمحظر أو تقييد استخدام أسلحة تقليدية معينة.⁽²⁾

المطلب الثاني: حماية البيئة وفق أحكام وقواعد القانون الدولي الإنساني

لقد سعى المجتمع الدولي إلى توفير حماية للبيئة وفقاً لأحكام وقواعد القانون الدولي الإنساني من خلال الاتفاقيات الدولية والإقليمية والثنائية، وهذا ما نحاول التعرض إليه في مقدمة المطلب، حيث نخصص الفرع الأول للحديث عن البيئة والقانون الدولي الإنساني، والفرع الثاني واقع حماية البيئة في النزاعات المسلحة.

الفرع الأول: البيئة والقانون الدولي الإنساني

عرفت اللجنة الدولية للصليب الأحمر القانون الدولي الإنساني بأنه مجموعة من "القواعد التي تضيء الحماية في أوقات الحرب على الأشخاص الذين لا يشاركون في القتال، أو لم يعودوا قادرين على المشاركة فيها".

والهدف السياسي لهذا القانون، هو الحد من معاناة الإنسان وتفايدي النزاعات المسلحة، وليس على الحكومات وقواتها المسلحة وحدها أن تلتزم بهذا القانون، بل على جماعات المعارضة المسلحة وأي أطراف أخرى في النزاع أن تلتزم به أيضاً، ومن أهم هذه القواعد اتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1949 إضافة إلى بروتوكولها الإضافيين لعام 1977.⁽³⁾

هذا وقد أوصت الأديان السماوية منذ آلاف السنين الإنسان بوجوبها فظة على البيئة، ونرى ذلك جلياً من خلال توصيات الدين الإسلامي، وعلى سبيل المثال عندما أوصى أبو بكر الصديق رضي الله عنه "يزيد بن أبي سفيان" عندما أرسله على رأس جيش إلى الشام فقال (أما بعد، فإنني موصيك بعشر، لا تقتلن امرأة ولا صبياً، ولا تقطعن شجراً مثمراً ولا نخلاً ولا تحرقها، ولا عامراً، ولا تعقرن شاة ولا بقرة...). إن مضمون حماية البيئة في القانون الدولي الإنساني يتجسد في مجموعة من المبادئ الذي يتوجب على الأطراف المتحاربة مراعاة أحكامها، ومن أهم هذه المبادئ ما يلي:

- مبدأ تقييد حقوق المتحاربين بصدد استخدام وسائل وأساليب القتال،
- مبدأ حظر الآلام التي لا مبرر لها،
- مبدأ الضرورة الحربية،
- مبدأ التمييز بين الأهداف المدنية والأهداف العسكرية،
- مبدأ التناسب.

إن هذه المبادئ استقرت في ضمير الجماعة الدولية منذ أمد طويل، والتي من شأنها توفير نوع من الحماية اللازمة للبيئة من أضرار الحرب وأهوالها، مع العلم أن أضرار البيئة التي تنجم عن استخدام بعض الوسائل والأساليب القتالية كتلويث الهواء أو الماء، وخاصة التي تؤدي إلى تدمير التوازن البيئي للكائنات الحية، فهي أضرار تتجاوز أي ميزة عسكرية يمكن أن يحصل عليها أي طرف في النزاع المسلح.⁽¹⁾

(1) هشام بشير، مرجع سابق، ص 68.

(2) محسن افكرين، مرجع سابق، ص 98.

(3) هندرين اشرف عزت نعمان، مرجع سابق، ص 103.

الفرع الثاني: واقع حماية البيئة في النزاعات المسلحة

وإذا نظرنا إلى واقع حماية البيئة في النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية نصل إلى مجموعة من الاستنتاجات نجملها في الآتي:

أولاً- يعتبر قانون حماية البيئة قانوناً جديداً للعالم بأسره، حيث شكل مؤتمر ستوكهولم عام 1972 مدخلاً دولياً للاهتمام بحماية البيئة.

ثانياً- عدم توصل لقانون الدولي إلى صياغة قوانين دولية صارمة لمنع استخدام الأسلحة المحظورة رغم منعها دولياً.

ثالثاً- عدم تعرض القانون الدولي الإنساني إلى مسألة حماية البيئة أثناء النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، بالقدر الكافي الذي يجعل الدول المتنازعة تكف عن استخدام الأسلحة المدمرة للبيئة.

رابعاً- قلة اهتمام البلدان النامية ومنها الدول للشرق أوسطية، من سن تشريعات وطنية تجرم وتعاقب على انتهاك عناصر البيئة وحمايتها خلال النزاعات المسلحة، وترتيب المسؤولية الدولية على مخالفة أحكام المواثيق الدولية المتعلقة بحماية البيئة في المنازعات المسلحة ذات الطابع الدولي.

خامساً- غياب ثقافة ووعي بيئين في كثير من دول العالم، ومنها بلدان الشرق الأوسط.

سادساً- بسبب الحروب المتكررة وما استخدمته الولايات المتحدة الأمريكية في العراق من أسلحة محرمة دولياً، ومنها اليورانيوم المشع، وقد تعرضت نتيجة هذه الحرب نسبة كبيرة من العراقيين إلى الأمراض السرطانية والتشوهات الخلقية، وفي هذا الإطار نأمل التزام دول العالم بما ورد من أحكام وقواعد تحمي البيئة من الانتهاكات الجسيمة، وفي حالة تعريضها للبيئة أو الإخلال بالتزاماتها الدولية ضرورة المساءلة الدولية لها.

خاتمة

من الثابت أن مختلف عناصر البيئة مهما كثرت وتعددت، فإن كل منها يساعد بطريقة أو أخرى في تكوين البيئة، التي لا بد أن تكون على درجة من النقاء والسلامة حتى يتمكن الإنسان من العيش فيها.

وتعتبر لبيئة قيمة من قيم المجتمع الذي يفرض عليه أن يسعى إلى حمايتها والمحافظة عليها، وذلك بالاستناد إلى القوانين الوطنية عندما تجرم أفعال الاعتداء والإضرار بالبيئة، لأنها تعترف بما كقيمة تفوق في الواقع من حيث أهميتها معظم القيم الأخرى، ولأن الإضرار بها لا يطال فرداً معيناً فحسب، بل يطال المجتمع في مجموعه، لذلك اتجهت كافة دول العالم للتأكيد على هذه القيمة في قوانينها الوطنية ومواثيقها الدولية.

وهذا ما أكدته الميثاق العالمي للطبيعة الذي أشار إلى أن الجنس البشري هو جزء لا يتجزأ من الطبيعة، وتعتمد الحياة على عدم إعاقة أو تدخله في نظام الطبيعة الذي يكفل تزويده بالطاقة والغذاء.

إن مسألة حماية البيئة أثناء النزاعات المسلحة يتطلب من الدول تضافر الجهود في إطار حماية البيئة وتعزيز آليات التعاون الدولي لهذه الحماية، والتزامها بضرورة سن تشريعات وطنية تجرم وتعاقب الإخلال بالتزامات البيئة.

واعتبار الدول المخلة بالتزاماتها الدولية تجاه البيئة، ضرورة مساءلتها دولياً، ومطالبتها بالتعويض عما سببته لغيرها من أضرار بيئية، سواء تعلق الأمر في وقت السلم أو وقت الحرب، كما أنه يقع على المسؤولين على النزاع المسلح الدولي وغير الدولي المسؤولية الجنائية، من خلال تطبيق أحكام وقواعد المحكمة الجنائية الدولية، وخاتمة البحث توصلنا إلى مجموعة من الاقتراحات نخصرها في الآتي:

- تفعيل قواعد التجريم والعقاب على استخدام أسلحة الدمار الشامل النووية والكيميائية والبيولوجية، وسعي المجتمع الدولي على إلزام جميع الدول على منع استخدامها حفاظاً على الأمن والسلم الدوليين

(1) هشام بشير، مرجع سابق، ص 69، 70.

- الضغط على الأمم المتحدة عن طريق المنظمات البيئية المدافعة عن حقوق الإنسان وحماية البيئة من إبرام اتفاقيات دولية ذات قواعد أمر، تلزم كافة دول العالم باحترام البيئة وحقوق الإنسان، وترتيب المسؤولية الدولية والجنائية على كل من يتسبب في اختلال التوازن البيئي، والتلوث البيئي.
- منع كل العمليات العسكرية التي تسيء إلى الطبيعة سواء أكان ذلك وقت السلم أو الحرب، وعدم التساهل في ملاحقة كل من يهدد البيئة الإنسانية.
- وضع الضوابط والمعايير القانونية الرامية إلى منع قيام الدول الصناعية الكبرى من دفن مخلفاتها النووية في البلدان النامية، فضلا عن غمر مخلفات المنشآت الصناعية والزراعية والبتروولية والمنزلية في الأنهار من قبل بعض المؤسسات وفرض عقوبات رادعة عليها.
- مناشدة أعضاء المجتمع الدولي بسن القوانين والتشريعات الداخلية المتسمة بالصرامة في ملاحقة ملوثي البيئة وعدم التراخي في توقيع العقوبات القانونية الصارمة على المتسببين في تلويث البيئة.
- توجيه الإعلام ووسائله بفعالية خاصة في البلدان النامية نحو نشر الوعي البيئي، وتكثيف برامج الدعاية للمحافظة على البيئة بوجه عام، فضلا عن زيادة النشرات والبحوث والدوريات المتخصصة والتي تحمل طابع التوجيه والإرشاد في التعامل مع البيئة.

قائمة المراجع:

أولا- الكتب

- 1-رياض صالح أبو العطا، حماية البيئة من منظور القانون الدولي العام، دار الجامعة الجديدة، الأزريطية، 2009.
- 2-مُجد افكرين، القانون الدولي للبيئة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2006.
- 3-محمود صالح العادلي، موسوعة حماية البيئة(الحماية الجنائية للبيئة الحضارية بين النظرية والتطبيق، الجزء الثاني، اعتداء النظام العراقي على البيئة الحضارية الكويتية نموذجاً، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية.
- 4-محمود صالح العادلي، موسوعة حماية البيئة (في القانون الجنائي الداخلي والقانون الدولي الجنائي والفقهاء الإسلامي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، 2003.
- 5-هشام بشير، حماية البيئة في ضوء أحكام القانون الدولي الإنساني، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2011.

ثانيا- الرسائل الجامعية

- 1-هندرين أشرف عزت نعمان، القانون الدولي الإنساني والتلوث البيئي في العراق، رسالة ماجستير، الأكاديمية العربية في الدنمارك، 2011.

ثالثا-الاتفاقيات الدولية

- اتفاقية لاهاي لعام 1899.
- اتفاقية لاهاي لعام 1907.
- اتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1949.
- اتفاقية حظر استخدام تقنيات التغيير في البيئة لعام 1976.
- اتفاقية حظر تقييد استخدام أسلحة تقليدية لعام 1998.
- النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة.
- بروتوكول جنيف لعام 1925 المتعلق بتحريم الجرب الكيماوية واستخدام الغازات السامة.
- البروتوكوليان الإضافيان لعام 1977.

دراسة قانونية لمفهوم البيوع البحرية

د. دريسي أمينة

أستاذة محاضرة ب

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس

الملخص :

تلعب البيوع البحرية دورا هاما في المبادلات التجارية التي تتم عن طريق البحر، من خلال إبرام عقد النقل البحري ، و ارتباط البيوع البحرية بهذا الأخير . فالنقل البحري هو وسيلة تنفيذ البيوع البحرية المسماة المبادلات التجارية الدولية . إن دراسة مفهوم البيوع البحرية من الناحية القانونية ، يعتبر من المواضيع البالغة الأهمية ، خاصة وان المشرع الجزائري لم يعالج الجوانب القانونية للبيوع البحرية ، رغم أهميتها في الحياة العملية .

Maritime sales play an important role in maritime trade through, the conclusion of a maritime transport contract, and the relation between the latter and maritime transactions. Maritime transport is a means of implementing maritime sales that constitute international trade.

The study of the concept of maritime sales in legal terms is one of the most important issues, especially since the Algerian legislator has not dealt with the legal aspects of maritime, sales despite their importance in practical life.

الاختصارات باللغة العربية :

ص.	صفحة
ق.ت.ب.	قانون التجارة البحرية
ق.ت.ج.	قانون التجارة الجزائري
ق.ت.ع.	قانون التجارة العراقي
ق.ت.ب.ق.	قانون التجارة القطري

Les abréviations en langues françaises :

Art.	Article
C.T.F.	code de transport français
s.	suite
V.	voir

ترتبط البيوع البحرية بعمليات نقل البضائع بحرا لأن هذه البيوع تستلزم نقل البضائع المبيعة عن طريق البحر لإيصالها إلى المشتري. ويلاحظ أنه رغم أهمية هذه البيوع إلا أن القانون البحري الجزائري لم ينظم أحكامها وهذا على خلاف المشرع الفرنسي الذي كان السباق لسن أحكامها سنة 1969¹، ثم تعديلها سنة 2010، وإدراج نصوص البيوع البحرية في قانون النقل². وبعض التشريعات العربية ونشير في هذا السياق للقانون اليمني³، والعراقي⁴ والقطري⁵.

وعلى المستوى الدولي سعت المجموعات الدولية والإقليمية وشبه الحكومية، والمنظمات التجارية لتوحيد بعض الأحكام الخاصة بالبيوع البحرية، فلقد قامت بعض المنظمات المتخصصة بوضع عقود نموذجية تساعد مزاوي التجارة عند إبرام عقود البيع، ويمكن الإشارة في هذا السياق للعقود التي وضعتها جمعية لندن لتجارة الحبوب London corn trade association، وجمعية الحبوب والأغذية the grain and feedtrade association (GAFTA)The london juste association، وجمعية ليفربول The londonrublertrade، وجمعية لندن لتجارة المطاط The liverpoolcotton association، وغيرها⁶.

والجدير بالذكر أن وضع عقود نموذجية لم يحل المشكلات التي تطرحها البيوع الدولية، بسبب التباين في تفسير هذه العقود واقتصارها على جانب معين من النشاط التجاري، كما أن وضعها بصيغ مطولة جعل الإمام بما مسألة غير سهلة على المتعاقدين⁷.

ولقد سعت الهيئات الدولية أيضا إلى تقنين البيوع البحرية الدولية، حيث وضعت جمعية القانون الدولي قواعد البيع البحري سيف CIF في مؤتمر وارسو سنة 1928 ثم تعديلها في إكسفورد سنة 1932 و عرفت بقواعد وارسو إكسفورد⁸.

ويلاحظ أن غرفة التجارة الدولية في باريس لعبت دورا هاما في تقنين الأعراف التجارية الخاصة بهذه البيوع، حيث وضعت سنة 1936 قواعد سميت Incoterms والتي تعد اختصارا للعبارات International commercial terms، والتي تعني الاصطلاحات التجارية الدولية. وتتضمن هذه القواعد عددا من العقود التجارية الدولية من بينها البيوع البحرية، ولقد تمت مراجعة هذه القواعد سنة 1967، ثم 1976، ثم سنة 1980 و 1990. ولقد اعتمدت لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية هذه القواعد في اجتماعها الخامس والعشرين في نيويورك في مايو 1992⁹.

¹Loi française n°.69-8 du 3 janvier 1969، relative a l'armement et aux ventesmaritimes.

²Les ventes maritimes sont régies par les articles L 5424-1 jusqu'à L5424-11 C.T.

³ أنظر القانون رقم 32 ق.ت.ب.ي.

⁴ أنظر القانون رقم 30 ق.ت.ع.

⁵ أنظر قانون المواد المدنية و التجارية القطري رقم 16 لسنة 1971.

⁶ لطيف جبر كوماني، القانون البحري: السفينة، أشخاص الملاحة، النقل، البيوع، التأمين، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة، 2003، الفقرة 114، ص. 165.

⁷ لطيف جبر كوماني، المرجع السابق، الفقرة 115، ص. 166.

⁸ محمد بيجت عبد الله أمين فايد، الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية الجزءان الثاني و الثالث، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2004-2005، فقرة 339، صص. 260 و 261.

⁹ محمود سمير الشراقوي و محمد القليوبي، القانون البحري، دار النهضة العربية، 2008، الفقرة 495، ص. 494.

و لقد حققت هذه القواعد نجاحا كبيرا على المستوى الدولي، حيث غالبا ما يتم الإشارة إليها في كثير من الحالات بالنسبة للعقود النموذجية وشروطها العامة، إذ أنها تشكل مصدرا قانونيا مهما في البيوع البحرية¹.

و علاوة على ذلك قام المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص لروما² UNIDROIT، بمجهودات جبارة في مجال توحيد القواعد الدولية الدولية التي تحكم العقود . و قد قام بإعداد مشروع قانون يتعلق موضوعه بالقانون الموحد الخاص بالبيوع التجارية في 1935، غير أن اندلاع الحرب العالمية الثانية أوقف إبرام هذا القانون³. بعد ذلك وضع معهد روما اتفاقية خاصة بتكوين عقد البيع الدولي للمنقولات المادية بتاريخ 25 ابريل 1964 ، و أخرى تتعلق بالبيع الدولي للمنقولات المادية بتاريخ 01 جويلية 1964 و دخلت هاتين الاتفاقيتين حيز التنفيذ في 18 أوت 1972⁴.

وبعد إنشاء لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية، ازداد اهتمام الأمم المتحدة في توحيد القواعد الخاصة بالتجارة الدولية، فوضعت الاتفاقية الخاصة بعقود البيع الدولي للبضائع في 11 أبريل 1980 والتي دخلت حيز التنفيذ في 1 يناير 1988⁵، وسميت اتفاقية فيينا و لقد ألغت هذه الاتفاقية اتفاقيتي لاهاي 1964 .

و هذا إلى جانب بعض الاتفاقيات التي أبرمت على المستوى الدولي و التي عاجلت بعض الصعوبات التي تعترض البيوع الدولية في بعض المجالات⁶.

وتظهر أهمية الموضوع في تحديد المقصود بالبيوع البحرية وتحديد خصائصها، لاسيما وان المشرع الجزائري لم يعالج هذا الموضوع ، بموجب أحكام القانون البحري، وهذا على خلاف بعض التشريعات العربية، التي أفردت للبيوع البحرية أحكاما خاصة، ورد النص عليها في قوانين التجارة البحرية.

وتحقق الدراسة فائدة عملية ملموسة على الصعيد الاقتصادي ، خاصة وان الجزائر تسعى في الوقت الراهن إلى تشجيع التصدير ، وجلب الاستثمارات (الوطنية والأجنبية) ، للقضاء على تبعية ميزانية الدولة لأسعار النفط، و حدوث اختلال وعجز فيها متى تراجعت أسعار

¹ محمد بيجت عبد الله أمين قايد، المرجع السابق، الفقرة 339، ص. 61.

² يعتبر المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص منظمة حكومية تأسس سنة 1926 بمدينة روما بموجب معاهدة جماعية أبرمت في ظل عصبة الأمم : راجع محمود فياض ، مدى التزام الأنظمة القانونية مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد ، مجلة الشريعة والقانون ، كلية القانون ، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 54 ، ابريل 2013 ، ص.226 ، وأصبح المعهد سنة 1940 منظمة حكومية مستقلة مهمته إيجاد وسائل لتحقيق التوافق والتنسيق فيما بين القانون الخاص للدول وتجمعات الدول ، ويتكون المعهد من : جمعية عمومية ، رئيس، مجلس إدارة ، لجنة دائمة، محكمة إدارية ،أمانة عامة : راجع في هذا الصدد الفقرة الأولى من المادة 1 والمادة 4 النظام الأساسي للمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص .

³ شبة سفيان ، شبة سفيان ، عقد البيع الدولي، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2011-2012، ص. 2.

⁴ شبة سفيان ، المرجع السابق ، ص. 3.

⁵ لطيف جبر كومانبي، المرجع السالف الذكر، الفقرة 116، ص. 167.

⁶ ويمكن الإشارة في هذا السياق إلى اتفاقية مونتيفيديو 1889 الخاصة بالشروط الموحدة للقانون الدولي الخاص لحل مشكلة التنازع في موضوعات القانون المدني والتجاري، والتي عدلت في سنوات لاحقة .وعلاوة على ذلك فقد أصدر مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص Conference On The Hauge private International Law الذي أنشأ سنة 1893 عدة اتفاقيات لحل مشكلة تنازع القوانين والتي تعد أهم وأبرز المشاكل التي تثيرها البيوع الدولية. كما أعدت دول أوروبا الشرقية التي كانت تعرف آنذاك بدول مجلس التعاون لدول أوروبا الاشتراكية آنذاك CMEA اتفاقية شروط التسليم بين دول المجلس في البيع الدولي للبضائع. ولم تذخر الأمم المتحدة جهدا في هذا المجال حيث وضعت اتفاقية خاصة بقواعد التحكيم في البيع الدولي للبضائع 1958، وتم استبدال هذه الأخيرة باتفاقية أخرى وضعت سنة 1975. لمزيد من التفاصيل حول هذه الاتفاقيات راجع لطيف جبر كومانبي، المرجع السالف الذكر، الفقرة 116، ص. 166 . إن اتفاقية فيينا 11 أبريل 1980 هي الوحيدة ذات العلاقة بهذا الموضوع ولهذا سوف تقتصر الدراسة عليها مع استبعاد باقي الاتفاقيات.

النفط. هذا الوضع يحتم على الجزائر تشجيع التبادل التجاري، عن طريق تصدير الإنتاج الوطني من خلال عملية البيوع البحرية للبضائع، وان عدم تنظيم القانون لهذه العقود يعتبر فراغا تشريعا لا بد من تداركه .

إن البحث في موضوع مفهوم البيوع البحرية من جانبها القانوني، يستلزم تحديد تعريفها، ثم التطرق لخصائصها. وان معالجة هذا الموضوع سيعتمد على المنهج التحليلي، والمقارن ، إلى جانب اعتماد منهج الترجمة.

المحور الأول: تعريف البيوع البحرية

يقصد بالبيوع البحرية البيوع التي ترد على بضائع يتم نقلها عن طريق البحر¹. والأصل أن ارتباط هذه البيوع بالقانون البحري راجع إلى أن تنفيذ عقد البيع وترتيب بعض آثاره القانونية، يستلزم نقل البضائع بالبحر وذلك يتم بوصول الشيء المبيع إلى المشتري².

والراجح أن دراسة البيوع البحرية في نطاق القانون البحري يجب أن تقتصر على ارتباطها بالنقل البحري، حيث تختلف البيوع البحرية عن النقل البحري من حيث العلاقة التي تنظمها، إذ تحكم هذه البيوع العلاقة ما بين الشاحن (أو البائع) والمرسل إليه (أو المشتري للبضاعة)³، في حين يربط عقد النقل البحري الشاحن بالناقل.

وتجدر الإشارة في هذا السياق، أن الشاحن يمكن أن يرتبط بعقدين، عقد نقل البضائع مع الناقل، وعقد بيع بحري للبضائع مع المشتري أو المرسل إليه. وهناك من يرى أنه لا يكفي لاعتبار البيع بحريا مجرد أن يتم نقل البضاعة عن طريق البحر، بل ينبغي علاوة على ذلك أن يكون عقد البيع وعقد النقل البحري متلازمين، ومن ثم فإذا أبرم عقد البيع قبل عملية النقل أو بعدها فلا يعد البيع بحريا، ولكنه يكون بحريا إذا ارتبط البيع بالنقل بحرا، سواء كانت البضاعة وقت البيع قد شحنت أم لم تشحن بعد⁴. وإن كان جانب من الفقه يرى أن البيع قد يتم قبل شحن البضاعة، أو أثناء نقلها، أي خلال رحلة البضاعة⁵.

ويرى البعض أن هناك علاقة بين عقد النقل البحري وعقد البيع البحري، حيث يعتبر النقل البحري أداة تنفيذ الصفقات التجارية الدولية، المسماة بالبيوع البحرية، هذه الأخيرة هي التي يرتبط عنصر تسليم المبيع فيها بنقله بحرا. وجرى العمل على تسمية البيوع البحرية بعمليات التصدير والاستيراد، وتقتضي هذه العمليات القيام بعدة إجراءات لتحقيق الصفقات منها إبرام عقد النقل البحري⁶.

المحور الثاني: الطبيعة القانونية للبيوع البحرية

تعتبر البيوع البحرية من العقود التجارية الدولية، وهذا يجعلها تتصف بمجموعة من العناصر تشمل:

أولا : تجارية البيوع البحرية

تعتبر البيوع البحرية من العقود التجارية، إذ تكون هذه البيوع تجارية خالصة عندما ترد على منقولات مادية⁷، وسبب ارتباطها بالقانون البحري راجع إلى تنفيذ العقد وترتيب بعض آثاره القانونية يستلزم نقل البضائع بالبحر بغرض إيصال المبيع إلى المشتري⁸.

¹ عادل علي المقدادي، القانون البحري : السفينة، أشخاص الملاحة، النقل البحري، البيوع البحرية، الحوادث البحرية، التأمين البحري، دار الثقافة والدار الدولية للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، الإصدار الثالث، 2002، ص. 158.

² محمد مجتد عبد الله أمين قايد، المرجع السابق، الفقرة 339، ص. 260.

³ عادل علي المقدادي، المرجع السالف الذكر، ص. 158.

⁴ يوسف المصري، القانون البري الدولي، الطبعة الأولى، دار العدالة، 2011، ص. 36 و 37.

⁵ محمود سمير الشرقاوي و محمد القليوبي، القانون البحري، دار النهضة العربية، 2008، الفقرة 495، ص. 494.

⁶ هاني دويدار، الوجيز في القانون البحري، دار الجامعة الجديدة، 2004، ص. 301.

⁷ حمد الله محمد. حمد الله، القانون البحري، الجزء الأول، دار النهضة العربية ، 2005 - 2006 ، الفقرة 338 ، ص. 297.

⁸ يوسف المصري، المرجع السالف الذكر، ص. 36، و محمد مجتد عبد الله أمين قايد ، المرجع السابق ، الفقرة 339 ، ص. 260.

ويرى البعض الآخر أن اتفاقية فيينا الخاصة بعقود البيع الدولية للبضائع والمبرومة في 11 أبريل 1980، لم تنص صراحة على تجارية عقود البيع الدولية، غير أنه يفهم من استقراء بعض نصوصها أن هذه الاتفاقية تميل إلى إضفاء الطبيعة التجارية على البيوع البحرية، ومن ذلك المادة 11 التي نصت على أنه يمكن إثبات العقد بكل وسيلة بما في ذلك شهادة الشهود، والمادة 45(3) التي نصت على منع القاضي من إعطاء البائع مهلة لتنفيذ التزاماته، ويلاحظ من استقراء النصين السابقين أن الاتفاقية تضيي الطابع التجاري على عقد البيع البحري. أما المشرع الجزائري فقد نص على أن عقود التجارة البحرية تعتبر أعمالا تجارية بحسب الموضوع¹، واعتبرتها المادة 3 فقرة 5 من القانون التجاري أنها تعتبر أعمالا تجارية بحسب الشكل. ويلاحظ أن، المشرع الجزائري يكيف عقود التجارة البحرية تارة أعمال تجارية بحسب الموضوع، وتارة أعمال تجارية بحسب الشكل.

ويرى جانب من الفقه انه يتعين على المشرع تعديل النصوص القانونية لتجنب هذا الخلط واقترح² :

- إدراج المادة 2 فقرة 18 في المادة 3 فقرة 5 لتصبح العقود المتعلقة بالتجارة البحرية أعمالا تجارية بحسب الشكل.

- اعتبار العقود المتعلقة بالتجارة البحرية أعمال تجارية بحسب الموضوع وبالتالي إلغاء الشطر الأول من الفقرة 5 من المادة 3 وهو الرأي الصواب حسب ذات الجانب الفقهي إذ من غير الممكن اعتبار

الأعمال المتعلقة بالتجارة البحرية أعمال تجارية بحسب الشكل وبحسب الموضوع في نفس الوقت³.

كما نصت المادة السابعة من قانون التجارة الأردني على تجارية سائر العقود المختصة بالتجارة البحرية، وهو نفس الموقف الذي تبناه المشرع العراقي الذي نص على تجارية عمليات استيراد البضائع أو تصديرها وأعمال مكاتب الاستيراد والتصدير⁴. وتتجلى أهمية تكييف البيوع البحرية كعقود تجارية هو أعمال قاعدة حرية الإثبات التي ورد النص عليها في القانون التجاري⁵.

ثانيا : دولية البيوع البحرية

إن البيوع البحرية تعتبر من العقود الدولية⁶، ومن ثم تتصف هذه البيوع بالصفة الدولية⁷، ولتحديد الصفة الدولية للبيع البحري ظهر اتجاهان : الاتجاه المادي والاتجاه الشخصي.

الفقرة الأولى : الاتجاه المادي

يكيف هذا الاتجاه البيوع البحرية بأنها عقود دولية بالنظر إلى حركة البضائع. دون الأخذ بعين الاعتبار جنسية، أو شخصية طرفي العقد، إذ يكفي أن تنتقل البضائع بين دولتين أو أكثر، حتى يوصف عقد بيع البضائع بأنه عقد دولي.

و يأخذ هذا الاتجاه بالمعيار الاقتصادي في تعريف العقد الدولي، و الذي يرى بأن العقد الدولي هو العقد الذي يترتب عليه نقل البضائع من دولة إلى أخرى مقابل انتقال ثمنها. أو العقد الذي ينصرف لكل تبادل للسلع و الأموال بين الحدود⁸. فالعقد الدولي هو العقد الذي الذي يمس مصالح التجارة الدولية.

¹ المادة 2 فقرة 18 ق.ت.ج.

² - فرحة زراوي صالح ، الكامل في القانون التجاري : الأعمال التجارية ، التاجر ، الحرفي الأنشطة التجارية المنظمة ، السجل التجاري، ابن خلدون، 2003، ص ص. 96 و 97 .

³ فرحة زراوي صالح ، المرجع السابق ، ص ص. 96 و 97 .

⁴ الفقرة الثالثة من المادة الخامسة ق.ت.ع.

⁵ ورد النص على قاعدة حرية الإثبات في المادة 30 ق. ت. ج.

⁶ هاني دويدار، المرجع السابق، ص. 301.

⁷ عادل علي المقدادي، المرجع السابق، ص. 157.

⁸ حبار مجّد ، قانون العقد و المسؤولية العقدية في القانون الجزائري و القانون المقارن ، أطروحة دكتوراه ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق ، 1987 ، ص. 14 .

و لقد كان القضاء الفرنسي السباق في وضع أسس المعيار الاقتصادي في تعريف العقد الدولي ، من خلال العديد من الأحكام القضائية، و التي عرفت العقد الدولي بأنه: العقد الذي يكون موضوعه تبادل السلع و الأموال بين الحدود ، و هو كل عقد يتعلق بمصالح التجارة الدولية¹.

وهو الاتجاه الذي تبناه القانون العراقي عندما عرف البيع الدولي بأنه : " ... بيع يكون محله بضائع منقولة أو معدة للنقل بين دولتين أو أكثر ..."².

ويرى البعض أن الاتجاه الذي تبناه القانون العراقي يوسع من نطاق البيوع التي تضاف عليها صفة الدولية، كما يؤخذ على تعريف القانون العراقي أنه اقتصر على البضائع المنقولة³ والمعدة للنقل. إن الاقتصار على النوعين المذكورين بالنص القانوني⁴، يستبعد التعاقد على بضائع لم تنتج بعد، مع أن الغالب في العقود الدولية حالياً هو التعاقد وفق نموذج⁵.

الفقرة الثانية : الاتجاه الشخصي

يركز هذا الاتجاه على طريقي الرابطة القانونية . و يأخذ هذا الاتجاه بالمعيار القانوني، الذي يعرف العقد الدولي بأنه: كل عقد يتصل بأكثر من نظام قانوني ، أي وجوب أن تشتمل العلاقة العقدية على عنصر أجنبي، مما يؤدي إلى ربط العقد بأكثر من نظام قانوني، كاختلاف محل إبرام العقد عن جنسية المتعاقدين، أو اختلاف محل إبرام العقد عن محل التنفيذ . وهو الاتجاه الذي تبنته اتفاقية فيينا 1980، عندما نصت على تطبيق أحكامها على عقود بيع البضائع المعقودة بين أطراف توجد أماكن عملهم في دول مختلفة⁶.

الفقرة الثالثة: موقف المشرع الجزائري

إذا بحثنا في النصوص القانونية الجزائرية نلاحظ أن المشرع لم يعرف العقود الدولية الذي تعتبر البيوع البحرية احد صورها ، غير انه من خلال تتبع التغييرات و التعديلات التي خضعت لها المنظومة التشريعية بالجزائر ، يمكن الوقوف على انه بعد سن أحكام خاصة

¹ انظر قرار محكمة النقض الفرنسية 17 مايو 1927 ، و 19 فبراير 1930 ، و 27 يناير 1930 نقلا عن : شبة سفيان ، أطروحة الدكتوراه السابقة ، من ص. 24 إلى ص. 27 .

² المادة 294 ق. ت. ع، و هو نفس الاتجاه الذي تبنته اتفاقية الأمم المتحدة للنقل بموجب سندات الشحن المسماة قواعد هامبورغ 1978، و لمزيد من الفهم الفهم راجع في هذا الصدد : سعيد يحيى، مسؤولية الناقل البحري، منشأة المعارف، 1986، ص. 24.

³ يقصد بالبضائع المنقولة : وجود شحنة من البضائع تشحن على السفينة و تبحر على متنها قبل إبرام عقد البيع، و إن كان هذا النوع من البيوع نادرا في الوقت الوقت الراهن.

⁴ يتعلق الأمر هذا بالمادة 294 ق. ت. ع.

⁵ لطيف جبر كومانى، المرجع السالف الذكر، الفقرة 117، ص ص. 168 و 169.

⁶ Art.1 (1) convention vienne dispose que : « La présente convention s'applique aux contrats de vente de marchandises entre des parties ayant leur établissement dans des états différents... ».

و هو نفس الاتجاه الذي تبناه القانون الموحد للبيوع الدولي للبضائع 1964 و الذي تنص مادته الأولى :

"Contract of sale of goods entered into between parties whose place of business are in the territories of different states ..."

V. aussi Lothar POLAN ,L'information du droit de la vente , international de marchandises ?, convention de VIENNE du 11/04/1980 , p p.1 et , citée par : www.avocat-potany.com , le 25 juin 2015 à 10 : 49.

بالتحكيم التجاري الدولي¹، والذي اعتبر تكريسا لاتفاقية نيويورك الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها الموقع عليها في 10 جوان 1958، والتي صادقت عليها الجزائر سنة 1988²، تبنى القانون الجزائري التحكيم كأحد الوسائل البديلة لحل النزاعات (ويتعلق الأمر في هذا السياق بالنزاعات الدولية ، باعتبار أن البيوع البحرية تعتبر من البيوع الدولية) ، و لقد عرفت المادة 459 مكرر من المرسوم التشريعي رقم 93-09 التحكيم الدولي بأنه التحكيم الذي: "... يخص النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية ، والذي يكون فيه مقر أو موطن احد الطرفين على الأقل في الخارج ."

ويؤكد جانب من الفقه انه من استقراء المادة السابقة يستخلص أن المشرع الجزائري منح للتحكيم الصفة الدولية على أساس معيارين :- المعيار الاقتصادي حيث نص على وجوب أن تتعلق النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية ،

- والمعيار القانوني عندما اشترط أن يكون مقر ، أو موطن احد الطرفين على الأقل في الخارج، أيأن المشرع اعتمد معيارا مزدوجا³ . ويلاحظ انه بعد صدور قانون الإجراءات المدنية سنة 2008⁴ ، والذي ألغى قانون الإجراءات المدنية سنة 1966 المعدل والمتمم ، أعطى المشرع الجزائري تعريفا جديدا للتحكيم حيث أكدت الأحكام القانونية انه : " يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون ، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل " ⁵ .

ويرى جانب من الفقه الجزائري انه من خلال التمعن في هذا النص يستفاد أن المشرع قد عدل عن المعيار المزدوج ، وأضحى يعتمد على المعيار الاقتصادي وحده ، لإضفاء الصفة الدولية على التحكيم⁶ .

خاتمة :

و يستخلص من دراسة البيوع البحرية الملاحظات التالية :

إذا كان الأصل أن تحديد الصفة الدولية للبيوع البحرية يتم على ضوء اتجاهين شائعين غير أنه لا بد من إفراد قواعد خاصة بهذه البيوع وذلك لحل المشكلات التي يثيرها مثل : النقل البحري للبضائع ، ضرورة التأمين على البضائع ، ووسائل تسديد الثمن... الخ.. وغيرها من الموضوعات التي دفعت إلى عقد اتفاقيات دولية بشأن توحيد قواعدها. ولذلك لا يمكن تجاهل حركة البضائع التي أشارت لها بعض النصوص، فضلا عن أن مجال الإقامة، أو العمل يعد ذا أثر كبير في ظهور أو عدم ظهور المشكلات التي ترافق تنفيذ عقد البيع. إن عدم مصادقة الجزائر على اتفاقية فيينا يجعل العقود البحرية خاضعة للقانون المدني الذي يحكم العقود الداخلية، وذلك لا يتماشى مع طبيعة هذه العقود التي تستلزم سن أحكام خاصة بهذه العقود بسبب خصوصيتها.

¹ راجع المادة 458 مكرر وما يليها من المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25 ابريل 1993 ، الجريدة الرسمية 27 ابريل 1993 ، العدد 27 ، الصفحة 58 ، المعدل والمتمم للأمر 66-154 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية ، الجريدة الرسمية المؤرخة في 19 صفر عام 1386 الموافق 9 يونيو 1966 ، العدد 47 ، الصفحة 582 .

² القانون رقم 88-18 المؤرخ في 28 ذي القعدة 1408 الموافق 12 يوليو سنة 1988 يتضمن الانضمام إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها ، الجريدة الرسمية 13 يوليو 1988 ، العدد 28 ، ص. 1028 .

³ شبة سفيان ، المرجع السابق ، ص. 28 .

⁴ القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، الجريدة الرسمية 23 ابريل 2008 ، العدد 21 ، ص. 2 .

⁵ المادة 1039 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

⁶ شبة سفيان ، المرجع السابق ، ص. 28 .

أولا : قائمة المصادر والمراجع باللغة العربية

1 - قائمة المصادر

قائمة المصادر الجزائرية:

- 1- الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم ، الجريدة الرسمية 19 ديسمبر 1975 ، العدد 101 ، الصفحة 1306.
- 2- القانون رقم 88-18 المؤرخ في 28 ذي القعدة 1408 الموافق 12 يوليو سنة 1988 يتضمن الانضمام إلى الاتفاقية التي صادق عليها مؤتمر الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 يونيو 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها ، الجريدة الرسمية 13 يوليو 1988 ، العدد 28 ، الصفحة 1028 .
- 3- المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25 ابريل 1993 ، الجريدة الرسمية 27 ابريل 1993 ، العدد 27 ، الصفحة 58 ، المعدل والمتمم للأمر 66-154 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية ، الجريدة الرسمية المؤرخة في 19 صفر عام 1386 الموافق 9 يونيو 1966 ، العدد 47 ، الصفحة 582 .
- 4- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، الجريدة الرسمية 23 ابريل 2008 ، العدد 21 ، الصفحة 2 .

قائمة المصادر العربية

- 1- قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966
- 2- قانون المواد المدنية و التجارية القطري رقم 16 لسنة 1971.
- 3- قانون التجارة البحرية اليمني رقم 32.
- 4- قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984.

قائمة الاتفاقيات الدولية

- 1- اتفاقية نيويورك الخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها الموقع عليها في 10 جوان 1958.
- 2- القانون الموحد للبيع الدولي للبضائع 1964 .
- 3- اتفاقية الأمم المتحدة للنقل بموجب سندات الشحن المسماة قواعد هامبورغ 1978.
- 4- اتفاقية فيينا الخاصة بعقود البيع الدولية للبضائع والمبرمة في 11 أبريل 1980 .

النصوص الخاصة بالمنظمات

- النظام الأساسي للمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص والذي دخل حيز التنفيذ في 26 مارس سنة 1993 .

2 - قائمة المراجع :

قائمة الكتب :

- 1- حمد الله محمد. حمد الله، القانون البحري، الجزء الأول، دار النهضة العربية ، 2005 . 2006 .
- 2- سعيد يحيى، مسؤولية الناقل البحري، منشأة المعارف، 1986.
- 3- عادل علي المقدادي، القانون البحري : السفينة، أشخاص الملاحة، النقل البحري، البيوع البحرية، الحوادث البحرية، التأمين البحري، دار الثقافة والدار الدولية للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، الإصدار الثالث، 2002.
- 4- فرحة زراوي صالح ، الكامل في القانون التجاري : الأعمال التجارية ، التاجر ، الحرفي الأنشطة التجارية المنظمة ، السجل التجاري، ابن خلدون ، 2003.
- 5- لطيف جبر كومانبي، القانون البحري: السفينة، أشخاص الملاحة، النقل، البيوع، التأمين، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة، 2003.
- 6- محمد بجمت عبد الله أمين قايد، الوسيط في شرح قانون التجارة البحرية الجزءان الثاني و الثالث، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2004-2005
- 7- محمود سمير الشراوي و محمد القليوبي، القانون البحري، دار النهضة العربية، 2008.

- 8- هاني دويدار، الوجيز في القانون البحري، دار الجامعة الجديدة، 2004.
9- يوسف المصري، القانون البري الدولي، الطبعة الأولى، دار العدالة، 2011.

قائمة أطروحات الدكتوراه:

- 1- شبة سفيان ، عقد البيع الدولي، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ، 2011- 2012.
2- حبار مجّد ، قانون العقد و المسؤولية العقدية في القانون الجزائري والقانون المقارن ، أطروحة دكتوراه ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق ، 1987 .

قائمة المقالات:

- حمود فياض ، مدى التزام الأنظمة القانونية بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد ، مجلة الشريعة والقانون ، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 54 ، ابريل 2013 .

2-Bibliographies en langue française :

1- Lois :

1- Loi française n°.69-8 du 03 janvier 1969، relative a l'armement et aux ventesmaritimes.

2-Code des Transports Français .

2-Articles :

Lothar POLANZ، L'information du droit de la vente، international de marchandises ؟، convention de VIENNE du 11/04/1980، p p.1 et 2، citée par :

www.avocat-potany.com، le 25 juin 2015 à 10 : 49.

دور مديرية أملاك الدولة في إطار عملية مطابقة البناء وإنجازها

د. حرز الله كريم

معهد الحقوق والعلوم السياسية

المركز الجامعي مرسلبي عبد الله بتيبازة

ملخص:

في خضم الفوضى ونتيجة المشاكل الحضرية والعمرانية وفي سبيل مكافحة ذلك سن المشرع ترسانة من النصوص القانونية لتفادي هذه الظواهر والمخالفات عبر فترات زمنية متعاقبة كان آخرها القانون 15/08 المحدد لقواعد مطابقة البناء وإتمام إنجازها الذي سن خصيصا لإعادة تنظيم عملية البناء غير المطابق وبث روح الشرعية فيه من خلال تحقيق مطابقتة وفق إجراءات قانونية معينة ومحددة سواء كان العقار تابع للملكية الخاصة أو العامة.

Summary:

In the midst of chaos and the result of urban and urban problems and in order to combat this, the legislator enacted an arsenal of legal texts to avoid these phenomena and irregularities over successive periods of time, the latest was the law 08/15 set for the rules of conformity of buildings and completion of the specially designed to reorganize the process of construction is incompatible, and propagate the spirit of legitimacy in it through the achievement of conformity with specific legal procedures and specific whether the property is owned by private or public.

مقدمة:

يمثل السكن الفوضوي بكل أنواعه سواء قانوني أو غير قانوني، نسبة كبيرة من المجموعات السكنية في الوسط الحضري ويتميز بنقص التجهيزات كالطرق، والمرافق العمومية الإدارية والاجتماعية ويعتبر من أبرز مكونات السكن نظرا لسرعة نموه واختلاف أشكاله من حيث نمط استغلال الأراضي ومن حيث إنجاز المخالف للقوانين⁽¹⁾.

وفي خضم هذه الفوضى والضياع نتيجة المشاكل الحضرية والعمرانية وبعد تحبط طويل في دوامة التشريع و في سبيل مكافحة ذلك سن المشرع ترسانة من النصوص لتفادي هذه الظواهر والمخالفات عبر فترات زمنية متعاقبة آخرها القانون رقم 15/08 الذي سن خصيصا لإعادة تنظيم عملية البناء غير المطابق وبث روح الشرعية فيه من خلال تحقيق مطابقتة وفق إجراءات معينة ومحددة بأجل معينة ومحصورة في فترة سريانه كاستثناء على القاعدة العامة التي احتواها القانون رقم 29/90 والتي تقضي بوجوب استخراج رخص البناء قبل إقامة الأشغال.

وقد هدف المشرع من خلال سن القانون رقم 15/08 إلى إدخال الترتيبات الضرورية التي تسمح للسلطات الإدارية والقضائية بالتصرف ضمن إطار قانوني لوضع حد لفوضى العمران وكذا ترقية إطار مبني ذي مظهر جمالي و مهيا بانسجام، إضافة لإرساء إجراءات تأديبية في

¹ - د. عباس راضية، مداخلة لمقابلة في الملتقى المغربي حول تطهير الملكية العقارية في التشريعات المغربية يومي 02 و03 جوان 2014، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 02، ص 01.

مجال احترام أجال البناء مع وضع حد لحالات عدم إنهاء البناء و تحقيق المنجز منها أو ما هو في طور الإنجاز ضمن الأملاك العقارية الخاصة التابعة للخواص و للدولة، في إطار تحديد شروط استغلالها و شغلها حماية للأرواح و الممتلكات منتهيا بتدابير ردية لمنع الاستمرار في المخالفات و بذلك أقر المشرع بالأمر الواقع و عمل على إيجاد حل لذلك من خلال هذا القانون⁽¹⁾.
فهل وفق المشرع في وضع إطار قانوني لتدخل مديرية أملاك الدولة في تسوية و تطهير الملكية العقارية المبنية في إطار مطابقة البناء و إنجازها؟

هذه الإشكالية تقتضي منا البحث في النظام القانوني لشهادة المطابقة (المبحث الأول)، و مجال تدخل مديرية أملاك الدولة في إطار عملية مطابقة البناء و إنجازها (المبحث الثاني).

المبحث الأول: النظام القانوني لشهادة المطابقة

في إطار تفعيل إستراتيجية المشرع الجزائري لتنظيم عملية البناء من خلال قانون التهيئة و التعمير و مراسيمه التنفيذية و تأكيدا لمطابقة البناء للرخص العمرانية نصت المادة 75 من القانون 29/90 على أنه: "يتم عند انتهاء أشغال البناء إثبات مطابقة الأشغال مع رخصة البناء بشهادة المطابقة تسلم من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي أو من قبل الوالي".
و تطبيقا لهذا المادة جاء المرسوم التنفيذي رقم 176/91 و حدد شروط دراسة شهادة المطابقة من خلال المادة 57 و ما يليها.

و في إطار تسوية وضعية البناء بصورة نهائية و بمرونة كبيرة لأصحاب البناء غير المكتملة و الذين بنو بدون رخص أو أدخلوا إضافات و لم يقوموا بإجراءات المطابقة وضع المشرع الجزائري قانون 15/08 المؤرخ في 20 جولية 2008 المحدد لقواعد مطابقة البناء و إتمام إنجازها لوضع حد للعشوائية التي عرفها ميدان التعمير و البناء⁽³⁾.
و عليه سأتناول في هذا المبحث مفهوم شهادة المطابقة في المطلب الأول و إجراءات منح شهادة المطابقة في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مفهوم شهادة المطابقة.

تدخل المشرع الجزائري لتسوية حالات بعض المباني بمجموعة من القواعد القانونية المتضمنة شروط و إجراءات تحقيق مطابقة البناء و إتمام إنجازها من أجل احترام المناظر الطبيعية و الحضرية و حماية التراث الثقافي و التاريخي ... إلخ.
و عليه سأتناول في هذا المطلب تعريف شهادة المطابقة في الفرع الأول و نطاق تطبيق شهادة المطابقة في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف شهادة المطابقة

يمكن تعريف شهادة المطابقة بأنها وثيقة رسمية تثبت انتهاء الأشغال من بناء كان موضوع رخصة بناء طبقا لمخطط مصادق عليه سلفا من طرف نفس السلطة التي سلمت رخصة البناء.

فهي وسيلة من وسائل الرقابة البعدية تثبت إنجاز الأشغال طبقا للتصاميم المصادق عليها وفقا لبنود و شهادة المطابقة ضرورية لإعداد و استخراج سند الملكية للبناء المنجز، و عليه فإن هذه الوثيقة تعد ترخيص رسمي من طرف الجهة المعنية (البلدية و مصالح التعمير) باستعمال

¹ - دIRM عابدة، تسوية البناء غير المطابقة في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة باتنة، 2015، ص 05.

³ - عربي باي يزيد، إستراتيجية البناء على ضوء قانون التهيئة و التعمير الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة باتنة، 2014، 2015، ص 228.

واستغلال العقار الذي تم بناؤه دون أي خطر على من يؤمونه أو يشغلوه كما أن الأشغال قد تمت طبقا للمواصفات التي تم تحديدها والترخيص بإنجازها في رخصة ومخطط البناء⁽⁴⁾.

وهناك تعريف ثاني للدكتور عربي باي يزيد بأنها: " وثيقة تعلن أن إنشاء البناء وحدوده وطبيعته ومظهره الخارجي مطابق لما حدد في رخصة البناء المتعلقة به، وبالتالي تكون شهادة المطابقة محدودة ومحصورة في حدود النقاط المدروسة والمحددة من خلال أحكام رخصة البناء⁽⁵⁾ .

وهناك تعريف آخر للدكتور عبد الله لعويجي بأنها: " تلك الشهادة أو الوثيقة الإدارية التي تتوج بها العلاقة بين الجهة الإدارية مانحة رخصة البناء والشخص المستفيد منها، تشهد فيها الإدارة بموجب سلطتها الرقابية البعدية اللاحقة تتأكد من خلالها من مدى احترام المرخص له لقانون البناء والتزامه بالمواصفات التي تضمنها لإقرار الترخيص بناء على التصميم المقدم لهذا الغرض والمرفق بطلب الترخيص بالبناء مدعما بالوثائق والمستندات الإدارية والتقنية اللازمة"⁽⁶⁾.

وعليه يمكن تعريف شهادة المطابقة بأنها: "قرار إداري تصرح بمقتضاه الجهة الإدارية المختصة مدى توافق وتطابق أشغال البناء والتهيئة المنجزة لما ورد في رخصة البناء المتعلق بها"⁽⁷⁾.

الفرع الثاني: نطاق تطبيق شهادة المطابقة

أمام تفشي ظاهرة البناءات اللاشعرية التي برزت في غالبية المدن الجزائرية، اتخذت الدولة تدابير جديدة لتسوية وضعية البناءات الغير الشرعية التي أنجزها أصحابها إما دون الحصول على رخصة بناء أو المنجزة فوق أراضي عمومية أو خاصة.

فجاء القانون 15/08 لوضع حد لحالات عدم إنهاء البناءات تحقيق مطابقة البناءات المنجزة أو التي في طور الإنجاز قبل صدور القانون والاعتناء بالمظهر الجمالي للمدن الجزائرية فجاء بهدف تدارك العجز الذي انتاب قانون التعمير عن مواكبة التطور والتكيف.

وتدخل لتكثيف الإطار المبني مع المستجدات وإلزام الإدارة بمعالجة ملف تسوية البناءات في آجال محددة وقصيرة نسبيا لقد تبين أن تسوية وضعية البناءات يبقى مرهونا بتسوية الأوعية القارية التي أقيمت عليها البناءات⁽⁸⁾.

أ-البناءات القابلة للمطابقة: تشمل البناءات المعنية بالمطابقة ما يلي:

– البناءات التي تحصل صاحبها على رخصة بناء وفي هذه الحالة يكون صاحب البناء قد تحصل على رخصة البناء غير أنه لم يتمكن من إتمام الإنجاز لسبب من الأسباب ونظرا لتجاوز المدة المحددة في هذه الرخصة أصبحت عديمة المفعول، وقد لا يكون في وسع المعني طلب تجديد رخصة البناء لاعتبارات تتعلق بقواعد التعمير والبناء⁽⁹⁾.

⁴ - د. بوراس نجية، شهادة المطابقة كآلية قانونية لتطهير الملكية القارية المبنية، مداخلة لمقابلة في الملتقى المغاربي حول تطهير الملكية العقارية في التشريعات المغاربية يومي 02 و 03 جوان 2004، ص 222، 223.

⁵ - عربي باي يزيد، المرجع السابق، ص 230.

⁶ - عبد الله لعويجي، الرقابة القبلية والبعدية ودورها في الحفاظ على البيئة والحد من البناء الفوضوي، مقال منشور بمجلة الحقوق والحريات، العدد الخاص بالملتقى الوطني، إشكاليات العقار الحضري، وأثرها على التنمية في الجزائر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، سبتمبر 2013.

⁷ - عربي باي يزيد، المرجع السابق، ص 231.

⁸ - بوراس نجية المرجع السابق، ص 225، 226.

⁹ - محماوي الشريف، مجال تدخل قانون المطابقة (08/15) في تسوية البناءات الفوضوية، مداخلة لمقابلة في الملتقى المغاربي حول تطهير الملكية العقارية في التشريعات المغاربية، يومي 02 و 03 جوان 2014، كلية الحقوق ن جامعة البلدة 02، ص 188.

- البنائيات التي تحصل صاحبها على رخصة البناء وهي غير مطابقة لأحكام الرخصة المسلمة.
 - البنائيات المتممة والتي لم يتحصل صاحبها على رخصة بناء.
 - البنائيات الغير المتممة التي لم يتحصل صاحبها على رخصة بناء.
- كما أضافت المادة 18 من القانون 15/08 شروط أخرى لتحقيق مطابقة البنائيات وإتمام إنجازها، يتم ذلك حسب وضعية حالة كل بنائة⁽¹⁰⁾.

ب- البنائيات الغير القابلة للمطابقة:

- مساحات حماية المنشآت الاستراتيجية أو الخطرة كالمساحات التي شيدت عليها تجهيزات الطاقة.
- المساحات المصنفة الغير القابلة للبناء حسب نتائج دراسات التعمير.
- البنائيات التي تعيق أو تضر بتشيد المنشآت العمومية.
- البنائيات المشيدة في قطع أرضية مخصصة للاتفاقات ويمنع البناء عليها.
- البنائيات المتواجدة بصفة اعتيادية بالمواقع والمناطق المحمية... إلخ.
- البنائيات المشيدة على الأراضي الفلاحية أو ذات الطابع الفلاحي... إلخ.
- البنائيات المشيدة خرقا لقواعد الأمن أو التي تشوه بشكل خطير البيئة⁽¹¹⁾.

المطلب الثاني: إجراءات منح شهادة المطابقة

لقد حددت أحكام المرسوم التنفيذي 176/91 شهادة المطابقة وحدد إجراءات التي تمنح بها شهادة المطابقة بعد انتهاء أشغال البناء والتهيئة⁽¹²⁾، و عليه سنتناول في هذا المطلب شروط منح شهادة المطابقة في الفرع الأول، و بعدها دراسة كيفية إجراء المطابقة في الفرع الثاني.

الفرع الأول: شروط منح شهادة المطابقة

عند الانتهاء من عملة البناء يتم التأكد من مطابقة الأشغال مع محتوى رخصة البناء، وعليه يجب على المالك أو صاحب المشروع أن يشعر المجلس الشعبي البلدي بانتهاء ورشة البناء وبالتالي فهو مجبر على إخبار مصالح البلدية بانتهاء الأشغال للحصول على شهادة المطابقة، وقد حددت المادة 56 من قانون التهيئة والتعمير المالك أو صاحب المشروع، وعليه مصالح البلدية مجبرة للتأكد من تطابق أشغال البناء والتهيئة لرخصة البناء المسلمة لصاحب المشروع أو المالك أو المستفيد⁽¹³⁾.

¹⁰-بجماوي الشريف، المرجع السابق، ص 189.

¹¹-المادة 16 من القانون رقم 15/08، المتعلق بقواعد مطابقة البنائيات وإتمام إنجازها، الجريدة الرسمية العدد 44، المؤرخة في 03/08/2008، المعدل والمتمم بالقانون رقم 13/08 المؤرخ في 13/12/2013، الجريدة الرسمية العدد 68، المؤرخة في 31/12/2013.

¹²-عربي باي يزيد، المرجع السابق، ص 233.

¹³-المادة 57 من المرسوم التنفيذي رقم 176/91، المؤرخ في 28/05/1991، الذي يحدد كفايات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك، الجريدة الرسمية العدد 26، لسنة 1991.

الفرع الثاني: إجراءات تحقيق المطابقة

من خلال الأحكام القانونية المنظمة لإجراءات المطابقة تتبع الخطوات الآتية:

- يتم إيداع طلب على مستوى مقر المجلس الشعبي البلدي التي يقع فيه المشروع المنجز مقابل وصل إيداع، ويتم تحويل الملف إلى مصالح التعمير والبناء على مستوى الولاية. ويتكون الملف طلب شهادة المطابقة من تصريح بانتهاء الأشغال في نسختين مقابل وصل إيداع يودع هذا التصريح خلال أجل ثلاثين يوم ابتداء من تاريخ انتهاء الأشغال⁽¹⁴⁾.
 - دراسة الطلب من خلال التحقيق في مدى المطابقة مع أحكام رخصة البناء من خلال لجنة مختصة تتكون من ممثلين مؤهلين قانوناً من مصالح البلدية ومصالح التعمير وممثلين عن المصالح المعنية الأخرى.
- وفي الأخير يتم تحرير محضر الجرد والمعاينة ويتضمن رأي اللجنة حول مدى المطابقة التي تمت مع قانون التعمير وفي الأخير يسلم رئيس المجلس الشعبي البلدي شهادة المطابقة للمعني بالأمر من أجل إجراء اللازم وتمكينه من ممارسة حقوقه الكاملة مع العقار الذي يملكه.

المبحث الثاني: مجال تدخل مديرية أملاك الدولة في إطار عملية مطابقة البناء وإنجازها

في إطار عملية مطابقة البناء وإنجازها المنظمة بموجب القانون رقم 15/08 المؤرخ في 20/07/2008، لقد نصت المادة 40 منه على أن البناء المنجز أو في طريق الإنجاز المخالفة للأحكام التشريعية والتنظيمية، والمشيئة على قطع أرضية تابعة للأملاك الوطنية الخاصة للدولة أو الولاية أو البلدية، يمكن للجنة الدائرة أن تقرر بالاتفاق مع السلطات المعنية تسوية وضعية الوعاء العقاري عن طريق التنازل بالتراضي وفقاً للتشريع المعمول به، وتتم عملية التنازل على أساس القيمة التجارية للعقار المتنازل عنه بتقييم من طرف إدارة الأملاك الوطنية وفق السوق العقارية الحرة⁽¹⁵⁾.

وفي هذا الإطار، يجدر التوضيح أنه في إطار هذه العملية هناك أربع (04) مهام أساسية منوطة إلى إدارة الأملاك الوطنية تتمثل

في:

المطلب الأول: المشاركة في أشغال لجنة الدائرة

تطبيقاً لأحكام المرسوم التنفيذي رقم 155/09 المؤرخ في 02/05/2009 الذي يحدد تشكيلة لجنتي الدائرة والطقن المكلفتين بالبت في تحقيق مطابقة البناء وكيفيات سيرهما، فإن تمثيل مديرية أملاك الدولة يجب أن يكون من طرف رؤساء المتفشيات المختصين إقليمياً⁽¹⁶⁾.

في هذا الصدد، يجب على ممثل أملاك الدولة المساهمة في أشغال هذه اللجنة بمدىها بكل المعلومات المتعلقة بالوضعية القانونية للقطع الأرضية محل طلب التسوية قصد تسهيل عمل هذه اللجنة، ويتعين على ممثل أملاك الدولة في حالة عدم تمكنه من اتخاذ القرار

¹⁴ - بوراس نجية، المرجع السابق، ص 223.

¹⁵ - د. بوراس نجية، المرجع السابق، ص 07 و 08.

¹⁶ - أنظر المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 155/09 المؤرخ في 02-05-2009، المتضمن تحديد تشكيلة لجنة الدائرة والطقن المكلفتين بالبت في تحقيق مطابقة البناء وكيفيات سيرهما، الجريدة الرسمية العدد 27، المؤرخة في 2009/05/06.

إعلام مدير أملاك الدولة للولاية بالصعوبات التي واجهته بخصوص هذه الملفات، بحيث يتعين على هذا الأخير الفصل بطريقة رسمية حول الطبيعة القانونية للأراضي المعنية وإعلام رئيس اللجنة⁽¹⁷⁾.

بهذا تقوم اللجنة بالنطق في آن واحد على تسوية وضعية البناء والأرضية، سيما لما يتعلق الأمر بقطعة أرض تابعة للدولة، الشيء الذي سيسمح للمواطن بالحصول على جميع العقود ووثائق التسوية في أحسن الآجال⁽¹⁸⁾.

المطلب الثاني: التحقيق القانوني

لقد نصت أحكام القانون رقم 15/08 المؤرخ في 20/07/2008 على تكليف إدارة الأملاك الوطنية في إطار هذا الإجراء القيام بالتحقيقات القانونية على قطع الأراضي محل طلب التسوية.

في هذا الإطار، يجدر التوضيح أنه يتعين على العون المكلف بالتحقيق القيام بجمع المعلومات المرتبطة بالوضعية المادية للقطعة الأرضية (المساحة، الجزء المبني، اللواحق والحدود... الخ)، والمعلومات المرتبطة بالوضعية القانونية للقطعة الأرضية (أصل الملكية، وجهتها، طابعها "ملك خاص أو عام تابع للدولة أو الولاية أو البلدية"، موقعها بالنسبة للمحيط العمراني... الخ)⁽¹⁹⁾.

عندما تكون مساحة القطعة الأرضية معتبرة بالنسبة لمساحة البناء فإنه يتعين القيام بتحديد مساحة القطعة بالتنسيق مع مصالح التعمير آخذين بعين الاعتبار قواعد التعمير المطبقة محلياً وشكل القطعة وشبكة الطرق... الخ، وهذا تجنباً لخلق مساحات أو جيوب لا يمكن لها أن تشكل قطع أراضي قابلة للبناء، وفي كل الحالات يتعين على اللجنة ذات السيادة البت بكل حزم ووفقاً للمعطيات التي تحوزها فيما يخص هذه الوضعية⁽²⁰⁾.

المطلب الثالث: تحديد القيمة التجارية

لقد نصت المادة 40 من القانون رقم 15/08 على أن التنازل عن القطعة الأرضية محل عملية التسوية في هذا الإطار تتم بسعر السوق العقارية الحرة من طرف مصالح أملاك الدولة، سواء كانت القطعة الأرضية موضوع التسوية تابعة للدولة أو الولاية أو البلدية، والأراضي القابلة للتسوية في هذا الإطار نجد منها الأراضي التي استفاد منها المواطنون في إطار قانون الاحتياطات العقارية البلدية، ونفس الوضع بالنسبة للعقارات التابعة للدولة (أملاك شاغرة) التي لم يتم تسوية وضعية شاغليها في الوقت المناسب من طرف مصالح

¹⁷- أنظر التعليمات الوزارية رقم 1000 المؤرخة في 10-09-2009، الصادرة عن وزارة السكن والعمران، المتعلقة بتطبيق أحكام القانون رقم 15/08 المؤرخ في 20-07-2008، وزارة السكن والعمران.

¹⁸- أنظر التعليمات الوزارية المشتركة رقم 04 المؤرخة في 06-09-2012، الصادرة عن وزارة المالية، السكن والعمران ووزارة الداخلية والجماعات المحلية، المتعلقة بتبسيط كفاءات تحقيق مطابقة البناء وإتمام إنجازها.

¹⁹- أنظر المواد 36 و38 من القانون رقم 15/08 المؤرخ في 20-07-2008، المعدل والمتمم، السابق الذكر، ولمزيد من التفصيل راجع: د. بجماي الشريف، مجال تدخل قانون المطابقة (15/08) في تسوية البناء الفوضوية، مداخلة لمقابلة في الملتقى المغاربي حول تطهير الملكية العقارية في التشريعات المغاربية، 02 و03 جوان 2014، كلية الحقوق، جامعة البليدة 02، ص 03 و04.

²⁰- أنظر التعليمات رقم 3476 المؤرخة في 08-04-2013، الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية، المتعلقة بمجال تدخل إدارة أملاك الدولة في إطار عملية مطابقة البناء وإتمام إنجازها، وزارة المالية.

أملاك الدولة، التي تعود إلى الحقبة الاستعمارية أين هدمت هذه الأخيرة وشيدت بنايات جديدة مكانها بدون ترخيص على هذه المواقع، أو شيدت بنايات جديدة مع المحافظة على البنايات القديمة... الخ⁽²¹⁾.

وللقيام بعملية تقييم هذه العقارات يتعين على إدارة الأملاك الوطنية القيام بالتحقيقات الواجبة تطبيقاً لتدابير المواد 36 و38 من القانون رقم 15/08، والتأكد مما إذا كان المعني قد استفاد بالقطعة الأرضية في إطار الاحتياطات العقارية البلدية، أو يجوز على هذا العقار المبني (ملك شاغر) قبل تاريخ 1990/11/18، في هذا الإطار يتعين على مصالح أملاك الدولة تحديد القيمة التجارية لهذه القطعة الأرضية حسب الكيفية التالية:

- حسب القيمة التجارية المحددة وفق السوق العقارية الحرة بدون تخفيض، لما يتعلق الأمر بشغل بعد تاريخ 1990/11/18.
- حسب جدول الأسعار المعمول به في إطار الاحتياطات العقارية البلدية المنصوص عليه بالمرسوم رقم 02/86، مع زيادة 50% عندما يكون المعني حائزاً على وثيقة تثبت منح هذه القطعة الأرضية لفائدته في إطار الاحتياطات العقارية البلدية أو وثيقة تثبت عملية المنح لفائدته قبل تاريخ صدور الأمر رقم 26/74.
- على أساس جدول الأسعار المنصوص عليه بالمرسوم رقم 02/86، مع زيادة 50% لما تثبت أن المعني يشغل قبل صدور القانون رقم 25/90 المتضمن قانون التوجيه العقاري المعدل والمتمم، عقاراً كان مبنياً في الأصل والذي كان على مصالح أملاك الدولة تسويته آنذاك في الوقت المناسب⁽²²⁾.

نجد أن بعض حالات التسوية لا تخص مجمل القطعة الأرضية، وإنما على جزء فقط يكون محل تعد أو منح إضافي، باعتبار أن المعني بالأمر يجوز على عقد ملكية للقطعة الأرضية الأساسية.

في هذه الحالة وبما أن الأمر يتعلق بتسوية جزئية يمكن أن تشمل على مساحات صغيرة أو ذات طبيعة قانونية خاصة (محصورة، تصفيف... الخ)، ولتقييمها يجب التمييز بين حالتين، الحالة الأولى عندما تكون القطعة الأرضية الإضافية قابلة للتسوية في إطار الاحتياطات العقارية البلدية أو كانت في الأصل عقاراً مبنياً عبارة عن ملك شاغر، فإنه يتعين تطبيق الأسعار الإدارية المحددة بالمرسوم رقم 02/86 الذي يضبط كفاءات تحديد أسعار شراء البلديات للأراضي الداخلة في احتياطاتها العقارية وأسعار بيعها مع زيادة 50%.

أما بخصوص الحالة الثانية عندما تكون القطعة الأرضية غير قابلة للتسوية في إطار الاحتياطات العقارية البلدية أو على أنها ملك شاغر في السابق، فإن تسويتها تكون على أساس القيمة التجارية المحددة وفق السوق العقارية الحرة، آخذين بعين الاعتبار الوضعية الخاصة بتطبيق تقنيات التقييم المحددة بالتعليمية رقم 1005 المؤرخة في 2011/02/03⁽²³⁾.

²¹ - أنظر التعليمية الوزارية المشتركة رقم 04 المؤرخة في 06-09-2012، المرجع السابق.

²² - أنظر التعليمية الوزارية المشتركة رقم 04 المؤرخة في 06-09-2012، المرجع السابق.

²³ - أنظر التعليمية رقم 1005 المؤرخة في 03-02-2011، الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية، المتعلقة بالتكفل بالفوارق في المساحات، وزارة المالية، ولمزيد من التفصيل راجع كذلك: المذكرة رقم 2948 المؤرخة في 25-03-2013 الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية، المتعلقة بتقييم الأراضي التابعة للدولة، وزارة المالية.

المطلب الرابع: إعداد سندات الملكية للأوعية العقارية التابعة للأموال الخاصة للدولة

يجدر التوضيح، أن الجهاز القانوني المتعلق بمطابقة البناءات وإنمائها يخص كل الحالات التي يمكن مواجهتها، سواء كان المعني بالأمر حائزاً أو غير حائز على ترخيص بشغل الأرضية المعنية شريطة فقط احترام الشروط المطلوبة في هذا المجال، وبالنتيجة فإن كل تسوية للبناءات تجسد عن طريق مقرر يُعد ويمضي من طرف رئيس اللجنة، وعندما تخص التسوية قطعة أرضية تابعة للأموال الخاصة للدولة، فإنه يدون في نفس المقرر الخاص بالبناءات، تسوية الوعاء العقاري.

وطبقاً لأحكام القانون رقم 15/08 فإن إعداد عقود التنازل على سبيل التسوية تتم من طرف مديرية أملاك الدولة بصفتها موثق (محرر العقد)، وكذلك بالنسبة للأوعية العقارية التابعة للولاية والبلدية⁽²⁴⁾.

ويجب أن تتناسب مساحة القطعة الأرضية المعنية بالتنازل مع المساحة المبنية، تضاف إليها مسالك الدخول ومساحات التبعية الخارجية⁽²⁵⁾، وعندما تكون مساحة القطعة الأرضية محل طلب التسوية معتبرة يمكن أن تكون قابلة للتخفيض، مما يسمح بخلق أرضية قابلة للبناء تماشى مع قواعد التعمير في المنطقة، وعليه فإن التحديد والقوام النهائي للقطعة الأرضية محل طلب التسوية يتم بالتنسيق مع مصالح التعمير⁽²⁶⁾.

ونظراً للحالة الكارثية التي وصلت إليها المدن الجزائرية بسبب البناءات غير القانونية لجأ المشرع إلى حلول بديلة من خلال قانون تحقيق المطابقة رقم 15/08 الذي أتى في إطار تسوية البناءات غير القانونية وتدارك الأوضاع العمرانية المتدهورة للمدن الجزائرية، غير أن تفعيله على أرض الواقع وسريانه المحدد لم يحقق النتائج والأهداف المرجوة له في إطار تسوية البناءات غير القانونية.

قائمة المراجع:

- 1- القانون رقم 15/08، المتعلق بقواعد مطابقة البناءات وإتمام إنجازها، الجريدة الرسمية العدد 44، المؤرخة في 03/08/2008، المعدل والمتمم بالقانون رقم 13/08 المؤرخ في 13/12/2013، الجريدة الرسمية العدد 68، المؤرخة في 31/12/2013.
- 2- المرسوم التنفيذي رقم 155/09 المؤرخ في 02-05-2009، المتضمن تحديد تشكيلة لجنة الدائرة والطعن المكلفتين بالبث في تحقيق مطابقة البناءات وكيفيات سيرها، الجريدة الرسمية العدد 27، المؤرخة في 2009/05/06.
- 3- دIRM عايدة، تسوية البناءات غير المطابقة في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة باتنة، 2015.
- 4- عربي باي يزيد، استراتيجية البناء على ضوء قانون التهيئة والتعمير الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2014، 2015.
- 5- المرسوم التنفيذي رقم 176/91، المؤرخ في 28/05/1991، الذي يحدد كيفيات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك، الجريدة الرسمية العدد 26، لسنة 1991.
- 6- التعليم الوزارية رقم 1000 المؤرخة في 10-09-2009، الصادرة عن وزارة السكن والعمران، المتعلقة بتطبيق أحكام القانون رقم 15/08 المؤرخ في 20-07-2008، وزارة السكن والعمران.
- 7- التعليم الوزارية المشتركة رقم 04 المؤرخة في 06-09-2012، الصادرة عن وزارة المالية، السكن والعمران ووزارة الداخلية والجماعات المحلية، المتعلقة بتبسيط كيفيات تحقيق مطابقة البناءات وإتمام إنجازها.

²⁴-أنظر المادة 40 من القانون رقم 15/08 المؤرخ في 20-07-2008، المعدل والمتمم، السابق الذكر.

²⁵-أنظر المادة 02 من القانون رقم 15/08 المؤرخ في 20-07-2008، المعدل والمتمم، السابق الذكر.

²⁶-أنظر التعليم رقم 3476 المؤرخة في 08-04-2013، المرجع السابق.

- 8- التعليم رقم 3476 المؤرخة في 08-04-2013، الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية، المتعلقة بمجال تدخل إدارة أملاك الدولة في إطار عملية مطابقة البناء وإتمام إنجازها، وزارة المالية.
- 9- التعليم رقم 1005 المؤرخة في 03-02-2011، الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية، المتعلقة بالتكفل بالفوارق في المساحات، وزارة المالية، ولمزيد من التفصيل راجع كذلك: المذكرة رقم 2948 المؤرخة في 25-03-2013 الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية، المتعلقة بتقييم الأراضي التابعة للدولة، وزارة المالية.
- 10- د. عباس راضية، مداخلة ملقاء في الملتقى المغاربي حول تطهير الملكية العقارية في التشريعات المغاربية يومي 02 و 03 جوان 2014، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البلديدة 02.
- 11- د. بوراس نجية، شهادة المطابقة كآلية قانونية لتطهير الملكية القارية المبنية، مداخلة ملقاء في الملتقى المغاربي حول تطهير الملكية العقارية في التشريعات المغاربية يومي 02 و 03 جوان 2004.
- 12- عبد الله عويجي، الرقابة القبليّة و البعدية ودورها في الحفاظ على البيئة والحد من البناء الفوضوي، مقال منشور بمجلة الحقوق والحريات، العدد الخاص بالملتقى الوطني، إشكاليات العقار الحضري، وأثرها على التنمية في الجزائر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، سبتمبر 2013.
- 13- بحماوي الشريف، مجال تدخل قانون المطابقة (08/15) في تسوية البناءات الفوضوية، مداخلة ملقاء في الملتقى المغاربي حول تطهير الملكية العقارية في التشريعات المغاربية، يومي 02 و 03 جوان 2014، كلية الحقوق ن جامعة البلديدة 02.

عملية مسح الأراضي كآلية للتطهير العقاري الشامل

كعباش عائشة

باحثة دكتوراه

جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة - الجزائر

a_kabache@yahoo.com

ملخص

اعتمد المشرع الجزائري على مجموعة من الآليات القانونية بغية تطهير شامل للوضعية العقارية، فبنى نظام الشهر العيني، و من أجل تطبيقه عمل على صياغة نظام المسح الأراضي الذي يتكفل بوصف الحالة المادية والقانونية للعقار من أجل إعطاء أرضية قانونية صلبة للملكية العقارية و لباقي الحقوق العينية المترتبة عنها، على اعتبار أن عملية مسح الأراضي و ما يرافقها من إجراءات متمثلة في تحديد حدود البلديات ، و الملكيات داخل كل بلدية ، و إجراء التحقيق العقاري في الميدان لإبراز الملاك و أصحاب الحقوق و إعداد وثائق المسح من مخططات و سجلات مع تسجيل جميع الاعتراضات المقدمة من طرف الملاكين و طرحها على اللجنة البلدية لمسح الأراضي لدراستها و البت فيها، و بذلك تنتهي عملية مسح الأراضي إلى إنشاء السجل العقاري الأمر الذي يظهر بصفة نهائية الملكية العقارية.

الكلمات المفتاحية: تطهير الملكية العقارية، مسح الأراضي، الشهر العيني، السجل العقاري.

Abstract

The Algerian legislation relied on some legal mechanisms for the sake of real estate regulation. For this, he adopted the month kind system, based on the process of scanning land which is charged to describe the physical and legal state (situation) of property so as to give it a strong and legal background. Real estate survey process is accompanied with other measures like determining each municipality borders and the property inside it, carrying out real estate investigations.

All this, allow to identify the real owners and help in the preparation of legal texts such land registry along with recording complaints presented by property owners to be discussed by the comity land survey and decide upon any property disputes . Therefore, this operation will help each municipality to have a land registry which will clear the owner ship of real estate definitively.

تعتبر عملية مسح الأراضي عملية تقنية فنية بالدرجة الأولى، فهي تمثل الأساس المادي لتأسيس السجل العقاري تهدف إلى تحديد المساحة المادية و الموقع الطبوغرافي لكل الأملاك العقارية و كذا تحديد أوصافها و حدودها إضافة إلى تحديد الملاك الظاهرين و أصحاب الحقوق العينية و ربط الملكية العقارية بأصحابها، و أخذ صورة واقعية عن واقع العقار على ضوء خرائط مساحية وتصاميم المسح مع منح كل عقار رقما مساحيا معينا خاصا به يعبر تعبيرا حقيقيا عن وضعيته الواقعية، و ذلك من أجل إنشاء البطاقات العقارية التي تنتهي حتما بالتسجيل والقيود النهائي في السجل العقاري لدى المحافظة العقارية المختصة للمنطقة التي خضعت لإجراء المسح، وتسليم الدفتر العقاري الذي يعد السند الرسمي والقانوني المثبت للملكية العقارية، فيكون المرجع الأول لجميع التصرفات المنصبة على العقار. و التساؤل الذي يطرح هو: ما مدى نجاعة عملية مسح الأراضي في بتطهير الملكية العقارية؟، و كيف تتم هذه العملية؟ و ماهي المراحل التي تمر بها؟.

و عليه يسعى هذا البحث إلى استعراض و استجلاء الغموض حول عملية مسح الأراضي و ما يرافقها من إجراءات ، و عليه تم تقسيم الموضوع إلى المحاور التالية: مفهوم عملية مسح الأراضي، أنواع مسح الأراضي، الجهات المؤهلة لإجراء عملية المسح، إجراءات إعداد مسح الأراضي.

أولا: مفهوم عملية مسح الأراضي

سنعرض فيما يلي لتعريف عملية المسح لغة ثم اصطلاحا.

1- **تعريف المسح لغة:** المسح هو مصدر الفعل الثلاثي مسح، ويقال مسح الشيء المتلطيخ أو المبتل، مسح أي أمر يده عليه لإذهاب ما عليه من أثر ماء⁽¹⁾، كقوله تعالى: ﴿وَامسحوا براءوسكم وأرجلكم إلى الكعبين﴾ المائدة الآية 6.

و يقال مسح في الأرض بمسح مسح مسوحا أي قاسها ليعلم مساحتها بالأمتار المربعة ونحوها وقسمها، حدّد أبعادها، و مسح المكان أي فحصه وتتبع تفاصيله و مسحت الإبل الأرض دأبا أي سارت فيها سيرا شديدا. و لأمسح من الأرض المستوي و الجمع الأماسح، يقال يمسح ، مساحاً ومسحاً ، فهو ماسح ، والمفعول تمسوح و مسح الأرض مساحة أي درعها⁽²⁾.

2- **تعريف المسح اصطلاحا:** لم يعرف المشرع الجزائري عملية مسح الأراضي تعريفا مباشرا ، و إنما أورد الهدف منها في الأمر 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري⁽³⁾ وكذا المراسيم التطبيقية له⁽¹⁾، حيث نصت المادة 02

(1) أبي الفضل جمال الدين ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ج 02، دت، ص 593. ¹

(2) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، معجم القاموس المحيط، دار المعرفة، بيروت، ط 2، 2007، ص 1222.

(3) أمر رقم 74-75 مؤرخ في 12 نوفمبر 1975 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري، معدل بالقانون رقم 09-79 المؤرخ في 31 ديسمبر سنة 1979 المتضمن قانون المالية لسنة 1980.

من الأمر المذكور الآتي: " إن مسح الأراضي العام يحدد و يعرف النطاق الطبيعي للعقارات و يكون أساسا ماديا للسجل العقاري "

كما نصت المادة 04 من الأمر 75-74 ما يلي: " يتم على مجموع التراب الوطني تحديد الملكيات قصد إعداد مخطط منظم و تأسيس مسح أراضي."

و بالرجوع إلى المادة 04 من المرسوم 400-84 المؤرخ في 24 ديسمبر سنة 1984 المعدل و المتمم بالمرسوم 76-62 مؤرخ في 25 مارس سنة 1976 نلاحظ أنها جاءت ببعض التفصيل حيث نصت على الآتي: " تشمل عمليات إعداد المسح العام لجميع العقارات على تحديد ما يأتي:

- القوام المادي و طبيعة الأراضي إن اقتضى الأمر أنماط المزروعات الفلاحية التي تنجز فيما يخص العقارات الريفية .
 - القوام المادي و طبيعة شغل أو تخصيصها و نمط استغلال النباتات المقامة عليها أو استغلالها و وصفها حسب كل طابق فيما يخص العقارات الحضرية.
 - الملاك الظاهرون و أصحاب الحقوق العينية الظاهرون و كذلك كيفية الاستغلال و يجب أن تكون هذه العمليات مصحوبة بتحديد الملكيات العمومية و الخاصة.
- و يجب أن تكون الحدود على اختلاف أنواعها و حسب الحاجة مجسمة بكيفية دائمة، إما بواسطة معالم من حجر و إما بواسطة علامات أخرى، و ذلك طبقا لتعليمات المصلحة المكلفة بمسح الأراضي."

يتضح من خلال هذه النصوص القانونية أنها اعتبرت عملية مسح الأراضي عملية تقنية فنية بالدرجة الأولى تهدف إلى إحصاء شامل للملكيات العقارية و تحديد مواقعها و أوصافها و حدودها بشكل دقيق جداً إضافة إلى تحديد الملاك الظاهرين و أصحاب الحقوق العينية و كذا تحديد القوام المادي للعقارات على ضوء خرائط مساحية وتصاميم المسح إضافة إلى الأوراق الثبوتية المقدمة من أصحاب الحقوق التي يتم وضعها أثناء عملية المسح.

و بالرجوع إلى الفقه نجد أن الدكتور ادوار عيد أورد تعريفا لعملية المسح في كتابه الأنظمة العقارية (التحديد و التحرير - السجل العقاري) بقوله: "هي عملية تهدف إلى تحديد موقع كل عقار و مساحته ضمن منطقة عقارية معينة - جرى كيلها و وضعت خريطة عقارية لها - و إلى تعيين مالك هذا العقار و تعيين الحقوق المترتبة له أو عليه إزاء العقارات المجاورة . و في حال ورود اعتراضات

(4) مرسوم رقم 76-62 مؤرخ في 25 مارس سنة 1976 يتعلق بإعداد مسح الأراضي العام ، معدل و متمم بالمرسوم رقم 400-84 المؤرخ في 24 ديسمبر سنة 1984 و المرسوم التنفيذي رقم 92-134 المؤرخ في 7 ابريل سنة 1992، ج ر 30 و مرسوم رقم 76-63 مؤرخ في 25 مارس سنة 1976 يتعلق بتأسيس السجل العقاري، معدل و متمم بالمرسوم رقم 210-80 المؤرخ في 13 سبتمبر سنة 1980 و المرسوم التنفيذي رقم 123-93 المؤرخ في 19 مايو سنة 1993 .

أو دعاوى على عمليات التحديد و التحرير و على تعيين أصحاب الحقوق على العقار، يتضمن هذا النظام أصولاً ترمي إلى فصلها في مهل وجيزة و إلى تحديد المالك الحقيقي و تثبيت الحقوق المتعلقة بالعقار على وجه نهائي".⁽¹⁾

و على ضوء ما تقدم يمكننا تحديد معنى المسح بأنه: مجموعة من الإجراءات المزدوجة (التقنية و القانونية) التي تقضي بأن يوضع لكل منطقة عقارية⁽²⁾ محططات و وثائق مساحية⁽³⁾ بهدف ضبط الحالة المادية و القانونية للعقار و إبراز أهم المعلومات الخاصة به بصورة منظمة ، حيث تدرج فيها جميع البيانات التي تتطلبها المعرفة الكاملة لهوية العقار من خلال موقعه ، قوامه ، نوعه ، مساحته ، مشتملاته ، اسم مالكة ، أسباب تملكه و الحقوق العينية الأصلية و التبعية المترتبة عليه قصد تأسيس السجل العقاري .

ثانياً: أنواع مسح الأراضي

بالرجوع إلى مختلف التشريعات التي تنظم عملية مسح الأراضي نجد منها التي اعتبرت عملية المسح إجبارية و منها من اعتبرتها اختيارية.

1- المسح الإجباري

المسح الإجباري مفاده أن تعمد الدولة بمبادرة منها و من دون أي طلب من أصحاب الحقوق إلى تقرير إحصاء و وضع حدود الأراضي الواقعة في منطقة معينة بالإضافة إلى بيان الحقوق الجارية عليها بهدف إخضاعها لنظام السجل العقاري⁽⁴⁾، حيث تسهر على القيام بالعملية السلطات المكلفة بذلك، و من دون أن يعترض على ذلك أحد و لأنه يتم في نطاق أوسع من الأول، فإن القيام به يحتاج إلى جهد أكبر و وقت أطول⁽⁵⁾.

إن الأخذ بنظام المسح الإجباري يتطلب مراعاة وضعية البلاد من الناحية الاقتصادية بحيث تسمح ميزانيتها بتغطية نفقات المسح لذلك قد يشمل المسح الإجباري كل إقليم الدولة، كما قد يشمل مناطق محددة فقط بحيث يكون المسح فيها إجبارياً دون أن يمنع المسح اختيارياً في باقي المناطق.

و المسح الإجباري لا يختلف عن المسح الاختياري من حيث النتيجة إلا أنه يمتاز عنه بمجانبة الإجراءات و بساطتها و سرعة وسائله الفنية، فليس على المواطن في ظل المسح الإجباري أن يتكبد المصاريف الباهظة بل الدولة هي التي تتحمل كامل المصاريف.

المسح الاختياري

المسح الاختياري هو نظام يمكن أصحاب العقارات التي لم تصلها أعمال المسح الإجباري من مسح عقاراتهم. و بهذا يحاول المشرع أن يوفق بين العمل في حدود إمكانيات الدولة بشريا و ماليا و حماية المتعامل الحريص الذي يريد صون حقوقه في غير الأماكن

⁽¹⁾ إدوارعيد ، الأنظمة العقارية - التحديد و التحرير ، السجل العقاري - مطبعة المتن، بيروت، ط 2، 1996، ص 34 .

⁽⁶⁾ عملية مسح الأراضي تتم على مستوى كل بلدية حيث نصت المادة 8 من الأمر 74-75 المؤرخ في 12 نوفمبر المتضمن إعداد مسح الأراضي و تأسيس السجل العقاري الآتي : " إن تصميم مسح الأراضي يكون موضوع إعداد في كل بلدية ..."

⁽³⁾ circulation N° 3997, du 23/06/1976 , Relative a l'établissement du cadastre général, Ministre des finances , Direction des affaires domaniales et foncière , B -3 -1-

⁽⁴⁾ جورج ن .شدرأوي، الوجيز في التحديد و التحرير و السجل العقاري، منشورات المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ط 3، 2010، ص 27.

⁽⁵⁾ أسعد دياب و القاضي طارق زيادة ، أبحاث في التحديد و التحرير و السجل العقاري ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، 1994 ، ط 2 ، ص 23

الخاضعة للمسح الإجباري هذا من جهة، ومن جهة أخرى فضلت بعض الدول التخلي عن مبدأ اختيارية المسح و ذلك نظرا لضعف النتائج المسجلة حيث لم يشمل إلا قليل من المساحة فالعقار لا يتم مسحه إلا إذا أراد صاحبه مما يؤدي إلى تضيق الوقت، لذلك اتجهت إرادة تلك الدول إلى تعميمه و جعله إجباريا.

إن المسح الاختياري يتم بناء على طلب صاحب حق معين سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا و هذا الطلب هو الذي يعطي الانطلاقة الأولى في الشروع في أعمال المسح في المناطق التي لم تشملها عملية المسح الإجباري وعندئذ تطل العقار موضوع الحق المذكور فقط، حيث يمكن لأصحاب العقارات التي لم تصلها أعمال المسح الإجباري مسح عقاراتهم على نفقتهم الخاصة و بذلك يستفيدون من المزايا التي يوفرها لهم نظام السجل العقاري .

ثالثا: الجهات المؤهلة لإجراء عملية مسح الأراضي

سنسلط الضوء على الهيئة المكلفة بعملية المسح و المتمثلة في الوكالة الوطنية لمسح الأراضي ثم للجنة مسح الأراضي لما لها من دور فعال في عملية المسح.

1- الوكالة الوطنية لمسح الأراضي

تعتبر الوكالة الوطنية لمسح الأراضي الهيئة المكلفة بعملية المسح، وهي مؤسسة ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، وهي مكلفة بإنجاز العملية التقنية الرامية إلى إعداد مسح الأراضي العام في جميع أنحاء التراب الوطني، وتزود الدولة الوكالة لتحقيق أهدافها في إطار الأعمال المسندة إليها بمجموعة من الوسائل البشرية والمادية والميكانيكية اللازمة لأداء مهمتها.، حيث جاء في المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 89-234 مؤرخ في 19 ديسمبر سنة 1989 المعدل و المتمم بالمرسوم 01-110 المؤرخ في 5 مايو 2001 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لمسح الأراضي⁽¹⁾ على أنه " : تنشأ مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تتمتع بالشخصية المدنية وبالاستقلال المالي تسمى الوكالة الوطنية لمسح الأراضي وتكتب باختصار (و.و.م.أ) وتدعى في صلب النص " الوكالة " تخضع هذه المؤسسة العمومية للقوانين و التنظيمات المعمول بها و لأحكام هذا المرسوم. "، كما حددت المادة 03 من المرسوم السابق الذكر مقر الوكالة الوطنية لمسح الأراضي في مدينة الجزائر و يمكن نقله إلى أي مكان آخر في التراب الوطني.

يقوم التنظيم الإداري للوكالة الوطنية لمسح الأراضي على أساس قانوني يتمثل في فكرة الشخصية المعنوية التي تتمتع بها، و الشخص المعنوي هو مجموعة أشخاص أو مجموعة أموال ترصد لتحقيق غرض و هدف مشروع بموجب اكتساب الشخصية القانونية بحيث تكون قادرة على اكتساب الحقوق و تحمل الالتزامات⁽²⁾.

⁽¹⁾ المرسوم التنفيذي رقم 89-234 مؤرخ في 19 ديسمبر سنة 1989 المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 92-63 مؤرخ في 8 شعبان عام 1412 الموافق 12 فبراير سنة 1992، ج ر ، العدد 54 ، بتاريخ 1989/12/20 و المرسوم التنفيذي رقم 01-110 مؤرخ في 05 مايو 2001، ج ر ، العدد 26 بتاريخ 2001/05/90 .

⁽²⁾ محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، التنظيم الإداري و النشاط الإداري، دار العلوم، الجزائر، 2004، ص 33.

تمثل هيئات التسيير و الإدارة للوكالة الوطنية لمسح الأراضي في مجلس إدارة و المدير، حيث نصت المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 89/234 المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 01-110 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لمسح الأراضي على أنه "يشرف على الوكالة مجلس إدارة و يديرها مدير "

وقد نصت المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 89/234 المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 01-110 على تنظيم مجلس الإدارة، و يكون هذا المجلس برئاسة ممثل وزير المالية، و هو يضم ممثلين عن عدد من الإدارات المركزية و يتكون حسب نص المادة 13 من سبعة أعضاء و هم على التوالي : (ممثل لوزير المالية، رئيسا ، ممثل لوزير الدفاع الوطني ، ممثل لوزير الدولة، وزير الداخلية و الجماعات المحلية ، ممثل عن وزير الاشغال العمومية ، ممثل لوزير الفلاحة ، ممثل عن وزير السكن و العمران ، ممثل عن وزير الدولة و وزير العدل) .

تتولى الوكالة الوطنية لمسح الأراضي القيام بمجموعة من المهام فهي مكلفة بإنجاز العمليات التقنية الرامية إلى إعداد مسح الأراضي مجموع التراب الوطني ، و تزود الدولة الوكالة لتحقيق أهدافها في إطار الأعمال المسندة إليها مجموعة من الوسائل البشرية و المادية و الهيكلية اللازمة لأداء مهمتها⁽¹⁾ و المتمثلة فيما يلي :

- تنفيذ أعمال التحقيق العقاري الخاصة برسم الحدود و الطبوغرافيا بأساليب أرضية أو بتصوير المسامي الضوئي، اللازمة لوضع مسح عام للأراضي، و ترقيم العقارات المسوحة في السجل العقاري .
- تحضير العقود و الملفات المتعلقة بأشغال لجان مسح الأراضي و رسم الحدود المنصوص عليها في إطار التنظيم الذي يخضع له إجراء إعداد مسح الأراضي العام و تتولى الكتابة لها .
- تقوم بتحرير مخططات المسح العام للأراضي و الوثائق الملحق بها و تضبطها باستمرار.
- تنشئ البطاقات العقارية التي تسمح بتكوين السجل العقاري.
- تطبق عمليات تطابق مسح الأراضي مع السجل العقاري الذي تمسكه إدارات الحفظ العقاري.
- تنظم الأرشفة و الاستشارة و نشر الوثائق المتعلقة بمسح الأراضي بوسائل الإعلام الآلي و تسهر على ضبطها بانتظام.
- ترافق الأشغال التي ينجزها الماسحون و مكاتب الدراسات الطبوغرافية التابعة للخواص لحساب الإدارات العمومية⁽²⁾.
- تنجز التصاميم العامة التي تستخدم وسائل التصوير المسامي الضوئي طبقا لاحتياجات المسح⁽³⁾.
- يمكن للوكالة الوطنية لمسح الأراضي أن تعهد للمهندسين الخبراء العقاريين المعتمدين في إطار عقود التعامل الثانوي، بتنفيذ العمليات الضرورية لإعداد مسح الأراضي العام⁽⁴⁾.

(1) المادة 30 من المرسوم التنفيذي رقم 89/234 المعدل بالمرسوم التنفيذي 01-110 السابق الذكر.

(2) انظر المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 89/234 المعدل بالمرسوم التنفيذي 01-110 السابق الذكر

(3) انظر المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 89/234 المعدل بالمرسوم التنفيذي 01-110 السابق الذكر

(4) انظر المادة الأولى من القرار المؤرخ في 31 مارس سنة 1999 يتعلق بتنفيذ المهندسين الخبراء العقاريين للعمليات الضرورية لإعداد مسح الأراضي العام لحساب الوكالة الوطنية لمسح الأراضي.

- كما تكلف الوكالة الوطنية لمسح الأراضي بعمليات التقنية في مجال الجرد العام لعقارات الأملاك الوطنية⁽¹⁾، وذلك بتكليف وزير المالية و على حسابه⁽²⁾ فيما يأتي:
- تنظيم مصنف المعطيات التي تسمح بتكوين جرد عام لعقارات الأملاك الوطنية و معالجتها
- إعداد الأساليب و المنظومات الحديثة لتسيير هذا الجرد و ضبطه بانتظام
- إنتاج بيانات إحصائية حسب دورية ملائمة، تعكس مشتملات الممتلكات العقارية التابعة للأملاك الوطنية و تطورها⁽³⁾.
- تكلف الوكالة بتطوير وسائل التصميم و الدراسة للتحكم في التقنيات المتصلة بمهدفها، و يمكنها أن تجري أية دراسة أو بحث لها صلة بميدان نشاطها.
- إبرام الصفقات أو الاتفاقيات المتعلقة ببرنامج نشاطها مع الهيئات الوطنية أو الأجنبية⁽⁴⁾.

2- لجنة مسح الأراضي

يتم إنشاء لجنة ترعى عمليات المسح مند انطلاقها إلى غاية اختتامها⁽⁵⁾، عملا بنص المادة 9 من الأمر 75-74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري التي نصت على انه تؤسس لجنة بلدية لمسح الأراضي و يحدد تشكيل هذه اللجنة و اختصاصاتها و سيرها بموجب النصوص التطبيقية لهذا الأمر⁽⁶⁾. و ذلك بموجب قرار صادر عن الوالي بناء على اقتراح المدير المحلي للوكالة الوطنية لمسح الأراضي .

تتكون لجنة المسح من أعضاء دائمين و غير دائمين كما هو مبين في المادة 7 من المرسوم رقم 76-62 المؤرخ في 25 مارس سنة 1976 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 92-134.

- قاض تابع للمحكمة التي توجد البلدية من ضمن دائرة اختصاصها رئيسا ويعين هذا القاضي رئيس المجلس القضائي و يتولى هذا القاضي رئاسة اللجنة و غالبا ما يكون رئيس اللجنة من قضاة رؤساء الأقسام العقارية وذلك راجع إلى الخبرة الواسعة التي يكتسبونها في المنازعات العقارية .

⁽¹⁾ انظر المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 91-455 المتضمن جرد الأملاك الوطنية ، ج ر عدد 60 بتاريخ 24/11/1991 .

⁽²⁾ انظر المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 89-234 المعدل بالمرسوم التنفيذي 01-110 السابق الذكر.

⁽³⁾ انظر المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 89-234 المعدل بالمرسوم التنفيذي 01-110 السابق الذكر.

⁽⁴⁾ انظر المادة 09 و المادة 10 من نفس المرسوم التنفيذي رقم 89-234 المعدل بالمرسوم التنفيذي 01-110 السابق الذكر.

⁽⁵⁾ فيروز براني مسح الأراضي، مذكرة ماجستير، غير منشور، 2001-2002، كلية الحقوق ، جامعة بن عكنون، الجزائر، ص 50.

⁽⁶⁾ يعتبر المرسوم التنفيذي رقم 92-134 المؤرخ في 7 أفريل سنة 1992 المنشئ للجنة مسح الأراضي و الذي تضمن تنظيمها و حدد تشكيلها و مهامها عملا بنص المادة 9 من الأمر 75-74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري .

- رئيس المجلس الشعبي أو ممثله نائب للرئيس ، انطلاقا من كون البلدية شخصا معنويا عاما ، فإن وجود شخص يمثلها هو من الآثار التي تترتب عنها كونها كذلك ، ولذا فقد عهد القانون لرئيس المجلس الشعبي البلدي مهمة تمثيلها و التعبير عن إرادتها ، حيث إنه يعد وسيلة الشعب في التعبير عن إرادته و المساهمة في تسيير الشؤون العامة.
- ممثل المصالح المحلية لأملاك الدولة الوطنية يعينه مدير أملاك الدولة ليساهم في تعيين الأملاك التابعة للدولة.
- ممثل المصالح المحلية لإدارة الضرائب المباشرة لإعطاء معلومات عندما يتعلق الأمر ببعض الوثائق المسجلة لدى مصلحته و تم إشهارها كون عملية مسح الأراضي تكتسي طابعا جبائيا و تهدف على المدى البعيد إلى تحقيق أهداف مالية عن طريق فرض الضرائب العقارية و ذلك بفضل وثائق المسح المطابقة للوضعية الحالية للملكيات العقارية .
- ممثل لمصلحة التعمير للولاية وذلك لإبداء الآراء التقنية الضرورية حول مختلف المستندات المتعلقة بأدوات التهيئة و التعمير، ومراقبتها ومتابعتها، بالتنسيق مع الهيئات المعنية و السهر على احترام القواعد في مجال التعمير.
- موثق لإعطاء رأيه فيما يخص الأمور القانونية ، باعتباره ضابطا عموميا خوله القانون الصلاحيات اللازمة لتلقي العقود و إعطائها الطابع الرسمي بعد استكمال الإشكاليات المتطلبة قانونا فهو رجل قانون يمارس مهامه بصفة مستقلة في إطار مهنة حرة (1).

- مهندس خبير عقاري للإدلاء برأيه في الأمور التقنية الفنية .
- ممثل لوزارة الدفاع الوطني "ممثل القطاع العسكري".
- المحافظ العقاري المختص إقليميا أو ممثله ، باعتبار أن المحافظ العقاري المسؤول الأول على المحافظة العقارية (2) و قد خوله المشرع مجموعة من السلطات والاختصاصات الواسعة (3) من أجل حماية الملكية العقارية و المعاملات الواردة عليها.
- المسؤول المحلي للوكالة الوطنية لمسح الأراضي أو ممثله.
- أما بالنسبة للمناطق التي تشمل مساحات و مواقع محمية: ممثل عن مديرية الثقافة بالولاية.
- بالنسبة للعمليات التي تتم في المحيط الحضري للبلدية: ممثل للمصالح المحلية للتعمير و ممثل ديوان الترقية والتسيير العقاري.
- بالنسبة للعمليات التي تتم خارج المحيط الحضري للبلدية: ممثل المصالح المحلية للفلاحة. ممثل المصالح المحلية للري.

تقوم لجنة المسح بمجموعة من المهام، حددتها المادة 9 و المادة 12 من مرسوم 62-76 المعدل و المتمم و المتمثلة فيما يلي (4):

(4):

- جمع كل الوثائق والبيانات من أجل تسهيل إعداد الوثائق المساحية (1).

(1) سباغ محمد ، " التوثيق و العقود الرسمية " ، مقال منشور في مجلة الموثق ، العدد 05 ، ديسمبر 1998 ، ص 21 .

(2) يعد المحافظ العقاري موظف عام يباشر مهامه تحت وصاية وزير المالية ويخضع في علاقته التنظيمية إلى قانون الوظيفة العمومي .

(3) انظر المادة 03 من المرسوم 76/63 المعدل و المتمم.

- التثبت عند الاقتضاء من اتفاق المعنيين حول حدود عقاراتهم، وفي حالة عدم وجود اتفاق، التوفيق فيما بينهم إذا أمكن ذلك.
- البت بالاستناد إلى جميع الوثائق العقارية ولاسيما السندات وشهادات الملكية المسلمة على اثر عمليات المعاينة لحق الملكية المتممة في نطاق الثورة الزراعية في جميع المنازعات التي لم يمكن تسويتها بالتراضي.

تجتمع اللجنة بناء على طلب مسئول الولاية لمسح الأراضي وبناء على دعوة من رئيسها ، يحرر محضر مفصل عن المداولات، وتتخذ قراراتها بأغلبية الأصوات ويجب أن يكون على الأقل ثلثا أعضائها حاضرين وفي حالة تساوى الأصوات يرجح صوت الرئيس و هذا دليل على إعلاء سلطة القضاء داخل هذه اللجنة. وتنفذ قرارات اللجنة بموجب مقرر من الوالي⁽²⁾. وينعقد اجتماع لجنة مسح الأراضي بمقر المديرية الولائية لمسح الأراضي، و بعد افتتاح الجلسة من طرف رئيس اللجنة الذي يذكر الأعضاء بالمادة 09 من المرسوم 62-76 المعدل و المتمم بالمرسوم 92-134.

إن كثرة الأخطاء التي شهدتها عملية مسح الأراضي، وعدم تجاوب لجنة المسح مع هذه الأخطاء، وإبقاء الوضعية على حالها، أدى ذلك إلى ظهور احتجاجات في العديد من البلديات تنديدا بطريقة عمل لجنة مسح الأراضي التي لم تراعى خصوصيات العملية. فمن خلال اطلعنا على محضر اجتماع لجنة المسح لاحظنا أن معظم قرارات اللجنة جاءت سلبية، حيث أبقت وثائق المسح على حالها، كما أبقت الحدود والترقيم على حاله، وذلك بسبب عدم اختصاص اللجنة للنظر في معظم الشكاوى المعروضة عليها التي قد يكون الهدف منها إما التعويض، أو أن الشاكي ليس له اعتراض على عملية المسح، وإنما لديه نزاع مع شخص ما قام بالتعدي على حدود ملكيته، مما يدفعها إحالة المعني إلى مديرية أملاك الدولة لتسوية وضعيته، أو اللجوء إلى الجهات القضائية المختصة لإثبات حقه.

رابعاً: إجراءات إعداد مسح الأراضي

إن إجراءات مسح الأراضي تتم عبر عدة مراحل ، و ذلك نظرا للطابع التقني الدقيق الذي تتسم به، ويقوم بها موظفون اختصاصيون وفق أصول فنية وقانونية محددة، تكفل سلامة العمليات و نزاهتها⁽³⁾ وذلك بدءا بالمرحلة التحضيرية و هي المرحلة الإدارية و الفنية البحتة مروراً إلى مرحلة التحقيق العقاري التي تعتبر من أهم المراحل التي تمر بها عملية مسح الأراضي، و أخيراً المرحلة النهائية المتمثلة في مرحلة الإيداع و تلقي الاعتراضات.

(1) تشمل هذه الوثائق عقود و سندات الملكية و كذا المخططات و الخرائط المتعلقة بالأموال التابعة لكل من الدولة و الجماعات المحلية و الهيئات و المؤسسات العمومية و الخواص من أجل دراستها و تحديد الأملاك العقارية التابعة لها بغية تسهيل عمل فرق المسح .

(2) المادة 08 من المرسوم 62-76 المعدل و المتمم .

(3) حسين عبد لطيف حمدان ، نظام السجل العقاري، منشورات حلي الحقوقية، بيروت ، ط 1 ، 2005 ، ص 63 .

1- المرحلة الإدارية و الفنية

بمقتضى المادة 02 من المرسوم 62-76 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام تفتتح عمليات مسح الأراضي في كل بلدية و تبدأ إجراءات مسح الأراضي بالإعلان عن افتتاح العملية بقرار من الوالي المختص إقليميا ، بناء على اقتراح فيه المدير المحلي للوكالة الوطنية لمسح الأراضي ، يبين على الخصوص تاريخ افتتاح العمليات ، وينشر القرار في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وفي مجموعة القرارات الإدارية للولاية المعنية وكذلك في الجرائد اليومية الوطنية

نصت التعليم رقم 16 الصادرة بتاريخ 24 ماي 1998 المتعلقة بسير عملية مسح الأراضي على مجموعة من الوثائق المزمع استعمالها أثناء عملية المسح المتعلقة بالبلدية⁽¹⁾ والتي من شأنها تسهيل عملية حصر و ضبط الأملاك العقارية و تحديد الملاك و أصحاب الحقوق، هذه الوثائق هي عبارة عن مجموعة من الصور و المخططات و الخرائط الطبوغرافية التي تهدف إلى وضع تمثيل رياضي محدد لجزء من سطح الأرض تظهر فيه الظواهر الطبيعية و البشرية بأسلوب يعتمد على الرموز النقطية و الخطية و المساحية و الألوان .

بعد عملية جمع الوثائق والمخططات الموجودة على مستوى المصالح و الهيئات العمومية تأتي الخطوة الموالية و المتمثلة في عملية وضع حدود الإقليم البلدي، حيث أوجبت المادة 05 من المرسوم 62-76 المعدل و المتمم على البلديات أن تحدد محيط أقاليمها على أساس وثائق رسمية، ويعتبر محتوى هذه الوثائق من العناصر الأساسية المعتمد عليها في تعيين الحدود⁽²⁾، و يتعلق الأمر بالوثائق المعدة تطبيقا لقانون رقم 84-09 المؤرخ في 04/02/1984، المتضمن التنظيم الإقليمي للبلاد، و كذا مخططات الوحدات إدارية القديمة ، و تعتبر هاتان الوثيقتان ضروريتين لمعرفة محيط الإقليم البلدي⁽³⁾.

و سندا للمادة 04 من المرسوم 62-76 تشتمل عمليات التحديد جميع العقارات، فيجب أن تكون هذه العمليات مصحوبة بتحديد الملكيات العمومية و الخاصة، حيث يتم وضع حدود الأملاك الوطنية بعد توجيه رسالة إلى المصالح العمومية المعنية بتذكيرها بإلزامية تحديد حدود أملاكها و دعوتها لتعين ممثل يتولى ذلك⁽⁴⁾، سواء بحضور و بإدلاء ممثلي المصالح التقنية أو طبقا للمخططات المرسله هذه المصالح.

2- مرحلة التحقيق العقاري

يقوم بعملية التحقيق العقاري الأعوان المحققون، و هم عون من المحافظة العقارية و آخر من مديرية أملاك الدولة ، إضافة إلى حضور عون من البلدية عند عمليات التحقيق فيما يخص الأملاك العقارية البلدية و يتم تحت إشراف مديرية الفرع المحلي لمسح الأراضي و التي تكون في كل بلدية فرق تحت قيادة رئيس فرقة المسح، فهؤلاء الأعوان حولت لهم مهمة مشتركة بأهداف مختلفة و للقيام بهذه العملية

(1) انظر الفقرة 1/1/1 من التعليم رقم 16 الصادرة بتاريخ 24 ماي 1998 المتعلقة بسير عملية مسح الأراضي .

(2) circulation N°3997, Relative a l'établissement du cadastre général, p.3

(3) انظر الفقرة 1/2/1/1 من التعليم رقم 16 المتعلقة بسير عملية مسح الأراضي.

(4) نصت المذكرة مؤرخة في 17 جويلية 1999 المتعلقة بدور المحققين التابعين لمصلحة أملاك الدولة في عمليات التحقيقات العقارية المندرجة في إطار مسح الأراضي العام على أنه يتولى العون المحقق التابع لمصلحة أملاك الدولة تمثيل الدولة في تعيين حدود عقاراتها و لهذا يجب أن يعمل مستعينا عند الضرورة بالوثائق الجمعة و المتعلقة بنقل حقوق الملكية لصالح الدولة و أن يحضر تدخله في الميدان على أساس المعلومات المبينة في هذه الوثائق .

على أحسن ما يرام يجب عليهم الإحاطة بمجموعة النصوص التشريعية و التنظيمية التي صدرت غداة الاستقلال لأنهم مكلفون بفحص السندات و الوثائق المقدمة لهم.

لقد حدد التشريع المنظم لإثبات حق الملكية العقارية الخاصة و كذا التعليم رقم 16 المتعلقة بسير عملية مسح الأراضي الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية الوسائل التي يتم بواسطتها إثبات حق الملكية ، و قد يكون إثبات الملكية إما بواسطة سند و في حالة غياب السند فإن التحقيق يتم عن طريق التحري .

ينجم عن عملية التحقيق العقاري في المناطق الحضرية إعداد مجموعة من البطاقات الخاصة بالعقار المحقق فيه منها ما يبقى على مستوى مديرية مسح الأراضي و منها ما يسلم مع وثائق المسح التي يتم إيداعها في نهاية العملية⁽¹⁾. و تتمثل هذه البطاقات في بطاقة المالك أو الشريك في الملكية (T5)، بطاقة الوحدة الملكية المشتركة أو الشائعة (T7)، بطاقة جزء الملكية (T4)، بطاقة وصف العقار المبنى (T8)، بطاقة حصص الملكية المشتركة (T9)، يجب على جميع البطاقات أن ترقم ، و تؤرخ و تمضي من طرف المالك أو وكيله ، المحقق و رئيس المجلس الشعبي البلدي .

أما في المناطق الريفية فينتج عن التحقيق العقاري إعداد بطاقة عقارية لكل مجموعة ملكية ، تسمى بطاقة التحقيق العقاري (T7) ، تحتوي البيانات المتعلقة بالطبيعة القانونية للعقار و أصل الملكية، الحقوق و الأعباء للمالكين في الشبوع، كفيات التملك أو الحيازة و الملاحظات ، الإماءات .

إن عملية التحقيق العقاري تواجه تعقيدات و صعوبات جمة، منها وضعية الأراضي المجهولة و الناجمة أساسا عن غياب مالكي الأراضي و الحائزين و أصحاب الحقوق العينية، في الوقت الذي تكون فيه فرق المسح بالأراضي المعنية، وهذا بسبب عزوف بعض الملاك عن التقرب من فرق المسح للتصريح بممتلكاتهم، و عدم حضور عمليات تحديد معالم و حدود عقاراتهم و عدم تسجيل ملاحظاتهم، هذا ما يجعل من عملية التعرف على المالك أو الملاك المحتملين صعبة، و بل مستحيلة في أحيان أخرى.

3- المرحلة النهائية

بالرجوع للمادة المادّة 8 من الأمر 75-74 مؤرخ في 12 نوفمبر سنة 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري⁽²⁾ و كذا المادة الأولى من المرسوم 76-62 مؤرخ في 25 مارس سنة 1976 يتعلّق بإعداد مسح الأراضي العام ، معدل و المتمم، و التعليم رقم 16 المتعلقة بسير عملية مسح الأراضي فان مختلف وثائق المسح تحتوي على ما يلي:

(1) إلهام بخوش ، مسح المناطق الحضرية في التشريع الجزائري ، مذكرة ماجستير ، غير منشور ، 2007-2008 ، جامعة سوق هراس، الجزائر، ص 67

(2) نصت المادّة 8 من الأمر 75-74 مؤرخ في 12 نوفمبر سنة 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري على مايلي: "إن تصميم مسح الأراضي يكون موضوع إعداد في كل بلدية ما يلي: جدول للأقسام و سجل لقطع الأرض التي ترتب عليها العقارات حسب الترتيب الطبوغرافي، دفتر مسح الأراضي الذي تسجل فيه العقارات المتجمعة من قبل كل مالك أو مستغل، حسب الترتيب الأبجدي لهؤلاء الاخيرين، مخططات مسح الأراضي، و ستحدد شروط إعداد الوثائق المذكورة أعلاه، بموجب نصوص تطبيقية المذكورة أعلاه، بموجب نصوص تطبيقية لهذا الأمر".

- Etats de section جدول للأقسام
- La matrice cadastrale سجل مسح الأراضي
- Plan cadastral مخطط المسح
- La table des comptes جدول الحسابات
- fiches d'enquête foncière et fiches d'immeuble بطاقات التحقيق العقاري و بطاقات عقارية
- "Matrice cadastrale" مصفوفة المسح

ترسل ثلاث صور رسمية ونسخ لهذه الوثائق إلى كل من مقر البلدية لتمكين كل ذي مصلحة من الاطلاع عليها و تقديم الاحتجاج في حال المساس بحقوقه، كما توجه أيضا للمحافظة العقارية من أجل تأسيس السجل العقاري⁽¹⁾. و ترسل إلى مصالح مسح الأراضي من أجل فحص واستخراج مجموعة من المستخرجات وناثق المسح من طرف المصالح و الهيئات العامة و كذلك الخواص .

نصت المادة 14 من المرسوم 62-76 المعدل و المتمم الآتي: " يعطى أجل قدره ثلاثة (3) أشهر فيما يخص الأجزاء المتنازع فيها إلى المالكين من أجل الاتفاق على حدودهم أو من أجل رفع دعوى أمام الجهات القضائية المختصة إقليميا وعند انقضاء هذا الأجل فإن الحدود المحددة بصفة مؤقتة تصير نهائية ماعدا الغلط المادي المعترف به و ماعدا حقوق المالك الحقيقي الذي يأتي ويكشف عن نفسه والذي لا تكون لشكواه أي أثر إلا بينه وبين جيرانه المباشرين. وفي جميع الحالات فإن التعديلات المدخلة على الوثائق المساحية، تتم بمناسبة أشغال محافظة مسح الأراضي".

الخاتمة

لقد حاولنا من خلال هاته الدراسة الإجابة على مجموعة من التساؤلات القانونية والتي ما فتئت تختلج خاطرنا وتسيطر على تفكيرنا أثناء بحثنا في هذا الموضوع . فتبين لنا أن لعملية مسح الأراضي أهمية كبيرة في تسوية الوضعية القانونية للملكية العقارية، حيث تعتبر من الأسس التي يقوم عليها نظام السجل العيني، وهي من أهم مراحل تأسيسه وأخطرها أحيانا، على اعتبار أن هذا النظام يتوقف على إجراءات المسح العام للأراضي، و عليه، وجب على المشرع تعديل الأمر 74-75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري الذي مضى على صدوره أكثر من 43 سنة، وإدراج مواد قانونية واضحة وأكثر دقة تبين الإجراءات سير عملية المسح وكيفية حل النزاعات الناجمة عن العملية على غرار ما هو معمول به في أغلب الدول العالم. بالإضافة إلى توسيع سلطات لجنة البلدية لمسح الأراضي، فلا يكون دورها شكليا، وجعل قراراتها تتمتع بالإلزامية تجاه الأطراف، ولا يقتصر دورها على فحص ودراسة الشكاوي المسجلة أثناء عملية المسح، وإعطاء رأيها فيها بعد دراسة الوثائق التي يقدمها المعنيون، ومحاولة الصلح بينهم فقط دون أن يكون قرارها إلزاميا وكذا الاعتماد على التقنيات الرقمية المتطورة والاستعانة بالأجهزة الحديثة التي تسمح بتسريع المسح عبر التضاريس الصعبة بدقة متناهية.

(¹) Ali Brahiti, Le régime foncier et domanial en Algérie :Evolution et dispositif actuel, ITCIS éditions, Algérie,2013, p. 112

قائمة المصادر والمراجع

- أمر رقم 74-75 مؤرخ في 12 نوفمبر 1975 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري، معدل بالقانون رقم 09-79 المؤرخ في 31 ديسمبر سنة 1979 المتضمن قانون المالية لسنة 1980.
- مرسوم رقم 62-76 مؤرخ في 25 مارس سنة 1976 يتعلق بإعداد مسح الأراضي العام ، معدل و متمم بالمرسوم رقم 400-84 المؤرخ في 24 ديسمبر سنة 1984 والمرسوم التنفيذي رقم 92-134 المؤرخ في 7 ابريل سنة 1992، ج ر 30 سنة 1992
- مرسوم رقم 63-76 مؤرخ في 25 مارس سنة 1976 يتعلق بتأسيس السجل العقاري، معدل و متمم بالمرسوم رقم 210-80 المؤرخ في 13 سبتمبر سنة 1980 و المرسوم التنفيذي رقم 123-93 المؤرخ في 19 مايو سنة 1993 .
- المرسوم التنفيذي رقم 89-234 مؤرخ في 19 ديسمبر سنة 1989 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 92-63 مؤرخ في 8 شعبان عام 1412 الموافق 12 فبراير سنة 1992، ج ر ، العدد 54 ، بتاريخ 1989/12/20 و المرسوم التنفيذي رقم 01-110 مؤرخ في 05 مايو 2001، ج ر ، العدد 26 بتاريخ 2001/05/90 .
- المرسوم التنفيذي رقم 91-455 المتضمن جرد الأملاك الوطنية ، ج ر عدد 60 بتاريخ 24/11/1991.
- المرسوم التنفيذي رقم 92-134 المؤرخ في 7 أبريل سنة 1992 المنشئ للجنة مسح الأراضي و الذي تضمن تنظيمها وحدد تشكيلها و مهامها . عملا بنص المادة 9 من الأمر 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري .
- القرار المؤرخ في 31 مارس سنة 1999 يتعلق بتنفيذ المهندسين الخبراء العقاريين للعمليات الضرورية لإعداد مسح الأراضي العام لحساب الوكالة الوطنية لمسح الأراضي.
- circulation N° 3997, du 23/06/1976 , Relative a l'établissement du cadastre général, Ministre des finances , Direction des affaires domaniales et foncière
- circulation N°3997, Relative a l'établissement du cadastre général , B-3- 1 -
- أبي الفضل جمال الدين ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ج 02، د ت.
- إدوار عيد ، الأنظمة العقارية - التحديد و التحرير ، السجل العقاري - مطبعة المتني، بيروت، ط 2، 1996.
- أسعد دياب و القاضي طارق زيادة ، أبحاث في التحديد و التحرير و السجل العقاري ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ط 2، 1994 .
- جورج ن . ش دراوي، الوجيز في التحديد و التحرير و السجل العقاري، منشورات المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ط 3، 2010.
- محمد الدين مُجَّد بن يعقوب الفيروز آبادي، معجم القاموس المحيط، دار المعرفة، بيروت، ط 2، 2007.
- مُجَّد الصغير بعلي، القانون الإداري، التنظيم الإداري و النشاط الإداري، دار العلوم، الجزائر، 2004.
- سباح مُجَّد ، " التوثيق و العقود الرسمية " ، مقال منشور في مجلة الوثائق ، العدد 05 ، ديسمبر 98 .
- حسين عبد لطيف حمدان ، نظام السجل العقاري ، منشورات حلبي الحقوقية ، بيروت ، ط 1 ، 2005.
- فيروز براني ، مسح الأراضي، مذكرة ماجستير، 2001-2002. غير منشور، كلية الحقوق ، جامعة بن عكنون، الجزائر
- إلهام بخوش ، مسح المناطق الحضرية في التشريع الجزائري ، مذكرة ماجستير ، تخصص قانون عقاري ، 2007-2008. غير منشور، جامعة سوق هراس، الجزائر
- Ali Brahiti, Le régime foncier et domanial en Algérie :Evolution et dispositif actuel, ITCIS éditions, Algérie, 2013.

مفهوم اتفاق التحكيم ومدى تجسيده كوسيلة لحل منازعات الاستثمار

أ- زيبار الشاذلي

أستاذ مساعد قسم - أ -

كلية الحقوق و العلوم السياسية تيارت

الملحققة الجامعية قصر الشلالة

chadli.zibar@outlook.fr

الملخص :

اتفاق التحكيم عقد رضائي ، لكن التشريعات والقوانين المختلفة والاتفاقيات الدولية بشأن التحكيم التجاري الدولي وأنظمة التحكيم للمراكز الدولية وغيرها ، لم تتفق على تعريف دقيق له، حيث تتطرق بعض القوانين إلى صوره دون تعريفه ، وتربط الأخرى هذا التعريف بشروط صحته ، إذ أن هذا الأخير له علاقة وطيدة بالاستثمار .

كما انه لا بد من الإشارة إلى أن اتفاق التحكيم حضي بعناية واهتمام كبيرين ، ولم يقتصر هذا الاهتمام على صعيد التشريعات الوطنية فقط ، بل تعداه على صعيد المعاهدات الدولية¹ و السبب الأساسي وراء هذا الاهتمام هو أن هذا الأخير يعد ويستند عليه النظام القضائي الخاص².

الكلمات المفتاحية: اتفاق التحكيم ، التحكيم التجاري ، شروط الصحة ، الاتفاقيات الدولية ، النظام القضائي .

abstract :

arbitration accord issatisfied contractuel, but the differentlaws and legislatives , international agreements for international comercial arbitration and the systems of arbitration for international centersetc ... don't mention the specificdefinition , somelaws go to it's images withoutdefinition , and the others links thisdefinitionwith conditions ,and has got best relation withinvestment .

arbitration accord getsinterest for national legislatives ,otherwiseappeared on international agreements and thisis the main cause behindthisinterests and thislaterdepends on judgment system .

keywords : arbitration accord ؛ commerciale arbitration ؛ the conditions ؛ internationalagreements ؛ judgment system

¹ - محمد كولا ، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري ، منشورات بغدادية للطباعة و النشر ، الجزائر ، 2008 ، ص 93

² - أحمد عبد الحميد عشوش ، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار ، دراسة مقارنة ، مؤسسة شهاب القاهرة ، 1990 ، ص 73

حظي اتفاق التحكيم باهتمام كبير لدى الفقه و القضاء وكذا القوانين الوطنية المقارنة و القانون الدولي حيث أعطيت عدة تعريفات لاتفاق التحكيم و التي تصب في مجملها على أنه تصرف قانوني مستقل¹ .

ميزت بعض التشريعات بين شرط التحكيم ومشارطه التحكيم ،بينما جمعت أخرى بينهما في مصطلح جامع كاتفاقية التحكيم أو غيرها ، أما من حيث صحة الاتفاق فان هناك اختلافات كثيرة ناتجة أصلا عن الاختلاف في تعريف اتفاق التحكيم ، في حد ذاته لذا يجب البحث و المحاولة عن مدلول اتفاق التحكيم ، و ما يطرح مجموعة من التساؤلات منها ماهو دور القانون في ضبط مدلول اتفاق التحكيم و تحديد شروطه ؟ و للإجابة عن هذا التساؤل نتطرق إلى تحديد شروط صحته في مختلف التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية (الفرع الأول)، ثم مناقشة مدى استقلاليتها عن العقد الأصلي وأثر ذلك على فعالية التحكيم، (الفرع الثاني).

الفرع الأول : الأشكال التي يتخذها اتفاق التحكيم والشروط اللازمة والكافية لصحته

التحكيم هو نظام قضائي اتفاقي يختار فيه الأطراف قضاتهم ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاق مكتوب بمهمة تسوية المنازعات التي نشأت بينهم بخصوص علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية ،والتي يجوز تسويتها بطريق التحكيم وفقا لأحكام القانون .

ومن هذا التحديد لمعنى التحكيم يبدو جليا أن جوهر التحكيم هو اتفاق الأطراف الراغبين في التحكيم ، فهو إن كان نظاما قانونيا له هياكله ، وإجراءاته ، وقواعده التي حددها القانون ، إلا أنه بالأساس نظام اتفاقي أساسه إرادة الأطراف على اتخاذه سبيلا لفض المنازعات التي تتور بينهم ، فهذا الاتفاق هو الذي يقرر مبدأ اللجوء للتحكيم ويحدد إجراءاته ، وموضوعه ، وكيفية تشكيل هيئة التحكيم ، و القانون المختص بحكم النزاع² .

واتفاق التحكيم هو عبارة عن تصرف قانوني بالمعنى الفني ، فلا وجود له إلا بتوافر الأركان الأساسية و اللازمة لأي تصرف قانوني ، فأى تحكيم يستمد مصدره من الاتفاق ، الذي يعتبر في نظر القانون الدولي بمثابة معاهدة دولية ، يشكل عملا قانونيا ملزما للأطراف لكن كانت جميع التشريعات والقوانين والاتفاقيات، قد أشارت إلى اتفاق التحكيم في بعض جوانبه كشروط صحته وغيرها ، إلا أنها افتقرت إلى إعطاء تعريف دقيق لهذا المصطلح، لذا سنتناول الإطار القانوني لاتفاق التحكيم (أولا) ، وحتى يتم تحديد الإطار القانوني فلا بد من ضبط شروط صحة اتفاق التحكيم (ثانيا).

أولا / الإطار القانوني لاتفاق التحكيم

حظي اتفاق التحكيم باهتمام كبير لدى الفقه و القضاء و كذا القوانين المقارنة و القانون الدولي³ ، حيث أعطيت عدة تعريفات لاتفاق التحكيم تصب في مجملها على إعطاء تصور عام لهذا الأخير .

ثم إن المطلع على مختلف تشريعات التحكيم الحديثة يدرك أنها تتشابه فيما بينها بشأن تعريف اتفاق التحكيم ،وقد يرجع هذا التشابه إلى كون أن مختلف التشريعات ،قد استمدت قواعدها من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي بشأن التحكيم لعام 1985.

¹ - أحمد عبد الحميد، عشوش مرجع سابق ، ص 93.

² - أ ل زهر بن سعيد ، مرجع سابق ، ص 47.

³ - د سليم بشير ، مرجع سابق ، ص 86.

أ/ في القانون الجزائري :

عرف قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائرية¹ اتفاق التحكيم في المادة 1011 بما يلي : "الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم، بينما عرف شرط التحكيم في المادة 1007 كما يلي : شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم، فرق المشرع الجزائري في النصين بين شرط التحكيم الذي سماه اتفاق التحكيم".

وأعطى مفهوما لكل منهما ، لكنه تراجع عن هذا التمييز في الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي ، حيث نص في الفقرة الأولى من المادة 1040 : " تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية أي أن مصطلح اتفاق التحكيم هو اتفاق بين الطرفين على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية.....

يذهب بعض الفقهاء إلى إعطاء تعريف لاتفاق التحكيم على ضوء النصوص السابقة وغيرها على التشكيل الآتي : " اتفاق التحكيم هو اتفاق بين طرفين على اللجوء إلى التحكيم لفض نزاعتهما المحتملة أو الواقعة فعلا ويكون هذا كتابة ، وقد يحدد فيه الأطراف موضوع النزاع ومكان إجراء التحكيم وأسماء المحكمين وكذا القانون الواجب التطبيق"².

وحاول بعض الفقهاء إعطاء تعريف كالأتي : " هو عبارة عن تصرف قانوني ، يتخذ شكل اتفاق مكتوب و يحدد فيه الطرفان موضوع النزاع و أسماء المحكمين و مكان و إجراءات التحكيم ، و قد يحددون كذلك القانون الذي يطبقه المحكمون و عادة ما يكون اتفاق التحكيم لا حقا على نشوب النزاع"³، ويظهر جليا من التعاريف السابقة أن اتفاق التحكيم يركز على عدة أمور تبرز جوهره :

1- أنه تراضي وتلاقي إرادتي طرفي علاقة قانونية معينة على اتخاذ التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ عن تلك العلاقة أيا كان أساس تلك العلاقة عقدية أو غير عقدية .

2- تحويل المحكمين أو هيئة التحكيم سلطة الفصل في كل أو بعض المنازعات الناشئة عن هذه العلاقة ، و الغالب عملا أن تتحدد المسألة محل التحكيم في الاتفاق .

3- أن الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم قد يكون سابقا على نشوء نزاع بين الطرفين ، وهو ما يسمى "شرط التحكيم" وقد يكون لاحقا لنشوء النزاع وهو ما يسمى بمشارطة التحكيم .

ب/ في القانون الاتفاقي متعدد الأطراف :

ورد تعريف اتفاق التحكيم في معظم الاتفاقيات متعددة الأطراف المتعلقة بالتحكيم التجاري ، بالرغم من التباينات التي ظهرت في مختلف التعاريف ، من حيث الدقة ومن حيث المدى فقد نصت المادة السابعة من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985، في

¹ - قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ج ر عدد 21 صادرة بتاريخ 25 افريل سنة 2008.

² - معتمد سويلم نصير ، مدى تحقق الشروط المطلوبة في التحكيم التقليدي في ظل التحكيم الإلكتروني ، بحث متوفر على الموقع

www.Arablawnfo.com

- محمد كولا ، مرجع سابق ، ص 93 .³

فقرتها الأولى على : "اتفاق التحكيم : هو اتفاق بين الطرفين على أن يجيلا إلى التحكيم جميع أو بعض النزاعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة ، سواء أكانت هذه العلاقة تعاقدية ، أم غير تعاقدية يجوز أن يكون اتفاق التحكيم في شكل بند تحكيم وارد في عقد أو في شكل اتفاق منفصل".

أخذت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ، بمبدأ صحة ونفاذ التزام الطرفين أن يجيلا إلى التحكيم أي نزاع قائم (اتفاق التحكيم أو ما يسمى بمشارطة التحكيم¹ .

وهو ما استوحى منه معظم التشريعات تعريفها لاتفاق التحكيم شكل شرط التحكيم (La clause compromissoire)، تضمنت المادة الثانية من اتفاقية نيويورك المتعلقة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها لسنة 1958 ، تعريفا لاتفاق التحكيم بطريقة غير مباشرة حيث نصت في فقرتها الأولى والثانية على :

1- تعتمد كل دولة من الدول المتعاقدة الاتفاقية المكتوبة التي تلتزم فيها الأطراف بأن تعرض على التحكيم جميع الخلافات التي قامت / أو يمكن أن تقوم بينها بخصوص علاقة قانونية معينة تعاقدية تتضمن قضية من شأنها أن تسوى عن طريق التحكيم² .

2- المراد بالاتفاقية الكتابية هو الشرط التحكيمي المدرج في العقد أو في اتفاق التحكيم الموقع من الأطراف أو رسائل أو بقرات متبادلة .

الملاحظ أن اتفاقية نيويورك اعتمدت فكري النزاع الواقع والنزاع المحتمل أي ما يطلق عليهما "شرط التحكيم ومشارطة التحكيم" ، ولكنها لم تفصل بينهما إذ استعملت عبارة "الاتفاقية الكتابية" للتعبير عن المعنيين معا ، وهو نفس ما اخذ به المشرع الجزائري³ ، كما رأينا سابقا لاشك أنه تأثر بنصوص هذه الاتفاقية التي انضمت إليها الجزائر سنة 1988 ، لم يحدد نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس⁴ ، تعريفا دقيقا لاتفاق التحكيم ، ولكنه تطرق إلى إحدى صوره وهي "شرط التحكيم" .

تنص الفترة الثالثة من هذا النظام على : "يتضمن طلب التحكيم على الأخص الاتفاقيات القائمة ولا سيما اتفاق التحكيم ، و المعلومات التي توضح ظروف القضية" ، كما توصي باعتماد شرط التحكيم الأتي نصه : "جميع الخلافات التي تنشأ من هذا العقد يتم حسمها نهائيا وفقا لنظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية ، بواسطة محكم أو عدة محكمين يتم تعيينهم طبقا لهذا النظام"

¹ - مشارطة التحكيم : اتفاق مستقل عن العقد الأصلي يرم قبل نشوء النزاع ، يلتزم فيه الطرفان بعرض أي نزاع محتمل بينهما على التحكيم .

أما بالنسبة إلى شرط التحكيم فهو اتفاق يتم بعد نشوء النزاع ويتضمن التزام الأطراف باللجوء إلى التحكيم .

ينظر إلى : أ.حسان نوفل ، التحكيم في منازعات عقود الاستثمار ، دار هومو للطباعة و النشر ، 2010 ، ص 53

²-Terki Noureddine , L'arbitrage commercial international en Algérie , OPU-Alger -1999,p24.

المادة 1011 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، مرجع سابق³

⁴ - تأسست غرفة التجارة الدولية في باريس سنة 1919 من طرف وزير التجارة الفرنسي ، و في سنة 1923 تم إنشاء محكمة التحكيم التابعة للغرفة ، أما قواعد التحكيم السارية المفعول بالغرفة فقد دخلت حيز التنفيذ سنة 1998 وتسمى قواعد غرفة التجارة الدولية ، ينظر في هذا الصدد إلى : فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، القاهرة مصر ، 2006 ، ص 141.

إلى أنه و بالرجوع إلى القوانين المقارنة الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، نجد أنها لم تعرف اتفاق التحكيم ، بل أكدت في مجملها أن اتفاق التحكيم قد يبرم حين نشوب النزاع أو قبله ، أي انه يكون اتفاقاً قائماً أو مستقبلياً ، و هذا ما نستقرئه من القانون الفرنسي لسنة 1981 في المادتين 1493 و 1494¹ .

أما بالنسبة إلى المشرع المصري فقد عرفته المادة 09فقرة1 من القانون الجديد² رقم 27 لسنة 1994 المتضمن التحكيم التجاري الدولي حيث نصت على أنه " هو اتفاقاً لالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو التي يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة سواء أكانت عقدية أو غير عقدية³ .

هذا وقد وقع جدال فقهي بصدد التفرقة بين شرط التحكيم واتفاق التحكيم الخاص ، في كون الالتجاء إلى أيهما يقوم على إرادة الخصوم⁴ ، ومن حيث الطبيعة القانونية ومدى القوة الإلزامية ، فالقضاء الفرنسي القديم كان يرفض الاعتراف بصحة شرط التحكيم ، إذ قررت محكمة النقض الفرنسية في حكم أصدرته في 1943/07/01 إجازة فقط ، الاتفاق الذي يبرم بعد نشوء الالتزام، وإلى غاية فترة الحربين العالميتين ظل موقف القضاء السالف سائداً حيث اعتبر شرط التحكيم وعدا باللجوء إلى التحكيم يحتاج إلى إبرام اتفاق خاص بعد قيام النزاع .

وبالتالي كان يرتب على الرجوع عن شرط التحكيم مجرد تعويض لكن دون إرغامه على إبرام اتفاق خاص بالتحكيم «compromise»، ومن هنا يكون الفقه و القضاء الفرنسيين قد وضعوا شرط التحكيم في مرتبة أدنى من اتفاق التحكيم.

وبعد هذه الفترة ظهرت جهود أخرى تدعو إلى إعطاء شرط التحكيم نفس المرتبة و القوة القانونية التي يتمتع بها اتفاق التحكيم ، وهذا من أجل إعطائهما مفهوم قانوني واحد ، حيث جاء بروتوكول جنيف خاص بشرط التحكيم لسنة 1961 بخطوة هامة من أجل تحقيق ذلك⁵ .

¹ - مُجّد كولا، مرجع سابق، ص93.

Article 1493 : "directement ou par référence à un règlement d' arbitrage , la convention d' arbitrage désigner le ou les arbitres ou prévoir les modalités de leur désignation si pour les arbitres se déroulant en France ou pour ceux à l'égard desquels les parties ont prévu l' application de la loi procédure française , la constitution du tribunal arbitral se heurte à une difficulté , la partie la plus diligente peut , sauf clause contraire , saisir le président du tribunal de grand instance de paris selon les modalités de l'article 1457"

Article 1494 : "la convention d'arbitrage peut directement ou par référence, à un règlement d'arbitrage, régler à suivre dans l'instance arbitrale ; elle peut roussi soumettre celle - ci à la loi de procédure qu'elle détermine, dans le silence de la convention, l'arbitre règle la procédure ouatant qu'il est besoin , soit directement , soit par référence à une règlement d'arbitrage "

² - قانون المرافعات و التحكيم المصري لسنة 1994 (معدل) ، منشور فيموقع: www.mts.gov.eg/legislation/

³-Terki Noureddine , , L'arbitrage commercial international en Algérie , op-cit- p 27.

³ - أ حسان نوفل ، مرجع سابق ، ص 18.

- الملاحظ هو أن المشرع المصري تأثر عند تعريفه لاتفاق التحكيم بالقانون الاتفاقي الدولي فإنفاقية نيويورك لسنة 1958 عرفته في المادة 1/2 بأنه : " تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي تلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم ، يقصد باتفاق مكتوب شرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات

⁵ - أ مُجّد كولا ، مرجع سابق ، ص 100.

وقد نصت المادة 1فقرة1 من بروتوكول جنيف المؤرخ في 1961/09/24 الخاص بشرط التحكيم على أنه :

ج/ في الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر :

تتضمن الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الجزائر في موضوع الترقية و الحماية المتبادلة للاستثمار ، تعريفا لاتفاق التحكيم ولكنها أشارت إلى صورته (شرط التحكيم ومشاركة التحكيم).

فمعظم الاتفاقيات أحالت الخصوم إلى تحكيم خاص أو التحكيم مؤسسي ، في حالة نشوب نزاع بينهما له علاقة بالاستثمار أو تفسير الاتفاقية وبالتالي تطرقت إلى شرط التحكيم (الاتفاق المسبق).

من خلال تتبعنا لتعريف إتفاق التحكيم وصوره في مختلف التشريعات والاتفاقيات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف، التي تربط الجزائر مع الدول الأخرى ، خاصة ما تعلق منها بالاستثمار المتبادل ،لاحظنا الاتجاهات الحديثة في التحكيم التجاري الدولي.

وأهمها إزالة التردد الذي كان سائدا في بعض التشريعات فيما يخص اتفاق على التحكيم السابق،على نشوء النزاع LA clause (compromissoire) على أساس أنه عقد مؤسس على محل احتمالي (غير مؤكد التحقيق) ، فقد اعتبر القضاء الفرنسي مثلا كل اتفاق سابق للنزاع باطلا ما لم يبرم اتفاق لاحق بشأنه ، وتمسك بهذا المبدأ إلى غاية صدور قانون 31 ديسمبر 1895 .

أصبحت جميع الاتفاقيات والقوانين تستعمل مصطلحات تدل على اختصاص التحكيم في المنازعات السابقة أو اللاحقة لإبرام العقد، ومعظمها تستمد روح نصوصها من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي سنة 1985 و عدلته سنة 2006 كما ذكرنا سابقا ، حيث انتشرت هذه القواعد انتشارا واسعا على مستوى التحكيم الدولي وتبنتها بعض مؤسسات التحكيم¹.

مهما كان التعريف المعتمد ، فان اتفاق التحكيم في نهاية المطاف هو عقد رضائي ، يجب أن لا يشوب إرادة أطرافه أي عيب من عيوب الرضا، ولا بد من تطابق إرادتي الطرفين، التي يعبر عنها بالإيجاب والقبول، حيث تنصب تلك الإرادة على اللجوء إلى التحكيم لحسم ما ينشأ من نزاع بين المتعاقدين ، بغض النظر عن شكل هذا العقد وعلاقة وقت إبرامه مع وقت نشوب النزاع².

كما عرفته المادة السابعة من القانون النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي¹ اتفاق التحكيم بأنه "اتفاق بين الطرفين على أن يجيلا إلى التحكيم جميع أو بعض النزاعات المحددة التي نشأت بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية"²،

"chacun des Etats contractants reconnait la validité entre parties soumises respectivement à la juridiction d'Etats contractants différent , du compromis ,ainsi que de la clause compromissoire par laquelle les parties à un contrat s'obligent , en matière commerciale ou en toute autre matière susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage par compromis"

¹ - محمد بواط ، مرجع سابق ، ص 42.

² - د عبد الباسط عبد الواسع الضراسي مرجع سابق ، ص 73

- كما لا بد من التطرق إلى أحكام المادة 02 من القانون النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة و التي تبين عناصر اتفاق التحكيم الخاص على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر ، حيث يحدد كحد أدنى من التعهد بالتحكيم الذي وفقا له سيعرض الخلاف على المحكمين وموضوع الخلاف وطريقة تشكيل المحكمة ، وكذا كل النقاط التي يرى الأطراف ضرورة إبرازها في اتفاق التحكيم مثل القواعد و المبادئ الواجبة التطبيق .

وترى الدكتور سامية راشد أن تعبير اتفاق التحكيم الذي شاع استعماله مؤخرا تعبير واسع قصد به أن يشمل الصورتين التقليديتين المعروفتين و هما : مشاركة التحكيم أي الاتفاق الذي تبرمه الأطراف، و ذلك باللجوء إلى التحكيم في صدد نزاع قائم فعلا بينهما و شرط التحكيم الذي يقرر اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحل النزاعات التي قد تثور مستقبلا بين الأطراف³

ويرى الدكتور قادري عبد العزيز أن تعريف اتفاق التحكيم يجب و أن يستعمل فيه لفظ " أطراف النزاع " بدل " طرفي النزاع " لأن لفظ الطرفين غير جامع .

كما يجب أن يشتمل تعريف اتفاق التحكيم على الصورتين التقليديتين المتعارف عليها لاتفاق التحكيم وهي صورة مشاركة التحكيم وصورة شرط التحكيم ، كما نبادر إلى بيان أن الاعتراف بقرار التحكيم و تنفيذه لا يتأتى إلا بالاعتراف باتفاق التحكيم ، إذ يؤثر اتفاق التحكيم من حيث صحته و بطلانه و مدى تجاوزه نطاقه و مدى قابلية موضوعه للتحكيم عند الفصل في النزاع .

لابد من الإشارة إلى أن هناك أيضا اتفاق التحكيم بالإحالة ، إذ اعتبر القضاء الفرنسي اتفاق التحكيم المبرم في إطار القانون الجديد صحيحا ، بالإحالة إلى عقد نموذجي أو إلى العادات و الشروط العامة للبيع⁴ .

كما سبقت لمحكمة النقض المصرية أن أخذت بهذا الشكل وهذا في 1975/03/05، حيث أجازت تضمين مستندات الشحن إحالة إلى شرط التحكيم الوارد في مشاركة الإيجار ، موضحة أن هذه الإحالة تجعل شرط التحكيم ضمن سند الشحن ، ويلتزم به المرسل إليه باعتباره في حكم الأصيل رغم عدم توقيعه على سند الشحن ، كما يوجد شكل آخر لاتفاق التحكيم الدائم ، حيث نجد هذا الشكل لدى المؤسسات التحكيمية المتخصصة ، والتي تضع نظاما للتحكيم كنموذج للجوء إليه من طرف الدول و المتعاملين في مجال الاستثمارات .

ثانيا: شروط صحة اتفاق التحكيم :

تحدد شروط صحة التحكيم بناء على القانون الذي اختاره الأطراف أو المحكم (في غياب اختيارهم) ، ليطبق على اتفاق التحكيم ، وقد وضعت التشريعات والاتفاقيات الدولية شروطا شكلية (أ) وأخرى موضوعية (ب) ، يترتب على تخلفها بطلان الاتفاق غير أنها لم تتفق كلها على مدى وبعد هذه الشروط منها من وسع في مفهومها ومنها من ضيق هذا المفهوم إلى ادن حد .

¹ - القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي سنة 1985 مع التعديلات التي اعتمدت سنة 2006، و المنشور في موقع :

WWW.Unictral.org/pdf/arabic/textes/arbitration/ml-arb/07-86996-a.pdf., visite le 12/12/2015

² - د حفيظة السيد الحداد ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي - منشورات الحلبي الحقوقية - الطبعة الأولى ، 2004، ص 119 .
www.alassy.net - د اشرف العاصي ، الشرط و المشاركة كصور لاتفاق التحكيم ، مقال على الموقع³ :

تم زيارة و الدخول إلى الموقع بتاريخ 2015/12/12.

⁴ - أ - محمد كولا ، مرجع سابق ، ص 101

نصت المادة 1493 فقرة 1 من ق.إ.م.ف على اتفاق التحكيم بالإحالة :

"directement ou par référence a un règlement d'arbitrage ,la convention d'arbitrage peut désigner le ou les arbitres ou prévoir les modalités de leur désignation."

أ/ الشروط الشكلية لصحة اتفاق التحكيم :

تذهب معظم التشريعات الداخلية والاتفاقيات الدولية في اتجاه اشتراط الكتابة في الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم¹، ومنها مجموع الاتفاقيات التي انضمت إليها الجزائر على المستوى الدولي :

1/ شرط الكتابة لاتفاق التحكيم في التشريع الجزائري:

تتميز عقود الاستثمار و التي تكون الدولة طرفا فيها عن غيرها من العقود المبرمة في إطار العلاقات التجارية الدولية باحتوائها على العديد من الشروط و بالأخص²، بعد انضمام الجزائر إلى اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية سنة 1988، والتي تجعل الكتابة وسيلة إثبات في حالة المطالبة بالاعتراف أو التنفيذ ممن له مصلحة ، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن قانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية أدرج هذا الشرط³، باشتراط أن يكون اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان مكتوبا⁴، ومن هنا أخذ المشرع بشرط الكتابة في المادة 1008، وهي مستمدة جزئيا من نص المادة 178فقرة 1 من القانون الدولي الخاص السويسري الجديد التي تنص على أنه: " يجب من حيث الشكل ، وتحت طائلة البطلان أن تبرم اتفاقية التحكيم بموجب عقد كتابي"⁵.

ومن هنا يكون قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري قد ساير اتفاقية نيويورك لسنة 1958، بصدد الاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية، ثم إن اتفاق التحكيم هو عبارة عن عقد رضائي، لكن تنفيذه يرتب أحكاما إجبارية، لذلك يجب أن يكون التعبير عن إرادة الأطراف واضحا، وقد اشترط المشرع الجزائري الكتابة كشرط لصحة العقد .

لكن مصطلح الكتابة الذي أشارا له المشرع في الفصل السادس من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، المتعلق بالتحكيم التجاري الدولي، يختلف بعض الشيء عما أورده في الفصل الخاص بأحكام التحكيم بشكل عام : تنص المادة 1008: " يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو وفي الوثيقة التي تستند إليها"، كما اشترط المشرع الجزائري أن يتضمن شرط التحكيم تعيين المحكم أو تحديد كيفية تعيينهم و إلا كان باطلا⁶، أما المادة 1012 من ق.إ.م.إ. الجزائري فتتنص على: " يحصل اتفاق التحكيم كتابيا، يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع و أسماء المحكمين، أو كيفية تعيينهم".

تبين هذه النصوص أن المشرع الجزائري اعتبر كل اتفاق غير مكتوب يرتب البطلان، لكنه لم يحدد شكل الكتابة التي يجب أن يفرغ فيها الاتفاق على التحكيم، ولم يتطرق إلى مسألة توقيع الطرفين على وثيقة الاتفاق إلا أنه أعطى مفهوما آخر للكتابة، عندما تطرق إلى التحكيم التجاري الدولي، فقد جاء في المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية :

¹ - أ لزهري بن سعيد، مرجع سابق، ص 65.

- أ حسان نوفل، مرجع سابق، ص 251

- قانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري، مرجع سابق.³

⁴ - شوشو عاشور، الحماية الاتفاقية للاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة ماجستير، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008، ص 177.

⁵ - ينظر إلى المادة 178فقرة 1 من القانون الفيدرالي السويسري المتعلق بالقانون الدولي الخاص، المؤرخ في 28 ديسمبر سنة 1987، منشور بالموقع الإلكتروني : www.f.low.net.

- الفقرة الثانية من المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري⁶

" يجب من حيث الشكل ، وتحت طائلة البطلان و أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة أو بأي وسيلة اتصال أخرى تميز الإثبات بالكتابة " ، كما نص المشرع المصري في المادة 12 من القانون الجديد لسنة 1994 على شرط الكتابة جاء فيها¹: " يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا "

أما بالنسبة لمشاركة التحكيم فالكتابة شرط لوجودها وليس شرط لإثباتها² ، ويتبين أن المشرع الجزائري يعتبر الكتابة شرطا لوجود مشاركة التحكيم ، وليس شرطا لإثباتها ، حيث يمكن إثباتها بمحضر يوقعه المحكم و الأطراف ، كما استلزم أن تتضمن مشاركة التحكيم موضوع النزاع و أسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم ، هذا في التحكيم الداخلي ، أما بالنسبة إلى التحكيم التجاري الدولي فقد اشترط المشرع الجزائري أن يبرم اتفاق التحكيم كتابة ، و بأي وسيلة اتصال أخرى تميز الإثبات بالكتابة وتتحقق الكتابة ، وفقا لنص القانون إذا ورد شرط التحكيم في رسائل أو بقرات متبادلة بين الطرفين ويمتد ذلك إلى كل من وسائل الاتصال المكتوبة و الالكترونية ولكن يجب و أن تتحقق تبادل الإيجاب و القبول بشأن التحكيم³ .

ونلاحظ أن كل من المشرع المصري و الجزائري لم يستلزما بيانات معينة في شرط⁴ ، ومشاركة التحكيم ، رغم أن هذه الأخيرة تبرم بين الأطراف بعد نشوب النزاع⁵ فلا توجد نصوص تحدد البيانات الإلزامية إلا بالنسبة لمشاركة التحكيم لبيان تحديد موضوع النزاع .

وعليه لا يمكن إثبات وجود اتفاق التحكيم بالقرائن أو الإقرار أو الشهود ، و إنما الكتابة هي الطريقة الوحيدة لتأكيد إرادة الأطراف في اللجوء إلى التحكيم و استبعاد القضاء الوطني ، لكن أوردت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 استثناء عن وجود الكتابة وذلك في المادة 7فقرة 1 عندما نصت على أنه : " لا تطعن أحكام هذه الاتفاقية في صحة الاتفاقات المتعددة الأطراف أو الثنائية التي تبرمها الدولة المتعاقدة في مجال اعتماد القرارات التحكيمية ، وتنفيذها ولا تحرم أي طرف معني من الحق الذي قد يستظهر به من قرار تحكيمي بالكيفية و بالقدر الذي يقبل لهما تشريع البلد الذي يستشهد بالقرار فيه أو موثيقه " .

يفهم من هذه الفقرة أن الحكم التحكيمي الذي يصدر استنادا إلى قانون طرف متعاقد لا يشترط الشكلية في الحكم التحكيمي ، ويمكن أن تنتج آثاره في بلد متعاقد آخر يشترط الكتابة ، وهذا استثناء من القاعدة الواردة في المادة 1008 من ق . إ . م . إ . ج ، وكذلك المادة 2فقرة 1 من اتفاقية واشنطن ، وقد ذهب الأستاذ نور الدين تركي ردا على بعض الفقهاء إلى القول بأنه⁶ : " ينبغي تفسير هذا الاستثناء تفسيراً محمداً والقول بأن نص المادة 7 فقرة 1 من الاتفاقية تعني الأحكام التحكيمية وليس اتفاق التحكيم الذي بنيت على أساسه هذه الأحكام التحكيمية " .

¹ - قانون المرافعات و التحكيم المصري لسنة 1994 (معدل) ، ملحق في المرجع : د جمال محمود الكردي ، مرجع سابق ، ص 132 .

² - أمجد كولا ، مرجع سابق ، ص 118 .

لأن الكتابة الخاصة بالإثبات تضمنتها المادة 501 من قانون الإجراءات المدنية المصري التي تنص على أنه : " لا يثبت التحكيم إلا بالكتابة " فهذه مجرد وسيلة للإثبات وليس شرطا لانعقاده أو صحته .

³ - شوشو عاشور ، مرجع سابق ، ص 179 .

⁴ - أ لزهري بن سعيد ، مرجع سابق ، ص 68 .

⁵ - أ لزهري بن سعيد ، مرجع نفسه ، ص 55 .

⁶ - AkouneYacout, L'arbitrage interne en droit ,algérien ,R.A.S.J.E.P ,N°1,1999 ., p 54

هذا وتظهر أهمية الكتابة بالإضافة إلى حالة الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي ، في تأثيرها على اتفاق التحكيم بالإحالة ، فقد لا يدرج شرط التحكيم بصراحة في العقد الأصلي لكن توجد في وثيقة منفصلة ، ويمكن أن نستنتج اعتراف المشرع الجزائري بشرط التحكيم بالإحالة مادام أنه نص على شرط الكتابة ، مما يجعلنا نقول بأن التحكيم التجاري الدولي مبني أساسا على مبدأ سلطان الإرادة¹ ومن ثمة فهو يجعل الرضائية هي الأصل ، أما الشكلية فهي الاستثناء على حد تعبير بعض الفقهاء الذين يعتبرون أن الشكلية في التحكيم التجاري الدولي تعد في الحقيقة ، كدعامة أساسية لأجل إعطاء الجانب القانوني لاتفاق التحكيم مجموعة من الضمانات القانونية و التنظيمية و التي يمكن أن يستعين بها القاضي أو المحكم في حالة وجود خصومة ناجمة عن الاستثمار الأجنبي.

2 / شرط "الكتابة" لاتفاق التحكيم في الاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم :

ومادام أن اتفاق التحكيم هو عبارة عن عقد بين الطرفين إذا كان مستقلا عن العقد الأصلي² ، أو تضمنه العقد الأصلي فإنه ينبغي أن يكون مكتوبا فقد نصت المادة 2فقرة 1 و المادة 2 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 على انه :

تعترف كل من الدول الموقعة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بموجبه الطرفان ، و بعض منازعاتها الناشئة على علاقات حقوقية معينة ، و المقصود بتعبير " اتفاق مكتوب " شرط التحكيم الذي يتضمنه العقد أو عقد التحكيم ، إذا كانا موقعين من قبل الطرفين أو إذا تضمنهما تبادل مراسلات أو بقرجات³ ، اختلفت الاتفاقيات الدولية حول شرط الكتابة لصحة اتفاق التحكيم ، فمنها من رتب عن تخلفه البطلان المطلق ، ومنها من اعتبره شرطا لإثبات الاتفاق وليس لصحته⁴ .

نصت المادة الثانية (فقرة 02) من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 : " المراد (بالاتفاقية الكتابية) وهو الشرط التحكيمي المدرج في العقد أو في اتفاق التحكيم الموقع بين الأطراف أو المتضمن في رسائل أو بقرجات متبادلة . كما نصت المادة السابعة فقرة الثانية من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1958 على انه " يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا و يعتبر الاتفاق مكتوبا إذا ورد في

¹ - د محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام ، دار هدى عين مليلة ، الطبعة الأولى ، 1992، ص 45(وبالهامش).

النتائج التي تترتب على نظرية سلطان الإرادة:

وتترتب على نظرية سلطان الإرادة عدة نتائج هي :

1-الالتزامات الإرادية هي الأصل

2-حرية التعاقد .

3-الحرية في تحديد آثار العقد.

4-العقد شريعة المتعاقدين

² - محمد كولا ، مرجع سابق ، ص 103.

- جاءت فكرة اقتراحها من طرف السيد "BROCHES" وهو المستشار العام للبنك الدولي للإنشاء و التعمير وذلك في 1961/08/28 ، حيث عين سكرتيرا عاما للمركز ، بمساهمة المديرين التنفيذيين للبنك ، حيث توصلوا إلى وضع مشروع الاتفاقية في 18 مارس 1965 ودخلت حيز التنفيذ ابتداء من تاريخ 1966/10/14 ، وقد كسبت الاتفاقية خاصة مركز CIRDI ثقة المستثمرين و الدول في أغلب بلدان العالم وحتى الهيئات الدولية الأخرى إذ و إلى غاية 1992/06/30 وصل عدد الدول المصادقة على الاتفاقية 117 دولة أما الجزائر فلم تنظم إليها إلا في سنة 1995 ، كما قامت جامعة الدول العربية بتعريبها سنة 1966 و أصبحت حاليا نموذجا يأخذ به من طرف كثير من الدول في عقودها الاستثمارية .

³ - منير عبد المجيد ، قضاء التحكيم في المنازعات التجارية الدولية ، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ، 1995، ص 56.

- شوشو عاشور ، مرجع سابق ، ص 120.⁴

وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل الرسائل أو تلكسات أو برقيات أو غيرها من الوسائل الاتصال السلكي و اللاسلكي ، و التي تكون بمثابة سجل للاتفاق ، وتعتبر الإشارة في عقد ما إلى مستند يشمل على شرط التحكيم بمثابة اتفاق التحكيم ، شريطة أن تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل ذلك الشرط جزء من العقد"

اختلف فقهاء القانون في تفسير النص السابق ، فذهب الاتجاه الأول إلى اعتبار شرط الكتابة المذكورة في نص هو شرط لصحة الاتفاق وغيابه يترتب البطلان¹.

بينما يرى اتجاه آخر أن الكتابة في مضمون النص هي عبارة عن وسيلة من وسائل الإثبات لا يؤدي غيابها بالضرورة إلى بطلان اتفاق التحكيم ، ولا أدل على ذلك من عدم ورود عبارة " البطلان " في النص ، نظرا للغموض الملاحظ على هذه الفقرة .

أصدرت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي توصية بشأن تفسيرها ، حيث أشارت هذه التوصية إلى أنه نظرا لتزايد استخدام التجارة الإلكترونية، ونظرا للسوابق القضائية التي ظهرت أكثر ملائمة من اتفاقية نيويورك فيما يتعلق بشرط الشكل الذي يحكم اتفاق التحكيم وإجراءاته و تنفيذ قرارات المحكمين ، توصي اللجنة بتطبيق المادة الثانية من اتفاقية نيويورك لكن مع عدم اعتبار الحالات المذكور فيها " رسائل أو برقيات متبادلة " حصرية وإنما تؤخذ على سبيل المثال ، كما توصي اللجنة باعتماد المادة السابعة المنقحة من القانون النموذجي².

أما المشرع الجزائري فقد استلزم الكتابة لوجود شرط التحكيم ، وإلا كان باطلا ويستوي في ذلك أن ترد كتابة شرط التحكيم في العقد الأصلي أو في الوثيقة التي يستند إليها³، أي الاتفاق اللاحق المبرم في وثيقة مستقلة عن العقد الأصلي وذلك وفقا لنص المادة⁴ 1008 من ق.م.ج .

تشتت اتفاقية واشنطن لسنة 1965 ، الكتابة في الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية خلافات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول المتعاقدة الأخرى، حيث جاء في المادة 36 من الاتفاقية⁵.

1- الدولة المتعاقدة أو أحد رعايا دولة متعاقدة الذي يرغب في الالتجاء إلى طريق التحكيم ، يتعين عليه أن يقدم طلبا كتابيا لهذا الغرض إلى السكرتير العام ...

1- مُجّد كولا ، مرجع سابق ، ص 117.

2- تبين المادة السابعة من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي مختلف الصيغ للكتابة في اتفاق التحكيم مثل الخطاب الإلكتروني ، رسالة بيانات التي تعني المعلومات المنشأة أو المرسله أو المتلقاة أو المخزنة بوسائل إلكترونية أو مغناطيسية أو بصرية أو بوسائل مشابهة .

ينظر إلى المادة 07 من قانون الأونيسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري سنة 1985 ، مرجع سابق .

3- لزهري بن سعيد ، مرجع سابق ، ص 67.

4- تنص المادة 1008 من القانون رقم 08-09 و المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري : " يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو الوثيقة التي يستند إليها "

5- د جلال وفاء مُجّدين ، التحكيم بين المستثمر الأجنبي و الدولة المضيفة للاستثمار ، أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار القواعد-الإجراءات-الاتجاهات الحديثة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية مصر ، 2001 ، ص 49.

2- يجب أن يشمل الطلب على بيانات تتعلق بموضوع النزاع وهوية الأطراف وموافقتهم على تقديمه للتحكيم طبقاً للائحة الإجراءات المتعلقة بطرح المنازعات على التوفيق والتحكيم .

وقد أخذت القوانين الوطنية لأغلب الدول بهذا الشرط ، فقد نص قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على شرط الكتابة حيث نصت المادة 1494 على أنه :

" L'existence d'une sentence arbitrale est établie par la production de l'original accompagné de la convention d'arbitrage ou des copies de ces documents réunissant les conditions requises pour leur authenticité"

يفهم من هذه المادة اشتراط الكتابة في اتفاق التحكيم ، أضف إلى ذلك أن المادة 1443 اشترطت أن يكون شرط التحكيم مكتوباً والتي نصت على أنه :

" La clause compromissoire doit a peine de nullité, être stipulée par écrit dans la convention ou dans un document auquel celle -ci se réfère...¹

كما نص المشرع المصري في المادة 12 من القانون الجديد لسنة 1994 على شرط الكتابة و التي جاء فيها : "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً ، و إلا كان باطلاً و يكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرراً وقع الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادلته الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة"².

فهذه الشكلية تعتبر كشرط لوجود التحكيم وليس لإثباته³ ، وقد يشترط لإثبات اتفاق التحكيم الكتابة وهذا حتى يتم الاعتراف و تنفيذ الحكم التحكيمي⁴ .

وعليه فإن الدولة المنضمة لاتفاقية نيويورك لسنة 1958 ، أو التي اعتمدت القانون النموذجي لسنة 1985 ينبغي أن تلتزم بالكتابة ، إذا ما أبرمت عقداً مع طرف آخر لا توجب قوانينه الوطنية شرط الكتابة في اتفاق التحكيم ومن هنا لا يعتد باتفاق التحكيم الشفوي⁵ .

¹-Jean Robert : L'arbitrage, droit interne , droit international. Édition paris 1993 p225.

²- د صلاح الدين جمال الدين و محمود مصيلحي ، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ، 2004، ص 38.

- منير عبد المجيد مرجع سابق ، ص 73.³

⁴- مصلح أحمد الطراونة ، تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي الباطل وفقاً لاتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية و تنفيذها لسنة 1958 (دراسة تحليلية لنصوص الاتفاقية ذات الصلة في ضوء التطبيقات القضائية لكل من فرنسا و الولايات المتحدة الأمريكية) مداخلة ألقيت في مؤتمر التحكيم التجاري الدولي في مؤتمر التحكيم التجاري الدولي بكلية الحقوق ، جامعة أبو ظبي من 28 إلى 30 أبريل 2008، و المنشور في الموقع :

www.slconf.uaea.ac.ue/papers/n°03/altarwane.pdf.

فقد اشترطت المادة 04 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 هذه الكتابة لتنفيذ الحكم التحكيمي " على من يطلب الاعتراف و التنفيذ المنصوص عليه في المادة السابقة قصد الحصول عليهما أن يرفق طلبه بما يلي : النص الأصلي للاتفاقية المذكورة في المادة 02 أو نسخة منه تتوفر فيها الشروط المطلوبة لتصديقها ..."

⁵- أ - مُجد كولا ، مرجع سابق ، ص 117(و بالهامش)

ومادامت الكتابة تكون في شكل من الأشكال المذكورة ، فهذا يعني أنه ، لا يستلزم أن يتخذ شكل المحرر الرسمي ، بل تكون الكتابة العرفية ، لكن ينبغي أن يراعى العيوب التي تؤدي إلى بطلانه وإلا أعتبر كأن لم يكن ، كما توصي اللجنة باعتماد هذا ما أدى إلى إصدار توصية في الدورة التاسعة و الثلاثين للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي المنعقدة في " فيينا" في جوان 2006 ، وتضيف بأن الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها رقم 61-33 المؤرخ في 04 ديسمبر 2006 لاحظت بأن " إن الوقت أصبح مناسباً تماماً ، في سياق تحديث مواد القانون النموذجي ، للترويج لتفسير وتطبيق موحدين لاتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية¹ و تنفيذها المبرمة في نيويورك في 10 جوان 1958".

ب/ الشروط الموضوعية لصحة اتفاق التحكيم:

إن اتفاق التحكيم مهما كان شكله (شرط ، اتفاق) يعتبر عقداً بين الأطراف، فينبغي أن يخضع للقواعد العامة للعقود ، غير أنه بتدقيق النظر و إمعان الفكر نجد أن هذه الشروط تتركز في الحقيقة² على مجموع الشروط الموضوعية العامة من رضى ، و سبب و محل ، وشروط موضوعية خاصة بالتحكيم ، و عليه سوف نتطرق إلى الشروط الموضوعية الخاصة لصحة اتفاق التحكيم التجاري الدولي حسب القانون الجزائري .

وحتى يكون اتفاق التحكيم صحيحاً فينبغي النظر إلى القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من ناحية الموضوع ، ثم نطاق اتفاق التحكيم أي الموضوعات التي يشملها اتفاق التحكيم³ ، فبالنسبة للقانون المطبق على اتفاق التحكيم إذا رجعنا إلى القانون الإتفاقي الدولي نجد أن بعض الاتفاقيات تصدت إلى موضوع القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم سواء كان شرطاً أم اتفاقاً⁴ ، فمن خلال ذلك يتضح بأن اتفاق التحكيم الصحيح و الذي تتوفر فيه الشروط الموضوعية مثل حالة صحة الرضا ، وخلوه من أي عيب يخضع لقاعدة أصلية هي قانون الإرادة وهي القاعدة التي تجرد مجالها في العقود الدولية وقاعدة احتياطية وهي قانون مكان صدور الحكم .

فهذا القانون قد يكون وطنياً كاللجوء إلى قانون جنسية المتعاقد أو مكان التحكيم أو مكان إبرام العقد الأصلي، كما قد يكون قانوناً دولياً مستمداً من معاهدة دولية مثل موقف اتفاقية نيويورك في المادة 5 فقرة 1 ، أما القاعدة الثانية فتجد أساسها في أن مكان صدور

هذا وتجدر الإشارة إلى أن هناك أنظمة قانونية لا تتطلب توافر الشكل المكتوب لصحة اتفاق التحكيم كما يستنتج مثلاً عند إعمال نص المادة 1495 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي ، عندما سمحت للأطراف مخالفة مقتضيات الشكل الوارد في التحكيم الداخلي عندما سمحت بعدم تطبيق أحكام الباب الأول و الثاني و الثالث منه إلا باتفاق خاص وذلك عندما يكون التحكيم الدولي خاضعاً للقانون الفرنسي مما يجعل الكتابة في هذه الحالة غير ضرورية لصحة اتفاق التحكيم .

¹ - قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ، الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بالقرار رقم 31/98 ، الصادر بتاريخ 15 ديسمبر سنة 1976 ، المعدل سنة 2010 ، المنشور في موقع: www.uncitral.org

² - د ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية و التحكيم ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، جمهورية مصر العربية ، 2004 ، ص 10 .

³ - أمجد كولا ، مرجع سابق ، ص 121 .

⁴ - نور الدين بوسهوة ، دور الاتفاقيات الدولية في جذب الاستثمار الأجنبي ، مجلة كلية العلوم الإسلامية الجزائرية الصراط ، السنة الخامسة ، عدد 10 ، 2004 ، ص 17 .

- وهذا ما نصت عليه المادة 5 فقرة 1 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 على أنه : " لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة من البلد المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ الدليل على أن أطراف الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية كانوا طبقاً للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي الأهلية أو أن الاتفاق المذكور غير صحيح وفقاً للقانون الذي أخضعته له الأطراف ، أو عند عدم النص على ذلك طبقاً للقانون الذي صدر فيه الحكم " .

الحكم التحكيمي هو القانون الذي يتحدد على أساسه ما إذا كان حكم التحكيم الصادر بناء على اتفاق التحكيم ، فقانون مكان صدور الحكم التحكيمي هو قانون الدولة التي يصدر منها حكم التحكيم وليس قانون الدولة التي صدر فيها الحكم ، كما قد يطبق المحكم في حالة غياب قانون الإرادة، قواعد تنازع القوانين في البلد الذي يجري فيه التحكيم ، وهنا يستبعد المحكم قانون مكان صدور حكم التحكيم¹، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لديه ثلاثة مصادر يستمد منها اتفاقية التحكيم هي:

1- القانون الذي يتفق عليه الأطراف.

2- القانون الذي ينظم موضوع النزاع .

3- إخضاع إجراءات التحكيم لقانون إرادة المحكم

ويكون بذلك قد عدل الشروط التي كانت سائدة في ظل المرسوم التشريعي رقم 93-09 ولاسيما المادة 148 مكرر 1، فاستبعد فرض تطبيق القانون الجزائري على اتفاق التحكيم وأعطى الحرية للمحكم لاختيار القانون الذي يراه مناسبا، وإذا قدر أن القانون الجزائري هو المناسب لا مانع من تطبيقه ، يتماشى هذا الاستبعاد مع استقلالية شرط التحكيم في أي عقد دولي ، من حيث صحته، عن أي قانون داخلي.

وعليه سوف نتطرق إلى الشروط الموضوعية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، و حتى يكون اتفاق التحكيم صحيحا ينبغي النظر إلى القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من ناحية الموضوع ثم نطاق اتفاق التحكيم أي الموضوعات التي يشملها اتفاق التحكيم².

1/ خضوع اتفاق التحكيم للقانون الذي يتفق عليه الأطراف:

اتفاق التحكيم ذو طابع عقدي يتماشى إخضاعه للقانون المتفق عليه مع القواعد العامة المنظمة للالتزامات ، حيث نجد مثلا المادة 18 من التقنين المدني الجزائري " يسرى على التزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد"³

¹ - محمد كولا ، مرجع سابق ، ص 119.

بالرجوع إلى القانون الفرنسي الذي يأخذ بقانون الإرادة أصلا وهذا ما نجد في المادة 1469 من ق.إ.م.ف التي تنص على أنه

" L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies , à défaut d'un tel choix conformément à celles qu'il estime appropriées ,il tient compte dans tous les cas des usages du commerce"

² - احمد بوخلخال ، نظام تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي و تطبيقاته في الجزائر ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، سنة 2013، ص 73

³ - تنص المادة 18 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني ، ج ر ، العدد 78 ، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر سنة 1975 ، معدل ومتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو سنة 2005 : " يسرى على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.

-وفي حالة عدم إمكان ذلك ، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.

-وفي حالة عدم إمكان ذلك ، يطبق قانون محل إبرام العقد.

- غير أنه يسرى على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه.

فالمحكّم ملزم بتطبيق قانون إرادة الأطراف على اتفاق التحكيم ، إذا كانت هذه الإرادة تسعى نحو تطبيق قانون معين ، و بالرجوع إلى الواقع التطبيقي في الجزائر ، نجد أن العقود المبرمة في الجزائر تخضع للقانون الوطني ، لان المستثمر الأجنبي هو الذي يتنقل للاستثمار في الجزائر ، وإبرام العقود بها ، مما يؤدي إلى تكريس تنازع القوانين لاختيار القانون الواجب التطبيق ، إذ يرى الفقهاء أنه : " من النادر تطبيقها أن يلجأ الأطراف لإخضاع اتفاق التحكيم لقانون من اختيارهم صراحة " ¹.

3/ إخضاع إجراءات التحكيم لقانون إرادة المحكم :

يحدث كثيرا في العمل أن يخول الأطراف هيئة التحكيم أو يتركوا لها ، سلطة تنظيم إجراءات التحكيم فقد تضمن اتفاق التحكيم المبرم بين حكومة المملكة و الشركة العربية الأمريكية للبترول (أرامكو) نصا يخول محكمة التحكيم سلطة تحديد القواعد الإجرائية الواجبة الإتباع لإدارة هذا التحكيم ².

ويساعد على الأخذ بهذا الأسلوب في الواقع ، كثرة المعوقات العملية و القانونية ³ ، التي تواجه الأطراف عند معالجة التفاصيل الخاصة بالمسائل الإجرائية في التحكيم .

ويدعم القانونين المصري و المقارن ، إمكانية تحويل هيئة التحكيم الحرة التامة على هذا النحو في اختيار الإجراءات و القانون الواجب التطبيق على خصومة التحكيم ، فقد تضمنت المادة 20 من قانون التحكيم المصري على سبيل المثال النص على أنه " إذا لم يوجد اتفاق ، كان هيئة التحكيم أن تختار قانون و إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة " .

كما تؤيد القواعد الدولية ذات الاتجاه فقد ورد في المادة 10 فقرة 1 من قواعد التحكيم التي أعدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي "unicitral" على سبيل المثال ، النص على حرية هيئة التحكيم في ممارسة التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة ⁴.

في جميع الحالات يشترط لصحة اتفاق التحكيم توافر أركان العقد: منها أن يتوافر التراضي الصحيح ، وأن يرد هذا التراضي على محل ممكن و مشروع وأن يستند إلى سبب مشروع شأنه في ذلك شأن أي تصرف قانوني ، لذا سوف نقوم بدراسة هذه العناصر بتسلسل :

أ - التراضي: يعتبر الاتفاق على التحكيم عقدا من عقود القانون الخاص يسوده مبدأ سلطان الإرادة

وتسري عليه القواعد العامة في العقود ⁵ ، يشترط في اتفاق التحكيم تلاقي إرادتي الطرفين على اتخاذ التحكيم وسيلة لفض النزاعات الناشئة أو التي ستنشأ بينهما، والتعبير عن الإرادة يكون صريحا أو ضمنيا ، لكن التعبير الضمني قد يطرح بعض الإشكالات العملية فقد ذهب الفقه إلى انه إذا أحال الأطراف في العقد إلى شروط عامة تتضمن شرط التحكيم، و لا يكون الاتفاق صريحا إلا إذا اتضح أنهما يقصدان به الإحالة إلى شرط التحكيم أيضا.

¹ - أزداد شكور صالح ، الاستثمار الأجنبي سبل استقطابه و تسوية منازعاته ، منظمة نشر الثقافة القانونية مؤسسة O.P.L.C للطباعة و النشر ، العراق ، 2008 ، ص 215.

- د جمال محمود الكردي مرجع سابق ، ص 266

³ - أزداد شكور صالح ، مرجع سابق ، ص 183.

- د جمال محمود الكردي ، مرجع نفسه ، ص 67.

⁵ - لزهرة بن سعيد ، مرجع سابق ، ص 57.

وبناء على ذلك فلا بد لقيام اتفاق التحكيم من وجود الرضا وإلا كان الاتفاق غير قائم ، فيجب أن تتطابق إرادتي الطرفين وتنتجه إلى ترتيب آثار قانونية تبعا لمضمون ما اتفقا عليه ، فلا بد من إيجاب وقبول يتطابقان على اختيار التحكيم اختيارا حرا كوسيلة لحسم المنازعات التي تنور بشأن العلاقة الأصلية كبديل عن قضاء الدولة .

وبالنظر إلى المادة 1006فقرة 1 من القانون رقم 09/08 التي تنص : " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها، نستنتج أن المشروع الجزائري اشترط أهلية التصرف وليس أهلية الالتزام أو التقاضي، كما نلاحظ أن المشرع استبدل علاقتها التجارية بعلاقتها الاقتصادية" ، ربما ليوسع مجال تدخل التحكيم من جهة، وينسجم مع الأحكام الواردة في مختلف الاتفاقيات الاقتصادية والتجارية التي أبرمتها الجزائر على المستوى الدولي ، ونذكر على سبيل المثال المشرع المصري الذي نص كذلك على وجوب توفر الأهلية لدى الأطراف، وهي أهلية التصرف و لذلك نصت المادة 11 من قانون التحكيم المصري على أنه " لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه .."

فالمشرع المصري قد أعطى كل شخص طبيعي يتمتع بأهلية التصرف، وفقا لأحكام القانون المدني حرية الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم ، أما فيما يخص الأشخاص الاعتبارية بجميع أنواعها ، أعطى لها حق اللجوء إلى التحكيم متى تم التحقق من اكتساب و استيفاء الشروط التي يستلزمها القانون للإقرار بالشخصية المعنوية¹ .

أما بالنسبة للأشخاص المعنوية في القانون الجزائري فقد نص المشرع الجزائري في الفقرة الثالثة من المادة (1006) على ما يلي " و لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية في إطار الصفقات العمومية" . ولكن على الرغم من هذا الموقف التشريعي الواضح و الرفض للتحكيم ، إلا أنه من الناحية العملية كان الوضع مختلفا ، فقد أبرمت الجزائر عدة عقود في مجال البترول مع الشركات الأجنبية الخاصة ، تضمنت شرط التحكيم² ، نذكر منها العقد المبرم في 1968/10/19 مع شركة (GETTY) الأمريكية و الذي استمر حتى بعد تأميم المحروقات سنة 1971³ . والمثال الثاني هو نظام التحكيم الجزائري - الفرنسي الموقع في 1983/3/27 ، و الذي يعتبر تجسيدا للاتفاق الإطار المبرم بين الحكومتين في 1982/6/21 و المتعلق بالتعاون الاقتصادي بين البلدين.

ب - قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم " محل التحكيم " : المقصود بالمحل هو ما اتفقت عليه الإرادتان في اتفاق التحكيم بعرض النزاع أو المحتمل على هيئة تحكيمية .

ويشترط أن يكون محل العقد مشروعا يستمد مشروعيته من كون النزاع مما يجوز تسويته عن طريق التحكيم ، وان لا يكون مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام .

¹ - محمد كولا ، مرجع سابق ، ص 127 .

- لزه بن سعيد ، مرجع سابق ، ص 60.²

³ - في الحقيقة لقد تم تعديل أحكام بروتوكول 1968 في 27/05/1972 بهدف مطابقته مع الإطار القانوني الجديد خاصة بعد التأميم ، غير أن الأحكام

الخاصة بمحل النزاعات - خاصة بند التحكيم لم يعدل و بقي ساري المفعول وفقا للمادة 02 من نص التعديل :

Voir ; Bouzanab, le contentieux des hydrocarbures entre l' Algérie les sociétés étrangères , OPU , 1985 , p 437.

نصت المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على : " لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم " .

تحدد قابلية موضوع النزاع للتحكيم بما وضعه المشرع من حدود للتحكيم لا تمس بالنظام العام ، والتي تختلف من دولة إلى أخرى حتى الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم ، لم تجبر الدول على الاعتراف باتفاقيات وأحكام التحكيم إذا كان موضوعها يمس بنظامها العام .

نصت المادة الثانية من اتفاقية نيويورك على " تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلزم بمقتضاه الأطراف ، بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم بشأن علاقة قانونية معينة ، سواء كانت تعاقدية أو غير تعاقدية ، متى تعلقت بمسألة يجوز تسويتها بطريق التحكيم " .

كما نصت المادة 11 من قانون التحكيم المصري على أنه " لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح " وقد نصت المادة 551 من القانون المدني المصري على أنه : " لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام ، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية أو التي تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم " .

ويترب على ذلك أنه يمتنع الاتفاق على التحكيم في مسائل الأهلية أو صحة أو بطلان الزواج أو إثبات النسب... الخ¹، كما لا يجوز التحكيم في جريمة القتل أو السرقة ، أو اختلاس أموال أجنبية ويمتد الحظر بكل ما يتعلق بالنظام العام ، كالتحكيم بشأن علاقة غير مشروعة مثلا ، أو قرض دون فوائد .

رغم أن كل الاتفاقيات وضعت النظام العام كعائق لقابلية إي موضوع للتحكيم ، إلا أن مفهوم هذا النظام العام يبقى غامضا ، ويعتبر من أهم المسائل التي يجب التطرق إليها في مجال التحكيم ، أما مسألة أهلية الأشخاص أو حالتهم فلا خلاف بشأنها ولا تم كثيرا المستثمر الأجنبي .

ثم إن توجه الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم ، والتي ربطت التزام الدول بالاعتراف باتفاقيات التحكيم بكون النزاع - محل هذه الاتفاقيات - تلتزم بها كل الدول الأعضاء² .

ومن هنا نؤكد على ضرورة إعطاء مفهوم ومضمون ضيقين لفكرة النظام العام ، بشكل يسمح لنظام التحكيم بتحقيق فاعليته وهدفه ، خاصة بعد دخول الجزائر اقتصاد السوق وفتح باب الاستثمار أمام الشركات الأجنبية³ .

أما بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي فقد نصت المادة 1040 من ق.إ.م.إ الجزائر على : " تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع ، إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما " .

هذا و تجدر الإشارة إلى أن موضوع اتفاق التحكيم يجب أن يكون مشروعا، وفقا للنظام الدولي ، هذا النظام الذي يطلق عليه الأستاذ "LALIVE" اسم النظام العام عبر الوطني ، و الذي يفرض نفسه على أطراف النزاع و على المحكم فلا يكون اتفاق الأطراف صحيحا إذا كان مخالفا¹ للنظام العام .

¹ - أ. زهر بن سعيد ، مرجع سابق ، ص 62 .

² - تنص المادة 25 فقرة 4 من اتفاقية واشنطن لعام 1965 على أنه : " على أنه يجوز لكل دولة متعاقدة عند التوقيع أو الموافقة أو التصديق على الاتفاقية أو في تاريخ لاحق أن تحظر المركز بالنزاع أو النزاعات التي ترى بإمكانية خضوعها أو عدم خضوعها لاختصاص المركز " .

³ - أو شن ليلي ، الشراكة الأجنبية مع المؤسسات الاقتصادية الجزائرية ، مذكرة ماجستير فرع القانون الدولي ، جامعة مولود معمري تيزي وزو كلية الحقوق و العلوم السياسية ، سنة 2011 ، ص 73 .

ج- السبب في اتفاق التحكيم :

إن اتفاق الأطراف على التحكيم ، يجد سببه في اتفاق الأطراف لاستبعاد طرح النزاع على القضاء و تفويض الأمر للمحكّمين ، و هذا السبب مشروع دائما و لا تتصور عدم مشروعيته.

إلا إذا ثبت أن الهدف من اتفاق التحكيم ، هو التهرب من أحكام القانون الذي كان يتعين تطبيقه لو طرح النزاع على القضاء ، نظرا لما يتضمنه هذا القانون من قيود و التزامات يراد التحلل منها ، و هو ما يمثل حالة من حالات الغش نحو القانون ، فيكون التحكيم وسيلة غير مشروعة، يراد بها الاستفادة من حرية الأطراف أو حرية المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق ، و لا يختلط السبب غير المشروع بالمحل غير الممكن ، فالأول يقتضي البحث عن إجابة السؤال ، لماذا لجأ الأطراف للتحكيم ؟ أما الثاني فيتعلق بتحديد المراد تسويته بطريق التحكيم ، و هل هو مشروع أو لا ؟

الخاتمة :

اعتبر المشرع الجزائري و كغيره من المشرعين للدور القانوني لاتفاق التحكيم التجاري و فعاليتها في حل المنازعات ذات الطابع الدولي ، و كان له ذلك و بالأخص بعد مختلف التعديلات الجوهرية التي صاحبته من خلال تعديل أحكام قانون الإجراءات المدنية و الإدارية وفقا للقانون رقم 08-09 الصادر في سنة 2008، و هو في حقيقة الحال إنما يعبر عن رغبة المشرع في تطبيق الأحكام الدولية التي لها علاقة باتفاق التحكيم ، و هو ناجم عن التأثير البالغ بالأحكام الواردة في اتفاقية نيويورك ، ثم إن اغلب القوانين الخاصة سارت في درب تقريب المستثمرين من الإدارة و تقديم لهم أكبر عدد ممكن من الضمانات القانونية و بالأخص الأحكام المتعلقة بالاستثمار الدولي .

قائمة المصادر و المراجع :

أولا : الكتب

أ- باللغة العربية :

- 1) مجّد كولا ، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري ، منشورات بغدادي للطباعة و النشر ، الجزائر ، 2008 ، ص 93
- 2) أحمد عبد الحميد عشوش ، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار ، دراسة مقارنة ، مؤسسة شهاب القاهرة ، 1990 ، ص 73.
- 3) فوزي مجّد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، القاهرة مصر ، 2006.
- 4) حفيفة السيد الحداد ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي -منشورات الحلب الحقوقية -الطبعة الأولى ، 2004.
- 5) مجّد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام ، دار هدى عين مليلة ، الطبعة الأولى ، 1992.
- 6) منير عبد المجيد ، قضاء التحكيم في المنازعات التجارية الدولية ، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ، 1995.
- 7) جلال وفاء مجّددين ، التحكيم بين المستثمر الأجنبي و الدولة المضيفة للاستثمار ، أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار القواعد-الإجراءات-الانجاءات الحديثة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية مصر ، 2001.
- 8) صلاح الدين جمال الدين و محمود مصيلحي ، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ، 2004.
- 9) ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية و التحكيم ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، جمهورية مصر العربية ، 2004.

¹ -L' Alive poule , ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international , revu de l' arbitrage , 1986 , p329.

1- les ouvrages ;

- Terki Nouredine , L'arbitrage commercial international en Algérie , OPU-Alger -1999,p24.
- Jean Robert : L'arbitrage, droit interne , droit international. Édition paris 1993 .
- Bouzanab, le contentieux des hydrocarbures entre l' Algérie les sociétés étrangères , OPU , 1985

2- les Rêves :

- AkouneYacout, L'arbitrage interne en droit ,algérien ,R.A.S.J.E.P ,N°1,1999 ., p 54
- L'Alive poule , ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international , revu de l' arbitrage , 1986

ثانيا : المذكرات و الرسائل و المجلات :

- شوشو عاشور ، الحماية الاتفاقية للاستثمار الأجنبي في الجزائر ، مذكرة ماجستير ، فرع القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2008.
- نور الدين بوسهوه ، دور الاتفاقيات الدولية في جذب الاستثمار الأجنبي ، مجلة كلية العلوم الإسلامية الجزائرية الصراط، السنة الخامسة ، عدد10، 2004.
- أزاد شكور صالح ، الاستثمار الأجنبي سبل استقطابه و تسوية منازعاته ، منظمة نشر الثقافة القانونية مؤسسة O.P.L.C للطباعة و النشر ، العراق ، 2008.
- احمد بوخلخال ، نظام تسوية منازعات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي و تطبيقاته في الجزائر ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، سنة 2013.

ثالثا: القوانين

- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ج ر عدد 21 صادرة بتاريخ 25 افريل سنة 2008.
- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني ، ج ر ، العدد 78 ، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر سنة 1975 ، معدل ومتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو سنة 2005

مصادر أخرى :

- معتصم سويلم نصير ، مدى تحقق الشروط المطلوبة في التحكيم التقليدي في ظل التحكيم الإلكتروني ، بحث متوفر على الموقع www.Arablawinfo.com

soit par référence à une règlement d'arbitrage "

- قانون المرافعات و التحكيم المصري لسنة 1994 (معدل) ، منشور في موقع: www.mts.gov.eg/legislation/
- القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي سنة 1985 مع التعديلات التي اعتمدت سنة 2006، و المنشور في موقع :

WWW.Unicital.org/pdf/arabic/textes/arbitration/ml-arb/07-86996-a.pdf, visite le 12/12/2015

www.alassy.net-اشرف العاصي ، الشرط و المشاركة كصور لاتفاق التحكيم ، مقال على

تم زيارة و الدخول إلى الموقع بتاريخ 2015/12/12.

- القانون الفيدرالي السويسري المتعلق بالقانون الدولي الخاص ، المؤرخ في 28 ديسمبر سنة 1987 ، منشور بالموقع الإلكتروني : www.f.low.net.
- مصلح أحمد الطراونة ، تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي الباطل وفقا لاتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية و تنفيذها لسنة 1958) دراسة تحليلية لنصوص الاتفاقية ذات الصلة في ضوء التطبيقات القضائية لكل من فرنسا و الولايات المتحدة الأمريكية (مداخلة أقيمت في مؤتمر التحكيم التجاري الدولي في مؤتمر التحكيم التجاري الدولي بكلية الحقوق ، جامعة أبو ظبي من 28 إلى 30أفريل 2008، و المنشور في الموقع :

www.slconf.uaea.ac.ue/papers/n°03/altarwane.pdf.

- قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ، الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة بالقرار رقم 98/31 ، الصادر بتاريخ 15 ديسمبر سنة 1976 ، المعدل سنة 2010 ، المنشور في موقع :

www.unicital.org

ملكية العقار الموجه للاستثمار و تحقيق التنمية المستدامة.

أ. كريم كريمة

أستاذة محاضرة قسم-أ-

كلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس.

krimkarima_2@yahoo.fr

الملخص:

يعد العقار عامل أساسي لإنجاز مختلف المشاريع الاقتصادية، وملكيته تحقق التنمية المستدامة. و ذلك اعتمادا على تعديلات التشريعات العقارية منذ 2008 إلى نهاية 2014. و التي تؤكد أيضا، إرادة المشرع في ضبط سوق العقار، مع احتفاظ الدولة بدور المراقب لتطبيق القانون. فهي تبقى مالكة للأرض التي ستقام عليها المشاريع، لكن مع ضرورة حماية ملكية المستثمر الخاصة للعقارات المبنية

الكلمات المفتاحية: العقار، الاستثمار، الملكية العامة للأرض، الملكية الخاصة للمباني، التنمية المستدامة.

ABSTRACT :Real Estate, remains the key factor for the realization of various economic projects, its property achieves development durable. This is based on modifications of real estate legislation since 2008 at the end of 2014. And these modifications, also confirm the legislator's desire to control the real estate mar, with retaining to the State the observer role and enforcing the law. It remains the owner of the land, on which the project will be built. But, it is always necessary to protect the private property of the investor, by the acquisition of constructed buildings.

Keywords:The real estate, Investment, Public land ownership, The private ownership of buildings, Development durable.

المقدمة:

يعد العقار عامل أساسي لتحقيق و انجاز مختلف المشاريع الإنمائية، ميزته الأساسية أنه يمكن أن يكون ملكا للشخص الطبيعي أو الشخص المعنوي، مهما كانت وجهته و يستلزم لاستغلاله ضرورة تسليمه، على خلاف الأملاك المنقولة التي تكون تحت تصرف الشخص الطبيعي حتى لو كانت ملكيتها للشخص المعنوي دون اشتراط تسليمها دائما¹. اهتم المشرع به بوضع عدة آليات لحماية حق الملكية الذي يرد عليه و تحديده و الحفاظ عليه باعتبارها تدر عائدا ماليا دائم و مستمر معتبر مقارنة بالأملاك المنقولة.

غداة الاستقلال ، تم توسيع نطاق ملكية الدولة العقارية و تضييق الملكية الخاصة، و إذا تم السماح بالملكية الخاصة فكان في حدود معينة على أن لا تتوسع على حساب الملكية العامة، كان ذلك نتيجة التوجه الاشتراكي الذي كان يحكم الدولة الجزائرية و العمل للحفاظ على العقار. لكن تغيرت تلك الظروف منذ الثمانينات حيث تم تدعيم الملكية الخاصة و ذلك بموجب عدة قوانين منها : قانون 01-81² التوجه نحو التنازل عن الأملاك العقارية ، ثم قانون 82-11³، قانون 90-25⁴ المتعلق بالتوجيه العقاري المعدل بموجب أمر 95-26⁵. و ذلك تأكيد للتوجه نحو الاقتصاد الحر بضمان الملكية الخاصة بموجب الدستور الجزائري.

و من أجل جلب الاستثمار -وطني كان أو أجنبي- الذي تسعى الدولة من خلاله الوصول للتنمية الاقتصادية بالتوجه نحو اقتصاد السوق، فقد أصبح اهتمام الجزائر بضرورة توفير العقار التنموي و طرق توجيهه للاستثمار، ليكون أساس انجاز المشاريع الاستثمارية هي الأملاك العقارية الخاصة للدولة دون الأملاك العقارية الخاصة للأفراد لأن هذه الأخيرة لا يمكن توجيهها للاستثمار إلا في حالات الضرورة كعملية نزع الملكية للمنفعة العامة أو لأنها تدرج ضمن منطقة التوسع السياحي التي تعد ملكية العقارات التي تدخل ضمنها كلها للدولة ملكية خاصة . فهل ملكية العقار التنموي الاقتصادي الذي يستغل للاستثمار بوجهيها : إما بملكية الأرض التي بني عليها المشروع أو بملكية البنايات المشيدة كعقار مستقل ، تشكل دافعا لتحقيق التنمية الاقتصادية؟ و هل حققت التشريعات المنظمة لاستغلال هذا النوع من العقارات تلك الغاية بالطريقة التي تساعد على جلب أكبر حجم من الاستثمارات محلية كانت أم أجنبية؟

للإجابة على ذلك سيتم إبعاد العقار الفلاحي و التركيز فقط على العقار الصناعي و السياحي و مقارنة الأحكام المتعلقة بملكيتته مع العقار التجاري و ذلك بالحديث عن ملكية الأرض التي تعود للدولة بما تتحقق معه التنمية الاقتصادية المستدامة-أولا-مقابل ملكية المستثمر للعقار المبني على الأرض محل الاستغلال باعتبارها من محفزات الاستثمار-ثانيا-.

¹ - للتعرف على الخصائص المميزة للعقار و مقارنته بالمنقول خاصة في مجال الاستثمار، راجع موهوبي محفوظ: "مركز العقار من منظور قانون الاستثمار"، مذكرة ماجستير في القانون فرع قانون أعمال، كلية الحقوق بودواو، جامعة بومرداس، 2008-2009، ص ص. 09-12.

² - المؤرخ في 07-02-1981 ، جريدة رسمية عدد 06 لسنة 1981.

³ - المؤرخ في 21 أوت 1982، جريدة رسمية عدد 34.

⁴ - المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 ن جريدة رسمية عدد 49 لسنة 1990

⁵ - المؤرخ في 25 سبتمبر 1995، جريدة رسمية عدد 55.

أولاً: ملكية الدولة للعقار التنموي ضمان لتحقيق التنمية الاقتصادية المستدامة

احتفاظ الدولة بملكية العقار المخصص للاستثمار و منع التنازل عنه للمستثمر ، ما هو إلا تأكيد على بقائها في مركز قوة مقارنة بالمستثمر بل و قد اعتبر بعض الفقه¹ مثل هذا التوجه في الدول الإفريقية يعد من مخلفات قوانين استعمارية، و هي طريقة تستعمل قصد الحفاظ على المتعاملين معها مقابل ما يتحصلون عليه من ثروة مباشرة من استغلال العقار ، و هو ما يجعل الإدارة في هذه الدول تتدخل مباشرة في ملكية الأراضي عكس الدول الأوروبية أين تستعمل سلطاتها التنظيمية لمراقبة استعمال الأراضي. فملكية الدولة تحافظ على الوعاء العقاري الموجه للاستثمار حتى لأجيال المستقبلية باعتمادها طريقة التراخي لمنح الامتياز للانتفاع بالعقار التنموي.¹

1- ملكية الدولة للعقار حفاظا على الوعاء العقاري لاستمرارية التنمية

الأمالك العقارية تصنف إلى أملاك عقارية وطنية و أخرى خاصة و ثالثة أملاك و قفية² ، و الأملاك الوطنية قد تكون أملاك عمومية أو خاصة مملوكة للدولة أو الجماعات المحلية-البلدية و الولاية:- فإذا كان النوع الأول منها لا يمكن تملكه من الخواص نتيجة لطبيعتها أو الغرض المسطر لها، فإن الأملاك الخاصة عكسها تماما يمكن التصرف فيها³. فالأمر يتعلق إذن بالأملاك العقارية الخاصة للدولة : التي تتمثل في مجموع الأوعية العقارية التي يمكن التنازل عنها بغرض الاستثمار مقابل شروط قانونية محددة، يكون للمستثمر حق التمتع و التصرف أحيانا في المال العقاري و الحقوق العينية العقارية الأخرى بشرط انجاز المشروع الاستثماري و احترام الغرض و العقد و دفتر الشروط الذي منحت على أساسه تلك الأوعية العقارية، مع احتفاظ الدولة بحق الرقبة و التنازل عن الانتفاع لمصلحة الخواص.

أما عن الأملاك العقارية للخواص فلا بد من توجيهها و تحويلها لغرض الاستثمار، و ذلك باحترام شروط إجرائية و تنظيمية معقدة مرتبطة بضمها لأملاك الدولة الخاصة وفقا لأسلوب نزع الملكية للمنفعة العامة أو ممارسة حق الشفعة إذا تعلق الأمر بالعقارات المتواجدة في منطقة التوسع السياحي و المواقع السياحية⁴.

- أ- تحديد مكونات الوعاء العقاري :

اعتمادا على التشريعات المنظمة لتعامل الدولة في أملاكها العقارية الخاصة الموجهة للاستثمار فيمكن تحديد مكونات الوعاء العقاري كما يلي:

¹ - معتمدا على أن الدول الاستعمارية كانت تمنع تملك الأراضي من طرف السكان الأصليين للدولة و تبقى الإدارة الاستعمارية المتحكمة في الملكية العقارية عن طريق CADASTRE، راجع تفصيلا هذا الموقف، Joseph COMBY, « L'appropriation des droits fonciers, tous s'achète et tout se v vent facilement en Afrique, tout sauf la terre », Grain De SEL, n°. 57, Janvier-mars 20112, Partie 02 , p p.22-23.

² - و هو التصنيف الذي حددته المادة 23 من قانون 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990، المتضمن التوجيه العقاري ، ج ر عدد 49، الصادرة بتاريخ 18 نوفمبر 1990، ص.1560.

³ - بموجب المادتين 24 و 25 من قانون 90-25 المتضمن التوجيه العقاري.

⁴ - و هي عملية منظمة بموجب قرار وزارة التهيئة العمرانية و البيئة و السياحة المؤرخ 10 ربيع الأول 1429 الموافق ل 18 مارس 2008، المحدد لنموذج التصريح المسبق لبيع ملك واقع داخل مناطق التوسع و المواقع السياحية، جريدة رسمية عدد 25؛ و المرسوم التنفيذي 06-385 المؤرخ في 28 أكتوبر 2006 الذي يحدد كفاءات ممارسة الوكالة الوطنية لتنمية السياحة حق الشفعة داخل مناطق التوسع و المواقع السياحية خاصة المادة 03.

1- الأملاك العقارية الخاصة للدولة الموجهة للاستثمار اعتماداً على المادة 01 من أمر 08-04 المحدد لشروط و كفاءات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية ، و لكن باستثناء أصناف معينة بناء على المادة 02 من الأمر 08-04¹ تتمثل في: الأراضي الفلاحية، القطع الأرضية المتواجدة داخل المساحات المنجمية، القطع الأرضية المتواجدة داخل مساحات البحث عن المحروقات و استغلالها و مساحات حماية المنشآت الكهربائية و الغازية، القطع الأرضي الموجهة للترقية العقارية المستفيدة من إعانة الدولة، القطع الأرضية المتواجدة داخل مساحات المواقع الأثرية و الثقافية، القطع الأرضية الموجهة للترقية العقارية التجارية التي تخضع لصيغ منح امتياز قابل للتحويل إلى تنازل عند الإنجاز الفعلي طبقاً لأحكام دفتر الشروط، و المثبت قانوناً بموجب شهادة مطابقة.

2- أن يكون الوعاء العقاري محل الامتياز غير مخصص و ليس في طور التخصيص لفائدة مصالح عمومية تابعة للدولة لتلبية حاجياتها، مع تركزه خارج القطاعات المعمرة أو القابلة للتعمير كما هو محدد في أدوات التهيئة و التعمير بسبب طبيعتها، بناء على المادة 06 من المرسوم التنفيذي 09-152 المحدد لشروط و كفاءات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية²، على خلاف الأنشطة التجارية التي قد تحدث أضراراً أو مخاطر بالنسبة لصحة و راحة السكان و/ أو المحيط لا يمكن تواجدها إلا في المناطق الصناعية أو مناطق الأنشطة المعدة لهذا الغرض و الواقعة في المناطق الحضرية أو شبه الحضرية السكنية³ دون سواها أو خارج تلك المناطق بان تنشأ في مواقع محددة ضمن ضواحي المناطق الحضرية أو شبه الحضرية⁴ بناء على رخصة صريحة تسلمها المصالح المؤهلة⁵.

3- العقارات المتمثلة في الأصول المتبقية التابعة للمؤسسات العمومية المستقلة و غير المستقلة المحلة المتوفرة⁶ و الأصول الفائضة التابعة للمؤسسات العمومية الاقتصادية غير اللازمة موضوعياً لنشاط المؤسسة العمومية الاقتصادية⁷، و قد تكفل المشرع⁸ بتحديد طريقة إدراجها إدراجها ضمن الأملاك العقارية الخاصة للدولة⁹: فبعد تصفية المؤسسة العمومية و إعداد جرد للأصول المتبقية المنبثقة من عملية التصفية ، يتم إرساله إلى مديري أملاك الدولة المختصين إقليمياً لتقوم مصالح أملاك الدولة بتسجيل تلك الأملاك العقارية في سجل الأملاك العقارية التابعة للأملاك الخاصة للدولة غير المخصصة ؛ أما عن الأصول الفائضة فتتدخل المؤسسات العمومية بإعداد جرد خاص بما يرسل إلى الوزير المكلف بترقية الاستثمارات، و يرفق الجرد عند الاقتضاء بالملفات الخاصة بكل ملك عقاري و يقدم من طرف هذا الأخير إلى

¹ - المعدلة بموجب 61 من قانون 14-10 المتضمن قانون المالية لسنة 2015، المؤرخ في 30 ديسمبر 2014، جريدة رسمية عدد 78، الصادرة بتاريخ 31 ديسمبر 2014.

² - المؤرخ في 02 مايو 2009، ج ر عدد 27 الصادرة بتاريخ 06 مايو 2009، ص.4.

³ - و هي الأماكن التي أُلزم المشرع أن يمارس فيها نشاط تجارة التجزئة أو التجارة الجوارية، بموجب المادة 2/28 من قانون 08-04 المؤرخ في 27 جمادى الثانية 1425 الموافق ل14 غشت 2004.

⁴ - و هي الأماكن التي أُلزم المشرع أن تباشر أنشطة التوزيع بالجملة، بموجب المادة 1/28 من قانون 08-04 المحدد سابقاً

⁵ بناء على المادة 27 من قانون 08-04 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية

⁶ - المحددة بموجب المادة 02 من المرسوم التنفيذي 09-153 المؤرخ في 02 مايو 2009، يحدد شروط و كفاءات منح الامتياز على الأصول المتبقية التابعة للمؤسسات العمومية المستقلة و غير المستقلة المحلة و الأصول الفائضة التابعة للمؤسسات العمومية الاقتصادية و تسييرها، ج ر عدد 27، الصادرة بتاريخ 06 مايو 2009، ص.16.

⁷ - المحددة بموجب المادة 03 من المرسوم التنفيذي 09-153 المحدد سابقاً.

⁸ - بناء على المادة 06 من المرسوم التنفيذي 09-153 المحدد سابقاً، و المواد من 07 إلى 11 من المرسوم التنفيذي 09-153 المحدد سابقاً .

⁹ - و يتم الاسترجاع بموجب محضر تسليم مع إعداد عقد تحويل الملكية لفائدة الدولة بموجب المادة 12 من المرسوم التنفيذي 09-153 المحدد سابقاً.

مجلس مساهمات الدولة الذي يتدخل بموجب لائحة توجه مدير أملاك الدولة الذي يقوم بإعداد عقد إدماج للقطعة الأرضية الفائضة أو الموجودة في منطقة صناعية ضمن الأملاك الخاصة للدولة،

4- و يسند تسيير كل تلك العقارات إلى وكالات متخصصة حسب نوع النشاط الاستثماري المراد إنجازها: إما الوكالة الوطنية للوساطة و الضبط العقاري¹ التي تسيير الأملاك العقارية الصناعية المتواجدة في المناطق الصناعية²، فإن العقار السياحي مملوك من طرف الوكالة الوطنية للتنمية للتنمية السياحية³، كأداة للتسيير و التنمية، و الحفاظ و الاستغلال العقلاني للعقار السياحي و تطبق بذلك السياسة الوطنية للتنمية السياحية المستدامة، و تعدد مهامها⁴ من الترويج و الحفاظ على مواقع التوسع السياحي في وقت واحد، مع العمل على ترفيتها بتهيئة العقارات الموجهة للاستثمار، مع السهر على احترام التشريعات و مخططات التهيئة السياحية و العمرانية.

ب- أصناف العقارات الموجهة للاستثمار-عقار صناعي و سياحي:-

يمكن توجيه تلك العقارات لمشاريع تتناسب مع طبيعتها، و بالتالي يمكن تصنيفها إلى:

العقار الصناعي أو الاستثماري: و هو ذلك الحيز المكاني أو الوعاء المخصص لإنجاز مختلف الاستثمارات ذات الطبيعة الصناعية سواء كان مبنيا أو غير مبني، مستغلا أو غير مستغل تضاف له العقارات التي تحوزها المؤسسات العمومية الاقتصادية خاصة الفئات العقارية الناتج عن حل المؤسسات، تتكفل لجنة المساعدة على تحديد الموقع و ترقية الاستثمارات و ضبط العقارات و تشكيلتها و سيرها⁵، اعتمادا على بنك المعلومات الذي تمسكه و المتكون من مجموع المعلومات التي تقدمها مصالح أملاك الدولة و الصناعة و الأجهزة المكلفة بالعقار، باقتراح منح الامتياز و المساهمة في الضبط و الاستعمال الرشيد للعقار الموجه للاستثمار في إطار الإستراتيجية التي تحددها الولاية، مساعدة المستثمرين في تحديد الموقع الذي سيتم إقامة المشاريع الاستثمارية عليها، مع متابعة إقامة المشاريع الاستثمارية و تقييمها و متابعة إنجاز المشاريع الاستثمارية الجارية⁶.

¹ - عرفت المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 07_119 الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري على انه " تنشأ مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي و تجاري تحت تسمية " الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري " و تدعى في صلب النص " الوكالة " تتمتع بالشخصية المعنوية و الاستقلال المالي .

تخضع الوكالة للقواعد المطبقة على الإدارة في علاقاتها مع الدولة و تعد تاجرة في علاقاتها مع الغير ."

² - بناء على المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 09_153 على أنه: " يسند تسيير الحافظة العقارية المكونة من الأصول المتبقية و الأصول الفائضة المسترجعة تدريجيا و الأراضي المتواجدة في المناطق الصناعية إلى الوكالة الوطنية للوساطة و الضبط العقاري و ذلك لحساب الدولة ."

³ - التي تم إنشاؤها بالمرسوم التنفيذي 98-70 المؤرخ في 21 فيفري 1998 ج ر عدد 11، الصادرة بتاريخ 02 ذو القعدة عام 1418، ص.30.

⁴ - بموجب المواد من 04 إلى 08 من المرسوم التنفيذي 98-70 المحدد سابقا، و التي يمكن تحديدها فيما يلي: تسهر على الحماية و الحفاظ على مناطق و مواقع التوسع السياحي؛- ترقية و ترويج مناطق و مواقع التوسع السياحي؛- الحرص على توفير و إنشاء المرافق العمومية؛- تطبيق حق الشفعة على كل عقار متواجد داخل مناطق و مواقع التوسع السياحي؛- تنجز كل العمليات المرتبطة بموضوعها سواء كانت مالية، تجارية أو صناعية و المتعلقة بالعقار؛- تطور التبادلات مع المؤسسات و المنظمات المرتبطة بمجال نشاطها؛ تنشئ ملحقات طبقا للتشريع الساري المفعول؛- مرافقة إدارة السياحة في تصور و إنجاز إستراتيجية التنمية السياحية؛- الحرص على احترام القوانين المتعلقة بالسياحة و مخططات التهيئة السياحية و العمرانية داخل مناطق و مواقع التوسع السياحي بهدف حمايتها و تطويره؛- إنشاء و تحيين ملف وطني للمنشآت القاعدية السياحية؛- إنشاء و إدارة و تطوير بنك للمعلومات خاص بالعقار السياحي؛- وضع دفتر شروط خاص بكل مناطق و مواقع التوسع السياحية؛- تهيئة الأراضي المعتمدة و التي تخدم الاستثمار السياحي؛- تحديد مناطق و مواقع جديدة للتوسع السياحي و إعطائها المكانة التي تليق بها.

⁵ المنظمة بموجب المرسوم التنفيذي 10-20 المؤرخ في 26 محرم عام 1431 الموافق ل 12 يناير 2010، ج ر عدد 04 الصادرة بتاريخ 17 يناير 2010، ص.07 المتعلق بتنظيم لجنة المساعدة على تحديد الموقع و ترقية الاستثمارات و ضبط العقار و تشكيلتها و سيرها.

⁶ - اعتمادا على المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 10-20 المحدد سابقا.

العقار السياحي : الأوعية العقارية المخصصة لانجاز مختلف المنشآت السياحية من طرف مستثمرين وطنيين أو أجانب و تعد مناطق التوسع السياحي الأساس الرئيسي في تكوين مختلف الأوعية العقارية ذات الطابع السياحي و العقار المتواجد بالقرب من الأملاك العقارية البحرية . و قد عرفته المادة 20 من قانون 03-03 المؤرخ في 17 فبراير 2003 المتعلق بمناطق التوسع و المواقع السياحية: " يتشكل العقار السياحي القابل للبناء من الأراضي المحددة لهذا الغرض في مخطط التهيئة السياحية، و يضم الأراضي التابعة للأملاك الوطنية العمومية و الخاصة، و تلك التابعة للخواص."

فالعقار السياحي له دور ف تحقيق التنمية الاقتصادية من حيث القيمة المضافة على الاقتصاد الوطني، تتكفل الوكالة الوطنية للتنمية السياحية بتسيير العقار و المحافظة على مناطق التوسع السياحي و ترقيتها للاستثمار السياحي.

على خلاف العقار التجاري : الذي يمثل الفضاء التجاري فهو تلك المناطق المهيأة و المجهزة لاستقبال أي نشاط تجاري: كل حيز أو منشأة مبنية أو غير مبنية مهيأة و محددة المعالم تمارس فيه مبادلات تجارية بالجملة أو التجزئة¹ : و المتمثلة في الأسواق إما التجزئة أو الجملة ، المغطاة و الجوارية ، أسبوعية أو نصف أسبوعية ، مهما كان محل عملية البيع: المنتجات الصناعية و الصيد البحري و الخضار و الفواكه و الحيوانات و السيارات؛ المساحات الصغرى من نوع سوبرمارت؛ المساحات الكبرى من نوع متجر كبير و متجر ضخم، المراكز التجارية² . يتواجد في المناطق الحضرية أو شبه الحضرية لوجوب قربه من المستهلكين، لكن استثناء يمنع تواجده في تلك المناطق فيما يخص مباشرة بعض الأنشطة التجارية خاصة التوزيع بالجملة بناء على المادة 29 من المرسوم التنفيذي 12-111: بحيث تمارس أنشطة التوزيع على مستوى الجملة ، حسب الحالة، في فضاءات و أو مربعات أو محلات تقع خارج المناطق الحضرية و بعيدا عن المناطق السكنية طبقا لأحكام المادتين 27 و 28 من القانون رقم 04-08 المؤرخ في 27 جمادى الثانية 1425 الموافق ل 14 غشت 2004.

2- توجيه العقار التنموي للاستثمار بمنح الامتياز عن طريق التراضي.

أهمية تحويل العقار بغرض الاستثمار³ تتمثل في توسيع الاستثمارات بحجم توسيع العقارات الموجهة للاستثمار، و يتم تشجيع الاستثمار بتبسيط الإجراءات الخاصة بالحصول على العقار لانجاز المشروع و هو فعلا ما تحقق من خلال الابتعاد عن المزداد العلني و الاحتفاظ بطريقة التراضي، مع وجود تشجيعات و ضمانات كافية ضريبية و قانونية و قضائية و حتى مرتبطة بالملكية بما يساعد في خلق الثقة و الأمان لدى المستثمر.

أ- منح المستثمر حق الامتياز على العقار التنموي دون تملكه

فيصبح بذلك أطراف العلاقة : الدولة و المستثمر كل واحد منهما له مركز قوة في مجال معين: الدولة مالكة للعقار و المستثمر مالك للتكنولوجيا و الوسائل المعتمدة لانجاز المشروع ،عكس ما كان عليه بموجب أمر 06-11 الذي كان يمنح إمكانية طلب المستثمر⁴ لتملك العقار المستغل للاستثمار بشروط معينة⁵ . فقد قام المشرع بموجب أمر 08-04 بالاحتفاظ بفكرة استغلال الأرض أو العقار

¹ - و هو ما حددته المادة 02 من المرسوم التنفيذي 12-111 المؤرخ في 06 مارس 2012 يحدد شروط و كفاءات إنشاء و تنظيم الفضاءات التجارية و ممارسة بعض الأنشطة التجارية، ج ر عدد 15 الصادرة بتاريخ 14 مارس 2012 ، ص.25.

² - المحددة في المادة 03 من المرسوم التنفيذي 12-111 المحدد سابقا.

³ - للتفصيل في تلك الأهمية، راجع موهوبي محفوظ، المرجع السابق، ص.110-115.

⁴ - يرجع الأساس القانوني لمنح الامتياز إلى قانون الاستثمار بموجب المادة الأولى من أمر 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار المؤرخ في 20 غشت 2001.

⁵ - تتمثل أساسا في الانجاز الفعلي للمشروع مع وضعه في الخدمة وفقا لبند و شروط دفتر الأعباء، اعتمادا على المادة 10 من أمر 06-11..

التنموي عن طريق الامتياز لمدة تتراوح بين 33 سنة قابلة للتجديد على أن لا تتجاوز 99 سنة¹ مقارنة بمدة 20 سنة قابلة للتجديد التي كانت محددة سابقا بموجب المادة 04 من أمر 11-06، فحق الانتفاع بالعقار يستمر طيلة تلك المدة دون أن يمكن مراجعته أو الرجوع فيه إلا بحكم قضائي و هو ما يشكل فكرة الثبات و الاستقرار القانوني.

يمنح الامتياز على أساس دفتر أعباء، عن طريق التراضي على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة المتوفرة لفائدة المؤسسات و الهيئات العمومية و الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاضعين للقانون الخاص و ذلك لاحتياجات مشاريع استثمارية و بشرط احترام قواعد التعمير، اعتمادا على المادة 03² من أمر 04-08 المحدد سابقا المعدلة بموجب المادة 15 من قانون 11-11، بالنتيجة يمكن أن يستفيد من التنازل الشخص الطبيعي و الشخص المعنوي على خلاف الاستثمار في المجال الفلاحي³.

و بالرجوع إلى دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد البنود و الشروط التي تطبق على منح الامتياز بالتراضي للأراضي التابعة للأملاك التابعة للأملاك الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية⁴، فهو يعرف منح الامتياز: " هو الاتفاق الذي تحول من خلاله الدولة لمدة معينة الانتفاع من أرضية متوفرة تابعة لأملاكها الخاصة لفائدة شخص طبيعي أو معنوي، قصد استيعاب مشروع استثماري". و هو التعريف الذي أخذه سابقا الفقه⁵ يعرف الامتياز بأنه: "عقد إداري يتولى الملتزم - فرد كان أو شركة - بمقتضاه وعلى مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة بسير المرافق العامة فضلا عن الشروط التي تضمنها الإدارة لعقد الامتياز."

يتمثل تدخل الدولة من أجل منح الامتياز على العقار الاقتصادي التنموي⁶ في شكل قرار صادر من الوالي، يسمح لإدارة أملاك الدولة الدولة من أجل تحرير عقد الامتياز، حيث نصت المادة 10 من الأمر رقم 08 _ 04 على أنه " يكرس الامتياز المذكور في المادة 04 أعلاه بعقد إداري تعده إدارة أملاك الدولة مرفقا بدفتر أعباء يحدد بدقة برنامج الاستثمار وكذا بنود وشروط منح الامتياز". ، فلا يكفي توافر أركان العقد الموضوعية _ الرضا و المحل و السبب _ بل لابد من الشكلية التي هي ركن للانعقاد متمثلة في دفتر الشروط الذي أعده المشرع سلفا في ملحق بالمرسوم 09-152 المحدد أعلاه ، و هو ما يجعل عقد الامتياز ذو طبيعة مختلطة ، فهو تعاقد تطبق عليه أحكام القانون المدني و لائحي تطبق عليه أحكام القانون الإداري.

¹ - على خلاف الاستثمار الفلاحي فإن أقصى مدة هي 40 سنة قابلة للتجديد بناء على المادة 04 من قانون 10-03 المؤرخ في 15 غشت 2010، ج ر عدد 46، الصادرة بتاريخ 2010، ص.4.

² - كانت تنص قبل التعديل: " يمنح الامتياز على أساس دفتر أعباء، عن طريق المزد العيني المفتوح أو المقيد أو بالتراضي على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة المتوفرة لفائدة المؤسسات و الهيئات العمومية و الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاضعين للقانون الخاص و ذلك لاحتياجات مشاريع استثمارية و بشرط احترام قواعد التعمير."

³ - حيث حصر المشرع بناء على المادتين 08 و 04 من قانون 10-03 المحدد لشروط و كفاءات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة ، إمكانية الاستفادة من الامتياز على العقار الفلاحي على الشخص الطبيعي من جنسية جزائرية فقط دون الشخص المعنوي، و بالتالي استبعاد المستثمر الأجنبي، لخصوصية عملية استغلال الأراضي الفلاحية.

⁴ - الجريدة الرسمية عدد 27 الصادرة في 06 مايو 2009، ص.12.

⁵ - راجع في ذلك، سليمان محمد الطماوي ، " الأسس العامة للعقود الإدارية"، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي، 1999، ص.108.

⁶ - للتوسع أكثر حول دور الدولة في منح الامتياز، راجع، بلكعبيات مراد، " دور الدولة في منح الامتياز في قانون الاستثمار الجزائري"، مجلة دفاتر السياسة و القانون، العدد السابع، جوان 2012، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، ص.230 و ما يليها.

فالدولة ممثلة في وزير المالية فوضت المدير الولائي لأملاك الدولة بإعداد عقد الامتياز الذي يتعاقد باسم الدولة و لحسابها و بإشرافها ، فظنرا للعبء الكبير الموكل على عاتق إدارة أملاك الدولة لقيامها بدور المتعاقد ، دور الخبير ، دور موثق الدولة ، دور المالك للأملاك العقارية و المنقولة ، دور المتابع و المراقب و دور موقع الجزاء ، فقد أوكلت للوكالة الوطنية للوساطة و الضبط العقاري.¹ مهام تسيير أملاك العقار الصناعي التابع للأملاك الوطنية ، بصفتها عضو في اللجنة الولائية ، و لها أن تقترح المشاريع الصناعي المقدمة لها من قبل المستثمرين ، و هذا ما قضت به المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 09_153² . أما بالنسبة للعقار السياحي فيتم منح الامتياز من من الوالي بعد موافقة الوكالة الوطنية لتنمية السياحة حول الأراضي التابعة لمنطقة التوسع السياحي طبقا للمادة 34 من القانون رقم 12-12³ ، لأن المشاريع السياحية ذات طابع الأولوية و الأهمية الوطنية.⁴

و احتفاظ الدولة بالملكية يجعلها تتدخل كمرقب وضابط للعقار الاقتصادي ، مما يساعدها في تحقيق التنمية الاقتصادية، عن طريق احتفاظها بالعقارات للأجيال المستقبلية تجسيدا للتنمية المستدامة و ذلك عن طريق فرض رقابتها بالتراخيص الواجب الحصول عليها مع إمكانية توقيع الجزاءات : كالفسخ و حق تعديل العقد ، حق الرقابة و المتابعة... و سلطة توقيع العقاب في حالة الإخلال بقواعد السوق العقارية أو عدم احترام و تنفيذ بنود دفتر الشروط الذي قدمه المستثمر للاستفادة من حق الامتياز بأن تسترجع أملاكها بدون مقابل .

فطريقة الامتياز القائمة على ملكية الدولة للعقار التنموي- الصناعي و السياحي-، تساهم في تحقيق التنمية المستدامة التي تقوم على تحقيق العدالة بين الأجيال، بأن يتوافر للأجيال القادمة الثروات الطبيعية التي تحقق لهم نفس الفرص لتلبية احتياجاتهم كالجيل الحالي، مع

¹ - عرفت المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 07_119 بالوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري على انه " تنشأ مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي و تجاري تحت تسمية " الوكالة الوطنية للوساطة والضبط العقاري " و تدعى في صلب النص " الوكالة " تتمتع بالشخصية المعنوية و الاستقلال المالي . تخضع الوكالة للقواعد المطبقة على الإدارة في علاقاتها مع الدولة و تعد تاجرة في علاقاتها مع الغير ."

² - تنص المادة 13 من المرسوم التنفيذي 09-153 المحدد سابقا : " يسند تسيير المحافظة العقارية المتكونة من الأصول المتبقية و الأصول الفائضة المسترجعة تدريجيا و الأراضي المتواجدة في المناطق الصناعية إلى الوكالة الوطنية للوساطة و الضبط العقاري و ذلك لحساب الدولة . يتم هذا التسيير من طرف الهيئة المحلية للوكالة الوطنية للوساطة و الضبط العقاري و على مستوى الولاية المعنية على أساس اتفاقية تبرم بين مديرية أملاك الدولة المختصة إقليميا و الهيئة المحلية المسيرة المعنية التي تعمل لحساب الوكالة الوطنية السالفة الذكر."

³ - المؤرخ في 26 ديسمبر 2012 المتعلق بقانون المالية لسنة 2013، عدلت المادة 34 منه المادة 05 من الأمر 08-04 المؤرخ في 01-09-2008 الذي يحدد شروط و كفاءات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية المعدلة و المتممة بموجب المادة 15 من القانون 11-11 المؤرخ في 18 يوليو 2011 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011 و التي تحرر كما يلي: " يرخص الامتياز بالتراضي بقرار من الوالي: - بناء على اقتراح لجنة المساعدة على تحديد الموقع و ترقية الاستثمار و ضبط العقار على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة و الأصول العقارية المتبقية للمؤسسات العمومية المحلة و الأصول الفائضة للمؤسسات العمومية الاقتصادية و كذا الأراضي التابعة للمناطق الصناعية و مناطق النشاطات؛ بناء على اقتراح الهيئة المكلفة بتسيير المدينة الجديدة على الأراضي الواقعة داخل حدود المدينة الجديدة و بعد موافقة الوزير المكلف بتنهية الإقليم؛ بعد موافقة الوكالة الوطنية لتطوير السياحة حول الأراضي التابعة لمنطقة التوسع السياحي" ، و ذلك بعدما كان أمر 08-04 يجعل إمكانية الامتياز قد تتم عن طريق المزاد العلني أو بالتراضي، و ذلك بموجب المادة 03 منه.

⁴ - فالمادة 14 من المرسوم التنفيذي 09-152 الذي يحدد شروط و كفاءات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة و الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، المؤرخ في 02 مايو 2009، ج ر عدد 27، الصادرة بتاريخ 06 مايو 2009، ص.04، قد حددت المشاريع الاستثمارية التي تستفيد من الامتياز بالتراضي و هي التي لها طابع الأولوية و الأهمية الوطنية مثل الاستثمارات الإنتاجية التي يمكنها ان تساهم في استبدال عمليات الاستيراد في القطاعات الإستراتيجية للاقتصاد الوطني، أو أن تكون محدثة لمناصب الشغل أو القيمة المضافة بشكل قوي و تعكس على الخصوص تقليص البطالة.

ترشيد استخدام الموارد الطبيعية لضمان استدامة التنمية، اعتمادا على مبدأ الوقاية من التلوث الذي له فاعلية أكثر مقارنة بمعالجة التلوث بعد حدوثه و ذلك بتجنب الأنشطة المهددة للبيئة و لصحة الإنسان.

ب- تبسيط إجراءات الحصول على العقار التنموي باعتماد التراضي.

التعديلات التشريعية، أكدت انتقال الدولة من الاعتماد على طريق التنازل¹ إلى طريق الامتياز، ثم من الامتياز اعتمادا على المزايا العلي و التراضي في حالات معينة إلى الامتياز عن طريق التراضي فقط . فقد تم استبعاد صيغة المزايا العلي لمنح الامتياز على الأرض المراد للاستثمار عليها، بموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2011 الذي ألغى المادة 07، 06 من أمر 04-08 و حصر طريقة الامتياز في التراضي فقط، و ذلك بسبب بطء إجراءات منح العقار عن طريق المزايا العلي الذي يقوم على منح العقار للمتعاقد الذي يقدم العرض الأقل ثمنا و لكن مع احترام إجراءات معينة يقصد منها الإعلام و الإشهار بالعملي و التي يقصد منها الدعوة للمنافسة و قلة الإقبال عليه²، فالتراضي يبتعد عن الشكليات المرتبطة بالدعوة للمنافسة قد يكون بسيطا أو بعد الاستشارة، و قد تم تأكيد هذا الاختيار بموجب قانون المالية لسنة 2013، حيث عدلت المادة 34 منه المادة 05 من الأمر 04-08 المؤرخ في 01-09-2008 الذي يحدد شروط و كفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأموال الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية المعدلة و المتممة بموجب المادة 15 من القانون 11-11 المؤرخ في 18 يوليو 2011 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011 و التي تحرر كما يلي: "يرخص الامتياز بالتراضي بقرار من الوالي:

- بناء على اقتراح لجنة المساعدة على تحديد الموقع و ترقية الاستثمار و ضبط العقار على الأراضي التابعة للأموال الخاصة للدولة و الأصول العقارية المتبقية للمؤسسات العمومية المحلة و الأصول الفائضة للمؤسسات العمومية الاقتصادية و كذا الأراضي التابعة للمناطق الصناعية و مناطق النشاطات.
- بناء على اقتراح الهيئة المكلفة بتسيير المدينة الجديدة على الأراضي الواقعة داخل حدود المدينة الجديدة و بعد موافقة الوزير المكلف بتهيئة الإقليم.
- بعد موافقة الوكالة الوطنية لتطوير السياحة حول الأراضي التابعة لمنطقة التوسع السياحي"،

¹ -المادة 161 من قانون المالية 1992 سمحت لأول مرة بإمكانية شراء العقارات الصناعية لفائدة الاستثمار على أساس دفتر الأعباء المصادق عليه بالقرار الوزاري المشترك المؤرخ في 19 فيفري 1992 ن ثم عوضت تلك الأحكام بالمرسوم التشريعي 93-12 المؤرخ في 05 أكتوبر 1993 المتعلق بترقية الاستثمار، ج ر عدد 64 لسنة 1993 الملغى، و أحكام المرسوم التنفيذي 94-321 المؤرخ في 17 أكتوبر 1994 المتضمن تطبيق أحكام المادة 24 من المرسوم التشريعي 93-12 المؤرخ في 15 أكتوبر 1993 المتعلق بترقية الاستثمار و يحدد شروط تعيين المناطق الخاصة و ضبط حدودها، ج ر عدد 67، الصادرة بتاريخ 19 أكتوبر 1994 المتضمن الاستثمار في المناطق الخاصة التي تحتوي على مناطق النشاط و مناطق التوسع الاقتصادي، و كذلك المادة 117 المعدلة و المكملة لقانون المالية 1994 التي طرحت صيغة الامتياز على أن ينقلب في الأخير على ملكية بعد الانتهاء من تجسيد المشروع بناء على قانون 03-22 المتضمن قانون المالية 2004 المؤرخ في 28-12-2003، ج ر عدد 83، الصادرة بتاريخ 29 ديسمبر 2003.

² - على الرغم انه بالرجوع إلى التقرير الذي قدم بعد أول عمليات تمت بعد أمر 04-08 يوضح أن السوق لم يرفض الامتياز عن طريق المزايا العلي بل كان إقبال واسع و تنافس شديد في وسط المشاركين في مختلف عمليات المزايا العلي، فقد تم سحب 709 دفتر شروط و مشاركة 217 مستثمر في المزايا العلي بعد دفع الكفالة بما يشكل مؤشر ب 13 دفتر شروط و 4 مستثمرين لكل أصل عقاري، راجع تفاصيل ذلك

و هذه الطريقة - التراضي - تشكل أحسن سبيل لمتابعة الامتيازات الممنوحة لا سيما احترام دفتر الشروط النموذجي، و عند مخالفة بنوده يمكن إلغاء الامتياز الذي لا يمكن أن يكون إلا عن طريق القضاء . و على كل البعض لا يعتبر الاختيار بين السبيلين المحددين إما الامتياز أو التنازل لا يعد مشكلة مهمة و أساسية، بل المشكل الأساسي هو ضمان أن تكون تلك الأراضي قد تم استعمالها لتحقيق المشروع المرغوب فيه و لم يقيم المستثمر بتحويل الغاية من ذلك إلى المضاربة العقارية¹.

ثانيا: ملكية المستثمر للعقار الناتج عن الاستثمار حافز للتنمية الاقتصادية.

القيام بالاستثمار يترتب عنه خلق ملكية جديدة هي ملكية المشروع الاستثماري، و هو ما أكده المشرع الجزائري بأن جعل عند إتمام مشروع الاستثمار تكريس إجباري للملكية البنائيات المنجزة من المستثمر على الأرض الممنوح امتيازها وجوبا بمبادرة من هذا الأخير و بعقد موثق²، و تكون ملكية البنائيات و الحق العيني العقاري الناتج عن حق الامتياز قابلة للتنازل فور الانجاز الفعلي لمشروع الاستثمار و البدء في النشاط بعد المعاينة الفعلية من طرف الهيئات المؤهلة . و لكن هل الحماية القانونية للملكية العقارية يؤدي حتما إلى الحماية القانونية للاستثمار؟³

1- آثار نشأة ملكية العقار المبني بعد الحصول على الامتياز

تتحقق ملكية العقار المبني بعد الانتهاء من انجازه، و لا يمكنه التنازل عن الامتياز أو تأجيله من الباطن إلا بعد إتمام المشروع و تشغيله و ذلك تحت طائلة إسقاط الحق في الامتياز، لكن الأمر يختلف بالنسبة للحصول على العقار التجاري أين يصبح الشخص مالكا للأرض و للعقار المبني الممسد للفضاء التجاري في الوقت نفسه لأن هذا النوع من العقارات يخضع لصيغة منح الامتياز قابل للتحويل إلى تنازل عند الانجاز الفعلي للمشروع طبقا لأحكام دفتر الشروط، و المثبت قانونا بموجب شهادة مطابقة⁴ ، مع احترام الإجراءات القانونية المقررة لحماية البيئة من الحصول على التراخيص أو الموافقة المسبقة من الإدارات المعنية⁵.

-أ- نشأة ملكية العقار المبني مرتبطة باحترام القيود القانونية و الاتفاقية.

¹-Voir, Ahmed RAHMANI, « Problématique de la fonction économique du foncier industriel face au droit », ANIREF Voice, N°.4/Janvier 2010.pp.8-9.

²- بناء على المادة 13 من أمر 04-08 المحدد سابقا.

³- و هو التساؤل الذي اهتم بعض الباحثين في دراسته و التفصيل فيه، على الخصوص، حسين نواره، " الحماية القانونية للملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر"، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، كلية الحقوق، 2013.

⁴- بناء على المادة 61 من قانون المالية لسنة 2015 المحدد سابقا .

⁵- و من أمثلة ذلك: إنشاء المساحات الكبرى المتمثلة في متجر ضخيم أو أسواق جملة ذات بعد وطني أو جهوي، تخضع للموافقة المسبقة من الوزير المكلف بالتجارة و الوزير المكلف بالداخلية حسب المادة 3/08 المرسوم التنفيذي 12-11 المؤرخ في 06 مارس 2012 المحدد لشروط و كفاءات إنشاء و تنظيم الفضاءات التجارية . كما أن تتولى اللجنة المكلفة بإنشاء و تنظيم الفضاءات التجارية... بدراسة كل المسائل المرتبطة بالتعمير التجاري و معالجته و دراسة كل مشروع لإنشاء فضاء تجاري و المصادقة عليه بناء على المادة 1،2/08 من المرسوم التنفيذي 12-11 المحدد سابقا.

تدخل المشرع بنصوص صريحة تؤكد ملكية المستثمر للعقار المبنى الناتج عن استعمال الامتياز على الأراضي التنموية، بناء على المادة 13 من أمر 04-08 و المادة 18 من المرسوم التنفيذي 09-152¹ ، فتتحقق الملكية الخاصة إجباريا فلا يمكن للإدارة رفض منح الملكية لأن القانون هو سندها متى تحققت كل شروطها القانونية المتمثلة في:

● بعد إتمام مشروع الاستثمار : عند إتمام البناءات المقررة في المشروع الاستثماري المراد إنجازه على الأرض الممنوحة امتيازها ، و بعد المعاينة القانونية لذلك بناء على شهادة المطابقة ، تتكسر إجباريا ملكية البناءات المنجزة من طرف المستثمر .
فيتم معاينة إنهاء إنجاز المشروع من الناحية المادية، مع التأكد من مدى احترام القيود التي فرضها المشرع على المستثمر حفاظا على البيئة مع مراعاة التشريع و التنظيمات المتعلقة بالنشاطات المقننة²: من ضرورة توافر التراخيص المطلوبة، التي لا تعد تقييدا لحرية الاستثمار بل الغرض منها جعل ممارسة النشاط يتم تحت رقابة الإدارة في كل مراحل الاستثمار من الإنجاز و إنشاء ممارسة النشاط. و أيضا احترام القيود المتعلقة بالبناء- رخصة البناء- و ذلك باحترام القيود القانونية المحددة لحماية البيئة بما يتحقق معه التنمية المستدامة التي تتضمن في طياتها التنمية الاقتصادية .

فالترخيص يثبت أن المشروع أو المنشأة المصنفة المعنية تطابق الأحكام و الشروط المتعلقة بحماية و صحة و أمن البيئة المنصوص عليها في التشريع و التنظيم المعمول بهما، لاسيما أحكام المرسوم التنفيذي 06-198 و بمذه الصفة، لا تحل محلها أي رخصة من الرخص القطاعية المنصوص عليها في التشريع و التنظيم المعمول بهما، و باعتبار المشروع -الصناعي أو السياحي- من المنشآت المصنفة فيلزم إرفاق الترخيص بدراسة التأثير، متى كان الترخيص المحصل عليه وزاريا و يرتب المشروع أضرارا خطيرة عند استغلالها³، لذلك يرفق طلب استغلال المشروع بدراسة التأثير و دراسة الخطر⁴ ، و ذلك بعرضها للنشاط المزمع القيام به، مع وصف للحالة الأصلية للموقع و بيئته اللذين قد يتأثران بالنشاط المزمع القيام به، ليتم بالنتيجة وصف للتأثير المحتمل على البيئة و على صحة الإنسان بفعل النشاط المزمع القيام به، و تأثيره على التراث الثقافي، و كذا تأثيراته على الظروف الاجتماعية و الاقتصادية، مع وضع الحلول البديلة التي قد تسمح بالحد أو بإزالة، و إذا أمكن بتعويض الآثار المضرة بالبيئة و الصحة.

● مبادرة من المستثمر المستفيد من الامتياز: لا يكون منح حق الملكية بشكل تلقائي أو بقوة القانون بل لا بد من أن يبادر بذلك صاحب المشروع باعتباره صاحب المصلحة، و بموجب ذلك الطلب ستأكد الإدارة المعنية بتوافر الشروط التي تمكنه من التمتع بحق الملكية .

¹ - المؤرخ في 02 مايو 2009، المحدد لشروط و كفاءات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأماكن الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج ر عدد 27، الصادرة بتاريخ 06 مايو 2009، ص.4.

² - بموجب المادة 1/04 من أمر 01-03 المحددة سابقا .

³ - اعتمادا على المواد 19، 20، 21 من قانون 03-10 المحدد سابقا .

⁴ - و ذلك بموجب المادة 15 من قانون 03-10 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، التي تنص: " تخضع مسبقا و حسب الحالة، لدراسة التأثير أو لموجز التأثير على البيئة، مشاريع التنمية و الهياكل و المنشآت الثابتة و المصانع و الأعمال الفنية الأخرى، و كل الأعمال و برامج البناء و التهئية، التي تؤثر بصفة مباشرة أو غير مباشرة فورا أو لاحقا ، على البيئة ، لا سيما على الأنواع و الموارد و الأوساط و الفضاءات الطبيعية و التوازنات الإيكولوجية و كذلك على إطار و نوعية المعيشة. تحدد كفاءات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم".

● بعقد موثق : باعتبار البناية المشيدة عقار فان كل الحقوق و التصرفات التي يكون محلها عقار لا بد أن تكون موثقة و هنا العقد يكون منشئا لحق الملكية لأنه لا يمكن الاحتجاج بملكية العقار المبني إلا بوجود العقد بناء على الأحكام العامة للتصرفات الواقعة على العقار في القانون المدني¹.

-ب- الاستفادة من الملكية الخاصة للعقار لتطوير الاستثمار (السلطات التي يمنحها حق الملكية)

الملكية تساعد على زيادة الإنتاج و بالتالي الاستقرار الاقتصادي و الاطمئنان النفسي للمستثمر ، فإذا كانت الملكية وفقا للقانون المدني² تتمثل في حق التمتع و التصرف في الأشياء، بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين و الأنظمة، فإن الملكية العقارية الخاصة يعتبرها المشرع³ تتمثل في حق التمتع و التصرف في المال العقاري و/أو الحقوق العينية من أجل استعمال الأملاك وفقا لطبيعتها أو غرضها، فالملكية إذن تمنح لصاحبها سلطة التصرف عينا و منفعة و استعمالا في العقار لكنها ليست مطلقة.

الاستعمال: و ذلك بالإفادة من المنفعة التي يمكن أن يخولها الشيء من غير ما يمكن استخراج منتجات و ثمار⁴ كالقيام بكل أعمال الترميم، الحفظ، الحفر، و هي أعمال قد تحتاج الى تراخيص..

الاستغلال: القيام بالأعمال اللازمة للحصول على ثمار الشيء، فاستغلال المنزل بتأجيره و تحصيل أجرته، و الاستغلال قد يتطلب تراخيص إدارية تقيد من سلطة مالك العقار.

التصرف: إما بالتصرف المادي بدم العقار أو ببنائه بعد الحصول على التراخيص اللازمة التي تعد قيودا قانونية، أو تصرف قانوني بنقل الملكية كلياً أو جزئياً أو بتثبيت حق عيني- رهن رسمي- عليه لمصلحة الغير و إمكانية التنازل أيضا عن الحق العيني العقاري الناتج عن حق الامتياز و ذلك فور الانجاز الفعلي لمشروع الاستثمار و البدء في النشاط بعد المعاينة الفعلية من طرف الهيئات المؤهلة⁵. و يمكن التنازل عن المشاريع الاستثمارية دون تصريح مسبق أو تسديد للمزايا الممنوحة و هو ما يفهم من نص المادة 10 من المرسوم التنفيذي 07-08 المحدد سابقا.

كما يمكن التنازل عن ملكية البنايات و الحق العيني العقاري الناتج عن الامتياز بالنسبة للمدة المتبقية بشرط انجاز البنايات المقررة في المشروع الاستثماري المعاينة قانونا بشهادة المطابقة المسلمة من المصالح المختصة بالتعمير، و بدء النشاط المعائن قانونا، حسب الحالة، من اللجنة المختصة اما المكلفة بالضبط العقاري أو الهيئة المكلفة بمنطقة التوسع السياحي أو المكلفة بالمدينة، مع المعاينة القانونية لبدء النشاط من الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار بالنسبة للمشاريع التي تكون موضوع تصريح بالاستثمار ، و يجب إعلام إدارة أملاك الدولة، تحت طائلة البطلان بأي معاملة يحتمل إجراؤها على حق الامتياز⁶.

على خلاف العقار الناتج من استغلال أرض موجهة لممارسة نشاط تجاري: فإذا كان مالكة متعهد ترقية خاص سمح له المشرع بإمكانية التنازل عن العقار بجميع أجزائه أو الانتفاع به⁷، و ذلك بأن يكون مالكا للمشروع التجاري المنجز بعد احترام الشروط الإدارية أو يكون

¹ - و ذلك بموجب المادة 234 مكرر 01 من القانون المدني الجزائري.

² - خاصة المادة 674 من القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم.

³ - اعتمادا على المادة 27 من قانون 90-25 المؤرخ في 18-11-1990 المتضمن التوجيه العقاري، جريدة رسمية عدد 49 لسنة 1990.

⁴ - راجع، مصطفى الجمال، " نظام الملكية"، دار الفتح، الإسكندرية، 2000، ص.62.

⁵ - بناء على المادة 14 من أمر 08-04 المحدد سابقا.

⁶ - بناء على المادة 19 من المرسوم التنفيذي 09-152 المحدد سابقا.

⁷ - بناء على المادة 05 من المرسوم التنفيذي 12-111 المحدد سابقا.

مالكا لأسواق الجملة المهيأة¹ في شكل مربعات و/أو محلات يمكن أن تكون هذه الأخيرة موضوعا للتنازل أو الإيجار لصالح متعاملين اقتصاديين بصفتهم أشخاص طبيعيين أو معنويين مؤهلين للقيام بعمليات البيع و الشراء بالجملة. أما إذا كان مملوكا لمعهد الترقية من أشخاص القانون العام² فلا يمكنه إلا تأجير العقار فقط و هو ما يستشف من مفهوم المخالفة لنص المادتين: 06 و 3/13 من المرسوم التنفيذي 111-12 .

ج- ربط إنجاز المشروع الصناعي باستمرارية ممارسة بعض الأنشطة:

بل قد تعدى المشرع منح ملكية العقار المبني نتيجة للاستثمار لصالح المستثمر، بأن جعل إنجاز الاستثمار الصناعي يمنح حق الاستمرارية في ممارسة بعض الأنشطة التجارية كما هو الأمر بالنسبة لنشاط توزيع المركبات الجديدة المستوردة و ذلك بإنجاز نشاط صناعي و/أو شبه صناعي أو أنشطة أخرى لها علاقة مباشرة بقطاع صناعة السيارات و إلا يتم سحب الاعتماد الممنوح من وزير الصناعة لممارسة نشاط توزيع المركبات الجديدة³.

2- الحماية القانونية لملكية المستثمر للعقار دافع لجلب الاستثمار

باعتبار العقار من أهم الثروات التي يقوم عليها الاستثمار، فقد تدخل المشرع الجزائري لتحديد الحماية القانونية للملكية العقارية للمستثمر أيا كانت جنسيته ووطنيا كان أم أجنبيا لإبعاد مخاوفه فيما يتعلق بالمخاطر غير التجارية⁴، و قد تم تكريس تلك الحماية دستوريا بموجب المادة 52 من دستور 1996 المعدل لدستور 1989، و أيضا المادة 28 من قانون 90-25 المؤرخ في 18-11-1990 المتضمن التوجيه العقاري، فهي إذن مضمونة دستوريا و لا يتم نزعها إلا في إطار القانون مقابل تعويض قبلي عادل و منصف⁵، و هو ما أكده أيضا القانون المدني بموجب عدة نصوص منها المادة 677⁶ و المادة 678⁷.

فمن أهم المخاطر التي تتعرض لها الاستثمارات الأجنبية هي المخاطر غير التجارية التي تمس الملكية، فتجرد المستثمر من أملاكه يعد أخطر الأعمال الإدارية. فللدولة فرض سيادتها الاقتصادية و حقها في الرقابة على النشاط الاقتصادي و ذلك عن طريق حقها في نزع الملكية العقارية الخاصة بالمنفعة العامة، لا يتحقق ذلك إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به⁸. كما أن الاستيلاء المؤقت

¹ - وفقا للمادة 13 من المرسوم التنفيذي 111-12 المحدد سابق .

² - بناء على المادة 06 و المادة 09 من المرسوم التنفيذي 111-12 المحدد سابقا.

³ - و هو ما نظمته المشرع بموجب المادة 52 من قانون المالية لسنة 2014 و أكدته المادة 1،2/24 من المرسوم التنفيذي 15-58 المؤرخ في 08 فبراير 2015 المحدد لشروط و كفاءات ممارسة نشاط وكلاء المركبات الجديدة، ج ر عدد 05، الصادرة بتاريخ 08 فبراير 2015، ص.13.

⁴ - أنظر، نعيمى فوزي، "إشكالية العقار في عملية الاستثمار الخاص في الجزائر- دراسة ميدانية-"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، الجزائر، الجزء 37، رقم 04، لسنة 1999، ص.ص. 149-151 .

⁵ - المادة 20 من دستور 1996 .

⁶ - تنص المادة 677 من القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم: " لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته، إلا في الأحوال و الشروط المنصوص عليها في القانون. غير أن لإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها، أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف و عادل. و إذا وقع خلاف في مبلغ التعويض، و جب أن يحدد هذا المبلغ بحكم قضائي، إلا أن تحديد مبلغ التعويض يجب ألا يشكل بأي حال مانعا لحيازة الأملاك المنتزعة"

⁷ - تنص المادة 678 من القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم: " لا يجوز إصدار حكم التأميم إلا بنص قانوني، غير أن شروط و إجراءات نقل الملكية و الكيفية الكيفية التي يتم بها التعويض يحددها القانون."

⁸ - و ذلك بناء على المادة 16 من أمر 01-03: " لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع مصادرة إدارية غلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به"

على أملاك المستثمر الأجنبي لا يتم إلا بإتباع الإجراءات القانونية و مقابل تعويض عادل، فالحماية المقررة تكون تحت رقابة القضاء للإجراءات التي تتخذها السلطات العامة لاسترجاع ممتلكات الدولة.

فالدولة ملزمة بحماية أموال المستثمر لكن يمكن تعديل القوانين و التشريعات الذي لا يمس أصلا بحقوق الأجانب لأن تلك النصوص لا تمنح لهم حقوقا مكتسبة بل قامت بوضعهم في مراكز تنظيمية عامة يجوز تعديلها بنفس طريقة منحها.

احترام الدولة للحقوق المكتسبة للمستثمر .

الدولة المضيفة للأجانب لها كل الحرية في تغيير أوضاع الأجانب بالنسبة للمستقبل على أراضيها، بشرط عدم المساس بالحقوق المكتسبة للأجانب في إطار القانون القديم، و هذا المبدأ ذو طبيعة دولية و بالتالي عدم احترام الدولة له يعد خرقا لقاعدة دولية قد ينشأ عنها مسؤوليتها الدولية، و قد تطرق قانون تطوير الاستثمار إلى مبدأ الحقوق المكتسبة في المادة 15¹.

يمكن الاعتماد على فكرة الإثراء بلا سبب لإلزام الدولة بالتعويض لأن الدولة المضيفة أثريت من دون سبب على حساب المستثمر الأجنبي من جراء تعرضه للتأميم أو المصادرة أو نزع الملكية للمنفعة العامة. و يستحسن ان يكون التعويض على أساس القيمة السوقية في الدولة المضيفة للاستثمار يوم المصادرة².

التزام الدولة بالتعويض عند نزع الملكية و استرجاعها للعقار التنموي .

حماية لحق الملكية الخاصة الناتجة عن المشروع الاستثماري، فالدولة ملزمة بدفع تعويض مناسب جبرا لما قد ينتج من أضرار نتيجة لنزع الملكية و استرداد العقار التنموي. فيجب أن يكون مبلغ التعويضات عادلا و منصفا يغطي كامل الضرر الناشئ عن نزع الملكية، و يحدد استنادا إلى القيمة الحقيقية للممتلكات حسب ما يستنتج من طبيعتها، أو فحواها و أوجه استعمالها الفعلي من مالكيها أو أصحاب الحقوق العينية فيها. تقدر هذه القيمة الحقيقية على ما هي عليه يوم إجراء التقييم من قبل مصالح الأملاك الوطنية³.

و في حالة فسخ عقد منح الامتياز تدفع الدولة أيضا تعويضا مستحقا بعنوان القيمة المضافة المحتملة التي أتى بها المستثمر على القطعة الأرضية من خلال الأشغال المنجزة قانونا دون أن يتجاوز هذا المبلغ قيمة المواد و سعر اليد العاملة المستعملة، تحدد مصالح الأملاك الوطنية المختصة إقليميا القيمة المضافة المحتملة⁴. أما في حالة عدم إتمام المشروع أو عدم احترام الشروط و رخصة البناء حتى بعد انتهاء المدة الممنوحة للمستثمر لإتمام المشروع و التي لا تتجاوز ثلاث 03 سنوات ، يسقط حق الامتياز و تلزم الدولة بدفع تعويض مقابل فائض القيمة التي أتى بها المستثمر على القطعة الأرضية من خلال الأشغال المنجزة بصفة نظامية دون أن يتجاوز هذا المبلغ قيمة المواد و سعر

¹ - تنص المادة 15 من أمر 03-01: " لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر إلا طلب المستثمر ذلك صراحة."

² - راجع حول مختلف الطرق المعتمدة في تقدير التعويض، حسين نواره، المرجع السابق، ص 212 و ما بعدها خاصة ص.221.

³ - وفقا للمادة 31 من المرسوم التنفيذي 93-189 المحدد سابقا.

⁴ - بناء على المادة 09 من أمر 06-11 المؤرخ في 30 أوت 2006.

اليد العاملة المستعملة مع اقتطاع نسبة 10% على سبيل التعويض¹ و يقتطع منه الامتيازات و الرهون التي تكون قد أثقلت القطعة الأرضية بسبب صاحب الامتياز المخل بالتزاماته².

و غالبا ما يتم إبرام عقد الضمان الدولي للاستثمارات من أجل تأمين المستثمر و ملكيته ضد كل أنواع المخاطر غير التجارية كالتأمين، نزع الملكية، فهو يضمن حصول المستثمر على مبلغ التعويض كمقابل لتعرضه لتلك المخاطر في آجال قانونية قصيرة مصدره عقد تأمين يربطه المستثمر مع هيئات الضمان الدولية، و التي ترجع بعدها على الدولة المضيفة التي باشرت الإجراءات و التي تسببت في الضرر الذي لحق بالمستثمر الذي يدفع الإقساط، فهو سيتحصل على التعويض حتى لو كانت الدولة المضيفة معسرة لترجع عليها الهيئة لاحقا. و قد انضمت الجزائر إلى عدة هيئات متخصصة في الضمان و الائتمان لإنشاء برامج وطني كامل للضمان تحت إدارة هذه الهيئات منها المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، الوكالة الوطنية لضمان الاستثمار، المؤسسة الإسلامية للتأمين و الضمان الصادرات³.

لكن لا يستفيد المستثمر من تعويض نتيجة لإسقاط الحق متى يكون هو المتسبب في ذلك الإسقاط⁴ : لعدم إنجاز البنائيات في الآجال المحددة و بدون مطابقة البنائيات للبرنامج المحدد و /أو الرخصة البناء أو الترخيص المشترط قانونا⁵ ، و لا يمكن للمستثمر طلب التعويض، و يمكن أن يؤدي إسقاط الحق إلى نطق المحكمة بدم البنائيات، فهنا يلزم و على نفقته إعادة القطعة الأرضية محل الامتياز لحالتها الأصلية⁶، و بذلك تتجسد حماية البيئة بتحقيق مبدأ عدم تدهور الموارد الطبيعية و الذي بمقتضاه يلزم المستثمر بتجنب إلحاق الضرر بالأرض باعتبارها من مكونات البيئة و التي تعد جزءا لا يتجزأ من مسار التنمية⁷ و هو نفس الالتزام الذي قد يفرضه عليه القضاء في حال استغلال المشروع دون الحصول على ترخيص باعتباره من المنشآت المصنفة⁸.

¹ - بناء على المادة 21 من المرسوم التنفيذي 09-152 المحدد سابقا .

² - بناء على المادة 4/22 من المرسوم التنفيذي 09-152 المحدد سابقا .

³ - للتفصيل حول عقد الضمان الدولي للاستثمارات، راجع، حسين نواره، المرجع السابق، ص ص.232-236.

⁴ - بموجب المادة 1،2/22 من المرسوم التنفيذي 09-152 المحدد سابقا.

⁵ - من أمثلة ذلك المادة 19 من قانون 03-10 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة المؤرخ في 19 جويلية 2003، ج ، عدد43 ، الصادرة بتاريخ 20 جويلية 2003، ص.6، التي تنص: " تخضع المنشآت المصنفة، حسب أهميتها و حسب الأخطار أو المضار التي تنجر عن استغلالها، لترخيص من الوزير المكلف بالبيئة و الوزير المعني عندما تكون هذه الرخصة منصوفا عليها في التشريع المعمول به، من الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي، و تخضع لتصريح لدى رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني، المنشآت التي لا تتطلب إقامتها دراسة تأثير و لا موجز التأثير".

⁶ - بناء على المادة 3/22 من المرسوم التنفيذي 09-152 المحدد سابقا.

⁷ - بناء على المادة 2/03 من قانون 03-10: " يتأسس هذا القانون على المبادئ العامة التالية:...- مبدأ عدم تدهور الموارد البيئية: الذي ينبغي بمقتضاه ، تجنب إلحاق الضرر بالموارد الطبيعية ، كالماء و الهواء و الأرض و باطن الأرض و التي تعتبر في كل الحالات ، جزءا لا يتجزأ من مسار التنمية، و يجب أن لا تؤخذ بصفة منعزلة في تحقيق تنمية مستدامة ."

⁸ - يعاقب كل من استغل تلك المنشأة بغرامة قدرها خمسمائة ألف دينار (500.000 د ج)، كما يجوز للمحكمة أن تقضي بمنع استعمال المنشأة إلى حين الحصول على الترخيص ضمن الشروط المنصوص عليها في المادتين 19 و 20 من قانون حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة و يمكنها أيضا الأمر بالنفاذ المؤقت للحظر، كما يجوز للمحكمة الأمر بإرجاع الأماكن إلى حالتها الأصلية في أجل تحدده بناء على المادة 102 م قانون 03-10 المتعلق بقانون حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة.

تؤكد التعديلات التشريعية منذ 2008 إلى نهاية 2014، على وجود إرادة لإرساء قواعد تدريجية لضبط سوق العقار، مع احتفاظ الدولة دائما بدور الرقيب و الضابط و المراقب لتطبيق القانون ، مع إمكانية تطبيق العقاب عند الإخلال بالنصوص التشريعية ما دام العقار جوهر الاستثمار. فملكية الدولة للعقار الموجه للاستثمار يعد أمرا ضروريا لحفاظا على الوعاء العقاري الركيزة الأساسية للتنمية الاقتصادية بإنشاء المشاريع الاقتصادية بمختلف تخصصاتها، و الملكية الخاصة للعقار المبني الناتج عن الاستثمار يعد حتمية لدفع المستثمر نحو جلب رؤوس أموال أكبر ما دامت التشريعات المتعلقة بالاستثمار و استعمال العقار الاقتصادي تحقق له الأمان و الاستقرار لممتلكاته. و مدة الامتياز المتزاوجة بين 33 سنة و 99 سنة تجعل المستثمر يستفيد أكثر من العقار، فالمشروع بذلك قد جسد الفكرة المعروفة بان الملكية ليست المال العقار بل هي التحكم الحصري في هذا المال: « La propriété ce n'est pas le bien immobilier¹, mais la maitrise exclusive de ce bien»

لكن ما يعاب على تلك النصوص التشريعية اهتمت أكثر بالامتيازات المالية و الجبائية التي يستفيد منها صاحب المشروع أكثر من اهتمامها بالانسجام بين النصوص التشريعية المنظمة للعقار مع حجم الاستثمار المراد القيام به، كما أن نظام الحماية الذي تبنته الجزائر من أجل استقطاب الاستثمارات التي تحقق التنمية الاقتصادية غير كاف، لأن غاية المستثمر بعد استفادته من تلك الضمانات و الامتيازات هي الحصول على حماية فعالة للمشروع من كل أنواع المخاطر غير التجارية التي قد تمس بملكيتة العقارية .

فهل هذا يعني ضرورة إتباع ما انتهجته بعض الدول من منح المستثمر الأجنبي الحصول على حق التملك المطلق للمشروع الاستثماري واطعة جانبا قضايا الاستقلال السياسي أو الاقتصادي التي أصبحت من الإيديولوجيات الكلاسيكية الجامدة التي لا مكان لها في هذا العصر²، أم أن المشكل ليس في من يملك الأرض أو العقار و إنما في كيفية الاستغلال و مدى فعالية الضوابط القانونية و مطابقتها مع الواقع، فبقاء الأرض ملكا للدولة لا يعني استغلالها بطريقة فوضوية بل لا بد من جعل النصوص تشعر المستثمر بالأمان و الاستقرار أثناء انجازه لمشروعه و استغلاله .؟

¹ - Voir, SIMLER Philippe, « Ouvrage complexes et droit de propriété », Revue de droit immobilier, Octobre , Décembre1999, Dalloz , p.491.

² - أنظر، نور الدين الشيخ عبيد، " الملكية و توليد القيمة - التوجه الاستراتيجي للشركات في الاقتصاد الجديد-"، مكتب العبيكات، دمشق 2002، ص.17، ص.17، مشار إليه من طرف حسين نوار، المرجع السابق، ص.5.

التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الاستثمار في التشريع الجزائري

د. ذبيح زهيرة

أستاذ محاضر "أ"

كلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة يحيى فارس بالمدينة

ملخص

إن بطء التقاضي والتراخي في فض المنازعات في النظام القضائي الرسمي الذي تشرف عليه وتديره الدولة، يؤدي إلى التأخر في تحقيق العدل والعدالة. ومن ثم أصبح من الضروري إنشاء وسائل بديلة لفض المنازعات الاستثمارية، ويدخل في عداد هذه الوسائل التحكيم.

يعد التحكيم الطريقة الجيدة والمقبولة لحسم منازعات الاستثمار لأنه يأتي مناسباً مع طبيعة عقود الاستثمار، ويأتي منسجماً مع رغبة المستثمرين بالابتعاد عن القضاء الرسمي للدولة المستثمرة والتي عادة ما ينظر إليها نظرة الشك والريبة.

للتحكيم أهمية في المجال الاستثماري بين الدول، وهذه الأهمية تزداد يوماً بعد يوم، وذلك بسبب اللجوء إليه في المنازعات التجارية وفي منازعات العقود الدولية، حتى أنه أصبح يقال أن التحكيم في منازعات الاستثمار هو الأصل، وأن اللجوء إلى القضاء هو الاستثناء.

وحرصاً على جلب المستثمرين والابتعاد عن بطء التقاضي، أجاز المشرع الجزائري التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار لكن هذه الإجازة جاءت بعد تردد وأخذ ورد، نتيجة للتطورات والمتغيرات الاقتصادية الدولية.

الكلمات المفتاحية: التحكيم ، الاستثمار ، المنازعات ، المتغيرات الاقتصادية الدولية.

Abstract

The Slow litigation proceedings and Delay in conflict resolution in the formal judicial system, supervised and administered by State, lead to Disrupting the achievement of justice and justice that s why it is necessary to create alternative means of settling investment disputes, including arbitration

Arbitration is a good way to resolve investment disputes because it fits with the nature of investment contracts and investors desire to move away from the official judiciary of the investing state, which is usually seen as a look of suspicion

Arbitration is important in the field of investment between countries, and this importance is increasing day by day, because it is used in trade disputes and disputes of international contracts, so it has become said that arbitration in investment disputes is the origin, and that recourse to the judiciary is the exception.

In order to bring investors away from the slow litigation, the Algerian legislature approved arbitration as a means of settling investment disputes, but this leave came after hesitation, as a result of developments and international economic changes

تعد مسألة وجود منازعات في أي مجال من مجالات الحياة ظاهرة طبيعية، نظرا لأن الاحتكاك والتعامل بين الأشخاص يولد خلافات نتيجة لتعارض مصالحهم.

وتبعاً لذلك فإن العلاقة في عقود الاستثمار بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار، تثير لنا مشكلة أساسية، ألا وهي كيفية التوفيق بين الأهداف العامة التي تسعى الدولة المضيفة لتحقيقها، وبين الأهداف الشخصية التي يسعى لتحقيقها الطرف الخاص المتعاقد معها (المستثمر الاجنبي).

هذا الأمر يجعل من المقال الموسوم بـ: "التحكيم كوسيلة لفض منازعات الاستثمار في التشريع الجزائري"، موضوعاً في غاية الأهمية لأنه يدفني للبحث عن كيفية تسوية منازعات عقود الاستثمار.

ورغم تعدد وسائل فض منازعات الاستثمار، فلقد أعتبر المشرع الجزائري التحكيم الوسيلة الجيدة والمقبولة لتسوية هذا النوع من المنازعات.

على هذا الأساس ونظراً للأهمية المتزايدة لهذا الموضوع أمام تطور التجارة الدولية وتنوع أشكال العقود أردت التصدي لهذا الموضوع في التشريع الجزائري بمقال متواضع يطرح إشكالية "موقف المشرع الجزائري من نظام التحكيم في منازعات الاستثمار".

الإجابة على هذه الإشكالية يتطلب الوقوف عند مفهوم التحكيم (المبحث الأول) ثم الوقوف عند موقف المشرع الجزائري من التحكيم في منازعات الاستثمار (المبحث الثاني)

المبحث الأول: مفهوم التحكيم

لاستيعاب فكرة التحكيم في منازعات الاستثمار، يكون من الضروري أن أتعرض في البداية للتعريف بالتحكيم (المطلب الأول) ثم أحدد أشكاله وتمييزه عن غيره من وسائل فض منازعات الاستثمار (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التعريف بالتحكيم

أمام تنامي أهمية التحكيم في مجال الاستثمار، ارتأيت أن أتعرض في أول مرحلة إلى تعريف التحكيم وتحديد أسسه وخصائصه (الفرع الأول) وأمام تعدد واختلاف الوسائل التي يلجأ إليها الأطراف في عقود الاستثمار فضلت أن أتعرض إلى تحديد أشكال التحكيم وتمييزه عن غيره من وسائل فض منازعات الاستثمار (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف التحكيم وتحديد أسسه وخصائصه

في هذا الفرع سوف أتطرق إلى التعريف اللغوي والاصطلاحي (أولاً) ثم أحدد أسس التحكيم (ثانياً) وخصائصه (ثالثاً).

أولاً: التعريف اللغوي والاصطلاحي للتحكيم

أ- قال الله تعالى في كتابه الكريم: " فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا". (1)

" وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا" (2)

إنطلاقاً من هذين الآيتين نرى أن التحكيم في اللغة معناه التفويض في الحكم، وهو مأخوذ من حكم (بتشديد الكاف وفتح الميم)، وأحكمه فأستحكم أي صار محكماً في ماله تحكيماً إذا جعل إليه الحكم فيه فأحتكم عليه ذلك، وحكموه بينهم أي أمره أن يحكم (يفصل) بينهم. (3)

ب- التعريف الاصطلاحي للتحكيم

التحكيم إصطلاحاً يعرف على أنه الاتفاق على طرح النزاع على أشخاص معينين يسمون "محكمين" ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة. (4)

التحكيم هو: تولية الخصمين حكماً يحكم بينهما أي اختيار ذوي الشأن شخصاً أو أكثر فيما تنازعا فيه دون أن يكون للمحكم ولاية القضاء بينهم. (5)

ويمكن تعريف التحكيم بأنه وسيلة خاصة للتقاضي تقوم على اتفاق يعهد بمقتضاه الأطراف إلى شخص أو عدة أشخاص بمهمة حسم المنازعات المتعلقة بهم عن طريق إصدار حكم ملزم يتمتع بحجية الأمر المقضي. (6)

تكون محل اهتمام علاقات بين شخصين أو أكثر يستمدون سلطتهم من إيقاف خاص يحكمون على أساسه دون أن تقلدهم الدولة هذه المهمة (7)، ويعرف الأستاذ "أحمد مخلوف" التحكيم على أنه "نظام قضائي خاص مؤداه تسوية المنازعات التي تشور بين المتعاملين في التجارة الدولية بموجب اتفاق بينهم يقضي بذلك". (8)

أما القضاء فعرف التحكيم على أنه: "طريق استثنائي لفحص الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية، وبالتالي فهو مقصود على ما تنصرف إليه إرادة الأطراف" (9).

1- سورة النساء الآية 65

2- سورة النساء الآية 35

3- لسان العرب لابن منظور، الجزء الثاني، دار المعارف، ص 952.

4- محمد السيد عمر التخيوي، الصيغة القانونية لنظام التحكيم، منشأة المعارف، القاهرة، 2003، ص 5.

5- أحمد حساب مطاوع، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، 2008، ص 19.

6- إبراهيم أحمد إبراهيم، اختيار طريق التحكيم ومفهومه في إطار "مركز حقوق عين شمس للتحكيم"، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، العدد السابع، جويلية 2001، ص 126.

7- أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 2005، ص 08.

8- نفس المرجع، ص 10.

9- معوض عبد التواب، المستحدث في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى 1997، ص 11.

بناء على ما تقدم يصبح التحكيم نظام قضائي خاص، تكرر فيه قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، يختار فيه الأفراد بإرادتهم الحرة قضاةم يعهدون إليهم بمقتضى اتفاق مكتوب مهمة تسوية المنازعات التي تنشأ بينهم بخصوص علاقتهم التعاقدية والتي تنتهي بصدر حكم حاسم بين الخصوم أنفسهم بدلا من المحكمة المختصة.⁽¹⁾

ثانيا: أسس التحكيم

يقوم التحكيم على الأسس التالية:⁽²⁾

- 1- اتفاق طرفي النزاع بإرادتهما الحرة على فض المنازعات التي قد تقع فيما بينهم عن طريق التحكيم (احترام مبدأ سلطات الإرادة).
- 2- اتفاق طرفي النزاع على اختيار المحكم أو المحكمين، وغالبا ما يكون المحكمين من غير رجال القضاء المتخصصين في المجال الذي يجري التحكيم في نطاقه.
- 3- اتفاق طرفي النزاع على إلزامية القرار الذي يصدر في النزاع من قبل هيئة التحكيم وقبولهما المسبق بتنفيذه كما يصدر، (تمتع القرار بحجية الأمر المقضي).

ثالثا: خصائص التحكيم

يتميز التحكيم بمجموعة من الخصائص ويمكن إجمالها في النقاط التالية:

1- السرعة في الاجراءات⁽³⁾:

إن سرعة ومرونة اجراءات التحكيم تؤدي إلى توفير الوقت، هذه السرعة التي لا وجود لها في النظم القضائية التقليدية.

الأطراف في عقود الاستثمار تفضل اللجوء إلى التحكيم لما يقدمه للأطراف من عدالة سريعة

والتي ترجع إلى عاملين: الأول هو إلزام المحكم بالفصل في زمن معين يحدده الأطراف كأصل عام، وقد تحدده الموائيق، والأمر يذهب إلى أبعد من ذلك بحيث يسمح للأطراف بالتعديل في المدة التي تم الاتفاق عليها.

أما العامل الثاني: فإنه يتعلق بأن التحكيم نظام للتقاضي من درجة واحدة، فالحكم الصادر من المحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي، ولا يجوز الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن العادية.

¹ - ابراهيم أحمد ابراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، 2000، ص 85 - 86.

² - ابراهيم أحمد ابراهيم، اختيار طريق التحكيم ومفهومه، المرجع السابق، ص 126.

³ - بشار مجد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2006، ص 351.

2- سرية التحكيم⁽¹⁾:

إذا كانت العلنية التي تحيط بالقضاء الرسمي، وتشكل ضمانات للمتقاضين، فإنها في التحكيم تشكل وبالا على التجار والمستثمرين فالأطراف في عقود الاستثمار لما وقع اختيارهم على التحكيم لما يتميز به من سرية، فجلسات التحكيم غير علنية، والأحكام الصادرة بشأنه غير منشورة وهذا ما يفضله المستثمر، فكم من تاجر يفضل خسر دعواه على كشف أسرار تجارية تمثل في نظره قيمة أعلى من قيمة الحق الذي يناضل من أجله، وذلك نظرا إلى ما قد تؤدي إليه تلك المعرفة من المساس بمراكزهم المالية أو الاقتصادية.

3- حرية الأطراف في ظل التحكيم:

تتلخص هذه الحرية فيما يملك الأطراف من حرية في اختيار نوع التحكيم، فلهم أن يختاروا بين التحكيم الخاص أو التحكيم المؤسسي كما لهم أن يختاروا بين أن يكون التحكيم بالقانون أو بالصلح، ومكان انعقاد التحكيم وزمانه، والقانون الذي يطبقه المحكمون على اتفاق واجراءات التحكيم وموضوع المنازعة محل التحكيم.

4- التحكيم قضاء متخصص:

ويقصد بذلك أن يكون المحكمون في أغلب الحالات على أعلى مستوى من الكفاءة العلمية والقانونية هذا فضلا عن تمتعهم بالخبرة العلمية والعملية في المنازعات المسندة إليهم للفصل فيها، ولعله مما يساعد على ذلك أن الأطراف عموما هم الذين يختارون المحكمين، وهم بالتأكيد سيعمدون إلى الاختيار الأنسب ونتيجة لذلك لو اعترض أحد الأطراف النزاع بعدم اختصاص محكمة التحكيم في الفصل في النزاع، أو بعدم وجود اتفاق يشير إلى اللجوء إلى التحكيم، فإن الذي يفضل في ذلك هم المحكمين أنفسهم وليس للمحكمة القضائية أن تفصل في مسألة اختصاص المحكمين⁽²⁾.

المطلب الثاني: أنواع التحكيم وتميزه عن غيره من وسائل فض المنازعات الاستثمار

أما تعدد الوسائل التي يمكن أن يلجأ إليها الأطراف في عقود الاستثمار لتسوية منازعاتهم، وأمام اختلاف وأهمية كل نوع ارتأيت أن اخصص (الفرع الأول) لأنواع التحكيم وتميزه هذا النوع عن الأنواع الأخرى (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أنواع التحكيم

تعدد أنواع التحكيم بين الحر والمؤسسي، وتطبيق وتحكيم بالقانون وإلى تحكيم دولي ووطني.

أولا: التحكيم الحر والمؤسسي:

التحكيم الحر يكون بناء على إرادة الأطراف التي تتجه إلى إقامته في نزاع معين وإلى اختيار المحكمين والقواعد الموضوعية والاجرائية التي تطبق على النزاع المطروح، فأساس التحكيم الحر مبدأ سلطان الإدارة.⁽³⁾

¹ - هشام خالد، التحكيم التجاري الدولي، منشأة المعارف، 2007، ص 32.

² - ابراهيم أحمد ابراهيم، المرجع السابق، ص 121.

³ - خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة، دار الشروق، الطبعة الأولى، القاهرة 2002، ص 117.

أما التحكيم المؤسسي فهو الذي تتولاه مؤسسة تحكيمية معينة، ووفقا لقواعد وإجراءات موضوعة مسبقا، يتفق هذا النوع من التحكيم وظروف التجارة الدولية، وهو التحكيم الأنسب لفض النزاعات المتعلقة بالعقود الدولية للاستثمار هذا وما يميز النوعين أنهما يقومان على إرادة الخصوم.⁽¹⁾

ثانيا: التحكيم الطليق والتحكيم بالقانون:⁽²⁾

يقصد بالتحكيم بالقانون التحكيم الذي لا يكون للمحكم فيه إلا سلطة القضاء في النزاع المعروض عليه مقيدا بحكمة بقواعد القانون الموضوعية.

أما التحكيم الطليق فهو التحكيم الذي لا يتقيد في المحكم بقواعد قانونية موضوعية، أي أن المحكم معفى من إتباع قواعد قانونية معينة، فالمحكم أو المحكمين في هذا النوع يقوم بالفض في النزاعات عن طريق الترخيص، وبموجب قواعد العدالة والانصاف.

ثالثا: التحكيم الوطني والتحكيم الدولي

التحكيم الوطني هو التحكيم التي تكون كل مقوماته وعناصره من موضوع النزاع والمكان الذي يجري فيه التحكيم، والقانون الواجب التطبيق - متصلة بدولة معينة.⁽³⁾

هذا النوع من التحكيم يتعلق بمعاملات وطنية بين وطنيين ويفصل بينهم محكمون وطنيون وينفذ حكمه في ذات الدولة.

أما التحكيم الدولي فهو التحكيم الذي يشتمل على عنصر النزاع، أو عدة عناصر أجنبية سواء تعلق بجنسية الأطراف أو بموضوع النزاع أو إجراءات التحكيم.⁽⁴⁾

الفرع الثاني: تمييز التحكيم عن غيره من وسائل فض منازعات الاستثمار

إلى جانب التحكيم هناك وسائل أخرى لفض منازعات الاستثمار والمتمثلة في الوساطة - التوفيق - التفاوض - الخبرة الفنية - المحاكمات المصغرة.

أولا: الوساطة

الوساطة هي وسيلة اختيارية غير ملزمة لحسم الخلافات، يلجأ بموجبه الأطراف إلى طرف ثالث محايد يسمى الوسيط، الذي يقوم بحسم الخلاف عن طريق فحص الطلبات والادعاءات، ويشترط في الوسيط المختار الحياد والاستقلال، والقدرة على الحوار والاقتناع، وأن يكون له خبرة علمية وكافية في موضوع النزاع.

¹ - أحمد حسان مطاوع، المرجع السابق، ص 50.

² - أحمد حسان مطاوع، المرجع السابق، ص 44.

³ - خالد كمال عكاشة، دور التحكيم في فض منازعات الاستثمار، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، 2014، ص 56.

⁴ - أحمد حسنتن مطاوع، المرجع السابق، ص 54.

يعمل الوسيط على جمع المعلومات على النزاع المطروح ويهدف إلى تقريب وجهات نظر الطرفين للوصول إلى حلول تحقق أهداف الأطراف المنازعة.

ثانيا: التوفيق:

ومقتضاه مثول الأطراف أمام طرف محايد يتم اختياره من قبل الأطراف بغرض تسوية منازعاتهم.

يسعى الموفق إلى التوفيق بين وجهات النظر المختلفة وبين المواقف المتعارضة، كما يقدم التوصيات التي يمكن أخذها بعين الاعتبار في تسوية النزاع، ويدير الموفق عملية التوفيق لما يراه مناسبا مع مبادئ الحيادة والعدل والإنصاف.

ثالثا: التفاوض

هو نتيجة طبيعة لوجود اختلاف في المصالح الاجتماعية والاقتصادية لذلك فهو مرتبط بالمجتمع الانساني وبالعلاقات الاجتماعية بين الأفراد، وفي تحديد معناه يمكن القول بأنه نوع من الحوار بين طرفين أو أكثر حول موضوع أو مسألة معينة وقع فيها خلاف، فهو يهدف إلى تقريب وجهات النظر والوصول إلى حل للمشكل المطروح.

رابعا: الخبرة الفنية

غالبا ما يحدث نزاع ذو طابع فني عندئذ يلجأ الأطراف إلى تعيين خبير فني محكما وذلك لإبداء رأيه في المسائل محل النزاع، وتقديم تقرير بصدد الجوانب الفنية في الموضوع سواء إن كانت زراعية طبية وهندسية.. إلخ ما يميز هذا النوع أن ما يقدمه الخبير من تقارير فهي غير ملزمة للقاضي.

خامسا: المحاكمات المصغرة

يقوم على إحالة النزاع إلى هيئة إدارية محايدة تتولى حل المنازعات بدون محاكمة، ولقد اثبت هذا النوع نجاحا في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث استطاع أن يحل الكثير من المشاكل المعقدة، يتميز هذا الأسلوب ببساطة وبقدرته على حل المشاكل بسهولة وبدون تكلفة.

وكخلاصة نقول أن هناك اختلاف بارز بين التحكيم وهذه الوسائل المختلفة وذلك بكون أن للتحكيم وجهان أحدهما اتفاقي وهو ما يتفق مع الأنواع الأخرى، والوجه الآخر القضائي الملزم الذي يميز التحكيم عن تلك الوسائل.

عموما ما يميز هذه الأنواع بما فيها التحكيم بسيطرة الأطراف على الإجراءات، وتميزها بالسرعة والمرونة، والسرية (سبق شرحها..). كما أنها لا تنتمي بقرار غير ملزم للأطراف.

المبحث الثاني: التحكيم في التشريع الجزائري

الجزائر كغيرها من الدول أدركت أهمية وجود نظام التحكيم في إطار قوانينها كوسيلة لتسوية الخلافات بينها وبين المستثمر الأجنبي، لذلك أجازت اللجوء إليه، لكن هذه الإجازة جاءت بعد أخذ ورد وبعد تردد المشرع الجزائري، وهذا ما تم تجسيده في قانون الاستثمار الجزائري (المطلب الأول) إلى جانب إقرار اللجوء إليه بموجب قانون الاجراءات المدنية والإدارية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التحكيم في قانون الاستثمار الجزائري

اتخذت الجزائر غداة الاستقلال موقفا معاديا لنظام التحكيم وهذا ما يفهم بصريح عبارات نص المادة 3/442 من الأمر 154/66 لكن بدخولها اقتصاد السوق استجابت للمتغيرات الدولية تحت لواء تنمية الاقتصاد الوطني، أقرت التحكيم في قانون الاستثمار (الفرع الأول) وأقرت اختصاص القاضي الوطني - كأصل عام - في منازعات الاستثمار (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إقرار إمكانية اللجوء إلى التحكيم الدولي

بإعلان الجزائر عن انفتاحها على الأسواق الدولية حرصت على إقامة مناخ استثماري جذاب للمستثمر الأجنبي، وذلك بإصدار المرسوم التشريعي 93-12 (أولا)، والأمر 03/01 (ثانيا)

أولا: إقرار التحكيم في المرسوم التشريعي 93-12

في الأمر 154/66 تبنى المشرع الجزائري قاعدة أساسية وهي الرفض التام لنظام التحكيم⁽¹⁾، واعتبار أشخاص القانون العام ليست مؤهلة للاحتكام، حيث جاء نص المادة 3/42 أنه:

"لا يجوز للدولة وللأشخاص الاعتباريين العموميين أن يطلبوا التحكيم".

ولما كان الاستثمار الاجنبي يشكل الوسيلة الفعالة لتمويل الاقتصاد الوطني، لتحقيق التنمية الاقتصادية، الامر الذي دفع بالمشرع الجزائري إلى إصدار المرسوم التشريعي 93-12 وإقرار إمكانية اللجوء إلى التحكيم الدولي لتسوية الخلافات المتعلقة بالاستثمار.⁽²⁾

ثانيا: إقرار التحكيم في الأمر 03/01

تماشيا مع رغبة الدولة في تحقيق التنمية الاقتصادية وتأكيدها على أهمية الاستثمار أصدر المشرع الأمر رقم 03/01⁽³⁾، وأقر في مادة من مواد التحكيم وذلك بإجازته في منازعات الاستثمار التي قد تحدث بين الجزائر كدولة صاحبة سيادة والتي تسعى لتحقيق التنمية الاقتصادية وإدراك المشرع الجزائري لأهمية التحكيم.

¹ - أنظر المادة 442 من الأمر 66/154، المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن لقانون الإجراءات المدنية، المعدل والمتمم، ج.ر العدد 47.

² - أنظر المادة 41 من الأمر رقم 93/12، المتعلق بترقية الاستثمار

³ - أنظر المادة 17 من الأمر 01/03، المتعلق بتطوير الاستثمار، المؤرخ في 23 أوت 2001، المعدل والمتمم، ج.ر 47.

الفرع الثاني: إقرار اختصاص القاضي الوطني كأصل عام في منازعات الاستثمار

الجزائر حرصا منها على إقامة مناخ استثماري ملائم، اعطت الأولوية للتحكيم الدولي رغم ما يشكله من مساس بسيادتها الوطنية، هذا ما سوف نتولاه بالتفصيل في هذا الفرع من خلال تحديد الأصل العام (أولا) والاستثناء (ثانيا).

أولا: الأصل العام (قضاء الدولة المضيفة هو المختص)

صرح المشرع الجزائري في نص المادة (04) من القانون المدني المعدل والمتمم على أنه: "تطبق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية من يوم نشرها في الجريدة الرسمية".

كما نصت المادة (18) على أنه: "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون المكان المختار من المتعاقدين...".

تبعا لذلك فإن الأصل العام أن قضاء الدولة هو المختص بالنظر في جميع النزاعات المعروضة أمامه، وعلى جميع الأشخاص الموجودين على إقليم الدولة سواء كانوا وطنيين أم اجانب وذلك طبقا لمبدأ اقليمية القوانين الذي أصبح من المبادئ المستقرة.

وباستقراء نص المادة (17) من الأمر 03/01 نجدها تؤكد ما جاء في نص المادتين، وعليه فإن الجهات القضائية الجزائرية هي المختصة بنزاعات عقود الاستثمار التي تقع في إقليمها على أساس مبدأ سيادة الدولة على إقليمها كأصل عام.

بالمقابل فإن هذا الأصل العام يشكل نقطة الخلاف بين الدولة المضيفة والمستثمر الأجنبي، والذي قد يبعده عن الاستثمار في تلك الدولة، لأنه لا يثق في النظام القضائي للدولة المضيفة للاستثمار، وذلك بعدم حياده بحيث ذلك الأصل يجعل من الدولة المضيفة خصما وحكما في نفس الوقت، لهذه الأسباب تم نزع الاختصاص في مثل هذه المنازعات من القضاء الرسمي (الوطني) وهذا هو الاستثناء الوارد على الأصل العام.

ثانيا: الاستثناء

التحكيم (كاستثناء) كطريق بديل لحل النزاعات الاستثمار على الرغم من أن القضاء الوطني للدولة المضيفة هو الجهة المختصة أصلا بتسوية المنازعات الناجمة عن عقود الاستثماري (مالم يكن هناك اتفاق على خلاف ذلك).

فإن هذا المبدأ قد تعرض للعديد من الانتقادات التي تشكك في قدرته على حسم منازعات الاستثمار، حيث أصبحت هناك قناعة لدى المستثمرين بأن القضاء الوطني غير كفاء للفصل في المنازعات الاستثمارات الضخمة، كما أن القضاء الوطني مهم بلغت حيدتهم و موضوعيتهم فإنه لا يمكنهم التخلص من وجهة نظرهم، خاصة إذا ما تعلق الأمر بالاقتصاد والتنمية الوطنية.⁽¹⁾

أمام هذه الوضعية لا يرتاح المستثمرون الأجانب للقضاء الوطني، لذلك يفضلون عرض منازعاتهم على التحكيم، إذن يشكل التحكيم الطريق البديل لحل نزاعات الاستثمار، وهو بذلك امتياز تمنحه الدول المضيفة للمستثمر الأجنبي المتخوف من الوقوف أمام

¹ - حازم حسن جهة، القانون الدولي الاقتصادي المعاصر، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 190.

القضاء الوطني وقد دفعت رغبة الدول في جذب الاستثمارات الأجنبية إلى إقليمها إلى مسايرة المستثمر الأجنبي في هذا الاتجاه، على الرغم من أن ذلك لا يتماشى مع مقتضيات سيادتها على إقليمها⁽¹⁾، هذه السيادة التي حافظت وتحافظ عليها عند حصولها على الاستغلال.

تبعاً لذلك نزع المشرع الجزائري الاختصاص من القضاء الوطني على سبيل الاستثناء في حال وجود اتفاق ثنائي أو متعدد الأطراف، يسمح باللجوء إلى الوسائل الودية للتسوية أو اللجوء إلى التحكيم كطريق بديل لحل النزاعات أو أي بند تسوية آخر يتفق عليه الطرفين، ينص على شرط التحكيم.

هكذا رغبت الدولة الجزائرية في جذب وتشجيع الاستثمار على إقليمها، واستجابة للمتغيرات الدولية، ألزمتها بأن تراعي رغبة ومصصلحة المستثمر الأجنبي، حتى ولو كان نزع الاختصاص من النظام القضائي الوطني تعتبر تخلي عن مبدأ السيادة، وذلك لأجل تشجيع الاستثمار الأجنبي.

المطلب الثاني: التحكيم في إطار قانون الاجراءات المدنية والإدارية

بهدف تكييف الاقتصاد الوطني مع التوجهات الاقتصادية الدولية قامت الجزائر بإدراج باب خاص بالتحكيم التجاري الدولي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية (الفرع الأول) كما تضمن هذا القانون الاجراءات الخاصة بالعملية التحكيمية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تكريس التحكيم في القوانين الاجرائية

عادة الاستغلال اتخذت الجزائر موقفاً معادياً وصریحاً لنظام التحكيم التجاري، لكن سرعان مع التسعينيات تراجعت عن رأيها وهذا ما سوف نوضحه.

أولاً: تكريس التحكيم في القانون 09/93

بعد صدور دستور 1989 تبنت الجزائر نظام الاقتصاد الحر، فكسرت بذلك العزلة التي عاشتها لفترة من الزمن، قامت بإجراء تعديلات على منظومتها القانونية حتى تكيفها مع التوجهات الحديثة، فتم إصدار المرسوم التشريعي 09/93⁽²⁾، المتعلق بتعديل قانون الاجراءات المدنية 1966، وتم إدراج باب خاص بالتحكيم التجاري الدولي، تضمن التعريف بالتحكيم وأنواعه وإجراءاته. لذلك فرض التحكيم نفسه على المشرع الجزائري وتم اعتماده كمرجع أساسي لحسم منازعات التجارة الدولية.

ثانياً: الإجراءات المتعلقة بالتحكيم

إذا اتفق الأطراف على إحالة نزاعهم إلى التحكيم فإنهم يمنحون بذلك هيئة التحكيم إختصاص في الفصل في النزاع وبالتالي لا تكون محاكم الدولة مختصة بالفصل فيه، حيث يتمتع على الأطراف اللجوء إلى القضاء الوطني لطلب الفصل في المنازعة محل التحكيم، وإذا فعل الأطراف وذلك فإنه يتعين على محاكم الدولة أن تمتنع عن الفصل في النزاع المعروض.⁽³⁾

¹ - إبراهيم أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 124.

² - المرسوم التشريعي 93/09 المؤرخ في 25/04/1993، المتضمن قانون الاجراءات المدنية، المعدل والمتمم.

³ - أنظر المادتين 1044 و 1045 قانون الاجراءات المدنية والادارية 08/09 المؤرخ في 25/02/2008.

والواقع أن الاعتراف لهيئة التحكيم بالاستثمار في تسوية النزاع، والذي جاء به المشرع الجزائري، نابع من الطبيعة الاتفاقية للتحكيم، ومن قوتها الملزمة، فالتحكيم يستند على إرادة الأطراف التي تختار هذا الأسلوب لحل المنازعات الناشئة بينهم.

بعد التأكد من الاختصاص تتولى محكمة التحكيم الفصل في النزاع عملاً بقواعد القانون الذي أختاره الأطراف كأصل عام⁽¹⁾، ولا يتدخل القاضي الوطني إلا بتقديم المساعدة عن طريق تقديم الأدلة، أو تمديد مهمة المحكمين أو تثبيت الإجراءات.⁽²⁾

هذا ولقد ذهب المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى تقرير للأطراف الحق في اللجوء إلى محكمة التحكيم من أجل إلتماس تدابير مؤقتة أو تحفظية، قبل إجراءات التحكيم أو حثاً أثناء عملية التحكيم، مع عدم استبعاد امكانية اللجوء إلى محاكم الدولة لاتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية.⁽³⁾

أولاً: تكريس وتأكيد التحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية

في إطار السياسة المنتهجة من قبل الجزائر والمتعلقة بإعادة النظر في المنظومة القانونية لكي تتماشى في التطورات والتحولت الجديدة شرعت السلطات المختصة بإجراء تعديل على قانون الاجراءات المدنية وذلك بإلغاء القانون رقم 09/93، وإصدار قانون 09/08 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية، حيث أدرج هذا القانون أحكام خاصة بالتحكيم التجاري الدولي.

وهذا ما يفهم من نص المادة (1039)، كما أن المشرع في تحديده لهذا النوع من التحكيم اعتمد على المعيار الاقتصادي فقط، على خلاف المرسوم التشريعي 09/93 الملغى والذي في تحديده للتحكيم التجاري الدولي اعتمد على المعيار الاقتصادي والقانوني، وفي تعيين المحكمين فقد ذهب المشرع الجزائري إلى وضع الحلول لتفادي التعطيل، وذلك من خلال تحديد هيئة قضائية تتولى مهمة تعيين المحكم بدلا من الطرف الذي تقاعس أو امتنع.⁽⁴⁾

كما ذهب المشرع الجزائري إلى أن إمتناع أحد الأطراف عن تعيين محكمة لا يؤدي إلى إعاقه إجراءات التحكيم فقرر في المادة (1042) الحق إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ.

هكذا تظهر أهمية التحكيم كوسيلة لفض منازعات عقود الاستثمار من خلال فرض نفسه في العقود التجارية الدولية، حتى أنه أمكن القول بأن عقود الاستثمار أصبحت لا تتم بغير وجود اتفاق تحكيم.

وإذا كان التحكيم الدولي قد أصبح المرجع الأساسي في حسم منازعات عقود الاستثمار بما تمثله من ضمانة للاستثمار الدولي، فإن الأهم في التحكيم هو تنفيذ الحكم التحكيمي، الذي يشكل ثمرة للتحكيم.

لقد حرص المشرع الجزائري على الاهتمام بتنفيذ أحكام التحكيم والاعتراف بها، لضمان الفعالية للحكم التحكيمي، وذلك بوضع القواعد اللازمة لضمان تنفيذه مع الاقرار بالحق للقضاء الوطني في الرقابة على أحكام التحكيم من خلال الاعتراف بإمكانية الطعن بالبطلان أمام قضاء الدولة الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاص.

¹ - انظر المادة 1050 من قانون الاجراءات المدنية والادارية 08/09.

² - أنظر المادة 1048 من قانون الاجراءات المدنية والادارية 08/09.

³ - أنظر المادة 1046 من قانون الاجراءات المدنية والادارية 08/09.

⁴ - أنظر المادة 1041 من قانون الاجراءات المدنية والادارية 08/09.

ومن أجل المساهمة في استقرار التحكيم وتدعيمه وضمان فعاليته نظم المشرع الجزائري حالات قبول دعوى البطلان ضد الحكم التحكيمي وحصرتها في ستة حالات.⁽¹⁾

نخلص مما تقدم أن التحكيم عبارة عن تكريس لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وكنظام يشكل التحكيم القضاء الخاص، لا ينافس قضاء الدولة بل هو مكمل له.

وإذا قبلت الدولة مقدما اللجوء إلى التحكيم فإنها لا تستطيع فيما بعد التمسك لا بقانونها الوطني، ولا باختصاص قضائها، لأنه من المفترض أن اتفاق التحكيم تضمن تنازلا عن حصانتها القضائية، كما يمتد ذلك التنازل إلى موافقة الدولة لحكم التحكيم وقبول تنفيذه.

ورغم ما يتضمنه التحكيم من تنازل الدولة عن سيادتها، فإنه يشكل الوسيلة الأكثر قبولا لحسم منازعات عقود الاستثمار لأنه يشكل الضمانة القضائية لتحقيق المناخ الاستثماري المناسب.

هذا ما أدركته الدولة الجزائرية وجسدته بتقرير التحكيم كوسيلة لتسوية الخلافات التي قد تطرأ بينها وبين المستثمر الأجنبي، غير أن اصدار ترسانة من النصوص القانونية ليست كافية للتعبير عن اهتمام السلطات بالتحكيم، وبتحفيز الاستثمار الاجنبي، لذلك نقترح وبكل تواضع:

- استئثار هيئة التحكيم فعليا بتسوية النزاع وابعاد كل ما من شأنه يعطل التحكيم.
- عدم جواز التمسك بالمركز السيادي للدولة للتحلل من الاتفاق على التحكيم.
- التزام الدقة والوضوح في صياغة النصوص القانونية الخاصة بالتحكيم لتجنب صعوبات ومشاكل تطبيق النص.

¹ - أنظر المواد من 1051 إلى 1059 من قانون الاجراءات المدنية والادارية 08/09.

حوار الأديان و الحضارات بين النظرية و التطبيق

(تطبيق لنظرية السلام الإسرائيلي)

د. الحسين عمروش

كلية الحقوق و العلوم السياسية

جامعة يحيى فارس بالمدينة

Houcine16@gmail.com

ملخص:

يعتبر حوار الأديان و الحضارات من أبرز القضايا التي أثارها الساحة الفكرية الدولية، و هي من مظاهر النظام الدولي الجديد، و من صور العولمة الثقافية التي تحاول تقليص التباعد و التنافر بين الحضارات الذي كان سببا في تخوف الغرب من الشرق، أو الأصح ما روجه الغرب عن الحضارة الشرقية، و في نفس السياق يعد حوار الأديان و الحضارات الذي أصبح من أهم الرموز الدولية المهمة، الموضوع لتوجيه الرأي الفقهي و السياسي الدوليين، كما يعد قفزة نوعية للتصور الإستراتيجي الإسرائيلي الذي تصدره المنظمة الصهيونية العالمية، من أجل تحضير الأرضية السياسية العالمية، للانصياع لمتطلبات الكيان اليهودي المزروع في الشرق الأوسط.

The dialogue of religions and civilizations is one of the most important issues raised in the international intellectual scene. It is one of the manifestations of the new international order. It is also one of the forms of cultural globalization that tries to reduce the divergence and alienation between civilizations , which was the source of fear of the western countries from the East.

In the same context, the dialogue of religions and civilizations which has become one of the most important international symbols to guide the international political opinion, and an important step for the Israeli strategic vision developed by the World Zionist Organization, in order to prepare the global policy in accordance with the requirements of the Jewish entity implanted in the Middle East.

الكلمات المفتاحية: حوار الأديان و الحضارات، النظام الدولي الجديد، العولمة الثقافية، الوحدة في التنوع، معاداة السامية، معاداة الصهيونية، الصهيونية العالمية، تدين الحوار.

يعتبر حوار الأديان و الحضارات من أبرز القضايا التي أثارها الساحة الفكرية الدولية، و هي من مظاهر النظام الدولي الجديد، و من صور العولمة الثقافية التي تحاول تقليص التباعد و التنافر بين الحضارات الذي كان سببا في تخوف الغرب من الشرق، أو الأصح ما روجه الغرب عن الحضارة الشرقية، و بالخصوص الحضارة الإسلامية بتهديدها السلم و الأمن الدوليين.

إن مسألة الحوار بين الأديان من أهم العناصر الدولية المتجددة التي تساهم في إحلال السلام و التآلف و التعايش بين الشعوب مهما اختلفت أصولهم و أفكارهم، في إطار الاحترام المتبادل و ضمان المصالح المشروعة المشتركة لأعضاء المجتمع الإنساني.

تساهم السياسة الخارجية الأمريكية بدعم من اللوي المسيحي الصهيوني في أمريكا، باعتبارها مركزا للسياسة الدولية على تشكيل الأحداث في كل أنحاء العالم، و بالخصوص العلاقات الدولية بين العالم العربي الإسلامي و العالم المسيحي اليهودي تحت غطاء الإصلاح و نشر الديمقراطية و محاربة الإرهاب.

تعتبر المنظمة الصهيونية وراء أعظم التعبيرات تعقيدا و إشكالا في المنظومة القانونية الدولية حتى تبدو في نظر العامة من الأميين (غير اليهود) أعلى نمط أخلاقي و أنها تساهم في تحسين العلاقات الإنسانية.

و ساهمت الولايات المتحدة الأمريكية باعتبارها حامية السلام و الأمن الدوليين على نشر فكرة الحوار العالمي بين الأديان و الحضارات، و تنفيذه، و وصم كل معارض له بالمتطرف فكريا، فحسب الولايات المتحدة الأمريكية مسألة الحوار وفقا للقواعد الأمريكية من أهم أسس السياسة الأمنية القومية الأمريكية، لمساهمتها في الحد من إيديولوجية الكراهية و العنف لأنه حسبها اليأس و انعدام الحوار و حرية التعبير هو الذي يمنح الجماعات الإرهابية فرصا للتعبير بطرق متطرفة و متعصبة، و عليه فالحوار يمنح هؤلاء فرص إبداء الآراء في حال الاضطهاد السياسي و الاقتصادي و العسكري.

يعتبر مصطلح حوار الأديان و الحضارات الذي أصبح من أهم الرموز الدولية المبهمة، الموضوعة لتوجيه الرأي الفقهي و السياسي الدوليين حول تفسيرات فضفاضة، و غير مؤسسة، و غير فعالة، و سندرس تطبيقاته من خلال الإجابة على التساؤلات التالية:

- ما المقصود بالحوار؟ و في ما تتمثل القواعد الأساسية لضمان حوار متمدن؟
- ما مدى تدخل الفكر الإسرائيلي في عولمة فكرة الحوار؟ و ما أهم تطبيقاته الإستراتيجية؟
- ما هي صور التناقض بين الفكرة النظرية و الممارسة الواقعية للحوار الذي يتمسك به الإسرائيليون؟
- ما هي مكونات المعادلة الصحيحة لحوار الأديان و الحضارات؟

1- القواعد الأساسية لحوار متوازن:

- حوار الحضارات يجري على محورين، حوار بالكلمات و حوار بالمعاملات مع الأديان و الحضارات الأخرى.
- الأفراد بحاجة لفهم أكثر لمعتقدات الآخرين، و سوء التفاهم هو سبب الصراع.⁽¹⁾
- تفادي نسب التصرفات السلبية لبعض الشعوب لانتمائها الديني لأنه سيزيد من تعصب أطراف الصراع.

(¹) راجع: د. كريس ايكل - حوار الحضارات بالقول و الفعل، مجلة الصراط لكلية العلوم الإسلامية للبحوث و الدراسات الإسلامية المقارنة، السنة الثالثة، العدد(6)، الجزائر، رجب 1423هـ - سبتمبر 2002م، ص 135.

- حوار الحضارات يتوقف على مبدأ حسن النية و الصبر على فهم الآخر.
- يساهم الحوار في إزالة سوء التفاهم بين الحضارات، أو بين من يدعون وجود صراع أصلا، و الذين خلقوا مثل هذه الأفكار لتأجيج الأفكار و الشعوب و بعدها تأجيج السياسات الوطنية و الدولية لمصالح خاصة .
- اختلاف الحضارات أمر غير سلمي بل أمر واجب كوجود عناصر الحياة التراب و الماء و النار رغم أنها مختلفة في تكوينها و آثارها لكنها تؤدي لتكوين الحياة، و لا يمكن التخلي عن واحدة منها لأنه سيؤدي لاختلال التوازن الكوني مثله مثل تباين الحضارات.
- يساهم الحوار في تقليص المحاولات الكثيرة لاختلاق العداء الوهمي بين الحضارات المتنوعة التي ساهمت في صقل الكون التاريخي إلى غاية اليوم، و التي عملت على تشكيل الزخم الفكري و المادي و المعنوي للكائن البشري، يعتبر بمثابة انسياب مع الأفكار السلبية الداعية لقطع سلسلة التاريخ الحضاري، و إهمال الماضي، و يؤدي لفتنة حضارية في الحاضر، و غموض في المستقبل.
- يجب التركيز في الحوار على التدرج الإيجابي، من خلال بدء التعمق في الموروث الفكري الأخلاقي و المادي و المعنوي كمرحلة أولى في الحوار لمعرفة و فهم خصوصية كل طرف، و لأن الحضارة أساسها بناء الإنسان، ثم تأتي في المرحلة الثانية الحوار على الجانب الديني لكل حضارة (لأن هذا الجانب هو جوهر الصراع).
- يجب التركيز أثناء الحوار على أسس نظرية محددة و ليست غامضة، مع تجنب العقبات السيكولوجية التي لها علاقة بالموروث الثقافي خلال حقبة زمنية طويلة.
- يركز الحوار على الواقع كما هو الآن ليس كما كان، أو كيف يراد له أن يكون، و حددت ثلاثة محاور أساسية للحوار (تطوير المعرفة المتبادلة بين الإسلام و المسيحية و اليهودية، و التركيز في الحوار على المواضيع الاجتماعية و الثقافية لتحقيق التقارب، بحث سبل التعاون المشترك لحل الصراعات المزمعة).
- يجب التركيز في الحوار على فكرة " فلسفة الوحدة في التنوع" فلكل دين من الأديان عناصر ذاتية، لكن جميع الأديان دون استثناء تلتقي حول خمس عناصر أساسية و هي:
- الكيان المادي الظاهر ، و المتصل بالحقيقة المطلقة التي تغطي على المعني و القيمة.
- التركيز على مجموعة من الشعائر و الطقوس الدينية لربط الاتصال بين العالم المحدود و اللامحدود.⁽¹⁾
- الأخلاق و السلوكيات الحسنة تهدف أيضا لوصول المحدود بلا محدود و تقريب الإنسان من المصدر الإلهي.
- التركيز على الأخلاق تؤدي إلى محاولة التقيد بمؤسس هذا الدين.
- على مستوى مجاور للمؤسسين تأتي طبقة القديسين أو الأولياء أو التابعين المتمتعين بسير حسنة محاكاة لمؤسس دينهم.⁽²⁾

(¹) راجع: الباحث. أديب صعب- فلسفة الحوار الديني تقوم على الإقرار بالجوهر و اكتشاف الوحدة في التنوع، الحياة، 03/07/2004، موقع الانترنت:

www.passia.org، ص1.

(²) المرجع نفسه، ص2.

- الحوار ليس معناه حمل الآخر على هجر دينه، بل الإقرار بجوهر هذا الدين فقط، و محاولة اكتشافه لا غير، مع ضرورة الابتعاد عند بدأ الحوار عن المسائل الخلافية (مطالبة المسلمين بالاعتراف بالمسيحية و اليهودية، أو العكس)، بالإضافة لعدم وضع شروط مسبقة للحوار و الذي سيربك الطرف الآخر.
- محاولة إفهام الآخر بأن ما يحاول هذا الأخير بلوغه بدينه، يحاول الآخر بلوغه بدينه.
- يجب الابتعاد في بداية الحوار عن صميم العقائد لأن كل طرف محاور غيور على عقيدته، ثم نركز في الحوار على القيم الإنسانية المشتركة، مع الاعتراف بحق كل طرف في دينه ، هذا التقارب ، و عدم الضغط النفسي أثناء الحوار سيجعل الأطراف المتحاوره متأكدة من تقبل الآخر كما هو دون شروط مسبقة، هذا يعطي إمكانية الأخذ و الرد الإيجابي، ثم تجنب الأفكار و التلميحات و التصرفات الدينية العدوانية و المتطرفة ، التي ستؤدي لظهور الفتن الطبقية.⁽¹⁾
- التركيز على مراكز الفكر في المجتمع (الفلاسفة، علماء، الباحثين، الفنانين و مبدعين، و مفكرين) من أجل تفعيل الحوار البناء و الصحيح .⁽²⁾

2- قفزة نوعية للإستراتيجية الإسرائيلية:

تعتبر فكرة حوار الأديان و الحضارات فكرة واجبة التطبيق، و هي فكرة تنادي بماكل الأديان، و بالخصوص الشريعة الإسلامية، لكن في الوقت الحالي أصبحت هذه الفكرة تستعمل لتحقيق أغراض خطيرة لا تخدم الأديان بأنواعها، بل تستعمل لتحقيق أغراض إستراتيجية ضيقة، فتعتبر فكرة حوار الأديان و الحضارات قفزة نوعية في التصور الإستراتيجي اليهودي الصهيوني، الذي طورته و ساهمت في نشره عالميا المنظمة الصهيونية العالمية.

تعتبر المنظمة الصهيونية العالمية منظمة يهودية تنفيذية هدفها تنفيذ المخططات المرسومة لإعادة مجد إسرائيل الضائع، و إقامة مملكة إسرائيلية و السيطرة على العالم.

تعتبر فكرة حوار الأديان و الحضارات قفزة نوعية للتصور الإستراتيجي الإسرائيلي الذي تصدره المنظمة الصهيونية العالمية، من أجل تحضير الأرضية السياسية العالمية ، للانصياع لمتطلبات الكيان اليهودي المزروع في الشرق الأوسط.

يعتبر حوار الأديان و الحضارات تصور فكري سياسي للعقيدة اليهودية، لكن كيف ذلك؟

قبل أن أبدأ بالتفصيل، يجب أن نعلم أن إسرائيل تعتمد على مبدأ خطير جدا و هو " في حال الضعف متعدد الصور، تطبق التزاماتاً شكلياً، ليس من أجل تطبيقها موضوعاً، بل خوفاً من الانتقام، و كما يقول حاخامات اليهود: " في حالة القوة يجب علينا كواجب ديني تفكيك الأمم، و سوقها كما تساق الدواب النجسة".

يعتبر مصطلح " حوار الأديان و الحضارات " مساو لمصطلح " معاداة السامية " الذي ناد و لا يزال ينادي به اليهود منذ زمن لاستعطاف الرأي العالمي، لكن هذا المصطلح تتغير تطبيقاته حسب مواطن ضعف و قوة اليهود من جهة، و من جهة أخرى حسب اتساع نطاق سيطرة المنظمة الصهيونية العالمية متعدد الأوجه، فمصطلح معاداة السامية مر بأربعة مراحل:

⁽¹⁾ د. حامد الرفاعي - حوار الأديان أم حوار الطرشان؟ ، القدس العربي، 27/08/2004، موقع الانترنت: www.passia.org

⁽²⁾ راجع: الأستاذ. محمود العالم، حوار الحضارات و فتح جسور التطبيع، مركز الشرق العربي للدراسات الحضارية و الإستراتيجية، الأردن، ص 4.

المرحلة الأولى: معاداة السامية = اضطهاد الجنس اليهودي = التهجير القسري لليهود الخارج لأرض فلسطين

كانت المنظمة الصهيونية⁽¹⁾ في بداية نشأتها في منتصف القرن 19 حركة سياسية متأثرة بالحركات القومية في ألمانيا وفرنسا وشرق أوروبا، و استغلت المنظمة الصهيونية لدعوة أو الأصح لإجبار اليهود الشتات الموجودين في أوروبا، أولاً لمنعهم من الاندماج في هذه المجتمعات بدعوى الحفاظ على نقاء الدم اليهودي و عدم الاختلاط مع المجتمعات الموجودين فيها، ثم تصعيد المواجهة داخل أوروبا بأعمال إرهابية ضد اليهود أنفسهم من أجل خلق تصور و شعور بالخوف تروجه المنظمة الصهيونية بأن الجميع يكرهون اليهود، لذا عملت المنظمة بخلق شبهة محتشدات لليهود للاستعداد للخطوة الثانية، و هي إيجاد وطن لهم، و بعدها قام تحالف بين اليهود و بريطانيا (وعد بلفور 1917) لتمكين إسرائيل من دعم كيانها بتحويلها لحركة صهيونية استعمارية، ثم ضمان النقل القسري لليهود لخارج أوروبا ، كما عمل رجال الدين اليهود و المفكرين على نشر أفكار تعصبية و عنصرية لمنع اليهود من الاندماج .

كما استغلت بعض الحوادث المفتعلة في أوروبا و التي تصرح بتعرض اليهود لإضطهادات و للإبادة بسبب أنهم الجنس السامي الوحيد، و أنهم شعب الله المختار.

المرحلة الثانية: معاداة السامية = معاداة الصهيونية = حماية اليهود الشتات داخل فلسطين

بعد احتلال أرض فلسطين و الإعلان عن قيام إسرائيل عام 1948، أصبح لمصطلح معاداة السامية دلالة أخرى، من أجل الحفاظ على الاستقرار النفسي و العقلي و الاجتماعي و الاقتصادي لليهود داخل فلسطين، نتيجة أن هؤلاء لا تربطهم مع بعضهم البعض، و لا مع الأرض الموجودين عليها أية صلة روحية، و لا دينية، و لا تاريخية، بل هم أقطاب سلبية متنافرة بالضرورة من أقاليهم و أوطان و عقائد مختلفة ، و أصبح لمعاداة السامية هنا دور لتكريس انفعالي للتعصب الصهيوني ، و الحفاظ بكل الطرق غير الشرعية على المكتسبات اليهودية.

المرحلة الثالثة: معاداة السامية = معاداة أمن الإسرائيليين داخل فلسطين

تعتبر ذريعة معاداة الأمن القومي الإسرائيلي من أهم الذرائع التي تتمسك بها إسرائيل لتبرير انتهاكات المتكررة و المتزايدة للشرعية الدولية، و لحق الشعب الأصلي في استرجاع حقوقه، لذا تعدد لوصف كل فرد و تنظيم مقاوم للاستيطان الإسرائيلي ، بكل الأوصاف التي تجرده من وصف الشرعية، من أجل تبرير كل الوسائل التي تستعملها للقضاء عليه، و لإسكات صوت الحق و الحقيقة، كما تنادي الدول الحليفة لإسرائيل و على رأسها الولايات المتحدة الأمريكية لتبرير دائم لهذه التجاوزات الإسرائيلية بحق هذا الشعب المضطهد من الجميع في الدفاع على حياة دولته و شعبه و مكتسباته بجميع الوسائل من أعمال المقاومة، و من العمليات الاستشهادية الفلسطينية.

المرحلة الرابعة: معاداة السامية = حوار الأديان و الحضارات

تطورت فكرة معاداة السامية من معاداة اليهود المساكين في أوروبا، إلى معاداة المشروع الصهيوني الاستيطاني في فلسطين و الدولة الفتية في 1948 ، ثم لمعاداة أمن دولة إسرائيل، ثم جاء الوقت من أجل تأمين حدود دولة إسرائيل من بعض الأنظمة العربية و الغربية

(1) المنظمة الصهيونية حركة سياسية عنصرية متطرفة ترمي لحكم العالم كله من خلال دولة اليهود في فلسطين ، واسمها مشتق من اسم جبل صهيون في فلسطين ، وقد قامت على تحريف تعاليم التوراة والتلمود التي تدعو إلى احتقار المجتمع البشري وتحث على الانتقام من غير اليهود . وقد قنن اليهود مبادئهم الهدامة فيما عرف بروتوكولات حكماء صهيون التي تحوي بحق أخطر المقررات العنصرية في تاريخ العالم .

باتفاقيات، ثم الحفاظ على المكاسب الإسرائيلية القانونية، والحربية والواقعية، وبالخصوص محاولة تهدئة الأوضاع الإقليمية والدولية في المنطقة لصالح إسرائيل، أو تأجيج الأوضاع الأمنية لدول الجوار وهذا لتفتيتها ونشر الفوضى لصالح خدمة أمن دولة إسرائيل. إن توفير كل أنماط الأمن في المنطقة وإخراج إسرائيل من مشاكلها السياسية والاقتصادية والاجتماعية أساس فكرة " حوار الأديان" خدمة للأغراض السياسية للمنظمة الصهيونية، وبالخصوص للاستدراج الفكري والقانوني المغلف بفكرة التطبيع مع الأنظمة الإسلامية قسرا، وهذا من أجل الحد من موجة العداء الفكري والنفسي المتقلب لشعوب الأنظمة الإسلامية، وللوصول لتكبيها قانونيا وفكريا من جهة، ومن جهة أخرى توفير الجو الملائم لإسرائيل للارتقاء ببنيتها السياسية والاقتصادية والاجتماعية، وما مشروع الشرق الأوسط الكبير إلى مرحلة أولية لتجسيد أمن إسرائيل، من أجل تقسيم المنطقة العربية لدويلات عرقية ووطنية ودينية واقتصادية مشتتة، واستبدال الكم العربي بكيف إسرائيلي، واختراق المجتمعات العربية اقتصاديا.

فكرة حوار الأديان والحضارات تجسد تحقيق هدف السلام الاقتصادي الإسرائيلي، وإنهاء النزاع العسكري وليس المواجهة العسكرية، وإحلالها باستعمار اقتصادي جديد في المنطقة العربية، كما أنها تجسيد لإستراتيجية السلام الهجومى الذي يتعدى الصراع الفلسطيني الإسرائيلي ليتوسع ليشمل الصراع العربي الإسرائيلي.⁽¹⁾

تعتبر فكرة " حوار الأديان والحضارات" مرادفة لمسألة "التطبيع الديني مع إسرائيل"، وهذا معناه إلزام العرب والمسلمين باقتلاع كل ما يثير حمية مقاومة تطلعات اليهود المشروعة لسيادة العالم من جهة، ومن جهة أخرى التضليل على كل أوجه العنصرية ضد اليهود أو مسألة التفكير بالجهاد ضد الحملات المتكررة ضد المسلمين.⁽²⁾

فالحوار بالنسبة للأخر قائم على حضارة القوة بدل قوة الحضارة، وهذا يعطي الحوار طابعا يتضمن استغلال الواقع لتحقيق مزيد من الانتصارات على الأرض، مع استغلال عوامل ضعف المسلمين، من أجل تكبيهم بأفكار فضفاضة تزيد من تأزم الوضع.⁽³⁾

مسألة حوار الأديان والحضارات تساق على أساس الأحادية في الطرح الديني، من خلال سيطرة اليهود على الترويج والتحضير والتنسيق لكل مؤتمرات الحوار من منظور واحد، من خلال إثارة الرأي العام العربي المتكرر والمتزامن ببعض الأحداث الوطنية والإقليمية والدولية (أحداث 11 سبتمبر 2001 على الولايات المتحدة الأمريكية، الحرب على العراق، تهديد سوريا، زعزعة استقرار لبنان، حملات سب النبي صلى الله عليه وسلم والإسلام من أقطاب المسيحية، والعمليات الإرهابية المرتكبة في الدول الأوروبية من المحسوبين على الإسلام، وما يترتب عنها من عمليات أمنية مضادة بسبب الرهاب من الجاليات المسلمة.....) ثم الضغط المزدوج على الأنظمة العربية لردع شعبها لأن غليان الشعب يهدد أمنها الوطني، ومن جهة أخرى يجب أن لا تعاكس إرادة السياسة الأمريكية ولن يبقى لها

(1) د.قديري حفي- الإسرائيليون من هم؟ دراسة نفسية، موقع: www.kotobarabia.com، ص 66-68

(2) القارئ لوثيقة الاستقلال الإسرائيلية يجدها تناقض كلية مع الواقع، حيث نجدها تدعو أبناء الشعب العربي سكان دولة إسرائيل المحافظة على السلام والمشاركة ببناء دولة على أساس المساواة التامة في المواطنة، ومد يد الجوار والسلام لجميع الدول المجاورة. راجع: وثيقة الاستقلال الإسرائيلية (الإعلان الرسمي لعودة سيادة الشعب اليهودي عن أرضه التاريخية)، مدينة تل أبيب، الجمعة 05 أيار 5708 عبري الموافق ل14 أيار 1948، موقع: www.israelinarabic.com

(3) راجع: الأستاذ. محمود العالم، حوار الحضارات وفتح جسور التطبيع، مرجع سابق، ص 1.

نسيان الإساءات المتكررة لتنفي ارتباطها بالمقاومة (الإرهاب)، و إلزامها بضرورة الحوار متعدد الأطراف لتقريب وجهات النظر بين الديانات المتنافرة في أعين الطرف الآخر.

3- حوار الأديان و الواقع:

ترتبط فكرة حوار الأديان و الحضارات بفكرة الحوار بالكلمات و الحوار بالمعاملات مع الأديان و الحضارات الأخرى، و هذه الفكرة التي ينادي بها اليهود اقتصر فقط على الحوار الشكلي بالكلمات، تأتي بعدها معاملات لا علاقة لها بالحوار في العديد من المظاهر نذكر منها:

1-3- التحكم في مؤتمرات حوار الأديان، و تحويلها من مؤتمرات أكاديمية إلى مؤتمرات سياسية للترويج للصهيونية:

الدليل على تورط اليهود بنشر و الترويج لفكرة حوار الأديان و الحضارات ضمن النظرية الجديدة للإستراتيجية الإسرائيلية وفق ما جاء به المفكرون الإسرائيليون من أمثال "شمعون بيرز"، و "جولدا ماير" وزيرة خارجية إسرائيل 1965 حيث دعت محافظ بنك المركزي " دايفيد مورفيتز" لوضع دراسة عن الأهمية الاقتصادية التي تحققها إسرائيل من إقامة علاقات سليمة مع دول المنطقة، و تهدئة الصراع معها، بالإضافة لتورط المحافل الماسونية و المنظمة الصهيونية العالمية و رابطة السلام الإسرائيلية هي السبابة لعقد أول مؤتمر لحوار الأديان:

- مؤتمر حوار الأديان في 1893 بمدينة شيكاغو بمدينة ألبانو الأمريكية شاركت فيه مختلف الأديان ، و لم يمثل الإسلام بالقدر الكافي، حيث نادى المؤتمرون بالعدالة والمساواة. (1)

- مؤتمر المنعقد في " سانت كاتن" بسيناء بمصر في 4- 8 مارس 1984 و الذي ركز فيه اليهود الأغلبية في المؤتمر على الإدارة و صياغة التوصيات، كما ادع اليهود من خلاله إدعاءات باطلة بأن الديانة اليهودية المحرفة من الديانات السماوية، و الإسلام نسخة منها، ومحاولة إحياء مجمع الأديان الذي دعى له الرئيس المصري الراحل أنور السادات، كما دعوا لإخراج المسلم من شخصيته الإسلامية المتميزة، كما حاولوا الترويج لخرافة وحدة الأديان حسب مفهومهم الخاص من خلال محاولتهم فرض صلاة واحدة على جميع الأديان و هي " صلاة الصمت" في ظل جبل موسى عليه السلام. (2)

- ندوة التسامح بسويسرا بالأمم المتحدة عام 1984، و الذي ركز على مبدأ التسامح و الحرية الدينية، حيث فسر المندوب الإسرائيلي حالة عدم التسامح الديني إلى أن كل دين له نظرة كونية شاملة ذاتيا فهو المطلق و غيره خارج هذا النطاق، و دعا إلى نسبية الأديان. (3)

- مؤتمر " برلمانات ديانا العالم" في 28 / 08 / 1993 بشيكاغو ضم 6000 مشارك يمثلون 125 عقيدة دينية مختلفة، حيث ناقش فيه المؤتمرون مسائل سبل إنهاء الحروب و حل النزاعات التي تنشأ باسم الدين و ضرورة التعايش السلمي بين الشعوب)

(1) د. عبد القادر بخوش - منهجية المقارنة و تطبيقاتها على بعض مظاهر الحوار بين الأديان و بين الواقع المتأزم و الآفاق المستقبلية، مجلة الصراط لكلية العلوم الإسلامية للبحوث و الدراسات الإسلامية المقارنة، السنة الثالثة، العدد(6)، الجزائر، رجب 1423هـ - سبتمبر 2002م ، ص 137.

(2) نفس المرجع ، ص 140 .

(3) محمد بديع أرسلان - من أجل فكر عالمي موحد، المؤسسة العربية للدراسات و النشر، موقع :

التعايش السلمي مع إسرائيل)، مع ضرورة نزع سلاح (نزع سلاح المقاومة الإسلامية، و منع دول منطقة الشرق الأوسط من السباق نحو التسليح النووي)، و احترام جميع العقائد الدينية (يقصدون بها الديانة اليهودية و بالتبعية يهودية دولة إسرائيل)، و ما أثار انزعاج المشاركين هو النفوذ اليهودي في تحديد جدول الأعمال، و الإدارة، و صياغة التوصيات بكلمات من التوراة المحرفة. (1)

- مؤتمر علمي لحوار الأديان السماوية الثلاثة في 18 / 09 / 1993 بميلانو الإيطالية، و هو أضخم مؤتمر من نوعه منظم من منظمة "سانت جيديو" و هي من المحافل الماسونية في إيطاليا بالتعاون مع جامعة "كالادي هاناريس" بإسبانيا و عنوان المؤتمر "ملتقى أهل الكتاب.... و الالتزام من أجل السلام"، حيث كان الحضور نوعيا من يهود الدول العربية، و رجال الدين اليهود و حاخاماتها، و أساتذة جامعيين، و تزعم الوفد اليهودي وزير الخارجية الإسرائيلي و مهندس نظرية السلام الإسرائيلي شمعون بيرز، و عمد اليهود للضغط على الوفود الإسلامية و المسيحية لتحقيق أهداف سياسية من المؤتمر لدعم المشروع الصهيوني، كما شكل اليهود نسبة 80% من الحضور و المسيحية 15% و الإسلامية و الوثنيين 5%، كما مول المؤتمر من 90% من أنصار اليهود بإسبانيا. (2)(3)

(1) المرجع نفسه، ص 137.

(2) المرجع نفسه، ص 138.

(3) بعض المؤتمرات الدولية المشتركة بين الأديان منذ عام 1893 قائمة على شعار " لا حياة إنسانية بدون أخلاق علمية للأمم؛ لا سلام بين الأمم دون سلام بين الأديان؛ لا سلام بين الأديان دون حوار بين الأديان ":

- المؤتمر العالمي الأول، برلمان أديان العالم (بور)، شيكاغو- 1893.
- مؤتمر السلام الدولي، لاهاي، هولندا- 1899.
- مؤسسة الرابطة الدولية للحرية الدينية، المملكة المتحدة- 1900.
- مؤسسة الزمالة الدولية للمصالحة، لاهاي، هولندا- 1919.
- مؤسسة المؤتمر العالمي للأديان، المملكة المتحدة- 1936.
- مؤسسة مجلس الكنائس العالمي (الكنائس المسيحية: البروتستانتية والإنجيلكانية والأرثوذكسية). سويسرا- 1948.
- أول اجتماع بين الأديان الهندية في نيودهي- 1957.
- إنشاء المجلس البابوي للحوار بين الأديان - 1966.
- ندوة نيودهي الدولية بين الأديان من قبل مؤسسة غاندي للسلام- 1968.
- تأسيس المؤتمر العالمي للدين والسلام- كيوتو، اليابان- 1970.
- مؤتمر السلام العالمي من قبل جامعة براهماكوماريس العالمية الروحية في الهند - 1983.
- إنشاء شبكة الأديان المشتركة للمملكة المتحدة- 1987.
- المؤتمر المسيحي للحوار الإسلامي، الذي نظمته الرابطة الألمانية للمسلمين - 1989.
- الزمالات العالمية للمجالس بين الأديان، الهند- 1991.
- مؤتمر بين الأديان في سان فرانسيسكو، من قبل شبكة الأديان في أمريكا الشمالية- 1992.
- مؤتمر "تبادل رؤى للقرن القادم"، لجنة التنسيق الدولية المشتركة بين الأديان في أول تعاون علمي مع المنظمات الرئيسية بين الأديان الغربية: صندوق رأس المال العالمي، الاتحاد الدولي للملاحة الفلكية، اللجنة الانتخابية المستقلة والبرنامج العالمي لجمعيات الصليب الأحمر والهلال الأحمر- 1993.
- مؤتمر "مساهمة الأديان في ثقافة السلام"، برشلونة، إسبانيا، نظمتها اليونسكو- 1994.
- إنشاء مبادرة الأديان المتحدة، سان فرانسيسكو، الولايات المتحدة الأمريكية- 1995.

3-2- مسألة حوار الأديان متنافية مع أهداف الصهيونية العالمية:

تعتبر المنظمة الصهيونية العالمية منظمة يهودية تنفيذية ، هدفها تنفيذ المخططات المرسومة لإعادة مجد إسرائيل الضائع حسب زعمهم، وإقامة مملكة إسرائيل و السيطرة على العالم، و تعتبر المنظمة الصهيونية من أخطر التنظيمات المتطرفة و العنصرية التي تهدد الأمن و السلام العالمي، و يكفي أن نذكر أهم الأهداف التي تسعى هذه المنظمة لتجسيدها لنعرف أن عقيدة اليهود تنفي تماما الحوار الإيجابي و البناء، و يكاد يكون مستحيلا⁽¹⁾:

فمن أهم الأهداف الدينية للمنظمة الصهيونية:

- إثارة الحماس اليهودي في العالم لعودتهم لأرض الميعاد.
- حث اليهود التمسك بالتعاليم الدينية، و التصدي للأديان الأخرى.

- إنشاء "منظمة التقاليد المتحدة" ،فرنسا- 1997.

- المؤتمر الدولي للتعليم: التعليم من أجل العيش السلمي - 2000.

- المؤتمر الوطني للانسجام المجتمعي والسلام الاستئماني ،كانياكوماري،الهند- 2000.

- الاجتماع الدولي الثالث عشر " محيطات السلام"،الأديان والثقافات في الحوار ،البرتغال- 2000

- الاجتماع الدولي بين الأديان، منظمة الأديان الدولية في أكسفورد،المملكة المتحدة- 2001.

- المشاورة الدولية المشتركة بين الأديان بشأن السلام والأمن والمصالحة ،سيراليون- 2001.

- المؤتمر الآسيوي المعني بالدين والسلام،إندونيسيا- 2002.

- الاجتماع السنوي ، باليرمو،صقليا "الأديان والثقافات بين الصراع والحوار"- 2002.

- مؤتمر تحت عنوان "الدين والعملة" نظمته تايلندا - 2003.

- اجتماع بين الأديان " الدين والمجتمع والآخر: الضيافة والعداء و أمل ازدهار الإنسان" في قرطبة،إسبانيا- 2003.

- إجتماع برشلونة،إسبانيا،مجلس برلمان الأديان في العالم،الموضوع: مسارات إلى السلام: حكمة الاستماع ،قوة الالتزام-2004.

- عقد المؤتمر العالمي للحوار بين الثقافات،الذي نظمه مجلس الكنائس العالمي في سويسرا-2005

- المؤتمر العالمي للحوار بين الأديان والحضارات، "مساهمة الدين والثقافة في السلام والاحترام المتبادل والتعاون"، مقدونيا- 2007.

Interfaith Dialogue Basics , International Interfaith Conferennessince 1893,

<https://sites.google.com/site/interfaithdialoguebasicseu/a-new-church/international-interfaith-conferennessince-1893>

(¹) أصدرت الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة القرار الدولي رقم: (3379- الدورة 30) بتاريخ: 10-11-1975 الذي قرر فيه أن الصهيونية شكل من أشكال العنصرية و التمييز العنصري، و هو القرار الذي علق عليه إسحاق شامير رئيس وزراء الكيان الصهيوني بقوله: " لا يمكن الأخذ برأي شعوب هبط أهلها من فوق الأشجار ثم حسبوا أنهم زعماء العالم، و كيف يمكن أن يكون لأولئك البدائيين رأي خاص بهم" أنظر: د.السيد عوض عثمان- العنصرية الصهيونية (رفض حق العودة و التمييز العنصري ضد فلسطين 1948 داخل إسرائيل)، الطبعة الأولى، الناشر: مركز حقوق الإنسان لمساعدة السجناء.

And See: Resolution :Elimination of all forms of racial discrimination, resolution adopted by the general assembly at its 30 th session,World conference to combat Racism and racial discrimination, 2400th plenary meeting 10 november 1975.72-35-32, Resolution N:A/RES/3379/XXX ,cite: www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol= A/RES/3379(XXX)

GAOR, 30 th session,supplement No:34.cite:www.research.un.org/en/docs/ga/quick/Regular/30

- إثارة الروح القتالية الدموية ضد الأعراق الأخرى.
- منع الاندماج الثقافي و الديني مع المجتمعات الأخرى.
- و من الأهداف السياسية:

- تدويل حقوق الكيان الإسرائيلي في فلسطين بانتزاع الاعتراف جل دول العالم بشرعية قيام و استمرار إسرائيل، و بالخصوص الاعتراف الصريح و الواضح من الدول العربية و الإسلامية.
- تنفيذ المخططات الصهيونية السياسية و الاقتصادية.
- بعضنا لأهم الأهداف المتطرفة و الشاذة على أفكار السلم و الأمن الدوليين الذي تنادي به مختلف التنظيمات الإقليمية و الدولية، فكيف سيكون الحوار مع هذا الطرف الذي يستبعد مسبقاً أية فرصة للحوار المتوازن، إلا وفقاً للقواعد التي يحددها، و هي الانسلاخ عن معتقدات و أفكار الأطراف الأخرى المتحاورة معه.

3-3- مسألة حوار الأديان متنافية مع أحكام الشريعة اليهودية:

تعتبر مسألة حوار الأديان و الحضارات ، التي تؤدي للتعايش السلمي بين شعوب و أديان العالم، و مسألة ضرورة الاندماج للوصول لمساحات مشتركة للتعاون الإيجابي، مع الحفاظ على خصوصية كل طرف ، لتحقيق السلام الإسرائيلي في النهاية ، أمر متناقض تماماً مع أحكام الشريعة اليهودية، و بالخصوص مع أحكام إله اليهود المزعوم " ياهوه" إله الحرب و الدماء الذي يمنع منعاً باتاً فكرة الحوار، و الاندماج الثقافي بين اليهود شعب الله المختار و بين غيرهم من أصناف البشر من غير اليهود لأنهم نجاس و عبيد لليهود، و لأن قيمتهم أقل من قيمة الحيوان، فهم ما دون الإنسان و أرقى من القردة ، لكن السؤال المطروح: لماذا ينادي اليهود بفكرة الحوار رغم أنه محظور في شريعتهم نصاً صريحاً و في العديد من المواضع؟

هذا السؤال بسيط لكن الإجابة عنه معقدة، لكن وفقاً لما ذكرناه سابقاً الأمر أشد بساطة، فمسألة الحوار التي يتمسكون بها مرحلة مؤقتة للوصول لأغراض خاصة و محددة، و هي باختصار توفير الظروف السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية و النفسية الملائمة للاستقرار في منطقة الشرق الأوسط لبناء مملكة إسرائيل فقط.

فالشريعة اليهودية المحرفة قطعاً تدعو لأفكار عنصرية خالصة، يمنع اليهود من الاختلاط مع باقي الشعوب الأخرى و عدم الاندماج معهم، و الكراهية المعلنة ضدهم على أساس فكرة تمايز اليهود العنصري عن غيرهم من البشر و عراققتهم الجنسية و الروحية و العقلية التي تبيح لهم حق الإبادة الكاملة للجماعة المعادية⁽¹⁾، و هذا في الأحكام الخاصة بطرق التعامل مع الأغيار (غير اليهود) في العديد من المواضع، و سنركز على مجموعة من الأحكام الواردة في الأسفار اليهودية⁽¹⁾:

(1) راجع كل من:

- ساهر رافع- جذور العنف عند اليهود من التوراة و التلمود، موقع: www.kotobarabia.com ، ص121-122.
- د. محمد فوزي عبد المقصود، إتجاهات الفكر التربوي المعاصر في إسرائيل(التحديات و سبل المواجهة)، موقع: www.kotobarabia.com ، ص267، 269، 273.
- د. قدرى حفي- الإسرائيليون من هم؟ دراسة نفسية، موقع: www.kotobarabia.com ، ص225، 228، 234.

- سفر شيوخ⁽²⁾: نادى بحروب عنصرية و سفك دماء الأطفال و الشيوخ و النساء و حرقهم.
 - سفر نحشما: نادى بعدم الاندماج مع باقي الشعوب الأخرى، و عدم تدنيس الزرع المقدس و وجوب تطهير الشعب المقدس بعزله كلية عن العالم.
 - سفر إشعياء: نادى أن جميع الأمم خادمة لإسرائيل لأنهم الزرع المقدس الخاص لرب الجنود حيث قال: " و بنو الغريب بينون أسوارك و ملوكهم يخدمونك" و " الأجانب يرعون غنمكم و يكون بنو الغريب حراثتكم و كراميتكم، أما أنتم فتعون كهنة الرب تسمون و تأكلون ثروة الأمم و على مجدهم تتآمرون".
 - و في موضع آخر: "هكذا قال السيد الرب إني أرفع إلى الأمم يدي.... و يكون الملوك حاضنيك و سيداتهم مرضعاتك على الأرض يسجدون لك و يلحسون غبار رجليك"⁽³⁾
 - سفر إرميا: نادى أن التسامح و الانفتاح و بقاء عظيم لا بد من قمعه بأي وسيلة كانت، و إسرائيل شعب مختار ليهوه رب الجنود، و أن أي محاولة للانفتاح ستولد المشاكل عليهم لكن يهوه يحميهم دائما بأن تبيد الأمم و الشعوب الأخرى التي سببت إسرائيل و تقتلها.
 - سفر خرقياال: كل الأمم نجاسة.
 - سفر عاموس: " قومي و دوسي يا بنت صهيون لأني اجعل قرنك حديدا و أظلافك اجعلها نحاسا فتسحقين شعوبا"
 - سفر اللاويين: " أنا الرب إلهكم الذي ميزكم عن الشعوب لتكونوا لي"⁽⁴⁾
- كما وردت هذه الأفكار العنصرية في بروتوكولات حكماء صهيون نذكر منها البروتوكول الأول: "الحق للقوة لأن الناس نوعان منهم من لهم غرائز سقيمة ، و منهم غرائز سليمة، و الأولون أكثر عددا لذلك يجب التسلط عليهم بالعنف و الإرهاب لا بالمناقشات الأكاديمية"، و في البروتوكول الثاني عشر " ...و الموت حق على كل حي فيكون خيرا و أفضل أن تقرب أجل من يعترضون سبيلنا من أن تقرب آجالنا"⁽⁵⁾
- كما نادى الديانة اليهودية بمجموعة من الأفكار الصهيونية التي تتنافى تماما مع فكرة الحوار المتوازن:
- التلمود و الأدب التلمودي معادي للمسيحية تماما.
 - إذا مر اليهودي بمقابر غير اليهود و خصوصا المسيحيين فمن واجبه الديني لعن الموتى و أمهاتهم.

- د. محمد مورو - التحدي الاستعماري الصهيوني (وجهة نظر إسلامية)، موقع: www.kotobarabia.com، ص 39.

(¹) الأسفار هي أقسام التعاليم و القوانين الدينية و المدنية اليهودية، خلال مراحل مختلفة ، و تعتبر من مصادر الديانة و شؤون الحياة اليهودية، منها : سفر نحشما، و سفر إشعياء، سفر إرميا، سفر خرقياال، سفر عاموس، سفر شيوخ.....

(²) هو شيوخ بن نون جاء بعد وفاة موسى عليه السلام، حيث قاد بني إسرائيل في أرض كنعان.

(³) د. علي خليل - اليهودية بين النظرية و التطبيق (مقتطفات من التلمود و التوراة)، موقع: www.islamonline.com، ص 7.

(⁴) د. محمد فوزي عبد المقصود، إتجاهات الفكر التربوي المعاصر في إسرائيل (التحديات و سبل المواجهة)، موقع: www.kotobarabia.com، ص 268.

(⁵) المؤرخ. عجاج نويهص - بروتوكولات حكماء صهيون (الطبعة الإنجليزية رقم 21-1958 فيكتور مارسدين)، ص 5.

- تعتبر الديانة اليهودية غير اليهود حيوانات و بهائم على هيئات إنسانية.
 - كل شيء مخلوق لليهودي، و لو لم يخلق الله اليهود لانعدمت البركة من الأرض، و غير اليهود مخلوقات شيطانية.⁽¹⁾
 - السماح لليهود بخطف أطفال غير اليهود و بيعهم و الاتجار بهم.
 - إنكار الحيز التاريخي الإنساني و الحضاري و الجغرافي للفلسطينيين⁽²⁾، مع ضرورة الضمان الدائم لتفوق السكان اليهود عدديا باعتبارها القضية المركزية لدى الزعماء الصهيونية⁽³⁾.
 - تعتبر إسرائيل الفتوحات العربية الإسلامية للمشرق و المغرب إحتلالات و حروب استعمارية، كما يعتبر الفلسطينيون اللاجئيين في الدول الناطقة بالعربية نذير شؤم و خراب، كما يعد العرب و المسلمون و الصليبيون محتلين لأرض إسرائيل و ليس لهم حق فيها، بالإضافة إلى ان المقدسات اليهودية احتلت من المسلمين⁽⁴⁾.
 - إبادة الأغبار (دون اليهود) و نساءهم و أطفالهم و رجالهم في الحرب لأنه واجب ديني، بالإضافة أنه حسب القانون الجنائي اليهودي قتل اليهودي جريمة يعاقب عليها بالإعدام، أما قتل غير اليهودي عمدا من قبل اليهود فهو مذبذب بخطيئة أمام شريعة السماء، و لا يعاقب أمام المحكمة ، في حين أن قتل غير اليهود خطأ فلا تعتبر جريمة إطلاقا.
 - أثناء الحرب يباح قتل كل غير يهودي المنتمين لشعب العدو، و كما يقول حاخامات اليهود الحرب ضرورة حيوية لنا و أفضل غير اليهود أقتلوه، و هو واجب ديني.⁽⁵⁾
 - شتم الاغبار و خصوصا شتم المسيحيين و معتنقي المسيحية من اليهود المهترقين أمر واجب (ربي لا تجعل للمتردين رجاء، و لتمحق جميع المسيحيين في الحال) .
 - و عن الشعائر الدينية اليهودية الدموية المبنية على القرابين البشرية نذكر (عيد البوريم/مارس، عيد الفصح/أفريل)⁽⁶⁾ مبنية أساسا أساسا على عنصر الدم الذي يخلط مع الأكل اليهودي ، و من شروط الضحايا المذبوحة القرابين المسيحية التي لم تتجاوز سن البلوغ و من
-
- (¹) راجع: ساهر رافع- جذور العنف عند اليهود من التوراة و التلمود، موقع: www.kotobarabia.com ، ص176.
- أ.رائد قاسم - الإرهاب و التعصب عبر التاريخ (دراسة تحليلية لظاهري الإرهاب و التعصب في السلوك البشري و في المجتمعات الإنسانية حتى أحداث 11 سبتمبر 2001)، 2005، ص103.
- (²) فالخ العنزي- أعضاء على التوجهات العنصرية في المناهج التعليمية الإسرائيلية، موقع: www.alriyadh.com
- (³) د. إيليا زريق- تحويل البنية الطبقة للعرب في إسرائيل، مجلة صامد الإقتصادي، مجلة شهرية إقتصادية إجتماعية عمالية صادرة عن مؤسسة صامد "جمعية معاملة أبناء شهداء فلسطين"، السنة الثالثة، العدد 15، بيروت، لبنان، نيسان 1980، ص 6.
- (⁴) راجع موقع إسرائيل بالعربية: www.israelinarabic.com
- (⁵) إسرائيل شاحك، ترجمة: حسن خضر- الديانة اليهودية و موقفها من غير اليهود، الطبعة الاولى، سينا للنشر، 1994، ص 34، 132، 166.
- (⁶) عيد البوريم: ذبائح تنتقى من شباب بعينهم و دمهم يخفق و يخلط بعجين الفطير.
- عيد الفصح: ذبائح تنتقى من أطفال لا تزيد أعمارهم عن 10 سنوات.
- مناسبات الزواج: يصوم الزوجان من المساء عن كل شيء و يقدم لهم الحاخام بيضة مسلوقة مغموسة في رماد مشرب بدم إنسان.
- مناسبات الحتان: الحاخام يغمس أصبعه في خمر مزوج بالدم و يدخله في فم الطفل و يقول له: " إن حياتك بدمك"، و " من يقتل أجنبيا من غير اليهود يكافأ بالخلود بالفردوس و الإقامة في القصر الرابع".

أب و أم مسيحيين لم يرتكبا الزنا أو شرب الخمر، و خير الدماء أن يكون ضحية دم قسيس لأنه يصلح لكل الأعياد-في الوقت الحالي يستخدم دم كل غير اليهود- و بعد جمع الدماء يقدم للحاخام ليخبز لإعداد الفطير المقدس. (1)

الحوار عند اليهود له طابع أمني لا غير بمعنى ما زالوا لحد الآن يشعرون بالدونية و التهميش و الخوف من الشعوب الأخرى، كما يعتقدون أن الاندماج مع غيرهم من الشعوب تهدد حقيقي لجنسهم النقي لأن غيرهم من الأغيار أجناس نجسة، و هذا ما أدى عبر التاريخ لموجات كراهية ضد اليهود.(2)

الفائدة المرجوة من تمسك اليهود بالحوار رغم أنه متناقض مع شخصيتهم العدوانية، و هذا ما حدده رأي العديد من المفكرين نذكر منهم الفيلسوف سارتر في كتابه اليهودي و اللاسامية عام 1948 أن العامل الوحيد الجامع بين اليهود هو عداء المجتمعات المحيطة بهم و كراهيتها لهم، أما عن كارل ماركس الذي اقر أن أسباب كراهية اليهود هو أنهم رفضوا أن يعيشوا في مجتمعاتهم كمواطنين و تمسكهم بيهوديتهم تغلب على جوهر الإنسان.(3)

3-4- مسألة حوار الأديان متنافية مع الجرائم المرتكبة من إسرائيل في الواقع:

تعتبر إسرائيل أساس المشكلة في العالم المعاصر، فهي منبع العنصرية، و سياسة الانغلاق و الحصرية اليهودية المزيفة، التي تدعوا دوما لعدم الاندماج و الحوار مع باقي الأمم، لأن اليهود حسب معتقداتهم شعب اختاره إله سفك الدماء و الحرب (ياهو) من باقي شعوب العالم ليجعله أداة للانتقام من الأمم التي تنادي بالحوار و السلام.

ارتكب اليهود كل أنواع الجرائم منذ القدم نذكر منها:

- شعب ماضيه مبني على الغدر و الخيانة و الاستهزاء بالشرائع السماوية.
- شعب ماضيه مبني على الحقد و الانتقام، و قتل الأنبياء، و الاستهزاء بأحكام الله.
- شعب ماضيه مبني على الانغلاق و التعصب و إبادة الثقافات و الشعوب.
- شعب ماضيه و حاضره مبني على محاربة الشعوب و إبادة الحضارات الإنسانية.
- شعب ينتج شرائع الكراهية لذات اليهود، و اليهودية، و كراهية الأديان و كراهية الأمم.
- شعب ينتج أفراد معقدين نفسيا، رجالا و نساء و سياسيين و عسكريين يقودهم الحقد و عقد النقص التي مازالوا يتمسكون بها تحت غطاء معاداة السامية المصطنع، و الممزوج بحالة هذائية مرضية أو جنون البارانونيا بمعنى إخفاء كراهية اليهودي للآخر تحت ستار إظهار رغبته في التعاون معه و إستغلاله . (4)
- شعب ارتكب أنواع جرائم الإبادة الجماعية للجماعات الدينية و العرقية ، و إخضاعهم لأحوال معينة و نقل الأطفال، بالإضافة لجرائم ضد الإنسانية من المساس بأمن المدنيين العزل بالقتل العمد و الإبعاد القسري للسكان الفلسطينيين من أراضيهم، السجن

(1) فضيلة الشيخ منصور الرفاعي عبيد، القران و اليهود، 2003، موقع: www.kotobarabia.com ، ص142

(2) راجع: كولن ولسون- ترجمة: د.وقف السيد علي- التاريخ الإجرامي للجنس البشري (1)، "سيكولوجية العنف البشري"، ص97،98.

(3) راجع: طلعت رضوان- العلاقة بين اليهودية و الصهيونية، مركز الدراسات السياسية و الإستراتيجية، ص5.

(4) راجع: محمد أحمد النابلسي- يهود يكرهون أنفسهم، موقع: www.islamonline.com ، ص2.

التعسفي، و التعذيب، و الاغتصاب و الاستعباد الجنسي، و الاضطهاد السياسي و الاختفاء القسري للسكان، و التمييز و الفصل العنصري.

- شعب ارتكب كل أنواع جرائم الحرب من خلال سياسة عسكرية واسعة و منظمة من قتل و تعذيب، و تدمير للممتلكات العامة و الخاصة دون ضرورة عسكرية، توجيه الهجمات للمدنيين و المنشآت و الموظفين الدوليين ، و قيام دولة الاحتلال بنقل القسري للسكان العرب الأصليين داخل و خارج فلسطين، و استخدام الأسلحة المحرمة دوليا و التي تؤدي لأضرار جسيمة.
- الإرهاب الاستعماري و الإجلائي و الإحلالي الإسرائيلي للأراضي الفلسطينية.
- رفض حق عودة الفلسطينيين و نفيهم خارج فلسطين.

- التبريرات السياسية للجرائم الإسرائيلية ، من خلال الإقرار الدائم بأن كل المجازر و الجرائم المرتكبة من قبلهم تصنف ضمن اعتبارها أعمال بطولية و حروب استقلال أو حروب تحرير و كلما سيطرة على أجزاء من الأقاليم العربية تطلق عليها الأراضي المحررة من الاستيطان العربي في أرض إسرائيل، و هذا لتحيي من خلال معارك حربية وقائية بإعتبارهم مضطرين للدفاع عن أنفسهم بسبب وجودهم في وسط النار، و هذا انعكس على تبريراتها للعديد من جرائمها⁽¹⁾:

- ° مذبحه دير ياسين المرتكبة من العصابات الإرهابية (أرغون ستيفي لثومي) و (لحي) يوم 1948/04/09 ، و التي بررت بمحرقة الهولوكوست التي تعرض لها اليهود في أوروبا و نتائجها المرضية على ما يمارسونه من جرائم تجسيدا لصورة "الضحية الدائمة و الشعب المستهدف من خلال اللاسامية"⁽²⁾، و ردا للمضايقات التي تتعرض لها المستوطنات اليهودية من العرب⁽³⁾
- ° مذبحه قبية المقترفة من أرييل شارون 1953 ردا على التسللات الفلسطينية المطرودين من أراضيهم.
- ° مذبحه كفر قاسم في 1956 على المدنيين العزل و محاكمة المتورطين فيها محاكمة صورية⁽⁴⁾.
- ° مذبحه قانة الأولى في لبنان 1996، و قانة الثانية 2006 بأنها ناجمة عن حماية المستوطنات من هجمات حزب الله.

(1) أحمد زكي الدجاني- مأساة فلسطين بين الانتداب البريطاني و دولة إسرائيل، موقع: www.kotobarabia.com ، ص 498

و راجع كذلك: تا.ج.ولز، ترجمة:عبد العزيز توفيق جاويد- معالم تاريخ الانسانية في المسيحية و الاسلام و العصور الوسطى و عصر النهضة(المجلد الثاني)، الكتاب الرابع/بلاد اليهودية و بلاد الإغريق و الهند، ص 22.

و أيضا: الفصل الثالث: التعليم الصهيوني و أهدافه و بناء الشخصية اليهودية صهيونيا، المركز الفلسطيني للاعلام، 2006، موقع: www.palestine.info، ص 2.

(2) فالخ العنزي- أضواء على التوجهات العنصرية في المناهج التعليمية الإسرائيلية، موقع: www.alriyadh.com

(3) قدر جاك رينير المندوب الرسمي للصليب الأحمر الدولي عدد الشهداء في هذه المذبحة ب 300 ضحية و قد تم ارتكاب هذه المجزرة بدون أي سبب عسكري أو مبرر أو استفزاز من أي رجال الذين قطعت أوصالهم و احرقوا أحياء، أو النساء الحوامل اللواتي شق بطونهن و قتلت أجنتهن، أو عجايز أو أطفال و كان الهدف الحقيقي للمجزرة إرهاب العرب و السكان المدنيين بالغدر و الخيانة. راجع: أحمد فؤاد أنور- تاريخ اليهود من تشويه الأنبياء إلى أحداث 11 سبتمبر، مركز الراهبة للنشر و الإعلام، موقع: www.kotobarabia.com ، ص 110-111، و كذلك: فضيلة الشيخ منصور الرفاعي عبيد، القرعان و اليهود، 2003، موقع: www.kotobarabia.com ، ص 131

(4) أحمد فؤاد أنور- تاريخ اليهود من تشويه الأنبياء إلى أحداث 11 سبتمبر، مرجع سابق، ص 107-109

4- المعادلة الصحيحة لحوار الأديان و الحضارات

تحديد المعادلة الصحيحة للحوار البناء و الإيجابي و العادل من خلال مجموعة من الشروط التي إن اختل إحداها، لم يعد للحوار مكسبا بل وسيلة للوصول لمكاسب مشبوهة.

4-1- الفصل بين الدين و الحضارة أثناء الحوار

يساهم هذا الشرط في استبعاد إضفاء الطابع الديني للحوار ،لأن حوار الأديان يتضمن مواضع للخلاف أكثر من مواضع الاتفاق، فلكل شعب دين، و الدين انتماء و لا شعب يتنازل عن دينه فهو يرفض الحوار من حيث المبدأ إذا تم المساس بمقوماته الدينية، باعتبار أن الأديان تعبير صريح عن الانتماءات العقائدية للإنسانية، و كل طرف في الحوار يحاول غالبا الدفاع عن معتقداته، و استبعاد مسبق لصحة الدين الآخر، و هذا سيؤدي لفرض طبيعة دينية للحوار.

يجب التركيز على حوار الحضارة باعتبارها موروثا جامعا للإنسان ، و انتمائه، ثقافته، مدنيته، ماضيها، حاضرها، و مستقبلها، و ما قدمه للإنسانية آخذين بعين الاعتبار تأثيره في التاريخ الإنساني بغض النظر عن مدى التأثير و حجمه، فالمهم مساهمته بالقدر الكافي في صقل إرث الإنسانية، و من كل ما سبق نقترح أن يغير المصطلح إلى حوار الإنسانية الذي يركز على إيجاد العوامل المشتركة (الابتعاد عن الدين) بين مختلف الحضارات للارتقاء بالإنسان دون تمييز فكري، ديني، جنسي، حضاري، و الإسلام حدد أسس الحوار السليم في:

4-2- الابتعاد عن تدين الحوار:

* لكل شعب دين و لا يمكن إرغام أي طرف عن ترك دينه، و هذا لقوله تعالى: " قل يا أيها الكافرون (1) لا أعبد ما تعبدون (2) و لا أنتم عابدون ما أعبد (3) و لا أنا عابد ما عبدتم (4) و لا أنتم عابدون ما أعبد (5) لكم دينكم و لي دين (6) " صدق الله العظيم، (1) لأن الأساس في الدين ليس الحوارات و المناظرات الجوفاء بل معيار المعاملة في الدين هو أساس التأثير في الطرف الآخر. * تجسيد المبدأ القرآني، قوله تعالى: " و قل الحق من ربكم فمن شاء فليؤمن و من شاء فليكفر". صدق الله العظيم. (2) * الحوار تجسيد للمبدأ القرآني، قوله تعالى: " أدع إلى سبيل ربك بالحكمة و الموعظة الحسنة و جادلهم بالتي هي أحسن". صدق الله العظيم. (3)

* وظيفة الحوار لا تهدف لمداية الطرف الآخر و قبوله للرأي الذي نراه لأن هداية القلوب بيد الله وحده، لقوله تعالى: " إنك لا تهدي من أحببت و لكن الله يهدي من يشاء". صدق الله العظيم. (4)

* وظيفة الحوار لا يجب أن تمس ثوابت الأديان و لا التشكيك بصحتها لتفادي التنافر لقوله تعالى: " و لا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدوا بغير علم كذلك زينا لكل أمة عملهم ثم اى ربهم مرجعهم فينبئهم بما كانوا يعملون" (5).

(1) راجع: سورة الكافرون،

(2) راجع: سورة الكهف، الآية 29،.

(3) راجع: سورة النحل، الآية 125.

(4) راجع: سورة القصص، الآية 56.

(5) راجع: سورة الأنعام، الآية 108.

4-3- التركيز على الحوار الحضاري:

* لقوله تعالى: " إنا جعلناكم شعوبا و قبائل لتعارفوا، إن أكرمكم عند الله أتقاكم". صدق الله العظيم⁽¹⁾

* أمرنا القرآن الكريم بالحوار مع أهل الكتاب لتحقيق خير الإنسانية لقوله تعالى: " يا أهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا و بينكم ألا نعبد إلا الله و لا نشرك به شيئا و لا يتخذ بعضنا بعضا أربابا من دون الله" صدق الله العظيم.⁽²⁾

* مراعاة المستوى العقلي و الحضاري للحوار مع الآخر، فليس المعنى إقناع الطرف الآخر أو التغلب عليه، و إنما حوار بالحكمة و الموعدة الحسنة⁽³⁾، و عدم تحميل الآخر على الاعتقاد فلا إكراه في الدين لقوله تعالى: " و لو كنت فظا غليظ القلب لانفضوا من حولك فاعف عنهم و استغفر لهم و شاوهم في الأمر. صدق الله العظيم.⁽⁴⁾

* التأكد بأن من أهل الكتاب المتكبر و المعاند، و منهم العادل و المنصف فلا يجب أن يكون الحكم عاما، لقوله تعالى: " ليسوا سواء من أهل الكتاب أمة قائمة يتلون آيات الله آناء الليل و هم يسجدون. يؤمنون بالله و اليوم الآخر و يأمرون بالمعروف و ينهون عن المنكر و يسارعون في الخيرات و أولئك من الصالحين". صدق الله العظيم⁽⁵⁾، و قوله تعالى: " لا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى و اتقوا الله ". صدق الله العظيم.⁽⁶⁾، و قوله تعالى: " لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين و لم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم و تقسطوا إليهم إن الله يحب المقسطين"⁽⁷⁾.

4-4- الخروج من الإطار النظري إلى الإطار التطبيقي في الحوار

يجب أن لا تبقى معادلة الحوار مجرد أفكار بين المثقفين و السياسيين تتداول في المؤتمرات و الملتقيات الدولية، و لا تعكس حقيقة الواقع الدولي جملة و تفصيلا، و لا تحقق المصلحة المشتركة بين الأطراف المتحاورة، كما يجب أن يستند الحوار على قراءة الآخر قراءة موضوعية دون الاستناد للمصادر الإعلامية التي تروج للأفكار الخاطئة و الدعاية المغرضة عن بعض الشعوب و بالخصوص لانتماء أتم الدينية .

و في نفس السياق يجب الاعتراف بأن المحاور لا يعرف كل الحقيقة لذا يستوجب تحصيل الحقائق و فهمها قصد بناء حوار بين العقلاء و المثقفين و السياسيين و الارتقاء به، و الابتعاد عن الخطابات المرتكزة على منظومة العامة التي تنساق في الغالب نحو الإشاعات العدائية نحو الآخر.

(1) راجع: سورة الحجرات ، الآية 13.

(2) راجع: سورة آل عمران، الآية 64.

(3) راجع: الدكتور. أحمد بوعود، حوار الحضارات رؤية مقاصدية، 30 يونيو 2007، ص 2.

(4) راجع: سورة آل عمران، الآية 159.

(5) راجع: سورة آل عمران، الآيتان 113. 114.

(6) راجع: سورة المائدة، الآية 8

(7) راجع: سورة الممتحنة الآية 8.

كما لا يجب أن يبقى الحوار مجرد كلام حبرا على ورق فقط، بل يجب ترجمته في الواقع لتعاون ملموس بين الأطراف المتحاوره، لإيجاد علاقات واضحة و الارتقاء بها، بمعنى لا يجب أن يكون هدف الحوار لمصلحة أحد الطرفين و الطرف الآخر ما عليه إلا الإذعان و هذا ما يتميز به الطرح الغربي للحوار مع المسلمين ، لكن على خلاف ذلك تتميز الروح الإسلامية للحوار بالعمومية و بالخصوص بترجمتها لتصرفات واقعية ، فالمسلمون لم ينكروا نقل بعض العلوم من الغرب لكنهم طوروها و حللوها و قاموا بتفسيرها، مع إيمانهم بارتباط الأسباب بالمسببات في الأفعال الطبيعية و ثبات العلاقة و منح الله هذه الأسباب قوة التأثير و ثبات القوة و أطرادها ليستقر العالم، و عدم وجود تناقض بين العقل و الإيمان بفعل الأسباب و الإيمان بأن مصدر هذه القوة الفاعلة هو الله و ليس الأسباب ذاتها.

مع الإشارة بأن لغة الحوار عند المسلمين هو حسن توظيفهم للعلم و نتائجه و الإفادة من معطياته، و تسخيرها لخدمة الإنسان، و تأمين حاضره و مستقبله، فنعمت البلاد التي فتحها المسلمون شرقا و غربا بهذا الوافد الجديد (شبه الجزيرة العربية، فارس، الهند، بلاد الشام، أوروبا، الأندلس ، و إفريقيا ...) و لم يقف أمامهم إلا أصحاب المطامع الخاصة و المتسلطين (محور الخلاف و محك الصراع بين الإسلام و الغرب) ، على خلاف الغرب بمحلاتهم الصليبية و بدأ عملية الصراع على المستعمرات فكل الغرب أول ما يقومون به هو تدمير البنية الدينية و الاجتماعية و السياسية و التعليمية و الثقافية للبلدان الإسلامية المستعمرة ، مع ضرورة ترك الشعوب المستعمرة في الجهل و الفقر و الاقتتال الدائم و الاستئثار الكامل بثرواتها، لتبقى دائما شعوبا متخلفة، فأين التجسيد العملي للحوار الغربي مع الغير؟

4-5- الابتعاد عن خطاب القوة في طرح مسألة الحوار

* الحوار وفقا للمعايير الحالية، التي تعتمد على ازدواجية معايير المعاملة في العلاقات الدولية بين الشرق و الغرب سيؤدي في الغالب إلى نتيجة حتمية و هي الحوار من أجل الحوار فقط ، و الصدام و الصراع الدائمين في الواقع الدولي .

* الهدف من الحوار ليس محاولة فرض الرأي على الآخر أو محاولة إرغامه للتخلي عن توجهاته الدينية و الحضارية، إذ يجب أن يكون الحوار مبنيا على اللين و القول المتوازن لقوله تعالى: " فقولا له قولا لينا لعله يتذكر أو يخشى " (1)، لكن المعمول به حاليا هو محاولة دائمة لإرضاخ الطرف الآخر في الحوار من خلال (قبول الحوار، شروط الحوار، طبيعة الحوار، نتائج الحوار)، فالطرف الآخر له الحق في المشاركة في الحوار لا توجيهه الحوار، و عليه لا تصبح علاقة الحوار مبنية على التراضي بين الأطراف المتحاوره و إرادتها المشتركة، فوفقا للشروط المذكورة يصبح الحوار بمثابة علاقة إذعان، فلطرف واحد كل الحقوق و ليس للطرف الآخر أية حقوق.

* أساس الحوار المتمدن هو الابتعاد عن استخدام لغة الاستعلائية و الفوقية، و إشعار الآخر بالدونية كما هو حاصل من قبل الغرب، فالغرب بمجرد ازدهاره بعد مساهمة الحضارة الإسلامية من إخراجها من عصر الظلمات، و تراجع الحضارة الإسلامية تبدلت لغة الحوار في الأسلوب و المنهج و صرح الغرب بما كان يضمه للعالم الإسلامي و محاولة تفكيكه لإضعاف روح المسلمين.

* يتميز الحوار الغربي بروح الحقد و التعصب و الطغيان الفكري و الواقعي المقتبس من الحملات الصليبية بمختلف الأشكال.

(1) راجع: سورة طه الآية 44

4-6- تحقيق السلام العالمي قوامه العدل

إن الهدف من الحوار ليس إحداث قطيعة أو خلق عداء بين الشعوب أو الديانات، بل هدفه الأسمى هو تحقيق السلام العالمي بين أفراد المجتمع دون تمييز بأي شكل من الأشكال (اللون، الجنس، اللغة، الدين، الانتماء الثقافي، الانتماء الوطني، و السياسي... الخ)⁽¹⁾

* قال تعالى: " إن الله بأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها و إذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل إن الله نعماً يعضكم به إن الله كان سميعاً بصيراً" ⁽²⁾

* قال تعالى: " و إن جنحوا للسلم فاجنح لها و توكل على الله انه هو السميع العليم". ⁽³⁾

* قال تعالى: " يأيتها الذين امنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط و لا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا اعدلوا هو اقرب للتقوى... " ⁽⁴⁾

الخاتمة:

يعتبر حوار الأديان و الحضارات غاية إنسانية مشتركة لجميع الأمم و الشعوب باختلافها، لأنها ستؤدي لفهم الآخر من خلال خصوصياته، و عمومياته، و تؤدي حتما لاستجلاء عناصر الصدام التي يمكن أن تظهر مستقبلا، و تحويلها لعناصر إتحاد و تعاون لمواجهة المشاكل التي تهدد الاستقرار العالمي الإنساني المشترك.

لكن إن أصبحت مسألة الحوار وسيلة تستعمل للضغط، و جبر الطرف الآخر على قبول شروط الحوار مسبقا، فيتحول تكييف الحوار إلى وسيلة للوصول لغايات حتما ستكون غير شرعية أو على الأقل غايات لا تخدم إلا مصالح الأطراف القوية كإجراء مؤقت لتعزيز علاقاتها في المجتمع الدولي.

⁽¹⁾ قال الشيخ ابن القيم رحمه الله: الشريعة مبناه و أساسها على الحكم و مصالح العباد في المعاش و المعاد و هي عدل كلها و رحمة كلها، و مصالح كلها، و حكمة كلها، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، و عن رحمة إلى ضدها، و عن المصلحة إلى مفسدة، و عن الحكمة إلى العبث، فليست من الشريعة و إن أدخل فيها التأويل فالشريعة عدل الله بين عباده و رحمة بين خلقه.

⁽²⁾ راجع: الآية 58، سورة النساء.

⁽³⁾ راجع: الآية 61، سورة الأنفال.

⁽⁴⁾ راجع: الآية 8 سورة المائدة.

قائمة المصادر و المراجع:

- القرآن الكريم

- كتب الصحاح

كتب:

- كولن ولسون- ترجمة: د.وقف السيد علي- التاريخ الإجرامي للجنس البشري (1)، "سيكولوجية العنف البشري".
- طلعت رضوان- العلاقة بين اليهودية و الصهيونية، مركز الدراسات السياسية و الإستراتيجية.
- تاج.ولز، ترجمة:عبد العزيز توفيق جاويد- معالم تاريخ الانسانية في المسيحية و الاسلام و العصور الوسطى و عصر النهضة(المجلد الثاني)، الكتاب الرابع/بلاد اليهودية و بلاد الإغريق و الهند.
- د.أحمد بوعود، حوار الحضارات رؤية مقاصدية، 30 يونيو 2007.
- المؤرخ. عجاج نويهص-بروتوكولات حكماء صهيون (الطبعة الإنجليزية رقم 21-1958 فيكتور مارسدين).
- أ.رائد قاسم - الإرهاب و التعصب عبر التاريخ (دراسة تحليلية لظاهري الإرهاب و التعصب في السلوك البشري و في المجتمعات الإنسانية حتى أحداث 11 سبتمبر 2001)، 2005.
- د.السيد عوض عثمان- العنصرية الصهيونية (رفض حق العودة و التمييز العنصري ضد فلسطين 1948 داخل إسرائيل)، الطبعة الأولى، الناشر: مركز حقوق الإنسان لمساعدة السجناء.
- فضيلة الشيخ منصور الرفاعي عبيد، القرآن و اليهود، 2003، موقع: www.kotobarabia.com
- د.تماري حفني- الإسرائيليون من هم؟دراسة نفسية،موقع: www.kotobarabia.com
- ساهر رافع- جذور العنف عند اليهود من التواراة و التلمود، موقع: www.kotobarabia.com .
- د. مجّد فوزي عبد المقصود، إتجاهات الفكر التربوي المعاصر في إسرائيل(التحديات و سبل المواجهة)،موقع: www.kotobarabia.com .
- د.قدري حفني- الإسرائيليون من هم؟دراسة نفسية،موقع: www.kotobarabia.com .
- د.مجّد مورو- التحدي الاستعماري الصهيوني(وجهة نظر إسلامية)،موقع: www.kotobarabia.com .
- د. مجّد فوزي عبد المقصود، إتجاهات الفكر التربوي المعاصر في إسرائيل(التحديات و سبل المواجهة)،موقع: www.kotobarabia.com .
- ساهر رافع- جذور العنف عند اليهود من التواراة و التلمود، موقع: www.kotobarabia.com .
- أحمد زكي الدجاني- مأساة فلسطين بين الانتداب البريطاني و دولة إسرائيل،موقع: www.kotobarabia.com
- أحمد فؤاد أنور- تاريخ اليهود من تشويه الأنبياء إلى أحداث 11 سبتمبر، مركز الراية للنشر و الإعلام، موقع: www.kotobarabia.com

مقالات:

- د.كريس ايكل- حوار الحضارات بالقول و الفعل، مجلة الصراط لكلية العلوم الإسلامية للبحوث و الدراسات الإسلامية المقارنة، السنة الثالثة، العدد(6)، الجزائر، رجب 1423هـ- سبتمبر 2002م.
- د. عبد القادر بخوش - منهجية المقارنة و تطبيقاتها على بعض مظاهر الحوار بين الأديان و بين الواقع المتأزم و الآفاق المستقبلية، مجلة الصراط لكلية العلوم الإسلامية للبحوث و الدراسات الإسلامية المقارنة، السنة الثالثة، العدد(6)، الجزائر، رجب 1423هـ- سبتمبر 2002م.

- د. إيليا زريق- تحويل البنية الطبقيّة للعرب في إسرائيل، مجلة صامد الإقتصادي، مجلة شهرية إقتصادية إجتماعية عمالية صادرة عن مؤسسة صامد "جمعية معامل أبناء شهداء فلسطين"، السنة الثالثة، العدد 15، بيروت، لبنان، نيسان 1980.

دراسات عبر مواقع الأنترنت:

- د.علي خليل- اليهودية بين النظرية و التطبيق(مقتطفات من التلمود و التوراة)، موقع: www.islamonline.com.
- مجّد أحمد النابلسي- يهود يكرهون أنفسهم، موقع: www.islamonline.com.
- التعليم الصهيوني و أهدافه و بناء الشخصية اليهودية صهيونيا، المركز الفلسطيني للاعلام، 2006، موقع: www.palestine-info.info.
- إسرائيل شاحك، ترجمة: حسن خضر- الديانة اليهودية و موقفها من غير اليهود، الطبعة الاولى، سينا للنشر، 1994.
- فالخ العنزي- أضواء على التوجهات العنصرية في المناهج التعليمية الإسرائيلية، موقع: www.alriyadh.com.
- الباحث. أديب صعب- فلسفة الحوار الديني تقوم على الإقرار بالجور و اكتشاف الوحدة في التنوع، الحياة، 03/07/2004، موقع الأنترنت: www.passia.org.
- د.حامد الرفاعي- حوار الأديان أم حوار الطرشان؟، القدس العربي، 27/08/2004، موقع الأنترنت: www.passia.org.
- الأستاذ. محمود العالم، حوار الحضارات و فتح جسور التطبيع، مركز الشرق العربي للدراسات الحضارية و الإستراتيجية، الأردن.
- مجّد بديع أرسلان- من أجل فكر عالمي موحد، المؤسسة العربية للدراسات و النشر، موقع : <https://books.google.dz/books?isbn=9953360901>
- موقع إسرائيل بالعربية: www.israelinarabic.com
- وثيقة الاستقلال الإسرائيلية (الإعلان الرسمي لعودة سيادة الشعب اليهودي عن أرضه التاريخية)، مدينة تل أبيب، الجمعة 05 أيار 5708 عبري الموافق ل14 أيار 1948، موقع: www.israelinarabic.com

مراجع باللغة الأجنبية:

- Interfaith Dialogue Basics , International Interfaith Conferensince 1893, <https://sites.google.com/site/interfaithdialoguebasicseu/a-new-church/international-interfaith-conferenes-since-1893>
- Resolution :Elimination of all forms of racial discrimination, resolution adopted by the general assembly at its 30 th session,World conference to combat Racism and racial discrimination, 2400th plenary meeting 10 november 1975.72-35-32, Resolution N:A/RES/3379/XXX ,cite: [www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol= A/RES/3379\(XXX\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol= A/RES/3379(XXX))
- GAOR, 30 th session,supplement No:34.cite: www.research.un.org/en/docs/ga/quick/Regular/30

البيئة والأعيان المدنية أثناء النزاعات المسلحة

(انفصال في الطبيعة القانونية و اشتراك في الحماية)

أ. سيد علي بن عومر

أستاذ مساعد "أ"

كلية الحقوق و العلوم السياسية . جامعة معسكر.

sidali_benaoumeur@yahoo.fr

ملخص:

أولت الصكوك الدولية المعاصرة أهمية بالغة للبيئة؛ خاصة تلك المنظمة لمسائل تكريس الحق في البيئة و ما يستتبعه من حماية لها. إن تكريس حماية واضحة وفعالة للبيئة يعتبر معضلة نظرا لأن قواعد القانون الدولي الإنساني تحتاج للتطوير في مجال تأطير الأضرار الفادحة التي تصيب البيئة غير قابلة العلاج أو التعويض أكثر من ذلك فإن هذه الأضرار تمس الإنسان مباشرة لا سيما في أوقات النزاعات المسلحة مقاتلا كان أو مدني أعزل.

وبما أن المستهدف بالحماية هو الإنسان فقد أولى القانون الدولي الإنساني أهمية للأعيان المدنية التي تستفيد من الحماية و التي لها دور مؤثر في حماية البيئة على الرغم من وجود انفصال بينهما من حيث الطبيعة القانونية.

الكلمات المفتاحية: قانون دولي إنساني ; بيئة ; أعيان مدنية ; مبدأ التمييز; مبدأ التناسب.

Résumé :

L'environnement est considéré comme l'un des sujets à qui les écrits internationaux contemporains ont consacré une importance capitale, en particulier ceux relatifs à la question de la protection du droit à l'environnement. L'établissement d'une protection claire et efficace de l'environnement est un problème en ce que les règles du droit international humanitaire ont besoin d'une amélioration dans le domaine de l'encadrement des dégâts flagrants, non réparables et non récupérables apportés à l'environnement. Plus encore lorsque ces dégâts touchent directement l'homme et en particulier en temps de conflits armés qu'il soit soldat ou civil non armé. Et puisque le but de la protection est l'homme et plus justement les sujets civils, ces derniers ont un rôle direct dans la formation des règles du droit international de la protection de l'environnement, en dépit de la différence existant entre les deux dans leurs natures juridiques.

لما كان المستهدف الأساسي في النزاعات المسلحة بطابعها الدولي وغير الدولي هو الإنسان انصب اهتمام القانون الدولي المعني بالحروب والنزاعات المسلحة أي القانون الدولي الإنساني على حماية الإنسان سواء في صورته العسكرية أو في وضعه الأعزل المدني حيث تؤكد ذلك من خلال الشق العربي و الاتفاقية للقانون الدولي الإنساني "سواء من الكيف أو الكم"¹.

إلا أن الإنسان ومع تطوره وتطور حاجاته التي تداخلت وتمازجت مع ضرورة بقائه واستمرار وجوده . ما أدى إلى واجب عدم المساس بما . فأصبح استهداف المدنيين أو العسكريين في العمليات القتالية مباشرة في ذاتهم أو عن طريق استهداف حاجياتهم الضرورية أو ممتلكاتهم المؤدي إلى فقدان حمايته.

فتأكد بذلك للمجتمع الدولي والباحثين في هذا المجال أن حماية حاجيات الإنسان الضرورية للعيش لا تقل أهمية عن حماية الإنسان في حد ذاته.

ولم تكن للبيئة في هذا السياق إي إشارة اتفاقية أو عرفية واضحة ؛ على الرغم من اتفاق الجميع أن ضحايا النزاعات المسلحة يتصلون بمحيطهم الذي يتضرر يمثل تضررهم . وهذا الأمر لا يشمل حماية البيئة في أوقات استثنائية فقط بل حتى في الأوقات العادية. حيث لم يلقى لها بالا إلا في بداية السبعينيات من القرن العشرين مدافع إلى التساؤل حول مدى استفادة البيئة من الحماية قبل الاهتمام الدولي الصريح بها !

ومنذ الإرهاصات الأولى للقانون الدولي الإنساني كانت الإشكالية التي تعتره هي مدى احترام قواعده من قبل المتنازعين؛ حيث كانت الفكرة كلها متصلة بإشكالية إلزامية قواعد القانون الدولي منذ وجوده.

فأخذت هذه الإشكالية أولوية لدى المجتمع الدولي قبل الإنفاذ، الذي يستفيد منه المشمولون بالخطاب سواء في قانون الحرب: قانون جنيف أو قانون لاهاي². خاصة وأنه منذ بدء الاهتمام بالتأطير القانوني للنزاعات المسلحة أو كما كانت تعرف في القانون الدولي العام بالحرب كان الغرض الأول من هذه التنظيم هو تخفيف وطأة الحرب فقط³.

على ذلك فقد تطور الاهتمام بحماية البيئة ببطء عكس الاهتمام بالإنسان كما بدأت توضح أقسام البيئة المعنية بالحماية أو ما يمكن الإشارة إليه بمجالات البيئة المتمتعة بالحماية⁴. أو أي هذه الأقسام أولى بالحماية في القانون الدولي الإنساني من غيره؟ تبعاً لأهميته بالنسبة للسكان المدنيين أو حتى بالنسبة للاشتباكات القتالية أو الأعمال العدوانية.

¹ محمد شريف بيسيوني ، القانون الإنسان الدولي ، دار النهضة العربية ، 2004، ص 09.

² جون ماري هنركس ولويز دوزوالد ، القانون الدولي الإنساني ، المجلد الأول : القواعد 2006.icrc .ص12.

³ فيصل شنتاوي، حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني ، والنهضة ، د.س.ص 42.

⁴ المقصود بالمجالات هي أقسام البيئة الطبيعية والحيوية بالإضافة للبيئة الصناعية.

ولم تكن البيئة هي الموضوع الوحيد الذي يشغل المهتمين بل أيضا كل ما هو متصل بوجود السكان المدنيين الذين يجدون أنفسهم ضحايا النزاعات المسلحة خاصة الأعيان المدنية التي غالبا ما يتم استهدافها في أي عمل عسكري. خاصة وأن الأضرار بها يؤدي مباشرة لتدهور حماية المدنيين. فلاهتمام بغير الإنسان بالحروب يوجب البحث حول مدى الفصل داخل قواعد القانون الدولي الإنساني بين هذه المواضيع.

لذلك يجب التساؤل حول: مدى الترابط أو الفصل في الحماية بين الأعيان المدنية والبيئة؟ وهل تؤثر حماية أحدهما على الأخر؟.

وسنجيب عن ذلك في ما يلي:

أولا: علاقة البيئة بالأعيان المدنية.

ان الوثائق الدولية الممتدة منذ إعلان بتارسبورغ 1868 إلى غاية الآن يجعل الكشف عن موضوع البيئة كهدف للحماية غير واضح¹ من حيث اعتبارها عنهم في مقارنة قانون مباشرة بالأعيان المدنية المستفيدة من الحماية وأساس ذلك يجد تفسيره في أن المهتمين بشأن النزاعات المسلحة كان سعيهم هو تهذيب الحرب أولا.²

بعدها جاءت مرحلة تقييد حق اللجوء إلى الحرب لذلك فان العبرة كانت بوضع قاعد وأساس تشريعي سمي بالقانون الدولي الإنساني.

واعتبر بالتالي الأعيان المدنية هدف يجب حماية من العمليات القتالية والتي أي الأعيان المدنية احتاجت لتعريف جامع مانع لها حتى يمكن تحديد علاقة البيئة معها والقول باستفادتها من الحماية .

خاصة وأن اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية لسنة 1954. أعطت أهمية للأعيان الثقافية باعتبارها أراثا مشتركا للبشرية³.

فرع : الإطار القانوني للأعيان المدنية.

ان البحث عن مفهوم قانوني واضح للأعيان المدنية وفي الثقافية التي تطور مفهومها عبر الموافيق الدولية، يحتم تسليط الضوء على ماهو معاكس أو ضدها.

¹المجلة الدولية للصليب الأحمر ، السنة السادسة ، العدد 34 ، نوفمبر / ديسمبر 1993.

² سعيد سالم الجويلي ، القانون الدولي الإنساني (أفاق وتحديات) الجزء الثالث ، منشورات الحلبي الحقوقية 2005 ص50

³ديباجة اتفاقية لاهاي لحماية الممتلكات الثقافية في حالة نزاع مسلح 14 مايو 1954 التي أكدت أن الأضرار التي تلحق بممتلكات ثقافية يملكها اي شعب كان تمس التراث الثقافي الذي تملكه الإنسانية جمعاء.

ولان المبدأ الأساسي الذي يحكم الأشياء في العالم " الضد يعرف حسنة بال ضد". فان تعرف الأعيان المدنية يجب أن يتركز على عكسها وهي الأهداف العسكرية¹.

يعتبر إعلان سان بترسبورغ 1868 سند قانوني جاء بالاصطلاح القوانين الإنسانية، وبالتالي فان مبدأ التمييز هو الأساس².

(أ) تعريف الأهداف العسكرية: ان تعريف هذه الأهداف ليست من السهولة بحيث يمكن القول أن كل ما يمكن استهدافه لأضعاف العدو هو هدف عسكري.

حيث أن ذلك يعطي الحق للمتحاربين بإصغاء شرعية على أعمالهم التي يسعى القانون الإنساني الدولي لتحريمها³.

فنتيجة المادة 24 من ميثاق الحرب الجوية لسنة 1924⁴، نصت على التالي :

01 - لا يكون القصف الجوي مشروعاً إلا عندما يصوب ضد هدف عسكري يعتبر تدميره أو الأضرار به ميزة عسكرياً واضحة .

02- لا يكون القصف الجوي مشروعاً إلا عندما يوجه ضد الأهداف التالية.

القوات. العسكرية الأشغال العسكرية، المؤسسات والمستودعات العسكرية

المصانع التي تعتبر مراكز هامة ومعروفة لإنتاج الأسلحة أو الذخيرة أو الامتدادات العسكرية المتميزة، خطوط الاتصال أو النقل المستعملة لأغراض عسكرية "

وبالتالي النتيجة المتوصل إليها من هذه المادة ان الهدف العسكري إنما هو ما يعتبر عصب حيوي لجيش مقاتل.

وتعتبر اتفاقيات جنيف الأربعة لسنة 1949 قاصرة في تحديد الهدف العسكري⁵، على الرغم من التطور الذي أضفته في

التأسيس لقواعد اتفاقية .نحكم سير العمليات العسكرية والعدائية - لكن الواقع القتالي اثبت ان الجيوش تتعهد استهداف أهدافاً أخرى من أجل أضعاف العدو⁶.

¹ حسام علي عبد الخالق الشبيخة المسؤولة والعقاب على جرائم الحرب مع دراسة تطبيقية على جرائم الحرب في البوسنة والهرسك، دار الجامعة الجديدة للنشر مصر 2004 ص 110.

² المرجع نفسه ، ص 114.

³ زكرياء حسين عزمي ، من نظرية الحرب الى نظرية النزاع ، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة فرع الخرطوم 1978، ص 37.

⁴ فيصل شطناوي ، مرجع سبق ذكره ، ص 73.

⁵ عبد الكريم الدحولي ، حماية ضحايا النزاعات الدولية المسلحة دراسة قواعد القانون الدولي العام والشريعة الإسلامية ، دار النهضة القاهرة 2002.ص314.

⁶ jean pierre berier , Droit international de l'environnement, 4édition , Padoux ;P 130.

وقد جاءت المادة 07 من مشروع القواعد التي وضعتها اللجنة الدولية للصليب الأحمر. سنة 1956. حيث أكدت أن الأهداف العسكرية هي كل جزء أو فرقة أو ألة أو وسيلة يستخدمها الطرف العدو المقاتل في قتاله¹، والتي حاول أي اللجنة الدولية للصليب الأحمر الدولي، ان تضع قائمة محددة بذاتها يتراضى الأطراف عليها للأهداف العسكرية : برية بحرية وحتى جوية.

وقد حاول بعض الفقه الدولي أن يجعل الأهداف العسكرية هي استثناء ويجعل كل ما تبقى أعيانا مدنية حتى يعطي الميزة في الحماية المدنية دون العسكرية إلا ان التفرقة بين الأهداف العسكرية والأعيان يجب أن يبنى على معايير أما معيار العرض أو معيار الطبيعة².

فقد ورد في المادة 52 من البروتوكول الأول لسنة 1977 الملحق لاتفاقيات جنيف الأربعة. أن الأهداف العسكرية هي التي بطبيعتها تساعد في تحقيق القوة والتفوق القتالي الميداني واللوجستي للعدو . أي أن أصل وجوده عسكري من البداية.

أما الغرض فالمقصود به أن الهدف العسكري هدف استعماله ومن اجل تحقيق تفوق عسكري.

وبناء اعليه فان الأعيان المدنية هي التي لا يمكن ان تحقق اي نتيجة عسكرية مهما كانت سواء جوهريه أو عرضية³.

وحتى في حالة التشكيك في طبيعة الهدف ما إذا كان عسكري ام لا فقد ألزمت الفقرة الثالثة من المادة 52 سالفة الذكر أن يفسر الهدف ويعتبر مدني فقد ذكرت صراحة : "إذا ثار الشك حول ما إذا كانت عين تكرر عادة لأغراض مدنية مثل مكان العبادة أو منزل أو أي مسكن آخر أو مدرسة . إنما تستخدم في تقديم مساهمة فعالة للعمل العسكري، فإنه يفترض أنها لا تستخدم" لكن بمفهوم المخالفة فإن التأكد من استخدام عين مدنية لأهداف عسكرية قطعاً فإنه يحولها إلى هدف عسكري وفي هذا خطورة بالغة على الأعيان التي قد تكون مجاورة لها.

وباستقراء اتفاقية جنيف حول المرضى والجرحى لسنة 1949 فإنها لم تهتم بالضرورات العملية للتمييز عن الأهداف المدنية والعسكرية على الرغم من انها تدخل في صلب تنظيم للعمليات القتالية⁴.

(ب)-الأعيان المدنية :فقد تقرر أنها تلك الأماكن والمناطق والوسائل المتصلة بالمدينين كما جاء في نص المادة 52 . ويمكن سياقة عدة أمثلة حيث تشمل المنازل، المستشفيات، الجسور، الطرقات، المزارع، محطات الطاقة المدنية والمياه، وكل ما من شأنه خدمة الأغراض المدنية والسكان بشتى أنواعهم من مواطنين وأجانب مقيمين.¹

¹ J' toman ,the law of armed conflicts , Henry dunant institute , Geneva .1988,p253 .

² محمد فهاد الشلالدة ، القانون الدولي الإنساني ، دار المعارف الإسكندرية ، 2005 ، ص 93.

³ المرجع نفسه ص 97

⁴ عبد الكريم الداخول ، مرجع سبق ذكره ، ص 447.

بحيث يستنتج تلقائيا ان الأضرار بهذه الأعيان وإلغائها هو إلغاء تلقائي للسكان المدنيين، بحث لا يمكن استمرار وجودهم وقد ألغيت الأعيان الضرورية .

وبالتالي فان العلاقة بين الأعيان المدنية والسكان المدنية: الطردية.

وقد أضافت المادة54 من البروتوكول الأول لاتفاقيات جنيف الأربعة لسنة 1977 الأعيان التي لا يمكن بأي حال الاستغناء عنها وهي:

- المواد الغذائية.
- المناطق الزراعية والمحاصيل والماشية.
- مرافق مياه الشرب وشبكاتها وأشغال الري.

إلا أن نفس هذه المصادر الغذائية الضرورية للمدنيين غير المقاتلين هي كذلك ضرورية للجيش والمقاتلين.

والسؤال الذي يجب طرحه:

هل ما عدته المادة54 سابقة الذكر من البروتوكول سابق الذكر جاء على سبب المثال أم الحصر؟.

يتفق الكل أن التعديد على سبيل المثال². حيث أن كل ما ليس للسكان المدنيين غنى هو ضرورة أساسية اذا ما عدنا متطلبات كل شريحة من السكان. إلا أن ما ذكرته المادة هو الأكثر أهمية. خاصة وأن المادة أوردت كلمة: {...ومتأهلا...} وهو ما يؤكد أن التعداد جاء على سبيل المثال قابلية التوسع.

إلا أن بعض الآخر وهم قلة من الدول، يرى أن استخدام ألفاظ مثل "على وجه الحصر" إنما هو زيادة في بعض تطبيق الحماية لهذه الأعيان³، بحيث يمكن أن يخضع للتغيير الذي يريده كل طرف على حدى ما يجعل المسألة تدخل ضمن نطاق القانون الدولي للمعاهدات . فالمعني للنص يجب أن يراعي سياق وملابسات أدت إلى إقرار النص في صورته النهائية دون الخروج عن السياق العام للمعاهدة ودون أن يكون تفسير نص من المعاهدة مخالفا لباقي نصوص المعاهدة⁴.

وهذا ما يورد مشاكل تعيق من تطبيق هذه الحماية المقررة للأعيان المدنية .

¹ Lea brilmayer and geofferychipega ,OWNERSHIP OR USE ? civilian property interests in international humanitarian law, HARVARD international law journal/vol49,n°02.2008.p417.

² فريتسكالسهوفنزالز ابييتسغفلد ، ضوابط تحكم خوض الحرب ، مدخل القانون الدولي الإنساني ، ترجمة أحمد عبد الحليم ، ICRC ، 2004 .ص124.

³ المرجع نفسه ، ص 125 .

⁴ صلاح الدين عامر ، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام ، دار النهضة العربية .2007. ص 277.

ثانيا :تداخل حماية البيئة مع الأعيان المدنية:

لابد من الإشارة أنه من وجهة تاريخية فأن ظهور الاهتمام بكلا الموضوعين كان وليد محاولات حثيثة توجت في البروتوكول الملحق الأول المتعلق بما يجب حمايته، الموقع عليه في جوان 1977.

فالأعيان المدنية كما سبقت الإشارة إليه في هذا البحث متعددة و ذكرها يميل أغلب فقهاء القانون الدولي لاعتباره على سبيل المثال ،خاصة إذا تعلق الأمر بمسألة الاعتقاد القانوني (opinion juris) حيث تعبر هذه القاعدة الهامة العرفية متبعة كلما لم يكن وجود لقاعدة اتفاقية واضحة أو قاعدة عرفية أجمع على اتباعها⁽¹⁾. وهو اعتقاد يوسع من دمج مجموعة من الأعيان واعتبارها مدنية واجبة الحماية ، حيث أن مبدأ التمييز يعتبر أصلا في الأعمال القتالية؛ لا استثناء⁽²⁾ يجعل الأعيان المدنية أولى بالتوسع و الزيادة من الأهداف العسكرية المحددة حصرا وفق المادة 52 فقرة 02 من البروتوكول الإضافي الأول لاتفاقيات جنيف الأربعة الصادر في جوان 1977.

ومن ثمة تصبح عناصر البيئة كما هي معروفة في القواعد العامة المطبقة في حالات السلم والتي تشمل الأجزاء و الفئات الطبيعية⁽³⁾ على اعتبار هذه العناصر في قسميها الطبيعي (الجيولوجي)⁽⁴⁾ كما يتفق اغلب علماء البيئة.

وكذا القسم الحيوي (البيولوجي)⁽⁵⁾ و القسم الصناعي الذي أوجده الانسان و المدرج وجوبا مع القسمين الآخرين⁽⁶⁾.

تصبح اقسام لا يمكن فصلها بسهولة عن الاعيان المدنية في شتى انواعها .إذن فلا بد أن تستفيد (أي البيئة) من الحماية المقررة للأعيان المدنية وفق المادة 52 من البروتوكول الإضافي الأول لسنة 1977.

فرع : طبيعة الحماية المكرسة للبيئة في اتصالها بالأعيان المدنية :

. بموجب القانون الدولي الإنساني و خاصة الاتفاقية فإن الأعيان المدنية تستفيد من نوعين من الحماية:

أ . الحماية العامة: بحيث أن كل ما يتصل بالسكان المدنيين يجب حمايته ويمنع أن يكون هدفا قتاليا أو محلا لهجمات الردع⁽¹⁾ .ولا يجوز تدميره كليا أو جزئيا أو الاستلاء عليه.

¹ - جون ماري هنكرنس، دراسة حول القانون الدولي الإنساني العرفي ، المجلة الدولية للصليب الأحمر ، عدد مارس ، رقم 857 ، 2005 : ص 178.

² Jean- marielaveille ,droit international de l'environnement .2em edition ,ELLIPSES.2004.P183 .

³ - زكي حسين زيدان ، الأضرار البيئية و أثرها على الإنسان و كيف عالجه الإسلام ، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ، 2004 ، ص 16.

⁴ - طارق ابراهيم الدسوقي عطية ، الأمن البيئي ، النظام القانوني لحماية البيئة ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2009 ص 117.

⁵ - حميد مجيد البناني ، المعجم الجامع لعلوم البيئة و الموارد الطبيعية ، مؤسسة الوارق للنشر ، عمان ، الطبعة الأولى ، 2008 ، ص97.

- طارق ابراهيم الدسوقي عطية ، مرجع سابق ، ص 121.

و أخذه من أصحابه و أكثر من ذلك تحويله بالقوة لخدمة الأهداف العسكرية⁽²⁾

لكن على الرغم من ذلك فإن هذه الحماية لا تقي السكان المدنيين من ويلات العمليات القتالية خاصة إذا ما ربطناها مع مبدأ التناسب في الهجوم الذي لا يمنع عمليات القتال و لكن يقيد حق الأطراف المتقاتلة في توسيع دائرة الاقتتال.

وزاد هذا التعزيز من خلال المادة 08 من النظام الأساسي لمحكمة الجنايات الدولية التي اعتبرت أن " تعمد شن هجوم مع العلم بأن مثل هذا الهجوم سيسبب خسائر عرضية في ارواح المدنيين... أو أضرار بالأعيان المدنية ... و يكون إفراطه واضحا بالقياس إلى مجمل الميزة العسكرية المتوقعة الملموسة و المباشرة . يشكل جريمة حرب في النزاعات المسلحة الدولية".

بمنظور المادة 52 من البروتوكول الإضافي الأول فإن البيئة هي جزء من الأعيان المدنية طالما أنها لا يمكن اعتبارها بأي شكل من الأشكال هدفا عسكريا . ومنطقيا هي تستفيد من الحماية العامة المقررة لكل الأعيان المدنية . التي - أي الحماية العامة - لا يضمن فاعليتها بسبب عموميتها لأنها غير كافية من جهة وغير كفلية بتوفير القدر العالي من الاحترام من قبل الأطراف المتقاتلة.

الحماية الخاصة:

كما سبق و اشرنا أن المادة 54 من البروتوكول الإضافي الأول كدعم و تكميل للمادة 52 من نفس البروتوكول وكذا تعزيز للحماية و لكن أكدت على أعيان بذاتها وساققتها على وجه المثال لإمكانية التوسع فيها لكن تبقى هذه الأعيان أكثر من غيرها حيوية لوجود السكان المدنيين لاستمرار بقائهم⁽³⁾ . فاعتبر ذلك حماية و لكن خاصة⁽⁴⁾ . وباستقراء المادة 54 فإنها منعت صراحة التجويع الذي يستهدف المدنيين عن طريق قطع كل ما من شأنه تزويدهم بالمأكل و الشراب⁽⁵⁾ .

وهو نفس ما أكدته المادة 14 من البروتوكول الإضافي الثاني المتعلق بحماية ضحايا المنازعات المسلحة غير الدولية .

وهذا المنع المتعلق بالحرمان من المأكل و تعطيل شبكات نقل المياه و الري و منع المدنيين من الحق في الماء المكفول وجوبا مهما كانت الظروف و الأسباب⁽⁶⁾ .

¹ - المادة 52 فقرة 01 من البروتوكول الإضافي الأول لسنة 1977 و كذلك المادة 25 من اتفاقية لاهاي المتعلقة بقوانين و اعراف الحرب البرية لسنة 1907.

² - kevin john heller ,disguising a military object as a civilian objects.international law studies. Stockton center of law studies ,vol91. 2015. p 522.

³ - julien tertrais, la prise en compte de l'environnement dans l'action humanitaire medicale, fondation crash,janvier,2011.p.11.

⁴ - فرينسكالسه و فناليز ابيثتسغفلد، مرجع سابق ،ص121.

⁵ جاكوب كلينركز ، تعزيز الحماية القانونية الممنوحة لضحايا النزاعات المسلحة، المجلة الدولية للصليب الأحمر ، العدد 03 ، سنة 2010 ، ص13.

⁶ - Benard drolemko, LE DROIT A L'EAU ; UNE URGENCE HUMANITAIRE ,2^E ECDITION JOHANET ,2012.P13.

ومن هنا يجب أن نتساءل من أين يكون مصدر أكل و شرب المدنيين ؟

أليست البيئة هي المصدر الرئيسي و الوحيد ؟ أليست الطبيعة قبل أي شيء هي ضمان المياه ؟ و ضمان الغذاء ؟

إذا فالبيئة في هذه الحالة هي مرتبطة مباشرة بالأعيان المدنية التي لا غنى للسكان المدنيين عنها لبقاءهم .فالماء الذي لا يمكن الاستغناء عنه في أوقات السلم و أوقات الحرب لا يجب فقط حماية منشآت توزيع المياه بل يجب أيضا حماية مصادر و موارد المياه من آبار و أنهار و أحواض مهما كان نوعها .فالمياه عامل أساسي لحماية المدنيين (1). سواء من حيث ضمان وصولها للمدنيين أو من حيث جودتها(2). فإذا البيئة المائية واجبة الحماية بالاتصال مع المنشآت الموزعة لها كعين مدنية . لأن كلما كان هناك خطر تدمير أو تعطيل لشبكات الإمداد بالمياه كلما كانت هناك خطورة متزايدة على نوعية المياه و بالتالي على صحة المدنيين (3) مع العلم أن الأخطار التي تترصد نوعية المياه يكون أغلبها مصدره نوعية الأسلحة المستخدمة و هي بذلك تشكل خطر كالأسلحة الكيميائية ، الجرثومية أو النووية التي تؤدي مباشرة لإعدام صلاحية الماء(4).

أما عن الغذاء فإن المزارع و الحقول وهي المصدر الرئيسي ثم المراعي التي تنتج اللحوم فهي ذات أصل و بعد بيئي على الرغم من تدخل الإنسان فيها ، وهي واجبة الحماية (5)، فاستفادة البيئة في اتصالها بالأعيان المدنية من الحماية الخاصة ، بناء على خاصية الاندماج الحمائي؛ تعطي فرصة أكبر لتحسين أوضاع المدنيين و تحييد حاجياتهم من العمليات القتالية الهجومية أو الردعية .

ثالثا: انفصال البيئة عن الأعيان المدنية في الحماية:

أثر اقتناع المجتمع الدولي أن حقوق الإنسان لا تكتمل إلا بالاعتراف بالحقوق في البيئة كأساس و همزة وصل بين مجموعة من الحقوق (6) ؛ أثر على توجه قواعد القانون الدولي الإنساني الاتفاقية والعرفية التي تؤطر سير و توجيه العمليات القتالية إبان النزاعات المسلحة و أثارها على هذه البيئة.

ورغم اعتبار مؤتمر ستوكهولم 1972 هو انطلاقة الاهتمام بالحقوق بالبيئة (7). إلا أن مبدأ حماية البيئة أثناء الحرب كان له وجود منذ اتفاقية لاهاي 1907(1). مروراً بالبروتوكول المتعلق بحظر استعمال الغازات الخانقة لسنة 1925. و اتفاقية جنيف الرابعة بشأن

1 - Kevin john HELBER, *OP CIT*.P 543.

2- اللجنة الدولية للصليب الأحمر ، اليمن حقائق و أرقام ، تقرير صادر في 2014 /04/10.

www.i.c.r.l.org/ara/reseources/documents.

3 Worldhelthorganization , water, who-em/ c e h/109/e. p16.

4 - *ibid* ,p19.

5 - *julientertrais.opcit*.p23.

6 -colin, T,reid , WHOSE ECOSYSTEM IS IT ANYWAY ? JOURNAL OF HUMAN RIGHTR AND THE ENVIRONMENT, vol05 .N°02, 2014.P 113.

7 - JACQUELINE MORAND-DEVILLER, LE DROIT DE L'ENVIRONNEMENT, PUF, PARIS 2015.P09.

حماية الأشخاص المدنيين لسنة 1949 (2) وصولاً إلى البروتوكول الإضافي الأول لسنة 1977 إلا أن كل الصكوك و الوثائق الدولية المهمة بحماية البيئة وضعت قواعد خاصة بها تجعلها مستقلة في الحماية و تستهدفها لوحدها دون ربطها بموضوع آخر يقتضي الحماية.

ذلك أن البيئة منذ انطلاق الأعمال القتالية و حتى بعد انتهاءها ، تكون الموضوع الأكثر هشاشة في ما يتعلق بالحماية و التحييد. فقد نصت المادة 35 فقرة 03 من البروتوكول الإضافي الأول لسنة 1977 : " يحظر استخدام وسائل أو أساليب للقتال ، يقصد بها أو يتوقع منها أن تلحق بالبيئة الطبيعية أضرار بالغة واسعة الانتشار و طويلة الأمد" ، تم إضافة المادة 55 من نفس البروتوكول " 1. تراعى أثناء القتال حماية البيئة الطبيعية من الأضرار البالغة واسعة الانتشار و طويلة الأمد ، وتتضمن هذه الحماية حظر استخدام أساليب أو وسائل القتال التي يقصد بها أو يتوقع منها أن تسبب مثل هذه الأضرار بالبيئة الطبيعية ومن ثم نظر بصحة أو بقاء السكان.

2. تحظر هجمات الردع التي تشن ضد البيئة الطبيعية"

فباستقراء المادتين يلاحظ أن تسمية البيئة الطبيعية هي القسم الجيولوجي و القسم الحيوي الذي لا يتدخل فيه الإنسان و يقصد بها على وجه التحديد الغطاء النباتي الطبيعي بشتى أنواعه . و المحميات الطبيعية سواء المصنفة دولياً أو المصنفة أوطانيا بالإضافة للبحار و البحيرات و كل أنواع منابع المياه . و يطبق بشأنها مبدأ التمييز أي تمييز البيئة من الأهداف العسكرية(3) لكن الملاحظ أن المادتين لم تمنع استهداف البيئة أثناء العمليات القتالية . بل منعت الأعمال التي تلحق أضرار فادحة ولا يمكن علاجها . وهنا تكمن المشكلة فالبيئة هي سريعة العطب ولا يمكن إصلاحها بسهولة (4).

لهذا يغلب مبدأ التناسب فيما يتعلق بالبيئة . وهو المبدأ الذي لا يمنع استخدام القوة العسكرية بل يبيح استخدامها و لكن بالقدر الذي يضمن تحقيق النتائج العسكرية المرجوة بالتوازن مع وسيلة العدوان(5). وبالتالي إلحاق أضرار أخف على البيئة لكن ليس تحييدها تماماً، فمثلاً نصت المادة 04 من البروتوكول الثالث الملحق باتفاقية الأسلحة التقليدية على: **يحظر أن تجعل الغابات و غيرها من أنواع الكساء النباتي هدف هجوم بأسلحة محرقة إلا حين تستخدم هذه العناصر الطبيعية لستر أو إخفاء أو تمويه محاربي أو أهداف عسكرية أخرى**". ولأن المادة استخدمت من النص على العموم و استنتجت منه حالات تداخل البيئة مع أهداف عسكرية فهنا ينتفي مبدأ التمييز و يعوض بمبدأ التناسب.

- المادة 23 من اتفاقية لاهاي الرابعة لعام 1907 المتعلقة بعادات و قوانين الحرب البرية .¹

- المادة 53 من اتفاقية جنيف الرابعة بشأن حماية الأشخاص المدنيين لسنة 1949.²

- جون ماري هنكرتسولويزدو والد-بك ، مرجع سابق ، ص 129.³

- فيصل شنتاوي ، مرجع سابق ، ص 107.⁴

- سعيد سالم الجويلي ، مرجع سابق ص 93.⁵

وقد تم إبرام اتفاقية خاصة بحماية البيئة من التغيير في جوهرها أو في تطورها و هي اتفاقية منع استخدام تقنيات التغيير في البيئة لأغراض عسكرية أو لأية أغراض عدائية أخرى(ENMOD)لسنة 1976⁽¹⁾ التي تعتبر تتويج لجهود حماية البيئة أثناء النزاعات المسلحة بعد تأسيس الحق في البيئة وقت السلم بموجب مؤتمر ستوكهولم 1972.

هذه الاتفاقية أعطت تحديد لمفهوم البيئة المستهدفة بعمليات التغيير العدائي في المادة 02 منها"..... عن طريق التأثير المتعمد في العمليات الطبيعية في ديناميكية الكرة الأرضية أو تركيبها أو تشكيلها ، بما في ذلك مجموعات أحياءها المحلية (البيوتا) و غلافها الصخري و غلافها المائي و غلافها الجوي ، أو في دينامية القضاء الخارجي أو تركيبته أو تشكيله"، و بذلك فقد وسعت و شملت المفاهيم البيئية المتكاملة . وجعلتها مقصودة بالحماية بذاتها و ليس بالاتصال مع عناصر أخرى.

لكن الإشكال أنه ورغم أن القانون الدولي الإنساني أوجد مثل هذه القواعد الصريحة إلا أن تحريم استهداف البيئة لم تحقق بل فقط تجنب إصابة البيئة بأضرار جسيمة واسعة الانتشار و طويلة الأمد⁽²⁾.

دون الاهتمام بالأضرار العارضة أو المخففة رغم أن هشاشة عناصر و مكونات البيئة تجعل أي ضرر هو طويل الأمد و بطيء العلاج الذاتي و صعب التعويض، فيبقى بذلك تعزيز حماية البيئة مطلقا صعب من الناحية العملية خاصة في حالات استخدام البيئة كآلية عسكرية في حد ذاتها وهي حالة حرب الخليج 1991⁽³⁾ حيث تم حرق آبار النفط الكويتية التي تم إثبات مسؤولية العراق اتجاهها لكن ما خلفته من نتائج على البيئة البحرية خاصة، و التي لا تزال مستمرة ولا يمكن أن تعالج بسهولة على الرغم من إثبات المسؤول دوليا و بذلك يمكن أن تتحول البيئة من مجرد هدف ممنوع الاستهداف إلى وسيلة خطيرة في القتال⁽⁴⁾. وألية لضمان التفوق العسكري في النزاع المسلح مهما كان طبعه.

الخاتمة: الاعتقاد بضرورة حماية الإنسان من ويلات النزاعات المسلحة أصبح من المستحيل بمكان إذا لم تتم حماية البيئة التي يعيش فيها الإنسان ويتمزج بتركيبها .إلا أن إعطاء أهمية للأعيان المدنية يعزز في بعض النواحي حماية البيئة دون أن يعفيها من آثار النزاعات .

ومما يميز العصر الحالي هو أن النزاعات المسلحة في حد ذاتها تغيرت طبيعتها ما أدى لتغيير كل ما له علاقة بجوانب الحماية خاصة في عودة الخلط بين ما هو مدني وما هو عسكري و عدم إنصاف البيئة ووضع عوامل قبلية تحول دون أن تتعرض للهجوم غير المسبوق في ظل ارتفاع و تيرة النزاعات المسلحة بالموازاة مع ارتفاع حدة الاحتباس الحراري المنبثق عن تغير المناخ الذي يجمع الكل أن الحروب السابقة هي واضحة الأثر فيه وفعالة في استمرارته لاعتبار الأوضاع الحديثة للنزاعات تخلف آثار أوسع لا يمكن تحديدها.

¹ - جاءت هذه الاتفاقية بناء على نزار الجمعية رقم 3264 (د-29) المؤرخ في 09 ديسمبر 1974 متعلق باجتماع لجنة نزع السلاح و مراقبة الأسلحة.

- فرينسكالسهورن ، مرجع سابق ،ص 130.²

³-paulfauteux ,protection de l'environnement en péribole de conflit armé , revue québécoise de droit international , vol 07,n°=2.p161.

⁴i b i d p167.

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

Volume 04 -Numéro 02

Jun 2018

ISSN 2437-0304
EISSN: 2602-5108
Dépôt légal: 2015-3039



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

Volume 04 -Numéro 02 Jun 2018



دار التل للطباعة

EISSN: 2602-5108

ISSN 2437-0304

Dépôt légal: 2015-3039